הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

אבני החושן חלק א

רבי שלמה רייזנר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבני החושן חלק א

רבי שלמה רייזנר

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבני-החושן-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

חו"מ 5
סימן א 5
סימן ב 15
סימן ג 22
סימן ד 25
סימן ה 26
סימן ו 30
סימן ז 31
סימן ט 34
סימן יב 37
סימן יג 41
סימן יד 42
סימן טו 46
סימן טז 46
סימן יז 47
סימן יח 48
סימן כ 50
סימן כא 52
סימן כב 53
סימן כג 60
סימן כד 62
סימן כה 62
סימן כו 76
סימן כח 77
סימן כט 88
סימן ל 90
סימן לא 102
סימן לב 105
סימן לג 105
סימן לד 108
סימן לו 112
סימן לז 118
סימן לח 123
סימן לט 124
סימן מ 141
סימן מא 142
סימן מב 151
סימן מג 156
סימן מד 169
סימן מה 171
סימן מו 180
סימן מז 192
סימן מח 196
סימן מט 199
סימן נ 205
סימן נא 207
סימן נב 208
סימן נג 211
סימן נד 211
סימן נה 216
סימן נו 218
סימן נז 225
סימן נח 227
סימן נט 232
סימן ס 233
סימן סא 244
סימן סג 247
סימן סד 249
סימן סה 250
סימן סו 260
סימן סז 285
סימן סח 291

סימן סט 292
סימן ע 294
סימן עא 303
סימן עב 309
סימן עד 345
סימן עה 352
סימן עו 362
סימן עז 363
סימן פ 370
סימן פא 371
סימן פג 387
סימן פד 389
סימן פה 392
סימן פו 397
סימן פז 403
סימן פח 416
סימן פט 419
סימן צ 430
סימן צא 432
סימן צב 439
סימן צג 444
סימן צד 448
סימן צה 452
סימן צו 460
סימן צז 463
סימן צח 473
סימן צט 473
סימן ק 480
סימן קא 480
סימן קב 483
סימן קג 486
סימן קד 493
סימן קה 501
סימן קו 505
סימן קז 506
סימן קח 510
סימן קט 515
סימן קי 517
סימן קיא 520
סימן קיב 523
סימן קיג 525
סימן קיד 526
סימן קטו 527
סימן קטז 534
סימן קיז 536
סימן קיט 538
סימן קכ 541
סימן קכא 542
סימן קכב 549
סימן קכג 556
סימן קכד 560
סימן קכה 560
סימן קכו 564
סימן קכט 575
סימן קל 579
סימן קלא 583
סימן קלב 585

חו"מ

סימן א

אבני החושן - הקדמה:

הקדמה ב"ה אהלל שם השם בתוך רבים אשר טוב גמלני וזה קרוב לשלשים שנה אשר יצא ספרי "אבני משפט" על ח' אה"ע ונשא חן בעיני כל רב וצורב ומאז עד עתה היו לי געגועים להוציא חבורי על כל ד' חלקי הש"ע ולא עלתה בידי עד עתה אשר עזרני השי"ת להוציא לאור ספר הנוכחי אבני החושן ואבקש יכל מעיין בספרי שיעיין בעת למודו כי אין לי לשון למודים וכבר אמר לי ידידי המנות הרב הגאון ר' מאיר אריק זצלה"ה אב"ד בק"ק טארני כי נתן עין לכל חבורי על אה"ע ולא השאיר אף דבר אחד ואמר כי כל דברי מזוקקים ונכונים וברורים (רק כ' לי כמו שמונה דברים אשר מצא בספרים שקדמוני כמו בס' המקנה שלא הי' אתי) הרב הגאון הנכבד מו"ה יהושע פנחס באמבאך ע"ה בעה"מ ס' שו"ת אהל יהושע אמר בי עליתי על כולם (כזה"ל עהר האט אינז אללע איבערגעטראפין) וכל מעיין בספרי יתפלל עבורי מאת השי"ת שאזכה להדפיס חבורי על או"ח ויו"ד כי תה"ל הכל יעידו כי ספרי יכול להתדמות לספרי דורות שקדמוני מאה שנה ואך ביען כי לשוני קצת אינו מסודר בלשון למודים אבקש לעיין בישוב דעת ואכתוב לדוגמא אשר רב אחד אמר לי שאינו מבין מ"ש בתי' שם לאה"ע סוף סי' כ"ו שכתבתי דרך חידוד ודרך אגב לכן אם אפרשו כאן ואם יש למעיין ספרי אבני משפט הנ"ל יראה איך יעיין בו ומזה ישפוט על כל הספר:

ושם הקשיתי בפשט הש"ס ריש החובל דילפי ר"א ור"פ דעין תחת עין ממון דהרי אמרה תורה ורפא ירפא ליתן ריפוי במקום נזק וצער במקום נזק ואי אמרת עין ממש כי היכי דהאי בעי אסיא ההוא נמי בעי אסיא והוי לי' צערא עיי"ש והדבר אינו מובן כלל דמה לנו בזה שהוא צריך אסיא וכי מפני זה לא ישלם הפסד שהפסיד לחבירו והוא תימה לכל מעיין ואמרתי דהנה הקשיתי למה רא ילין בפשוט דהרי כדי רשעתו כתיב משום רשעה אחת אתה מחייבו ולק"מ ואיך נסמא עינו דהוא חמיר ממלקות (מבואר שם וגם ריפוי וע"כ דעין תחת עין ג"כ ממון והוא קושיא נאה ותרצתי דאין לפטור משום כדי רשעתו רק היכי דהוא עתי שמות כמו סימוי עין והיזק ממון מטעם אדם המזיק אבל אם הוא שם אחד כמו דכתיב כאשר עשה כן יעשה לו אין זה שתי רשעיות כיון דעין סימא וגם ממון והוי כאשר עשה וראי' לזה מדבדי התוס' כתובות (ד' ל"ב ע"ב) ד"ה שלא השם דכתבו דאין סברא הני דרצו להלקותו וגם להפסידי ממון דלא נעביד בהו תרתי ונראה כונתם כמ"ש דזה רק רשעה אחת כאשר זמם וה"נ כאן ולפ"ז הכל ניחא דאין לנו לחייבו

תרתי דקלב"מ מה תאמר כאשר עשה כן יעשה לו הרי כבר גם הוא בעי אסיא ונתקיים כאשר עשה:

והנה אגב אבאר שראיתי בפ"י שם שדחה דברי התוס' מדינא והרי מצינו ובסנהדרין ד' ט') נהרגין ואין משלמין ממון אף דרצו לחייבו תרתי ולפ"ז נדחו לכאורה גם דברי אך בעניי אמרתי כי לק"מ לפי מה שהסברתי כונתם דלא כתבו כן התוס' רק במלקות וממון דנפקא מכדי רשעתו וכיון דזממו הוי רשעה אחת אבל מיתה וממון דנפקא מלא יהי' אסון הא אם יהי' אסון לא ישלם לעולם היכי דחייב מיתה לא ישלם ודו"ק כי זה נכון הראיתי רק לעיין בספרי גם ציינתיו יען כי הוספתי לתרין קושיות הפ"י ובזה אבקש עזר מכל לומדי זמנינו לסמוך אותי כי יותר מכחי עלה הוצאות להדפיס ספרי וכל מעיין יחזיק לי טובה ואקוה כי יתנו עין לדברי: דברי הכותב בלב נבאב שלמה רייזנער בן לא"א אשר זעליג רייזנער ונכד להרב הצדיק הקדוש ד' מנחם מענדיל מק"ק פריסטאק ורימאנאוו זי"ע: חו"מ

סימן א:

הלכות דיינים:

סימן א:

א) בזמן הזה דנים הדיינים. עיין בהמפורשים דאין כח להדיינים בזמן הזה רק מדרבנן וז"ל האורים אבל בזמה"ז בטלה מצוה של מינוי הדיינים רק חז"ל מתקנות העולם תיקנו אף שאינם סמוכים ושליחות דקמאי עבדינן וכל דתיקון רבנן כעין וכו' לכן צריך להושיב דיינים בכל עיר וכו' ובעיני הוא תימה דהרמב"ם כ' דהא דבני נח מצווין על הדיינים היינו להושיב דיינים וא"כ וכי גרעו ישראל מב"נ וא"כ ודאי הי' נראה דהדין שכ' הש"ע סי' ח' דבאין חכמים שידונו מ"מ ישיבו הטובים שבהם הי' נראה דמדאורייתא הוא והנתה"מ ס"ק א' הביא דהרמב"ן והרשב"א כתבו שהוא מדרבנן י"ל דהרמב"ן לשיטתו דבני נח אינם מצווים על העמדת דיינים רק מה שמצווין על הדינים ר"ל שלא לגזול ולגנוב ואף לשיטתו נראה דאם רואין שהם פרוצים חייבין למגדר כמ"ש בסי' ב'. ובמקום אחר כתבתי דהא דאמרינן ב"ד חייב כגון מי שאין לו אב דחייבין ב"ד למולו וכדומה בזה כל ישראל נקראין ב"ד וה"נ כאן חייבין כל ישראל למיגדר אבל א"צ להושיב דיינים שלא יפרוצו אבל לשיטת הרמב"ם לכאורה קשה מה שאמרו בש"ס דעבדינן שליחותייהו משום נעילת דלת ולמה לא יתחייבו אף באין סמוכין עכ"פ כבני נח ואף שראיתי בפי' המשניות להרמב"ם סוף פ' גיד הנשה שכ' שכל אלו המצות שנאסרו אינם מפני שהקב"ה אסר לנח או שנצטוה אברהם אע"ה רק שמרע"ה אסר לנו כמו שנצטוה בסיני עיי"ש

ואכן פשוט דמ"מ לא נתבטל שום מצוה וליכא מידי שאסור לב"נ והותר לישראל ולכן הי' נראה בעניי דרק לדון בספיקות ואין הגזילה ידוע ורק להשביע וכדומה בדברים שאינם מצד הסברא ורק מגזה"כ צריך שליחותייהו אבל ביודעין שזה ודאי חייב לזה צריכין בודאי לדון ואולי יתיישב בזה מ"ש הרמב"ם דשבת וריפוי גובין בזה"ז והקשו עליו דמילתא דלא שכיח לא עבדינן שליחותייהו ולפי הנ"ל י"ל דזה הוי דבר ידוע ואין דומה לנזק דצריך שומא כעבד לכן הדין רק לכופו שיפייס לבעל דינו כן הי' נראה קצת לפענ"ד ואך צ"ע כי לא ראיתי ספר שיתעורר בזה:

ב) וכן כל הקנסות שקנסו חכמים כתוקע לחבירו וכו' אין דנין. התומים סוף ס"ק א' הביא דברי המרדכי ס"פ המניח דמשמע מדבריו דתוקע לחבירו דא"צ לשומו כעבד דשומתו ידוע מגבין בבבל והקשה מהא דמילתא דלית בי' ח"כ לא עבדינן שליחותייהו וכן בהא דאמר לרכובה שלש שלח לי' קנסא קא מגבית בבבל ונראה דהנה לקמן סעיף ה' כ' הרמ"א כל קנסות שקנסו חכמים על תקנתן גובין בכל מקום ולכאורה הוא שלא כדברי המחבר כאן ונראה אף שהרמ"א הביא זה בשם המרדכי וע"כ דפירש דברי המרדכי דפ' השולח דמחלק בין היכי דהוא קנס חכמים לבין היכי דעשו תקנה וגזרו דמי שיעבור על התקנה יקנוס בכך וכך אז דנין. אכן המעיין במרדכי שם משמע דסבר דכל קנס חכמים גובין דז"ל שם דהא דאין דנין דיני קנסות בבבל היינו קנסות הכתובות בתורה כאונס ומפתה אבל דברים שבאין חכמים לקנוס מעצמן כגון ע"י תקנתן קונסין בכל מקום ע"כ הרי דכל קנס הבא ע"י תקנת חכמים גובין ומה שהקשה התומים מהא דרכובה שלש אדרבה משם נראה דיהי' להמרדכי תנא דמסייע והוא רש"י דפירש שם וז"ל מנהג דיינים כך הוא ע"כ ואינו מובן למה לא פי' כפשוטו דכך אמרו חכמים משמע דסובר ג"כ כהמרדכי דבתקנת חכמים גובין לכן פירש דרק מנהג הדיינים הי' כך וא"כ אין שומתו ידוע לכן שלח לי' קנסא קמגבית בבבל אבל (כד: ל"ו) בהתוקע לחבירו לא משמע ברש"י כן:

ג) אין דנין אותו אלא מומחין. התומים ס"ק א' הביא דהב"ח כ' דדוקא לכפי' בעינן מומתין אבל בדין בעלמא בלי כפי' לא בעי מומחין והקשה עליו מדברי התוס' סנהדרין (ד' ב') ד"ה לבעי מומחין דכתבו וז"ל דבגיטין לענין מילי דכפי' אייריי אבל אלקים לאו אמילי דעשוי אייריי אלא בדין בעלמא הרי דאף בלא כפי' בעי מומחין ע"כ ולא אבין למה דחה דברי הב"ח הרי בעצמו פירש כונת התוס' דמתרצים בזה מה שהקשו דכאן משמע דיליף מומחין מאלקים והתם יליף מלפניהם ומתרצים דבגיטין אייריי בשאר דברים כמו גט שדינו חרוץ וא"צ המומחין רק לכפי' וזה אין למילף מאלקים דהתם בדין

איירי ע"כ וא"כ שפיר יתפרש דאלקים נמי בכפי' לדין איירי ולשאר דבר כמו גט יליף מלפניהם ותרווייהו איצטריך דלפניהם אאלקים קאי וכן מפורש בתוס' ב"ק (ד' ט"ו) שכתבו דמלפניהם יליף שאר דברים דאין כופין רק במומחין ומשמע שם כמ"ש ולא דבשאר דין איירי בלא כפי' וגם לפי דברי התומים יקשה דשם בתי' הראשון כתבו התוס' דמאי דאמר בגיטין דיליף מלפניהם אאלקים סמך ולפי תי' זה ע"כ דאף דין בכפי' איירי ולא משמע כלל מהתוס' דתי' השני חולק על תי' הא' עיי"ש אך בלא"ה נראה דהב"ח לא קאי לענין כפי' בכלי הדיינים רק איירי בכפי' לירד לנכסי הלוה וכפי' בכלי הדיינים יליף מאשר תשים לפניהם וא"כ ודאי הסברא פשוט כהב"ח ודבריו ברורים גם הקצות בס' ג' סק"א מיישב כן דברי הב"ת:

והנה מדברי התוס' האלו דכתבו דיליף כפי' דאינו רק במומחין משום דדרשינן מאשר תשים אלו כלי הדיינים יהיו לפניהם היינו לפני מומחין נשמע דרק במומחין בעינן כלי הדיינים והסמ"ע מפקפק בס"ק א' דלמה לא הביאו הפוסקים שהדיינים צריכין שיהיו לפניהם אלו הכלים יוכ' דאולי רק בסמוכין בעינן כלים אלו ולפי דברי התוס' הוא מוכרח וגם מה שהקשו דהא ר"ה אמר אפיקו לי כלי וכו' אדרבה משם ראי' דלא היו נוהגין כן בכל ב"ד:

ד) וי"א דוקא גזילות דשכיחי וכו' אבל גזילות ממש לא שכיחא ואין דנין. ראיתי בס' ים התלמוד הקשה מהא דב"ק (ד' ט"ו) דאמרינן גבי כלבא דאכל אמרי אי תפס לא מפקינן מיני' מאי קמ"ל דלא מפקינן הא אף אם תפס אחד בגזילה לא מפקינן. והנה אין כאן התחלת קושיא דהא מבואר כאן דאם הגזילה בעין מפקינן ושם לא מפקינן ולדברי הב"ח שהבאתי ס"ק הקודם דלדון בלי כפי' לא בעינן מומחין קמ"ל דשם לא מפקינן כלל וגם התם אם תפס שוב אין יכול הנתפס לחזור ולתפוס עיין נתה"מ ס"ק ה':

ה) עדים שהעידו שקר וכו' דנין אותן. הנתה"מ ס"ק ג' הקשה למה משלמין והרי אינו לוקה ומשלם ותי' כיון דבמקום מומחין חייבין ממון מכאשר זמם דאז משלם ואינו לוקה ממילא אינן בני מלקות לכן אף אנן דנין אותן ממון של דינא דגרמי והוציא דבמקום דאין עליהם חיוב מכאשר זמם אז פטורין לשלם אף עכשיו מטעם מלקות ואין חייבין מדד"ג ע"כ. והנה קושייתו בלא"ה לק"מ דאנן קיי"ל כר"י דחייבי מלקות שוגגין חייבין ואי לא ברירא לי' אי קיי"ל כר"י דאולי הלכה כר"ל דאף חייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין דכן ראיתי לקצת מפורשים דכתבו דמשמע דרבא סבר כר"ל (ולקמן בה' חובל דחיתי זה) א"כ לא נתיישב ג"כ בתירוצו שכ' דכיון דיש ממון דכאשר זמם ממילא משלם אף שאר ממון דכבר הוכחתי בחידושי לאה"ע סי' כ"ו דהיכי דנפטר ממלקות ע"י ממון שגילתה

תורה מ"מ עדיין נשאר עליו חיוב מלקות אליבא דר"ל דלהוי חייבי מלקות שוגגין אף דאינו לוקה ויפטר מממון אחר כמו דמשמע מתוס' כתובות ל"ב דכתבו דבושת ופגם היינו חובל דממונא משלם ולא לקי ומ"מ פריך שם הש"ס הא אינו לוקה ומשלם ופירשו התוס' דפריך למה משלם ואין כאן מקומו להאריך בזה. שיב מצאתי סברא זו בקצה"ת לקמן סי' ל"ת גם בלא"ה סברת הנתה"מ צע"ג דהא כאן התשלומין דכאשר זמם אין משלם וא"כ הוי רק חייבי ממון שוגגין וזה לא שמענו דיפטרו מן המלקות וא"כ ודאי עכ"פ חייבי מלקות שוגגין איקרי והדרא קושיית הנתה"מ לדוכתי' וע"כ הוא משום דקיי"ל כר"י אך דחקתי לפרש דבריו דכונתו דעדים לא איקרי בני מלקות כלל אך מ"מ העיקר כמ"ש: ו) עדים שהעידו שקר והוזמו והוציאו ממון ע"פ דנין אותן ומחייבין אותן לשלם. הסמ"ע ס"ק ט"ז כ' דוקא הוזמו דנאמנים האחרונים מן התורה וכו' צריך לי עיון גדול בזה דהרי התורה לא האמינה רק באם הוא עדות שאתה יכול להזימה וא"כ בזמה"ז מה לי הכחשה או הזמה כיון דאין דנין דיני קנסות ואף כי הטור לקמן סי' ל"ח כ' דאם באין על גופן של עדות מהדין שיהיו אחרונים נאמנים כמו עדות שמעידין בשנים שחיללו שבת ולפוסלן לעדות וא"כ אף בזה"ז נאמנים וע"כ הטור לסברא בעלמא כ' כן דהרי בש"ס אמרו חידוש הוא דמה חזית דציית להני וכו' וא"כ באם הוציאו ממון וא"א למיהדר אף בהכחשה באין על גופן של עדות ולקמן סי' ס"ח כתבתי דמשמע מהש"ס דכל שהעידו והיו נאמנים בתורת עדות אף בבאין להוציא מן העדים אין האחרונים נאמנים ואך לפ"ז בהזמה ג"כ למה יהיו האחרונים נאמנים בזה"ז ובפרט להסוברים דבממון נמי אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה הרי חזינן דאחר שהוציאו לא האמינה תורה האחרונים יותר ואיך בזה"ז יוציאו מהם וצע"ג לפע"ד:

ז) שהעידו שקר והוזמו הסמ"ע ס"ק ט"ז כ' דוקא הוזמו אבל הוכחשו מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני ועיין קצה"ח לקמן סי' ל"ח דאף בהוכחשו אם תפס מהם לא מפקינן מיני' ולדעתי צ"ע דא"כ אף בלי תפיסה כיון שכבר הוציא התובע ע"פ עדים הראשונים ועדים האחרונים באין לחייב העדים עצמן איך שייך שיאמרו הראשונים אנחנו ג"כ עדים לפטור עצמן וע"כ כונת הסמ"ע כיון דהיו נאמנים בתחילה בתורת עדות והתורה האמינתן אף לענין חיוב העדים אין האחרונים נאמנים וא"כ אף תפיסה איך יהני וצ"ע בזה לדינא:

ח) וכן אם תפס הניזק וכו' אין מוציאין מידו. עיין ש"ך ס"ק ט"ו בשם הרש"ל דאם תפס ע"י עכו"ם מוציאין מידו ועיין נתה"מ בחידושים דכ' דבהרש"ל לא נתברר דאף בדיעבד לא מהני תפיסה ולא כ' רק דאין לתפוס ע"י עכו"ם ולפענ"ד נראה דודאי אף דיעבד לא

מהני דהנה בכל דאלים גבר ובכל תפיסה ע"י ספק ע"י פלוגתא ג"כ כ' הכנה"ג בשם מהרשד"ם הביאו השע"מ סי' קל"ח דלא מהני תפיסה ע"י עכו"ם וכן הובא בתקפו כהן ואני כתבתי דלפענ"ד צ"ע בדין זה דנראה דהרשד"ם לשיטתו דהמעיין בכל תשובותיו ימצא דסובר דכל דאלים גבר דינא הוא ואם תפס שוב אין חבירו יכול לחזור ולתפוס ממנו וכיון דדינא ותקנת חכמים הוא לא תקנו ע"י עכו"ם אבל לדידן דתפיסה רק מכח מוחזק הוא ולכן גם השני יוכל לחזור ולתפוס ויהי' הוא מוחזק א"כ אין סברא לחלק בין תפס ע"י עכו"ם או בדין ישראל. ואף שיראתי לחדש סברתי נגד דין הכנה"ג שהביא דין זה לפסק הלכה אכן תמכתי יסודי על מה שגם התקפו כהן הניח דין זה בצ"ע אכן עכ"פ בנידון דידן בקנס דמדינא הוא דכיון דאין ב"ד מומחין לקבל העדות היתה תקנת חכמים דיועיל התפיסה א"כ שפיר נלמד מדברי הרשד"ם דחז"ל לא תקנו תפיסה ע"י עכו"ם:

ט) תפס הניזק. עיין נתה"מ ס"ק ה' הביא דברי מהרש"ל דאף דבכל תפיסה יכול חבירו לחזור ולתפוס מ"מ בתפיסת קנם אם הניזק תפס וחזר מזיק ותפס ממנו מוציאין ממנו דכבר זכה הניזק בתפיסתו והנתה"מ הקשה עליו מדברי הרא"ש דכ' דלכן לא הביא הרי"ף מה דבעי בש"ם אי יש שינוי לצרורות לרביע נזק דבלא תפס בלא"ה לא גבינן ואי תפס מהני התפיסה לכל החצי ע"כ ולפי דברי המהרש"ל קשה דמ"מ הי' לו להביא בעיא זו דהרי נ"מ דרביע דהוא רק מטעם דלא גייבינן בבבל אי תפס אין חבירו יכול לחזור ולתפוס ממנו ורביע השני' דהוא משום בעיא דלא איפשטא אף אם תפס יכול חבירו לחזור ולתפוס ע"כ. ונראה לתרץ דהנה הרא"ש הוא מהסוברים דבכל דאלים גבר כשתפס אין חבירו יכול לחזור ולתפוס ממנו ואף דהש"ך מחלק בין כל דאלים גבר לבעיא דנשאר בתיקו דבתיקו הכל מודים דיכול לחזור ולתפוס אין מוכרח דהרא"ש יסבור כן דהוא בלא"ה סובר דבתיקו אין מועיל תפיסה כלל ורק לשיטת הרי"ף כ' זה לענין בעיא של צרורות וא"כ נראה דיסבור כשיטות הרי"ף דאף בתיקו לא מהני לחזור ולתפוס ואף דלכאורה הוא נגד הסברא דהאחד שהי' מיחזק מעיקרא יוכל חבירו לתפוס ממנו והשני שבא לידו בתורת חכירה שוב לא יוכל הראשון לחזור ולתפוס אכן כבר תמה התומים בזה בסי' קל"ח על הש"ך גבי ספק פלוגתא דרבוותא וכבר הראתי שם דלא על הש"ך תלונתו רק הרי כן מבואר בהמחבר ונראה לקרב זה אל הסברא די"ל דאף דנשאר הש"ס בתיקו הוא רק משום דהוא מוחזק לכן אף שהסברא נוטה יותר לזכות השכנגדו מ"מ מכח ספק אין מוציאין לכן מהני תפיסה אבל כשכבר בא ליד השני והסברא נוטה לזכותו שוב לא מהני תפיסה שהראשון יוכל לתפוס ממנו ובפלוגתא דרבוותא דהפוסקים דימו זה להא דדיינא דעביד כרב ושמואל עביד ודיינא דעביד כר"א והוציא עבד ועביד אינש

דינא לנפשי' לכן מהני תפיסה יש ראי' למ"ש דהא בהך דדיינא דעביד כר"א מבואר בש"ס דהסברא נוטה לדבריו דהא אמרו הבו דלא להוסיף על רב ושמואל כמבואר סוף פ' כל הנשבעין וא"כ איך למדו כל פלוגתא דרבוותא וע"כ דדעתם דבכל פלוגתא דרבוותא שייך סברא דאותן המזכין המוחזק צרפו לסברתם חזקת המחזיק והרא"ש באמת אין סובר כן וסובר דבתיקו לא מהני תפיסה לכן עכ"פ בשיטת הרי"ף י"ל דסובר הרא"ש כמ"ש דאין השני יכול לחזור ולתפוס ונראה ביותר דמוכרת הוא לפי' מ"ש הרא"ש בכל דאלים גבר דאין סברא שיוכל השני לחזור ולתפוס ויהיו כל ימיהם במריבה וא"כ סברא זו שייך נמי בתיקו ויסבור כן הרא"ש לכן שפיר משני לפי סברתו דבצרורות כיון דצריך תפיסה לא הביאו הרי"ף האיבעיא ואין חילוק בין רביע דצרורות לרביע השני והרש"ל דסובר דבכל הדברים יכול לחזור ולתפוס לא יפרש דברי הרי"ף כהרא"ש וא"כ כאן גבי קנם דברי מהרש"ל ברורים דכיון דהניזק זכה מתקנת חכמים ודאי אין סברא דיוכל השני לחזור ולתפוס ודו"ק:

י) אין מוציאין מידו. הש"ך ס"ק ט"ז כ' דאף אם הודה קודם שתפס אין מוציאין מיד התופס וזה הוא דעת הרמב"ן דעכשיו לא מהני הודאה לפוטרו כיון דצריך הודאה דוקא בב"ד ואנן לאו ב"ד אנן אכן הראב"ד כ' דאם מקודם הודה שפיר הוי מודה בקנס ושוב לא מהני תפיסה ועיין טו"ז יו"ד סי' רס"ז שכ' ליישב מה שהקשו עליו מא דר"ג דלאו בב"ד הוי משמע דהודאה צריך דוקא לפני ב"ד ולדעתי לא ידעתי שום קושיא בזה ודברי הראב"ד פשוטים לשיטתו דהרי הראב"ד סובר דבלא עדים תפיסה לא מהני ואף בלא הודה הרי דקנס דוקא עדים בעינן ויותר מזה כ' הראב"ד דמודה בקנס אף דלא חייב עצמו בכלום דמבואר בש"ם דלא הוי הודאה אם באו עדים אח"כ מ"מ בזמן הזה פטור משום דאין ב"ד לקבל עדים ואף דהנ"י פ' מרובה השיגו וכ' דכמו דאין ב"ד לקבל עדות ה"נ אין ב"ד לענין הודאה מ"מ הרי אתה רואה דהוא סובר דיותר צריך ב"ד לענין קבלת עדות מלענין הודאה וא"כ כיון דסובר הראב"ד דלענין תפיסה מהני קבלת עדים כ"ש דנקרא ב"ד לענין שתהא הודאה לפני ב"ד אבל גבי ר"ג דיבואו עדים אח"כ לפני ב"ד מומחין ודאי דהודאתו שלא לפני ב"ד לא מהני רק עכשיו ממ"נ אם יהני הקבלת עדים ע"כ תחשיב אותן לב"ד כ"ש ההודאה דנקרא לפני ב"ד ואם לא תחשוב הודאה דעכשיו כמו בב"ד כ"ש דקבלת עדות לא יועיל עכשיו והרי צריך עדים דוקא וזה פשוט אכן הרמב"ן לשיטתו דסובר דתפיסה מהני עכשיו אף דאין עדים כלל וא"כ א"צ ב"ד לקבל עדות חשבינן באמת כאלו אין כאן ב"ד כלל ממילא לא מהני הודאה וזה ברור:

והנה לאשר דברנו משיטות הראב"ד והרמב"ן אי מהני בקנס תפיסה באין עדים אברר קצת שיטתם והנה סברתם נראה פשוט דהראב"ד סובר דבלא עדים אין כאן שום חיוב גבי קנס ואף בלא הודה וכשהודה אמרה תורה דאף עדים שיבואו אח"כ לא מהני אכן הרמב"ן סובר דחיוב הקנס הוא אף בלא עדים ורק ההודאה פוטרתו ולכן בעת שאין כאן הודאה מהני תפיסה. והנה אף שאין אני ראוי לדבר בין תלמידי תלמידיהם מ"מ לא אמנע מלכתוב מה שנראה קצת לדעתי ראיות לדברי הראב"ד חדא דהרי אמר בירושלמי דאף לצאת י"ש פטור ומביא ראי' מר"ג דהפיל שן טבי עבדו ואם הי' חייב לצאת י"ש הי' יכול לשחררו וא"כ משמע דכ"ז שלא באו עדים אין כאן חיוב כלל ועוד נתיישב לי בזה סוגיא תמורה בשבועות (ד' ל"ג) וזה צורתה איבעיא להו משביע עדי קנס מהו אליבא דר"א ברבי שמעון דאמר יבואו עדים ויעידו אף אחר שהודה לא תיבעי לך כי תיבעי לך אליבא דרבנן ורבנן אי סברי גורם לממון כממון דמי ודאי חייבים (דבציר מגורם לא הוי) אלא אי סברי גורם לממון לאו כממון דמי מאי כיון דאלו מודה מיפטר לאו ממונא קא כפרו או דילמא השתא מיהו לא אודי ע"כ. והנה כבר חמה המ"ל פ"ג מה' גניבה ה' ח' דהרי בב"ק מסיק הש"ס דמודה בקנס היכי דלא חייב עצמו בכלום הכל מודים דיבואו עדים ויעידו דאם מודה ואח"כ באו עדים חייב וא"כ דשם במשביע עדי קנס דאיירי במקום דאין כאן שום חיוב קרן דאל"כ פשיטא דחייבים כמבואר שם וא"כ מאי בעי אליבא דרבנן וכמו דאמר לר"א בר"ש לא תיבעי לך כיון דמהני ביאת עדים דאח"כ ה"נ לדידן במקום דלא חייב עצמו בכלום וביותר יקשה דברי הרמב"ם דאיהו פוסק היכי דלא חייב עצמו בכלום יבואו עדים ויעידו ויתחייב ופוסק משביע עדי קנס פטורין והם דברים אשר לכאורה סותרים זא"ז לפי פשט הסוגיא השנית הקשה השעה"מ דמאי קאמר אליבא דר"א בר"ש לא תיבעי לך דאמר יבואו עדים ויעידו מ"מ הרי בב"ק שם (ד' ע"ה) גבי פלוגתא דסומכוס ות"ק מסיק הש"ס דאם אמר גנבתי אבל לא בפניכם גנבתי רק בפני פלוני ופלוני ובאו פו"פ והעידו פטור משום דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה כיון דהודה שאלו הן עדים וא"כ כמו דבעי לרבנן דכיון דיכול להודות וליפטר אין כאן ממון שיתחייבו העדים קרבן שבועה ה"נ לר"א בר"ש הא יכול להודות שבפניהם גנב ושוב לא יתחייב. ואך הסוגיא בעצמו אין מובן חדא דמה זה הדמיון גורם לממון לקנס שנית דמה סברא הוא דכיון דיכול להודות שוב העדים פטורין והרי מ"מ עדיין לא הודה כדאמר השתא מיהא לא אודי ואם היו מעידין הי' מתחייב ממון. ואך אשר הנראה לתרץ כ"ז בדרך נכון ולפרש סברת הש"ס הוא דודאי כיון דגזה"כ הוא דאין הכתוב מדבר רק בתביעת ממון לכן בעי הש"ס אם ר"ל דכבר יש לו עליו תביעת ממון

אבל קנס דאין עליו עדיין חיוב קודם שיבואו העדים רק אח"כ יתחייב כשיבואו עדים לא מיקרי ממון או דילמא כיון דיש עליו חיוב אם יעידו שיב הוי תביעת ממון. והנה כבר כתבתי שיטת הראב"ד דקנס כ"ז שלא באו עדים אין עליו שום חיוב וכשהודה קודם שבאו העדים שוב לא הוי עדותן עדות אכן שיטת הרמב"ן דקנס ג"כ החיוב עליו רק גזה"כ דההודאה פוטרתן. ומעתה נחזור לפרש שיטת הש"ס משביע עדי קנס מהו אי הוי תביעת ממון וקאמר אליבא דר"א בר"ש לא תיבעי לך דאמר יבואו עדים ויעידו והיינו דמאי דילפינן מאשר ירשיעון אלהים פרט למרשיע א"ע סברו רבנן דמרשיע עצמו פוטר עצמו שאף אם יבואו עדים לא מהני ור"א בר"ש סובר דקרא רק אתא דמרשיע עצמו אינו מחייב עצמו אבל כי באו עדים דאז העדים מחייבין אותו חייב ולכן סובר הש"ס דלר"א בר' שמעין ודאי הוי ממון גמור ואף דיכול לעשות איזה טצדקי כמ"ש השעה"מ שיאמר בפניכם גנבתי מ"מ ודאי דאין זה מוציאו מתורת ממון דהתם מטעם אחר פטור כמ"ש משים עדות שאי אי"ל אבל מ"מ ודאי דלר"א בר"ש למה נימא דנשתנה זה משאר ממון ולומר דאין עליו חיוב ואף דמ"מ הודאתו אינו מחייבו הרי בכל עונש מלקות או מיתה אין הודאתו מחייבו ומ"מ לא נימא דכ"ז שלא באו עדים אין עליו החיוב מלקות והרי ג"כ אמרינן דקלב"מ פוטר מתשלומין ולא אמרינן דאין החיוב עד שבאו עדים וה"נ קנס החיוב עליו מיד כי תיבעי לך אליבא דרבנן דאמרו דהודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור וע"כ דשאני ממון מקנס ועדיין אין החיוב עליו אין זה תביעת ממון ואף דהיכי דפוטר עצמו מכלום לא מהני הודאתו למפטרי' היינו משום דאין זה הודאה אבל מ"מ לא נימא דעי"ז ישתנה קנס זה משאר קנס וקאמר דאי סברו גורם לממון כממון דמי ומחייב קרבן שבועה ע"כ דלא בעי ממון גמור רק שעדותן יגרום חיוב ממון חייבין א"כ קנס הרי ודאי יהי' ממון ובציר מגורם לא הוי אלא אי סברו לאו כממון דמי מאי כיון דאלו מודה מיפטר וכו' והיינו כנ"ל דכיון דההודאה פוטרת ע"כ לאו חיוב ממון הוא א"ד כיון דעדיין לא אודי אף דעדיין אין זה ממון כיון דהשתא מיהו לא אודי ויבוא לידי ממון חייב כן נראה פשט הסוגיא ולפ"ז יפלגו ר"א בר"ש ורבנן בפלוגתת הראב"ד והרמב"ן וא"כ סברו רבנן כהראב"ד. אמת דיש לפרש קצת דבעי הש"ס לרבנן אי הוי ממון גמור רק ההודאה פטרו א"ד לאו ממון הוא ואך אף אם לפרש כן נשמע כדעת הראב"ד דעכ"פ הוי בעיא דלא איפשטא וגם הרמב"ם פוסק דמשביע עדי קנס פטורין ע"כ דלאו ממון גמור הוא כ"ז שלא באו העדים ודו"ק:

ומ"מ אזכיר מה שנראה קצת כשיטת הרמב"ן דהנה בכתובות סוף פ"א בתינוק הנמצא בעיר שישראל ונכרים דרין בה אמר שם מחצה ישראל ומחצה עכו"ם ונגח תורא דידי'

לתורא דידן מחצה משלם ואידך פלגא אמר אייתי ראי' דלאו ישראל אנא ואתן לכון והקשה רע"א דאף פלגא למה משלם הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימה דאם יזומו אותן יאמרו שמא נכרי הוא ויפטרו דרך כאשר זמם לעשות לאחיו אמרינן. ונראה דהנה הקדמונים הקשו דברוב נכרים למה ישלם נזק שלם הא אין הולכין בממון אחר הרוב ותי' ה"ה דעכו"ם לית לי' חזקת ממון ואינו מובן. ונראה דהנה ידוע קושיית מהר"י באסן דלמה בספק גזל א"צ להחזיר ומ"ש מספק איסור ותי' דאם יחזיר יהי' ספק גזל ביד השני ותמה עליו התומים בקיצור ת"כ דהרי אף בברי ושמא קיי"ל דלאו ברי עדיף וא"צ להחזיר בטוען שמא ושם לא שייך דיהי' ספק גזל ביד השני כיון דטוען ברי והתומים תי' דספק גזל לא אסרה התורה ולא אבין דמנ"ל הא והיכן מצינו זה אכן נראה דברי מהר"י באסן נכונים והוא ע"פ שיטת הרמב"ם דכל ספק מהתורה לקולא וזה שאמר דבכל ספק איסור החמירו רבנן שלא יבוא לידי ספק איסור אבל גבי גזל לא רצו להחמיר עליו שיחזיר דא"כ יהי' ספק גזל ביד השני ואף דהשני טוען ברי הרי אנן לא מהימנינן לי' וכונת מהר"י באפן דחכמים לא גזרו עליו משום ספק גזל שביד השני ודו"ק כי נכון הוא. והנה ידוע מה שהמציאו האחרונים עיין חו"ד יו"ד סי' ק"י ובס' ים התלמוד ובישועות יעקב כולם לדבר אחד נתכוונו דהא דספק מותר מהתורה היינו היכי שהתורה הוציאה האיסור בלשון לאו אמרינן ודאי נבילה לא תאכל אבל ספק נבילה לא אסרה אבל היכי שהכתוב הוציא בלשון היתר אז להיפך רק ודאי היתר התורה שיש לזה ראי' גמורה מסוטה עיין בדבריהם ולפ"ז בעכו"ם דאיסור גזל דידי' ילפינן מכל עץ הגן אכול רק הפקר ולא גזל שמעינן להיפך דדוקא ודאי הפקר מותר אבל ספק אסור ולפ"ז מיושב קושיית הקדמונים הנ"ל דכיון דהוא מהרוב ודאי דספק גזל לדידי' אסור דבאיסור הרי הולכין אחר הרוב ולא מהני לי' חזקת ממון כמו כל ספק איסור ואף ספק גזל לדידי' אסור וכאן לא שייך שמא יהי' ספק גזל ביד השני דביד ישראל ספק מותר מהתירה ועוד דע"י הרוב אין כאן אף ספק איסור ודו"ק. ולפ"ז מיושב קושיית הרע"א דודאי הך פלגא השני דלא משלם אף דשמא עכו"ם הוא והוי בידו ספק איסור מ"מ שמא ישראל הוא ויהי' ספק איסור ביד השני אכן פלגא הראשון ע"כ משלם מכח ספק גזל דשמא הוא עכו"ם וא"צ עדות שאתה יכול להזימה מה תאמר שמא יהי' ספק גזל ביד השני הרי תפיסה בקנס כיון שבא לידו שוב הוי ממון ובממון לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה אך מזה משמע קצת כסברת הרמב"ן דאף בלא עדים יש עליו חיוב קנס שוב נתיישבתי דא"צ לבוא לזה דודאי מחצה משלם דדילמא עכו"ם הוא וספק שלו אסור מדאורייתא מה תאמר שמא ישראל הוא

ויהי' ספק ביד השני ספק גזל ביד ישראל אינו אסור ודו"ק: מה שהביא הפ"ת דהש"ך סותר עצמו כבר מתרץ הגהות א"ב:

יא) וכך וכך תחזיר. עיין תומים שהביא דברי הרי"ו שכ' הואיל ואנן אין בקיאין בשומא כדאמר כל הנישום כעבד אין גובין בבבל יכול להחזיק כל מה שיתפוס והתומים תמה דאין לך תפיסה מספק יותר מזה. והנה אף שדבריו אמת ופשוט דהדין עם התומים אכן אין כ"כ תימה על מהרי"ו דהרי כן כתבו התוס' בב"ק (ד' ט"ו) בשם ר"ת דכ' דא"כ יוכל לתפוס כל אשר לו ולכן כ' דלא מהני תפיסה והרא"ש תמה שם על דבריו דלענין להחזיר המותר אין זה דיני קנסות ואין מובן כלל דברי ר"ת עיי"ש כי קצרתי ולפי דברי מהרי"ו דבריו מובנים דאם מהני תפיסה אין יכולין להחזיר דמפרש דלכן כל הנישום אין גובין בבבל מטעם דלא בקיאין בשומא וגם דברי המרדכי שהביא התומים יש לפרש כן עיי"ש:

סימן ב

א) וכן נוהגין בכ"מ שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול ומכין ועונשין והפקירן הפקר כפי המנהג אע"פ שיש חולקין וס"ל דאין כח ביד טובי העיר וכו' ואינן רשאין לשנות במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי וכו' מ"מ הולכין אחר מנהג העיר. והנה ביען כי בענין שיכולין לתקן אף במקום דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי יש בזה איזו שיטות כמו שמבואר בס' משפט שלום סי' רל"א מהתייר הגדול הרב הגאון מבערזאן וכתבתי איזה תשובה אשר מתוכה יתבארו קצת מדברים האלו אעתיקהו פה. והנה נשאלתי בענין דו"ד שהי' בין השו"ב דכפר סטעבניק להשו"ב דק"ק דראהאביטש בענין שהשו"ב דסטעבניק טוען שכבר זכה בכפר טריסקאויטץ והשובי"ם מדראביטץ אומרים שאף אם זכה הרי הבשר שנלקח מכאן הוא לאנשי מקומות אחרים אשר יבאו שמה לימי הקיץ אל המרחץ דשם וגם במה זכה:

וזה תשובתי באשר כי בספרי חי' לחו"מ לא דברתי כלל מענינים האלו וגם ס' מ"ש נאבד ממני בעת המלחמה וגם הדברים רחוקים מכללי הש"ס בד"מ הצרכתי לחתור לקרב הענין אל הסברא קצת וזה החלי: ראשית הדברים אתחיל במה שראיתי בס' דברי חיים ת' יו"ד סי' ט' כ' וז"ל מעולם תמהתי במה שמנהג לומר על שו"ב ששוחט בישובים השייכים לחבירו שהוא מסיג גבול ולא ידעתי במה קנאו זה שהחזיק בו שיהא נקרא השגת גבול וכי נקנה הישוב להשו"ב שהחזיק לשחוט בו וע"פ דין דבר פשוט דאף בעה"ב בעיר יוכל לקבל לביתו שו"ב והרב אין יכול למחות בו רק במקום שיש תקנה שלא ישחוט שו"ב זולת שו"ב הקהל ואך נראה שהוא מטעם המבואר בסי' רל"ז דמלמד שהוא מושכר אצל בעה"ב דאסור למלמד אחר להשיג גבולו וה"ה בשו"ב וכו' דהוי עני

המהפך בחררה דודאי איירי בסוף הזמן דאל"כ בלא"ה אין הבעה"ב יכול לדחותו ואסור להשיג גבולו ע"כ:

והנה הרב הגאון הק' הפריז קצת על המדה ולא ביאר דאם נדמהו רק למלמד יתרבו עלינו חלוקים הרבה ומשמע דאיירי בשו"ב העיר שנתקבל מאנשי העיר ושוחט גם בישובים ולא אדע במה יגרע שו"ב מכל התמנות שבעיר כרב וש"ץ ודומיהן וכלל גדול יש בידינו דכל דבר הנצרך בעיר שאין הדרך ליחיד להחזיקו מתמנה ע"פ אנשי העיר ועיין במ"א סי' קנ"ג דהמנהג שהולכין אחר הרוב או אחר ז' טובי העיר אם נתמנו ונתבררו מאנשי העיר ופשוט ג"כ דכל הישובים השייכים להעיר הם כאנשי העיר ויש להם דיעה בהתמנות הן לפי המנהג שהי' קודם שכל הישובים השייכים לבית החיים או לפי התפשטות המנהג כעת השייכים לפי דד"מ יש להם ג"כ דיעה בהאקרו"ט וכבר נתפשט המנהג דהאקרו"ט יש להם דין ז' טובי העיר כמבואר בס' משפט שלום אף שלא נתקבלו מהרוב כפי הד"ת רק שיש להם יותר דיעות מאחרים וא"כ אם בשעת מינוי שו"ב בעיר הן אם נתרצו בפירוש או שתקו ובטלי דעתם ולא מיחו בשו"ב שיאמרו שרצונם בשו"ב מיוחד בישובם א"כ הרי נתמנה שו"ב זה עליהם ואין יכולין לדחותו וא"כ אם האקרו"ט חלקו הישובים לשו"ב שלהם זכה בחזקת הישוב וממילא הוא תוך הזמן כל ימי חייו כמבואר בחת"ס דאף בקבלו רב לזמן אף שלא כתבו רק זמן ידוע מ"מ אין יכולין לדחותו ורק כפי המנהג נכתב ג' שנים כימי שכיר כידוע וה"נ בשו"ב והוי כתוך הזמן ואין יכולין לגזול ממנו השכירות כמלמד תוך הזמן ופשוט וגם זה פשוט דאין שייך בזה דנאמר דהוי דבר שלא בא לעולם דבשכירות פועל לא שייך כן וגם יכולין לחייב עצמן בדבר שלא בא לעולם לכן ודאי דקנה ואין להסיג גבולו:

אמת כי זה איזו שנים בא לידי איזו רגעים ס' שו"ת אבן יקרה וראיתי שכ' דשו"ב לא קנה דהרי לא קצבו לו שכירות ובנוטל מכל בהמה ששוחט אין לו שום חזקת שו"ב דלא הבטיחו לו כלום שהרי אינם מחויבים לשחוט ופשוט דא"צ להשיב ע"ז ושליח שנשלח למכור בעד סך מסוים והמותר יהי' שלו הוי ש"ש וקנה עיין סי' קפ"ה בחו"מ וכן הוי רבית אף באם אין ודאי שיהי' ריוח דאותו ספק הוי ריוח באלו קצבו לו ולא הייתי רוצה להביא דבריו רק להוציא מלב התלמידים שאין משתמשין כל צורכן וישישו לקראת מציאה כזו שמצאו לכן כתבתי לבל יטעו. ובל"ז דבר ידוע שהוא שוה הרבה דודאי לא יניחו מלאכול בשר ופשוט ולפ"ז אם נתקבל שו"ב בכונסת לישוב או מדעת האקרו"ט ודאי אין אחר יכול להשיג גבולו ויוצא בדיינים כגזל גמור ואין להאריך בזה:

ואכן נדבר בשו"ב שהחזיק באיזה ישוב שלא מדעת האקרו"ט ורק שלא מיתו בידו וגם הישוב לח נתנו לו כתב כונסת בזה פשוט בעיני דלא שייך בזה שתיקה כהודאה או מחילה להבא שיתחזק בזה ורק שתקו למה ששחט וקיבל שכר שחיטה והיינו דלא הי' להם נ"מ מי ישחוט ובודאי דעתם שאם ירצו יקבלו אח"כ איזה שו"ב אשר יתרצו בו ובזה נראה דאף למלמד לא דמי ואין בזה השגת גבול דהרי צריך להבין החילוק בין מלמד לבין הא דקיי"ל כר"ה ברי' דר"י המבואר בחו"מ סי' קנ"ו דאין יכול לעכב על מי שרוצה להיות אומן או לקבוע חנות אצל חנותו של חבירו ונראה דהחילוק בזה או דמלמד הוי פיסוק חיותי' לגמרי גם במלמד יש קצבה מה שנוטל מבעה"ב אבל אומן וחנות אין לו קצבה ויכול לומר מי שירצה ילך אצלך או יבא אצלי וא"כ ודאי שוב לאומן דמי שאין לו קצבה ויכול לקבוע חנותו אצל חנותו של חבירו:

גם לא דמי כלל לעני המהפך בחררה ל"מ להסובר דבהפקר ומציאה לא שייך עני המהפך בחררה ה"נ שו"ב לא שייך ילך וימצא אחרת דהרי כל מה שיזכה הוי כמציאה דשחיטה זו אינו מונע אותו משחיטה שאח"כ רק אף להסוברים דאף במציאה שייך דין זה כבר מבואר ברמ"א דעני דוקא ולא עשיר ובלא"ה קיי"ל כדיעה א' וא"כ הי' נראה פשוט דאין בזה השגת גבול ואולי יש בזה איזה תקנה או מנהג שאין ידוע לי:

ואך מ"מ, לחקור בו קצח בדין אומן דפסקינן דיכול לירד למבוא שיש אומן כזה ואין יכול לעכבו וגר מעיר אחרת יש בו פלוגתא בש"ע סי' קנ"ו ומקודם אומר מה שהאריכו הרבה אחרונים בהא דאמרו ואח אשת רעהו לא טימא שלא ירד לאומנות חבירו וכן לא עשה לרעהו רעה דרשו כן ואמרו קצת אחרונים בתשובותיהם שאין זה רק מידת חסידות ובענייי דבריהם צ"ע דהרי אף פיסוק חיותי' ועני המהפך בחררה לא מצינו מקור מן התורה רק תקנתא דרבנן וע"כ דכל מה דאמר יחזקאל תקנו בו תקנה ואיסור כפי המבואר בש"ס באיזו הוי איסור לכופו ובאיזה הוי רק רשע וגם פליגי בש"ס באיזו ענינים בכונת הכתוב ולפ"ז יצא לנו דכל מה שלא עשו תקנה, אף מידת חסידות אין בו כך נראה לפענ"ד:

ועתה נדבר מהנ"ל והיינו בפלוגתת הרמב"ם והתוס' הנ"ל בסי' קנ"ו דהרמב"ם ס"ל דאף דהוא גר מעיר אחרת יכול לכנוס אף להמבוא שיש בו אומן זה והתוס' ס"ל דמ"מ יכול למנעו ממבוא זו והש"ך שם ס"ק ג' הקשה להרמב"ם דמאי בעי ר"ה ברי' דר"י אי בר מבוא אבר מבוא אחריתי יכול לעכב וכי גרע מבר מתא אחריתא דאי שייך בכרגא דהכא אין יכול לעכב בשלמא להתוס' דלגר מעיר אחרת יכול למונעו מאותו מביא רק מהעיר אין יכול למונעו שפיר בעי אי יכול בר מבוא לעכב למבוא בר מבואה אחריתי מאותה

העיר אבל להרמב"ם קשה ובעניי לק"מ די"ל דהרמב"ם ג"כ מפרש כהתוס' ופשיטא לי' דיכול לעכב העיר בשאין נותן בכרגא ובנותן מס אינו יכול לעכב העיר מיהו בעי אם יכול לעכב המביא דאם נאמר דיכול לעכב המביא אבן עיר אחרת ודאי דיכול לעכב אבר מבוא מעירו שלא יכניס למבוא דאיך נאמר דעל בן עיר אחרת אין יכול לעכב העיר רק המבוא ובן עירו אף המבוא אינו מעכב הרי תיכף בן עיר אחרת שיכניס לעירו יהי' בן עירו ואיך יעכב המבוא וכי רק על שעה אחת יכנוס לעיר ושעה שני' למבוא ובפעם אחת למבוא מעכבו וע"כ דמ"ש דיכול בצד חנוחו היינו אחר דקיי"ל לקולא האיבעיא ואינו יכול לעכב אבר מבוא אחרת ה"ה דאינו יכול לעכב אבר מתא אחריתא כמ"ש כיון דיכול לבא להעיר הוי רק בר מבוא אחריתא ולדברי התוס' יש לעיין עד אימת נקרא בר מתא אחריתא שלא לכנוס למבוא רק אינו ראוי לעני כמוני להכריע בין הקדמונים ואך לדעתי דא"צ כלל לפלפל בזה כי כבר כ' הבית אפרים הובא בפ"ת ס"ק ג' דמעולם לא שמענו למחות ביד בונים אכסניא וחנות בצד חבירו ולא שייך בזה פיסוק חיותי' וא"כ אף שו"ב שאין לו כונסת מישוב זה ודאי דג"כ אין לו רק דין אומן ואחר יכול לקבוע שם ולפענ"ד לא מצאתי בזה מידת חסידות יותר מפותח חנות בצד חנותו ש"ח:

והנה ראיתי בשם החת"ס דאף דאין אנו דנין דין מערופיא זה רק מערופיא עכו"ם אבל מערופיא ישראל סמכא דעתי' ואסור להשיג גבולו והנה אף שהי' לי תחילה קצת ראי' לזה מדברי הרמ"א שכ' ויש מתירין דנכסי עכו"ם הפקר משמע רק בעכו"ם ואכן בעניי הוא תימה דלא נזכר כלל מערופיא ישראל בשום מקום וכתבו בלשונם ישראל דיש לו מערופיא עכו"ם משמע דאין שייך כלל מערופיא בישראל ובעניי פשוט להיפך דאיך יזכה בנכסי ישראל ופשיטא דאין דנין רק, בנכסי עכו"ם הוי כמרחיקין ממצודת הדג וכבר זכה הראשון מהפקר ולשון הרמ"א דכתבו היש מתירין נכסי עכו"ם הפקר, לכל הקודם הוא רק מושאל מדיעה הקודמת דדנין מערופיא דזכה ראשון מן הפקר כתבו דהוא הפקר לכל הקודם או מלשון הש"ס גבי קנה שדה מעכו"ם ונתן מעות דיכול אחר לזכות בה דהעכו"ם סילק עצמו אף דהקונה השתדל ועיקר החימה לי דהרי מערופיא ישראל הוא הדין דגמר' דבני מביא אינו יכול לעכב ועושה חנות בצד חנותו של חבירו ובפרט אם הוא טובת הלוקחים וראיתי בס' מ"פ הביאו וכ' סמך לזה מדברי הרשב"א שבב"י ואין נראה דהרשב"א כ' דדנין דין מערופיא ושר שעובד גבי' חייט אסור להשיג גבולו וכ' ע"ז דדמי לבכור שנוטל פ"ש בזרוע ולחיים ופשוט דרק מערופיא עכו"ם דזה לשיטתו מדמהו למתנות כהונה ולמכירי כהונה דאין להישראל רק טוה"נ אבל לא

שיזכה בנכסי ישראל אך ביען כי תשו' החת"ס אינו ת"י לא אדע מה לדון בי' ואין עלי אחריות ס' שאינו ת"י כי לפענ"ד הוא כמ"ש:

וגם קודם שנבא לדין שלפנינו עוד צריך לנו לבאר בקהל שקבלו שו"ב אם האיסור עליהם או על שו"ב האחר דאז ודאי אסור להשיג גבולו אך אם האקרו"ט עצמם קבלוהו אם שבעה טובי העיר יכולין לתקן שלא ישחוט שו"ב אחר דהוי דבר דהוי רווחא להאי ופסידא להאי כי אף שדבר זה מבואר בש"ע סי' ב' שכ' הרמ"א וכן נוהגין שיכולין לחקן אף במילתא דהוא רווחא להאי וכו' מ"מ הרי כ' הנו"ב על דין זה דמשמע מדברי הרמ"א דמן הדין אין יכולין לתקן רק דכן המנהג וא"כ בבא לדין צריכין לברר אם המנהג הוא כן במקום הזה ואך בס' משפט שלום כ' עליו דמלשון הרמ"א משמע דכן המנהג ואין לשנות עיי"ש בסי' רל"א. והנה אמת הוא כי בכל מקום שכ' הרמ"א וכן נוהגין נהגינן בתרי' בכל מקומותינו שאין לשנות מ"מ הרי סיים והפקירן הפקר כפי המנהג וגם אח"כ סיים הולכין אחר מנהג העיר משמע דאין המנהג פשוט ואך נראה כי גם במה שיכולין לתקן ברווחא להאי ופסידא להאי הביא המ"ש שם מחלוקת דדוקא בדבר דהיום יש פסידא להאי ביען יש לו למכור ועשו שער שעי"ז יהי' לו פסידא אבל מחר יהי' הוא הקונה וירויח גם הוא בתקנתן אבל מקום דתמיד יהי' לאחד הפסד אין בכחם לתקן וי"א דאף בכה"ג יש כח לטובי העיר לתקן. והנה עכ"פ דין זה נלמוד מדברי הנו"ב דכ' דמן ד"ת אין יכולין לתקן ורק מדברי הרמ"א דהמנהג הוא כן כמ"ש הרמ"א ואכן אין לנו לפרש יותר מן ההכרח אבל במה שהוא לעולם פסידא לזה אין בכחם לתקן רק אם המנהג ידוע וא"כ כל מה שיסתפק בזה הוי ספק במנהג או בהתקנה והולכין אחר ד"ת:

ואף אם ימצא לאחד שיאמר שיכולין טובי העיר לתקן מדין תורה דכן קצת משמע ממה שכ' דיש להם כח כב"ד הגדול ולאיזו דבר כ' כן משמע קצת דיש כת מדינא ואנן ידוע כי האקרו"ט אין דינם כז' טובי העיר מדינא דהרי אינן רובן מתוך כולם ואין להם רוב דיעות מאנשי העיר רק מי שיש לו יותר דיעות הוא נברר אף דרוב אינו מסכימים ורק בם מ"ש הנ"ל כ' דכן המנהג שיש להם כת טובי העיר ואולי הוא משום דינא דמלכותא א"כ ודאי צריכין לברר אם כן הוא המנהג וא"כ איך יכולין לתקן שלא יבא שו"ב אתר לגבול זה כיון דלעולם הוא פסידא שלו ואך מ"מ לכאורה אין נ"מ בזה דנהי דאין יכולין לתקן על השו"ב עכ"פ הרי בידם לתקן ולאסור על העיר ואסורין לקבל שו"ב אתר ואף אם אחד לא ירצה רק לשחוט אצל שו"ב אתר הרי אסור לשו"ב אתר לבא ולסייע ידי עוברי עבירה ולהשיג גבולו כיון דהוא גזל ועושק שכר שכיר ואך מ"מ יהי' נ"מ לנידון דידן ויתבאר להלן:

וכ"ז דברנו באם האקרו"ט קבלו שו"ב אבל אם יושבי עיר עצמם חתמו וקבלו שו"ב לכאורה הי' נראה דיש לו דין אחר דהרי מבואר בסי' קנ"ו דיכולין אנשי עיר למחות לאחד שלא יבא לסחור לעירם וא"כ ודאי דיכולין לאסור על אחר שלא יבא לעירם מחמת חזקת ישוב חוץ מיומא דשוקא כמבואר ואמת כי נראה קיצור לשון בדברי הש"ע ובטור מבואר דרק יכולין לאסור חזקת ישוב על מי שאין שייך במס העיר למלך זה וכ"ז לא שייך היום. ואכן ראיתי בס' משיב כהלכה מהגאון מפשעווארסק כ' דכל דין זה מדינא דמלכותא הוא כאשר אנו רואים דנכרי מעיר אחרת אם אינו יום השוק השופט מוחה בידו שלא לפתוח חנותו וא"כ י"ל דאף היום יכולין לאסור חזקת הישוב ואם התירו לאחד ולא לשני יכולין למחות בהשני ואך דבריו צ"ע דהרי במה דמבואר בש"ס דביום השוק יכולין למכור כיון דבאין קונים ממקומות אחרים פליגו בזה הרמב"ם ותוס' דהרמב"ם סובר דביום השוק יכולין למכור אף ליושבי העיר כיון דהרוב ממקומות אחרים והתוס' ס"ל דרק לאחרים יכולין למכור ואי משום דינא דמלכותא נחזי האיך הוא דד"מ וצ"ל דאה"נ דחז"ל תיקנו קרוב לדד"מ ותקנת חכמים הוא וא"כ צ"ע קצת בשייך לכרגא דהכא וא"כ בדין שלפנינו יהי' איזו חלוקים:

והנה החלוקים העולים לפי כל הנ"ל דהיכי דפסק תיותי' לגמרי ודאי אסור לשו"ב השני לכנוס בגבולו אף אם לא קבלוהו רק החזיק בעצמו. והיכי דקבלוהו אסור לשו"ב שני לכנוס לגבולו אף שלא פסק חיותו אבל לא קבלוהו יכול אף אחר לבא ולשחוט ואין בזה השגת גבול ואך אף בקבלוהו כל האיסור הוא אאנשי ישוב זה ולא לאחרים הבאין לכאן וכן מבואר ג"כ בפ"ת סי' קס"ג דאין יכולין לתקן על אנשים אחרים הבאין ממקומות אחרים והוי כיומא דשוקא:

ומעתה נבוא לדין שאלתכם ששאלתם דהכפר סטעבניק שהחזיק שם השו"ב הוא שייך לעירכם דראהביטש וגם הכפר טריסקאוויטץ וכבר כתבתי דאם האקרו"ט ויושבי טריסקאוויטץ לא נתנו חתימתם יכול אף אתר לבא לשם ולשחוט ואין בזה השגת גבול ואך אף אם יושבי טריסקאוויטץ נתנו חתימתם לשו"ב דסטעבניק ומסתמא היו יכולין לחלק עצמם מהעיר וזה הדבר מבואר לנכון בשו"ת בית יצחק מהגאון מלבוב בח' יו"ד (אינו אתי כעת) דבשעת קבלת שו"ב לעיר יכולין לקבל שו"ב לכפר ישוב שלהם כיון דלא נתרצו לו ואף אם לא דברו מזה מ"מ הרי האקרו"ט מחלו להם ולא מיחו בידם מ"מ הרי בארנו דאין יכולין לתקן על שו"ב אחר שלא ישחוט והאקרו"ט אין יכולין לתקן על אנשים הבאין להמרחץ ממקומות אחרים וכבר כתבו דהמנהג כהרמב"ם דביומא דשוקא אף לאנשים יושבי העיר יכולין למכור:

גם בזה י"ל דאף דנתרצו האקרו"ט לשו"ב דכפר סטעבניק מ"מ לא נתרצו לאסור על אחר ובפרט על שו"ב של עירם די"ל דחזקת הישוב עדיין נשאר לאקרו"ט:

עכ"פ בנידן שלפנינו דבא שאלתכם דשוחטי עיר דראהאביטש שוחטין בעירם והקצב מוליך הבשר לכפר טריסקאויטץ לא ראיתי שום חשש מכמה טעמים האחד דאף האקרו"ט אין יכולין לאסור על שו"ב אתר מלשחוט וגם חזקת ישוב אין שייך בזה ובפרט לאנשים אחרים ויכולין הקצבים למכור אף להישוב דהוי כיומא דשוקא וגם בלא זה הרי לא אסרו לעצמן שחיטות אחרים ממקום אחר וכמה בשר ועופות ממקומות אחרים באין גם לעיר דראהביטש ופשוט דאף מנהג אין בזה גם לרב שנתחייבו רת"ש בסידור קידושין לא שמענו מעולם שאין רב מסדר קידושין במקומו לנכרים הבאין לעשות נשואין ממקומות אחרים וא"כ אין זה צריך לפנים דאין להשו"ב דטריסקאוויטץ טענה על השו"ב מק"ק דראהאביטש ולדעתי אין בזה פקפוק כלל. דברי ידידם וכו':

אגב אכתוב עוד במה שבא לפני משפט באשר כי השו"ב שבעירם לא לקח קצבה רק נתנו לו כונסת על חצי הזביחה וכן לשני ועתה רוצים לקצוב להם שכר פחות הרבה ממה שהי' להם בלא קצבה והנה בנותנים להם פרנסה בהרחבה לא יכולתי להזדקק להם כי לפי הנראה כן הוא מנהג כל עיירות אשר נתרבה הזביחה בכפלי כפלים ובפרט אם האקרו"ט מוסיפין על שכר הזביחה מהקצבים לפי רצונם אין להשו"ב טענה ובכל המקומות הגדולות קבלו השו"ב תחת ידם ונותנין להם קצבה ואך המשפט הבא לפני רצו לעבור הדרך על השו"ב ולפחות להם שיהי' פרנסתם בדוחק ורצה בורר הקהל לומר כי טובי העיר יכולין לתקן אף במקום דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי:

והנה לפענ"ד חוץ ממה שבארתי דצריכין לברר כי נהגו אף בזה וכמ"ש הנו"ב אף בל"ז נראה דלא שייך כלל לזה לשון תקנה רק גזל ממש ויכולין טובי העיר רק לתקן ולא לגזול ולעשוק שכר פעולה ממה שקצבו להם והרי אף דבר שאין לאחד רק זכות אף כל העיר אין יכולין לבטל כמבואר בש"ע או"ח סי' קנ"ג סעיף י"ז דמי שהי' בביתו ביהכ"נ אין יכולין לשנותו לבית אחר ויותר מזה מבואר דבכל המנויין כל אחד יכול למחות והוא מטעם דאין יכולין לגזול זכותו חוץ התקנה המבואר מדברי המ"א שם לילך אתר הרוב והאיך יעלה על הדעת שיוכלו לגזול ממה שקצבו לו והמרדכי לא איירי רק בטובי העיר שקבלו בני העיר על עצמן שיקצבו ויחלקו המם לפי דעתם וכל אחד אומד דעתו לשם שמים והי' מנהג בעיר שלא לקצוב מס על נכסיו בשדות רק כפי ממון שיש לו והי' דעת המרדכי דודאי מהסברא שיתנו גם מהשדות רק דהי' מנהג שלא יתנו וע"ז יש שרוצים לומר דגם זה יכולין לחדש אף דאיכא פסידא להאי לפי המנהג שנהגו ושם ודאי אין כיון

גזילה דאדרבה לפי הסברא צריך ליתן אף מהשדות ובזה יש שם מחלוקת אם יכולין להוסיף מן המנהג אבל אין זה ענין למה שזכה אחד בדין כמו שכר פעולה דודאי אין יכולין לעשוק ולגזול שכר שכיר וגם זה פשוט דאף אם נתרבה הזביחה ובעת שנתקבלו הי' פרנסתם מצומצמת מ"מ אין יכולין בני העיר לומר הרי ירדתם לשכר דודאי נחתו אדעת זו דאף דעכשיו השכר מועט מ"מ ודאי דיתרבה וגם אדרבה דרך העולם להוסיף למשמשין ברואין שפרנסתם מצומצם. והמעיין בכל התשובות שבס' משפט שלום יראה שאין דומה לנידון דידן ואבאר קצת ענינים כדומה ברוצין לתקן שכל מי שימצא מציאה יחזור אפי אחר יאוש אין ידוע בשעת התקנה מי המוצא וכן במה שיכולין לקצץ שכר פועלים ושערים הוא בשני אופנים או דאין התקנה רק על הלוקחים שלא יתנו יותר או אף המבי"ט דס"ל דיכולין לכוף למכור בשער שקצבו הוא רק משום דרוצין ליקר השער יותר מהראוי ואין זה בכלל פסידא ודו"ק: מ"ש בפ"ת סי' ג' ס"ק ב' עמ"ש סי' כ"ו:

סימן ג

א) וכל שלשה נקראין ב"ד אפי' הדיוטות דאי אפשר דלית בהו חד דגמיר. השבו"י כ' דאם השנים דלא גמירי מכריעין נגד היחיד דגמיר הולכין אחריהם דהם הרוב וכן משמע מכל הפוסקים וכן נראה פשוט דאל"כ שלשה למה לי אם אין דעתם חשוב כלל ואך ראיתי שהשע"מ לקמן סי' י"ח חולק עליו וכ' כיון דהם פסולין לדון איך יכריעו נגד הגמיר והביא ראי' דבסנהדרין (ד' ג' ע"ב) פריך לר' יאשי' דיליף שלשה מתלתא אלקים וכי לית לי' ב"ד נוטה והקשה דאי משום ב"ד נוטה הוי סגי דהשלישי לא יהי' מומחה ויהי' ג"כ ב"ד שקול להכי צריך תלתא אלקים דכל השלשה יהיו מומתין אלא ע"כ דמי שאינו מומחה אינו יכול להכריע נגד המומחה וה"ה הדיוטות נגד הגמיר וכן כ' בס' החינוך מצוה ע"ח דאף אלף בורים לא אזלינן בתר רובא דידהו נגד ת"ח ע"כ. ודבריו לא נהירין מ"ש דהם פסולין לדון אינו נראה ויבואר זה לקמן ס"ק שאח"ז דאין עליהם שם פסול ועוד הרי חכמים תקנו שלשה ומדאורייתא אף הגמיר אין יכול לדון כיון דאינו מומחה ולמה הם פסולין יותר ממנו וא"כ כיון דצירפו תרי הדיוטות אל הגמיר הם דיינים כמוהו ולפ"ז פשוט דנדחה הראי' מסנהדרין דמדאורייתא ודאי כיון דאין נקראין ב"ד רק מומחין מתרי אלקים ודאי פשוט דאף השלישי שהוא משום ב"ד נוטה ואיך ההדיוט יכריע בין השני מומחין אבל בתר תקנת חז"ל דאלו השלשה הם ב"ד ודאי כולם שוין וגם מה שהביא מס' החינוך דבריו תמוהים דלא עיין מ"ש החינוך תיכף אח"ז וז"ל אבל סנהדרין אף אם המיעוט חכמים יותר הולכין אחר הרוב כיון דהם במנין ע"פ מצות התורה כונתו שם דוקא לענין שאנו נסמוך ע"פ דעתם בדבר שיבוא אח"כ לפנינו ונרצה

לסמוך ע"פ דעת מי שכבר פסק כן או שכתבו כן בספר בזה ודאי אף אלף בורים אינן כלום נגד ת"ח אחד אבל היכי דהם עוסקין בדין שבא לפניהם בדיני ממונות או בדיני נפשות בזה ודאי כיון דהם במנין ע"פ מצות התורה כל אחד שקול כאידך ולעולם הולכין אחר הרוב וכונת החינוך כמו שמצינו דלולי הבת קול היינו פוסקין כב"ש רחריפי טובא אבל בדין שבא לפניהם לעולם הולכין אחר הרוב וזה נראה גם במה שאמרו מפני מה זכו ב"ה לקבוע הלכה כמותן וכו' והיינו דלא קבלו דעתם לפסוק רק כמותן בדבר שבא לפניהם ורק תיכף קובעו הלכה כמותן וקבעו שלדורות יהי' נקבע הלכה והיינו כיון דאז נקבע הלכה גם לדורות הוי כהלכה שבא לפניהם כמו כל תקנת חכמים ודו"ק:

ובזה אמרתי לפרש דברי הש"ך בס' תקפו כהן סי' ע"ב שכ' דיכול לומר קים. לי כהפוסק בהא ולא קים לי כוחי' בהא ותמה עליו התומים כיון דכ' הש"ך בסי' כ"ה דאזלינן בסנהדרין בתר רוב אף מתרי טעמי א"כ איך יכול לומר קים לי בזה ולא בזה עיי"ש והבין התומים שהם דברים הסותרים זא"ז ולא אבין כלל דנראה פשוט דדברי הש"ך נכונים וברורים וכראי מונקים דשם בסי' כ"ה איירי הש"ך בדין הבא לפני סנהדרין לדונו כמבואר שם בזה כ' באזלינן אחר הרוב אף מתרי טעמי דאף דזה מחייב מטעם זה וזה מטעם אחר מ"מ יצא זה מחיוב ע"פ רוב הדיינים אבל בדין שבא אח"כ לפני חכמים והם יכולין להכריע ע"י סברתם ולומר דאין סברא זו נוח להם דהרי ודאי אין יכולין לדון ע"פ החיבורים על האיש הבא לפניהם ותדע דכי בדין שבא לפני הסנהדרין כמה פעמים ודנו לחוב ובא אח"כ דין כזה לפניהם ורוב מזכין וכי נאמר לא נלך אחר הרוב ונצטרף דיעות הסנהדרין שדנו לפניהם לחוב וא"כ ודאי דהחילוק ידוע דאם אנו דנין איזה איש דנין אותו ע"פ הדיינים הדנין אותו אבל אם דנין ע"פ החיבורים ואין דעתינו מכריע מ"מ אין מלטרפין אותן הפוסקים לדיינים רק מצטרפין סברתם. של אותן שקדמו וא"כ בשאלה שיש בה שני עניני סברות ואף דאם נחשוב הגדולים יהי' רוב לאיסור משום דזה אוסר מסברא זו וזה אוסר מסברא זו מ"מ הרי אין אנו חושבין רק סברתם וכיון דאנו רואין בשאלה אשר אין בה רק טעם אחד הרוב מתירין וא"כ נדחה טעם זה מהרוב אשר אין סוברין כן וכן טעם השני וכל הטעם דאזלינן גם בחיבורים אחר הרוב הוא כמ"ש הש"ך בשם מהרי"ק דהוי כמו סוגיא דעלמא כאידך אבל כיון דחזינן דאם אין בהשאלה רק טעם אחד מתירין ע"כ דסוגיא דעלמא לא ס"ל כן לכן ודאי דיש להתיר וכן יכול לומר קים לי כוחי' בהא ולא בהא ולא אאמין אם יהי' מי שיתעקש בזה כי הוא דבר אמת ופשוט וכן נמי כונת החינוך וא"כ אדרבה מהחינוך משמע דכל שהם במנין ע"פ התורה אזלינן בחר רוב היושבין בדין וה"נ כיון דצריך שלשה אף ההדיוטות הם מהימנין ואזלינן בחר

רוב ודברי השבו"י נכונים וברורים אכן פשוט דודאי לאו ברשיעי עסקינן דחולקין על הגמיר לבטל דין פשוט רק שמביא להם איזה דמיון ע"פ סברא ואינו נראה להם שיקול דעתו ואף דלא גמירי יכול להיות דהדין עמהם דאין דמיום עולה יפה כמו שאינו יכול להכריעם להודות לו אבל ודאי אם הוא בענין דהחכם יודע בבירור שטעות הוא בידם כבר כ' השבו"י דמצוה שיאמר הגמיר איני יודע כדי שיתבטל הדין וכ"ז ברור להלכה ולמעשה. עוד ראיתי בשע"מ סי' זה שרוצה לעשות חילוק בין הרמב"ם לשאר פוסקים וסובר דלהרמב"ם דפוסק כר' אחא דחד כשר א"צ ב"ד שקול דהרי כל מה דצריך שלשה הוא משום דיהי' בהם חד דגמיר כ"ש ב"ד שקול דכשר ע"כ ולא נהירא דא"כ לימא הך איכא בינייהו בין רבא לר' אחא ב"ד ג' והטעם נראה פשוט דאף דחד כשר מ"מ כיון דזה רחוק שיסכימו הדיעות צריך ב"ר נוטה מגזה"כ אבל הדן ביחידי דלא נתרבו דיעות א"צ הכרעה ומזה יהי' ג"כ ראי' להשבו"י הנ"ל דאם נאמר דשנים דלא גמירי אין יכולין להכריע נגד הגמיר א"כ ע"כ א"צ ב"ד נוטה וא"כ למה לא קאמר הך איכא בינייהו ודו"ק: עכשיו בעת העתקה בא לידי דברי מהרי"ק הובא בשו"ת נו"ב תנינא סי' ג' שהביא ראי' דאזלינן בתר רוב מתרי טעמי מחולין (ד' ל"ו) דאמר ר' אושעיא לסמוך על ר"ש אף דר"ש ורבי מתרי טעמי עיי"ש והוא תימה דרק מסברא הוא לא אזלינן בתר סברתם והרי מבואר בש"ס ההיפך דדעת שלישית אינה מוכרעת עיין רש"י סוף פ"ג דפסחים הרי אדרבה לא אזלינן בתר רוב היכי שאינו מטעם אחד אך בלא"ה השיג עליו הנו"ב:

כ) אבל אי לית בהו חד דידע פסולין לדון. וכן כתבו התוס' (ד' ג') והשע"מ הקשה להסובר דגם בדיינים אמרינן נמצא אחד קרוב או פסול בטל הדין א"כ מאי מהני מה דאית בהו חד דגמיר והרי גם הגמיר נפסל בצירוף הפסולין ע"כ. והנה אף אם נחליט כדבריו דההדיוטות דלא ידעו הוי פסולין מ"מ נראה דלק"מ דהרי גם בעדים זוממין הקשו דאיך נתבטל עדות השאר כיון דאלו לא ראו כלל ותירצו דמ"מ גם עליהם שם עדים ונצטרפו בהגדה וע"י הגדה נקראין עדים וא"כ גבי דיינים דההדיוטות כל פסול שלהם משום דלא גמירי ואין עליהם שם דיינים א"כ איך יפסל הדין ע"י אלו שאינם דיינים וכ"ז כתבתי לסברתו אבל העיקר נראה דאין עליהם שם פסול רק כיון דאין רשאין לדון לכן נקראו פסולין אבל תלתא דאית בהו חד דגמיר דמותרין לדון אינם פסולין כלל והא דאמרינן זה פוסל דיינו של זה משום דההדיוט הוא היינו משום דהוא בעצמו אינו ראוי להיות דיין וכ"ז דלא ישבו לדון בתורת דיינים יוכל לפוסלו ולומר דידון לפני מי שחכם יותר אבל כשאין בוררים להם אחרים ואלו דנו אותן ודאי דכולם כשרים שהרי נתנו להם חכמים

רשות לדון וכמו דפריך טעו לא ישלמו דירדו ברשות ואדרבה הגמיר לבד אין לו רשות בלא אלו וכמ"ש ס"ק א':

סימן ד

א) יכול להכותו וכו' דוקא בחפץ המבורר שהוא שלו.

עיין טו"ז דבזה שכ' מהרי"ק שאסור להכותו כיון דאין יכיל לברר אם עבר והכהו ואין עדים אינו פטור במיגו דלא הכהו אף שאומר שבדין הכהו ע"כ והשע"מ כ' דזה תלוי בדין המבואר סי' קל"ט סעיף ד' בשנים העוררים על השדה וכל אחד אומר שהוא הקרוב הראוי ליורשו ובאו עדים על אחד שהוא קרוב ועל השני אינם יודעין דנותנין השדה לזה שיש לו עדים וכ' שם הש"ע דאף הפירות מוציאין מה שאכל והשני אף דיש לו מיגו דלא אכלתי מ"מ כיון דהשדה יוצא מת"י וה"נ מחויב על ההכאה אף דיש לו מיגו אבל להש"ך שם החולק וסובר כיון דיש לו מיגו על הפירות והרי הוא טוען שבדין אכל דהוא קרוב טפי אין מוציאין הפירות ממנו א"כ אף כאן אף דאין יכול לברר על החפץ שהוא שלו מ"מ אין מחויב על ההכאה כיון שאומר שבדין הכהו ע"כ, ולפענ"ד לא קרב זא"ז דהתם הוא טוען דהפירות הם שלו ואף דאינו נאמן על השדה מ"מ שפיר אין מוציאין ממנו הפירות כיון דיש לו מיגו אבל הכא ודאי הדין עם הטו"ז כיון דאף אם האמת כדבריו דהחפץ הוא שלו אסור להכותו רק כדי להציל שלו אבל כשאינו מברר ואין מציל א"כ בחנם הכהו ושלא כדין ממילא חייב על הכאה וכעין סברא זו כ' הרמב"ן הביאו התומים סי' ל"ד ס"ק כ"ה דכתב כיון דאינו נאמן שהוא שלו נעשה פסול עיי"ש גם עיין בש"ע אה"ע סי' קנ"ד דאין הבעל נאמן שבדין הכה לאשתו דכל הנשים בחזקת כשרות ואף דגם האיש בחזקת כשר מ"מ הדי חזינן דעביד איסור וכיון דצריך לזה מעשה רע שלה להתיר איסור הכאה אינו נאמן שהותר לו ה"נ דכותי':

ב בהגה"ה ודוקא הוא בעצמו יכול לעשות דין לעצמו אבל אסור לעשות ע"י עכו"ם. האורים פקפק ע"ז דהת"ה למד זה מהמרדכי דכ' דהיכי דהדין כל דאלים גבר אין יכול לעשות ע"י עכו"ם והמרדכי לא איירי רק דהעכו"ם יטלו ולא יהי' אפשר להוציאו אף אם השני יביא עדים אבל באופן שהב"ד יהי' יכולין אח"כ להוציאו מודה המרדכי דמותר ע"י עכו"ם. ובעניי יש יותר תימה דשם לפני זה בד"ה האי שיתא איתא שם וז"ל פסק ר"א מטולא וכו' והיכי שתקפה ע"י עכו"ם אף שאין לו לעשות כן דהא דקיי"ל דעביד אינש דינא לנפשי' היינו בחפץ מבורר א"כ משמע דבחפץ מבורר מותר ע"י עכו"ם ואכן פ' הגוזל קמא כ' דאין לעשות כד"ג ע"י עכו"ם והוא ענין אחר ואין שייך זה להיכי דעביד דינא לנפשי'. עיין במרדכי פ' הגוזל בתרא דמסר לעכו"ם פסק הראב"י דמשמתינין לי'

ולכאורה כיון דהוא יכול לתופסו לעצמו מה לנו בזה דמסר חפצו לעכו"ם או לקחו לעצמו ואך ראיתי בפ' הגוזל קמא במסרו לעכו"ם מתרץ המרדכי זה וכ' דקנסוהו דדבר מכוער הוא למסור:

ג) שם אבל תפיסה. עיין אורים הביא בשם הישׁ"ש ב"ק פ"ג סי' ו' דאם אין יכול לברר שהוא שלו וא"כ לא הי' אפשר להוציאו בדיני ישראל והלך והוציאו ע"י עכו"ם ומחמת זה הי' לחבירו עלילות והיזקות אף דלא טוב עשה ומחויב להחזיר החפץ כיון שאין לו בירור שהוא שלו מ"מ כיון שהוא טוען שהאמת אתו אין לו דין מסור לשלם לחבירו מה שגרס לו היזק כיון דלא נתכוין להזיק רק אם הי' יכול בדין ישראל לברר אז חייב לשלם הזיקו ע"כ. ודבריו תמוהין במחכ"ת דהדין הזה מבואר לקמן סי' שפ"ח סעיף ה' דיש מחלוקת בזה והש"ך הביא שם בשם הישׁ"ש דחייב וגם הוא הכריע כן ועיינתי בישׁ"ש שם וכ' דאחר שהוציא הי' ניכר לכל שהוא שלו לכן פטור אבל בצריך להחזיר פשיטא דחייב וכן עיינתי בישׁ"ש פ' הגוזל בתרא סי' מ"ט וכ' בפירוש דחייב ומשמע שם אף יותר מהש"ך דמשמע מהש"ך דאם יש לו מיגו וא"צ להחזיר פטור על מה שהזיקו ומלשון הישׁ"ש משמע דרק היכי דהכל רואין שהוא שלו אבל היכי דיש לו מיגו חייב מה שהזיקו עיי"ש ואך פשוט דהש"ך לא קאמר דמהני מיגו רק היכי דיש לו מיגו אף על ההיזק לומר שלא הזיקו ואם לא כן אין כאן מיגו. רק מ"ש הש"ך שם דאף הר"א מטולא ס"ל דחייב באין לו מיגו והכל מודים בזה והשיג על הש"ע דכ' ב' דיעות המעיין במרדכי פ' הגוזל בתרא משמע דסובר דא"צ להחזיר רק החפץ רק ודאי אין לחלוק על הכרעת הש"ך כמבואר גם בישׁ"ש דדין זה ברור ודברי התומים צ"ע:

ד) שם ומ"מ צריך ליתן משכון קודם שירדו לדין. למדו זה מהא דאילן שקוצץ ואח"כ נותן דמים משום דקדירה דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא ואף דלכאורה אין זה דומה דהתם אם הי' צריך ליתן דמים קודם לעולם לא יקוץ כיון דצריך לקבץ ממון אבל כאן דא"צ רק לטעון והרי ע"כ יש טוען וגם עתה טוען שיתן משכון מ"מ מדמה לה משום דהרבה פעמים יש השמטות וסירובים לציית דין עד שיצאה התובע. והתומים הקשה למה ת"ח א"צ לתת משכון בשלמא עדיפותי' לענין מסים ת"ח פטור אבל למשכון מה בין ת"ח לאחר ולפמ"ש י"ל דת"ח היינו ירא שמים ודאי לא ישמיט ואם יתחייב ודאי יתן:

סימן ה

. א) אסור לדון בשבת ויו"ט ואם עבר ודן דינו דין. השע"מ הקשה להסוברין דלא בעינן איסור דחימוד ממון דוקא למה דינו דין הא הדיינים נפסלו ואף דבאיסור דרבנן בעינן הכרזה מ"מ לאותו דבר שנפסל על ידו לא בעינן הכרזה כמבואר בהרא"ה גבי בר בניתוס

ע"כ ולי נראה דלק"מ דדוקא בדבר שאיסור אתר גרם אז נפסל אבל כאן אם נאמר דנפסלו אין כאן דין ולא עביד שום איסור דהא אין כאן דין ול"מ לשיטת רש"י דכל החשש שמא יכתוב פס"ד אין האיסור רק אח"כ ואף לפי מ"ש הסמ"ע שמא יכתוב הטענות מ"מ רבנן לא גזרו רק בדין ואיך נחזיק החבל בשני ראשין דנפסלו ואין כאן פסק ודוגמא לזה כתבו האחרונים לתרץ קושיית הרמב"ן גבי שטר שיש בו ריבית דהקשה דילמא ידעו העדים שיש איסור ומ"מ חתמו וא"כ נפסלו העדים ואיך גובה הקרן בשטר זה ותי' דאם נפסול אותן א"כ אין כאן שטר ממילא לא עשו כלום ולא נפסלו ואף דקצת יש לפקפק בזה ולומר דאם נכשיר א"כ עבדו איסור חוץ דגבי איסור דרבנן היכי דיש תרתי דסתרי אין לפסול אך גם י"ל ברווחה יותר דהרי עבירה דרבנן צריך הכרזה ורק בדבר שע"י כן מכריזין בטלה ג"כ כנ"ל וא"כ הרי כאן אי אפשר להכריז אם נפסול הדין וא"כ פשוט דהדין כשר:

ב) אין דנין בע"ש. כ' הסמ"ע אף בנתרצו הבע"ד מ"מ הדיינים אין יכולין להיות מתונים בדין ושמא יטעו והאורים כ' דלפ"ז בקבלו עליהם בין לדון בין לטעות יכולין לדון ע"ש ובענייי הוא תימה דכי משום דקבלום בין לדון בין לטעות יכולין לעוות ולקלקל הדין ולדון שלא במימון וישוב הדעת ולא קבלוהו עליהם רק מה שאדם עלול לטעות שיוחלט הדין או לענין תשלומין שיהיו פטורים בשיקול הדעת אבל לא לעוות במזיד ואך בעיני נראה פשוט דאף בקבלו בפירוש גם ע"ז שידונו ואף שיטעו לא יהיו מתונים מ"מ אין שייך שהדיינים יקלקלו מה שיכולין לתקן ע"י מתינות גם הוא בזיון הדיינים ולמה יקבלו לדון בזה ואולי זה דומה לאומר קרע כסותי ע"מ לפטור מ"מ אסור לקרוע:

ג) אין דנין בלילה בתחילת דין אבל וכו' גומרין בלילה הרמב"ם ה' סנהדרין פ"ג כ' דכתיב כל ריב וכל נגע מקיש ריבים לנגעין מה נגעים ביום אף ריבים ביום והנה בש"ס פליגו בזה ר"מ ורבנן דר"מ יליף מהיקשא דריבים לנגעין ורבנן ילפי מוהי' ביום הנחילו את בניו וכבר כ' הכ"מ דלכן סובר כר"מ משום דהש"ס פריך ור"מ האי ביום הנחילו מאי עביד לי' ומשני מבעיא לי' להא דשלשה שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבין רצו עושין דין וכיון דאנן קיי"ל כהך דינא דשלשה שנכנסו לבקר וכו' וא"כ ע"כ קרא דביום הנחילו אתא לדין זה וע"כ הא דאין דנין בלילה מהיקשא דכל ריב וכל נגע אתיא אכן זה אשר תמהו על הרמב"ם דבסנהדרין (ד' ל"ד) אמרינן מתניתין דקתני דיני ממונות דנין ביום וגומרין בלילה אתיא דלא כר"מ דר"מ דיליף מהיקש אף גמר דין ביום דוקא ות"ק דיליף מביום הנחילו גמר דין בלילה וא"כ כיון דהרמב"ם יליף מהיקשא למה פסק דגימרין בלילה וכבר עמדו בזה הרבה ולא העלו דבר ברור. ונראה לתרץ בדבר נכון דהנה הא

דגמ"ד בלילה יליף רבא מדרמי קראי כתיב והי' ביום הנחילו משמע ביום אין בלילה לא וכתיב ושפטו את העם בכל עת ומשני כאן לתחילת דין כאן לגמ"ד ולפ"ז קשה נהי דרבא נקט קרא דוהי' ביום הנחילו דמני' יליף ת"ק דיני ממונות ביום מ"מ גם לר"מ יכול לרמי קראי כתיב כל ריב וכו' דמקיש ריבים לנגעין דדוקא ביום וכתיב ושפטו את העם בכל עת ונחרץ ג"כ כאן לתחילת דין כאן לגמ"ד ולמה אמרו דמתני' דגומרין בלילה לא אתיא כר"מ והוא תימה גדולה וכבר הקשו כן המפורשים ולא תירצו דבר המתקבל על הלב. ונראה בזה דהנה במועד קטן (ד' ח') אמר רבא דהא דאין רואין הנגעין במועד ילפינן מוביום הראות בו יש יום שאתה רואה ויש יום שאין אתה רואה והא דאין רואין הנגעים בלילה ילפינן מכנגע נראה לי בבית לי ולא לאורי והקשו התוס' דא"כ איך יחיישב סוגיא דסנהדרין דרבא אמר דלר"מ אף גמר דין ביום ובשלמא אי יליף מוביום הראות י"ל דנוכל לאוקמי בגמר דין אבל כנגע נראה לי משמע תחילת דין ע"כ והניחו בקושיא. וליישב קושיית התוס' נראה דהנה התוס' שם בתחילת הדיבור הקשו דכאן יליף רבא דאין רואין הנגעים בלילה מכנגע נראה לי ושם בסנהדרין מייתי קרא דוביום הראות ותירצו דדרך הש"ס להביא דרשה הפשוטה יותר והיינו דאי לאו הקרא כנגע נראה לי הוי ילפינן דאין רואין בלילה מוביום הראות אך כיון דכתיב כנגע דאין רואין בלילה אייתר ביום הראות דאין רואין ביו"ט ועפ"ז נתרץ קושיא הנ"ל של התוס' אך נתרץ אגב גם קושיא זו ונאמר דבדקדוק נקט הש"ס בסנהדרין וביום הראות דאין רואין בלילה דהנה שם במו"ק בהמשנה פליגו ר"מ וחכמים דר"מ אומר רואין הנגעים במועד להקל ולא להחמיר וחכמים אומרים לא להקל ולא להחמיר ובגמר' שם בהא דאין רואין הנגעים במועד יליף ר' יהודא מוביום הראות דיש יום שאין אתה רואה ורבי יליף מק"ו דאמר קרא ופינו את הבית אם ממתינין לדבר הרשות כ"ש לדבר מצוה ע"כ ולפ"ז נראה פשוט דר"מ דסובר רואין הנגעים להקל ע"כ דסובר כרבי דאם נאמר דילפינן מקרא דוביום הראות יש יום שאין אתה רואה ע"כ דאין רואין כלל ולמה נאמר דרואין להקל וע"כ דסובר כמו רבי דיליף מק"ו דאם ממתינין לדבר הרשות כ"ש לדבר מצוה וזה פשוט ולפ"ז נראה דא"צ למ"ש התוס' דבסנהדרין נקט דרשה הפשוטה רק שם דאזיל אליבא דר"מ ולדידי' דיליף מק"ו שפיר יליף הא דאין רואין הנגעים בלילה מוביום הראות ורק רבא דאזיל לדברי רבנן דאין רואין הנגעים אפי' להקל ויליף מוביום הראות ע"כ הא דאין רואין בלילה ילפינן מכנגע נראה וזה נכון להמדקדק ואך לפ"ז תקשה לר"מ למה לי קרא דכנגע נראה לי וביום הראות אך נראה דתרווייהו צריכי דהנה ודאי אי מקשינן ריבים לנגעים ובריבים כבר אמר רבא דרמי קראי אהדדי ומושפטו העם בכל עת יש ללמוד דגומרין בלילה

וכיון דאין היקש למחצה הוי אמרינן אף נגעים גמר דינם בלילה וקרא דוביום הראות הוי מוקי לתחילת ראיית הנגעים וכיון דיש גם קרא כנגע נראה לי לתחילת ראייה ממילא קרא וביום הראות אתיא לגמר ולפ"ז מיושב קושיית התוס' שהקשו הא מכנגע נראה משמע תחילת דין פשוט דלק"מ דהרי בסנהדרין באמת נקט קרא וביום הראות וקאי לר"מ ואיכא תרי קראי כנ"ל וילפינן אף גמר דאינו רק ביום ומעתה מה מאוד נכין דברי הש"ס דקאמר מתני' דדיני ממונות גומרין בלילה דלא כר"מ ול"ק מה שהקשינו דלדידי' נמי ניליף דגומרין בלילה מקרא דושפטו העם בכל עת דהרי כבר כתבנו דאין היקש למחצה ובנגעים יש תרי קראי לומר דאף הגמר ביום וע"כ גם גמר דין ביום וקרא דושפטו אתא לרבות יום המעונן וזה פשוט. ולפ"ז מיושב דברי הרמב"ם דהרי אנן קיי"ל כחכמים דאין רואין הנגעים ביו"ט לא להקל ולא להחמיר ויליף מוביום הראות ואין כאן רק חד קרא וממילא לא מוקמינן כנגע נראה לי רק לתחילת ראי' וא"כ שפיר יליף כרבא מקרא דושפטו העם דגומרין בלילה אף דיליף ריבים מנגעים כמו שהקשינו בתחילה וזה נכון. ואל תשיבני מהא דכ' הרמב"ם דאין רואין במועד דכתיב ופינו את הבית וק"ו שנותנין זמן לדבר מצוה פשוט דלק"מ דכבר אמרו בגמר' דלרבי צריך תרי קראי חד לגופי' וחד לביתו ורק לר"מ ע"כ דסבר מה לי טומאה דגופי' כמ"ש בנמרא שם דהרי כבר כתבנו דמאן דיליף מוביום הראות סובר דאין רואין כלל אף להקל ורק אנן אף דילפינן מופינו את הבית מ"מ כיון דקרא דוביום הראות אתא דאף להקל אין רואין ה"ה קרא דביתו ור"מ דסובר רואין להקל סובר דהכל ילפינן מופינו ומה לי טומאה דגופי' או דביתו כמו לר"י דיליף הכל מקרא דוביום ודו"ק כי הכל נכון:

ד) בלילה. הסמ"ע ס"ק ז' כ' דאם שלחו אחריו ובא דנין אותו דהא קיבל עליו והב"ת כ' דלא הוי קבלה רק בבאו מעצמם דבשלחו אחריו הא הי' מוכרח לבוא וטעם הסמ"ע נראה דסובר כיון דלא צריך לשמוע אל הזמנה זו מיקרי קיבל עליו וכבא בעצמו והנה השע"מ הקשה דהרי גבי שלשה שנכנסו לבקר את החולה דרצו עושין דין אמרינן דוקא ביום אבל בלילה כותבין ואין עושין דין והרי קבלו אותן עיי"ש דהעלה דאף דלא נאמר כהכנה"ג דלכל קבלה צריך קבלה בפירוש מ"מ לדון בלילה צריך קבלה בפירוש וחולק על הסמ"ע והב"ת עיי"ש ולדעתי לק"מ וחלילה לנו לדחות דברי הסמ"ע והב"ח דשם נראה דאף קבלה בפירוש לא מהני כיון דהדין נגד היתומים ויתבאר זה אי"ה לקמן סי' רנ"ג עיי"ש מ"ש ואך אף אם נאמר קבלה בפירוש מהני גם שם כבר ביארו שם כיון די"ל דלא רצה רק שיכתבו וכיון דלכתחילה אין להם להיות דיינים בלילה אמרינן דלא הי' כונתו רק לעשותן עדים כמבואר שם וחוץ מזה י"ל כיון דאח"כ צריך לקבל עדות ע"ז

בעצמו אם קיבל עליו א"כ אין עד נעשה דיין ולא מהני קבלה בפירוש: ה) וי"א שאם עברו ודנו בלילה דיניהם דין. הסמ"ע ס"ק ח' מפקפק בזה מהא דקבלו עדות בלילה בסי' כ"ת והקצה"ת מתרץ כיון דהגמ"ד כשר בלילה א"כ ע"כ דיעבד מהני כמו אם לא הי' כלל מו"מ דהא המו"מ אין בו דבר שיפסול ע"כ. והנה הי' אפשר לומר דזה תלוי בהחילוק בין רש"י להתוס' עיין סמ"ע ס"ק ז' הביא דבריהם דרש"י כ' דעיקר הגמר ומ"מ אמרינן גומרין בלילה ה"ה הכא אף דהתחלה אין כאן כשר אבל התוס' דסוברין דעיקר הוא ההתחלה ורק הגמר נטפל להתחלה וא"כ ודאי אף דיעבד דאין כאן התחלה פסול דאין הגמר כשר רק משום דהי' התחלה ביום ואין מקום לדברי הקצה"ח לשיטת התוס' אכן נראה דאף לרש"י אין הגמר בלילה רק משום דהתחלה הי' ביום אבל אם אין התחלה הגמר נקרא התחלה ונראה ראי' לזה משלשה שנכנסו לבקר החולה בלילה דאין עושין והרי שם א"צ התחלה ומעצמן נעשין ביום דיינים ומ"מ אין דנין בלילה וקושית הנתה"מ עליו ל"ק דאף העיטוף הוי התחלה:

ו) עברו ודנו בלילה דיניהם דין. הנה תמהו ע"ז דהרי ר"א סובר דחלצה בלילה פסולה משום דחליצה כדין הרי דאף דיעבד אין דיניהם דין ועיין תומים מתרץ דבחליצה כתיב ככה דהוי עכובא והנה כבר נשמע זה בין החיים וכבר מתרץ כן הישׁ"ש הובא בקרבן נתנאל פ' מצות חליצה עיי"ש. אכן בתוס' ריש שבועות העדות מבואר דככה דחליצה לא קאי לעכב רק מה דכתיבי גבי חליצה אבל לא מה דילפינן מדין דהא כתבו שם דאין לומר דהא דאמר לה ר"ג בתי עמודי משום דכתיב ועמד ואמר דאם ועמד משמע עמידה א"כ הוי עכובא דכתיב ככה ולמה תנן בין עומד בין יושב אלא אמר לה לעמוד משום דחליצה הוי כדין הרי אף דצריך לעמוד משום דהוי כדין לא מעכב עיי"ש:

סימן ו

א) אין הדיינים יושבין לדין בדין פחות מש"פ. עיין ש"ך ס"ק א' דלפי דעת הרמב"ם גבי תבעו ב' מחטין דאף בפחות מש"פ נשבעין ה"נ צריכין לדון אף בפחות מש"פ ועיין תומים בשם הרשב"א דבכל דבר שהוא בעין אף בדבר מאכל צריכין לדון עיי"ש ולכאורה הוא מוכרח מסברא דהרי קידשה בתמרה אף בפחות מש"פ חוששין לקידושין וא"כ איך נאמר דלא ידונו ואפשר הוא יקדש בו אשה ואם אינו שלו אין לחוש לקידושין וא"כ צריכין לדון לידע של מי הוא ואך י"ל דאם הדין דאין ב"ד נזקקין שוב ממילא הוי יאוש וביד האשה יהי' ש"ר אך יש סוברין דמ"מ אינה מקודשת מכ"ש בלא ידעה שהוא גזול וא"כ צריכין לדון ועיין בשע"מ צידד אי שייך כלל מצות השבה בפחות מש"פ ועיין חידושי ה' קידושין ולקמן בחידושי ה' גזילה: ב) גומרין דינם אף בפחות מש"פ.

והרא"ש חולק ועיין סמ"ע והנה נראה דהרמב"ם והרא"ש לשיטתייהו אזלו ולהרמב"ם מוכרח דגומרין הדין אף בפחות מש"פ דהא הש"ך כ' דלהרמב"ם ע"כ בכלים דנין אף בפחות מש"פ דאל"כ איך משכחת שביעה בשני מחטין דאין בהם ש"פ ואכתי קשה מחט שמודה ה"ד אי בישנה בעין הא הוי הילך וע"כ דאינו בעין והרי השיווי אינו כלי ודוחק לומר דעל מחט שכפר יש חשיבות לדון עליו וע"כ כיון דהתחילו לדון על כלי גומרין אף על השיווי דאינו ש"פ:

סימן ז

א) וגר דן את חבירו הגר. הקצה"ח כ' בשם הגהות מרדכי פ' מצות חלילה דדוקא בלא כפי' ותימה בעיני דבקידושין גבי הא דתנן אין בודקין משוטרי הרבים קאמר ורמינהו הכל כשרים לדון דיני ממונות וחד לאתויי ממזר וחד לאתויי גר וצריכי עיי"ש ובנדה (ד' נ') וא"כ אי גר איירי בלא כפי' אף ממזר איירי בלא כפי' וא"כ מאי פריך הא לשון משוטרי רבים משמע בכפי' איירי וא"כ משמע הא דגר דן איירי אף בכפי' ועיינתי בהגהות מרדכי שם ונראה דשם לענין ישראל איירי וז"ל גר פסול אפי' לחליצת בני גרים ובממון כשר לדון בלא כפי' עיין תוס' פ' מ"ח ע"כ והקצה"ח הבין דמאי דאמר ובממון כשר קאי אלעיל לענין לדון גר אך נראה פשוט מדסיים עיין תוס' סמך על מ"ש התוס' דבלא כפי' מותר לדון לישראל וקיצר בזה:

והנה הקצה"ת העלה דאף סומא באחת מעיניו פסול מדאורייתא אף לדיני ממונות ואף בנסתמא אחר הסמיכה וכן כל הפסולין כגון ממזר פסולין מהתורה הנה מ"ש דאף נסתמא אחר הסמיכה פסול לא ידעתי מנין לו ואך על עיקר הדין קשה מהך דקידושין הנ"ל דמשמע דממזר כשר מדאורייתא לדון בכפי' וגם מ"ש דלדון ישראל פסול אף בלא כפי' דכן מוכרח דאם לדון חבירו גר היינו בלא כפי' א"כ ע"כ לישראל אף בלא כפי' אסור ולפענ"ד נראה דאף להסוברין דתרתי לרעותא יכול לחזור מ"מ גר אין בו רעותא כלל אף לדון ישראל אף דאסור בכפי' מ"מ הרי כתבו התוס' דאין שייך שררות רק בכפי' וא"כ בלא כפי' כיון דאין בו שררה אין כאן רעותא וכבר הארכתי בזה בחידושי לאה"ע סי' קס"ט ליישב שם קושיית הישועות יעקב ולא רציתי להאריך ולכופלו וגם בסומא דבריו הם נגד כל הפוסקים ועיין רשב"א יבמות (ד' ק"א) ואמת שהביא ראי' גדולה מהרמב"ם פ' ד' מה' סנהדרין דכ' דאין סומכין אלא א"כ ראוי לכל הדברים וכיון דסומא וגר וממזר פסולין לד"נ ומדאורייתא אף בד"מ בעינן סמוכין ממילא פסול אף לד"מ, והנה הוא ודאי קושיא גדולה וצע"ג לישבה אך ודאי מכל הפוסקים משמע ודאי דכשר מדאורייתא גם הכ"מ ה' ת' כ' שם דלא ידע מאין הוציא הרמב"ם דבעינן ראוי לכל הדברים ואולי הוא

רק שנהגו סילסול בעצמן ומ"מ מש"ס קידושין משמע דרק בירושלים נהגו סילסול זה עיי"ש (ד' ע"ו) וברש"י שם ד"ה משוטרי הרבים דפי' דיינים שאינם ממנין כ"ג וע"ז פריך הא גר וממזר נמי כשר ומשמע דאף בזמן שהיו סמוכין מ"מ היו סומכין גר וממזר לד"מ חוץ מירושלים: ב) כל אחד מהם סומא באחת מעיניו כשר. הסמ"ע כ' הטעם בשם הרי"ף והרא"ש דכיון דגמ"ד כשר לילה וסומא באחת מעיניו חזי טפי לכן כשר אף לכתחילה וקשה לי דא"כ במו"ק (ד' ה') דקאמר לכל מראה עיני הכהן ממעט סומא באחת מעיניו ופריך אלא ביום ולא בלילה מנ"ל ולפי דבריהם דסומא עדיף מלילה למה. לי מיעוט על לילה הא מכ"ש נפקא מסומא שוב מצאתי בבר"י דיבר בזה ומפלפל הרבה לפי דברי הסמ"ע לעיל סי' ה' דכ' דכשמדליק נרות אפשר דכשר וצ"ע:

עוד כ' הסמ"ע דר"מ דיליף ריבים מנגעים ודאי אף סומא בא' מעיניו פסול וקשה לי דבסנהדרין (ד' פ"ז) דטרח למצוא פלוגתא בדיני ממונות שיהי' הזקן ממרא מחולק עם ב"ד הגדול שיהי' זדונו כרת וקאמר. דפליגו בפלוגתא דשמואל ור' אבוהו לענין שנים שדנו ולר"א דאין דיניהם דין והוציאו ממון וקידש בו אשה דהוי מקדש בגזל עיי"ש ולמה הוצרך לאוקמי בפלוגתא דאמוראים ולא קאמר דפליגו בפלוגתא דר"מ וחכמים לענין סומא שדן ועיין תומים סי' ה' הקשה כעין קושיא זו והי' נראה קצת מכאן ראו' להש"ך דדיעבד דינו דין אף בסומא בשתי עיניו וא"כ פשוט דלר"מ ג"כ כשר בדיעבד דלא גרע לר"מ באחת מעיניו מלדידן בב' עיניו וא"כ אין כאן גזל ואך לדברי הקצה"ח שהבאתי ס"ק הקודם דמדאורייתא ודאי סומא אינו סמוך דאין ראוי לכל דבר ניחא דליכא לפרש דפליגו בסומא ואך נראה דהנה בלא"ה הי' תימה בעיני דהרי הי' יכול לאוקמי בכל מה דמצינו פלוגתא בד"מ ולחד מ"ד הוי גזל ובזכרוני שכבר ראיתי באיזה ספר שהקשה כן ונראה לתרץ כ"ז דהא זקן ממרא אינו חייב רק כשחזר לעירו ודן כסברתו וכיון דבדיני ממונות בעינן שלשה לכן פריך הש"ס היכי משכחת בד"מ דהא אם דן הי' עוד שנים עמו ואין חיוב מיתה בזקן ממרא רק כשדן בעצמו ולא עם אחרים ולכן מוקי דחלק עליהם בפלוגתא דשמואל ור"א וסבר הזקן ממרא כשמואל דכשר אף באחד ושייך בו דחזר ודן יחידי וא"כ ניחא הכל ואין להקשות דא"כ מברייתא זו משמע דאין הלכה: כשמואל דסוגיא זו הוא אליבא דר"מ ולר"מ אף שמואל מודה כמבואר בסנהדרין (ד' ו') דשלשה בעינן: ג) אין עד נעשה דיין ודוקא עד המעיד. והנה בהעיד ואח"כ נתבטל צירוף הב"ד אם יכול אח"כ לדון בדין זה באם אחרים יעידו לפניו בודאי לפי טעם דהזמה או דצריכין העדים לעמוד לפני הדיינים א"כ כאן שאחרים יעידו לפניו יכול להיות דיין אכן לפי מ"ש המחבר דאם הוזמנו להעיד כיון שנקרא עליו שם עד שוב אין יכול לדון אפשר דה"נ

דכבר העיד אין יכול לדון עוד ותימה בעיני על הש"ך ס"ק ד' דכ' דלכן בכוונו להעיד יכול לדון דאין שייך טעם הזמה ולא טעם שצריכין לעמוד עיי"ש דא"כ אף בהוזמנו להעיד לא יפסול ומהנראה דהוא דעת הרמב"ן דיליף דאין עד נעשה דיין מקרא דוהי' ביום הנחילו את בניו ולא נפניתי לעיין בזה: ראיתי בב"ח הביא דברי התוס' שכתבו דבדיני נפשות אף עד הרואה אין נעשה דיין ונ"מ לענין עדי קידושין דהוי ג"כ עדי נפשות ע"כ ולא הבנתי דהא אף בדיני נפשות אינו פסול רק משום דחזי דקטל לא חזי לי' זכותא וזה אין שייך בקידושין ואך התומים חולק על כל דין זה דקיי"ל כר"ט דאף ראו שהרג כשרין לדון:

ד) אם ראו בלילה. הב"ח כ' דה"ה בראו בשבת והטו"ז השיג עליו כיון דהא דאין דנין בשבת הוא רק מדרבנן והקצה"ח הקשה עליו דהרי להסוברים דחד כשר א"כ כל עד דנעשה דיין הוא רק דרבנן כיון דיש אחר עמו והנה בזה י"ל דל"מ להסוברים דבדיינים נמצא אחד קא"פ דיניהם בטל וא"כ ה"נ הוי כנמצא קרוב וכו' ואך בל"ז כיון דחזינן דאם אחד אומר א"י בטל כל הב"ד מטעם דאדעתא דתלתא יתבו וא"כ ה"נ בעינן שכל השלשה יהיו ראוים שוב ראיתי כן בשע"מ אך מ"ש הקצה"ח דאין זה דומה להא דאמרינן בקיום שטרות דרבנן עד נעשה דיין דהתם עיקר העדות דרבנן ולא דמי לשבת דהא דאין דנין הוא דרבנן אף כי בזה נכונים דבריו אכן כונת הטו"ז דאין ראי' מראו בלילה דפסול מדאורייתא:

ה) השונאים זא"ז. ראיתי בשאילות יעב"ץ ריש ח"ב בענין שני אוהבים דכ' הסמ"ע לקמן סי' ל"ג דלא שייך למיפסל דאדרבה כ"א יציית חבירו וכ' השאילות יעב"ץ דאדרבה מזה הטעם יש לפסול אותן דכ"א לא יסתור דעת חבירו ואין כאן רק דיעה אחת ע"כ ואישתמט לי' ש"ס ערוך מה דדרשינן על פסוק את והב בסופה דאפי' אב ובנו רב ותלמידו שונאים ונלחמים זה את זה בהלכה ורק אהבה בסופו וכן לא הביא שם מ"ש הרמב"ם דאב ובנו מונין להם שנים אף דאין אהבה יותר מאב לבן:

ו) אא"כ יש להם ס"ת אחרת. עיין סמ"ע ס"ק כ"ח דהיינו דוקא שהס"ת אחרת הוא באותו ב"ה שהדיינים מתפללין הא אם הוא בבהכ"נ אחר צריכין סילוק שלא יקראו רק מהאחרת ע"כ ור"ל שלא יתפללו באותו ב"ה אבל, אם יש אחרת די שיסלקו עצמן שאין רוצין לקרות בזו ואז אף אם יקראו הקהל בזו אין זה הנאה (והתומים השיא דברי הסמ"ע לכונה אחרת) ועיין תשו' הרא"ש. והנה לכאורה קשה לי דאף דיכול לקרות בס"ת אחרת מ"מ כשקורין בזו מיקרי הנאה מזו עיין תוס' סוף פ' שבועת הדיינים הקשו בשופר של עולה למה יצא הא נהנה מפרוטה דר"י עיי"ש ובר"ה ומשמע דאף אם יש לו שופר אחר מ"מ מיקרי נהנה משופר זה אמת כי האחרונים חילקו בזה מ"מ פשטא דלישנא משמע

דאף כה"ג אסור וה"נ אף דיוכל לקרות באחרת מ"מ נהנה מזה ולק"מ דודאי בשעת קריאה מיקרי הנאה אבל מ"מ בעת שמסלקין עצמן לא הוי נוגעין כיון דיכולין לקרות מהאחרת ודו"ק:

סימן ט

א) שלא ליקח שוחד וכו' ואם לקחו צריך להחזירו כשיתבענו. הטעם דצריך להחזיר כ' הנתה"מ דהוא מטעם דאמר רבא כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני אבל לאביי דס"ל אי עביד מהני א"צ להחזיר רק ריבית ילפינן מקרא וקשה לי דא"כ בתמורה דפריך רבא ואביי במאי פליגו ולא מצא שום נ"מ רק דפליגו בדרשא דקרא למה לא קאמר דנ"מ לענין שוחד וכה"ג דייק החו"ד ביו"ד סי' קס"א דאם נעשה הלוה מומר דאף לרבא אין חייב להחזיר דאל"כ לימא הך איכא בינייהו שוב מצאתי שכן הקשה השע"מ ולא תי' כלום ולפענ"ד יש לעיין במאי דרצה הש"ס לומר דפליגו אי ריבית קצוצה יוצאה בדיינים והרי נראה דלא שייך אי עביד לא מהני רק בדבר הנפעל מזאת המעשה כגון שתתקדש האשה באיסור אמרינן דאינה מקודשת דהוי כמו נתן הכסף סתם ומה שהאשה מתקדשת זה הוא כח שנתנה התורה שיוכל הכסף לפעול אמרינן כיון דהי' באיסור אין לו כח זה ולא מהני אבל בריבית שהנתינה אסרה התורה איך שייך לא מהני והרי ע"כ נתן וצריך לומר כיון דלולי דאסרה התורה בקצץ ריבית הי' מתחייב כמו כל שוכר בית וכלים שצריך ליתן השכר ובריבית דאסרה התורה הקציצה לא אהני ומה שקיבל כיון דאין עליו שום חיוב מחמת הקציצה ממילא חייב להחזיר דלמה לא יחזיר כיון דשייך בו השבון ולפ"ז בשוחד דאין בו שום ענין חיוב וקציצה רק נטילה באיסור נראה פשוט דאף לאביי ודאי חייב להחזיר כמו גזל ואונאה ולא שייך בו כלל דיהני וכן הרמב"ם דחשיב לאו דגזל דאין לוקה משום דניתן להשבון ולא קאמר משום ניתק לעשה והיינו דכל דנטל באיסור יכול להשיב ולכן גם בשוחד ניתן להשבון וא"כ ודאי מחויב להשיב רק כ"ז שלא יתבענו הוא משום דילמא מחיל כמ"ש הנתה"מ אבל ודאי כשיתבע חייב להחזיר אף לאביי ובזה נראה לפרש גם סוגיא דתמורה דבעי למימר דפליגו אי ריבית קציצה יוצא בדיינים ובפלוגתא דר"י ור"א ודחי וכי בסברא פליגו הא בקראי פליגו דר"י יליף מותי אחיך אמך דאהדר לי' כי היכי דניתי ור"א יליף מדמיו בו דא"צ להחזיר וקשה לי דנהי דר"י ור"א פליגו בקראי מ"מ הרי קראי לא כמר דייקו ולא כמר דייקו וא"כ למה לא נימא דאביי ורבא פליגו בסברא דלאביי א"צ להחזיר משום דאי עביד מהני ולרבא צריך להחזיר והרי קצת נראה דגם ר"י ור"א מחולקים בסברא דר"י הי' סבר מסברא דא"צ להחזיר לכן גלי קרא וחי אחיך דיחזיר ור"א סבר מסברא צריך

להחזיר לכן גלי קרא דמיו בו דאינו מחזיר וא"כ י"ל דאביי ורבא לא דרשי כלל ופליגו בסברא או ג"כ כר"י ור"א ולאביי צריך להחזיר דע"כ דריש וחי אחיך להוציא מסברא ולרבא א"צ להחזיר דע"כ דריש דמיו בו להוציא מסברא דלא מהני וזה נראה לקושיא גדולה לכאורה. אכן לפמ"ש דכל הסברא דפליגו אי מהני היינו הקציצה לכן דתי שפיר וכי בסברא פליגו והרי הכל מודים דע"י הקציצה כ"ז שלא נטל אינו מחויב ליתן לו ורק פליגו בכבר נטל ובקראי פליגו וא"כ הרי הסברא לכ"ע דחייב להחזיר כיון דהקציצה לא גרם שיתחייב ורק פליגו אי מהני המחילה אחר שנטל ולא בסברא דאי עביד אי מהני ודו"ק:

ב) חייב להחזיר כשיתבענו. והנה בלא תובעו דאין חייב להחזיר כ' הטו"ז דאם חייב לאתר ואין לו לשלם מ"מ אין בע"ח יכול לכופו שיתבע את הדיין כדי שיהי' לו ממה לשלם והקצה"ח השיג עליו אך הנתה"מ וכן בשאילות יעב"ץ החזיקו אחר הטו"ז עיין פתחי תשו' יו"ד סי' ק"ס דאין כופין אותו וכתבו הטעם דילמא מחל לו וכתבו עוד יותר דחזקה מדאין רוצה לתבעו מסתמא מחל לו ובשאילות יעב"ץ הקשו לו למה יכול לתובעו וכ' דבאמת צריך ליתן אמתלא על שתיקתו ולפענ"ד צ"ע דהרי מחילה בלב לא מהני רק היכי דאנן סהדי עיין לקמן סי' י"ב וא"כ וכי נימא חזקה דמחל בפה אח"כ וגם בריבית הרי כתבו הגאונים דלא מהני כלל מחילה ורק הרמב"ם דסובר דמהני היינו אחר שכבר ידע שמחויב להחזיר יכול למחול דהוי כאומר הריני כאלו התקבלתי אבל ודאי כיון דבעת הנתינה נתן לו בלב שלם ומ"מ יכול לתובעו למה נאמר דמחל שנית ושתיקתו אין ראי' לזה וכ"ש דא"צ אמתלא רק זה גופי' הוי אמתלא שלו דלא רצה כלל לתובעו כיון דתחילה נתן לו בלב שלם אכן משמע מהטו"ז דהוא סובר דכ"ז שאינו תובעו אין עליו חיוב להחזיר כמו בניו דאין חייבין להחזיר הריבית דלברי' לא אזהר רחמנא הרי דקנה וסובר הטו"ז דאף דיכול לתובעו מ"מ כיון דאין לו עליו חוב אין הב"ח יכול לכופו לתבוע ועיין כה"ג בכנה"ג בכללי קים לי בשם ספר משפטי צדק דיכול לומר איני רוצה לזכות מטעם קים לי כדי לחוב לב"ח שלו כן נראה סברת הטו"ז ומ"ש הנתה"מ דאיך אפשר שלא יחזיר דהא אינו לוקה מטעם לאו הניתק לעשה וע"כ מוכרח לקיים העשה י"ל דלאו הניחן להשבון בלא"ה אינו לוקה דהא ביד חבירו לתובעו וכשמוחל דע"כ הוא מטעם כאלו התקבלתי באמת הוי כהחזיר אכן באמת דברי הטו"ז צ"ע דהסמ"ע סי' צ"ז כ' דלכן אינו מחויב להשכיר עצמו ולפרוע החוב משום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים משמע דחייב לעשות כל השתדלות לפרוע חובו ובשוחד אפשר דיש חיוב להחזיר אף

בלא תובעו ורק בריבית מצינו דבניו אין חייבין משמע דקנה ועיין מ"ש בס"ק א' והש"ך חולק על הטו"ז עיין נתה"מ בחידושים ודו"ק:

ג) הנוטל שכר לדון דיניו בטלים. התומים כ' בשם מהרי"ט דזה דוקא בדין התלוי בשידא דדייני אבל בשאר דין כיון דדן כהוגן למה יהי' בטל עיי"ש ומהתוס' לא משמע כן דהרי הקשו לפי' ר"ת דיתן הדיין למי שירצה א"כ יתן למי שיתן לו שכר יותר ותירצו דאם יקבל שכר לאו דיינא הוא ורק על דיין הטילו השידא ע"כ ואם כדברי מהרי"ט אם בנוטל שכר לא קאי רק במקום שידא אין התחלה לקושייתם דהרי באמת יכול ליתן למי שיתן לו יותר ורק ע"ז אמרו דיניו בטלים וגם הי' להם לתרץ כן דלכן אמרו דיניו בטלים וגם הלשון לאו דיינא הוא משמע דבכל מקום לאו דיינא הוא ועוד תימה על מהרי"ט דע"כ אייריבנטל משניהם או שלא נטל ע"מ לזכותו דאל"כ הוי נוגע וא"כ מה לי בתלוי בשידא או לא ולפי דבריו אף בשידא למה יתבטל כיון דדן כהוגן לא בשביל השכר ונטל משניהם אלא ע"כ קנס חכמים הוא דאין כאן דין כלל:

ד) דיניו בטלים. עיין ב"ח דמ"מ אין הדיין צריך להחזיר מה שנטל והנה כן ג"כ משמע במהרי"ט הנ"ל דהקשה למה דיניו בטלים לימא דקנסו אותו ויהי' מחויב להחזיר והשע"מ הקשה דהרי נתנו לו ע"מ שידון אותם וכיון דאין דינו דין למה לא יחזיר ותי' כיון דמדאורייתא דינו דין לכן א"צ כמו גבי כתב לכהן חייב אני לך מנה דאין בנו פדוי ומ"מ חייב ליתן לו מה שנתחייב ולא אדע מה בין זה למוכר איסור דרבנן דצריך להחזיר הדמים דהוי מקח טעות וראייתו אין ראי' דשם באמת חייב להכהן ולמה נפסיד ממונו ולא אמרו רק אין בנו פדוי אבל כאן דאין הדין דין למה לא יחזיר. אכן לתרץ קושייתו י"ל דהרי גם עליהם לידע שדיניו בטלים וע"ד זה נתנו לו ועיין באה"ע גבי ע"מ שלא חנשא לפלוני דאם נשאת בטל הגט הקשו דהא אין הקידושין תופסין למה יתבטל ותירצו דע"כ כן הי' התנאי אם תתקדש אף דלא יתפסו הקידושין ה"נ י"ל דנתנו לו ע"מ שידון כיון דידעו שדינו בטל ע"מ כן שכרוהו וקצת י"ל כיון דנטל משניהם והברירה בידם לקיים מה שפסק והם עצמן מבטלין לכן אין חייב להחזיר אך לפ"ז הי' חילוק דאם אינו חוזר רק האחד אם צריך להחזיר להשני דיאמר למה גרמת היזק לי ואינך רוצה לקיים ועדיין צ"ע:

ה) אומר לבע"ד תנו לי שכר פעולה של אותה מלאכה שאתבטל ממנה. ועיין סמ"ע דאם לא התנה נוטל כפועל בטל והטו"ז חולק דכאן יכול הבע"ד לומר הייתי הולך אצל אחר וכמו פורע חובו של חבירו שלא מדעתו ויפה כ' הקצה"ח דהא הוי כאומר פרע עבורי דחייב להחזיר לו ומ"ש הנתה"מ דלא הזכיר מעות לא אבין דמ"מ הרי עשה לו היזק ומה שכ' דהי' הולך אצל אחר הא גם להשני מגיע שכר בטילה:

סימן יב

א) אבל אחר שגמר הדין ואמר איש פלוני אתה זכאי וכו' אינו רשאי לעשות פשרה. הש"ך ס"ק ד' הביא דהב"ח כ' דיש להחמיר כהתוס' ר"ל דהתוס' שם (ד' ו' ע"ב) ד"ה נגמר הדין הקשו על רש"י דאם כבר אמרו אתה זכאי האיך שייך פשרה לכן פירשו דאם כבר גמרו הדין אע"פ שלא אמרו איש פלוני אין לבצוע והש"ך השיג על הב"ח ועיין פתחי תשו' דהעיקר כהב"ת והנה שם (ד' ז') קאמר מאי בין ת"ק לר"ש בן מנסיא וקאמר משתשמע דבריהם ואתה יודע להיכן הדין נוטה איכא בינייהו דלר"ש ב"מ אסור לבצוע ולת"ק מותר ולפ"ז לת"ק דאמר נגמר הדין אי אתה רשאי נפרש שכבר אמר איש פלוני וא"כ מאי קשיא להו על פרש"י ונראה דאף להתוס' אף אם יודע להיכן הדין נוטה מותר לבצוע ורק נגמר הדין ר"ל דהדיינים כבר גמרו הדין ביניהם כמ"ש התוס' שלא הי' חסר רק לומר ולא כמו דמשמע מהש"ע דלהיכן הדין נוטה הוא גמר דין כתבתי זה דאף אם מחמיר כהתוס' מ"מ אם יש רק קצת עיון עדיין מותר לבצוע:

ב) אסור לבקש צדדים להשמט כדי שיתרצה הלה לעשות עמו פשרה. התומים הביא דברי הת"ה שהקשה מזה על מ"ש התוס' בב"ק (ד' מ') ד"ה הוי מעריקנא לי' לאגמא דהקשו הא הב"ד היו מנדין אותו ותירצו דמתוך כך הי' הניזק מתפשר עמו והקשה הת"ה דהא אמרינן הכא דאסור לעשות כן ותירץ דיכול לומר דאף דאסור תדאג בזה נשמתי ע"כ והוא דוחק כאשר תמה בזה הש"ש דאף דשייך טענה זו לפטור מממון אבל להוציא ממון מיד השומר ודאי דאין טענה ולי נראה לפרש קצת כונת התוס' דלכאורה קשה למה הוצרך הש"ס לומר הוי מעריקנא לי' לאגמא הרי כמו דמצינו בפורע חובו ש"ח דיכול לומר מפייסינא הוינא לי' ועיין לקמן סי' קכ"ח דהרבה סוברין דאף אם הי' של חבירו בידו ונתן לב"ח יכול לומר כן רק הש"ך כ' דכיון דהי' משועבד לב"ח מדר"נ יכול ליתן לו אבל שם הש"ס אכתי לא אסיק אדעתי' הך דר"נ א"כ יאמר לשומר מה הי' לך לפרע חובי ועיין סי' ק"ה ובנתה"מ סי' נ"ח דאף דתופס לב"ת קנה שומר צריך לעשות השבה מעליא אכן פשוט דזה דוקא בנתן בעצמו אבל כאן דהב"ד תפסו ויכול השומר לומר מה היית עושה אם היו תופסין ממך ולכן קאמר הוי מעריקנא לאגמא וע"ז הקשו התוס' הא היו מנדין אותו וע"ז תירצו דהי' מפשר עמי והיינו ע"י פיוס כמו שם דאומר מפייסינא הוינא ועתה שכבר תפס אינו רוצה להתפייס: ג) וי"א דוקא בשנים. זה למד הב"י מדברי הרמב"ם וחוץ מה שכבר כתבו האחרונים שאין כ"כ הכרע מדברי הרמב"ם עיין באר הגולה ושאר אחרונים אכן גם לדעתי נראה כונה אחרת בדבריו דז"ל הרמב"ם פ' כ"ב מה' סנהדרין יפה כח פשרה מדין ששנים שעשו דין וכו' ובפשרה וקנו מידם אין יכולין

לחזור משמע דרק בשנים מהני ולא באחד. והנה כבר הקשו עליו דהרי בגמר' אמרינן (ד' ו') דמ"ד תרי אפי' חד נמי והאי דאמר תרי כי היכי דלהוי עלי' סהדי והתומים כי דדוקא ר' אחא אמר שם אפי' חד נמי והוא לשיטתו דפוסק כשמואל דשנים שדנו דיניהם דין וא"כ קשה דהרי ר"מ סובר דדוקא שלשה בעינן וגם רשב"ג דאמר פשרה בשנים ע"כ בדין דצריך ב"ד שקול צריך שלשה וא"כ ר"מ ורשב"ג הוי רבים ואיך יפסוק דלא כותייהו לכן הוכרח לומר דרשב"ג לאו דוקא שנים בעי ה"ה חד ע"כ וזה תימה ואישתמט לי' דרשב"ג קאמר שם בהדיא דדין בשלשה וע"כ בלא"ה רשב"ג לא סבר הא דשמואל והגמר' שם פריך על שמואל מרשב"ג ומשני דרבנן פליגו עליו ואיך אישתמט כ"ז מהתומים גם מ"ש עוד דלכן פסק הרמב"ם כרשב"ג דפשרה בשנים משום דר"מ סובר נמי דחד פסול ואי דר"מ סובר דבעי שלשה יש ת"ק הסובר דחד כשר וא"כ רבים הסוברים דשנים בעי וזה רק דרך פלפול דהרי אמרינן דעת שלישית אינו מכרעת ורשב"ג כאן לא מכריע הוא רק דעת שלישית ואינו הלכה עיין סוף פ"ק דפסחים אכן נראה כונת הרמב"ם דבאמת צריך להבין לשון הש"ס דקאמר והאי דאמר תרי כי היכי דלהוי סהדי דהרי לא איירי כאן באם יש הכחשה מבע"ד והי' לו לומר אורח ארעא קמ"ל כי היכי דלהוי סהדי אך פרשתי לשון הש"ס דשם בתוס' (ד' ה') ד"ה יפה כח פשרה הקשו מה יפה כח הפשרה הרי גם בדין אם קנו לדון לפני שנים אין יכולין לחזור ותי' דאיירי דבאו לפניהם ואמרו עשו לנו פשרה כמו שרגילין לעשות ובזה יפה כח פשרה עיי"ש. ועפ"ז אמרתי דזה כונת הש"ס דלהכי בעי תרי כי היכי דלהוי סהדי וא"כ רגילין לעשות בפני שנים והם שבאו ואמרו כמו שרגילין לעשות צריך דוקא שנים דכך רגילין אבל בלא אמרו כן חד נמי כשר ולפ"ז הרמב"ם נמי דאמר יפה כח פשרה וקשה קושיית התוס' וצריך לתרץ כתירוצם דבאו ואמרו כמו שרגילין לעשות צריכין דוקא שנים ולפ"ז אין ראי' כלל מהרמב"ם דהיכי דנתרצו לפשר בפני יחיד דלא יועיל ודו"ק. אך ודאי דברי בטלים נגד דעת הש"ע וכבר נתפשט המנהג דיכול לומר קים לי והמוחזק יכול לחזור בו:

והנה יש לי מקום עיון באם התפשר כדין ואח"כ תפס ויש לו מיגו אם יכול לחזור מהפשר והנה ממ"ש הש"ע לקמן סעיף ט"ו באם מצא אח"כ שטר או ראי' יכול לבטל הפשר וה"נ כאן כיון שיודע שהדין עמו ובע"כ התפשר א"כ כיון שתפס ונשברה זרוע רמה נראה מהסברא דיכול לבטל ולא מצאתי מי שידבר מזה ואך אם נאמר כן י"ל דה"ה פשרה ביחיד יכול לחזור במיגו דלא קבלתי אותך לפשרן והיינו באופן דלא יהי' מחויב שבועה ואיל"מ עיין לקמן סי' כ"ג ולפ"ז יש לפרש ג"כ לשון הש"ס דלהכי אמר שנים כי היכי דלהוי סהדי דאל"כ יכול לחזור וחד נמי כשר היינו באם יש עדים אחרים שראו

הפשר אבל עיקר הפשרה ביחיד וכן יש לפרש דברי הרמב"ם דנקט לשון הש"ס: ד) מחילה א"צ קנין. והנה בתפס שטר יש מחלוקת בין הפוסקים אי מהני מחילה בלא קנין עיין לקמן סי' רמ"א והנה הקשו ממוכר שט"ת וחזר ומחלו מחיל והרי לא החזיר לו השט"ח ועיין קצה"ח דתי' דהא דסוברים דתופס שטר לא מהני מחילה משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי והוי כמוחזק ולא מהני מחילה וכאן דכבר מכר לא הוי כגבוי אצלו לכן מהני המחילה ע"כ ודבריו תמוהים דא"כ הוי אצל הלוקח כגבוי וא"כ אף מחילה בקנין לא להני והתומים מתרץ דדוקא תפס השטר מדלא החזיר השטר נראה דלא מחל בלב שלם אבל במכר השט"ח אין רעותא ממה שלא החזיר ובחידושי לאה"ע תרצתי איזה קושיות ע"פ דבריו ולפ"ז אף בלא מכר רק באין השטר תחת ידו יהי' מחילה ועיין פ"ת. עיין קצה"ח הביא בשם מהרש"ל דאם מודה שהי' דעתו למחול שוב אין יכול לתובעו דמחילה בלב הוי מחילה והביא ראי' משהתה כ"ה שנים ולא תבעה הכתיבה דהוי מחילה והקצה"ח דתה ראייתו ואמר דדברים שבלב אינם דברים ושם אנן סהדי והוי דברים שבלב כל אדם והנה לעיל סי' ט' כתבתי ע"פ דברי הקצה"ת ואכן נראה ראי' לדברי מהרש"ל מב"ב ריש פ' חזקת הבתים דבעי מ"ט דחזקה ואמר רבא שתא קמייתא מחיל אינש תרי מחיל תלתא לא מחיל ופריך תהדר ארעא לבר מפירי וקשה דהרי רבא לא אמר דודאי מחל רק יש דמחל לכן אין ראי' דמכר ותלתא ודאי לא מחל וע"כ דמכר ואך פשוט דהגמר' פריך ממ"נ אם האי גברא מחל תהדר לבר מפירי ואם האי גברא קפדן ע"כ דמכר לו וממ"נ לא להדר פירי ופשוט וא"כ אם נימא דמחילה בלב לא מהני קשה מאי פריך דנימא דודאי האי גברא לא קפיד ולכן לא הוי חזקה ומ"מ מהדר אף פירי דכיון דיש מקפיד א"כ לא הוי דברים שבלב כל אדם ולא הוי מחילה אלא ע"כ דמחילה בלב הוי מחילה וזה ראי' ברורה להמעיין ודו"ק:

ובדין דכ' הש"ע דמחילה א"צ קנין עיין בשע"מ הקשה מלקמן סי' כ"ב גבי דור לי בחיי ראשך דיכול לחזור בו ולהשביעו ומה לי מחילה בכולה או במקצתו ע"כ ונראה דלק"מ דהרי כן מבואר גם לעיל דפשרה בלא קנין יכול לחזור בו דהוי אסמכתא משום דאינו יודע כמה יאמרו הפשרנים וה"נ באמר לו דור לי בחיי ראשך ודאי אין כונתו למחול לו השבועה דהא אינו רוצה כלל שישבע וגם אין כונתו שידור בחיי ראשו דמה ריוח יהי' לו בזה רק דסובר דודאי לא ידור וישלם לו דלפי דבריו מגיע לו ממין וא"כ לא מתל כלל ורק דסמך שלא ידור וא"כ הוי אסמכתא וזה פשוט לדעתי ומ"ש השע"מ בזה עיין מ"ש לקמן סי' כ"ב:

ה) אם רבים הם הפשרנים י"א שאין הולכין אחר הרוב כן כתבו גם התוס' (ד' י') ד"ה בצוע דאף דמקשינן פשרה לדין אליבא דר"מ לא לכל מידי מקשינן כדאמרינן בע"ז כדאמרו בי תלתא עד דאמרו כולהו תלתא ולא הבנתי דבריהם דהא שם בד"ה יפה כח פשרה כתבו דע"כ איירי שבאו ואמרו כמו שרגילין לעשות דאל"כ אף לר"מ אם קבלו בפני שנים קנין לדון מהני וא"כ מה דמיון באמרו כמו שרגילין לעשות להך דע"ז דאמרו בפירוש כדאמרו תלתא אבל סתם למה יהי' עדיף מדין לר"מ ואך להש"ע דאיירי כדאמרו בי תלתא ולא מטעם דדמי לדין ניחא:

והנה בקושיית התוס' שהקשו במה יפה כח פשרה מדין אף בדין בקבלו בקנין לדון לפני שנים מהני תי' השע"מ דאיירי בלא באו לפני אלו לפשר אותם רק קבלו בקנין בינם לבין עצמם לפשר בזה קאמרו דסגי בשנים. והנה לפי דברי הר"ן שהביא בנתה"מ ס"ק ד' דבלא פירשו שמות הפשרנים לא מהני כלל הקנין א"כ אין מקום לדברי השע"מ אכן חפשתי בר"ן ולא מצאתיו ולפי הנראה שם בחידושי הר"ן נראה להיפך והנה קנין לפשר ודאי הוי קנין דברים אכן בנתחייב כדין לשמוע כפי שיאמרו פשרנים למה לא מהני ואולי טעמו של הנתה"מ דלא מיקרי פשרן רק אותו שמברר אבל סתם איש לא מיקרי פשרן וא"כ יכול לחזור שלא יברר שום פשרן ול"ד לשומא דמכר כדשיימו תלתא דאף בבירר השני נקראין שמאין וצ"ע. שוב ראיתי בפתחי תשו' שהביא מי שפקפק בדברי הנחה"מ ועיין סי' שאח"ז ס"ק ב':

הפ"ת ס"ק י"ב הביא בשם תשו' בש"א בא' ששלח עם שלית שטר והשליח קיבל על עצמו אחריות אף מאונסין באופן המועיל ואח"כ נאנסו וטען השליח שכבר מחל לו רק שנשבע שנאנסו והמשלח חוזר בו וכ' כיון דקיי"ל במחויב שבועה ואמר לו דור לי בחיי ראשך דיכול לחזור וה"נ כ"ז שלא נשבע יכול לחזור ובעניי יש לעיין הרבה בזה דבחי' כתבתי דכל מחילה א"י לחזור רק דור לי בחיי ראשך לא הוי מחילה כלל דמה לו בזה דחבירו ידור רק סמך עצמו דמסתמא לא ידור בשקר והוי אסמכתא א"כ אין זה ענין לכאן ואך אמת במ"ש דסמך עצמו שלא ידור בשקר יש לי עיון כעת דהרי משמע דאף בתביעת ספק כמו בשבועת השומרין ואמר דור לי בחיי ראשך יכול לחזור ושם אין שייך דסמך עצמו שלא ישבע שקר דהרי אינו יודע כלל וא"כ הי' נראה דטעם דיכול לחזור בו הוא משום דכ"ז שלא דור לא נגמר המחילה מ"מ שאני דין זה דשם הוא המחילה בגוף הדבר שהיקל מעליו שבועה תמורה בקלה יכול לחזור אבל כאן הא הם שני דברים דהרי מחל לו החוב שנתחייב באחריות ונגמר המחילה רק שאינו רוצה להאמינו שנאנס שפיר י"ל דלא מצי חוזר ואנן מהימנינן לי' בשבועה וצ"ע בדין זה:

סימן יג

א) אחד מבע"ד שאמר איש פלוני ידון לי וכו'. ועיין תשו' הרמ"א ומשמע שם דאין אחד יכול לכוף חבירו לדון בזבל"א רק יכול לומר אני רוצה ב"ד של שלשה והיינו שלא יהפוך כ"א בזכות מי שמבררו וא"כ אם אחד בירר לו אם יש עוד דיינים בעיר ודאי יוכל השני לומר לא אדון לפני זה שבררת אך זה שייך בנתבע שיכול לומר אדון בפני ב"ד אחר ומ"מ מכל המקומות משמע דעכ"פ לא יוכל לפסול אותו שבירר שכנגדו שעכ"פ ישב בדין אף אם אינך רוצה שיהפוך בזכותו וכ' שם בתשו' הרמ"א סי' ק"ד דאם הנתבע בירר דיין הפוסל בורר של התובע הרשות בידו דיד הנתבע על העליונה דמאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא ולכן לא הבנתי מ"ש הסמ"ע בס"ק ט' דאם התובע רוצה יכול לומר שרוצה לברר שנים והביא ראי' מבית הועד דיפה כחו של התובע וא"כ אם הנתבע יכול לומר אברור שנים כ"ש התובע והרי מבואר שם ברמ"א להיפוך דדוקא לבית הועד דהם דיינים ויכולין לכוף לדון בפניהם אבל בשאר דברים יד נתבע עדיף וגם בדברי הרמ"א שכ' שיכול הנתבע לומר שיברר שנים נראה דדוקא בלא הוצאות שיגרום על התובע וגם לא מטעם דיכול לכופו לדידון בזבל"א רק דיאמר דישבו אלו השנים שבררתי אבל איך יכול לגרום הוצאות וא"כ תימה בעיני מ"ש הסמ"ע דאם הנתבע יכול לגרום הוצאות כ"ש התובע ולפע"ד ודאי התובע אין יכול לגרום על הנתבע הוצאות ובפרט מה שסיים דלכן נקט הנתבע משום דמסתמא הוא מבקש השמטות ולפעד"נ דאם רואין שהוא מערים ורוצה השמטות יכול התובע לכופו לדון בפני דיינים ולא יוסיף מאתים על מנה וצ"ע. שוב ראיתי בתוס' יו"ט ריש פ"ג דהנתבע יכול לומר דרוצה בזבל"א ומ"מ י"ל כמ"ש דהוא יברר לו אחד וממילא או התובע ג"כ יברר או ישבו שנים עם זה שבירר הנתבע עיי"ש דמשמע קצת מדבריו כן:

ב) ידון לי. עיין ש"ך ס"ק א' בשם הב"ת דדייק מדכ' הטור אם לא נתרצו בפשרה משמע דבפשרה אין יכולין לברור השלישי שלא מדעת הבע"ד ולכאורה אינו מובן דהרי הרמ"א כ' בסמוך דאם יכולין להשוות עצמן אין צריכין לברור השלישי וא"כ ממ"נ אם ישוו עצמן א"צ להשלישי ואם אין משווין עצמם מי ימחה בידם להתיעץ אם אחד שלא ברשות הבע"ד ומעולם לא שמענו שלא יוכלו הבוררים להתיעץ עם אחרים ואם רוצין לברור אותו שבאם לא יוכלו להשוות דעתם שיכריע השלישי לילך אחר הרוב הא לעיל סי' י"ב סעיף י"ת מבואר שאין הולכין בפשרה אתר הרוב וצריך לומר דאיירי בקבלו קנין לפשר. בפני ג' ולילך אחר הרוב ובזה אמר דהשלישי צריך לדעת הבע"ד ומשמע מזה ג"כ דלא כמ"ש הנתה"מ סי' י"ב בשם הר"ן דאם לא פירשו שמות הפשרנים יכולין לחזור דא"כ

אף מדעת הבע"ד שנתרצה מ"מ כיון דבעת הקנין לא בררו אותו יכולין לחזור ועיין מ"ש שם בסוף הסי': נ) וכ"מ שאין יכול לחזור אין יכול לומר שיוסיפו הדיינים. עיין תומים דדוקא בזבל"א אין יכול להוסיף אבל בסתם דיינים יכיל להוסיף אף אתר שטען ונראה דדוקא באומר שגם אלו ישבו אבל ודאי לא יוכל לומר שרוצה יותר לדחות דא"כ אין לדבר סוף גם נראה דוקא שמוסיף שנים אבל ביוסיף אחד יהי' ב"ד שקול:

ד) אם בא לפסול דיין שבירר חבירו בגזלנות וכו' אין שומעין לו. הדבר תימה לפי הנראה דהא מבואר לקמן סי' ל"ז בש"ך ס"ק ו' דאם יש שני כתי עדים יכול לפסול כת אחת ולא הוי נוגע וכן ברש"י בסוגיא משמע דרק בערכאות אין יכול לפסול אבל בפסול ממש יכול לפוסלו וכן הקשה השע"מ וכן התומים הניח בצ"ע ואפשר דכאן איירי בכבר טען לפניהם ובכה"ג הוי נוגע דרוצה לפוסלו כדי לחזור מטענתו ויחזור ויטעון: ה) אם הצריכו הדיינים לשאול דבר. השע"מ הקשה כיון דהם עצמן אינם יודעין נתבטל הברירה וכדין אומר א"י דהוי כמאן דליתא ומהנ"י אין ראי' דהיא לא איירי בזבל"א ולכן כ' השע"מ דהיינו דוקא שהב"ד הגדול יכתבו טעמם וא"כ הברורים יראו סברתם וידונו בעצמם אבל לדון ע"פ פסקם לא ע"כ וצ"ע דא"כ למה כ' המחבר והם ידונו דליכא למימר שיפסקו הב"ד הגדול דבעינן שיהיו הבע"ד עומדין לפני הדיינים ע"כ ותיפוק לי' כיון שהם נתבררו והם יודעין אין יכולין ב"ד הגדול לדון ולכן נראה דסובר המחבר דאדעתא דהכי בוררים איתם דאם יצטרכו לשאול ישאלו ואף דהנ"י איירי בסתם דיינים יליף מני' דאף בזבל"א הדין כן דהרי גם שם כיון דאין הבע"ד עומדין לפניהם איך ידונו אלא ע"כ דזה הוי כיודעין כיון שבא כן מב"ד הגדול ומ"מ צ"ע ואך במ"ש הרמ"א דאף יכולין לשאל ממי שירצו בזה נראה כהשע"מ דדוקא ב"ד הגדול דיכולין לכוף זא"ז לדון לפניהם מש"ה דעת ב"ד הגדול מכריע שיהא כאלו הם יודעין אבל ודאי דאין להם רשות לשאול ממי שירצו ולדון ע"פ דעת מי ששאלו לו שלא נברר עד שיבינו הם עצמם מסברתם:

סימן יד

א) נעלה לב"ד הגדול. עיין סמ"ע ס"ק א' דהתוס' מחלקין בין בית הועד לב"ד הגדול דלבית: הועד יכול רק המלוה לכוף את הלוה לילך עמו אבל הלוה אין יכול להכריח את המלוה אבל לב"ד הגדול אף הלוה יכול להכריח את המלוה אבל הרמב"ם אינו מחלק בין ב"ד הגדול לבין בית הועד ולעולם המלוה יכול לכוף אבל לא הלוה והקשה התומים דא"כ יקשה להרמב"ם קושיית התוס' דבפ' הגוזל בתרא אמר דאף הנתבע יכול לומר לב"ד הגדול קאזלינא. ואשר הנראה לפענ"ד דהנה הסוגיא שם בפ' הגוזל הוא מוקשה מאוד והכי איתא התם אמר שמואל מקבלין עדים שלא בפני בע"ד אמר מר עוקבא וכגון

דפתחי לי' בדינא ושלחו לי' ולא אתא אבל לא פתתי לי' יכול לומר לב"ד הגדול אזלינא ופריך כי פתתי לי' נמי ומשני דנקט דיסקא מב"ד הגדול ופרש"י שב"ד הגדול שלחו כאן לכופו והנה הרבה יש להקשות בסוגיא זו הא' כבר הקשה התומים בס"ק ב' כיון דשלחו מב"ד הגדול לכופו א"כ אף בלא פתחו נמי למה לא יכופו אותו לדון כאן אך העיקר מה דקשה לי דלמה הוצרך לומר לב"ד הגדול קאזלינא והרי שם אינו עוסק בענין זה אם יכול הבע"ד לומר לב"ד הגדול אזילנא דאין שם נ"מ בזה דבלא"ה איך מקבלין עדות שלא בפניו הא יכול הלוה לומר לא אדון בפניכם רק בפני ב"ד אחר דהרי כן הדין ולשיטת התוס' זה דין אחר ושייך למס' סנהדרין היכי דאומר נלך לבית הועד דאין הלוה יכול לומר כן ישמיענו דמ"מ יכול לומר לב"ד הגדול קאזלינא לכן נראה דהרמב"ם מפרש באמת כן הא דאמר שם ב"ד הגדול היינו לב"ד אחר ויען כי המלוה יכול לכופו ליילך לב"ד הגדול והיינו לבית הועד לכן נקטי ור"ל אין לך לכופני לדון בפניהם רק לב"ד הגדול יש לך רשות ומה דאמר דנקט דסקיא מב"ד הגדול נראה דמפרש כפירוש הרמ"ה המובא בש"מ דהיינו דיש להם רשות לדון ובימי שמואל עדיין נטלו רשות (וכן מה דאמר דפתחי לי' בדינא עיין תומים סי' מ"ג דמפרש דהיינו קבלו אותן הבע"ד) וזה דאמר מר עוקבא וכגון דפתחי לו' בדינא שכבר קבלו אותן עליהן אבל לא קבלו אותן יכול לומר אדון לפני ב"ד אחר ופריך אף בקבלו אותן יאמר לפני ב"ד אחר ניזול דהא ע"כ בלא קנין איירי דבקנין אף דלא התחילו עדיין לטעון לפניהם אין יכולין לחזור ובלא קנין אף דטענו למה לא יוכל לחזור ולומר דאינו רוצה לדון לפניהם ומשני דהם ב"ד קביע שנטלו רשות לדון ולכן בקבלום או שכבר טענו לפניהם לא יוכל לחזור אבל כ"ז שלא קבלום יכול לומר דידון בפני אחרים שג"כ נטלו רשות:

ב) המתחייב בדין אינו חייב לשלם לכשנגדו הוצאות. הקצה"ח הביא דברי הרא"ש שכ' דאם אין הלוה כאן ובעת הגבי' צריך לשלוח אחריו שליח ולהודיעו שכר זה צריך הלוה לשלם ויליף לה מהא דאמר המקדיש נכסיו מוסיף המלוה עוד דינר ופודה את הנכסים ומלשון דמוסיף משמע דהלוה צריך לשלם דינר זה וה"נ כיון דהשליח הזה הוא טובת הלוה והקצה"ח הקשה דאין זה דמיון דהתם מטעם מזיק שעבודו של חבירו חייב לכן צריך לשלם דינר זה אבל כאן לא פשע כלום במה שהלך למרחוק ע"כ ולא אבין דמה מזיק שעבודו שייך כאן כיון דגובה חובו מהן ורק זה דמוסיף עוד דינר שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון ואף דזה בא ע"י גרמת הלוה לא נקרא רק גרמא דזה ההיזק נתחייב לו אחר שמוסיף ומסתמא דינר זה אינו גובה מנכסי הקדש וא"כ חיוב הזה בא אח"כ ולא נתחייב מקודם שיהא ע"ז שם מזיק שעבודו. והנה הקצה"ח כ' דהא דמוסיף דינר

הוא כמו דוחף מטבע של חבירו לים דהדוחף צריך לשלם ורק משום דהרא"ש בדוחף ס"ל דפטור הוצרך לומר דדינר זה הוא טובת הלוה ולפענ"ד אין זה דמיון לדוחף מטבע והרי אף מזיק שעבודו ש"ח כ' הרא"ש הובא בסמ"ע סי' ק"ז דהיכי דלא עביד מעשה בגוף הנכסים לא הוי מזיק שעבודו לכן ע"כ הוצרך לומר דהוא טובת הלוה והוא משום דאם לא יגבה מהקדש ישאר החוב על הלוה ובהקדש נראה יותר דלא מיקרי מזיק כיון דבאמת גובה מהן והי' קצת נראה לומר דאותו דינר בלא"ה חייב הלוה כמו שעל המזיק להוציא הנבילה מהבור אך כבר כתבתי דלהרא"ש לאו מזיק הוא ואף לשיטת שאר הפוסקים בסי' ק"ז נראה דכאן כיון דמן הדין גובה רק דתכמים גזרו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון א"כ לא הוי רק גורם ופטור לולי הטעם דהוא טובתו:

ג) אם הי' מסרב והוצרך להוציא הוצאות חייב לפרוע וכו'. הסמ"ע ס"ק כ"ח כ' דהיינו אם יצא הנתבע מחויב בדין וצ"ע לכאורה דאף ביצא בפטור וכי לא גרם לו היזק והרי הי' מחויב לעמוד לדין אף שיודע בעצמו שאינו חייב ואין נראה לומר דהוא מיקרי פושע דלא למד דיצא חייב דמ"מ ברשות ב"ד עושה והוציא והרי אף בדיין הטועה בדבר משנה לא קיי"ל כהבעל המאור דמשום פשיעות בע"ד נגעו בה עיין לקמן בש"ך סי' כ"ה. שוב ראיתי בנתה"מ דכ' דדוקא אם התובע הפסיד מחמת שהלך בערמה א"כ איהו דאפסיד אנפשי' אבל אם הי' סבור שהדין עמו לעולם צריך הנתבע לשלם לו ההוצאות וזה נכון בסברא. אכן בעיקר הענין צ"ע לכאורה דהנה הר"ם יליף לה דצריך לשלם הוצאות מהא דאמרינן בש"ס דצריך לשלם לו שכר כתב הפתיחה וכ' שם רש"י דלא שרינן לי' השמתא עד דמשלם שכר הפתיחה וא"כ הי' נראה דתיכף כשבא לדין צריך לשלם דאל"כ אין מתירין השמתא ואך קצת קשה לי דהרי התוס' כתבו שם דמשלם שכר הפתיחה אחר שיקרע כתב הפתיחה ועיין כונתם בתומים סי' י"א דא"צ כלל לשלם רק ברוצה שיקרעו כתב הפתיחה משום דבזיון הוא לו שיהי' לחבירו פתיחה עליו אז צריך לשלם מה שנתן א"כ משמע דא"צ כלל לשלם הוצאות ותימה שהשמיט הש"ע דעתם ואפשר דהש"ע סובר דשכר הוצאות גרע מפתיחה והוי מזיק וא"כ הנכון דא"צ לשלם רק כשהוא גרם וכמ"ש הנתה"מ ודו"ק:

ד) הוצרך להוציא עליו הוצאות לכופו ע"י ערכאות חייב לשלם. בתי' כתבתי דנראה דאם מת בנו פטור דהרי דינא דגרמי י"ל דהוי קנסא ולא קנסו בנו ואף ברשות ב"ד אין הב"ד יכולין לחייב אם אינו חייב אח"כ מיהו לפי הנראה נוהגין כל ב"ד להגבות הוצאות או לא מזדקינן לי' כיון שבערכאות נתחייב וטעמא בעי. והנה אף דמבואר בסי' שפ"ה בש"ך דאם כבר פסקו הב"ד וחייבו אותו אף בנו חייב מ"מ לכאורה זה דוקא בחייבוהו

הב"ד אבל כאן לא חייבו ב"ד אותו והרי מבואר בסי' שפ"ח דהיכי דיכול חבירו לבא לידי היזק ע"י כופין אותו לחייב את עצמו לשלם היזקו וכן מבואר בהרבה מקומות כגון מוכר לעכו"ם אצל מיצר ישראל אבל אם לא חייב עצמו אינו חייב וה"נ כיון דבנו פטור והב"ד הרי לא חייבוהו לשלם א"כ עדיין לא נתחייב ואולי כאן תיכף כשנתנו הב"ד רשות התחיל להוציא הוצאות והיזק הוי כחייבוהו הב"ד וסברא לחלוק. זה אמרתי. משום דמעולם קשה לי דלמה היכי דזבין לעכו"ם אמיצרא דחברי' וכדומה כופין אותו ליתן חיוב על עצמו יתנו הב"ד עצמו פסק שיחייב ואי משום דהוי רק גורם אין יכולין לחייב א"כ אף לכופו לקבל חיוב אין יכולין והרי אמרו עד שנכפהו להוציא יכפהו לזון וצ"ל דממ"נ הא עכשיו עדיין אין היזק ולאחר היזק הוא רק גורם ואין יכולין לכופו רק משום דעשה איסור לסלק איסור שעשה וא"כ כאן דאחר ההיזק יכולין לחייבו וליתן פס"ד הרי רשות שלהם הוי פס"ד ומ"מ צ"ע ומכ"ש בלא כתבו לו שיגבה הוצאות בשעה שנתנו רשות: ה) משעה שנעשה סרבן. עיין סמ"ע לענין אם כופר וטוען שלא הזמינו ונעשה כפרן ועיין ש"ך לענין הודה מיראת העדים ועיין מ"ש סי' א' בש"ס דשבועות ולא נפניתי כעת לעיין בזה כי שם משמע דאין לחלק בין הודה מחמת בעתותא דעדים גם משמע דלא קיי"ל כרב"ש ודו"ק:

ו) לך ואני אבוא אחריך ולא הלך אחריו חייב לשלם לו יציאותיו, עיין שע"מ האריך מה הפסידו ואחר כל האריכות שכ' נראה דאין חייב לשלם לו רק כשאח"כ הוכרח לילך פעם שנית א"כ פעם הראשון הפסידו:

ז) אין אומרים שישבע כמה הוציא ויטול. התומים הקשה מאי טעמא הרי כל ניזק ונגזל נשבע כמה הוציא ועיין נתה"מ ולי נראה דהא הרשב"א פוטרו מכל וכל וסבר דאין זה דינא דגרמי רק גרמא עיי"ש וא"כ נראה דאף החולקים רק משום דד"ג מחייבים לי' וכן פשוט דלא הוי מזיק ממש ורק מדד"ג וא"כ הרי הוא בעיא דלא איפשטא אי עשו תקנת נגזל במסור וא"כ אין יכול להוציא רק אם תפס נראה דלא מפקינן מיני' ועיין שע"מ וכן נראה דההוצאות המסרב אין יכול להוציא מבניו במת המסרב דיכולין לומר קים לי דדינא דגרמי קנסא ולא קנסו בנו אחריו ואף דנטל רשות מב"ד הא כ' הש"ך לקמן סי' ס"ו דלא מהני רשות ב"ד רק אם יתחייב ע"פ דין. והנה בזה אמרתי ג"כ דהסמ"ע כ' דלכן בירד שלא ברשות ישבע ויטול משום דחבירו נהנה והתומים חמה דלא מצינו חילוק זה ואין לו שורש בש"ס ונראה דהרי בשטף נהר חמורו והניח שלו והציל ש"ח דאין לו אלא שכרו ואם הותנה בפני ב"ד חבירו משלם לו כל מה שהפסיד והתם גרע מדד"ג ואיך

יכולין ב"ד להרשות וע"כ משום דהוא טובת חבירו עיין מ"ש ס"ק ב' וא"כ עכ"פ מצינו חילוק דבנהנה נוטל כל הוצאות: בהשמטות כתבתי דמהמנהג נראה דאף בנו חייב:

סימן טו

א) מקדימין. עיין קצה"ח דאם אחד נתתייב ש"ד וחבירו חייב לו שבועת היסת מחויב מקודם לשבע זה שנחתייב ש"ד כיון דיורדין לנכסיו עיי"ש וראי' שלו אינה מוכרחת גם לא אבין דהא אם חייב זה לזה היסת ודאי דכל אחד יכול לומר השבע אתה וזה שמתעצם שחבירו ישבע צריך לשבע מקודם וכן מצאתי בפתחי תשו' סי' צ"ג בשם תשו' כליא מסכת ואם שניהם תובעין אז הדין כתשו' שבו"י שהביא כאן הקצה"ח דמטילין גורל וא"כ גם ביש לאחד ש"ד למה לא יוכל לומר אני תופס שבועתי עד שתשבע אתה ומהנראה דהקצה"ח לשיטתו אזיל לקמן סי' פ"ז כ' דבנתחייב היסת כיון דאין ב"ד יורדין לנכסיו אם תפס שכנגדו מוציאין מידו וה"ה הכא אין יכול לתפוס שבועתו עד שישבע היסת דהא אף אם לא ירצה לשבע היסת מ"מ מחויב הוא לשבע הש"ד דהא יורדין לנכסיו אבל לפי מ"ש התומים והנתה"מ שם דיכול לתפוס ה"נ יכול לתפוס שבועתו ומדברי הריטב"א שהביא השע"מ סי' כ"ד משמע קצת כהקצה"ח אך י"ל דלא כ' כן לדינא כמבואר שם ובתשו' שבו"י מביא ראי' לדבריו מאותו ש"ס עצמו ולא רציתי להאריך ועיין בנתה"מ סי' ע"ב ס"ק מ' ומ"ש שם והנתה"מ שם ג"כ פשיט בעיניו דמטילין גורל ואך השע"מ סי' כ"ד חידש שאותו שנתבע בתחילה נשבע תחילה וזה מה שאמרו נזקקין לתובע תחילה ופשוט דאין לחדש פירוש חדש שלא שערו הקדמונים:

סימן טז

א) האומר לחבירו שטר שבידך זכות יש לי בו וכו' ואם טען זה בודאי וכו' נשבע היסת. תימה בעיני דמה בין זה לעדים שכבשו עדותן דאין כאן חיוב רק בידי שמים וא"כ אין כאן חיוב שביעה שוב ראיתי שכן הקשה השע"מ והוסיף דלא עדיף זה מהא דמבואר סי' פ"ז דאם טוען שנשבע לתת לו מנה דאין נשבעין ע"ז ועיי"ש דבאמת אין הכל מודים בזה ועיינתי בלשון הרמב"ם שכ' בזה הלשון שטר שיש לי זכות בו הוא בידך ולא כ' שטר שלך יש לי בו זכות והחילוק מובן דבדבריו יש לפרש דהשטר הוא באמת שלו ורק באם אין לו בו זכות אין שייך שבועה לכן קאמר שטר של זכות יש לי אצלך והרי פשוט דנשבעין על שטרות שבועה שאינו ברשותו וכן הרמב"ם איירי שם בדינים אלו אבל באומר בשטרך יש זכות שלי ודאי אין סברא שיצטרך לשבע ולשון המחבר צ"ע:

סימן יז

א) ועמידה ע"י סמיכה מיקרי שפיר עמידה. האחרונים הקשו על הרמ"א מש"ס זבחים (ד' ט"ז) דיליף דזר מחלל עבודה מיושב ופריך מה ליושב שכן פסול לעדות ולמה לא יליף מסומך דג"כ פסול לעבודה ותו לא יוכל למפרך מעדות דהרי לפי דברי הרמ"א כשר לעדות והנה תפשתי בזה אם סומך מחלל עבודה ולא מצאתי וגם בחפשי ראיתי בפ"מ או"ח סי' קמ"א כ' ג"כ דלא מצא זה דסמיכה מחלל עבודה וא"כ לא ידעתי מאי קשיא להו דנילף זר מסומך ונדבר מזה בסמוך. והנה התומים מתרץ דסמיכה לאו הכל מודים בזה דשם (ד' י"ט) גבי מקדש ידיו ורגליו דסובר ר"י מקדש כאחד ואמרו רבנן אי אפשר לעשות כן ופריך שפיר קאמרו רבנן ומשני עמידה מן הצד איכא בינייהו דהיינו שיסייעהו חבריו דר"י סבר דזה עמידה ולכן לא יליף מסומך דר"י סובר דכשר ושם רוצה למילף מד"ה ע"כ. והנה שם אחר דקאמר עמידה מהצד איכא בינייהו פריך וליתיב מיתיב ומשני לעמוד כתיב לפי דברי התומים צריך לומר דזה פריך רק לרבנן והתוס' פירשו דלאו ישיבה ממש דאין ישיבה בעזרה רק ר"ל סמיכה ולפי דברי התומים הי' לו להקשות בפשיטות למה אסור לרבנן וע"ז לשני לעמוד כתיב ולכן משמע דהגמר' פריך בין לרבנן בין לר"י ואף ר"י אינו מתיר רק שחבירו יסייעו ולא סמיכה וא"כ תי' התומים צ"ע אך לכאורה גם משם קשה על הרמ"א דפריך וליתיב מיתיב ולפי מה שפירשו התוס' דהיינו דיסמוך וע"ז משני לעמוד כתיב א"כ משמע דסמיכה לא הוי עמידה אך האחרונים תירצו דמיתורא דרשינן שם דאף סמיכה אסור והנה מה יתור יש צ"ל דשם (ד' כ"ד) יליף דיושב מחלל מדכתיב תרי קראי לעמוד ומהעומדין חד למצוה וחד לעכב וצ"ל דא"צ שני כחובים על עמידה דבלא"ה אין ישיבה בעזרה ומחד קרא ידעינן לעכב וע"כ דחד קרא אתי לסומך אך אם נאמר כן א"כ ליכא חד קרא על סומך ומנ"ל בסומך דמעכב והיא אשר דברנו דליכא קרא בסומך דמחלל אכן ודאי פשטא דש"ס לא משמע כן רק צריך לעמידה גופי' תרי קראי ובפרט לפי מ"ש התוס' שם (ד' ט"ז) ד"ה מיושב בהגהה דאפשר דהא דאין ישיבה בעזרה היא רק מדרבנן א"כ ודאי צריך תרי קראי לעמידה ובש"מ שם וכן בתוס' יומא (ד' כ"ה) כתבו דאין איסור צורך עבודה ונראה דזה תלוי בזה דאם אין ישיבה בעזרה הוא רק מדרבנן י"ל דלצורך עבודה לא גזרו וא"כ י"ל דהא דפריך וליתיב מיתיב הוא כפשוטו דצורך עבודה מותר ומשני לעמוד כתיב ואם נאמר כן י"ל כמ"ש התומים דסמיכה הוא פלוגתא דרבנן ור"י ודו"ק ולא רציתי לבאר יותר כי הכל נראה להמעיין:

ואגב אבאר דברי התוס' בסוטה (ד' מ') שראיתי שעמד התומים כאן בזה דשם גבי עומד לקרות בתורה פריך עומד מכלל דיושב הי' והא אין ישיבה שעזרה והתוס' שם ד"ה

והאמר מר בסופו כתבו ותו קשיא מפ"ב דזבחים ונבוכו בו המהרש"א והתומים מה הי' כונתם ולי נראה בפשיטות דשם בזבחים דפריך וליתיב והא אין ישיבה בעזרה וע"כ צ"ל כמו שפירשו שם התוס' דלסמוך שמעינן דלסמוך מותר בעזרה א"כ מאי פריך עומד מכלל דיושב דילמא מכלל דסמוך הי' דסמיכה מותר ובתורה צריך לעמוד דוקא כמ"ש התוס' שם בזבחים (ד' י"ט) ד"ה עמידה ודו"ק:

ב) אסור לדיין לשמוע דברי בע"ד הא'. ומשמע מהסמ"ע ס"ק י"א דאם שמע אסור לו אח"כ להיות דיין בדבר וכן כתב התומים בשם מהרי"ל ובנתה"מ אכן בטו"ז בשם מהרי"ל משמע דרק לכתתילה אסור לשמוע וכן משמע מהש"ך וכן כ' בשם מהרשד"ם:

ג) אין לו להדיין לפסוק יותר ממה שתבע. עיין ש"ך ואחרונים דהוא מטעם מחילה ועיין מה שפלפלו אם יכול לחזור ולתבוע ולפי דברי הקצה"ת לעיל סי' י"ב דמחילה בלב לא מהני ודאי דיכול לתבוע אך בדברי הע"ש שהביא הש"ך י"ל נמי דשמא הי' חייב לו ממ"א והנתה"מ מפקפק דאיך שייך בע"ה דמחל ושמא לא ידע אין זה קושיא דודאי כל שבא לב"ד מאי איכפת לי' לטעון כל מה שיכול דאין שייך אף בע"ה דכ"כ טועה עד שברור לו שאין יכול לתבוע יותר:

והנה הפוסקים לא איירי כאן רק בתובע שאין תובע הכל ואך לא ביארו באם הנתבע יכול לטעון ביותר דבו אין שייך מחילה אם טענינן עבורו והנה מהתוס' כתובות (ד' ט' ע"ב) משמע דטוענין עבור הנתבע דשם בד"ה אי למיתב לה דייקו נבי והוא אומר עד שלא ארסתיך אבל מנה אית לה למ"ד מקח טעות ממאתים עיי"ש אף דיש ספק שמא אחר שנתארסה זינתה ברצון וקשה דילמא אה"נ אם הי' טוען כן לא היתה נוטלת אבל הרי הוא טוען עד שלא ארסתיך ומגיע לה מנה ולמה יש לנו לטעון עבורו להפסידה משמע דטוענין עבורו אף יותר ממה שתובע ומ"מ יש לדחות דהתוס' קשיא להו למה נקטה המשנה טענתו בעד שלא ארסתיך ומודה במנה לנקוט דטוען שהי' ברצון ואינו מגיע לה כלום אלא ע"כ דבס"ס לא מפסדה ומ"מ לפי הטעם דר"ג דנאמנת מטעם חזקת הגוף י"ל דנקט עד שלא ארסתיך לומר דנאמנת מטעם חזקה וכן לפי מ"ש הש"ך דרק מטעם ספק אין לפסוק יותר להוציא א"כ בנתבע טענינן לי':

סימן יח

א) יוסיפו שני דיינים וכו' הולכין אחר הרוב הגהה וכן נ"ל עיקר. תוכן דברי הרמ"א דלעיל ס"ם י"ג כ' המחבר דבהיו עשרה ואמר אחד איני יודע דבטל כל הדין וכאן פסק דהולכין אחר הרוב ואין חוששין מה שאומר א"י ואין נראה לו לחלק בין ישבו תחילה אדעתא דעשרה לבין ישבו רק אדעתא דתלתא לכן סובר הרמ"א דהוא מחלוקת ושם

הביא דעת הרשב"א וכאן הביא דעת הרמב"ם וכן עיקר זה כונת דבריו. ובעניי לא הבנתי כלל תמיהת הרמ"א דהרי כ' הר"ן הביאו כאן השע"מ דהיכי דדנו בזבל"א ואמר אחד א"י נתבטל כל הברירות ואין יכולין להוסיף ג"כ שלא מדעת הבע"ד וא"כ הרי בתשו' הרשב"א וכן לעיל בש"ע סי' י"ג דאיירי בבירורו הבע"ד עשרה א"כ ודאי דגם אחד אומר א"י נתבטל הכל וכאן דאיירי בב"ד קבוע ולא היו רק שלשה וכשאמר אחד א"י הוסיפו אף שלא מדעת הבע"ד בזה פשוט דלא יחלוק הרשב"א ואין מחלוקת כלל בין הרשב"א להרמב"ם. ואמת כי מצינו בפי' המשניות להרמב"ם דאף במוסיפין ואמר אחד א"י נתבטל הדין ואם נאמר כן צריך לחלק בין דיני נפשות לד"מ ועיין מה שהקשה הראב"ד ומה שמתרץ הכ"מ בשם הרמ"ך אכן דברי המחבר ברורים בלי שום פקפוק ואין כאן סתירה כלל:

ונראה דאף חילוקו של הרמ"א ג"כ אמת דאף דישבו בתורת ב"ד לכפי' מ"מ אם ישבו חמשה ואמר אחד איני יודע יוסיפו הדיינים ולבי אומר לי דאף הרמ"א לא יחלוק בזה דא"כ יהי' הרמ"א נגד כל הפוסקים ונגד הירושלמי דסוף פ' היו בודקין דע"כ לא פליגו ת"ק ואילא רק ביש השלשה כמו דיתבו בתחילה בזה סובר ת"ק דדי בשלשה מזכין ולא גרע מה דא' מהאחרונים אומר ג"כ א"י והרי ר' אילא פליג וסובר דכיון דהוסיפו שנים לשנים הראשונים צריך לגמור בארבעה אבל בישבו מתחילה ארבעה לא פליגו ומודה ת"ק דצריך לגמור הדין בארבעה ורק מה דסובר הרמ"א דלעיל בישבו עשרה ואמר אחד א"י יגמור הדין בתשעה היינו דבוררים עדיף וכמ"ש הפרישה דאף בזבל"א יכולין להוסיף מעצמן וסובר הרמ"א ג"כ דכיון דנבררים לאו בתורת ב"ד יתבו רק ליילך אחר הרוב אין מזיק מה שאחד אומר א"י אבל ודאי ב"ד דישבו ע"ד חמשה צריך דוקא לגמור בחמשה ומה שכ' הקצה"ח דבישבו חמשה ואחד אומר א"י א"צ להוסיף נראה כי זה נגד הפוסקים והירושלמי כמ"ש ומה שדייק הקצה"ח מדברי הר"ן דפירש מ"ש בגמר' אדעתא דב"ד ישבו דאין רצונם להיות ב"ד חצוף נראה ודאי דלאו דוקא רק ר"ל דלא ישבו אדעתא דשנים ואם דוחק זה בדברי הר"ן י"ל להיפך דבחמשה דודאי אדעתא דחמשה ישבו ודאי דאין גומרין בפחות רק אף בישבו בשלשה דאין ראי' דרצו דוקא שלשה ורק משום דלכתחילה מדינא צריך ג' אף לשמואל א"כ הסברא דדיעבד סגי בב' כמו שהקשה המקשה עיין שם בר"ן לזה קאמר דמ"מ כיון דלא ירדו לב"ד חצוף סוף הדין כתחילתו כמ"ש הר"ן שם עיי"ש. ודו"ק:

ב) שלשה שישבו לדין וסילק אחד מהם את עצמו אין השנים יכולין לגמור הדין. עיין ש"ך ס"ק ה' וכונתו דאם כבר בשעת מו"מ נגמר הדין ביניהם רק קודם שגמרו פס"ד היינו

שלא אמרו איש פלוני אתה זכאי וכו' סילק אחד עצמו יכולין השנים לפסוק והתומים והנתה"מ קיהו בזה ולי נראה דדברי הש"ך יוצאין מירושלמי דשם ס"פ היו בודקין אחר דאמר דאם אחד אומר א"י יוסיפו ומביא פלוגתא דת"ק ור' אילא אמר ותשמע מינה שלשה שדנו ומת אחד מהם חותמין בשנים וקשה דמה שייך זה להך דלעיל ולפי הנ"ל י"ל דדייק דכמו באומר א"י לא נגמר הדין אף דהדין נגמר ברוב מ"מ צריכין בשעת מו"מ שלשה ה"נ נדייק אם היו בשעת מו"מ שלשה שוב גמר הדין לומר הפסק סגי בשנים ואף דמה שסיים שם הירושלמי וכותבין אע"פ שחתמנו בשנים בשלשה דננו אייריי לענין חתימת הפס"ד מ"מ הא דאמר בתחילה חותמין אייריי לגמור הפס"ד כמו שאמרו תורה חתומה נתנה היינו הגמר ודו"ק:

סימן כ

א) והביא עדים. בס' שע"מ כ' דאם עדים העידו ונתחייב לשלם והנתבע טען א"י ואח"כ הוזמו עדיו דאין יכול לחזור ולהוציא כיון דשילם ע"י עדים והי' סבור שנתחייב הפקיר המעות ומדמה זה לשור הנסקל שהוזמו עדיו שכל הקודם זוכה בו ע"כ ודבריו דברי תימה דאין לך גזל יותר מזה והרי באיסורא אתי לידי' והרי כ"ז שהי' המטות ברשותו לא מהני יאוש ואף באבידה שהוא ברשותו ולא ידע בו אין מועיל יאוש כמ"ש הרמב"ן הביאו הנתה"מ סי' רס"ב וא"כ כשבא לידו מרשות הנתבע נתחייב בהשבה וגם בשור הנסקל שהוזמו עדיו כתבו דלאו משום הפקר הוא דהא הפקר בטעות לא הוי הפקר ורק משום יאוש נגעו בו עיין לקמן סי' ת"ו בקצה"ח והנתה"מ כ' דלכן הוי הפקר משום דאבוד ממנו ומכל אדם וכ"ז לא שייך כאן וגם תימה דכי עדיף זה מדיין שטעה ויש אח"כ גדול שמחזירו דחוזר ומוציא ולא אמרינן כבר נחייאש. שוב ראיתי שהשע"מ לקמן הרגיש בזה וחילק שם איזה חילוק וכ"ז אינו נכון ודו"ק. שוב ראיתי כן בפ"ת:

ב) ואמר אין לי עדים וכו' אע"פ שמצא אח"כ אינו כלום והיינו דכבר פסלם. ועיין תומים דמ"מ לענין דבר אחר לא פסלם ויכול להוציא על ידן חוב אחר והנתה"מ כ' דזה דמי לב' שטרות שביטל שני את הראשון ואמר שם דנ"מ לאוריעו סהדי ולענ"ד אין זה דומה לשם דשם ע"ה אומר דחתמו בשטר הראשון בשקר אבל כאן הא לא אמר כלל רק שאין לו עדים ולקמן סי' קמ"ז כתבתי ראי' מהא דעשה סימן וטוען תלם אחד עשיתי אף דהעדים העידו דהכל שלו מ"מ מוציא ע"י אותן העדים ולא אמרינן דפסלן גם שם גבי ב' שטרות בכתובות (ד' מ"ד) כ' הריטב"א דאף אם אותן העדים חתומים בשטר השני מ"מ גובה בשטר השני וא"כ ודאי דהנכון כאן לדינא כהתומים אף כי עדיין צ"ע לברר ההלכה בטוב אך עכ"פ נראה שאין כל הדברים שווין ואין להוסיף על הך דב' שטרות כן נראה לפענ"ד:

נ) ואצ"ל אם אמר קרבו איש פלוני ופלוני והעידוני הב"ת כ' דלכן חלקו לשני בבות דכאן אף אמתלא לא מהני והאורים הביא דבריו והשיג עליו מדברי רי"ו בתומת ישרים שכ' שם באשה שתבעה לאחד שלקח מאחיו בנכסים מועטין שלא הי' לאחיו רשות למכור והשיב ולא קנה כלל רק הוא שדה שלו והב"ד רצו לברר הדברים ואח"כ נודע לו שאף אם יטעון שלקח מאחיו לא יפסיד דהוציא שטר שלקח מאחיו וכ' הראב"ד שאם ב"ד רואין שנעשה משגגה ופתיות לב מה שטען להד"ם לא הפסיד שטרו הרי דלא כהב"ת ע"כ והנה לא ראיתי השגה משם דהא הראב"ד כ' דהב"ד רואין והוא סבר דיפסיד אם יטעון שלקח והרי ודאי דהרבה פעמים לא יוכל לחזור כאומר לא לויתי דהוי כאומר לא פרעתי דלמה טען תחילה טענה אחרת ועיין קצה"ת סי' פ' והב"ח הרי לא איירי ברואין הב"ד אמתלא שלו וא"כ לא דמי לדינו של הראב"ד אך בודאי לדינא דברי הב"ח צ"ע דאין ראייתו מוכרעת ומאין הוציא הטור דין זה דבמוציא מאפונדתו לא מהני אמתלא והרי נותן טעם למה שלא הוציא מיד ולכן ודאי נראה דאם נותן אמתלא הניכרת ודאי מהני וזה יש ללמוד מדברי הראב"ד דצריך אמתלא ניכרת ועיין סי' מ"ז:

ד) אבל יורש שהי' קטן ואמר אין לי ראי' וכו'. עיין שע"מ דה"ה לוקח שבא ב"ת לגבות ממנו דגם הוא אינו יודע במילי דמוכר ופשוט והקשה דהתוס' ב"ק (ד' ח') ד"ה דינא הוא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדי ב"ח הקשה מאי נ"מ הא כל מה שיטעון ראובן טוענין ללוקח ותירצו כגון שאמר הלוקח אין לי ראי' ששוב אין יכול להביאן והקשה השע"מ דהרי בלוקח לא אמרינן דהפסיד בשביל שאמר אין לי ראי' ע"כ ולא ראה שכבר הקשה כן הש"מ ותי' דאיירי שהלוקח טען שהי' אצל הפרעון כשפרע לו המוכר ואין לו ראי' דודאי לא יוכל להביא עדים שראו שפרע המוכר שהרי טען שהוא בעצמו הי' אצל הפרעון המוכר יכול להביאם עיי"ש ואך עוד הקשה השע"מ דהרי כיון שאמר הלוקח אין לי ראי' שוב פסל העדים וא"כ אף אם המוכר יביא העדים מאי יהני לו שלא יטרוף הב"ח השדה והרי זה דומה ללוה שכופר והערב מודה שגובין מהערב והוא לכאורה קושיא גדולה ובפרט לאיכא דאמרי דאף שלא באחריות דאין להמוכר שום נ"מ למה לא יגבה מהלוקח ונראה לחלק דשם באם יגבה מהערב הא לא יוכל הלוה לתבוע את המלוה שפרע שני פעמים לכן הוי הערב כאיש אחר אבל כאן דהב"ח יגבה הנכסים בשביל המוכר וכיון דהמוכר יביא עדים שכבר פרע יוכל לתבעו שגבה שני פעמים ועיין לקמן סי' ע' בש"ך ס"ק ט"ו דאף אם יש להמלוה נאמנות כבי תרי אם לא יטעון המלוה סיטראי אינו יכול לגבות דילך הלוה ויגבה ממנו מה ששילם כראשונה בפני העדים והפוכי מטרתא למה וה"נ יתבענו המוכר שגבה ב' פעמים והוי אפוכי מטרתא:

סימן כא

א) והביא ראי' שהי' אנוס. עיין ש"ך ס"ק ג' העלה היכי שאדם מחייב את עצמו במה שלא הי' חייב ע"מ שחבירו יעשה כך וכך ואירעו אונס לחבירו אין המתחייב חייב ע"י שחבירו נאנס דאונס רחמנא חייבי' לא אמרינן והרי הוא לא נתחייב רק ע"מ שיעשה חבירו כו"כ וכן הסכימו כל האחרונים ופשוט. והנה השע"מ הקשה מהא דכ' הרמ"א באה"ע סי' קי"ח דאמרינן שם דאם נתחייב האב בנדן ואח"כ מתה הבת דפטור דלא נתחייב רק ע"מ שתהנה בתו וכ' שם. הרמ"א דאם הבת נהרגה או נשתמדה חייב דלא אסיק אדעתי' אונס כזה עיי"ש והרי מ"מ אונס חייבי' רחמנא לא. אמרינן. והוא הרי לא נתחייב רק ע"מ שתהנה בתו, ע"כ עיי"ש שקיהה הרבה בזה. והנה אף כי כבר דברתי בהרבה, מקומות מעניני האומדנא מ"מ יען כי ציינתי הדברים לסי' הזה אכתוב. כאן בקיצור הכלל לדברים אלו כי ראיתי שרבים לא ירדו לעומקם ותה"ל כי בררתי הדברים בעיון יפה ואבאר דהנה התכ"צ הקשה לפי מ"ש התוס' דהיכי דתלוי בדעת שניהם לא אמרינן אומדנא א"כ למה אמרינן כאן אומדנא דלא התתייב א"ע רק ע"מ שתהנה בתו והרי השני לא כנסה רק בלא תנאי והארכתי בזה הרבה בחידושי לאה"ע סי' נ"א והעיקר כי אין לדמות האומדנות רק הסברות בזה המה כך דבמוכר פרה אף דע"ד שתמות לא קנה מ"מ המוכר לא מכר על תנאי והיינו אם הי' זוכר להתנות והי' רוצה הלוקח להתנות שבאם תמות יתבטל המקח לא הי' המוכר מתרצה א"כ הלוקח קנה ע"ד דהכי שבאף אם תמות לא יתבטל אכן במקום שאם הי' זוכר להתנות לא הי' הלוקח מתרצה רק בתנאי אז אמרינן להיפך דהמוכר ע"כ מכר בתנאי זה והיינו האומדנא דלא נתחייב רק ע"מ שתהנה בתו אם הי' זוכר להתנות לא הי' האב מתרצה רק ע"מ שתהנה א"כ הבעל כנסה ע"ד זה דידעינן שאין אד מתחייב עצמו רק שתהנה בתו אכן באונס דלא שכיח כלל כמו בנהרגה או נשתמדה אדרבה אנן סהדי דאף אם הי' הבעל אומר שאינו מתרצה בתנאי ורק רוצה שהאב יתחייב עצמו אף אם תהרג הי' האב מתחייב עצמו כיון שסובר דודאי לא יבוא אונס כזה אז הדרינן לכללא דבדבר התלוי בדעת שניהם לא אמרינן אומדנא והארכתי בזה בה' חליצה גבי יבם מומר ולקמן סי' ר"ז ועוד בהרבה מקומות בס' הזה לכן לא רציתי להאריך כאן בראיות והמעיין ומצאם כי זה נכון וברור וא"כ מה שמדמה השע"מ האומדנא לתנאי לא דק בזה כי ודאי אם הי' האב מתנה ע"מ שתהנה ובתו חוץ מדברי הש"ך דע"י אונס שכנגדו אין לחייב מ"מ הי' האב פטור כיון דהתנה בפירוש ופשוט. והנה גירסת הספרים בירושלמי דר"י סבר אונס כמאן דלא עבר והש"ך גורם עבד והנה הקצה"ח הקשה לפי גירסת הספרים מגיטין פ"ב באמר לעשרה כולכם חתומו

דאמר ר"י דשנים משום עדים ואינך משים תנאי ואם מת אחד לא הוי גט והרי כיון דר"י סבר כמאן דלא עבר למה יתבטל הגט כיון דהוי אונס ולפי גירסת הש"ך ניחא דר"ל סבר דאונס כמאן דלא עבר ולדידי' לא קשה למה במת נתבטל הגט דהוא סבר כולם משום עדים וכיון דאין עדים בטל הגט כן תוכן דבריו ואני אומר אם יהי' זה קושיא אף לפי גירסת הש"ך לא יתיישב וכבר הבאתי בחידושי לאה"ע דברי ס' טיב גיטין דאף למ"ד כולם משום עדים אין ר"ל דכולם יהיו עדים דאין עדים יותר משנים רק ר"ל דהטיל תנאי שיהי' עליהם כדין עדים וחוץ דהסברא כן הוא הוכחתי באה"ע דדבריו מוכרחים וא"כ הדרא קושיא לדוכתא לר"ל למה יתבטל הגט כיון דאונס כמאן דלא עבר אך לפענ"ד אין כאן קושיא כלל ול"מ אם אמר כולכם חתומו ולא הזכיר לשון ע"מ א"כ הוי הדין כמו שהוזכר בש"ך סי' רנ"ג בשם מהרשד"ם דבאמר אם יעלה פלוני לירושלים תנו לו מאתים זוז דאין זה בגדר תנאי כלל דלא התחיל כלל הקנין ולא נדר לו רק כשיעלה וה"נ לא עשהו כלל לגט עד שיחתמו כולם אך נראה פשוט דאף אם אמר ע"מ שתחתמו כולכם מ"מ לא שייך אונס כמאן דלא עבר התנאי רק בעשה תנאי עם צד השני שיקיים איזה דבר ואז אם הי' אונס הוי כמאן דקיים דלא התנה רק כשלא יהי' אונס אבל התנה עם שליח שבאופן זה יעשה שליחותו ודאי דאין להשליח לעשות שליחותו רק באופן שציוהו וכ"ז שלא חתמו כולם אין לעדים ליתנו כן נראה הסברא לפענ"ד ודו"ק:

ומה שהקשה הקצה"ח מע"מ שתשמשי את אבא ומת האב דלא הוי גט פשוט דשם כיון דאמרינן לצעורי קמכוין לכן לא מהני טענת אונס: מה שהקשה הטו"ז על הסמ"ע דחיוב השבועה הוא. אף בעבר הזמן עיין שע"מ דלק"מ וכן הנתה"מ מביא דברי הסמ"ע בפשוט משמע דלא חש לקושיית הטו"ז:

סימן כב

א) מי שקבל עליו קרוב וכו' אם קנו מידו. השע"מ ס"ק ד' כתב דמשמע מתשו' הרשב"א דאם שכ"מ ציוה שכל ספק שיהי' בצוואה שידון הקרוב אף בלא קנו מהני ואין היורשים יכולים לחזור ע"כ ותימה בעיני דהא לקמן סי' ר"נ סעיף א' מבואר ברמ"א והוא ג"כ מתשו' הרשב"א דמי שציוה שפלוני יעשה בנכסיו לחלק לפי דעתו כיון שלא נתנם לו וכבר נפלו נכסי קמי יתמי לא אמרינן דמהני צוואתו ועיינתי בב"י סי' ז' בתשו' הרשב"א שדייק מינה השע"מ ואין שם שום הוכחה רק דשם רצו היתומים לפסול אחד מלהיות עד בצוואה בעבור שאמר שיהי' דיין א"כ פסלו מלהיות עד ע"ז אמר שאינו פסול והשכ"מ לא פסלו דהי' סבר שיוכל להיות דיין ועד עיי"ש א"כ אין זה ענין לזה ואדרבה מוכח שהוא אינו דיין בדבר מדהוי עד ודו"ק: ב) אבל אם קבלו כתרי דאיכא תרתי לריעותא

אפי' אחר גמר דין יכול לחזור בו ואם קבל חד כשר כג' כ' הסמ"ע דלא הוי רק חדא לריעותא דשם פסול חד הוא והש"ך חלק עליו דדוקא במקום שנים אבל במקום ג' הוי תרתי לריעותא והתומים הביא ראי' להסמ"ע מהא דנאמנים עלי ג' רועי בקר אף דכל הג' פסולין ואיכא שלש ריעותות אלא ע"כ דשם פסול חד הוא לא הוי רק חדא ריעותא והקצה"ח דחה ראייתו דהרי סגי בחד גמור ושני הדיוטות וא"כ אין כאן רק חד פסול ומה שדחה הנתה"מ דברי הקצה"ת דשם פסולין מחמת רועה עיי"ש וזה חימה דא"כ הוי תרתי ריעותות פסולי ולא גמירי וממילא הוי תרתי לריעותא וע"כ אייר או בלא הכריזו עליהם או ברועה בהמות של אחרים וכן הוא בחידושי הר"ן על מה דאמרינן דאי אשמעינן אבא ואביך ה"א משום דכשרי לעלמא אבל חד כבי תרי אימא לא והקשה הר"ן דהא תנן נמי ג' רועי בקר אף דלעלמא נמי פסולין ותי' כיון דלא פסולי רק משום דלא גמירי הוי כלא פסולי לעלמא הרי דאיירי ברועה דאין פסול רק משום לא גמירי וכן כ' השע"מ (ומ"ש השע"מ דאיירי בקיבל עליו סתם רועי בקר לכן אמרינן דכונתו הי' לכשרים אין נראה דכיון דטען בפניהם יודע מי הם וגם יש לעיין אי מהני הקבלה בלא פירש שמותיהם ועיין בנתה"מ לעיל סי' י"ב גבי פשרה) אך השע"מ הקשה על סברת הקצה"ח דסגי בחד דגמיר דמ"מ להרמ"ה דסבר דבעי תלתא גמירי מאי איכא למימר ואך שם רוצה לחלק בין ג' לכאן דתרתי לריעותא משום גוזמא הוא וכן אחד במקום ג' אבל תלתא דלא גמירי לא הוי גוזמא ורק השע"מ כ' טעם דבחד כשלשה לא הוי תרתי לריעותא דבאמת א"צ ג' רק שלא יהי' ב"ד שקול ואם הוי ידעינן בשנים דישוו עצמם הוי סגי בשנים לכן ביחיד לא צריך רק שיהי' כשנים ואין דבריו נ"ל וכבר השנתי עליו לעיל סי' ג' וכעת ראיתי דהתוס' סנהדרין (ד' ו') ד"ה בצוע דכתבו דר"מ דמקיש פשרה לדין וצריך שלשה מ"מ צריך שישוו כולם ולפי דברי השע"מ יקשה למה בעי ג' דהרי אי ידעינן דישוו עצמם אף בדין סגי בשנים אלא ודאי דאין מקום לדבריו וגזה"כ הוא מלהטות דבעינן ג' ודו"ק כי קצרתי. והנה בהר"ן משמע כהתומים דבג' רועי בקר הטעם דלא הוי רק חדא רעותא משום דשם פסול חד הוא ורק קצח נראה דמחלק בין קבלינהו ביחד לקבלם בזה אח"ז עיי"ש בחידושיו דכ' כדברי התוס' (ד' כ"ג) ד"ה ואמר ר' דימי דשם בגמר' דאמר זה פוסל דיינו של זה כגון בקבל עליו כבי תרי ופריך מאי קמ"ל דיכול לחזור חנינא נאמן עלי אבא וכו' ר"מ אומר יכול לחזור בו ואמר ר' דימי כגון שקיבל עליו בחד והקשו התוס' דלמה הוצרך לאתויי הא דרב דימי ותירצו התוס' והר"ן דאי לאו דר"ד ה"א דמיירי בקבל עליו אביו כג' והוי תרתי לריעותא לכן יכול לחזור ולא יקשה תנינא לכן מביא מר"ד והקשה הר"ן דהא שם במשנה תנן נמי ג' רועי בקר דלא

הוי רק חדא ריעותא ומ"מ קאמר ר"מ דיכול לחזור וא"כ מאי הוצרך לר"ד ותירץ דשם בקבלינהו זה אחר זה שלשה פסולין דהוי ג"כ תרתי לריעותא ע"כ ולפי דברי הקצה"ח דכ' כיון דסגי בחדא דגמיר לא הוי רק חדא ריעותא א"כ אף בקבלינהו זא"ז למה יהי' תרתי לריעותא וע"כ דהטעם כמ"ש התומים דשם פסול חד הוא ורק בקבלינהו זה אחר זה הוי תרתי לריעותא ומ"מ י"ל דהר"ן לא כ' זה רק דהוי אמרינן הכי אבל למסקנא אפשר דאף בקבלינהו זא"ז לא הוי רק חדא ריעותא ודו"ק:

ואגב אביא מ"ש בחידושי ליישב קושיית הר"ן למה הוצרך לר"ד והרי מג' רועי בקר שמעינן דבחדא לריעותא ג"כ יכול לחזור ואני לא אבין קושייתו דכבר הבאתי דהר"ן הקשה דרועה הוי תרתי לריעותא פסולי ולא גמירי ותי' דשם לא איירי בפסולין כמו שהבאתי לעיל וכ"ז לפי האמת דתרתי לריעותא פסולין מפרשים כן אבל אי לאו דרב דימי והיינו צריכין לפרש המשנה דאיירי בתרתי לריעותא ולכן קאמר ר"מ דיכול לחזור היינו מפורשים דאיירי בפסולי ולא גמירי ותימה על הר"ן שלא ירד לזה וצע"ג: והנה מדברי רש"י שם ריש פ' זה בורר משמע קצת כהש"ך דחד בתלתא הוי תרתי לריעותא דשם סוף העמוד ד"ה נאמן כ' רש"י בדיינים קמיירי מדקתני שלשה רועי בקר ולכאורה מאי בעי רש"י בזה דמאי נ"מ אי איירי בדיינים או בעדים ונראה דגם רש"י הרגיש בקושיית התוס' דמאי צריך לאתויי הא דרב דימי וניחא לי' בתי' התוס' דלולי ר"ד הוי מוקמינן בתרתי לריעותא אך הוקשה לו לרש"י דאף דלפי האמת מוקי רב דימי שקבל עליו בחד משום דאף בחדא לריעותא יכול לחזור לר"מ אבל אכתי במשנה היינו יכולין לפרש דאיירי בתרי ריעותות דהיכן מוכרח דברי רב דימי במשנה לזה פי' רש"י דדברי ר"ד הוא מוכרח דקיבל אביו כחד דהא בדיינים קמיירי ואם קיבל עליו חרי ריעותות למה לי דנקט אבא ואביך אף בחד כשר יש תרי ריעותות גבי דיינים כגון דקבלו בשלשה אלא ע"כ דאין כאן פסול רק מחמת קרוב ודוק והוא ע"ד הפלפול:

ג) ולענין עדות מיד שהעידו אין יכול לחזור בו. התומים הביא תשו' ראב"ן באחד שאמר אשתך תהא נאמנת עלי לומר שלא פרעתי ובאה אשתו ואמרה שלא פרע ופסק כיון דעדיין לא הי' גמר דין יכול לחזור בו וכ' הב"ח דמשמע דהראב"ן חולק על הרמ"א והתומים כ' דהרמ"א לא אמר רק בעד שאין יכול לחזור כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד הוי כגמ"ד אבל אשתו של מלוה כיון דאם פרע לה פטור הוי היא הבע"ד ויכולה לחזור א"כ לא הוי גמ"ד ע"כ ודבריו צ"ע בעיני. והנה מ"ש דאם פרע לה פטור לקמן סי' ק"כ בסמ"ע מבואר דרק באשה הנו"נ מהני כשפרע לה ואך אף אם נוקי באשה הנו"נ מ"ש דתיכף כשהעיד כיון שהגיד שוב אין חוזר לכן הוי גמ"ד צ"ע דעיין לקמן סי' כ"ח בקצה"ח

בשם הירושלמי דאף אם הבע"ד הכשיר קרוב או פסול מ"מ אינו בגדר עד ולא חל עליו אם לא יגיד ונשא עונו ולפ"ז הי' נראה דג"כ יכול לחזור בו מטעם זה דהרי אינו בגדר עד אך נראה דודאי אינו יכול לחזור בו אך לא מטעם עד שהעיד רק כיון שהכשיר אותו וקבל על עצמו שכדבריו כן יקום אדיבור ראשון הימני' או מטעם שכ' הרמ"א דתיכף שהעיד נגמר הדין א"כ תו ליכא בחזרה דכבר נגמר עדותו אבל ודאי אם לא הוי גמ"ד ועדיין לא נתקיים עדותו יכול בודאי לחזור והתומים עשה מהסיבה מסובב במה שאמר כיון דאין יכול לחזור הוי גמ"ד דאדרבה הגמ"ד הוא הסיבה שאין יכול לחזור וא"כ גם באשתו של מלוה כיון שהגידה נתקיים הגמ"ד ואין שייך חזרה כמו עד אחד שקיבל עליו אך אנחנו נוכל לקיים דברי התומים ולומר דעד כשר שקבלו כב' כיון דבלא"ה אין יכול לחזור יודה הראב"ן וצ"ע בזה א"כ ודאי דברי הב"ח נכונים דיש פלוגתא בזה וכן כ' הנתה"מ אך הנ,ה"ח כ' דשם בלא"ה יוכל לחזור דהוי תרתי לריעותא ודבריו נכונים כיון דהלוה מוחזק ואך נ"מ במקום דהעיד ללוה אם יוכל המלוה לחזור או במקום דאין כאן רק ריעותא אחת:

ד) נגמר הדין אינו יכול לחזור והוא שלא נודע שטעו. הש"ך ס"ק ט' כ' דאם כבר הוציא אף שנודע שטעו אין יכול לחזור ע"כ ולא משמע כן בתשו' הרא"ש שהרי כ' לא קבלינהו לענין שיטעה וכיון דבטל הקבלה מאי מהני אם כבר הוציא ויען כי עיקר הדברים שייך לסי' כ"ה לא עיינתי כעת בזה ועיין טו"ז דבקיבל ע"ה הוי אפי' לטעות ע"ש והראי' שהביא מהמרדכי אין ראי' לפי מה שפי' הבדה"ב דשם איירי בקבל העכו"ם לעד ומה שכ' והרגיש שהי' מטעה נראה פרושו דהיינו שבתחילת דבריו הרגיש שאין אומר אמת ורצה תיכף לחזור קודם שהעיד (עיין תומים) וגם לפעמים יכול לומר שקבל את הע"ה ע"ד שישאל וצ"ע בזה:

ה) ואם כופר ואומר לא קבלתי עלי לדון ישבע. עיין סמ"ע ס"ק י"ג דהיינו היסת דאין זה כפירת ממון והש"ך השיג עליו דאף ש"ד משביעו אם אינו קרוב או פסול. והנה יש לעיין בזה אם צריך תיכף לשבע דאפשר דכיון דאף אם ידונו אח"כ יתחייב בדין למה יצטרך לשבע ועיין סוף סי' פ"ב דאינו מחויב לשבע עד שיבטל כל ראיות ואף דבסי' ע"ג מבואר דאף בהכחשה בזמן מחויב לשבע אף ש"ד וא"כ ה"נ י"ל דכיון דלפי דברי הדיין מחויב לשלם מיד נשבע ש"ד אך מ"מ יש לחלק קצת אך בודאי אם ידון אח"כ בפני ב"ר אחר והיינו שטוען טענות אחרות ואומר כיון שלא קבלו יכול לחזור ולטעון וע"י טענותיו זכה אח"כ בזה ודאי ישבע ש"ד אבל אם אין נ"מ רק נגד הזמן אפשר דהנכון כהסמ"ע דלקמן סי' ע"ג נמי כתבו המהרי"ט והתומים דאין כאן רק היסת ועיין שם בקצה"ת:

ו) אבל אם כבר דן לפניו לא יוכל לחזור. הש"ך ס"ק ט"ו הקשה כיון דהקנין לדון לפני עכו"ם אינו כלום למה לא יוכל לחזור והנתה"מ ס"ק ה' הוקשה לו דהרי בכל הפסולין מהני הגמ"ד אף בלא קנין לכן פירש דכוונת הש"ך דכאן לא מהני בלא קנין דהוי תרתי לריעותא ולפי דבריו אם כבר הוציא יכול לומר קים לי דאף בתרתי לריעותא מהני קבלה ולענ"ד לא נהירא דבלשון הש"ך משמע דפשיט דלא מהני אף להמתבר דסובר דאף בתרתי לריעותא מהני הקבלה אכן נראה דברי הש"ך פשוטים דכיון דהקנין לא מהני כ"ש הקבלה לדון לפניו ובלא קבלה פשיטא דלא מהני נגמר הדין ואף בכבר תפס לא מהני ופשוט וטעם דלא מהני הקנין דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני אך ראיתי בתומים שכ' דכאן לא שייך דמילתא דאמר רחמנא לא תעביד לא מהני דהא לקיים הפסק ליכא איסור ולא אבין דבריו דמ"מ הקבלה הוי מילחא דאמר רחמנא לא תעביד ולא מהני ממילא הוי הפסק בלא קבלה. ומה שהקשה התומים דלימא הש"ס בתמורה הך איכא בינייהו בין רבא לאביי נראה דלא קשה כלל דודאי כאן אף לאביי לא מהני דלא חל הקנין לעבור איסור שלא עשה עדיין והרי כל מקח שנעשה באיסור אין בו מי שפרע ואיך יתחייב במעשיו מה שאסרה התורה ודברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. וגדולה מזו כ' הטו"א בחידושי לר"ה וכבר כ' כן הרשב"א ביבמות דהיכי דאי לא מהני ליכא איסור כלל אף לאביי לא מהני כגון תוקע בשופר של עולה דכל האיסור אם יצא הוי הנאה ואם לא יצא ליכא איסור כלל אף לאביי לא מהני ואפשר דכאן כבר נעשה האיסור במה שקיבל עליו אך פשוט דזה דידונו ויטענו לפניו הוא ודאי איסור אחר חוץ מהקבלה אך כבר כתבתי דא"צ לזה רק איך יחול שום קנין לעשות איסור ועוד נתיישבתי דא"צ לזה כל מילחא דאמר רחמנא לפלוגתת דאביי ורבא רק כאן הוי מחנה עמ"ש בתורה ואין כאן שום קנין וקבלה וזה נכון וברור בלי פקפוק ועיין מ"ש בסי' כ"ו לתמוה על ס' מ"פ שהעתיק בשם איזה תשו' דגמ"ד של עכו"ם קיים:

והנה הש"ך כ' דהא דכ' המרדכי דאין יכול לחזור איירי בקיבל עליו עכו"ם פלוני מיוחד והנתה"מ בחידושים כ' דאין טעם לחלק ובעיני דברי הש"ך ברורים וכונתו דלא לשם דיין קבלו רק בעבור שאותו העכו"ם הוא אומן באותו הדבר ויודע עם מי האמת או שהי' בשותפות עמם ובחן עסק הזה ואין בזה מייקר שם אלילים והוא ברור:

ז) מי שנחתייב לחבירו שבועה בב"ד ואמר לו השבע לי בחיי ראשך וכו' ואם לא קנו מידו יכול לחזור בו. השע"מ הקשה דמה לי מתל מקצת התביעה או כולה וה"נ כיון שמחל מקצת למה יוכל לחזור ומחילה א"צ קנין וכ' דהכא איירי דלא נגמר הפיסוק ביניהם והיינו דחבירו לא נתרצה עדיין ומכת זה הקשה על תשו' מהר"ם לובלין בנידון שא' מתל

ללוה והרחיב לו הזמן שישלם לו על זמנים והלוה רצה הרחבה יותר ונתלקו זה מזה ולא נגמר ביניהם ופסק מהר"ם דאם יקיים הלוה כפי שנתרצה המלוה בזמנים שקבע נתקיים המחילה ואין יכול לחזור והשע"מ חולק עליו כיון דלא נגמר לא נתקיים המחילה ע"ש. והנה קושייתו כבר תרצתי בסי' י"ב דלק"מ דאין כאן מחילה כלל דהוי רק אסמכתא דסמך שודאי לא ישבע בחיי ראשו דהוא אומר שבשקר טען והרי אין התובע מבקש השבועה ואין כאן קושיא על מהר"ם אך אף מה שחולק בסברא דכיון דלא נגמר והלוה לא נתרצה אין כאן מחילה והוי כלא משך עדיין עיי"ש ולי נראה דמחילה אינו משום קנין ורק סילוק ואין שייך כלל לא נגמר וגם לא שייך לומר דלא נתרצה במה שרוצה הרחבה יותר וזה פשוט בעיני ויש ראי' לדברי מהר"ם דהיכי דנתקיים בדיבור א"צ גמר מש"ס דערכין (ד' כ"ז) גבי הקדש שפודין אותו ואמר אחד בעשרה והשני בעשרים והשלישי בשלשים וחזר האחרון קונה המוקדם לו ואף דהגזבר לא החליט לו מ"מ כיון דאמירה לגבוה מהני נקנה לו אף בלי החלטה מכ"ש כאן דנתרצה בודאי וקונה באמירה ובודאי הנכון עם מהר"ם אך יש לעיין כיון דאטרחי' לבי דינא ואדעת זה לא מחל אך בודאי אם עדיין לא עבר זמן הראשון והלוה יקיים אין כאן אטרתי' לבי דינא אף דהמלוה קידם ותבעו משום דלא החליט לו הלוה ודו"ק:

ח) ואמר. עיין שייך ס"ק י"ז דמי שנתחייב שבועה ואמר אשבע יכול אח"כ להפוך השבועה דמה שאמר אשבע כונתו שמקבל עליו הדין וכן נוהגין ע"כ ולי נראה ביותר דאף אם אמר אשבע ולא אהפך יכול אח"כ להפך דודאי מה שאמר לא אהפך אין כונתו רק שלא יוותר לחבירו לשבע וליטול דהא זה שנשבע זה זכותו ואיך נאמר שבשביל שנתרצה לשבע לא יוכל אח"כ לחוב לעצמו וליתן השבועה לחבירו וישלם לו רק באמר בפירוש שמקבל עליו שלא יוכל להפך כנלפענ"ד ברור:

ט) אמר הריני משלם וכו' הוי גמר דין. משמע דלר"מ דסובר דאף לאחר גמר דין יכול לחזור ה"ה באמר הריני משלם והקשו האחרונים דהנה הרא"ש דייק דבאומר הריני משלם אינו יכול לחזור מהא דאמרינן ריש פ' המפקיד אמר הריני משלם קנה הכפל ואם נאמר דיכול לחזור איך יקנה הכפל וא"כ קשה מהא דאיתא בב"ק (ד' נ"ז) ת"ש (דליסטים מזוין גנב) דתניא השוכר פרה מחבירו ונגנבה ואמר הלה הריני משלם ואיני נשבע נמצא הגנב משלם כפל לשוכר מדקתני ואמר וכו' מכלל דאי בעי פטר נפשי' בשבועה מאי לאו נגנבה בליסטים מזוין (דהא שוכר חייב בגניבה) ש"מ ליסטים מזוין גנב (מדמשלם כפל) ודחי מי סברת ר"י הוא הא מני ר"מ הוא דאמר שוכר כש"ח ופטור בגניבה ע"כ וקשה דאיך יכול לאוקמי כר"מ והרי להרא"ש הא דקנה כפל באמירה הוא משום דהוי כגמ"ד

ור"מ כיון דסובר דאף בגמר דין יכול לחזור איך קונה באמירה ואני הקשיתי עוד כעין זה בריש המפקיד דאמר ר"י לא שילם שילם ממש רק אמר הריני משלם ופריך תנן שילם ולא רצה לשבע שילם אין לא שילם לא ע"כ ומאי פריך דילמא מתני' כר"מ לכן לא קנה באמירה (ועיין ש"מ דכ' שם דלא רצה הש"ס לאוקמי מתני' דלא כר"ש כ"ש דלא ניחא לאוקמי דלא כר"מ דסתם מתני' ר"מ) ונראה בהקדם במה שאמרתי לתרץ דברי החולקין מקושיית הרא"ש דסברו דכ"ז שלא שילם יכול לחזור וקשה דא"כ איך קנה הכפל באומר הריני משלם ואמרתי דשם גם החולקין מודים דאין יכול לחזור דהנה ע"כ צ"ל טעמם דיכול לחזור דלא הוי רק כאומר אתן לך מתנה דאין כאן חיוב וזה ניחא בעלמא אבל כאן דקיי"ל הטעם דקונה הכפל משום דתיכף בשעת שמשך הפרה הוי כאמר כשתרצה ותשלימני פרתי קנוי' לך וא"כ תיכף באמירה הריני משלם קנה הפרה למפרע וא"כ אין יכול לחזור בו ושוב מצאתי שכבר כ' כן בס' יד יוסף ורק שהקשה ע"ז שמפורשים פירשו דהא דבעי הש"ס באמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם אי אמרינן מהדר קהדר בי' היינו אף דאין יכול לחזור בו לשיטת הרא"ש מ"מ כיון דרק שרוצה לחזור לא קנה הכפל ולפי מ"ש דלשאר הפוסקים ג"כ אין יכול לחזור א"כ יפרשו ג"כ דרק רוצה לחזור לא קנה הכפל וא"כ אם ירצו לחזור ממילא לא יקנו הפרה למפרע וא"כ איך נאמר דבאומר הריני משלם מהני שלא יוכל לחזור כיון דקנה למפרע הרי אם יחזור לא יקנה למפרע לפי צד האיבעיא דמהדר בי' וא"כ ממילא יכול לחזור כמו בעלמא דאמירת הריני משלם לא מהני וה"נ אם יחזור לא קנה הפרה. ואמרתי דג"ז לא קשה מידי דהרי הם ס"ל דיכול לחזור ולא כהרא"ש דסובר דהוי כגמ"ד דכיון דמדינא יכול לחזור שוב לא הוי כגמ"ד דהרי הברירה בידו לחזור וכ"ז בעלמא אבל כאן כבר אמרנו דאין הברירה בידו ורק כמו שהקשה היד יוסף דאם יחזור ולא יקנה הכפל שוב לא קנה הפרה והרי זה אינו בידו רק ביד בעה"ב דאמרינן כיון דרצה למהדר לא מקני לי' כפילא אבל אם ירצה הבעה"ב להקנות לו ויאמר אף אם תחזור מוכרת אתה לשלם והכפל שלך בודאי קנה וא"כ תיכף באמר הריני משלם קנה הכפל דהרי אין בידו לחזור רק ביד הבעה"ב וזה נכון ורק הרא"ש דדייק מכאן דבכל מקום אין יכול לחזור אינו סובר סברא זו דשאני כאן מבעלמא דאם הדין בעלמא דיכול לחזור ממילא אין הסברא לומר כאן דיקנה הכפל וממילא אין יכול לחזור דאדרבה הסברא לומר דיהי' כמו בעלמא ויוכל לחזור ולא יקנה הכפל אלא ע"כ דגם בכל מקום אין יכול לחזור ודו"ק:

ומעתה ע"פ סברא הנ"ל שאמרנו דאם יקנה הכפל ודאי אינו יכול לחזור לכ"ע דהרי קינה הפרה למפרע נחזור לתרץ קושיא הנ"ל במה שהקשו דאיך קונה הכפל לר"מ באמירה

לשיטת הרא"ש כיון דסוכר דאף אחר גמ"ד יכול לחזור. ונראה דהנה מסקנת הש"ס בסנהדרין פ' זה בורר דבאתן לך מחלוקת אבל במחיל לך אף ר"מ מודה דאחר גמ"ד אין יכול לחזור בו והנה אף דמבואר לעיל סי' י"ב ומפורש שם בסמ"ע ס"ק ט"ו דאף במחל לך אף דמחילה בכ"מ א"צ קנין מ"מ במחל כפי שיאמרו הדיינים יכול לחזור וכן הגמ"ד סובר ר"מ דג"כ לא מהני מ"מ מהני גמר דין כמו במוחל מיד ברצונו ורק באתן לך דאף ברצונו יכול לחזור לא הוי קבלת הדיינים וגמ"ד רק כמו שאמר ברצוני אתן לכן יכול לחזור אבל מחילה דמהני ברצונו בלא התנה כפי שיאמרו הדיינים לכן אף שאמר כמו שיאמרו הדיינים כאלו אמר ברצונו סתם מחיל לך וזה פשוט ולפ"ז בשומר האומר הריני משלם לפי מה שבארנו דקונה הפרה א"כ אף דבכ"מ סובר ר"מ דגמ"ד לא מהני היינו משום דהוי כמתנה ויכול לחזור אבל כאן כיון דכ' הרא"ש דהוי כגמ"ד וגם עי"ז קנה הפרה למפרע ולא הוי כמתנה והוי ממש דומיא דמחיל לך א"כ אף לר"מ אין יכול לחזור ודו"ק כי זה ברור ונכון בלי שום פקפוק המעיין יוכל ליישב עפי"ז קושיית התוס' שהביא הקצה"ח:

(נשמט מלעיל) בענין תרתי לריעותא דקיי"ל דהמוחזק יכול לחזור בו נסתפקתי בקיבל עליו שני דיינים לדונו בלילה אם זה ג"כ הוי תרתי לריעותא ומן הסברא נראה כיון דכל מה דלא מהני בתרתי ריעותא כתבו הפוסקים דהוי גוזמא וזה לא שייך רק אם שני הריעותות בדיינים אבל בזמן לא שייך גוזמא וזכר לדבר מטריפות דאין שני ריעותות מעידין על דבר אחד לא הוי תרתי לריעותא:

סימן כג

א) נאמן הדיין וכו' נסתלקו מלפניו אינו נאמן אם אין בידו פס"ד. והיינו דבגמר' פרכינן ולחזי זכותא דמאן נקט ומשני שנקרע ופירשו דפריך למה בנסתלקו אינו נאמן לחזי בפס"ד א"כ משמע דביש בידו פס"ד אף לאחר שנסתלקו נאמן והש"ך ס"ק הביא דהריטב"א הקשה כיון דאינו נאמן אף זכותא דנקט לא מהני לכן פירש דקושיית הש"ס קאי אירשא דלמה צריך לנאמנותו נחזי הפס"ד ע"כ ואני לא אבין תרוצו דהרי כ' דאם אינו נאמן אף פס"ד לא מהני וא"כ מה תיקן במאי דקאי אירשא הא מ"מ ע"כ צריך לומר דנאמן ברישא לכן מהני הפס"ד וא"כ מאי פריך ונחזי דאין צורך לנאמנותו נחזי פס"ד דאם לאו נאמנותו אין הפס"ד מועיל והי' נראה קצת לומר דכתיבת הפסק זה הוי גמ"ד כיון שהי' דרכם לכתוב פס"ד וא"כ יכול לכתוב זה חייב וכו' כמו שיכול לומר וא"כ פשיטא דנאמן אך זה דוחק דא"כ אף בנסתלקו יכול לכתוב פס"ד ואפשר דבאמת אם

עדיין לא נכתב יוכל לכתוב וגם סיפא מיירי כשנקרע והיינו שכבר נכתב או שטוען שזה פס"ד אחר אכן ודאי זה דלא משמע כן בהפוסקים שיהא נאמן בלא נכתב הפס"ד וצ"ע:
ב) נסתלקו מלפניו אינו נאמן. הקצה"ח הקשה למה אינו נאמן והרי עד האומר מפי עד הראשון נאמן והנתה"מ מתרץ ודבריו קצת מגומגמים וכונת תרוצו נראה דזה דוקא אם השני נאמן מטעם נאמנות אז הראשון יותר נאמן אבל כאן אין הבע"ד נאמן מטעם נאמנות רק משום דמוחזק וכדומה ולכן נתבטל נאמנות הדיין ולא שייך הראשון נאמן ונכון הוא רק מ"ש ועדות החכם לא נתבטל וע"א נאמן באיסורין אינו מדוקדק ואין בו צורך רק דשם דאין השני נאמן אישתכח דשיקר בדבריו ודו"ק:
ג) ודוקא בשודא דדייני. עיין סמ"ע כ' ודינא דהנהו או יתפשרו או יחלקו ביניהם ועפ"ר ע"כ ולס' הפרישה לא זכינו בסי' זה והוא תימה לפענ"ד דלמה עזב דין הפשוט דאם שניהם אין מוחזקין הדין כל דאלים גבר דזה ממש הדין דזה אומר דידי הוא וזה אומר דידי כיון דכ"א אומר שהדיין זיכה אותו ובמונח ביד אחר הדין דיהא מונח דאחד מהם רמאי וזה פשוט. והנה מכאן מוכת דאף במה שאין אחד מוחזק אינו נאמן ע"א ולא כמ"ש קצת האחרונים:
ד) אבל דין התלוי בטענות לא שייך בו נאמנות. צ"ע דהא אפשר שטעה בשיקול הדעת שוב מצאתי שכבר הרגיש בזה התומים לקמן סי' כ"ה ואי"ה נדבר מזה שם עיי"ש ס"ק ו':
ה) ודוקא בשודא דדייני. עיין ש"ך דהב"ח כ' דאף שאר דברים כשקבלהו לפי אומד דעתו והש"ך חולק דהרי התוס' פירשו דלא כרש"י וסוברים דדין התלוי בסברא אין זה שודא ויכול לחזור ולדון ועיין מ"ש לקמן סי' בדברי התוס' דהרי ודאי גם התוס' מודים דאף בשודא התלוי בסברא מ"מ אפשר דישתנה הדעת מדלא הקשו על רש"י דא"כ איך אפשר דר"נ ורב ששת דזה אוקים לרמי ב"ח בנכסי וזה אוקים למר עוקבא ב"ח וע"כ דיש מ"מ סברא לכאן ולכאן והדיין כמו שזכה החליט ואין יכולים לעשות עוד שודא א"כ גם מכאן לא קשה דגם שודא נחזור ונדנייהו ולמ"ז אף רוב הפוסקים פירשו כר"ת מ"מ בזה מודים לרש"י דאומד הדעת אפשר שישתנה ושפיר כ' הב"ח כו נלפענ"ד ברור לדינא:
ו) ובלבד שלא יסתור טענות הראשונות. הש"ך ס"ק ה' פירש דאירשא קאי דאמר בעומדין לפניו נאמן ע"ז קאמר דבסותר טענות הראשונות אף בעומדין לפניו אינו נאמן ע"כ ותימה בעיני דהרי במה דפריך הש"ס ולהדר ולדיינו הקשה הריטב"א דלוקי כגון שסותר טענות הראשונות דאי אפשר דידיינו עוד ומי' דמסתמא איירי ביש שטרי טענות וסיים בהדיא שם דאם אין שטרי טענות והדיין אומר שסותם הטענות אז בעומדין לפניו נאמן עיי"ש. שוב עיינתי דגם התומים השיג על הש"ך מדברי הריטב"א רק כ' מדהקשה

הריטב"א דלוקי שסותר הטענות משמע דאף שסותר הטענות נאמן ולא עיין דבהדיא כ' כן הריטב"א בפירוש דלא כהש"ך וא"כ דברי המחבר עולין כפשטן וקאי על מה דסליק דקאמר דדין התלוי בטענות לא שייך נאמנות ע"ז אמר דבסותר הטענות צריך לנאמנותו ואין חוזרין ודיינין רק נאמן הדיין והנתה"מ כ' דהרשב"א כ' כהש"ך ועיינתי שם ולא מצאתי:

ז) אבל שנים נאמנים לעולם ואפי' יש שני עדים המכחישין אותם. והטעם כ' הרא"ש בתשובה משום דעליהן רמיא עיין סמ"ע ס"ק ז' ובהגהות א"ב הקשה א"כ אם הזמינו כת אחת יהיו הם נאמנים יותר מעדים אחרים והב"ח כ' סברא דיש לפקפק עלי' ע"כ והב"ח כ' וז"ל הם שמעו מפי הדיינים אבל שם שניהם שמעו מפי המקנה ע"כ ונראה דכונת הב"ח הוא ע"פ מה דכייל לנו הרמב"ן המובא בקצה"ח ר"ס זה דכל עד מפי עד והראשון מכחיש הראשון נאמן וה"נ העדים שאמרו מפי הדיינים לכן הדיינים נאמנים יותר:

סימן כד

א) נזקקין לתובע תחילה. רבים תמהו דהשמיט הרמב"ם דין זה והנה באמת רוב פרושים הנאמרו בזה מבואר בש"ס במקומות אחרים וכבר הזכירם הרמב"ם ורק עיקר המימרא השמיט ונראה קצת דהנה בש"ס איתא מנין למוציא מחבירו ע"ה שנאמר מי בעל דברים וכו' ופריך למה לי קרא פשיטא מאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא אלא קרא וכו' שנזקקין לתובע תחילה ע"כ והנה לכאורה קשה לפי מה שכתבו המפורשים דלכן אין הולכין בממון אחר הרוב דזה כלל גדול בדין הממע"ה וא"כ הרי אין סברא זו פשיטא כ"כ וא"כ מאי פריך למה לי קרא וצ"ל דהסוגיא אזלא אליבא דרב דאית לי' הולכין בממון אחר הרוב ורק במקום שאין רוב ע"ה לכן פריך למה לי קרא וא"כ לפי מה דקיי"ל כשמואל ודאי צריך קרא להממע"ה א"כ אין לנו קרא לנזקקין לתובע ועוד פרשתי באיזה אופנים אך באמת לא רציתי לחדש לפרש הש"ס דאזיל אליבא דאותו אמורא רק לפי שהתומים כ' בדרך הזה כתבתי ג"כ אופן אחד:

סימן כה

א) אם טעה וכו' חוזר הדין. השע"מ רצה לחדש כאן דין חדש דיען שהי' קשה לו כיון דהבע"ד לא ידע שהדיין טעה אייאש ודמי לשור הנסקל שהוזמו עדיו לכן כ' דאין הדין חוזר רק היכי דחוץ מטעות הדיין ידע שהבע"ד זכה בטענות שקר דסובר אולי יתפוס משלו. והנה בעצמו כ' דלא שערום הראשונים וגם א"צ להשיב וכבר דחיתי דבריו כאלו בסי' כ' אך ביען כי כאן כ' הוכחה מדברי הרא"ש סוף פ' הגוזל הוכרחתי עוד לדבר מזה. והנה ז"ל הרא"ש שם נשאל רבינו אפרים בראובן שנתן מעות לשמעון שיתנו לעכו"ם

והעכו"ם מת זכה שמעון במעות הללו כמו בשור הנסקל שהוזמו עדיו והרא"ש השיג עליו כיון דראובן יכול לחזור וליטלו לא אסח דעתי' מיני' הרי דלולי הטעם דלא אסח דעתי' הי' זוכה שמעון אף להרא"ש א"כ כאן דאסח דעתי' זכה ע"כ ונראה דגם זה אינו ראי' של כלום ואדרבה לפי דבריו אינו מובן דאף דיכול ליטלו ממנו מ"מ הרי לא הי' דעתו ליטלו ממנו וחזקה שלית עושה שליחותו ועוד תימה דלפי דבריו אם ראובן אינו יודע כלל שעדיין לא נתן לעכו"ם כגון שעברו איזה ימים א"כ ודאי הסיח דעתו שהרי הי' סבר שכבר נתן שמעון לעכו"ם א"כ יזכה שמעון וא"כ הי' לו להרא"ש לחלק בזה ועוד מה השיג על רבינו אפרים דילמא שם הי' סבור שכבר נתן לעכו"ם אכן נראה כונת הרא"ש דכמו שכתבתי לעיל כיון דבא לידו מיד הבעלים הוי באיסורא אתא לידי' וחייב בהשבה עיין סי' כ' מ"ש אבל כאן ודאי אם הי' שמעון זוכה לעכו"ם הוי בהיתרא אתא לידי' ושוב אין לו שום שייכות בהם לכן כ' כיון דיכול ליטלו ולא זכה בשביל עכו"ם עדיין הוא ברשותו ומ"ש לא אסח דעתי' מיני' נראה פרושו דבעת שמסרם לידו לא אסח דעתי' דלא הפקיר ולא נתן לו במחנה רק נתנם כדי שיתן לעכו"ם וכיון דלא נתן והוא שלוחו הוי כעדיין הם ביד הבעלים ולא מהני יאוש ואף אם לא יהי' כן הפירוש בדברי הרא"ש י"ל דשם מיקרי בהיתרא אתא לידי' אך באמת נראה כי הפירוש כמ"ש:

ב) ויש חולקין. עש"ך ס"ק ה' כ' לתרץ קושיית התוס' בטיהר את הטמא קודם דמוקי לה בערבן עם פירותיו למה מה שעשה עשוי ולמה ישלם מביתו ופי' הש"ך דיש לאוקמי בתובע ונתבע דיעץ ללוקח לקנות שאמר שטהור הוא ומה שעשה עשוי שאין המוכר צריך להחזיר וכבר תמהו עליו דאין זה דין ואין זה בזה ולמה לא יוכל אך כבר תפשו האחרונים וציירו דברים בזה ואמרתי אף אני בזה דמשכחת לה בסדר ב"ח שנטל הב"ח מן הלוה מה שיש לו ומהדין צריך לשייר מזון שלשים יום ופסק הדיין על תבואה שלו שהוא טהור וכשר לאכילה ויכול להניח לו תבואה זו מה שעשה עשוי ואין הב"ח צריך להחזיר והדיין ישלם ללוה מביתו וא"כ איירי בעסק דין והוא רק לחידוד תלמידים:

ג) שכבר פשט המעשה בכל העולם. עיין נתה"מ ס"ק ה' דדבר שהוא מחלוקת הפוסקים ופסק להוציא הוי טעות בדבר משנה דדבר ידוע שאין להוציא מספק אכן בהכריע מסברתו אז באם פשט המעשה וסוגיא דעלמא כאידך אינו יכול להכריע מסברתו וזה הוי טעות בשיקול הדעת ואם לא פשט אין כאן טעות ע"כ. ונראה דבר חדש בזה דאין שייך סוגיא דעלמא כאידך רק היכי דסוגיא דעלמא להוציא מן המחזיק והוא דן להחזיק הוי טעות ואין יכול להכריע נגד מה שנתפשט בעולם אבל בסוגיא דעלמא שלא להוציא לא נקרא הסוגיא כאידך דהרי הא דלא הוציאו הוא משום ספיקא דפלוגתא ואין זה נקרא

נתפשט המעשה ודוגמא לזה כ' הפ"מ בכללי הנהגת הוראה או"ה דהיכי דמכשירין בפלוגתת הפוסקים אין לצרף דעת המטריף לעשות ס"ס לחומרא דכבר נתבטל דעתו כיון דנהגו להקל אבל אם המנהג להטריף יכולין לצרף דעת המיקל דהא דמטריפין י"ל דהוא רק מספק ואין ראי' מהמנהג דהדין ברור ונראה ראי' לזה מהך דינא דסי' ק"ח גבי מת לוה בחיי מלוה דפסקינן כרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו ומ"מ פסקינן דאין לקרוע השטר שמא יבוא לפני דיין שיפסוק כר"א והוא תימה כאשר כבר תמה התומים דהרי מדינא יש לפסוק דאין אדם מוריש וסוגיא דעלמא כן ומ"מ אם הדיין טעה ופסק כר"א מה שעשה עשה ולמה יגרע מה דדיין פסק כרב ושמואל מטועה בשיקול הדעת דמה שעשה עשוי ולמה לא יקרע השטר והניח בקושיא ולפמ"ש הדבר נכון דמה דפסקינן כרב ושמואל לאו משום זה נאמר דהמנהג כן ונקרא דבר ברור ורק דאין להוציא נגד רו"ש וא"כ לא הוי סוגיא דעלמא כאידך ויוכל אח"כ הדיין להכריע לפסוק כר"א ודו"ק ולפ"ז מה שהביא הש"ך שני פירושים בסוגיא דעלמא דיש גורסין סוגיא דשמעתא וסוגיא דעלמא היינו דהמנהג כן וסוגיא דשמעתא היינו סוגיית הש"ס מוכחת כן ולפמ"ש אף הגורסין סוגיא דעלמא זה ניחא גבי זיכה את החייב י"ל דסוגיא דעלמא לחייב הרי נתפשט המעשה להוציא כאידך אבל חייב את הזכאי וסוגיא דעלמא לפטור למה יהי' נקרא טועה והרי זה לא נקרא מנהג וצ"ל דגם הוא יפרש שסוגיא דשמעתא הוי שיקול הדעת. ומשכחת גם סוגיא דעלמא שידוע שהי' מכח הכרעה וכמ"ש הש"ך ס"ק י' דגם אם במדינה זו נוהגין כן וידוע שגדול אחד סבר כן ונהגו על פיו זה מיקרי סוגיא דעלמא אף לחומרא. שוב ראיתי כן בש"ך סי' פ"ז סקל"ת:

ד) אם הי' זה דיין מומחה וכו'. עיין נתה"מ פ"ק ז' הביא קושיית התומים דהקשה דלמה במומחה כ' הרא"ש טעם דפטור משום דמזלא דהאי גברא גרם שיטעה ולמה לא סגי לי' בטעם שכ' גבי ג' הדיוטות וקבלו דשם כ' הטעם משום דיכולין לדון בלא קבלתן אהני קבלתן למיפטרינהו ובמומחה וקבלו נמי שייך טעם זה דיכול לדון בלא קבלתן אהני קבלתן למפטרי' ומ"ש הנתה"מ בזה לא נהירא גם סותר דבריו מלעיל סי' ג' אכן נראה לתרץ בפשוט דהרי הש"ך כ' דצריך לברר שהוא מומחה ועכ"פ זה פשוט דא"צ לברר שהם ידעו שהוא מומחה וגם אף אם יבררו שהם לא ידעו כלל שהוא מומחה פטור אם הוא באמת מומחה וא"כ בזה לא שייך הטעם דבלא"ה יכול לדון ע"ז קבלוהו כדי שיפטור דהרי הם לא ידעו כלל שהוא מומחה וא"כ יתחייב ולכן כ' הטעם שהוא אונס ומזלא דבע"ד גרם ולכן אף בנתברר אח"כ שהוא מומחה פטור. עוד יש ליישב בפשיטות לפי מ"ש הש"ך דאף בזמן הזה דלא שייך סמיכה ואין יכול לדון יחידי מ"מ פטור משום

מומחה וא"כ לא הי' יכול הרא"ש לומר דהי' יכול לדון בלא קבלתן והוצרך לטעם שהי' אנוס: ה) הואיל והוא מומחה חוזר הדין. עיין ש"ך דצריך לברר שהוא מומחה והקצה"ח ס"ק ד' כ' לפי מ"ש הראב"ד דלכן לא מפטר גם הדיין בטעה בשיקול הדעת כמו הבע"ד דפטור משום דיכול לומר שמא סברא ראשונה שלך אמת וא"כ גם הדיין יפטור מטעם זה ומתרץ הראב"ד דודאי דיין יש בו יראת שמים ומודה שטעה ע"כ ולפי"ז כיון דצריך הודאתו א"כ אף באינו מברר שהוא מומחה הרי יש לו מיגו דלא הי' מודה אבל להרא"ש דהטעם משום דקבלתו אהני למפטרי' צריכין שידעו מקודם שהוא מומחה ע"כ דברי הקצה"ח וכל דבריו תמוהין דמעולם לא עלה ע"ד הראב"ד לומר דצריכין להוראה שלו ומה יעשה באם הדיין יותר הדיוט מהבע"ד וכי פטור לשיטתו ועוד אם יש גדולים ויודעין שטעה וכי יהי' הבע"ד מחויב להחזיר ועוד אם נאמר דאף ביש גדולים ויודעין שטעה צריך להודאתו בודאי דאין כאן מיגו דהוי מיגו במקום עדים ועוד דאי משום האי טעמא פטור הבע"ד א"כ אף בטועה בדבר משנה אם הבע"ד ע"ה יאמר איני מאמינך שטעות וחלילה לתלות בוקי סרוקי בהראב"ד וע"כ הטעם דהבע"ד פטור כיון דאיכא סברא כמו שפסק דחד מ"ד ס"ל הכי תקנו חכמים שיהא קם דינא כיון דכבר פסק הדיין כך ויכול הבע"ד לומר פסקת כהלכה ולא מטעם דמשקר ויאמר איני מאמינך שטעות וע"כ כונת הראב"ד דבדיין לא תקנו חכמים שיוכל לומר דנתי כהלכה דעליו לידע וגם מה יעשה פעם השני כשיבוא דין כזה לפניו וכי יפסוק ג"כ כן והשופט יעוות משפט והדיין צריך שיהא בו יראת שמים ועליו לא תקנו שיפטור משום דאיכא סברת חד מ"ד נגד סוגיא דעלמא וזה ברור בכונת הראב"ד ואך בזה ודאי אם אינו ידוע כלל שטעה כ"א על פיו אפשר דבזה לא יאמר הש"ך דצריך לברר דהא בודאי יש לו מיגו ואז אף לשיטת הרא"ש נאמן במיגו ואך היינו באופן דליכא להתברר כלל שטעה וגם לית כאן מי שיברר אם אינו מומחה ודו"ק כי רחוק הוא שיהי' לו מיגו וגם מ"ש הקצה"ח דלהרא"ש אהני קבלתו למפטרי' לכן צריך שידעו שהוא מומחה לא נהירא דודאי אף אם יברר אח"כ שהוא מומחה ולא ידעו תחילה ג"כ פטור כמ"ש ס"ק הקודם וכמו שדייק הש"ך מהא דאמר זיל אייתי ראי' דמומחה את ואפטרינך. והנה ודאי אף לדברי הקצה"ח צריכין הם לברר שלא ידעו דאף דכ' הש"ך דאין שייך כאן המוציא מע"ה היינו משום דסתם בני אדם אינם מומחין אבל אם הוא באמת מומחה רק משום דלא ידעו חייב ע"ז צריכין הם לברר שלא ידעו וזה ודאי ג"כ רחוק שיהיו יכולין לברר וגם נעלם מהקצה"ח דהרא"ש לא כ' כלל משום דיכול לדון בע"כ אהני קבלתו למפטרי' רק דלכן פטור משום דטעות שלו

הוא אונס וכמו שכתבתי בס"ק הקודם וא"כ פשוט דאם אינו מברר אף להראב"ד חייב ואם מברר אף להרא"ש פטור ומ"ש הקצה"ח סברא חדשה בזה יבואר אי"ה לקמן:

ו) והוא מומחה חוזר הדין. התומים הביאו הנתה"מ ס"ק ח' הביא ראי' להרי"ף דפסק דבמומחה חוזר הדין מהא דפריך הש"ס גבי נאמן הדיין ולהדר ולדיינו ולמה לא משני שהדין תלוי בש"ה דמה שעשה עשוי ולא שייך להדר ולדיינו ולהרי"ף ניחא דאם הדיין משלם אין נ"מ לבע"ד ואם אינו משלם הדין חוזר וקשה לשיטת החולקין והנתה"מ דחה ראייתו ומתרץ דהרי הש"ך כ' דאף בש"ה אם עדיין לא הוציא לא אמרינן קם דינא ושפיר פריך להדר ולדיינו ואם כבר הוציא א"צ לנאמנות הדיין דבלא"ה הבע"ד מוחזק ואף להחולקין על הש"ך אין הדיין נאמן לומר שטעה ע"כ והנה אמת בענין שתפס התומים קושייתו דלוקי שהדיין אומר שטעה בש"ה דכן משמע מלשונו דכ' דאם הדיין משלם מאי איכפת לי' שפיר מתרץ הנתה"מ אכן יש להקשות להיפך דלוקי דהדיין אומר שיפה פסק ובע"ד המוחזק אומר שטעה בשיקול הדעת ולהרי"ף ניחא דהא הדיין פטור א"כ הדין חוזר דודאי הדיין פטור שהרי אומר שלא טעה ואך להחולקים על הרי"ף ודאי צ"ל כיון דהדין להיפך אין הבע"ד נאמן לומר שהדיין טעה דאין שכיח לטעות ואך נראה דהגמר' עדיפא משני דודאי אחר שנתקנה היסת אין הדיין נאמן אף בעומדין לומר שלא טעה וא"כ לשיטת הרי"ף אף דנאמן נגד עצמו ודאי דחוזרין ודיינין ואף לשיטת שאר הפוסקים אף אם נאמר דהבע"ד נאמן מ"מ אין שייך דנאמן הדיין דהרי הוי נוגע ממש ואף דהברייתא נוכל לתרץ דנאמן דאיירי קודם שנתקנה היסת מ"מ עכשיו לא שייך דין זה לכן מתרץ דאיירי בשודא דדייני ויהי' הברייתא גם עכשיו דיש היסת לדינא ודו"ק:

ז) חוזר הדין. הש"ך ס"ק י"ד האריך וקודם שאבוא על דבריו בסדר אותיותיו ראיתי לדבר בדברי הרי"ף אשר כבר דיבר בו הנתה"מ ס"ק א' הנה הרי"ף כ' דהלכה כרב ששת ור"ת והיינו כרב ששת דבטעה בדבר משנה לעולם חוזר ובשיקול הדעת מה שעשה עשוי וחדית לן רב חסדא דאף דמדינא ראוי להיות כן דבשיקול הדעת קם דינא מ"מ מתקנת חכמים דרק בנשא ונתן ביד דאז הדיין חייב לשלם קם דינא אבל בלא נו"ן ביד דהדיין פטור וא"כ יפסיד הבע"ד הדין חוזר ודייק הרי"ף דהלכה כר"ת דהא בבכורות פ' עד כמה מוקי לה בנו"ן ביד והיינו כר"ת ע"כ והנה תמהו עליו דנהי דמוקי לה בבכורות כשנו"ן ביד היינו לענין חיוב הדיין אבל מ"מ יכול להיות כר"ש דקם דינא אף בלא נו"ן ביד והנה הנתה"מ ס"ק א' מתרץ דאי קם דינא אף בלא נו"ן ביד ומ"מ הדיין פטור מה תת כח מה דאח"כ נו"ן ביד ומה פסידא עשה לו אח"כ במה שנשא ונתן ביד והרי כבר הי' של חבירו ולמה יתחייב וע"כ דלרב ששת תיכף חייב ואי מוקי בנו"ן ביד ע"כ דמעיקרא לא קם

דינא ע"כ. והנה אף שהי' בעיני הנתה"מ לדבר פשוט מ"מ אין זה מוכרח והגע עצמך במטמא ומדמע דהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק וכי נאמר דאם טימא טהרות חבירו ואח"כ שרפן פטור ואף דודאי אם אחד טימא ובא שני ושרפן פטור מ"מ אם הוא עצמו טימא ואח"כ שרפן חייב וכן מבואר בתוס' גיטין (ד' נ"ג) וכתבו דשמואל סובר דמנסך פטור אף דמעידנא דאגבי' קניא מ"מ כיון דעל הניסוך פטור הוי כנסכו אחר וה"נ י"ל דאף אם קם דינא מ"מ בעשה אח"כ בידים חייב. ומה שהביא דכן כתבו התוס' בב"ק (ד' ק') דהקשו למה חייב באגע בי' שרץ כיון דכבר מה שעשה עשוי ומדמה הנתה"מ גם חייב את הזכאי לזה כיון דכבר הי' חייב לשלם א"כ לא עשה כלום במה שנתן ביד. והנה לפענ"ד בדיוק כתבו התוס' ונקטו קושייתם מאגע בי' שרץ והיינו לפי מה דקיי"ל היזק שאינו ניכר לא שמי' היזק א"כ לא עשה כלום מה דנגע בו שרץ ורק דחכמים חייבו שלא יהא כ"א הולך ומטמא טהרות חבירו וכאן שכבר הי' טמא אין לחייבו מה דאגע בי' שרץ יותר ממה שהי' קודם כיון דכבר הי' טמא אבל בהיזק ממש בחייב הזכאי ועשה שניהם ודאי חייב ואך אפשר לומר דכל דיוקו של הרי"ף מאגע בי' שרץ ולמה חייב אלא ע"כ דקיי"ל כר"ח דלא קם דינא אך ודאי דוחק הוא לומר דהרי"ף העמיד כל דקדוק שלו מאגע בי' שרץ דהא נוכל לפרש דאגע בי' שרץ קודם שפסק והורה כמ"ש הקצה"ח ס"ק ה' ואף שהקצה"ח סתר זה אין מוכרח וכמ"ש הנחה"מ עצמו ס"ק ח' דאין דחייתו כלום וכן ראיתי בס' שע"מ דנוכל לפרש דאגע בי' שרץ קודם שהורה ורק ראיתי כי הוא ג"כ כ' כהנחה"מ דאף בחייב הזכאי אי קם דינא אין לחייב אם אח"כ נו"ן ביד והביא ראי' מהא דאנסוהו והראה חמרא דחבירו דאף לסייע אח"כ בהדייהו פטור כיון שכבר הי' בידם ואין זו ראי' כלל דהתם תיכף כשהראה הוי כעבידי מעשה וכבר קליא כדאמרינן התם רק דפטור משום דאנסוהו שוב אין לחייב כשסייע אבל כאן כיון דבתחילה אינו פטור רק מטעם דלאו כלום עביד וא"כ ודאי כשאח"כ נו"ן ביד חייב וזה נראה ברור ועיין בחידושי רע"א בכתובות (ד' ל"ב) שהאריך ג"כ בענינים כאלו וכ' כן לדבר פשוט דאף דבמעשה האחרון פטור וגם בראשונה פטור אם עשה שניהם הוי כאלו עשה מיד כל ההיזק וכמו בחמץ שעבר עליו הפסח דיכול לומר הרי שלך לפניך באבדו אח"כ תי"ב אף דבלא"ה אינו שוה כלום:

אכן מה שנראה ליישב דברי הרי"ף מקושיית התומים הנ"ל דאיך דייק מפ' עד כמה דלא קם דינא רק בנו"ן ביד כר"ח ודילמא רב ששת נמי מודה דאין חייב רק כשנו"ן ביד ונראה דהנה הרמב"ן כ' דהיכי דנשא ונתן ביד אף בדבר משנה חייב ונראה דלשיטת הרי"ף הוא מוכרח לומר כן דהרי קאמר בדבר משנה חוזר ובש"ה מהדין קם דינא ורק

מתקנת חכמים כיון דלא עבד מעשה פטור חוזר הדין אבל בעבד מעשה דחייב קם דונא משמע דזה פשוט מבחוץ דבעבד מעשה חייב ואף בטועה בדבר משנה הוא כן היכי דאי אפשר לחזור דאם לא כן אף בשיקול הדעת כיון דכ"ז דלא עבד מעשה הדין חוזר נימא ג"כ אף בעבד מעשה חוזר כמו בדבר משנה אלא ע"כ דזה הוא דין פשיט דנו"נ חייב היכי דאי אפשר לחזור ולפ"ז קשה דמאי פריך הש"ס לרב ששת לימא לי' טועה בדבר משנה אתה דאם נאמר דגם לר"ש אינו חייב רק בנו"נ כקושית התומים וע"כ ר"ט נו"נ ביד הוי כמו לר"ת דלא פריך לימא לי' לא נו"נ ביד הוית וא"כ אף בטועה בדבר משנה חייב ומאי פריך (אמת דגם הרמב"ן הרגיש בזה וכ' דהי' דוחק להש"ס לומר דר"ט נו"נ הוי וזה דוחק גדול דהרי לר"ת ע"כ נפרש דר"ט נו"נ ביד הוי וכבר תמהו כן כל המפרשים והקשו להרמב"ן דעכ"פ לשני הש"ס הכי ואני חמה על תמיהתם דודאי עובדא דר"ט איירי כעין המשנה דאין המשנה מביא מעשה לסתור וע"כ לכל חד מהאמוראים באופן דמפרש המשנה מפרש עובדא דר"ט ולר"ח איירי בנו"נ וא"כ לפי אוקימתא דר"ש גם ר"ט לא הוי נו"נ ביד וא"כ שפיר פריך לימא לי' טועה בדבר משנה אתה ודברי הרמב"ן נכונים) ויפה דייק הרי"ף דע"כ סוגיית הש"ס דלרב ששת חייב אף בלא נו"נ ביד דאי לענין חיוב צריך דוקא נו"נ ביד א"כ ר"ט נמי איירי בנו"נ ביד ומאי פריך לי' לימא לי' טועה בדבר משנה אתה וע"כ דלרב ששת חייב אף בלא נו"נ ביד וא"כ בבכורות דמוקי כשנו"נ ביד ע"כ דהיינו כר"ח ודו"ק כי ברור הוא. ויצא מזה דר"ח הוא דחדית לן דאינו חייב רק בנו"נ לכן ממילא חוזר וראיתי בתומים כ' כעין זה רק כ' להיפך דהרי"ף יודה דהיכי דקם דינא חייב אף בלא נו"נ ביד לר"מ והקשה למה דהא להרי"ף לא שייך בדיין דינא דגרמי דאל"כ לא יעשה דיין לעולם ולפי דברי פשוט דלא כ' כן הרי"ף רק לר"ח דמוקי כשנו"נ ביד אבל אינך אמוראי דלא אוקי מתני' בנו"נ ביד אה"נ דמוכרח לדידהו דשייך גם בדיין דד"ג. ומה שהקשה עוד התומים על הרי"ף למה כ' דאף לר"מ פטור בלא נו"נ ביד ומביא ראי' מר"ח דהא לאו לדחויי לר"מ מוקי לה והקשה דהא ר"ח לאו לענין חיוב מוקי לה הכי רק לענין קם דינא עיי"ש שדחק ולק"מ ותה"ל כונתי בזה לדעת הנתה"מ ס"ק ת' לכן השמטתיו, ומה שהקשה הרא"ש על הרי"ף דלוקי ר"ת כאן במומחה כונתו דהי' יכול לומר דאידי ואידי איירי בנשא ונתן ביד ומ"מ במומחה כיון דפטור מלשלם מחזירין. עיין תומים ונחה"מ ס"ק ח' דחקו בזה ולדעתי נראה דאף הרא"ש לא הקשה קושיא זו רק אגב גררא דאין זה קושיא הראוי לעמוד בה והרי הרשב"א ס"ל דאף להרי"ף בטעה בד"מ פטור אף אם נו"נ ביד ולא כהרמב"ן וא"כ ג"כ יקשה דלוקי אידי ואידי בנו"נ ביר וכאן בטועה בדבר משנה כיון דכל עיקר דברי ר"ח לחדש דלעולם אינו חייב רק בנו"נ

ביד וכמו שהקשה הרא"ש וע"כ צ"ל דאה"נ דמצי לאוקמי הכי רק כיון דחידש דאין חייב רק בנו"נ ביד לכן מחלק ע"פ אוקימתא שלו. ועתה נבוא לדברי הש"ך ס"ק י"ד ע"פ סדר דבריו. באות א' כ' דעיקר כהרא"ש וטור דהלכה כרב ששת ואף בלא נו"נ ביד בש"ה דקם דינא חייב וסיים ונראה דגם ר"ח מודה לזה לדינא כרב ששת אלא דבעי לשנויי גם אליבא דרבנן ולכאורה דבריו תמוהין דודאי ר"ת בזה פליג ארב ששת וס"ל דאף בש"ה לא קם דינא רק בנו"נ ביד ובזה ודאי דאין חילוק בין ר"מ לרבנן וכ' הנתה"מ דכונתו דר"ח מודה דהיכי דקם דינא חייב ואף דלא קם דינא רק בנו"נ ביד מ"מ בטיהר את הטמא דאוקי בערבן עם פירותיו לא הי' צריך לאוקמי שהדיין עירבן וע"כ דבעי לאוקמי אף אליבא דרבנן. והנה דבריו לא מעלין עדיין ארוכה דהא לדעת הש"ך כל היכי דהדין חוזר לאו כלום עביד ואף שערבן בעה"ב עם פירותיו למה יתחייב הדיין משום זה והא אי הוי קמן הי' חוזר ובטיהר הטמא לר"ש פירש הש"ך לעיל ס"ק ה' דאיירי בלוקח ומוכר וע"כ לר"ת צריך לאוקמי דעירבן הדיין דאל"כ פטור אף לר"מ אך נראה כונת הש"ך ע"פ מ"ש לקמן אות י"ד דבאיסור והיתר לעולם קם דינא אף בלא עביד מעשה וא"כ לא הי' צריך לאוקמי בטימא את הטהור דאגע בי' שרץ דבלא"ה קם דינא וחייב לכן כ' כיון דמפרש כל המשנה בנו"נ ביד ומתוקמא אף אליבא דרבנן לכן פירש ג"כ הא דטימא באגע בי' שרץ וזה ברור: באות ב' הביא הש"ך דברי הרי"ף דכ' דבדיין לא שייך דד"ג דא"כ לא יעשה דיין לעולם והקשה הש"ך הא בבכורות קודם דאוקי בנו"נ ביד רצה לאוקמי כר"מ הרי דלא חייש לשמא לא יעשה דיין והנה לפי דברי הש"ך לא הי' צריך להקשות מס"ד רש"ס רק עדיפא הי' לו להקשות דהא רב ששת לא אוקי בנתן ביד ולהרי"ף דאין חילוק בין ר"מ לרבנן א"כ לר"ש בשיקול הדעת לכ"ע חייב וא"כ לא יעשה דיין לעולם וע"כ דאין כונת הרי"ף לעשות מזה קושיא דאיך נחייבו דלא ירצה להיות דיין רק כונתו לר"ת דמסיק דאין חייב רק בנשא ונתן ביד ולמה לא יחייב כיון דקיי"ל כר"מ דדאין דד"ג לזה כ' דרבנן פטרוהו משום דאל"כ לא יעשה דיין לעולם אבל לרב ששת ודאי דשייך דינא דגרמי וכן לס"ד דבכורות:

ומ"ש הש"ך וכדי דלא נשוי להרי"ף טועה גדול דהקשה אי משום דד"ג מחייבת לי' א"כ אף בטועה בדבר משנה נמי אם אין הדבר מצוי שיחזור לבעליו ע"כ ואיך לא ראה הרי"ף ש"ס ערוך דמחלק דטועה בדבר משנה כיון דאלו הוי קמן הוי הדר לאו כלום עביד ומתרץ הש"ך דהרי"ף ס"ל כהתוס' והרא"ש דלר"מ דדאין דד"ג אף דלאו כלום עביד חייב והנה"מ תמה על הש"ך דא"כ מאי הקשה הרי"ף על הגאון דאי משום דינא דגרמי קמחייבת לי' אף טועה בד"מ נמי הא באמת הסוגיא לדברי התוס' אזיל אליבא דרבנן

אבל לר"מ אה"נ דאין חילוק בין טועה לדבר משנה לטועה בש"ה ע"כ ואני לא אבין דברי הנתה"מ דהרי הגאון מחלק בין טועה בדבר משנה לטועה בש"ה וא"כ שפיר הקשה דאיך נאמר חילוק זה לדינא דר"ש אליבא דרבנן אזיל אבל לר"מ אין חילוק והרי"ף עצמו סובר דאף לר"מ פטור רק אם נו"נ ביד וכ"ז כתבתי לפי הבנת הנחה"מ אכן הש"ך דכ' והלכך ע"כ לא שייך הכא דד"ג דמשמע דמכאן דייק הרי"ף דלא שייך דינא דגרמי אינו מובן דלכאורה אין מכאן ראי' דהסוגיא כיון דאזלא אליבא דרבנן א"כ י"ל דלר"מ אה"נ דחייב משום דד"ג ואף בטועה בדבר משנה אכן כונת הש"ך פשוט דודאי הרי"ף לא ס"ל כהתוס' דהסוגיא אזיל אליבא דרבנן וכמ"ש דא"כ מאי פריך לימא לי' ר"ע טועה בדבר משנה את דילמא ר"ע כר"מ ס"ל רק כונתו דסובר כהתוס' דאין חילוק בין טועה בד"מ לטועה בש"ה היכי דשייך דינא דגרמי ור"ש פוטר אליבא דלכ"ע דאין חילוק בין ר"מ לרבנן ולכן פריך לימא לי' טועה בדבר משנה את דאין שייך כאן דינא דגרמי ור"ש אף אליבא דרבנן מחייב בש"ה ובד"מ דלאו כלום עבד אף לר"מ פטור וה"ה לר"ח אין חילוק בין ר"מ לרבנן וזה ברור בכונת הש"ך ודבריו ברורים:

באות י"א העלה הש"ך דג' הדיוטות ובהם יחיד מומחה שטעו חייבין דלא הי' להם לדון בכפי' והנה ע"כ איירי דהתובע בא וקבל בפניהם דאל"כ מאי פריך הש"ס אלא מעתה טעו לא ישלמו דלא ירצו להזדקק לדין ואם אין התובע בא לפניהם למה יצטרכו להזדקק וע"כ בכה"ג לא משכחת רק חייב את הזכאי דדנו הנתבע בכפי' ואי"ה נדבר מזה אך בעיקר הדין צ"ע די"ל דמומחה לא עביד דטעה כמ"ש הפוסקים דמטעם זה הוי אונס אפשר דלא שייך נ"ד וא"כ בשלשה וביניהו מומחה כיון דס"ד דש"ס דבכל שלשה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת בפני לוין וא"כ אולי ביש ביניהם מומחה לא חשו לזה:

באות י"ב כ' הש"ך וז"ל גם מה שהקשה מהך דאלו טריפות נמי לק"מ דמאן לימא לן דתלתא הוי ופשטא וכו' ע"כ לא ידעתי דהרי לשון הרמב"ן וכתלתא הוי לגבי' ראיית עדיפה ור"ל דכמו דבדין בעינן חלתא בטריפה סגי חד דגמיר וסביר:

באות י"ד כ' דמדברי רש"י דכ' דטועה בדבר משנה לאו כלום עביד משום דאלו הוי קמן הוי הדר ומתכשרא משמט דבטעה בש"ה אף אי איתא קמן לא הדר וכתב דכן מוכח בש"ם דקאמר אי אמרת טועה בדבר משנה אינו חוזר היינו דקא מפחיד ר"ט ולא כבעה"מ דכ' דמשום פשיעותא דבע"ד נגעו בו ע"כ ופירש הנתה"מ דהש"ך קאי על מה דאמר לקמן דבדיני ממונות אף בטעה בשיקול הדעת כ"ז שלא הוציא לא קם דינא לזה קאמר דבאיסור והיתר אינו כן דאף דעדיין הוא בעין ולא האכילו לכלבים קם דינא וע"ז

כ' דכן מוכח בש"ס משום דאם נימא דאם איתא קמן הדר ומתכשרא א"כ לעולם לאו כלום עביד כיון דאי איתא קמן הדר וע"ז סיים הש"ך דלא כבעה"מ ור"ל דזה דוקא לפי שיטת רש"י מוכת כן אבל לפי שיטת בעהמא"ו אינו מוכח דלדידי' י"ל דאף אי הוי קמן הוי הדר מ"מ כיון דאח"כ האכילוהו לכלבים שוב קם דינא למפרע ולא שייך פשיעותא של בע"ד דנתגלה למפרע דטריפה הי' לכן חייב ע"כ עיי"ש באריכות ובכל דבריו לא נח דעתי והם תמוהים בעיני. הא' דאיך נאמר דהש"ך אתא לאפוקי דלא נימא קם דינא אחר שנעשה המעשה והאכילוהו לכלבים ומאי שייך קם דינא אמ"כ. ב' דלשון ולא כבעהמא"ו משמע דאתא לאפוקי מבעל המאור ואיך יביא ראי' ויסתור עצמו דא"כ הי' לו לומר וכן מוכח לשיטת רש"י, הג' מ"ש דלבטל המאור כיון דקם דינא למפרע לא שייך פשיעות דבע"ד והרי מ"מ מאי דקם דינא הוא בפשיטותו מה שהאכילו לכלבים גם מאי קאמר דלא כהבעל המאור פשיטא דלדידי' ליכא שום פשיעות בש"ה כיון דאין גלוי לכל ולדידי' אין הפשיעות במה שהאכילו לכלבים רק במה שלא ידע בעצמו ועיקר דבריו המה דוחק גדול דא"כ אין נ"מ באיסור והיתר במה דקם דינא רק לענין תשלומין ואך בכונת הש"ך נראה פשוט ביען כי כ' ביו"ד הובא לקמן בש"ך דלא אמרינן קם דינא רק באם המורה בעצמי אינו יודע שטעה אז אמרינן חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר אבל אם אחר נושא ונותן עם המורה ומעמידו על האמת יכול המורה לחזור לכן כ' כאן לאפוקי מזה וכ' דמדברי רש"י מבואר בש"ה דקם דינא לא הדר ומתכשרא דא"כ אף בש"ה לאו כלום עביד דאי הוי קמן הי' חוזר וע"ז כ' דכן מוכח בש"ס דבקם דינא מפחיד ר"ט משמע דלא הי' יכול לחזור ואך לכאורה לבעל המאור נוכל לומר דאף דקם דינא בש"ה יכול לישא וליתן עם המורה והא דחייב לשלם אף דאי הוי קמן הוי הדר מ"מ לא שייך בזה לאו כלום עבד כיון דבש"ה הבע"ד לא פשע כלל במה שהאכילו דלא הי' לו לידע מ"מ בש"ס דאמר אי אמרת טועה בדבר משנה אינו חוזר היינו דקא מפחיד ר"ט ומאי נחותא הא כאן הבע"ד פשע דהי' לו לידע ולמה פחד דהא בדבר משנה אנן קיימין והי' לו לגלויי טעותי' וע"כ דלא כבעל המאור: ומ"ש הש"ך והא דפריש רבינא לר"ח טימא את הטהור באגע בי' שרץ וכו' דאוקמי בנו"ן ביד אלמא דהיינו כרבנן וכו' ותמה הנתה"מ דאף אליבא דר"מ הוצרך לאוקמי כשנו"ן ביד בדיני ממונות לענין קיום הדין ומנ"ל דהיינו כרבנן ועיין מה שדחק בזה ולפענ"ד דבריו פשוטים וכונתו כמ"ש באות א' והיינו כיון דאוקמי בנו"ן וממילא אתיא אף אליבא דרבנן לכן אף דכאן איירי לענין קיום הדין ולא הי' צריך לאוקמי באגע בי' שרץ דבאו"ה בלא"ה קם דינא מ"מ כיון דכל

המשנה יכול לאוקמי אף אליבא דרבנן פירש נמי זה באגע בי' שרץ דאוקמי אף אליבא דרבנן ואף דאין לשון הש"ך מדוקדק ברור שכן כונתו:

באות י"ז אחר שהעלה הש"ך דבאיסור והיתר בשיקול הדעת אין יכול לחזיר מהוראתו עמד לנגדו דברי התוס' בע"ז (ד' ז') שכתבו וז"ל חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר אא"כ יכול להחזירו כגון שטעה בדבר משנה או אפי' בש"ה וסוגיא דעלמא כאידך דבהא אמרינן מה שעשה עשוי וישלם מביתו אם נשא ונתן ביד ע"כ הרי דאף בש"ה יכול לחזור ומתרץ דהתוס' סוברים ביש פוסקים דר"ח אף באיסור והיתר פליג ארב ששת וסבר דלא קם דינא רק בנו"נ ביד והראי' דהרי סיימו אם נו"נ ביד אלמא דאזלי אליבא דר"ת אכן הש"ך לדעתו דר"ת לא פליג בהא ארב ששת כן תוכן דברי הש"ך ובמחכ"ת אלף פעמים אין פירושו סובל כלל דברי התוס' דלפי פירושו כך היו צריכין לומר דלא אמרינן מה שעשה עשוי רק בנו"נ ביד גם מ"ש וישלם מביתו אין שייך כלל לדבריהם גם מ"ש וסוגיא דעלמא כאידך הוא יחור לשון דכבר כתבו שטעה בש"ה אכן אני תמה על עצמי שהש"ך וכל נושאי כליו לא עמדו על דברי התוס' ופירשו דבריהם שחכם השני בא להתיר מה שאסר הראשון ובאמת התוס' לא כוונו כלל לזה רח הם איירי אם יכול החכם השני לומר דהראשון שלא כדין הורה והוא לשון הרע והולך רכיל וזה שכתבו דאין השני יכול להתיר רק בטועה בדבר משנה דהדין חוזר אין כאן רכילות וכן בטעה בש"ה ויכול להוכיח שטעה כגון דסוגיא דעלמא כאידך (ולאפוקי היכי שנחלק עליו רב בסברא) דבהא צריך הדיין לשלם מביתו כשנשא ונתן ביד ג"כ יכול לומר שטעה כדי שישלם והוי משיב אבידה ואין זה רכילות כמ"ש הטור בשם תשו' הרא"ש בסי' קנ"ד אבל אם אין הדין חוזר וגם אין הדיין צריך לשלם אסור להשני לומר שטעה וזה ברור בכונת דברי התוס' ופלא על גאוני עולם שלא ירדו לכונתם:

ח) וג' הדיוטות דינם כיחיד מומחה. ולשיטת הרא"ש אם קבלו אותם פטורים והש"ך ס"ק ט"ו כ' דעיקר כבעל המאור דחייבים והנתה"מ ס"ק ט' כ' דלא פליגו כלל ורק היכי דקבלינהו בפירוש לכ"ע פטורים ובסתם שבאו אף הרא"ש מודה דחייב והביא ראי' לזה דהא התובע לעולם בא לפניהם ומ"מ אמרינן בגמר' דלכן טעו ישלמו כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ואי אמרת היכי דבא לפניו פטור במה יתקן הנ"ד כיון דהתובע ע"כ יצטרך לבוא לפניהם אלא ע"כ בא לפניו גרידא לאו קבלה הוא אף להרא"ש ע"כ וקשה לי דלעיל ס"ק ז' כ' הנתה"מ גבי יחיד מומחה דבבא לפניו הוי קבלה וא"כ לעולם יפטור ולחלק בין תובע לנתבע הרי כ' הנתה"מ דהוא דוחק דלא הוי שתקו הפוסקים לחלק בזה וגם דוחק לחלק בין באו לפניו לקבלה בפירוש. ואשר הנראה לפענ"ד דבלא"ה הקשו על הרא"ש

דכ' דכיון דבלא קבלתם יכולין לדון אהני קבלתם לפוטרם וכי אם הנתבע הוא גברא דציית דינא ולא המתין עד שיכופו אותו רק הלך בעצמו יפסיד. אשר על כן נראה דגם מ"ש הש"ך דלא הי' להם לדון בכפי' צ"ע דמה יעשו אם הנתבע אינו ציית דין ומוכרחים לכופו ומומחה אין בעיר לדון לפניו וצ"ל דהי' להם לכופו לילך למקום מומחה או לכתוב הטענות ולשלוח לפני ב"ד מומחה וא"כ מה שהתובע בא לקבול בפניהם שיכופו הנתבע אין זה מיקרי קבלה אכן כשבאו שניהם יחד ואין התובע צריך לכופו וא"כ הם בעצמם יכולין לילך לפני ב"ד אחר אז אף הסתם מיקרי קבלה כן נראה לפי ענ"ד:

ט) אין הרבים מסכימים מטעם אחד. עיין מ"ש בזה בסי' ג':

י) וי"א אפי' לא נתן ביד. עיין ש"ך ס"ק כ"ת ועיין בשע"מ מה שהאריך בזה ומרוב האריכות לא עיינתי בדבריו כראוי אך זה ראיתי דבר חדש כ' דהדיין יכול לומר כיון שאני מחויב לשלם א"כ אתה תופס משלי ואף דאיכא מ"ד דסובר כן ולכן מהני תפיסה ע"י הדיין אבל מ"מ אין אתה יכול לתפוס ממני כיון דאין לך שום תביעה עלי ע"כ ודבריו תמוהים בעיני דאף דנזכר סברא כזו בסי' נ"ח דכיון דהשליח חייב לשלם צריך להחזיר היינו בלקח מיד השליח דהוי שלו ממש כיון דחייב באחריותו ואם ישלם קנה למפרע דכל שומר שמשלם נעשה שלו וקנה אף הכפל אבל לא בלקח ממי שיש לו התביעה עליו וגם בלקח מיד השליח אם טוען שנתן לו על תוב אחר אין חייב להחזיר ויכול לומר מה לי בזה שאתה חייב לשלם ואין אדם נתפס ע"י חבירו שעי"כ יתחייב לו חבירו וכ"ש שבדין קיבל את שלו וזה פשוט: יא) אבל אם קבלום עליהם בין לדון בין לטעות וכו' לא ישלמו. הקצה"ח ס"ק י' כ' דלבעל המאור דסובר בקרע כסותי אם לא אמר והפטר חייב ה"נ דוקא שיאמר והפטר ולכן הקשה הקצה"ח מהירושלמי דאמר דסתם קבלה הוי בין לדון בין לטעות ולא כש"ס שלנו מ"מ יתחייב דהרי לא אמר והפטר ע"כ. והנה י"ל דהירושלמי כמו שסובר דסתם קבלה הוי אף לטעות היינו דהוי ג"כ כאומר והפטר אך בלא"ה נראה דאין זה דומה כלל לקרע כסותי ולא יאמר בעל המאור דכאן בעינן נמי שיאמר והפטר דשאני התם דהוי' מזיק ממש אבל כאן כיון דאין חייב רק מדיני דגרמי ואם קבלו אף לטעות הרי הוא גרם לעצמו והרי בגמר' פריך למה חייב לשלם כיון דקבלו ומשני דאמרו לו דיינת דין תורה משמע בהדיא דאם לא כן פטור ואיך יהי' בעהמא"ו נגד ש"ס מפורש ואך בל"ז אין זה דמיון כלל לקרע כסותי ותימה בעיני על הקצה"ח איך מדמה אותן דכיון דקיבל עליו אף לטעות כי היכי דיכול להפסיד ה"נ יכול להרויח וא"כ וכי ס"ד דאת הטוב יקבל ואת הרע לא יקבל וכי היכי דבעי לקנות מקנה ג"כ ולא גרע זה

ממשחק בקוביא דיכול להרויח לכן אמרינן באופן דתל הקנין אגב דבעי לקנות מקנה וזה פשוט:

יב) בין לדון בין לטעות. עיין ש"ך ס"ק למ"ד באות ה' מ"ש וז"ל תדע דהא אף לרש"י מה שעשה עשוי רק דמשלם אלמא דדין תורה דן דאל"כ למה אין הדין חוזר כיון שהתנו שידון ד"ת ותימה שהרי כבר כ' באות ג' הטעם כיון דאין צריך קבלתו דיכול לדון יחידי לכן אף אם נתבטל התנאי קם דינא עיי"ש ותבין וצ"ע:

יג) מ"מ יש להם לחזור. עיין ש"ך ס"ק ל"ו דהיינו אם עדיין לא הוציאו ואחר שנתברר שטעו כפו והוציאו חייבין לשלם והיינו כדברי הרמ"ה שהביא בס"ק כ"ט והשפ"מ מפרש דאיירי בטעו בדבר משנה וכבר הוציאו ואין רוצים לחזור בזה חייבין ולא אמרינן לאו כלום עביד עיי"ש ותימה על דבריו דלמה לנו חזרתם נפסוק אנן דלהדר דינא כמו שתמה הש"ך ומה שהביא ראי' מדברי התוס' כתובות ד' נ"מ דר"נ שם אמר לרב תנן בר ביזנא זיל אהדר ואי לא מגבינא אפדנייכו וכתבו התוס' דהי' טעות בדבר משנה עיי"ש צ"ל דשם דרך גוזמא קאמר ולא מדינא וכמו שפירשו התוס' בחולין. אמת כי הש"מ שם מפרש דמדינא קאמר ודייק מכאן דאף בדבר משנה אין הדין חוזר רק כשהדיין בעצמו חוזר הנה ודאי פשוט דאנן לא קיי"ל כהש"מ גם השע"מ בכל הסימן לא עלה כן על דעתו וגם במרדכי שממנו מקור דין דכ' שם דחייבים לשלם ואין הדין חוזר כלל כמו שהביא הש"ך דבריו בס"ק ל"א וא"כ ע"כ לא איירי כלל בטעות בדבר משנה. עוד צידד שם השע"מ באם הבע"ד אין רוצה להחזיר בטעות בדבר משנה רק אם אותו הדיין יאמר לו להחזיר יציית לו והוא אינו רוצה לומר אם חייב והביא ג"כ מש"ס הנ"ל דחייב הדיין וכבר כתבתי דאין ראי' משם ונראה דפטור דזה דומה לכובש עדותו ומ"ש השע"מ לחלק דכאן שאני כיון דההפסד בא ע"י גרמא שלו אין זה בנותן טעם. גם מ"ש השע"מ על דברי הש"ך ס"ק ל"ו דבקבל בפירוש בין לדון בין לטעות ואף אם יטעה מחוייבים לקיים הפסק תנאם קיים ומחוייבים ליתן כמו שפסק כ' דצ"ע בזה ולי נראה דאף הש"ך לא קאמר רק בקיבל בקנין באופן המועיל גבי נאמן עלי אבא ואז נראה דחייב לקיים ולא הוי גוזמא דהרי יכול להיות דאף דהדיין חייבו בטעות מ"מ באמת הי' חייב רק דלא הי' הבע"ד שכנגדו נאמן רק יש לעיין באיזה אופן הי' הטעות ודו"ק כי קצרתי:

יד) והלכו אתר שנים הם משלמין ב' חלקים וחלק השלישי מפסיד הבע"ד. הטור כ' דאם השנים יש בהם יחיד מומחה משלמין הכל והרמ"א השמיטו וכ' הסמ"ע ס"ק כ"ה הטעם משום דאין נוהגין לדון ביחידי כונתו דאף דהי' יכול לדון מ"מ לולי השלישי לא הי' דן א"כ הוא ג"כ גרם והש"ך כ' דנראה לו דברי הע"ש כיון דדיעבד דינו דין צריכין

לשלם הכל ולכאורה סברת הסמ"ע נראה וצריך להבין סברת הש"ך ונראה דהקצה"ח ס"ק י"ב הקשה דלמה לא ישלמו הכל הא היכי דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי ותי' בשם מהרש"ל דלא אמרינן כולי' היזקא עביד רק היכי שהי' יכול לעשות ההיזק בעצמו וא"כ באם יש ביניהם אחד מומחה שוב אמרינן היכי דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי והנתה"מ כ' דלא אמרינן כלל האי כולי' הזיקא עביד ובענייי לא אבין דמבואר לקמן סי' שפ"ח ס"ק מ"ב בשנים שמסרו באופן שאחד פטור כגון שאינו נתפס על צערו השני משלם הכל וכי לא איירי ג"כ כגון שאחד לא רצה לילך בלא השני וקצרתי בזה וגם דברי הישׁ"ש אין לפני. והשע"מ הקשה להיפוך דלמה חייבין ומבואר לקמן סי' תי"ח ברמ"א סעיף ט' דעת הי"א דאם שניהם ליבו ואין באחד כדי ללבות שניהם פטורין וה"נ כיון דאחד אין יכול לחייב וכן הקשה בעדים שהעידו שקר למה יתחייבו והניח בקושיא. והנה הפ"י בב"ק (ד' ס') כ' בדברי התוס' שהם דעת הי"א הנ"ל דזה דוקא באש שאין החיוב רק משום ממונו או חציו והמלבה אינו רק מוליך החץ לכן אם אין בליבויו כדי ללבות לא נקרא מוליך החץ והנה אף שהוא סברא דקה מ"מ הוא מוכרח דכי נאמר באש של שותפין דפטורין רק במלבה כתבו התוס' כן וא"כ לק"מ גם נראה דשני עדים או כל הדיינים כחד גוף הוא כיון דאין שם עדות על אחד ודו"ק:

טו) דיין שטעה וחייב שבועה. השע"מ צידד במקום שיש פלוגתא אי הוי הילך וחייב רק היסת או לא הוי הילך וחייב ש"ד וסוגיא דעלמא לחייב ש"ד והדיין פסק דישבע היסת בלא נק"ח ובודאי קם דינא אי חייב הדיין לשלם ומקום ספיקו הוא כיון דבמקום דחייב ש"ד אם אינו נשבע נחתינן לנכסי וחיוב תשלומין עליו והדיין דפטרו הוי כמו פוטרו מממון דבמקום דצריך נק"ח הוי כלא נשבע כלל א"כ חייב הדיין לשלם ואך לפי מ"ש הרא"ש דהא דצריך נק"ח הוא רק מדרבנן א"כ אם נשבע בלא נק"ח שוב לא נחתינן לנכסי וא"כ הדיין לא פטרו מממון ע"כ וכל דבריו לא נהירין ואף ח"ש דמי שנתחייב ש"ד בנק"ח ונשבע בלא נק"ח שוב לא נחתינן לנכסי אין זה ברור לדעתי דאפשר דהוי כלא נשבע ועיין בקצה"ח סי' פ"ט שהשיג על הש"ך שרצה לומר דכל הנשבעין וניטלין אם אין הנתבע רוצה לשלם לא נחתינן לנכסי וכ' הקצה"ח דכמה תקנת חכמים נחתינן נכסי כיון דגוף הגזילה הוא מדאורייתא אף דמה שראו חז"ל להאמין התובע בהשבועה הוא רק מדרבנן וא"כ ה"נ י"ל כיון דאינו נאמן רק בשבועה בנק"ח כ"ז דאינו נשבע כדין נחתינן לנכסי וצ"ע ואך בעיקר דבריו דפשיטא לי' דאם הי' חייב ש"ד ופטרו הדיין מכל וכל בודאי חייב הדיין לפענ"ד לא נהירא ופשוט בעיני דהדיין פטור בזה דהרי עיקר חיוב הדיין הוא רק מדד"ג ובמקום דחייב שבועה הוא רק גורם לממון דהרי אף בעד

שלא העיד אף דיותר י"ל דלא הי' נשבע לשקר מ"מ אמרינן דלא הוי רק גורם לממון כ"ש בשבועה שאין ידוע אם אמת כדבריו דאין השבועה רק גורם וא"כ הוי גרמי דגורם ובפרט אולי האמת כדבריו ואיך נחייב הדיין לשלם ואף לר"א ברבי שמעון דמחייב קרבן שבועה להעד שהוא יודע שחייב ונשבע לשקר שאין יודע לו עדות היינו לעד שהי' מחויב להעיד ומשום השבועה אבל לחייב הדיין צריכין היזק ברור ואף דמהש"ך סי' שפ"ו משמע דלמאן דסובר דינא דגרמי לאו משום קנסא אף גרמי דגרמי חייב מ"מ גרמי דגורם ודאי אין לחייב דהא אף גורם לממון עצמו קיי"ל דלאו כממון דמי וזה ברור לדינא: טז) ועשו פשר. עיין ש"ך סוף הסי' גבי מי שתבע בעל אחותו לדין שמא לקח ממון שנשאר מאביו ונתחייב לשבע ונתפשר עבור השבועה ואח"כ נגלה שנשאר ממון שהוא בידו ונתחייב להחזיר וחזרה שבועה למקומה ע"כ וקצת יש להבין דודאי אף שמחזיר מה שנתגלה מ"מ נימא דהפשר קיים כיון דעל השבועה נתפשר וא"כ חוץ ממה שנתגלה יצטרך ליתן מה שנתפשר וצריך לומר דהבעל אחותו יכול לומר עבור שידעתי שיש בידי לכן נתרצתי בפשר אבל עכשיו שאני מוכרח להחזיר זה שוב איני רוצה להתפשר וע"ד כן לא נתרצתי לפשר:

סימן כו

, א) אסור לדון לפני עכו"ם. השע"מ הביא תשו' רמ"א דכ' בעובדא שהלך התובע לקבול לפני עכו"ם אסור להעדים לילך להעיד בפניהם דמסייע ידי עוברי עבירה והשע"מ השיג עליו דהרי מסייע אין בו מעיקר האיסור בפרט שהאיסור נעשה בלא סיעה שלו ואיך נפטור את העדים ממצות עשה וגם מלא תעמוד על דם ריעך וגם הרי מביאין את הנתבע לידי איסור גזל שהרי אח"כ לא יזדקקו לו הב"ד ויהי' הגזל בידו ע"כ ותימה איך השיג על אדוננו הרב רמ"א ז"ל אשר דבריו נכונים בלי פקפוק כלל. הא' מ"ש דמבטלין העדים ממצות עשה לא ידעתי איך יעלה על הדעת דאיכא מצוה להעיד לפני עכו"ם והרי אף שלא לפני עכו"ם רק שהוא חוץ לב"ד אין העדים מצווין להעיד כדאמרינן בשבועת העדות השביע עליהן ה' פעמים חוץ לב"ד אין חייבין ועיין תוס' פ' הכונס דהא דאמר קרא אם לא יגיד ונשא עונו אין ר"ל דישא עון של השבועה רק שבמקום שיש נשיאות עון אם לא יגיד חייב קרבן ולפי דברי השע"מ משכחת אף חוץ לב"ד נשיאת עון ובעכו"ם בלא"ה נראה שאסור להגיד דאף במקום שכופין אין כפי' רק באומרים עשה מה שישראל אומר לך אבל אין פסק דינם פסק וא"כ ודאי דאין מצוה להעיד לפני עכו"ם אם לא ברשות ב"ד מטעם השבת אבידה. ועיקר מה שיש לתמוה על דבריו דכ' כיון דב"ד לא יזדקקו הרי מביא את הלוה לאיסור גזל לא ידעתי למה לא הקשה יותר על הב"ד איך יניחו

לעבור באיסור גזל ולמה לא יזדקקו ומהנראה דיותר י"ל דאם באמת יש לו עדים צריכין הב"ד להזדקק לו דעיקר הטעם דאין הב"ד מזדקקין לו משום דקיבל עליו כמו שיאמרו העכו"ם והיינו בתביעה דאין ידוע אם חייב לו ויתחייב הנתבע בב"ד מ"מ כיון שנפטר בערכאות אין נזקקין לו אבל בנתחייב בערכאות מחמת שלא היו לו עדים הסברא שאם יבואו עדים נזקקין לו ולא גרע מטענות ותביעות אחרות דנזקקין ולא אמרינן דלעולם לא יזדקקו לו ואך אף אם נאמר דאין הב"ד נזקקין משום קנס איך יעלה על הדעת דהעדים יזדקקו לו להעיד יותר מהב"ד ובודאי פסק הרמ"א ברור:

ב) מי שהלך בדיניהם ונתחייב וכו' אין נזקקין לו. בס' מנחת פתים ראיתי שהעתיק תשו' מהר"ל צינז שכ' דה"ה אם הנתבע אחר שראה שקבל עליו התובע בערכאות ולא הלך הנתבע לקבול לפני ב"ד ונתחייב בערכאות אז ג"כ שוב אין נזקקין להנתבע וצריך לשלם אף ההוצאות שחייבו אותו שם. והנה כל אדם עלול לטעות אך על המעתיק אני כועס שהחזיק בידו להעתיק טעות מפורסם כזה שהרי אף קנין לא מהני ואיך נעשו אויבינו פלילים לחייבו שאף לא נזדקק לו ואדרבה אין על הנתבע שום אשמה וגם לא ידעינן כלל שנתרצה ומה שהלך שחשב אולי יזכה שם בדין ושוב הב"ד לא יזדקקו. וכעת הייתי בסאמבור בא לפני על רגע תשו' הגאון ב"י מהרב הגאון מלבוב וראיתי שהכה על קדקדו של הגאון מהר"ל ודחה דבריו שם כמ"ש ועוד האריך עיי"ש:

ג) ואם מסר השטר לעכו"ם. השע"מ האריך למה לא כ' הרמ"א דמשמתין אותו שיקבל עליו כל הפסד אבל כ"ז שלא קיבל עליו אין מחייבין אותו מה שהפסיד ע"ש ואפשר דדעת הרמ"א דכאן כיון דודאי יתבענו דהא מגיע לו על השטר מה שחייב באמת הוי ברי הזיקא ולכן אף בלא קיבל עליו חייב וצ"ע: עוד כ' שם בשע"מ דבמקום דמותר לו למסור השטר לעכו"ם כגון דהנתבע לא ציית דין פשוט דמותר לקבל מן העכו"ם גם מה ששוה השטר יותר בדיניהם וא"צ ליתן זה להנתבע דהוי זה נהנה וזה ל"ח דאף אם לא יקבל זה מהעכו"ם יגבנו העכו"ם ע"כ ודבריו תמוהין הרי הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו והרי ודאי דאסור למכור לעכו"ם זכות זה מה ששוה יותר שהנתבע ישלם מה שאינו מחויב ואך ודאי אם אינו באפשר באופן אחר מוכרח הוא ומחויב לקבל מן העכו"ם להחזירו להנתבע ואם לא קבלו נראה ודאי דחייב לשלם לישראל שהפסידו בחנם ועכ"פ מוכרח לקבל מן העכו"ם דלא גרע ממשיב אבידה והוא פשוט:

סימן כח

הלכות עדות:

א) כל מי שיודע עדות לחבירו ויש לחבירו תועלת בעדותו חייב להעיד.

הכ"מ כ' דמלשון רש"י משמע דע"א אינו חייב מדאורייתא והנתה"מ ראיתי שהי' הדבר פשוט בעיניו דאינו מחויב מדאורייתא (ובהגהות א"ב ראיתי דדייק מלשון הסמ"ע ס"ק ד' דכ' דיכול להרויח ע"י עדותו משמע דאף ע"א מחייב ואין מוכרת מלשונו דהא כן הוא ג"כ לשון רש"י דמינה דייק הכ"מ דאינו מחויב) וכ' הנתה"מ דלכן בע"א חל השבועה בנשבע שלא יעיד. והנה לדעתי צע"ג בזה ומהנראה דאף ע"א חייב מדאורייתא להעיד וגם מרש"י נראה שאין כונתו כן וז"ל שם על הא דאמרינן הכובש עדותו דחייב בדיני שמים ופריך דאורייתא הוא אם לא יגיד ונשא עונו ומשני התם בתרי קמ"ל אפי' תד וכ' שם רש"י שני פירושים דמנ"ל דהתורה בתרי איירי חדא דהתורה מיירי דהיכי דלא יעיד יפסיד ממון ועוד דבכל מקום שנאמר עד הרי כאן שנים ומפירוש זה דייק הכ"מ דרק שנים מחייבין דגזה"כ הוא דעד ר"ל שנים וקשה לי על פירוש השני דאם גזה"כ הוא א"כ ריש פ' שבועות העדות דאמרינן הכל מודים בעד שכנגדו חשוד על השבועה שכפר עדותו חייב קרבן כיון דאם הי' מעיד הי' מחייבו ממון ולמה לא נמעט מקרא דכ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים וכן למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי דחייב ע"א קרבן שבועה והרי איתמעט מקרא וע"כ צ"ל כמ"ש התוס' בסוטה (ד' ב') דכאן אף דכתוב עד סברא הוא שאף ע"א כיון שמפסידו ממון חייב וא"כ ע"כ דאין כאן גזה"כ דדוקא שנים ועוד קשה דהא ודאי דנפש כי תחטא ושמעה קול אלה משתעי אף באחד דהרי הודה אחד והשני כפר השני חייב וא"כ אף אם נפרש דקרא והוא עד משתעי ביש כאן שנים למה לא נאמר דרק לענין קרבן שבועה גזה"כ הוא אבל מ"מ הסברא הוא דבכ"מ דיש תועלת בעדותו חייב להעיד כמו דאיתמעט עדי קנס ועדי קרקע אף דודאי לא נאמר דעדי קרקע וקנס אינן מחויבין להעיד ולכן נראה דמ"ש רש"י דכ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים הוא רק לס"ד ומפרש דכונת הש"ס דאי מהתם ה"א דרק שנים דכתיב והוא עד והרי כאן שנים קמ"ל בברייתא דאף ע"א חייב ונראה דהא דהוצרך רש"י לפירוש השני דלכאורה קשה הא בפ' שבועות העדות מבואר כפירוש הראשון דאין הכתוב מדבר רק בתביעות ממון אך הוצרך רש"י לזה להסובר דבר הגורם לממון כממון דמי וא"כ איך ס"ד דהתורה לא חייבה רק בשנים לזה כ' דס"ד דוהוא עד גזה"כ הוא דאין חייב רק בשנים קמ"ל דאף באחד וכמ"ש התוס' הנ"ל שהבאתי והיינו דאף דהקרא לא איירי רק בתביעות ממון לענין קרבן מ"מ אף אחד חייב להעיד ואף דגורם לממון לאו כממון דמי מ"מ אף גורם לממון מדאורייתא אסור להפסיד לחבירו כמ"ש התוס' דלכן צריך קרא למעט שטרות מכפל אף דגורם לאו כממון דמי מ"מ כיון דמתויב להחזיר ס"ד דמשלם גם כפל וא"כ נראה מכאן דאף אם הוי אמרינן דאף לצאת י"ש פטור פ"מ חייב

להעיד מהתורה ועוד נראה להביא ראי' לזה דע"א מתויב מדאורייתא להעיד דאמרינן שם בשבועות הכל מודים בעד מיתה שחייב קרבן דאם הי' מעיד הי' נאמן והיתה נוטלת כתובה וקשה לי דהנה בהוריות אמרינן דמלך אינו בשמיעת הקול ועיין בתויו"ט שם הקשה דהרי משכחת מלך שיעיד באיסורא ע"כ והכל תפסו עליו דאין חיוב קרבן שבועה רק בממון אכן נ"ל כונתו דמשכחת מלך שיעיד לענין מיתת בעלה ויהי' נ"מ לענין הכתובה וקושייתו הוא קושיא לכאורה אכן נראה לתרץ דכיון דאינו מחויב להעיד בממון ואף דיעיד לענין איסור יהי' נ"מ גם לממון זה לא הוי רק גורם לממון כיון דעיקר עדותו אינו לממון וזה ברור אך קשה לפ"ז דא"כ בכל עד מיתה כיון דלממון אינו נאמן רק ממילא ע"י מדרש כתובה גובית כתובתה למה אמרינן דחייב קרבן ומצאתי כדומה לזה הקשה בשב שמעתתא שמעתתא ז' פ"ז ויליף לה מהא דאמרינן סוף פ' שבועות הפקדון רבנן סברו עיקר קנס הוא תובע דקיץ ואף דממילא חייב בושת ופגם מ"מ כיון דעיקר התביעה קנס שוב פטור מקרבן וכ"ש בעד מיתה דעיקר עדותו שתנשא למה יתחייב קרבן שבועה אכן נראה לתרץ זה דע"א באמת אף לענין ממון חייב להעיד ורק הא דפטור מקרבן משום דעדותו לא הי' מועיל אבל בעד מיתה כיון דמהני עדותו שוב ממילא הוי עד ממון אבל מלך דאינו מחויב כלל להעיד בממון שוב הוי רק כגורם כן נראה ברור. שוב אתר החיפוש מצאתי שקדמני בזה בס' ישועות יעקב (אמת שמתרץ שם עוד תי' אחר דמלך הוי עדות שאי אתה יכול להזימה וזה התי' אינו נראה דכל עד מיתה אין אתה יכול להזימו וגם א"צ כאן עדות שיכול להזימה דהוא ע"א וגם כל הכתובה הוא משום מדרש כתובה ובממון לא בעינן עדות שיכול להזימה ואף דזה רק מדרבנן הא כל הכתובה מדרבנן וכן קושיית הש"ש ע"כ לא יתיישב רק כמ"ש דעד מחויב מדאורייתא להעיד אף לממון) וא"כ נראה ודאי ראי' מזה דע"א מחויב להעיד רק ביען כי גם הכ"מ כ' כהנתה"מ לכן צריך עדיין עיון בזה ולחפש בקדמונים:

ב) ואם כבש עדותו פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים. ביען כי כל האחרונים האריכו כאן במקום דחייב לצאת י"ש אי מהני תפיסה לכן אכתוב ג"כ מה שחנני השם בעת עיינתי בדבריהם. הקצה"ח כאן הקשה על מ"ש הר"ן דלכן בבא על אמו הוי אתנן כיון דחייב לצאת י"ש והקשה דא"כ מאי פריך בפ' השוכר את הפועל וכי אמר טלה זה מאי הוי הא מחסרה משיכה והרי התם חייב ג"כ לעמוד בדיבורו ע"כ ולק"מ דהר"ן איירי בקנתה הטלה רק שלא תאמר דאין ע"ז שם אתנן רק שם מתנה ע"ז שפיר כ' כיון דבאמת מחויב ליתן שוב לא הוי מתנה רק אתנן דהרי עבור הביאה נתן לה אבל בפ' השוכר דלא קנתה כלל וכי נאמר כיון דמחויב לעמוד בדיבורו הוי כקנתה וזה פשוט ואך לפי

מ"ש הפוסקים דגבי פועל אינו מחויב כלל לעמוד בדיבורו ויכול ליתן אחר עיין בסי' ר"ג בנתה"מ ובסי' של"ב אין התחלה לקושייתו אך התומים כאן משמע דס"ל דיש עליו מי שפרע והקשה באופן אתר והיינו דא"כ מחויב לצאת י"ש וכל היכי דמחויב לצאת י"ש יש להשני קנין בגוף הדבר וא"כ מהני תפיסה ע"כ. והנה לפי הנראה אין שם מי שפרע עיין סי' של"ב אך לא ידעתי דלפי דבריו למה לא הקשה על הרש"ל דסובר דמהני תפיסה רק מאתנן והי' לו להקשות מכל מוכר שהוא מוחזק במעות והלוקח מקבל מי שפרע, ומחויב המוכר להחזיר לו המעות כ"ז שלא משך וה"נ נימא בכל היכי דיש חיוב לצאת י"ש דלא יהני התפיסה ורק נראה דלק"מ דהא זה הי' עיקר התקנה דמעות אינן קונות במטלטלין ויכולין לחזור אף דהשני מוחזק וא"כ איך יהני התפיסה גם מה שהקשו מאבק ריבית נראה דהוא משום דרבנן לא תיקנו דיהני תפיסה רק שיחזור מרצונו כיון דבאמת הי' מחילה וברצון נתן לו ודו"ק:

והנה התומים הקשה על מ"ש הרש"ל דהא דמהני תפיסה היכי דקלב"מ הוא רק היכי דלא עבדינן לי' החומרא כגון חייבי מיתות שוגגין אבל היכי דעבדינן לי' מלקות או מיתה לא מהני תפיסה והקשה הא בתוסס פי פרה ודש בה דתניא דלוקה ומשלם דמשמע דלוקה ממש ומ"מ מהני שם התפיסה. ונראה דהנה הקשיתי שם דמאי פריך שם בש"ם והא אינו לוקה ומשלם והרי בירושלמי גבי מדליק גדיש בשבת דפטור פריך דנימא דעל שבולת הראשון חייב מיתה ועל השאר ישלם ומשני דגם על שאר הגדיש חייב מיתה דיש חיוב מיתה על כל שיבולת ושיבולת והקשיתי דהרי כאן י"ל כקושיית הירושלמי דעל תחילת הדישה חייב מלקות ועל השאר משלם וכאן אין לתרץ כמו שתירץ הירושלמי דגם על דישה השני' איכא מלקות דבשלומא התם אף דבתרי קטלא לא קטלינן לי' מ"מ בשיבולת השני הוי תייבי מיתות שוגגין ופטור מלשלם אבל בחייבי מלקות שוגגין קיי"ל כר"י דחייבין וא"כ אם לא התרו בו בכל דישה ודישה לא הוי על השאר רק חייבי מלקות שוגגין לכן תנן דמשלם וצ"ל דקושיית הש"ס הוא על ריש לקיש דאית לי' אף חייבי מלקות שוגגין פטורין פריך למה משלם ומשני לצאת י"ש וע"ז אמרו דמהני תפיסה ולפ"ז לק"מ על מהרש"ל דאף דתנן לוקה ועבדינן החומרא מ"מ על השאר לא הוי רק חייבי מלקות שוגגין ולא עבדינן החומרא ושפיר מהני תפיסה ודו"ק כי נכון הוא ע"ד הפלפול: והנה בעיקר הדין שכתבו דכל היכי דחייב לצאת י"ש מהני תפיסה הקשיתי דהנה הרשב"א הקשה בשבועות גבי הא דאמרינן מ"ד מלך פטור מקרבן שבועה אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו חייב קרבן שבועה והקשה הא מ"מ עדותו לא מהני כיון דפסול מדרבנן וא"כ למה יתחייב קרבן שבועה הא אינו

מחויב להעיד ותי' דאותן הפסולין מדרבנן שהעידו מהני עדותן אם יתפיס התובע ע"כ והקשיתי דא"כ גבי עדים שהשביעו שהדליק גדישו בשבת דתנן פטורין משום דקלב"ח ואין כאן חיוב ממון והא מ"מ מהני עדותן אם תפס אח"כ מצאתי שכן הקשה בשב שמעתתא שמעתתא ז' פ"ג אך לפי מ"ש המהרש"ל דהיכי דעבדינן לי' החומרא לא מהני התפיסה י"ל דהתם בהתרו בו איירי לכן פטורין דלא יהני שם תפיסה וכן כ' הישועות יעקב אך לפי מ"ש הירושלמי דהחיוב מיתה על שבילת הראשון ועל השאר הוי חייבי מיתות שוגגין הדרא קושייתינו לדוכתא דהא מהני התפיסה וכמו שכתבתי לעיל גבי חוסם פרה ודש בה והוא קושיא נאה. ואך נראה דהש"ס דידן יסבור דתיכף כשהדליק הגדיש הוי כנשרף הכל ואין שייך לחלק שבולת השני' מהראשונה ולא כהירושלמי וראי' לדברי דהנה ידוע דברי רש"י בפסחים דלרנבה"ק דאית לי' חייבי כריתות פטורין מתשלומים זה דוקא אם הי' מזיד אבל חייבי כריתות שוגגין חייבין בתשלומין ולפ"ז קשה דבפ' שבועת העדות דאמר שהדליק איש פלוני גדישי ביוה"כ חייבין וקאמר בגמר' לאפוקי מדר' נתוניא בה"ק דאמר כרת פוטר ע"כ וקשה דמנ"ל דאתי לאפוקי מר' נחוניא והרי נאמר דעל שבולת ראשון חייב כרת ועל שאר הגדיש חייב לשלם וכאן לא שייך דגם על שאר הגדיש חייב כרת כדברי הירושלמי דהא על השאר לא הוי רק חייבי כרת שוגג דחייב כמ"ש רש"י אלא ע"כ דהש"ס דידן סובר דתיכף כשהדליק הוי כנשרף הכל וזה, ברור. והאברך הרב המופלג הר' יוסף הוראוויץ חק"ק זארשין הביא ראי' לדברי מדברי הנ"י דכ' למ"ד דאשו משום חציו הא דמותר להדליק נר בשבת הוא משום דתיכף כשהדליק בע"ש הוי כנשרף וחציו דע"ש הוא ונכון הוא:

ואך זה יקשה לפי דברי הרשב"א הנ"ל דהיכי דמהני תפיסה חייבין העדים קרבן שבועה א"כ מאי קאמר הש"ס שם לאפוקי מדר' נבה"ק והרי מ"מ מהני התפיסה וכאן לא עבדינן החומרא וא"כ אף לרנבה"ק יתתייבו לפי דברי הרשב"א ודוחק לומר דכרת שחייב הוי כמו דעבדינן לי' החומרא ואך י"ל לפי מה שהמציא הצל"ת סברא חדשה בפסחים (ד' כ"ט) דהא דאמרינן דכל היכי דקלב"מ מהני תפיסה וחייב לצאת י"ש הוא דוקא לדידן דברשעה המסורה לב"ד הכתוב מדבר ונפקא לן מכדי רשעתו משום רשעה אחת אתה מחייבו ולא שתי רשעיות לכן אמרינן דחייב לצאת י"ש דרק הב"ד לא עבדי לי' שתי רשעיות אבל הוא עצמו חייב אבל רנבה"ק דאית לי' דאף כרת פוטר אף דהב"ד אין מחייבין אותו כלל וע"כ דאף בידי שמים אין חייב שתים פטור אף לצאת י"ש ובשו"ת תוע"ר קילס סברא זו וא"כ לרנבה"ק אף תפיסה לא מהני ושפיר קאמר לאפוקי מדר' נבה"ק וכ"ז כתבתי ע"ד הפלפול אכן ודאי צ"ע אם יעמדו דברי הצל"ת לפי דברי מהרש"ל

דכ' דרק היכי דלא עבדינן החומרא יהני תפיסה דאז לא עבדינן שתי רשעיות משמע הסברא להיפך וגם דברי הרשב"א אינן מוסכמין והשאר מפורשים תירצו קושייתו באופן אחר ואין כאן מקומו. ועיין מ"ש לקמן סי' ש"פ בדברי הקצה"ח: והנה אף אם נאמר דנדחה דברי הצל"ת ונפרש דהא דאמרינן משום רשעה אחת אתה מחייבו ר"ל דהיינו באין עליו רק חומרא אחת אבל ביש עליו שתי חומרות דהיינו עוד כרת או מיתה אין אתה מחייבו אבל חייב לצאת י"ש וא"כ לרנבה"ק תאמר כן ולדידי' למי חייב לצאת י"ש מ"מ אמרתי קרוב לסברא זו באופן אחר לתרץ מה שהקשו כאן האחרונים בהא דאמרינן דהיכי דקלב"מ מהני תפיסה י דהך עובדא דרבא דאגנבי' לי' דברי במחתרת ואהדרינהו לי' ולא קבלינהו משום דנפיק מפומי' דרב דאמר בדמים קנינהו והקשו דמ"מ יזכה בהם מטעם תפיסה ונראה דהרי הא דמהני תפיסה הוא משום דרק אין הב"ד מחייבין אותו אבל הוא ודאי דיש חיוב עליו לכן מהני תפיסה. והנה שם בסנהדרין דאמר רב הי' במחתרת ונטל כלים ויצא פטור אמר רבא מסתברא מילתי' דרב כששיבר דליתנייהו והאלקים אמר רב אפי' באיתנייהו בעינא והחילוק בין ליתנייהו או כשעדיין בעין מבואר במפורשים עיין לקמן סי' שנ"ב דאין קלב"מ עושה קנין רק דהיכי דקלב"מ לא נתחייב גופו אבל הכלים עדיין ברשות בעלים עומדין ובא ונוטל שלו וכן הסכימו כל הפוסקים (חוץ מבעל המאור דכ' טעם אחר). היוצא מזה דהיכי דהם בעין אין אנו מחייבין אותו כלל לכן הם של בעלים אכן רב דאמר בדמים קנינהו ע"כ דס"ל דקלב"מ הוי קנין גמור ואף דאין אנו מחייבין אותו קנה ולפ"ז כ"ש דתפיסה לא מהני דמה הכלים שאין הם שלו קנה כ"ש דאין יכולין לתפוס ולפ"ז רבא דחשש למה דאמר רב דאפי' כשהם בעין קנאם אף שהב"ד אין עושין לו חיוב לכן אף בתורת תפיסה לא הי' יכול לזכות בהם ודוק כי יפה הוא ע"ד הפלפול. שוב ראיתי שהתומים דרך קרוב לדרך זה אך לא ירד לסברא שכתבתי:

והנה יש פוסקים דכל היכי דחייב לצאת י"ש מהני תפיסה והתומים הקשה מדברי הרשב"א דדייק דבקנס לא שייך לחייב לצאת י"ש מעובדא דטבי עבדו של ר"ג למה לא יצא ר"ג י"ש לשחררו והקשה התומים למה לא דייק הרשב"א ביותר דהרי העבד מוחזק בעצמו כיון דמהני תפיסה ממילא הוא משוחרר עיי"ש ולק"מ דכבר כ' הקצה"ח סי' רנ"ח דאין העבד מוחזק בעצמו רק היכי דהוא ודאי משוחרר אבל לא שיוכל לתפוס עצמו דאין לו יד לזכות בעצמו ודבריו ברורים:

ועיין במ"ל פ' י"א מה' מלוה הקשה דאי מהני תפיסה היכי דחיוב לצאת י"ש א"כ למה לא מהני תפיסה במטלטלי דיתמי והרי מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם ע"כ ופשיט

דיש חילוק בין מצוה לחיוב והרי עוד ביותר כ' הש"מ פ' הכונס בשם המאירי דכל היכי דחייב לצאת י"ש הוא בהשבון וכתבו גדולי הדורות שהוא פסול לעדות עד שישוב וכו' עיי"ש ואף דלא קיי"ל כן עכ"פ חזינן דחיוב לצאת י"ש הוא חיוב ודו"ק:

ג) אבל אין חייב לשלם דיכול לומר אמת העדתי. עיין קצה"ח ונתה"מ דדוקא עד כשר יכול לומר אמת העדתי אבל קרוב או פסול דהוי מזיק אינו יכול לומר שאמת העיד והנתה"מ הוסיף טעם דבשלמא עד כשר דאף בדיני ישראל מחייב שבועה א"כ הוי רק גורם לממון דמי יימר דמשתבע ע"כ ובעיני צ"ע דגם בלא עד שייך מי יימר דמשתבעת היסת כמ"ש התומים לעיל סברא זו א"כ אף קרוב א"פ ליפטר ובאמת להיפך קשה לי דאיך שייך שיהי' נאמן על עצמו לומר אמת העדתי בשלומא כשהעיד בב"ד דאף לענין ממון מחייב היכי שכנגדו חשוד הוא דהתורה נתנה לו נאמנות והוא בגדר עדות אבל בהעיד לפני עכו"ם ולא לפני ב"ד אינו נקרא עד כלל ויכול לחזור ולהגיד כמו חוץ לב"ד ועכשיו שהבע"ד תובע אותו שהזיקו ואיך נאמן על עצמו והרי אין עליו שם עד רק שם מסור ובדברי הגמר' הי' אפשר לפרש דהבע"ד עצמו הודה שאמת העיד ורק רצה להפקיע הלואה והפסידו לכן מנדין אותו ובש"מ מצאתי בשם הרמ"ה דאינו נאמן ויש לו דין מסור אך סיים שם בצ"ע ואך אפשר דבדיני דגרמי צריך לידע בבירור שהזיקו אבל כיון דאין ידוע אם הזיקו שאומר אמת העדתי אין לחייב אותו וכן בתומים ס"ס כ"ט משמע כן עיי"ש ולפ"ז לא אדע מה החילוק בין עד כשר לפסול וצ"ע: ד) ת"ח וכו' אינו חייב לילך ולהעיד. התומים האריך כאן בענין כבוד הבריות ויען כי אין כאן מקום העיקר בדינים אלו לא עיינתי בכל דבריו וכן מה שהעליתי בזה אכתוב. הנה הקשה בתוס' שבועות (ד' למ"ד) שכתבו דבברכות דפריך על מוצא כלאים בבגדו מוהתעלמת פעמים שאתה מתעלם ומשני שאני ממון דאתיהיב למחילה וכתבו התוס' דה"ה דהי' יכול לתרץ שב וא"ת שאני ע"כ והקשה התומים דאיך הי' יכול לתרץ כן דא"כ הי' משמע דאף באיסור מותר בשב וא"ת והאמת אינו כן ונראה דהנה באמת התוס' כתבו אח"ז דבממון אף אם אחר רוצה ליטלו מותר להתעלם אכן ע"כ התוס' השתא לא ירדו לזה וסברו דאף בממון אינו מותר רק שב וא"ת וא"כ הא דמשני שאני ממון דאתיהיב למחילה משמע ג"כ אף בקום עשה דוחה והרי האמת אינו כן לפי תירוצם עכשיו וע"כ דשני התירוצים צריכין זה לזה דרק ממון ושב וא"ח ולמה אמרו סתם שאני ממון היינו דלא ירד רק לדחות הקושיא מכלאים לאבידה וא"כ ה"נ הי' יכול לתרץ שב וא"ת שאני ודו"ק:

עוד הקשה התומים לפי מה דאמר שב וא"ת שאני משמע דמת מצוה אינו דוחה שום מצוה בקום עשה וא"כ מאי פריך בסנהדרין (ד' ל"ה) ותהא מת מצוה דוחה שבת מק"ו

מעבודה והרי אינו דוחה עבודה רק בשב וא"ת ולדעתי לק"מ כמו שכתבו התוס' שם דהא עבודה נדחה ממת מצוה ומ"מ נדחית שבת מפני' ה"נ מת מצוה לדחי שבת אף בקום עשה כמו עבודה והא דמשני שב וא"ת שאני הוא אחר דמסיק בסנהדרין דאין מת מצוה דוחה שבח. ואך בלא"ה נראה לתרץ דהנה באמת הרי מצינו דמת מצוה דותה אף קום ועשה והיינו טומאת כהן ונזיר וכ' שם רש"י דהתם לאו כבוד הבריות דחי לה רק כשנכתב לאו דטומאה לא אטומאת מת מצוה נכתב והתוס' הקשו שם עליו אך נראה כונת דש"י דהתם הוא משום דכל עשה דוחה ל"ת אבל אין עשה דוחה עשה והא דדחי פסת ומילה הוא משום כבוד הבריות ולזה פריך בסנהדרין ותהא מת מצוה דוחה שבת דעשה דוחה ל"ת ואי דאין דוחה ל"ת שיש בה כרת ע"ז קאמר דמ"מ מ"מ לדחי ק"ו מעבודה דהרי עבודה קיל ודחי שבת ה"נ מת מצוה אף דבשבת יש כרת וק"ל: מה שכ' בתומים דעשה דפסח נקרא יכול לקיים שניהם דאפשר בפסח שני לא אבין דא"כ איך דותה עשה דהשלמה בפסח ראשון ובל"ז אין לזה מקום:

עוד הביא התומים דברי השיטה מקובצת ב"מ אשר הם תמוהים גבי הא דאמר והתעלמת פעמים וכו' הי' זקן ואינו לפי כבודו הי' כהן והאבידה בבית הקברות וכו' וקאמר האי קרא אילימא לכהן פשיטא האי עשה והאי עשה ול"ת ואין עשה דותה עשה ול"ת אלא לזקן והקשה שם הש"מ קושיית התוס' דהא עשה דוחה עשה ול"ח שאינו שוה בכל ושפיר לולי קרא הייתי אומר דדוחה ותי' הש"מ בשם הרא"ש ותוס' שאנץ דגם העשה דאבידה אינו שוה בכל דאינו בזקן שאינו לפ"כ לכן אינו דוחה אף עשה ול"ת שאינו שוה בכל והוא תימה דהא אי קרא אתי למעט כהן אין כאן מיעוט לזקן ושפיר הוי עשה השוה בכל והוא תימה גדולה. ונראה ליישב ע"ד הפלפול דהתוס' בשבועות הנ"ל כתבו לחלק בין בזיון גדול לקטן דבזיון גדול אף באיסור דוחה וכתבו ראי' לזה וז"ל תדע דבקרובים לא דתי פסח ומילה אכן הרבה פוסקים חלקו על התוס' וכתבו דמקרובים אין ראי' כלל דהתם ליכא שום בזיון כיון דיש לו קוברים עיין ספר שושנת עמקים אכן יש ללמוד חילוק זה מהאי קרא דוהתעלמת דקשה למה לי קרא לזקן ואינו לפי כבודו תיפוק לי' מלאחותו דכבוד הבריות דותה אף איסור כ"ש גבי ממון דנדחה מפני כבוד הבריות וע"כ מכאן נשמע דבזיון קטן לא דחי וזקן לא הוי רק בזיון קטן לכן אין נדתה מפניו רק בממון ושב וא"ח ואך כ"ז אחר דכתיב קרא דוהתעלמת למעט זקן אבל לולי קרא הייתי אומר מלאחותו דכל בזיון שוה והיינו שומעין מולאחותו דכל בזיון דוחה אף איסור וא"כ שפיר כ' הש"מ דבאבידה אינו שוה בכל דאינו בזקן ואי דקרא אתי לכהן אדרבה אי קרא אחי לכהן כ"ש דזקן פטור מקרא דולאחותו ואך התוס' לשיטתם דסברו

דמקרובים נוכל למילף חילוק בין בזיון גדול לקטן ממילא לא נילף למעט זקן מלאחותו לכן הצריכו תי' אחר על קושייתם ודו"ק כי נאה הוא ע"ד החידוד:

ה) צריכין הדיינים להיות יושבין. הש"ך הביא מחלוקת דאם קבלו עדות מעומד שלא במקום ב"ד ונראה פשוט דאם קבלו שלא בתורת ב"ד לכ"ע לא מהני דודאי מה דאמרינן דכל חוץ לב"ד יכולין לחזור ולהגיד אין חילוק בין אמרו לפני אחד או לפני רבים שוב ראיתי כן בס' שע"ח אך מ"ש שם דגם המבי"ט כונתו שלא הי' בתורת ב"ד לכן כ' דלא הוי קבלה וממה שהעתיק הש"ך לשונו וכ' דלא מהני אם עומדין אין נראה כן דאי שלא בתורת ב"ד איירי פשיטא דאף יושבין לא מהני:

ו) חותכין דיני ממונות ע"פ עדות שבשטר. הקצה"ח ס"ק ז' כ' דלכל השיטות קשה הא דאמרינן בכתובות מעלין משטרות ליוחסין והא הוי מפ"כ ותי' בדוחק ולי נראה לתרץ ע"פ דברי המרדכי ריש חולין דכ' גבי קשר של תפילין לתרץ שיטת ר"א דאמר צריך לקשור בכל יום ממה דהקשו התוס' עליו דא"כ למה אסור לקשור בשבת והא אינו קשר של קיימא ומתרץ מיגו דהוי קשר לענין תפילין הוי קשר לענין שבת ומדמי לה להא דאמרינן מיגו דהוי דופן לשבת הוי דופן לענין סוכה וא"כ ה"נ י"ל מיגו דהוי עדות לענין ממון הוי עדות ליוחסין ואף דודאי היכי דיש בשטר שני ענינים לא שייך מיגו דהוי עדות לזה הוי גם עדות לזה מ"מ כאן דלענין ממון ע"כ צריך לנו לומר דפלוני דהוא הכהן הוא החייב כמ"ש הקצה"ח כאן שפיר אמרינן מיגו דידענו שהוא הכהן לענין ממון ג"כ אמרינן דהוי עדות לכהונה. ובזה נראה ליישב גם דעת הרמב"ם אך צריך קצת להרחיב הדיבור דהרמב"ם כ' דעדות שבשטר הוא רק מדרבנן והקשו עליו משטרי מכר ומהא דאמרינן בגיטין התקין ר"ג שיהא העדים חותמין על הגט מפני תיקון העולם ופריך דאורייתא הוא דכתיב וכתב בספר וחתום ומשני ר"א הוא וכו' הרי דמדאורייתא מהני והמפורשים כולם פה אחד הגידו דזה דכ' הרמב"ם דעדות בשטר לא מהני מהתורה זה לענין שטר ראי' אבל שטר קנין ודאי דלא נימא דלא מהתורה הוא וזה ברור אכן התומים כ' דבזה מתורץ גם הך דגיטין והיינו בס"ד דאתיא כר"מ ובעינן עדים בחתימה לענין עיקרו של גט וגם לר"א דעדי מסירה כרתי מ"מ מהני עדי חתימה להכשירו של גט אף בנתן לה בינו לבין עצמה רק אנן ב"ד לא מהימנינן לעדים החתומים וקטלינן לה כשזינתה ורק צריכין שיבואו עדים להעיד שנתגרשה ויעידו ע"פ והי' התקנה דלהני עדי חתימה אף לראי' דילמא ימותו העדים עיי"ש. ולפענ"ד אין תרוצו מובן חדא למה הוצרך לאוקמי כר"א ואי מפני לשון המשנה דקתני שיהי' חותמין אדרבה יותר יקשה על גוף המשנה למה לא נקט עיקר התקנה שהתקינו שיהא עדותן מהני אף לראי' גם מ"ש דאף אי ע"מ

כרתי מ"מ ביש בשטר עדים הגט כשר אף בינו לב"ע רק הב"ד אין סומכין זה צע"ג דהא אדרבה כתבו התוס' דאף לר"מ בעינן שיהי' עדים בשעת מסירה שאין דבר שבערוה פחות משנים ואף דכ' הרמב"ן דאף לר"א מהני ע"ת היינו מטעם דאנן ע"מ אנן דידעינן שבא השטר מידו לידו ולא כדברי התוס' אכן זה אחר דאמרינן דמהני אף לראי' אבל אם נאמר דעדות שבשטר לא מהני לראי' ודאי אין מסירה בלא עדים וה"מ דאין דבר שבערוה פחות משנים וזה ברור לכל מעיין. גם בעיקר דברי הש"ס נראה דקושיית הרמב"ן הי' דודאי לס"ד דאתי כר"מ למה הוצרך הש"ס להביא דאורייתא הוא דכתיב וכתוב בספר וחתום וכי לא ידענו דלר"מ בעי ע"ת והי' לו להביא קרא דוכתב לה ספר כריתות דלר"מ וכתב היינו חתימה וע"כ דמייתי קרא דירמי' דוכתוב בספר וחתום דסיפא דקרא למטן יעמדו ימים רבים הרי דמהני אף לראי' וזה עיקר קושייתו של הרמב"ן אך לפי מ"ש י"ל דבגט בלא"ה כיון דמהני העדים לענין הקנין מיגו דהוי עדים לזה מהני גם עדותן לראי' ולק"מ מכל מה שהקשו עליו ודו"ק:

וכ"ז לפלפולא אכן אמת הברור אשר נראה לתרץ שיטת הרמב"ם מגיטין דאין כאן קושיא כלל מגט דודאי דבר שאין עיקרו עשוי לענין טענות ותביעות כמו גט וכדומה אין על זה כלל שם עדות דנימא דהוי מפי כתבם רק הוי כמו ב"ד דהן תיכף גומרין הדבר ומה דמהני אח"כ לראי' הוא משום דהיא תופסת הגט ותפיסתה מוכחת וזה דאמר ר"ל עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד אבל שטר מלוה ממ"נ אי שעבודא דאורייתא אין השער רק לראי' ואי לאו דאורייתא אף שטר לא מהני ורק מתקנת חכמים וזה שכ' הרמב"ם דעדות שבשטר היא מדרבנן ובמה"ק הארכתי ע"פ זה לפרש הסוגיא אך מצאתי שקדמני הישועות יעקב וגם כבר כתבתי בזה בחי' לאה"ע לכן קצרתי פה:

ז) אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד. התומים הביא בשם הכנה"ג דאם אין העדים מכירין את הבע"ד הוי שלא בפניו והביא ראי' מסנהדרין (ד' ע"ט) דרוצח שנתערב באחרים הואיל ואין מכירין אותו אין גומרין דינו דהוי שלא בפניו ע"כ והוא דבר חידוש והתומים הביא דהשבו"י חולק דשאני גמ"ד דאם אין הב"ד מכירין אותו אין מרחמין עליו ודחה דבריו דאין לבקש טעמים ולבדות לעצמו על משפטי התורה. והנה אמת הוא כן אכן יש לומר קצת טעם אחר המתקבל ע"פ מ"ש לעיל סי' ג' דודאי אם סנהדרין דנו איש אחד ובא דין כזה ממש על איש אחר לפני אחרים אין מצטרפין דיעות של סנהדרין שקדמו ורק הדין צריך להיות על הזה ולכן שני טעמים מצטרפין אף דכל אחד אומר טעם אחר מ"מ איש הזה הם מחייבין ולכן באין מכירין אותו אין מחייבין איש הזה וצריך שיאמרו

חייב הוא כמו בד"מ חייב אתה ליתן לו אבל עדים ודאי הסברא דאם הוא בפנינו ושומע עדותן הוי בפניו ובפרט דע"ז בזכרוני הטעם כבר כתבו שיהא בוש לומר שקר וצ"ע:

ח) וחוזרין ומגידין. הקצה"ח הביא כאן דברי העיטור דהיכי דאסהיד קרוב ואח"כ נתרחק שוב אינו מעיד דעביד לאחזוקי דבורי' והובא לקמן סי' ל"ג בזה ואי"ה יבואר שם והקצה"ח חידש טעם דהוא משום דקם דינא כדלקמן סי' רס"ח דכבר נתייאש עייי"ש. והנה לשון העיטור דעביד לאחזוקי ע"כ אינו מטעם זה וגם ודאי אין זה דמיון לדלקמן סי' רס"ח דזכה מטעם קים לי וגם תימה בעיני דא"כ אם לא ידע כלל התובע שיש לו עד וכי שוב לא יהי' יכול להביא ועוד אם נתייאש כגון שיודע שיש לו עדים אחרים במדה"י מאי איכא למימר וגם לא גרע מטעה הדיין דלא הוי יאוש וכמו שכתבתי בזה לעיל סי' כ"ה עייי"ש וכ"ש בזכה בטענות שקר מאי מהני הא דתובע אתייאש ופשיט דאין מקום לסברא זו:

ט) נכון למקבלי עדות לפרסם בשטר קבלת העדות מי הן העדים. עיין סמ"ע ס"ק נ"ט דכן מבואר לקמן סי' מ"ו גבי עדי קיום והטעם כדי שיוכל אח"כ לפוסלן ע"כ וקצת צ"ע בעיני דא"כ למה הוצרכו בפ' השולח לתקן שיהי' העדים מפורשים שמותיהם בגט ומפרש דבתחילה לא הי' חותם רק אני עד וכשהי' צריך לקיימו היו צריכין לחפש שטר שיהא דומה לאלו החתימות לכן תקנו שיפרשו ובקל ימצא מכיר החתימות עיין שם במפרשים וקשה תיפוק לי' בלא"ה הא צריך לפרש כדי שאולי יוכל לפוסלן או יהי' דייני קיום קרובים לעדים ואין לומר דלכן כ' דבי דינא בתר ב"ד לא דייקו אבל בתר עדים דייקו חדא דשם משמע דלא היו יודעין כלל מי הם העדים ועוד למה הוצרך כאן לפרש שמותיהן כיון דמסתמא דייקו וצ"ע:

י) ואם קבלוהו בלילה אין דנין ע"פ. אותה קבלה. הסמ"ע הקשה דלעיל סי' ה' הביא הרמ"א די"א דדיעבד אם דנו דיניהם דין והביא דהע"ש מתרץ דגבי דין כתיב ושפטו את העם בכל עת אבל כאן כתיב והי' ביום הנחילו ע"כ ודחה הסמ"ע דבריו דהא ושפטו לגמ"ד אתא ע"כ.

והנה ודאי מאן דאית לי' דיעבד דינו דין יליף מושפטו ומפרש כן דברי הירושלמי דאמרינן התם אית קרא לשעבר והיינו דירושלמי מפרש דושפטו אתא לאשמעינן דדיעבד דינו דין ועיין קצה"ח סי' ה' שהביא דברי הרא"ש שהביא שיטתם (אמת כי לא הבנתי היכי סמכו על הירושלמי ובש"ס שלנו יליף מושפטו לגמ"ד ואולי בל"ז י"ל דדיעבד דינו דין דהא דאין מקבלין בלילה הוא למצוה על הדיינים אבל לא שיבטל הדין אם לא עשו המצוה ואולי יהי' זה תלוי אי בעינן קרא כדכתיב או תלוי באי עביד מהני)

ועכ"פ דברי הע"ש נכונים בזה אך עיקר הקושיא יהי' דגם כאן בקבלת עדות נימא דדיעבד מהני ונראה דדבריו מוכרחים לפי מ"ש לעיל דיליף דאין דנין בלילה מהיקש ריבים לנגעים וכ' הכ"מ דלכן לא יליף מוהי' ביום הנחילו דקרא זה אתא לביום אתה מפיל נחלות והיינו לשלשה שנכנסו לבקר החולה דרצו עושין דין וקמ"ל דוקא ביום דשייך לא תהא שמיעה גדולה מראי' עושין דין אבל לא בלילה דכיון דאין ראוי לקבל עדות ואין עד נעשה דיין אך הראשונים הקשו כיון דכבר ידענו מהיקש דריבים לנגעים דאין דנין בלילה א"כ פשיטא דבלילה אין עושין דין וכ' הרמב"ן דהא דאמרינן בכל דוכתא אין עד נעשה דיין מהכא הוא דילפינן ויהי' איך שיהי' עכ"פ אכתי תקשה לא תהא שמיעה גדולה מראי' אם נאמר בקבלת עדות מהני דיעבד וה"נ מה דראו יהי' כקבלו עדות ויפסקו ע"פ ראייתן ולמה נאמר דאינם רק עדים נאמר דהוי כקבלו עדות דראי' כשמיעה וע"כ דקבלת עדות בלילה אף דיעבד לא מהני וזה ברור:

והנה הסמ"ע מתרץ דבסי' ה' כבר דנו אבל כאן לדון ע"פ אותה קבלה הוי כלכתחילה והוא דוחק דגם שם יכולין לדון שנית וכאן נמי אפשר שהעדים למחר לא יהיו כאן ושוב יופסד הכל. וכשאני לעצמי הי' נראה דהנה ודאי הפוסקים רובם סוברים דאף דיעבד לא מהני כמו שדחה הרא"ש ראי' שלהם מהירושלמי אך מ"מ הביא הרמ"א דעתם שאם יהי' הוא מוחזק יוכל לומר קים לי כהדיעה דדיעבד דינו דין אכן כאן לענין הדיינים קאמר סתם שלא ידונו על קבלה זו דבדידהו לא שייך שיאמרו קים לי ואולי אף בעברו הדיינים ופסקו אין דיניהם דין כיון שלא הי' להם לפסוק אולי הוי טעות בדבר משנה ולא רציתי להאריך בהערה זו ואפשר קצת לפרש בדוחק שהסמ"ע כוון לזה ודו"ק והקצה"ת לעיל סי' ה' תי' כיון דגמ"ד כשר לכן בעברו ודנו ממילא כשר עיי"ש והנתה"מ דחה דבריו כיון דהתחלה בפסול יכולין להחליף הטענות ואין זה דחי' דעיטוף בעצמו הוי התחלה שוב הוי הטענות כגמ"ד דמותר אך בל"ז שדיתי שם נרגא בדברו:

סימן כט

א) אחר שהעיד העד בב"ד אין יכול לחזור. ברמב"ם איתא אחר שנחקרה עדותן והיינו כ"ז שלא נגמר החקירה עדיין יכולין לחזור ועיין תומים הקשה על דברי התוס' סנהדרין ופסחים (ד' י"א) דבגמר' שם דייקינן מהא דא' אומר בשלשה וא' אומר בארבעה עדותן קיימת ש"מ דהולכין בד"נ אחר רוב דרובא דאינשי טעו בעבורא דירחא דאל"כ אמאי עדותן קיימת והתוס' הקשו דילמא שאני הכא דהשוו עצמם ביום השבוע וע"כ טעו ותי' דאי רובא דאינשי לא טעו א"כ תיכף כשמכחישין עצמן בימי החודש הוי הכחשה ומה שמכונין ליום אחד הוי חוזר ומגיד ע"כ והקשה התומים הא כ"ו שלא נגמר החקירה בכל

שבע החקירות יכולין לחזור ולהגיד ע"כ ונראה פשוט דלק"מ דע"כ אי אפשר כלל לפרש כונת התוס' דהוא מטעם דאין חוזר ומגיד דהרי פשוט דאף אם לא יהי' חוזר ומגיד מ"מ הרי לא כיונו יום החודש וכי די בחקירה ביום של השבוע וכבר כתבו שם התוס' (ד' י"ב) דע"כ שבע חקירות בעינן וא"כ מה הקשו התוס' שא"ה דכיונו יום השבוע וע"כ דקושיית התוס' הי' דאיך דייק דרובא דאינשי טעו דילמא רובא לא טעו רק כאן אנן סהדי דטעו ולא ידעו יום החודש דהרי חזינן דכיונו יום השבוע וע"ז תירצו דאי רובא לא טעו ע"כ דהוי מוכחשין זה מזה ומה שכיונו יום השבוע זה הגדה אחרת וחוזרין ומגידין שלא יכחשו אבל הכחשה הראשונה נשארה וא"כ בצרי להו מהחקירות ואין כונת התוס' במ"ש חוזר ומגיד היינו דאין יכולין לחזור ולהגיד רק דזה הוי חזרה ואינו מתרץ הכחשה הראשונה דנימא דהוי ככיונו גם יום החודש שלא יחסר מהחקירה של החודש דהרי אמרינן דרוב אינן טועין וזה ברור בכונתם ולק"מ ובחידושי פרשתי קצת באופן אחר דיהי' עדות שאי אתה יכיל להזימה דהם יאמרו שכיונו להכחיש עצמן שלא יתקיים עדותן עיין מ"ש לקמן סי' ל' ס"ק ו' אך כאן אקצר כי מה שכתבתי הוא אמת וברור:

והנה הנתה"מ מתרץ קושיית התומים וז"ל אמנם להיפוך אם כבר נתבטל עדותן מחמת שהכחישו פשוט דאין יכולין לחזור לקיים עדותן ולהוכיח זה הוי יגיעת בשר ע"כ והנה ת"ל במחשבה ראשונה עלה סברא זו לפני דודאי כ"ז שהוא עד לא נגמר עדותו עד אחר החקירה אבל אם כבר נתכחש עדותו ונתבטלה העדות מה שייך עדותו להחקירה הרי שוב א"צ לחקור אותו אכן כאשר עיינתי בזה ראיתי כי דבר זה הוא מופרך מש"ס ערוך פ' שבועת העדות גבי כפר אחד והודה אחד הכופר חייב ועיי"ש בתוס' כי לא רציתי להאריך שכתבו דגם עד הכופר יכול לחזור ולהודות תוך כ"ד של חבירו בין שחבירו כופר בין אם הודה ולפי סברא הנ"ל נימא ג"כ כיון דכפר מה שייכות יש לו עם עד השני וכבר נתבטל עדותו וע"כ כיון דענין אחד היא עדיין יכול לחזור וכ"ש כאן כיון דאחד אומר אמת ועדיין צריך חקירה איזה יום בשבוע למה לא יוכל לחזור ולהודות כדי שיתקיים עדותן ודו"ק: ב) אינו יכול לחזור. השע"מ העלה דבר חדש דבשני כתי עדים המכחישין זא"ז כיון דיש מכחישין יכולין לחזור ע"ש ולפענ"ד דבריו תמוהין דאם יכולין לחזור למה נפסלו לר"ח וגם לר"ה הוי ספק פסולין במלוה אחד שהוציא שני שטרות משני הכתות דידו על התחתונה גם לפי דבריו איך יכולין ראשונים לחזור והרי כבר נתקבל עדותן וגם האחרונים אם יכולין לחזור איך יבטלו עדות הראשונים גם המעיין בש"ס פ' מרובה יראה דאין מקום לדבריו ומה שהביא ראייתו מתוס' כתובות (ד' י"ט) גבי פסולי עדות דכתבו דילמא הוי מודי להו אין כונתם דיהיו יכולין להודות ורק כונתם

דאין לחשבן כמעידין עתה ובלא"ה אין משם דמיון דשם לא הי' הכחשה רק אמרו שהיו פסולין וגם זה אין אדם נאמן לפסול עצמו וע"כ דאין למילף משם:

ג) ואפי' אמרו אין אנו יודעין ונתנו אמתלא וכו' חוזרין ומגידין, התומים הקשה דמשמע דאף ע"י חרם נאמנים אח"כ באמתלא והרי כל ראיות הב"י דמהני אמתלא הוא מהא דאמרינן בשבועות השביע עליהן חמשה פעמים בפני ב"ד אין חייבין אלא אחת משום דאין יכולין לחזור ולהודות ולמה לא נקט רביתא יותר דהיכי דכפרו בראשונה בלא שבועה ואח"כ השביען אף אחת אין חייבין משים כיון דכפרו שוב לא היו יכולין לחזור אלא ע"כ דכ"ז שלא השביען יכולין לחזור ע"י אמתלא כן הוא ראיות הב"י וא"כ בשבועה שוב אין יכולין לחזור ע"י אמתלא דהרי בהשביען אין חייבין אלא אחת משום דאין יכולין לחזור וא"כ ה"ה בחרם דמ"ש משבועה ע"כ. ונראה לתרץ דלכאורה קשה אף בשבועה למה חייבין כיון דכבר כ' הב"י דבלא שבועה יכולין לחזור וא"כ אף בהשביען שיבואו ויעידו לו והם לא הוציאו שביעה מפיהן למה יהי' כאלו נשבעו והרי אם יעידו אח"כ איגלאי דלא עברו על השבועה דהרי עדיין יכולין להעיד כיון דלא אמרו רק אין אנו יודעין ויכולין לחזור ע"י אמתלא ואם יעידו הוי כלא נשבעו כלל ולא יעברו על אם לא יגיד אך באמת לק"מ דהרי זה הוא החידוש שחידשה תורה בשבועת העדות דאף מושבע מפי אחרים חייב והוי כהוציאו שבועה מפיהם וחייבין קרבן וא"כ ממילא כיון דהוי כאלו נשבעו שוב אין יכולין לחזור ולפ"ז לא קשה קושיית התומים דהרי בחרם לא גילתה התורה דחייבין קרבן רק אם לא יעידו עוברין על החרם וכיון דאמרינן דבאם אמרו אין אנו יודעין יכולין ליתן אמתלא ולהעיד וא"כ הדין פשוט דיכולין לחזור ולהעיד דהרי לא החרימו שכל שיאמר איני יודע ילכד בחרם רק כל שלא יעיד וא"כ עדיין יעידו ואם יעידו לא עברו על החרם ודו"ק ואף לפ"ז באם נתנו חרם שיעידו קודם שיצאו מבית הכנסת ויצאו שוב אין יכולין לחזור ולהעיד באמתלא שהרי כבר עברו על החרם וע"כ הרמ"א שני דינים קמ"ל דביצאו ולא אמרו אין אנו יודעין או שאמרו אין אנו יודעין ועדיין לא יצאו ודו"ק:

סימן ל

א) ואם נראה לדיין שהדין מרומה צריך דו"ח להוציא הדין לאמיתו. הרמ"א לעיל סי' ט"ו כ' בשם הריב"ש דאף דצריך דו"ח מ"מ אינו ממש כדיני נפשות שאם יאמרו אין אנו יודעין יתבטל עדותן והתומים הקשה דהרי הש"ס רמי מתני' דאחד ד"מ צריכין דו"ח אהך דשטר מאוחר כשר ומשני ג' חרוצים והפוסקים פסקו ככל הג' תרוצים וחדא הוא הא דמשני ר"פ כאן בדין מרומה וע"כ לר"פ שוה לדיני נפשות ממש כמו שאמרו במשנה

אחד ד"נ ואחד ד"מ בדו"ח וא"כ הדין דבאומר א"י שעדותו בטל ע"כ ולי נראה דודאי כיון דקיי"ל כאינך שנויי ע"כ דלא קיי"ל כר"פ דהרי קיי"ל דמהתורה ודאי בעי דו"ח רק חכמים תקנו דלא בעי כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ור"פ הרי סובר דמן התורה לא בעי דו"ח רק בדין מרומה ויליף מקרא דבצדק תשפוט עמיתך ולדידי' לא תקנו חכמים כלל וע"כ הא דתפסו הפוסקים דברי ר"פ הוא רק מסברא דצריך לחקור בדין מרומה וא"כ אין לדמותו לדיני נפשות רק לענין שצריך לחקור כדי להעמיד על האמת אבל לא שיתבטל עדותן באין יודעין ואדרבה לכאורה יש ראי' להריב"ש מגמר' הנ"ל דהא קשה כיון דאנן אף דלא ס"ל כר"פ מ"מ מסברא צריך דו"ת וא"כ, למה הי' צריך ר"פ לחלוק על אינך אמוראי ולמילף מקרא לימא ג"כ מסברא כמו לדידן אלא ע"כ משום דאי מסברא אין לדמותו לד"נ וכמ"ש הריב"ש ובהמשנה דמשמע דשוה ממש וזה אין למילף מסברא וצריך קרא א"כ אנן דלא סבירא לן כר"פ ורק מסברא אמרינן אין לנו לדמותו לד"נ בכל העניינים ואמת להחולקין על הריב"ש יש לדחוק דר"פ לא מייתי קרא דריש לקיש דיליף מצדק צדק תרדוף דבדין מרומה בעי דו"ח דר"ל איירי בשאר חקירות ולא בשבע חקירות ור"פ ג"כ אית לי' דמדאורייתא כל ד"מ בעי דו"ח רק כיין דחזינן חילוק בין דין מרומה לשאר ניחא לי' לפרש המשנה דלא בטלו כלל דו"ח בדין מרומה ומ"מ לפי דברי הריב"ש א"ש טפי וכן מלשון הש"ע דכ' להוציא הדין לאמיתו משמע ג"כ כהריב"ש ולא מטעם דו"ח כר"פ רק ילפינן מצדק צדק תרדוף להוציא הדין לאמתו ודו"ק. ועיין קצה"ח כ' ליישב דברי רש"י פ' ד' אחין דכ' דאי מחקה לזמן קטלינן לה והתוס' הקשו עליו וכ' הקצה"ת דרש"י לא ס"ל כהריב"ש רק דבעי דו"ח ממש וממילא במחקה לזמן קטלינן לה דהוי דין מרומה ואם אין בו זמן לא הוי עדות עיי"ש, ולי דבריו צ"ע חדא דהא אין הרמאות בעדים וא"כ ע"כ דלא נפסל הגט ורק דהיא לא מהימנא וא"כ הגע עצמך אף דתאמר בעצמה שחייבת מיחה וכי קטלינן לה ועוד צ"ע בעיני דנראה דעדים הבאין להכחיש עדי דיני נפשית אין צריכין דו"ח והיינו שאף באומרים אין אנו יודעין באיזה חקירה רק זאת ידענו דההרוג נהרג ע"י אחר שוב לא קטלינן להרוצח ובל"ז אף לפי דברי הקצה"ח הי' יכול לפרש דרש"י סובר כהריב"ש רק כיון דהדין מרומה צריכה עכ"פ להביא עדים לפנינו וזה פשוט:

ב) אע"פ שאין עדי ד"מ צריכין דו"ח אם הכחישו זא"ז וכו' עדותן בטלה. הנתה"מ כ' דאם הב"ד חקרו אותם אח"כ אפי' לזמן מרובה בטל עדותן עיי"ש ותמה אני על עצמי דא"כ אף בלא חקרו הב"ד אותם הא אם הם עצמן מכחישין זא"ז בטל עדותן וא"כ לעולם יכולין העדים לבוא לב"ד ויכחישו עצמן ויתבטל מה שהעידו וא"כ בטל דין כיון שהגיד

וכו' וגם א"כ איך משכחת שיתקיים כלל שום עדות כיון דיכולין לחזור. ומה שהביא הנתה"מ ראי' משטר שאמרו בזמנו כתבנוהו ועדים מזימין אותן דנפסלין למפרע וע"כ דאמירת בזמנו כתבנוהו הוא גמר לעדות מה שהעידו בשטר שזה לוה מפלוני והיינו דזה שנכתב בשטר שזה לוה הוי עדות כאלו נחקרה דאם לא היו אומרים אח"כ בזמנו כתבנוהו היינו אומרים עדותן קיימת ורק הזמן לא נחקר ואם אח"כ אמרו בזמנו כתבנוהו הוי כנחקר הזמן אף דהוא לזמן מרובה ונפסל השטר עיי"ש והוא לכאורה ראי' מוכרחת אכן כאשר עיינתי בו ראיתי כי אדרבה ממה שאנו אומרים דהעדים נפסלין למפרע הוא סתירה לדבריו דהא מבואר בב"ק במאי דפריך לאביי דאמר למפרע הוא נפסל והא כי אסהודי אטביחה פסולין הוי ומשני שהעידו תוך כ"ד של גניבה והיינו כיין דהיו יכולין לחזור מעדות גניבה עדיין לאו פסולין הוי וא"כ ה"נ גבי שטר כיון דהי' אחר זמן רב והי' יכולת בידם לומר שאחרוהו למה נפסלו למפרע וע"כ צ"ל דכל שטר אמרינן מסתמא בזמן הנכתב נמסר ולוה בו ותיכף הוי כנחקרה באיזה זמן ורק אם באו עדים והזימום מיישבין דבריהם ואמרינן שאחרוהו ואך כשאמרו בזמנו נכתב נחקרה מקודם וממילא נפסלו וכמו שכ' התומים דודאי למה להם לשקר ולפ"ז נראה בודאי דאם כבר נתקיים עדותן ויצאו מב"ד שוב לא מהני החקירה אח"כ לבטל עדות שנתקיים:

הנתה"מ הביא כאן קושיית הפ"י בגיטין דבעי מפני מה תקנו זמן בגיטין והקשה לפי דברי מהרש"ל דעדי נשים בעי דו"ת א"כ הא צריך זמן והנה לא אדע למה הוצרך הנתה"מ לפלפל בזה לפי מ"ש בעצמו בה"ק זה דזמן הנכתב בגט לא הוי כחקירה דעיקר צריך לידע אימת הגיע גט לידה וא"כ זמן הנכתב לא הוי החקירה ולא ק"מ רק להיפך קשה למה לא תקנו זמן משום דו"ח והיינו שיצטרכו לכתוב בגט זמן המסירה וזה הוא קושיא אחרת.

ונראה דהנה לעיל סי' כ"ח כתבתי דלכן לא שייך בגט מפ"כ דהעדים העושין קיום הדבר הם כמו ב"ד לענין קיום הענין ולא שייך בזה עדות בב"ד ואנן הרואין הגט הוי כמו שידעינן שנתגרשה עיי"ש וזה ג"כ כונת ר"ל שאמר עדות שבשטר הוי כנחקרה עדותן בב"ד וא"כ ע"כ לא קאמרו הפוסקים דעדי נשים בעי דו"ת רק היכי דאיכא בע"ד המכחיש כעובדי דאה"ע סי' מ"ב דהאשה אומרת לא נתקדשתי או בבאין לאוסרה ועיקר העדות לפני ב"ד אבל כ"ז שאין צריכין לבוא לב"ד א"צ דו"ח דהם בעצמן כב"ד ובזה שיבואו אח"כ לפני ב"ד א"צ לכתיבת הזמן בהגט ישוב מצאתי כן בהגהות דו"פ דהיכי דאין הכחשה א"צ דו"ח ולק"מ:

ובקצה"ח כ' דעדים שבשטר תיכף בעת שחתמו הוי כבאו לפני הב"ד ואמרו היום לוה ולכן לא בעי דו"ח כיון דאמרו היום ובעצמו הקשה על דבריו דמאי פריך בש"ס משטר מאוחר דאי ד"מ בעי דו"ח מאוחרין אמאי כשרין הא תיכף הוי כנחקרה ומה לנו בזה דאחרו השטר מ"מ בעת שחתמו היי כאמרו היום לוה ומתרץ דרש"י פירש מאוחרין דלוה בניסן והם לא כתבו השטר עד אייר וא"כ זה הוי כאלו העידו שזה ימים רבים הלוה וא"כ לא הוי דו"ח ע"כ ודבריו תמיהין דאדרבה יקשה לפ"ז דלמה פירש הש"ס דמאוחרין היינו שלא כתבו עד אחר הלואה ולכן פריך על המשנה לוקי דאיירי באחרו הזמן וכתבו תיכף ולא יקשה כלל ובפרט דאם כן הדין דבעי דו"ח חובה עלינו לפרש המשנה כן דמסתמא עשו העדים כהוגן וחתמו תיכף אך לפמ"ש דכתיבת שטר הוי רק כב"ד ולא דהוי כבאו לפני ב"ד וא"כ לא הוי כמו שאמרו היום לוה והא דאנן ע"מ אנן הוא לפי האמת דלא בעי דו"ח אבל אי בעינן דו"ח לא מיקרי עדות ואין שטר שכתבו אף בזמנו כאלו אמרו לפני ב"ד היום ואין כלל מקום וענין לזה. ועיין השמטה בסוף הספר:

ג) אם הכחישו עצמן בחקירות. הש"ך ס"ק ו' הביא דהרמב"ן סובר דאף הכחישו עצמן בחקירות עדותן קיימת והנתה"מ כ' דדיקא בזה אומר בשלשה וזה אומר בחמשה אבל באומר לא כי אלא בחמשה אף הרמב"ן מודה דעדותן בטל ע"כ. והנה בתשובה שהביא הבעה"ת שהשיבו לו חכמי לוניל מובא בתומים ס"ק ג' מבואר דאף באומר לא כי סובר הרמב"ן דעדותן קיימת ולא כהנתה"מ וע"כ צ"ל דהרמב"ן סובר דאף כה"ג י"ל דטעו ועיין מ"ש לקמן סי' מ"ג או אפשר דסובר כחכמי בריסק דאחד המוכחש מא' מצטרפין וא"כ גם כאן י"ל כיון דאין הכחשה בעיקר הממון מצטרפין או דאין על החקירות שם עדות והנתה"מ הקשה מא' אומר אכלה בד"ו וא' אומר אכלה אג"ה דאין מצטרפין ומה שתי' לא יעלה לפי מ"ש דאף במכחישין מצטרפין ואך נראה ליישב לפי שיטת הרמב"ן גבי חוקת ג' שנים דאף אם המערער מודה שאכל ג' שנים רק שא מר שאכל בגזילה ואין עדים אין כאן חזקה עיין נתה"מ לקמן סי' קמ"ה ס"ק ה' הביאו וא"כ בשלומא בממון דאף אם א' נתכחש והשני אומר אמת מגיע לו המנה אבל בחזקה אם ע"א אומר שקר לא נשאר רק א' אין כאן חזקה ולק"מ ואך בל"ז נראה דלא קאמר הרמב"ן עדותן קיימת רק באין הכחשה מן התובע אבל שם י"ל דסובר הרמב"ן כדעת האומרים דבאתרא דמוברי ואכל רצופין לא הוי חזקה וא"כ המחזיק מכחיש ע"כ אחד מהעדים לכן לא הוי חזקה:

ד) לא כי אלא באייר. הנתה"מ הקשה דגבי זה אומר בשלשה בחודש וזה אומר בחמשה לא קתני לא כי משמע דאף העידו בסתם ולא אמרו לא כי הוי הכחשה ואף בהרבה עדים אף במעידין שבא על הערוה שיכול להיות שני המעשים אמת שבא עלי' בשלשה בחודש

ובחמשה ומתרץ דבד"נ כיון דאין עדות מיוחדת כשר מסתמא על מעשה אחת העידו עיי"ש ולפענ"ד דבריו צ"ע דהוא נגד הסברא שיבוא על הערוה שני פעמים ויבואו עדים על שניהם יפטור וכי אין הב"ד יכולין לשאול אותם אם מכחישין זא"ז ויבררו דבריהם ובודאי איירי המשנה באופן דידעינן שיש בודאי הכחשה כגון בהרג הנפש או באומר לא כי גם פשט לשון המשנה לא איירי בהרבה עדים רק בכת אחת א"כ ממילא עדותן בטל, גם מ"ש בא' אומר זו אשתו והשני אמר שזו אשתו דכ' הרמב"ם דלא נעשית א"א על פיהם דכל אחד לעצמו העיד והקשה הא בלא"ה הוי הכחשה בחקירות ואנכי לא אדע דהא גבי פלוני רבעני לרצוני דאמרינן פ"ד הרבה פירשו דאמרינן רבע לאחר הרי דזה לא הוי הכחשה בחקירות דעיקר העדות להרוג הרובע אין לנו נ"מ מי רבע וה"נ לולי דהוי נוגע הוי אמרינן דהיא א"א משום פ"ד:

ה) אלא באייר. עיין נתה"מ דאם כה אומרת בניסן הרג פליגי הנפש והשני אומרת לא כי רק באייר לא אמרינן דהורגין אותו ממ"נ דכיון דאין יודעין על איזה כת נהרג הוי עדות שאי אתה יכול להזימה ודבריו פשוטים ונכונים אך קשה לי דבב"ק (ד' ע"ד) דאמרינן שם מי מיתכחשו מציעאי דדינא כוותייהו עבדינן דיש בכלל מאתים מנה ומשלם האדון דמי השן והרי שם לא ידעינן על איזה כת משלם והוי עדות שאי אתה יכול להזימה ויש ליישב בדוחק גדול ולומר דחבלות, דמי למלוה דאין צריך בהו עדות שיכולין להזימה אף דלא שייך בהו נעילת דלת והדוחק מבואר:

ו) משלם ת"ש. קצת קשה בזה למה לא נימא לצרף חמשים של עד הק' עד חמשים של עד הר' וק"ן של הר' עד הש' וגם החמשים הנשאר מעד הק' עם הש' ועוד ק' הנשאר, מעד של הש' עם הת"ק ות' של הת"ק עם עד הח' ובאופן הזה ישלם ת"ש וחמשים ומצאתי שכבר עמד בזה בתשו' הר' משולם איגרא אך תרוצו הי' עלי' מקושי הבנה וצ"ע:

ז) וישבע שבועת התורה על מאה. עיין סמ"ע ס"ק ט"ו דדוקא ע"י עד הק' חייב שבועה ולא כשנצרפו וישאר ק' מן עד הת"ק כיון דחייב על ידו לשלם ומהנ"י משמע דאף עד הת"ק זוקק לשבועה ומהטור אין שום הכרת לומר דהיכי דנצטרף לממון לא מחייבין שבועה על הנשאר ודו"ק. ומה שלא כ' הטור דחייב שבועה ע"י הודאת עדים מדר"ח קמייתא וישבע על כל הח' מנה עיין באחרונים ולי נראה די"ל דאף דהוא תובע ט"ו מנה מ"מ כיון דיש ע"א על כל הט"ו וע"כ אתה צריך לצרף אותן הלואות כדי לשלם על ידן ת"ש ולולי הלואת י"ד לא הי' משלם ת"ש ולכן כיון דחשבינן כל עד לשלם על ידו שוב אין יכול לחייב שבועה דהרי כל העדים מעידין שמה שתובע איתו משלם א"כ על כל

הלואה שתבע מעיד עד ששילם וגם ליכא למילף מפיו וע"א דשם על מה ששילם אינו נשבע ודוק כי קצרתי:

ח) וכן אם העידו סתם דנין הדבר כמוכחשין להקל. עיין באחרונים מה שתירצו מהא דכ' לעיל דמיישבין את דבריהם שלא יסתרו עצמן והנה התומים הקשה דבפסחים (ד' י"ב) דפריך אלו דייקינן בהנך סהדי דמ"ד שלש תחילת שלש ומ"ד חמש סוף חמש והוי עדות מוכחשת הרי דלא אמרינן דמיישבין דבריהם ובסנהדרין ג"כ דייק מהך משנה דא' אומר בשני בחודש ואחד אומר בשלשה עדותן קיימת ש"מ רובא דאינשי טעו בעבורא דירחא ואם נאמר דמיישבין דבריהם לקיים עדותן דילמא רובא לא טעו ורק משום דמיישבין דבריהם אמרינן דטעו עיי"ש ולי נראה דלק"מ דהנה אם רובא לא טעו מה נעשה אח"כ כשיבואו עדים להזימן ויאמרו בשלשה בחודש עמנו הייתם איך נהרוג אותם מכת מה שאנחנו ישבנו עדותן ואמרנו דהי' כונתו בשלשה וטעה בעיבורא הרי יותר נצטרך לומר דכונתו הי' באמת על שני ועד השני הי' כוונתו לשלשה בחודש כדי שיהי' הכחשה ולא נתקיים עדותן כדי שלא נקטול אותם וכן העדים עצמן יאמרו למה ישבתם את העדות לקיים וכדי להרוג אותנו אנן בתחילה הי' כונתינו להכחשה וכן בפסחים יאמרו כן ורק אם רובא דאינשי טעו ממילא נתקיים עדותן והוי ככיונו ליום אחד ואדרבה נראה דמשם דייק הר"ן דמיישבין עדותן דאף דרובא טעו היינו דרוב אנשים אין יודעין אבל מ"מ אין דרך לטעות ולהעיד וע"כ דזה משום דמיישבין דבריהם ודו"ק:

ט) דנין הדבר כמוכחשין להקל. הרמב"ן יליף זה מהא דפריך לרב דאמר עדות מיוחדת פסול מהא דאמרינן הודאה אחר הודאה מצטרפין נימא דאמנה דמסהיד האי לא מסהיד האי והרי דדנין להקל ובעניי לא אבין דהתם העדים אין יודעין אם מנה אחת הוא שפיר פריך איך נחייב ונוציא מספק כיון דלרב אף אם העדות אמת אין להוציא על ידם וצ"ע:

ו) אע"פ שלא ראו שני העדים המעשה כאחד. התומים צידד אי מדאורייתא כשר עדות מיוחדת או רק מדרבנן שלא תנעול דלת ולא ידעתי דהרי הוא ש"ם מפירש דיליף מקרא והנתה"מ כ' דשם במכות איירי בא' ראה מחלין זה וא' מחלין זה וכאן איירי משני מעשים דאחד אומר בניסן וכו' וגם זה תימה דגם זה הוא ש"ם מפורש בסנהדרין ויליף מקרא דאו ראה עיי"ש וגם מ"ש התומים שם ס"ק י"א ליישב מה שהקשה על הרמב"ם דפסק דעדות מיוחדת מהני ובפ' השולח פריך סתם ש"ס ואי בעדי חתימה מי מהני אמר לזה בפ"ט ולזה בפ"ע ותי' התומים דגיטין דמי לד"נ ולא ידעתי כלל דא"כ מאי דתי התם דילמא כר"י בן קרחה ס"ל והרי אף ר"י ב"ק לא אמר דמצטרפין רק בד"מ ופשוט ומשם ג"כ מבואר דמהני מדאורייתא דאל"כ למה כשר בגט אמר לזה בפ"ע ולזה בפ"ע:

יא) הא דהלואה אחר הלואה מצטרפין כשתבע שני מנים דאל"כ הרי ע"א מוכתש מהתובע. עיין סמ"ע ס"ק כ"א דהודאה והלואה מצטרפין אף דעד המעיד על ההודאה הי' קודם זמן של המעיד על ההלואה אף בלא תובעו רק מנה אחת די"ל דהודה קודם שהלוה ע"כ והשטה"מ הקשה דהא מ"מ התובע מודה דעד הראשון בטל כיון דלא הוי רק כאומר אמנה הי' דברינו ולדעתי לק"מ דהרי הודאה הוי תוב גמור ואף דהי' דעתו שילוה ממנו מ"מ הרי מצינו בשטרי הקנאה בב"מ (ד' י"ג) דמיד נשתעבד לו ואף דהי' דעתו שילוה לו ופשוט:

עיין תומים הקשה דאף בהודאה אחר הודאה כשאין תובע רק מנה למה נצטרף והרי בגמר' פרכינן לרב דאמר הלואה אחר הלואה אין מצטרפין דסובר עדות מיוחדת פסול הודאה אחר הודאה נמי נימא האי מנה דאודי קמי האי לא אודי קמי האי ומשני דאמר לי' בפירוש האי מנה דאודית לי קמי פלניא אודי לי וכו' וא"כ אף לדידן יקשה נהי דלא פסקינן כרב הוא רק דאף שני מנים מצטרפין אבל באינו תובע רק מנה למה נאמר דאותן הודאות הי' על מנה אחת מספק נימא דהי' על שני מנים וכמו שדייק הרמב"ן מכאן דמספק דנין אותן כמכחישין להקל וה"נ כיון דאינו תובע רק חד מנה נידון אותם כמכחישין ונימא דהוא מנה אחרת וממילא נתבטל ע"י תביעת התובע כיון שאינו תובע רק מנה אתת ע"כ ולדעתי לק"מ דבשלמא לרב דגזה"כ הוא דאין עדות מיוחדת מצטרפין ואף דלא איברי סהדי אלא לשקרי והרי עכ"פ חייב לו מנה דע"ז יש שני עדים מ"מ כן הוא גזה"כ דאין מוציאין על ידם שפיר פריך דאף הודאה אתר הודאה לא יצטרף שמא מנה אחרת הוא אבל לדידן דרק היכי דאין להם נאמנות אין מצטרפין אבל אם ידעינן בודאי שחייב לו שפיר מוציאין ממנו א"כ ממ"נ בהודה לו שני מנים אם באמת הודה הרי חייב לו שני מנים ואם תאמר דהכל שקר מאי מנה אחרת יש כאן שנאמר דאין זו מנה הראשונה והרי אף מנה אין כאן ורק כיון שהודה לפני שני עדים נתחייב במנה וא"כ זה החיוב ודאי אין כאן רק מנה אחת דיותר אין יכולין לחייבו וע"כ דמנה אחת הוא אותה שחייב מכח הודאה ראשונה והוא ברור:

יב) כגון שאומר אחד בב' בחודש וכו' וטעי בעבורא דירתא. התומים הביא דעת כמה פוסקים דאם שני העדים אומרים ביום אחד ואח"כ באו מזימין לא יהבינן להו טעותייהו לומר שמא שניהם טעו בעבורא דירתא ואם אמרו בב' בחודש הי' המעשה ובאו עדים ואומרין בב' בחודש עמנו הייתם קטלינן להו ולא אמרינן דילמא טעו והקשה התומים דבסנהדרין (ד' מ') פריך אלמה לא משכחת שמונה חקירות והאיכא כמה בשעה וקאמר לאביי וכו' ולרבא דאמר טעו אינשי טובא מאי איכא למימר ר"ל דאין נ"מ בכמה בשעה

כיון דאף ביותר משעה טועה ע"כ והרי עדיין נ"מ דאם שניהם יאמרו שעה אתת בשוה בחצי שעה ראשונה ואז לא ניתיב להו טעותייהו ע"כ קושיית התומים.
ונראה דלפי דבריו יותר יקשה לכ"ע הא נ"מ דאם נשאל בכמה בשעה אי בחצי ראשונה או בחצי שני' לא נצטרך ליתן להם טעותייהו כ"כ רק לפחות חצי שעה וכבר הקשה כן המהרש"אאכן לפענ"ד דאין עיקר החקירות כדי שיוכלו להזימן ולהרוג אותן רק עיקר החקירה והשאלה כדי לבטל עדותן דשמא ע"י החקירה יכחישו עצמן וכן מוכת מלשון הכתוב והנה אמת נכון הדבר היינו ששניהם כיונו כאחד עדותן וכמו דאמרינן זה אומר בסייף וכו' אין זה נכון וכן הסברא דאם עיקר החקירה כדי שיוכלו להזימן הי' די בחקירה בכמה, בחודש ולא מצינו רק דהזמה תלוי בחקירות אבל לא החקירות כדי להזים וא"כ שפיר קאמר הש"ס הא טעו טובא וא"כ אף אם אחד יאמר בחצי הראשונה והשני יאמר בתצי שני' לא יתבטל עדותן וא"כ למה נתקור ע"ז וכל תקירות השעות שמא יאמר זה בשני וזה בחמשה ויתבטל ודו"ק כי כן נראה ברור:
ועיין ברש"י שם במשנה ד"ה באיזה יום של שבת כ' דאף דכבר שאלו להם בכמה בחודש מ"מ שואלין להם בכמה בשבת משום המזימין שמא יתנו לב על זמן השבת ולא יתנו לב על זמן החודש והמהרש"ל הקשה למה לא פירש ביותר משום דיוכלו להזימן יותר דעל יום החודש טועין בעבורא דירחא והמהרש"א תי' דבלא"ה נוכל להזימן דניתיב להם כל טעותייהו ותמהו עליו דמ"מ נ"מ דלא נצטרך ליתן להם טעותייהו והתומים תמה ביותר על המהרש"א דשם בע"ב גבי בכמה בשעה הקשה המהרש"א דילמא שואלין בכמה בשעה כדי לקצר וניתן להם זמן קצר לטעות שלהם א"כ סותר עצמו ולי נראה בזה דהנה הרי אנו רואין דאין לחקור ולשאול כדי לקצר טעותייהו דאל"כ קשה לאביי ורבא דאמרו אדם טועה בשעור זה ואמרו דזה דאמר בשלש כונתו לתתילת שלש וזה שאמר בחמש כונתו לסוף חמש ואח"כ ניתן להם טעותייהו ולמה אין מדקדקין שמא יאמר זה שהי' כונתו לסוף שלש וזה לתחילת חמש ולא נצטרך ליתן להם בטעותייהו כ"כ ונוכל להזימן בשעור הקטן ביותר וע"כ כיון דהתורה לא ציותה לחקור ע"ז אין לנו לחקור ולשאול ואף דנצטרך ליתן להם שעור גדול אין לנו בזה כיון שכבר אמרו באיזה שעה וה"נ אם כבר אמרו בכמה בחודש והוא עצמו יום השבת למה לנו לחקור על יום השבת ואף אם תאמר דהדין לשאול אין זה מהחקירות ורק הא דשואלין בתתילה על איזה חודש בשנה ואח"כ באיזה יום בחודש ואח"כ באיזה שעה ביום היינו למעט זמן מהזמן שכבר אמרו ולהקטין הזמן ואין זה ממה שכבר חקרו וכן בכמה בשעה הוא להקטין מזמן שכבר אמרו שפיר הקשה המהרש"א דנמעט כמו בכמה בחודש אף דיכולין ליתן להם טעותייהו

לכל החודש שיאמרו המזימין כל החודש היו עמנו מ"מ כיון דמקטין הזמן שפיר הוי חקירה אבל יום השבוע דהוא בעצמו יום החודש ורק כדי שלא נצטרך ליתן טעותייהו זה אינו חקירה ויש ליישב בזה עוד מה שהקשה התומים אך כבר יצאתי לאריכות ודו"ק:

יג) וטעו בעבורא דירחא. התומים הביא תשו' הרא"ש דכ' בנידון גט שכתוב בו ברביעי בשבת כ' לחודש ויום כ' לחודש הי' בשלישי בשבת וכ' דכשר הוא דמה דיני נפשות אמרינן דטעו כ"ש זה וכו' ואע"ג דלאחר רובו של חודש לא אמרינן דטעו הכא אין חילוק דע"כ טעו דאם רביעי הוא אינו כ' לחודש והתומים תמה דמאי כ"ש הוא זה וגם מה זה שכ' דע"כ טעו הא גם בד"נ ע"כ טעו ע"כ ולי לק"מ דודאי בד"נ הא חסר מהחקירות ואם מכחישין דבריהם ולא עבידי דטעו ע"כ משקרין אבל בגט דאין שום חשש רק משום שמא הקדימו זמנו ואם היו רוצין להקדים הי' להם לכתוב בג' בשבת שלא יהא נראה הקדמתן וכיון דנראה הקדמתן אין שום חשש וע"כ טעו והי' בכ"א בחודש ואין צריך כאן לחקירות שנאמר כיון דאין מכונין פסול ודו"ק ובגוף תשו' הרא"ש עיין לקמן סי' מ"ג שהארכתי:

יד) אחד אומר בניסן פרעו מנה וכו'. הסמ"ע ס"ק כ"ז כ' דכאן נמי איירי דהלוה אומר שפרעו שני מנים והתומים הקשה דאף אם הלוה אינו אומר שפרעו רק מנה מ"מ הרי יש לו מיגו דהי' יכיל לומר שפרעו שני מנים ובשלמא לעיל במלוה הוי מיגו להוציא אבל כאן למה לא יהי' נאמן במיגו והנתה"מ כ' דהסמ"ע אזיל בשיטת מהרש"ל דג' שתבעו מנה והי' אחד בע"ד ושניהם עדים והוציאו ואח"כ הודו הרי צריכין להחזיר וע"כ הוא משום דהודו דהעדים פסולין וה"נ הרי אומר שאחד משקר ופסול עיי"ש ואני לא אבין דע"כ טעם של מהרש"ל לפי שהוציא שלא כדין או מאיזה טעם אחר יהי' מאיזה טעם שיהי' ועיין קצה"ח שפקפק עליו בסי' ל"ב אבל כאן הרי ממש הדין של רבה ור"י דאמר אין שטרא זייפא ולא ידעתי כונת הנתה"מ בזה דלכאורה קושיית התומים הוא קושיא גדולה דשם קיי"ל דהיכי דקיימא ליקום ונראה לתרץ קושיית התומים דהנה בפשוט דזה הוא המיגו דאין מודה במקצת נאמן במיגו שהי' כופר הכל או שהי' כופר יותר דאין יכול להעיז ולכפור יותר אך הקושיא הוא דמיגו דהעזה דלא אמרינן הוא רק לאפטורי משבועה אבל לאפטורי מממון אמרינן אף מיגו דהעזה ואך לקמן כללי מיגו אמרתי ליישב קושיית הקצה"ח שהקשה מה לי ממון מה לי שבועה ואמרתי דזה הוי ספק אם איש זה יכול להעיז ולכן אין להוציא ממון אף דיש לנו ספק על איש הזה אם הוא יכול להעיז והארכתי שם ולפ"ז כאן בספק מיגו נגד שטר לא אמרינן ודו"ק ואף דכתבו קצת פוסקים דהיכי דיש לו עד מסייע יכול להעיז אכן לא אמרו זה רק לגריעותא דהיכי

דנאמן ע"י טעם דאין מעיז אם יש ע"א מסייע אמרינן דאינו נאמן עיין מ"ש בזה בסי' פ"ז ובחידושי לאה"ע סי' י"ז בענין אין אשה מעיזה פני' בפני בעלה אבל ודאי לטיבותא לא נאמר דודאי יעיז ודו"ק:

טו) פרעתי. עיין קצה"ח ס"ק ט' ועיין לקמן סי' פ"א בנתה"מ ובמ"ש שם דהעיקר דאם יש שני עדים לא אמרינן דא' משקר:

טז) אבל דיין שהעידו לפניו אינו מצטרף עם אחד שהעיד לפניי. דין זה נובע מש"ס כתובות (ד' כ"א) דאמר שם מאי דקמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא ולכאורה אין דין זה מוסכם דהרי הראב"ח פירש שם דכונת הש"ס דחסר מקצת מן הקיום דאין על עד השני רק מחצית הקיום עיין בש"ך סי' מ"ו ס"ק מ"ו וכן לפי' התוס' שהביא שם הש"ך בשם הריטב"א דאיירי דהעד העיד גם על עד השני וכונת הש"ס דנפיק לכי ריבעא דממונא ע"פ ע"א א"כ אין ראי' כלל שלא יוכל ע"א להצטרף עם הדיין ולכאורה קשה על המחבר לפ"ז דהש"ך הביא שם דהב"י הגיה בר"ן דגרס על העד ועל הדיין וסובר דאף אם אחרים מעידין על עד ועל הדיין פסול הקיום מטעם דחסר מקצת מן הקיום א"כ לכאורה אין ראי' לכאן אך זה יש ליישב דשם ג"כ אף דחסר מקצת מהקיום היינו כשאנו רוצין לקיים העדים החתומין על השטר אין כאן קיום שלם אבל מ"מ יוכשר השטר משום דהרי הדיין עכ"פ מעיד דנתקיים לפניו השטר א"כ ודאי זה חייב לזה ומה לנו בעד השני דאין עליו רק מקצת הקיום וא"כ נשמע דאין דיין ועד מצטרפין לחייב ושפיר ממילא שמעינן הך דינא דהכא וכן פירש בס' שע"מ כונת הש"ס מאי דקמסהיד סהדא עיי"ש אך לפי פירוש הראב"ח והריטב"א אין מקור לדין זה ודו"ק כי קצרתי:

יז) אם העידו על חצי דבר וכו' אפי' העידו שנים בשער אחד ושנים בשני אינו כלום. עיין סמ"ע ס"ק ל"ט בשם התוס' מה שתירצו דקשה מהא דג' כתות שהעידו כל כח על שנה אחת דהוי חזקה והנה הרי"ף תי' דכיון דמהני כת אחת לענין שיצטרך המחזיק לשלם לכן לא הוי חצי דבר ועיין בשע"מ הקשה דלהרי"ף איך יצטרפו עדי מודעה עם עדי האונס הא הוי ח"ד ולי עוד קשה דהרי בא' אומר אכלה חטים וא' אומר אכלה שעורים קיי"ל דהוי חזקה והיינו שמתרץ הר"ן כיון דאין עדותן על גוף הדבר דאין נ"מ לענין לכן לא איכפת לן מה דא' מוכחש מהמחזיק עיין חידושי הר"ן לסנהדרין והנתה"מ לעיל ס"ק ג' כיוון לדבריו והרי בזה לא יצטרך המחזיק לשלם וא"כ איך יצטרפו אז ג' כתות ודוחק דאה"נ כה"ג לא מצטרפין וגם סברת הרי"ף הוא דוחק לכאורה ולכן נראה דאולי כונת הרי"ף למה שמצאתי בש"מ ב"ב דמתרץ הקושיא הנ"ל דלא שייך חצי דבר רק בשערות דהן הגדלות אבל בעדי חזקה דאין חזקת הקנין רק לראי' על הקנין לא שייך בזה ח"ד וזה

ג"כ כונת הרי"ף דהם אין באין על הקנין ואדרבה הם באין לחייב התחזיק ואין כונתו דבאין לחייבו רק ר"ל דאין מעידין על הקנין ורק אנן פוסקין ע"י אומדנא דאין אדם מניח לחבירו לאכול פירותיו ג' שנים לכן אין שייך בזה ח"ד ולפ"ז ל"ק מידי:

יח) התומים הביא דברי הרמב"ם דשלשה עדים שאמר אחד א"י בחקירות עדותן קיימת וכמו שפירש רבא המשנה בפ' היו בודקין (ד' מ"א ע"ב) ותמהו עליו דהא הש"ס מסיק התם כמאן דלא כר"ע דתקיש שלשה לשנים וא"כ אנן דקיי"ל כר"ע דמקיש שלשה לשנים ואף בשלשה נמצא אחד קרוב או פסול עדותן בטלה וא"כ איך פסק כאן דעדותן קיימת כיון דרבא תלה זה בזה ומה שתי' הלח"מ דהרמב"ם איירי כשלא העידו תכ"ד חוץ ממה שכבר דחה התומים דבריו אין מקום דהרמב"ם יכתוב דין אחר לפי היוצא מהגמר'. ונראה בישובו דהנה המפורשים הקשו דרבא דאמר מתני' דלא כר"ע יקשה אלא כמאן דהרי לא מצינו מי שיחלוק עליו אמת דהתוס' שם תי' דר"ש פליג על ר"ע אכן הקדמונים כולם פה אחד דהכל מודים בזה דנמצא אחד קא"פ עדותו בטלה ונראה דהנה קשה לפי המבואר שיטת הרמב"ם דצירוף קרוב או פסול שיתבטל העדות הוא רק בשעת ראי' ולא איכפת לן בהגדה מה שהגידו בב"ד כאחד עיין לקמן סי' ל"ו ואם בשעת ראי' כשר הי' ואח"כ נפסל לא נתבטל העדות ע"י צירוף שלו וכן כ' התומים שם בפשיטות וא"כ קשה דמאי קאמר דלא כר"ע דמה ענין צירוף פסול בשעת ראי' לזה האומר בחקירות איני יודע דכל המעיד שראה שפלוני הרג רק עתה אינו זוכר באיזה יום הרי אין הפסול בשעת ראי' ובפרט לפי דברי הר"ן המובא בקצה"ח ס"ק ב' דבאומר היום הרג א"צ דו"ח א"כ בשעה שראה שהרג הי' בודאי כשר דהרי ראה שהיום הרג וא"צ לידע כלל איזה יום בחודש וא"כ מה סברא שיפסול עדותן ע"י שאומר א"י והוא קושיא גדולה לכאורה. ונראה דהנה שם במכות (ד' י') במשנה דנמצא קו"פ עדותן בטלה קאמר רבי בד"א בזמן שהתרו בהם היינו שהקרוב התרה בהרוצח אבל לא התרה מה יעשו שני אתין שראו באחד שהרג הנפש וקאמר שם רבא דשאלינן להו למחזי אתיתו וכו' ונראה בעליל דדברי הרמב"ם דסובר דצירוף קרוב תלוי בשעת ראי' הוא רק אליבא דרבי דסבר דצריך להתרות ואליבי' קאמר רבא דאם למחזי אתא לא ביטל העדות אבל למאן דפליג על רב ודאי דאין תלוי בראי' רק בהגדה אם נצטרף אז קרוב א"פ נתבטל העדות ולפ"ז הא דאמרינן בש"ס כאן כמאן כר"ע הוא שלא אליבא דרבי דתלה ביטול העדות בצירוף בשעת ראי' רק אליבא דמאן דפליג על רבי ונראה דס"ל להש"ס דר"ע דלא מחלק בין התרה הקרוב הוא בעצמו דלא כרבי והיינו דרבי פליג עליו ואף דבסנהדרין (ד' ט') קאמר וקמפלגו בפלוגתא דרבי ור"י אליבא דר"ע היינו בדין נמצא קרוב א"פ דזכר ר"ע או ע"כ נצטרך

לפרש כאן פ' היו בודקין כמאן כר"ע היינו כר' יוסי אליבא דר"ע עיקר. היוצא מדברינו דהא דאמרינן כאן דבאומר אחד א"י עדותן בטלה הוא רק למאן דפליג על רבי וסובר דהצירוף קרוב תלוי בשעת הגדה ולפ"ז מיושב קושיית המפורשים דאמר כמאן כר"ע היינו דלא כרבי ולפ"ז ממילא מיושב דברי הרמב"ם דסובר דבשלשה שאמר אחד איני יודע עדותן קיימת דלפי שיטתו דפסק כרבי דעיקר צירוף קרוב הוא בשעת ראי' א"כ באומר א"י אין כאן ביטול דהרי בשעת ראי' כשר הי' ודו"ק:

ט) הב"י הביא כאן תשו' הרשב"א העתיקו הש"ך בס' תקפו כהן וזה לשון השאלה אחד שמכר קרקע לחבירו ובאו שני עדים ואמרו כי תנאי הי' בהמכירה שאם יחזור לו מעותיו עד שלש שנים שיהא המכר בטל והלוקח הביא עדים שלא הי' תנאי והשיב הרשב"א כיון דלדברי כולם ירד הלוקח ברשות אלא שזה מביא שצריך להסתלק הרי הקרקע בחזקת לוקח ולא בחזקת מרא קמא וכ"ש לדעת ר"ח דתרי ותרי הוי ספיקא דאורייתא ומהני תפיסה אפי' בעדים ואף דאין קרקע נתפס מהני לזה שירד ברשות ע"כ ותמה שם הש"ך בת"כ דהא בכל ספק בקרקע מוקמינן בחזקת מ"ק ופירש הש"ך דכונתו דאחר שלשה יוכל לסלקו לכן הוי בעלים עד אותו זמן כיון שאין יכול לסלקו חיך שלש וגם ע"ז חולק הש"ך גם אין לשין התשובה משמע כפרושו גם שיסתלק משמע שיהי' המכר בטל למפרע וגם מה זה שכ' וכ"ש לדעת ר"ח דאדרבה אם הי' המכר מכר גמור גרע להמחזיק מה דתרי ותרי ספיקא דאורייתא ודו"ק. ואשר הנראה לפרש כונת הרשב"א ע"פ מה שאמרתי כבר להסביר טעם הסובר דתרי ותרי הוי ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה והרי כיון דספיקא הוא הי' לנו לאוקמא אחזקה כמו בכל ספק ואמרתי ע"פ סברת התוס' פ' מרובה דהקשו להימני עדים האחרונים במיגו דהוי פסלו לקמאי ותירצו דמיגו לא עדיף מעדים ולא עדיף מאלו יש עוד עדים אחרים עמהם ותרי כמאה עיי"ש וא"כ ה"נ כיון דעדים מוציאין מחזקה א"כ לא עדיפא החזקה מעדים ועדים המסייע להם החזקה לא עדיפי מאלו יש עוד עדים עמהם ותרי כמאה לכן הוי ספיקא דאורייתא ותה"ל מצאתי הדברים בישועות יעקב בחידושיו לאה"ע ואך לפ"ז צריך להבין מ"ט דמ"ד דלא הוי רק ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמא אחזקה ואמרתי סברתם דהנה בחזקה מצינו שני דברים הא' חזקת הגוף דאמרינן דלא הי' כאן שינוי ממה שהי' קודם כדיליף מנגע וחזקה כזו קראו האחרונים בירור דברים דאין לנו לחוש שמא נשתנה אכן עוד מצינו גדולה חזקה דאף דיש ריעותא ואין אנו יודעין כלל האיך הי' מקודם ושמא אף בתחילה נתחזק שלא כדין מ"מ אין הב"ד מוציאין הדבר מחזקתו מהמוחזק בה כעין שאמרו בפ' האשה שנתארמלה גדולה חזקה כיון שאכלו תרומה בגבולין לא הוציאו אותם מחזקתם עיי"ש

ודוגמא לזה מצאתי במפורשים שתי' בקושיית התוס' גבי ה"ז גיטך אם מתי דאסורה לאכול בתרומה מיד והקשו דא"כ כל אשה לא תאכל בתרומה רק בפני בעלה ותי' דגבי גט נפל חזקתה אבל בכל אשה אף דחיישינן שמא ימות מ"מ חזקתה האוכלת בתרומה עד עכשיו לא איתרע עיין בישועות יעקב באה"ע סי' קנ"ו וזה ג"כ טעם הסובר דאוקי מדאורייתא אחזקה אף דיש עדים נגד החזקה ולא עדיף החזקה עם העדים המסייעין לה מן עדים שכנגדה ח"מ אין הב"ד מוציאין מחמת ספק מחזקה שנתחזק עד עכשיו ואם מחמירין זה רק מדרבנן. ועתה נחזור לתשו' הרשב"א הנה כבר כתבו האחרונים דחזקת מרא קמא הוא כמו חזקה באיסורין ולא כחזקת ממון דרק אמרינן בה הממע"ה רק אמרינן דלא הי' בה השתנות ורק נגד זה הרי יש עדים כאן לבטלה דהרי שנים אומרים שלא הי' תנאי ואף דשנים מכחישין הא כאן המחזיק דהוא הלוקח מחזיק בה עכשיו ואם אין על הב"ד להוציא מחזקה הרי ישאר ביד המחזיק וזה שכ' הרשב"א כיון דירד ברשות אין להוציא ממנו וסיים וכ"ש לשיטת הר"ח דהוי ספיקא דאורייתא ודאי איתרע חזקת מ"ק ואין להוציא ודו"ק ואף אם נמצא חולקין על הרשב"א עיין לקמן סי' מ"ו בקצה"ח ס"ק כ' ובמ"ש שם מ"מ דברי הרשב"א עכ"פ מובנים בלי גימגום:

סימן לא

א) שתי כתי עדים המכחישין זא"ז. הש"ך ס"ק א' הביא דהי' מחלוקת בין חכמי בריסק בכת אחת שאחד הכחיש השני דיש שהיו סוברין כיון דלא נכחש רק מע"א אף הם עצמן מצטרפין לעדות אחרת והש"ך הקשה ע"ז מדברי הר"ן בכתובות (ד' כ"ב) דאמרינן אחד אומר נתגרשה וא' אומר לא נחגרשה תרווייהו בא"א קמסהדי והאי דאמר נתגרשה הוי אחד במקום שנים והקשה הר"ן דמשמע דלא היינו יודעין שהיא א"א רק על פיהם והאיך נעשית א"א ע"פ כיון דמכחישין זה א"ז ואחד פסול ותי' דהכחישו עצמן בזה שאחד אמר קרוב לו וכו' וכה"ג אין נפסלין ע"כ הרי דגם עד נגד עד הוי הכחשה ואין מצטרפין אף דמה שאומרין דהיא א"א הוא עדות אחרת ע"כ. ונראה לתרץ ע"פ מה שאמרתי להבין טעם אותן החכמים הסוברין דאין נפסלין דהוא משום דכל שאין שני עדים לפוסלו אמרינן דעשה תשובה וכמו שמצינו בסמ"ע סי' צ"ב דאף דחשיד אממונא חשיד אשבועה וכל שיש שני עדים שגזל לא נתכשר ע"י ספק שמא מלוה ישנה יש לו אצלו אבל כשאין כאן עדים אמרינן ספק מלוה יש לו עליו ושוב מצאתי כן בתשו' מהר"ם מינץ מאובין והביא מכל האחרונים דלכן באשה משביעין אותה שלא זינתה ולא אמרינן דחשידה אשבועה משום דלא נפסלה ע"י עדים אמרינן דעשתה תשובה וה"נ היכי דאין כאן רק ע"א אמרינן דעשה תשובה ושוב נראה כן מש"מ כתובות (ד' י"ח) גבי ע"א שהעיד שגזל

דנאמן החזרתי שלא בעדים כיון דלא נפסל ע"י שני עדים ולפ"ז מיושב מה שהקשה הש"ך דהרי לא קאמרו חכמי בריסק רק דמצטרפין אח"כ דאף דעכשיו ע"כ אחד משקר שמא אח"כ עשה תשובה אבל בדין דהר"ן שם בגמר' דבזה דמכחישין עצמן בנתגרשה אמרו שהיתה א"א ואתה מצרף עדותן להחזיקה בא"א שפיר הקשה הר"ן דאיך מצטרפין דעכשיו אחד פסול והארכתי עוד בזה במ"א. ובזה נדחה נמי מה שיש רוצין להביא ראי' מהרמב"ם מדלא כתב גבי אחד אומר נתגרשה וכו' כהר"ן דהיינו דמכחישים עצמם אם הי' קרוב לו ע"כ דסבר כחכמי בריסק דאף בהכחשה גמורה נאמנים לעשותה א"א ולפמ"ש אף החכמי בריסק מודים בזה דאין מצטרפין ובדברי הרמב"ם כתבתי בחידושי לאה"ע. והנה יש לעיין קצת דהטו"ז מתרץ סתירת המחבר דבסי' כ"ט כ' דמיישבין דברי העדים שלא יהי' מוכחשין ובסי' למ"ד כ' דדנין כמוכחשין וכ' דהיכי דיפסלו העדים מיישבין דבריהם ולפי דעת אותן החכמים לעולם לא יפסלו וצריך לעיין בזה:

ב) עדים המכחישין זה א"ז התוס' הקשו להימני בתראי במיגו דאי בעי פסלו לקמאי בגזלנותא ובשם ר"י תירצו דהוי מיגו בשנים ובס' ים התלמוד הקשה אכתי להימני במיגו דהיו מסייעין לקמאי והי' מכחישין עצמן בחקירות ויתבטל עדותן אף אם אחד יכחיש וא"כ לא הוי מיגו בשנים ומה שתי' שם דחששו אולי לא יחקרו הב"ד אין זה מעלה ארוכה דיכולין להכחיש אף אם אין הב"ד חוקרין ואף שקושייתו בלא"ה ל"ק דמאי נ"מ איך יכחישו אם בהכחשה בגוף הענין או בחקירות אך מ"מ נראה לתרץ דהנה התוס' תירצו שם מקודם דהוי מיגו במקום עדים ואף שגם הם עדים וא"כ י"ל דהר"י מטעם זה לא ניחא לי' לתרץ דהוי מיגו במקום עדים כיון שגם הם עדים ולפ"ז לא קשה קושיית ים התלמוד דיכחישו בחקירות וכל עד יש לו מיגו בפ"ע דאם נחשוב כל עד בפ"ע יהי' מיגו במקום עדים כיון דהוא רק אחד: ג) מלוה שיש לו על לוה אחד שני שטרות אחד במנה וכו' לא ישלם אלא מנה ומוציאין השטר של ר' וקורעין אותו. הב"ח הקשה למה יקרעו אותו שמא אח"כ יביא המלוה עדים לפסול עדים של שטר המנה ויוכל לגבות שטר של הר' עיי"ש ועיין בב"י לשין של הבעה"ת ומשמע משם כיון דהמלוה משביע את הלוה שאין חייב לו יותר לכן כופין אותי לקרוע שטר של הר' וא"כ דין זה פשוט לקמן סי' ע"ה דיוכל הלוה לומר בטל כל שטר שיש לך עלי שאין בדין שתשביע אותי ותחזיק שטר עלי ולפ"ז אם המלוה אינו רוצה להשביעו אפשר דאה"נ דאין כופין אותו להוציא השטר ולקרעו וגם מה שהקשו דהא מהני תפיסה לא קשה לפ"ז ואך אם שני השטרות שוין ודאי מוציאין אותו כמ"ש הסמ"ע שלא יצא מכשול מתחת ידם דיבוא אח"כ לגבות בו. והנה הגד"ת כ' באחד שקנה שני השטרות מב' מלוין גובה שתיהן ותמה התומים

דלא אמרינן אי שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרא רק להחזיק ולא להוציא ודחה דברי הגד"ת וכן החזיק אחריו הנתה"מ א"כ לפי מ"ש דהיכי דאינו משביעו אין יכול להוציא רק מטעם של הסמ"ע א"כ עכ"פ בלוקח אין להוציא ממנו השטר דזה להוציא שפיר יוכל לומר אי שתקת ומ"מ אפשר שיוכל הלוה לומר דאינו רוצה לשלם עד שיחזיר לו שני השטרות אך אין זה סברא שלא ישלם מה שהוא ודאי ואף דאין הלוה צריך לשלם ער שיחזיר השטר היינו שטר שלו דהוא למשכון על מעותיו אבל מה לו לשטר השני ועיין לקמן סי' ס"ד וקצת יש לפרש כן כונת הגד"ת כיון דאין מחזיר לו השטר יוכל עי"כ לגבות שתיהן דמצא אח"כ השטר בב"ד אחר ואפשר אף בב"ד זה יוכל לגבות עיין מ"ש בסמוך לקמן ועיין תומים מ"ש לתרץ למה ישבע ש"ד נגד שטר ועיין מ"ש עליו לקמן סוף סי' פ"ח:

ד) ואם הוציא שטר אחד גובה ואם אח"כ הוציא שער השני גובה בו. עיין סמ"ע ס"ק ו' וב"ה והנה הקשו דברי הטור אהדדי דבתחילה כ' דברי הרא"ש דאין גובה שתיהן ואח"כ סיים לשון הרמב"ם דאף מלוה אחד יכול לגבות שתיהן מלוה אחד עיי"ש. והנה לפענ"ד הי' נראה דלק"מ דלכאורה דברי הרמב"ם ברורים דהרי דין זה הוא ממש כמו הדין דב' שבילים דאם הלך באחד ועשה טהרות טהורים ואם הלך בשני אף אחר שטבל ושניהם לפנינו שניהם תלוים אבל אם נאכלו הראשונות ואח"כ הלך בשני אחר שטבל אף השניים טהורים כיון דאין שתיהם לפנינו וה"נ בדין זה כיון דבכל כת יכול להוציא ורק ביש לו שתיהן אינו גובה וא"כ אם כבר גבה בשטר אחד והוציא אח"כ השני דשוב אין הראשון לפנינו למה לא יגבה כיון דכל כת באה בפני עצמה ומעידה וגם אין לומר דהרי אין חייב לו רק שטר אחד דהא ודאי יכול להיות דחייב לו שתיהן אף דהעדים פסולין וצריך להבין מה הי' הסברא שכ' תחילה דאין גובה שתיהן אך י"ל דאיירי דהלוה טען מיד דיש לו עוד תחת ידו שטר מכח השני דזה הוי כבא לשאול בבת אחת והרמב"ם איירי דלא טען הלוה כלל וא"כ לק"מ ואף שיש עדיין לעיין בזה מ"מ נוטה הסברא כן ובודאי אם ילוה אח"כ בכת השני' גובה בו וה"נ כן אך בטלה דעתי נגד כל האחרונים שנראה שהי' פשוט להם בהחלט דשטר אחד הוא ודאי שקר ולכן צ"ע:

ה) שטר שבאו שנים ואמרו ממנו שאל לזייף שטר זה וכו' אא"כ באו עדי השער ומעידין שזה חתימתן דאז לא אמרינן דהם טועין. והנה לשיטת הרמב"ם דצריכין לזכור ההלואה א"כ ממ"נ אם זוכרין א"צ לטעם שאין טועין ואי אין זוכרין אין גובה כ' הב"י דאיירי בכת"י יוצא ממ"א דאין נאמנים לומר שאין זוכרין והש"ך תמה דמאי מהני כת"י יוצא ממ"א כיון דאין מקיימין שטר זה ע"י אחרים והנה לא על הב"י קשה קושיא זו רק גם

על המשנה דעדים שאמרו אנוסים היינו דהרי הם מעידין שרצה לזייף ומ"מ אין נאמנים כשכת"י יוצא ממ"א ואך צ"ל כיון דנתקיים השטר איגלאי מילחא דאף האחרים שהכירו חתימתן לא טעו ושפיר הוי מיגו במקום עדים ודו"ק ועיין לקמן סי' מ"ו:

סימן לב

א) אם לא שכרן רק פיתה אותן פעור אף מד"ש. והש"ך הקשה מקידושין פ"ב דמתמה הגמר' בפשיטות מכלל דת"ק סבר דאף בדיני שמים פטור והקצה"ח מתרץ דודאי יש עליו איזה עונש בד"ש רק חיוב חשלומין אין עליו אף בד"ש. והנה תורת אמת היתה בפיהו ומצאנו סברא זו בש"מ בשם הרא"ה ריש הכונס אכן לא זכיתי להבין דשם גבי כובש עדותו דפריך חייב בד"ש פשיטא דכתיב אם לא יגיד ונשא עונו וקשה דבקרא אינו מדבר מחיוב תשלומין רק דנושא עון וקמ"ל דחייב בדיני שמים חיוב תשלומין וצ"ע:

ב) אבל אם שכר עדות שקר לעצמו חייב להחזיר להוציא הגזילה מת"י.

לכאורה פשיטא ומאי קמ"ל ואולי קמ"ל אף דאומר דבאמת מגיע לו רק שלא הי' לו עדים ויש לו מיגו דלא הי' מודה ששכר מ"מ חייב להחזיר וזה כשיטת מהרש"ל בג' שתבעו והי' אחד תובע ושנים עדים והוציאו הממון אם הודו אח"כ צריכין להחזיר ואך הש"ך לקמן סי' ע"ז ס"ק ט"ו חולק על המהרש"ל ועיין מ"ש לעיל סי' למ"ד ס"ק י"ד ויש קצת ראי' לשיטת המהרש"ל מהא דאמרינן בשבועות בשלשה תובעין שלא יהי' אחד תובע ושנים עדים משמע דאם כולם תובעין אין יכולין להוציא וא"כ להסוברים דאמרינן מיגו להוציא למה לא יוציאו אלא ע"כ אף אם יוציאו צריכין להחזיר:

סימן לג

א) כל הפסולין לדון פסולים להעיד. עיין בשע"מ דחקר בע"א שהעיד במקום שאין מחייב שבועה אם יכול התובע לכוף את הנתבע שיקבל בחרם אם אינו מאמין לדברי העד ועיי"ש שהעלה דאין מחויב להאמין לו רק אם מהימן לו בכל הענינים אבל אין מחויב להאמין לו כאן לשלם ע"פ וכן כ' בתשו' שבות יעקב דאף דמהימן לי' אין יכול להחרים והביא ראי' מיו"ד סי' קכ"ז שיכול לומר איני מאמין לדברי העד ע"כ וצ"ע למה העלים עין מדברי הש"ך שם שכ' דאם באמת מאמין לו אסור לו לומר שאינו מאמין וגם בתשו' הרשב"א כ' דאף עכו"ם אי מהימן לי' אסור ועיין בפתחי תשובה באה"ע סי' קט"ו בשם רע"א ס"ק ל"ח וס"ק מ"ב כ' ג"כ דלאו דוקא כבת רב חסדא דקים לי' בגוה רק כל דמהימן לי' עיי"ש ומהנראה דאותן דסברו שצריך דמהימן לי' בכל דבר היינו דילפי מרבא דאמר דוקא בת ר"ח דקים לי' בגוה ולא אדע איך ילפי מהתם והא שם רבא דיין הי' ובודאי דיין אין יכול לדון במה דמהימן לי' הבע"ד ונוטה לבו לזה והרי אף בדין מרומה אין יכולין

לדון ולהפסיד אבל הבע"ד עצמו אי מהימן לי' הוי גזל בידו ובישועות יעקב ביו"ד סי' הנ"ל הסכים להש"ך בכל הענינים ושם מחלק בין יין נסך דאמרינן אי מהימן לך כבי תרי לשאר דברים לכן ודאי דדברי השע"מ צ"ע לדינא ודו"ק:

ב) חוץ מאוהב ושונא דכשרים להעיד. התומים הביא בשם מהרש"ל דדוקא סתם שונא אבל היכי דחבירו רודף להורגו הוי שונא גמור ואף להעיד פסול וראייתו מהא דכתבו התוס' במכות (ד' ו') במאי דפריך הרוג יציל ופירשו משום דהוא שונאו הרי דשונא גמור פסול ולא ניחא לי' בתי' מהרש"א דהפירכא קאי אליבא דר"י דאית לי' שונא פסול עיי"ש והנה כל המחברים חלוקין עליו והנה בפלוגתא דר"י וחכמים דהשיבו חכמים לר"י לא נחשדו ישראל על כך שיעידו שקר בשביל שנאה ופירשו קרא דלא אויב לו בדיין שלא ישבו שני שונאים בדין משום דכל אחד רוצה לסתור דברי חבירו ומשמע דאינהו ג"כ מסתבר להו לאוקמי קרא כדר"י דאיירי בעדים רק דלא ניחא להו לחשוד ישראל על כך ואי נימא דיש שונא הפסול כגון רודף למה לא מוקמי קרא כה"ג דרדף להורגו א"כ משמע ג"כ דאין חילוק וכהחולקין על מהרש"ל. והתומים מסביר דברי מהרש"א דעדיין קשה דמאי פריך הרוג יציל לר"י דילמא כרבי ס"ל דבעי שהקרוב ופסול התרו בו ופירש דכונתו לר' יוסי בר יהודא דחבר א"צ התראה עיי"ש באריכות דלדידי' שונא פסול ולפענ"ד דבריו צ"ע דהא בשונא אין פיסול בגופו רק דחיישינן דמשקר וקשה לי דמאי פריך הרוג יציל משום דהוא שונא דממ"נ אם הוא הרג אותו א"כ האמת הוא כן ואם לא הרגו אינו שונאו אך צ"ל דהרי שיילינן לעדים התריתם בו קיבל עליו התראה התיר עצמו למיתה וא"כ י"ל אף דבאמת הרגו מ"מ הי' בלא התראה או לא התיר עצמו וא"כ לא הוי כר"י בר יהודא דלדידי' א"צ התראה וגם לא בעינן התיר עצמו כמבואר (ד' ע"ב) וא"כ לא אתי כר"י בר יהודא דלדידי' לא קשה הרוג יציל ויש ליישב ודו"ק: ג) אם נפסק הדין כשהי' קרוב אינו יכול לחזור ולתבעו בעדות זה כשנתרחק. עיין קצה"ח וכבר כתבתי בזה לעיל סי' כ"ח והעיקר כהנחה"מ דהיכי דהגדתן לאו כלום הוא לא שייך בזה עביד לאחזוקי דבורי' והגהות א"ב הקשה דא"כ בהעיד לשותף ולא הי' השותף השני וכי נאמר דשוב אסור להעיד ולדעתי נראה דבאופן הזה ודאי לא אמר הנתה"מ ואדרבה דהתם דהועיל בעדותו ורק משים גזה"כ דצריך להעיד בפניו פשוט דכה"ג לא נפסל משום אחזוקי דבורי' דהרי אנן אמרינן דבתחילה ג"כ העיד אמת ורק נראה כונתו דאיירי היכי דהב"ד לא ידעו מקורבה שלהן ורצו לפסוק על פיו ונתודע דהוא קרוב ואז חיישינן שמא שיקר כיון דלא הי' עליו שם עד ובכזה שייך אחזוקי דבורם והתומים כ' דזה תלוי בפלוגתת הרמ"ה ומהר"ם באם כבר העידו שלא בפני בע"ד אם יכולין לחזור

ולהעיד בפניו לכן תמה על הרמ"א דסותר עצמו ונעלם ממנו שבעל העיטור גופי' מרא דהך דינא כ' דהיכי דהעיד שלא בפניו לאו כלום הוא ויחזור ויעיד בפניו הרי דאין תלוי זה בזה. והנה בא לפני שאלה בעדים שהעידו בערכאות ונשבעו שם כדיניהם ואח"כ באו לדין והנה מה שלא הגידו לפני ב"ד לאו הגדה הוא ומ"מ אין זה דומה למ"ש הנתה"מ דשלא בפני בע"ד דהגדתן לאו כלום לא עבידי לאחזוקי דבירייהו דאין בושין לחזור כיון דהגדתן לאו כלום הוא דהרי כאן שנשבעו מוכרחין לומר דנשבעו באמת ואך נראה גם בזה כמ"ש דאדרבה אנן אמרינן דודאי אמת הגידו ואין עליהם חשש משקרין ומגזה"כ צריכין להעיד שנית לפני ב"ד וא"כ יעידו ויתקיים עכשיו גזה"כ וראי' מצאתי בדברי הריב"ש הובא בב"י סי' כ"ח היכי דהגידו ע"פ החרם שיחזרו ויגידו. שוב מצאתי כעין שאלה זו ממש בישועות יעקב באה"ע סי' מ"ב והי' ענין דפוסל בלא"ה העדים וצירף שם לסניף בעלמא דעביד לאחזוקי דבורי' ולא סמך ע"ז כלל לפוסלן מטעם זה עיי"ש. ולולי דמסתפינא הי' נראה לומר טעם אחר לדין זה והרי אף הקצה"ח נתן טעם אחר לדברי הרמ"א שלא כבעה"ע והיינו דהא יש פוסקים דבנצטרף קא"פ בהגדה נתבטל כל העדות ואין תקנה שיחזרו הכשרים ויגידו בפ"ע וא"כ לא עדיף הפסול עצמו שהעיד בשעת פסולו שיוכל לחזור ולהגיד ואפשר דמה שכ' הבעל העיטור טעם דעביד לאחזוקי דבירי' דזה גם טעם לזה למה לא יוכל הכשר לחזור ולהעיד משום דיחזיק דבירי' ולפ"ז בנידן שהעידו בערכאות ודאי לא מיקרי הגדה בפיסול ואף דהאחרונים לא ירדו לזה מ"מ הבו דלא להוסיף כיון דכל דינו של העיטור הוא דבר חדש ותה"ל כי נתתי טעם לזה עיין סי' קכ"א ובר"ן: ד) קרובי נרצח. הש"ך האריך להוכיח דגם בממון בעינן עדות שאתה יכול להזימה ואם אמר א"י בחקירות עדותן בטלה רק דלא שיילינן להו אם יודעין דמסתמא אמרינן דיודעין ולכאורה דבריו תמוהין דמה מהני דיודעין אם לא שיילינן להו וכי משום דמסתמא יודעין יהיו יכולין להזימם שוב ראיתי שכן הקשה עליו התומים ונראה דסברת הש"ך הוא דודאי הטעם שצריך יכול להזימה הוא משום דאם אין יראין מהזמה חיישינן שיעידו שקר וכמ"ש התוס' מכות (ד' ב') ולכן עדים שבאין להעיד אף דאין חוקרין אותם מ"מ יראין שמא יחקרו הב"ד וישאלו אותם ויוכלו להזימם אבל אם נאמין להו אף באומרין בפירוש שאין יודעין א"כ שוב אין ידאין כלל ומ"מ האחרונים חולקים על הש"ך ונראה ג"כ ראי' ברורה לזה דהרי שחי כתי עדים שהכחישו זא"ז ומלוה אחר שהוציא שני שטרות על לוה אחד שכת אחת חתומה בשטר זה וכת השני על השני גובה אחד מהם כמבואר לעיל סי' ל"א אף דאין ידוע ע"י איזה כת מוציאין ואין לך עדות שאי אתה יכול להזימה יותר מזה וע"כ דבממון לא בעינן עדות שיוכלו להזימם

וגם מכתובות סוף פ"ק יש ראי' לזה עפ"מ שבארתי לעיל סי' א' עיי"ש ומה שדייק הש"ך מפ' מרובה וכ' דדוחק לחלק בין ממון לקנס הוא תימה דמימרא מפורשת היא דבקנס בעינן דו"ח וע"כ דבעינן עדות שיוכל להזימה ומה שהביאו מהא דעדים הקרובים לדיינים שפסולין לקצת פוסקים משום דלא יקבלו הזמה עליהם או כמ"ש האחרונים דהא משום גמ"ד לענין הזמה ונמצא שמשלמין ע"י אם יזימום וא"כ לא יוכלו היינו דכיון דהיו בכלל לא יומתו אבות על בנים שלא יומתו וישלמו ע"י דיינים קרובים אף שבטלו חכמים דלא צריך יכול להזימה לא הכשירו בזה דהרי יכולין למצא דיינים אחרים שאינן קרובים אבל להצריך איזה יום שייך נעילת דלת ופשוט גם מ"ש הש"ך דברי הכ"מ במה דאמרינן עדי טריפה נהרגין היינו דלא ידעו בשעה שהעידו שהוא טריפה ותימה דהרי עדים פסולין שהעידו והוזמו אף דלא נודע פסולן עד אחר שהעידו אין עושין להם כאשר זמם כמבואר פ' מרובה דאם העידו אטביחה אחר כ"ד של גניבה כיון דנפסלו בשעה שהעירו שוב פטורין אטביחה ויש עוד סתירות לזה אך עדי טריפה היינו שנעשו טריפה אחר שהעידו ופשוט:

סימן לד

א) ואצ"ל מיתת ב"ד. התומים ס"ק א' כ' דבעבר על לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אף דאין לוקין העדים נפסלין דהרי הא דאין לוקין הוא אינו לקלות האיסור ע"כ וצ"ע בעיני דהא הטעם דבעינן לאו שיש בו מלקות הוא משום דהתורה קראתו רשע והי' אם בן הכות הרשע וכתיב אל תשת רשע עד וא"כ הרי מצינו בכתובות (ד' ל"ה) דפריך הש"ס לר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין מאן תנא דפליג על רנבה"ק ואית לי' דכרת אינו פוטר הא פטור מטעם מלקות ומשני ר' יצחק הוא דמלקות בחייבי כריתות ליכא ע"ש והרי שם ג"כ ר"ל דאית לי' חייבי מלקות שוגגין פטורין הוא דיליף רשע רשע וע"כ בחייבי כריתות לר' יצחק דאין לוקין לא נקרא רשע אף דאין זה לקלות האיסור וצ"ע:

ב) החולק עם הגנב. בתשו' מהר"ם לובלין הביאו בשע"מ כ' דבבא לידו הגניבה והחזירו לגנב לא נפסל כיון דאין עליו רק חיוב השבת אבידה ע"כ ונראה דאם כפר הוי כופר בפקדון ונפסל עיין סי' שמ"ח:

ג) טבח שיצא טריפה מתחת ידו. הסמ"ע כ' דבטובח לאחר אף דעובר על לאו דלפני עור לא נפסל והנתה"מ הקשה דאף באין בו מלקות עכ"פ נפסל מדרבנן ונראה דכונת הסמ"ע דהיינו רק ביצא מתחת ידו ועדיין לא האכיל ורק רצה להכשיל ומ"מ בשלו נפסל משום חימוד ממון וצ"ע לדינא:

ד) עד זומם. השע"מ רוצה לומר דעד האומר שקר העדתי דנפסל ממ"נ כיון דעכשיו אומר שקר והקשה מכתובות (ד' י"ח) בעדים שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון דאינם נאמנים ונתקיים השטר והרי ממ"נ פסולין ואיך נאמנים לענין קיום עיי"ש ולדעתי פשוט דאין נפסל דאין זה בגדר עדות כלל רק כמספר שקר בעלמא וכן מבואר ברמב"ן הובא בחידושי רע"א בכתובות שם ואף דעד שהוכחש דג"כ אינו נאמן נפסל היינו בנתכחש ע"י אחר ותימה על השע"מ דהוא בעצמו כ' לקמן ס"ק כ"ה דאינו נפסל ע"פ עצמו אף היכי דחזינן כונתו לתרץ דבריו והביא הרבה ענינים כעין זה:

ה) עד שיאמרו שטר זה בזמנו כתבנוהו. התומים הקשה נימא דמ"מ שטר מאוחר הוא ומה שאומרים בזמנו כתבנוהו הוא שקר ולא יפסלו והביא דברי הטו"ז וכ' שאין דבריו מובנים ועיי"ש דכ' כיון דודאי נפסלין מהיום שוב אין ליישב אותם ונפסלין למפרע וסיים בצ"ע ולי נראה להסביר הדברים דהרי בכל עדים שהוזמו לא אמרינן דהמעשה אמת רק ביום אחר הי' ואמרינן דכל המעשה שקר דאם אמת הי' לא, הי', משקרין בהיום וה"נ דכיון דלא אמרינן דהשטר אמת אף מיום שהוחזק משום דמסתמא כל שטר כותבין ביום הלואה רק כדי שלא לפוסלן תלינן שאחרוהו וכאן דאומרים בזמנו כתבנוהו והם נפסלין אמרינן דכל המעשה שקר ודו"ק ועיין סי' למ"ד מ"ש דבהעידו ע"פ כיון שלא העידו בתחילה שום זמן שוב אין נאמנים לפסול עדותן שכבר נחקיים ע"י הכחשת הזמן:

ו) אם יש עדים שיודעין שחתמו ט"ז השטר. עיין סמ"ע ס"ק כ"ב דהיינו דהעדים לא ראו זמן הנכתב בשטר דאל"כ הוי הם ג"כ עדי הזמה והתומים והנתה"מ פירשו דמ"ש הסמ"ע דהוי הם ג"כ עדי הזמה ר"ל דעדים שראו שחתמו הם ג"כ מזימין עדי השטר עיי"ש ולא ידעתי כלל מה קאמרו דמאי נ"מ כלל אם הם ג"כ מזימין גם ממ"נ אם אומרין שבאמת בזמנו כתבו א"כ אדרבה מסייעו להו ואם אמרו דאחרוהו א"כ פשוט דכשרים ואף דעדי השטר אמרו בזמנו כתבנוהו תימה לומר דעי"ז יפסלו כיון דיש עדים דכשרים הם ואיך יפסלו ע"י סיפור שקר בעלמא עיין לעיל ס"ק ד' ואם אומרין דהקדימו זמנו פסולין מטעם שחתמו על שטר מוקדם ואין זה ענין לדין הנזכר בש"ע אכן פשוט דכונתו דאם אמרו שחתמו בזמנו נעשו הם ג"כ מוכחשין ע"י עדי הזמה ומ"ש הוי עדי הזמה אינו מדוקדק ור"ל עדי הכחשה ושוב הם אינם נאמנים ופשוט. ואך בדין זה באם יש עדים שחתמוהו בזמנו נגד המזימין אם עדי השטר נפסלין והנה ודאי דלמפרע אין נפסלין דהרי אותם שראו השטר אומרים דכשרים הם וא"כ ודאי דלא נפסלו ע"י העדים דמסייעין להו ואך אם נפסלו מהיום יש לעיין ולכאורה זה, הוא הדין דלק ין סעיף כ"ת בשני כתי עדים המכחישין זא"ז בא' אם הוא פסול דמבואר דהוי פסול מספק אכן י"ל כאן דאף המזימין

לא הוי כאומרים עליהם שפסולין הם דאף דכתבו הפוסקים ליתן טעם בהזמה דנפסלין דהוי כמעידין על גופן של עדים זה רק לסברא בעלמא דבאמת קיי"ל עד זומם חידוש הוא וכיון דכאן לא נעשו זוממין כיון דיש עדים המסייעין להו שוב לא הוי עדי השטר ג"כ רק כעדי הכחשה ובאה בפ"ע ומעידה כן נראה לכאורה אך עדיין יש לעיין בזה:

ז) נפסלו למפרע מיום שנודע שחתמו. התומים הקשה לפי מ"ש הרשב"א הובא ביו"ד דבהוגלד פי המכה אסרינן הגבינות למפרע ולא אמרינן עתה נטרפה ועיין פ"מ ביו"ד סי' ק"ה דכל שידענו שהי' לה זמן שהיתה ודאי כשירה אין אוסרין למפרע א"כ ה"נ הי' להם חזקת כשרות ויש לעיין בזה כתבתיו במקום אחר:

ח) עד החתום בשטר שמת והעידו עליו שהלוה בריבית וכו' תולין דשל עכו"ם הלוה. הנה מ"ש שמת משמע דבחייו לא תלינן שהלוה בהיתר וצ"ט למה ואולי דאם הוא בחיים יכולין לשאול אותו ואם אינו מתרץ עצמו נפסל ולכאורה איך נאמנים להשים עצמו רשע ואפשר דיהי' מכאן ראי' למ"ש המ"ל פ"ד מה' מלוה דכל שראינו האיסור בעינינו נאמן להשים ע"ר ואף דתמהו על המ"ל מהא דאמר גבי אכלתי חלב דיכול לומר מזיד הייתי והקשו התוס' הא אין אדם מע"ר ולדברי המ"ל מאי קושיא דשם ראינו האיסור בעינינו ולי נראה דשם ודאי הי' נראה מתוך הענין דהי' שוגג דאל"כ איך מחייב ר"מ קרבן ולכן לא הוי כראינו האיסור אבל בנידון דהמ"ל דתתמו על שטר שיש בו ריבית אף דאנו אומרין דלא ידעו מהאיסור היינו משום חזקת כשרות בדבר שהעולם דרך לטעות בו אבל מ"מ באין מתרצין עצמם יכולין לפסול עצמן ועיין פתחי תשו' לקמן סעיף כ"ה בשם מהר"ם לובלין דהשיג על הר' פריש דכ' דהיכי דבאו להנצל עצמן משימין עצמן רשעים ואפשר דזה תלוי בספיקו של המ"ל ודו"ק:

ט) המוסרים. הפ"ת כ' בשם הפ"מ בענין מסור שלא הכריזו עליו ופלפלו האחרונים וכתבו דאי דינא דגרמי דרבנן אינו פסול רק מדרבנן צריך הכרזה וי"א דמ"מ אסור לגרום היזק מדאורייתא ודבריהם לכאורה תימה בעיני דנראה דפסול מסור אין הטעם משום גורם היזק (בכל גורם היזק ואף במזיק לחבירו ושרף ממונו צ"ע אי מיפסל) ואך נראה דפסול אסור הוא משום דפקר וכן בתפילין שכתבו מסור אמרינן דכל שאינו בקשירה אינו בכתיבה וכן שחיטתו אסורה הרי דיצא מכלל ישראל והוי כאפקורוס ויש לעיין בתבואות שור יו"ד סי' ב' ואינו לפני:

י) קודם שהכריזו. הסמ"ע ס"ק נ"ו כ' דלאותו עדות שבעבור זה נפסל א"צ הכרזה כ"כ הנ"י והתומים כ' דכן משמע נמי מהתוס' דהקשו בב"מ דאף כי יהיב דמי נמי חמסן הוא וקשה הא אכתי לא הכריזו תלא ע"כ דלאותו דבר א"צ הכרזה ולי צ"ע דהרי כל הטעם

דצריך הכרזה הוא משום דכל שהפסול דרבנן לא רצו להפסיד הלקוחות שלא ידעו פס לו וא"כ התוס' דאיירי לענין שבועה א"צ הכרזה ובזה יש לתרץ ג"כ מה שהקשה התומים על הריב"ש דאית לי' דאף לאותו עדות אין נפסל כ"ז שלא הכריזו והקשה התומים דא"כ מאי פריך הש"ס בב"מ ותיפוק לי' דהו"ל רועה והא לא הכריזו ולמ"ש אין קושיא דלשבועה פסול אף בלא הכרזה אך זה יש לעיין לשיטת הריב"ש דהא עדות בשטר לשיטת הרמב"ם הוא רק מדרבנן ומ"מ פשוט דחתמו בשטר מוקדם השטר פסול וכן הריב"ש איירי בשטר שיש בו ריבית וקאמר דאיירי בריבית דרבנן אבל ריבית דאורייתא נפסלין אף דעדותן לא הוי רק דרבנן ויש ליישב ולא רציתי להאריך:

עוד כ' התומים דהרשב"א הביא קושיית התוס' דאף ביהיב דמי אכתי חמסן הוא ומתרץ דלא הכריזו וא"כ נשמע דהרשב"א חולק טל הנ"י ולפמ"ש בלא"ה לענין שבועה א"צ הכרזה ולכן נראה דכונת הרשב"א דסובר דע"ז לא קשה איך נשבע דכיון דיהיב דמי ומורי היתרא לא ניחוש דישבע לשקר רק כיון דפסלוהו רבנן לעדות לכן אף לשבועה פסול וע"ז שפיר מתרץ דלעדות ג"כ לא נפסל כיון דלא הכריזו וממילא אין פסול לשבועה, וא"כ אין ראי' דהרשב"א יחלוק על הנ"י ודו"ק כי הוא נכון בסברא:

יא) שאין אדם משים עצמו רשע. הפתחי תשו' הביא דברי מהר"ם לובלין והר' פויש הובא לעיל ס"ק ת' וכ' דמ"ש הכנה"ג בשם המרדכי דלענין ממון משים ע"ר הוא כה"ר פויש ולא דק דאין כונת המרדכי לומר דהיכי דבא לפטור מממון אף לעדות נפסל ורק כונתו דאף דאין משום עצמו רשע יכול לפטור עצמו מממון בדבר דמשים ע"ר ויש פלוגתא בזה ביו"ד ה' ריבית וכבר בארתי הדברים בתשו' העתקתי אותה באה"ע סי' קט"ו לכן קצרתי פה: יב) שהלוה לי בריבית. המרדכי כ' דדוקא אם לא נתן עדיין דאל"כ הוי נוגע והריב"ש השיג עליו דכיון דפ"ד לא חיישינן אף דכבר נתן והש"ך הקשה עליו והוכיח דבנוגע לא שייך פ"ד דהרי גבי ס"ת שנגנב צריך סילוק וכן בארים שבא להעיד עיי"ש ולי נראה דאין כונת הריב"ש רק לומר דהיכי דתחילת ביאתו הוא רק לפוסלו ויודע דנגד עצמו אינו נאמן וא"כ לא בא לתבוע ממון כלל ומה ירויח דיפסלנו לכן נאמן ומאי דנקט ת"ד הוא רק לשון מושאל וכונתו דנאמן ע"ז ולא ע"ז וא"כ מהסברא יכול לפוסלו וכן משמע לעיל ברמ"א גבי קרובי נרצח דאם אין באין רק לפוסלו נאמנים ואם נאמר דלוה בריבית לא נפסל עד שיתן ע"כ דאיירי הכא שכבר נתן וכהריב"ש ואך בחו"י ראיתי דדייק באמת מדברי המרדכי דאף לוה נפסל קודם שנתן: יג) שנים שהעידו באחד שהוא פסול וכו' ה"ז פסיל מספק. עיין באחרונים הקשו מ"ש משני כתי עדים המכחישין זא"ז דכל אתת באה בפ"ע ומעידה ומכח ספק מוקמינן להו אחזקת כשרות ונראה ע"פ מ"ש

לעיל סי' למ"ד דלכן תרי ותרי הוי ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה דלא עדיפא חזקה מעדים ותרי כמאה וא"כ כאן פסול שפיר מספק אבל בשני כתי עדים המכחישין זא"ז דאין מעידין על גופן של עדים רק ע"י העדתן אנו באין לפוסלן אין כאן שים דבר לסתור חזקה שלהן כיון דבעת שנולד הספק אנו מעמידין אחזקתן ויש להעמיס זה בדברי הב"ח שהביא הקצה"ח. ובזה נראה דמה דמצינו באחרונים פלוגתא בא' הפסול מספק מכח פלוגתא דרבוותא דיש שכתבו דזה הוא הדין דכאן דבתרי ותרי פסול מספק ולפמ"ש אין דמיון דהרי החזקה שלו לא נתבטל ע"י עדים ודו"ק ועיין מ"ש בזה בחידושי לאה"ע סי' י"א ס"ק י"ג לתרץ דברי תשו' הרמ"א מה שהקשה עליו הנו"ב סי' ע"ב: יד) הקצה"ח ס"ק ה' כ' בדין המבואר לעיל באם אין ידוע אם עבר קידם שהעיד מוקמינן גברא אחזקה וכל מה שהעיד כשר והקשה הקצה"ח מ"ש ממקוה שנמדד ונמצא חסר דאמרינן העמד טמא על חזקתו והרי חסר לפניך וה"נ נימא העמד ממון על חזקתו והרי פסיל לפניך ולי נראה דדוקא הטמא שבא לטהר ע"י מקוה זו ועל המקוה יש ריעותא דחסר לפניך וא"כ הריעותא בא על חזקת הטמא בדין הוא שיצטרפו אבל הכא אף דהעד פסול אין ראי' דאין הלוה חייב ואין חזקת הממון ראי' דנפסל קודם ורק דאין מוציאין ממון ע"י פסול אבל עיקר יש רק לדון אימת נפסל שפיר מוקמינן העד על חזקתו וזה ברור ועיין מ"ש לקמן סי' ס"ג:

סימן לו

א) ונמצא אחד קרוב או פסול וכו' אומרים להם הב"ד כשראיתם דבר זה באתם כדי להעיד. הש"ך ס"ק ג' כ' דאם גם הכשרים לא נתכונו להעיד בטל ג"כ העדות ולא מהני מה שהפסולין לא נתכונו להיות עדים ולכאורה מדברי הריטב"א שהביא הקצה"ח לא משמע כן דהרי כ' צריך לייחד עדים בקידושין כיון דשכיח אז קרובים ואח"כ כ' ואף דשיילינן להו למיחזי אתיתו מ"מ בקידושין דנגמר תיכף בעת הראי' נתבטל ואם בלא נתכונו כולם ג"כ בטל העדות מאי קשיא לי' על מה דמתדין עדים מהא דשיילינן למחזי אחיתו הא אם לא לייחד כולם לא יתכונו ויתבטל ג"כ העדות אלא ע"כ בלא כיונו כלל לא נתבטל עדותן ומהקצה"ח משמע דמביא דברי הריטב"א ראי' להש"ך. שוב עיינתי בריטב"א ונראה דנתכוין לדבר אתר שאינו ענין לדברי הש"ך ורק קאי להסוברין דבהגדה בב"ד תליא ואם הגידו בב"ד נתבטל ולפי דבריהם אין כאן נ"מ אם נתכונו להיות עדים וע"ז כ' הריטב"א דאף דשיילינן למחזי אתיתו וכאן בקידושין הא לא יבואו כלל לב"ד ולמה יפסול ע"ז כ' כיון דכל עדות בקידושין הוא לקיים הדבר הוי כהגדה ולא מהני אף

אם הכשרים יכוונו והפסולין לא יכוונו ואך במייחד הכשרים אין ביד הפסולין להיות עדים בע"כ כמ"ש הש"ך ס"ק ח' עיי"ש בריטב"א ותראה כי כן כונתו ועיין עוד לקמן בזה: והנה סברת הש"ך פשוט דכמו באם נתכונו כולם בטל העדות משום דאין הכשרים חשובין יותר מהפסולין ה"נ בכולם לא נתכונו ג"כ אין חשובין יותר ומ"מ אם לדין יש תשובה דלשיטת הרמב"ם דעיקר בשעת ראי' י"ל דכ"ז שלא נתכונו אין עליהם שם עדות עד שעת הגדה וא"כ לא נתבטלו ואף לשיטת האומרים דבעינן הגדה וא"כ הב"ד שואלין אותם אי למחזי אתו ואין הב"ד רוצין כלל שיגידו א"כ אין מקבלין עדותו לכן אין הגדתו חשיבה. שוב ראיתי שהנחה"מ דרך בסברא זו וראיתי שכ' שם דאף לדעת הסמ"ע הסובר דבלא נתכונו אין עדותן בטלה מ"מ אם הגידו כולן תוך כ"ד עדותן בטל והביא ראי' מזומנין ויש לדחות דזוממין קבלו הב"ד עדותו ועיין שע"מ הביא ג"כ דהרבה חולקין על הש"ך. והנה הש"ך כ' דמרש"י לא משמש כן רק אח"כ כ' דיש לדחות והנה יש להביא ראי' ממ"א דרש"י סובר דבלא נתכונו כולן לא בטל דבשבועות (ד' ל"ג) דקתני בשני כתי עדים שכפרו שניהם חייבין פריך ראשונה אמאי תתחייב הא קיימא שני' ומשני שהי' שני' בשעת כפירת ראשונה קרובים ופרש"י נשאו שתי אחיות והנה קשה למה לא פירש"י דהיו קרובים למלוה או ללוה ונראה דרוצה לתרץ קושיית התוס' מה שהקשו הא בעינן תחילתו וסופו בכשרות לכן כ' דאינן קרובים לבע"ד וא"כ כל עד כשר בפ"ע רק דאין ראוי להצטרף עם השני וא"כ אין עליהם שם פסול לומר שאין תחילתו בכשרות ואך קשה הא נמצא אחד קא"פ כל העדות בטל ואיך יתכשרו כת ראשונה וצ"ל דכת שני' לא נתכונו להעיד לכן לא נתכשרו ראשונים ואך א"כ איך יצטרפו אח"כ כת שני' ואי תאמר דאחד מהן לא נתכוין לעדות עכ"פ עד זה שלא נתכוין נתבטל לפי דעת רש"י דבראי' נתבטל ואך אם נאמר דרש"י סובר דבשניהם לא כיונו לא נתבטל ניחא ודו"ק. והנה לפי נוה שפרשתי דכל שכל אחד בפני עצמו ראוי לכן לא נתבטל לכן פרש"י דרק העדים קרובים קשה דמ"מ הא' מכת ראשונה למה חייב קרבן הא ראוי להצטרף עם אחד מהשני' בשלימא להש"ך י"ל בשניהם לא כיונו וא"כ אי אפשר להצטרף אחד מהן דא"כ יצטרף גם השני כיון דשניהם לא נתכונו אך נראה דלק"מ דשניהם דכפרו כאחד כל אחד עובר על אם לא יגיד דכיון דרואה דהשני כופר הי' לו לחזור ועיין ס"ק ו':

ב) שנתכונו להעיד. הקצה"ח כ' דמסברא נראה דרק בד"נ דבעינן הצטרפות לבטל עדותן אבל בדיני ממינות דאף בלא ראו כאחד מצטרפין וה"נ אף בלא ראו כאחד בטל עדותן והביא ראי' דבמכוח על הא דאמר ר"נ עדות מיוחדת כשר בד"מ פריך הש"ס אלא מעתה תציל בד"נ הרי דזה פשוט לו דבד"מ נתבטל רק הש"ס פריך כיון דחשובי כחד עדות

בד"מ הסברא הוא דגם בד"נ נתבטל הכל כמ"ש רש"י עיי"ש. והנה לענין דינא א"צ להשיב כיון דכל הפוסקים לנגדו אך ליישב קושייתו נראה דאדרבה י"ל הסברא להיפוך דהרי כל סברתו כיון דעדות מיוחדת מצטרפין א"כ חזינן דהם צירוף אחד וראוי להתבטל באחד קרוב ולפענ"ד הסברא כיון דעדות מיוחדת כשר ע"כ דלא בעינן צירוף כלל וא"כ נאמר דאף אם ראו כאחד לא יתבטל עדותן כלל כיון דא"צ לצרפם דאף בזה מעיד על הלואה זו וזה מעיד על הלואה אחרת חייב א"כ אין החיוב ע"י צירוף ורק ע"כ צ"ל דגזה"כ הוא ממשפט אחד יהי' לכם משפט השוה לכולכם דשוה דיני ממונות לד"נ אבל היכי דבד"נ כשר העדות ה"ה בד"מ וכן משמע קצת מדפריך תציל בדיני נפשות וקשה דלמה לא פריך סתם תציל דהרי עד עכשיו לא ידענו כלל אם כשר בד"מ והי' לו לומר א"כ תציל אף בד"נ ויותר נראה דהגמר' פריך רק לר"נ דיליף מקרא לאחד ראה מחלון זה וא' ראה מחלון זה וקשה למה לי קרא הא אף בשני הלואות מצטרפין כ"ש בזה ואך צ"ל דר"נ לא סבר כר"י ב"ק דשני הלואות מצטרפין רק צריך שיראו שניהם כאחד עיין סנהדרין (ד' למ"ד) וסובר דגם בד"מ צריך צירוף וע"כ דא' מחלון זה וכו' הוי צירוף א"כ תציל בד"נ ודו"ק:

ג) עדותן בטלה. הרמב"ם פ' כ' מה' עדות כ' הי' עדות שלשה וכו' אבל אם הי' הפסק ביניהם יותר מכ"ד נחלקה עדותן והשנים שהוזמו נענשין והשנים אחרים שהי' בין דבריהם לדברי הראשונים הפסק ואין נענשין ואע"פ שבטלה העדות כולה הואיל ובטלה מקצתה וכו' ע"כ והש"ך וכל האחרונים תמהו עליו למה יגיע עונש לאחרים וגם למה יתבטל עדותן וכן השיג עליו הראב"ד והנה נאמרו בזה שלשה תירוצים וכולם נדחו ויען כי נראה לשלב כל התירוצים ויהי' לאחד לכן מוכרת אני להביאם ולבאר דחייתם. הראשין הוא תי' הלח"מ דמפרש דהא דאמר דאין האחרונים נענשין היינו אם הוזמו גם הם אח"כ והטעם דבעת שהעידו כבר העידו הראשונים וגברא קטילא בעי למקטל כיון דהעידו אחר כ"ד ולא הוי עדות אחת ומה דקאמר שבטלה העדות כולה הוא אף קודם שהוזמו דהא הי' עדות שאי אתה יכול להזימה ע"כ והתומים הקשה עליו דהרי הרמב"ם מטעם עדית שבטלה מקצתה אמר שנתבטל ולא מטעם עדות שאי אי"ל והנתה"מ הקשה ביותר דהא כתבו התוס' דכת שני' לא הוי עדות שאי אי"ל משום דאם יזימו כת ראשונה תתקיים העדות על ידן וגם בלא"ה תימה דהרי כ' הרמב"ם פ"ד מה' עדות בשנים רואין מחלון זה ושנים מחלון זה וכו' דכל כת שהוזמו נהרגין ועדות כת שני' קיימת והרי דלא אמרינן דגברא קטילא בעי למקטל ואין לומר דהעידו תוך כ"ד דהרי כיון שאין מצטרפין מסתמא אין עדים ראשונים יכולין לחזור תכ"ד של עדות שני' וא"כ תי' הלח"מ לכאורה

נדחה. תי' השני מתרץ הב"ח דלכן נתבטל עדות כת שני' דאף דעדים ראשונים הוזמו מ"מ כיון דאומרים אמת העדנו יש להם דין נמצא קא"פ ודבריו אין מובנים כלל וכמו שתמה התומים דהרי האמינה תורה עדים המזימין ומה לנו בזה שאומרים אמת העדנו וחוץ לזה דאיך נחזיק החבל בשני ראשין דמשים דאתה חושש שאומרים אמת יתבטלו גם כת שני' ועוד יש להשיב. תי' הג' מתרץ בס' אמרת הצרופה הובא בקצה"ח דכיון דשני הכתות אומרים שראו זה א"ז נתכחשו גם שני' ע"י הזמת ראשונים רק אין נענשין כיון דאין כאן הזמה רק הכחשה. והנה לפי מה שפירש הקצה"ח דבריו נדחין לגמרי דא"כ אף כת ראש נה לא יענשו דהא יש כת שני' המסייעין אותן ומכחישין המזימין ואומרים שהיו כאן וזה פשוט ואין מקום כלל לדבריו אך התומים מתרץ ג"כ באופן הזה רק מפרש דרק אחד מכת שני' אומר שראה את הראשונים ואז שפיר המזימין לא נתכחשו רק מע"א והמזימין נאמנים ומ"מ בטלה גם כת שני' כיון דאחד נתכחש וגם ע"ז הקשה הקצה"ח דהרי באומר פלוני הי' עמי אין זה הכחשה ולי קשה ג"כ ביותר לפרש דברי הרמב"ם כן דא"כ איך ס"ד דכת שני' יענשו והרי אף בהרבה עדים אין ניזומין עד שיזומו כולם ואין נענשין ואיך ס"ד דע"י שנכחש אחד יענשו וגם דברי הרמב"ם דחוקים לפי פירוש זה עיין תומים. ואשר הנראה לי לפרש כמו שכ' הלח"מ דודאי איירי כגון שניזומו גם האחרונים ומ"מ אין נענשין והיינו דאיירי ג"כ שאומרים שראו אלו את אלו וכבר כתבתי דאם לא ניזומו גם כח שני' ודאי אף הראשונים אין נהרגין דהא כח השני' מסייעין לה ומכחישין את המזימין ורק מ"ש ושנים הראשונים שהוזמו נהרגין היינו אחר שניזומו השני' ולפ"ז ניחא ומיושב הכל והוא דהאחרונים אין נענשין משום דמיד הוי עדות שאי אתה יכול להזימה דהא גברא קטילא בעי למקטל כמ"ש הלח"מ מאי תאמר הא יועיל עדותן אם יזימו כת הראשונה זה אינו דהא אם יזימו יתכחשו גם השניים כיון שאמרו שראו אלו את אלו אבל הראשונים נהרגין וזה שכ' ואע"פ שבטלה העדות היינו שנתבטל תחילה בעת שהיו רק זוממין לכת הראשונה דאז כת השני' נתכחשו ולפי מ"ש הב"ח דע"י שניזומו נתבטל העדות כמו נמצא קרוב א"פ והקשו עליו כיון דהאחרונים נאמנים א"כ עדותן כמאן דליתא משמע דאם רק נתכחשו שפיר נתבטל עדותן של כולן וא"כ יתבטל העדות ולא יענשו הראשונים מ"מ אם יזומו אח"כ השני' נהרגת כת ראשונה כיון דלא נפסל רק מחמת הכחשה והכחשה תחילת הזמה ודו"ק ואמת כי גם זה דוחק ויש לעיין בו מ"מ נתתי קצת דרך למעיין: מ"ש הנתה"מ ס"ק ד' דעדי הזמה הא אין נאמנים שהיו שם ואיך יתבטל עדותן להסובר דבראי' תליא מילתא לק"מ דכבר כתבו הפוסקים דעדי הזמה כיון דלא שייך בהו ראי' נתבטל עדות ע"י הגדה:

ד) אפי' לא ידעו זה מזה. עיין נתה"מ ס"ק ה' ומה שהקשה על הש"ך הוא קושיא גדולה ומה שתי' ומחלק דכשרים אם נתבטל עדותן גרע ונתבטל כולם אף אותן שלא ידעי בפסולן וכ' תדע דהא אפי' אחד אמר איני יודע נתבטל כל העדות ע"כ ולי דבריו צ"ע דבהדיא ה' הרמב"ם דאחד אמר א"י עדותן קיימת וגם התומים כ' דלהרמב"ם אם בתחילת עדותו הי' כשר לא בטל עדותן ועיין מ"ש סוף סי' למ"ד ובמ"ש בסמוך:

ה) דתרתי בעינן כיוון לראות כדי להעיד ובא לב"ד והעיד. הקצה"ח חקר באם היו כשרים בשעת ראי' ובעת הגדה היו פסולין אם נתבטל עדותן והביא ראי' ממה שכתבו התוס' גבי ב' כתות שאחת אומרת מנה ואחת אומרת מאתים והקשו התוס' הא הוי נמצא א' מהם קא"פ דעדותן בטלה ואף דשם בשעת ראי' כשר הי' וגם בעד זומם הא לא נצטרף בראי' וה"נ נתבטל עדותן וסיים בעצמו דלהרי"ף דמצריך שידעו הכשרים בהפסולין כשר עיי"ש ולפי דבריו יקשה על הרי"ף מעד זומם וגם אין זה סברא כלל להסוברים דעיקר הוא בשעת ראי' דיהי' פסול אם נפסל אח"כ ולכן לפענ"ד עיקר ביטול העדות תלוי בתחילת צירופן וכיון דעד זומם לא נצטרף בראי' התחיל צירופו בעת הגדה וכן בב' כתי עדים לפי מה שנתבאר לעיל דהיכי דהוכחשו בחקירות אמרינן דכל הגדתן שקר א"כ ג"כ לא נצטרפו רק בשעת הגדה, ואך מה שהקשה הקצה"ח דעדי זוממין אף באומרים שלא ראו מחלון אחד למה לא יצטרפו כיון דהיו יתד בהגדה נראה פשוט כיון דלא נצטרף עדותן לענין נמצא אחד קרוב א"פ וגם לא נצטרפו לענין דבעי שיזומו כולן א"כ לא מיקרי היו יחד בהגדה ועדיין צ"ע:

ו) תקנת הקהל שחתם עליו עד פסול וכו' דאלו לא נתכונו להעיד. מכאן קשה לי על מ"ש הש"ך ס"ק ג' דבכולן לא נתכונו ג"כ עדותן בטל וא"כ מאי מהני כאן דהפסול לא נתכוין והרי כולן לא נתכונו ומ"ש הש"ך כאן דהריב"ש לאו מטעם זה אתי עלה רק דהבע"ד אינו בגדר עד כבר דחה התומים דבממון להרבה פוסקים אמרינן אדם קרוב אצל ממונו עיין סנהדרין (ד' ט') ולי נראה להוסיף דהרי מסתמא יש בעיר קרובים וא"כ נימא כיון דנתבטלו לקרובים נתבטל אף לרחוקים עיין לקמן סי' נ"א וע"כ עיקר הטעם משום דלא נתכונו:

ז) וכן כשאדם צריך לעדות ומצוה להכריז. הש"ך הקשה ממ"נ אם נתכונו בשעת ראי' כבר נתבטל ואם לא נתכונו א"צ להאי טעמא ומה שפירשו בזה האחרונים ודאי לא משמע כן בהרא"ש ואך בכולם לא נתכונו דסובר הסמ"ע דלא נתבטל עדותן והקשה הנתה"מ מזוממין עיין מ"ש ס"ק א' כעת ראיתי בדרישה דמתרץ זה ומחלק דכל שאין עליהם שם עדים ביאתן לב"ד הוא המצרפן אף בלא נתכונו כולם ועפ"ז נראה לפרש

דברי הרא"ש והש"ע בפשיטות דאיירי בלא נתכונו ורק ביאתן פוסלן וכבר נתבאר כמה פעמים דעיקר ב"ד היינו ביושבין בתורת ב"ד עיין סי' ל"ט ובמ"ש סי' כ"ח וסי' מ"ו וא"כ אם הכריזו שיבואו עיקר ביאתן הוא ע"י הקריאה ואין נקרא באו לב"ד רק אותן שקראו ולא קראו רק הכשרים:

ח) לא נתבטל. עיין נחה"מ ס"ק ת' הקשה למה לא משכחת שבועת העדות בקרובים הא נ"מ בעדותן אם נתכונו להעיד שיתבטל עדות הכשרים ע"כ ותימה בעיני איך יעלה על הדעת דע"י שיוכל לבטל נקרא ע"ז שם עדות ומצינו גבי אשה יותר מזה דנאמנת חי' לומר זה כהן וא"כ וכי נאמר דמשכחת עדות בנשים וע"כ דכל דלאו בתורת עדות הוא אין עליהם חיוב קרבן שבועה וכן להעיד שמת בעלה ואך למה קרובים נאמנים שנתכונו או לא זה קושיא אחרת וצריך לומר כיון שהי' אצל המעשה קרוב לומר שנתכוין או איזה טעם אחר:

ט) שלא הכיר. עיין נתה"מ דאשה אינה מבטלת עדות ועיין הגהות א"ב הביא ראי' מנתגרשה ונתייחדה בעבד או שפחה ולי נראה דהיכי דא"צ עדים רק אנן סהדי לא נתבטל ע"י קא"פ דאל"כ צא ופרנס הא דקיי"ל דהיכי דדרין כדרך איש ואשתו הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה וא"צ קידושין אחרים הא אף קרובין יודעין וע"כ כיון דאנן סהדי לא שייך ביטול ע"י קרוב א"פ:

י) שהעיד עליו עיין קצה"ח ס"ק ז' לענין דיינים אי שייך בהם נמצא קרוב א"פ לבטל הדין והנה ראייתו מדלא פסלו היושבי קרנות לחד דגמיר וזה לשיטתו וכבר כתבתי בסי' ג' דכולם יש עליהם שם ב"ד ולא נקראו פסולין ועיין תומים סי' מ"ו דיש בזה מחלוקת בין האי"ז והראב"ד עיי"ש ס"ק ח' והמ"ל הביא דיש בזה מחלוקת רש"י והנ"י ורש"י דפי' גבי חליצה אם נמצא קרוב א"פ דאין כאן רק שנים משמע דלא נתבטלו כולם וחימה בעיני דגם הנ"י כ' שם כן אף דסובר דנתבטלו כולם גם מה שהביאו מאו"ז גבי חליצה כבר כתבתי בחידושי לאה"ע סי' קס"ט דהי' לו גירסא אחרת וגרם דאמר רב יהודא גר אנא ואמר לי' להנוספים קאמינא ואין משם ראי' דהתם הוי כקרוב החותם למילוי ובאמת צ"ע על הנ"י וגם שם כתבתי דאין ראי' מחליצה דהוא גמר הדבר וכמו שכתבתי בס"ק א' בשם הריטב"א גבי קידושין אבל בממון י"ל כמ"ש הישועות יעקב דדעתם לא בטל כמו דהולכין בדיינים אחר הרוב ולא אמרינן דהוי קבוע אך כעת ראיתי דיש אומרים דבחליצה צריך ב"ד משום הכתובה וקצרתי כאן יען כי כבר כתבתי שם בזה ועיין מ"ש עוד סי' מ"ו ודברי הנתה"מ צ"ע:

יא) נתבטל עדות הרחוק. התומים הביא דברי הכנה"ג דבפסול דרבנן לא נתבטל עדות הכשרים והתומים דחה דבריו דאין לחלק ונראה דהנה ודאי אם הי' הדין דלא בעינן תחילתו בכשרות לא הי' נתבטל ע"י מה שנצטרפו בשעת ראי' דהרי מ"מ עכשיו בעת הגדה אין הפסול מעיד ולא גרע מה שהי' עם הפסול בשעת ראי' מאם הי' בעצמו פסול וא"כ הרי מבואר בכתובות סוף פ"ב דגבי עדות דרבנן לא בעינן תחילתו בכשרות וא"כ ה"נ אף אם יעיד הפסול שוב מדאורייתא א"צ עדות דהא מדאורייתא כשר הוא וא"כ א"צ רק עדות דרבנן וכשר תחילתו בפיסול שוב לא מזיק מה דנצטרף בשעת ראי' ודוק כי נאה הוא ע"ד החידוד. ואך להסוברים דכל דאין ראוי מדרבנן הוי אינו ראוי מדאורייתא וכן מהסברא דהא אין מקבלין עדותו א"כ הוי כפסול מדאורייתא ועוד כיין דאין מקבלין עדותו הוי עדות שאי אתה יכול להזימה ויש לעיין מסוגיא דשבועות דיש מ"ד דעד הפסול מדרבנן חייב קרבן שבועה והא אין יכול להזימו ושוב פסול דאורייתא ודוק כי המה הערות חדשות:

סימן לז

א) ואפי' על חלק השותף לא יועיל עדותו. הנתה"מ חקר בחלקו השותפין ואח"כ נשתדף חלקי של אחד מהן ובא ב"ח של אותו שנשתדף לו יכול לגבות מחלק של השני חצי דשותפין שחלקו כלקוחות הן ואח"כ דחה זה כיון דהא דאמרינן כלקוחות הן הוא משום דאין ברירה והוא רק מטעם ספק וא"כ י"ל להיפך שמא הגיע לו חלקו ואין יכול לגבות מספק עיי"ש. והנה לפ"ז לשיטת רש"י סוף השולח דסובר דהא דאין ברירה היינו דחלקי מעורב בכל שפיר יוכל לגבות שותף התצי כמ"ש הנתה"מ בלשונו דרק לדעת התוס' דחיישינן שמא חלק השותף הגיע לו אכן לא ידעתי למה הוצרך לזה כיין דכל דין אי יש ברירה או לא הוא בספק ואך לדעתי נראה דבלא"ה אין לו לגבות מהשותף דודאי כל שותף יש לו שעבוד על חבירו לחלוק עמו וא"כ במאי איירי אי השותפין קנו שדה זו קודם שלוה מב"ח א"כ הי' להשותף שעבוד ליטול החצי והוא מוקדם לב"ח ואם קנו אח"כ א"כ אין שעבוד לב"ח רק מטעם דכתב לו דאקני והרי דאקני אינו משועבד רק מדרבנן ובדרבנן קיי"ל יש ברירה ואמרינן זה חלקו ועיין תומים סי' נ' ובמ"ש שם עליו ובל"ז א"צ לזה דקיי"ל לוה ולוה וקנה כל הקודם וגבה גבה וא"כ השותף שהי' לו שעבוד לחלוק ושיתן לו חצי וכבר גבה זכה ובפרט שהוא עדיף מב"ח ושעבוד שלו חל עם הקנין בבת אחת:

ב) ואפי' אם לא סילק עצמו עד אחר העירעור. הסמ"ע ס"ק ח' הקשה דניחוש לקנוניא ולא אבין דא"כ בכל עד ניחוש לקנוניא שוב מצאתי כן בש"מ שהקשה כהסמ"ע ותי'

כמ"ש ואולי כונת הסמ"ע דכל עד שהוא נוגע אינו עובר בלא תענה ולכן בכל עדים שהאמינה התורה הוא משום חזקת כשרות שלא יעבור בלא תענה משום שכירות אבל נוגע שלא הי' עליו שם עד ואינו מחויב לסלק עצמו בשביל שיעיד הקשה ניחוש לקנוניא ושמא לא סילק ואינו עובר בלא תענה. שוב ראיתי בהגהות הגאון מהרש"ק נקרא חכמת שלמה צידד אם נוגע עובר בלא תענה ודייק מהא דלא מוקי בשבועת העדות הא דקתני ואין נוהגת אלא בראוין להעיד אתי לאפוקי נוגע וע"כ דנוגע חייב קרבן שבועה ועובר אם לא העיד כיון דיכול לסלק עצמו ודבריו תמוהין דאזיל בתר איפכא דודאי אין חייב לסלק עצמו ולא צריך כלל למתני והוא כהבע"ד עצמו ואינו בגדר עד וכל דבריו שם צ"ע כמבואר למעיין:

ג) ויקבל עליו שאם יבוא ב"ח ויטרפנה מיד השותף ישלם לו דמיו. עיין סמ"ע ס"ק ט' דכה"ג תו ליכא נגיעה דאם יבוא ב"ח ויטרוף יהי' נגד השותף לוה רשע ולא ישלם והש"מ הקשה דלמה יהי' לוה רשע ומאי הפסידו ותי' כיון דמ"מ יהי' חייב לו וכו' ולכאורה הקושיא חזקה דהא מצינו בש"ם ב"מ גבי ניחא לי' דלא נקריא גזלנא דאי יהבי' במתנה יאמר לו מאי גזלנא ממך ואך לפי דברי מהרי"ט דכ' דכל דלא הוי נגיעת ממון לא הוי נוגע רק באם יהי' לוה רשע היינו דע"כ יצטרך לצמצם מזונותיו ולפרוע ניחא גם כאן אך כל המפורשים פירשו דיהי' רשע בעיני הבריות ועיין בשע"מ ועיין ס"ק שאח"ז:

ד) אבל אם אין המערער טוען רק על חלק השותף וכו' יכול להעיד. השע"מ הקשה דמ"מ הוי נוגע דניחא לי' להיות שותף עם זה ולק"מ דזה ודאי לא הוי נגיעת ממון ואף דבס"ק הקודם פקפקתי בדברי מהרי"ט היינו משום דיהי' לוה רשע ג"כ הוי כנגיעת ממון דטבעו של אדם שרוצה לשלם לב"ח אף בלא המצוה אבל מ"מ האמת כמהרי"ט דכל שאינו נגיעת ממון לא חיישינן: ה) כל היכי. הש"ך ס"ק י"א כ' דכל דאין עליו חוב רק נזקין לא שייך לוה רשע דלא לוה כלום וצ"ע דמ"ש ממתנה עיין ס"ק ג' ואפשר דסברת הש"ך הוא דלא שייך לוה רשע רק מטעם שבעצמו קיבל עליו אחריות שוב ראיתי שכן משמע מהש"מ שהבאתי לעיל ס"ק ג' שכ' וז"ל דכל שאינו יכול לשלם מה שקיבל עליו רשע מיקרי וכ"ש להכניס עצמו לכתחילה בזה ע"כ והתומים פקפק על הש"ך ואין דבריו מוכרחין:

ו) ראובן שיש לו שט"ח על שמעון ונתנו ללוי והי' שמעון אחד מעדי המתנה פסול הטעם משים דהשני נוח לו. השע"מ הקשה מלקמן סי' קכ"ג דאם אין להלוה לשלם כתבו שם דאין הלוה נוגע מטעם דהשני נוח לו ולי נראה דלא שייך שהשני נוח לו רק כאן שבא

לזכות של השני משא"כ שם דבא לחייבו וכן הסברא נוטה ובפרט אם יעיד לחייבו לא יהי' נוח לו ועיין ס"ק שאח"ז:

ז) השוכר אם לקח בידו השכירות וכו' ה"ז מעיד למשכיר. פשוט דלאו דוקא לקח בידו אלא אם עדיין השכירות בידו והיינו שלא שילם עדיין להמשכיר יכול להעיד דהא לא שייך שמא יזכה האידך ויצטרכו לשלם שנית וכן משמע מלשון הש"ע סי' ק"מ ואך בשע"מ ראיתי דכ' דדוקא שהשכירות בידו תיכף לשלם דלא שייך זה נות לי אבל אם אין רוצין לשלם מיד שמא זה נוח להם ודייק כן דהנה הבעה"ח כ' מדקאמר בגמר' דאם עדיין לא נתנו השכירות יכול להעיד ולא אמרינן שמא המשכיר הזה נוח לו היו יש מדקדקים מכאן דראובן שיש לו שטר על שמעון ונחנו ללוי והי' שמעון אחד מעדי מתנה יכול להעיד ולא אמרינן שמא לוי נוח לו ודחה הבעה"ח דבריהם דהכא שאני דאין על השוכרים שטר ואם ירצו יוכלו לומר פרעתי לכן לא שייך זה נוח להם אבל שמעון שיש עליו שטר שפיר חיישינן שמא זה נוח לו ע"כ והקשה השע"מ על הש"ע דע"כ לא קאמר הבעה"ת דבשוכרים לא שייך זה נוח לי רק לדינא דהמשנה דעדיין לא הי' שבועת היסח שייך שפיר דאם ירצו יאמרו פרענו אבל עכשיו הא לא יוכל לטעון פרעתי דיצטרך לשבע וא"כ שייך זה נוח לי וא"כ למה העתיק הש"ע דין זה לכן כתב דבדקדוק כ' הש"ע אם לקח בידו השכירות דרוצה תיכף לשלם ולכן אין שייך זה נוח לי אבל באם עדיין אין משלמין אינן מעידין משום שמא זה נוח להם:

והנה זה ודאי דבר חידוש דהא השע"מ עצמו כ' שם דבגמר' ע"כ אייריי באין השכירות בידם דאל"כ איך דייקו היש מדקדקים דבשטר המחנה אין שייך נוח לי מש"ס זה גם למה הוצרך הבעה"ת לחלק משום דליכא שטר וע"כ דפירשו הגמר' דאמר דנקיטו אגר ביתא היינו דעדיין לא נתנו אבל אין מוכן בידם ואיך בש"ע לא העתיק דין דהגמר' ורק העתיק דין חדש במקומו והי' לו להביא דין הש"ס ולכתוב עליו אבל באין השכירות מוכן וכן בסעיף הקודם העתיק הש"ע דינו של הבעה"ח בהי' שמעון מעדי המתנה פסול וכאן כ' דין דכשר ואדרבה הי' לו להשמיענו דגם כאן פסול היכי דאין בידו משום דזה נוח לי וכן מסיפא דלשון המחבר שכ' ואם כבר נתנו השכירות משמע דוקא שכבר נתנו אין יכול להעיד וכן מהסמ"ע ס"ק כ"ו דהקשה הא יצטרך להחזיר להם ותי' דאינו רוצה למיקם בדינא ודיינא ולא תי' דאין רוצים להיות חייבים להמערער משום דאין נוח להם משמע דכאן אין שייך דזה נוח לו ומה שהקשה הא אם יטענו פרענו יצטרכו לשבע והוי עד הצריך שבועה פשוט דלק"מ דזה רק דוקא אם עכשיו מחויבים לשבע ע"י טענתם שייך לומר דהוי עד הצריך שבועה אבל באומרים שעדיין לא נתנו וחייבים ליתן ואך אם

ירצו אח"כ לכפור יתחייבו שבועה דנאמר דהוי עד הצריך שבועה זה לא שמענו וגם אין שייך מה שכתבו הפוסקים הטעם דצריך עדים שיהיו נאמנים בדיבורם לבד אבל כאן הרי א"צ לשבע בעדותן ואך לכאורה מבחוץ קשה דאיך שייך דלא נאמר דנוח להם שאם ירצו יכפרו וכי ישבעו בשקר זה קושיא אחרת ובאמת בל"ז קשה על הבעה"ת אף אם לא יצטרכו לשבע דאיך נימא דאין שייך נות לו משום דיכול לכפור והוא אין דעתו לגזול ולכפור אכן נראה כונת הבעה"ת דאין שייך לומר דיעידו שקר משום דזה נות להם והרי יותר יש בידם לכפור כל השכירות ולשבע שאין חייבים וירויחו ממון וזה ברור: ואך מה שהמציא השע"מ דאם רוצה ליתן מיד לא שייך זה נוח לי הוא סברא נכונה ולכאורה יהי' נ"מ בדין דסעיף הקודם בהי' שמעון אחד מעדי המתנה ויש בידו החוב ורוצה לסלק דיוכל להעיד ולכאורה מסתימת הפוסקים לא משמע כן אכן ראיתי דהדבר נכון דהרי אף שעכשיו רוצה לסלק החוב מ"מ בעת שנתן ראובן השטר ללוי ודאי דאז לא הי' המעות ביד שמעון ליתן מיד דאל"כ למה נתן השטר ולא קיבל תיכף המעות משמעון ואז נפסל השטר בעת שחתם על המתנה רק נ"מ דשמעון יוכל להיות מעדי קיום שטר המתנה אם רוצה לסלק מיד ודו"ק:

ח) ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות וכו' אין מעיד לו עלי', התוס' בב"ב (ד' מ"ג) ד"ה מפני הקשו למה לי הטעם מפני שמעיד בפני ב"ח תיפוק לי' משום דלא ניחא לי' שיהי' לשמעון תרעומות עליו ותירצו תי' א' דמשום תרעומות לא הוי נוגע ועוד תירצו דאיירי במכיר שמעון שהוא שלו דליכא תרעומות ולתי' השני משמע דמשום תרעומות לא יעיד וכו משמע מהטור כאן והקשה הש"ך דשם(בד' מ"ד) דבמכר פרה וטלית מעיד פריך והא אמר ר"פ אף שלא באחריות נמצא שאינו שלו חוזר עליו ואיך מעיד ומשני במכיר בה שהוא בת חמורו וקשה למה הוצרך להקשות מר"פ בלא"ה קשה איך מעיד הא לא ניחא לי' שיהי' עליו תרעומות וע"כ צריך לאוקמי במכיר בה הלוקח שהוא בת חמורו אף בלא ר"פ וראיתי בנתה"מ כ' דבמטלטלין לא שייך תשש תרעומות דהא הנגזל צריך ליתן לו מעותיו מפני תקנת השוק ע"כ וטעות פלטה קולמוסו וחוץ מכבודו הוא תימה גדולה דבאופן דהנגזל מחזיר מעותיו להלוקח בלא"ה לא יעיד דהא הנגזל יחזיר עליו משום מעותיו וגם למה הוצרך לתרץ במכיר בה שהוא בת תמורו והרי שמעון בלא"ה לא יחזור עליו שכבר קיבל מעותיו וגם מה פריך מר"פ וע"כ צ"ל כמ"ש הרמב"ן דאיירי כגון שהמערער טוען שהלוקח בעצמו גזלה או שהלוקח קנאה בחובו דא"צ הנגזל להחזיר לו מעותיו ואך לתרץ קושיית הש"ך נראה דשם בפרה וטלית ס"ד דאיירי באם המוכר בעצמו קנאה וא"כ אין להלוקח עליו תרעומות דהרי הוא בעצתו לא ידע שהוא גזילה

ולכן פריך מר"פ דמ"מ חוזר עליו דאין המכר כלום ולכן הוצרך לתרץ במכיר בה וכן התוס' היו יכולים לתרץ דאיירי שהמוכר קנאה א"כ אין עליו תרעומות רק התוס' נקטו האמת לפי המסקנא דמסתמא שמואל בחד גונא איירי וכיון דאוקי הך דפרה וטלית במכיר בה ה"ה שדה בכה"ג איירי וליכא תרעומות שוב ראיתי תה"ל בתומים מיישב קצת כעין זה רק כ' דבקרקע שייך תרעומות אף באם המוכר קנאה ולא ידעתי מי הכריחו לזה דנראה פשוט כמ"ש:

ואך לכאורה קשה בקושיית התוס' דפירשו ג"כ דהמוכר גזלה למה הקשו דהוי נוגע משום תרעומות והי' להם להקשות דהוי נוגע דלא ניחא לי' דנקרא גזלנא ואך י"ל דגם בקושייתם ס"ד דאין ידוע אם המוכר קנאה או גזל מעצמו דלא שייך דנקרא גזלן אבל תרעומות יש לו דחושדו שמא בעצמו גזלה ואך הסמ"ע ס"ק מ"א כ' לחלק דדוקא במטלטלין לא חייש דמיקריא גזלנא אבל בקרקע נקרא גזלנא אף באין ידוע (והטו"ז תמה על הסמ"ע מש"ס ב"מ דמשמע דאף במטלטלין נקרא גזלן ועיין קצה"ח ולא אדע מה קשיא לי' דע"כ איירי באין עדים מעידין שגזלה דא"כ נעשה פסול ואיך יעיד ומ"ש התומים דאיירי ששב בתשובה הוא תימה דאיך שב ולא החזיר הגזילה ורק איירי דאין מעידין רק שנגזלה מהמערער ושפיר כ' הסמ"ע דלא חשש דנקרא גזלן דיאמר שקנאה אבל בב"מ איירי דעדים מעידין שהוא גזלה לכן אף במטלטלין נקרא גזלן) ומצאתי בש"מ בשם הרשב"א דלפי מה דאמר רב זביד דאמר לי' להכי זבינא לך שלא באחריות היינו דמטעם זה אין יכול לקרותו גזלנא דלהכי זביני לך וגליתי לך שאינו שלי ודו"ק:

ט) ראובן שמכר פרה וכו' יכול ראובן להעיד שאין לו בזה שום הנאה. הרמב"ם פסק דדוקא במכיר בה שהוא בת חמורו ותמהו עליו דהא הוא פוסק כרב זביד דאף בנמצא שאינו שלו אינו חוזר עליו ותי' הש"ך ס"ק כ"ה דבמטלטלין אף רב זביד מודה דחוזר עליו ור"פ דאמר חוזר עליו איירי במטלטלין ולכן פריך מיני' והתומים תמה דאיך נוכל לומר דר"פ איירי במטלטלין והרי במטלטלין נוטל הלוקח דמים מתה"ש ואיך חוזר עליו רק הרמב"ן כ' דאיירי באופן שאין המערער חוזר על המוכר ליטול מעותיו שנתן להלוקח כגון שטען שהמוכר קנאה ולא גזלה בעצמו או שטוען שהלוקח גזלה והביא עדים ע"ז א"כ באופן הראשון איך חוזר הלוקח על המוכר כיון שקיבל דמים מהמערער ובאופן השני ג"כ אין חוזר על המוכר שהרי יודע דבעדים שקרים שלא כדין נטלה וא"כ ע"כ ר"פ על דין השדה קאי ע"כ ולי נראה דלק"מ דאף דהדין שהלוקח נוטל דמים מהמערער מ"מ הברירה בידו לומר איני רוצה לשבע כמה נתן וחוזר על המוכר ושפיר קאמר ר"פ דחוזר עליו אף אם המוכר קנאה כאופן הראשון של הרמב"ן ומאופן השני שכ' הרמב"ן

ודאי ל"ק דזה נכלל בתי' הגמר' דמכיר בה שהיא בת תמורו וה"ה באופן אחר שיודע ששלא כדין נטלה וגם באם טוען המערער בעדים שקרים שהלוקח גזלה מזה בעצמו מכיר שהוא בת חמורו של המוכר ולק"מ: מ"ש המפורשים בשם הרמב"ן דאיירי בטוען שגם המוכר לא גזלה ולכן אין המוכר צריך להחזיר וכמ"ש הרמ"א פשוט דאיירי שיש עדים כמה נתן המוכר בעדה דאל"כ הי' המוכר צריך לשבע כמה נתן גם אם הלוקח נתן יותר מסך שנתן המוכר א"כ צריך המוכר להחזיר ואין יכול להעיד ואם צריך לשבע הוי עד הצריך שבועה וע"כ דיש עדים כמה נתן המוכר וכן קיבל מהלוקח ולפ"ז פשוט דלא קאי הרמב"ן על אוקימתא דמוקי במכיר בה שהוא בת חמורו דהרי אז אין כאן עדים ורק כ' זה לדין בפ"ע או לפי ההלכה דפסק כרב זביד אף במטלטלין ולא כהרמב"ם:

י) אבל אם בא להעיד שהוא של ראובן יכול להעיד כיון שהודה כבר שוב אין יכול לערער. וקשה לי דהא י"א בסי' מ"ז דבאמר מלוה על שטרו שהוא אמנה בשעה שבא ב"ח לגבות יכול אח"כ לתבוע ולומר שלא אמר כן רק לדחות את ב"ח ונראה דודאי לאו כל אמתלא מהני בממון עיין קצה"ח סי' פ' ואף דאמתלא דסי' מ"ז מהני הוא משום שלא הי' רק טענה אבל בהעיד בתורת עדות שהוא של ראובן הסברא דלא מהני אמתלא זו שהעיד לדחות המערער.

שוב ראיתי שהטו"ז הקשה קושיא הנ"ל ותי' דשם יש שטר בידו ומוכחא מילתא דחייב ואינו אמנה אבל בכ"מ אין יכול לחזור וזה צ"ע. גם הטו"ז בעצמו סותר דבריו דלקמן בד"ה כ' הרמב"ם הקשה על הב"י שכ' דבעינן שהודה לו שהוא בת חמורו קודם שבא המערער והקשה משטר אמנה מסי' מ"ז דאף דהודה קודם לא מהני ולא מחלק ג"כ דשאני התם דמהשטר מוכח דחייב לו ודו"ק:

סימן לח

א) אע"פ שאין אנו דנין דין עדים זוממין. עיין קצה"ח ס"ק ב' דאם הנתבע שילם עפ"י עדים ואח"כ באו עדים והכחישו הראשונים אף דאין יכול לחזור ולהוציא דאכתי איכא תרי ותרי מ"מ יכול הלוה לתפוס מן העדים הראשונים ששילם על ידן ולפענ"ד לא נהירא דאם תאמר שהעדים יש עליהן חיוב א"כ יצטרכו לשלם אף בלי חפיסה דהרי נגד עצמן אינן נאמנים לומר אמת העדנו כיון דהם בעלי דברים וא"כ יהיו עדים האחרונים נאמנים אלא ע"כ כיון דהיו נאמנים בתחילה בתורת עדות והתורה האמינם ואף עכשיו לא הוי רק תרי ותרי לא שייך אצלם תפיסה ודו"ק:

ב) איכא נפקותא. הש"ך ס"ק ב' הביא ראי' דשטר שכתוב בו בזמנו כתבנוהו שייך בו הזמה מדפריך בפ' אחד דיני ממונית ומי בעינן בממון דו"ת רמינהו שטר וכו' חיישינן

שמא אחרוהו וכתבוהו פי' כיון דבעינן דו"ח ע"כ שכתבו בו בזמנו כתבנוהו האיך חיישינן שמא אחרוהו ע"כ וכונת הש"ך דהרי מבואר דאם כתב בו בזמנו לא חיישינן לאחרוהו ופי' דלפי הס"ד ע"כ איירי דכתבו בו כן ולפענ"ד לא הבנתי דודאי אי בעינן דו"ח אף אם לא כתבו בו בזמנו כתבנוהו ממילא אמרינן דכתבוהו בזמנו דעדים החתומים בשטר כנחקרה עדותן בב"ד ואם בממון בעינן דו"ח ע"כ דגם הזמן הוי כנחקרה דאל"כ אין לו דין שטר אבל לפי המסקנא דבממון לא בעי דו"ח ולפי מה שפי' הר"ן בדברי הרז"ה שכ' דבשטר אין בו הזמה היינו דאף שכ' בזמנו כתבנוהו אין ראי' כיון דאין זה מעיקר העדות וכיון שאינו מענין השטר לא נחשב זה כהעידו בב"ד די"ל בזה משקרין עד שיגידו בפיהם בפני ב"ד א"כ אין משם ראי' כלל: עוד הביא הש"ך דהריב"ש כ' דהזמה שלא בפניהם נעשו העדים פסולין והש"ך חולק דדוקא בפסלינהו בגזלנותא ולא בהזמה והתומים תמה דמה לי שאומרים שגזלו או אם העידו שקר כמ"ש הטור דהזמה הוא בגופן של עדים וכ' דאף מ"ש בגמר' הזמה חידוש צ"ע עיי"ש ולפענ"ד דברי הש"ך ברורים וכבר כתבתי בס"ק א' דע"כ דאם התורה האמינם בתורת עדות שוב אין מעלה לאחרונים יותר מראשוני דאל"כ אף בהכחשה יהיו האחרונים נאמנים שהעידו שקר לענין שיתחייבו לשלם מדד"ג ורק אמת כיון דהתורה מחייבם כאשר זמם שוב העידו על עצמן של עדים ואין נאמנים לומר אמת העדנו כיון שהעדות עליהם אכל שלא בפניהם שאין העדות עליהם דמי להכחשה ופשוט דהטור רק להסביר החילוק כתב כן:

סימן לט

הלכות הלואה:

א) או שהודה בפני עדים שחייב לו נקרא מלוה ע"פ. עיין סמ"ע וש"ך ס"ק א' דהג"א כ' דלא מהני קנין בהודאה רק אם נתחייב ליתן לו חובו לזמן פלוני אבל אמר סתם הריני מודה לך בקנין אין הקנין על מה לחול והב"ה השיג עליו ע"כ והנחה"מ מפרש דברי הג"א דהיינו בלא התנה אחריות ובשעת הלואה דאמרינן אחריות ט"ס הוא הוא משים דלא שדי זוזי בכדי וזה אין שייך שלא בשעת הלואה ובמ"ש הג"א דבמתחייב ליתן לזמן פלוני חל הקנין דחק בהנחה"מ עצמו לפרש עיי"ש ולפענ"ד צ"ע דנראה דאף אחר מתן מעות שייך אחריות ט"ס הוא והיינו דאמרינן דבשעת הלואה הי' דעתו שבאם אח"כ יבוא ענין שיהי' החוב בשטר יגבה ממשעבדי וכמו בפסק דין שגובה ממשעבדי וראי' לדברי מהא דבעי סוף ב"ב הוחזק בת"י בב"ד גובה ממשעבדי או לא ואמר ת"ש ר"א אומר אע"פ שאין עליו עדים רק שמסרו לו בפני עדים גובה מנכסים משועבדים ודחה שאני התם וכו' הרי דאף בכת"י רצה הש"ס לומר דאם הוחזק אח"כ גובה ממשעבדי ואף

דאינו שעת הלואה ואף דהש"ס דחה זה דע שיש שם שתי גירסות האריכו בזה התוס' גיטין (ד' ג' ע"ב) ד"ה וגובה וגירסא האחת הוא שאני התם דאיכא כתובה והיינו דר"א אייר בגט וגובה ממשעבדי בכתובה ע"י גט שניתן בעדי מסירה ועיקר השעבוד ע"י הכתובה והקשו שם התוס' מסוגיא דפ' המגרש דמשמע דאף בשטר גובה ממשעבדי בעדי מסירה ופי' ר"ח דסוגיא דב"ב פליגי אסוגיא דגיטין ולפי סוגיא דגיטין דגובה ע"י ע"מ ה"ה הוחזק כת"י בב"ד גובה ממשעבדי וא"כ מוכרח כנ"ל דאף דבשעת הלואה לא נשתעבד מ"מ משתעבד אח"כ ואף דהתוס' שם כתבו דר"ת כ' דיש לסמוך אסוגיא דב"ב ואין לגבות ע"י ע"מ היינו משום דליכא עדי תתימה ולא אמר ר"א דמהני עדי מסירה רק בגיטין אבל עכ"פ פשוט דאינו מזיק כלל מה דבשעת השעבוד לא שדי זוזי בכדי וגם לפי גירסת הרשב"ם דגרס שא"ה דמשעת כתיבה שעבד נפשי' נראה ג"כ פשוט דאין לפרש כונת הש"ס דר"ל דאז בשעת כתיבה שייך לא שדי זוזי בכדי דא"ב הי' לו לומר דבשעת מתן מעות שעבד נפשי' ועוד דהרי לא אייר כלל דאין בו אחריות ועוד דהרי פשוט דבכת"י אף דכתוב בו אחריות והוחזק אח"כ בב"ד אינו גובה וע"כ דהפירוש בש"ם דמשעת כתיבה שעבד נפשי' כמ"ש הרשב"ם דהתם שעבד הלוה נפשי' אבל הוחזק כת"י מעצמו ולא נעשה כדי לגבות ממשעבדי ועתה אין הלוה משעבד עצמו במה שהוחזק הכת"י בב"ד והב"ד רואין אותו אבל אם הלוה מצוה לעשות שטר נתחייב אז בשעבוד וזה ברור לכל מעיין וכ"ש לפי מ"ש הע"ש והטו"ז לקמן סי' ע"ג דלעולם יכול המלוה לכוף את הלוה שיעשה לו שטר ממלוה ע"פ וכן לקמן סי' נ"ג הבאתי דברי הרדב"ז דיכול המלוה לכופו ליתן לו תוקף בערכאות הרי דלעולם שייך לא שדי זוזי בכדי אף דלא עלה זה על דעתו בשעת הלואה ודו"ק ואך בעיקר דברי הג"א מבואר דכונתו דלשון מודה בקנין הוי קנין דברים דכל קנין הוא דמקנה לו חלופי הסידור אבל לא שייך מודה בקנין שיחול ע"ז הקנין והב"ה סובר דסתם קנין הוא על נכסיו וזה נראה כונת הש"ך דסיים בצ"ע: ב) והמלוה את חבירו בשטר גובה ממשועבדים אף אם לא כתב אחריות. השע"מ כ' דדוקא בשטר הבא ע"י תוב אבל בחייב עצמו חיוב חדש לא מבעיא אם לא התנה אחריות כלל דלא נשתעבדו הנכסים אלא אף בהתנה ולא כתב בשטר כיון דכל חיובו ע"י השטר וכיון דאין מפורש לא קנה רק למ"ד שעבודא דאורייתא כיון דלא שייך לית לי' קלא כמ"ש הטו"ז בסיף הסי' בשם מהר"י דהסובר שעבודא דאורייתא א"צ לאחריות ט"ס רק כיון דאית לי' קלא גובה ה"נ בחיוב חדש ע"כ. והנה לפי דבריו דחיוב חדש אינו כחוב ממש לא הבנתי מ"ש בסוף דבריו דדי אם אית לי' קלא דאף דשעבודא דאורייתא היינו היכי דכבר נתחייב אבל כאן דכל החיוב בשטר ולא קיבל אחריות רק על גופו למה

יגבה מה דלא נתחייב וגם י"ל דאין קול לשטר שאין בו אחריות וצ"ע אך עיקר דבריו אינן מיושבין אצלי ויש לי ראיות נגד דבריו דהרי בריש פ' הנושא בפסיקתא דר"ג דבעי אי ניתן לכתוב ופירשו הפוסקים דהיינו אי גובה ממשועבדים אף בלא כתב והרי שם הי' חיוב חדש ולא התנה ועוד נראה פשוט דמתנה כזו דמי למכר דדוקא כשנותן דבר מסוים כגון שדה זו אמרינן דלא קיבל עליו אחריות ורק שדה זו נתן אבל לא היכי דחייב עצמו ועיין ב"ש באה"ע סי' ק"ז בנתן שטר חיוב ולוה ואח"כ קנה דיחלוקו וכ' שם דאף דבכתובה וב"ח אמרינן דהכל לב"ת משום דהאשה לא נתנה מעות שאני מתנה עיי"ש וע"כ דמתנה כזו דמי למכר. אמת כי ראיתי בשע"מ סי' קט"ז כ' שם דבמתנה אין חולקין אכן אשתמט לי' דברי הב"ש ולכן נראה דבמתנה כזו שלא נתן לו עתה כלום רק שעבד לו נכסיו ודאי גובה ממשעבדי וע"כ דבחיוב נשתעבדו נכסיו דאל"כ הוי קנין אתן. ואמת כי עדיין יש לעיין דהרי כל הטעם דאחריות ט"ס משום דלא שדי זוזי בכדי ובחייב עצמו לא שייך כן ואפשר דלאו דוקא בהלואה אמרינן כן רק בכל שטר כמו דמצינו גבי כותבין שובר דהוא מטעם עבד לוה לאיש מלוה ומ"מ אף בשטר שאינו של הלואה אמרינן דכותבין שובר גם אפשר לומר דא"צ לטעם לא שדי זוזי בכדי רק בהלואה דהלוה לא ניחא לי' באחריות ואין רצונו להשתעבד כלל לכן צ"ל דודאי המלוה לא ניחא לי' רק באחריות דלא שדי זוזי בכדי ובע"כ מוכרח הלוה להתרצות אבל חוב שנותן מדעתו נותן אף שעבוד נכסים ודו"ק:

ג) גובה מן המשועבדים. הש"ך האריך בכאן אי שעבודא דאורייתא ומסיק להלכה דהוי ספיקא דדינא וכן יאות לנו שלא להכריע בין הקדמונים והתומים הקשה ע"ז איך מצאנו ידינו ורגלינו בבה"מ דהא בפ' יש בכור במאי דפליגו ר"מ ור"י בילדה שני זכרים ומת האב עד שלא נתן דר"י קאמר כבר נתחייבו נכסים והכהן גובה החמש סלעים ור"מ סובר דפטורים וקאמר דפליגו בחלקו כבר הנכסים דר"מ סבר דאחין שחלקו לקוחות הן ומלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות ור"י סבר או דיורשין הם או דמלוה ע"פ גובה אף מלקוחות לכן אמר נתחייבו הנכסים ע"כ וא"כ אנן דקיי"ל דאחין שחלקו הן לקוחות מספק וגם קיי"ל דמלוה ע"פ אין גובה מלקוחות וא"כ למה אין שום ב"ד נותנין לב דיורשים שחלקו אין מלוה ע"פ גובה מהם וכ' עוד וז"ל ועיין חידושי הרמב"ן דטרח למצוא טעם דלמה פסקינן בבא ב"ח ונטל חלקו של אחד מהם בטלה מחלוקת כיון דקיי"ל אחין שחלקו לקוחות הן וכ' דע"ד כן חלקו שלא יפסיד האחד הכל ולא נתן כלל טעם למה יגבה מלוה ע"פ כיון דלקוחות הם ועיי"ש בתומים דמסיק דאם ש"ד ניחא כ"ז אבל לפי דמסיק הש"ך דהוי ספקא דדינא קשה עיי"ש ולפענ"ד נראה דלק"מ ובתחילה נתרץ למה אמר שם דאם

לקוחות הן אין גובין מהן הא קיי"ל מזיק שעבודו ש"ח חייב וכל אחד מכר שעבודו של כהן בחלוקתו ולמה יפטור וצ"ל דהרי קיי"ל מזיק מתנות כהונה פטור משום דהוי ממון שאין לו תובעים לכן אין גובה מהם לר"מ אבל כל מלוה ע"פ נהי דלקוחות הן מ"מ הרי כ"א חייב משום מזיק במכרו לאחיו ועיין בש"ך לקמן סי' ק"ז דהיכי דמשתרשי לי' לכ"ע חייב ותה"ל בחפשי בזה מצאתי כדברי במהריט"א ה' בכורות עיי"ש דמשמע מדבריו דאף אם במתנות כהונה ג"כ חייב במשתרשי לי' היינו בחוב שהחיוב הי' עליו אבל בחיוב שהי' על האב פטורים ובזה נראה דאף אם נאמר דכל מזיק שעבודו אינו חייב רק במשתרשי ובחיוב על האב לא מהני משתרשי היינו במתנות כהונה דאין המצוה על היתומים רק על הנכסים שנשתעבדו אבל כל מלוה ע"פ דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן חייבין עיי"ש. ובזה נראה לתרץ ג"כ מה שהקשה הטו"ז סי' ק"ג על מ"ש הרמ"א דאחין שחלקו אין שומא הדרא משום דלקוחות הן והקשה דבריש הגוזל ומאכיל אמר דרשות יורש לאו כרשות לוקח הוא אף דתנן לבניו לשון רבים ומשמע דהי' כמה יורשין ולפמ"ש לק"מ דהתם חייב מטעם מזיק ומשתרשי לי' ואין להאריך במה שאין מקומו כאן:

ואך ראיתי כי התומים הקשה עוד במקומו פ' יש בכור כיון דקיי"ל אחין שחלקו לקוחות ומלוה ע"פ אין גובה מיורשין למה פסקינן כר"י בבכור דנתחייבו נכסים אך כאשר עיינתי במהריט"א תימה לי על מ"ש התומים דהרמב"ן לא נתן כלל טעם למה מלוה ע"פ גובה מן היורשים שחלקו ושם ראיתי כי כתב טוב טעם לזה ואף למאי דקיי"ל דנתחייבו הנכסים גבי בכור דלאחר שכ' דלכן בטלה מחלוקת שע"ד כן חלקו שלא יפסיד האחד כ' הרמב"ן וז"ל ויש מקשין דהרי בבכורות משמע דיורשין גמורין הם דקיי"ל כר"י דנתחייבו הנכסים ואינו קושיא דכיון דע"מ כן חלקו שתתבטל חלוקתם אם יבוא ב"ח ויטרוף נמצא שאינן לקוחות לגבי ב"ת וכו' ע"כ וכן בה' בכורות להרמב"ן כ' וז"ל אסיקנא הלכתא דבטלה מחלוקת אלמא יורשין הוי ומלוה ע"פ גובה מיורשים לכן נתחייבו הנכסים כר"י עכ"ל וע"כ מ"ש אלמא יורשין הוי כונתו למ"ש בחידושיו בב"ב דלענין ב"ח כיון דבטלה מחלוקת לכן יורשים הן והוי כלא חלקו וא"כ קושיית התומים כבר ישב הרמב"ן ואף לענין מתנות כהונה הוי כיורשין כ"ש בשאר מלוה ע"פ והכל נכון ואף שראיתי במהריט"א שם תמה על הרמב"ן למה נימא דע"ד כן חלקו והרי כל הטעם שאין רוצין שאחד יפסיד הכל אם הב"ח יטריף ממנו אבל במלוה ע"פ הרי לא יגבה הב"ח כלל למה נימא דע"ד כן חלקו שעי"כ יטרוף הב"ח עיי"ש שדחק בזה. והנה י"ל בפשיטות כיון דאם יבוא מלוה בשטר ודאי יגבה א"כ הי' חלוקתם על תנאי דלפעמים

יתבטל חלוקתם ממילא גובה מלוה ע"פ כיון דע"י הגבייי' יתבטל חלוקתם והיינו כיון דרק ע"ד כן ירדו שלפעמים יתבטל וא"כ למה יפסיד הב"ח כיון שהי' תנאי בחלוקה ולפי האמת דאחין אינן כלקוחות רק מחמת ספק פשוט דניחא דכבר כתבתי בסי' א' דספק גזל הוי כספק איסור ורק מטעם דיהי' נזל ביד השני עיי"ש שבארתי הדברים של הר"י באסן שלא תקשה מה שהקשו עליו וא"כ אם לא יגבה יהי' ספק גזל בידם אבל אם יגבה לא יהי' ספק גזל ביד הב"ח שהרי יתבטל החליקה ויתברר שבדין גבה וחוץ מזה מצינו שחכמים תקנו גבי ב"ת מאוחר דהיכי דגבה גבה כגון בדאקני דעדיף מכתובה כיון שאחר הגבי' לא יהי' גזל בידו ודו"ק כי הסברא נכונה ודברי הרמב"ן ברורים בלי פקפוק והכל ניחא בס"ד:

ועתה נדבר בהקושיות שהאריכו המפורשים בכל שיטה ושיטה ואכתוב מה שהעלה מצודתי הנה הרי"ף סובר ש"ד והקשה הקצה"ח מגיטין (ד' נ') דאמר מר זוטרא אפי' פירש לו שבת ר"ל דנכתב בשטר המלוה שיגבה עידיות אינו גובה מיתומים אלא זבורית אמר אביי תדע דהא ב"ת דינו בבינונית ומיתמי בז בורית א"ל רבא הכי השתא ב"ת מדאורייתא בזיבורית ורק כדעולא שלא תנעול דלת בפני לוין תקנו שיגבה בינונית וגבי יתמי אוקמוהו אדאורייתא אבל הכא דפירש לו שבת דמדאורייתא בעידיות אף מיתמי וכתבו התוס' דמר זוטרא ואביי סברי שעבודא לאו דאורייתא לכן אף בפירש לו אינו גובה רק מזבורית וא"כ הרי"ף דפסק דש"ד איך פסק כמר זוטרא. עוד הקשה הקצה"ח על מה שכתבו התוס' דאביי סובר שעבודא לאו דאורייתא הא בסוף ב"ב דייק הש"ס מרבה דאמר גבי בכור גבה קרקע יש לו פי שנים להבכור והיינו דלמפרע הי' מוחזק לאביו וא"כ אביי נמי דאית לי' למפרע הוא גובה ע"כ דסובר ש"ד ומתרץ הקצה"ח ע"פ דברי הריטב"א דמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפי' שעבדו בפירוש לא מהני דאין הקנאה לחצאין ובזה פליגי אביי ורבא ואף דאביי אית לי' ש"ד מ"מ אין יכול לשעבד עידיות ורק התורה היתה יכולה לשעבד ולכן סובר דאף פירש שבת לא מהני כיון דהתורה לא שעבדה שבת ורבא סובר דמהני הקנאה לחצאין עיי"ש כי קצרתי בדבריו ודבריו תמוהים דאם טעמו דאביי דלא מהני הקנאה לחצאין א"כ אף מיני' דידי' לא יגבה שבת ועוד הרי אם פירש בפירוש בשטר שיגבה אף מיתמי שבת גובה ולא אמרינן דלא מהני תנאו ועוד דע"ז לא שייך תדע דקאמר אביי דמזה דאין גובה בבינונית מיתמי אין ראי' דהקנאה לחצאין לא מהני גם עיקר הסברא הוא תימה בעיני דלכן אף שעבדו בפירוש לא מהני משום דאינו יכול להקנות לחצאין והרי ש"ד ונשתעבדו נכסיו ואם אין לו רק עידיות תל עליהם השעבוד והרי זה התנה תנאי לסלק שעבודו מן הזיבורית וממילא נשאר

השעבוד על העידיות וא"כ דבריו צ"ע ואך מה שנראה ליישב שיטת הרי"ף מקושייתו ואין שיטתו כדברי התוס' ואך לכאורה אין מקום לקושיא כלל דהא התוס' תירצו עוד תי' אתר וגם הפ"י האריך בזה לכן הוצרכתי לבוא בארוכה דהנה התוס' הקשו למר זוטרא ואביי כיון דהתנה ופירש שבח למה הפקיעו דינו ותירצו תי' אחד דסברו שעבודא לאו דאורייתא ומדאורייתא אין כאן שעבוד כלל לכן מיתמי בזיבורית ועוד תירצו דלא פליגי רבנן ביתמי. והנה קושיית התוס' לכאורה אין מובן והרי בכל ב"ת דדינו בבינונית למה ביתמי מזיבורית והיינו ע"כ משום דלא מסיק מלוה אדעתי' דמית לוה שינעול דלת וה"נ י"ל אף דפירש לא הי' דעתו רק מיני' גופי' ומיתמי אזיל בתר תקנה דגובה מזיבורית רק עיקר הקושיא דאי נימא הטעם דלא הי' דעתו א"כ מאי קאמר אביי תדע ואין דמיון לזה כלל והתוס' בחי' השני דתירצו דלא פליג הקשה הפ"י דמאי קאמר תדע דאיך נשמע משם דלא פליג והא עיקר מימרא דמר זוטרא לאשמעינן דלא פליג וא"כ זה לא נשמע כלל והפ"י חידש דאביי לית לי' דעולא וסובר דב"ת מדינא בבינונית ושפיר קאמר תדע דדינו בבינונית ומיתמי בזיבורית וה"ה פירש לא עדיף מהיכי דדינו בבינונית ואם נאמר כן ודאי חימה על הרי"ף דהוא פסק כעולא דב"ת דינו בזיבורית ואיך פסק כמר זוטרא ואביי. ולכן אשר הנראה לפרש דברי הש"ס הוא דהנה טעמו של מר זוטרא הוא כמ"ש דאין דעתם בתנאי רק מיני' דידי' וכמ"ש וראי' לזה דהרי הרי"ף פסק דאם התנה בפירוש דאף מיתמי יגבה שבת גובה וא"כ מוכרת הטעם כמ"ש דלא הי' דעתם רק מיני' ולא אסיק אדעתי' דמית לוה ונפלו נכסי קמי יתמי ואדעת זה לא התנה וקאמר אביי תדע והיינו דאביי סובר דכיון דרבנן תקנו שיגבה מבינונית א"כ ממילא כל מלוה אדעת זה נכנס והלוה מעותיו והוי ג"כ כפירש ומ"מ אין גובה רק מזיבורית דמה לי התנה מה לי אם נכנס על דעת כן וע"כ דלא הי' דעתם שאם ימות ורבא פליג על סברא זו וקאמר הכי השתא וכו' דהא דכל ב"ת גובה מבינונית לא הוי כהתנה רק דכן תקנו תכמים ועל יתמי לא תקנו אבל פירש לו הוי כקנה שעבוד זה ואף מיתמי גובה מעידיות וזה נכון בפירוש הסוגיא ודו"ק: וקושיא השני' מה שהקשה על התוס' דהרי אביי סובר למפרע הוא גובה ואיך כתבו דסובר שעבודא לאו דאורייתא ונראה ליישב מקודם ע"ד הפלפול דהנה צריך להבין דאיך דייק הש"ס בב"ב מרבה דסובר גבה קרקע יש לבכור פי שנים משום דמוחזק ביד אביו וכי כל דבר שלא קנה רק במשיכה דהוא דרבנן אין לבכור פ"ש ומה לי אם קנה מדאורייתא או דרבנן אך נראה דהוא ע"פ מה שכתבו כל האחרונים והוא גם בש"מ בשם הריטב"א דכל דבר שהוא קנוי מדרבנן לא נעשה שלו עד שיבוא לרשותו דלא מצינו רק הפקר ב"ד הפקר ולא קנין ב"ד קנין ואם אין השעבוד רק מדרבנן

א"כ כ"ז שלא גבה לא מיקרי מצוי בידו וע"כ דסבר רבה ש"ד אבל אביי אף דסובר למפרע הוא גובה שפיר י"ל דהוא רק מדרבנן דשם א"צ שיהא מצוי ודי בזה מה שיצא מרשות הלוה דתרוץ אף בקיבל עליו אחריות עובר ושפיר מצי סבר של"ד ויש להאריך בזה ויראתי מפני האריכות כי נראה דא"צ באמת כאן לזה רק הש"ס לא ניחא לי' לומר דרק משום דסבר כאביי דלמפרע גובה יש לבכור פ"ש דא"כ למה דוקא בחוב שבשטר יש לו פ"ש וע"כ דצריך ג"כ שעבוד לכן סברת הש"ס דהוא דוקא אי ש"ד אבל אביי דסבר למפרע גובה לאו מש"ה מוכרחין אנו לומר דיסבור ש"ד והראי' דהרי אביי בעצמו הקשה (בד' קכ"ד) לרבה למה גבה קרקע יש לו והא לאו היינו קרקע דשבק אביהן אף דאביי סובר למפרע הוא גובה וע"כ דזה לא מהני דיהי' נקרא אשר ימצא לו לכן צריך להא דש"ד ודו"ק: עוד הקשו על דכ' דש"ר והא דאמר ר"פ הטעם דגובה מיורשין משום נעילת דלת ר"ל דמש"ה אוקמוהו אדאורייתא והקשו למה צריך טעם דאוקמי אדאורייתא עיין ש"ך ונראה דאפשר דהרי"ף סובר דהא דאין גובין מלקוחות משום דלית לי' קלא אין ר"ל דבעת שמכר הפקיעו חז"ל השעבוד דאין סברא שהנכסים היו עד עכשיו ברשות המלוה וכשמכרן פקע השעבוד ואם אף דלא נפקע כך תקנו שאם מכרן לא יגבה דא"כ אם הלוקח ידע שחייב למה לא יגבה וכמו בלקח מגנב דבידע שהוא גנוב לא עשו תה"ש וכאן אף בידע הלוקח אין גובין ולמה כן כיון דשל המלוה מכר וע"כ צ"ל דמיד שהלוה לא תל כלל השעבוד והמלוה לא הלוה כלל על הנכסים וא"כ אף מיורשין למה גובין לזה אמר דאוקמוהו אדאורייתא משום נ"ד ואם נאמר דהרי"ף סובר כהרא"ש דהא דאין נשבעין על שעבוד קרקעות הוא אף אם אין לו קרקע עכשיו רק הי' לו בעת הלואה יש קצת ראי' לדברינו דהתוס' כתבו דהא דאר"י הכופר במלוה שיש עליו עדים חייב קרבן ויש לו שטר פטור משום שעבוד קרקעות ע"כ איירי דיש לו משועבדים ואין לו בני חורין דאם יש לו ב"ת אף ביש עליו עדים פטור ואם אין לו אפי' משועבדים אפי' יש עליו שטר פטור וכיון דהפקיעו חכמים השעבוד הוי כמחל השעבוד לכן מודה במקצת נשבע וקשה הא מ"מ בעת הלואה הי' לו ב"ח וע"כ דתיכף הפקיעו חכמים השעבוד ולא תל כלל אף אצל הלוה ועוד י"ל לפמ"ש התומים דעבדים כיון דיכול לשחרר ולמכור שוב אין השעבוד דאורייתא דאין שעבוד רק היכי דיש לו קנין גמור שאין הלוה יכול למכור וא"כ ה"נ כיון דאין גובה מלקוחות ויכול למכור א"כ ממילא נפקע השעבוד לכן הוצרך ביורשים לומר אוקמו אדאורייתא אך קצת יקשה ע"ז מהא דפסקו מלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחר משום דש"ד הא כבר נפקע השעבוד:

) והנה אם נאמר זה להנחה קיימת דהיכי דיכול למכור שוב נפקע השעבוד יש ליישב קושיית התומים שהקשה במ"ש בתוס' לחלק בין מלוה הכתובה בתורה דאז ש"ד והקשה על מ"ש המפורשים דמה דאמר ר"פ פריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מצוה נינהו לכן אין גובין מיתומים קטנים והקשה התומים א"כ מאי פריך בפ' שום היתומים דהא אין גובין נוהם והוצרך לדחוק דאייתי בעכו"ם שקיבל עליו לדון בד"י לוקמא במלוה הכתובה בתורה דאז הנכסים משועבדים ולפמ"ש י"ל דע"כ הא דאמר ר"פ גובה מיורשים משום דש"ד ע"כ דר"ל דחכמים אוקמוהו אדאורייתא דאין לפרש כפשוטו דהא כיון דהי' יכול למכור הרי נפקע השעבוד ורק כיון דמלוה דשל"ד גובין מיתומים משום נ"ד לכן אף מלוה הכתובה בתורה אף דלא שייך נ"ד לא רצו שלא יגבה וא"כ אף במלוה הכתובה אין כאן רק מצוה ויתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו:

והנה לשיטת הסוברים שעבודא לאו דאורייתא הקשו מהא דאמר רבא בריש הנזקין גבי פירש לו שבח אבל הכא מדאורייתא בעידיות ותי' הש"ך דהתנה בפירוש שיגבה ה"מ דשעבוד דאורייתא והפ"י ריש הנזקין בהמשנה הקשה ע"ז מסוף ב"ב דדייק מהא דאמר רבה גבה קרקע יש לו לבכור פ"ש דש"ד ודחק לשנויי דלטעמא דבני מערבא קאמר ולי' לא ס"ל לימא דאיירי ששעבד בפירוש דסתם שטר הכי הוא וכה"ג ש"ר ע"כ ולק"מ דמ"ש דדחק לשנויי זה אינו דוחק ואישתמט להפ"י דקושטא דמילתא הכי הוא בב"ב (ד' קכ"ד) ורבה בעצמו אמר שם כן אך אף י"ל דלא הוי מצי כלל לשנויי דהוא משום שעבוד מפורש דא"כ למה אמר גבה מעות אין לו ומחלק בין קרקע למעות הא על מעות אין השעבוד מפורש על אותן מעות וכה"ג אף בקרקע אין לו וא"כ בקרקע עצמו הי' לו לחלק ופשוט. אך התומים הקשה ע"ז קושיא גדולה דבפ' שום היתומים דפריך לר"פ דאמר אין גובין מיתומים קטנים משום דיתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו ופריעת ב"ת לא הוי רק מצוה ולרש"י והרשב"א הוא דשעבודא לאו דאורייתא ולפי דברי הש"ך לוקמא הא דשום היתומים בשעבוד מפורש ולמה דחק לאוקמי בנכרי כנ"ל. ונראה ליישב דהנה הקצה"ח צידד אי שעבידא לאו דאורייתא אי נחתינן לנכסי ומסיק דלא נחתינן מטעם שעבוד רק נחתינן מטעם כפי' למצוה וראיתי בס' מקצוע בתורה שבא לידי כעת דשפיר תמה עליו דא"כ אמאי גובה מלקוחות ועליהם אין שום מצוה וע"כ דמ"מ יש שעבוד מדרבנן ונחתינן מטעם שעבוד ואח"כ תמה דא"כ למה קאמר ר"פ דאין גובין מיתומים קטנים משום דלאו בני מצוה נינהו מ"מ יגבה מהם כמו מלוקח דהרי עכ"פ יש על הנכסים שעבוד מדרבנן ותירוצו אין מובן ויש להשיב עליו ומבואר לכל מעיין לכן לא ראיתי להביאו ולהשיב אכן נראה בזה דאם ש"ד מבואר בנתה"מ דיש

לו על הנכסים קנין גמור אבל אם שעבוד רק מדרבנן אין על הנכסים רק שם ערב וכן מבואר בתומים סי' מ"ט דמאי דאמרינן נכסוהו דבר אינש ערבין בי' הוא רק אי שעבודא דרבנן (קצת צ"ע לפ"ז להסוברים שעבודא דאורייתא והרי סתם גמר' בב"ב (ד' קע"ד) גבי האי דיינא דאתתי' למלוה לנכסי מקמי דתבעי' ללוה וסלקוהו משום דנכסוהו רק ערבין בי' א"כ סתמא דהש"ס דשל"ד ואולי רק סירכא דלישנא נקט ועיקר כיון דביד הלוה לסלק בנכסים אחרים לכן אין לירד לנכסיו וגם מפ' הכותב דאין לירד לנכסים שלא בפניו צריך לומר כן וצ"ט) והנה בסי' ק"י יש פלוגתא אם גובין מע"ב במקום יתומים קטנים והרא"ש סובר דאין גובין ודייק לה מדאין גובין מנכסיהם אף דהם ערבין ולפי זה מיושב קושיא הנ"ל למה אין גובין מיתומים מטעם שעבוד דרבנן דהא מערב ג"כ אין גובין ואין לדמות לוקח ליתומים ולהחולקין על הרא"ש וסוברין דגובין מערב וחזינן דאין יורדין לנכסיהם לדידהו ע"כ צ"ל דנכסים גרועי מערב והוא משום דיש לו להמתין עד שיגדלו אבל מלוקח הא אם הלוה תי גובין מערב אם אין לו לשלם ואף במת הלוה י"ל כיון דאין תקנה להמתין גובין ממנו וזה ברור ולפי"ז נראה דבר חדש דמ"ש הש"ך דאף לרש"י והרשב"א בשעבד בפירוש מודה אין הכונה לשעבוד גמור כמו אין שעבודא דאורייתא רק ר"ל דגם מדאורייתא משתעבד נכסיו כמו ערב (דלמ"ד של"ד ע"כ אי לאו דרבנן שעבדו אין על הנכסים אף דין ערב כמבואר לפמ"ש) וטעם שלי דהרי הריטב"א הביאו הקצה"ח כ' דאף שעבוד בפירוש לא מהני דאין הקנאה לחצאין וא"כ אף לפי הסובר דחל הקנאה לשעבוד הרי לא בירר דשדה זו יקח בחובו א"כ לא שייך קנין גמור או מטעם דאין ברירה עיין קצה"ח לקמן סי' ס' או דהרי לא נשתעבד רק אם לא יפרע א"כ אין שייך בו קנין יותר מערב ובשלומא אי ש"ד התורה שעבדה לקנין גמור אבל מה שהוא שעבד אותם לא עדיף מהשתא דשעבודא דרבנן ולפ"ז מיושב קושיית התומים דלא הי' יכול לאוקמי בפ' שום היתומים דהיינו דשעבדו בפירוש דמ"מ לא עדיף משעבוד דרבנן דאין גובין מהם ושייך ג"כ יתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו ודו"ק:

מ"ש הקצה"ח בשם אחיו להרשב"א תרצתי בתי' אה"ע סי' ק' עיי"ש: עוד נשאר לי לבאר דברי הש"ך מ"ש על דברי הישו"ש מה שקיהה בו הנחה"מ ופירש בו פירוש זר היפך מהכונה לכן אביא דבריו ולבארם וז"ל הש"ך עוד הביא הישו"ש ראי' דשעבודא דאורייתא אף בכל מלוה לר"פ ולא המ"ש התוס' דר"פ רק במלוה הכתובה בתורה אית לי' ש"ד דהרי בפ' יש בכור קאמר דכ"ע סוברין מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא וכ"ע אית לי' דר"פ דמלוה ע"פ גובה מהיורשין ואין גובה מלקוחות ומדמחלקינן לתרי מימרא משמע דר"פ לא איירי במלוה הכתובה בתורה ותי' הש"ך דהך ר"פ דבב"ב הרי איירי

בסתם מלוה כדאמר גובה מיורשין משום נ"ד ובפ' י"ב מביא הך ר"פ דב"ב ע"כ. והנה הנחה"מ פירש דהש"ך הבין בדברי הישׁ"ש דהקשה דהדברים סותרין עצמן דקאמר לאו ככתובה בשטר דמיא וע"כ לית להו דר"פ ואח"כ אמר דאית להו דר"פ ומתרץ הש"ך דאין הדברים סותרין עיי"ש ואח"כ כ' הנחה"מ דבאמת אין כונת הישׁ"ש כן ואין תרוצו של הש"ך עולה יפה והגה חוץ דדוחק לומר דהש"ך הבין לשון הישׁ"ש שכ' מדמחלקינן לתרי מימרא היינו דסותרין זה את זה אכן חימה גדולה על הנתה"מ דאיך נוכל לומר דהש"ך הבין דכונת הישׁ"ש דהדברים סותרין דאם לאו ככתובה בשטר ע"כ דלית לי' דר"פ דאי שעבודא דאורייתא ע"כ ככתובה בשטר הוא ורק ע"כ דשעבודא לאו דאורייתא והרי הישׁ"ש רוצה להביא ראי' דר"פ אית לי' בכ"מ שעבודא דאורייתא והביא ראי' נגד דבריו ותימה גדולה הוא על הנתה"מ כנראה לכל מעיין אכן ודאי פשוט דגם הש"ך הבין דהישׁ"ש הקשה דלמה הוצרך לתרי מימרא דלאו ככתובה בשטר וכו' והי' די לומר כ"ע אית להו דר"פ דגובה מיורשין ואין גובה מלקוחות כמו שפי' הנתה"מ אח"כ ורק הנתה"מ לא ביאר כלל איך ניחא להישׁ"ש לכן דחק בדברי הש"ך והנה זה פשיט דהי' די במימרא דר"פ אך כונת הישׁ"ש דהרי לדברי התוס' דר"פ במלוה הכתובה בחורה איירי דוקא ולכן קאמר ש"ד וא"כ הי' מהדין שיגבה מלקוחות מן התורה ורק ר"פ חדית לן דאינו גובה משום דלית לי' קלא וא"כ איך קאמר דלאו ככתובה בשטר והיינו דאינו גובה מלקוחות ואח"כ אמר דכ"ע אית להו דר"פ והרי דין זה דלאו ככתובה בשטר לא ידענו רק מר"פ דאמר אינו גובה מלקוחות דהרי מן התורה הי' גובה ולא הי' להביא רק מר"פ אבל אי ר"פ לא איירי במלוה הכתובה בתורה ורק בכ"מ אית לי' ש"ד שפיר הוצרך לתרי מימרות דאם לא מביא רק דברי ר"פ דאינו גובה מלקוחות מ"מ הי' אפשר לומר דכאן בבכור גובה משום דכתובה בתורה וכשטר דמי ולזה מתרץ הש"ך כיון דר"פ גופא אמר שני פעמים והך ר"פ דבב"ב איירי בסתם מלוה א"כ י"ל דבפ' יש בכור מביא הך ר"פ דבב"ב ולא ידע כלל מאידך לכן הוצרך גם לזה דלאו ככתובה בשטר דמי ובחי' השני מתרץ דאין ענין מה דש"ד לכתובה בשטר ונראה דר"ל דהא מדאורייתא אין חילוק בין שטר לבע"פ וגם לפי מה דפסקינן ודאי דלא מהני מה דכתובה בתורה דאף דש"ד הרי אינו גובה מלקוחות ורק הש"ס דקאמר לאו ככתובה בשטר הוא ממעשים דכל יום דגובין בשטר ממשעבדי ע"ז קאמר הש"ס דכתובה בחורה לאו ככתובה בשטר וא"כ אחין שחלקו אי לקוחות הן אין גובה ולא הי' יכול להביא מר"פ אף דר"פ חדית לנו זה דאף דש"ד אין גובה מ"מ אין הלשון מוכיח דלאו ככתובה בשטר ורק כיון דהי' ס"ד דכתובה בתורה הוי כשטר ממעשים בכל יום דגובה בשטר הביא דאין זה כשטר ואח"כ

מביא מר"פ דגובה מיתומים דאי יורשין הן גובין כמבואר שם בסוגיא ודו"ק כי זה בדור למעיין כונת הש"ך:

ד) אין כותבין שלא יחזירו למלוה ע"פ מלוה בשטר. הנתה"מ הקשה בשם התומים דלמה לי טעם זה בלא"ה כל שלא אמר כתבו הוי מפ"כ ונראה דלק"מ ל"מ לשיטת הרמב"ם דכל שטר הוא רק תקנת חכמים וא"כ אי לאו החשש דלא ניחא לי' הי' בכלל התקנה אף אם לא ציוה לכתוב ורק משום דיש קפידא לא תקנו חכמים. שוב ראיתי שכן מתרץ ג"כ התומים אך לדעתי פשוט דאף לשיטת כל הפוסקים דכל שטר כשר מהתורה ולא הוי מפי כתבם והיינו כשצוה לכתוב מ"מ ג"כ ניחא דהרי גבי הודאת קרקע קיי"ל דכותבין אף אם לא צוה ועיין ברשב"א ור"ן הביאם הקצה"ח ס"ק ד' דהוא משום אומדן דעתו דניחא לי' בכתיבה כיון דאין לו קפידא א"כ גם כאן אם לא הי' קפידא הי' מותר לכתוב משים אומדנא זו דהוי כאלו צוה ופשוט. ובנתה"מ מתרץ דאף באמר כתבו אף דלא הוי מפ"כ כיון דלא אמר תנו חיישינן שלא יחזרו וכו' וסיים ולפ"ז כל שאמר כתבו אף שמוחה מליתנו שוב לא הוי מפ"כ ומהני כעדות בע"פ אף דלא הוי שטר עיי"ש ודבריו צ"ע בעיני דהרי כ' הרי"ף הביאו הנחה"מ סי' מ"ו ס"ק י"ט דכל שלא מסרוהו למלוה לא הוי כנחקרה עדותן בב"ד ועיין ברמב"ן הביאוהו לעיל סי' כ"ח דלכן שטר לא הוי מפ"כ כיון דהוי כנחקרה עדותן בב"ד וא"כ בלא נמסר הוי מפ"כ ואך אף לשיטת הרמב"ם והראב"ד והר"ן שחלקו על הרי"ף ותירצו הסוגיא דפ' ד' אחין דלכן בשטר קידושין לא הוי שטר כיון דאינו ראוי ליתנו לבע"ד אבל היכי דראוי ליתן אף שהוא תחת יד העדים חשיב שטר עיי"ש מ"מ כאן הרי מוחה ליתנו שוב לא הוי שטר והוי מפ"כ ואף לשיטה המובא בקצה"ח סי' כ"ח דשטר כיון דנכתב מדעת המתחייב לא הוי מפ"כ נראה ג"כ דהיינו דוקא ביש לו דין שטר שיוכל למסרו ליד המלוה אבל אם אין יכולין למסרו לא נגמר עדותן וא"כ מאי מהני מה שצוה לכתוב וזה נראה פשוט בעיני וגם נראה ברור דאף אם מסרוהו שלא ברשות אין לו דין שטר אף לשיטת הרי"ף דעיקר באם מסרו היינו מסרוהו כדין וגם נראה להיפך דאם כתבו שטר אף בלא דעת המתחייב מ"מ אם צוה אח"כ ליתנו ללוה יש לו דין שטר דאל"כ גם שטר ממון בעינן לשמה עיין תוס' גיטין (ד' ד') ד"ה מודה וכן ראיתי כעת בפ"י על הטור סי' זה אף דראייתו אין ראי' כפי מ"ש לעיל ליישב קושיית התומים וכן לקמן גבי שטר שנמחל שעבודו משמע לולי טעם שנמחל שעבודו לא הוי מפ"כ אף דלא נכתב על מלוה זו ומהני שם אם קיבל קנין אח"כ וא"כ פשוט דעיקר הוא המסירה וכן מן הסברא לפי מה דקיי"ל דע"מ כרתי ורק ע"ח מהני משום דידוע שבא השטר ע"י הלוה להמלוה וא"כ ע"כ דעיקר הגדתן הוא מסירת השטר.

שוב ראיתי שגם הנחה"מ בעצמו לקמן ס"ק י"ג כ' כעין זה דעיקר הוא מסירת השטר וא"כ דבריו שבכאן צ"ע:

ה) אבל אם קנו מידו וכו' ואפי' נשתהה ואין צריכין לחוש שמא פרע ויש חולקין וכו'. עיין ש"ך ס"ק ו' דהוא משום דאין יכול לטעון פרעתי נגד עדי קנין ואפי' לסברא האחרונה דאין כותבין היינו משום דחיישינן שמא יברר בעדים שפרע ע"כ ר"ל דהיינו דמחזי כשקרא לכתוב שטר שכבר נפרע ופשוט ועיין מ"ש בס"ק שאח"ז ובהגהות א"ב הביא לשון הרא"ש פ"ב דכתובות דכ' וז"ל דאין לחוש לפרעון דאם איתא דפרט איבעי לי' לאודיעו לסהדי שלא יחתמו ע"כ משמע דלא כהש"ך ע"כ ולא אדע איך דחה דברי הש"ך דהרי הרא"ש הוא סובר דאינו נאמן לטעון פרעתי נגד עדי קנין ולדידי' לעולם כותבין אם אין ידוע לעדים שפרע וע"כ מ"ש הרא"ש איבעי לי' לאודיעו לסהדי היינו שיפרע בפניהם או כדומה באופן שידעו שפרע ופשוט: ו) ויש חולקין ואומרים דאי משך מילתא טפי משלשים יום אין כותבין. הש"ך ס"ק ח' הקשה דהא גם תוך שלשים פסקינן דנאמן לומר פרעתי וא"כ אף תוך שלשים לא יכתבו ותימה בעיני לפמ"ש בס"ק ו' בארתיו לעיל בס"ק הסמוך דאף לדיעה האחרונה אינו נאמן לומר פרעתי נגד קנין ורק דאין כותבין משום מיחזי כשקרא וא"כ לענין מחזי כשקרא ודאי דלא חיישינן כיון דאין דרך לפרוע תוך שלשים וכ"ז דאין ידוע שפרע למה לא יכתבו ואך אני רואה דהש"ך ע"כ חזר בו ממ"ש ס"ק ו' דאף לדיעה האחרונה אין יכול לטעון פרעתי דהרי בס"ק ז' כ' דהעיקר כדיעה ראשונה וכן העליתי סי' ע' ס"ק ד' ע"כ ושם בסי' ע' לא כ' כלום לענין אם חיישינן למחזי כשקרא רק כ' שם דאין נאמן לטעון פרעתי נגד קנין וא"כ לפמ"ש ס"ק ו' דגם דיעה האחרונה סוברת כן א"כ איך העלה שם דעיקר דיעה הא' וע"כ דבס"ק ז' חזר וסובר טעם היש חולקין דאין כותבין משום דנאמן לטעון פרעתי ולא כס"ק ו':

ז) אם הלוה מותה בעדים וכו' ואם יאמר המלוה כיון שאינך רוצה שיכתבו לי תחזיר לי מעותי שומעין לו. עיין תשו' הרא"ש וז"ל ולפ"ז אין נ"מ בין ר"ת דסובר שיכול למחות לשאר פוסקים כיון דאף לר"ת צריך להחזיר מעותיו ע"כ וכ' התומים דנשמע מדבריו שני דברים הא' דאם אינו רוצה להחזיר מעותיו אף לר"ת כותבין דאל"כ הא יש נ"מ ביניהם ועוד נשמע דאם מותה איני נאמן לומר פרעתי אף לר"ת דלהחולקין פשוט דאינו נאמן וא"כ ע"כ דגם לר"ת אינו נאמן דאל"כ הרי יש נ"מ ביניהם ולא כהמבי"ט ע"כ. והנה לפי מה דפשיטא לי' דכותבין אף לר"ת אם אינו מחזיר ודאי דגם דין השני נכון דאינו נאמן לומר פרעתי דאל"כ אין כותבין (ואין לומר דאיירי בלא צוח המלוה שיחזור מעותיו דאז אין כותבין לר"ת ואז נאמן לטעון פרעתי דא"כ כיון דאין נ"מ נאמר ע"כ

דאף לשאר פוסקים אין כותבין ונאמן אף לדידהו לפי דבריו) ואכן מדברי המחבר נראה פשוט דלא כדבריו רק לשיטת ר"ת לעולם אין כותבין אף באינו מחזיר לו מעותיו דהא כ' באין לב"ד וב"ד כותבין ומשמע דאיירי בשטר הלואה וכן משמע בהג"א שממנו מקור דין זה דבשטר הלואה איירי ואף דמה דנקט המחבר שרוצין לילך למדה"י באין לב"ד נראה דאיירי אף אם הודה בפניהם דאין יכולין לכופו להחזיר מעותיו שלא לוה עתה בפניהם וגם הוא תוך זמנו לכן נקט שהולכין למדה"י כמ"ש הפ"י או כמ"ש הדרישה דאיירי בלוה סתם לא התנו לכתוב שטר דאז אין כותבין אלא א"כ הולכין למדה"י באין לב"ד (עיין לקמן סי' ע"ג מחלוקת בזה והב"ח והש"ך סוברין דאף לוה סתם יכול לכופו ליתן שטר) מ"מ אף בהתנה לכתוב שטר משמע בהמחבר דאין העדים כותבין רק באין לב"ד והב"ד כותבין ולכן נראה דמ"ש הרא"ש דאין נ"מ אף דיש נ"מ דלר"ת דוקא הב"ד כותבין ולשאר פוסקים אף העדים יכולין לכתוב מ"מ ודאי דאין העדים יודעין הדין אם לכתוב או לא וע"כ באין לב"ד והב"ד כופין או להחזיר המעות ואם אינו מחזיר כותבין לו וא"כ אין נ"מ להמלוה וכל מעיין יראה כי דברי באמת וצדק דאיך נוכל לומר דאף לר"ת דיכול למחות יכתבו העדים לו שטר דמה להם לעדים בזה דהדין שצריך להחזיר המעות דאין זה מוטל רק על הב"ד לכופו וזה פשוט בעיני: ולפ"ז גם דין השני שכ' דאף לר"ת אין נאמן לומר שפרע צ"ע בעיני דשפיר י"ל דלר"ת אם הלוה מיתה ועי"ז לא כתבו לו העדים אפשר דנאמן שפרע אף להחולקין וכמ"ש המבי"ט והתומים הביא דברי התו"י ועיינתי שם וראיתי כי ספיקו הוא אם נאמן לומר שפרע מטעם הקנין ואף להחולקין דס"ל דנאמן פרעתי נגד קנין היינו משום דיש רעותא דאין בידו שטר אבל כאן דצוח והלוה מוחה אין כאן רעותא וזה צ"ע כי הוא סברא חדשה. אכן מ"מ צ"ע בזה מטעם אחר ואף בלא קנין דמהסברא נראה דלא גרע הא דהתנה לכתוב שטר מאם אמר לי' אל תפרעני אלא בעדים כיון שהלוהו ע"מ שלא יהי' נאמן לומר פרעתי דהרי איכא מ"ד המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים וכתבו התוס' משום דנראה שלא האמינו עיין ב"ב (ד' מ"ה) ונהי דלא קיי"ל כן י"ל דהוא משום דהי' יכול להתנות ולא התנה אבל התנה לכתוב שטר חזינן דלא האמינו ואין לך תנאי גדול מזה וכן הוא מסברא ויותר מזה אני מסופק להסוברין בסי' ע"ג דלעולם יכול לתבוע שטר א"כ אם תבע הוי כהתנה. שוב מצאתי בס' מקצוע בתורה לענין מ"ש התומים דעדים יכולין לכתוב שטר אף לר"ח השיג עליו וכ' דהרי הרשב"א כ' דלכן יכול למחות דהוי כמבטל שליחותם וא"כ איך יכולין לכתוב הא הוי מפ"כ. ועיין קצה"ח סי' ס"ז:

ח) ויש חולקין. הש"ך ס"ק י"ד הביא דברי ריו"ו דהודאה אחר הודאה מצטרף לעשות שטר ובס' שע"מ תמה וחולק ע"ז דכיון לענין לגבות מלקוחות צריך שני עדים וכאן דהעדים אין יודעין זה מזה ושמא חד משקר שוב אין כאן שטר עיין שם בסי' נ"א שחיזק ג"כ סברא זו ואין נראה כלל ויש ראיות מהרבה מקומות דאין לחוש כלל כיון דיש שני עדים ועיין קצה"ח סי' למ"ד וסי' פ"א ובנתה"מ ובמ"ש שם:

ט) ואמר פרעתי. הקצה"ח ס"ק ו' הקשה להסוברין דגם פס"ד צריך דוקא כתיבה ולא אמרינן סתמא לכתיבה עומד א"כ ע"כ דלא הוי שטר עד שעה שמוכח מתוכו דהיינו מיום שני דכל שטר אינו תל עד סוף היום א"כ קשה בב"ב דפריך על רב ושמואל דאמרו מלוה ע"פ אין גובה מהיורשין מהי' חופר בור ונפל עליו שור והרגו ומת השור דיורשי בעל הבור חייבין לשלם ומשני דיתבי דייני אפימא דבירא ופסקו הדין כשהי' עדיין תי וקשה דמ"מ הפס"ד אינו גובה מאותו יום דיורשין כלקוחות ע"ש והנתה"מ מתרץ דבמלוה ודאי גובה מיורשין אף דהשטר נכתב באותו יום כיון דחשש אנפשי' לעשות שטר שייך נ"ד וה"נ בנזקין לא חילקו וראי' מכתובה עיי"ש ואין תרוצו מוכרת לומר דניזקין כמלוה וכמו דאינו גובה מלקוחות שקנו בו ביום מהיורשין כן י"ל דאף מיורשין אין גובה ומכתובה אין ראי' דהרי כן היתה התקנה ואף לא נכתב כנכתב דמי וכל כתובה הוא מיורשין דלא ניתנה לגבות מחיים. וליישב קושיית הקצה"ח י"ל בקל דאיירי דהב"ד כתבו תיכף האדרכתא ושמו הנכסים והוי כגבוי דודאי הב"ד יכולין לחייבו ואך בלא"ה נראה דאף דפס"ד אינו גובה רק מיום המחרת דמוכח מתוכו היינו משום דלדידן אף אי שעבודא דאורייתא אין גובה רק בשטר מהלקוחות מתקנת חכמים אבל לרב ושמואל דאין גובה מהיורשין הוא רק מטעם דשעבודא לאו דאורייתא ובפס"ד נראה דודאי שעבודא דאורייתא דהרי תנן במשנה ופסקה הרמב"ם פ"ט מה' שמיטה דאם כתבו הב"ד פס"ד אינו משמט דהוי כגבוי וע"כ דהנכסים משועבדים ועיין לקמן בש"ך ס"ק כ"ט וכיון דש"ד א"צ להיות מוכת מתוכו וממילא גובה מהיורשין:

י) פרעתי נאמן. עיין ש"ך ס"ק כ"ה כונתו דהסמ"ע הקשה על הג"ש שכ' דאף דציית דינא אם נתברר דלא פרע כותבין הב"ד פס"ד ואין הדין כן דאף נתברר דלא פרע אין כותבין ומתרץ הש"ך דהע"ש איירי כאן בפס"ד שבא ע"י טענות שהי' ביניהם ובזה כותבין והנתה"מ ס"ק י' בד"ה ואמר פרעתי הקשה על הש"ך דא"כ למה לי נתברר דלא פרע הרי בפס"ד להרמב"ם אינו נאמן לומר פרעתי אף בלא נכתב עיי"ש ולק"מ דהש"ך ע"כ מפרש לשון הע"ש דכ' נתברר דהיינו שהב"ד ביררו הדברים ע"י דעת התורה והנתה"מ הבין דנתברר היינו דצריך ג"כ לידע דלא פרע ואם כדבריו היכן מבואר בדברי הע"ש

שהחיוב הי' ע"י שחייבו הב"ד וע"כ דהש"ך מפרש כן לשון נתברר ואף דהלשון דחוק דהי' לו לומר ונתברר דחייב מ"מ הש"ך דחיק ומוקי אנפשי' לפרש כן לשון הע"ש ומה שהאריך עוד הנתה"מ ודאי דבריו נכונים לדינא אך הם לפי מסקנת הש"ך דבפס"ד דאין נאמן לומר פרעתי וכותבין הוא רק בהודיעו ללוה אבל לפי מה שמפרש הש"ך להרמב"ם דאף בלא נכתב כלל אינו נאמן לא יעלו דבריו לתרץ קושיותיו וכבר מתרץ הש"ך כל מה שהקשה בסי' ע"ט ודו"ק כי קצרתי בזה גם עכשיו בהעתקה לא עיינתי:

יא) וי"א שהסופרים בזמן הזה חוששים לענין טריפת לקוחות שמא לא אמר להם כתבו. הש"ך ס"ק ל"ד הקשה דאם יש לחוש שלא אמר כתבו א"כ גם מלוה איך יגבה אם יטעון להד"ם דהא הוי מפ"כ וכל מה שראיתי בזה הוא דוחק ונראה דהנה ודאי רוב מצויין אצל כתיבת שטר מומחין הם והא דחוששין היינו משום דאין הולכין בממון אחר הרוב וכ"ז לענין לקוחות דאם לא אמר כתבו אין לו דין שטר א"כ חזקה שלהם הוא נגד הרוב וחיישינן למיעוט אבל לגבות ממנו כיון דשקרא לא כתבו ובודאי חייב רק מגזה"כ מפ"כ אין נאמנים לא עדיף מאיסור דהולכין אחר הרוב דחזקת ממון שלו אין מסייע לטענתו וזה דרך נכון בסברא אך עדיין קשה למה לא יהי' נאמן שפרע ואולי דאף דלא ידעו דצריך לומר להם כתבו מ"מ ודאי הודיעו ללוה שכתבו לו שטר אין שכיח שיפרע ולא יקח השטר והיינו דלהא ודאי לא חיישינן ואך אף דמשמע מהאחרונים דאין גובין מלקוחות אין מוכרח שכונת המחבר הוא כן רק אפשר דחוששין וצריך לברר ואולי יהיו העדים נאמנים דהוא דבר דעבידי לטעות ומהש"ך ס"ק ל"ג משמע קצת דרק חוששין וצריך המלוה לשבע ע"ז עיי"ש וצ"ע:

יב) לוה שבא לב"ד בשט"ח שבידו לכפות את המלוה להלותו וכו' יכיל לחזור בו. הש"ך ס"ק מ"ט הביא דברי הרמב"ן שחולק ע"ז וסובר כיון דנשתעבדו נכסי הלוה להמלוה לכן אין יכול לחזור בו והביא שתמהו על הרמב"ן מקידושין דאיכא מ"ד דס"ל דמלוה ברשות בעלים לחזרה והרי לא יהי' עדיף מאלו המעות עדיין ביד הלוה דמחויב להלותו כ"ש באם הם כבר בידו וכן בשואל קורדם דסבר ר"ה לא בקע בו לא קנאו ויכול המשאיל לחזור בו והרי נשתעבדו ג"כ נכסי השואל והלוה דאף במלוה ע"פ יש שעבוד נכסי והנתה"מ מתרץ דברי הרמב"ן דאף דאמת הוא דמחויב המלוה להלוות לו מ"מ אין לו קנין במעות שביד המלוה רק שהחיוב חל אגברא ויכולין ב"ד לכופו וא"כ התם בקידושין למ"ד מלוה ברשות בעלים לחזרה אין לו קנין במעות שלוה כ"ז שלא הוציאם ורק הוא מחויב להחזיר והב"ד יכפוהו אח"כ להלוות לכן בהלוה לאשה יכול לקדש אותה בהמלוה שהלוה לה וכן גבי קרדום מחויב להחזיר עיי"ש וכל דבריו תמוהים בעיני

ואף מה שכתב דאף דמחויב להלותו אין יכיל לקדש בו האשה צ"ע בעיני דהא עביד אינש דינא לנפשי' וכ"ש במה שכבר תחת ידו והמלוה התפיסו בעצמו אך בל"ז הוא תימה דכיון דהמלוה מחויב להלותו עד שיכולין הב"ד לכופו ועשה כן המלוה והלוהו איך נאמר דמעשיו שעשה ונתן בעצמו אין להלוה בו קנין וגרע מהגביהו הב"ד זה דבר שאין לו שחר וכל הדברים הסובבים על קוטב זה אין לו מובן אכן מה יקרו לי דברי הג"ח שירד לעומק דברי הרמב"ן ותימה בעיני על אדונינו הש"ך שדחה דבריו כלאחר יד והמה כראי מוצקים דהרי כל סברת הרמב"ן הוא כיון דקנה המלוה נכסי הלוה לשעבודו מחויב להלוות לו וא"כ שפיר כ' הג"ת דכ"ז בשטר שנשתעבדו הנכסים מחמת השטר אבל בקידושין שם וכן בקרדום שאין שם שטר איזה ענין המחייבו והש"ך תמה דגם בע"פ נשתעבדו הנכסים ואנכי לא הבנתי דבמה נשתעבדו הנכסים והרי לא נשתעבדו רק מחמת המלוה שהלוהו ואם לא קנה המלוה וחייב להחזיר לו אין כאן שעבוד נכסים בשלומא בשטר דנשתעבדו מיד הנכסים קודם שהלוהו ע"י השטר א"כ עבור שקנה הנכסים חייב ליתן לו המעות לא כן במלוה ע"פ שאין לו קנין רק אם הלוה קונה המעות ואין המלוה מחויב שיהיו מעותיו אצלו או הקרדום כדי שיהי' לו שעבוד וזה ברור ועיין נחה"מ דהבעה"ת והרמב"ן איירי בשטר הקנאה דנשתעבדו לו מיד אף קודם שמסר הלוה השטר ליד המלוה ודו"ק:

עוד הביא הש"ך דהרשב"א הביא עוד ראי' דיכול המלוה לחזור בו מהא דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ואיך כותבין שעי"ז יחייבו את המלוה להלוות ור"ל דאף דיטעון המלוה שכ' השטר שלא בידיעתו עכ"פ יהי' חייב לשבע ותי' הב"ח דבימי המשנה לא הי' עדיין היסת ולכן אף האידנא לא נתבטל דין המשנה והש"ך כתב דבחנם דחק ובאמת יהי' צריך לשבע דמשבועה לא ינצל לעולם ולא זכיתי להבין דברי הש"ך דודאי הוא קושיא גדולה על הרמב"ן דהא אף להרמב"ן כ"ז שלא נכתב השער אף אם הבטיחו להלוות יכול לחזור בו ולא יהי' עליו שבועה אבל אם יכתבו לו יוכל להשביעו ואיך שייך דלא ינצל משבועה לעולם ואם ידוע שאין המלוה רוצה לשבע באמת כל ריק ופוחז יכתוב על עצמו שטר ויחייב את המלוה להלותו ואולי כונת הש"ך דלא ינצל משבועה דמה יעשה אם יתבע אותו כך שחייב לו כו"כ ומ"מ זה דוחק דהרי מ"מ העדים מחייבין אותו ואולי לתבוע כן אין חצוף ואין אדם תובע אא"כ יש לו אבל כשיהי' לו שטר המסייע מעיז ומעיז וגם תי' הב"ח חוץ מהדוחק צ"ע בעיני דמ"מ איך יכתבו העדים ודילמא באמת הבטיח לו להלוות חמשים זוז והוא יכתוב שטר על מנה וכה"ג נראה דיהי' שבועה דאורייתא עיין סי' ע"ג דמשמע דחייב שבועה דאורייתא כה"ג וא"כ אף

בימי המשנה משכחת שבועה וצ"ע ולי הי' נראה דהא בהא תליא דכיון דאם נאמר דחייב שבועה אין כותבין וכיון דחז"ל הרשוהו להעדים לכתוב ע"כ כתיבתן לא מגרע להמלוה ואין מחויב לשבע וצ"ע:

והקצה"ח הקשה על הרמב"ן לפי מה שמפרש הרמב"ן מנה אין כאן משכון אין כאן היינו משום דאגיד גבי' וא"כ ה"נ אין השעבוד יותר ממשכון ואיך קונה הלוה המעות שביד המלוה שיצטרך להלוות לו והא עדיין אגיד גבי לוה ותי' דודאי לקנין לא מהני אבל עכ"פ מהני שיצטרך המלוה להלוות ומתרץ בזה קושיית הש"ך מקרדום דהבטיחו קרדום מסוים צריך קנין ובשעבוד נכסים אין כאן קנין והשיג בזה ג"כ על המבי"ט בעובדא דצמר שהביא הש"ך דודאי לא קנה עיי"ש וכבר כתבתי בתי' לאה"ע דודאי אין פרושו דאגיד ואין כאן כריתות דכי ילפינן מגט דנבעי כריתות רק כונתם כפשוטו דלא נתן כלום עדיין דהרי אין עליו ליתן המנה רק אם תתקדש וכ"ז שלא נתן עדיין לא נתקדשה ובודאי בנתן לה שטר ונשתעבד ואמר לה התקדשי במה שאני משעבד לך נכסי מקודשת אבל כיון שאמר שתתקדש במנה שיתן לה והרי עדיין לא נתן וזה אגיד גבי' ר"ל שהוא בידו ולא נתקדשה דו"ק בזה כי קצרתי במובן אבל בקירדם הרי קונה עבור השעבוד כמ"ש דגם באשה מקודשת כה"ג. ובדברי המבי"ט לא זכיתי להבין דאף אם נחשוב דהמלוה מחויב להלותו ובנתן לו שטר הוי כנתן לו כבר והלוהו ונתן לו המעות עבור הצמר מ"מ כסף אינו קונה וכי עדיף השטר שחייב ליתן לו כסף מאלו נתן לו כסף עצמו ואין המבי"ט לפני:

והנה מדברי הריטב"א ותוס' רי"ד משמע דסוברין כהרמב"ן שכתבו בהא דאמרינן בקידושין (ד' ט"ז) אילימא דנתן לו שט"ח אדמיו היינו כסף ופירשו אם תאמר דמהני היינו כסף וכבר תנא אכן ודאי לא מהני דמלוה לאו כסף הוא ואין עבד נקנה בו ע"כ ודברים אלו מחוסר ביאור ואמת כי י"ל דשטר לא מהני כמ"ש לעיל דאשה אינה מקודשת בו אבל מה שכתבו דבמלוה אין קרקע נקנית בו והא התם במלוה איירי כגון שהמוכר חייב ללוקח ועבור המלוה רוצה הלוקח לקנות הקרקע בזה אמרינן מלוה להוצאת ניתנה ואין קונה שאינו נותן לו כלום אבל מה זה ענין באם הלוקח נותן שטר ומחייב עצמו אך לפי דברי הרמב"ן ניחא דכיון דהלוקח נותן שטר למוכר א"כ מחויב המוכר ליתן לו דמים עבור השטר וא"כ דמי ממש לכסף אכן אין החיוב שחייב המוכר ליתן ללוקח יותר מאלו הלוה לו והוי חוב ביד המוכר ואין קרקע נקנית בו ודו"ק: מ"ש הש"ך דאם ידוע שיגיע למלוה איזה הפסד ודאי דיכול לחזור עיין קצה"ח ונחה"מ לקמן סי' צ"ט דיש תקין המדינה דאף אם כבר משך המוכר קודם ובסי' ק"ד הביא הקצה"ח דברי הב"ח דהוי כמו אפותיקו למוכר ואך בס' גט פשוט כ' דיש חולקין על הב"ח:

סימן מ

א) המחייב עצמו. כ' הש"ג דריא"ז כ' בשם רש"י דאין יכול לחייב עצמו בדבר שאינו חייב אף אם כ' בשטר הריני מחייב עצמי אם לא בקנין והתומים הקשה ע"ז דהרי רש"י בב"מ (ד' י"ג) מפרש שטר הקנאה דכ' בשטר בין ילוה או לא הרי דיכול לחייב עצמו אף אם לא ילוה והתומים הולך לשיטתו דמפרש דלרש"י אין הפירוש כלל הקנאה קנין אכן לפענ"ד פשיט דאין לשון הקנאה יוצא מפשוטו ור"ל בקנין ואף דהפוסקים חולקים על הרי"ף דמפרש שטר הקנאה בקנין היינו דהרי"ף סובר דכל קנין אף דלא התנה בין ילוה או לא כותבין, ללוה בלא מלוה לכן תמה הרא"ש דמה חילוק בין קנין או לא אבל רש"י ג"כ פירש הקנאה קנין ורק דהתנה אף אם לא ילוה ויען כי אין מתחייב אם לא ילוה רק בקנין לכן נקרא שטר זה שטר הקנאה וראיתי בש"מ בשם הרמב"ן כ' כן בפירוש דלרש"י שטר הקנאה היינו שנשתעבד בקנין אף בלא ילוה אך התומים הקשה עוד מהא דאמר אביי עדיו בחתומיו זכין לו והרי אף במסר לידו לא קנה בעדיין לא הלוה ואיך יזכו לו עדיו בחתומיו עיי"ש ולק"מ דהרי מבואר בכל הפוסקים דקנין אודיתא מהני וא"כ בכתב בשטר פלוני לוה מפלוני אין לך הודאה יותר מזה דהא טעם הודאה דקונה הוא משום דאין ניכר דהוא חיוב חדש והמלוה יכול לתובעו ולומר דחייב לו מכבר לכן עושה החיוב וכן מצאתי במקור חיים ה' פסח וא"כ מה לי אם נכתב בלשון הודאה שהודה שחייב או שכתיב בו פלוני לוה מפ' ורק דאין ראי' דחייב עד שיבוא השטר ליד המלוה וזה שחידש אביי דעדיו זוכין בהשטר להמלוה ובדיוק כ' הריא"ז שאמר אני מחייב עצמי ליתן לך ואין זו שום הודאה בזה צריך אבל אביי הא איירי בשטר שכ' פלוני לוה וזהו הודאה גמורה ועיין לקמן סי' קצ"ט בקצה"ח ובמ"ש גם בחידושי אה"ע סי' ק' מ"ש בס' שע"מ דשטר הודאה וחיוב חדש אם יש נכסים שאין בהם דין קדימה המלוה קודם עיין מ"ש עליו לעיל סי' ל"ט עיי"ש:

ב) הוו עלי עדים. רבים חולקים על הרמב"ם ויפה כ' הקצה"ח דהרמב"ם איירי שאמר בלשון הודאה הנשמע שכבר חייב לו ומהני בתורת קנין אודיתא ותה"ל כי כונתי לדבריו ועיין לקמן סי' ס' שהארכתי ע"פ זה ליישב דברי הרמב"ם המובא שם. עיין בקצה"ח כ' דלא מהני לשון הודאה רק באמר אתם עדי והשיג עליו בנתה"מ דלא איברי סהדי רק לשקרי ואישתמט לי' דברי הש"ך לקמן סי' פ"א ס"ק נ' דכ' כהקצה"ח וכן הוא בס' שע"מ וא"כ ממילא צריך עדים ולפמ"ש בס"ק א' דקנין אודיתא הוא משום דנראה דחייב מכבר א"כ זה לא שייך רק בעדים גם אישתמט לי' דברי המהרש"א בגיטין (ד' י"ג) במ"ש התוס'

דתקנו מע"ש כדי שיוכל להמחות תוב והקשה המהרש"א דהא יוכל להמחות באודיתא ותי' דלפעמים לא יהי' לו עדים ואודיתא צריך דוקא עדים ע"כ הרי כמ"ש הקצה"ח: ג) או שכתב לו בשטר. עיין בש"ך דה"ה דכת"י מהני לענין בני חורין והתומים השיג עליו לפי מ"ש הרא"ש דלא מהני עדי חתימה לפי מה דקיי"ל כר"א רק הא דסומכין על עדי חתימה משום דאמרינן מסתמא היו הם אצל המסירה וא"כ לא עדיף כת"י מע"ת ע"כ והנתה"מ דחה דבריו דודאי לא יפלוג הרא"ש על התוס' גיטין, שכתבו דבממון דמהני הודאת בע"ד מהני בלא ע"מ והרא"ש דמצריך ע"מ הוא דוקא לענין משעבדי עיי"ש ודבריהם תמוהים בעיני דמ"ש הנחה"מ דלהרא"ש מהני אף ע"ח אין מובן דהרי כיון דלא ראו המסירה הוי מפ"כ וע"כ מ"ש התוס' דמהני הוא משום דסוברים כהר"ן דע"י ע"ת אנו יודעין שבא השטר להמלוה מיד הלוה ואנן עדי מסירה אנן והתוס' גיטין (ד' י') כתבו כן להדיא וז"ל ואם נאמר דמהני ע"ח משום דידוע שבא השטר להמקבל מיד הנותן ועיין לקמן סי' ס"ה מ"ש אבל הרא"ש הרי לא סבר כהר"ן רק משום דודאי היו אצל המסירה וגם התוס' שהבאתי הרי לא החליטו הדבר רק כתבו בלשון אם נאמר ונראה דהוא משים דמספקא להו אי כהר"ן או כהרא"ש ועיין לקמן סי' מ"ת אי שטר בעדים הוי ככת"י אך גם דברי התומים ג"כ לא הבנתי דמה ענין כת"י לעדים דהא כת"י לא פסלה התירה אבל עדי חתימה לא מהני דהוי מפ"כ והרי לעולם מהני כת"י לענין ב"ת דע"ח כיון דלא הוי עדות אין כאן הודאה כלל גם מצינו גבי נאמנות כבי תרי שנתן למלוה מ"מ מהני שובר מכת"י ודברי הש"ך ברורים:

סימן מא

א) וי"א אפי' נמחק לגמרי עיין סמ"ע ודעתו דהכל מודים בזה ועיין נתה"מ דהרבה פוסקים מפורשים דמ"ש הר"י רשומו ניכר הוא דוקא והתומים תמה ע"ז מש"ס ב"ק (ד' צ"ח) גבי השורף שטרו של חבירו דפריך אי דאיכא עדים דידעו מה כתיב בי' לכתבו לי' שטרא אחרינא הרי אף דנאבד לגמרי יכולים לכתוב שטר אחר ומתרץ התומים ע"פ דברי הרשב"א ב"ק שם הובא בש"ח דהיינו כשהשטר הנשרף כבר הי' מקוים דאל"כ הוי עד מפי עד וה"נ באין רשומו ניכר הוי עד מפי עד והנחה"מ תמה דהא אף הסוברים דבעינן רשומו ניכר הוא רק בעת שראו העדים השטר אבל בעת שהעדים באין לב"ד כבר, נמחק לגמרי ולא חיישינן לומר דהוי עד מפי עד ע"כ ולק"מ דרק הסמ"ע לשיטתו דסובר דאין כאן מחלוקת פירש כן כדי שיתפרש ברווחא דהב"ד אין ניכר להם דאל"כ לא הי' צריך עדים אבל לעולם דברי הר"י נוכל לפרש דאף בעת שבאין לב"ד רשומו ניכר ואך בלא"ה דברי הרשב"א אין מובנים ולא חשו לי' הפוסקים וכבר תמה התומים

דאם רק במקוים יכולין לבוא ולכתוב שטר אחר א"כ מאי פריך שם לכתבי לי' שטרא אחרינא דילמא רבה איירי בשרף, שטר שאינו מקוים לכן אין יכולים להפסיד להמלוה ולכן למאן דדאין דד"ג מחויב השורף דהרי העדים יודעין דהשטר הי' יכול להתקיים ומה שמתרץ התומים כיון דאין נאמנים נגד הלוה ה"ה דאין נאמנים נגד השורף אין זה סברא כלל דשם מלוה אין נאמנים דאין עד מפי עד כשר אף דידעינן דהראשון אמר אמת שהרי אם הי' בא השטר לפנינו היינו גובין בו מ"מ סובר הרשב"א דהוי עד מפי עד אבל למה לא יהיו נאמנים דהשורף הפסיד לבעל השטר והתומים עצמו ע"כ דלא ס"ל כן דהא בס"ק ב' הביא ראי' לדעת רמ"א דלא בעינן, בפני בע"ד מדפריך לכתבי לי' וכו' ולא משני כגון שלא הי' הלוה כאן עד שמתו העדים ולא היו יכולין לכתוב ויכולין לחייב השורף הרי דלא אמרינן מדאין נאמנים נגד הלוה אין יכולים לחייב השורף ודברי הרשב"א צע"ג וראיתי שכן תמה ג"כ בס' מקצוע בתורה (ודברי הרשב"א ישבתי בדוחק דלא קאמר הרשב"א דהוי עד מפ"ע רק על מה דאמר לכתבי לי' שטרא אחרינא אף בלא העידו לפני הלוה והב"ד יגבו אח"כ בשטר האחר זה דוקא במקוים אבל ודאי אף באינו מקוים יכולין לבוא ולחייב הלוה ולכתוב עליו פס"ד בפניו ושפיר פריך דלא אפסדי' רק נקט הלשון בשטר מקוים) ולכן אשר נראה ליישב קושיית התומים שהקשה דבב"ק מוכח דלא בעינן רשומו ניכר דנראה דלהכי כתב הר"י דבעינן רשומו ניכר דאל"כ יש לחוש שמא כבר פרע הלוה ולא חש להניח שטר זה בידו כיון דאין רשומו ניכר אבל שם בב"ק דהעדים ראו ששרף לו שטר טוב ובאין מיד לב"ד לכתוב לו ודאי כותבין אף דנאבד לגמרי ואדרבה צ"ע על הפוסקים דיכולין לכתוב אף באין רשומו ניכר ולמה לא חשו שמא פרע אך אולי כיון דהדין דיכולין עדים לכתוב לו שטר אחר אף באין רשומו ניכר שוב אין הלוה מנית שטר כזה (ואפשר דאיירי ביודעין שלא פרע דהרי יודעין שנמחק באונס ותיכף כותבין לו שטר ואך לפ"ז לא פליגו כלל וצ"ע בזה) ומה שהקשה הנתה"מ בשם הרמב"ן דילמא היו בו לשונות מסופקין שאין העדים בקיאין בהם נראה דלא חשו הפוסקים לזה דמסתמא איירי דזוכרין לשון השטר דאל"כ לא היו מעידין ואין הרמב"ן לפני ואפשר דהוא מתרץ כן:

והנה כ"ז כתבתי לפי דברי המפורשים אכן לולי דבריהם נראה כונת הר"י שכ' דבעינן רשומו ניכר דכבר כתבו הפוסקים ומבואר בסעיף ב' דצריכין עדים שנמחק באונס דאם לא כן חיישינן דהמלוה מדעת הניחו למחוק שכבר פרע וסובר הר"י דלזה לא חיישינן רק אם כבר אין רשומו ניכר וכן כתב התומים והפ"י בפירושו על הטור סי' זה והוא מוכרת מסוגיא דשם דאמר לי' ר"א בר מניומי לאביי ודילמא רשומו ניכר הוי עיין בסוגיא

ותראה דאז אין לחוש כלל וא"צ עדים על האונס וכן בברייתא דאיתא רשימו ניכר היינו דאז א"צ עדים ולכן פירש הר"י במתניתין דרשומו ניכר דדחוק בעיניו לאוקמי דיש עדים שנמחק באונס אבל אם ידעינן דנעשה באונס א"צ רשומו ניכר ולפ"ז ודאי לק"מ משורף שטר דשם ידוע דהי' באונס כן נלפענ"ד ודו"ק:

ב) ועדות זה יכולין להעיד שלא בפני בע"ד. הש"ך ס"ק ב' חולק ע"ז וכ' שהוא דבר תימה שאם יאמרו העדים שהי' בו סך רב וכו' והנה לכאורה צ"ע דאף בפני הלוה איך יהיו נאמנים לעשות שטר מזמן הראשין שהוא כדי לטרוף מהלקוחות שכבר קנו ואיך יכול לחייב את הלקוחות שלא בפניהם והרי זה דומה כמעידין שיש ערב על הלואה זו וכי נאמנים להעיד שלא בפני הערב וקצת י"ל דכיון דעיקר החיוב אינו לענין הלקוחות א"צ להעיד בפניהם וכדמיון שכתבו התוס' חולין פ' ג"ה דאף דאין מוציאין ממון ע"י סימנים מ"מ מחזירין שטר בסימנים כיון דעתה אין החזרה לגבות רק להחזיר השטר למלוה וה"נ אין העדות לענין הלקוחות ואף דאין יכולין להעיד שזה ערב הוא לפי שהוא עדות בפ"ע ורק עליו אבל מה שמעידין על הזמן דידעינן שהי' בו זמן וכעין גילוי מילתא הוא ועיקר מעידין שלוה בזמן הזה וכל החילוקים האלו הם דחוקים אך אם לבוא לזה י"ל דאולי אף לענין הלוה נאמנים כיון דעתה אין באין לחייבו רק לומר שכן הי' כחוב בשטר ודמי להא דמחזירין השטר בסימנים שכתבו התוס' ודו"ק:

ג) אבל עדי השטר אין כותבין. הרא"ש בתשובה כ' דבנמחק או נשרף העדים עצמן יכולין לכתוב וכן כ' הש"מ בשם בה"ג וכן כ' הטור לקמן סי' שפ"ו ותמהו עליו דהא בב"ב (ד' ק"ע) גבי מי שפרע מקצת שטרו קאמר רב דדוקא ב"ד יכולין לכתוב לו שטר אחר אבל עדים כבר עשו שליחותן אין חוזרין ועושין שליחותן ונראה דהנה לכאורה הי' אפשר לומר כיון דכבר נשתעבד אין נ"מ להלוה ואין שום קפידא וכמו בשטרי מקח דאין קפידא יכולין לכתוב כמה שטרות ולא הוי מפ"כ עיין קצה"ח סי' ל"ט ה"ק ד' בשם הר"ן ואך כשמוחה אין לכתוב כמ"ש התומים דאף בשטר מתנה אם מוחה כבר ביטל שליחותן ושם רב דקאמר אין עושין שליחותן קאי על המשנה דפליגו ר' יהודא יר"י דר"י אמר יחליף ור"י אומר יכתוב שובר וע"כ איירי כשהלוה מוחה דר"י דאמר יחליף ע"כ איירי אף אם הלוה מוחה ורוצה דוקא בשובר מ"מ יחליף דאם אין מוחה פשיטא דיעשו כמו שירצו לכן קאמר וכי חוזרין ועושין שליחותן אבל הרא"ש איירי שאינו לפנינו שימחה לכן סובר דיכולין לכתוב לו שטר אחר כן הי' נראה לכאורה אכן הדרנא בי דהרי שם בגמר' פריך ע"ז והאמר רב כותבין אפי' מאה ומשני בשטר מתנה ובשטר מתנה ג"כ אם מוחה הא אין כותבין וע"כ דאינו מותה ומ"מ דוקא שטר מתנה אבל שטר הלואה

אין כותבין אך מ"מ נוכל ליישב קרוב לזה שכתבתי דטעם הרא"ש דיכולין לכתוב הוא משום דאין להלוה שום הפסד ואף דאם לא יהי' השטר בידו יוכל לטעון פרעתי זה לא מיקרי הפסד דהרי בשעת הלואה ע"ד כן נכנס וצוה לכתוב שטר שלא יהי' נאמן לטעון פרעתי ובפרט לפי מ"ש בסי' ל"ט ס"ק ז' בלא"ה אינו נאמן לטעון פרעתי דלא גרע מאומר אל תפרעני אלא בעדים וכיון דלא מיקרי הפסד לא מיקרי מפ"כ וכמו שטר מתנה אבל שם דאיירי שפרע מקצת שטרו כיון דאיכא קפידא דניחא ללוה דלפגום שטרי' כמבואר סי' נ"ד וכיון דאיכא ריעותא וקפידא במה שכותבין שפיר קאמר דאין חוזרין ועושין שליחותן ומה דאמר בשטר מתנה ה"ה שטר הלואה במקום דליכא קפידא כגון בנמחק או נשרף ודו"ק:

ד) והזקקנו לעדותן של אלו. האחרונים האריכו למה צריך לכתוב כן ולי נראה דהנה נראה דעדים יכולין לכתוב שטר אף דאין מכירין חתימת העדים ויכתבו כן בהשטר דלא העתיקוהו רק משום דהולך למחוק אבל החתימות אינן מכירין ויהי' נ"מ למלוה דאולי יהי' נמחק לגמרי ויהא נשאר עדיין חתימת העדים ויהיו יכולין אח"כ לקיימו או באופן אחר שיתודע להעדים החתומים ויהי' להם איזה סימן ומהני למלוה במה שכתבו לו שטר אחר וא"כ משכחת שטר שאין לגבות בו אבל אם כתבו והזקקנו לעדותן היינו שכבר נתקיים גובין בו ודו"ק:

ה) וצריך לכתוב בהקיום שקרעו השטר. עיין תומים דמשמע דדוקא הוא כמו בטירפא ואדרכתא והשיג על הש"ך ואולי הטעם כיון דעכ"פ לכתחילה צריך לכתוב לכן בלא כתבו שפיר חיישינן לב"ד טועין ודוגמא לזה מצינו באה"ע סי' קמ"א גבי הרשאת הגט וצ"ע:

ו) מי שאבד שט"ח וכו' ואפי' נאבד בעדים אין כותבין לו שמא ימצאנו. זה דעת הרא"ש אבל הרשב"ם ס"ל דאם נאבד בעדים כותבין ועיין ש"ך ס"ק י"א הביא דהרא"ש דחה דברי הרשב"ם והביא ראי' מכתובות דאפי' אבדה בעדים אינה גובה בעדי הנומא שמא תמצא הכתובה והש"ך כ' דאין ראי' משם דקאי למ"ד אין כותבין שובר ע"כ ולא אבין דהרי הרא"ש לא הביא רק דכמו למ"ד אין כותבין שובר רק בידעינן שנשרף אבל נאבד אף בעדים אין כותבין ה"נ לדידן לענין שטר דאין כותבין ואין נאמן המלוה באומר שאבד ה"נ אין כותבין אף נאבד בעדים דכמו למ"ד אין כותבין שובר דדמי אומר שאבד לנאבד בעדים וה"נ לדידן לכתוב שטר אין חילוק בין אומר שאבד לנאבד בעדים דלדידן שטר דמי לשובר למ"ד אין כותבין ודברי הנתה"מ לא הבנתי עיי"ש. והש"ך הביא דהב"י הקשה על הרשב"ם דשמא מתחילה יבוא לגבות בגוף השטר ולא יכריחוהו הב"ד ליתן

שובר ואח"כ יוציא הטפסה ויגבה והנתה"מ פי' כונתו דלא יאמינו הב"ד להלוה שיש תחת ידו הטפסה לכן לא יכופו אותו ליתן שובר ואינו מוכרח דאף אי נימא דהדין כך הי נו לפי סברת הרא"ש אבל להרשב"ם דנותנין טופס למלוה בודאי הדין דנאמן הלוה שנתנו לו הטפסה ומוכרח המלוה ליתן שובר כיון דאין לו היזק בזה ומ"ש הש"ך עיין נתה"מ: עוד הביא הש"ך דהג"ת הקשה דאיך כותבין דילמא פרע ותי' הש"ך דעדים מעידין שנאבד באונס והנתה"מ הקשה דמאי צריך הש"ך לזה דבלא"ה לק"מ לפי מ"ש הש"ך דמודיעין ללוה ותי' הנתה"מ דאין שולחין רק להודיע ללוה שידע לתבוע שובר כשיפרע אבל אין ממתינין על תשובתו ע"כ ותימה דהש"ך הא סובר בס"ק ב' דאין מעידין אלא בפניו גם לפמ"ש הנחה"מ לקמן ס"ק ח' דכותבין מזמן ראשון בלא"ה לא קשה דהא אף אם הלוה מודה דלא פרע חיישינן לקנוניא ולק"מ אך לקמן נבאר דאין כותבין רק מזמן שני וא"כ לכאורה קשה קושיית הנתה"מ אכן לא ידעתי מאי קשיא לי' דהג"ת הקשה דודאי כותבין משמע אף אם הלוה מותה ואומר שפרע ולמה לא ניחוש שמא פרע ושפיר מתרץ הש"ך דודאי נאמן רק בנאבד באונס אין הלוה נאמן שפרע ואין מקום לקושיית הנתה"מ ופש ט:

אך מ"ש הש"ך דנאבד באונס כגון בעיר שכבשוהו כרקום הוא תימה דהא זה דמי לנשרפה וע"ז לא יפלוג הרא"ש דהא הרמ"א סתם כאן כהמחבר דאף נאבד בעדים אין כותבין רק בנשרף ולקמן סוף הסימן הביא דעיר שכבשוה כרקום כותבין:

והנה הש"ך מסיק דאם מודיעין ללוה לכ"ע כותבין דליכא למיחוש דיגבה ב' פעמים כיון דקיי"ל כותבין שובר והנתה"מ הקשה דמאי מהני מה דכותבין שובר הא איכא למיחוש דיגבה בגוף השטר שלא בפניו והם לא יטלו על דעתם לכתוב שובר ע"כ ולא ידעתי דא"כ לעולם איך כותבין שובר דילמא אח"כ יגבה שלא בפניו וע"כ דמשום דלא יאכל הלה וחדי לא חששו לזה ה"נ לא חששו וכותבין שטר ואי דא"כ אף נאבד שלא בעדים יכתבו כבר כתבתי בריש הס"ק דזה נכלל בקושיית הרא"ש דמה נ"מ בין נאבד בעדים או לא עיין שם בנתה"מ והש"ך ע"כ מחלק כמ"ש המהרש"א דלא תקנו שובר רק בעת הגבי' ואף הש"ך סובר דנאבד בעדים אין לחלק בין שעת הגבי' בין עדיין אינו בא לגבות והסברא שקולה אין להחזיקה ואין לדחותה כמבואר לכל מעיין אך החילוק בין נאבד בעדים או שאומר שאבד נראה דהא ודאי דחוששין לקנוניא כאשר אבאר בס"ק שאח"ז דרק בבא לגבות מיד אין לחוש לקנוניא וכותבין שובר אבל לכתוב שטר יש לחוש לקנוניא ובנאבד בעדים כותבין דאין חשש קנוניא אבל שלא בעדים חיישינן וא"כ החילוק פשוט וקצרתי.

ובזה מיושב גם קושיית התוס' (ד' קס"ט ע"ב) ד"ה בעלמא דהקשו אף בשטר הלואה

למה לא יכתבו לו שטר הא יכולין לכתוב לו שובר מיד דכל שטר שיוציא עליו יהי' בטל חוץ משטר זה ולהנ"ל ניחא דבעדים שנאבד הא כותבין לו שטר ובנאבד שלא בעדים לא מהני שובר דחיישינן לקנוניא ובש"ס דפריך גבי שטר מכר דנכתוב לו שובר היינו משום דקאמר דאין כותבין שטר מכר רק שלא באחריות פריך דנכתוב לו אף באחריות מזמן שני אבל בהלואה אה"נ אם המלוה רוצה מזמן שני מאן לימא לן דלא כתבינן ע"י שובר כזה שכל השטרות יהיו בטלים ובודאי הוא דבר תימה לומר דאין כותבין דלמה לא יוכל המלוה לומר תחזיר לי תיכף מעותי ותקבל שובר כיון דאין מעותי בטוחים בלא שטר וע"ד כן לא הלוחי לך או כתוב לי שטר אחר מזמן שני ע"י שובר הנ"ל כנלפענ"ד וקצרתי כי לא יכולתי לעיין כעת בזה בעת העתקה וכתבתי כאשר הי' לפני בלי עיון עתה ועיין ס"ק שאח"ז: ז) אלא א"כ עדים מעידין שנשרף. הש"ך ס"ק י"ב כ' דאף במעידין שנשרף אין כותבין רק מזמן שני דחיישינן שמא ישרוף בפני כמה כתי עדים אבל מזמן שני ליכא למיחוש דהא כותבין שובר והבעה"ח שכ' בהך דב"ק (ד' צ"ת) דבשורף שטר דכותבין מזמן ראשון היינו דהעידו דלא הי' שם יותר עדים רק כת זו עיי"ש והתומים הקשה על הש"ך דא"כ למה גבי שטר מכר שאבד דאין כותבין רק שלא באחריות דפריך הש"ס לכתוב לי' שטרא מעליא באחריות ויכתבו להמוכר שובר דכל שטר שמוציא יבטל רק שטר שיצא בזמנא דא ומשני שובר גבי לקוחות ליכא עיין ב"ב (ד' קס"ט) הא בלא"ה יש לחוש דיכבוש השובר ויעשה קנוניא ועוד הקשה בכל פרעון השטר לא נחזיר השטר בלא שיקרענו שמא אח"כ יחזיר השטר להמלוה לעשות קנוניא על הלקוחות ע"כ, והנה קושיא השני' ודאי ל"ק כלל דהא אם ירצה הלוה לעשות קנוניא למה פורע השטר ובידו שלא לפרוע וכבר דתה הנחה"מ קושיא זו אך גם קושיא הראשונה ג"כ לא קשה לפי מ"ש בס"ק הקודם דשם לא פריך רק על מה שאמר שכותבין רק בלא אחריות וע"ז פריך דעכ"פ יכתוב באחריות מזמן שני דודאי יותר ירצה הלוקח שטר מזמן שני מדנותן לו שטר בלא אחריות כלל וא"כ מזמן שני לא שייך קנוניא דיכול ליתן כמה שטרות על עצמו ועיקר הדברים כתבתי בס"ק הקודם דהיכי דבעת שנותן לו אין כאן קנוניא אין לחוש כלל לשמא יעשה אח"כ קנוניא שעי"כ יפסיד בעל השטר אבל לכתוב מזמן ראשון חיישינן דמיד עושה קנוניא:

עוד הקשה התומים דמאי פריך הש"ס בב"ק אי דאיכא עדים לכתבי לי' שטרא אחרינא לוקי ביש הרבה כחות לכן אי אפשר לכתוב לו שטר והפסידו ודברי הנתה"מ לא מחוור לי ואך לדעתי בלא"ה לק"מ דודאי במעמד כל יוכל תיכף להזמין כת אחת שיכתבו לו והשאר לא יכתבו ובזה ודאי הוי כשרף בפני כת אחת ואם לא הזמין הוא דאפסיד

אנפשי' ואך בל"ז נראה פשוט דאם יבוא מיד לב"ד שיגבו לו עבור חובו בלא כתיבת השטר הא ודאי יגבו לו ואף דעדיין לא הגיע זמן גבי' יכתבו לו פס"ד כשיבוא זמנו יגבה ואז אין חשש כלל דהא הלקוחות ראשונים יאמרו הנתנו לך מקום לגבות ממנו ומלקוחות האחרונים בדין יגבה וכי בשביל חשש שמא יחזור ויגבה לא יניחוהו לגבות מהם ששעבודו בידם וגם אין חשש כלל דאם יבוא לגבות שנית הא יאמרו הלקוחות שכבר גבה משדה האחרון ע"י עדי שריפה ויצטרך להראות האדרכתא איך בא השדה לידו וכשנכתב שם שהב"ד הורידוהו ע"י עדי שריפה שוב לא יגבה שנית ובאדרכתא בלא"ה מוזכר שהי' ע"י עדי שריפה כיון שצריך לכתוב שקרעו השטר הראשון וא"כ אין כאן פסידא ולא קאמר הבעה"ת רק על מה דאמרינן לכתבי לי' שטרא אחרינא דכותבין מזמן ראשון וע"ז כ' דהיינו דאין שם רק כת אחת גם בל"ז יש לעיין דנראה דאפי' אם אין באפשר לכתוב לו שטר כיון דמ"מ עכ"פ מהלוה יגבה אין זה ברי הזיקא ואין חייב מדד"ג ופטור השורף וגם יכולין לכתוב לו מזמן שני. שוב מצאתי בס' מפה"י על ב"ק שם דכתבו דאם אין יכול לגבות מלקוחות לא הוי רק גורם דגורם ודו"ק:

ומה שכ' הש"ך דהא בסעיף א' מבואר דצריך לקרוע השטר אף דכותבין שובר הרי דחיישינן שמא יעשה כמה שטרות חמה הנתה"מ דהתם בלא"ה צריך לקרוע שמא יגבה תחילה בשטר הנמחק ולא מחשש קנוניא לק"מ דודאי אף אם הלוה מתרצה אין כותבין עד שיקרע וגם אין כותבין רק כשמודיעין ללוה ולהש"ך צריך להעיד בפניו וא"כ אף אם לא יקרעו יקח הלוה שובר אף בבא לגבות בגוף השטר כמ"ש ס"ק י' ויש ליישב בזה גם מה שהקשה התומים ס"ק ה' על הש"ך ולא רציתי להאריך בזה:

ה) שנשרף. הש"ך ס"ק י"ג כ' דלדעת הרמב"ם דצריך לזכור ההלואה וא"כ אם עדי השריפה הן עדי השטר אין כותבין לו רק אם זוכרין והתומים הקשה דא"כ מאי פריך בב"ק אי דאיכא עדים נכתבו לי' שטר אתר לוקמי דעדי שריפה הן עדי השטר ואין זוכרין והפסידו דכ"ז דהי' השטר לא היו נאמנים ותי' דכיון דעכשיו נאמנים נגד הלוה אף מהשורף אין גובה ואינו מוכרת כאשר כתבתי בס"ק א' ועיין בסי' י"ב דיש אומרים דאף דהי' מפשר עמו שלא ע"פ דין יכול לתבוע לשומר ולומר תדאג בזה לשמחי וקושייתו תה"ל כי בהיותי עלם רך בשנים הקשיתי קושיא זו ותרצתי ע"פ דברי התוס' כתובות שהקשו איך יהיו נאמנים אנוסים היינו דהא אמרינן תרי ותרי נינהו וחי' דהוי כלא קיימו כלל וא"כ לק"מ דהוי כליכא עדים כלל וכבר פריך אי דליכא עדים אנן מנא ידעינן ובזה תרצתי אז קושיית ים התלמוד דהקשה דלמה לי קרא למעט שטרות מכפל דאי איכא עדים נכתבי לי' וכו' כקושיית הש"ס (ב"ק צ"ת) וכאן ליכא לשנויי דמאמינו דא"כ הוי

מודה בקנס ולפי מ"ש משכחת דעדי הגניבה הן עדי השטר ואומרים אנוסים וכשמחזיר השטר רואין כת"י יוצא ממ"א (אף דבלא"ה נראה דקושיית הים התלמוד לק"מ דמשכחת לה שראוהו שגנב נייר והוא בידו דצריך להראותו ומשכחת כפל) עוד הקשה התומים דלוקי דעדי שריפה הם קרובים ללוה ורחוקים משורף ואין יכולין להעיד על הלוה ולהשורף מעידין ובשו"ת תע"ר הקשה זאת ג"כ וכ' דכמו דאין נאמנים על הלוה אין נאמנים על השורף כמו דאמרינן בעדים הקרובים לערב גבי אלעי וטובי' קריבי' דערבא הוי ופסולין אף לגבי לוה ומתרץ בזה קושיית ים התלמוד הנ"ל ולדעתי אין זה דמיון לערב כנראה לכל מעיין ואולי יש לדמותו להא דסי' נ"א דהיכי דמעידין על שניהם עדות שבטלה מקצתה בטל כולה אך גם זה אין נראה ומ"ח מצאתי במפה"י שתי' כן:

ט) וכל שטר שמטפיסין. הסמ"ע ס"ק כ"ז תמה למה לא העתיק הרמ"א דברי הריב"ש דאין מטפיסין שום שטר שלא לצורך ואישתמט לי' שכבר כ' כן בהגהה לעיל בשם הרא"ש:

י) מי שהי' לו תוב ואבד השטר אם טוען שפרע נשבע היסת אף לא הגיע זמנו לפרע. והראב"ד השיג ע"ז וכ' הש"ך דודאי בכל הש"ס משמע דשטר שנפל אף תוך זמנו איתרע מדלא אוקי הא דתנן יחזיר מיירי בתוך זמנו ובכתובה ג"כ סברו רבנן דאף בעודה תחת בעלה לא יחזיר דחיישינן שמא פרע רק הראב"ד השיג על מ"ש הרמב"ם דאף אם העדים לפנינו ואומרים שהוא ת"ז נאמן בהיסת ע"ז השיג הראב"ד דאף דאיתרע השטר יגבה ע"י העדים עיי"ש ס"ק י"ט. והנה כל האחרונים תמהו על הש"ך דאף דהעדים אינן לפנינו מ"מ הא השטר הנמצא לפנינו וחזינן בו דהוא תוך זמנו ונראה דלק"מ דהנה כבר עמדו האחרונים בהא דמוציאין ממון ע"י חזקה כמו בחזקה זו דאין אדם פורע תוך זמנו והרי רובא עדיף מחזקה וכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב כ"ש אחר חזקה אך כתבו דחזקה דאתיא מסברא עדיף ואני כתבתי בהרבה מקומות דאף דאמת הוא דחזקה כזו עדיף משאר חזקות מ"מ לולי תקנת חכמים לא הוי רק רוב וראי' הבאתי מחזקה דאין אדם רואה שחבירו אוכל פירות שדהו ג' שנים ושותק והוציאו ע"י חזקה זו השדה מחזקת מרא קמא וקשה למה אמרינן גבי ריש גלותא לא מחזקינן בהו מטעם שאין חוששין למחות דיודע כל אימת שירצה יקח את שלו והרי מ"מ הרי חזקה דלא יראה שאדם אוכל שדהו ג' שנים ולכן אמרתי דהכל הוא רק מתקנת חכמים והיינו דכל החזקות כאלו לא הוי רק רוב ורק בצירוף שתקנו חכמים דהוי חזקה ואוקמוהו בחזקת המחזיק לכן אף מיעוט ליכא דהשתא ודאי לא יניח שיאכל את שלו כיון דיודע שעי"כ יחזיק והראיתי מקום לסברא זו בהרבה מקומות עיין חידושי לאה"ע גבי אלמנה ששתקה ולא תבעה

כתובתה כ"ה שנים ושם בלא תבעה מזונות ג' שנים ועיין לקמן סי' ק"מ מ"ש וה"נ חזקה זו דאין אדם פורע תוך זמנו הוא רק רוב אבל ודאי יש מי שנזדמן לו מעות ופורע תוך זמנו אכן אתר שמסתמא הדין עם המלוה מכח הרוב אלמוהו רבנן לחזקה זו ואומרין שיהא המלוה נאמן ממילא שוב אינו פורע מפני חשש זה שיודע שיהא המלוה נאמן ואף מיעוט אין פורעין אבל היכי דבאמת אין הלוה חושש שיטעון המלוה שלא נפרע הדרן לכללא דאין הולכין בממון אתר הרוב ולכן בב"ב לא מיבעיא לי' להש"ס רק אם נאמן אתר זמנו שפרע תוך זמנו דהי' לו לחוש ולא לפרע שמא יתבענו המלוה אבל באם אין עדים רק הלוה בעצמו מודה שהוא תוך זמנו פשוט דנאמן כיון דלא חשש לתביעה שיוכל לכפור הכל וגם לומר שהוא אחד זמנו וא"כ ה"נ באם יש שטר ביד המלוה אין הלוה חושש לפרע וליקח השטר כיון דעי"כ לא יוכל המלוה שוב לתבוע ואין להקשות אכתי למה לא חש שמא יבואו העדים ויאמרו שהוא עדיין ת"ז זה לק"מ דהרי כן אמרינן בהרבה מקומות שנאמן פרוע במיגו דמזויף ואין כאן חזקה שטר בידי' מאי בעי דסמך עצמו שיוכל לטעון מזויף עיין סי' מ"ו ואף דשמא יבואו העדים ויקיימו השטר ע"כ דלא תשש לזה כי אולי יודע דאי אפשר לקיים וה"נ בנידן דידן ולכן כיון דפרע ולקח השטר לא חשש וא"כ בנמצא השטר דחיישינן שמא פרע והלוה אבדו אין מחזירין למלוה אבל בהעדים לפנינו ואומרים שהוא תו"ז גובה ודו"ק: ואך הקשו על הש"ך מכתובה שהרי היא תחת בעלה ועדים לפנינו שהוא ת"ז אכן ג"ז לק"מ דהא בלא"ה הקשו הא הטוען אחר מעב"ד לא אמר כלום אך כבר כ' הש"מ דאיירי בתוספת כתיבה ואין זה מעשה ב"ד ורק ע"י הכתובה גובית ושפיר אם לקח הכתובה לא תשש כלל כיון שיכול לומר שלא נתחייב לה תוספת כלל סמך ע"ז ופרע חיך זמנו וטעמו דר' יוסי דאמר יחזיר לאשה נראה דשאני כתובה כיון דאין חיוב ברור שמא תמות קודם כמ"ש התוס' סברא זו בב"ב אך י"ל דקנה טוה"נ ממנה ואין להאריך בזה שאין כאן מקומו:

אך כ"ז כתבתי להציל את אדונינו הש"ך מהשגות שעליו אכן דברי הרמב"ם נראין לפענ"ד דבשטר לא תקנו כלל שלא יהי' הלוה נאמן תו"ז וכיון דלקח השטר ודאי פרע כמו שכתבתי דאין זה חזקה העדיף מרוב היכי דיש הוכתה והיינו דודאי הרי הש"ך בעצמו כ' דמדלא אוקי הש"ס דיחזיר איירי שהוא ת"ז משמע דאף ת"ז אין מחזירין א"כ אכתי קשה לוקי תוך זמנו והעדים לפנינו. אמת כי מדברי הש"ך משמע דאף אם העדים לפנינו לא מהני רק לענין שיוכל לגבות מהלוה אבל אין מחזירין השטר אך זה נגד בסברא כיון דסמכינן על העדים שלא פרע למה לא נחזיר אף השטר ודברי הנתה"מ יותר הם מוקשים לפענ"ד שכ' דאף דצריך לפרוע מ"מ אין מחזירין לה הכתובה כדי שיהא נאמן

במקום שאין מכירין אם היא אשתו וכמו שכתבו התוס' ב"מ (ד' י"ז) דאף דטוען אתר מעשה ב"ד לא אמר כלום מ"מ אין מחזירין לה כדי שיהא נאמן במקום שאין מכירין וכו' ע"ש ועל הראשונים אנו מצטערין להבין דברי התוס' וז"ל רע"א בספר דו"ח מערכה י"ג מס' כתובות ולא זכיתי להבין דבריהם דסטוף סוף עתה דהכתובה בפנינו ואנו מחזיקין אותה באינה פרועה למה נכבוש מליתן בידה עדות האמת וליתן אצבע בין שיניו שיהי' בידו לכפור בשקר. שוב מצאתי שכן הקשה ג"כ בתומים סי' ס"ה ס"ק כ' ואף אם נסבול דוחק הזה ונאמר דאף דטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום מ"מ אין ראי' שלא פרע ואין להחזיר לה ולהעדיף כחה אבל כאן דחזקה דלא פרע למה לא נחזיר לה שיהי' בידה לראי' אלא ע"כ שיטת הרמב"ם נכונה דבשטר לא מהני חזקה זו כמ"ש ודו"ק:

ומה שדחה הנתה"מ דברי הקצה"ח דצררי לא אמרינן רק לענין שבועה אישתמט להנחה"מ דברי כל המפרשים שכ' דכאן חיישינן לצררי כמו שאמרו בגמר' אימר צררי אתפסה או כמ"ש הריטב"א דכיון דאבדה הכתובה התפיס לה מטלטלי או דנאמן במיגו דשתי כתובות עיין בדבריהם ואין להאריך כאן כי נראה עיקר כהקצה"ח: מ"ש הסמ"ע ס"ק למ"ד ואע"ג דאין זה שליש כיון דהמלוה לחוד הפקידו כונתו פשוט דנגד הלוה אין לו נאמנות של שליש דהוא לא האמינו ודברי הש"ך ס"ק כ"ב לא אבין:

סימן מב

א) על דבר שיכול להזדייף ואם כתבו עליו פסול אפי' לגבות בו לאלתר. הטור כ' דהר"ת מכשיר לאלתר והש"ך כ' דהר"ח מכשיר אפי' אחר כמה ימים ומסיק דצ"ע לדינא כי דברי הר"ח הם דברי קבלה ובעניי הוא תימה דהרי התוס' גיטין (ד' ג' ע"ב) ד"ה וגובה כתבו בשם ר"ת דאין הלכה כר"א רק בגיטין ולא בשטרות ודייק מב"ב דאמר שא"ה דאיכא כתובה וסיים דלכן אין לגבות בעדי מסירה והש"ך לקמן סי' נ"א הביא דברי התוס' אלו וסיים דהוי ספיקת דדינא אי עדי מסירה כרתי וא"כ ע"כ פסול בדבר שיכול להזדייף אמת כי קצת יש לדקדק מלשון התוס' שכתבו ואין גובין בע"מ רק מבני תורין ואי איירי שהעדים יודעין מן ההלואה פשיטא דגובה מב"ח אף בלא השטר וא"כ משמע דעכ"פ אף בשאר שטרות מהני המסירה לענין ב"ח יראיתי בק"נ פ"ב דגיטין סי' ס"ב דכתב דלכן הוצרך הרי"ף לפסוק דאין הלכה כר' יוחנן אף דבלא"ה פסק דאין הלכה כר"א בשטרות מ"מ ה"א דגובה מב"ת וא"כ י"ל דהתו' אה"נ מחלקו בזה אכן לא אדע שום סברא לזה והק"נ רק לה"א כתב זה וגם דברי התוס' נוכל לפרש דלכן כתבו וגובה רק מב"ח היינו דהוי כשטר הודאה לזה משום דשטר מקנה מהני וצ"ע. עיין קצה"ח הביא מה שהקשה הפ"י על הרא"ש דדייק מדאמר דיפתרא כדי לכתוב עליו גט משמע דשאר

שטרות פסולין אדיפתרא והקשה דאף לשיטתו קשה למה לא קאמר לכתוב עליו שטר מקנה דכשר ומתרץ הקצה"ח דכמו בהא דאמרינן לא הכשיר ר"א אלא בגיטין מפרשינן בגיטין ודכוותייהו ואף שטר מקנה בכלל דאינו לראי' ה"נ במה דאמר לכתוב עליו הגט כונתו ה"ה שטר מקנה ע"כ ודבריו תמוהים דא"כ גם הרא"ש מה הקשה דהרי ה"נ יש לפרש דכל שטר קרי גט וגם הא דאמרינן בגיטין ודכותייהו ואף שטר מקנה בכלל הוא רק מכת הכונה ולא בלשון דאין שטר מקנה בלשון גט יותר משאר שטרות וע"כ דהרא"ש דייק דשם ע"כ אין שטר בכלל גט משים דלגט צריך שיעור יותר גדול וא"כ אף שטר מקנה נתמעט שוב ראיתי שגם הנתה"מ תפס עליו. עיין ק"נ האריך בדברי הש"ך ויש קצת ליישב דחיותיו:

ב) אבל שטר אקנייתא כשר. עיין ש"ך ס"ק ב' דבכתב על דבר שיכול להזדייף ומסרו אף בינו לבין עצמו מהני מכח הודאת הנותן ע"כ והנה הודאה בלי עדים לא מהני לחייב עצמו וכאן הוי כאין עדים פי' הנתה"מ דבאין עליו עדים לאו שטרא הוא כלל אבל כאן אי אתו ע"ת ויאמרו שאין בו זיוף כשר א"כ שטר גמור הוא לכן אף הודאת בע"ד מהני ע"כ ולפ"ז יצא לנו דאף בלא הודאת בע"ד אם יבואו העדים ויאמרו דאין בו זיוף מהני אף דמסרו בינו לב"ע מהני ולפענ"ד זה דבר הצע"ג דהרי בין לשיטת הרא"ש בין לשיטת הר"ן שהבאתי בסי' מ' אינו מהראוי דיועיל דהא להרא"ש לא מהני כלל ע"ח עד שמסרנו בפני עדים ורק דע"י ע"ח אנו אומרים מסתמא נמסר בפניהם וא"כ כאן דידוע דלא מסרו בעדים לא מהני וא"כ אין לו דין שטר ואף דמשמע מהרא"ש דלפי התקנה דעדיו בתחומיו זכין לו אף בינו לב"ע מהני והוא בכלל התקנה היינו בשטר גמור דכשר לגבות ממשעבדי ולא בשטר שיכול להזדייף ולשיטת הר"ן דכתב דע"י ע"ת ידעינן שבא השטר להמלוה מיד הלוה ואנן ע"מ אנן מ"מ ע"כ כונתו דכל הרואה אף בלא שיבואו העדים יודע שבא השטר למלוה מיד הלוה דאם אין ידוע עד שיבואו עדים ומ"מ מהני א"כ נאמר דאף באין חתומין עליו עדים כלל ויהי' להעדים סימן בו כשר זה דבר שלא ניתן להאמר וכבר כתבתי בזה כמה פעמים בחידושי לה' גיטין לכן קצרתי וגם מ"ש הקצה"ח דהתוס' שכתבו דאף לר"א כשר בממון אף בלא עדי מסירה משום דהודאת נותן מהני הוא לא כמ"ש הר"ן דאנן ע"מ אנן עיי"ש מה שמחלק בין שיטת הר"ן להתוס' ולא ידענא מאי קאמר דהא אדרבה מדברי התוס' נראה שכיונו לדברי הר"ן וכתבו שם דבגט צריך המסירה בעדים דאין דבר שבערוה פחות משנים אבל בממון דמהני הודאה סגי אפי' בינו לב"ע משום דאנן ע"מ והרי ידעינן שמסרו והוי כהודה וזה פשוט ודו"ק:

ג) דוד בעל השטר עה"ח. התומים הביא בשם מהר"ם מינץ דאפי' אם יש שבועה בשטר ידו על התתתונה ותמה התומים דהא ספק איסור לחומרא וראי' מנשבע לפרוע בר"ח אדר דמחויב לפרוע ביום החודש הראשון והנה אין התשובה לפני אכן מהנראה דאיירי בנשבע לקיים מה שבשטר ולפ"ז דאי דבריו נכונים ושם נשבע לפרע ביום זה דלא קאי חלו על השטר ודאי ספק לחומרא אבל שטר שיש בו לשונות מסופקים ודאי הוי כאלו הי' מפורש בשטר סך המיעוט וא"ר ט קאי השבועה הגע עצמך אשה שכ' לה בעלה דו"ד אין לי בנכסייך דלא קאי רק על המכר שתוכל למכור ואחר הרשואין לא מהני הכתיבה ואך הבעל נשבע לקיים מסתמא לא נאמר דקאי על כל מילי דהרי לא קיבל ע"ע רק לקיים הנכתב והרי אנן אמרינן דקאי על המכירה וגם בחידושי להאה"ע כתבתי ג"כ לפרש דברי התוס' שם בהכותב לא כמו שדחק המהרש"א ורק כתבתי דהוי כנכתב בפירוש והשבועה ודאי על החיוב קאי וגם כיון דנשבע על השטר ודאי נאמן על עצמו שהי' על הנכתב ודו"ק. ועיין ש"ך ס"ק י"א הקשה על מה שכ' בפסקי מהרי"א בשטר שכתוב שהי' בקנין ולא נכתב במנא דכשר למקניא בי' חוששין שמא הי' בקנין אחר ולא בק"ס דיד בעה"ש על התחתונה והקשה דלקנין שאינו מועיל לא נאמר ידו עה"ת ואם מהני שאר קנין מאי נ"מ עיי"ש ועיין לקמן בפתחי תשו' סי' ק"ץ לענין מקום שכותבין השטר דלא מהני כסף ומ"מ קנין סידור מהני ובזה לא שייך דנתבטל הכל ויש עוד ענינים כאלו דק"ס עדיף:

ד) בשובר יד בעל השטר על העליונה. הסמ"ע ס"ק כ"ג הקשה מדין מלוה שהאמין להלוה וטוען הלוה שאף משבועה פטרו דצריך לשבע והרי הוא מוחזק ועיין טו"ז מתרץ דהתם גם הלוה טוען שמא והקשה התומים דאף בשמא יכולין לומר קים לי ותי' התומים כיון דנתן השטר ליד המלוה ובידו לשורפו לא האמין אותו רק נגד השטר אבל מה שיכול לתבוע ע"פ לא האמין לכן נשבע וסברא זו צ"ע כיון דשניהם טוענין ספק מה שייך דיכול לשרפו ואף בע"פ כשהאמין יש לנו לדון כמו שהאמינו כיון דאין ביניהם הכחשה. שוב ראיתי שהנתה"מ דחה סברתו אך לדעתי העני' נראה כי דברי הטו"ז נכונים וגם בספק בשטר דמהני תפיסה נראה כי לא כל הספיקות שוין בזה וכבר כתבתי בתי' אה"ע ורמזתיו בס"ק הקודם דהכותב לאשתו דו"ד אין לי בנכסייך דידה על התחתונה אף אם יאמר הבעל שכונתו הי' לירושה מ"מ אמרינן דלא מהני רק לענין מכירה דאל"כ כשתבוא למכור וכי נאמר דיכול לומר שסילק נפשו מירושה וע"כ דכל מה שאמדו חז"ל דהוא המעט שבלשונות הוי כנכתב בפירוש וכמו שכתבתי בס"ק הקודם ומה"ט נמי נראה דכל חיוב הבא ע"י השטר ממילא לא נתחייב רק הפחות שבלשונות ומה שנתברר

בודאי ובזה אף בשובר היכי דכל המחילה הוא ע"י השובר הוי המלוה כנתחייב עצמו ואין לתפוס רק מה שברור לב"ד וכן יש לפרש כונת הש"ך והא דאמרינן בשובר ידו על העליונה היינו היכי דאמרינן המע"ה ומהני תפיסה וראיתי בנתה"מ בדיני תפיסה שכ' קרוב לדברינו רק דעתו דמטעם לא מחית אינש נפשי' לספיקא הוא וזה צ"ע ואין צורך ורק בפשוט דלא נחתייב רק הברור בלשונו ועיין ש"ך דאפשר ליישב גם דברי המהרי"ק בזה:

ה) אבל בדבר שהשטר בטל לגמרי לא אמרינן יד בעהש"ט עה"ת. הקצה"ח ס"ק ב' הביא דהראנ"ח דכל דבר החוזר לבעלים בודאי ורק דיש ספק בזמן הוא בחזקת מרא קמא ולא בחזקת המוחזק והמ"ל השיג עליו מהא דשאיל מרא למרפק פרדיסי דרפק כל פרדיסי דאית לי' והיינו משום דהוא מוחזק אף דסופו להחזיר מרא לבעלים והקצה"ח השיג על המ"ל דהרי כן משמע מתוס' ב"ב דדבר החוזר הוא בחזקת מ"ק רק חולק על הראנ"ח מטעם אתר ואני כתבתי בקונטרוס התפיסות אשר לי ויבואר לקמן ס"ק ח' דלא כתבו התוס' דהוי בחזקת מ"ק רק בטוען ספק דהוי כא"י אם פרעתיך עיי"ש:

ו) בטל לגמרי לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה בהגהות א"ב הקשה מהא דכ' הר"ן בפ' השולח גבי הכותב נכסיו לשני עבדיו וכ' חצי חצי אינו כלום מטעם דהכותב חצי נכסיו אינו מחויב ליתן חצי מכל חפץ רק הברירה בידו ליתן מה שירצה משום דיד בעהש"ט עה"ת ולכן לא נתן לו חלק מהעבד וא"כ לא נתן לו כלום ע"כ והרי התם נתבטל כל השטר עי"כ ושם אין שייך לומר דסבר דאף באם יתן חצי נכסיו יועיל דהרי אין לו כלל יותר כיון דמסר שני השטרות לשני עבדיו עיי"ש באריכות. ואחר מחילת כ"ת לא ירד לעומק דברי הר"ן דלא הי' כלל כונת הר"ן דיכול ליתן להעבד חצי מנכסיו אחרים משום יד בעהש"ט עה"ת רק כונתו כיון דבמקום אחר יכול ליתן חצי נכסים איזו שירצה מטעם יד בעהש"ט עה"ת א"כ בעבדים אינו מוכח מתוכו איזה חצי נתן לו וא"כ לאו כרות גיטא הוא דאין מבואר בתוכו שמשחרר אותו ואין זה לשון שחרור כלל דוק שם בהר"ן ותראה כי דבריו פשוטים וברורים כמ"ש:

ז) דאינון ונמחק. הנחה"מ ס"ק ט' כ' דבנמחק ולוה אומר שלש חייב שבועה דאורייתא דכאן אין השטר מסייע ובשע"מ כ' דהרא"ש בפ' האשה שנתארמלה מביא ירושלמי בסלעין ונמחק דחכמים אומרים אין הודאה ממין הטענה ופירש הרא"ש דר"ל דהוי הודאת קרקע ולפ"ז באין לו קרקע חייב ש"ד אכן הרי בב"מ אמר דהוי משיב אבידה אבל לולי דהוי משיב אבידה לא הוי דינר השלישי הודאת קרקע כיון דאין כחוב בשטר והרא"ה מפרש דהוי משיב אבידה גם בנמחק עיי"ש שהאריך. והנה מה שהקשה על

הרא"ש לא עיין בתומים סי' ע"ה דהרא"ש ס"ל דכל דבעת הלואה הוי שעבוד קרקעות שוב לא הוי מודה במקצת וא"כ הכא דנכתב מתחילה יותר כל מה שמודה הוי שע"ק ולא ק"מ על הרא"ש עיין בשע"מ כי קצרתי בדבריו:

ח) ולוה אומר שתים ואי תפיס מפקינן מיני'. הש"ך ס"ק כ"ה הביא דהג"ת הקשה מ"ש ממשכנתא דבפ' המקבל דכתוב בו שנין סתמא ואכל שלש לא מפקינן מיני' וכ' הש"ך דהתם מדהניחו לאכול פירות של שנה שלישית אין ראי' מהשטר דאיתרע סהדותא והתומים לא ניחא לי' בזה גם הנחה"מ החזיק אחר התומים ולפענ"ד עיקר קושיית הגד"ת נראה דלק"מ דאף דאמת הוא דשנין משמע תרתי מ"מ לא גרע מאין בידו שטר וירד לתוך שדה חבירו ואכל פירותיו נאמן לומר לפירות ירדתי אבל כאן אם אין שטר בידו וכי יכול לתפוס משל חבירו ודו"ק. והנה התומים ונתה"מ כתבו לחלק דהתם תפס ברשות וכונתם כיון דבתחילה ירד ברשות לאכול הפירות אף מה שיאכל שלא ברשות הלוה מיקרי יורד ברשות ומתרצים בזה גם קושיית הש"ך בס"ק כ"ח דהקשה מ"ש שטר משובר ולפי הנ"ל שאני שטר שחיפס המעות אח"כ שלא ברשות אבל בשובר אף לפי דברי המלוה שהלוה לו ברשות בא לידו. והנה אף דכבר השתמשו האחרונים בכלל זה לחלק בין תפס ברשות והוציאו זה מגדולי הפוסקים לכן לא דרכתי בנפשי עוז לחלוק על דבריהם אכן יען כי לפענ"ד נראה דהקדמונים לא עלה בדעתם חילוק זה רק היכי דטוען התובע שמא ומטעם שאבאר ורמזתי לזה לעיל ס"ק ה' לכן אדבר קצת ועכ"פ יהיו דברי אלה להניח דעתי ואף כי הארכתי כבר בזה בחידושי לס' תקפו כהן אעתיק קצת מה שכתבתי דלא יהי' כל דיני תפיסה כגזה"כ בלי טעם. הנה הש"ך שם סי' מ"ד בס' ח"כ הקשה דהרא"ש הביא ראי' דלא מהני תפיסה בספק מהא דאמר ר"נ המשכיר בי"ב זהובים לשנה דינר לחודש ונתעברה השנה דאין תפיסת השוכר מועיל לחודש י"ג מספק אי תפס לשון ראשון והקשה הש"ך הא שם הטעם משום דקרקע בחזקת בעלים קיימא דהרי כאן מודה הרא"ש דבטוען ברי מהני תפיסה ובשנין סתמא גבי משכנתא היכי דאי אפשר להתברר ואכל ג' שנים מפקינן מיני' ומייתי הש"ס מדר"נ וע"כ דקרקע שאני וכ' דנלאו כל חכמי לב ליישבו והנה לא אדע מה יעשה בדברי התוס' ב"ב (ד' ס"א) דכתבו בשם ר"י דלאו דוקא קרקע רק אף במטלטלין וא"כ האיך מייתי הש"ס ראי' על שנין סתמא מדר"נ כיון דע"כ שם טעמא אחרינא איכא ואך נראה דהא בלא"ה צריך להבין מאי דאמר ר"נ דאף אם כבר דר שם חודש הי"ג קרקע בחזקת בעלים קיימא וקשה וכי זה הוא גזה"כ דקרקע בחזקת בעלים והרי אינו רק דאין שייך תפיסה בקרקע ומה זה ענין לפירות הקרקע ומצאתי שכן הקשה בש"מ הביאו התומים בקונטרוס קיצור ת"כ סי' ס"ו

וז"ל קשה כי היכי דהמשכיר מוחזק בקרקע השוכר מוחזק בשכירות ואיך מפקינן מיני' י"ל דחיובו של שוכר ודאי דחייב ליתן לו י"ב זהובים וחיובו של המשכיר ספק ע"כ כונתו פשוט דהוא מוכרח ליתן י"ב זהובים ואינו יכול לומר לא אדור חודש הי"ג ולא אתן כ"כ והמשכיר ספק אם מחויב להניחו לדור חודש הי"ג (ומ"מ נראה דזה הוא טעמו של שמואל דפליג דהוא משום דהרי אין מחויב ליתן לו אם אין מניחו לדור) ובזה נרד להבין הטעם כי המשכיר טוען א"י אם נתחייבתי לך אבל השוכר אין יכול לטעון א"י אם נתחייבתי ליתן ושפיר דייק הרא"ש דתפיסה בספק לא מהני וכן במטלטלין סברי התוס' כיון דמחויב להחזיר אינו יכול לתפסן מספק ולכן במשכנתא שפיר כיון דטוען ברי וקרקע בחזקת בעלים אין יכול לתפוס מספק ורק מטעם דהניחו לאכול לא מפקינן מיני' וכן בנדמה שפדה בו הבכור הוי הכהן א"י אם נתחייבתי ועיין מ"ש בסי' של"ז גבי פועל שעשה בגפן דהוי ג"כ א"י אם נתחייבתי וזה שאמרו דתפס ברשות ור"ל כיון דהבעלים התפיסוהו ולא תפס מעצמו דנהוי תפס מספק לכן הוי א"י אם נתחייבתי אבל אין זה ענין כלל לשובר דאם הלוה טוען ספק א"כ הרי הוי א"י אם פרעתיך ואף בטוען ברי הוי כטוען נגד השטר פרעתיך והרבה כתבתי בזה על סי' כ"ג שבס' ח"כ ופרשתי דברי הקדמונים בזה ואין כאן מקומו עכ"פ במשכנתא נראה כמ"ש הש"ך מדהניחו לאכול והרי שם אדרבה אמרינן דעבידי לגלויי ולא מטעם דתפס ברשות ודו"ק:

ט) מען הלוה שהמעות הוא מכסף שהוא פחות מזה השיעור ישבע המלוה ויטול. הש"ך ס"ק ל"ג מפקפק בזה דלמה צריך לשבע דהוי כטוען אמנה שאין נשבעין והתומים כ' כיון דהעדים נאמנים לא דמי לאמנה ולא אדע למה נגד פרעון הצריכו הפוסקים לומר דסתם שטר לפרעון עומד תיפוק לי' דהעדים נאמנים וע"כ דאין שום טענה מועיל נגד שטר להשביע חוץ מטענת פרעון ועיין סי' פ"ב:

סימן מג

א) אם כתב ברביעי לשבת כ"ב בתשרי ונמצא שאינו מכוון שרביעי בשבת הי' ביום כ"ד כשר. האחרונים האריכו ולפענ"ד נראה דלק"מ ואבאר הנה הש"ך הקשה דלמה באה"ע סי' כ"ז הביא הרמ"א דיש חולקין וכאן סתם כהמחבר והנה כבר תרצתי בחידושי לאה"ע דכאן בשטר מאוחר לד"ה כשר ולחוש דילמא מוקדם לא חייש וכיון דהטעות מוכת כשר אבל באה"ע הביא שם הרמ"א דיש פוסלין מאוחר לכן הביא דיש חולקין. שוב מצאתי חה"ל כי כן מתרץ התומים אך ראיתי שהנחה"מ לא ניחא לי' בזה דהרי יש לחוש שמא אמר להם לאחר עד יום רביעי א"כ אח"כ שנוא הב"ד לא ידעו דרביעי הי' בכ"ד ויגבו מיום כ"ב שלא כדין עיי"ש ולפענ"ד אין כאן אפי' ריח קושיא דהא בתשרי יש כאן ד'

פעמים רביעי בשבת ולמה ניחוש דאמר לאחרוהו על רביעי שהוא כ"ד אדרבה הא גילה דעתו שרוצה שיגבה מכ"ב וקלקלתו תקנתו ואמרינן דיום רביעי הי' ביום י"ז בתשרי דהא ביום י"ז הי' ג"כ רביעי ומ"מ לא יגבה עד יום כ"ב ויותר תימה לי על דבריהם דלמה נאמר דגם יום רביעי הי' מחמת שאחרוהו יותר טוב לומר דבאמת נכתב ברביעי בשבת באיזה חודש ורק אחרוהו בימי החודש ולכן צ"ע בעיני גם מהתומים דמשמע מדבריו דאינו גובה עד יום רביעי שהוא כ"ד תשרי והרי ברביעי אין בו ריעותא שהי' קודם ועכ"פ מכ"ב תשרי יש לנו לגבות וזה נכון כמבואר לכל מעיין. עוד האריכו האחרונים בדברי המרדכי שכ' דטעו בב' ימים העתיקו הסמ"ע והקשו דמשמע מהש"ס דבשני ימים לא אמרינן דטעו וגם אתר רובו של חודש אין טועין ולפענ"ד אדרבה יש לתמוה דלמה נאמר על המאוחר דטעו והרי ברביעי אין כאן טעות דשמא באמת הי' רביעי בשבת בעת הכתיבה ונאמר דאין בו מהמאומר רק ביום החודש כמו שכתבתי. ונראה הנה התומים כ' דכאן אין שייך בשני ימים או אחר רובו של חודש לא עבידי דטעו דהרי הם כתבוהו זה כמה קודם ולא שמעו עדיין שפורא דידעו זמן החודש ולפ"ז י"ל דהמרדכי סובר כמ"ש התוס' בב"ב דהעדים צריכין להיות ביום הנכתב בו באותו עיר כדי שלא יהי' יכולין להזים אותם שיאמרו שקר הוא וזה שאמר דאף דכאן מבורר שאין זה אותו יום מ"מ הא ע"כ טעו לא תקנו בזה שיהיו יכולין להזימה והוא דוחק אכן נראה עפי"ז בקל עפמ"ש דסובר כהתוס' דצריכין להיות ביום הנכתב באותו עיר והיינו משום דהעולם דלא ידעו דאחרוהו יאמרו דשטר שקר הוא אבל בזה כל העולם ידעו דטעו וא"כ אין כאן תשש ולפ"ז ממילא לא קשה הא בחרי יומי לא טעו דלהב"ד בלא"ה אין חשש דיודעין דמאוחר כשר ואחרוהו בימי החודש ולא ביום השבת והעולם הרי אין להם בחקירות רק שלא יהי' נראה להם בשקר ובזה אין חשש כיון דהכל רואין דטעו ודו"ק. ומה שהאריך התומים בדברי הרא"ש בגט שהי' כ"א בשבט והקדימוהו לכ' בשבט כבר כתבתי בזה בחידושי אה"ע סי' קכ"ז לתרצו בדברים נכונים ואמתיים עיי"ש ועיין עוד מ"ש לקמן ס"ק ז':

ב) כת"י א"צ שיכתוב בו זמן. התומים האריך כאן בענין המחלוקת שבין הש"ך ומהר"ם לובלין דהמהר"ם כ' דאין חוששין לקנוניא והמלוה גובה ע"י הזמן של הכת"י להסוברים דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחר וכן למלוה ע"פ לכ"ע והתומים כ' דמדברי התוס' גיטין (ד' ג') ד"ה כתב בכת"י שכתבו דאם יש ביד האשה גט בכת"י אין יכולה לגבות על ידו הפירות מלקוחות א"כ משמע דלא כמהר"ם והנה לפענ"ד אין משם ראי' דודאי לענין להוציא דאף ע"א אינו נאמן איך נאמר דכת"י עדיף אבל לענין גבי' מלוה עצמו הרי אמרינן דשאני מלגבות מלקוחות ואך בעיקר הדין הסכים התומים עם

מהר"ם והאחרונים נראין להם דברי הש"ך ולא כהתומים והנה התומים הקשה על הש"ך מדברי הרשב"א שהביא הש"ך לקמן דמבואר דלא חיישינן לקנוניא במטלטלין דמיגו דאי בעי יהיב לי' וה"נ לענין מלוה ע"פ הרי יכול ליתן במתנה והנתה"מ מתרץ דשם בנידון דהרשב"א הוחזק הכת"י בב"ד קודם שהוחזקו המטלטלין אבל בכבר הוחזק לית לי' מיגו ע"כ.

והנה אמת כי כן הוא ברשב"א ובזה תרצתי שני תשובות הרשב"א המובא בב"ש אה"ע סי' ק' ועיין לקמן סי' צ"ט וסי' מ"ת אכן מ"מ לא העלה הנתה"מ עדיין ארוכה דהש"ך כאן דייק ממה שכ' הש"ע דכת"י א"צ בו זמן משמע דהזמן לא מהני כלל ומשמע דלא כמהר"ם ולפי דברי הנתה"מ הרי עדיין מהני הזמן אם הוחזק הכת"י קודם שבא ב"ח וקודם שהוחזקו המטלטלין וא"כ משמע מהש"ך דאף כה"ג לא מהני ויקשה קושיית התומים הא יש לו מיגו דאי בעי יהיב לי' אך לפענ"ד נראה דבלא"ה לק"מ דשם ברשב"א הי' הכת"י דכל הנכסים הם חציו לפלוני ושפיר יש לו מיגו דאי בעי יהיב לי' אבל כאן ודאי אם באנו לחוש שהיום עושה הלוה עמו קנוניא אמרינן הרי מיגו דאי בעי יהיב לי' אך אולי אין הלוה רוצה כלל בקנוניא ואין רוצה ליתן ולמכור לו רק בעת הלואה ידע המלוה שיש ב"ת מוקדם לכן לא רצה להלות לו עד שהוכרח ליתן לו כת"י מוקדם מן המלוה המוקדמת ויש קצת רגלים לזה להסוברים דמלוה ע"פ קודם לכן לא הלוה בפני עדים דלא ירצו להקדים הזמן לכן לקח כת"י וא"כ מאי מיגו שייך הכא הרי בעת הלואה הי' דעתו שלא יצטרכו לגבות רק יהי' בידו לפרוע לשניהם ולא רצה ליתן כלל קרקעותיו לזה דהרי אם הי' רוצה למכור לא הי' לוה ממנו וא"כ שפיר כ' הש"ך דאין מוקדם הוא ע"י הכת"י. ועיין קצה"ח סי' ס"ט ולקמן סי' מ"ת: ג) שט"ח המוקדמים פסולין. הש"ך ס"ק י"א כ' דאם המלוה כתב עליו קודם שנראה פסולו בב"ד שטר זה לא ניתן לגבות רק מזמן שני כשר והתומים תמה ע"ז דא"כ מאי פריך בגמר' על ר' יוחנן דאמר שער שנמחל שעבודו אין חוזר ולוה בו ותיפוק לי' דהו"ל מוקדם ומאי פריך הא לענין מוקדם מהני שיכתוב עליו שניתן לגבות מזמן שני והנתה"מ מתרץ דשם ע"כ איירי בע"מ ומ"מ קמ"ל ר"י דפסול דמזויף מתוכו ואתי לסמוך על עדים שבשטר וא"כ גם לענין נמחל שעבודו מהני בכותב עליו שלא לגבות ע"י עדי השטר וע"כ דאיירי באינו כותב עליו וא"כ שפיר פריך דהו"ל מוקדם ובמכ"ת הוא שגיאה דהרי ר"י קמ"ל דנמחל שעבודו פסול וע"ז פריך דממילא פסול משום מוקדם וא"כ לא צריכין לפסול דנמחל שעבודו ושפיר פריך התומים דהא משכחת דלא יהי' מוקדם דיכתוב עליו ומ"מ פסול ושפיר איצטריך להשמיענו וא"כ מאי קאמר דע"כ איירי באינו כותב ואם לא הי' ר"י משמיענו

לא הוי ידעינן דצריך לכתוב דלא יגבה בעדי השטר והרי אם רק משכחת ענין דיפסול משום נמחל שעבודו איצטריך לר"י להשמיענו דאף בעשה תקנה למוקדם פסול. ולתרץ קושיית התומים י"ל בפשוט דעדיפא משני דלוה ופרע בו ביום וה"ה באופן אתר דנכתב בתוך השטר יום שלוה והוא פשוט. גם בעיקר מה דהוכיח הנחה"מ דע"כ איירי ר"י דיש ע"ח דאל"כ בלא"ה פסול משום פסידא דלקומות שמא שמעו הפריעה והלואה השנית בלא עדים לית לי' קלא וכן כתבו התוס' בב"מ (ד' י"ב) ע"כ לא נהירא דמה בין זה שמסר לו שנית השטר ולוה בו לכל שטר שכותבין ללוה בלא מלוה ומוסרו למלוה בינו לב"ע והתוס' לא כתבו כן רק לפי האמת דנמחל שעבודו פסול ע"ז כתבו דלא ירצה המלוה להלות על שטר הזה שמא שמעו הפרעון אבל לולי טעם דנמחל שעבודו כ"ז שהשטר ביד הלוה גובה ואין בו חשש ועוד לפי דברי הנתה"מ דאיירי דיש ע"ח וכל פיסול שלו הוא משום מזויף מתוכו והרי הריב"ש דייק דמוקדם פסול אף לבני חורין מדפריך הש"ס תיפוק לי' דהו"ל מוקדם והרי נמחל שעבודו אף לב"ת פסול ומאי פריך וע"כ דמוקדם נמי פסול לבני חורין ע"כ ואי דאין פסול רק משום מזויף מתוכו א"כ ג"כ כשר לבני חורין ואיך דייק הריב"ש וקושיית התומים כבר כתבתי דעדיפא משני ונראה דגם קמ"ל בזה רבותא דאף דכל שטר אין השעבוד מתחיל רק מאורתא מ"מ אם פרע ביומו נמחל שעבודו ועיין בד"מ כ' דאף ראיות הריב"ש יש לדחות דשפיר משני בלא"ה ואף דנראה דכונת הריב"ש דאם נאמר מוקדם פסול לב"מ אין התחלה לקושיית הש"ס תיפוק לי' משום מוקדם דר"י הוצרך להשמיענו דפסול מכל וכל אבל לקושיית התומים ודאי די"ל דשפיר קמשני והרי עוד הי' יכול הש"ס לתרץ דאיירי בשטר מאוחר וע"כ דזה נכלל בתי' הש"ס ופשוט. ודע דמ"ש הש"ך דמהני לכתוב עליו וכו' זה רק להסוברים דהשטר כשר עכ"פ לענין שלא יוכל לטעון עליו להד"ם אבל להסובר דפסול מכל וכל ואף להד"ם יכול לטעון לא מהני לכתוב כמו שדייק הר"י דאם הי' ניתן להכשיר ודאי אינו יכול לטעון להד"ם עיין בש"ך סי' מ"ה ס"ק י"ד ובתומים:

ד) וי"א דפסול לגמרי. זה דעת הריב"ש וכ' הש"ך דאף להד"ם יכול לטעון לדיעה זו ולא כהסמ"ע והתומים הקשה דמ"ש מהרחיק שני שיטין דג"כ יכול לזייף

ולעשותו מוקדם ולקיימו בשיטה שלפני שיטה האחרונה עיי"ש ולא אדע קושייתו דכאן כבר הוא מזויף וקנסו אותו אבל שם, אין הפסול רק משום דיכול לזייף ואין בדין שיקנסו אותו ולפי מ"ש בסוף ס"ק הקודם דאף לכתוב עליו לא מהני להסובר דאף להד"ם יכול לטעון פשיטא דלק"מ ואין זה דמיון כלל דהתם דיכול לתקן ע"י מילוי קרובים ע"כ דלא הוי מפ"כ אבל כאן דאין יכול לתקנו הוי מפ"כ עוד הקשה התומים מב"מ (ד' ע"ב) דפריך

למה הוצרך ר"י לומר דמוקדם פסיל שמא יגבה מזמן ראשון לימא דלא ניתן לכתוב והרי לקמן סי' ע' ס"ו כ' המחבר דבלא ניתן לכתוב פסול, אף לענין פרעתי משמע אבל להד"ם אינו יכול לטעון ואם נאמר דבמוקדם יכול לטעון להד"ם מאי פריך הא קאמר שמא יגבה דלכן פסול אף לענין שיוכל לטעון להד"ם ע"כ ועי"כ דחה דברי הש"ך וגם הנתה"מ סבר דהוא ראי' ברורה ולכן הסכים עמו ותימה בעיני על גדולים כאלו דהרי קושיא זו בלא"ה יקשה על הריב"ש אף אם נדחה דברי הש"ך דהרי בתשובה זו כ' הריב"ש דבלא ניתן לכתוב אין יכול לטעון פרעתי וא"כ יקשה ג"כ מאי פריך לימא דלא ניתן לכתוב הא במוקדם יכול לטעון פרעתי להריב"ש ובלא ניתן לכתוב א"י לטעון וקושיא זו כבר הקשה הרמב"ן בתשו' וגם הובא בש"מ שם וע"כ דהריב"ש לא חש לקושיא זו וא"כ מאי נ"מ אם נאמר גם כהש"ך דאף להד"ם נאמן ואם נדתה דברי הש"ך נדחה ג"כ עיקר דברי הריב"ש ואך לתרץ קושיא זו אף כי היו אתי הרבה דרכים אך בררתי לי חי' מורווח שיראה כל מעיין דלק"מ שזכיתי לזה עפ"מ שדקדקתי בדברי הש"ס דקאמר לימא משום דלא ניתן לכתוב ולא קאמר תיפוק לי' משום דלא ניתן לכתוב כדרך הש"ס בכ"מ ובע"כ ידע הגמר' דיש נ"מ בין הטעמים רק דפריך על עיקר הדין והטעם ואעתיק דברי הש"ס דעל משנה דהמוקדמים פסולין פריך הש"ס מ"ט פסול וקאמר ר"ל ר"מ הוא דקנים גבי שטר שיש בו ריבית ור"י קאמר אפ"ת רבנן וכאן גזירה שמא יגבה מזמן ראשון ע"כ והרי דר"י לא חידש דין זה רק בא לתרץ המשנה ולכן פריך שפיר דמנ"ל דקנסו כלל שמא יגבה מזמן ראשון וחילקו בין ריבית לכאן והרי אם בא לאוקמי אף לרבנן יוכל לומר משום דלא ניתן לכתוב דהרי ר"י פוסל בלא ניתן, לכתוב ומנ"ל דפסול מכל וכל ואף לענין פרעתי או להד"ם ומשני דכאן ניתן לכתוב וע"כ הפסול משום גזירה ולפ"ז אף לענין להד"ם פסול ודו"ק כי הוא ברור ואין כאן תימה כלל דאיך רוצה הש"ס לומר דלא חיישינן לגזירה שמא יגבה מזמן ראשון דהרי ריש לקיש באמת סובר דלא גזרינן ושפיר פריך לר"י מנ"ל דגזרינן:

והנה לולי שיראתי מלהקת האחרונים שהי' בעיניהם פשוט דשטר שלא ניתן לכתוב מ"מ אינו יכול לטעון להד"ם ואני בעניי לא הבנתי דמה סברא הוא והרי הוי מפ"כ ובפרט לשיטת הרמב"ם דכל שטר הוי מפ"כ לולי התקנה אבל במקום דלא ניתן לכתוב בודאי שלא תקנו ומה שדייק התומים מסי' ע' מדכ' יכול לטעון פרעתי משמע דלהד"ם אין יכול לטעון שם איירי דיש עדים על נתינת המעות כעובדא דש"ס שם באיזה נשך דאנס לי' שימכור לו הקרקע ואם לא היו עדים שנתן לו המעות ודאי דהי' נאמן וע"כ דהי' ידוע שנתן לו ובפרט על הש"ס לק"מ דשם לא הי' כופר כלל ובמוקדם דסובר המחבר דאינו

נאמן לענין פרעתי הוא כמו דאמרינן שם בש"ם דניתן לכתוב מזמן שני ונראה דר"ל דכל שטר אף דנתבטל ויש חשש על מקצתו לא נתבטל לענין הכל והרי אף ממשעבדי הי' גובה לולי גזירה וקנס חכמים אבל אין שייך לומר כיון דאין פסול רק משום לא ניתן לכתוב לכן אין יכול לטעון להד"ם ומה שכ' הנתה"מ דלהעיד שנכתב בציווי הלוה מהני אפי' מפ"כ וציין לס"ס ל"ט לא ידעתי על מה ירמזון רמיזותיו וצ"ע גם זאת לא אבין במ"ש הר"י במוקדם דאין יכול לטעון להד"ם ויכול לטעון פרעתי ג"כ לא אדע למה גרע מאומר אל תפרעני אלא בעדים ובשלמא בשטר מכר באונס דלא ניתן לפרעון אין שייך דהוי כהתנה שיפרע בעדים וגם דהי' באונס וגם הלוה הי' יכול למחות שלא בשעת מתן מעות שאין רוצה בתנאי כמבואר סי' ע"א אבל בשטר הלואה דלא האמין המלוה להלוה על הפרעון קשה ועיין מ"ש לעיל סי' ל"ט ס"ק ז' ואפשר דהוא נ"כ בכלל קנס חכמים שלא יהי' עליו דין שטר וצ"ע: ה) בד"א. הש"ך ס"ק ט"ו כ' דמ"ש הרמב"ם דשטר שחזר ולוה בו פסול משום מוקדם איירי באם עדי המסירה הם היו ג"כ עדים החתומין ואז לא פסול מטעם נמחל שעבודו ע"כ הולך לשיטתו בסי' מ"ת וכבר השיג עליו שם התומים דמ"מ חתימתן בשטר לא הי' על הלואה זו ודבריו ברורים: ו) שלא הקדימו העדים זמנו בכונה. השע"מ חידש דלמ"ד שעבודא דאורייתא אם הלוה בניסן ולא כתבו השטר עד תשרי והקדימוהו לניסן כיון דמדאורייתא אין כאן טירפא שלא כדין דאף בע"פ נשתעבד א"כ אין כאן רק איסור דרבנן ובאיסור דרבנן בעינן עדי חמס לא נפסלו אף הקדימו בכונה ע"כ ודבריו תמוהים דא"כ עדים שהעידו בשקר במכירת מטלטלין הנקנין במשיכה לא יפסלו וגם וכי ס"ד דאם יגזלו ממנו לא הוי רק איסור דרבנן והרי כתובה דרבנן ומ"מ חייבין קרבן שבועה וגם הרי כתבו התוס' כיון דרבנן, הפקיעו השעבוד הוי כמחל לו ועיין מ"ש סי' ל"ט בסוגיא דגיטין גבי תדע ופשוט דכל שיפקע מלקוחות שקנו ע"י הפקר ב"ד עוברים בלא תענה והרי הלוקח לקח כדין ודבר זה לא גרע מנחתייב בעצמו דלא הי' עליו חיוב כלל ואם העידו שקר נפסלין ופשוט דהוא דברי שגגה:

ו) ויש חולקין. הש"ך ס"ק י"ט האריך והשיג על הרמ"א מה דמשמע מדבריו דאף בדבר שהעדים מצוין לטעות אין לומר שטעו וכ' הש"ך דבזה הכל מודים ולכן כשאומרים שטעו בעבורא דירחא נאמנים ולכן נקט הטור טעינו בשנת המלך דבזה סוברין הרמב"ן והרא"ש דדוקא באין כת"י יוצא ממ"א נאמנים דבעבורא דירחא נאמנים אף בכת"י יוצא עיי"ש והתומים השיג עליו וכ' דלכן נקט הטור טעינו בשנת המלך דיהי' מוקדם שנה שלמה וכ' דבזה מיושב נמי בש"ם סנהדרין דפריך תקשה לי' מתני' דמאוחרין כשרין ואי בעינן דו"ח מאוחרין אמאי כשרין וקשה לוקי דהי' מאוחר רק יום אחד דהרי אף בד"נ

דבעינן דו"ח מ"מ ביום אחד אמרינן דטעו ומוקדמין פסולין אף בכה"ג אלא ע"כ דהי' לו דוחק לאוקמא מאוחרין ומוקדמין דלא היו מוקדם ומאוחר רק ביום אחד עיי"ש ותה"ל כי גם בחידושי הקשיתי קושיא זו וכל מעיין יראה כי תרוצו הוא יותר דוחק דהרי הגמר' לא פריך ממתני' דמאוחרין כשרים על המשנה דד"מ בעינן דו"ח רק פריך על המקשה דלמה הקשה מברייתא הי' לו להקשות מן המשנה וא"כ אם היינו יכולין לתרץ המשנה אף בדוחק דמיירי במאוחר יום אחד שוב לא קשה על המקשה דפריך יותר מהברייתא כיון דהמשנה עכ"פ יתיישב בדוחק ואך לתרץ קושיא זו נראה לתרץ בדרך נכון ונעים דלא הי' יכול לתרץ דאיירי במאוחר יום אחד והוא ע"פ מ"ש בחידושי לאה"ע ורמזתיו לעיל ס"ק ב' לתרץ דברי הרא"ש דהכשיר גט מוקדם ביום אחד משום דהי' הטעות מוכח מתוכו ע"י יום השבוע וכתבתי משום דכל הטעם שמא יחפה על בת אחותו דקיי"ל כר"י ומשום פירות לא חיישינן דמוקדם כיון דכשר לבני תרי אין לפסול ע"י כן הגט ורק משום שמא יחפה א"כ בזה לא חיישינן דהב"ד ישכחו יום השבוע ויסברו דנתגרשה ביום החודש הנזכר בגט משום דהרי העדים הבאין למקטלה ע"כ יעידו יום החודש ויום השבת וא"כ ע"כ הב"ד יעיינו יפה והארכתי שם לבאר ואקצר בזה במה שאין כאן מקומו וא"כ ה"נ בנידון הזה במאוחר ומוקדם דאי נימא דבדיני ממונות בעינן דו"ח ע"כ דנכתב בשטר גם יום השבוע דהוא אחד מהחקירות וגם ע"כ יום השבוע לא שייך בו טעות ומבואר ג"כ בתומים וא"כ אם נפרש מאוחר שלא הי' מאוחר רק ביום אחד ע"כ הא דמוקדמין פסולין הוא ג"כ דמוקדם יום, א' מימי החודש ויום השבוע נכתב כהוגן וא"כ תקשה אמאי פסולין דביום אחד העדים טועין ואי שמא יגבה מזמן ראשון דהרי מוכח מתוכו ע"י יום השבת ולא שייך דהב"ד ישכחו דהא השתא קיימינן דבעי דו"ח וא"כ על הב"ד לידע וע"כ דהי' מוקדם בהרבה ימים ובענין הזה מאוחרים כשרים ושפיר פריך אמאי כשרין ודו"ק כי הוא תי' נכון ומקובל. עוד כ' התומים דלפי דעת הש"ך דביום החודש עבידי דטעו א"כ אף בשנות המלך דנקטו הרמב"ן והרא"ש הרי הוא בא ג"כ ע"י טעות בעיבורו של חודש כמ"ש הבעה"ת דהמלך עמד בניסן ביום ראשון והוא סבר דאדר מלא ועמד ביום שלשים של אדר או להיפך ועי"ז הוא טעות בשנה וא"כ גם הם איידי בדבר דעבידי דטעו עיי"ש ולדעתי הוא דוחק גדול דא"כ לא משכחת מוקדם רק בשטר שנכתב יום ראשון שעמד בו המלך דהרי אחר חצי חודש כבר נודע אם הי' חסר או מלא כמבואר וע"כ דאיירי בטעות של אח"כ דלא עבידי למטעי רק נאמנים באין כת"י יוצא ממ"א ודו"ק:

ונראה דמ"מ אף בטעות בשנת המלך דמצוין לטעות אף דכ' הש"ך דלא עבידי דטעו היינו דעבידי דטעו הוא רק בדבר שרוב בני אדם טועין כטעות בעבורא דירחא כמבואר בש"ם אבל בשנות המלך אין רוב טועין אבל מ"מ מצוי הוא לטעות דאל"כ אף באין כח"י יוצא למה נאמנים דהוי חוזר ומגיד ובמוקדם משימין עצמן רשעים ולא עדיף משטר אמנה וכדומה ובזה נתיישב מה שהאריך התומים להוכיח דאף טעות שנת המלך הוי מצוין לטעון ולפמ"ש ל"ק דמצוין שאני מעבידי דטעו וכן בטעות שני ימים ג"כ הוי מצוי ולא עבידי עיי"ש ודו"ק כי כן נראה כונת הש"ך.

ובזה יש ליישב ג"כ דברי המרדכי המובא בסמ"ע ס"ק ח' שהבאתי ס"ק א' שכ' ואי משום דרביעי בשבת לאו הוא בכ"ב בחודש הסופר טעה בעבורו של חודש ובשני עבורים טעה ותמהו דהא לא עבידי דטעו בשני עבורים וגם הא כ"ב הוא אחר רובו של חודש ולפי מ"ש פשוט דדוקא לענין דרישה וחקירה דבעינן דבר דרובא טעו לא הוי דו"ח אבל לענין שלא יפסלו העדים אף בשני ימים ואחר רובו של חודש לא נפסלו כיון דמוכת הטעות ע"י יום השבת כמ"ש התומים דהמרדכי סובר דלא חיישינן שמא ישכחו הב"ד יום חלות החודש לכן כ' המרדכי דע"כ טעו דמצוי הוא ודו"ק:

ח) שט"ח המאוחרין כשרים. הקצה"ח ס"ק ד' מתרץ מה שהקשה הה"מ על הרמב"ם למה לא כ' דהיינו בכתב לו דאקני וכ' דזה הוי כקיבל עליו הלוה חיוב דכל אימת דקנה אז נשתעבד והביא ראי' מפדיון הבן והנתה"מ דחה דאין משם ראי' ואנכי לא אדע דלפי תרוצו דאיירי באחרוהו מדעת הלוה למה הוצרך ראי' מפה"ב הרי י"ל בפשיטות כיון דהלוה ידע א"כ הוי כהתנה בפירוש דמה שיקנה עד איתו זמן ישתעבד והוא פשוט וכן כ' הטו"ז בשם הגהות מהרש"ק הביאו כאן בשע"מ ועיין ס"ק ט"ז והמחבר ע"כ איירי באחרוהו שלא מדעת הלוה דאל"כ אין שום סברא לפוסלו ועיין לקמן סי' קי"ב כתבתי תי' מורווח לתרץ דברי המחבר ע"ש:

ט) המאוחרין כשרין. הש"ך ס"ק כ"ד כ' בשם הראנ"ש דאף בלא דעת המלוה כשר ובס' מקצוע בחורה תמה דהא העדים נפסלו דמה לי שגרעו כח הלקוחות או כח המלוה בשלומא באין בו קנין לא עשו שעבוד רק מזמן של אח"כ אבל בקנין וגרעו כחו והפסידוהו למה לא יפסלו עיי"ש ולא אדע מה תמה דמה בין זה לכובש עדותו והרי לא עשו לו שום גריעותא וכי משום דהעידו שיגבה מזמן שני עשו רעה לו וכבר הזכרתי במ"א סברא זו וכן כ' הקצה"ח סי' נ"ה: י) כשרין. הש"ך ס"ק כ"ה תמה על הב"י דכ' דמשמע בבעה"ת דשטר מאוחר לא גבה עד זמן השטר והיינו שהלוקח שקנה קודם זמן הנכתב אינו טורף ממנו ותמה דהרי כן מבואר בש"ם ע"ז ריש (ד' י') והנה אמת כי רש"י

פירש דמה שאמר שם נעכבי' ועד דמטא זמני' לא טריף דאין יכולין לטרוף מהלקוחות רק מזמן השטר אכן יש לפרש דשם דהי' מאוחר על שש שנים והי' כתוב בשטר שזמן הפרעון יהי' לסוף שנה וע"ז קאמר דנטכבי' מלגבות עד אחר שש שנים ימתין עוד שנה לזמן הפרעון וכן משמע קצת לשון נעכבי' דשייך לזמן פרעון וא"כ לא איירי כלל מגביית מהלקוחות ודו"ק: יא) בד"א שכתוב בו דאקני. בזכרוני שבילדותי ראיתי בס' קטן אחד נקרא פלפלא חריפתא הקשה דאף בכתב דאקני למה כשר לפי דעת הרמב"ם והמחבר דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחר וא"כ אם לוה בניסן ואיחרו השטר עד תמוז והלוה ילוה באייר מלוה ע"פ ויש בני חורין נגד חוב. אחד א"כ המלוה ע"פ באייר יגבה דהיא קודם ואח"כ יגבה המלוה מלקוחות שלא כדין דהרי הוא מוקדם להמלוה שלוה באייר והי' לו לטרוף מן הב"ח ע"כ.

והנה הי' נראה לכאורה דמ"מ אין ריוח להמלוה לכן לא פסלו שטרו אך מדברי הב"ח הביאו הש"ך ס"ק כ"ט לא משמע כן אך כאשר עיינתי אין לזה אפי' ריח קושיא דאף דכתבו בשטר זמנו מתמוז מ"מ עכ"פ הי' מלוה ע"פ מניסן וא"כ הוא קודם ממלוה שבאייר ויגבה מבני חורין ואי דלא נדע דלוה מניסן וכי משום זה נקנסי' וכל מלוה בכל עת שירצה יכול הלוה ליתן לו שטר וגם יכול למחול אח השעבוד שלו עד זמן שירצה אף דיש רעותא ללקוחות וזה פשוט:

יב) ויש מי שאומר דאם אמר אישתבע לי שאינו מוקדם צריך לשבע. הש"ך ס"ק ל"ג הקשה דממ"נ אם טוען שפרע לו בלא"ה צריך לשבע ואם לא פרע מאי לו בזה שהוא מוקדם יפרענו ומתרץ דחושש שעל שבועה זו יורה היתר לעצמו ועוד תי' דטוען לא לויתי דעל שטר כשר לא משבעינן לי' לכן טוען לשתבע דאינו מוקדם וכ' התומים דיש נ"מ בין אלו החרוצים באם טוען המלוה אשבע דלויתיך ולא פרעת לי דאני איני יודע אם הוא מוקדם לחי' ראשון אינו מועיל ולתי' השני יועיל טענתו וכ' דלדינא נראה לו תי' השני עיי"ש ולי הדבר תימה דלכאורה אין מקום לקושיית הש"ך דיכול להיות כפשוטו דטוען פרעתיך וטוען עוד דאין אתה נאמן כמו כל טוען על שטר דהשטר מוקדם ופסול ואני נאמן בהיסת וא"כ לא יועיל מה דישבע נגד טענת פרעתי רק ישבע ג"כ שאינו מוקדם וע"כ צריך לומר דאה"נ רק הש"ך הקשה דמאי נ"מ ללוה בזה דאם חושד את המלוה שישבע בשקר שלא פרעו א"כ ישבע נמי בשקר שאינו מוקדם אמת דיש ליישב שאומר אני יודע שירא לשבע שאינו מוקדם שזה דבר שאוכל לברר לכן ישבע מקודם שאינו מוקדם ואח"כ ישבע שלא נפרע אך זה נכלל בתי' הראשון של הש"ך שיורה היתר וה"ה כדומה לזה וא"כ מאי קאמר התומים שהמלוה אומר איני יודע אם הוא מוקדם דבאופן

זה שוב אין המלוה נאמן שלא נפרע רק הלוה נשבע שאינו חייב כיון דאומר שטר פסול הוא והמלוה א"י:

יג) כל שטר שבא לפנינו אנו תולין שנמסר בזמן הכתוב בו חוץ מהיכי שנפל. כן כ' גם הטור וחמהו עליו כיון דהוא פוסק עדיו בחתומיו זכין לו מאי נ"מ אם מסרו ביומו או לא והתומים מתרץ דבנפל חיישינן היינו דיש נ"מ בשטר מכר אם באותו יום מכר לאחר ומסר לו לזה שמסר תיכף קנה וזה שנפל חיישינן שמא לא נמסר ביומו ע"כ והנה רישא דכל שטר תלינן שנמסר עדיין אינו מיושב ונראה ע"פ דברי מהרי"ט בתשו' ח"א סי' נ"ט דכ' דהיכי דיש ספק בין הצדדים ולא' יש ספק קנין דאורייתא ולהשני יש רק ספק קנין דרבנן נותנין לזה שיש לו ספק קנין דאורייתא והנה הא דעדיו בחתומיו זכין לו הוא רק מדרבנן דתקנו כן כדי שלא יבוא לחשש מוקדם כמבואר בפוסקים וא"כ הרי נ"מ גדולה בשני שטרי מכר ולאחד ראינו שנמסר ביומו והשני לא ידעינן ורק מטעם עדיו בחתומיו זכין לו יהי' הדין שנותנין לזה שנמסר דהא יש לו ספק קנין דאורייתא קמ"ל דאף שטר השני יש לו חזקה דנמסר ביומו. ובענין דברי המהרי"ט לא עיינתי אם הסכימו הפוסקים ואך המהרי"ט למדו מדברי הרא"ש גבי דינא דבר מיצרא ומדברי הירושלמי שהביא הר"ן בגיטין גבי סיקרוקין:

יד) יש מי שאומר דהא דעסוקין באותו ענין דוקא שטרי הלואה אבל בשטרי חיוב לא. עיין בסמ"ע הטעם ואף דאית לי' קלא מ"מ במה נתחייב כ"ז שלא נתן השטר והטו"ז הקשה הא בכתובה ג"כ לא נשתעבד אלא חייב עצמו בדבר שלא הלוה ומ"מ כשר בעסוקין באותו ענין ונראה לתרץ בדרך פלפול דלכאורה יש להקשות אף בשטרי חיוב למה יפסול משום מוקדם והרי אין כאן חשש גבי' מלקוחות שלא כדין אף דלא קנה רק בלילה דהא מלקוחות שקנו ביום לא יגבה כיון שזמנם ביום אחד ומהלקוחות שקנו ביום של אחריו מדין יגבה ואף דאם הי' כותב ביום שנחתם אינו חל השעבוד עד לאורתא מ"מ הא במקום שכותבין שעות מי שקודם בשעתו גובה וכיון דנכתב עוד ביום שלפניו לא גרע מאלו היו כותבין השעה דהרי ודאי לא מכר קודם הקנין כיון דהיו עסוקין באותו ענין מתחילת הלילה עד אחר שחתמו ונתנו לו השטר וא"כ הוא הי' קודם וגם נכתב שהי' קודם כאשר האמת כן ומאי מוקדם שייך בזה וצ"ל דמ"מ יש חשש נגד ב"ח אחר שמא נתחייב באותו יום ואח"כ כשיבואו שניהם לגבות יחלוקו ומדינא הכל שייך להראשון דשטרו הרי לא נחתם עד הלילה והוא יום השני לכן פסול ולפ"ז ממילא לא קשה מכתובה דהא בכתובה אין לחוש שמא באותו יום נתחייב להשני דהרי קיי"ל חוב וכתובה היוצאין ביום אחד הכל שייך לבע"ח (וזה דלא כהשע"מ דמדמה חיוב וכתובה

זה לזה עיין מ"ש סי' מ') כמבואר בכתובות (ד' פ"ו) ובאה"ע סי' ק"ב וזה ודאי דאין לחוש שמא נשא עוד אשה באותו יום (ובפרט דאנן לישא ב' נשים ביום אחד) וא"כ אין כאן חשש כלל ולק"מ אך לכאורה אכתי קשה לשמואל דשם בגיטין (ד' י"ח) אמר מה מעשה ב"ד נכתב ביום ונחתם בלילה אף כתובה וכו' ומתיר אף באין עסוקין באותו ענין ובזה יקשה במה נתחייב אך זה פשוט דלא קשה דהמעיין שם יראה דסובר דכך היתה תקנת חז"ל דיחול הכתובה מיד מהיום וכן כ' רש"י ושאר המפורשים דתיכף בהכנסה לחופה נתחייב בכתובה עיי"ש ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה הטו"ז לשיטת הרא"ש דפסק בגט דכשר בנכתב ביום ונחתם בלילה בעסוקין באותו ענין וזה שזכתה בנ"מ שלה לא עדיף משטר חיוב ולפמ"ש לק"מ דהפירות מיום הכתיבה בלא"ה לא תטרוף ומיום של אחריו מדין תגבה כמו במקום שכותבין שעות ולר"י דהזמן שלא יחפה בלא"ה אין דמיון לכאן כיון דרצה לחתום הגט ביום חזינן דאין דעתו לחפות ואין שום נ"מ אם היו חותמין מיד: טו) ובשל שמעין כתוב בניסן סתם וכו' וכן אין שמעון יכול לטרוף מלקוחות שקנו באייר שיאמרו לו זמנך מאחד בניסן והנחנו לך מקום לגבות ממנו. התומים כ' דזה לא שייך רק בשטר אקנייתא דמיד בשעת קנין נשתעבדו נכסים אבל בסתם שטר כיון דאין מוכח מתוכו עד סוף ניסן הוי כנכתב בפירוש סוף ניסן ואין יכולין לדחותו וכן הוא בש"מ ובנה"מ כ' דלהסוברין דמלוה ע"פ מוקדמת קודם למלוה בשטר מאוחר א"כ לעולם יכולין לומר הנחנו לך מקום דדינך הי' לגבות מכח המלוה ע"פ ושעבודך קודם לבר ה' מניסן ע"כ ודבריו לא אבין דכיון שכבר גבה בר ה' מניסן לא גרע ממלוה ע"פ מאוחרת שקדם וגבה דאין מלוה ע"פ מוקדמת טורף ממנה ומצאתי כן בס' דו"ח מרע"א מערכה י"ד למס' כתובות שכ' כן וז"ל דכיון דאפי' מלוה ע"פ מאוחרת שקדם וגבה מה שגבה גבה כ"ש מלוה בשטר וא"כ כיון דכבר גבה בר ה' בניסן נמחל השעבוד מאותן קרקעות והדרן לשעבוד השטר שהוא מסוף ניסן ולא עדיף מאישתדוף ב"ח דגובה ממשעבדי גם בלא"ה נראה כיון דאין ידוע מתי הלוה וא"כ אינו בא כלל תחמת מלוה ע"פ רק מחמת השטר ואין יכולין לדחותו כמ"ש בס"ק י"א. שוב ראיתי כי התומים בעצמו כ' כאן כן וז"ל וכמו ראובן דיש לו אצל שמעון מלוה ע"פ ולבסוף נמלך ועשאו מלוה בשטר וכי יאמרו הלקוחות הנחנו לך מקום. אך זה הוא מה שאני נבוך דאף בשטר אקנייתא למה לא נימא דהקנין לחוד והשטר לחוד ולמה נגרע השטר ע"י הקנין דנהי דע"י הקנין הי' יכול לגבות מקודם מ"מ שעביד השטר למה נפקע והרי השטר יש לו שעבוד מיום המוכח מתוכו שלא יוכלו לומר הנחנו לך מקום גם מסתימת הפוסקים משמע דאין חילוק וצ"ע. והר"ן שם בסוגיא דשני שטרות היוצאים ביום אחד כ' דבשטר הלואה אינו גובה רק משעה

דמוכח מתוכו וכ' דכן משמע מההוא עובדא דחד כ' בו ניסן סתמא והקצה"ח תמה דאיך דייק מכאן והרי אדרבה כאן מוכח להיפך דא"כ איך הלקוחות דוחין אותו ולי נראה דהוכחת הר"ן הוא מדדוחה אותו הב"ח ואומר לו בר סוף ניסן את והרי כיון דיש ספק מי הלוה קודם ושמא בר חד בניסן הוא ויחלוקו אמת כי הש"מ הקשה כן ומתרץ בשם תר"י דיש ריעותא בשטר שיוכל לומר לו בכונה כתבו סתם ניסן יען הי' סוף ניסן אכן להר"ן י"ל דלא הי' לו הכרח בזה דשמא שכחו זמן הקנין וכתבו סתם ועוד אף אם הי' בלא קנין שמא אישתמט להו ושכחוהו לכתוב וא"כ למה לא יחלוקו אלא ע"כ דאין השטר מתחיל רק מזמן דמוכח מתוכו ודו"ק ולפ"ז ביותר תימה בעיני דיקשה קושיית התומים למה ידחוהו הלקוחות וממ"נ במאי מוקים לה הר"ן אי בקנין ע"כ מוכח דאף בקנין לא חל ואי בלא קנין למה ידחוהו הלקוחות ומשמע ג"כ דאף בקנין השטר לחוד והקנין לחוד אך כבר כתבתי דהש"מ כ' כהתומים:

טז) דבלשון העולם עד ולא עד בכלל. הש"ך ס"ק מ"ה כתב ליישב שני תשובות הרא"ש הסותרים בזה וכ' דשם הי' נכתב עד יום הזה כמו ולברכו בשמו עד יום הזה לכן עד בכלל והתומים תמה דמאי ראי' מייתי מלשון המקרא ונראה כונת הש"ך דהביא ראי' דעד יום הזה אין הזמן כלל מוגבל דהרי שם הכונה של לשון עד הוא לעולם לכן אין נופל זה תחת סיג עד אם הוא בכלל או לא וא"כ אין לחלק בזה בין לשון המקרא ללשון בני אדם ואף דבשובר אין פירושו לעולם מ"מ לא דמי לעד הפסח וכדומה:

יז) נותנין למי שכתוב בו אדר סתם. הש"ך כ' דביו"ד יש מחלוקת בזה דיש סוברים דאדר סתם הוא אדר שני והעלה דיחלוקו ע"כ והשע"מ הקשה דאף אם סתם אדר הוא אדר שני מ"מ הרי זמנם שוה ויחלוקו ע"כ ולק"מ דמשכחת דאותו שכתוב בו אדר שני מוקדם ביום החודש ואותו שכתוב בו אדר סתם הי' בסוף החודש וקמ"ל דיחלוקו ופשוט. והנה אם באחד כתוב אדר סתם ובא' כתוב אדר שני כ' השע"מ דזה שכתוב בו אדר סתם נוטל שלשה חלקים דחצי ודאי שלו ועל חצי השני' הם מחולקים וחולקין בחצי השני משום ספק פלוגתא ע"כ ולי צ"ע בזה ולכאורה הי' נראה דאין בעל אדר שני נוטל כלום דהא אין ספק מוציא מידי ודאי כמו ספק ויבם בנכסי סבא דהרי התוס' ריש ב"מ הקשו גבי זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי נימא אין ספק מוציא מידי ודאי ותירצו דאין זה שודאי הוא בחצי' שיועיל לחצי' השני כונתם דשם גבי ספק ויבם דא"צ שום קנין וממילא נעשה שלו א"כ הוא ודאי יורש בכולה לולי הספק מיקרי אין ספק מוציא מידי ודאי אבל כאן אם לא הגביה כולה לא קנה ולפי זה כאן דמי ממש לספק ויבם דלולי בעל אדר שני הוא ודאי בכולה והנכסים ממילא משועבדים וא"כ יהי' כולם לבעל

אדר סתם (ולהסובר שעבודא דאורייתא יש ליישב קצת) ואך מצאתי שנתעורר בזה הרב הגאון מהרש"ק בהגהות נקרא חכמת שלמה וכ' דלא שייך אין ספק מוציא מידי ודאי רק בספק בענין ולא בספק פלוגתא וכאן הוי ספק בדין דאם אדר סתם הוא אדר שני א"כ אף אם הלוה באדר ראשון אינו מוכח מתוכו מהשטר ע"כ. והנה אף שנראה שטעה בזה דאין שייך מוכח מתוכו רק לענין משועבדים אבל מב"ח אף דאינו מוכח מתוך השטר עכ"פ מלוה ע"פ הוי וג"כ קודם למלוה ע"פ מאוחר וגם אפשר דאף לענין גבי' מלקוחות כיון דאין נ"מ להלוקח מי יגבה א"כ בעצמן של השטרות הוי כבני חורין ויש לעיין בזה אכן מ"מ בזה נראה דבריו נכונים דבספק בדין לא שייך אין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ אפשר דגם במה שכ' השע"מ דזה נוטל שלשה חלקים לא שייך בספק בדין דהרי קיי"ל דס"ס לא מהני גבי ממון וא"כ מאי מהני דיש לאדר סתם ס"ס אולי הוא קודם וגם אולי הוא אדר ראשון וגם נראה דלא שייך זה נוטל שלשה חלקים רק היכי דהשני מודה לו בחצי אבל הוא טוען שהוא קודם וכולה שלו אם מלוה ע"פ קודם א"כ נראה דחולקין בשוה לעולם ודו"ק:

יח) דנין אותו כמו בנדרים דהולכין אתר לשון ב"א. בהגהות הנ"ל כ' דאין דין זה שייך אצלינו לפי מה שכ' הש"ך ביו"ד דאם לשון בני אדם אינו לה"ק ומשונה הוא מלשון תורה והוא נדר בלה"ק כלשון של תורה הולכין אחר לשון תורה וא"כ לפי מה שנוהגין לכתוב השטרות בלה"ק הולכין אחר לשון תורה ע"כ ואין זה מחוור אצלי דאין זה כלל דמיון לשם דשם דנדר שלא בלשונו אמרינן דכונתו ללשון שנדר בו דאל"כ למה שינה לשונו ועוד דאמרינן דלשון הקודש כונת הלשון הוא כן אבל כאן דלא שינה לשונו בכונה רק כי כן דרך כותבי שטרות וגם מסתם הי' התנאי בלשון לעז ורק בהכתיבה האירו על עבר פני' והעתיקו לשונו ללה"ק כמנהג הכותבין וגם באומרו עד פסח הי' כונתו מסתם ללשון ב"א ולא הי' יכול להעתיקו בלשון אחר ונראה דלא קאמר שם ביו"ד רק היכי דלשון ב"א משונה בכונתו מלשון תורה אבל מה שבלשון תורה הוא עד בכלל זה אינו מצד הלשון רק כי כן הדין שירדנו שהמקרא נתכוין לזה ולשון ב"א אין מתכונים לזה וידע דמה שאומרים בלע"ז ביז פסת אומרים בלה"ק עד פסח לא שייך כלל לומר דנתכוין אל לשון תורה ובודאי בארצות הרא"ש לא היו מדברים לה"ק וגם מסתמא נכתב בלה"ק וא"כ למה קאמר הרא"ש דהוי עד ולא עד בכלל והרי נכתב בלה"ק משונה מלשונו וע"כ כמ"ש וזה ברור:

סימן מד

א) שאין למדין משיטה אחרונה. כ' הש"ך ס"ק ד' בשם הרשב"א דאף אם העדים אומרים אנו כתבנו אותה שיטה מ"מ לא הוי רק כמלוה ע"פ והתומים הקשה דמ"ש מהא דסי' מ"ט בשני יוסף ב"ש דאם העדים אומרים שזה הוא יוסף ב"ש שהעדנו עליו בהלואה דהוי מלוה בשטר ומה שתי' הנתה"מ הוא מקישוי הבנה אצלי ואך נראה החילוק בזה כי שם ידעינן דאין השטר כלום עד שיביאו ע"מ א"כ לא סמכו הלקוחות במה שאין ידוע איזה יוב"ש דע"כ יבואו העדים והוי כשטר שאין עליו רק ע"מ דכשר אבל אם כל השטר כשר רק השיטה אחרונה א"כ כיון דהמלוה סמך על עדי חתימה לא הי' להלקוחות להזהר במה שאין לו דין שטר על חשש שעדי מסירה יעשוהו לשטר לשיטה אחרונה ולא עדיף מדבר שיכול להזדייף שפסול עיין ר"ם מ"ב:

ב) לחובת מוציא השטר למידין. התומים הקשה דבב"ב (ד' קס"א) גבי גט מקושר דפריך הש"ס דילמא איתרמי רעותא בשיטה אחרונה וגייז לה והקשו שם התוס' דאיך יגייז הא אם וגייז יפסול דלא יהי' חזרת השטר בשיטה אחרונה והקשה התומים דילמא עדיין ישאר חזרת השטר דהי' כתוב חובתו אחר חזרת השטר והרי זה הי' קושיית הש"ס וניחוש דילמא איתרמי וכו' ותי' הנתה"מ דלפי שיטת התוס' דאם לא החזיר כל השטר פסול ע"כ אתר החזרה לא הי' כתוב שום חוב דבעינן דוקא חזרה בשיטה אחרונה וא"כ שטר כזה שנכתב חוב אחר החזרה לא הי' חזרה בשיטה אחרונה וכונתו דמה דפריך הש"ס דניחוש דילמא איתרמי רעותא ע"כ דגם החזרה יגייז ושפיר הקשו התוס' עיי"ש ולפענ"ד לא נהירא דנראה פשוט דכל מה שהוא שלא לטובת בעל השטר חזרה איקרי והרי הרחיק השטר ומלאוהו בקרובים כשר והרי בודאי לא עדיפי מחוב דהא ג"כ לאו חזרה הוא והם בשיטה אחרונה וגם לפי דבריו וכי לא אפשר שהי' חזרה אתר החוב פעם שנית ואף דהש"ס אמר ריעותא בשיטה אחרונה הא אין נ"מ ויש לפרש דגייז החוב וגם החזרה שאחר החוב ומ"מ נשאר חזרה בשיטה שלישית שלפני שיטה האחרונה דהרי ודאי שני חזרות לא מיגרע למפסל השטר וא"כ מאי הקשו התוס' וגם הא אפשר שהי' חזרה שנית עם החוב בשיטה האחרונה וראי' נמצא גם בתוס' שם דלאו דוקא חזרה רק כל דבר שאינו לטובתו נקרא חזרה דשם (ד' קס"ב) ד"ה לפי שאין למידין הקשו למה אנו עושין קיום מחקים אחר וקנינא (היינו דקנינא הוי חזרת השטר כי כן דרך לכתוב וקנינא על הא דכתוב לעיל יעשו חזרה) ותירצו דא"צ חזרת השטר כיון דכתוב בי' שריר וקיים וקנינא לא הוי חזרת השטר ע"כ. הנה בתחילה סברו התוס' דלאו שריר וקיים מכשיר השטר רק וקנינא דהוי חזרה והקשו מאי מהני הקיום כיון דהוי אח"כ ולא הקשו הא

כיון דעושין אח"כ א"כ אין החזרה בשיטה האחרונה ולא הקשו רק מטעם אין למידין וכן אח"כ שם כתבו וז"ל או דבר שאין עיקר הגט תלוי בו כותבין בשיטה אחרונה הרי מפורש יוצא מדברי התוס' דלאו דוקא חזרה מכשיר כמו שעלה ע"ד הנתה"מ ופשוט הוא. אך לתרץ קושיית התומים נראה דהתוס' הי' להם דבר פשוט דבקושר דאין העדים חתומים למטה ודאי דלא שייך כלל שהי' החוב אחר החזרה שיוכל לגייז כמו דלא שייך כלל שיש חוב אחר חחימת העדים כיון דהעדים מגבילים השטר וכי שוטה הוא הלוה והעדים לכתוב חוב של בעל השטר במקום שיוכל לגייז וא"כ חזרה הוא המגביל השטר וע"כ מאי דפריך הש"ס דניחוש שיגייז החוב ע"כ החוב הי' קודם חזרת השטר ושפיר הקשו דא"כ יגוז החזרה וע"ז תירצו דלא הי' מנהג חזרת שטר במקושר וקודם שידע שיש שריר וקיים מגביל הי' סבור דאין שום גבול וזה הוא מה דפריך הש"ס כיון דאין גבול יכול לגוז חוב שהי' בשיטה האחרונה וגם בלא"ה יש לתרץ דהתוס' הוקשו להם דכמו דאמרינן באמת דשריר וקיים הוא הגבול לכן אין לחוש לחוב אח"כ ונהי דהש"ס לא ידע עדיין משריר וקיים הי' לו לתרץ דיש חזרת השטר ואם כתב חוב אח"כ איהו דאפסיד אנפשי' וראיתי כי התומים ר"ל דאף בפשוט החזרה מגביל השטר וזה אין סברא למה לא יוכל לכתוב עד חתימת העדים חוב וחזרה שנית אבל במקושר ודאי כי הסברא כן הוא ואף דבפשיט אין החזרה ראי' שלא הי' בו חוב אח"כ אבל במקושר שמא כך הוא התיקון שלא ניחוש וע"ז תירצו דהגמרא ידע דאין מנהג חזרה במקושר וזה ברור:

ג) אם השטר כולו מכת"י הלוה למידין מש"א.

מהסמ"ע משמע דהטעם הוא כיון דניכר הוא אם יזייף ולי נראה בלא זה כיון דהוא הכותב והתוחם לא שייך דאין יכול לצמצם ומניח שיטה:

ד) משום הכי שטר שאין בו שריר וקיים פסול. הש"ך ס"ק כ"א כתב דודאי אם בא שטר לפנינו ואין בו שריר וקיים וגם לא הרחיק שיטה מחתימת העדים כיון דאין למידין משיטה אחרונה אין בו חשש כלל רק הש"ע איירי ביש ריוח שיטה אם פסול דהוא שטר שיכול לזייף דיכתוב באותו שיטה מה שירצה ויכתוב לבסוף שריר וקיים ע"כ ולי צ"ע להסוברים לקמן סי' מ"ה ס"ק י"ד בש"ך דאם מילא שלא מדעת הלוה פסול וא"כ אף בלא הרחיק יש חשש שמא המלוה עצמו סמך ולא נכשיר השטר בזה וכעין זה כתב בנתה"מ סי' מ"ג ס"ק י' ואפשר כיון דאין ריעותא לפנינו אין לחוש ובפרט דיש לנו לומר דמסתמא עשו העדים כהוגן לפמ"ש המחבר סעיף ד':

סימן מה

א) העדים חותמין למטה בשטר. הקצה"ח ס"ק א' הביא דברי התוס' גיטין (ד' ד') דבתחמו העדים למטה ואח"כ כתב השטר למעלה על חתימתן פסול דהא לא חתמו על השטר כלל והקשה מגט מקושר דהעדים חותמין על כל שורה קודם שנכתב סוף הגט וא"כ אין מעידין על סוף הגט וכן קשה להסוברין דכותב אני פב"פ לויתי מנה שאין כשר רק מחמת חתימתו שהזכיר שמו והרי הי' חתימתו קודם השטר ע"כ. והנה מה שהקשה מכת"י פשוט דלק"מ דודאי אין חילוק בעד המעיד בין כשמעיד בזה הלשון אני מעיד שזה חייב לזה או שאומר בהיפך וא"כ מאי נ"מ אם התחיל אני פב"פ לויתי או אני הח"מ לויתי וחותם אח"כ אבל חתימת העדים קודם כתיבת השטר הרי לא העידו כלל וזה פשוט אך גם בגט מקושר לק"מ כיון דכן היתה תקנת חכמים שיכתוב קודם הסוף הוי כהתחיל לומר אני מעיד דמה שנכתב אח"כ הי' ע"י ציווי הבעל ורק הקושיא שמא אח"כ חזר הבעל והסופר בעצמו כתבו זה קשה בלא"ה אף בלא דברי התוס' הנ"ל וע"כ כיון שהזמין הסופר והעדים לא חיישינן שמא חזר אח"כ ופשוט:

ב) יתרגמו להם הקוראין. הש"ך כ' דאף הרמב"ם מודה דאם מתרגמין להם מהני ולא כ' שיבינו הלשון רק אחר שיתרגמו להם וכן משמע בהג"א שכ' וז"ל והוא שיודעין הלשון שמבינים מה שקורין לפניהם דאל"כ מה מהני מה שקורין לפניהם עכ"ל וכונת הש"ך שהביא מהג"א דע"כ הא שכ' בתחילה שיודעין ע"כ דלאו דוקא שיודעין מעצמן דא"כ מה דייק וכ' דאל"כ מה מהני קורין הא יועיל אם יתרגמו להם אלא ע"כ מ"ש יודעין היינו אחר שיתרגמו להם ולולי דבריו נראה כי ודאי פשע הג"א לא משמע כן וכונתו הוא דהא נראה טעם הפוסקים דלא מהני מה שיתרגמו משום דמצינו בש"ס ראש ב"ד קורין לפניו והוא חותם ולמה צריך קריאה לפניו יאמר לפניו ענין השטר מה כתוב בו וע"כ דלא הקילו חכמים רק בקורא דהוא חשש רחוק שיוכל לקרות לפניו מה שאין כתוב בו לפי שודאי אם יקרא דבר שאין כתוב יגמגם בקריאה ויוכל לדקדק אחריו ויהי' נתפס בשקרן לכן לא חיישינן שיטעהו כאומר לפניו ענין השטר דיכול להטעותו וא"כ דברי הג"א יתפרשו בפשוט דדוקא שיודעין ומבינים מה שקורין לפניהם דאל"כ מה מהני קורין כיון דיכול לקרות לפניו תשרק לפעם בלי גמגום ויפרש לו כמו שירצה וא"כ לא הוי רק כהודיע לו ענין השטר דלא מהני כן נראה לפענ"ד כונת הג"א: ג) וכן נ"ל עיקר דשנים קורין מהני. הש"ך ס"ק ד' הביא דברי רי"ו שכ' וז"ל ורב אלפס פסק כרשב"ג וכ"כ הרמב"ם כי לא סמכינן על אחרים או על אחד שירא ממנו אלא כשיודע לקרותו ודייק הש"ך מזה דאף שנים קורין לא מהני ולא כהרמ"א והש"ך פירש מ"ש רי"ו כשיודע

לקרותו היינו שיקרא בעצמו ולכן הש"ך עצמו תמה על מ"ש רי"ו או על אחד שירא ממני דהא זה מהני לכ"ע עיי"ש במוסגר והנה חוץ מזה לשון שיודע לא משמע כן דהי' לו לומר אלא שיקרא בעצמו ולי נראה פשוט דדעת רי"ו הוא דיעה שלישית וסובר דשנים קורין מהני רק דסובר דלא מהני קורין רק כשיודע בעצמו לקרות דאז לא הוי עד מפי עד רק גילוי מילתא הוא וזה שכתב כשיודע לקרותו אז מהני קורין לפניו ושפיר כ' דאף במי שירא ממנו דמהני קריאה לפניו היינו ביודע בעצמו אז מירתת ממנו שלא יתפוס בשקרן וא"כ אדרבה דעת הרי"ו דשנים מהני:

ד) וקרעו להם נייר חלק. הנתה"מ ס"ק א' תמה למה השמיטו הפוסקים דברי הירושלמי שהביאו התוס' גיטין דפריך הא כתב ראשונה הוא פירוש דאין השטר יכול להתקיים בחותמיו ומשני כשהרחיב להם הקרעים ובודאי דאין לך יכול להזדייף יותר מזה דכל אחד יכול ליקח הקרעים לעשות מהם שטר ע"כ ותימה בעיני דמאי יכול להזדייף שייך כאן דכי יכולין לקיים ע"י קרעים אלו ובודאי אם ירצו לקיים צריך שיהי' להעדים סימן מובהק בגט ונראה דהנחה"מ פירש מאי דפריך והרי כתב ראשונה הוא היינו דיכול להזדייף ואנכי לא אדע דא"כ להמחבר וכל הפוסקים דפוסלין בשטר ורק בגט כשר והרי בגט לא מיגרע מה דיכול להזדייף וגם אין מקום לקושייתו דהירושלמי קאי לרבנן אבל למאי דקיי"ל כרשב"ג דרק בגט כשר אין כאן קושיא אכן כונת הירושלמי דאין השטר מוכת מתוכו וע"ז מתרץ כשהרחיב ולפי דקיי"ל כר"א דלא בעינן מוכת מתוכו לא בעינן הרחיב לכן השמיטו זה:

ה) אי מכונו אשטר. הש"ך ס"ק י"א מפרש דברי הש"ע כפשוטו דאף אם בשעה שחתמו לא ידעו מה כתוב בשטר וסמכו על המלוה מ"מ אי מכונו כשר והשיג על הסמ"ע והתומים הקשה מגיטין דבפ"א גבי האי שטרא פרסאה דמסרי' באפי סהדי ישראל כשר לב"ת וכן בפ"ב דחתמו בו ישראל גובה ממשעבדי פריך והא לא ידעו למיקרי ומאי פריך הרי אף דלא קראו וסמכו על המלוה כשר והנה מפ"ב אין קושיא כלל דשם לא איירי שהעדים לפנינו כמ"ש התומים ס"ק ת' וא"כ איך נדע אי מכונו אשטרא רק קושיית הש"ס דמסתמא ישראל אין יודעין כתב פרסי ומשני דידעו וה"ה אפשר כיון דחתמו אף מסתמא אמרינן דידעו ואך מפ"א לכאורה הוא קושיא אך נראה דבאמת צריך להבין דברי הש"ך מאי מהני מאי דמכונו אשטר הרי בשעה שחתמו לא ידעו ומאי דין שטר יש לו וכי נעשה שטר למפרע וכמ"ש הבעה"ת בשם גאון וכמו שהקשה הדרישה ועוד הרי שער שיוכל להזדייף פסול כ"ש כאן שהי' יכול לעשות תיכף שטר של מנה לאלף ואיך מהני חתימתו אך באמת זה לק"מ דהרי נכתב מדעת הלוה ונתחייב הלוה בכל הכתוב בו

כמו שנתבאר בסעיף ד' אך יש לחוש כיון דהעדים אין יודעין א"כ לא הוציאו קול ובזה מהני אי מכונו אשטר וא"כ מיושב קושיית התומים מפ"א דגיטין דבשלמא כאן דחתמו העדים עליו ויודעין מ"ש בו מהני להיות חיוב אבל שם בגיטין דלא חתמו כלל פריך הא לא ידעו למיקרי היינו דמנא ידעו דזה הוא השטר שנמסר לפניהם ואף דהי' יכול לתרץ דיש להם סימן מובהק בשטר אך יותר משני בדידעו ודו"ק: ו) והתחילו העדים באמצע שיטה פסול אם יתחמו זה אחר זה. הסמ"ע ס"ק כ"א כ' הטעם דיכול לכתוב שטר בזו השיטה שחתמו ויהי' שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת וקשה לי דאף אם יחתמו זה אחר זה למה כשר הא יכול לחתוך השיטה עם עד אחד ויכתוב בחצי שיטה שלפניו שטר ומסתמא אחר העד בשמאל יש ג"כ חלק דמעולם לא שמענו דאין יכולין להניח חלק אתר חתימתן בשמאל ואז יחתום עד אחר השני באותו שיטה וא"כ נוציא כל הממון ע"י עד השני. שוב מצאתי שהתומים ס"ק י"ב הקשה כעין קושיא זו ובתי' שלו מתורץ גם קושיא זו עיי"ש:

ז) דשמא הי' שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת והי' חלק מלמעלה וכתב עליו שטר זה. הש"ך ס"ק כ"א השיג על הסמ"ע שכ' דיש להעדים לדקדק שלא יניחו חלק למעלה מחתימתן בראש השטר וכ' הש"ך דבש"ס ופוסקים אמרינן סתמא שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת כשר אף דהניחו גליון מלמעלה וע"כ דלא חיישינן שמא יחתוך השטר ויכתוב על הגליון מלמעלה דאם יחחוך לא יניח שום גליון מהצד לחתימתן ויהי' ניכר הזיוף דהרי ודאי העדים מדקדקי שלא להניח חלק בין השטר לחתימתן ע"כ ותימה בעיני דכי אין יכול לזייף רק אם יחתוך עיקר השטר הנכתב בזו השיטה הרי יכול לזייף על הגליון למעלה כדומה שיכתוב עליו שלוה בהם פלוני כך וכך וביום פ' וכו' וישאר גם עיקר השטר וכה"ג למידין גם מחצי שיטה שלפני' ומה שהקשה הש"ך דסתמא אמרו שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת כשר משמע אף דהניח גליון לא אדע סרך קושיא דל"מ להסוברים דגליון מהצד אין השטר נפסל בכך כמ"ש הש"ך ס"ק י"ט כיון דעדיין יכול לחחכן א"כ ה"נ אם הניח גליון למעלה כשר מה"ט ולהסוברים שם דפסול השטר י"ל דזה דסתמו הוא משום דזה בכלל שאמרו שלא יניחו שני שיטות לפני חתימתן והרי גם הדין שאם השטר מסיים באמצע שיטה יכולין לחתום זה אחר זה אף שיטה אחת אסור להניח גם הרי לא קתני כלל דאסור להניח שיטה באמצע השטר דזה ודאי הוא בכלל וה"נ בכלל זה להניח גליון למעלה מחתימתן באופן דיוכל לזייף ודו"ק כי ברור הוא ופשוט:

ח) שטר שהיו עדיו מרובים ונמצא א' מהם קרוב א"פ תתקיים העדות בשאר. הבה"ג כ' דדוקא אם הראשונים נמצאו פסולין אז השטר כשר דאמרינן לשם מילוי חתמו אבל באחרונים בטלה כולה והרמב"ן תמה עליו דבגיטין (ד' י"ח) אמרינן אמר לעשרה כתבו גט לאשתי אמר ר' יוחנן שנים משים עדים והשאר משום תנאי ר"ל אמר כולם משום עדים מאי בינייהו א"ב שנמצא אחד מהם קא"פ לר"י כשר ולר"ל פסולין ואח"כ אמרינן שם אי חתים בתחילה קא"פ אמרי לה כשר תנאי הוא ואמרי לה פסול אתו לאחלופי בשטרות דעלמא ע"כ וא"כ אדרבה משמע דהאחרונים ודאי כשרים והראשונים יש פלוגתא דהא אמר מחתים בתחילה אמרי לה וכו' וע"כ מה דאמר א"ב נמצא קו"פ דלר"י כשר היינו שחתם בסוף אז כשר והש"ך ס"ק כ"ג האריך בזה, והנה אף שאיני כדאי לדבר במקום גדולים אשר אין דעתי משיג להבין פשטי דבריהם אכן תורה הוא לכן לא אמנע מלהציג אשר הורוני מדעי לגבי ואדברה כי לפענ"ד נראה שאין כאן קושיא כלל והוא שי הא ע"כ הבה"ג איירי שבא שטר לפנינו ותחום בו פסול ואין ידוע אם נצטרפו ביחד לשם עדות או לא וזה שכתב דהראשונים למילוי חתמו ותלינן שלא לשם עדות חתמו אבל אח"כ למה חתמו וע"כ לשם עדות והא דלא אמרינן שמא אמר לרבים כולכם חתומו ולא לשם עדות חתם תנן משום תנאי דאין דרך ולא שכיח שיצוה לחתום יותר מן העדים אך ודאי אם יבואו העדים ויאמרו דרק לתנאי חתמו כשר כיון דשוב אין ספק ופשוט וא"כ שם בגיטין דלא הי' שום ספק אי נצטרפו רק עתה הם באין לחתום ומהדין צריכין כולם לחתום רק הקרוב או פסול יחתום לקיים תנאי שהתנה הבעל ובודאי אם הדין שבאם ישבו יחד יצטרפו ויתבטל עדותן מסתמא נאמר להם שלא ישבו יחד אך אף אם ישבו יחד אם לא יכונו רק לשם תנאי לא יתבטל עדות כולם ובזה לא שייך חשש של הבה"ג דא לא לשם עדות למה חתמו דהא צריכין הם לחתום בע"כ כיון דאמר כולכם חתומו וא"כ בזה פשיט דאף באחרונים כשר ואין זה ענין כלל לדברי בה"ג ורק יש חשש להיפך דהוא יחתום באחרונה והוא כשר באמת ואח"כ כשיביא גט זה לפנינו ולא נדע שהי' משום תנאי של הבעל ונפסול אותו בחנם לזה יש תקנה שלא לסמוך על הגט רק יתנו לה כתב מב"ד שנתגרשה וכדומה וזה שכתב המרדכי בשם ראבי"ה הביאו הש"ך דהקרוב יכתוב בפירוש שהתם לשם תנאי והש"ך כ' דזה דוחק ואמת לפי הבנת הש"ך דכונת המרדכי דלענין הכשר הגט צריכין לכתוב בפירוש שפיר תמה דהוא דוחק ויותר הי' לו להקשות דאם כתב בפירוש לשם תנאי למה אמרו בש"ס אי חתם בתחילה אמרי לה פסול למה הוא פסול כיון דכתוב בפירוש דלשם תנאי הוא אכן כונת המרדכי דיכתוב עליו שהוא משום תנאי כדי שלא לפוסלו אח"כ בחנם לכן אם נרצה שיהי' הגט בידה

לראי' יכתוב בפירוש לשם תנאי חתם וה"ה אם ירצה יעשה תקון אחר כמ"ש אבל כשר הוא בכל ענין ולק"מ על הבה"ג ואח"כ הא דאמר בש"ם אי חתום בתחילה אמרי לה פסול בזה ודאי ע"כ נפרש כפירוש הג' של הש"ך דלא איירי אם חתם בשורות הראשונות או האחרונות וקאמר דאין ראוי שיחתום הקרוב קודם הכשרים ואם חתם אמרי לה שהוא פסול דמאן דחזי דהוא חותם עצמו קודם לכל העדים יסברו שהוא עד ואתו לאחלופי שיאמרו שטר כשר בקרובים ולא כמ"ש הש"ך דמ"מ צריך דוקא שהקרוב יחתום אח"כ בשורות הראשונות כמ"ש בה"ג ולפי מ"ש אף דחותם בשורות האחרונות כשר כיון דאנחנו מצווין אותו לחתום בשביל תנאי וכמ"ש והפליאה בעיני על בעלי תריסין שלא כתבו כמ"ש כי הוא ברור לדעתי ועיין בדברי הטור דתמהו עליו דכאן משמע דפוסק כבה"ג ובאה"ע סי' ק"כ כ' דלא יחתום בתחילה והמעיין יראה כמ"ש דשם פוסל בחתם קודם הכשרים וכאן בבא שטר לפנינו דאינו ענין לשם כלל פוסק כבה"ג וזה נכון וברור: והנה הנחה"מ מתרץ שיטת הבה"ג דהא דאמר שם לשם תנאי כשר היינו שחותם עצמו אחר הנתינה שכבר בא ליד האשה לפמ"ש באה"ע דאף אחר שבא ליד האשה ונשאת מהני שיחתמו עצמם לפי מה דקיי"ל דאינך משום תנאי. ולפי דבריו הא דאמר אי חתים בתחילה אמרי לה פסול וע"כ איירי קודם הנתינה דאח"כ ודאי כשר וא"כ אין מקום להכשיר ובדוחק יש לומר דמשום אמרי לה כשר נקט בתחילה והיינו דאם יחתום בשורות האחרונות לכ"ע פסול ורק בתחילה בשורה הראשונה אמרי לה כשר אף קודם הנתינה והדוחק מבואר אך יותר תימה בעיני דהנה הקשיתי בחי' לאה"ע דלמה לא קאמר הך איכא בינייהו בין ר"י לריש לקיש דלמ"ד משום עדים צריכין כולם לחתום קודם הנתינה ולמ"ד משום תנאי יכול לחתום אף אח"כ ורק בפשוט דה"ה דהי' יכול לומר הך א"ב ונקט חדא ואך להנחה"מ הדרא הקושיא לדוכתא דהרי אף להך איכא בינייהו דקאמר דנמצא קא"פ ולמ"ד משום תנאי ע"כ היינו דיחתום עצמו אחר הנתינה ולמ"ד משום עדים בלא"ה פסול כיון דחתם עצמו אחר נתינה אף אם אין ביניהם קרוב א"פ וא"כ כיון דצריכין לבוא לחילוק זה ואיירי בהכי למה נקט כלל נמצא קא"פ יותר הי' לו לומר א"ב דחתם אח"כ ודו"ק: ט) אע"פ. הש"ך ס"ק כ"ג הביא דברי הריב"ש שכ' דאינו נפסל רק בחתמו יחד אבל חתמו זה שלא בפני זה תולין שהפסול חתם עצמו אחר שכבר נכשר השטר וכ' הש"ך דאין סברא לחלק בזה ותמהו התומים ונתה"מ דהא דין זה הוא מוכרח דאם חתמו עצמן זה שלא בפני זה הא לא נצטרפו כלל ותי' הנחה"מ דבגט ושטר אין העדות נגמר עד מסירת הגט ובשעת מסירה כבר נצטרפו אף שחתמו זה שלא בפני זה (וחה"ל כי כונתי לדעתו הרמה בחידושי וכתבתי בזה לתרץ קושיית

הפ"י דהקשה לפי מ"ש הש"ך סי' ל"ו ס"ק ט"ז דאם הזמין שנים לעדות ולא בירר איזה שנים בנמצא א' קא"פ עדותן בטילה והקשה דא"כ באמר כולכם כשר נמצא קא"פ למ"ד משום תנאי וכ"ש בלא אמר כולכם כשר לכ"ע ונהי דלא נתכוין רק לשנים מ"מ הרי לא בירר עדיו ולפי הנ"ל י"ל דלא קאמר הש"ך רק בעדים התלוי בראי' דמ"מ כולן ראו ונצטרפו אבל בגט דעיקר העדות בשעת חתימה ומסירה א"כ אם לא יחתמו הפסולין הוי כאלו לא ראו וצ"ע בגיטין ד' ל"ב) ומ"מ קשה למה דחה דברי הריב"ש הא י"ל אולי לא חתמו רק אחר המסירה: י) אא"כ ב' האחרונים הם כשרים. עיין נתה"מ בענין מ"ש הש"ך דאף באמצעים פסול כ' הנתה"מ דמ"מ אם בא שטר לפנינו ואמצעים פסולין ודאי דכשר דאין סברא דלא יוכלו הכשרים לחתום למילוי וא"כ האחרונים חתמו לעדות והקרובים והראשונים מלאוהו ע"כ והנה בש"ס ופוסקים לא הזכירו רק יכול למלאות בקרובים והנה בזה י"ל דכשרים שלא ראו ההלואה ודאי אסורין לחתום ונקט קרובים שלא היו בהלואה ובפרט לפי מ"ש הש"ך דמקיימין השטר מכל תרי היכי דליכא ריעותא וא"כ בלא ראו איך יחתמו ואך לפ"ז אם הקרובים באמצע הוי כמו בסוף דע"כ הראשונים ראו הלואה והם עדים ורק לדעת הטור דאין מקיימין רק מעדים של מטה אפשר דאף בכשרים יכול למלאות וצ"ע:

יא) אם הכשרים זוכרין העדות יכולין להעיד בע"פ. הסמ"ע הקשה הא כבר נפסל העדות ותי' דהרא"ש לשיטתו דאין בטל העדות רק ברחי' והגדה וזה שחתמו עצמן לא חשיב הגדה לענן שלא יוכלו להגיד בע"פ והש"ך ס"ק כ"ד הקשה עליו דהא עדות שבשטר הוי כנתקרה עדותן בב"ד ושוב לא מהני הגדה אח"כ רק הרא"ש איירי בלא ראו כאחד ע"כ ועיינתי בתשו' הרא"ש ושם נראה כי הי' המעשה בצואה שהי' בה ב' עדים ואחד מהם הי' קרוב רק אחד שמע הצואה בחוץ ומ"מ פסק דאותו ששמע מבחוץ מצטרף עם עד החתום הכשר להעיד בע"פ והרי הי' ראי' כאחת ומ"מ לא נפסל בחתם עם הכשר ולפענ"ד נראה דאף דהגדה שבשטר הוי כנחקרה זה רק בשטר כשר אבל כאן דהשטר פסול לא הוי כנחקרה ממילא אין כאן הגדה דאין עליו דין שטר ושפיר כ' הסמ"ע. שוב מצאתי סברא זו בנתה"מ סי' נ"א ובזה נתיישב ג"כ מה שהקשה השע"מ דלמה פסלינן השטר בנמצא קרוב א"פ הא כיון דהלוה ציוהו לחתום הוי כנאמן עלי אבא והקרוב בעצמו יתכשר ולפי הנ"ל ניחא דעדות הקרוב דלא הי' רק בשטר וכיון דהשטר בעצמו אינו שטר לא העיד כלל ולא האמינו אך בלא"ה אין זה אפי' סרך קושיא דלא אמרינן נאמן עלי אבא מהני רק לענין לחייבו על פיו שיהי' לו נאמנים אבל דבר שצריך עדות לקיום

הדבר איך יתנה עמ"ש בתורה לעשותו עד דאין מהני כאן אף אי נדע דאומר אמת גם י"ל דאיך ידעינן שקיבל עליו אדרבה הרי ציוה למסור לו שטר פסול ולא קיבל שום חיוב:

יב) אבל אם מלאוהו למחר וליומא אחרא פסול התומים הקשה דהרי מדברי רבינו יונה מדייק כן דאם תאמר דלעולם יכול למלאותו א"כ איך משכחת שיפסול ימלאוהו עכשיו אבל המחבר דכ' בסעיף הקודם דאם בא לפני ב"ד שוב אינו יכול למלאותו א"כ אין כאן ראי' כלל וא"כ מנ"ל הך דינא דלמחר פסול ותי' התומים דדין זה מוכרת בלא ראי' דודאי אם פסול הוא שוב אם מלאוהו למחר הו"ל מוקדם ורק ר"י והרא"ש דסוברין עדיו בתחומיו זכין לו וכשהי' אצל העדים הי' כשר דאז לא שייך דהי' יכול לזייף ולכן כיון דאינו נפסל עד בואו ליד המלוה יכול להכשירו לכן הוצרך לראי' אבל הש"ע דלא סבר עדיו בתחומיו זכין לו דין זה פשוט דפסול ע"כ ולפענ"ד לא נהירא דאף למ"ד עדיו בחתומיו זכין היינו כשבא ליד הלוה זכין לו עדיו למפרע דהא בעינן דוקא מטי לידו אבל לא דתל השעבוד ביד העדים וא"כ בבא לידו בפיסול איך שייך דזוכה למפרע ועור אף בשטר הקנאה לא הוי כנחקרה עדותן עד שמסרוהו ליד המלוה כמ"ש הרי"ף ועיין נתה"מ סי' מ"ו ושטר שאינו ראוי למוסרו הוי מפ"כ ועוד הא הך דין דעדיו בחתומיו זכין לו הוא רק מתקנת חכמים שלא יהא מוקדם ואין זכין לו רק מסוף היום וא"כ בבא לידו ביום שנכתב לא זכו לו כלל וכדאמרינן כתב לזה ומסר לזה למי שמסר קנה ולפי דבריו אף ר"י לא הוצרך לראי' ואך הי' נראה כיון דזה הכל מדברי ר"י כמ"ש הש"ך ס"ק כ"ו דסעיף זה קאי על הי"א של סעיף הקודם דצריך מדעת הלוה וביום שנכתב ולדבריו ודאי אף אם מלאוהו אחר שבא לב"ד כשר והש"ע דכ' לעיל דדוקא קודם בואו לב"ד הוא סובר דלעולם כשר כיון דיכול למלאות ולדידי' ביאה לב"ד פוסלתו אך אמת דמלשון הרא"ש משמע דהסכים לר"י דדוקא מדעת הלוה ודוקא ביום שנכתב ומ"מ כתב דדוקא קודם שבא לב"ד אכן נראה דיש ליישב בפשוט דשפיר נשמע דביום דלמחר פסול דהרי צריך להבין למה יפסול בזה שבא לב"ד דנאמר דעי"כ שוב אין לו תקנה וכי ב"ד פוסלי שטרות אינהו וע"כ צ"ל דכ"ז שלא מלאוהו אין לו דין שטר ולכן בבא לב"ד פסלוהו דאל"כ לא יעמיד תקנת חז"ל אבל אם הי' לו דין שטר מאי מזיק אם בא לב"ד שטר שאין עליו שם פסול וא"כ ממילא נשמע דאם לא מלאוהו עד למחר פסול דהו"ל מוקדם:

יג) וכן אם הי' השטר ב' שיטין אלא שאין שיטה הראשונה מתחלת בראש הקלף חיישינן שמא סיימו השטר באמצע שיטה והניחו הנשאר חלק וגם שיטה שתחתי' ותהך וזייף בשיטה ומחצה וכו'. הסמ"ע והש"ך ס"ק כ"ט תמה ע"ז דאיך חיישינן שמא סיימו עדים שטר באמצע שיטה והניחו חצי שיטה חלק כיון דאסור להו לעשות כן ולכן דחה הש"ך

דין זה מהלכה ואני תמה על עצמי דאף דמה שכ' הרמ"א שמא סיימו השטר באמצע שיטה אין מובן כמ"ש הש"ך אכן דין זה הוא מוכרת מהש"ס דהרי מבואר בגמר' דשני גיטין ושני שטרות זה בצד זה את שהעדים נקראין עמו כשר והשני פסול וא"כ הגע עצמך הרי העדים מניחין שיטה אחת קודם חתימתן וא"כ העדים אשר הם חתומין תחת השטר הימיני ואין כשר רק הימיני ועל השמאלי לא חתמו כלל וא"כ אם יחתוך שטר הימיני ויזייף השיטה שהניחו ריוח יתכשר שטר השמאלי שלא חתמו עליו כלל ושוב נראה לפרש כן דברי הרמ"א אף שהוא דוחק קצת בלשון מ"מ יש לפרש כונתו דהא אין איסור להניח גליון מהשמאל להשטר אם רק שורות השטר שוין וא"כ יכול לחתוך כל השטר ויזייף חצי שיטה על הגליון והשיטה שהניחו דמסתמא העדים הם בראש השיטה השלימה ומ"ש סיימו באמצע השיטה אין הכונה שהניחו חצי שיטה מהשיטות שלפני' רק כל השטר הוא רק מחצי רוחב הנייר וסיים באמצע הנייר ואין לפרש כלל דתחילת חתימת העדים מתחלת נגד חצי השיטה דא"כ בלח"ה פסול דהניחו חצי שיטה לפני חתימתן ויכול לזייף רק הם תחילתן תחת ראש שיטה השלימה וא"כ ודאי יש לחוש שמא חתך כל השטר ואותה חצי שיטה הוא מהגליון השמאלי ודין זה הוא ברור ואמת אין בו פקפוק:

יד) שטר הבא הוא ועדיו על המחק כשר. קשה לי לפי דברי הש"ך סוף הסי' דחוושש שמא זייף עד אחד א"כ איך כשר שטר ועדיו על המחק שמא הי' השטר על הנייר ועדיו על המחק והי' כתוב בין עד לעד אנחנו עדים חתמנו על המחק והשטר על הנייר ותתך עד השני עם השיטה של אנחנו סהדי וזייף שטר אחר שמחקו כולו וחתם עליו עד אחד קודם עד הראשון וא"כ כל השטר הוא ע"י עד החתום בתחילה והעד השני לא הי' על שטר זה וצ"ע:

טו) ואם יש בין חתימת העד לשני ריוח כשיעור כתיבת אנחנא סהדי חתמנו על המחק והשטר על הנייר פסול. הש"ך ס"ק ל"ב הקשה לשיטת הריב"ם דמחק ב' פעמים אף בלא נכתב עליו ניכר א"כ אין לחוש שמא הי' כתוב שם דהי' ניכר דנמחק ב' פעמים והתומים הקשה ביותר דאף להשיטה דאינו ניכר רק בנכתב עליו הרי יכולין הב"ד לכתוב עליו ולדידי לק"מ ויפה כ' התומים דיש לחוש שמא כתיבה זו אנחנא סהדי וכו' הי' על נייר וא"כ גם זה לא נמחק רק פעם אחת ומה שדחה התומים דבר זה דאיך יכולין העדים לכתוב אנחנא סהדי וכו' על הנייר והרי יכול למחוק השטר וימחוק גם אנחנא סהדי וימלאוהו שם בקרובים ויזייף שטר והתוס' לא כתבו כן דיכול לכתוב אנחנא סהדי על הנייר רק לשיטת ר"ת דקרובים באמצע פסול ע"כ ולדעתי ודאי זה דוחק לומר דכתבו

כן לשיטת ר"ת אך נראה דשטר ועדיו על המחק ודאי פסול אם מלאוהו בקרובים מה"ט דחיישינן שמא מתק אנחנו סהדי שהי' כתוב שם ומלאו בקרובים ועיין לקמן ס"ק י"ת: טו) ריוח כשיעור כתיבת אנחנא סהדי וכו' פסול. התומים העלה דבר חדש דהא דאחרינן הכא דביש ריוח פסול היינו כשהעדים חתומים זה תחת זה אבל כשהם מתומים זה אחר זה וביניהם ריוח אין לחוש דודאי העדים לא עשו כן דיחתמו על המחק והשטר על הנייר ובאמצע יכתבו בין עד לעד אנחנא סהדי דהרי יכול לחתוך השטר לשנים בארכו וימחוק השני שטרות ויזייף שני שטרות לפי מה דקיי"ל שני עדים בשני שטרות מצטרפין ואנכי לא אבין דא"כ לעולם למה לא ניחוש שמא יש תחת ידו עוד שטר על הנייר ועדיו על מתק והי' כתוב בין עד לעד אנחנא סהדי ויחתוך מה שלמטה ויזייף למעלה ויהי' לו שני שטרות בכל שטר ע"א והרי התומים בעצמו כ' בסמוך דלשיטת הרמב"ן יש לחוש שמא הי' לו שטר כת"י הלוה שאינו מדקדק אם נמחק שני פעמים אף דשם ג"כ אין לו שטר השני וע"כ דחיישינן שמא יש לו עוד כת"י וכדומה וע"כ צ"ל דשני שטרות דכל שטר ועד הוא על המחק אין מצטרפין א"כ אף באם יכתוב באמצע והעדים זה אחר זה אין שום חשש ואף דמביא שהתוס' כתבו לכאורה כן המעיין שם יראה דכל הענין מגומגם ואין ללמוד מדברי התוס' אלו שאין להם מובן ולכן לא הבאתי דבריהם. שוב מצאתי בס' מקצוע בתורה ס"ס מ"ד כ' כדברי דשני שטרות על מחק אינן מצטרפין ומפרש שם דברי התוס' באופן אתר ולא עיינתי בטוב איך מפרש דבריהם ונראה להביא ראי' לדברי מדברי התוס' שהקשו לשיטת הרשב"ם דאף בלא כתוב עליו ניכר אם מחק ב' פעמים למה לו לכתוב אנחנו סהדי יניח אותו המקום פנוי ע"כ ועיין לקמן ס"ק שאח"ז דע"כ אין העדים מצמצמין ואם יניח שיטה לפנוי ע"כ יניח עוד שיטה משום דאין יכול לצמצם ועוד דע"כ כונת התוס' דיניח ב' שיטין דאם לא יניח רק שיטה פנוי ועי"ז כשר שטר על הנייר ועדיו על המחק א"כ איך נפסול שטר ועדיו על המחק אם בין עד לעד פנויה שיטה שמא הניח עד השני ריוח משום דאינו מצמצם וע"כ כונת התוס' דיניח ב' שיטין וא"כ יכול לעשות שני שטרות על מחק וע"כ דשני שטרות אין מצטרפין על המחק ויש עוד לדבר לזה אך מ"מ במה שכתבתי יש ליישב קושיית התוס' על רשב"ם דיותר טוב לכתוב אנחנו סהדי דאם לא נכתוב רק נניח פנוי וא"כ בשטר ועדיו על המחק אם יהי' פנוי שיטה ג"כ יש לפוסלו דשמא הניח שהי' השטר על הנייר ושמא נפסולו בחנם דאין העד מצמצם ולהכשירו ג"כ אי אפשר דשמא צמצם עצמו ולא הניח רק שיעור לכתוב אנחנו סהדי ויען כי יש להאריך בזה ולא נפניתי קצרתי:

יז) כשיעור כתיבת אנחנא וכו' פסול. התומים תמה דהתוס' סתרו עצמן תוך כ"ד דבתחילה כתבו דשיעור כתיבת אנחנו סהדי מחזיק ב' שיטין ואח"כ כתבו דיש לחוש שמא הי' בין עד לעד ולי נראה פשוט דודאי בל"ז דוחק לומר דכתיבת אנחנו סהדי מחזיק ב' שיטין רק כונת התוס' הוא דכמו בין עדים לשטר אי אפשר לצמצם שיחתום העד סמוך לכתב ה"נ עד השני אין יכול לצמצם ולכתוב סמוך לכתיבת אנחנו סהדי וממילא יהי' ב' שיטין אבל כשחתמו זה אחר זה פשוט דסגי אף בחצי שיטה:

יח) והוא שיכתוב כן בין עד לעד. עיין ש"ך ס"ק ל"ג דלכן לא מהני שיכתבו כן לפני חתימתן דחיישינן שמא ימחקנו וישאר השיטה הזאת פנוי ולא יהי' ניכר ע"ש עיין מ"ש בס"ק ט"ו קושיית התומים וכתבתי לתרץ אכן כאן יש להקשות קושיא זו דהרי יכולין הב"ד לכתוב עליו וגם על קושיית התוס' שהבאתי בס"ק ט"ז קשה קושיא זו וצריך לבוא לתי' התומים עיי"ש ס"ק כ' אך בעצמו כ' דדוחק הוא:

סימן מו

א) או כתבתי ללות ולא לויתי היינו שטוען ממני נפל. עיין סמ"ע התומים הקשה הא באה"ע סי' קנ"ב פסק הש"ע הוציאה גט וטוען הבעל ממני נפל אף דאינו מקוים והבעל הי' יכול לטעון מזויף מ"מ אינו נאמן בטענת נפילה ומחלק הה"מ בין איסור לממון והתומים תמה דאין איסור קל מממון וכ' הנחה"מ דבממון יש להלוה חזקת ממון אבל בגט האשה היא מוחזקת ולא מהני מיגו נגד חזקה כל מה שיש ביד האדם הוא שלו והגהות א"ב כ' דמבואר ברמב"ן דגם בשטר יש חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ועיין לקמן סי' מ"ז כתבתי דלא קאמר הרמב"ן רק בשטר מקוים עיי"ש ולפ"ז י"ל דזה ג"כ כונת הה"מ עפמ"ש בחידושי אה"ע סי' קנ"ג גבי האשה האומרת גרשתני דנגד עצמה ע"כ צ"ל דנאמנת מטעם שלא תקלקל עצמה וכל אדם נאמן באיסור רק לענין שתוציא עצמה מבעלה אינה נאמנת רק במקום דיש חזקה שאינה מעיזה ולכן גם כאן כיון דכ"ז שאינו טוען הבעל מזויף נאמנת וא"צ קיום ובטענת נפילה נאמנת מכת חזקה שכל מה שיש ביד האדם הוא שלו אבל בממון יש חזקת ממון נגד חזקת השטר ודו"ק כי קצרתי ובזה מיושב ג"כ קושיית הקצה"ח שהקשה דאם יש חילוק בין איסור לממון א"כ היכי דייק בריש כל הגט הא גדולה מצי מגרש ש"מ שני יוב"ש מוציאין שט"ח על אחרים ולא אמרינן שמא מיוב"ש השני נפל ולפמ"ש ניחא דודאי לענין יוב"ש השני אף אם יהי' לפנינו וטוען ממני נפל לא הי' נאמן נגד המציאו כמו בכל מטלטלין דחזקה שהוא שלו ואין המערער נאמן להוציא ורק נגד הלוה אם טוען לא נתחייבתי לך הנה כבר כ' הש"ך לקמן סי' צ' דכל היכי דחייב תשלום אחד שוב אין לו חזקת ממון ואך כאן בלא"ה כיון

דהמוחזק בשטר נאמן נגד המערער שוב אין הלוה יכול לטעון נגדו וא"כ דמי ממש לגט דאין שם חזקת ממון ודו"ק. ומה שהקשה עוד מסי' נ' דשטר שכתוב בו לכל מי שמוציאו נאמן הלוה לומר מאחר נפל במיגו דפרעתי לפמ"ש גם זה לק"מ דהרי הלוה טוען איני חייב לך ויש לו מיגו ומה לו למלוה דחייב לאחר רק נגד שטר דהוי המוציא מוחזק אינו נאמן אבל שטר שנאמן עליו פרעתי אין להמוציא שום חזקה נגד חזקת הממון כמ"ש בסי' מ"ז שרמזתי לעיל דרק שטר דהוא מקוים יש להמוציא חזקה ומ"ש הנתה"מ שם דאינו נאמן לומר ממני נפל לא ידעתי מה חילוק בין כאן לשם ובודאי היכי דיש לו מיגו נאמן לומר ממני נפל:

ב) אבל אם יש בו נאמנות לא. התומים הקשה לשיטה זו בפ"ב דכתובות דקאמר האומר שטר אמנה אינו נאמן פריך אי דקאמר לוה פשיטא כל כמיני', לוקי דאינו מקוים ויש בו נאמנות ולמה הוצרך לאוקמי כרב דס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו עיי"ש ועיין ר"ן הקשה למה פריך סתם פשיטא כל כמיני' ולמה לא אמר אי דכת"י יוצא וכו' ותירץ דידע דרב אית לי' אף באינו מקוים אינו נאמן וזה הוא מימרא דרב לכן פריך פשיטא וא"כ גם קושית התומים לק"מ דידע דאף באין בו נאמנות אינו נאמן:

ג) ואתא פלוני ופלוני ואסהידו. עיין ש"ך ס"ק ג' דדיעבד בלא כתבו רק נתקיים שטר זה די והוא מלקמן סעיף ח' ותימה בעיני דהא יכול לחתוך השטר ולייף בהשיטה שבין השטר להעדים שטר ועדים בשיטה אתת ובשטר הבא לפנינו אין מקיימין אותו אלא מעדים שבשיטה ראשונה כמבואר בסי' מ"ד אבל עכשיו כשיש כבר קיום יסברו שנתקיים כתקונו וב"ד יבואו לגבות בשטר מזויף וכן יכול להוסיף בכל שטר בשיטה האחרונה חצי שיטה ועדים ובזה ג"כ הדין אם יכולין לקיים העדים שבשיטה זו למידין משיטה אחרונה ויסמכו על הקיום וצע"ג אך אם נאמר דבאחת רם יבוא לפנינו קיום כזה לא נסמוך על שיטרי אחרים ויצטרך אח"כ לחקור באיזה דרך נתקיים (חסר) לבאר זה: ד) אין מקיימין שטרות בלילה. הסמ"ע כ' דאם באו הלוה והמלוה מקיימין בלילה והשיג עליו התומים דאיך מהני ריצוי דידהו נגד הלקיחות ולפענ"ד לק"מ וכבר הוכחתי לעיל סי' מ"א ס"ק ב' לענין עדים שנמחק שטרו דכ' הש"ך דצריך בפני בע"ד ואף דיש ריעותא להלקוחות בעיקר השטר אנו דנין שהוא נגד הלוה וכן בכל דין שיש בין הלוה ומלוה אין לנו בהלקוחות ועיין ס"ק ט' בש"ך בשם ר"א דבפני נכתב אף דכל החשש שמא יבוא הבעל מ"מ עכשיו אין הבעל לפנינו ותימה על הנתה"מ שהעתיק לדינא דברי התומים שוב ראיתי שבס' מקצוע בתורה השיג ג"כ על התומים:

קיום שטרות דרבנן. עיין ש"ך בשם הר' אביגדור דאף אם העדים אומרין לא חתמנו א"צ מדאורייתא קיום והתומים תמה דמ"ש מאם באו העדים ואומרים שזה חילל שבת מי לא מהימני אף דיש לו חזקת כשרות וה"נ מאי מהני חזקה דלא חצוף לזייף והנתה"מ מתרץ דעדים האומרים אין זה כת"י כ"א אינו מעיד רק על חתימתו והוי עדות מיוחדת דלא הוי עדות רק מדרבנן כמ"ש התומים סי' למ"ד ע"כ. והנה התומים רק צידד שם וכ' אולי עדות מיוחדת אינו מדאורייתא וכבר כתבתי שם דאישתמט לי' גמרא ערוכה בסנהדרין ובלא"ה אין על זה שם עדות מיוחדת וכ"א העיד על השטר שהוא מכירו כעת שמזיוף הוא וכונת הר"א בעיקר הדבר עיין ס' או"ז והוא הגדול שהשיב להר' אביגדור ותורת אמת היתה בפי הש"ך שאין זה מתשו' מהרי"ק עיי"ש דעיקר סמיכתו מפני שכבר נתחזק השטר מקודם בב"ד וכאלו הי' ברור שזה כת"י ומ"מ העיקר דאין זה עדיף משטרא ריעי שהעידו שרצה לזייף כ"ש כאן שמעידין שזייף:

ו) מקיימין השטר אפי' שלא בפני בע"ד. התומים הביא דהרשב"א כ' הטעם משום דלאו על מנה שבשטר הם מעידין ועדים החתומים בשטר כנחקרה עדותן בב"ד והקשה התומים למה הרכיב שני טעמים עיי"ש מה שתי' ואין מחוור אכן נראה פשוט דהטעם כמי שנחקרה וכו' ודאי לא מהני דנהי דמדאורייתא הוי כנחקרה מ"מ מדרבנן בעי קיום ומאי נ"מ אם העדות מדאורייתא או מדרבנן וגם הטעם דלאו אמנה שבשטר מעידין אינו מספיק דהרי מ"מ ע"י עדותן יגבה המנה אכן בצירוף שני הטעמים יבוא על נכון דהרי מדאורייתא הוא ככבר העידו ונחקרה בב"ד, בעת שחתמו מה תאמר מ"מ מדרבנן צריך קיום הא אחר שיקיימו איגלאי מילתא דכבר העידו ואין באין עכשיו לחייבו וא"כ לאו אמנה שבשטר מעידין השתא דאחר שנתברר שחתמו כבר נחקרה בעת שחתמו ולא עכשיו שיצטרך בפני בע"ד. ועיין בש"ך ס"ק י' דבחתימת יד הלוה מדאורייתא צריך קיום לכן אין מקיימין שלא בפניו. והנה יש חולקין על הש"ך עיין קצה"ח וסוברין דאף כת"י א"צ קיום מדאורייתא ומ"מ לפי מה שהסברתי דברי הרשב"א הי' נראה דבכת"י אף אם הקיום הוא רק מדרבנן מ"מ כיון דהעדים הבאין לחייבו לא העידו עדיין צריכין דוקא להעיד בפניו. והנה הקצה"ח השיג על הש"ך דעיקר הטעם משום דלא חציף לזייף וזה שייך אף בכת"י והנה הנו"ב ת' אע"ה סי' פ"ה כ' דיותר חציפות לזייף שטר בעדים מלזייף כת"י ואין חלוקו מוכרח אך מה יעשה הקצה"ח בדברי הש"ס ריש גיטין דקאמר מדאורייתא לא בעי קיום דעדים החתומים כנחקרה עדותן בב"ד משמע דמהאי טעמא דהוי כנחקרה א"צ קיום אכן בחידושי למס' גיטין כתבתי ליישב מה שעמד הפ"י דאין מובן לדברי הש"ס דמאי ענין נחקרה עדותן להא דלא נבעי קיום דלא שייך נחקרה

רק לענין זה דאין יכולין לחזור גם לענין דלא יהי' מפ"כ עיין סי' כ"ת אבל למה לא נבעי קיום לידע אם החתימה אמת ופרשתי דאין הש"ס מביא הטעם כנר"ל רק לראי' וכבר נודע מ"ש הרי"ף עיין נתה"מ סי' מ"ו הביאו דעדים כ"ז שלא חסרו השטר למלוה לא הוי כנחקרה כיון דבידם לחזור חתימת ידם עוד לא הוחזק עיי"ש ולפ"ז אם נימא דעדיין בעי קיים וכ"ז שלא נתקיים לא מהני עדותן א"כ למה הוי כנחקרה ויוכלו עדיין לחזור ומדאמר ר"ל דעדים החתומים כנחקרה ע"כ דלא בעי קיום ולפ"ז יש לומר כמ"ש הקצה"ח דעיקר הטעם משום דלא חציף לזייף:

ז) באחד מה' דרכים מתקיים השטר וכו' שיבואו העדים החתומים בו. עיין ש"ך ס"ק י"ב הביא הירושלמי הם אומרים כת"י הוא ואחרים אומרים אין זה כת"י הא תרי ותרי ועיין תומים שהאריך לפרש דברי הירושלמי בדוחק גדול ועיי"ש גירסת הירושלמי ואחרים אומרים אין זה כת"י נעשה כשטר שקרא עליו עירעור ר' אסי אמר כשטר שקרא עליו והוחזק בב"ד ור' לעזר אמר כשלא נתקיים בב"ד א"ר מ"ט דר"ל כיון שהוחזק בב"ד להיות חתואים בשטר כנחקרה עדותן בב"ד ע"כ ועיין מה שפי' בדוחק ובס' שע"מ כ' דוחק אחר וכתב דמ"ש בירושלמי מ"ט דר' לעזר צ"ל מ"ט דר' אסי והי' כתוב בר"ת מ"ט דר"א וסבר הסובר דהוא ר"ת של ר' אליעזר ובאמת הוא ר"ת ד' אסי ואני ראיתי הגירסא בש"מ ובמקום שגרס התומים כשטר בכ"ף כ' שם בשטר בבי"ת וז"ל אמר ר' מינה נעשה בשטר שקרא עליו וכו' אמר ר' אסי ובלבד שטר שקרא עליו עירעור ונתקיים ר' לעזר אמר אף בשלא נתקיים והנה לפענ"ד פשוט דמאי דאמרינן בירושלמי אמר ר' אסי הוא ענין בפני עצמו דהרי גם בש"ס דילן אמר ר' אסי אין מקיימין השטר אלא משטר שקרא עליו עירעור והוחזק בב"ד ור' לעזר אמר דא"צ קיום וקאמר ר' לא הטעם דעדים החתומים כמי שנחקרה וזה ברור לכל מעיין (ומ"ש השע"מ דנתחלף ר' אליעזר בר' אסי אינו נכון דשם אינו ר' אליעזר באל"ף רק ר' לעזר בלמ"ד) וא"כ אין דברי הירושלמי כלל ענין להיכי דיש הכחשת העדים ותחילת דברי הירושלמי שהביא בשם ר' מינה נראה לפרש כונה אחרת דהנה התומים הקשה על מ"ש הש"ך בשם רי"ו דיש ספק אם צריך קיום אחר או לא והקשה התומים מאי מהני קיום אחר הא תרי כמאה והנתה"מ מתרץ דדבר הניכר לכל העולם לא אמרינן תרי כמאה ובהגהות א"ב תמה דכי אם יש הרבה עדים יהי' זה ניכר לכל העולם אכן לי נראה דנביא חתימת ידם היוצא ממ"א ונדמה חתימה לחתימה וזה שוב ניכר לכל העולם וזה יש לפרש בירושלמי דאם אחרים אומרים אין זה כת"י נעשה בשטר וכו' ר"ל אנחנו נעשה הקיום ע"י שטר ונדמה לחתימה ודו"ק ובזה יבואו דברי הירושלמי בפשוט:

ח) שיבואו העדים החתומים בו ויאמר כ"א זה כת"י עיין ש"ך ס"ק י"ב הנ"ל דעוד כ' הירושלמי הם אומרים אין זה כת"י ואחרים אומרים כת"י הוא לא מעלין עדי השטר ולא מורידין אמר ר"י מתני' אמרה כן העדים שאמרו אנוסים היינו אם יש עדים שהוא כת"י אינם נאמנים ונבוכו רבים בפירושו דמאי ראי' מהך משנה דשם הם בעצמן אומרים שהוא כת"י והוי חוזר ומגיד ונראה קצת לפרש דהנה התומים כ' למה אינם נאמנים משום דהוי חוזר ומגיד וכן הנחה"מ ולכאורה הרי הם אומרים שאין זה כת"י וא"כ לא הגידו כלל ונראה די"ל ע"פ מ"ש לעיל סי' ל"ד דאם העדים חוזרין ומגידין אין דבר זה בגדר עדות וא אם משקרין בזה. לא נפסלין וכ"כ הרמב"ן ולכן כאן אם נאמר דחוזרין ומגידין ואין נפסלין ואין זה בשם עדות א"כ אין להאמין להם ואף דלכאורה י"ל גם בהיפך דאם נאמינם שוב הוי עדות בזה י"ל כיון דיש סברא לכאן ולכאן והרי קודם שהעידו הוחזקנו עדותן דמדאורייתא א"צ קיום שוב אמרינן דאומרים שקר בעלמא והוא חזרה ואין זה עדות שנאמין להם ודו"ק והנה במשנה כבר תמה השע"מ דעדים שאומרים אנוסים למה בכת"י יוצא ממ"א אין נאמנים הא אם באו עדים ואומרים ממנו שאל לזייף שטר כזה שוב אין מקיימין השטר ממ"א עד שיבואו עדים החתומים בעצמם ויאמרו שזה כת"י וא"כ כשאומרים ממ"א אנס אותם לעשות בתומים יראה שהוא הרגיש בזה וזה הי' קושייתו וע"ז לא תי' הנתה"מ כלום ועוד כ' שם התומים בפירוש וז"ל כיון דאחרים יעידו על העד והדיין אין נ"מ במה שהם קרובים לפי' הריטב"א דכשאחרים מעידין על חתימתו יכול הוא להעיד על כת"י השני ולא שייך נפיק רוב ממון על פיו כ"ש שקרוב שלו יכול להעיד וזה כמ"ש ונראה לתרץ בטוב דלק"מ דלפי מ"ש הש"ך ס"ק מ"ו דגבי עד ודיין לא מיגרע מידי מה שאין כאן קיום שלם על עד השני רק עיקר החסרון דמאי דקמסהיד האי לא מסהיד האי העד מעיד על מנה שבשטר והדיין מעיד על חתימתו ואין בדין שיצטרפו וזה הוא שיטת מהר"ם הנ"ל הקשה ע"ז התומים בשם בני שמואל דא"כ למה אמרינן דאם יש עוד אמד עם הדיין שמעיד על חתימת עד השני מצטרף עם עד החתום וה"א מ"מ מאי דמסהיד עד החתום לא מסהיד הדיין ואי דעכשיו יש קיום שלם על עד השני הא לא מירע מידי אף דאין קיום שלם ומ"מ בעינן דלהוי כולה סהדותא חד ועיין תומים מה שדחק בזה ולפענ"ד לק"מ דודאי אם יש קיום שלם לא שייך כלל להקשות מה דקמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא דכי בעדות הדיין אנו מוציאין ממון והרי עיקר השטר המה עדים החתומים בו וכיון דע"י עד ודיין נתקיים עד השני הרי יש שני עדים על מנה שבשטר וזה מבואר בדברי הר"ן שהביא הש"ך ס"ק מ"ו דגבי אם יש עוד אחד עם הדיין שיעיד על חתימת השני כ' דהרי יש לנו ע"י עד שבשטר מחצית

הקיום וע"י הדיין ואתר עמו מחצית הקיום האחר והיכי ששני עדים מעידים על העד ועל הדיין כ' דכולה סהדותא חד הוא ופי' הש"ך דבסיפא לא הי' יכול לומר דיש קיום שלם דהא חסר עדיין מקצת קיום מעד השני לכן כ' דכולה סהדותא חד ואכתי קשה דלמה לא אמר ברישא דכולה סהדותא חד הוא דהא עיקר דברי הר"ן סובבים על פרכת רבא דפריך מאי דמסהיד סהדא וכו' וע"כ כאן אף דלאו סהדותא חד הוא הרי יש ע"י העד מחצית הקיום וע"י הדיין ואחר מחצית השני ובקיום שלם לא בעינן סהדותא חד אבל באם אין כאן קיום שלם רק משום דבקיום הקילו והוא מטעם דלא חיישינן שמא זייף עדים ודיינים וכיון דלא חשבינן העד שאינו לפנינו כאלו העיד ורק חתימת הדיין שפיר פריך מאי דמסהיד סהדא וכו' דאינו בדין שיצטרפו ודו"ק כי הוא ברור בלי פקפוק. ולפ"ז מיושב מה שהקשינו על מהר"ם דאמר דאין הדיינים יכולים להיות קרובים כיון דלפעמים יצטרפו ע"י שיעידו עדים על חתימת עד ודיין והקשינו הרי הדיין עצמו לא יעיד ועדי השטר שהם עיקר אינן קרובים כמ"ש לק"מ דהרי באופן הזה אין כאן קיום שלם דנאמר דנחשוב כאלו עדי השטר מעידין וע"כ צריך לצרף העד והדיין שאין מזייף עדים ודיינים א"כ ודאי דהממון יוצא ע"י קרובים ודו"ק כי הוא נכון מאוד וברור: מ"ש הש"ך ס"ק ל"ט דברא"ש אי אפשר לפרש דנקט דיין ואחר לרבותא דהא כ' כן בדברי שמואל דמצטרפין ע"כ ולא אבין למה הוצרך לזה והרי הרא"ש כ' בפירוש דעל חתימת הדיין צריך שיעיד אתר עמו:

יד) קטן יכול להעיד וכו' להצטרף עם אתר כשר. השע"מ כ' דדוקא לענין אם טוען הלוה מזויף צריך אחר כשר אבל אם טוען פרעתי סגי אף אם שניהם אינם כשרים לפי מ"ש הרא"ש דלא אמרינן מיגו נגד עדים פסולין ע"כ ולי צ"ע בזה דבלא"ה הרי הקשו בטוען פרעתי לסגי ע"א על הקיום ויהי' מחויב שבועה ואיל"מ ועיקר תרוצם דלא הוי קיום בע"א וה"נ בפסולין לא הוי קיום ויותר יש עיון דגם באלמנה נשאתיך במקום דיש מיגו דפרעתי משמע דבעינן שני עדי הנומא ואחד מהם דוקא גדול וצ"ע:

טו) צריך שלא יהיו עדי הקיום קרובים לדייני קיום ויש מכשירין. הש"ך כ' דטעם המכשירין משום דכל טעם עדים שאין יכולין להיות קרובים לדיינים משום שלא יקבלו עליהם הזמה וכאן בלא"ה אין הזמה בעדי קיום והש"ך דתה הטעם דהזמה לכן דחה גם היש מכשירין וקשה לי נהי דטעם זה נדחה הא לקמן ס"ק נ"ג גבי דיינים שדנין על המלוה שצריך שלא יהיו קרובים לעדי השטר כ' הש"ך דברי הריטב"א והסכים עמו דטעם הפסול עדים הקרובים לדיינים משום דשני אמין כחד דמי והוי עד נעשה דיין

וא"כ קשה בקיום דעד נעשה דיין למה לא נכשיר שיהיו קרובים לדיינים וצע"ג: טז) אם באו עדים והעידו וכו' אלא כל אחד קיבל עדות בפ"ע פסול.
התומים ס"ק כ"ז האריך בישוב דברי הרא"ש ותמה שם על הרמב"ן דלמה פוסל כיון דהי' בשעת קבלת העדות העדים עצמן עם הדיין א"כ היו שלשה ודחק דקיבל כל עד בפ"ע ולפענ"ד לק"מ וכבר כתבתי סי' כ"ח בשם השע"מ דכל דלא קיבל העדות בתורת ב"ד אין עליו שם דיין וה"נ ודאי העדים לא הי' דעתם להצטרף לב"ד:
יז) צריך לכתוב במותב תלתא הוינא וחד ליתוהי. הסמ"ע ס"ק ס"ו הביא דברי הרא"ש דחיישינן שיאמר הרואה דסגי לקיים שטר בשנים וקשה דהא באמת אם לא כתב כן הקיום פסול דחיישינן שמא לא הי' רק שנים א"כ למה לי טעם הרואה תיפוק משום דיפסול בחנם ולא יהי' קיום ויפסיד בחנם את הקיום והנה כבר הקשה הב"ח כן על הב"י דכ' הטעם משום הרואה אכן באמת על הב"י לא קשה דאם אין כאן רק הפסד הקיום בחנם דבאמת תלתא הוי וא"כ לפי מ"ש הטור דאם לא כ' וחד ליתוהי כשר א"כ למה צריך לכתוב לכתחילה לדידי' כיון דלא יפסיד אבל הרא"ש דכ' לפרש כל האוקימתא משום הרואה ודאי קשה וצ"ל דהרא"ש למד כן מדברי ר' זירא דאמר צריך לכתוב וכו' ולמה לא אמר בקיצור דקיום שאין חתומים בו רק שנים פסול וע"כ אתא לאשמעינן דאף אם הדיינים אין חוששין לזה שיפסול הקיום והיינו שידעו שגביית השטר ג"כ יהי' על ידם והם ידעו שג' היו וכדומה מטעם אחר שיש להם שאין חוששין מ"מ יכתבו בפירוש וע"כ משום הרואה ולפ"ז יראה דנ"מ ג"כ לדינא דאם הי' הקיום בפני מומחה אי הטעם משום דהרואה יאמר דסגי בשנים כ"ש בהי' לפני מומחה יוכל הרואה לטעות דסגי בשנים ודו"ק ולפ"ז יש לי תימה רבה על הטור והב"י דרש"י פירש גבי ואמר לנא רבנא אשי דהוא ודאי לא טעה לומר דסגי בשנים וע"כ דרש"י לא חשש לחשש הרואין דיאמרו דסגי בשנים ומאן דחשש לחשש רואין ע"כ יפרש כהרמב"ם דאמר לנו ר"ל דזה הוא משמעות שהיו שלשה וא"כ הטור דחשש לחשש הרואין ואח"כ כ' כפירוש רש"י דהי' לפני מומחה ודברי הב"י קשין יותר דפירש אף לרש"י הוא משום חשש שמא יבואו לקיים שטרות בשנים והרי בדברי רש"י גבי רבנא אשי מבואר ההיפך וצע"ג בעיני:
יח) ונמצא אחד מהם קא"פ י"א דכשר דתלינן. הש"ך ס"ק ע"ו כ' דאינו כשר רק באופן דכשר בעדים והקצה"ח והנתה"מ חולקין ע"ז וכתבו דל"מ להסוברים דבדיינים לא שייך ביטול ע"י קא"פ דאין חשש רק אף להסוברים דגם בדיינים נתבטלו כולם מ"מ כאן עדיף ולפענ"ד צ"ע דנראה הסברא דאף להסוברים דבדיינים לא שייך ביטול היינו דהפס"ד שפסקו לא יתבטל בצירוף קא"פ אבל מה ענין הכתיבה של הקיום או הפס"ד להדין

דהרי זה שנותנין פס"ד לבע"ד לראי' אין לו רק דין שטר ואין נ"מ אם הדיינים כותבין או עדים כותבין שהי' ביניהם פס"ד וא"כ דין שטר יש לו ודו"ק: יט) קיום ב"ד צריך וכו' סמוך לצד הכתב או מאחוריו. עיין ש"ך ס"ק פ"א כ' דסמוך לצד הכתב היינו על הגליון וכותבים בו שהקיום על הגליון וכו' דאל"כ יש לחוש שיחתוך הקיום ויעשה שטר בצד השני של הגליון ויכתוב אחר חתימת העדים אנחנו דייני דהתומי מעבר לדף מקיימים שטרא דלא מאחוריו ע"ר ולא זכיתי להבין דא"כ אף אם הקיום למטה ג"כ יכול לכתוב מצד השני שטר ויכתוב בו כך ועוד הרי הש"ך ס"ק פ"ב כ' דאם כותבין מאחוריו צריך לכתוב בהקיום שהם כותבין מאחוריו דאל"כ קיום מאחוריו פסול דשמא קיימו שטר כפשוטו ע"ש וא"כ הגע עצמך אם נאמר דזה שכתב הש"ך דכותבין שהקיום מאחוריו יכול לכתוב זה באותו צד של השטר לעולם יוכל לזייף ולכתוב כן בצד השטר שזייף וע"כ דבתוך הקיום צריך לכתוב שהוא מאחוריו ובתוכו וא"כ דברי הש"ך כאן צ"ע ואין מקום לישבם לפענ"ד:

ב) הרחיק הקיום מהשטר ומילא כל הריוח דיו כשר. הש"ך ס"ק פ"ו הקשה על הרשב"ם דפי' טיוטא שממלא כל הריוח דיו א"כ ימחוק כל השטר ויכתוב על הגליון למעלה שטר אחר ע"כ ועיין מ"ש לעיל סי' מ"ה לתרץ דברי הסמ"ע שכ' דאסור לעדים להניח גליון למעלה דהדין עמו א"כ אין לחוש כלל ורק לקצת פוסקים בדיעבד אין לחוש כמ"ש הש"ך שם ס"ק י"ט משום דיכולין עדיין לחותכו וא"כ אם יבוא שטר כזה לפני ב"ד חותכין אותו וה"נ הב"ד כשעושין קיום ודאי דיחתכו הגליון א"כ אין חשש:

כא) שטר הבא הוא ועדיו על המחק. הש"ך ס"ק פ"ט כ' דוקא בשטר חיישינן דימחוק השטר ויניח העדים אבל למחוק כל השטר והעדים ודאי לא יעשה דחייש שמא יפסיד שטרו עיי"ש וצ"ע הרי משכחת דהלוה אחר שיפרע ויקח שטרו יזייף שטר והקיום מלמטה ישאר. שוב ראיתי שכן הקשה התומים אך ראיתי שכ' דלפי דבריו אף שטר למחוק ולהניח העדים יתירא שמא יאורע הזיוף ויפסיד שטרו ולדעתי זה לא קשה דבש"ס שם קודם שידעו דאינו דומה נמחק פ"א לנמחק שני פעמים שפיר הקשה דימחוק השטר דאין בשטר שום ריעותא וא"כ העדים עצמם אינם נאמנים כשכת"י יוצא ממ"א:

כב) חתם בשטר קודם שנעשה גזלן וכו' וראו חתימתו שבשטר קודם שנעשה גזלן. הנתה"מ ס"ק י"ח הביא דברי התומים שכתב דאם יש ע"א שראה השטר ביד המלוה קודם שנעשה גזלן מצטרף עם עד החתום בשטר והנתה"מ השיג עליו דאולי עד הגזלן חתם אח"כ ועד השטר אינו מעיד על השני שחתם ג"כ ביום ההוא דהא העדים חותמין זה שלא בפני זה ע"כ ולפענ"ד נראין דברי התומים דא"כ למ"ד עדיו בחתומיו זכין לו

והרי העדים חותמין זה שלא בפני זה ואיך יטרוף מלקוחות שמא עד השני חתם אח"כ ועדיו בחתומיו אין זוכין עד שיחתמו שניהם וע"א אינו נאמן וע"כ דאין עד הראשון מוסר השטר עד שיחתמו שניהם או דאמרינן מסתמא חותמין שניהם ביומו וא"כ יש גם כאן ני עדים שנמסר ביומו ועדיין יש לעיין בזה:

כג) חתם בשטר עד שלא נעשה חתנו וכו' אפי' לא ראוהו עד שנעשה חתנו ויש מי שאומר דהיינו דוקא כשהשטר יוצא מתחת יד אחר אבל יוצא מתחת יד העדים לא. זה למד המחבר מדברי הרי"ף שכ' דעדים שבשטר לא הוי כנחקרה עדותן בב"ד עד שיצא השטר מתחת ידם ולכן כשלא יצא השטר מידו עד שנעשה חתנו הוי כמעיד עכשיו והתומים דחה דברי המחבר דהרי הרמב"ן הקשה על הרי"ף דכמה פעמים השטר יוצא מתחת יד העדים אחר שכבר שכחו העדות ואיך מעידין אז ולכן פירש הרמב"ן דכונת הרי"ף דלא הוי כנחקרה רק שטר הראוי למוסרו ולאפוקי שטר קידושין דרצה הש"ס לומר דיהא מונח תחת יד העדים ע"ז אמר אי לא דכירי ומסהדי מכתבא הוי מפ"כ והיינו דהרי שטר זה אינו ראוי למוסרו כיון דתקנו שיהא מונח ח"י עדים ע"כ וא"כ הכא דראוי הי' למוסרו קודם דנעשה חתנו אף אם הוא תחת ידו הוי כנחקרה כן תוכן דברי התומים ולפענ"ד דברי המחבר ברורים ונכונים. ולבאר זה אבאר מקודם דברי הרמב"ן מה שיש קושיות בדבריו וכבר הקשה עליו הב"י דהרי כ' הרי"ף ומה"ט מקיימין כל שטר ואין נ"מ אם זוכרין כיון שיצא מתחת ידם ולפי דברי הרמב"ן לא הי' צריך לטעם שיצא מת"י רק משום דהי' ראוי למסור משמע דהרי"ף בכל שטר לא הוי כנחקרה עד שיצא מידם וכן כ' הרי"ף מעידנא דיהבי למרא לא יכלו למהדר והרי דוקא ביהבו כבר אבל כ"ז שהוא תחת ידם יכולין לחזור גם בלא"ה דברי הרמב"ן צריך טעם שהרי סברת הרי"ף היא נכונה דהרי כ"ז שהשטר בידם יכולין לקרעו וכדומה וא"כ ודאי דיכולין לחזור ולא הוי חוזר ומגיד כיון דבידם שלא למוסרו ונראה דהנה עוד הקשו על הרי"ף דלמה שטר קידושין לא הוי שטר והרי כבר יצא מחמת ידם בעת שנתנו להבעל לקדש בו ומסרו להאשה כשקידשה וכי מפני שנתנוהו אח"כ ליד העדים נתבטל השטר ומאי נ"מ בזה אכן נראה פשוט דודאי בשטר יש שני ענינים האחד לקיים הענין כמו כל שטר הקנאה וכן בשטר הלואה ע"י השטר נשתעבדו הנכסים ועוד יש בו ענין שהמלוה רוצה השטר שיהי' בידו לראי' וכבר כחבתי כמה פעמים עיין סי' כ"ח דענין השטר שעל ידו נעשה הענין העדים עצמן הם כמו ב"ד ולכן לשיטת הרמב"ם ג"כ אין בו מפ"כ מדאורייתא עיי"ש אכן תועלת השני שיהי' ביד המלוה לראי' זה הוי כמו עדים שמעידין בב"ד ובזה כ' הרי"ף דהשטר שמועיל לראי' זה דוקא בעת שיצא מתחת ידם שיכול המלוה בעצמו להביאו לב"ד ולכן אין בידם לחזור

תיכף כשיצא מידם ולפ"ז ל"ק גבי שטר קידושין אף שמוסרין אותו להבעל זה רק לקדש בו ולא שיהי' בידו לראי' ולכן כיון דיהי' הדין שיהא תחת ידם אין כאן שטר שיועיל לראי' ולא הוי כמעידין לפני ב"ד ולכן אי לא דכירי אסורים להעיד ולפ"ז מובן גם דברי הרמב"ן דהנה שטר הלואה המונח ח"י העדים ע"כ דאיירי בשטר הקנאה דאל"כ הוי מוקדם ואסורים אח"כ למוסרו או מטעם דעדיו בחתומיו זכין בו לאביי ומיד נשתעבדו הנכסים (ולאביי כי מטי לידו נשתעבדו למפרע) מזמן הנכתב בשטר ורק מ"מ עדיין לא הוי כהעידו רק בעת שיוצא מתחת ידם הוי כאלו העידו שבזמן הנכתב בשטר נשתעבדו הנכסים אנן לא העידו עד זמן המסירה ולפ"ז מובן דברי הרמב"ן דכל שטר הראוי למוסרו לא שייך לומר דכ"ז שלא מסרוהו אין לו דין שטר דהרי השטר עשה את שלו ואף באין זוכרין הרי יודעין שהוא תחת ידם למוסרו ובעת שמוסרין זה הוא העדות שהשטר עשה שלו בזמן הכתוב בו ומעידין עכ"פ שזה השטר שייך להמלוה מזמן הנכתב ואין כונת הרמב"ן שבעת המסירה אין מעידין רק כיון דראוי למסרו אין צריכין להעיד שזוכרין ההלואה רק כמעידין שזה השטר שלו ושהי' צריכין למסור לו ודו"ק. ובזה דברי המחבר ג"כ נכונים דהא כ' הסמ"ע ס"ק פ"ה דפשוט דאם קבלו קנין קודם שנעשה חתנו אין יכולין לכתוב אחר שנעשה חתנו וא"כ ה"נ אף שהשטר עשה את שלו בעת הכתיבה מ"מ בעת המסירה הוי כמעיד עכשיו שהי' קנין בזמן הכתוב בו וכיון דהוא תתנו כמו שאין יכול להעיד כך אין יכול למסור ודברי אלה מדוקדקים בדברי הר"ן שכ' דשאני הכא בשטר קידושין דלא חזיא למיתב לי' להיות בידו לראי' לא חשיב לראי' כלל רק כשטר מקנה בעלמא ותה"ל כי הניחו לי מקום לכוון האמת ודו"ק:

ועתה אבוא קצת על דברי האחרונים ומה שאמרתי בהם אציין הנה התומים כ' לתרץ מה שהקשה הרמב"ן דנוהגין למסור השטר אף שאין זוכרין וכ' דהרי"ף סובר כהרמב"ם דכל שאין זוכרין לא חשוב שטר ואין נאמנים לומר שאין זוכרין ולא אבין דהרי הרמב"ן לא הקשה רק על מה שנוהגין למסור ובעדים בני תורה איירי והא אם אין זוכרין אין להם למסור ויכולין לעכב שלא למסור ופשוט. ודברי הנתה"מ לא הבנתי ומה שמתרץ קושיית התומים מהרמב"ן דהרמב"ן איירי בשטר הקנאה דאז אם ראוי למוסרו מוסרין והמחבר איירי בשטר דלאו הקנאה לכן כשנעשה חתנו אין למסור ותימה דהרי הש"ע אינו פוסק כאביי ושטר דלאו הקנאה אין למוסרו כלל וע"כ דבשטר הקנאה איירי ודוחק לומר דאיירי בשטר שאין שייך בו מוקדם או דהי' באותו יום שנעשה חתנו והמלוה עמו היום ובפרט שבפירוש כ' הב"י דבכל שטר איירי: הקצה"ח מתרץ ע"פ דברי הרי"ף מה שהקשו התוס' בהא דאמרינן בגיטין בפני נכתב חציו אפי' אמר אני הוא עד שני פסול

דאו כולו בקיום הגט או כולו בתקנת חכמים והקשו התוס' דכי גרע אני הוא עד שני וחתם בעצמו מאלו נחתם בפניו ולמה אין זה כתקנת חכמים וכ' הקצה"ח דלפי דברי הרי"ף ניחא דעל עצמו אין נאמן כתקנת חכמים כיון דהגט יוצא מתחת ידו צריך קיום מדאורייתא כיון דלא הוי כנחקרה ע"כ ותמוהין דבריו דממ"נ אם הוא העד אין לך קיום גדול מזה ואם אין הוא העד א"כ אינו ת"י העד ועוד דהפוסקים כתבו דאם העד הוא השליח יאמר ג"כ בפני נחתם ולפי דבריו כ"ש דבפני נחתם פסול ועיין בזה בתשו' רדב"ז ומה שהי' בידי עוד להשיב מצאתיו בנתה"מ:

כד) חתם כשהי' ברי ונשתחק. הש"ך לעיל ס"ק י"ז הקשה להריב"ש דקיום יכול להיות מפ"כ א"כ גם נשתחק יעיד ע"י כתב ותי' התומים דשאני עד החתום דעל מנה שבשטר הוא מעיד והקצה"ח הקשה דהא טעמו של הריב"ש הוא משום דקיום שטרות מדרבנן וא"כ אין לחלק ולק"מ דהרי בנעשה חתנו אין יכול להעיד אף להמכשיר לעיל סעיף י"ט עדי קיים הקרובים למלוה ולוה וע"כ כמ"ש שם הנתה"מ ושע"מ והקצה"ח בעצמו דשאני עד החתום והיינו כיון דבקיום צריך שני עדים על כל חתימה ועד החתום יכול להעיד בעצמו הוי כמעיד על מנה שבשטר עיי"ש. ועיין קצה"ח כאן דאלם הוי פסול הגוף לכן אף בקיום פסול ועיין ב"ש באה"ע סי' קמ"א מחלק בין אלם לכת"י ונסתייע מהריב"ש דמתיר בכתב ואלם הא פסול להביא גט (מ"ש שם ולא כהש"ך והרי הש"ך באמת דחה דברי הריב"ש מטעם זה) ובדברי הב"ש נדחין גם דברי הקצה"ח דהא בגט אף פסול הגוף נאמן לומר בפ"נ ואף קרוב או אשה ומ"מ אלם פסול ועיין תוס' ב"ב (ד' קכ"ח) ד"ה פיתח. ואמת כי בדברי הב"ש מ"ש לעיין עדיין די"ל דבגט בפני נכתב יש בו חומר יותר מקיום אבל בשטר לקיים אה"נ להריב"ש דמותר בכתב ה"ה אלם כשר לקיום כת"י של אחר לפי מ"ש התומים דרק על כתב ידו פסול:

כה) שנים החתומים על השטר ומתו ואין כת"י יוצא ממ"א ובאו שנים ואמרו וכו' קטנים היו וכו' קורעין השטר. הש"ך ס"ק צ"ט הביא דברי הרא"ה דאין קורעין אותו וכ' הש"ך דלפ"ז בכת"י יוצא ממ"א דאמר ר"נ אוקי תרי להדי תרי ע"כ לא יפרש כרש"י לענין קריעה רק לענין שובר ע"כ ולא הבנתי דבריו דנהי לענין קריעה שוה כת"י יוצא לאין יוצא מ"מ הא כ' רש"י שם דלא קרעינן ומהני תפיסה וא"כ גם הרא"ה יפרש דנ"מ לתפיסה דבכת"י יוצא ממ"א מהני אם המלוה תפס ובאין כת"י יוצא ממ"א פשוט דתפיסה לא מהני:

כו) פסולי עדות היינו. הסמ"ע ס"ק ק' כ' דהיינו קרובים דלא משימין עצמן רשעים והוקשה לו דהא מ"מ היו מפסידין להלקוחות שיטרוף מהם שלא כדין וכ' דאין זה מעשה רשע כיון שהלוהו באמת ע"כ ואין זה מוכרח רק י"ל כמו שכ' הש"ך לעיל סי'

מ"ה דלא חיישינן דילמא אתו לקיים מקרובים דקרובים מידע ידוע וצריך לחלק בין זה להא דאמרינן דבחתם קרובים הוי מזויף מתוכו ומ"מ כאן לענין שלא נעשה שפיר י"ל דסמוך ע"ז דמידע ידוע: התומים מביא כאן בענין א"א משום ע"ר לפי הטעם שהוא קרוב אצל עצמו והקשה מאנוסים ועיין מ"ש בסי' ל"ד ועיקר בענין זה הארכתי בחדושי אה"ע סי' קט"ו:

כז) עד א' אומר לא הי' תנאי ואין כאן אלא ע"א. הטור הביא בזה פלוגתת הרמ"ה והר' מתתי' אם צריך לשבע נגד העד האומר לא הי' תנאי וכ' הב"י דפלוגתייהו הוא אי עד מסייע פוטר והש"ך ס"ק ק"ט חמה עליו למה האריך הטור לפסוק דא"צ לשבע הא פשוט כיון דהטור והרא"ש סוברים דעד מסייע פוטר א"כ פשיטא דא"צ לשבע ועוד קושיות כאלו והמעיין בטור וב"י יראה דודאי הטור לא ס"ל דפלוגתייהו הוא בעד מסייע דהרי כ' על דברי הרמ"ה דאינו יודע טעמו רק הב"י חידש כן ומה שהקשה הש"ך דהרי הרמ"ה ס"ל דעד מסייע פוטר והתומים מתרץ דעד המחייב בא קודם והנתה"מ דחה דבריו עיין מ"ש בזה בסי' פ"ז גם דברי הרמ"ה תרצתי לנכון בסי' פ"ז עיי"ש ומה שתי' הנחה"מ דעד האומר תנאי הוי כלא אמר כלל כמ"ש התוס' לא הבנתי דלא כתבו התוס' רק דמה שהעיד על כת"י הוי כלא העיד ומה זה, ענין למה שאומר שהי' תנאי דהי' יכול להעיד אף אם לא חתם בשטר כמ"ש הנתה"מ בריש דבריו גם מ"ש לפרש דברי התוס' דלכן הוי כלא אמר דנעשה פסול ממ"נ כבר הבאתי כמה פעמים דברי הרמב"ן דמה דאינו נאמן משום חוזר ומגיד לא הוי בגדר עדות ואינו נפסל עי"כ ועיין סי' ל"ד מ"ש וגם א"כ אף באנוסים מחמת ממון יפסול השטר וגם שתי' למה לא הוי מחויב שבועה ואיל"מ צ"ע:

כח) ואם כתוב בשטרא וכו' דלא הוי שיור בשטר אין יכולין לומר תנאי הי'. הש"ך הקשה דהא הבעה"ת שהביא הב"י סי' פ"ב כ' דדוקא יוצא ממ"א אין נאמנים עיי"ש ולא זכיתי להבין דבריו דהא הבעה"ת שם כ' דאם כת"י יוצא ממ"א אין נאמנים אף לפרש דבריהם ובאין כת"י יוצא ממ"א אין יכולין רק לפרש דבריהם וא"כ הרי גם הרמ"א כתב כאן בפירוש דלפרש דבריהם נאמנים וזה כדברי בעה"ת ופשוט. ואך מה שלא ביאר הרמ"א דבכת"י יוצא ממ"א אף למ"ד דנאמנים לומר תנאי הי' דברינו מ"מ אם כתיב בלא שום שיור אין נאמנים כמ"ש הבעה"ת נראה דהנה אף באין כת"י יוצא ממ"א קשה דאיך נאמנים והרי אף בתנאי דנאמנים הוצרך הש"ך לומר דזה לא דמי לאמנה דתנאי שעבודא חייל במקצת אך זה באין כתוב בשטר בלא שום שיור אבל בכתוב בלא שום שיור דהרי אנו אומרים דודאי לא הי' תנאי דכן משמעות הלשון וכשאומרים שהי' תנאי א"כ חתמו על שקר ומשוי נפשייהו רשעים אך י"ל דזה דמי לאומרים טעינו בשנת המלך ויכולין

לומר ע"ז לא חתמנו כמבואר, לעיל סי' מ"ג סעיף ת' ואך זה באין כת"י יוצא ממ"א אבל בכת"י יוצא ממ"א מבואר שם שני דיעות בזה והנה הדיעה דסוברים דאין נאמנים משמע דאף באין כת"י יוצא ממ"א אין נאמנים רק כשמנצלים עצמם ואומרים טעינו והבעה"ת שם סובר דבזמן אף בלא אומרים טעינו נאמנים לומר ע"ז לא חתמנו ולפ"ז נראה דהא תליא בהא דהרמ"א דסובר דגם שם לא מהימני רק לומר טעינו לא הוצרך כאן לבאר דבכת"י יוצא ממ"א אין נאמנים כיון דאף בזמן אין נאמנים ודו"ק כי קצרתי:

כט) ואם כת"י יוצא ממ"א וכו' אין נאמנים בשים דבר. הנתה"מ ס"ק כ"ו מחלק באומרים תנאי הי' דברינו שאם אומרים שהמלוה ציוה להם לכתוב התנאי א"כ אף עתה בידם לכתוב את התנאי ולמוסרו להלוה ויכולין לכתוב מזמן השטר ובידם לפסול השטר נאמנים אבל באם המלוה לא ציוה להם לכתוב וא"כ אסור להם לכתוב דהוי מפ"כ אז אין נאמנים לומר הי' תנאי עיי"ש והנה לפענ"ד צ"ע דאף בלא ציוה להם לכתוב כיון שהי' תנאי בשטר מצוה עליהם לכתוב ולתנו ביד הלוה כדי שלא יבוא המלוה לגבות אף אם לא יתקיים התנאי ומה בין זה למסירת מודעה ועכ"פ אם לא אמר להם שלא לכתוב לא גרע מהודאת קרקע דיכולין לכתוב בלא ציוה להם כיון דליכא פסידא עיין סי' ל"ט ומכ"ש אם הדין דאין נאמנים בט"פ לומר תנאי וחתמו עצמם בשטר ולא פירשו הוי כחתמו על שטר אמנה ואך באמת אף מ"ש דביכולין לכתוב נאמנים אין ברור לדעתי:

סימן מז

א) מלוה שאמר על שטר שבידו שהוא אמנה או פרוע וכו' אם יש בו נאמנות וכו'. הש"ך השיג ע"ז וכ' דאף באין בו נאמנות אינו נאמן כשחב לאחרים והתומים מקשה עליו דהמהרש"ל בכתובות (ד' י"ט) הקשה בהא דאמרינן ב"מ (ד' י"ט) דבמצא שיבר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל לא חיישינן שמא מכרה כתובתה משום דיכולה למחול וקשה דילמא חייבת לאחרים דאינה יכולה למחול ותי' מהרש"ל דבכתובה אין בו שעבודא דר"נ דשמא לא תביא לידי גבי' הקשה התומים אכתי תקשה קושיית מהרש"ל גבי מצא שוברין דקתני בזמן שהמלוה מודה יחזיר ניחוש שמא חב לאחרים ורק ע"כ משום דסתם שטר אין בו נאמנות וא"כ אף באומר פרוע אין ב"ח שלו יכול לגבות עיי"ש ולפענד"נ דלק"מ דעד כאן לא הקשה המהרש"ל רק מכתובה דידעינן דכל אשה יש לה כתובה והוי כהוחזק השטר בב"ד ע"ז קשה דילמא חייבת לאחרים אבל במצא שובר ודאי דאין שייך להקשות דניחוש שמא חייב דמסתמא לא אייריי בהוחזק השטר בב"ד וא"כ יש לו מיגו, דאי בעי קלתי' ונראה דאף להרמב"ן דאף בלא הוחזק נאמן לומר פרוע כמ"ש הש"ך ס"ק ו' היינו באם עכ"פ עתה השטר לפנינו ומטעם חזקה כל מה שביד אדם

הוא שלו אבל בלא ראינו כלל שטר בידו לא שייך חזקה זו. שוב ראיתי שכן כ' הש"ך סי' ס"ה ס"ק מ"ט ובזה מיושב מה שהקשו האחרונים על מהרש"ל שכ' דלא שייך בכתובה שעבודא דר"נ דשמא לא תבוא לידי גבי' והקשו דשם משמע דאף בכבר נתגרשה איירי וכן הקשה הנתה"מ לקמן סי' פ"ו על תי' הש"ך ועיין בהגהות א"ב שם ולפמ"ש לק"מ דאחר הגירושין באין הכתובה בידה אין כאן חשש כלל וכמו בכל שטר דאין לחוש ולא הקשה המהרש"ל רק בלא נתגרשה דהוי כראינו הכתובה כיון דכל אשה יש לה כתובה. ועוד נראה דאף אם נאמר דגם בלא ראינו השטר בידו יש לנו לחוש שמא חייב לאחרים ורוצה להוציא ושייך חזקה כל מה שת"י היא שלו מ"מ הא ודאי אף אם רואין בידו השטר והוא מחזירו ללוה פשיטא דאין לחוש שמא חייב לאחרים ואף שכתבו הרא"ש והש"ע דאף בלא נודע שחייב לאחרים אינו נאמן היינו כיון שמחזיק השטר ואינו מחזירו מוכח דחייב לו אבל כשמחזיר השטר הכי נאמר דאין יכול להחזירו וכי אין בידו להפרע משטרו ועיין לקמן סי' פ"ו דאם טוען הלוה שלא ידע שחייב לאחרים ולכן פרע פטור וכיון דיכול להחזיר השטר וא"כ ה"נ יוכל לומר דאבד שטרו וא"כ למה לא יוכל ליתן שובר להלוה או להודות לו שהשובר שלו בלא ראינו שטר בידו וזה פשוט לפענ"ד:

כתוב בו נאמנות. לכאורה קשה דנגד טענת אמנה הא אין המלוה צריך לשבע וא"כ למה צריך שיהא בו נאמנות ובדוחק יש לפרש דקאי על טענת פרוע וכן נראה מדברי הקצה"ח אכן מה נעשה בדברי בעה"ת שמפרש הא דאמר בש"ס האומר שטר אמנה אינו נאמן דאיירי ביש בו נאמנות והנתה"מ כ' דאף דהמלוה טען אמנה איירי בהלוה טען פרוע לכן צריך דוקא ביש בו נאמנות אכן לא העלה ארוכה לדברי בעה"ת דמי דוחקו לאוקמי דהש"ס איירי ביש בו נאמנית ואיירי דהלוה טען פרוע לוקמי כפשוטו דגם הלוה אומר כדברי המלוה ולא יצטרך לאוקמי ביש בי נאמנות וחוץ מזה יש, לעיין בדבריו עיין בהגהות א"ב אך אחר העיון ראיתי כי דברי המחבר נכונים ואף באמנה צריך דוקא באם יש בו נאמנות דהרי כל המפורשים הקשו דלמה אינו נאמן הא יש לו מיגו דאי בעי מחיל והתוס' תי' דאין רוצה למחול ולהפסיד ועוד שאר תירוצים אשר נאמרו בזה וא"כ עדיין יקשה הא יש לו מיגו דאי בעי אמר פרוע וא"כ לא יגבה כיון דצריך שבועה וממילא לא יוכל לגבות לכן צריך לומר דיש בו נאמנות באופן דלא יצטרך לשבע נגד טענת פרוע וכאשר עיינתי נראה דאפשר דזה כונת התומים שהביא הקצה"ח ונחה"מ דאיירי באופן דאין כאן מיגו דפרוע אז באמנה אין צריך יש בו נאמנות והקצה"ח והנתה"מ תמהו עליו דהא לענין טענת אמנה אין צריך המלוה לשבע אף ביש להלוה מיגו דפרעתי ובמחכ"ת לא ירדו לעומק דבריו דאף דנגד טענת אמנה שטוען הלוה א"צ

המלוה לשבע משום דהיא טענה גרועה דאף מיגו לא מהני או משום דאין אומרים מיגו להשביע אכן הרי בטענה המלוה שטוען פרוע או אמנה וכי יש בו זכות ע"י שבועה ורק הרי אנן הכי קאמרינן דאם השטר עומד לגבות ואין בידו להפסידו אז אין נאמן לחוב לאחרים אבל באם יש מקום להפסידו כגון אם יטעון פרוע לא יוכל לגבות נאמן שאין לו ביד הלוה והרי אף בטענת מחילה א"צ המלוה לשבע ומ"מ אם הי' לו מיגו דמחיל נאמן ואין שייך לומר דאמנה אף במיגו אינו נאמן רק בטענת לוה ולא בטענת מלוה וזה ברור. ובזה מיושב גם קושיית הש"ך שהקשה דהא סתם שטר אין בו נאמנות ובגמרא סתם אמר האומר שטר אמנה אינו ולפמ"ש לק"מ דאף דאמר סתם אמנה מ"מ זה פשוט מבחוץ דאיירי באופן דאין לו מיגו דפרוע דהרי לא נקט הש"ס פרוע והיינו דבפרוע הוא דוקא באופן דאין המלוה צריך לשבע וה"ה באמנה דוקא במקום דאין לו מיגו והיינו או ביש בו נאמנות או שהוא תוך זמנו והבעה"ת חדא נקט ואין שייך בזה סתם שטר כיון דלא נקט רק אמנה בודאי באופן דאין בו מיגו איירי והוא ברור להמבין ודו"ק ובזה נדחו גם דברי השבו"י עיין פ"ח וע"ש:

ג) נאמנות. והנה באין בו נאמנות דנאמן הביא הבעה"ת מחלוקת בזה אם צריך המלוה לשבע דהבעה"ת סיים דיחרים סתם וי"א דמשתבע כדין טוען אין לי וצריך להבין טעם דיעה הראשונה למה לא יצטרך לשבע אין לי ואי איירי דפורע ממ"א א"כ מאי נ"מ לב"ח שלו ולמה יצטרך לשבע ולכאורה הי' נראה דאיירי דיש לו קרקע לשלם רק הב"ח רוצה שיפרע לו בשטר זה ופליגו אם יש תקנת הגאונים לשבע ברוצה לשלם בקרקע כמו דפליגו בזה הסמ"ע והש"ך בסי' ס"א סעיף ג' וסי' ק"א בש"ך ס"ק ה' אך מסתימת הדברים לא משמע כן ונראה דאולי איירי באין הב"ח רוצה להשביע על טענת אין לי כגון שיודע שאין לו ורק חושדו בזה השטר וסוברת הדיעה הראשונה דלא תקנו הגאונים שבועת אין לי רק כשצריך לשבע על הכלל דאז שייך החשש דא"כ כל אדם יפקיע ממונו מבעל חובו בטענת אין לי כמו שחששו הגאונים אבל לשבע שטר זה אינו שלי בזה לא תקנו כן נראה בדרך אפשר אף שהוא סברא:

ד) והוחזק השטר בב"ד. הש"ך ס"ק ו' כ' דהרמב"ן חולק וסובר דאף בלא הוחזק השטר בב"ד מ"מ אינו נאמן במיגו דאי בעי קלתי' דהוי מיגו נגד חזקה דחזקה הוא כל מה שיש בידו הוא שלו והקצה"ח הקשה דמה בין זה לטוען פרעתי על השטר דנאמן הלוה במיגו דמזויף נאמר ג"כ הא יש להמלוה חזקה כל מה שבידו הוא שלו ומה שתי' הנתה"מ הוא רחוק בסברא וכבר תמה עליו בגליון בהגהות א"ב. אכן נראה לתרץ קושיית הקצה"ח דהנה הש"ך הקשה על הרמב"ן דלמה נאמר על השטר חזקה מה שת"י הוא שלו והרי

הממון הוא תחת יד הלוה אכן לקמן אבאר בראי' גמורה דהנכון כהרמב"ן והסברא נראה פשוט דהרי השטר שוה למכור ויש לי השיווי וזה הוא תחת ידו ולפ"ז מיושב קושיית הקצה"ח דזה שייך דוקא בשטר מקוים אמרינן דיש לו השיווי דראוי למכור לכן חזקה של מלוה הוי חזקה אבל היכי דהלוה יוכל לטעון מזייף א"כ אין השטר שוה כלל רק במה שהלוה מודה שכתבו והרי הוא טוען שפרע והרי ע"ז אנו דנין ואם נאמן הלוה אין להשטר שום שיווי והלוה הוא המוחזק ונכון ודו"ק והנה כבר יעדתי להביא ראי' להרמב"ן והוא דאמרינן בב"מ (ד' ז') שנים אדוקין בשטר היינו הלוהוהמלוה וקאמר דחולקין ורשב"ג דפליג התם פריך הש"ס וכי לית לי' מתני' שנים אוחזין בטלית ומשני דמודה דאם השטר מקוים חולקין והרי שם הלוה מוחזק בכל הממון ומ"מ חולקין והרי כל הטעם דחולקין הוא משום דשניהם מוחזקין בו כמבואר בתוס' ואיך יחלוקו ע"י שאוחזין בשטר וע"כ דחזקת השטר שהוא בידו הוי כמוחזק בממון ובזה נראה דברי הגמרא שם דאמר ויחלוקו דאמרן לדמי ולכאורה אין לזה שייכות להסוגיא ולפמ"ש יבוא על נכון דכיון דיחלוקו אינו בהטלית רק לדמי וכמו שפירשו התוס' שם במה ששוה למכור לכן גם בשטר כיון דיש לו שיווי למכור חולקין בזה ועיין בזה ותראה כי ראי' ברורה למ"ש דאף דהלוה מוחזק בממון מ"מ בשטר השוה למכור נקרא המלוה מוחזק ועיין לקמן סי' ס"ה ס"ק ט"ז מ"ש:

ה) אינו נאמן. הב"י הביא תשובת הרשב"א בדין ראובן שהודה בכת"י שכל מה שיש לו הוא משותף עם אחיו שמעון ואח"כ מת ראובן ושמעון הוציא הכתב ואשתו תובעת המטלטלין בשעבוד כתובתה ופסק דשמעון נאמן על המטלטלין שאלו רצה ראובן הי' נותנם לו במתנה והש"ך בסי' צ"ט תמה ע"ז דהרשב"א בתשובה אחרת פסק דלא מהני מיגו נגד חזקה שכל מה שת"י הוא שלו ובחידושי אה"ע סי' ק' כתבתי כמה אופנים ליישב ועיין לעיל סי' מ"ג אכן כעת ראיתי דא"צ לכל זה כי הרי דבר פשוט דקנין אודיתא מהני ועיין לעיל סי' מ' וא"כ זה עצמו שהודה בכת"י הוי כנתן ומסר לו והרי פשוט דאף דמשועבד לכתובה יכול ליתן מטלטלין ואין גובין ממטלטלין המשועבדים ועיין לקמן סי' ס' דאף בשעבד מטלטלין אג"ק עשו תקה"ש שלא להוציא מלוקח ואך הרשב"א לית לי' תקנת השוק לכן התנה שם באם לא כתב לה בכתובה מטלטלין אג"ק וא"כ פשוט דזכה אחיו ובתשובה האחרת ע"כ אירי דבעת שבא לב"ד אז הודה שהוא של פלוני ואז אין הב"ד מניחין ליתן כיון שכבר בא הב"ח לגבות ואך לומר דהודאתו אמת שהוא של פלוני בזה כ' הרשב"א דאין אומרים אפי' מיגו נגד החזקה והוא בעיני פשוט עד שאני חמה למה קיהו האחרונים בזה:

ו) ונודע אח"כ אינו נאמן. הש"ך ס"ק ח' כ' דאף אם בשעה שהודה הי' לו נכסים מ"מ כיון דאישתעבד מדר"נ אף באית לי' נכסי רק דחשו רבנן לפסידא והשתא דלית לי' נכסי דמשתעבד אינו נאמן ולא זכיתי להבין דמה בכך דמשועבד מדר"נ זה כשודאי חייב אבל כאן דאמר דשטר אמנה הוא ולא נשתעבד רק דאין אנו מאמינין לו מחשש קנוניא כמ"ש הרמב"ם וא"כ כיון דבשעה שהודה הי' לו נכסים אין לחוש אז לקנוניא ולא חב לאחרים בהודאתו למה לא הי' נאמן ויותר צ"ע בעיני דהתומים כאן העתיק דברי הש"ך כהויתן ולעיל במ"ש הש"ך ס"ק ב' כיון דאין לו פסידא חשו לטריפת הלוה כמו שחשו לטריפת לקוחות כ' האורים דא"צ לזה רק בלא"ה כיון דיש לו לא מיקרי חב לאחרים וצע"ג ואפשר הי' לומר דסובר הש"ך דלאו מטעם קניניא לבד יש לחוש רק כיון דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ודאי דחייב לו ואך לפ"ז הרמב"ם דכ' משום חשש קנוניא לא יסבור חזקה זו והש"ך ס"ק ו' כ' דהרמב"ם ג"כ סובר דמיגו לא מהני משום החזקה ובפרט הש"ך בעצמו פקפק שם בשטר אי הוי חזקה כיון דאין גופו ממין וגם מנ"ל להוציא ממון מטעם חזקה זו היכי דאין חשש קנוניא וצ"ע:

ז) ואם אחר שאמר שטר אמנה וכו' ובא לגבות השטר וכו' ודאי לא היתה כונתו רק לדחות ב"ח. הרא"ש פ"ב דכתובות הביאו הב"י כ' דיש בזה מחלוקת בין הראב"ד להר"י דהראב"ד אינו מחלק בין אם בא אז הבע"ח לגבות רק כתב טעם אחר דכיון דמעיקרא לא הימני' לגבי אחרים לגבי לוה נמי לא תפסינן לי' דהא אי לא פרע מדידי' הוי מפקינן מהלוה עיי"ש משמע דמטעם אמתלא לא מהני רק כיון דלא מהימנינן וצ"ע לכאורה דהרי הראב"ד והה"מ הביאם ב"ש באה"מ סי' ו' ס"ק כ"ו פליגו באשה שאמרה טמאה אני אם יכולה לחזור לענין שיתחייב לה הבעל כתובה וסובר הראב"ד שיכולה לומר שאמרה כן כדי שיגרשה בעלה וא"כ הוי אמתלא והה"מ סובר כיון דלא מהימנינן לה ואין הבעל חייב לגרשה לא הוי אמתלא וא"כ קשה דלמה הראב"ד החליף כאן שיטתו וגם למה לא זכרו כלל מדעת הה"מ דלדבריו אף כאן לא יהני אמתלא כיון דלא הי' נאמן גם צ"ע בב"מ (ד' י"ט) במצא שטר מתנה אמרינן שם כאן בברי דאמרינן לי' אי בעית דתתבי' להאי כתוב לי שטרא מהשתא והיינו דחיישינן שמא כבר נתן לשני ומלשון אי בעית דתחבי' משמע דלא כייפינן לי' ליתן שטר מחנה מהשתא אף דהודה או יכתבו לו הב"ד עצמו שטר הודאה בפס"ד וע"כ דיכול ליתן אמתלא שרצה להפקיע השדה וצ"ע:

סימן מח

א) שטר שנכחב על הלואה אחת ונפרע אין יכול לחזור וללות בו. הסמ"ע כ' דמ"מ לענין ב"ח מהני והש"ך השיג עליו והתומים האריך בפלפול נעים כדרכו ליישב דברי הסמ"ע

ועיקר הסברא דלמה הוי שטר לענין בני חורין כ' כיון דמסר לו השטר בינו לבין עצמו הודאת בע"ד כמאה עדים דמי לענין ב"ח וכמו מסירה בעדים וכמו כח"י דמודה הש"ך דמהני ובדרך זה הלך הנתה"מ אכן לדינא לפי הנראה לעני בדעת כמוני הוא רחיק מאוד דל"מ להרא"ש וסייעתו בטעם דסומכין על עדי חתימה אחר דקיי"ל ע"מ כרתי הוא משום דמסתמא הי' ע"מ ואף דכותבין שטר ללוה בלא מלוה היינו דאמרינן מסתמא ימסור לו לפני ע"מ אבל בידעינן דלא הי' ע"מ הי' הדין לפוסלו ואף דלקמן סי' ס"ה כתבתי דאף להרא"ש מהני במסר לו בינו לב"ע כמו שכ' דמאן דיזיף בצינעה יזיף הוא לשיטתו דפסק כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו מתקנת חכמים לכן א"צ אח"כ ע"מ שכבר זכו לו וכתבתי שס דלהרא"ש גם משום משש דימסור בצינעה תקנו שיזכו לו עדיו בחתומיו עיי"ש וא"כ כאן ודאי אין לו דין שטר דהא בהלואה ראשונה דזכו לו עדיו בחתומיו כבר נמחל ועדי מסירה לא הי' א"כ הוי נמסר לו שטר מזויף שאין לו דין שטר כלל ובמה נשתעבדו לו הב"ח אך אף לשיטת הר"ן דא"צ עדי מסירה משום דאנן ע"מ אנן נראה ג"כ פשוט דלא שייך כן רק בהלואה ראשונה דהרי הא דאמר אנן ע"מ אנן הוא רק משום דעדי חתימה מעידין שהי' השטר ביד הלוה וכיון שאנחנו רואין אותו ביד המלוה הרי ידעינן שבא לידו מהלוה וזה לא שייך בהלואה שני' דשמא אחר שפרע לא הי' ביד הלוה כלל ומנא ידעינן דלוה שנית ואין ראיית השטר מעיד ע"ז אף אם ראינו שהחזירו בפרעון הראשון מ"מ אין השטר בעצמו מעיד ואי לא תימא הכי לא משכחת כלל נמחל שעבודו לפי מה דפסק הרמ"א דאם מוסר לו לפני עדים חוזר ולוה בו וא"כ נאמר דאף באינו מוסר לפני עדים נהי' אנן ע"מ וע"כ דאנחנו לאו עדי מסירה אנן רק בהלואה ראשונה וראיתי כי הנחה"מ הרגיש בזה וכ' דבאמת הוי אמרינן דמהני מסירה רק משום חשש דשמא שמעו הלקוחות הפרעון ועל הלואה שני' לית לי' קלא ודבריו תמוהים בעיני דא"כ לא מטעם נמחל שעבודו הוא רק משום פסידא דלקוחות או נפרש כן כונת נמחל שעבודו ולמ"ד ע"ח כרתי יהי' הפירוש כפשוטו וגם בעיקר סברתו שהולך לשיטתו בסי' מ"ג השגתי שם דמה לי הלואה ראשונה או שני' עיי"ש כי לא רציתי לכפול שנית וכבר כתבתי דלא שייך אנן ע"מ אנן דלאו אנן סהדי דלא פרע דכל שער לפרעון עומד ורק מכח חזקה דשטרך בידי' מאי בעי אמרינן דלא פרע אבל אם באמת פרע לאו אנן סהדי דחזר ולוה בו ומי שדעתו רחבה יפרש יותר כי לפע"ד ברור דהוי כאין עליו עדים כלל ובפרט כי אף דינו דהרמ"א דבמסר לפני עדים מהני אנחנו מצערים להבינו ואיך נוסיף עליו והרי כתבו התוס' גיטין (ד' ד') דעדים שחתמו על הנייר ואח"כ' השטר

על חתימתן למעלה לא הוי שטר כלל ובמאי עדיף שטר זה שנמחל כבר שעבודו לכן ודאי דעיקר כהש"ך:

ב) אין יכול לחזור וללות בו. הקצה"ח ס"ק א' כ' דאם הלוה נתן לו כתיבה ומסירה יכול לחזור וללות בו והביא דברי הש"ך בסי' נ"ה שפי' דמה שכ' הרא"ש גבי השליש שטרו וזה הפירוש ניחא טפי דבקניית אותיות צריך כתיבה ומסירה ופי' הש"ך דר"ל דצריך לכתוב קני לך איהו וכל שעבודי' וכאן כבר נמחל שעבודי' ואין כאן שעבוד והקצה"ח כ' דזה דוחק בדברי הרא"ש ורק כל שטר אף שנפרע יש שעבוד בשטר והלוה קנה השעבוד ולכן בכתיבה ומסירה מהני והביא ראי' משטר מכר דיכול להקנותו לאחר בכומ"ס אף דלא שייך בו שעבוד דכבר עביד דידי' ע"כ. והנה מ"ש בפירוש דברי הרא"ש להצילו מפירוש הדחוק שפי' הש"ך כל מעיין יראה שפרושו דוחק יותר דמה לו להרא"ש כאן לפרש דכומ"ם מהני ומה הי' חסר לו אם הי' אומר דנמחל שעבודו ואם רוצה לחדש דין דאף בנמחל שעבודו מהני כתיבה ומסירה הי' לו להשמיענו זה גבי שטר שלוה בו ופרט במקום עיקר הדין דנמחל שעבודו וגם יותר תימה דהרי דין זה דנמחל שעבודו משמע שהוא דין פשוט בש"ם לית בי' פלוגתא ולפי דבריו להסובר דאותיות נקנין במסירה ליתא לכך דינא דהשעבוד עדיין יש בהשטר ומהני מסירתו ועיין מ"ש בסי' נ"ה גם מ"ש דבשטר מכר יש לו שעבוד לעשותו לא אבין ואדרבה משם ראי' דלא כדבריו דהא אמרינן שם דשטר ראי' אינו נקנה בכתיבה ומסירה וא"כ אי ש"ד אין השט"ח רק לראי' ואיך נקנה אח"כ אך ודאי צ"ל דבשטר קנין יש בו שעבוד ושעבודו קיים כ"ז שהוא ביד הלוקח וגם מ"ש הקצה"ח דאף להש"ך יקשה לפי שיטת התוס' דלמ"ד מסירה מהני א"צ אף אמירת קני לך איהו וכל שעבודי' וא"כ הרי הש"ך כתב דצריך לכתוב קני לך וכו' משמע דאם לא בעי כתיבה מהני א"כ קשה מההוא ערבא עיי"ש פשוט דז"א דלהש"ך ודאי אף למ"ד דא"צ כתיבה לא מהני דאף דלא בעי אף אמירה היינו משום דהשעבוד הוא בהשטר אבל בנמחל השעבוד איך יהני המסירה וזה פשוט. ומ"ש הקצה"ח בסיף דבריו לדחות ראיות הש"ך שהביא מההיא טרבא דאמרינן דהוי נמחל שעבודו משמע דלא גבי אף מב"ח ודחה הקצה"ח דהתם דליכא שעבוד נכסים בהשטר לענין משעבדי לא הוי כגבוי ולכן לא מהני מיגו דהוי מיגו להוציא דבריו תמוהים דגם הש"ך מה"ט אתו עלה דאין זה שטר והוי מיגו להוציא כמבואר בש"ס ובזה דחה הש"ך דברי הסמ"ע דכ' דנמחל שעבודו מהני לב"ת וא"צ כלל למיגו והרי שם כיון דליכא מיגו לא גבה ומאי ענין מיגו שכ' הקצה"ח וטעות פלטה קילמוסו. ועיין מ"ש ס"ס נ"ה:

ג) שנמחל שעבודו. הש"ך הסכים להסמ"ע דבכת"י לא שייך נמחל שעבודו והקצה"ח השיג דמה חילוק בין שטר לכת"י וגם הש"ך כ' דכת"י אחר לא מהני לכ"ט ובנמחל שעבודו הוי ככת"י אחר עיי"ש והנה כונת הש"ך כפשוטו דכת"י לאו מטעם שעבוד קונה דאין שעבוד בכת"י ורק מסירתו ראי' לכן אין שייך נמחל שעבודו ומה שהקשה מכת"י אתר אין דומה דהש"ך בסי' מ' איירי באין עליו חתימה שלו ויכול לכפור לכן אין זה שטר חיוב אבל הודאת בע"ד בכת"י נגמר ע"י מסירה: מ"ש הש"ך בס"ק ת' צ"ע ואף שהנה"מ דחק לתרצו אין מובן ולא רציתי להאריך בזה:

סימן מט

א) אפי' אשה או קרוב נאמנים לומר שכך שמם. הקצה"ח הקשה דלעיל סי' למ"ד כ' דבדיני ממונות לא מהני עבידי לגלויי ותי' כיון דחזינן דבמקום סכנה כותבין אע"פ שאין מכירין א"כ הא דבעי שיכיר הוא רק מדרבנן לכן נאמנים אשה או קרוב עיי"ש ולא אבין תירוצו דאיך נאמר דהוא רק מדרבנן אם יאמרו ששמו ראובן שנתחייב ואין מכירין וא"כ על גוף הדין יקשה למה במקום סכנה כותבין אף אם אין מכירין וע"כ משום דעבידי לגלויי הוא א"כ הדרא קושיא לדוכתא למה כ' הריב"ש והרמ"א בשי' למ"ד דאין חילוק וגם קשה דאיך מביא ראי' מאיסור לממון עיין לעיל ר"ס מ"ו ובפרט לפי המפורשים במקום סכנה היינו דהאומר כתבי גט הוא בסכנה דאז ודאי לא ישקר אבל כאן למה נאמן בממון קרוב או אשה ואך עיקר החילוק נראה דהיכי דמוציאין מיד לא מהני עבידי לגלויי אבל לכתוב שטר מהני והוא כמו שחילקו התוס' חילין (ד' צ"ז) לענין חזרה ע"י סימנים והוי כמו איסור שהוחזק בע"א:

ב) וי"א דלא שייך בשטרות כלל עשו העדים שליחותן וכו' ומחוסר עדיין נתינה. הנתה"מ כ' דפלוגתא זו תליא אם טורפין ע"י קנין כ"ז שלא נכתב דהר"ן סובר כשיטת הרא"ש דכ"ז שלא נכתב אינו טורף ע"י קנין לכן אין כותבין אתר אבל דיעה השני' סוברת דע"י קנין טורף א"כ אין נ"מ בהכתיבה ואין בו קפידא לכן יכולין לכתוב והנה משמע היפך דבריו דבהרא"ש משמע דכותבין שטר אחר עיין לעיל סי' מ"א ובתומים ס"ק ג' וגם בהר"ן לא משמע דסבר כהרא"ש דאינו טורף ע"י קנין ואדרבה להרא"ש י"ל הסברא להיפך דהרי הרא"ש מפרש סתם קנין לכתיבה עומד היינו דא"צ לציווי הלוה ואינו מפרש דהוי ככתיבה וכיון דא"צ ציווי הלוה לכן כותבין שטר אחר אכן בהרמ"א אין לחלות גם בזה דהא הוא סתם דטורף בקנין ומ"מ הביא כאן דכותבין אחר ורק מ"ש הנחה"מ דאין קפידא כיון דבלא"ה טורף לא אבין א"כ אף אם כבר נתנוהו למלוה ונאבד יכתבו אחר אך ודאי פשוט דיש קפידא בשטר כדאמרינן זכו בשדה זו לפלוני דלא ניחא לי' דלפקו שטרי

עלוהו ובהודאת קרקע כותבין ועכ"פ רק כיון דהוא שדה מיוחד אבל במשעבד נכסיו לאחריות ודאי דאיכא קפידא ומוכר שדהו בעדים אף דגובה ממשעבדי מ"מ אין כותבין בלי דעתו ולא ירדתי לבאר כ"ז רק כתבתי להראות דמצינו קפידא בזה:

ג) שטר זה שאתה מוציא עלי שלי הוא והחזרתי לך כשפרעת לי החוב. עיין כל האחרונים שהאריכו בזה ואך בענין מה שקשה על הטור דכ' דלכן אין יוסף ב"ש יכול להוציא שטר משום דיאמר שטר זה שלי הי' וכנ"ל והרי בגמר' אמרינן דאם אין כותבין שטר ללוה בלא מלוה מוציאין שט"ח זה ע"ז והרי עדיין שייך טעם זה החזרתי לך כשפרעת לי ונראה בזה דבר אמת ע"פ מה שכ' בהשלמה ש"מ לב"ב הנדפס עם חידושי המאירי וכ' שם בסוגיא זו דשני יב"ש בשם הרא"ש ומהנראה דזה הוא הרא"ש מטילטולא אביו של הטור כי ראיתי שמביא שם הרבה פעמים דברי הרא"ש וכ' דמה דאמרינן דפליגו באם כותבין שטר ללוה בלא מלוה לאו בכ"מ פליגו דהכל מודים דכותבין רק פליגו בכה"ג בשני יוב"ש ואחד כותב להלות לעצמו מיוב"ש השני ולהכי קאמר תנא דברייתא דאין כותבין משום דיכול להוציא מן המלוה ע"כ, והנה צריך להבין באיזה סברא פליגו דהרי אם הדין דכותבין ודאי דלא יוכל אח"כ להוציא ולמה קאמר דאין כותבין אף דבעלמא כותבין ונראה פשוט דתנא דמתני' סובר דאין לעשות בזה תקנה חדשה רק כותבין כמו בכ"מ ואף דודאי לא יהי' המלוה שוטה להלות על שטר זה דהרי יודע כמו שאין כותב השטר יוכל לתבוע ממנו דהרי העדים כותבין לו ואיך ילוה על שטר כזה מ"מ מה לנו בזה אין לעשות לזה תקנה ותנא דברייתא ע"כ דסובר דרצו לעשות לו תקנה שיוכל להלות לכן תקנו דאין כותבין להלוה בלא מלוה ואך עדיין אם יוכל לטעון שלך הי' ופרעת לי איך יועיל התקנה דעדיין יטעון כן ואיך ילוה וע"כ עליך לומר דגם טענה זו אין יכול לטעון והיינו דהרי המלוה יכול לקרוע השטר כשמחזירו ואמרינן לי' איך החזרת השטר שלם והרי ידעת כמו שאתה הלוית עליו לתבוע ממנו כן יוכל לתבוע ממך ואם לא קרעת נתחייבת בעצמך ולפ"ז לק"מ על הטור דודאי בש"ס הוצרכו לומר הטעם דכותבין ללוה בלא מלוה דזה הוא עיקר הטעם שלא רצולחדש שום תקנה וממילא יוכל לטעון כל טענה שירצה ורק הטור נקט טעם החזרתי לך השטר כשפרעת דלא תטעה לפרש כפשוטו ורק משום דשמא כתבו לו בלא מלוה וא"כ בנכתב בשטר שראו העדים נתינת מעות יוכל לגבות קמ"ל דגם זה לא מהני והטעם כנ"ל כיון דלא חידשו שום תקנה שיוכל להלות יכול לטעון כל טענה וזה נראה ברור. ולפ"ז נראה פשוט דאף להסובר דבלא קנין אין כותבין מ"מ יכול לטעון שטר זה שלי כמ"ש הטור ולדינא

מ"ש הנתה"מ דהעיקר כהש"ע ולא כהרמב"ם והטור לא אדע מנ"ל והתומים פסק דאין גובין ולזה שומעין שאמר כהלכה להחזיק ביד המוחזק:

ד) אא"כ באו עדי השטר ואומרים זה שהעדנו עליו. הש"ך ס"ק י"א הביא די"א דאף אם באו עדי השטר עצמם אין לו דין מלוה בשטר והתומים הקשה דכיון דקיי"ל ע"מ כרחי א"כ לא בעינן מוכח מתוכו א"כ למה לא יהי' עליו דין שטר ומ"ש הנתה"מ לא ברירא לי אך מה שנראה פשוט וכבר כתבתי בסי' מ"ד דכל דאין לו דין שטר כלל שאני א"כ ה"נ סברו הי"א והיינו דאינו שייך דלא בעינן מוכח מתוכו היינו היכי דיש חשש זיוף או שאין צריך רק לקיים ענין כמו בגט אבל שטר שיהי' לו קול ודאי דצריך שיהא בו שם הלוה וכאן הוי כלא נזכר בו שם הלוה כלל והסוברין דיש לו דין שטר הוא רק משום דיכולין לשלש ועיין קצה"ח הקשה על האומרין דיש לו דין שטר משום דעדיין יכולין לשלש והרי הלוה מוחה א"כ אין יכולין לכתוב שטר ונראה בזה ג"כ פשוט לפי מ"ש המחבר בסי' מ"ה דאף למחר וליומא אחרא ובלא דעת הלוה יכולין למלאות ברחוק שני שיטין וא"כ ודאי דיכולין לחדש בזה השטר עצמו לקיים מאחורי הדף וכדומה שידעו הכל כונתם ואין זה שטר חדש לומר דהוי מפ"כ והרי לעיל סעיף י' י"א דכל שטר בטעות כשר:

ה) דצריכין לכתוב שם העיר של לוה או מלוה בשטר וי"א דאין כותבין שם העיר. הב"י כ' דכן משמע מהר"ן דכ' דיבררו הלוה או המלוה מקום שהיו דרים ואז נאמר דמסתמא באותו מטבע הלוהו ואם לאו נותן לו המטבע מקום שהוציא השטר וכ' הרמ"א דודאי במקום שדר הלוה נעשה ההלואה ותמה התומים דהא ודאי לא הלך המלוה אצל הלוה וא"כ יותר י"ל דנעשה במקום המלוה וע"כ הר"ן איירי שהיו דרים במקום אחד אבל באין דרים במקום אחד מנ"ל שאין צריך לכתוב מקום דירת הלוה ומ"מ י"ל ג"כ הלוהו מטבע ממקום אחר ע"ש ונראה דקשה במ"ש דיבררו הלוה והמלוה מקום שהיו דרים בשלומא המלוה צריך לברר כיון שרוצה מטבע היותר גדול אבל כשאין מקום המלוה ידוע אם אין הלוה ג"כ מברר נותן לו מטבע במקום שמוציא השטר הרי ודאי כיון דצריך לכתוב מקים הלוה ונכתב בשטר מסתמא אמרינן דלא נעקר הלוה ממקומו כמ"ש הנתה"מ דכאן נמצא כאן הי' וכאן עוד עדיף חזקה דמעיקרא ולא הלך כלל ולמה צריך לברר דירת המלוה אלא ע"כ דאין כותבין שם מקום הלוה וקצרתי כי לא עיינתי בזה כעת בהעתקה:

ו) וכתבו שם העיר לא גרע מסימן. הקצה"ח ס"ק ו' הקשה דהתוס' בכתובות כתבו דאם לא הוחזקו שני יוב"ש לא דייקו העדים אף אם כתוב בשטר כהן רק היכי דהוחזקו ודאי דייקו וא"כ לפי דברי הרמ"א בתשו' דמסופק בשינה בשטר מקום הדירה אי מפסל וא"כ אם נאמר דלא נפסל וא"צ כלל לכותבו האיך הוי סימן עיי"ש ולא אדע קושייתו דודאי

כה"ג שבעיר האחרת יש עוד יוב"ש הרי אין לך הוחזקו יותר מזה דכתבו התוס' דודאי דייקו פשוט דבאופן הזה ודאי השטר פסול ואין לך פסול יותר מזה דכתבו בפירוש דיוב"ש השני מעיר האחרת לוה ולא איירי הרמ"א רק באין בעיר הכתוב יוב"ש וגם ידוע ע"י העדים איזה יוב"ש לוה ובזה צידד דאפשר דלא מפסלו סהדי משום דכתבו שקר וזה נראה כונת הרא"ש ג"כ בפ' הזורק שכ' בשינה מקום הבעל לא נפסלו העדים והביא ראי' מכתובות דאמנה שבשטר קמסהדי עיי"ש ונראה ג"כ דהיינו באין חשש שמא יוב"ש אחר הוא רק בהא דכתבו שקר ועיין ס"ק ח' מה שפרשתי דבריו. גם מ"ש הקצה"ח לפרש לשון הטור בשם רבינו ישעי' אינו נראה דא"כ מאי קאמר אף אם יש והי' צ"ל אם יש גם לשון אלמא שבטור הוא מלשון ר"י ולא מלשון הטור והפירוש הוא כמו שפירשו הטו"ז והפרישה ולשון הפרישה מתוקן יותר מלשון הטו"ז דו"ק כי קצרתי בזה ויבין המעיין בטור:

ז) הוי סימן. הקצה"ח ס"ק ז' הביא דברי הריטב"א דהקשה מעורר על השדה והוא חתום עלי' בעד דמשם משמע דלאו אכולה מילתא קמסהדי ותי' הריטב"א דהתם אין זה עדות דהוי מפ"כ והקשה הקצה"ח א"כ מאי בעי בכתובות בכהן אי אכולה מילתא קמסהדי והא הוי מפ"כ והנה כבר כתבתי בסי' כ"ת דשם מהני משום מיגו דמהני עדותן לעשותו מלוה בשטר ה"נ מועיל לראי' וליוחסין וא"כ נראה דזה דוקא דהתם מ"מ באין להעיד על הכהן שלוה וגם אין בזה העדות שום דבר שאינו מגוף הענין שייך מיגו אבל לעשות עדות שזה המיצר שייך לזה דאין זה כלל לעדותן ודאי לא שייך מיגו: ח) אבל אם כתוב בשטר אני יוסף ב"ש שליט וכו' אין זה סינון. התומים הקשה דדין זה הוא מדברי הרשב"א דהקשה קושיית התוס' בכתובות פ"ב דבעי אם כתוב בשטר אני פלוני כהן לויתי מפ' מנה וחתומי סהדי אי אכולה מילתא קמסהדי ומעלין אותו לכהונה או לאו והקשו התוס' ואי לאו אכולה מילתא קמסהדי א"כ איך בשני יוסף ב"ש יכתבו כהן מאי מהני שנכתוב כהן והרי הם אין מעידין על זה ותי' דבהוחזקו שני יוסף ב"ש ודאי אכילה מילתא קמסהדי אכן הרשב"א מתרץ דודאי אם יכתבו העדים יוסף ב"ש לוה ודאי אכולה מילתא אבל הכא בעי שהי' כת"י שכ' בלשון הלוה אני יוב"ש ובכה"ג לאו אכולה מסהדי וזה הוא דברי הרמ"א כאן והקשה התומים דבאה"ע סי' קכ"ת פסק הרמ"א בשינה מקום דירת הבעל יש להכשיר במקום עגונה כמ"ש הרא"ש ודברי הרא"ש הבאתי בס"ק ו' דדייק מדאמרינן בכתובות אמנה שבשטר קמסהדי ולאו אכולה מילתא וע"כ הרא"ש ס"ל כתי' התוס' דאי כהרשב"א הי' לו לחלק בין לשון העדים בין לשון הבע"ד וא"כ איך פסק כאן הרמ"א כהרשב"א ע"כ. והנה מה שמתרץ התומים אח"כ

דנוסח הגט הוא מלשון המגרש אין נראה כמו שהקשה בעצמו דא"כ איך כ' הרמ"א בסי' קל"ו דיכתבו כהן לסימן כיון דפסק כהרשב"א לא הוי סימן כיון דנכתב בלשון הבעל ולי נראה פשוט דגט שאני כיון דנוסח הגט כן הוא אף דאין הבעל כותבו ובפרט דמבואר באה"ע דלכתחילה אין לבעל לכותבו בעצמו א"כ לא שייך החשש שכ' הרמ"א כאן דהערים לכתוב כן והוי כאלו הוא בלשון העדים והדרא קושיית התומים אך לפענ"ד נראה דמה שדייק התומים דע"כ הרא"ש ס"ל כהתוס' מדהביא ראי' מכתובות אין נראה דא"כ איך מבית ראי' דלא נפסלו העדים הא שם הוא בעיא דלא איפשטא וא"כ פסולים מספק לכן נראה דודאי ראי' שלו הוא אף לפירוש הרשב"א דהנה כבר כתבתי בס"ק ה' דהרא"ש לא איירי שם אי אכולה מסהדי דאיירי דידעינן בודאי שהוא המגרש ורק איירי לענין אי נימא דהעדים פסולין דחתמו שקר והביא ראי' משם דודאי העדים לא נפסלו ואבאר בסמוך ואם יש לחוש בזה דהוי כהעידו שקר בזה פשוט דאין לחלק בין לשון הבע"ד ללשון העדים וכי שטר שנכתב בשקר בלשון הבע"ד אין העדים נפסלין וע"כ דאין מדקדקין בזה ומה דלא שייך לענין עיקר העדות אין לפוסלן א"כ אין חילוק בין לשון עדים ללשון הבע"ד ואך איך מביא ראי' משם כיון דהוא בעיא דלא נפשטא נראה פשיט דהא ע"כ לא בעי אלא אי מעלין ליוחסין אבל לענין עדים עצמן לא איבעיא לן ואדרבא לפי הדין דלא נפשטא יש ראי' גמורה דאם נאמר דיש ספק לענין עדים עצמן א"כ יפסלו העדים מספק ואי הכי ודאי מדקדקין כדי שלא יפסלו מספק וא"כ נעלה נמי ליוחסין וע"כ דהעדים ודאי לא נפסלו וא"כ ודאי יתפרשו דברי הרא"ש בין לשיטת הרשב"א בין לשיטת התוס' ודו"ק ואך באמת יש לי עיון בדברי הטור שפסק דמעלין ליוחסין בכ' אני פלוני כהן לויתי מפ' כהן ונקט גם גבי מלוה אף דעל המצוה ודאי דאין על העדים לדקדק ומ"מ הוי סימן ומשמע דסובר כשיטת הרמב"ן שהביא הש"ך דעכ"פ ודאי הוחזק לכהן אך מדברי הרא"ש לא משמע כן ואולי רק לענין תרומה קיל וצ"ע בזה:

ט) אבל אם משולשים בשטרות ולא בשובר על בעל השובר להביא ראי' הש"ך הביא דיש חולקין על דין זה והתומים הקשה מב"מ גבי מצא גיטי נשים ושוברין דחיישינן שמא נמלך ולא נתנן הא אמר תנו נותנין ורבה מוקי לה בהוחזקו שני יוב"ש ומ"מ מחזירין משום דאין השיירות מצויות והקשה דאיך נחזור שמא מצוה להחזיר כדי לאפקועי מיוב"ש השני ועיי"ש דלשיטת הרמ"ה ניחא וגם לשיטת הרמ"ה הקשה דלמה בשיירות מצויות אין מחזירין משום דהוחזקו ממ"נ אם אין משולשין בשטר בלא"ה יאמר הלוה איני חייב לך ואם משולשין בשטר שובר הזה לא יועיל לו כלום כיון דהשובר אינו משולש עיי"ש כי קצרתי בדבריו ודבריו הם כשגגה שיצאה מלפני השליט דבש"ס דאמר

הוחזקו שני יוב"ש היינו בשוברין איירי דהלוים הוחזקו וא"כ מאי הקשה דמצוה להחזיר לאפוקי מיוב"ש השני ופשוט דרק מחשש שמא יוסף ב"ש השני אבד שובר וקאמר רבה כיון דאין שיירות מצויות אין לחוש שמא גם יוב"ש השני אבד ואם שיירות מצויות אין להחזיר ומה זה ענין למשולשין דמ"ש הש"ע כאן דאם משולשין בשטר ואין משולשין בשובר היינו דהמלוים משולשין בשטר ובשובר אין ידוע אם זה המלוה נתן השובר בזה קאמר הרמ"ה והש"ע דעל הלוה להביא ראי' דשמא יוב"ש השני נתן לו זה השובר ושם בש"ס איירי בהלוה ובזה אף אם הלוה משולש בשטר ולא בשובר מ"מ כיון דהוא המוציאו יכול לפטור עצמו ואין המלוה יכול לומר שובר זה אינו שלך דהרי הוא מוציאו ואף מלוה יוב"ש שהוציא שטר אין יכול לומר ליוב"ש השני אני חייב ושפיר בשיירות מצויות אין להחזיר וטעות פלטה קולמוסו:

י) ונמצא לאחד מהן שדה שקנה מיוסף ב"ש השני או שהיו שותפים לא יוכל לגבות ממ"נ וכו' לפי שאין נכסי ב"ח משועבדים רק מטעם ערב. והנה לכאורה קשה למה צריך לזה בלא"ה כיון דאין יכול לגבות מהלוה אף אם מודה שלוה וטוען פרעתי נאמן וא"כ נטעון ללוקח וצ"ל דמיירי תוך זמנו ואף דגם תו"ז מהני מיגו מ"מ י"ל כיון דיש מקום לגבות מכח ממ"נ נתבטלה המיגו אבל אחר זמנו דכבר הי' הלוה נאמן במיגו דפרעתי נראה ודאי דלהלוקח אף מיגו לא צריך רק כמו דטענינן ליתמי החזרתי כיון דהי' אביהם נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו שוב החזרתי עצמה טענה מעלייתא אף דאין טוענין עבור יתומים נאנסו וה"נ אף דכעת אחר שלקח נתבטלה המיגו מ"מ כיון דהלוה הי' נאמן במיגו שוב טענינן ללוקח כן נראה לכאורה ועדיין צ"ע:

והנה הרמב"ם השמיט שני דינים אלו ותמהו עליו דהו ש"ס ערוך בבכורות (ד' מ"ח) דבלשון ראשון אמר ר"י זאת אומרת שני יוסף ב"ש שלקחו שדה בשותפות ב"ח גובה מהם ודחי רבא מכדי נכסוהי דבר אינש ערבין ובלישנא בתרא אר"י יוב"ש שלקח שדה וכו' ודחי ג"כ רבא כנ"ל ולמה השמיט הרמב"ם כ"ז ואך לפי מ"ש יש ליישב קצת דהא דקאמר רבא נכסי דבר אינש אינון ערבין לכאורה אין מובן דהרי כל אדם מנכסיו וכבר עמד בזה התומים דמה תעשה למ"ד למפרע הוא גובה ומה שייך בהם לא יפרע מהערב תחילה אך י"ל דכונת רבא כיון דהם ביד הלוקח ואין נפרעין ממשועבדים במקום שיש ב"ח והיינו דהם רק ערבין דעיקר החוב על הלוה וכיון דהב"ח יכול לטעון שפרע שוב טענינן ללוקח א"כ אין כאן חידוש בדברי רבא דפשוט דהיכי דיכול לטעון פרעתי טענינן ללוקח לכן השמיט זה הרמב"ם ואף לישנא קמא נראה דהכונה כן דסברת ר"י הי' דהב"ח גובה ממ"נ דהרי מגיע לו חצי השדה ממ"נ ואף. דכ"א יאמר אני לאו לוה שלך אני ולמה

אפסיד אני מ"מ יאמר המלוה מה לי להפסד שלך כיון דודאי יש לי שעבוד על השדה ורבא דחי כיון דהשני יפסיד שוב הוי כנכסים משועבדים ואין גובין היכי דיכול לטעון שפרע כן נראה קצת ועדיין צ"ע וגם יש לעיין אם בבכור שייך כן דמייתי זה אבכור. גם יתפרש דאתינא מגברא דלא מצית לאשתעי דינא בהדי' ואהדר שטרא למרי':

יא) נמצא הערב ליוסף ב"ש. הסמ"ע כ' וז"ל פי' דנעשה ערב בשביל שניהם ולא זכיתי להבין למה לא פירש כפשוטו דנעשה ערב בשביל אחר וגם לפי מה שכ' האחרונים דאיירי דהערב אינו יודע אם הלוה ליוב"ש זה שערב עבורו ע"כ פשוט דהיכי דערב בשביל שניהם חייב:

סימן נ

א) שטר שכתוב בו לויתי ממך מנה וכו'. התומים הקשה למ"ד דבעינן מוכח מתוכו והרי כאן אין מוכח מתוכו מי הוא המלוה ואף דהוא מוציא השטר והוא בידו מ"מ הרי בגיטין אמרינן דאף דהגט בידה לא הוי מוכח מתוכו ע"כ ולדעתי פשוט דאין לדמות שטר לגט (התומים בעצמו הרגיש דיש איזה חילוק) דבגט דבעינן ספירת דברים ובדיבור לא מגרשה צריך שיהא מוכח בשעת הכתיבה ואם אינו מוכח אין זה גט אבל שטר דלא בעי לשמה והגע עצמך בכותבין שטר ללוה בלא מלוה אף בנכתב שטר המלוה עדיין אין ידוע אם ילוה ויקנה השעבוד וא"כ אין השעבוד מוכח מתוך השטר וכן הנתה"מ לקמן סי' נ"א כ' דאין עדי חתימה עושין כלום והעיקר בעת שבא השטר ליד המלוה ואז הרי מוכח דהוא המלוה ואך לכאורה י"ל לאביי דעדיו בחחומיו זכין לו אם אינו מוכח לא זכו רק בשטר הקנאה לא בעינן מוכח מתוכו דבקנין אין מוכח כמ"ש התומים אכן ודאי העיקר נראה כיון דהלוה מתחייב למי שיוציא השטר לא בעינן רק שיהא מוכח מי הלוה ובפרט להסוברים דאביי אתיא אף אליבא דר"א ורק כי כן הי' תיקון חכמים שיזכו לו ופשוט והנתה"מ לעיל סי' מ"ט ס"ק ח' כ' דאף בגט ואף לר"מ כיון שהוא מוציאה הוי מוכח מתוכו והביא ראי' מר"פ כל הגט דבס"ד דלא ידע דמחני' ר"א ומ"מ לא פריך הא בשתי נשים דשמותיהן שוות הא לא מוכח מתוכו רק הקשה דניחוש לנפילה משמע דאי לא חיישינן לנפילה הוי מוכח מתוכו והיינו משום דהיא מוציאה הגט ע"כ והוא נגד כל הפוסקים דמבואר מדבריהם דלר"מ לא מצי לגרש עיין באה"ע סי' ק"ל וסי' קל"א ובב"ש שם ומפרשי דגם בס"ד ידע דמתני' ר"א ורק דמשני ר"א הוא דצריך להביא ע"מ לכן לא חיישינן לנפילה:

ב) אלא מאחר נפל ומצאתיו. הנתה"מ הקשה למה נקט כן ולא נקט ממני נפל לכן כ' דדוקא מאחר נפל נאמן במיגו דפרעתי אבל הלוה כיון דכתוב בי ממך ויכול כל אחד

להוציאו זהיר בו ולא מהני מיגו עיי"ש והסברא תמי' למה המלוה אינו זהיר בו כמו הלוה כיון דהלוה עליו והלוה לא יצטרך לעלם לו גם מ"ש לחלק בין הך לסי' מ"ו דנאמן הלוה ממני נפל במיגו דמזויף וכ' דשם סמך דיוכל לטעון מזויף אבל כאן שמא יתבענו בלא שטר ויטעון להד"ם ואח"כ יוציא השטר ויהי' מוחזק כפרן דבריו תמוהים דכיון דיוכל לטעון לא לויתי ממך איך יהי' מוחזק לכפרן אף אח"כ יאמר שנפל מאחר ומצאתיו ובאמת אמרתי להד"ם אך נראה פשוט הא דנקט מאחר נפל לרבותא אף דמודה דחייב בשטר זה ולא הוי כ"כ חזקת ממון מ"מ נאמן וגס א"צ לומר ממי לוה ודאי הוא רבותא גדולה דא"צ לברר ועוד דודאי אם יהי' הדין בינו לבין האחר יהי' הוא נאמן מחמת חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו מ"מ נאמן הלוה ופטור כ"ש בטוען ממני נפל שהוא מוחזק דנאמן. ובזה נראה דגם מה שהביא דהתומים כתב בשם בעה"ת דבשני יוב"ש אינו נאמן לומר מיוסף ב"ש השני לויתי וממנו נפל משום דהוי נפילה דיחיד והא לעיל סי' מ"ו אף בנפילה דיחיד נאמן היינו מה"ט כיון דמודה דחייב והדין בין המלוים נאמן המוציאו היכי דהוי נפילה דיחיד אבל בסי' מ"ו דהלוה מוחזק אף בנפילה דיחיד נאמן ודו"ק:

ג) הש"ך פ"ק ז' כ' דאף אם המלוה כ' השובר וידוע לעדים שפרע לא הפסיד הלוקח רק בשובר בעדים דאית לי' קלא וכבר השיגוהו האחרונים דהא נמחל שעבודו ואך הש"ך נראה דסובר דזה השעבוד שהי' להלוקח בו דהרי נשתעבד אף לו לא נמחל והא דשובר בעדים מבטל לי' הוא משום דיש גם להלוה שעבוד על השטר דצריך המלוה להחזיר ולא גרע מקנה שעבודו ומה שהקשה הקצה"ח דהרי אף מוכר שדהו בעדים בלא שטר אמרינן כיון דלא שייך מאן דיזיף בצנעה יזיף אית לי' קלא ע"כ לק"מ דכי נאמר בכל לוקח מטלטלין דאית לי' קלא רק בשדה דזבין בפרהסיא ולא לכל דבר יש קול ואך לדינא ודאי הנכון עם האחרונים שהשיגו עליו אך בממרני שהי' נהוג ביניהם אפשר דהוא כמו באנקענאטען שלנו ושייך בי' תקה"ש וכשפרע כ"ז שלא קיבל בחזרה הממרני הוי כזה גובה וזה גובה:

ד) אם כתב. הש"ך ס"ק ת' כ' דה"ה במי שחייב עצמו למי שילוה לפלוני דמשתעבד ולכאורה צ"ע דלקמן סי' קכ"ט ס"ק י' כ' הש"ך בשם מהרשד"ם דאם כתב בכת"י כל מי שיתנדב להלות לפלוני אני ערב לא נשתעבד ואך ראיתי בקצה"ח שם שכ' הטעם דערב לא נשתעבד רק על תנאי שבאם הלוה לא יפרע ולכן צריך שליחות ובאומר כל המתנדב לא הוי שליחות לכן לא מהני עיי"ש ולפ"ז יש לומר דכאן דחייב עצמו בלי תנאי לא בעינן שליחות לכן משתעבד ואך הנתה"מ שם חולק על הקצה"ח וע"כ דסובר בטעם המהרשד"ם דכיון דלא ציוה לאדם פרטי חן לפלוני לא הוי ערב באמת קשה גם

כאן למה נשתעבד. והנה באה"ע סי' ל"ז גבי אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קדושיך הביא הב"ש ס"ק ז' דברי הרמב"ן דלכן מהני דהוי כאומר כל מי שיקדשה הוי כנתן לי וכ' הב"ש דה"ה דמהני מטעם ערב רק הרמב"ן הוצרך לומר דהוי כנתן לי משום קדושי שטר דלא שייך ערבות הרי דסבר דאף בלא פרט אדם הוי ערב אך הר"ן והרא"ש שם בדין זה כתבו דכיון דלא דיבר להמקדש לא הוי ערב רק דהוי כבאה הנאה ליד האב דלא גרע מאמרה תן לכלב דאם הי' כלב שלה מקודשת ובחידושי שם כתבתי דנראה דגם הרמב"ן סובר כהר"ן ורק הב"ש דייק מהא דכ' הר"ן בשם הרמב"ן דאף בכלב של אחר מקודשת וע"כ דלא בעי דימטי הנאה לידו ושייך בי' ערבות וא"כ למה הוצרך לומר דהוי כנתן לי לכן כ' דמשום שטר נקט לה אכן כתבתי מדכ' הרמב"ן גבי שלח קטן לגבות חובו דכ"ז שלא אמר והפטר חייב וכן בזרוק מנה לים ואקדש לך כ' הרמב"ן דהוי כמו והפטר עיין לקמן סי' ק"כ משמע דלא מיקרי ערב בלא באה הנאה לידו רק הא דלא מתקדשת בקטנה מטעם ערב הוא משום דלא דיבר להמקדש קשה למה ישתעבד כאן ויש לחלק דכאן דיבר בכתב וכל הקורא את כתבו ומלוה הוי כמדבר עמו אבל שם לא דיבר רק עם הבת ואף לקמן סי' ש"פ מביא הרמ"א המחלוקת אם שייך ערב בלא מטא הנאה לידו:

סימן נא

א) הוציא עליו שט"ח בע"א וכו' וי"א שגם אם טען פרעתי נאמן בשבועה. הש"ך ס"ק ג' כ' דר"ל שבועת היסת והוא מדברי הרשב"א דאף דסובר דע"א בכתב זוקק לשבועה מ"מ שטר בע"א לא שייך שטרא בידי' מאי בעי והכנה"ג הקשה דגם בטוען להד"ם למה ישבע ש"ד יהא נאמן במיגו דפרעתי ונראה דכמו דלא אמרינן מיגו נגד עדים ה"נ לא אמרינן מיגו נגד ע"א דע"א לשבועה הוא כמו שנים לממון ומה שפלפלו התוס' בנסכא דר"א דיהא נאמן במיגו היינו אם אינו מכחיש העד ויש לו מיגו להכחיש. שוב מצאתי בנה"מ כן בכללי מיגו:

ב) שטר וכו' ונמצא ע"א מהם קא"פ וכו' וי"א שדינו כשטר שאין תחום בו אלא ע"א. התומים הקשה על דיעה זו דלמה לא יפסול מטעם מזויף מתוכו והנתה"מ ס"ק ד' כ' דאף ביש הרבה עדים למה לא נפסל מטעם מזויף מתוכו וע"כ משום דכבר נתכשר בעדות של הכשרים והוי כנחקרה עדותן בב"ד לכן לא מיגרע מה דחתם הקרוב וה"נ בשטר בע"א עיי"ש ולא ברירא לי דהא אף בחתם הקרוב קודם הכשר אם ידעינן דהי' בלא ציווי של הבע"ד כשר וגם מה יעשה לשיטת הרי"ף דלא הוי כנחקרה עד שיצא מתחת ידם ומסרוהו למלוה וצ"ע:

ג) והעדים קרובים לאחד ממקבלי המתנה וכו' וכן אם היו כתובים בשטר ב' או ג' דברים ונתבטל לדבר אחד השאר לא נתבטל. בס' שע"מ תמה למה דחו דברי הירושלמי דסובר שטר שנתבטל מקצתו בטל כולו אף אם נפרט כל אחד בפני עצמו עיי"ש שהאריך ולא ידעתי קושייתו דהא הירושלמי תלה דין זה בעבד שהביא גיטו וכתוב בו עצמך ונכסי ולמ"ד דלא פלגינן דבורי' בטל השטר אבל למ"ד נאמן על עצמו ואינו נאמן על נכסיו ה"נ פלגינן דבורי' וא"כ הרי בש"ס דילן בגיטין (ד' ט') פליגו אביי ורבא בהדיא על הירושלמי וסברו דעבד שהביא גיטו עצמו קנה נכסים לא קנה וכן בשטר שיש בו ריבית משמע בהדיא דאף דנתבטל קצח השטר לא נתבטל כולה והיינו מטעם דהאי לחודא קאי כמ"ש בש"מ בב"מ (ד' ע"ב) ועיין מ"ש לקמן סי' נ"ב אך זה דצ"ע בעיני על הירושלמי דהא בעבד שהביא גיטו הטעם דנכסיו לא קנה הוא משום דלא נתקיים אך לעצמו נאמן בפ"נ וא"כ קשה דהא בירושלמי אמר הא דע"א בכתב דמהני היינו ביש בשטר שני עדים ומצאו לקיים כת"י של אחד ולא של השני הרי דאף דלא מצאו לקיים לאו נתבטל מיקרי ולמה בעבד ע"י שלא נתקיים נקרא ביטול ולכאורה הי' נראה לפי מ"ש בעה"ת הביאו הב"י דשטר שנכתב בלשון בפנינו עדים דמוכח דהיו שנים שוב לא הוי מפ"כ אף דחתם ע"א וא"כ ה"נ בשטר בשני עדים ולא נתקיים רק אחד עכ"פ הי' הלשון ניכר דהעד חתם אדעתא דשנים ודוחק. ושוב ראיתי בתומים בשם הרמב"ן והר"ן דכתבו דלא נתקיים לא הוי כנתבטל: ובעבד שהביא גיטו י"ל דשאני דכיון דהוא מכת דלא מהימנינן לי' אין סברא שנאמינו לזה ולא לזה אכן בירושלמי הרי אמר דאף באלמנה שמכרה לזה במנה ולזה שוה דינר ומנה במנה כיון דנתבטל מקצת בטל הכל:

סימן נב

א) שטר שיש בו ריבית מפורש גובה את הקרן. התוס' הקשו הא העדים פסולין ותי' דלא תשימון לא משמע לאינשי דקאי על העדים ועיין קצה"ח הקשה בשם המ"ל דהא אין העדים לוקין וא"כ לא נפסלו ומאי הקשו התוס' ולא ידעתי דהא אף בלאו שאין בו מלקות עכ"פ מדרבנן פסולין ומבואר לעיל סי' ל"ד בסמ"ע וש"ך בשם הנ"י דלאותו עדות א"צ הכרזה ושפיר הקשו. שוב מצאתי שכן מתרץ המ"ל. ועיין בס' ים התלמוד מתרץ מה שהקשההרמב"ן על

תירוץ של התוס' דילמא ידעו האיסור ומ"מ חתמו ואיך נוציא ע"י עדים אלו ותי' בס' הנ"ל כיון דהריבית מפורש ואין כאן חשש שמא יבוא לגבות וכל הענין משום דעשו שטר ואם נאמר דהעדים פסולין א"כ לאו שטר הוא א"כ ממילא כשרים וצריך לאוקמי השטר אחזקת כשר והנה כ"ז ע"ד חידוד דהרי גם התוס' כתבו דהעדים פסולין והטעם

דהרי זה הוא האיסור שאסרה תורה וכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד לקי אף אי לא מהני ואך מ"מ העתקתי דבריו דיהי' נ"מ באופן דיהי' השטר פסול בלא"ה יהיו העדים כשרים כמ"ש התוס' פ' מרובה גבי שחיטה שאינה ראוי':

והנה הקצה"ח הביא דברי הרש"ך בענין קהל שעשו חרם שלא יהי' שום עד בקידושין אם לא יהי' החכם שם וכ' הקצה"ח דהוי קידושין כיון דהעדים לא נפסלו רק אח"כ והנתה"מ חולק ולפענ"ד נראה בזה כסברא שכתבתי בשם הים התלמוד כיון דאם נאמר דפסולין שוב לא הוי קידושין וא"כ ממילא כשרים בשעת הקידושין ואף דהוא סברא דסותרת זא"ז דאם נאמר דהוי קידושין א"כ ממילא הם פסולין מ"מ כיון דבזה לא שייך דזה הוא האיסור שאסרה התורה וכך הי' החרם שלא יהיו אצל הקידושין א"כ ע"כ כן הי' כונת החרם שיהיו הקידושין חלים ויהיו נידונים כעוברים על החרם ממילא הקידושין כשרים ולא נפסלו עד אחר הקידושין כן הי' נראה מסברא אך אחר כאשר עיינתי בזה ראיתי כי לא דבר חדש הוא ומבואר בהקדמונים דמצינו כה"ג פ' המגרש גבי ע"מ שלא תנשא לפלוני והקשו הראשונים כיון דנשאת אם נתבטל הגט לא תלו הנשואין א"כ אין כאן נשואין ולא נתבטל התנאי וממילא הגט קיים ותי' הר"ן דהי' התנאי שיהא מקום לנשואין כדי שיתבטל הגט והה"מ מתרץ דלא הי' כונתו רק אם תנשא כדרך הנשואין והנה לשיטת הר"ן בודאי גם בחרם הי' הכונה שיהי' מקום להחרם לחול והיינו שיהיו קידושין אכן לדברי הה"מ י"ל דהי' הכונה שבאם רק יהי' כדרך קידושין יחול החרם וא"כ מצינו פלוגתא בזה: ב) גובה את הקרן. הש"ך ס"ק א' כ' דערב הוי דומיא דעדים ולשיטת התוס' לא נפסלו ולשיטת הרמב"ן הערב ג"כ פסול ולפענ"ד צ"ע בזה דהרי ע"כ צ"ל דהרמב"ן סובר דהעדים לוקין או מטעם דלאותו עדות נפסל וא"כ בערב דמבואר בש"ס דאיכא גבי' קום ועשה ומבואר ברמב"ם דלוה ומלוה לא לקו מה"ט אף דעבדו שומא וא"כ ה"ה הערב לא לקי ואף דהמלוה ולוה פסולין היינו דבדידהו הוי איסור דחימוד ממון דלא בעינן מלקות לפסול אבל הערב דליכא גבי' חימוד ממון כ"ז שלא הכריזו עליו אינו נפסל: ג) אבל אם כלל הקרן עם הריבית פסול. הש"ך ס"ק א' מביא בשם הג"ת דבריבית דרבנן שכללו עם הקרן לא קנסו ולא נפסל השטר והשע"מ וגם בהגהות רע"א הובא בפתחי חשובה כתבו דמדברי התוס' משמע דאין חילוק ונראה להביא ראי' להנ"ח מהא דמצינו גבי עכו"ם שהלוה מישראל ונתגייר ואחר שנתגייר זקף עליו במלוה הקרן והריבית גובה הקרן ולא הריבית עיין יו"ד סי' קע"א ועיין רש"י פירש שעשה שטר וזקף הקרן והריבית והרי משמע דגובה הקרן אף דכללו ביחד ויש לדחות בכמה אופנים או דשם לא קנסו או דידוע מהריבית ודו"ק. וכ' הש"ך דאם קודם שנראה

בב"ד כתב עליו שטר זה לא ניתן לגבות רק קרן כך וכך כשר ולפענ"ד צ"ע בזה דהרי כ' הש"ך סי' מ"ה ס"ק י"ד דאם השטר ניתן להכשיר אז פשוט דגובה מב"ח ולמה כאן אם אין הלוה מודה לכ"ע אין גובין ועיין לעיל סי' מ"ג מ"ש וצ"ע:

ד) וי"א דפטור דקנסינן וכו'. הש"ך השיג ע"ז דליכא למ"ד הכי ועיין תומים הביא דברי הגהות מרדכי שכ' וז"ל וא"ת במאי גובה הקרן ע"י שטר זה אי בעדים בשלומא למ"ד פלגינן דבורא א"ש אלא למ"ד לא פ"ד בפ"ק דסנהדרין במאי קנה לכן פירש בו מה שפי' נגד דברי הש"ך ואכן פשוט דט"ס הוא במרדכי ובמקום פ"ק דסנהדרין צ"ל פ"ק דגיטין והיינו גבי עבד שהביא גיטו ואיכא למ"ד התם דשטר שבטל מקצתו בטל כולו וכמו שהארכתי לעיל סי' נ"א והבאתי ג"כ דברי הש"מ דחלה דין שטר שיש בו ריבית בדין דבטל מקצתו וכ' דלא בטל כולו וא"כ אדרבה מבואר בהג"מ דלדידן דלא בטל כולו פשוט דגובין בו וכדברי הש"ך והוא ברור אכן דברי הש"ך צ"ע בעיני דדברי הרמ"א הם נובעים מדברי הגהמ"ר וכ' הש"ך דמ"ש הגהמ"ר דאף אם הלוה מודה היינו רק שמודה שהשטר נכתב בידיעתו דדברי הגהמ"ר הם מדברי התוס' והתוס' ע"כ צ"ל כן דמודה בשטר אבל אינו מודה דחייב והביא דברי התוס' ב"ב (ד' קנ"ז) והיינו דהתוס' שם דייקו דכמו ר"ל דמוקי מתני' דשט"ח המוקדמין פסולין כר"מ וע"כ דהיינו דאף מב"מ אינו גובה ה"ה לר' יוחנן וכונתם דה"א ר"י ור"ל לא פליגו בפרושא דפסולין גבי שט"ח המוקדמין וע"כ דאין כונת התוס' דמודה דחייב דהרי התוס' עצמם בהמניח כ' ר"י דשט"ח מוקדם גובה מב"ח ועוד האיך מייתי התוס' אח"כ ראי' מדתנן המוציא שטר שיש בו ריבית יקרענו ומנ"ל משם דאף אם הלוה מודה לא ישלם וע"כ דאין כונת התוס' רק דמודה בשטר וטוען דאינו חייב כן תוכן כונת הש"ך ולא זכיתי להבין ודבריו תמוה לפענ"ד דהרי גם הש"ך בתחילת דבריו כ' דלר"מ דקנסינן היתרא אטו איסורא פשוט דאף אם הלוה מודה פטור וא"כ כיון דכתבו התוס' דר' יוחנן לא פליג בפירוש הברייתא אריש לקיש דמוקי כר"מ א"כ ע"כ דסברי דאף בהלוה מודה פטור ומה שהביאו התוס' ראי' ממצא שטר שיש בו ריבית הוא משום דלא רצו להביא ראי' רק דלא גבי אף מב"ח וזה הי' פשוט להם מסברא והיינו כיון דמצא שטר שיש בו ריבית ע"כ היינו דפירש בו הריבית איירי וגם העדים אינם נפסלין ולמה לא יגבה מב"ח כיון דידעינן דהעדים אינן משקרין וע"כ מטעם קנם הוא א"כ ממילא פשוט דאף הודאתו לא מהני והתוס' אינם סוברים כלל לחלק בין מודה או לא וא"כ ודאי הנכון עם הרמ"א דהתוס' סוברים דאף באם הלוה מודה פטור אכן לדינא ודאי הנכון עם הש"ך דהא הר"י עצמו בתוס' המניח חזר בו וכ' דאין לדמות

מוקדם לשטר שיש בו ריבית וא"כ לרבנן אף בשטר שיש בו ריבית לא קנסו דהרי התוס' לא עלה כלל על דעתם רק לדמות מוקדם לשטר שיש בו ריבית אליבא דר"מ:

סימן נג

א) מי שיש לו שטר. עיין בס' שע"מ דהביא דהרדב"ז כ' בשם הרמב"ם דמי שיש לו שטר בדיני ישראל יכול לכוף את הלוה שיתן לו שטר בערכאות כדי שיהא יותר בטוח ע"כ. והנה לכאורה בתוס' פ' החובל לא משמע כן דכתבו דאין האשה חייבת לעשות להנחבל קיומים שלא תמחול אך נראה דיש לחלק בין לוה לניזק דהרי גדולה מזה כתבו הע"ש והב"ח דמלוה יכול לכוף הלוה שהלוה ע"פ לעשות לו אח"כ מלוה בשטר עיין לקמן סי' ע"ג בסמ"ע וש"ך ועיין שם בטו"ז והרי זה ודאי יותר ריעותא להלוה לשעבד נכסיו שלא יוכל למוכרם וע"כ דהוא מטעם לא שדי אינש זוזי בכדי ודעתו הי' על כל קיומים שאפשר אך קצח צ"ע דהא לקמן סי' ס' כ' דאם כתב השטר על שם אחר והתנה עם הלוה שבעת שירצה יחזירם על שמו חייב ליתן לו שטר על שמו משמע דאם לא התנה אינו יכול לכופו לעשות לו אף דבזה יהי' בטוח יותר ויש לחלק אך זה ודאי נראה דהוצאות הערכאות אינם על הלוה אף דממלוה ע"פ לעשות שטר לדברי הע"ש והב"ח ודאי דהוי שכר הסופר על הלוה כמו בכ"מ אבל הוצאות ערכאות לא הי' דעתו:

ב) ואמר עשה לי שנים מחמשים חמשים וכו' אלא מרצון הלוה. הש"ך ס"ק ב' הקשה דאף מרצון הלוה ניחוש שמא חייב גם לאחרים ונותן לו ב' שטרות שיגבה ב' חלקים כשאין לו לפרוע עיי"ש ולפי מ"ש לעיל סי' מ"ג דהיכי דדיעבד אם גבה גבה ולא יהי' גזל בידו לא חיישינן לקנוניא וא"כ ה"נ הרי אם גבה גבה. שוב מצאתי בתומים סי' ק"ד מתרץ כן תה"ל:

סימן נד

א) מי שפרע מקצת חובו אם רצה המלוה ב"ד יעשו לו שטר ממה שנשאר ואם רצה יכתוב שובר. הסמ"ע הביא דברי הע"ש דכתב דלפעמים ניחא לי' למלוה בשטר חדש משום דיצא קול על שטרו דהוא פרוע ופעמים ניחא לי' בשובר שלא לגרוע כח שטר הראשון ותמה הסמ"ע דהא בש"ס גבי שיש לו שטר של מאה ורוצה ב' שטרות או להיפך המבואר בסי' שלפני זה מבואר בש"ס הטעם דלפעמים ניחא ללוה דלפגום שטרי' ופעמים ניחא לי' שלא לכופו לפרוע וא"כ ה"ה להיפוך יש נחיתא זה למלוה דלפעמים ניחא לי' דלא לפגום שטרו ופעמים ניחא לי' לכופו לפורעו ולמה ביקש הע"ש נפקותות חדשות ע"כ ונראה דדברי הע"ש הוא מדוקדק מאוד דהנה גבי שני שטרות של חמשים ורוצה שטר על מנה דאמרינן בש"ס דניחא לי' ללוה שלא לכופו לפרוט אמת דהרשב"ם

מפרש דיחוש הלוה שיאבד שוברו וימהר לפרוע אכן הרמב"ם מפרש שלא יכופו לפרוע לו בב"א ועיין בש"ך לקמן סי' ע"ד שמפרש דר"ל שהלוה דעתו לפרוע לו תוך הזמן ואז יכול לפרע חצי בע"כ של מלוה עיי"ש ס"ק י"ז וא"כ ע"כ הכא דהמלוה מקבל חצי ואינו כופיהו לפרוע הכל בפעם אחת וא"כ מאי שייך ניחא לי' לכופו לפרוע וע"כ הוצרך לנ"מ אחרת וכן ברישא דאמרינן בש"ס ניחא לי' ללוה דלפגום שטרו ופירשו דהיינו אם יפרע חצי ויודה המלוה יצטרך לשבע הוא דוחק מאוד דהא לעולם הברירה ביד הלוה שיאמר לו אישתבע לי דלא פרעתיך אך נראה כונתם בתוך זמנו דאין הלוה יכול לומר אישתבע לי אבל בפוגם סובר דאף תוך זמנו צריך לשבע אכן כאן לא שייך כן דניחא לי' דהרי מסתמא לא יפרענו תוך זמנו דזה לא שייך רק בלוה דיודע שרוצה לפרע תו"ז לכן פירש הע"ש דנ"מ לו ביצא קול על שטרו דפרוע אך נראה דגם בש"ס יש לפרש כן להסוברים דאף פוגם א"צ לשבע תו"ז ורק מפרש דניחא לי' דלפגום שטרו דניחא להלוה שיצא קול דכבר פרע השטר ולא יזיילו נכסיו ואדרבה קשה לי עוד על פרושם למה הוצרך לומר דניחא לי' דלפגום ולמה לא קאמר דניחא לי' דלא לפשי' שטרי' עלוהו כמו שמצינו זה סוף אלמנה ניזונת גבי זבין לי כורא וזבין ליתכא אך לפי מה שפרשתי ניחא דשם דלא לפשי' שטרי' פרש"י ויזיילו נכסי וא"כ זה גופי' קאמר הכא עוד ביותר דלפגום ויצא קול שפרוע ולא יזיילו כלל:

ב) אבד לו השטר וכו' יכתוב לו שובר. הנתה"מ האריך במה שהקשה מ"ט דמ"ד אין כותבין שובר ומ"ש ממשכון דנשבע המלוה שנאנס וגובה חובו ומתרץ ע"פ דברי הר"ן פ' שבועת הדיינים גבי הלוה אומר שלש הי' שוה והמלוה אומר שתים הי' שוה דנשבע הלוה והקשה הרמב"ן דהא אם הי' ידוע שהמשכון ביד המלוה א"צ הלוה לפרוע וא"כ הוי הלוה א"י אם נתחייבתי ופטור מכלום ומתרץ כיון דהחוב הוא ודאי הוי כא"י אם פרעתיך והר"ן כ' דהלוה חייב לפרוע דינר הרביעי אף אם המשכון תחת יד המלוה וכ' הנתה"מ דבשוה המשכון מודה הר"ן דהוי א"י אם פרעתיך דהמשכון הוא בשביל החוב ולפ"ז בשלומא משכון השוה הוי א"י אם פרעתיך אבל שטר הא אינו שוה הוי כמשכון דאינו שוה דהוי א"י אם נתחייבתי ע"כ וכל דבריו תמוהין לפענ"ד דהא כ' בתחילה בשם הר"ן דמשכון שאינו שוה חייב השאר אף אם המשכון ת"י א"כ גם שטר דאינו שוה חייב הכל ורק כונתו דשטר כך הוא התנאי שכ"ז שלא יחזירו לא ישלם וא"כ לא הי' צריך להאריך אך תימה חדא דא"כ מ"ד בגמר' דא"י אם נתחייבתי חייב למה א"צ לשלם למ"ד אין כותבין שובר וכי יסבור דפליגו בהא ועוד תימה דלפי דבריו בנאנס משכון שאינו שוה פטור להר"ן מה שכנגד המשכון דהוי א"י אם נתחייבתי גם קשה למה לא הקשה

הרמב"ן רק למה צריך לשבע על דינר הג' ולא הקשה למה צריך לשלם דינר הרביעי והמעיין בדברי הר"ן יראה דלא כ' הרמב"ן כלל דהוי א"י אם פרעתיך ויען כי לפענ"ד במחכ"ת לא ירד הנתה"מ לדברי הרמב"ן והר"ן לכן מוכרח אני לפרש מה שבין הרמב"ן והר"ן ולא אעתיק דבריו מפני האריכות והוא דודאי אין חילוק ביניהם דודאי אם פשע המלוה יפרע הלוה העודף ואם נאנס ישלם הכל דהא המלוה נאמן ע"ז בשבועה שנאבד ולא הקשה כלל הרמב"ן דיהי' הלוה א"י אם נתחייבתי רק הרמב"ן הקשה שם ע"פ הכלל שכ' שם אח"כ והיינו היכי דהמלוה טוען נ' דהלואה וחמשים דחבלה אף דעל החמשים דחבלה נאמן המלוה בשבועה מ"מ לא הוי הלוה מודה במקצת כיון דעדיין אינו חייב לו עד אחר שבועת המלוה וה"נ הרי כ"ז שלא נשבע המלוה דנאבד המשכון א"צ הלוה לשלם וא"כ למה יהי' הלוה מודה במקצת וע"ז תי' דכאן הלוה מודה בעיקר החוב ול"ד לחמשים דחבלה דהנתבע כופר הכל וכונתו דאף דא"צ לשלם עד אחר שישבע מ"מ החוב אינו כופר וזה מדויק בדבריו שכ' שהם שני דברים ור"ל כיון דאינו כופר בעיקר החוב א"כ כשישבע על המשכון נעשה הודאה למפרע ודבריו מסתברים להמעיין בדבריו ואך הר"ן לא ניחא לי' בזה וסובר דאם נאמר באמת דאין חוב על הלוה בדינר הרביעי כ"ז שאין מחזיר המשכון א"כ כ"ז שלא נשבע הוי א"י אם נתחייבתי א"כ הוי כופר הכל ואינו חייב עד אחר שבועת המלוה א"כ לא הוי שני דברים רק דמי ממש לחמשים דחבלה ולא הוי הלוה מודה במקצת ואפשר עוד גרע דלא יועיל שבועת המלוה דהוי כא"י אם נתחייבתי לכן כ' הר"ן דמיד חייב אף אם המשכון ח"י המלוה יש עליו חיוב דינר הרביעי ומה שא"צ ליתן הוא רק דרך כפי' למלוה שיחזיר לו המשכון אם הוא בידו ובאלו השלשה דינרים לא איירי הר"ן משום דהרמב"ן לא הקשה רק מדינר הרביעי אכן ודאי גם אלו הג' דינרים יש על הלוה תוב לשלם והוי א"י אם פרעתיך רק דשם דפשע הרי יש לו ביד המלוה נגד ב' דינרים כפי הודאת המלוה ודינר אחד אחר שישבע וזה פשוט והמעיין יראה כי דברי כנים ואמת בפירוש הר"ן:

ובעיקר הקושיא מה בין שטר למשכון הרי פשט לשון הש"ס דבשטר חיישינן שמא הוא ת"י ויצטרך לשלם שנית וכל העיכוב אינו משום דשמא השטר תחת ידו ואינו דומה כלל למשכון רק דבמשכון דחיישינן שמא הוא ברשותו ע"ז נאמן בשבועה כמו כל שומר וכל מפקיד שמוסר לנפקד האמין עליו הנפקד בשבועה שנאבד אבל מה שמעכב הלוה מחשש שמא יתבענו פעם אחרת ע"ז לא האמין ומי שלבו רחב ירחיב הדיבור אבל זה האמת. והשע"מ סי' ע"ב ג"כ הניח בקושיא:

ג) ואם טען הלוה טענת ודאי ואמר השטר אצלו ישבע המלוה היסת. קשה לי למה לא ישבע שאינו ברשותו אף נגד טענת שמא ומ"ש בהגהות א"ב דאין שייך עיניו נתן בו בשטר חוץ דאין זה מספיק דהא אתר שתקנו משום עיניו נתן בו צריך שבועה אף מחשש שמא ישבע זה ויוציא הפקדון כאשר הארכתי לקמן סי' רצ"ד ה"נ יש להשביעו מחשש זה שמא רוצה לתובעו שנית בו ואך מה יתרץ לשיטת הראב"ד דאף בשטרות יש מדאורייתא שבועה שאינו ברשותו ועיין ש"ך סי' ס"ו סעיף ל"ט וקושיא זו ראיתי גם בנתה"מ אכן נראה בפשוט דהרי ודאי אין הלוה צריך להשטר וגם אין לו שום שיווי אם יהי' שובר ביד הלוה ורק תובע משום חשש שצריך לשמור שוברו והרי ע"ז אמרו עבד לוה לאיש מלוה לכן אף בספק שמא הוא ת"י צריך לשמור השובר. ועיין ש"ך ס"ק ד' כ' דאין המלוה נשבע מטעם דאין הלוה צריך לשלם כ"ז ששטרו בידו כמו בסעיף ג' דשאני התם דאין להמלוה היזק שיכול להביא השטר ממקום שהוא שם אבל טוען שאבד אין המלוה תלוי בשטר והקצה"ח הקשה דהאהבעה"ח כ' דאם הוא תחת יד הלוקח שמכר לו רק במסירה ואינו רוצה להחזיר אין הלוה צריך לשלם אף דלא יוכל להביאו ולק"מ וכבר כ' הנחה"מ לקמן סי' ס"ד דאם המלוה טוען שהשטר הוא בגזלנות אצל אחר ואינו רוצה להחזיר מחויב הלוה לפרוע וע"כ הא דאם הוא ת"י הלוקח א"צ לפרוע הוא דהמלוה בעצמו מכרו ופשע וכיון דקנאו הלוקח לענין זה שא"צ להחזיר הדין הוא שיתפשר עמו:

ד) אמר המלוה אין שטרי עתה בידי וכו' לא יפרע. התומים הקשה מהוציאה גט ואין עמה כתובה ניחוש שמא מכרה כחובתה למאן דלית לי' דשמואל דיכול למחול וע"כ דהכתובה בידה ומ"מ גובה כתובתה ולא אדע דא"כ גם בהך דאבד שטרו דכותבין שובר דילמא מכרו וע"כ דלא חיישינן דלא גרע ממשכון שנאבד דנאמן אך בלא"ה י"ל דאף דאין יכולה למחול מ"מ בנתן ע"פ ב"ד י"ל דא"צ לשלם להלוקח שנית ואף דכ' הסמ"ע סי' ס"ו דא"י לומר לא ידעתי מהמכירה דכל מכירה בעדים קלא אית לי' מ"מ בנותן ע"פ ב"ד הרי דגם הב"ד אין יודעין מהקול:

ה) כיון שהוא בעולם לא יפרע. כ' התומים דאם יש פסידא למלוה א"צ להמתין עד שיביא השטר ונראה דכן הוא מוכרת דהרי הבעה"ת למד זה מהטמינה בפנינו ומנ"ל דאף אם הוא בעיר אחרת וע"כ מ"ש הבעה"ת עיר אחרת היינו באין הפסד כמו הטמינה בפנינו:

ו) המלוה אומר תפרעני תחילה ואח"כ אחזיר שטרך והלוה אומר וכו' הדין עם הלוה ואם אינו מאמינו נותן השטר ביד שליש. דין זה דהדין עם הלוה למד הרשב"א מכתובות מעובדא דאבימי (ד' פ"ה) דהשליח חייב מטעם שהחזיר המעות קודם שקיבל השטר משמע דעל המלוה להחזיר השטר תחילה וצ"ע בעיני דלפי מ"ש הרמ"א דאם אינו

מאמינו נותן ביד שליש אף דהדין עם הלוה א"כ שפיר נוכל לומר דהדין עם המלוה ומ"מ השליח חייב דהי' לו ליתן המעות ליד שליש עד שיתן לו השטר גם צ"ע לפי מ"ש הש"ך ס"ק ד' דאין המלוה תלוי בשטר וא"כ הוי כמו דשניהם ים להם חוב זע"ז ולמה הדין עם הלוה וד' יאר עיני:

ז) כשכותבין שובר. הש"ך ס"ק ח' הביא בשם מהרנ"ש דשובר המוקדם כשר וכ' דפשוט הוא והתומים הקשה דהא בב"מ גבי מצא שובר והאשה מודה יחזיר פריך שמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ומשני איתא לדשמואל דיכולה למחול והתוס' הקשו ניחוש שמא מכרה במעמ"ש או משועבדת לאחר מדר"נ דאז אינה יכולה למחול ותירצו דלא שייך בכתובה מעמ"ש ושעבודא דר"נ א"כ משמע דשובר על שט"ח לא מהדרינן וכ"ש מוקדם דפסול והנתה"מ כ' דרק בנפל חיישינן לקנוניא ודבריו צ"ע דכי גרע נפל מאם הוא מוקדם לפנינו וגם תימה אם שובר מוקדם כשר מאי פריך ניחוש דילמא מכרה בלא"ה יכולה ליתן לו שובר מוקדם ולמה לא נחזור שובר הנמצא ואך כבר חי' התומים דבזמן המשנה שיבר המוקדם פסול ומתקנת רב ספרא דכותבין שובר הלא זמן לכן אף מוקדם כשר ואך הנתה"מ ס"ק ד' כ' דאי ליתא לדשמואל שובר בלא זמן פסול וקשה דאכתי שמא מכרה במע"ש וכל דברי הנתה"מ צ"ע ואך בעיקר קושיית התומים דתי' של התוס' משמע דרק בכתובה דלא שייך מעמ"ש ושעבודא דר"נ מחזירין שובר אבל בשט"ח יקשה קושיית התוס' א"כ אין להכשיר שובר מוקדם הנה לא על הש"ך תלונתו ורק הא מבואר לקמן סי' ס"ה דאף בשובר נגד שע"ח מחזירין ואך לפי המבואר בסי' מ"ג דשט"ח המוקדם כשר לב"ת לא אדע כלל למה פלפלו בזה דאף דאמת הוא דאסור להחזיר שובר שמא מוקדם הוא אבל מ"מ כשר נגד המלוה ולמה יגרע שובר משט"ח ולק"מ אך אמת דעלה בדעתי לומר לפי המבואר בסי' מ"ג סעיף ט' דשטר מתנה מוקדם פסול והתומים שם ס"ק ח' מחלק בין שט"ח לשטר מחנה דכיון דיש חשש לענין המתנה עצמה שמא נתן שדה זו כבר לאחר לכן פסול אף לענין ב"ת וא"כ הי' נראה דה"ה בשובר כיון דיש חשש לאותו חוב עצמו שמא כבר נתן ומכר לאחר הוי כשטר מתנה אכן כל מעיין יראה דל"ד כלל ואף במתנה אין הסברא ברורה כ"כ רק דמ"מ י"ל כיון דהמתנה נקנית באותו השטר לכן פסלו השטר ואין המתנה נקנית בו אבל שיבר דאינו רק לראי' וע"י הפרעון או המחילה נתבטל השטר אינו דומה למתנה גם שם מקבל המתנה הוא שבידו הגזילה אם כבר מכרו או נתנו לאחר אבל כאן למה יפסיד הלוה ואין העול בידו נראה דודאי לא גרע משט"ח דאינו פסול לענין ב"ח ועיין ס"ק שאח"ז:

ח) ולא יכתבו זמן בשובר. עיין ש"ך ס"ק י"א דשובר המאוחר פסול אם העדים אחרוהו שלא מדעת המלוה דדמי לשטרי מקח וממכר המאוחרים ע"כ ולא אבין וכבר כתבתי בס"ק הקודם דלמה יגרע משט"ת דכשר לענין ב"ח ואמת אם יטעון המלוה שהלוהו אח"כ על שטר אחר והיינו דזה שמוציא הוא שהלוהו אחר השובר זה פשיטא דפסול אכן הש"ך לא איירי מזה רק שידוע על איזה שטר נכתב דאל"כ מנ"ל שהוא מוקדם וא"כ למה יפסול ומצאתי בתומים לקמן סי' ס"ז הקשה ג"כ גבי פרוזבול המאוחר למה פסול נגד ב"ח ותרוצו לא יעלה לכאן ואף דהש"ך לעיל סי' נ' כ' דגם בשובר שייך חשש משיעבדים כבר מחי לה האחרונים מאה עוכלי בעוכלא ואם נאמר דאיירי לענין דהעדים נפסלין ניחא ויתורץ בזה גם קושיית התומים בפרוזבול אכן לא משמע דאיירי באופן דהעדים פסולין:

סימן נה

א) ואם קנו מידו עלי' בב"ד תשוב קנה והוא שלא יהי' אנוס. הש"ך ס"ק א' כ' דוקא אונס דשכיח ולא שכיח וכ"ש לא שכיח כלל והנה לכאורה קשה דהא הרמ"א באה"ע סי' קי"ח גבי נדוניית חתנים דבמתה בתו פטור משום דלא הי' דעתו להתחייב רק שתהנה בתו וכ' דאם נהרגה או נשתמדה חייב כיון דאונס דלא שכיח כלל הוא ולא אסיק אדעתי' א"כ חזינן דבלא שכיח כלל חייב ואפשר דזה הוא דברי מהרש"ך שדחה הש"ך כאן ונראה לחלק הענינים וכבר כתבתי זה בהרבה מקומות בחידושי אה"ט ועיין לעיל סי' כ"א בטעם של הרמ"א שם דהוא משום דלכאורה בכל התלוי בדעת שניהם לא אמרינן אומדנא ולמה אמרינן אומדנא דלא נתחייב רק ע"מ שתהנה בתו וכתבו דהוא אומדנא גדולה ואינו מובן רק הסברתי הדבר דבזה שכתבו התוס' בלקח פרה ומתה דאם הי' יודע ודאי דלא הי' לוקחה אך לא אמרינן אומדנא והוא משום דאם היו רוצין להתנות שאם תמות יהי' ברשות מוכר לא הי' המוכר נתרצה וא"כ ודאי הלוקח לקח אף בלא נתרצה המוכר זה נקרא תלוי בדעת שניהם אכן אם היו שואלין האב אם רוצה ליתן אף אם תמות בתו זה ודאי לא הי' מתרצה זה נקרא אומדנא גדולה דהיינו אם לא הי' החתן מתרצה רק שיתחייב בכל אופן מ"מ הי' האב מעכב ואף אם עי"כ יתבטל השידוך וא"כ ע"כ אמרינן דהחתן יורד ע"ד האב שלא נתחייב רק ע"מ שתהנה בתו וזה ברור והראיתי ע"ז כמה הוכחות בחי' שם ולפ"ז מובן דברי הרמ"א סי' קי"ח שם דבאונס דלא שכיח כלל ודאי אם הי' מתנין והי' החתן אומר שיתחייב האב אף אם תהרג הי' האב מתרנה דאונס דלא שכיח כלל אומר שבודאי לא יהי' ולא יחוש אם יתחייב אף ע"מ כן שוב הדרן לכללא דלא אמרינן אומדנא התלוי בדעת שניהם ולפ"ז ניחא כאן דאונס דלא שכיח כלל מבטל

דהרי הכא נתחייב בלי שום ענין שמקבל מהמלוה ורק קנם עצמו בקנס בזה ודאי הנכון כהש"ך דכ"ש אונס דלא עלה על דעתו דעדיף מאונס דשכיח ולא שכיח ואונס רחמנא פטרי' ואך יצא לנו מזה דאם הוא באופן דהמלוה עשה איזה ענין עמו וע"י כן נתחייב ודאי דאונס דלא אסיק אדעתי' לא מהני טענת אונס ודמי להא שכ' הרמ"א באה"ע הנ"ל ועיין ס"ק שאח"ז:

ב) והוא שלא יהי' אנוס. הקצה"ח הביא דברי האגודה שכ' באחד שנדר לעשות דבר עד יום פ' ובסוף זמן הי' אנוס דלא מיקרי אונס כיון שהי' יכול לעשות קודם ולא הי' לו להמתין עד סוף הזמן והביא ראי' מגיטין (ד' ע"ד) גבי בית בבתי ערי תומה שיש רשות להמוכר לפדותו עד שנה והי' הלוקח מטמין עצמו בסוף שנה והתקין הלל הזקן שיהא חולש מעותיו ללישכה וקשה מאי הי' צורך לתקנה כיון דאנוס הוא וע"כ דמה שהי' אונס לבסוף לא הוי אונס ע"כ והקשה הקצה"ח דהרי שם בלישנא קמא דרבא דייק דנתינה בע"כ לא הוי נתינה מדהוצרך הלל לתקן וא"כ הי' התקנה שיועיל נתינה בע"כ וע"ז הרי ודאי אונס הוא ולמה הוצרך לתקן דאין לך אונס יותר מזה דחבירו אינו רוצה לקבל וע"כ דשם לא מהני אונס כיון דכבר נתקיים המקח ואונס רחמנא חייבי' לא אמרינן וא"כ אין ראי' משם והנה הנתה"מ כ' דבית בבתי ע"ח הוי כתנאי במקח אכן תרוצו דחוק ולא רציתי להאריך במה שיש לעיין בדבריו אך נראה דהנה בלא"ה קשה על האגודה מכתובות (ד' ב') מהאי דפסקי' מברא סוף תלתין יומין וקאמר דהוי אונס וכבר הקשה כן הנתה"מ (מה שהקשה הקצה"ח מחלה י"ל דחלה קצת קודם הזמן) אך כמדומה שראיתי בס' מגדול אתד ושכחתי איזה ספר שכ' דכונת האגודה דאם לא הי' אונס עד סוף הזמן הוי אונס דשכיח משום דשכיח הוא שלא יוכל לקיים באותו יום והוי לי' לאסוקי אדעתי' ולהחנות וא"כ לק"מ מהך דפסקי' מברא דשם דפריך הש"ס מינה ש"מ אין אונס בגיטין הוא משום דבס"ד עדיין לא ידע אונס דשכיח שאני והי' סבור דאף אונס דשכיח הוי אונס שפיר פריך ולק"מ ולפ"ז מיושב גם קושיית הקצה"ח דהנה הא דהלוקח אינו רוצה לקבל פשוט דהוי אונס דשכיח וא"כ הי' לו להתנות ולא הוי אונס ושפיר הוצרך הלל לתקן וכן להיפך אם הי' בא לפני ב"ד ולא הי' מטמין עצמו כבר כתבו התוס' דהיו הב"ד כופין אותו ואם אירע הדבר דלא כפוהו הב"ד הוי אונס דלא שכיח כלל וכבר כתבתי בס"ק הקודם דאונס דלא שכיח כלל אינו מבטל המקח ורק האגודה סובר דהא דהטמין עצמו זה הוי אונס דשכיח ולא שכיח וא"כ למה הוצרך לתקן ודייק מכאן דכיון דלא הי' אנוס רק בסוף זה הוי אונס דשכיח והו"ל לאסוקי אדעתי' ודו"ק: ג) שליש שהחזיר שטר למלוה.

עיין מ"ש בזה בסי' שפ"ו:
ד) ואינו גובה. עיין ש"ך ס"ק ה' דיכול לשבע שמגיע לו הכל משמע דא"צ לפרש בשבועה שלא נפרע ועיין סי' מ"ז בנחה"מ ובהגהות א"ב:
ה) אלא מב"ח. הש"ך פירש מ"ש הרא"ש דבאותיות בעי כתיבה ומסירה ר"ל וכאן דנמחל שעבודו אין שייך כתיבה קני לך שעבודי' והקצה"ח לעיל סי' מ"ת כתב דמהני דעדיין שעבודי' בו ועיין מ"ש שם עליו ואך כעת נראה יותר דכאן ודאי לא שייך כתיבה ומסירה לפי מה שנתבאר בסי' ס"ו דצריך המסירה להיות קודם הכתיבה וזה לא שייך כאן דאימתי כתב לו דאחר שעבר הזמן הרי אין הלוה רוצה כלל וחוזר מתנאו ואף דכתבתי שם דיכול לכתוב מקודם ורק אותו הכתיבה לא ימסור קודם כתיבת השטר מ"מ כאן איך מסר קודם וכיון דלא קנה תיכף לא קנה גם אח"כ אף אם מסר הכתיבה ליד שליש וצ"ע בזה:

סימן נו

א) שליש וכו' נאמן. הקצה"ח הביא דברי הגמ"ר והרשב"א והיינו דהמרדכי כ' דהא דנאמן היינו אחר שכבר נעשה המעשה אבל קודם שנעשה המעשה יכול לחזור בו ופי' הקצה"ח היינו קודם שאמר עדותו אבל אם עדיין לא אמר בזה הוא שכ' הרשב"א דצריך לזכות בשביל שניהם והיינו דכבר נעשה שזכה בשביל שניהם כן תוכן דבריו ובמת"כ לא אדע מה ענין דברי הרשב"א לדברי הגמר' וגם שניהם אינם ענין לדברי הש"ע והגהמ"ר איירי לפרש דברי הש"ס ב"מ גבי סימפון שאין עליו עדים ויוצא מתחת יד שליש כשר ופירש הגהמ"ר דברי הש"ס כפשוטו וקשה דאם אין עליו עדים א"כ מאי הימני' והרי לא נתן לו נאמנות רק על חרס בעלמא כקושיית המפורשים ובזה פירש דאיירי דנתן לו נאמנות וקיבל על עצמו שכל שיאמר השליש שפרע יהא נאמן וגם נתן השובר בידו עד שהלוה יפרע ולא איירי כמו בכל שליש שנתן דבר בידו רק זה הוא כמו נאמן עלי אבא ורק הא אף בנאמן עלי אבא הא יכול לחזור וכאן ע"כ חוזר ממה שנתן לו נאמנות דאי באינו חוזר ובא השליש והעיד א"כ פשיטא דזה הוא הדין עצמו של נאמן עלי אבא וא"כ אמאי אינו יכול לחזור ע"ז תי' דשאני בנאמן עלי אבא שנתן לו נאמנות על מעשה שכבר נעשה בזה קודם שמעיד ודאי יכול לחזור אבל כאן שבעת שנתן לו נאמנות עדיין לא פרע ובודאי אם הי' חוזר קודם שפרע הי' יכול לחזור והיינו אם השליש אומר ג"כ שעדיין לא פרע אבל אחר שהשליש אומר שפרע אף אם חוזר קודם אמירת השליש הרי הלוה אומר כבר נחת לו נאמנות לכן פרעתי לפניו ואם לא היית נותן לו נאמנות הייתי פורע לך בפני עדים ואיך אחר שפרעתי יהי' בידך לחזור מן הנאמנות וזה ודאי ברור

ונכון ואינו ענין לדברי הרשב"א והש"ע ודברי הרשב"א ג"כ אינו ענין לכאן דהרשב"א לא איירי לענין נאמנות שנתנו לשליש רק איירי כהך דין דסי' נ"ה שהשלישו בידו שאם צד אחד לא יקיים ינתן לצד שכנגדו ובזה צריך לזכות דאם אינו זוכה א"כ אף לא קיים איך יתן לשכנגדו ואין זה דומה למה שהביא הקצה"ח ראי' דבכבר העיד אף בלא זכה דאין זה ענין לגמ"ד דאם לא זכה עבורו לעולם לא קנה אכן הש"ע איירי בענין נאמנות שנתנו להשליש שיהא נאמן על דבר שהשלישו בידו ואין זה באופן שקנס עצמו רק אם אמת כפי אמירת השליש מגיע לו ע"פ הדין ובענין זה אין צריך השליש לזכות בשבילם וכ"ז ברור:

ב) בזמן ששלישיתו בידו. עיין ש"ך האריך בסוגיא דפ' זה בורר ועיין נתה"מ לקמן סי' ס"ה הביא קושיית הרשב"א בהאי איתתא דאמרה ידענא שטרא פרוע הוא ולא הימנה ר"נ והקשה הא בשטר שאין ידוע מאי טיבו הדין דיהא מונח וא"כ למאי נ"מ דלא הימנה ותי' הנתה"מ דאיירי באופן שהיא אומרת דלפי מה שהשלישו בידה צריכה להחזיר השטר למלוה רק בל"ז שמעה דנפרע ע"כ וצ"ע דכיון דעל ענין אי נפרע לא נעשית שליש א"כ אין לה ע"ז שום נאמנות יותר מאיש אחר ועיין תומים ס"ק ג' ואף להסוברים דבשובר שהי' יכולים פעם אחת לקיים שוב נאמן השליש יותר מאלו הי' ביד הלוה מ"מ אין הנאמנות מטעם מיגו דהא עכשיו אין כאן מיגו ורק משום דהאמינוהו עליהם ולא פלפלו הפוסקים רק אם אומר שגם על דבר זה הוא שליש אבל על מה שלא נתנו לו נאמנות ודאי דאינו נאמן (ועיין ש"ך יו"ד סי' קכ"ז דאין סברא להאמין במיגו ע"א) וא"כ מאי נשאו ונתנו שם אם יש לו דין שליש ועוד יש לעיין בזה כיון דאין לה נאמנות אם נאמר דעי"כ עדיף משטר שא"י מה טיבו וצ"ע:

ג) נאמן כשני עדים. התומים כ' דמ"מ היכי דעד אחד מכחישו והשליש אינו עד כשר צריך לשבע דלא עדיף מאם הי' ביד הלוה עצמו ודבריו נכונים והנתה"מ כ' דדבריו תמוהים מאוד דא"כ אף בליכא ע"א יתחייב לשבע היסת ולא אבין דודאי אה"נ דמהיסת לא יפטור לעולם ומ"ש הנתה"מ דא"צ לשבע דהשליש לעולם פוטרו ומביא מדברי הש"ך ס"ק ה' דכ' דאם השטר ביד שליש נאמן אף אם הלוה אינו יודע וכיון שמסרו המלוה לידו וידע שיוכל לפוטרו א"כ נתן לו נאמנות אף לפטור הלוה משבועה ע"כ ולא ידעתי דשם הרי המלוה מודה דהלוה אינו יודע אבל היכי דיש להמלוה טענה עם הלוה דהמלוה אומר שהלוה יודע ואם יטעון שאינו יודע צריך ע"ז ג"כ לשבע ואם באמת הלוה א"י מצטרפין טענת השליש אל הלוה ואך אף ביש לו מיגו לא מהני נגד ע"א וכמ"ש הנחה"מ בדיני מיגו ועיין מ"ש סי' נ"א וגם לפטור מהיסת לא מהני מיגו לכן ודאי עיקר כהתומים:

ד) וא"צ לשבע. הטור סיים דחזקה אין אדם חוטא ולא לו והקשה הדרישה דניחוש לקנוניא ותו דלא חיישינן רק היכי דיש רעותא דנפילה ע"ש וקשה בעיני דלפי דבריו דסובר דלכן נאמן א"כ יקשה בכל ע"א יהי' נאמן מה"ט דאין אדם חוטא ולא לו ואך נראה דלק"מ דלכאורה בלא"ה יש להבין למה הוצרך להאי טעמא ותיפוק לי' משום דהימני' לכן נראה פשוט דלא כ' הטור האי טעמא רק על מ"ש דא"צ לשבע והיינו דלעולם הא דנאמן לענין בע"ד שצריך ליתנו להשני זה ודאי הוא מטעם דהימני' אך אכתי קשה כיון דהוא טוען עם השליש שהחזיר שלא כדין למה לא ישבע ואף דהימני' שמסר בידו והרי כל מלוה שהלוה מעותיו ללוה הא הימני' ומ"מ צריך לשבע ולא מהני דהימני' רק שעי"ז צריך לקבל שבועתו עיין ב"מ (ד' ג') ע"ז כ' דאין אדם חוטא ולא לו וא"כ גם קושיית הדרישה לק"מ דהרי הא דצריך ליתנו ודאי לא מיגרע חשש קנוניא דמ"מ הרי הימני' וכיון דנאמן לעיקר הדבר רק על חשש שמא נתן שלא כדין ע"ז אמרינן אין אדם חוטא ולא לו והרי אינו בע"ד כן נראה לפענ"ד:

ה) ואפי' הכחישו אחד מהם ואמר שלא עשאו שליש השליש נאמן. זה דעת בעה"ח דהשיג על איכא מרבוותא דסברו דהיכי דהכחישו אחד ואומר לפקדון נתתיו בידך ואינך שליש אינו נאמן והנה הבע"ת הקשה עליהם מגיטין (ד' ס"ד) דבעל אומר לפקדון השליש נאמן ואף ר"ה דפליג שם הוא רק בעיר אחת דאם איתא לגירושין יהבי' לדידה הוי יהיב לה והש"ך דעתו כאיכא מרבוותא ומביא כמה ראיות לדבריהם ואך קושיית הבעה"ת מתרץ בדוחק גדול כאשר תמהו עליו הפ"י והנחה"מ והתומים ואך לפענ"ד נראה דלק"מ והרי גם הש"ך כ' דלעיל בסי' מ"א אף דטוען הלוה ממני נפל מ"מ נאמן השליש לענין שיכול ליתנו למי שאמר ורק כל סברת איכא מרבוותא היינו דאינו נאמן מטעם שליש והיינו שצריך לשבע דהוי כבע"ד או נ"מ לענין דברים העשוין להשאיל ולהשכיר דהבע"ד אינו נאמן ה"ה השליש וכתב דאין שייך בזה אין אדם חטא ולא לו שמא עשו קנוניא ע"כ וא"כ ל"ק כלל מגיטין דהרי בגט אף אם נתנו לאשה שלא כדין וכי יש לו תביעה על השליש ורק דאומר דלא הימני' בזה שייך אין אדם חוטא ולא לו ואף דטעם זה לא מהני להיות ע"א נאמן במכחישו מ"מ ע"ז שפיר אמרינן הא הימני' אף לפי דבריו שלא מסר לידו רק בתורת פקדון וכמו שכתבתי בס"ק הקודם כמו מי שמוסר ממונו לאחר דמוכרח לקבל שבועתו ובגט אין שבועה והא דאנן לא חיישינן הוא כמ"ש התוס' כיון דנתן בידו החליט דעתו דאף באם יאמר בשקר יהי' לגירושין וזה פשוט בעיני ותה"ל כי מצאתי כן בתומים שמתרץ כן עד שאני תמה מה הי' קשה לו לבה"ח אך נראה דכונת בעה"ת הוא מהא דמקשה לר"ה מהא דשליש אומר כך השליש נאמן ולפי דבריהם מה

פריך דשם הא מודה דעשאו שליש אבל כאן דמכחישו ואף דשייך אין אדם חוטא וכו' מ"מ אין דומה לשליש דהימני' ואם ר"ה אינו סובר הטעם דאין אדם חוטא מה קושיא משליש דשם הימני' ולכאורה הוא קושיא גדולה אכן נראה לתרץ דגם זה לק"מ והוא דהנה בלא"ה קשה מאי פריך משלוש נהי דהבעה"ח סובר דאף דהכחישו נאמן היינו לדינא דדייק מהך דגיטין אבל הרי על הש"ס גופי' קשה דילמא שם בשליש דהימנוהו ואין מכחישין אותו בזה אבל כאן דבעל אומר לפקדון ומכחיש אותו בעיקר השלישית שאני אך נראה דהש"ס משמע לי' דשם בתוספתא ג"כ לאו בשליש גמור איירי רק דומיא דשאר דברים ששנה שם בב"מ דקתני שם נאמן המוכר לומר לזה מכרתי וכו' זה אומר כך וזה אומר כך השליש נאמן ומשמע דלאו בשליש שנתנו לו נאמנות איירי ורק מטעם דמסר בידו ושם אין שייך שבועה דהתוספתא קודם שתיקנו שבועת היסת איירי ורק נאמן משום דאין אדם חוטא ולא לו דאל"כ נימא יהא מונח וכדומה ודאי שאני ממון דאיתיהיב למחילה נראה דמפרשי דר"ל דבממון מה לנו בזה דלא האמין מ"מ למי שרוצה ליתן ע"כ יתן והשני אין לו טענה רק עליו ונאמן הוא לפטור עצמו אבל איסורא אנחנו צריכין לנאמנתו לענין האיסור ודו"ק ובזה יתורץ גם מה שהקשה הנחה"מ על מה דאמר ר"נ בפ' ז"ב דאינה נאמנת וקשה וכי יפלוג על ר"ה ור"ח בגיטין וכן למה לא הקשה מהך ברייתא לר"נ ולפי הנ"ל לק"מ דשטר שאני דכיון דאיתחזק הוא בחזקת המלוה כמ"ש הרשב"א הביאו הנחה"מ סי' ס"ה אבל בברייתא ע"כ נאמן השליש וכן בגט לפמ"ש דאין עליו תביעה ודו"ק כי קצרתי ודברי הנתה"מ לא הבנתי מ"ש דשליש קנין גמור יש לו ולפענ"ד אין צורך לזה רק כל דבר הנתבע המוחזק נאמן ומה נ"מ להתובע מה שנותן ליד השני ומ"ש אבל בשטר אין לו קנין מה לנו בזה מ"מ הרי נאמן לענין שא"צ להחזיר וכמו בהך איתתא בהכותב דאם תפסה מחיים יכולה לתפוס ובפרט מ"ש דבגט דהוא שליח קבלה וידו כיד האשה ויש לו קנין לא הבנתי כלל דודאי אין להשליש כלל שייכות להגט ואין גוף השליח קנוי להאשה וע"ז אנו דנין אם קנה עבורה ואף בשטר כן הוא אם שייך להלוה ידו כיד הלוה לזכות בשבילו וגם בלא"ה מ"ש בטעם בעה"ת דהוא משום דיש לו קנין בגוף הדבר וכטוען בשביל עצמו קשה דא"כ למה כ' בעה"ח דאם יש הכחשה בממון אינו וכי אז אינו כטוען עבור עצמו וגם אי הפלוגתא דר"ת ור"ה הוא מטעם בע"ד מאי פריך משליש דהוא מטעם הימני' ואין לתרץ כמ"ש לעיל דשם גבי נאמן המוכר איירי ולאו בשליש גמור דאדרבה שם אין להמוכר קנין בגוף החפץ וכבר מכרו גם מ"ש דמ"ש התוס' דנאמן אף בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר הוא ג"כ מטעם בע"ד קשה דהא

בתחילה כתבו התוס'. דשליש נאמן מטעם דהימני' וא"כ מאי סיימו ולפ"ז אף דברים העשוין וכו':
ואך מ"ש הש"ך דמתשובת הרא"ש נשמע דבאומר נחת לי כלי זה ליתנו לפלוני וכבר נחנו לפלוני כיון דפלוני אינו יודע צריך להחזיר לו השיג עליו הנחה"מ ולפענ"ד הדין עמו ושפיר השיגו דמה ענין כלי לשט"ח דהתם הלוה יודע שהוא חייב ואין ע"א נאמן שמחל לו אבל כלים דכל מה שביד אדם בחזקת שהוא שלו למה לא יהי' נאמן ליתנו לפלוני ומה בין זה לאחד שמכר מטלטלין שהיו ידועים שהיו של איש אחר והלוקח אינו יודע אם המוכר קנאו ובהגהות א"ב דחה ג"כ דברי הש"ך דבשטר הוי א"י אם פרעתי אבל מטלטלין הוי א"י אם נתחייבתי וזה לא קשה דספק בקנין גרע מא"י אם פרעתי דאיך יזכה בחפץ של אחר מספק ומ"ש נראה ברור והנחה"מ מתרץ דברי הש"ך דאיירי בכלים העשוין להשאיל ולהשכיר ולפענ"ד עדיין לא יתורץ כיון דאיירי דכבר נחנו לפלוני והרי המחבר לקמן סי' קל"ג ס"ל דאם מכרן לאחר אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן וכן הסכים שם הש"ך אף דהרמ"א חולק א"כ ה"נ בנתנן לאתר הוי כמו גניבה דהתם וא"כ דברי הש"ך לשיטתו לא נתיישב:
ו) אבל אם אומר בתנאי כו"כ הוא בידי. עיין ש"ך ס"ק ט"ז דאף אם עשאו שליש בפני עדים מ"מ לא אמרינן הא לא הימני' וכן הוא בתוס' וכל הפוסקים וכן כ' הרמ"א לעיל עוד ביותר דאף אם כתב ענין שלישיתו בשטר לא אמרינן דלא הימני' וכשנאבד השטר נאמן והתומים הקשה דמנ"ל זה והסברא שכתבו התוס' דילמא מייתי העדים הוא דוחק ועיין שם דלא תי' כלום ע"ז בכל פלפולהש"ך דאם השליח יודע ששייך לשכנגדו ויש לו מיגו יכול ליתנו לו ואך ראיתי שהנחה"מ חולק גם בזה על הש"ך וכתב כיון דהוא אינו שליש לא מהני מיגו שלו להוציאו מרשות הראשון עיי"ש ובכל דבריו לא ראיתי הוכחה ברורה והכרת לדחות דברי הש"ך לכן מוכרח אני לבוא על כל דבריו והנה עיקר ראייתו הוא מלקמן סי' ק"ח סעיף ח' דיש מי שאומר שם דבן שאמר על שטר שהניח אביו שהוא פרוע אינו נאמן נגד חלק של אחיו וכתב הנחה"מ דאף דיעה הראשונה שם הסוברת דנאמן יודה כאן דדוקא שם דאומר שפרעו ויכול להחזירו להלוה לכן נאמן אבל הכא דאומר שיש תנאי והרי אין בידו למוסרו להלוה על תנאי ע"כ וזה טעות שפלטה קולמוסו דהרי גם כאן איירי שכבר קיים הלוה התנאי וצריך להחזיר לו וכבר תפס עליו בהגהות א"ב בזה וא"כ פשוט דאדרבה משם ראי' להש"ך דהרי עכ"פ הדבר ברור דלדיעה הראשונה דהבן נאמן ה"ה כאן דלא גרע משם אך אף היש מי שאומר דאין הבן נאמן והוא דעת הרא"ש הרי כתב הכנה"ג דהרא"ש איירי דהוחזק בב"ד באופן דלית לי' מיגו

ואף התומים דדחה דבריו וכ' דטעם הרא"ש דהוי מיגו נגד חזקה שכל מה שהי' תחת יד אביו הי' שלו והוי מיגו נגד חזקה דלא פרע אבל כאן הרי הוציא כבר השטר מידו ואין כאן חזקה דהרי מסר השטר ליד אחר עד שיקיים הלוה התנאי א"כ הדין עם הש"ך דנאמן במיגו:

גם מ"ש עוד הנחה"מ דהוי מיגו להוציא דהוא ברשות המפקיד ולא דמי להא דסי' רנ"ה גבי אמר מעות שהניח אביכם במקום פלוני הוא ושל פלוני הוא אם יש בידו ליטלו נאמן דשם דין שליש יש לו דהבעלים הוציאו אותם מרשותו ומונח בחזקת פלוני ע"כ הנה מ"ש דהוי מיגו להוציא לא נהירא דהא ודאי מפקיד שמכר הפקדון שוב הוי הנפקד שומר של הלוקח וה"נ כיון שיודע שהוא של הלוה אינו שומר של בעלים ויותר הוי ברשות בעלים בסי' רנ"ה ומ"מ נאמן ומ"ש דשם דין שליש יש לו דהוציאו מרשות בחזקת פלוני דבריו תמוהים דהרי בגמ' אמרינן דילמא פינן ומשני באומר ברי לו שלא פינן הרי דלא הי' לו שום כח בהם להיות שליש ליתנן רק סגי בזה שאומר ברי לי שלא פינן וא"צ שיאמר שהניחם שם ליתנן לפלוני ולדברי הנחה"מ הי' צריך דוקא שיניחם באותו מקום בכונה שיביאו לידי פלוני ועוד דא"כ למה הוצרכו התוס' שם לומר דלכן אם אין יכול ליטלם אינו נאמן אף דיש לו מיגו דלא הי' מודיע היכן הוא כיון דאם לא הי' מודיע לא יבואו לידי אותו פלוני ע"כ ותיפוק לי' דאם אין בידו ליטלו לא הוי כשליש. שוב ראיתי שהנחה"מ עצמו סותר דבריו ולקמן סי' ס"ב ס"ק ט' גבי בורח פסק ג"כ דדמי לסי' רנ"ה עיי"ש:

גם בסמוך ס"ק כ' על מ"ש הש"ע דהאשה נאמנת לומר של פלוני הם הביא הנתה"מ בשם הרדב"ז דדוקא של פלוני הם נאמנת אבל באומרת שהבעל חייב לפלוני אינה נאמנת וכ' הנחה"מ דלפי מ"ש כאן דלא מהני אף מיגו מובן החילוק של הרדב"ז דדוקא בפקדון שהיא נפקדת מהם הוא ברשותם אבל אם הבעל חייב אינו ברשותם לכן אינה נאמנת לא נהירא וחוץ דדוחק לומר דאם הפקיד לבעל הוי כהפקיד לה והי' נראה לפי דברי הנחה"מ כאן דכיון דלא מסר לה א"כ אינה שליש ואף בפקדון לא תהי' נאמנת אך בלא זה ע"כ הרדב"ז לאו מטעם זה אתי עלה שהרי כ' דאף בחייב להם אם אומרת שנתן לה הבעל רשות לשלם נאמנת וע"כ טעמו של הרדב"ז שאין לשלם חובותיו של הבעל ואדרבה מדכ' שאם אמרה שנתן לה רשות לשלם נאמנת יש ראי' ברורה להש"ך ועוד ביותר שאף שאין אותו הדבר עצמו שייך לפלוני נאמנת כ"ש כאן שהשטר עצמו שייך להלוה א"כ ודאי דברי הש"ך ברורים ולחנם השיג עליו:

ואמת כי הי' נראה דדוקא בהך דין דסי' רנ"ה וסי' ק"ח שמת זה שהי' בידו והיורשים טוענים שמא לכן במיגו יכול ליתנו למי ששייך לו אבל כאן דהמלוה לפנינו וצוה שהשליח יחזירו לידו הי' אפשר לומר מי שם אותו לאפטרופוס של המלוה והלוה להחזירו ללוה שלא מסר לידו וכמ"ש באה"ע הבאתיו בס"ק הקודם דמחזירין לאשה אכן נראה דודאי לא דמי דשם גבי אשה הוי רק חזקה ואולי שייך למי שתתן אין לנו בזה אבל כאן אדרבה כיון דיודע דשייך לפלוני והמלוה לא יתן לו הוי משיב אבידה ולא דמי לדינו של הרדב"ז שאינה יכולה להחזיר אף שאומרת שהבעל חייב ודאי היכי דלא הוציאו כלל והיא ברשות הבעל אינה נאמנת אבל כאן דכבר הוציא מידו והלוה נלקה במה שאין השליש רצה לקבלם יש לו להשיב אבידה ולהחזירו למי ששייך דהיינו הלוה ומ"מ פשוט דלא גרע מתופס לב"ת במקום שאינן חב לאחרים והנחה"מ כתב דהא דבאינו חב לאחרים יכול לתפוס לב"ח הוא רק למוסרו לב"ד אבל אין לו רשות למוסרו למלוה בלי רשות ב"ד ונראה כונתו דהיינו באין החוב ידוע לא יתנוהו הב"ד להמלוה ולא אדע דאדרבה ודאי אם כבר תפס זכה לו אם הוא יודע שחייב וג"כ הוי משיב אבידה ואין לו ליתנו לב"ד אם הב"ד לא יתנו לידו ונראה דגם הנחה"מ לא כ' דאין יכול לתפוס לב"ח אף דהיורשין אין יודעין וצריך דוקא ליתנו ליד ב"ד רק שמחלק דשם מה שבידו לא מיקרי מוציא מרשות יורשין אבל נפקד ושומר הוי כמונח עדיין ברשות בעלים אך לא אבין דלמה לא יחזיר משמירתו גם בזה הנחה"מ סותר עצמו ולקמן סי' ס"ה הבאתיו ס"ק א' כ' דהאי איתתא בפ' ז"ב לא השלישו בידה על פרעון ומ"מ נאמנת ואף דדבריו צ"ע כמ"ש דלזה אין לה דין שליש מ"מ היינו באין לה מיגו אבל במיגו ודאי דיכולה ליתנו וכ"ז ברור ונכון עם הש"ך:

יא) וקודם שיוציאנו מידו יאמר לפני עדים וכו'. ולעיל כ' דיאמר לפני ב"ד וכ' הנחה"מ דהתנאים שיהי' אחר שיתן השלישית צריך דוקא שיאמר לפני ב"ד דמה שמעיד חוץ לב"ד לאו כלום הוא עיי"ש ולא אבין דאם רוצה עוד להעיד לטובת מי שנותן לו הרי בזה אין השליש נאמן לומר דיהי' לו עוד יותר ממה שימסור בידו דהרי אין שליש נאמן יותר ממה שבידו לעשות ואיך יהי' נאמן יותר ממה שמוסר לו השלישית ולהעיד לטובת השני ודאי אף אם ימסור לפני עדים די דהרי מוסר לו על תנאי זה ואין לו בו יותר קנין ממה שהתנה עמו והרי יהיו עדים על התנאי ובודאי הנכון עם התומים דגם כאן יכול למסור לו לפני ב"ד ובדקדוק סתירת הלשון הי' נראה דכל שמוסר ויודע דאין הדבר ברור אם הדין אתו אף דמוסר לפני ב"ד קראן הש"ע עדים כיון דעדיין יבואו הדברים לפני ב"ד ודו"ק:

יב) אין לחוש שהחזיר שלא כדין ושלא הי' בקי בדיני אסמכתא. הש"ך ס"ק ל"ג כ' דזה שניתן לו השלישית פטור אף משבועת היסת דבזה שהשליש מסר לו הוי כמעיד ועד מסייע פוטר דאין זה מיקרי יש לו תרעומות עליו כמ"ש לעיל ור"ל דמודה שנתן כפי התנאי ואין השליש חייב כלל אף אם לא הי' בקי בדיני אסמכתא ע"כ ולכאורה צ"ע דהא שגגת תלמוד עולה זדון וכן לקמן סי' ע"ב ס"ק י"ח הביא הש"ך תשובת רש"י דכ' דהוא אפסיד אנפשי' דלא גמר דיני אסמכתא וכן בסי' פ"ו כ' דאין יכול לטעון שלא ידע דהוא משועבד מדר"נ וצריך לומר דשליח שאני דכיון דעשה כפי מה שציוו אותו לא הוי פשיעה אך לא אבין דאיך יהי' כעד מסייע הא אין עדות עד שמעיד עדותו לפני ב"ד וכ"ש כאן דבאמת יכול ליתן אף דהוי אסמכתא והי' נראה לפרש כונתו דכיון דאמרינן חזקה דכדין עשה לכן אין יכול להשביעו אף שלשון הש"ך לא משמע כן אך גם זה אין ברור בעיני דמנ"ל דחזקה זו פוטר משביעה ומהסברא ג"כ נראה דאין זו חזקה גמורה כ"כ ועיין לעיל סי' ל"ט סעיף י"א דסופרים בזמן הזה חוששין כ"ש כאן דיכול ליתן אף באסמכתא וצע"ג בעיני:

סימן נז

א) ואם אינו רוצה להחזיר שטר פרוע מנדין אותו. הש"ך סי' ס"א הקשה דאף בלא האיסור דאל תשכן מנדין שהרי הלוה רוצה השטר וכ' דקמ"ל דאף אם אין הלוה תובע ועוד תי' דאף אם כתב שובר מ"מ עובר על הלאו דאל תשכן והתומים תמה דהרי מבואר בתוס' כתובות (ד' י"ז) דאף אם הכתובה בידה אינה צריכה להחזיר למ"ד כותבין שובר ונהי דלא קיי"ל כן מ"מ איך נפריז על המדה כ"כ דעובר על הלאו והנה אף דהש"ך לא כ' כן רק בלשון מסופק עיי"ש כבר הביא השע"מ דכן מבואר ברש"י בשבת (ד' ע"ט) בהדיא דאף דכתב שובר עובר ובלא"ה אין כ"כ הכרע בדברי התוס' עיי"ש אך לי קשה להיפוך על הש"ך דמה מתרץ שכבר כ' שובר מ"מ כיון דקיי"ל דאם השטר בידו אין הלוה צריך לפרוע עד שיחזיר השטר א"כ אף דכתב לו שובר אם אח"כ נתגלה שבידו השטר למה לא מנדין להחזיר השטר כקושיית הש"ך וכמו שכ' רש"י שם דלמ"ד אין כותבין שובר דיכול הלוה לתבוע שיחזיר לו מה שפרע וא"כ ביש השטר בידו הכל מודין דאין כותבין שובר ואך קצת הי' נראה ראי' להש"ך דאם כתב לו שובר אין הלוה יכול לכופו דשם בשבת (ד' ע"ח) בהמוציא בשבת שטר פרוע ר"י מחייב חטאת וחכמים פוטרין וקאמר דפליגו אם אסור לשהות שטר פרוע דר"י סובר מותר להשהות שטר פרוע וא"כ צריך לו השטר לצור ע"פ צליחותו ורבנן סברי אסור להשהות לכן אין שוה כלום ולהלוה ג"כ אינו שוה כלום דהלוה מקפיד שלא להשהותו כדי שלא יאבדנו ע"ש וא"כ אכתי קשה

אף לר"י מה שוה אצלו דהרי הלוה ודאי יקרענו דאם מקפיד שלא להשהות אצלו כ"ש דאין רוצה שיהי' תחת יד המלוה וא"כ אף דאין עובר מ"מ הרי הלוה יתבענו ויקרענו והוא מוכרח להחזירו וא"כ מ"ט דר"י אף י"ל דשם איירי בכבר כ' שובר וא"כ אין הלוה יכול לכופו להחזירו ושוה אצלו לצור ויש ראי' ביותר מה לר"י דסובר דאין כותבין שובר ומ"מ באם כבר כתב אין יכול לכופו להחזיר השטר כ"ש לדידן וזה ראי' להש"ך אכן כ"ז רק לפלפולא אבל ודאי לדינא צ"ע ומהנראה דלכן כ' הש"ך לשון מסופק דנראה שאף בכתב שובר יכול לכופו להחזירו: ב) אבל מיתר להשהות שטר של מנה אע"פ שאין חייב אלא חמשים והוא שיכתוב שובר. הש"ך תמה דמוכח להדיא בהר"ן דאף באין כותב שובר אינו עובר ועיין נתה"מ האריך והעלה דבעבר הזמן ופרע הלוה מקצת אין להלוה לכוף להמלוה שיכתוב לו שובר ע"ש והוא דבר תימה וכי משום דמחויב לשלם הכל לא יכתוב שובר והרי יאמר הלוה כיון שאינך מחזיר לי מעותי ע"כ צריך אתה ליתן שובר ומהנראה שלהאריך בזה הוא רעות רות ומה שהביא מבעה"ת שכ' דהלוה ירא לפרוע חצי פשוט דאיירי בכותב שובר ומ"מ הלוה ירא שמא יאבדנו כמבואר לעיל סי' נ"ג ויותר יש לדחוק בדברי הש"ע לומר דמ"ש והוא שיכתוב שובר ור"ל ומ"מ יכתוב שובר ממדת חסידות או ר"ל ומ"מ הלוה יכול לכופו והעיקר כהש"ך ואין לדחוק בפרושים זרים: בר"ן כ' דשטר על תנאי כיון ששעבודא חייל במקצת הוי כמו שטר של מנה שפרע חמשים והנתה"מ הקשה דא"כ גם בשטר אמנה במקצת נימא ג"כ דמותר להשהותו אם לוה במקצת ומבואר דז"א ונראה דלק"מ דודאי זה אין סברא דע"י מקצת לא יהי' עליו איסור ויוכל להשהות יותר רק כונת הר"ן דכל היכי דאין המלוה יכול לקרוע השטר כמו בשטר על תנאי דאם יקיים המלוה התנאי יהי' חייב ואין רוצה להאמין בלא שטר אין עליו איסור והוא כמו שטר של מנה אף דנפרע חמשים מ"מ הרי אין יכול לקרעו וכ"ז שייך בנכתב כדין אבל באמנה ודאי נכתב שלא כדין דלמה לו להלות חמשים ולקבל שטר על מנה וזה דמי ממש לנוטל שטר אמנה על תמשים בכולו וזה פשוט וברור גם כל שאר קושיות שלו לק"מ לפ"ז ובזה ניחא גם קושיית התומים דהקשה מהא דקיי"ל דאסור לזקוף הקרן עם הריוח אף דזה ג"כ הוי כתנאי דאם יהי' ריוח שיתחייב ופשוט ג"כ דלק"מ דזה דמי ממש לאמנה ודוקא תנאי שעל המלוה לקיים ואז יתחייב הלוה והרי אינו יכול לקיים התנאי כ"ז שאין השטר בידו או אף דהלוה יפטור אם יקיים דכ"ז דלא מקיים א"כ יש עליו חיוב ואינו מחויב להאמין להלוה אבל בריות דבא מעצמו והמלוה מוכרח להאמין להלוה כמה ירויח וא"כ כשכותב עתה שטר על מה שלא לוה ויתחייב אח"כ זה ודאי לא עדיף מאמנה ודו"ק:

סימן נח

א) וי"א דאחר דחייב השליח לשלם לא יכול המלוה לעכבם אלא אם טוען שהשליח נתנם לו ג"כ על חוב אתר וכן מי שהפקיד. עיין ש"ך סוף ס"ק ח' דכיון דהנתפס נתחייב בהודאתו ואם יודה לדבריו יפטור אז יוכל לתפוס משמע מדבריו דאם יש עדים דהמשלח מסר בפירוש על החוב שבשטר אינו יכול לתפוס והנחה"מ ס"ק ג' כ' דאף ביש עדים מ"מ כיון דמסר להמלוה על חוב אחר זכה המלוה בתפיסתו וכן בס"ק ד' כ' על הש"ך בלשון תימה דא"כ אם יש עדים וכו' עיי"ש ואישתמט להנחה"מ דברי הדרישה והב"ח שכתבו בפירוש דאם יש עדים שאמר לו המשלח שיתן על חוב שבשטר דפשיט דצריך להחזיר ובודאי שלא ראה דבריהם שהרי לא הביאם ואם הי' רואה אותם לא הי' כותב בפשיטות נגד דעתם ומה שכ' הנתה"מ דדברי הריטב"א מסתברים דיכול המלוה לומר מה לי להיזקק אני תופס שעבוד שלי ורק הא די"א דאין יכול לתפוס שיהי' השליח נפסד הוא רק מטעם דאין גובה ממטלטלין המשועבדים והוא משכון אצל השומר לאחריות שעליו או משום כיון דמשלם קנה למפרע אבל כיון שאמר שמסרם על תוב אחר הודאת בע"ד מהני שאינו נקרא משועבדים וא"כ יכול לומר מה לי להיזקק ע"כ לפענ"ד אינו מהסברא דיהי' נאמן לטעון כן ועיין מ"ש לעיל סי' כ"ג וכ"ה דאין הבע"ד יכול לטעון שהדיין פסק להיפך מהדין וטעה בשיקול הדעת שהי' הדיין חייב לשלם ואני זכיתי בו עיי"ש וה"נ למה יהי' נאמן שנתן לו באופן שיהי' חייב לשלם וגם מ"ש דהוא כמו שליש והשליש נאמן דאח"כ אמר לו על תיב אחר כמו שנאמן דהי' אח"כ תנאים אחרים עיי"ש הנה מה שלישית מסר בידו והרי נתן לו עבור שיביא לו השטר ואינו רק שומר שלו. ואף שאין בידי לדחות בסברא דברי הנתה"מ מ"מ כיון דהדרישה והב"ח והש"ך כולם פה אחד אומרים דביש עדים אין יכול לתפוס ודאי אין לזוז מדבריהם ומה שכ' הנתה"מ שכן תמה ג"כ התומים עיינתי שם וראיתי שכ' דנראה לו שיש מחלוקת בזה ואדרבה כ' דלהסוברים דוקא אם טוען שהשליח נתן לו על חוב אתר נאמן אם יש עדים אין יכול לתפוס רק הסוברים דאף בסתם סגי לדידהו אף ביש עדים יכול לתפוס והמעיין יראה דגם זה אינו מוכרח עיי"ש:

ב) אבל אם תפסו מיד המפקיד. עיין קצה"ח ס"ק ב' ונתה"מ ס"ק ד' בסופו דאם תופסו ואומר שגוף הפקדון שלו יכול לתפוס עיי"ש והנה אף שכן הוא מהסברא והדין מ"מ צ"ע בעיני לפי מה דקיי"ל דיש תקנת השוק: אף בקונה מגנב שאינו מפורסם א"כ ה"נ למה יהי' גרע הנפקד מאלו הי' קונה אותו ובפרט לפי מ"ש הנתה"מ דאח"כ כשמשלם

נקנה לו למפרע כמו כל שומר ששילם או משום דנקנה לו לשעבוד אחריות א"כ הוי לוקח ושייך בו תקנת השוק וצ"ע ונראה כמ"ש ועיין השמטה:

ג) אבל אם לא הזכיר שיקח השטר. הש"ך ס"ק י' הביא דברי המבי"ט דאם השליח הוא בשכר והמלוה הוא עכו"ם חייב והש"ך סיים וצ"ע וכן התומים כ' דדברי המבי"ט צ"ע דאיך נוציא מכח אומדנא כי האי ואני לא אבין דמה בין זה להא דסי' קפ"ה גבי סירסור שנתן הכלי לבקרו בלא עדים חייב וכ' הסמ"ע שם ס"ק כ"ד הטעם כיון שהוא בשכר חייב בענין הקרוב לאונס והוא מדברי הרשב"א ואף שראיתי בש"מ בכתובות (ד' פ"ה) בשם הריטב"א דחולק ע"ז הוא מטעם דכ' שם דדרך ליתן לבקר בלא עדים אבל כאן ודאי די"ל דהוי פשיעה הקרוב לאונס בעכו"ם והכל מודים דחייב:

ד) ובאו פו"פ והעידו שפרעו בטל השטר. הנתה"מ ס"ק ו' הביא דברי הסמ"ע שכ' בסי' למ"ד דאף אם ידוע שיש עליו עוד חוב אצלו מ"מ נאמן הלוה שאותו חוב פרע אח"כ (באמת אין מבואר בסמ"ע שטוען שפרע אח"כ ויותר י"ל כונת הסמ"ע שטוען שאותו חוב כבר פרע אבל אם ידיע שבעת שפרע הי' לו עוד חוב מודה הסמ"ע דאין הלוה נאמן דבזה בודאי טענת סיטראי הוי טענה מעלייתא) והנה הסמ"ע כ' שם דכן כ' בפרישה ולדברי הפרישה שם לא זכינו אכן ראיתי דהמ"ל חולק עליו וכ' דלפי דקיי"ל דהברירה ביד המלוה לקבל על איזה חוב שירצה אין הלוה נאמן (והנה נראה ג"כ שפי' דברי הסמ"ע דידוע שאז עדיין הי' חייב לו) והנה מהסברא ודאי דדברי המ"ל נכונים דאל"כ לקחה מדת הדין דמי שיש עליו שתי שטרות ביד חבירו יפרענו בשוק לפני עדים ויודע שאין השטר בידו בשוק ואח"כ ילך עמו לביתו ויקח מידו השטר ויהי' נאמן אח"כ שפרע גם שטר השני ולמה לא נימא דמסתמא לא רצה המלוה להחזיק בידו השטר. ומ"ש הנתה"מ דדומה לאומר שטר פרוע יש לך בידי דהתם הודה ששטר פרוע בידו ומ"מ ודאי אף שם אם הי' אומר שני שטרות יש לי עליך ואחד פרוע ג"כ נאמן אח"כ לומר דאת הפרוע כבר החזיר כיון דתיכף אמר שיש לו שני שטרות ודברי הנתה"מ צ"ע בזה ומה שהביא הנתה"מ ראי' מרש"י כתובות דהיתומים נאמנים לומר מה שמכרת לכתובה מכרת ומזונות נתננו לך לפענ"ד אין זה ראי' כלל דהתם בעת המכירה ג"כ נאמנים היתומים לומר דנתנו לה מזונות וא"כ אין ידוע כלל דיש עליהם שני חובות ומ"ש הנחה"מ ז"ל ל"מ מלוה ע"פ ידוע דחזקה דלא שביק מלוה בשטר ופרע ע"פ וא"כ ודאי על השטר פרע דבריו תמוהים דהרי ביד המלוה הברירה וא"כ ודאי לא שביק מלוה ע"פ וקיבל על השטר ומ"ש דכן כ' הרא"ש עיין בס"ק שאח"ז דכתבתי דלא עלה כן כלל על דעת הרא"ש ואדרבה מדברי הרא"ש שכתב דלולי דחזקה דלא שביק מלוה בשטר

ופרע ע"פ משמע דהיכי דידוע שיש עליו שני חובות סיטראי בעצמה טענה מעלייתא היא עיין ס"ק שאח"ז ותבין וכן מדברי הב"ח ג"כ משמע קצת דהיכי דיש לו עליו שני חובות לא נתבטל השטר:

ה) בטל השטר. והנה זה פשוט דאף אם המלוה טוען שהי' לו עוד שטר והחזיר לו אינו נאמן (כ"ז דאין ידוע דהי' לו עוד שטר או עכ"פ מלוה ע"פ לפמ"ש בס"ק הקודם) דאם לא כן לעולם יהי' המלוה נאמן במיגו ועיין ש"ך ס"ק י"ג אך הנתה"מ הקשה מדברי הרא"ש דכ' הטעם דאין נאמן לטעון סיטראי דחזקה דלא שביק מלוה בשטר ופרע ע"פ ולפ"ז אם טוען המלוה שגם על החוב שקיבל הי' לו שטר והחזיר לו סיטראי בעצמה הוי טענה ונאמן ותי' הנתה"מ דודאי אי פרע בעדים מודה הרא"ש שאין טענת סיטראי טענה כלל דכיון דהי' ודאי פרעון אין להניח הודאי משום ספק שמא הי' לו עוד שטר רק בפרע לו שלא בעדים לא מיקרי ודאי פרעון קשה לי' להרא"ש למה הוצרכו בש"ס לטעם מיגו ע"ז כ' דחזקה דלא שביק עייי"ש. והנה אם נפרש דברי הרא"ש כן ודאי הוא תימה וכמ"ש בס"ק הקודם דאיך שייך חזקה לגבי לוה והברירה ביד המלוה לקבל על איזה חוב שירצה וגם מ"ש הנתה"מ דהרא"ש קאי בפרע בלא עדים נראה דלא עיין רק בדברי הרא"ש בכתובות (ד' פ"ה) אבל בשבועות כ' הרא"ש להדיא דלכן אינו נאמן משום דלא שבק הלוה מלוה בשטר וכו' ולכן נראה בכונת הרא"ש דהנה זה פשוט דאין החוטף נאמן לומר דידי חטפתי וא"כ ה"נ פשוט דאינו נאמן לומר חוב יש לי עליך וע"כ אני תופס ממך ורק כאן הרי לא תפס ובעצמו פרע לו ואי דהפרעון הי' על המלוה בשטר ואיך ס"ד דיהי' נאמן המלוה שיש לו עוד חוב אך הרי הלוה לא הזכיר כלל השטר וא"כ ודאי נתן על מלוה ע"פ שהי' חייב לו חוץ מהשטר ועיין תומים ס"ק ב' בשם מהר"ם גבי חיוב השליח דכ' וז"ל דיכול המלוה לומר כיון דנתת סתם ולא הזכרת השטר מסתמא על חוב ע"פ נתת וה"נ כן הוא ע"ז כ' הרא"ש דעל הלוה ודאי אין לומר שנתן על מלוה ע"פ מדלא הזכיר השטר דאדרבה הלוה לא שביק מלוה בשטר ופרע ע"פ ואיך נאמר דודאי עוד חייב מלוה ע"פ מדלא הזכיר השטר דהא ודאי אף אם יהי' שני חובות יקשה עליו למה לא הזכיר השטר דהא לא שביק מלוה בשטר ובודאי על השטר פרע ואם דלא הזכיר ע"כ הוי כהזכיר וא"כ המלוה שטוען שיש לו עוד חוב הוי כתופס ואינו נאמן לומר שהי' לו חוב זה נראה ברור בכונת הרא"ש אף שהתומים הביאו הנתה"מ ס"ק ח' לא ירד לזה נראה דמן השמים הניחו לי מקום להתגדר בו תה"ל וא"כ לא קשה קושיית הנתה"מ דא"כ אם המלוה טוען דהי' לו עליו שני שטרות יהי' נאמן דז"א דהרי הרא"ש לא הוצרך לזה רק בטוען שהי' לו מלוה ע"פ ויש ראי' מדלא הזכיר השטר הוצרך לטעם

חזקה אבל בטוען שהי' לו שני שטרות פשוט דאין שום ריעותא מדלא הזכיר ודאי עוד חייב דהרי אף שטר אחד לא הזכיר אף דפרע בודאי על שטר אף לפי דברי המלוה, שוב מצאתי בתומים בסוף הסימן שכ' ג"כ כדברי בזה דבשני שטרות אין כלל ריעותא ללוה ותה"ל כי כונתי לדעתו ודוק כי דברי באמת וצדק ועיין ס"ק שאח"ז מ"ש עוד בזה:

ו) דלא מגבינן בי'. הסמ"ע ס"ק י"ב הביא דברי תשו' הרא"ש דאם החוב שבשטר הוא בא בהרשאה: והממון שהודה שקיבל בא מכח עצמו לא בטל השטר ע"כ והנה לפי מ"ש בפירוש דברי הרא"ש בס"ק הקודם כיון דחזקה דנתן על השטר אין יכול לתפוס על חוב שאינו מבורר כמו תופס שאין יכול לטעון דידי חטפתי וה"נ איך יכול המורשה לחפוס על חוב של עצמו שאינו מבורר ועיינתי בתשו' הרא"ש ושם לא הי' כלל עדים שקיבל ורק הי' כתב הודאה וכן הסמ"ע כ' והממון שהודה שקיבל משמע שלא הי' רק הודאה ושם המעשה הי' שהבעל בא בהרשאת אשתו לתבוע מאתי' עזבון אביהם שהי' מגיע לה והם הוציאו שטר הודאה שהודה הבעל שקיבל מהם כו"כ וטען הבעל שזה הי' מגיע לו עיי"ש. והנה חוץ מזה דלא הי' שום חפיסה אף גם אולי אייריי שם דאפשר שהוא קיבל מהם קודם שהי' לו הרשאה ממנה ובזה לא שייך דהוי תופס על חוב שאין מבורר וא"כ דין זה פשוט. ואך מסתימת לשון הסמ"ע משמע ודאי דאף אם יש עדים וכבר הי' ידוע שיש לו הרשאה מ"מ יכול לתפוס וזה ודאי דצ"ע ובנתה"מ ראיתי שמחלק דבהזכיר לו השטר חייב להחזיר את הממון להלוה ובלא הזכיר משמע דיכול לתפוס וזה ודאי קשה לכאורה הרי חזקה דעל השטר נתן כמ"ש הרא"ש ואך בדוחק נראה ליישב לפי מה שכ' הנתה"מ דלכן אם יחזיר השטר יוכל המלוה לתבוע אף דהלוה אומר הרי פרעתי לשלוחך משום דיכול המלוה לומר למה פרעת ולא לקחת השטר וידעת שיוכל להביא לי השטר ולומר שלא נתת לו והוא סברא נכונה א"כ י"ל דמה"ט נמי השליח יכול לתפוס דכבר כתבתי בשם הרא"ש דיש רעותא מה שלא הזכיר השטר ורק דחזקה דלא שביק וכו' אבל כאן הריעותא יותר גדולה דאיך פרע להשליח ולא הזכיר השטר דהא אף בהזכיר איכא קצת ריעותא מדפרע ולא לקח כ"ש בלא הזכיר השטר כלל ומ"מ דוחק הוא וכבר כתבתי דאין מתשובת הרא"ש ראי'. שוב ראיתי בשע"מ שכ' כמו שכתבתי דאין מתשו'

הרא"שראי' דשם הי' כתב הודאה קודם שקיבל הרשאה מאשתו רק הוא כתבו מטעם דאין המלוה יוכל לתבעו כיון שנתן לשליחו ובזה כבר כתבתי דסברת הנה"מ נראה נכונה וצ"ע:

ז) אבל בפני ע"א לא אמרינן דאיתרע שטרא. והתוס' כתבו דבפני ע"א הוי מחייב שבועה ואיל"מ רק הש"ך הקשה דקודם הפרעון אין כאן שבועה דאורייתא ומתרץ דאה"נ דהתוס' איירי לאחר הפרעון והקצה"ח הקשה דהפוכי מטרתא למה לי ולק"מ דהא העד צריך להעיד שנית אחר הפרעון שחייב לו ועיין סי' ע"א אכן הש"ך מסיק דהסוברין דבסיטראי לא נתבטל השטר ומהני תפיסה וא"כ ע"כ דפטור המלוה אחר הפרעון וא"כ צריך לומר דאף בע"א איתרע שטרא דכן מוכרת בדברי הר"ן דהוא סובר דמהני תפיסה וכאן כ' דהוי מחויב שבועה ואיל"מ וע"כ אף קודם הפרעון הוי המלוה מחויב שבועה ואיל"מ כן תוכן דברי הש"ך והנתה"מ כ' דאם פקח הלוה מגביהו קרקע דבקרקע לא מהני תפיסה ואח"כ חוזר ותובעו על פי העד ויהי' מחויב שבועה ואיל"מ ואף דאין בקרקע חיוב שבועה ואיל"מ מ"מ הא טענתייהו על פרעון הראשון דהוי מעות ואינו נאמן על טענת סיטראי שלא יצטרך להחזיר פרעון השני רק במיגו דלהד"ם ואם הי' טוען להד"ם הי' צריך לשבע והוי מחויב שואיל"מ ע"כ ותמוהין דבריו דהרי הוא הולך להשיטה הסוברת דטענת סיטראי לא הוי טענה גרועה כ"כ שיקרעו השטר דלא יהני תפיסה וא"כ ע"כ בתפס א"צ מיגו דלהד"ם דאל"כ איך יהני תפיסה בשני עדים ופשוט וחוץ מזה אין דבריו מובנים דאם טענותיהם הוא על פרעון הראשון א"כ א"צ להחזיר הקרקע ומה בין קרקע למטלטלין:

ח) אם יש עדים שפרע לו דמי השור. הנתה"מ סוף ס"ק י"ג כ' דבאם ראו עדים שפרעו ואח"כ הוציא המלוה שטר על זה הלוה אף דאפשר דשטר הזה נכתב אח"כ מ"מ איתרע שטרא וראייתו מסי' פ"א דמבואר שם דאם הודה המלוה לפניהם שקיבל מעות יכולין לכתוב שובר ודין שובר הוא שיכתבו בלא זמן וא"כ מה לי שובר בלא זמן מה לי עדים שאין יודעין הזמן עיי"ש ולפענ"ד לא נראה כן והרי כבר כתבתי בס"ק ה' דמדברי הרא"ש משמע דלכן סיטראי הוא טענה גרוע משום דיש חזקה דפרע על השטר אבל בלא"ה איתרע טענת הלוה דהו"ל להזכיר השטר ובשני שטרות וטוען המלוה שהחזיר לו שטר אחד טעם אחר איכא משום דאף לדברי המלוה למה לא הזכיר השטר אבל כאן דהמלוה טוען דשטר זה נכתב אח"כ ואין שום ריעותא להמלוה ולהלוה יש ריעותא דלא הזכיר השטר א"כ טענת סיטראי הוי טענה מעלייתא ומה שהביא מסי' פ"א נראה דודאי לא דמי דלפי דברי הנתה"מ יקשה באמת למה יכולין לכתוב שובר והרי מבואר בש"ך סי' נ"ד ס"ק ט' דביודעין זמן השטר וכתבו שיבר בלא זמן השובר פסול ואף דבאין יודעין זמן השטר יכולין לכתוב שובר בלא זמן הוא משום כיון דהמלוה ציוה לכתוב שובר יודע שיכתבו בלא זמן ויזהר מלהלות וא"כ שם בסי' פ"א דלא ציוה כלל לכתוב שובר ואין שייך דיודע שיכתבו שובר בלא זמן איך יכתבו שובר וע"כ צ"ל דאה"נ שם איירי ביודעין

זמנו של השטר ויכתבו שובר בזמן או שיכתבו מאיזה שטר פרע ואם נאמר דסתימת לשון המחבר משמע באין יודעין זמן השטר איירי ע"כ עליך לומר כיון דהדין כך שיכתבו בהודה הוי כמצוה לכתוב שובר בלא זמן אבל כאן דלא איירי בהודה רק שראו שנתן מעות מי הרשה אותם לכתוב שובר מסתמא אם יש לו שטר יחזיר לו ואם הוא מלוה ע"פ לא אסיק כלל אדעת מלוה שהלוה יבא לפניהם שיכתבו לו וא"כ אדם הפורע לפני עדים ודאי אינו נזהר שלא ילוה לו עוד וא"כ כה"ג ודאי דומה למה שכ' הש"ך דשובר בלא זמן פסול ודו"ק:

סימן נט

א) וטוען הלוה שהוא פרוע והמלוה אומר איני יודע אינו גובה בו. הבעה"ת הביא דיעה החולקת בזה הסוברת דאף בטוען המלוה איני יודע גובה והקצה"ח הקשה עליהם דהא אמרינן גבי פוגם שטרא דמשפרע לא דייק ורמי רבנן שבועה כי היכי דתידוק ואי נאמר דבטוען המלוה איני יודע גובה א"כ מ"מ יגבה אף בלא ידע ונראה דאדרבה לשון הש"ס ראי' כדבריהם דלמה אמרו דדמי שביעה כי היכי דלידוק ולמה לא אמרו בפשוט דרמי עלי' שבועה כדי שיפרוש אם מסופק א"כ משמע דהוא רק משום דחשדינן לי' אם יתן לב לידע ולדקדק בחשבונו ידע שנפרע אבל אם באמת לא ידע ישבע ויגבה ובחידושי שם פרשתי דידקדק בשעת פרעון אכן ודאי לא קשה לדבריהם והנתה"מ מחלק בין אומר שאינו יודע מכלום בין אומר שנפרע קצת ואינו יודע כמה דאז אינו גובה ואף אם הלוה ג"כ מסופק ולפענ"ד נראה דודאי אם הלוה מסופק גובה אף באיני יודע וטוען שקיבל קצת דהא הרשב"א הובא בב"י סי' פ"ד כ' גבי מלוה שמודה שקיבל שני דינרים והלוה אימר שלשה ואומר המלוה על דינר השלישי איני יודע אינו גובה משמע משום דטוען הלוה ברי וכן הסמ"ע שם ציין לעיין כאן בסי' נ"ט משמע דשוה ממש לדין דהכא דדוקא בטוען ברי דנהי דבפוגם איתרע שטרא היינו שצריך לשבע אבל ודאי אין סברא דליתרע כ"כ דאף בטוען הלוה שמא לא יגבה ואכן יש לחלק באין יודע איזה סך גבה ובזה איירי הנתה"מ:

ב) והמלוה אומר איני יודע. הנתה"מ חידש דאף דהיכי דהלוה טוען ברי מוציאין השטר מהמלוה ומחזירין ללוה אבל נגד יורשים דאם טוען המלוה איני יודע אין קורעין השטר ומניחו ביד ב"ד אולי יזכור כיון דהיורשין טוענין שמא וסברתו הוא אף דבברי ושמא אין מוציאין כאן מוציאין מהמלוה משום דשטר לא הוי כחזקת ממון כמ"ש הש"ך סי' מ"ז לכן מהני ברי של הלוה להוציא אבל ליורשים אין טוענים בשבילם להוציא עיי"ש והלה מה שהביא מהש"ך סי' מ"ז חוץ ממה שכתבתי שם ראי' להרמב"ן אך בל"ז מעולם לא

עלה ע"ד הש"ך דחזקת השטר לא הוי חזקה רק כ' דמה שמוחזק בהשטר אינו כמוחזק בממון והלוה נקרא מוחזק בהממון עיי"ש אבל להוציא ממנו השטר כמו שכ' הנתה"מ דנגד יורשים הוי להוציא ממנו ואין טוענין בשבילם ה"נ למה לא יהי' המלוה מוחזק אף נגד הלוה וע"כ הא דמוציאין מידו השטר בטוען הלוה ברי הוא משום דהשטר הוא שלו. שוב ראיתי כן בהגהות א"ב והביא ממשכון דצריך להחזיר וחקר אולי שטר עדיף ואני כבר כתבתי בזה בסי' נ"ד דשטר עוד גרע ועוד י"ל דמוציאין מידו השטר משום דאסור לשהות בידו שטר פרוע וא"כ אף בטוען נגד יורשים י"ל דמוציאין משום דלא יבוא לגבות בו ואף מ"ש הנתה"מ דמניחו ביד ב"ד צ"ע אם יהני אח"כ אף שיזכור ומה שהביא ראי' דאין מוציאין נגד יורשים מהא דפרשו הגאונים המשנה מצא שטר בין שטרותיו וא"י מה טיבו יהא מונח איירי במצאו המלוה עצמו בין שטרות וקשה א"כ אמאי יהא מונח הא צריך להחזירו להלוה אלא ע"כ מוקי לה שמת הלוה ולכן א"צ להחזיר ע"כ ולפענ"ד דבריו תמוהים ואישתמט לי' דברי בעה"ת מובא באו"ת דמפרש באין הלוה תובעו ומותר להשהותו אולי יהי' נזכר ומה שאמרו יהא מונח היינו דאסור לו לתבוע הלוה ולנסותו אולי יודה והר"י אברצלוני חולק ע"ז שם בבעה"ת ומוקי לה במת המלוה ויורשיו מצאו השטר ואין יודעין מה טיבו משום דמצאו אותו בין שטרות פרועים וקרועין וא"כ אין משם ראי' כלל ובלא"ה דוחק לאוקמי במת לוה ולא מצינו זה בשום פוסק וא"כ נראה דאף נגד יורשים מוציאין השטר ממנו. גם מ"ש הנתה"מ דלכן אין גובה מיורשין דהוי כחשוד שהוציא שטר קשה ג"כ דגם בחשוד יש פלוגתא ומ"ש דברי של יורשין אינו טוב ולמה לא יגבה כמ"ש התוס' דבעינן ברי טוב לא אדע דלא כתבו כן התו' רק להוציא למ"ד ברי עדיף ולא להחזיק:

עוד כ' הנתה"מ דהא דאין גובין מיורשין בטוען שמאהוא רק במקום דהו"ל למידע אבל באם המלוה שלח שליח לפרע מן הלוה וא"י אם פרע הלוה גובה מהיורשין דהא הש"ך מדמה לה לחנוני על פנקסו. והנה הנחה"מ עצמו הרגיש דיש לחלק בין להוציא או לפטור ואיני כדאי להכריע דבריו אבל הסברא ודאי נוטה דאף כה"ג אינו גובה מיורשין וכן משמע בס' מקצוע בתורה ואולי הנתה"מ איירי בהשליח טוען שלא קיבל דכה"ג איירי הש"ך בסי' קס"א ס"ק מ"א וצ"ע:

סימן ס

א) הבא לגבות חובו וכו' ה"ז טורף מקרקעות. בס' שע"מ הביא דברי הצ"צ שכ' דשנים שהחליפו בתיהם זה עם זה ובא אח"כ ב"ח של אחד לגבות וחובו נגד שניהם טורף שניהם וכ' שם הצ"צ דמה שהחליפו הוי שלא באחריות ובנו שם בהגהה כ' דאף אם

החליפין הוא באחריות מ"מ הרי החוב קודם ועיין שם בשע"מ דהשיג עליו וכל דבריו ברורים ולפי מ"ש לעיל ר"ם ל"ז ג"כ נראה כמ"ש השע"מ ואף אבוא אחריו להוסיף דלפי מ"ש הב"ח בסי' צ"ו דבורח כל הסחורה הנמצא שייך למי שנתן לו וה"נ ודאי דזה לא נתן לו ביתו ע"ד שיפסיד ובודאי הסברא דנתבטל החילוף מכל וכל דאומדנא הוא דאדעתא דהכי לא החליף ואף דבדבר התלוי בדעת שניהם לא אמרינן אומדנא נראה דאומדנא זו הוא אומדנא המבואר בש"ם דאמרינן לא שדי אינש זוזי בכדי ואמרינן ע"י זה אחריות ט"ס הוא ובאמת אי לא שדי זוזי בכדי הי' ראוי דיתבטל המקח מעיקרא רק כיון דהלוקח יהיב זוזי ואין המעות בעין א"כ מה לו בביטול המקח אבל בהחליף ביתו ודאי דנאמר דנתבטל המקח מכל וכל כנלפענ"ד:

ב) דלא שייך בשטרות תקה"ש. קצת צ"ע דלמה לי האי טעמא דנימא דהלוה שמכר שט"ח יכול המלוה לגבות ממנו בלא"ה הרי הלוה של לוה שלו משועבד לו מדר"נ ומה לו להמלוה מה שמכר הלוה שטרו. שוב ראיתי בתומים ומהנראה מדבריו דאיירי שלוקח השט"ח כבר גבה מטלטלין ואם הי' שייך תקה"ש לא הי' המלוה חוזר וגובה אבל כיון דלא שייך תקה"ש המלוה גובה מהלוקח:

ג) המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון לזון את חבירו ה' שנים לא נשתעבד להרמב"ם. עיין ש"ך מה שתמהו עליו וכל המפורשים כולם פה אחד דבמכר ושכירות מודה הרמב"ם דנתחייב ורק במחנה סובר דלא נתחייב רק גבי פסיקתא דר"ג דגמר ומשעבד ולפ"ז יתורצו כל הקושיות רק זה קשה עוד בריש הנושא דפליגו ר"י וריש לקיש במחייב אני לך מנה דר"י אמר חייב ר"ל. אמר פטור ופריך לר"ל מהא דתנן הנושא את האשה ופסק לזון בתה חמש שנים מאי לאו כה"ג ומשני לא בשטרי פסיקתא וכר"ג ותמהו דמאי פריך לר"ל הא אף לר"י לא משכחת שיחייב עצמו רק ע"י פסיקתא דר"ג וע"כ דידע מזה ומאי פריך לר"ל וע"כ דלר"י יכול לחייב עצמו אף בלא פסיקתא דר"ג ונראה דהנה הרשב"א הקשה דמאי פריך הרי בריש הסוגיא דפריך אי דאמר אתם עדי מ"ט דר"ל משמע דאיירי במודה שחייב מכבר אי הוי הודאה או לא וא"כ מאי פריך מהנושא דהוא חיוב חדש ונראה דהנה במאי דקאמר הש"ס באומר חייב אני לך מנה בשטר ר"י אמר אלימא מילחא דשטרא כמאן דא"ל א"ע דמי וכו' והקשו דמה שייכות זה לכמאן דאמר א"ע ועיין קצה"ח לעיל סי' מ' ונראה פשוט לפרש הש"ס דבאמת לר"ל אין אדם יכול להתחייב חיוב חדש לכן פריך לעיל אי דאמר א"ע היינו במודה שחייב מכבר מ"ט דר"ל וקאמר דא"ל חייב אני לך מנה בשטר ומחייב עצמו ר"י סבר דאלימא מילתא דשטרח כהודה מכבר ור"ל סבר דאינו יכול להחחייב ושאני הודאה שחייב כבר ופירוש זה לכאורה מוכרח לפי מה

שפי' הקצה"ח לעיל סי' מ' בדברי הרמב"ם עיי"ש ולפ"ז נאמר דודאי אף לדברי הרמב"ם דאינו יכול לחייב עצמו אף בקנין מ"מ אם משכחת אופן דחייב שוב יוכל לחייב ע"י הודאה שהרי מודה דחייב מכבר ולפ"ז ממילא ל"ק למה לא פריך לר"י דהרי לר"י דאלים מילחא דשטרא כהודה לא קשה מהנושא דאף דס"ד דאיירי אחר הנשואין מ"מ כיון דאלימא מילתא דשטרא כהודה א"כ הוי כמודה דנתחייב והרי משכחת חיוב שנתחייב כבר בפסיקתא אבל לר"ל דאינו יכול לחייב עצמו א"כ איך נתחייב ומשני בפסיקתא ואז שפיר נתחייב וא"כ לכאורה אדרבה יהי' מכאן ראי' להרמב"ם דכבר הקשה ההרש"א דלוקי שחייב עצמו בשטר ממש ולהרמב"ם ניחא דהא אף בשטר אין יכול לחייב עצמו במה שאין קצוב: עוד הביא הש"ך דברי הרמב"ם פ' כ"ג מה' אישות בדין דפוסק לזון בת אשתו כ' ואם קנו מידו או שחייב עצמו בשער גובה מנכסים משועבדים ותמה הש"ך הא בגיטין (ד' נ"א) דפליגו ר"י ור"ל עם ר"ח בשבח קרקעות דאינו גובה רק מב"ח דר"י ור"ל סברו מטעם דאינן כתובין ור"ח אמר מטעם דאין קצובין וכיון דהרמב"ם פסק כר"ח דהוא מטעם אין קצובין לא מהני אף כתובין וא"כ למה פסק הרמב"ם בבת אשתו דבחייב עצמו בשטר גובה ממשועבדים י"ל בת אשתו דעדיפא דלא הוי אסמכתא יכול לחייב עצמו בשטר לענין ממשעבדי ובגיטין דפריך מבת אשתו הוא לר"י ור"ל כפרש"י דמטעם אין כתובין אין לחלק אבל בשבח קרקעות הטעם דאין קצובין דאין יכולין לקוחות לזהר בזה שאני בת אשתו דיכולין לזהר במזונות ה' שנים ולענין זה לא מיקרי אין קצובין ומה שרוצה הש"ך למחוק מה שכתב הרמב"ם או שחייב עצמו בשטר כבר כ' התומים דע"כ מוכרח הוא בהרמב"ם וא"כ אין חילוק בין שטר לקנו מידו כמ"ש הש"ך לפרש"י וא"צ לומר דקנין עדיף משטר כמ"ש הש"ך שהוא דוחק ומ"ש הש"ך דכן כ' ה"ה אליבא דהרמב"ם אבל אם לא קנו מידו אף אם כתב אינו גובה ממשעבדי נראה דהנה כבר הקשה הרשב"א וכל המפורשים על הא דבפ' הנושא בסוגיא אי ניתן לכתוב פריך מבת אשתו דגובה ממשועבדים והיינו דודאי סתם משנה איירי בכתב לה ובהנזקין פריך לעולא דמסתמא לא כתב לה אלמא דא"צ כתובים ונראה בפשוט לפי דברי הטור באה"ע סי' נ"א דהא דבעי הש"ס אי ניתן לכתוב היינו בכותב דברים כהווייתן אי אמרינן דהוי כתיבה ממש ודעתם בזה להתחייב או דאינו שטר עד שיצוו לכתוב שטר ממש ולפ"ז נתיישבו שחי הסוגיות דודאי מסתמא הדרך גבי פסיקתא דר"ג לכתוב הדברים כדמשמע סוגיא דהנושא ולכן פריך שם מבת אשתו ומשני שקנו והוי כשטר גמור וכן בפ' הנזקין פשוט לי' ג"כ דלא ניתן לכתוב ולא הוי כשטר גמור ופריך לעולא אלמא דלא בעי כתובין ומשני ג"כ שקנו מידו והכל עולה לדבר אחד ולפ"ז גם כונת ה"ה שכ' דוקא קנו אבל כתב לה

לא מהני היינו בכתב רק דברים כהווייתן ושטר דנקט הרמב"ם איירי בשטר ממש ואף דמלשון הרמב"ם דכ' אבל אם לא קנו דברים הללו לא ניתן לכתוב משמע דאינו מפרש כהטור רק אי פסיקתא הוי כקנין מ"מ ה"ה כ' הדין לפי פירוש הטור כיון דלדינא לא פליג הרמב"ם בזה:

והנה הקשו לפי פרש"י ולהרמב"ם אי נאמר דמפרש כרש"י דהא דפריך מבת אשתו דגובה ממשעבדי קאי הקושיא לר"י ור"ל משום דאין כתובין ומשני שם שקנו מידו ופריך א"ה בנות נמי אם היו בשעת קנין כגון דגירשה ואהדרה לגבות ממשעבדי ומשני דבנות דאכלו בתנאי ב"ד חיישינן לצררי ואף קנין לא מהני לענין משעבדי וא"כ קשה לעיל שם דפריך לר"י ור"ל והא בנותיו דאכלו מתנאי ב"ד והוי ככתובין למה אינן ניזונין רק מב"ח ומשני הכי איתקן ע"כ ולמה לא משני ג"כ כמו דמפני לבסוף דחיישינן לצררי ובשלומא אי הקושיא והתי' דצררי אזיל לר"ח ניחא והתוס' תירצו שם בדוחק דמשני מעיקרא הכי איתקן דאף בהודה האב לא מהני למשעבדי והוא דוחק גדול דהא הקושיא לא הי' בהודה האב רק פריך דלעולם תגבה ממשעבדי ונראה דהנה המפורשים הקשו על מה דאמר דחיישינן לצררי מאי נ"מ בין משעבדי לב"ח ואף מב"ח לא תגבה ונראה דהנה בחידושי לאה"ע סי' קי"ב כתבתי במ"ש שם הח"מ בהך דינא דבנותיו אף אם קנו מידו אינן גובין ממשעבדי מחשש צררי וכ' הח"מ דלפי דברי התוס' דכתבו בהודה האב לא חיישינן לצררי א"כ ה"נ לדידן בקנו מידו מהני הודאת האב וקיהה שם למה לא ניחוש לקנוניא שהודה כדי לגבות מלקוחות ואני כתבתי בל"ז דהוא דבר חדש ואך כתבתי דדברי התוס' נכונים דהרי חיוב המזונות אינו מתחיל רק אחר מיתה וא"כ בהודה האב אף אם נאמר דבאמת התפיס להם צררי מ"מ בהודה הרי מחל להם מה שנתן ואין כאן שום חשש וזה ברור ועוד כתבתי שם במ"ש שם הרמ"ה דאם כתב לבנותיו שטר בפ"ט גובין ממשעבדי ולא חיישינן לצררי דא"כ למה לא לקח את השטר או הי' לו לכתוב שובר והב"ש שם הקשה דא"כ לעולם למה חיישינן לצררי דהי' לו לכתוב שובר והנה באמת הפוסקים מטעם זה חולקין על הרמ"ה (ובחי' שם ישבתי דבריו) ואף דבכל שטר כיון דאין כאן שובר אין לפסול השטר אבל בנותיו חיישינן אף כתב להם שטר בפ"ע ולפ"ז לא קשה למה גם לגבי ב"ח לא חיישינן לצררי דהי' לו ליטול שובר אבל לגבי לקוחות אין ראי' משובר דהרי מ"מ אין כאן רק הודאת האב וחיישינן לקנוניא ואך קשה דהא כבר כתבתי דבמזונות אין כאן חשש קנוניא דהרי אין החיוב רק אחר מיתתו והצררי הם רק כמו משכון ואם מחל להם נפקעו הצררי ולמה לא יגבו אך ז"א דבשלומא היכי דהחיוב מתנאי ב"ד אז לא חל החיוב רק אחר מותו אבל בנתן שטר על עצמו מיד

שהתפיס צררי פקע השטר ושפיר חלקו על הרמ"ה דאף בשטר בפ"ע חיישינן לצררי ומה שאין בידו שובר חיישינן לקנוניא ולפ"ז נסתר דברי הח"מ דהתוס' לא כתבו דמהני הודאת האב שלא ניחוש לקנוניא רק במה דרצה הש"ס לומר דבתנאי ב"ד ג"כ תגבה ממשעבדי שפיר כתבו דלא חיישינן לצררי בהודה דהחיוב אינו רק אחר מיתה ויכול למחול אבל עכשיו דאין גובין ממשעבדי ואף בקנו חיישינן לצררי בזה לא מהני הודה האב דהרי מיד שהתפיס צררי נמחל מה שחייב עצמו ואי משום דהודה בזה חיישינן לקנוניא ולפ"ז מיושב קושיית המפורשים הנ"ל דלעיל לא הי' יכול לתרץ בבנותיו דצררי אתפסי' דהרי כיון דאין כאן שובר לא חיישינן ואי משום דמה דאין שובר לא הוי רק כהודה הרי בזה לא חיישינן לקנוניא כיון דכל המזונות מתנאי ב"ד והוצרך לתרץ הכי איתקן אבל עכשיו דפריך דמשכחת בקנו מידו שפיר מתרץ דבזה חיישינן לקנוניא ודו"ק כי נכון הוא:

עוד הביא הש"ך דהב"י הביא ראי' להרמב"ם מדאמר מי לא משכמת לה דגם בתו הי' בשעת קנין כגון דגירשה ואהדרה ולא קאמר בקיצור כגון שקיבל קנין אחר שנולדה הבת אלא ודאי דלא מצי לחייב עצמו רק בעת נשואין מפסיקתא דר"ג אבל לא אח"כ משום דהוי דבר שאין לו קצבה והש"ך דחה דכיון דרצה לומר דמהני הקנין לבת אשתו ולא לבתו לכן קאמר דנירשה והי' הקנין בבת אחת ואני בעניי לא זכיתי להבין דבריהם דהא צריך להבין במאי דפריך הש"ס א"ה בתו נמי ומשכחת שהיתה בשעת קנין כגון דגירשה ואהדרה דמאי נ"מ בין בת אשתו או בתו וכי התנה התנא דבת אשתו לא תהי' בתו והרי כונתו לאשמעינן דע"י פסיקתא גובה ממשעבדי ובנות האוכלין מתנאי ב"ד אין גובין ממשעבדי וגם אם בתו תהי' ע"י פסיקתא ג"כ תגבה ומאי פריך ורק פשוט דכונת הש"ס פשוט דלאחר דמשני בקנו מידו וע"י הפסיקתא לבד אינה טורפת פריך אם בא להשמיענו דע"י קנין טורף ה"נ משכחת בתנאי ב"ד שהי' קנין טורפת וא"צ לאשמעינן גבי פסיקתא דר"ג דע"י קנין טורף וזה פשוט להיודע סוגיות דש"ס וא"כ מה שדחה הש"ך דהי' הקנין בבת אחת אינו מובן דהרי לא הקשה כלל רק דלא ישמיענו בבת אשתו רק בבתו ודברי הב"י יותר תמוהים דכ' דלהרמב"ם ניחא דלא נקט בנולדה דאין יכול להתחייב רק בעת הפסיקתא והש"ס לא פריך כלל מטעם פסיקתא רק מטעם תנאי ב"ד והי' שפיר יכול לומר משכחת לה בנולדה והי' קנין נוסף להתנאי ב"ד וע"כ צריך לומר דנקיט ואהדרה דסתמא דמילחא מקנין בשעת נשואין וא"כ אין ראי' להרמב"ם ומ"מ זה לא קשה דאיך יכול להתחייב בדבר שאינו קצוב לדעתו זה לק"מ דשם דכבר מחויב

מתנאי ב"ד מהני הקנין לטרוף כמ"ש לעיל בבתו ובפרט דהש"ס אזיל לר"י ור"ל דלא בעי רק כתובין אף דאין קצובין ודו"ק:

ד) לזונו ה' שנים. הש"ך ס"ק י' כ' דלרש"י ה' שנים מיקרי דבר שיש לו קצבה ולולי דבריו נ"ל דאין כאן מחלוקת בזה דודאי לענין דין זה של הרמב"ם דאין יכול להתחייב בחנם בדבר שאין שומתו ידוע דלא שייך קנין רק בדבר מסוים (כן נראה לפענ"ד טעמו של הרמב"ם) אף ה' שנים אינו מסוים אבל בפ' הנזקין דמחויב רק דהלקוחות אין יודעין לזהר בדבר שאין לו קצבה ובמזונות ה' שנים יכולין להזהר כיון דיש קצבה בשנים. ומ"ש הש"ך במוסגר דקשה למה לא פי' רש"י דהוי אינו קצוב והקושיא לר"ת לא הבנתי חוץ מה די"ל דהי' פשוט לרש"י דהוי קצוב ויותר י"ל כמו שכ' הש"ך עצמו לקמן דדוחק לומר דקנין עדיף מכתב וא"כ אם הקושיא לר"ת ומשני בקנו מידו ע"כ נצטרך לפרש דקנין עדיף מכתיבה לכן יותר מפרש דאזיל לר"י ור"ל:

ה) וחלקו עליו. הש"ך ס"ק י"ב הביא דברי הריטב"א דכ' דמחייב עצמו בקנין לזון חבירו מתחייב ומ"מ אין גובה ממשעבדי ובשטר גובה והקשה הא בגמרא אמרינן בקנו מידו הרי. דאף בקנין גובה ואם מפרש דהש"ס אזיל לר"י ור"ל והוא פסק כר"ת א"כ אף בשטר אינו גובה ולפענ"ד יש ליישב לפי מה שכתבו המפורשים דהא דאמרינן סתם קנין לכתיבה עומד הוא רק במקום דא"צ קנין לגוף התחייבות ע"כ דהי' הקנין כדי לכתוב שטר בזה אמרינן לכתיבה עומד אבל היכי דצריך קנין לגוף התחייבות בזה אמרינן דאין עומד לכתיבה והוזכרה סברא זו כאן בנתה"מ וא"כ לק"מ דבש"ס דאיירי בפסיקתא דר"ג דיכול להתחייב לכן בקנו גובה ממשעבדי אבל המחייב עצמו לזון חבירו צריך קנין לגוף התחייבות לכן בקנין אין גובה ממשעבדי ולקמן סי' קכ"ט כתבתי דמדברי התוס' ב"מ (ד' ט"ו) שהביא הש"ך כאן דהקשו כיון דסתם קנין לכתיבה עומד א"כ אמאי קאמר אימלך משמע דלית להו ההוא כללא דשם הקנין צריך לגוף התחייבות אבל דברי הריטב"א אולי נוכל לפרש כן:

ו) המחייב עצמו לזון חבירו המחייב אומר לתת לו פירות והמקבל אומר מעות הדין עם המקבל. דין זה למדו מפ' הנושא גבי לא יאמר הראשון כשתבוא אצלי אזונה והנה הח"מ באה"ע סי' קי"ד כ' דמ"מ בבת אשתו אין חייב ליתן לה דמים רק ביש לה מזונות במ"א ודייק ממה דאמרינן התם בעובדא דאוגר רחיא דאמר חדא כרסי' אית לה משמע דמ"ה חייב ליתן דמים והב"ש השיג עליו דכיון דכל דין דחייב עצמו לזון חבירו נלמד משם האיך נחייבו יותר משם ולומר כאן דאף באין לו ממ"א חייב ליתן דמים אלא ע"כ דלעולם אין חייב ליתן דמים רק ביש לו מזונות ממ"א ומהש"ע כאן ודאי משמע כהח"מ דבחבירו

לעולם חייב ליתן מעות וקושיית הב"ש נראה לתרץ דקשה לכאורה אף לדבריו דאם כל כונת המתחייב הוא רק על מזונות א"כ מה לו בזה דאין לה רק חדא כרסי' וצ"ל דכן הי' דעתו בעת הפסיקא דאם יהי' לו ממ"א יתן דמים אך זה ניחא אם בכל מתחייב חייב ליתן דמים ורק בבת דלא עדיפא מאמה י"ל דכן כונתו דאם יהי' לה מזונות במקום אחר יתן דמים אבל אם בכל מתחייב דעתו רק על מזונותע"כ דאין לשין ליזון רק על מזונות למה נימא דדעתו הי' שבאם יהי' לה ממ"א יתן דמים. והנתה"מ השיג על הח"מ והב"ש ומסיק דאף בבת לעולם יתן דמים אף באין לה מזונות ממ"א וכ' דהב"ש אגב חורפי' לא עיין בסוגיא. והנה כל מעיין יראה דהנחה"מ אגב חורפי' ורוחב דעתו דן פלפול שלו לפשט פשוט אבל אנו בעניותינו צריכין לשמור עצמינו מהרחיב צעדינו ועיקר דיוק של הנתה"מ דקשה לי' דהתוס' שם הקשו דמאי מדמי הך דרמיא למזונות דהרי במזונות אין הבעל מפסיד כלום אבל ברחיים אם אין לו לטחון יפסיד השוכר ותירצו דאי לאו דאומר לו טחון וזבין ואיכא גם פסידא למשכיר הי' נתבטל השכירות והקשה הנתה"מ דאם דעת רבינא הי' ברחיים לבטל המקח א"כ מאי מדמי כלל למתניתין ועפ"ז העצה שם שיטתו עיי"ש ואני בעניי לא אבין קושייתו דהרי הא דכתבו התוס' דיתבטל השכירות הוא משום דהשוכר אינו רוצה לשלם אבל אם ירצה השוכר ליתן שכירות ודאי אין המשכיר יכול לבטל וא"כ שפיר מדמה למתניתין דכמו דמחויב ליתן דמים ה"נ ברחיים כופין ליתן דמים ואם יטעון דאית לי' פסידא יאמר המשכיר דיתבטל השכירות אבל באין הדין במתני' ליתן דמים ה"נ אין מחויב השוכר ליתן דמים ואך זה לכאורה קשה דמאי הקשו התוס' דהתם השוכר יפסיד אבל כאן לא מפסיד הבעל והרי לפי דעת הח"מ וב"ש אף הבעל יפסיד מה שיתן יותר מברכת הבית ונראה מכאן דהתוס' סוברים דאף כאן אינו נותן יותר מברכת הבית כדעת הר"מ בשיטה מקובצת ועיין בתויו"ט במשנה ג' שם דהי' פשוט לו דכיון דבאשתו דאין מוליך לה מזונות מ"מ לפי ברכת הבית צריך ליתן ע"כ בבת אשתו צריך ליתן מזונות משלם ועיין שם בש"מ משמע כהב"ש וכבר כתבתי דלשון הש"ע לא משמע כן וצ"ע לדינא:

ז) דמקבל עליו לזון חבירו כל ימי חייו משמע. עיין נתה"מ דהרשב"א יליף זה מנדרים דאמרינן באומר יאסרו כל פירות עולם עלי דלעולם משמע ותמה בנתה"מ על הרא"ש דאמר דנפטר בשנה אחת או בפעם אחת עיין סמ"ע דמה יענה לראיות הרשב"א ולי נראה פשוט דאין לדמות כלל לשון חיוב ללשון שלילה דודאי הנשבע לאכול אין לומר דכונתו לעולם ויאכל בלי הפסק ולכן יוצא בפעם אחת אבל הנשבע שלא יאכל ע"כ כונתו לעולם דבלא"ה וכי בלא שבועה ס"ד דיאכל לעולם וע"כ כונתו שלא יאכל לעולם

וזה דבר פשוט. שוב ראיתי בתומים סי' ע"ג כ' כעין זה וז"ל דאם נשבע לשתות וכי כנהרא ישתה וייזיל ושוב ראיתי בב"י אה"ע סי' קי"ד דהביא דברי הרשב"א ומשמע דגם הוא לא הביא ראי' מנדרים אלא לדוגמא נקטי' ע"ש אלא עיקר טעמו משום דרצה בהרוחת הניזון משמע כל ימי חייו ובודאי מודה דבאומר להאכיל לחבירו יוצא בפעם אחת רק דסתם מזונות לא משמע פעם אחת וכיון שיצא מאחת משמע לעולם ואפשר דזה דוגמא לנדרים דכיון דאין להגביל זמן משמע לעולם וה"נ כן והרא"ש אולי סובר דאף פעם אחת נקרא מזונות אך ברשב"א משמע גבי ע"מ שתניקי את בני דאי לאו משום לצעורי הוי אמרינן לעולם משמע עיין אה"ע סי' קמ"ג ולכן נראה כמ"ש דכל הרוחה לעולם משמע אך בדברי הרא"ש עיין ח"מ שם וב"ש הסכימו למ"ש הסמ"ע דיוצא בפעם אחת אך מ"מ יש קצת סברא במ"ש כאן הסמ"ע דכ' כיון דהזכיר או יתן ק' זהובים לשנה לכן גם מזונות אמרינן כונתו לשנה ולפמ"ש יש מקום לזה די"ל דלשון מזונות משמע יותר מפעם אתת וכיון דאין לזה זמן מוגבל יותר י"ל דלעולם משמע לולי דהזכיר שנה ודו"ק בזה כי קצרתי: ח) מי שכתב לחבירו לזונו זמן מה או לתת לו ק' דינרים וזנו קצת הזמן ופסק אינו חייב רק לתשלום מזונות עד ק' דינרים דודאי לא כון רק אם לא יזונו כלל. הנה הלשון משמע דאם נתן לו מזונות שוה ממשום דינר יתן לו עוד ומשום דינר והדבר חימה דמ"ש זה מהא דאמרינן בב"מ (ד' ק"ד) גבי אם אוביר ולא אעבוד ואוביר מילתא משלם תילתא ועיין טו"ז סי' ע"א ובשע"ח סי' נ"ה וצריך לפרש כאן ג"כ באופן הזה היינו דאם נתחייב לזונו שנה וזנו חצי שנה נותן לו נ' דינר אף שכבר זנו קרוב לסך ק' דינר אך מה שסיים דודאי לא כיוון רק אם לא יזונו כלל קשה דהא בכל מקום הדין כן בקיים חצי מהתנאי חייב חצי מהקנס וצ"ע:

ט) ראובן שקבל עליו לזון לשמעון ואשתו עיין טו"ז בענין מי שנתחייב לזון לבנו וכלתו ומת הבן אי מחויב ליתן לכלתו ודעת הטו"ז שחייב לזונה ולא אמרינן אומדנא והנה הב"ש באה"ע סי' נ"ג הקשה גם בבת אשתו דנימא אומדנא דלא נתחייב רק כ"ז שאשתו עמו וכתבתי שם דכיון דקיי"ל בפסק להבת אין האם יכולה למחול דכבר נגמר החיוב ואין לאמה בזה א"כ אמרינן דמחמת חיבת חיתון נתחייב וכבר נגמר החיוב לכן לא שייך אומדנא ולפ"ז כאן יש לומר דחמרינן באמת אומדנא ודברי המגיה בטו"ז ג"כ יש לעיין בו ולא רציתי להאריך כי מצאתי בתומים דסובר ג"כ דאמרינן כאן אומדנא רק סיים דטוב לפשר אך מ"ש התומים בתחילה דהוי כתוספת כתובה צ"ע דא"כ לא שייך דין זה רק בכלתו ולא בחתנו גם דא"כ למה הוצרך בבת אשתו לטעם פסיקתא דר"ג ודו"ק כי קצרתי:

י) דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וה"מ כשהקנה לו בלשון מכר ואפי' וכו' קבל אחריות על כל נכסיו. הש"ך ס"ק כ"א כ' דהיינו דוקא סתם אחריות כמו שהדרך בכל מכירת קרקע לכתוב אנא איקום וכו' אבל באומר אני מחייב עצמי בכך וכך אם לא אעמוד לך השדה נתחייב באחריות אם אינו מעמידה בידו והתומים הקשה דהא מהני אחריות לענין בבת אף שבת דממילא במכר לו דבר שאינו שלו ונימא ג"כ דמכר אין כאן אחריות אין כאן ועיין נחה"ח שהאריך בזה ועיקר דבריו דקרקע גזולה חל המכר בינו לבין הלוקח והביא ראי' מבעה"ת וכבר כפל הדבר בכתה מקומות ולקמן סי' קפ"ב תמהתי עליו וכתבתי דאין מדברי בעה"ת ראי' כלל ולא כ' רק דאין הגזלן יכול להוציא מהלוקח משום דאינו שלו וכעת כאן ראיתי שגם בהגהות א"ב כ' דליתא כן בבעה"ח וכתבתי שם דמהש"ס מוכת שלא כדבריו וכאן אוסיף קצת דמ"ש מסי' רכ"ו שם מבואר דאם נודע כבר שגזלה שוב לא שייך ניחא לי' הרי דאין כאן מכר גם מה שחילק בין אם המוכר הגזין דר בה אז חל המכר בין אם לא דר הכל אין לו שורש גם בסוגיא דאיזהו נשך (ד' ע"ב) דקאמר הא לא ניתן לכתוב מבואר דלא כדבריו דלפי דבריו הא ניתן לכתוב כיון דחל המכר בין המוכר והלוקח ופשוט ואך לתרץ קושיית התומים דלמה בגזלן חייב באחריות ולדעת הרמ"ה והרשב"א אף בהכיר בה שאינה שלו חייב באחריות נראה לתרץ בדרך פשוט דלא דמי כלל לכאן דכתב לו קרקע שאינו ברשותו רק שאח"כ יעמיד אותה בידו וא"כ עיקר המכר והשטר הוא על הקרקע וע"ז קבל עליו אחריות בזה ודאי כיון דמכר אין כאן אחריות אין כאן אבל שם במכר קרקע גזולה וכבר מסרו לידו והעמידו עלי' שמיד הוא שלו ורק נתחייב באחריות אם לא יהי' שלו או יטריפוה מידו א"כ כל השטר הוא רק על האחריות דהרי אינו מקבל על עצמו להעמידה בידו שכבר אין להמוכר לעשות לו דבר באותה קרקע א"כ זה דמי ממש למ"ש הש"ך שחייב עצמו בזה ולכן שפיר חייב על האחריות ודו"ק בזה ותראה כי דברי נכונים באמת וצדק ועיין מ"ש בסי' שע"ד:

יא) אבל בלשון חיוב כגון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך חייב והוא שקנו מידו. הש"ך ס"ק כ"ו הקשה דלהרמב"ם והמחבר בסי' מ' שיכולין לחייב עצמן באתם עדי למה לי קנין והתומים והנתה"מ הקשו עליו דהא הש"ך כ' בסי' מ' דהיכי דהחיוב על תנאי לא מהני בלא קנין כמו במתנה ש"ת להיות כשואל וכ"ש בדבר שלא בא לעולם אין לך תנאי גדול מזה דאין מחויב ליתן רק כשיבוא לעולם ע"כ ואני לא הבנתי קושייתם דהרי הש"ך סי' מ' כ' הטעם דהוי אסמכתא והיינו דהש"ח אין מקבל עליו החיוב רק יאנס יתחייב וסובר בדעתו דלא יבוא לידי חיוב שלא יארע אונס כלל לכן הוי

אסמכתא וכן בכל תנאי שמתנה אם יהי' כך אתחייב לך אין החיוב ברור אבל בהבטיח ליתן לו פירות דקל זה כמה יהי' שם ומבטיחו באחריות שאם לא יתן לו יתחייב כך וכך וכן כ' הנתה"מ לעיל סוף ס"ק י"ג דבכה"ג לא הוי אסמכתא וא"כ פשוט דדברי הש"ך נכונים וכן כתבתי לקמן סי' ס"א סעיף ז' דבענין שאין כאן אסמכתא קונה בלא קנין אכן יפה כ' הקצה"ח וכן כתב במקור חיים ה' פסח דכל הודאה הוא שמודה בחיוב מכבר אף דלא הי' חייב כיון דהמקבל יכול לתבוע בחזקת חיוב מכבר הוי הודאה קנין אבל כאן אין כאן הודאה מכבר שהרי אמר שאני מתחייב את עצמי לא הוי קנין אודיתא ולא מהני א"ע רק בקנין:

יב) ואם אין הדבר ידוע שהיו ברשותו על התובע להביא ראי'. הסמ"ע הקשה מסי' ר"נ דאמרינן במי שנתן נכסיו מעכשיו ולאחר מיתה דעל היורשים להביא ראי' משום דכאן נמצא כאן היו והנתה"מ האריך ומתרץ דכיון דקיי"ל שור בשורי אני נותן לך מראהו מת א"כ נאמן כאן שלא היו ברשותו במיגו דנאנסו ובסי' ר"נ מיירי בנתן כל נכסיו והנה מ"ש דכאן נאמן במיגו דנאנסו הנה מהרמ"א לא תשמע כן דהא כ' דאם התובע טוען ברי צריך לשבע משמע דבטוען שמא אף היסת א"צ לשבע ואם אינו נאמן רק במיגו דנאנסו אף בשמא צריך לשבע כעין דאורייתא ועוד למה כ' דנאמן נתתי במיגו דלא היו ברשותו למה לא אמר במיגו דנאנסו כיון דאף בטוען שאינו ברשותו צריך למיגו דנאנסו ולכן נראה לכאורה דהנכון כמ"ש הסמ"ע דכאן נמצא לא עדיף מחזקת ממון ואפשר גם בסי' ר"נ הנכון עם הסמ"ע דמין טוענין ליורשים מילתא דלא שכיח דהוא נגד חזקה דכאן נמצא כאן היו ואולי לא אמרינן כלל נכסי בחזקת יתמי כה"ג כיון דנתן לו בודאי וצ"ע בזה ועיין ס"ק שאמ"ז ועיין סי' ס"ו ח"ש:

יג) ונאמן לומר נתתי במיגו שלא היו ברשותו. משמע דאם ידוע שהיו ברשותו אינו נאמן לומר נתתי ולכאורה קשה למה אינו נאמן במיגו דנאנסו כמ"ש הנתה"מ הבאתיו בס"ק הקודם כמו שור בשורי דמראהו מת וראיתי כי כן דייק גם בס' שע"מ והקשה קושיא זו דיהא נאמן במיגו דנאנסו ומתרץ דכיון דנשאר ביד הנותן הוי כמלוה וחייב באונסין והנה הנחה"מ כבר הביא ראי' משור בשורי דאם נאנס פטור ואולי שאני מעות וכן נראה דהא המפקיד מעות שאינם צרורים משתמש בהם ואף דמבואר בסי' רצ"ב דאינו חייב באונסין עד שישתמש שמא שא"ה כיון דלא סיים לו איזה מעות עדיין הוא ברשותו כאלו נשתמש וצ"ע אך לדעתי צ"ע דאפשר בשור בשורי אפשר דאינו נאמן שנאנס דדוקא מראהו מת אמרינן דידעינן שמת לו שור אחד יכול לומר שלך מת אבל כ"ז דלא ידעינן שמת אולי לא מהימן דנאנס דלא שייך לומר של הלוקח מת כ"ז שלא ידעינן דמת וצ"ע:

ובעיקר הדין בידוע שהיו ברשותו דאינו נאמן לומר נתתי כ' השע"ח דבריב"ש לא משמע כן ודברי הריב"ש הובא בקצרה בח"מ אה"ע סי' נ"א ס"ק ה' דכ' דאם מה שהפסיקו הי' בעין אף דכ' שטר לא הוי דק כמלוה ע"פ ויכול לטעון פרעתי כיון דהוא תיכף ברשות המקבל והיינו דהשטר לא נכתב לשעבד כי אם להקנות בו וכ' השטה"מ דאישתמט להח"מ דברי הרי"ף דכאן לכן הביא דברי הריב"ש בלי חולק ולי נראה דשם הי' הפסיקא ידוע מה נותן לו וראה תיכף מה שנותן לו אין בזה שעבוד אבל כאן דלא נתן לו תיכף. ושוב ראיתי ביותר בהגהת א"ב דכאן הרי איירי ששעבד לו כל נכסיו ואף אם היו בטין נראה שנשאר בידו א"כ הוי כמחייב עצמו בשטר ממש ובזה נראה דיתיישב גם מה שהקשה השע"מ הובא בס"ק הקודם דיהא נאמן במיגו דנאנסו דהא נשאר בידו למלוה בהדיא:

יד) אם הודה לוי לראובן ששליחו הי'. הש"ך ס"ק ל"ב תמה דלא מצינו בשום מקום דשטר נקנה באודיתא ותמי' לי דמצינו גם בסי' פ"א דאם כתיב על גבי השטר שחציו לפלוני יכול לטעון שלא להשביע כתבתי על גביו משמע דמקום דלא שייך שלא להשביע הוי אמרינן דזכה בו פלוני גם בסי' ס"ה מבואר כן ואולי כונת הש"ך דגם התם לא קנה השטר שיוכל לגבות מהלוה רק דאותו שלוה גובה וצריך ליתן מחצה לפלוני אך אין זה עיקר כיון דצריך ליתן לו מחצה למה לא יוכל אותו פלוני לגבות בו ולא גרע מהרשאה דרק שליח שויא וכבר הסכימו האחרונים דמהני, הודאה ואף במודה שלא הי' חייב לו קונה בקנין אודיתא ובקצה"ח כ' דמ"מ יכול זה למחול וצ"ע לפי מ"ש לעיל ס"ק י"ב דקנין אודיתא הוא משום דיכול זה לטעון דהוא שלו באמת וחייב לו א"כ איך יכול למחול:

טו) אבל אם אמר ללוה בשעת הלואה ולכשארצה תתזירנו לי על שמי, עיין מ"ש סי' נ"ג ואפשר דהכא גרע משום שהמלוה בעצמו גרם לעצמו שכתב בשם אמר:

טז) שהקהל נתנו לו שט"ח על מעות שהי' לו אצל קהל. עיין סמ"ע וש"ך בענין אי דוקא שהמנהג הי' לכתוב השטר על שם היחיד ובהגהות א"כ כ' דלא עיינו היטב בלשון הרא"ש דהי' לו שני טענות אחד שהם שלו ושנית שהקהל נתנו לו לכן על טענה ראשונה כ' כיון דהמנהג כן הוא א"כ אין ראי' דמדכתוב על שמו דהוא שלו ועל טענה שנתנו לו כ' דאין כאן כו"מ ולטענה זו א"צ למנהג לכן הש"ע שלא העתיק רק טענה ב' לא כ' דהי' המנהג כן ע"כ ולא הבנתי איך משכחת לה שני טענות אלו הסותרין זו את זו דאם היו שלו א"כ לא נתנו לו אח"כ וע"כ דמ"ש שהקהל נתנו לו מפני שהיו חייבין לו היינו שנתנו לו הכנסת החכירות מפני שהיו חייבין לו ושיעשה לו שטר על שמו וע"כ גם

כונת הש"ע הוא כן שהרי כתב כיון שכתובין על שמו שלו הן שהקהל נתנו לו שטר זה וכו' וע"כ דהיינו שבתחילה קודם הכתיבה נתנו לו:

סימן סא

א) דהוי חפי כתבם. עיין קצה"ח הביא דברי מהר"י אדרבי בנידון שהמקדש הוציא שטר שקידש לפלונית וכ' דלפי דברי הרי"ף דשטר קידושין אין ראוי למסור לבעלים ולכן אף שנכתב בו שהאשה ציותה לכתוב שטר אינו כלום ותמה הקצה"ח דהא לא כ' הרי"ף סברא זו רק לענין זמן דלא תקנו זמן בשטר קידושין אבל לפי האמת דלא תקנו זמן א"כ שטר קידושין חזי למיתב לבע"ד והנחה"מ תמה עליו דכמו דלא תקנו זמן ה"נ לא תקנו שטר ראי' בקידושין ע"ש כונתו דאין שטר רק בממון ודבריו תמוהים דהרי כל הפוסקים לא כתבו כן כאשר האריך הש"ך לעיל סי' מ"ו ועיין ברמ"א כאה"ע סי' מ"ב בשם הרשב"א דכל שלא נכתב שהאשה ציותה לכתוב שטר הוי מפ"כ משמע בהדיא דבציותה לכתוב הוי שטר גמור ומה שהביא מהגהות מרדכי במס' קידושין אמת דיש קצת עיון בדבריו דמחלק בין ממון לקידושין אכן לא הזכיר שם דאף בציווי של האשה לא מהני ואולי סובר דבממון מהני אף אם נכתב שלא מדעת המתחייב ועכ"פ הרי הפוסקים לא כתבו כן ואדרבה על הקצה"ח אני תמה למה הוצרך לומר אבל לפי האמת דלא תקנו זמן וכו' הא בלא"ה פשוט דאין זה דמיון דהש"ס רצה שיתקנו זמן בשטר קידושין שכותב הבעל הרי את מקודשת ודמי לשטר גט ויהי' לזה דין שטר דיהני שלא יחפה כמו בגט לזה אמרו דאיך ניחי את השטר אבל שטר כזה שמוציא הבעל ראי' שהיא אשתו והיא נתנה לו השטר בזה לא איירי הש"ס כלל דזה שטר הודאה ולא שטר קידושין:

ב) כל דבר שנהגו במדינה לכתוב וכו' דעתו שיכתבו כמנהג המדינה. התומים הקשה דא"כ למה לר"מ לא אמרינן אחריות לאו ט"ס הוא הרי מסתמאשלה רק אם היא בחזקת שיש לה נ"מ והנחה"מ כ' דלא פליגו דהרא"ש איירי שהשטרות בידה והרשב"א איירי שהשטרות ביד הבטל דהרי הרשב"א מדמי לה לכותב שטר בשם ר"ג דלא קנה הר"ג וע"כ איירי שהשטר בידו דאם הי' בידו של הר"ג ודאי קנה ע"כ ודבריו תמוהין דא"כ למה אם היא בחזקת שיש לה נ"מ הם שלה כיון דמדמי לה להתם וכי הר"ג אין לו מעות וע"כ דמ"ש הרשב"א דהוי ככותב השטר בשם ר"ג הוא דלא נימא דאף דאין המעות שלה מ"מ כיון דכתב טל שמה תקנה ע"ז כ' דהוי ככותב בשם ר"ג וכן מבואר שם בלשון הרשב"א וז"ל אלו קנה מנכסיו לא קנתה כמו בב"ק גבי ר"ג דלפנחי' כתבי' בשמו ה"נ עביד להבריח מב"ת אבל בטוענת שקנתה מנכסי' ויש לה נ"מ אף אם השטר ביר הבעל י"ל דסובר הרשב"א דקונה כמ"ש הש"ך דאין מדרך הבעל לכתוב בשמה ואולי בזה

לא מהני אם הוא בידו דהרי הרשב"א כ' דדרך לכתוב להבריח אבל זה פשוט בדברי הרשב"א דאף באם השטר בידה אם אין ידוע לה נ"מ לא קנתה ועוד דהא כ' הרשב"א אח"כ אבל אם אינה מוחזקת בנ"מ אינה נאמנת שכל מה שביד האשה בחזקת בעלה הוא ואם אין השטרות בידה הרי כבר כ' טעם דעשה להבריח אלא ע"כ דזה איירי לענין הטענה שהשטר בידה ומהנראה שלא היו דברי הרשב"א לפני הנתה"מ רק כמו שראה בתומים:

גם מ"ש הנתה"מ דבציוה ליתן לידה הוי ככותב שטר בשם ר"ג וציוה ליתן לידו וקנתה וכן התומים כ' דלהסובר דהר"ג יכול לטעון דשלו הוא ה"נ היא יכולה לטעון שהוא שלה לא אבין דכבר כתבתי דלא מדמה הרשב"א כלל לר"ג רק איירי בקנה ודאי בממון שלו וא"כ ודאי אין דמיון לשם דהא ודאי אשה מוסר נכסיו בידה. גם מ"ש הנתה"מ דאם לא היו שלה ודאי לא הי' מוסר השטר לידה כדאמרינן בגמר' כיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' כבר כתבתי במ"א דאין כונת הש"ס דלא מפקיד גבי' כלל דכי אין דרך איש שמפקיד מעות אצל חבירו אף דודאי יכול לכפור בהם רק כמו כל מפקיד דנאמן הנפקד כיון שמסר שלו בידו נאמן לומר החזרתי דהרי הימני' ה"נ הא הימני' רק שלא תאמר דכאן לא מסר לידו רק שטר ולא הימני' על גביית המעות ע"ז אמר אם לא הימני' כיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' ואמרינן לי' ללוה כיון שאתה בודאי חייב למה לך בזה שהפקיד יוב"ש האחר לחוש לתקנתו כיון דהימני':

ד) מציאה מצאתי. הש"ך ס"ק י"ב הקשה דהא הרמ"א לקמן סי' קע"ו כ' שיתף שגזל הוא לשותפות וה"נ מציאה והקצוה"ח הביא בשם התומים דמיירי שאמר לעצמי הגבהתי והקשה עליו דהא שותף שיכול להקנות אף דבר שלא בא לעולם אין יכול לומר לעצמי הגבהתי ונכון אכן בל"ז לא אבין קושיית הש"ך דודאי שותפין שאני שנשתעבדו זל"ז ואינו בדין שחבירו יחלוק עמו והוא יאמר לעצמי זכיתי אבל כאן לפי מה שכ' הש"ך עצמו דרק הוא לבדו נו"ן בתוך הבית מה סברא הוא שיצטרך ליתן להם מציאה שמצא וגם בל"ז נראה דדוקא שותפין שהם שותפין בכל דבר וע"ד כן נשתתפו לכן אף מציאה הוא לשותפות אבל כאן אף דנו"ן מתפיסת הבית ואין חולקין בעיסתן מ"מ הרי לא התנו כלל ודאי דאין סברא שיהיו לשותפות ואף ריוח אחר שאין בא מחמת תפיסת הבית צ"ע אם חולקין וכמדומה שכבר דברו מזה האחרונים בסי' קע"ו ולא עיינתי כעת אקצר:

ה) ואם מת על האחין להביא ראי'. הש"ך ס"ק י"ז כתב דוקא בשטרות מטעם דיוצאין על שמו והנה מהסברא נראה דדוקא אם האחין עוסקין ג"כ בחשבון ויכולין היו לעכב שלא יכתבו השטרות על שמו אבל בעוסק לבדו מאי ראי' הוא מהא דיוצאין על שמו

ועוד שמא הוא בעצמו רצה לגזול וצ"ע ואף הטו"ז חולק עליו וכ' דאף במטלטלין טוענין ליורשיו ונראה קצת ראי' להש"ך דדוקא בשטרות דבגמר' אחר פלוגתא דרב ושמואל על מי להביא ראי' וקיי"ל כרב קאמר שמואל ומודה לי אבא דאם מת על האחין להביא ראי' ואח"כ קאמר ראי' במאי ר"י אמר ראי' בעדים רב ששת אמר ראי' בקיום השטר (זה קאי בעיקר הפלוגתא) וכ' שם הש"מ דרב ששת סבר כשמואל לכן אף דאינו מביא עדים זוכה וקשה דלמה צריך ראי' בקיום השטר כיון דהלוה מודה דחייב (דאם אינו מידה ודאי דצריך לקיים שטרו ומאי זה נ"מ לענין האחים) וע"כ צריך לפרש דאף דהלוה רוצה לשלם אין זה ראי' רק דחייב אבל אין ידוע אם השטר אמת שנכתב על שמו ואולי אין שטר זה אמת והוי כשאר מטלטלין דאין זוכה בהן אף לשמואל וא"כ מה דאמר שמואל ומודה לי וכו' נמי איירי רק בשטר אבל במטלטלין לא טענינן לי' אכן ודאי יש בזה פלוגתא עיין ש"מ בשם הרשב"א:

ו) אבל בן בית וכו' הוא בחזקה שהוא שלו וכו' ואם מת נותנין ליורשיו. הש"ך כ' חילוק בין בן בית לאחד מאחין משום דבן בית אינו מורה היתר לעצמו ותמה הנחה"מ דא"כ במת ולא טען כלום למה עדיף בן בית מאחין ונראה כונת הש"ך באחין כיון דאינו נאמן לא שייך החזקה כל מה שת"י הוא שלו אבל בן בית כיון דנאמן לכן אף במת שייך הך חזקה ועכ"פ שמא הוא שלו ואין מוציאין מיורשיו ודו"ק:

עוד הקשה הנתה"מ מלקמן סי' קי"ב בנתן נכסיו מעכשיו ולאחר מותו דאיכא דס"ל דמוקמינן הנכסים שנמצא ביד מקבל מתנה אף דלא שייך כאן נמצא ולמה לא נימא מעיסתו קמץ כמו הכא בבן בית ודחק בזה עיי"ש ולי נראה פשוט דכאן דהוא בידו כמו די"ל דהם נכסי בעה"ב כן י"ל דהוא שלו ואימור דלא נשאר בידו כלום מנכסי בעה"ב אבל שם דודאי היו בידו נכסים של המקבל ואיך נאמר דאלו לא הי' בידו וזה הרויח והא ודאי שהי' בידו של האחר ואיתעשר חברך לא תאשר יותר נאמר שהם של המקבל ודו"ק: ז) ואם מת נותנין ליורשיו. הש"ך כ' דאם תפס בעה"ב יכול לומר קים לי כרבי ישמעאל בר"י ותמה התומים דהא תפיסה הוא מטעם עביד אינש דינא לנפשי' ומה עדיף הוא מדיין הטועה בשיקול הדעת דמשלם מביתו והנה לזה הי' אפשר לומר דהרי מצינו שיטה הסוברת דאף דמוכר שט"ח וחזר ומחלו חייב לשלם ללוקח מדינא דגרמי מ"מ במוחל לעצמו פטור דלא נתכוין להזיק אך התומים הקשה עוד דהא ודאי היכי דסוגיא דעלמא כאידך אף מוציאין מהמוחזק וכאן סוגיא דעלמא כר' חייא וכ"ש דלא מהני חפיסה עיי"ש ולפי מ"ש בסי' כ"ה לחלק בין סוגיא דעלמא לסוגיא דשמעתתא דאם בש"ס משמע דהלכה כן דאין מוציאין והוציא ודאי דהוי ג"כ טעות בדבר משנה דהא הי'

לו לידע דמספק אין מוציאין אבל בסוגיא דעלמא כאידך די"ל דהוא רק מספק נהגו כן הוי טעות בש"ה וא"כ י"ל דהש"ך סובר דהא דפסקינן כר"ח הוא רק מספק ומהני תפיסה ודו"ק וכ"ז לא כתבתי כאן רק ליישב שיטת הש"ך ולא להלכה. עוד הקשה התומים על מ"ש מהראנ"ש דמכח התפיסה זיכה ר"ח להיורשים שכבר קבלו המחצה א"כ למה אין צריכין לחלוק עם הקטנים וכי בתפיסה מכח קים לי אין נותן לשותף חלקו ע"כ ולק"מ דהרי בהרבה פעמים נאמן לומר לעצמי אני מציל רק היכי דאין שותף יכול להציל או שלא אמר לפני ב"ד עיי"ש לקמן סי' קע"ו וקע"ח הרבה חלוקים בזה וכל אלו החלוקים אינם שייכים כאן דהא הי' ידוע שנטלו עבור חלקם ואדרבה בשעה שפסק ר' ישמעאל שזכו בנים הי' עומד לגבות גם חלק הקטנים רק נשאר בידם של המחזיק עד שיגדלו ובזה בכל ענין אמרינן דלא הצילו רק לעצמם דו"ק וקצרתי:

סימן סג

א) ואמרו ממנו שאל לזייף לו שטר זה וכו' אין גובין בו. הקצה"ח כ' דאם ראו השטר בידו והעדים אין זוכרין אימת שאל מהם לזייף אם אח"כ או מקודם אוקמי גברא אחזקה דאח"כ איתרע כמו בסי' ל"ד סעיף כ"ג וא"כ השטר כשר ולי צ"ע והנה לעיל סי' ל"ד הקשה הקצה"ח למה נימא השתא הוא דאיתרע נימא העמד ממון על חזקתו והרי פסול לפניך כמו במקוה ואמרתי דל"ד למקוה דשם בא הא דהרי חסר לפניך על חזקת הטמא וראוי שיצטרף לחזקת טמא דאם הי' חסר הוא עומד בטומאתו אבל בסי' ל"ד אף אם נאמר דפסול להעיד אין ראי' להלוה שאינו חייב דהרי ודאי אפשר דלוה רק דאנו דנין כיון דפסול אינו נאמן א"כ כל מה דלא נגבה הוא רק מכח נאמנות מוקמינן אותו על חזקתו והשתא איתרע ודו"ק וכ"ז ניחא שם אבל כאן דאין אנו דנין לפוסלו ורק על ממון זה אנו דנין שפיר י"ל דאיכא חזקת ממון והרי הוא זייפן לפניך. והנה האמת אגיד דאין בסברא זו כדאי לחלוק ולהכריע נגד הקצה"ח אך בלא זה קשה לפענ"ד לומר בזה השתא הוא דאיתרע דהרי באמת אין אנו פוסלין אותו כמ"ש הסמ"ע ס"ק ג' ואין אדם נפסל ע"י שרצה לעבור והי' לנו לומר דחזר ממחשבתו ולא איתרע כלל וע"כ צ"ל דמ"מ שטרא ריעי איקרי ואין להוציא ע"י שטר כזה שיש בו רק חשש שראינו שרצה לזייף וחיישינן דגמר מחשבתו וא"כ כמו דע"י רצונו אמרינן שמא השטר מזויף ה"נ נימא דמסתמא עשה שטר זה אח"כ והוא הוא הריעותא עצמו וא"כ אין לדון בזה השתא איתרע רק דיש ריעותא לומר דע"י שטר מזויף הוא מוציא ודו"ק:

ב) אין גובין בו. השע"מ צידד באם הלוה מודה שלוה בו רק טוען פרעתי אי נאמן במיגו דמזויף או מ"מ י"ל דירא לטעון מזויף כיון דמכירין החתימות והנה אמת כי סברא כזו

נזכר בתוס' ב"מ (ד' י"ג) ד"ה להד"ם שכתבו דשטר שנפל אף דלא מהני בי' קיום מ"מ אינו נאמן לומר פרעתי במיגו דמזויף כיון שמכירין החתימות אך מ"מ יש לחלק דכאן אינו ירא לומר מזויף דהרי יש עדים דחזר אחר זיוף וכמו דאמרינן דהיכי דאיכא עדים דמסייע לה מעיזה וצ"ע אך השע"מ מתרץ בזה קושיית הש"ך על הכ"מ וב"ח דכתבו דמיירי דכת"י יוצא ממ"א לכן אין נאמנים שאין זוכרין הלואה ותמה עליהם הש"ך דמה מהני כאן כת"י יוצא ממ"א כיון דאין מקיימין ממ"א ומתרץ השע"מ דמ"מ מיגו ליכא ע"כ ודבריו תמוהים דהרי בשני עדים לא אמרינן מיגו רק דאי בעי שחקו אמרינן אף בשנים וא"כ וכי כאן אין להם מיגו זו דאי בעי שחקו ומה שהביא השע"מ מירושלמי עיין מ"ש בזה בסי' מ"ו:

ג) לעולם. עיין ש"ך כ' דאם יש לו על לוה זה שני שערות גובה אחד מהם והעתיקו התומים וכ' דלא ככנה"ג שפקפק בזה והנה מדברי הרא"ש והר"ן דאיתא דאין גובין בסך זה משמע אפי' שני שטרות אך אין זה סברא כלל דכמו דאין חשש בשטר בכך גדיל ה"נ אין חשש בשני שטרות ואך יש לעיין דיש לחוש דידע הדין דלא יוכל לגבות בו לכן זייף שני שטרות דיגבה באחד ואך א"כ בסך גדול נמי נימא משום דידע דלא יגבה בסך שרצה לזייף עשה סך גדול ואף אם נימא כיון דאין ספק מלוה ישנה רק על סך כזה לא יעשה שטר גדול א"כ בסך קטן לא יגבה שמא עשה ב' שטרות או כיון דכל החשש מספק מלוה ישנה שמא נזכר אח"כ ממקצת דאין מגיע לו עשה סך קטן ועיין בפרישה וב"ח מה שצידדו בדין דשאל לזייף סתם שטר דכל שטרותיו ריעי איך הדין ביש לו על לוה אחד שני שטרות וכתבו דהרא"ש הי' מסופק בזה ואם ניחוש בסך קטן שמא עשה ב' שטרות מאי ספיקו דהרא"ש גם מזה משמע כהש"ך דלא חיישינן בב' שטרות ברצה לזייף שטר אחד:

ד) ואם עדי השטר מעידין שזה חתימתן גובין בו. השע"מ הקשה דהא דאמרינן דעל מנה שבשער הם מעידין הוא מקולי קיום דמדאורייתא הי' צריך על כל חתימה שני עדים וכאן כיון דצריך קיום מדאורייתא בעינן שני עדים והכרת השני לא מהני כאן. והנה מ"ש דזה מקולי קיום לא אדע מנ"ל הא ויש סוברין דהיכי דטען מזויף צריך מדאורייתא קיום ולא שמענו דצריכין להעיד שניהם על כל חתימה אך יותר הי' לו להקשות דרבים פירשו דברי הר"ן דאומרין דאין זוכרין ולעיל סי' מ"ו מבואר דבאין זוכרין צריך ב' על כל חתימה אך נראה פשוט דלק"מ דכ"א דמעיד על חתימתו כבר יצא השטר מחשש זיוף ושוב אח"כ מצטרפין ודו"ק:

סימן סד

א) וטוען הנפקד מחיים תפסתי וכו' דאלו לגבותם אינו מועיל בלא כתיבה ומסירה. התומים פירש דאם התפיסה הי' כדי לגבות כיון דלא מהני זה לגבות לא הוי תפיסה כלל אף אם תפס מחיים ולא מהני תפס רק בתפס למשכון ע"כ ולא ידעתי מנ"ל זה ולקמן סי' ער"ה סעיף י"א גבי תפס שטר ע"מ לקנות השדה וכן לקנות החוב משמע דמ"מ קנה השטר עיי"ש בש"ך וכן כאן משמע דאם לא רצתה להחזיר כשתבעו ממנה מחיים הוי תפיסה אף בלא אמרה למשכון ודו"ק:

ב) ולא רצה להחזירם לו אז הוי תפיסה. הקצה"ח הביא דברי המרדכי שכ' בתפס שטרות ובכל משכון אין המלוה יכול לומר לדידי שוה לי שיהא נאמן לתבוע יותר משוויו ה"נ אין יכול לתפוס רק מה ששוה השטר למכור ע"כ ותמה הקצה"ח דהא כיון דאינו יכול לגבות אין לו רק כדי שיווי הנייר והנחה"מ סוף ס"ק ג' כ' דהא השטר שוה לכל העולם למכור ואין זה סברא כלל דהא למוכרו צריך כתיבה ומסירה והוא לא תפס רק השטר לבד ואיך נחשוב כתפס כל שיווי השטר ולפי ענ"ד פשוט דמעולם לא הי' כונת המרדכי שישלם לו שיווי השטר למכור בכומ"ס רק כוונתו פשוט כמה שוה השטר למכור לאחד בלא כתיבה ומסירה ויקנהו להתפשר עם הלוקח ולכן ע"כ המלוה יקנהו מאתו בחזרה כדי לגבות חובו ופשוט:

ג) הי' נאמן במיגו דנאנסו. הש"ך ס"ק ו' כ' להשיג על מה שכתבו הסמ"ע והב"ח בטוען למשכון תפסתי צריך לשבע וכן בנאנסו אין כאן שבועה וסיים מיהו היינו דוקא בענין דיכול לגבות מהיתומים בלא שבועה כגון שיש לו נאמנות דאם לא כן צריך לשבע מצד גילגול ע"כ והנחה"מ תמה דהא כ' הש"ך סי' ע"ב בשם הר"ן דהיכי דאינו בא לגבות מהמשכון אינו צריך לשבע וה"נ למה ישבע נגד יתומים ותי' דאיירי שיש קצת קרקע ליתומים וגובה לכן צריך לשבע ואין לשון הש"ך משמע כן דמדכ' כגון שהאמינו ולא כ' כגון שאינו תובע יותר ומה שמדמה הנחה"מ בא לפרע מיתומים למשכון ודאי יש לחלק דבמשכון הוא מוחזק גמור כ"ז שאין בא ליטול אבל תפס שטרות דאינו שוה כלום רק שמפסיד דאין היתומים יכולין לגבות לא דמי ללוקח דיהי' מוחזק וצ"ע ובלא"ה אין הכל מודים להר"ן ונראה דודאי מאן דסובר דאין המלוה יכול לומר לדידי שוה לי אינו כמוחזק גם הר"ן לא כ' כן רק במשכון דהוי רק שבועת הגאונים ולא בשבועה מיתומים המבואר בש"ס ויש לעיין בכ"ז:

סימן סה

א) וכן יורשי הנפקד לא יחזירו שום שטר. הנתה"מ ס"ק ו' העלה דבר חדש דשטר הנמצא ביד יורשי נפקד ויודעין שהי' שליש משניהם הדין בזה כמו שנים אדוקין בשטר ויחלוקו דהרי כתבו התוס' ברישׁ ב"מ דכיון דנפקד תופס בחזקת שניהם דמי לשנים אוחזין ודוקא שהשליש מי דאז ספיקו של השליש הוי כספיקו של בע"ד והוי כהמלוה עצמו א"י מה טיבו עיי"ש שהאריך ולא הבנתי כלל דהרי שם בתוס' שכ' דתופס בחזקת שניהם הוי כאוחזין לא איירי כלל דשניהם הפקידו אצלו דשם במנה שלישי רק אחד הפקיד בידו וא"י מי הפקידו א"כ נימא דלעולם חולקין גם בא"י מי הפקיד כמו התם דזה מיקרי תופס בחזקת שניהם גם מ"ש לחלק בין שהנפקד חי דספיקו הוי כספיקו של הבע"ד הוא תימה דהא גם ספיקו של הנפקד נגד הלוה יהי' ג"כ כאלו הלוה מסופק ובטוענין שניהם ספק הדין דגובין בו גם מה שכ' זה בשם הרשב"א דהוי כספיקו של בע"ד אין מוכרח לפרש כן לשון הרשב"א ופשוט דאין לדמות זה כלל לשנים אוחזין גם יש לעיין אם הפוסקים הסכימו גם שם להתוס' ודברי נחה"מ ודאי צ"ע:

ב) לא יחזירו. הש"ך ס"ק ז' הביא קושיית הרשב"א גבי האי איתתא דאמרה פרוע ולא הימנה ר"נ ולמה עדיף מאומרת א"י מה טיבו וכ' הש"ך דבאמת אין גובין בו רק דלא מהימנא למקרע השטר והנחה"מ הקשה כיון דמבואר בסי' ש' דמונח היינו ביד שליש א"כ הי' לה מיגו דלא היתה אומרת פרוע ויהא מונח בידה ותוכל לשורפו ע"כ ולק"מ דודאי דהא דמונח בידה הוא רק ברשות הב"ד ובע"ד וכ"ש כאן דפשעה יכול המלוה לומר דאין רוצה שיהא בידה ועיין מ"ש שם ולפי מ"ש הש"ך ס"ק י"ב פשוט דאין כאן מיגו: ג) אם היורש מוציא שטר כחובה יחזירנו לאשה. עיין סמ"ע ס"ק ט' משום דאין כחובה עומדת להפרע בחייו והוא הנותנת שאין היורש נאמן לומר האשה מכרה לי. הנחה"מ דחק לפרש דבריו דלמה אינו נאמן שמכרה עיי"ש ופשוט דהסמ"ע קיצר בדברי הריטב"א ומה שאמר והוא הנותנת קאי על הטעם שכ' הש"ך דהמנהג שהנשים מפקידין כתובתן ע"ז כתב דלכן אין נאמן לומר שלקחה דהוי כדברים העשוין להשאיל ודו"ק ומ"ש הנתה"מ עוד חלוקים בין נמצא ביד אחר או בשוק הולך לשיטתו אכן ודאי העיקר כהש"ך דלעולם אין מחזירין:

ד) דחיישינן לפרעון. הנתה"מ ס"ק י"ב כ' דאם טוען הלוה לא לויתי אף לאביי דלא חיישׁ לאיקרי וכ' מ"מ נאמן במיגו דפרעתי אבל באם המלוה נותן בו סימן מובהק דידוע דמיד המלוה נפל והלוה טוען לא לויתי הוחזק כפרן דאין מפורשין כונתו דרצה לומר אמנה כמו דמצינו בכת"י דאם טוען לא לויתי הוחזק כפרן ע"כ (מ"ש ולא משוו את העדים

רשעים אינו מדוקדק דלקמן סי' פ"ב מבואר דאף אם אומר שהעדים רשעים נאמן היכי דאית לי' מיגו) ולא הבנתי דבריו דלמה הוחזק כפרן באומר לא לויתי ומ"ש בכת"י הוחזק כפרן במחכ"ת נחחלף לו טענת להד"ם בטענת לא לויתי דהא פשוט דדוקא בלהד"ם הוחזק כפרן עיין סי' ע"ט ואם טוען כאן להד"ם נראה פשוט לפענ"ד דלאביי דלא חיישׁ לאיקרי וכתב אף אם אין המלוה נותן סימן מובהק הוחזק כפרן ואין זה דומה כלל לטוען לא לויתי במיגו דמזויף ודברי הנתה"מ צ"ע:

ה) המוצא שטר בכלי. הנה הקשו דניחוש לשאלה עיין ש"ך סדק כ"ו ונראה דהנה בחי' לאה"ע סי' י"ז הארכתי קצח בדברי הפ"י שכ' דלכן באבידה אין מחזירין לכל מי שיתבע מטעם ברי ושמא דהרי המוצא אינו מיקרי מוחזק וכ' משום דיש רוב נגדו דשמא מרובא דעלמא נפל ועפ"ז כתבתי לכאורה דלא שייך חשש שאלה בממון כיון דאין לחוש בזה רק בין התובע לאיש שהשאיל לו וכן כ' בתשו' מהר"ם מינץ מאובן אך דחיתי זה כיון דיש לדון על האבידה שמא מרובא דעלמא הוא מה תאמר אוכף של זה היכן בא על חמור זה י"ל דהשאילו א"כ עדיין י"ל דמרובא דעלמא נפל וכ"ז בחמור ואוכף אבל כאן בשטר דאין בו חשש רק בין הלוה למלוה א"כ לא שייך בזה רובא דעלמא וממילא מחזירין לכאורה אך כתבתי שם דדברי הפ"י אינם מוכרחין דכיון דיש על המוצא חיוב חזרה נקרא שומר של בעלים והוי מוחזק וגם תי' של הפ"י דיש רובא דעלמא כתבתי דאינו מוכרח דלא הוי רק כמברר המיעוט מהרוב דהרי לא אבד רק אחד וכ"ז רק לפלפולא אכן י"ל בפשוט דע"כ איירי דאין הלוה נותן בו סימן א"כ לא חיישינן שמא השאיל הכלי להלוה ומיד הלוה נאבד ורק לחוש לשאלה ולקנוניא כולי האי לא חיישינן והש"ך בלא"ה מפרש דאיירי באופן דאין בו חשש קנוניא א"כ ודאי דלא חיישינן ובפרט האחרונים דהקשו למה ניחוש לשאלה נוקמא אחזקה וכתבו דמ"מ לענין רובא דעלמא חיישינן (בזה יש לעיין לפי מ"ש) וא"כ בלוה אין חשש דנוקמא אחזקה ולכן אף הרא"ש דדייק דבממון לא חיישינן לשאלה לא דייק מכאן עיין תומים:

ו) יתננו למי שנותן סימן בכלי. הקצה"ח והנתה"מ הקשו דאף בנתן סימן ואף דודאי מהמלוה נפל מ"מ נימא כיון דנפל איתרע וח"ש הקצה"ח דהיכי דיש בו סימן ליכא רעותא הדוחק מבואר וקצת הי' אפשר לומר דהא הכלי ודאי זהיר בה ומ"מ נפל אכן עדיין קשה מנקב יש בו כמו שהקשה הנתה"מ והעיקר נראה כמו שכ' הקצה"ח בתחילה דהיכי דידעינן ודאי דמהמלוה נפל לא חיישינן כלל דהא ידעינן שהי' בידו ולמה לנו להיות אפטרופוס דיתמי דעלמא או של הלוה דלא נזהר ללקחו מיד מלוה. שוב מצאתי כן בשע"מ והביא ראי' מהא דקבל פקדון מיד אשה יחזיר לה ואין אנו אפטרופיס של

הבעל רק הקצה"ח הקשה מהג"ת והש"ך לעיל בסי' מ"א דכתבו דבנאבד השער אף דידעינן דמיד המלוה נאבד מ"מ אינו גובה לפענ"ד לק"מ דודאי המלוה שבא לתבוע ע"י שטר שאינו בידו אין כאן חזקה שטרו בידי' מה בעי דבנפל איתרע החזקה עכ"פ אבל להחזיר השטר הנמצא אם נודע דממנו נפל לית לן בזה מה דיש לחוש שמא לא נזהר וכן כ' השע"מ בשם בעה"ת:

אכן ראיתי כי השע"מ חזר בו והשיג על בעה"ת מהא דאמרינן בגמר' (ד' ט"ז) דשמואל סבר המוצא שטר הקנאה יחזיר דלא חיישינן. לפרעון דאם איתא דפרעי' מיקרע הוי קרע לי' ודחה הש"ס דאולי משום פשיטי דספרא זייר לי' וא"כ הרי התם אמרינן דלא בא ליד הלוה דאם בא לידו קרע לי' ורק דהמלוה זייר לי' משום פשיטי דספרא וא"כ ע"כ מיד המלוה נפל ומ"מ אין מחזירין וע"כ משום דאיתרע חיישינן אפי' ידעינן דמידו נפל ע"כ. והנה תימה שדחה דברי בעה"ת מפני קושיא ואין לדחות דברי קדמון אף באין לנו שום תירוץ אכן ודאי לא מצינו בשום פוסק דאף בידעינן דמידו נפל אין מחזירין וקושייתו נראה דלק"מ דנראה דשמואל אף דלא תייש לפרעון מ"מ אין זה ודאי וכבר כתבתי במ"א דכל טענות של הבע"ד דאין מאמינין לו א"כ הוי ספיקו של הב"ד כאלו בע"ד עצמו טוען ספק ולפ"ז בשטר דמבואר לעיל סי' נ"ט דבטוענין שניהם ספק גובין בו ולכן סובר שמואל כיון דיש חזקה דהוי קרע לי' הוי כאלו הוא ביד המלוה וטוענין שניהם ספק דגובין בו ודחי הש"ס דילמא משום דספרא זייר לי' וכיון דיש כאן רעותא דנפילה א"כ אף אם ביד המלוה אין גובה בספק ביש בו ריעותא ושמואל סבר דאין כאן ריעותא אבל ודאי באין ספק ממי נפל מכח ריעותא דלא נזהר בו אין לנו לעכב שטרו וזה נראה פשוט:

ז) מצא ג' שטרות כרוכים זע"ז. הסמ"ע ס"ק כ"ז העתיק דברי הרא"ש דלכן בעי כרוכין דאל"כ מימר אמר לא נפלו במקום אחד ונתייאש והוי של מוצאן והדבר תימה דהא בחוב לא מהני יאוש ועוד דא"כ במשנה דמצא שט"ח שאין בו אחריות מחזיר הא כבר נתייאש עיין תומים ותי' הקצה"ח ע"פ דברי התוס' חולין (ד' צ"ז) דאין מוציאין ממון ע"י סימנים והא דמחזירין שטר ע"י סימנים אף דיבוא ע"י לגבות לפי שאין אדם מוחזק בו שיאמר שהיא שלו וא"כ בדין בא לידו ממילא אח"ר גובה בו ולפ"ז את נתייאש שוב אין לו בשטר כלום והממון אין יכולין לגבות ע"י סימנים אבל המשנה דאין בו אחריות כיון דהחוב שלו מחויב המוציא להראות השטר לראי' ע"כ וכל דבריו תמוהין וקושיית התומים משטר שאין בו אחריות לא תי' כלום דהתומים עיקר קושייתו הי' מהא דשמואל דמוקי דלכן יחזיר דאינו גובה בו לא ממשעבדי ולא מב"ח ויחזיר לצור ע"פ צליחותו ולמה יחזיר

הא כבר נתייאש ורק הקצה"ח ע"פ דבריו הי' יכול לתרץ דיחזיר היינו דמותר להחזיר וא"כ ניחא אף לשמואל אכן לא יכולתי כלל בל"ז להבין דבריו דאיך יחזיר לראי' אף בלא סימן ואם יש בו סימן לא יחזיר אך כונתו דבמשנה איירי כחייב מודה לכן מחזיר לראי' והרא"ש דאמר לא יחזיר משום דנתייאש היינו שלא יודה ותימה למה לא יחזיר לראי' אם ממנו נפל וכי טעמו דהרא"ש דאין מוציאין ע"י סימנים לכן לא יחזיר וגם הרי אין המוצאו רוצה לזכות בו ויאוש של המלוה לא מהני שעי"ז יפקע החוב א"כ יחזיר לראי' ומה זה שכ' כיון דאין לו כלים בשטר וכי ע"י השטר רוצה לזכות הרי א"צ השער רק לראי' ומה לי אם הוא בידו או ביד המוצאו כיון דע"י הסימן של שלשה נודע שהוא שלו וגם בגמר' דהאריכו אי חיישינן לקנוניא כשחייב מודה ואי אין מהדין להוציא כיון דאייאש איך יגבה מלקוחות והרי לא עדיף החייב דמודה מע"א וגם לא אדע איך פירש הקצה"ח דברי התוס' דהרי ע"כ כונת התוס' פשוט כיון דעתה אין הדין בין הלוה להמלוה רק בין המוצא להבעלים אין לנו במה שיבוא אח"כ לגבות בו אבל אין כונתם כיון דהשטר שלו זוכה בהממון וא"כ ה"נ מה לנו בזה שכבר נתייאש ועוד הרי המוצא יכול למכור השטר להמלוה ואין זוכה ע"י יאוש רק בהנייר וא"כ יקנה ממנו השטר ויגבה החוב וכמ"ש הנתה"מ גם דברי הנתה"מ שכ' דיאוש כמתנה ואין המוצא מחויב כלל להראות השטר לראיית בעל השטר הם דברים שאין להם שחר ופשוט לפענ"ד דגם מ"ש התוס' בב"ב דשייך אונאה בשטר שהמוצא מכרם להמלוה אף דודאי בלאו הכי צריך להראות השטר לראי' מ"מ נ"מ למלוה באם יהי' השטר בידו שלא יצטרך לבקש המוצאו בעת שיצטרך לראי' גם מ"ש הנתה"מ דכאן איירי בהוחזקו שני יוב"ש ובמשנה דאין בו אחריות לא איירי רק בהחשש בין הלוה להמלוה הנה לשין המשנה שם בג' שטרות דאמר רשב"ג שלשה הלוין מאחד יחזיר למלוה משמע ג"כ דהדין בין לוה להמלוה וגם ברמ"א כאן דסיים אם השטרות של מלוה אחד משמע דהדין בין הלוה להמלוה וגם מ"ש מקודם דהמוצא קנאם אין שייך לסי' זה רק בה' אבידה ומציאה אכן לפענד"נ דדברי הסמ"ע שהעתיק דברי הרא"ש דמשמע דיש נ"מ ודאי צ"ע ודברי הרא"ש בעצמו צריך לומר דלא דקדק בלשון דבש"מ העתיק דברי הרא"ש בזה"ל דלהכי נקט כרוכין דאל"כ מסתמא לא נפלו במקום אחד ואין בו סימן ע"כ משמע דרק נקט ההוה ולא משום דיאוש שייך בזה ואפשר עוד לומר דבמצא באופן שאין בו סימן אין מחויב להכריז וה"נ באופן דנתייאש דמסתמא לא יבוא ליתן בהם סימן וא"כ לא יועיל הכרזה וזה שכ' הרא"ש דנתייאש אבל ודאי אם יתודע אח"כ של מי הוא צריך להחזיר דיאוש לא מהני בחוב. ובענין היכי דיש חשש שני יוב"ש ג"כ נראה דלא שייך יאוש דאין האובד חושש שמא ישקר השני כיון

דאם כן לא יתנו לשום אחד ודאי יודה השני דאינן שלו אך יש לעיין דהנחה"מ לעיל כ' בשם הרשב"א דהיכי דיש שני יוב"ש שוב יש לחוש לעלמא ואין הרשב"א אתי והסברא לא אבין:

ח) יכריז שטרות מצאתי למי שיאמר מנינם יחזירם. בגמר' בעי מאי מכריז מנין מאי איריא תלתא אפי' תרי נמי אלא שטרי מכריז ופירשו כיון דמכריז שטרי בתרי לא הוי סימן דמיעוט שערות שנים וקשה לי דאף דמיעוט הוי ב' מ"מ וכי חלתא נפקי מכלל שטרות ומנא ידע דתרי נינהו וע"כ צ"ל דסתם יתלה בהמיעוט א"כ אף עכשיו דאין מכריזין רק בשלשה וא"כ יתלה בהמיעוט וידע כי שלשה הם דמיעוט שטרות שמכריזין הם ג' ובחפשי מצאתי להש"מ גבי מטבעות (בד' כ"ה) כ' וז"ל וא"ת מאי סימנא כיון דאין מכריזין רק בשלשה ועשוין כמגדלים בודאי יודע דג' הם וכו' וי"ל דאיכא נמי כסולם וכאבני בית קילוס ע"כ וזה לא יתישב כאן להרא"ש דלא מצריך רק סימן מנין לחוד וגם בגמר' לא זכיתי להבין דאזיל שם לפי המ"ד דבעי סימן עם הכריכה והרי מ"מ המנין לא הוי סימן וזה יש ליישב בדוחק כיון דאף ד' מיקרי שטרות אף דמסתמא יתלה בהמיעוט מ"מ לא חיישינן כ"כ כיון דאיכא צירוף סימן אחר אבל כאן דמנין לחוד מהני צ"ע וד' יאר עיני: ט) יחזירם. הנחה"מ הביא דברי הש"מ שהקשה ניחוש שמא הלוה הגיד לו הסימן ותי' דא"כ הי' לו בעצמו להגיד הסי' ואח"כ ימסור למצוה בצינעה והקשה הנתה"מ דאם יחזיר למלוה לא יאמרו הלקוחות אייתי ראי' אימת מטי השער לידך מדהחזירו לו השטר למטרף יאמר ודאי קמו רבנן במילחא אבל אם יחזירו ללוה יאמרו הלקוחות אייתי ראי' עיי"ש ולק"מ דלא אמרו בש"ס דיאמרו הלקוחות אייתי ראי' רק היכי דניתן לו בב"ד שטר מוקדם וקלא אית למילתא כמ"ש המהר"ם שיף אבל באם יחזירו ללוה ליכא שום קול וכשימסור לו בצינעה לא ידעו כלל הלקוחות שזה השטר נפל דיאמרו אייתי ראי' ופשוט ובל"ז לא אדע מה הי' סברת הנתה"מ דהרי אם המלוה יוציא השטר לגבות מן הלוקח איך יעלה על דעתם ששטר הזה נפל דיאמרו אייתי ראי' אם לא נתנו לו הב"ד שטר כלל ופשוט. אך הא קשה בעיני ולא הבנתי דברי הש"מ כיון דהקשה דניחוש לקנוניא איך נחזיר להלוה שמא ימסרנו להמלוה בצינעה כמו שהקשה וע"כ דאף להלוה לא נחזיר בלתי קרוע כמו שכתבו יש מפרשים המובא בש"ע סעיף ג' ואף הרא"ש החולק היינו בשטר המונח ביד שליש דלית בי' ריעותא דנפילה אבל שטר שנפל לא וא"כ מה מתרץ הש"מ דבאם הלוה ירצה לעשות קנוניא יאמר בעצמו הסימן והוא יתנו למלוה נקרענו ולא יועיל ערמתו וצ"ע:

י) ג' שטרות על לוה א' שלוה מג' אנשים. התומים כ' אם הלוקח הוציא שטר של כתיבת קני לך איהו אין לי סימן גדול מזה ואף אם השטר ביד הלוה גובה הוא בשטר מכירה שבידו דאם הלוה פרע הי' לו ליקח שטר המכר לכן לא חיישינן שמא מיד לוקח אחד נפל שקנה מאותן ג' אנשים ולכן שטר שא"צ כומ"ס אין מחזירין שמא מיד לוקח נפל וכאן בסתם שטרות איירי דצריך כומ"ס ע"כ ותמוהין דבריו דמעולם לא שמענו שיצטרך הלוה ליקח שטר המכר מהלוקח כשיפרע ועוד כל מלוה יגבה בשטרו ויתן אל לוקח אחד שטר מכר ויגבה בו וגם עתה דמחזירין להלוה יעשו אלו ג' מלוין קנוניא שיתנו לאחד שטר מכר וקושייתו ודאי צריך לומר כמ"ש הנתה"מ דלא חיישינן למכירה דאוקמינן אחזקה דמסתמא לא נמכר ואף דהראי' שהביא מהא דמחזירין אבידה בסימנים ולא חיישינן שמא מכר חפץ זה ויודע הסימן וע"כ דלא חיישינן למכירה וזה אין ראי' דשם איך יודע שאבד הלוקח החפץ ואם הלוקח אמר לי' אפסיד אנפשי' והא ראי' דהרי הסוברים דחיישינן לשאלה ה"ה למכירה כמ"ש הב"ש ומ"מ לא חיישינן בחפץ שמא מכרו רק בענין שנצטרך להחזיר חפץ שהי' מונח בו אך דברי הנה"מ נכונים בלי ראי': יא) ואם אינם מקוימים יתנם למי שנותן בהם סימן. עיין בתומים דמלוה שנותן סימן בשטר של מלוה השני ודאי דמהני דאי מהלוה נפל מנא ידע ולא הבנתי דמנין לו סימן בשטר של מלוה אחר ע"כ דראה בב"ד וא"כ מנ"ל דלא נפל מהלוה אתר שפרע והוא יודע הסימן:

יב) יתננו למי שנותן בהם סימן. התומים הקשה הא כל מלוה יש לו שני עדים מלוין האחרים והפשוט כמ"ש הנתה"מ דבנוגע לא פלגינן דיבורי' וכבר כתבתי בזה בסי' מ"ו במה דאמרינן דאין מקיימין השטר משני מלוין דשמא הם עצמם מזויף אך מ"מ נראה דאין כל מלוה מעידרק דאף שהם שלשה שטרות מ"מ אני יודע שאינו של לוה משום דשטר שלי לא נפרט וא"כ כל העדות מכח שטרו והוא נוגע אבל באם מעיד גם על שטר השני דיודע שנתנו כולם ביד אחד ועדיין לא הי' שהות להפרע ולא זזה ידם זה מזה ודאי דיכול להעיד וראיות התומים נכונה אך בש"ס וש"ע איירי באופן הנ"ל דאינו אומר רק על שטר שלו:

יג) ואם הם מכתיבת יד סופר אחד. עיין תומים כ' דחזקה דלא שהה הסופר גבי' שטר שעבר עליו היום ונפסל וא"כ כל החשש שנאבד ביומו וכ' שמצא כן בריטב"א ולכן יצא לו מזה דאם אלו השטרות אין זמנם שוה אין לחוש שמא מיד הסופר נפל ע"כ ואנכי הרואה בדברי הריטב"א שהביא הש"מ סוף פ"ק דב"מ ד"ה ודילמא לקיימינהו שכ' וז"ל והא דלא משני דלא משהי שטרא בי ספרא דדוקא כשמוליכו לקיים לא משהי' אבל בתחילה כשאומר לכותבו מעשים בכל יום דמשהה לי' ביד הסופר ימים רבים ע"כ וגם

לא הבנתי דמה עולה הוא וגם בשטר פרוע כתבו התוס' דאי משהי לי' על פשיטי דספרא לאו עולה הוא כ"ש הסופר שאין רוצה לקרעו כ"ז שלא שילם לו שכר הסופר ובודאי מסתימת הפוסקים משמע דאף באין זמנם שוה יש לחוש שמא מיד הסופר נפל: ויש לעיין בשטרות שכתוב בהן דכל המוציאו יגבה אולי דלא חיישינן שמא מיד הסופר נפל דודאי לא משהי' כדאמרינן ביבמות (ד' קט"ז) כיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' ועיין נתה"מ סי' ס"ב ס"ק ז' דלמד מזה דה"ה שטר שנכתב על שמה לא מפקיד גבי' אך לעיל סי' ס"ב השגתי עליו:

יד) המוצא שטר שחרור וכו' יחזירנו לעבד. הסמ"ע ס"ק ל"ח כ' כיון דהשטר מסייע להודאתו לא חיישינן לקנוניא והנחה"מ פירש דבריו דהוקשה לו להסמ"ע נהי דצריך להביא ראי' אימת מטי שחרור לידו זה היכי דבא להוציא מלקוחות אבל היכי דהוא מוחזק ודאי א"צ להביא ראי' א"כ ניחוש לקנוניא ולפי ענ"ד לא אבין דנראה דזה בלא"ה לק"מ דכמו דכ' הנתה"מ במה שהוא מוחזק א"צ להביא ראי' ה"נ נראה דאף אם לא יחזירו השטר להעבד לא יוכל הלוקח לגבות ממנו וכמדומה שכן כ' הריטב"א ואינו לפני שוב ראיתי שבהגהות א"ב הרגיש בזה וכ' דכן מבואר בדו"פ אך כתב דהח"מ והב"ש באה"ע סי' ק"י כתבו דשובר דאיתרע בנפילה נשאר שטר הכתובה בחזקתו ע"כ ולפענ"ד אין ראי' משובר דאין ספק שובר מוציא מידי שטר דלענין זה שטר העומד לגבות כגבוי עיין נתה"מ דיני תפיסה אבל כאן העבד טוען דהנכסים שלו לא נשתעבדו כלל וספק הוא ובפרט לפי מ"ש לעיל ס"ק ה' דשטר הספק הוי כטוענין שניהם ספק לכן גובין בו עיי"ש ואין ראי' לכאן:

טו) אם יבוא העבד לטרוף וכו' צריך שיביא ראי' שהגיע לידו מזמן הכתוב. הכל תמהו בזה על הרא"ש שכ' כן הטור והרי הם סוברים דעדיו בתחומיו זכין לו במטי לידי' בסיף וא"כ קנה למפרע ומה שנראה לי בזה בתחילה עלה ברעיוני לשיטת. רש"י הסובר דאף בלא נפל רק בכל גט ושיחרור צריך להביא ראי' אימת מטי גיטא לידם הובא בש"ך ס"ק ל"ד נראה דלא שייך בגט ושיחרור עדיו בחתומיו זכין לו דהא כ' התוס' דהא דעדיו בחתומיו זכין הוא מתקנת חכמים שיוכלו העדים ליתן השטר ללוה ולא יחושו שמא ילוה לאתר זמן ויהי' מוקדם ולהכי כתבו דלענין איסור שיהי' מותר בבת חורין גבי שחרור לא אמרינן כלל עדיו בחתומיו זכין לו וא"כ למה הצריכו לתקן גבי שחרור שיזכו לו עדיו כיון דלענין איסור לא מהני ולענין לקוחות בלא"ה צריך להביא ראי' אימת מטי גיטא לידי' וע"כ הא דבתחילה אמרו שם בגמר' (ד' י"ט) דלאביי עדיו בתחומיו זכין היינו קודם דמסיק התם דאמרינן לי' אייתי ראי' אימת מטא שחרור לידך אבל לבתר דמסיק

דצריך להביא ראי' לא אמרינן כלל בשחרור עדיו בתחומיו זכין לו ופשוט ואך עדיין שיטת הרא"ש לא נתיישב דהוא לא ס"ל כרש"י ורק אם איתרע בנפילה צריך להביא ראי' אימת מטא גיטא לידי' ולפ"ז הי' נראה דלדידי' נשאר מה דאמרינן דגם בשחרור עדיו בחתומיו זכין לו אך נתיישבתי דע"כ גם להרא"ש אין בשיחרור שום חשש ואין עדיו זכין לו. והנה כבר הבאתי בסי' מ' מחלוקת הרא"ש והר"ן לפי מה דקיי"ל עדי מסירה כרתי א"כ איך מהני עדי חתימה והר"ן כ' דא"צ ע"מ דאנן ע"מ אנן כיון שרואין השטר שהי' ביד הלוה ע"י עדי חתימה ועכשיו הוא ביד המלוה אכן הרא"ש סובר דכיון דהי' ע"ח מסתמא הי' ג"כ ע"מ וא"כ להרא"ש ע"ת לא מהני מידי אכן לפ"ז קשה דהרא"ש סותר עצמו דהא בפ"ב דגיטין כ' דדוקא גבי גט דצריך למסור בפני ע"מ אז אמרינן גט מאוחר קלא אית לי' אבל שטר הלואה דמאן דיזיף בצינעה יזיף לא אמרינן קלא אית לי' ע"כ וא"כ יסתור הרא"ש דברי עצמו וצ"ל דלא כ' הרא"ש דמסתמא הי' ע"מ רק לעיקר הדין אבל לפי התקנה ודאי דאף מוסר בינו לבין עצמו מהני ולאביי אף קודם שמסרו זוכה ויותר נראה דלהרא"ש לא נצטרך לדחוק כמ"ש התוס' דתקנו דיזכו עדיו משום מוקדם רק בלא"ה כיון דדרך דמאן דיזיף בצנעה יזיף ומן הדין לא מהני רק בעדי מסירה לכן תקנו דיזכו העדים בחתימתן וע"כ לאביי צריך לומר כן דאף עדי חתימה מהני דאל"כ איך עדיו בחתומיו זכין לו ופשוט. והנה שם בפ"ב דגיטין דהרא"ש חולק על רש"י והקשה דא"כ איך כותבין גט לאיש אף שאין אשתו עמו ומתרץ כנ"ל כיון דמוסר לפני ע"מ קלא אית לי' ומעתה נחזי אנן בשחרור דכבר כתבתי בשם התוס' דלענין איסור לא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו וא"כ ה"ה בלא עדי מסירה לא מהני לפי מה דקיי"ל דע"מ כרתי ולפ"ז בשחרור ע"כ צריך לומר אחת משתי אלה או דאין כותבין לאדון בלא עבד וימסרנו תיכף לפני העדים או דליכא למיחוש שמא ימסור לו בצינעה דמכשילו אי דהעבד עצמו לא יתרצה כיון דאינו ב"ח רק בע"מ ולפ"ז ממ"נ אי אין כותבין רק בפני העבד ע"כ דמוסרו מיד ורק באמת דכותבין להאדון ומוסר לפני ע"מ א"כ קלא אית לי' כמ"ש הרא"ש בגט וידעו הלקוחות לומר אייתי ראי' ולפ"ז א"כ בשחרור ודאי לא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו דלמה יתקנו כמ"ש לשיטת רש"י וע"כ הא דאמרינן שם בש"ס הוא רק לס"ד אבל למסקנא דיאמרו הלקוחות אייתי ראי' לא אמרינן עדיו בתחומיו זכין והכל ניחא בס"ד.

שוב מצאתי חה"ל בתומים דרך קצת בדרך הזה וגם ראיתי שם שכ' דאם אסור בשפתה אין עדיו בתחומיו זכין לו כיון דמעת שנכתב יהי' אסור בשפחה ובת חורין אבל רם מותר בבת תורין זכות הוא ועדיו בחתומיו זכין לו ולפענ"ד אין הכרת דאף אם נאמר בב"ח הוא רק בדיעבד אם נשא איגלאי מילתא למפרע אח"כ בבא לידו אבל מ"מ כ"ז דלא בא

לידו ודאי אסור שמא לא יבוא אח"כ לידו וגם להיפוך י"ל דאם ישא שפחה אף אם הדין דעדיו בחתומיו יכול לומר דלא ניחא לי' והברירה אח"כ בידו וא"כ זכות הוא:

טז) שנים אדוקין בשטר וכו' וישלם הלוה מחצה שוויו של חוב שבשטר. הנחה"מ ס"ק כ"ד הקשה יאמר המלוה למה אתם שמין המחצה שלי כיון שאנחנו מחזיקין בשוה יכתוב שובר על חצי שט"ח ואני אגבה חצי ותי' שאם השטר נישום בפחות בשביל שהלוה עני ואין לו לשלם רק חצי ואם יכתוב שובר על מחצה א"כ אין הלוה נוטל כלום ולכן העלה דמה שנישום בשביל שעדיין לא הגיע זמנו אינו שוה כ"כ זה באמת יכול לומר אני אמתין ואגבה כל החצי שלי עיי"ש ולפי דבריו מגיע למלוה חצי שטר רק לפי שעתה אינו שוה לכן אינו נוטל רק מחצה שוויו וא"כ לפי שיטתו אין תירוץ שלו מוכרת דמ"מ יאמר המלוה הרי הוא מוחזק בחצי השטר והוי כיש לו לפרוע הכל וכי עני אין מחויב לשלם כל השטר והרי נוטל חצי השטר ובזה ישלם מה שאין לו ואך מה שנלפע"ד דהנה לכאורה הא דחולקין והוא מטעם דמוחזק בחצי אין מובן דהרי אין מוחזקין במעות והש"ך כ' לעיל סי' מ"ז דלא הוי חזקה כללאכן אני כתבתי דמכאן ראי' דנקרא מוחזק אבל מ"מ צריך להבין יאחר הלוה יקרעו השטר ויתנו לו חצי ואי דלא ישוה כלום מה לי במה שיפסידוהו וחשו להפסד השטר לדידי טוב שיחלוקו השטר ויקח מה שמוחזק בו וע"כ צריך לותר כמו שכתבתי שם דהרי השטר יש לו שיווי למכור וא"כ דמי לתופסין בחפץ עיי"ש ולפ"ז באמת הדין דחולקין רק בשוויו ומה שרוצה המלוה להמתין שיגבה חצי בשלימות בזה אין הוא מוחזק כלל ואינו מהדין שיטול וזה הוא שאמרו ע"ז בש"ס ויחלוקו דאמרן לדמי לפי פירוש התוס' שם ואך באמת נראה דאם כבר המתין המלוה והיינו שלא שילם מיד עד שבא זמן השטר לגבות אה"נ דנוטל הכל ואין זה מיקרי דנוטל יותר מחצי דהרי תה שנוטל עכשיו הוא חצי השיווי דמקודם ודו"ק: יז) ואם אין יכול לקיימו ישבע הלוה היסת שפרעו. הנחה"מ ס"ק כ"ג הקשה דאפי' אינו מקוים למה ישבע הלוה יאמר המלוה הניחו השטר בידכם עד שאקיימנו ולפי מ"ש בס"ק הקודם לק"מ דהרי אינו מוחזק בהממון וא"צ ליתן לו רק חצי שיווי שבשטר ואם אינו מקוים אינו שוה כלום ומ"מ נראה דאם מ"מ יש לו איזו שיווי לאחרים דאולי יוכל אח"כ לקיימו אה"נ דמגיע לו זה החצי אז אומרין ללוה המתן עד שיקיים ועכשיו לא מהן כלום או תן לו זה החצי ממה ששוה עכשיו ואין מהש"ס ראי' להיפך דמה שאמרו ואי לא מקוים לא יחלוקו היינו שאין הלוה צריך ליתן כלום כמבואר שם בש"ס אבל ודאי דאין לזוז ממה שכתבתי אכן לפ"ז נראה דהא דאמרינן דישבע היסח היינו באם המלוה רוצה להשביעו ולהחזיר השטר אבל ברוצה להמתין ודאי אינו בדין שנשביעו וזה יחזיק השטר ודו"ק:

יח) ואם נמצא ביד המלוה שובר וכו' אפי' אם הוא כת"י הלוה. הש"ך ס"ק נ"ב הביא ירושלמי דאיתא וז"ל אר"י סימפין היוצא מת"י מלוה פסול מח"י אחר כשר ור"י בשם שמואל לעולם אין סימפין כשר עד שיצא מתחת יד מלוה בכתב ידי לוה ופי' בו הש"ך דבכת"י הלוה עדיף ודחק בפי' הירושלמי וכבר כ' התומים דקשה להוליד דינים חדשים ואין שום רמז בש"ס שלנו ועיי"ש מ"ש בזה ואני לא אדע למה לבשו כאן פחד להגיה יותר מבכל המקומות שבירושלמי כי ידוע שהירושלמי מוחזק בטעותים וכאן הגהה קלה ולהפוך הדברים ובלא"ה אין הבנה למ"ש בירושלמי לעולם אין שובר כשר ואם נגיה הוא פשוט דאמר לעולם אין שובר כשר עד שיצא מתחת יד הלוה ומ"ש בכת"י המלוה סירכא דלישנא דר"י נקט ואי משום דקדוק סימפון שכ' הש"ך דלשון סימפון משמע ביוצא מת"י מלוה כמ"ש התוס' (יש בזה ליישב מה שדקדק במראה הפנים על הש"ך למה האריך לבאר החילוק בין שובר לסימפון דאין נ"ח למה שפירש בו) אין כדאי לבנות בנין מזה ואיך ידענו שהירושלמי ג"כ מדקדק בזה. ומה דפליגו ביוצא מת"י אחר פי' הש"ך דהוא כלישנא קמא דסנהדרין דאין שליש נאמן והוא דוחק והי' אפשר לומר דיפלגו בפלוגתת האחרונים בשובר הנמצא ביד אחר ואין יודע מה טיבו דהדין דיהא מונח דהח"מ וב"ש סברו דגובין בשטר וכן משמע מדברי התוס' והרא"ש והטו"ז כאן כ' דמספק אין להוציא ויען כי לא חדשתי בזה הירושלמי אקצר:

יט) או המלוה עצמו. הש"ך ס"ק נ"ג צידד בשובר הכתוב בלשון הודאת עצמו אולי אף ביד המלוה כשר דשובר כזה למה הכינו הא יודע בעצמו לכתוב ולא הבנתי ספיקו הא בש"ס דפריך מהא דנשבעין היתומים שלא מצינו בין שטרותיו שובר משמע דשובר ח"י מלוה כשר לשני דנשבעין שמא מצאו שובר בכת"י המלוה בלשון הודאה וע"כ דאין חילוק. שוב מצאתי כן בתומים ותימה לי על הנתה"מ שהעתיק ספיקו דהש"ך ואישתמיט לי' דברי התומים:

כ) שטר זה חציו לפלוני אין לאותו פלוני חלק בו. עיין סמ"ע ס"ק ע"ד דהוא משום דאמרינן שלא להשביע עשה כן ועיין אחרונים לקמן סי' פ"א למה מהני אמתלא בתעשה וכתבו דלא הי' יכול לעשות בענין אחר שרצה מי שיראה השטר יסבור שהוא של פלוני, והנה קצת צ"ע לקמן סי' קמ"ז בחתם עליו בעד דאין יכול לומר השני נות לי משום דמעשה לא עבד והרי לא הי' יכול לעשות בענין אתר וקצת י"ל לפי מ"ש שם הרמ"א דדוקא שטר בשני עדים אבל חתם הוא לבדו דלא אהני מעשיו לא נקרא מעשה א"כ משמע דשם עיקר המעשה דעל ידו נתקיים הענין א"כ אין זה דמיון לכאן ומצאתי תשו'

תבי"ט שציין שם הש"ך דאם הי' סירסור ג"כ נקרא מעשה בדין דשם א"כ משמע כדברינו עיין מ"ש שם:

סימן סו

א) אותיות אין נקנין אלא בכתיבה ומסירה. הש"ך העלה דעיקר כהסוברין דמכירת שטרות דאורייתא והתומים תמה דהרי הסוברין דמכירת שטרות דאורייתא הא דיכול למחול משום דשעבוד הגוף אינו נמכר ורק שעבוד נכסי ולפוסקים דשעבודא לאו דאורייתא איך יוכל להיות מכירת שטרות דאורייתא והרי מדאורייתא לא נשתעבדו הנכסים כלל ובפרט דעל הש"ך קשה דאיהו סובר בסי' ל"ט דשעבודא לאו דאורייתא וכאן כ' דהמכירה דאורייתא ולפענ"ד לק"מ דמה לנו בזה דמדאורייתא לא נשתעבדו נכסיו וכי כל חפץ הנמכר צריך שהי' חפץ כזה בשעת מתן תורה וה"נ אף דמהתורה לא הי' שעבוד אבל עכשיו דנשתעבד הוא כמו כל קרקע שלו ובכלל מכירת כל חפצים הוא דכל פלוגתתם דהסובר דהוא רק מדרבנן היינו דסובר דהוא דבר שאינו ברשותו או כדבר הגורם לממון אבל הסובר דאורייתא הוא משום דהוי ממון גמור והוא ככל דבר הנתפס בו קנין ואולי כונת התומים בקושייתו הוא דכיון דאין להמלוה קנין בו רק מדרבנן איך יזכה הקונה מדאורייתא ואך זה פשוט ג"כ דלק"מ דהא רוב הפוסקים סוברין דאף דמע"ש הוא רק מדרבנן מ"מ המקדש במע"ש מקודשת מדאורייתא דהרי נתן לה הנאה וקנין מדרבנן וה"נ באמת אין ללוקח שעבוד רק מדרבנן מ"מ מה שהי' בו למלוה קנה הלוקח קנין גמור ויצא זכותו להקונה כיון דהוא דבר שיוכל הקנין להתפס בו ואין גריעות בהמכר ואך מ"ש הש"ך דבזה ניחא מה דממעט הש"ס מקרא שטרות מאונאה זה אינו מיושב דהא מדאורייתא אין כאן שטר וקושיא זו קשה גם להרמב"ם דסובר דשטר הוא דרבנן משום דמהתורה הוי מפ"כ: אך להיפך קשה לי להסוברין דשעבודא דאורייתא א"כ אף מלוה ע"פ שעבודא דאורייתא ואף דרבנן הפקיעו השעבוד מ"מ הסברא דמלוה בשטר דנשתעבד משועבד הוא מדאורייתא ולא חידשו בו חכמים שום קנין רק דלא הפקיעו השעבוד משום דאית לי' קלא וא"כ אין השטר עושה שום קנין וכל שטר הוא רק שטר ראי' וא"כ לפי המתבאר לקמן סעיף י"ד דשטר ראי' אינו נקנה בכתיבה ומסירה איך קונה מדאורייתא ואולי כיון דקונה בשטר אף דלא לוה המעות כמו שטר הקנאה או במסירה קונה לכן כל השעבוד נקנה בהשטר והוי שטר קנין וצ"ע:

עוד הקשה התומים להסוברין דמכירת שטרות דרבנן קשה מרבי דממעט מקרא דאין פודין בשטרות בלא"ה הא הכהן לא קנה השטר מדאורייתא ממילא אין בנו פדוי ולמה לי קרא ונראה דהנה להסוברין מאר"ר שטרות דאורייתא צריך להבין למה אין פודין באמת

וצ"ל דמ"מ חין גופן ממון ולפ"ז י"ל דהקרא עיקר לאו לשטרות אתא רק בהקנה השעבוד ומשכחת לה במעמד שלשתן ואף דמע"ש מדרבנן משכחת אופן דקונה מדאורייתא כגון שהפודה פוטר את הלוה דאז מעמ"ש מדאורייתא כמבואר לקמן סי' קכ"ו ורק כיון דעכשיו תקנו מכירת שטרות נקט רבי לישנא קלילא דממעט שטרות וכונתו דאין פודין בשעבוד נתמעט מקרא. והנה קצת מהאחרונים תי' דהא דאין פודין בשטרות היינו בנתן שטר על עצמו והקשו ע"ז הנתה"מ והמהרי"ט

אלגזידלהרשב"א בלא"ה אין פודין דאגיד גבי' עיי"ש וכבר כתבתי הרבה פעמים דאגיד גבי' דכ' הרשב"א ר"ל דעכשיו אינו נותן לה כלום עיין בס"ס. ל"ט וא"כ בנותן חיוב על עצמו ואומר לה התקדשי לי בהנאה זו שאני מחייב עצמי אה"נ דמקודשת א"כ אפשר דמ"מ כאן ממעט קרא דאין פודין בשטר אף כה"ג אף היכי דההנאה עצמה שוה ה' סלעים ואין כאן מקום להאריך בזה לכן לא עיינתי בזה:

והנה הקצה"ח הביא דברי התוס' והסמ"ג דהא דאיצטריך קרא למעט שטרות מאונאה היינו היכי דמצא שטר ומכרו להמלוה וכ' הקצה"ח דלהתוס' י"ל דכונתם דאף דהמוצא לא קנה החוב כמ"ש הח"צ מ"מ הוי מכירה לענין גוף הנייר אבל הסמ"ג דכ' בלשונו דהמכירה דאורייתא כיון שנכתב על שמו ואם לא קנה גוף החוב למה הוצרך לומר כיון דנכתב על שמו פשיטא דהרי ממילא הראי' שלו ולכן העלה דאף דהלוה לא זכה בהחוב דבאיסורא אתא לידי' והיינו דנתחייב בהשבה ולא קנאו ביאוש אבל המוצא קנאם ביאוש וקנין יאוש לא בעי כומ"ס והאריך שם ודבריו תמוהים דכיון דהלוה לא קנה מטעם חיוב השבה איך יזכה המוצא והא חיוב השבה של הלוה הוא למלוה וגם מ"ש דיאוש עדיף הוא תימה כאשר תמה הנתה"מ אך בלא"ה נראה דאדרבה מהסמ"ג הוא ראי' להח"צ דלא מהני כלל יאוש בחוב והמוצא לא קנאו דאם נאמר דהמוצא קנהו א"כ הוא דומה לחוב של עצמו ומה לי שמוכר למלוה או לאחרים ולמה יהי' בכאן המכירה דאורייתא ואף דהיכי דכתוב בשטר דנשתעבד לכל המוציאו הסכימו האחרונים דהמכירה דאורייתא לאו מטעם דנכתב על שמו הוא רק משום דבשעת הלואה נשתעבד לכל מי שימסור המלוה שטר זה כמבואר לעיל סי' ס"א אבל כאן אם כל השעבוד להמוצא אף אם ימכרנו להמלוה איך מהני מדאורייתא הא אין גופן ממון אך נראה פשוט מ"ש הסמ"ג כיון דנכתב על שמו הוצרך לזה דכבר מבואר דאם מוכר רק הנייר יש בו אונאה כמבואר בש"ס במוכר שטרותיו לבושם וה"ה המוכר לצור ע"פ צליחותו וע"כ המכירה הוא לראי' ואז שייך בו אונאה ואף דמ"ש הנתה"מ דהמוצא קנה דא"צ כלל להראות לראי' שיגבה המלוה לא נהירא ועיין מ"ש בסי' ס"ה ס"ק ו' דעיקר מה שקנה המלוה לראי' הוא שיהי'

הראי' בידו ולא יצטרך לחזור אחר המוצא התופס השטר ורק מהסברא כיון דשטר אינו במכר משום דאין גופן ממון א"כ אף הראי' אין גופן ממון לזה כ' הסמ"ג כיון נכתב ע"ש ור"ל דאף דמצד המוכר אין לו מה למכור מ"מ המלוה הקונה הרי יהי' לו קנין גמור דהוא ע"ש ומהני לי' לראי' כן נ"ל:

ב) אלא בכתיבה ומסירה. עיין באחרונים בהקדש עניים דיש בזה פלוגתא אי בעי כתיבה ומסירה והרמ"א ביו"ד כ' דהקדש עניים הוי כהדיוט ובעי כומ"ם והקצה"ח כתב דמדברי התוס' ב"ב (ד' ע"ו) משמע דאף כומ"ם לא מהני דכתבו דהא דלא קנה גם הקרקעות הכתובין בשטר דכמו שאין יכול להקדישן כך אין יכול להקנותן כמבואר בפסחים (ד' ל"א) שאין יכול להקדישן והא דלא תקנו גם שיוכל להקדישן כמו דתקנו שיוכל להקנותן משום דאין בהקדש צורך כ"כ הרי דאף כומ"ם לא מהני ותמה גם על התוס' דאיך מצינו דלא מהני בהקדש כומ"ס ושם בפסחים לא איירי רק במקדיש הקרקעות עיי"ש ולק"מ דהא דמבואר ביו"ד בהקדש עניים דהוא בכומ"ס כבר מבואר דהקדש עניים הוי כהדיוט אבל הקדש גבוה ודאי לא יפלגו הפוסקים על הריטב"א שהביא הש"ך דלאו דוקא אמירה לגבוה כמסירה רק דהוי כקנין המועיל והובא דבריהם בתומים וא"כ שפיר הקשו התוס' כיון דבהדיוט הדין דכומ"ם מהני א"כ ממילא בהקדש להני אמירה וזה הא מבואר בפסחים דלא מהני ואף מדרבנן משמע דלא מהני ושם בהקדש גבוה איירי לזה תי' דלא הי' צורך כ"כ (ואפשר דממילא אף כתיבה ומסירה לא מהני דלמי ימסור וצ"ע בזה) וא"כ ודאי בהקדש עניים כומ"ס מהני כמבואר ביו"ד:

ג) וכן אם קבל עליו המוכר אחריות צריך לקיים המוכר מה שקבל עליו אע"פ שלא קנה הלוקח השטרות. עיין סמ"ע ס"ק ה' דהיינו דצריך לשלם כל שיווי השטר לגבות בו דאל"כ מאי קמ"ל והש"ך כ' דאין זו הוכחה דקמ"ל דצריך לקיים אף אם ירצה ליתן לו עתה כתיבה ואם לא הי' מקבל אחריות א"צ ליתן כלום אם יתן לו עתה כתיבה ולא זכיתי להבין דבריו דמה ענין כתיבה אצל אחריות דע"כ הש"ך פירש דאחריות ר"ל דקיבל עליו באם לא יגבה השטרות היינו דלא יהי' להלוה לשלם ישלם הוא וא"כ מאי קמ"ל דאף אם יתן כתיבה ישלם פשיטא דמוכרח לשלם כי כן הי' המדובר ביניהם וגם מה זה שכ' הרמ"א אע"פ שלא קנה השטרות אדרבה בלא קנה צריך לשלם מעותיו ואם הי' קנין הי' פטור לולי האחריות אך הפשוט בעיני דכונת הרמ"א דקבל עליו אחריות אם לא יעמוד המקח בידו והיינו מ"ש אם לא יגבה דאין הלוקח רוצה ליתן וקמ"ל דאף דלא קנה בקנין הנקנה יש עליו חיוב מצד אחריות והוא כענין שכ' הש"ע לעיל סי' ס' וא"כ הנכון כדברי הסמ"ע ור"ל דאם אינו נותן לו כתיבה חייב ליתן כמו ששוה אבל מעותיו פשוט דצריך

ליתן ומאי קמ"ל ולא קשה מה שהקשה התומים דהוי ריבית דזה דמי ממש לדבר שלא בא לעולם דמ"מ הוי מכר ולא הלואה עיין ס"ק שאח"ז ומ"ש הנתה"מ דהי' תנאי שיתן לו כפי השיווי ואם לא ישוה כלום לא יתן כלום לכן לא הוי ריבית לא אבין דאין זה קנין רק קוביא ואסמכתא ואין זה ענין לכאן ומ"ש כמו בסי' ס' הרי שם איירי כמ"ש דנתחייב להעמיד המקח בידו:

ד) ובמקום דלא קנה הלוקח וכו' י"א דאינו חייב לקבל מי שפרע. הש"ך ס"ק ה' חולק ע"ז והאחרונים תי' דברי הרמ"א דיש בזה מחלוקת כיון דלא קנה מדאורייתא והקצה"ח הביא דברי הג"א הובא בש"ך יו"ד סי' קע"ג בהא דאמרינן התם דיכול למכור החוב בפחות וכ' הש"ך דבשטר יכתוב וימסור הרי דבלא"ה יש בו איסור ריבית ואם הי' בו מי שפרע אין בו איסור ריבית וע"כ דאין בו מי שפרע והוסיף הקצה"ח דאם יבוא להחמיר על עצמו יפלו ברברבי איסור ריבית ע"כ. והנה זה פשוט ועדיפא ה"ל לומר דכיון דיש בו ריבית א"כ הוי מקח שנעשה באיסור ואין מוסרין אותו למי שפרע אכן לפענ"ד נראה דודאי אין כאן איסור ריבית דהרי לקמן סעיף י"ז כ' הש"ע דאם גבה הלוקח מה שגבה גבה ולמדו זה מפירות דקל דבשמיט ואכיל לא מפקינן מיני' ובפירות דקל הטעם כתבו הפוסקים דבעי למיקם בהימנותא לכן לא הוי מחילה בטעות עיין סי' ר"ט ובקצה"ח שם ואם הי' כאן איסור ריבית איך למדו מפירות דקל ועיין הג"א פ' א"נ ד"ה פירש בסופו כ' וז"ל הכא הלואה ואלו ידע דיש כאן איסור ריבית לא הי' מוחל אף דאבק ריבית אינו יוצא בדיינים א"נ תקני חכמים שלא יבוא לידי איסור ריבית אבל הכא (בפירות דקל) זביני וכו' ע"כ הרי דהיכי דיש כאן איסור ריבית שמיט ואכיל מפקינן מיני' ואי נימא דיש כאן איסור ריבית למה מה שגבה גבה וע"כ דאין כאן ריבית ומה שכ' הש"ך ביו"ד הנ"ל דדוקא בכומ"ס אין בו חשש ריבית נראה שם ביו"ד איירי שמכר החוב בפחות משויו והיינו דגם בעת שמוכר שוה יותר ובזה יש חשש ריבית אם לא קנה בקנין המועיל אבל מוכר כפי שויו כעת אין בו ריבית ואף בלא קנה צריך להעמיד המקח בידו אם הוא גברא דבעי למיקם בהימנותי' ודו"ק:

ה) ויכול לחזור בו. הסמ"ע ס"ק ד' כ' הואיל ולא קנה אסור להשתמש בהמעות ואין הוא עליהם רק שומר שכר ופטור בנאנסו והש"ך חולק עליו והתומים השכים להסמ"ע וכ' דשגה הש"ך בזה דכן מבואר בתוס' והפוסקים ג"כ מודים דהיכי דא"צ לקבל מי שפרע אסור להשתמשבהמעות ולפענ"ד צ"ע בזה דהוא נגד הסברא לפי מה שכ' הש"ע שהבאתי בס"ק הקודם דאם תפס הלוקח אין מוציאין מידו משום דהמוכר צריך לעמוד באמונתו ואיך יהי' המוכר אסור להשתמש במעות והלוקח יוכל לגבות החוב ובפרט

לפי מ"ש הקצה"ח דיש איסור ריבית ואם אסור להשתמש במעות מה הלואה יש כאן דיהי' בו ריבית ולא עיינתי כעת יותר אך עתה בהעתקה עיינתי בס' מקצוע בתורה שכ' דהרי"ף ורבינו האי חולקים על התוס' וגם בזה לא נפניתי לעיין:

ו) אפי' אם מסרו לידו וקנו מידו בקנין שמוכר לו השעבוד וכתבו לו עדים הקנין זה הכתב אינו אלא לראי', עיין תומים תמה כיון דשטרי דידן שכתוב בו נחתי שטרי קנין הם וה"נ שנכתב שקנו מידו שהקנה לו השטר וכל שעבודי' למה לא יועיל ע"כ ולי פשוט דודאי בבא השטר לפנינו ונכתב בו בלשון שהקנה לו השטר והשעבוד קנה והיינו דאמרינן דמה שנכתב שהקנה היינו באותו כתיבה ורק אם ידוע שלא ציוה לעדים לכתוב כן רק העדים כתבו בעצמם כמו בכל קנין העומד לכתיבה והקנין בודאי אינו מועיל ונראה דאף אם נכתב בפירוש שהקנה בקנין סידור השטר וכל השעבוד לא מהני כיון דנכתב דהי' בקנין סידור ודאי יש לחוש דהעדים סברי דמהני הקנין ויכולים על ידו לכתוב וכן הש"ך ס"ק ז' הביא דברי מהראנ"ח די"ל דבנכתב שא"ל מהני וסיים לעיין בסעיף ב' משמע דכאן נראה מלשון השטר דרצה למכור בקנין סידור:

ז) הנותן נכסיו לאחד וכו' אע"ג דשטרי בכלל נכסי אינון לא קנאם. התומים הקשה א"כ הא דאמרינן בב"ב שטרי בכלל נכסי ממ"נ אי אמר וכל שעבודי' הרי אמר בפירוש ואי לא אמר מה מהני מה דשטרי בכלל נכסי הרי לא קנאם. והנה בפשוט י"ל דאמר וכל שעבוד שיש לי רק לא אמר הן דהיינו השטרות והוי אמינא נהי דקנה החוב מ"מ השטר לא קנה אך בל"ז י"ל דאף דסוגיית הש"ס שם קאי בשכ"מ וכמו שפירש התומים גם זה דשטרי בכלל נכסי אבל מ"מ אינו מוכרח דיש לפרש כיון דמונה שם כל הדברים הנכלל בנכסי קאמר דשטר בכלל נכסי ונ"מ דנקנין באגב וא"צ מסירה או במכר כל נכסיו והיו בהם שטרות אף אם לא קנה השטרות יכול הלוקח לחזור אם לא יתן לו השטרות או ינכה לו שיווי השטרות וגם יש עוד נ"מ טובא:

ח) שצריך מסירת השטר קודם כתיבת השעבוד. הסמ"ע ס"ק ט"ו כ' ה"ה בפעם אחת עם הכתיבה והש"ך חולק וכ' דמלשון הנ"י והריטב"א משמע דוקא מקודם ועוד דאי אפשר לצמצם לכתוב ולמסור ביחד וכן לעיל ס"ק ז' כ' הש"ך בכתב על השטר עצמו כ' דימסור מקודם השטר ומשמע ג"כ מהש"ך דהכתיבה לא יהי' קודם. ואף כי מה אני לחלוק על הש"ך אכן הדבר ודאי תימה ולא שמענו שום שטר שיצטרך לשמה ופשוט בעיני דמ"ש הש"ע דצריך למסור קודם כתיבת שעבוד אין ר"ל דאסור לכתוב קודם רק ר"ל דלא ימסור הכתיבה של קני לך קודם שימסור השטר אבל אינו מזיק אם יכתוב קודם ודבר זה הוא מוכרח מסעיף ג' ועיין לקמן סי' רנ"ג בש"ך ס"ק כ"ט בשם המבי"ט

דגם שכ"מ צריך אמירת קני לך לפ"ז ואף דלא קנה השעבוד רק אחר מיתה מ"מ מהני אמירת קני לך אף שהי' קודם וכן לקמן סעיף ט' גבי שטר הפקר ע"ש מ"ש ומוכח. שם דגם בהפקר מהני כתיבה אף דהוא קודם ורק באו יחד לידו וכן בש"ך ס"ק י"א דכ' דשטר זה של קני לך איהו וכו' הוא כמו שטר מכר דקנין שדה שצריך שיקנה בזה השטר א"כ וודאי סגי רק המסירה שטר זה של הכתיבה יהי' אח"כ דהרי כ' הנ"י והריטב"א דלכן צריך מסירה קודם משום דשעבוד לבד קודם שמסר השטר אינו נקנה וכיון דלא קנה בעת שמסר לו שטר הכתיבה במאי קנה אח"כ ע"כ א"כ פשוט דעיקר המסירה של קני לך לא יהי' קודם אבל סגי במאי שמוסר לו שטר הכתיבה אחר מסירת השטר הרי בשעת המסירה של זה השטר קנה כיון דכבר השט"ת בידו וא"כ פשוט דה"ה במוסר ביחד ומ"ש הש"ך דאי אפשר לצמצם זה לפי שסבר דהכתיבה יהי' אח"כ אבל לפי שפרשתי מסירת הכתיבה שפיר יכול ליתנם ביחד שני השטרות וכן בדין דס"ק ז' בכתב על השטר עצמו יכול מקודם לכתוב ולמסור השטר ודו"ק כי זה נראה ברור ואמת:

ט) לא קנה. הש"ך ס"ק י"ת כ' בשם מהרשד"ם דשותפין שחלקו בשטרות צריך כומ"ס וכ' הש"ך דאף דשותף יכול לתבוע כל החוב וא"צ הרשאה היינו לענין הלוה היינו דשותף הוא כשליח בהרשאה אבל נגד השותף שלא יוכל לחזור צריך כומ"ס וכן ראיתי בנתה"מ לעיל סי' ס"ב ס"ק י"א החליט כהש"ך דשותף בעי כומ"ס ואך ראיתי כי הנתה"מ כאן כ' דלפי מ"ש הרמ"א בתשובה דשותף אין יכול למחול וע"כ דחשבינן כאלו הכל הי' מתחילה שלו א"כ אף כומ"ס לא בעינן וכן בשע"מ ראיתי שכ' בשם תשו' הרמ"א דכ' בפירוש דא"צ כתיבה ומסירה והתומים בסוף הסימן סעיף מ"א כ' דנראה לו דצריך כומ"ס רק כופף נפשו לגדולי המורים יען כי כן כ' הרמ"א בתשו' ויען כי לפע"ד דברי הש"ך בשם מהרשד"ם נכונים ואף הרמ"א נראה שלא כ' כן במוחלט לכן צריך אני להאריך בזה. והנה השע"מ כ' דהרמ"א אזיל לטעמי' שכ' בסוף סעיף א' דשטר שכתב בו לכל מי שמוציאו דכמו דא"צ הרשאה ה"נ לא בעינן כומ"ס וא"כ גם שותף דא"צ הרשאה ג"כ לא בעי כומ"ס והש"ך לשיטתו דהשיג שם על הרמ"א לכן סבר דבעי כומ"ס והנה לפי דבריו האחרונים דהסכימו שם להרמ"א הי' מהדין דאף כאן א"צ כומ"ס והנה בעיני פשוט דאין תלוי כלל בהך דין דסעיף א' והנה התומים שם הביא ראי' להרמ"א מיש גאונים הסוברין דכל לוקח אף דיש בידו כומ"ס מ"מ צריך הרשאה וא"כ בשטר דכתוב בו לכל מי שמוציאו דא"צ הרשאה כ"ש דכומ"ס א"צ ע"כ ולפי דברי השע"מ יהי' מאלו הגאונים ראי' להיפוך דכיון דכתבו דצריך כומ"ס וגם הרשאה ע"כ דהם שני דברים כומ"ס הוא נגד המוכר שלא יחזיר והרשאה הוא נגד הלוה שלא יוכל לומר לאו בע"ד דידי את

והרי דאף דיש בידו הרשאה מ"מ צריך כומ"ס וא"כ אף בכתוב בו לכל המוציאו נהי דמהני נגד הלוה מ"מ נגד המוכר בעי כומ"ס וע"כ טעמו של הרמ"א שם משום דתיכף נשתעבד בשעת הלואה לכל המוציאו והוא מלוה שלו ולכן לא בעינן לא הרשאה ולא כומ"ס אבל כאן שותף דיכול לגבות דהוא רק שליח של השני אף הרמ"א יוכל לסבור כהש"ך כיון דהחוב אינו שלו כולו בעי כומ"ס וא"כ אף דלעיל קיי"ל כהרמ"א כאן נוכל לומר דהדין עם מהרשד"ם והש"ך והנה השע"מ תחילה הביא ראי' להש"ך ואח"כ דחה ראי' זו ולקמן נבאר דאין דחייתו כלום:

והנה בעיקר הדין הי' נראה לכאורה דדין זה תלוי בברירה דאי אמרינן ברירה והוברר שזה חלקו א"כ הי' שלו מתחילה ואין השותף יכול למחול אבל אי אין ברירה א"ב הוי כלוקח ויכול למחול וגם צריך כומ"ס (אך לכאורה אף אי אין ברירה יהי' תלוי בפלוגתת רש"י ותוס' סוף השולח דאם נאמר כרש"י דאי אין ברירה יש לכל אחד חלק והיינו דכל חטה וחטה הוא לשניהם וא"כ יש לו יד בכולה וא"כ אין השני יכול למחול כמו מכנסת שט"ח לבעלה אך זה טעות דא"כ אף קודם שחלקו לא יוכל שותף למחול חלקו וז"א עיין לקמן סי' ע"ז) וכיון דמספקא לן אי יש ברירה או לא הוי כאן ג"כ ספק ואזלינן בתר המוחזק וכשמוחל אין הלוה צריך לשלם ולקנות החוב יהי' כשנים אוחזין והלוה תופס בחזקת שניהם ויחלוקו בהחצי ואך בכללי ברירה אשר לי חקרתי אי אמרינן ברירה היינו דאמרינן דנתברר דהי' שלו מעולם או רק דאמרינן דאם היו חולקין תחילה הי' זה נפל לחלקו והבאתי מביצה (ד' ל"ז) דאמרינן שם לעולם קסבריש ברירה ושאני בהמה דינקו תחומין אהדדי ע"כ ואי אמרינן דכל מה דנפל לחלקו מעיקרא הי' שלו א"כ נאמר דאף מה שיזיק מחלק השני הי' שלו וע"כ דברירה הוא רק דאמרינן דאם היו חולקין אתמול הי' נפל זה לחלקו לכן במה שינקו דלא שייך כן לא נאמר ברירה וא"כ בנידן דידן אף אם נאמר ברירה מ"מ י"ל דיכול למחול דהרי לא אמרינן מעיקרא הי' שלו וכ"ז כתבתי לפלפל קצת אכן ודאי אף אי אמרינן הוברר היינו כשחלקו אבל בלא כומ"ס דלא קנה א"כ לא מיקרי חלוקה וגם במה שכתבתי יש סתירות במקומות אחרים דמשמע דמעיקרא הי' שלו ואין כאן מקומו כמ"ש דאין כאן חליקה בלא כתיבה ומסירה כמ"ש הש"ך:

והנה עיינתי בתשו' הרמ"א בסי' כ"ב שהביא השע"מ וז"ל שם עיקר הדבר צ"ע דאפשר דכאן לא בעינן כומ"ס דהרי הם שותפין והשטרות הס בכח כל השותפין וכל אחד יכול לגבות כל החוב וכן הדעת נוטה וכן משמע בתשו' הרא"ש שהביא הטור ס"ס ס"ו ע"כ הרי שלא החליט כלל דלא בעי כומ"ס ומ"ש דכן משמע בתשו' הרא"ש כונתו למ"ש הש"ע סעיף מ"א דאחין שחלקו שטרות ונפסד חוב של אחד מזלו גרם וע"כ בלא כומ"ס

איירי דאל"כ מאי קמ"ל דאף לוקח שנפסד שטרו מפסיד הרי מבואר דא"צ כומ"ס אכן לא הביא זה לראי' ברורה דבאמת אין משם ראי' דשפיר קמ"ל דאף דהי' החלוקה ע"י כפי' וה"א דלא הפסיד מ"מ קמ"ל דמזלו גרם אבל אה"נ דהי' בכומ"ס אך יותר נראה דהתם דהי' החלוקה ע"י ב"ד כמבואר בתשו' הרא"ש והרי מבואר בש"ך סי' ק"כ דב"ד המגבין שטרות א"צ כומ"ס (וכ' שם דמ"מ יכולין למחול כיון דגבה בשומא) וא"כ ה"ה חלוקה ע"י ב"ד א"צ כומ"ס. שיב ראיתי שכן כ' התומים לקמן סעיף מ"א (והוא סובר דע"י ב"ד אף למחול אין יכולין) אך לא רצה לחלוק על תשו' הרמ"א וצ"צ עיי"ש וכבר כתבתי דהרמ"א אין מחליט דין בזה גם לא סמך כלל ע"ז דלא כ' רק בלשון קושיא אך מטעם אחר לא הי' שם המכירה קיים עיי"ש. ועיינתי בתשו' הרמ"א סי' צ"ב שהביא כאן הנתה"מ שכ' דאין יכול למחול ונראה דגם משם אין ראי' ושם הי' המעשה שהאב נתן שטר לאחד מבניו בחייו ובן השני אחר מיתת אביו מחל להלוה וכ' דאין יכול למחול דכבר נסתלק מהנכסים ונפלו לפני השני וראי' מהא דמכנסת שט"ח לבעלה דאין יכולה למחול ואמרינן משום דידו כידה ולמה אמר ידו כידה והא קיי"ל דידו עדיפא מידה רק לאשמעינן דאף במקום דרק ידו כידה דהיינו האב שמכר ליורש אחד אין היורש השני יכול למחול ועוד נראה דדוקא נקט שמואל יורש ולא יורשים דלפני שנים לא יכול למחול ל"מ קודם שחלקו דעדיין לא זכה בחלקו כמ"ש הרשב"ם דאין היורש יכול למכור ואף דלא קיי"ל כן היינו ירושה שעתיד לבוא לידו אבל כאן דלעולם לא יבוא לידו אין לו שום זכות בו אלא אפי' אם כבר חלקו ובא השטר ליד יורש אחד אין השני יכול למחול דהא אחין שחלקו לקוחות הן והוי כלוקח זכות היורש וא"כ אין יכול למחול בלא יורש חבירו דאל"כ לאשמעינן רבותא דאפי' לוקח זכות היורש יכול למחול ע"כ העתקתי דבריו בקיצור למען נראה אם דין זה שוה לכאן. והנה הראי' ממכנסת שט"ח אין ראי' כלל לכאן דהתם הבעל יש לו חלק בכל החוב אבל כאן כל שותף יש לו חצי החוב ואיך נאמר דאם יש לו יד בחצי יש לו יד בכולו ולהסוברין הטעם דשעבוד הגוף אינו נמכר ע"כ צ"ל דבעל יש לו שעבוד הגוף ג"כ אבל כאן הלוה חייב לזה חצי ולזה חצי ועיין בתוס' ב"ב (ד' נ') ושוב מצאתי בש"מ כתובות גבי מכנסת שט"ח לבעלה כ' וז"ל שניהם אין יכולין למכור ולמחול ודוקא שותפות בזה שאין כל אחד יכול לברור חלקו אבל שני שותפין שיש להם שטר וכו' ולכן נראה דהרמ"א לא כ' זה רק בנידון דידי' דלא הי' ליורש השני שום זכות בשטר וגם האריך שם באשר נסתלק ובפרט שכתב על עצמו שאם יערער אין לו חלק בירושה עיי"ש ומ"ש אח"כ ועוד נראה ג"כ פשוט מטעם דלא הי' שום זכות בשטר ומדמה את יורש הזה דלא נפל השטר בחלקו דקנה חלקו

וגם השני לקח כל הזכות אף דבאמת לא הבנתי דבריו מ"ש אלא אפי' כבר חלקו דהרי השטר שנמכר לא חלקו בו וגם נראה דכ' זה דעכ"פ חצי השני אין יכול למחול דהרי מה דאמרינן לקוחות הן הוא רק מספק וגם לא ראיתי שום פוסק דמחלק בין יורש אחד לשני יורשים ולא אאריך במה שלא זכיתי להבין דבריו אך עכ"פ בשותפין נראה דמודה הרמ"א דכ"א הוי כמוכר חלקו ולא הביא ג"כ דברי הרשד"ם ועדיין יש לעיין בדבריו שם: והנה השע"מ הביא תחילה ראי' להש"ך מב"ב (ד' קע"ג) דרבא אמר שם למ"ד שטרות נקנין במסירה א"צ ראי' דלקחו ולא חיישינן שנפל ואמר רבא מנא אמינא לה דתניא אחד מהאחין שהשט"ח יוצאין על שמו צריך ראי' ודוקא אחין דשמטו מאהדדי אבל אחר א"צ ראי' וקשה דילמא ברייתא אתיא כמ"ד דשטר צריך כומ"ס ואך באחין דא"צ כומ"ס קמ"ל דצריך ראי' דאחר יש לו בידו שטר שקנאו ושטר קנין בידו אלא ע"כ דגם אחין צריך כומ"ס וא"כ ברייתא דקתני צריך ראי' ע"כ דאתיא כמ"ד א"צ ואח"כ דתה השע"מ דודאי אחין צריך כומ"ס דהא דמבואר בסי' ע"ז דשותף יכול לתבוע כל החוב דוקא שותף אבל אתין אין א' יכול לתבוע הכל לכן צריך כומ"ס ע"כ ודבריו תמוהים מכמה טעמים דהרמ"א אדרבה יליף לה מאחין שבתשובת הרא"ש וכן בסי' צ"ב באחין אייריי גם לא עיין במקור הדין דסי' ע"ז דיכול לתבוע כל החוב הוא מדברי הרשב"א והרשב"א שם באחין אייריי וא"כ קמה ראיות השע"מ ואך אין בידי להכריע ולא כתבתי כל הפלפול רק לפי שהתומים כפף ראשו לדברי הצ"צ דשותפין א"צ כומ"ס ולא אבין דהרי הרשד"ם כ' להיפוך ונראה כדבריו ואיך יצא עכ"פ מסד"ד ובפרט דהרמ"א לא הביא דברי מהרשד"ם ואף אם הי' חולק בפירוש הי' לנו לפסוק דהוי עכ"פ ספק ודו"ק:

י) לפיכך הזוכה בשטר הפקר אינו קונה המלוה כיון דאין דעת אחרת מקנה. הכל תמהו בזה ועיין ש"ך ס"ק כ"ה דבלא"ה איך יקנה הא אין כאן כתיבה ואין לתרץ דכתב לאחד קני לך ואח"כ הפקיר השטר וזכה בו זה שכבר כתב לו דהא בעינן המסירה קודם הכתיבה והש"ך הקשה עוד ביותר דהא הלוה קונה החוב ולי נראה פשוט דמשכחת לה בהפקיר השט"ח וכתב עליו דכל מי שיזכה יקנה גם השעבוד וכבר כתבתי בס"ק ת' דבכתב על השטר סגי במוסר השטר (והש"ך דלא תי' כן לשיטתו עיי"ש) ואך הי' נראה לכאורה כיון דלא אמרינן ברירה איך יכול להקנות למי שיזכה בו כבר מתורץ במ"ש האחרונים לעיל סי' ס' דדבר שהקנין יהי' כשיתברר אמרינן ברירה וגם אם הוי תלוי בברירה מהני תפיסה אם יתפוס מהלוה כיון דספק הוא אי יש ברירה כעת ראיתי בתומים ס"ק י"ב כ' ג"כ כמ"ש לעיל ס"ק ת' דמסעיף ג' מוכת דמהני כאחת והיינו מטעם דבעת המסירה של השטר שכתוב בו קני לך אז חל הכתיבה ואח"כ כ' דמ"מ יקדים המסירה כמ"ש הש"ך

דאי אפשר לצמצם וזה תימה דהא יכול למסור שני השטרות ביחד כמ"ש שם. ובמ"ש דהפקיר למי שיביא השטר יזכה בהשעבוד לכאורה יש לעיין דלא הוי הפקר כשמיטה כיון דלא יצא מרשותו עד דאתי לרשות זוכה ואך הרי ביאוש כתבו ג"כ דלא זכה עד דאתי לרשותי' ועיין בקצה"ח:

והנה הי' נראה לתרץ קושיא הנ"ל דלא הפקיר רק השטר ואחר שזכה בו אחד כ' לו קני לך ורק מצאתי כי קדמני התומים ופקפק דאולי כה"ג אין כאן כתיבה כיון דנפקע השטר וזה צ"ע ובפרט מ"ש דבנאבד ומצאו אחר נפקע כת השטר צ"ע וכבר כתבתי לעיל סי' ס"ה דהמוצאו מוכרת להראותו לראי'. ומ"ש מהר"ם לובלין דבהפקר לאבעינן כתיבה דחה הש"ך דכי עדיף הפקר מאמר קני לך והקשה הקצה"ח דודאי הפקר עדיף דאינו יכול לחזור ואמר יכול לחזור ע"כ ולא הבנתי קושייתו דכונת הש"ך דבנותן לא' מטלטלין ואמר לו יהא שלך ודאי קנה וכאן דמסר לו השטר אם אמר קני לך לא מהני איך יועיל הפקר וכי הפקר עדיף מנותן להמוחזק וגם למה לא מהני אמירה משום דמלוה אין יכולין להקנות דאינו ברשותו כמ"ש הסמ"ע לעיל וא"כ אף הפקר אין יכולין להפקיר מה שאינו ברשותו ופשוט ודו"ק:

יא) הזוכה בשטר הפקר. הש"ך תמה על הסמ"ג שכתב לאפוקי שטר דנכסי הגר שאם משכו לא קנה החוב משום מאן מסר לו דלקני ותמה דהא כבר זכה הלוה וגם אין לו כתיבה וכ' דמשכחת שטר שיש לו על עכו"ם וכתוב ג"כ לכל המוציאו דא"צ כתיבה וסיים הש"ך לפי מ"ש דהגבהה ג"כ קונה א"כ באמת קנה הזוכה דבהגבהה א"צ דעת אחרת ע"כ והקצה"ח חולק עליו וכ' וז"ל דאף הרמב"ן דסובר דמהני הגבהה מ"מ זה רק כמו מסירה ובעי דעת אחרת דהא סובר דלא שייך משיכה בשטרות ולהכי תקנו מסירה והעתקנו דברי הרמב"ן בס"ק ח' וכ"כ הרמב"ן בפ' הספינה וז"ל ואפ"ה במסירה שאין משיכה והגבהה משמשת בהן ע"כ וחימה בעיני דבס"ק ח' העתיק דברי הרמב"ן להיפוך דלכן מהני מסירה שהוא קנין גרוע משום דאף הגבהה לא מועיל לשעבוד לכן אף מסירה מהני וכ"ש הגבהה עיי"ש וכן בפ' הספינה ע"כ ג"כ כונתו כן דאין הגבהה ומשיכה משמשת בהן היינו דאין נמשך השעבוד עם הגבהה לכן מהני קנין גרוע דהיינו מסירה א"כ אין לדקדק ברשות מי הוא וזה ברור גם מה שהביא הקצה"ח ראי' מפ' שור שנגח דאמר מאן דמחזיק בשטרא ובארעא הא לא אחזיק אף השטר נמי לא קנה א"ד דעתי' אניירא והתם ע"כ במשך ומ"מ לא קנה ארעא ע"כ ודבריו תמוהים דכי כ' הש"ך דע"י הגבהת השטר קנה הקרקע וכן התם הא הקרקע הפקר ומאן מקנה לי' ואיך ס"ד דיזכה ע"י השטר ופשוט:

אך בזה דברי הש"ך תמוהים כמו שתמה התומים דכי עכו"ם לא זכה בהחוב במיתת הגר ואי דמותר להטעותו מ"מ למה לא יוכל לזכות אחר בו ולהטעותו ואיך זכה ע"י השטר שרק הוא יגבה עי"ש. והנה ודאי כונת הש"ך דאין אתר יכול לתפוס השטר ולתבוע בו העכו"ם דהזוכה זכה בכל זכות השטר אף זכות זה להטעות בו ודקדק בלשונו שאין ישראל אחר יכול לתבוע העכו"ם באותן שטרות אך גם זה ודאי תימה דאף לדעת הסמ"ג דאמר דאין זוכה בהשטר משום דלא הי' דעת אחרת מקנה מ"מ ודאי מה ששוה השטר להטעות בו קנה ואין צריך מסירה לזה ובשרף לו השטר נראה ודאי דפטור דאין זה ממון השוה לכל העולם ורק כשור הנסקל דיכול לפטור עצמו וכן מבואר לקמן סי' ע"ו ודו"ק:

יב) שחבירו הפקיר שטרו. הקצה"ח ס"ק י"א חידש דאם הפקיר השטר עם השעבוד והדין בהפקר שכל שלשה ימים כ"ז שלא זכה בו אחר יכול לחזור א"כ הזוכה בשטר גובה מן הלוה כיון דהוא תוך ג' ועדיין לא זכה הלוה עיי"ש ודבריו תמוהין דהא הלוה קודם להשעבוד וכמו שזה זכה בשטר זכה הלוה עוד קודם בהחוב וכי כיון דהשעבוד תלוי בשטר אין הלוה זוכה במה שהוא מוחזק ופשוט:

יג) וי"א דשטר אינו נקנה באגב. הפוסקים אלו הוכיחו זה מב"מ (ד' כ') דאמר אביי אפי' תימא ליתא לדשמואל (והא דמחזירין השובר ולא חיישינן שמא מכרה כתובתה) והכא בשטר כתובה יוצא מת"י וקשה דניחוש שמא מכרה באגב וע"כ דאין שטר נקנה באגב ע"כ וקשה לי דאיך ניחוש שמא מכרה הא בידה להחזיר הכתובה לבעל אף דלעיל סי' ס"ה כ' התומים דאם יש ביד הלוקח שטר של קני לך גובה בו כבר תמהתי שם בס"ק ט' עליו דכי צריך הלוה לידע שמכר ומה יעשה הלוה שהוא נותן לו את השטר ומוכרח לפרוע לו ולא גרע ממוסר השטר לשליח אם הוא באופן שיוכל לגבות. שוב מצאתי בש"מ בשם הריטב"א שתי' לקושיית הפוסקים הנ"ל דכיון דהשטר בידה אף אם מכרה נאמנת כמו שליש שהשטר יוצא מת"י וזה ראי' לדברינו דאף ביש בידו כתובה אינו גובה ואך נראה דהם פירשו דע"כ איירי שאין השובר רק במקצת הכתובה דאל"כ למה לי' השובר תחזיר הכתובה וא"כ אינה יכולה להחזיר הכתובה:

יד) ואם יש ראי' שמכר ומ"מ אינו רוצה לשבע חייב לשלם. התומים כ' דכיון דאינו רוצה לשבע אמרינן דודאי פרע לו הלוקח דאם לא כן הי' מברר בשבועה שלא עשה עול למכור שטר פרוע אבל אי הוי ידעינן שלא נפרע אינו חייב משום דאינו רוצה לשבע דלא הוי רק כובש עדותו וכ' דלפ"ז באין ראי' שמכר ורק דמודה שמכר ומ"מ אין רוצה לשבע פטור כיון דלא הוי רק כובש עדותו ונאמן נגד הלוקח שלא נפרע מיגו דהי' אומר שלא מכר ואח"כ דחה זה דאם הי' אומר שלא מכר הי' צריך לשבע א"כ באומר שלא נפרע

דאינו נאמן רק במיגו צריך ג"כ לשבע וממילא אם נשבע שלא נפרע גובה הלוקח ומכח זה יצא לדון דאם מת המוכר אח"כ אין הלוקח גובה מיורשי המוכר דהרי הי' לו מיגו ולא הי' מחויב רק היסת נגד הלוקח והמחויב היסת ומת אין היורשין חייבין ע"כ. והנה מ"ש לדחות דעכ"פ צריך לשבע שלא נפרע פשוט לפי דבריו דמ"מ נ"מ אף בלא מת דלא נחתינן לנכסי גם נ"מ דאם ע"י שלא רצה לשבע נפסד התיב ואין יכולין לגבות מהלוה כעת יען שהלך למדה"י וכדומה מ"מ עדיין יוכל עכשיו לשבע שלא נפרע כיון דהוא רק לפטור עצמו אכן כל דבריו צ"ע לפענ"ד ומהנראה דאם רק מודה שמכר ואינו רוצה לשבע חייב לשלם וגובין מיורשיו ואין זה כובש עדותו כמו שהבין ונראה דאישתמט לי' דברי הקדמונים דאם אינו רוצה לשבע חייב לשלם מדין אחריות דודאי אדעתא דהכי מכר לו שאם לא ישבע ישלם והתומים ג"כ הלך תחילה בדרך הזה לומר דאדעתא דהכי קנאו הלוקח רק שכתב דא"כ אם אינו רוצה לשבע הוי מקח טעות ואינו מחויב לשלם רק הדמים שקבל אכן הקדמונים כתבו דהוא משום אחריות וקבל אחריות אף על השבח היינו כל מה ששוה השטר עכשיו עיין דבריהם בש"מ כתובות (ד' פ"ו) רק הריטב"א שם חולק על עיקר הדין וס"ל דאם אינו רוצה לשבע פטור ודברי הריטב"א הובא לקמן בקצה"ח ס"ק כ"א (ומ"ש בקצה"ח לתרץ קושיית הריטב"א דהקשה מ"ש מוחל דאינו חייב לשלם משום אחריות וכ' הקצה"ח דכל החשש שמא נפרע קודם שמכר עיי"ש ודבריו לא נהירין לפי מה שכתבו דצריך לשלם כל שיווי השטר ואי"ה יבואר) אך באם היורשים אינם רוצים לשבע למה ישלמו וצריך לומר דהוי קבל עליו אחריות אף אם היורשים לא ישבעו ולפ"ז בלא הניח נכסיו אין גובין מנכסי יורשים וזה כמ"ש הסמ"ע ולא כהש"ך דכ' דהוא משום דד"ג ואף מנכסי עצמם חייבים ודו"ק:

טו) חייב לשלם לראובן. הש"ך ס"ק ל"ו כ' דבאין ראי' שמכר ומודה שנפרע רק טוען שנפרע קודם נאמן במיגו ואין חייב לשלם רק דמים שקבל וכן נראה וגם הנתה"מ בחידושים העתיק דברי הש"ך והתומים ראיתי שחולק על הש"ך וכ' דהוי מיגו במקום חזקה משום חזקה שלא מכר לו שטר פרוע וכ' ראי' לזה דאל"כ לעולם יש להמוכר מיגו דאי בעי נותן להלוה שובר בלא זמן וא"כ אף ביש עדים להימן במיגו וע"כ דהוי מיגו במקום חזקה ע"כ ולא הבנתי כלל דבריו דאף אם יתן שובר בלא זמן למה נימא דנפרע קודם ומאי מיגו הוא ואם היא חזקה אלימתא א"כ אף הלוה לא יהי' נאמן דפרע קודם וזה ודאי אינו ורק נראה דאם יש ראי' שמכר אינו נאמן שנפרע כיון דאמר לובעת המכירה דאינו פרוע אבל ודאי דבמיגו מהימן ודברי הש"ך נכונים ועיין ס"ק שאח"ז מ"ש בזה. וכן לשון הש"ג שהביא הש"ך ס"ק ק"ט כ' שהרי בחזקת שאינו פרוע מכר לו:

טז) ישלם לוי לראובן. הש"ך ס"ק ל"ו כ' בשם ה"ה דאינו נאמן לומר שנפרע קודם שמכר כדי שלא יצטרך לשלם רק דמים שקבל וכ' הש"ך הטעם דהוי כמוחל עתה ומזיקו ודבריו מחוסרים הבנה דהרי אומר שכבר נפרע ואינו מזיקו וצ"ל כונת הש"ך דכל שטר מכח חזקה דשטרי' בידי' מה בעי הוי כידוע שאינו פרוע ואם אומר שפרוע הרי הוא מזיקו עכשיו. והנה להסוברין דפרוע אינו כמחילה רק דנאמן במיגו דמחילה וכיון דעליך לומר שנפרע אין כאן חזקה יותר לומר דנפרע אח"כ מלומר דקודם נפרע אך לפי האמת דנאמן פרוע ואין אנו דנין רק בין המוכר ללוקח ואין כאן ענין חב לאחרים נראה דעיקר כמ"ש בס"ק הקודם דכיון דמכר לו הוי כמעיד על עצמו דלא הי' פרוע לכן אינו נאמן לומר שהי' פרוע בעת המכירה אכן מה שצ"ע בעיני דלעיל סי' ס' סעיף י' באם טען המוכר שלא הי' הדבר ברשותו התובע צריך להביא ראי' שהי' ברשותו ולמה לא נימא ג"כ דמסתמא כיון שמכר לו העיד על עצמו שהי' ברשותו ונראה דשא"ה דאיירי בחיוב שנתחייב ליתן י"ל דהי' דעתו ליתן אף שלא היו אז ברשותו ואין עול במכירתו אבל כאן ע"כ עליך לומר שעשה עול למכור שטר שנפרע והוי כעין גניבה בזה ודאי אמרינן דאם מוכר הרי אומר שלא נפרע ובזה יש ליישב מה שהקשו שם המפורשים מסי' ר"נ בהקנה לו מטלטלין מעכשיו ולאחר מותו והיורשים טוענין שלא היו ברשותו דאינם נאמנים ולפי הנ"ל י"ל דהתם כיון דלא התחייב א"ע רק תיכף נתן לו ומסתמא לא הבטיח על שקר ליתן דבר שאין לו. ועיין תומים שכ' דלהסוברין דפרוע לא מהימן רק במיגו דמחילה א"כ אינו נאמן לומר שנפרע קודם דאין כאן מיגו דמחיל דירא למחול שלא יצטרך לשלם הכל והעלה בצ"ע והשע"מ כ' כן לדבר פשוט ולא אבין כלל דהרי כ"ז שאינו נשבע אין הלוקח גובה והלוה אומר שפרוע והוא לעולם נאמן אף פרוע מקודם דהא יכול לטעון שעכשיו פרע וצריך לשבע משום דמצי מחיל ואף בלא טען הלוה ישבע לי הרי כתבו כל האחרונים עיין תומים סי' מ"ז דבמודה שנפרע אין שייך לחלק בין טוען השבע לי דאם לא הי' מודה הי' טוען השבע לי וא"כ אינו גובה ופשוט ובלא"ה דהא לעולם נגד הלוה נאמן במיגו דמחילה ואי דחשש שמא יצטרך לשלם הכל הרי באמת צריך לשלם ומה לו להלוה בזה ודו"ק:

יז) וי"א שגם לענין קנייתו אינו נאמן. והא דאמר רבא א"צ להביא ראי' היינו להמ"ד דשטרות נקנין במסירה אבל למ"ד צריך כומ"ס צריך שיהי' הכתיבה בידו והקשה התומים מהא דפריך אביי שם מאחד מאחין שהיו השטרות יוצאות על שמו דצריך ראי' והקשה דילמא הברייתא כמ"ד דצריך כתומ"ם והתומים מתרץ דאחין א"צ כתומ"ס והביא מכאן ראי' דלא כמהרשד"ם וכבר כתבתי בס"ק ט' דאדרבה מכאן ראי' למהרשד"ם

עיי"ש וקושייתו נראה דלק"מ דלשון צריך להביא ראי' משמע ודאי ראי' בעלמא ולא כומ"ס דאי ראי' היינו כומ"ס מ"ש אחין דנקט הא לענין כומ"ס אחין שוה לאחר וע"כ דאתיא כמ"ד דא"צ רק מסירה נקט אחין אף דא"צ אלא הרשאה ובפרט רבא דדייק דוקא אחין דשמטו אהדדי אבל אחר א"צ ע"כ למאן דא"צ אלא מסירה קאמר לכן אביי דלא ניחא לי' בחילוק זה עכ"פ נקט אחין לרבותא אף דא"צ הרשאה ודו"ק:

יח) שטר לראי' ומסרו לאחר לא קנה. עיין מ"ש בזה לעיל ס"ק א' דמכאן ראי' דמכירת שטרות דאורייתא והי' בהעלם ממני שכן כ' כאן הקצה"ח ואך הנחה"מ כ' דכל השעבוד בשטר וכבר כתבתי שם דאין זה סברא דלמה הי' לחכמים לתקן שעבוד דכבר אשתעבד ולהפקיעו אף במלוה בשטר ואך יותר נראה דאף במלוה ע"פ הרי חזינן דלא הפקיעו לגמרי דהרי הש"ע לקמן סי' ק"ד פסק דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחר ויען כי כבר השיג בהגהות א"ב על הנחה"מ לכן אקצר:

יט) הקונה מהמלוה וכו' נשבע הלוקח. עיין נחה"מ ס"ק כ"ד מדקדק דכאן נקט נשבע הלוקח ולא נקט דגם יורשי המוכר ישבעו ולקמן נקט נשבע היורש שלא פקדנו משמע דאין הלוקח צריך לשבע ומחלק דכאן דמת הלוה בחיי מלוה המוכר ואם הי' השטר ביד היורשים לא היו יכולין כלל לגבות בו (ורק הלוקח גובה משום דלקחו בחיי לוה וכמ"ש הסמ"ע ס"ק מ') פקע שעבוד הגוף מיורשי המלוה ואין יורשין כלל לכן אין צריכין לשבע וכ' עוד ביותר דאין היורשין יכולין כלל למחול כיון דאין כאן שעבוד הגוף אצלם והא דלא אמרינן דכיון דנפקע שעבוד הגוף ממילא נפקע שעביד נכסים ולא יוכל הלוקח לגבות משום דלא פקע מחמת מחילה רק משום דמת מלוה והוא כמ"ש הסמ"ע ס"ק נ"ה במת לוה עיי"ש באריכות (ועיין ס"ק שאח"ז) ובמחכ"ח כל דבריו צ"ע ואם לא היו היורשים יכולין למחול לא הוי שתקו הפוסקים וגם מנ"ל דכאן איירי במת לוה בחיי מלוה וגם החילוק לומר בין נפקע שעבוד הגוף ע"י מחילה או מיחה אין מובן ואין ענין דברי הסמ"ע ס"ק נ"ה לכאן דכונת הסמ"ע פשוט במת לוה לא שייך דנפקע שעבוד הגוף דהרי לא נפטר מתשלומין ולא אמרינן כיון דנפקע שעבוד הגוף רק היכי דנפטר מתשלומין כמו במחלו לו אבל באם נאמר דנפקע מחמת דאין המלוה יכול להוריש פשיטא דנפקע לגמרי דעיקר הענין במת לוה בחיי מלוה דאין יכול להוריש הוא משום דהוי כמו מחויב שבועה ואיל"מ כמ"ש כל המפורשים והנתה"מ סי' ק"ח וא"כ גם הלוקח לא יגבה בו אבל כאן דבאמת הלוקח גובה מסתמא יש שעבוד הגוף כמ"ש הנתה"מ בעצמו בשם התומים דהרי יורשי הלוה חייבין לשלם משום דהי' שעבוד הגוף על הלוה א"כ לא נקרא פקע שעבוד הגוף דהרי אמרינן דלא נפרע ואין זה כבעלמא דאין מוריש

שבועה ואך אם באנו להצדיק דקדוק דהנחה"מ ולומר דכאן אין היורשין צריכין לשבע הי' נראה טעם אחר דהרי הא דאמרו חז"ל הבא לפרע מנכסי יתומים אין נפרעין רק בשבועה הוא רק שהפריזו על המדה דהרי טוענין שמא כמ"ש הש"מ פ' הכותב דגזרו ואמרו הבא לפרע מנכסי יתומים וכו' וזה כשהיתומים באין לגבות ולא כשכבר מכרו אביהם א"צ לשבע נגד טענת שמא ודי שבועת הלוקח אכן כ"ז לדקדוק של הנתה"מ אכן אשתמט לי' דברי הב"ח דלא הביאו כלל ובפירוש כ' הב"ח דגם כאן צריכין היורשין לשבע ומה שלא הזכיר הטור זה דסתם שטר איירי ביש נאמנות לו וליורשיו ונראה דודאי אם הי' רואה דברי הב"ח לא הי' חולק עליו:

כ) ישבע היורש שלא פקדנו. כבר כתבתי בס"ק הסמוך דהנחה"מ מדקדק מדלא כ' כאן דאף הלוקח נשבע משמע דכאן אין הלוקח צריך לשבע והטעם דיכול להחזיר השטר ליורשים ויגבו בלי שבועת הלוקח ויכול לומר אי שתקח ואי לא מהדרנא שטרא והנה אין טעמו מוכרת דלא אמרינן אי שתקת רק כשהלוה מעביר עליו הדרך או דיהי' לו רעותא בחזרת השטר אבל כאן הרי אין יורשי המוכר נשבעין רק שלא פקדנו ואולי הלוקח יודע שנפרע א"כ יש עליו חיוב כמו על היורשים אך כבר הובא שני דיעות בזה בב"י בשם בעה"ת וכ' טעם האומרים דאין הלוקח אריך לשבע דהוי כמו שבועה לבטלה דסתמא כיון שמכר לו אמר לו שאינו פרוע וצריך לומר דהא דבמת לוה צריך הלוקח לשבע צריך לומר דהוא גזירה מוחלטת כמו שאמר אבא שאול פ' הכותב אבל מה אעשה שאמרו חכמים הבא לפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ועיין שם במפורשיסבש"מ ומ"מ יש סוברין דצריך גם הלוקח לשבע עיי"ש, עוד מצאתי בש"מ כתובות (ד' פ"ו) גבי פטרה משבועה דאמרינן שם משביע את הבאין ברשותה ופרש"י שם אם מתה וכ' הש"מ דלכן כ' רש"י אם מתה דאם לא מתה אין הבאין ברשותה צריכין לשבע דמה לי היא או שלוחה וכ' דהרבה חולקין על רש"י דאף בלא מחה נשבעין באין ברשותה דלא פטר רק אותה עיי"ש משמע דלא אמרינן בזה אי שחקא מדהוצרך טעם לרש"י וגם יש חולקין ודו"ק. ודע דמדברי בעה"ת הנ"ל נסתר גם דברי הש"ך ס"ק מ"ט דכ' דאף באם המוכר נשבע מ"מ נשבע הלוקח והרי הוי כשבועה לבטלה ואף דיעה השני' אולי יודו בזה כיון דהמוכר נשבע בברי וגם מדברי רש"י מבואר דז"א דהרי נשבע עדיף מפטרה אך בלא"ה כולם השיגו על הש"ך בזה: כא) אפי' בשבועה. עיין ש"ך ס"ק נ"ו הביא דברי הטור וש"ע אה"ע סי' ק"ה דבאומרת שנפרעה קודם המכירה אינה נאמנת והשיג ע"ז וכבר כתבתי ס"ק ט"ז דתימה לומר כן דכיון דאינה נשבעת ממילא מפסיד הלוקח ועכשיו ראיתי שהנחה"מ ס"ק כ"ו הקשה כן על ש"ע אה"ע דשם ע"כ צריכה לשבע ולמה כ' דאינה

נאמנת ומתרץ דהא דאינה נאמנת היינו לענין דמהני תפיסת הלוקח ולפענ"ד צ"ע אי יהני תפיסה בלוקח שטוען שמא גם פשוט לפי הסוברין דזה גופי' מחילה הוא ודאי אף תפיסה לא מהני גם במ"ש הש"ך ס"ק נ"ב מחלוקת אם יכול לומר טעיתי פשוט דזה הוא הדין דטוען שנפרע קודם. והנה הנתה"מ מחלק בין שטר לכתובה דבשטר לעולם צריך לשלם הכל לכן נאמן שנפרע קודם אבל בכתובה נאמנת לומר שמחלה קודם דכל לגבי בעלה ודאי מחלה לכן אף באומרת שנפרעת קודם אין צריכה לשלם רק מה שקבלה לכן אינה נאמנת שנפרעה קודם במיגו דבעי מחלה דאז תצטרך לשלם הכל ע"כ ובמתכ"ח טעות פלטה קולמוסו דלפי דבריו אדרבה נאמנת שנפרעה קודם במיגו דאי בעי אמרה שמחלה קודם ופשוט בעיני דלעולם אינה נאמנת נגד עצמה דכשמכרה הודית על עצמה שהכתובה אינה פרוע גם לומר כל לגבי בעלה מחלה צ"ע בעיני דלא מצאתי כעת זה רק בכבר מכרה ותמחול לבעלה נגד הלוקח אבל אין חזקה דאשה מוחלת כתובה:

והנה בישוב קושיית הרא"ש שהביא הש"ך דאיך נאמנת במיגו דמחלה הא יראה למחול דתצטרך לשלם הכל ועכשיו שאומרת שכבר נפרעה סוברת שיאמינו לה ולא תשלם רק מה שקבלה והנה הטו"ז לעיל סי' ס"ה סובר דאף אם לא יחזירו השובר אין יכולין לגבות בהשטר ואך הב"ש סובר דאין ספק שובר מוציא מידי ודאי שטר ואך נראה דאם יבוא הלוקח לגבות ממנה אין יכול לגבות רק מה שנתן דלענין שהיא תשלם אולי הוי כחיוב חדש ובפרט לפי מ"ש הש"ך דהוי ג"כ רק מדד"ג באומרת שנפרעה א"כ אין זה מיקרי ספק שובר נגד ודאי וא"כ יש לה מיגו לומר דהשובר אמת וגם אם לא תאמינו הרי מוחל וצ"ע בזה עדיין אך לפי מ"ש כאן יש לתרץ קושיות הרא"ש בפשיטות כמו שכתבתי דהלוקח בלא"ה אין יכול לגבות בלא שבועתה ואך הטעם דאינו יכול לגבות כבר כתבו כיון דנאמנת במיגו דבעי מחלה כדשמואל וא"כ הבעל לעולם פטור דמה לו בזה שאומרת דנפרעת קודם ואינה נאמנת מ"מ אין צריך לשלם בלא שבועה וזה שאמר ש"מ איתא לדשמואל דיכולה למחול וא"כ אין הלוקח גובה בלא שבועה וא"כ ממילא מחזירין את השובר ודו"ק כי הוא נאה ע"ד הפלפול:

כב) וי"א דהלוקח צריך להחזיר ללוה שטרו. הטור כ' דין זה במסר ולא כתב והב"י תמה דהרי כן הדין גבי כתב ומסר נמי והש"ך ס"ק נ"ט כ' דאין חילוק קיצור הענין דבלא כתב הדין פשוט אך בכתב ללוקח קני לך פלפלו האחרונים ולפענ"ד הוא תימה דלפי מה שכלל הש"ך בכמה מקומות וכן כאן ס"ק כ"ח דהיכי דנשתעבד מדר"נ ופרע הלוה למלוה הראשון צריך לשלם שנית ורק כאן כיון דמכר לו אין המוכר חייב כלום להלוקח וא"כ נהפוך הוא דבלא כתב לי' אין כאן קנין א"כ מה שנתן הלוקח להמוכר נשתעבד

הלוה להלוקח מדר"נ א"כ למה צריך הלוקח להחזיר השטר אדרבה יכוף אותו שישלם לו מה שנתן למוכר ואולי איירי ביש להמוכר לשלם דאז אין גובין מהלוה דהוי כנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח אך אף בזה צ"ע אם נכוף אותו להחזיר שטרו במקום שהוא מוחזק בו והוא ת"י ואף אם נניח זה עכ"פ נאמר דהטור לרבותא נקט מסר ולא כתב דצריך להחזיר שטרו:

כג) וי"א דאם פרע הלוה למלוה לא נפטר בזה. הש"ך דחה דיעה זו לגמרי והתומים נתן לה מקום ואני בעניי בלא"ה יש לי תימה על דיעה זו דאם אין ביד המלוה כלל לקבל הפרעון א"כ איך מוריש לבניו דאמרינן דשעבוד הגוף נשאר בידו ואף יורש מוחל והרי אף כח וזכות אין יורשין בניו כמבואר בב"ב (ד' קמ"ח) ואיך יוכל להוריש דבר שאין לו בו זכות כלל ובפרט אם נאמר דיאוש מהני בחוב הרי אין לך יאוש גדול מזה בשלימא אם נאמר דאם יפרע לו הוי פרעון א"כ הזכות נשאר בידו ויוכל להוריש ודו"ק ואך בלא"ה פשוט דעיקר כדיעה ראשונה:

כד) ואם אין הלוה יכול לשלם אין המוכר יכול להוציא מן הלוקח. עיין ש"ך ס"ק ס"ו תמה ובפירות דקל מוכת ברא"ש דאע"ג דשמיט ואכיל מפקינן מיניי' אם לא שידע המוכר דשמיט ושתק עיי"ש. והנה בעניי לא מצאתי ברא"ש זה ובש"ס משמע התם ידע ומחיל היינו בשעת מכר דאל"כ למה קאמר בפשיטות התם ידע ובאונאה לא ידע הול"ל התם איירי בידע וע"כ נראה דמ"ש הרא"ש ידע היינו לענין לפטור הלוה דהלוקח לעולם נוטל ברשות כיון דהוי זביני אבל הלוה לא הי' לו ליתן להלוקח ומה לו בזה דיעמוד המוכר בהימנותי' ועיין סי' י"ב מ"ש בשם תה"ד לכן י"ל דודאי יכול לתבוע להלוה אבל הלוקח אינו מחויב להחזיר והי' יכול ליטול כ"ז שלא מיחה ואף דאם הלוה שילם צריך הלוקח להחזיר מסברא שכתבו בסי' נ"ח דמה לו לתפוס משלו אבל כ"ז שלא שילם אין על הלוקח חיוב חזרה כן נראה טעם דיעה זו. שוב ראיתי בס' מקצוע בתורה כ' קצת כעין סברא זו רק שדימה זה לא"י אם פרעתיך וזה צ"ע דאף בא"י אם פרעתיך באין דררא דממונא או במקום דלא הו"ל למידע אין ברור דחייב גם מ"ש דהלוקח הוי א"י אם נתחייבתי ולא הבנתי דנראה דהוא חיוב ממש ודו"ק כי קצרתי:

כה) מנה יש לי בידך בשטר תניהו לשמעון במע"ש קנה שמעון. עיין ש"ך ס"ק ס"ת דאין כופין למלוה להוציא השטר ונראה אף דמבואר בסי' זה דהיכי דיש ראיית חבירו בידו חייב להראות השטר מדין עדות אפשר דשא"ה דלא מכר לו רק זכות ע"פ א"כ יכול לומר אם תרצה זכות השטר מחויב אתה ליתן יותר כפי השיווי שיש למלוה בשטר יותר

ממלוה ע"פ ואפשר דאין להמלוה רק דין מלוה ע"פ עיין ש"ך כי ציינתי רק לאיזה נ"מ ועיין לעיל בסמ"ע ס"ק ל"ג ובנתה"מ ס"ק י"ח ודו"ק:

כו) וחזר ומחלו ללוה. הש"ך ס"ק ע"ד הביא תשו' הראנ"ח במכר השטר למי שהי' חייב להלוה שוב אין יכול למחול דהוי כגבו והש"ך השיג עליו דכיון דקיי"ל זה גובה וזה גובה א"כ לא הוי כגבוי ע"כ וכן כ' הנתה"מ בחידושים ולפענ"ד צ"ע הרבה בזה דכמה קרקרו האחרונים לקמן סי' פ"ה למה זה גובה וזה גובה והרי נשתעבד לעצמו מדר' נתן עיין לקמן סי' פ"ו בקצה"ח ונתה"מ עכ"פ כה"ג שהלוה עצמו רוצה לפרוע למלוה הראשון מי ימחה בידו וא"כ הלוקח הי' משועבד להמוכר וכשקנה השטר קנה זכות המוכר וכבר פרע לעצמו וגבה שעבוד גופו ג"כ ולמה יוכל המוכר למחול וגם מסברא דבזה מכירת השטר דאורייתא ובזה יש ג"כ ליישב קושיית התומים על הראנ"ח דהקשה מהא דפריך גבי מצא שובר והאשה מודה יחזיר לבעל ניחוש שמא מכרה כתובתה ומשני איתא לדשמואל דיכולה למחול ולדברי הראנ"ח עדיין קשה שמא מכרה למי שחייב הבעל ואז אינה יכולה למחול ולפמ"ש לק"מ דכבר הקשה הר"ן שמא מחויבת מדר"נ ותי' דבכתובה אין כאן שעבודא דר"נ ולפמש"כ בטעם הראנ"ח דהוא משום שעבודא דר"נ א"כ לק"מ משובר דשם לעולם יכולה למחול דאין שם שעבודא דר"נ ובלא"ה לא שייך שם דכבר גבה לעצמו כיון דהבעל אינו מחויב עדיין עכ"פ נראה פשוט דאם אחר שקנה אמר דאינו רוצה לגבות וכבר נפרע מחוב עצמו שוב ודאי הוי כגבוי ודו"ק:

כז) ומחלו ללוה מחול. עיין קצה"ח הביא דיש ג' שיטות כבר הובא בש"ך ס"ק א' שיטת הרמב"ם ור"ת וכ' דיש עוד שיטה שלישית הוא שיטת הראב"ד דכ' דיכול הלוה לומר אני לא נשתעבדתי לך עיי"ש ולא הבנתי דהרי זה הוא שיטת הר"ת דשעבוד הגוף לא נמכר דודאי שעבוד נכסי יכולין למכור ורק על הלוה אין ללוקח כלום וכשנמחל ללוה פקע שעבוד נכסי ודברי הראב"ד שהביא בעה"ת דכ' דלא מהני כתיבה לגבות מהלוה בלי הרשאה הם מענין אחר ודו"ק. ומה שמתרץ הקצה"ח קושיית הגד"ת שהקשה להראב"ד דיליף דצריך הרשאה מהא דאמרינן מקרקש לי' זוזי וכותב לו שטר על שמו והקשה הגד"ת הא שם דצריך שטר ע"ש הוא כדי שלא יוכל למחול ותי' הקצה"ח דמ"מ דייק הראב"ד שפיר דאם אין צריך הרשאה וכבר קנאו למה יוכל למחול (וזה כ' הקצה"ח לשיטתו) ולא הבנתי דא"כ כל דיוק הראב"ד הוא מדיכול למחול ולמה הביא מהא דמקרקש לי' זוזי וקושיית הגד"ת כבר מתרץ התומים עיי"ש בסעיף ע"ז:

כח) מיהו אין הלוקח מחויב להחזיר ללוה שטרו וי"ח הש"ך מסיק דהוי ספיקא דדינא ואם קידש אשה בנייר ספק מקודשת השע"מ כ' כיון דאינה צריכה להחזיר ממילא הוי

ודאי קידושין ועוד כיון דא"צ להחזיר הוי יאוש בעלים וקנתה ביאוש ומקודשת בודאי ע"כ ותמי' לי דא"כ צא ופרנס הא דספק קרוב לה דמקודשת בספק נימא ג"כ ממ"נ אם בא החפץ ליד הבעל לא תתקדש כלל ואם בא לידה תתקדש בודאי והרבה דברים מצינו דמהני חפיסה ומקודשת מספק וכן הרבה דברים אשר לא קנתה כלל כמו יאוש גרידא ומ"מ ספק מקודשת וע"כ דבקידושין לעולם החמירו בספק וכתבתי בזה במ"א וכן מ"ש דקנתה ביאוש לא נהירא דהא קיי"ל בכל ספיקא דדינא מהני תפיסה ולא אמרינן דהוי יאוש וחבירו חוזר ותופס וא"כ ודאי נראה דהוי ספק קידושין:

כט) ויש מי שחולק ואומר דאף לעצמו יכול למחול. המפורשים הקשו דבב"ק (ד' פ"ח) דאמרינן לימא חנינא לתקנת אושא מעידין אנו באיש פלוני שגירש אשתו אומדין וכו' ואם מתה יירשנה בעלה ואי ליתא לתקנת אושא תזבן לגמרי ע"כ וקשה דעדיין אינה יכולה למכור רק טוה"נ דהרי עכ"פ הבעל יורש שלה ואם תמות ימחול לעצמו עיין נתה"מ ושע"מ ולדעתי לק"מ דצ"מ אם נאמר דנצ"ב היינו קרקע והגוף בידה ואין להבעל רק פירות ומכרה הקרקע (עיין שם דהסוגיא אזיל להמ"ד דקנין פירות לאו כקנין הגוף ולכן יכולה למכור) וא"כ הרי הקרקע ברשות הלוקח ואיך ימחול הוא לעצמו וא"כ פשוט דלק"מ ואך נראה דלא איירי בקרקע דא"כ מאי שייך שם דהעדים הפסידו לה דהעידו דכבר נתן לה כתובחה והרי הקרקע הוא בעין ואדרבה הפסידו לבעל שאין לו לאכול הפירות (אף דראיתי לקצת שפירשו דאיירי בקרקע ולא נהירא) ובודאי איירי במטלטלין מ"מ נראה דלק"מ דהנה הב"ש סי' פ"ה ובשאילות יעב"ץ כתבו דנצ"ב דינם כמו פקדון והרי מבואר במהרי"ק ומהרי"ט דפקדון אינו נקנה בכומ"ס רק באגב וגם אין המפקיד יכול למחול עיין נתה"מ ס"ק ל"ח ובקצה"ח וא"כ אף היא לא היתה יכולה למחול וא"כ גם הבעל שהוא יורש אין יכול למחול לעצמו ואף שבחידושי אה"ע שם השגתי על הב"ש וכתבתי דנצ"ב אינם כפקדון רק הם ברשותו לגמרי דהוי כלוקח והוא כמו מלוה דהוי ברשותו לגמרי זה רק לפי תקנת אושא או כמו דמסיק שם אביי אם אמרו בנ"מ יאמרו בנצ"ב אבל בס"ד דנצ"ב שוה לנ"מ וגם ליתא לתקנת אושא פשוט דהוי כפקדון ואין יכולין למחול ופריך שפיר תזבן לגמרי וזה ברור:

ל) עכו"ם שמכר שט"ח לישראל ומחלו אינו מחול. הנתה"מ ס"ק ל"ד הביא דהתומים הקשה נהי דהבא מכת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם היינו משום דיכול לומר לחבירו מאי הפסדתיך אבל כאן למה עדיף מכשהי' השטר ביד העכו"ם עצמו דהי' השטר מחול ותי' הנחה"מ כיון דבדיניהם א"צ כומ"ס הוי כאלו כותב בשטר משתעבדנא לכל דאתי מחמתך עיי"ש ולא הבנתי דא"כ גם בישראל נימא כיון דתקנו דיכול למכור שוב

אישתעבד לכל מי שימכור ולמה יוכל למחול ולמה יגרע תיקון חז"ל מבדיניהם ואי משום דיכולין למחול שוב לא נשתעבד לכל דאתי מחמתי' א"כ גם בעכו"ם נימא דיכול למחול ולא ישתעבד גם בעיקר המכירה למה הצריכו כומ"ס דאם תקנו מכירה ממילא נשתעבד להלוקח אכן בקושיית התומים נראה דצריך לומר דלא גרע האי ישראל שקנאו מאלו קנאו עכו"ם ואי שיאמר הלוה מה הי' לך גבי דאזקתני דאולי לא הי' מוצא עכו"ם שיקנהו נראה דזה לא מיקרי היזק דמחילה לא שכיח ואדרבה אם לא הי' מוכר השטר ודאי לא הי' מוחל רק עכשיו מחל כדי להפסיד הלוקח וגם בסתימת חלון דיש לו כח העכו"ם אף דיוכל לומר אולי העכו"ם לא הי' בונה לסתום חלוני: עוד הקשה הנתה"מ בשם תשובת מהר"ם דהרי שטר אינו נקנה ואין בו מכר אם לא בכומ"ס כתיקון חז"ל וא"כ כיון דלא נקנה להישראל למה לא יוכל העכו"ם למחול ואיך שייך דיש לו זכות העכו"ם עיי"ש הנה אין תשו' מהר"ם לפני אולי הוא אותה תשובה שהביא הקצה"ח ס"ק ט' ושם מבואר דעיקר הכתיבה הוא רק לענין המוכר וא"כ תיכף כשמכר השטר כיון דבדיניהם דייניו להו יצא מרשות המוכר ואין העכו"ם יכול לחזור וממילא קנה החוב ואולי מתרץ כן בתשו' מהר"ם כי כן פשוט: לא) י"א שאם כתב משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך.

הש"ך ס"ק פ"ו הביא דברי הרשב"א שכ' והודיע הקונה להלוה שבעל השטר מכר לו וביאר הש"ך כונת הרשב"א משום דלשון ולכל דאתי מחמתך היינו שאתרצה לו והביא ג"כ מה שהקשה הרמב"ן על הראב"ד דכ' דא"י למחול כיון דכתב לו ולכל דאתי מחמתך והרי בגיטין אמר אמימר טעם של מעמ"ש דהוא משום דהוי כאומר משתעבדנא לכל דאתי מחמתך וא"כ בכל שטר ובכל מלוה נשתעבד לכל דאתי מחמתי' וא"כ איך משכחת הא דשמואל דמוכר שט"ח יכול למחול וכ' לתרץ דע"כ הא דאמר אמימר דנשתעבד לכל דאתי מחמתי' לאו כללא הוא לכל דאתי מחמתי' דהא מעמ"ש אינו בלא דעת הלוה (לשיטת הרשב"א) הלכך כי אמר אמימר נעשה וכו' היינו למי שתמחה אצלי מדעתי ופי' הש"ך כונתו ור"ל ומשכחת לה הא דשמואל בלא נתרצה ואז יכול למחול ע"כ. והנה הסברא לא נדע דנהי דהא דאמימר דאירי בלא אמר רק דנעשה כאומר מפרשינן דהיינו בנתרצה אבל אם כתב לו בפירוש לכל דאתי מחמתך למה נימא דרצה לומר אם אתרצה ומאין הלשון משמע כן גם דבריו דחוקים בלשון הרשב"א דהרי לא אמר הרשב"א דיתרצה רק דהודיע לו ולא מלאני לבי לחלוק רק מצאתי כן בתומים ג"כ שהשיג על הש"ך וכונת הרשב"א נראה פשוט דמסתמא הי' כונתו אם יודיעו כדי שלא יפרע למלוה ואח"כ יבוא הוא ויתבענו שנית וא"כ כ"ז שלא הודיעו לא נתחייב לו ולכן יכול למחול

או אולי כמ"ש התומים דודאישוב אינו יכול למחול אף בלא הודיעו רק כונת הרשב"א לענין פרעון שאם יפרע למוכר לא יתחייב לפרוע שנית ללוקח רק אם יודיעו:
אך בכונת הר"ן בחי' לקושיית הרמב"ן ראיתי דהתומים הסכים ג"כ להש"ך דלפי דברי אמימר הא דאמר שמואל דיכול למחול היינו בלא נתרצה או לא הודיעו ולפענ"ד הוא דחוק מאוד גם דברי הר"ן לא משמע כן כמבואר לכל מעיין דלפירושם למה הוצרך הר"ן להאריך ולומר דלאו כללא הוא דודאי לא מהני בלא דעתי' הלכך וכו' וגם מה שסיים ולכל מי שתמחה מדעתי הי' לו לומר בקיצור דאמימר ר"ל מרצונו ושמואל איירי בלא נתרצה וגם לשון דהא ודאי משמע דבלא"ה ידעינן דאיירי מדעתי' ומנ"ל זה לכן נראה כונתו דודאי זה פשוט דאמימר לא יסבור דחייב עצמו לכל המוציאו דא"כ למה צריך מעמ"ש ימסור לו החוב בפני עדים או שיכתוב לו שהחוב שלו וע"כ דזה ודאי ידע דמעת"ש הוא רק תקנתא דרבנן ומ"מ בעי טעמא איך קנה ובארתי בחידושי לגיטין (ד' י') גבי הא דאמרינן בערכאות במתנה במאי קנה חספא הוא אף דכל שטר אין כאן עדות ורק אחר דהכשירו חכמים הוי כקבל עליו קא"פ אבל מתנה במאי חל הקנין אף אחר שתקנו וה"נ משני אמימר דאחר דתקנו מעמ"ש הוי כאומר משתעבדנא ושפיר נתחייב בתקנתא דרבנן וזה נראה ג"כ כונת הר"ן דע"כ לא אמרינן דכל חיב נשתעבד לכל דאחי מחמתי' ורק כונתו לכל מי שתקנו חכמים והיינו לכל שתמחה מדעתי' ובמכירת שטרות שלא תקנו חכמים שפיר יכול למחול וכן נראה כונת הרשב"א שהביא הש"ך ס"ק פ"ז דכ' דלא אמרינן נעשה כאומר רק במעמ"ש ודחה דבריו דהרי לא התנו כלל ולמה נחלק ולפמ"ש דברי הרשב"א הם כדברי הר"ן ולפ"ז בראה מדברי הר"ן דלא בעינן שיתרצה גבי מכירת שטרות רק גבי מעמ"ש ודו"ק כי כן נראה ברור ולפי דברי הש"ך יקשה למה בעי כומ"ס וכ' הש"ך דא"כ לא בא מחמתי' הוא דוחק וע"כ כמ"ש. והתומים כ' בדעת הרא"ש שהוא דיעה השני' בש"ע דיכול למחול אף שכ' משתעבדנא לכל דאתי מחמתי' וכ' התומים דאם נתרצה גם הרא"ש מודה והוא היפך דברי הש"ך ואמת כי לכאורה משמע ברא"ש כן דאחר שהביא דברי הראב"ד דא"י למחול וכ' דנראה דלמד כן מדברי אמימר ודחה דאפשר דגם שם יכול למחול ואפי' תימא דבמעמ"ש אין יכול למחול שא"ה דגופו משתעבד ועוד דיש לפרש דאמימר נעשה כאומר פי' כשארצה להשתעבד וכו' הלכך כשנתרצה פקע שעבוד הראשון משא"כ במכירת שטרות לא פקע שעבוד הראשון ע"כ ומזה דייק התומים דבנתרצה אין יכול למחול דהא ע"י ריצוי פקע שעבוד ראשון עיי"ש ותימה לי דא"כ למה סיים הרא"ש משא"כ במכירת שטרות הי' לו לומר מה שאין במכירת שטרות אם לא נתרצה וגם תימה על דבריו דהוא בעצמו הקשה על הש"ך דמה

מדמה נעשה כאומר דבעי ריצוי להיכי דכתב לו בפירוש דמשתעבד לכל דאתי מחמתי' ולפי דבריו גם להרא"ש יקשה כן וע"כ נראה דגם כונת הרא"ש כמ"ש דרק במעמ"ש מהני הריצוי דכן תקנו חכמים דמהני וא"כ אין למילף מכירת שטרות או דאדרבה כיון דלא התנה רק דנעשה כאומר וא"כ נתרצה על אופן זה שיפקע שעבוד הגוף מראשון ונשתעבד להשני ולא בהתנו בפירוש דאין כאן גילוי דעת ודו"ק:

לב) מכנסת שט"ח לבעלה א"י למחול. הנחה"מ הביא בשם התומים דאם מת הבעל מהני מחילתה למפרע לשיטת הרמ"א באה"ע סי' צ' דבמכרה נכסים חייל מכירתה למפרע והלוקח גובה כשמת הבעל בחיי' ולפענ"ד עדיין יש לעיין בזה דקצת יש לחלק דשם הבעל לא הי' יכול למכור וא"כ מכרה זכות שלה ונתקיים אחר מיתת בעלה אבל כאן הבעל הי' יכול לגבות החוב ולא הי' לה שום זכות אך ודאי בטלה דעתי נגד התומים והנתה"מ וכן כ' ההפלאה בק"א: לג) וה"ה אם היתה משכנות קרקע וירד הלוקח והחזיק בה שאינו יכול למחול ויש מי שחולק בזו. עיין תומים הקשה לשיטת יש מי שחולק דאמרינן בגמ' יכיר למה לי הא אי בעי מיתב לי' במתנה והרי אפשר דיש לאב מלוה ביד אחרים דאי אפשר להקנות במתנה אך הש"ס פריך לפי מה דקיי"ל דבכור אינו נוטל פ"ש במלוה ופשטא דקרא בבכור איירי אך קשה הא משכנתא באתרא דלא מסלקי בכור ניטל פ"ש ואין יכול להקנות וא"כ מבעיא יכיר להכי ולכן למד התומים מזה דאף היש מי שחולק מודה במשכנתא באתרא דלא מסלקי דאין יכול למחול ע"כ ותימה לי על דבריו דהא היש מי שחולק דאף במשכנתא יכול למחול הוא שיטת הראב"ד והרי לקמן סי' רע"ח הובא דעת הראב"ד דבמשכנתא אף באתרא דמסלקי בכור נוטל פ"ש וא"כ לעולם הדרא קושייתו לדוכתא דאיצטרך יכיר למשכנתא באתרא דמסלקי ולכאורה נראה דלהראב"ד דאית לי' מכירת שטרות דאורייתא לא קשה כלל קושיית התומים דאף שטר יכול ליתן במחנה אכן הרי כתבתי דאף אחין יכולין למחול א"כ איצטרך יכיר שלא יוכלו למחול חלקו של בכור ועוד כה"ג דנתן לו האב במתנה ודאי דיכול למחול אך עיקר קושיית התומים נראה דלק"מ דבלא"ה הקשו להרמב"ם דאינו יכול לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב א"כ איצטריך יכיר לדבר שאינו קצוב עיין סי' ס' ותי' הכ"מ דהרי יכול להתחייב עצמו בהודאתו כמה ועיין לעיל בקצה"ח סי' ס' דהא דמשני בנכסים שנפלו לו אח"כ היינו דזה אינו יכול לשעבד וא"כ ה"נ יכול להודות שחייב לו כך וכך וממילא ישתעבד החוב מדר"נ ובפרט לפי המבואר בסי' ס' דחוב נקנה באודיתא א"כ פשט דלק"מ דהרי יכול להודות שחוב זה הוא של בן הזה ויכיר למה לי ואף דשם כ' הקצה"ח דהודאה לא מהני רק אחר דתקין רבנן שחוב יכולין להקנות בכומ"ס אף הודאה

מהני אבל מדאורייתא דאין יכולין להקנות שטר אף אודיתא לא מהני חוץ דמ"מ לא קשה על הראב"ד דאיהו סובר מכירת שטרות דאורייתא ושפיר יכולין להקנות באודיתא ומסתברא דמ"מ אין יכולין למחול אך בלא"ה דברי הקצה"ח תמוהים בשלמא אם הי' רק הודאה דכבר הקנה לו החוב בעינן שיהי' באפשר להקנות ועיין סי' ס' אבל הודאה דאיירי הש"ע בסי' ס' הוא שהודה שחוב זה שהלוה הי' ממעות של אותו פלוני א"כ שטר זה שלו ואין זה ענין לכומ"ס אך אכתי יש להקשות דמשכחת אופן שחוב זה הי' קודם שנולד בן זה ולא משכחת הודאה כה"ג ובזה צריך תי' הא' ודו"ק:

לד) כשמוחל המוכר או יורשיו צריכין לשלם. הקצה"ח צידד אם לא מחל כל החוב רק סילק עצמו מקרקע אחת אם צריך לשלם והביא דהמ"ל הביא תשו' הרא"ש דא"צ לשלם וכ' המ"ל הטעם משום דלא נעשה ההיזק מיד ודחה הקצה"ח דבריו ורק כ' סברא חדשה דאין יכול לסלק עצמו מקרקע דהרי מכר שעבוד נכסי ורק שעבוד הגוף נשאר אצלו והא דנתבאר בתשו' הרא"ש ובריטב"א דיכול לסלק עצמו מקרקע אחת הריטב"א י"ל דסובר דהטעם שיכול למחול משום דמכירת שטרות דרבנן וכן צ"ל בהרא"ש דאזיל לשיטת הרמב"ם דמכירת שטרות דרבנן ולכן יכול לסלק עצמו גם מקרקע אחת. וכ' דטעמו דהרא"ש דא"צ לשלם הוא משום דהוי גורם דגורם דדיבור לא הוי רק גורם ומזיק שעבוד לא הוי רק גורם וא"כ בהזיק בדיבור השעבוד לא הוי רק גורם דגורם ומתרץ בזה קושיית הרא"ש פ"ק דב"מ דהקשה מאי מיגו הוא דיכולה למחול הא יראה למחול דתצטרך לשלם הכל ותי' דלענין שלא יצטרך הבעל לשלם זה אף בלא הודאתה פטור שמא השובר אמת ורק בקרקע המיוחד לכתובתה בזה לא הוי רק גורם דגורם ע"כ תוכן דבריו. ואפתח במה דסיים הנה כבר כתבתי בס"ק כ"א דלהטו"ו דאין הבעל צריך לשלם ל"ק קושיית הרא"ש עיי"ש אך לחלק בין שדה מיוחדת לכתובה דזה אין הבעל מוחזק לא אבין דא"כ אף מחילה לא מהני עיין מ"ש בס"ק כ"ט ואך עיקר התמי' לי דהרי שעבוד הגוף אינו נמכר רק שעבוד נכסים וא"כ לדבריו איך משכחת דמוחל חייב לשלם הא לא הזיק רק השעבוד ונראה כונתהקצה"ח דמאן דאית לי' דשעבוד הגוף אינו נמכר והמחילה הוא דמוחל שעבוד הגוף א"כ לא מזיק שעבודו נקרא דזה מזיק ממש ולהסובר דמכירת שטרות דרבנן ובאמת נמכר הכל בזה אם מחל לשעבוד הגוף חייב ואם מחל שעבוד נכסים הוי רק מזיק שעבוד ופטור וזה תימה דשעבוד הגוף דאינו נמכר א"כ לא הזיק לו דבר שקנה ולמה יתחייב וגם למ"ד דמכירת שטרות דרבנן מ"מ נראה דשעבוד הגוף אינו נמכר וכן כ' התומים בריש הסימן וא"כ קשה לעולם איך יכול לסלק עצמו ואך בלא"ה אין נראה לחלק בין מזיק בדיבור או מזיק בשאר ענין ומ"ש הרמב"ן דדיבור לא

הוי רק מזיק קושטא דמילתא אמר ומ"ש הריטב"א דבאם סילק עצמו מקרקע אחת שמין כפי מה שהפסידו זה אף להמ"ד הטעם דנשאר אצלו שעבוד הגוף מ"מ שעבוד הגוף הוא שחייב לשלם מנכסיו וכיון דפטר אף הגוף מן חיוב אותו קרקע שפיר נפטר ודברי הריטב"א מסתברים דחייב לשלם כפי שהפסיד לו ומ"ש דבתשו' הרא"ש כ' דפטורה עיינתי בתשו' הרא"ש ולא מצאתי שום משמעות שם ויען כי גם המ"ל כ' דמשמע מדברי הרא"ש דבמסלק עצמו מקרקע אחת פטור לכן אעתיק לך בקיצור תשו' הרא"ש ושם דן בדין דאשה שסלקה עצמה מקרקע אחת לבעלה וגם קבלה עלי' אחריות אי מהני הסילוק שלא תוכל לומר נ"ר עשיתי לבעלי מטעם שקבלה עלי' אחריות וכ' הרא"ש דאין בקבלת אחריות זה שום כת דמה היא מפסדת בקבלת אחריות (ור"ל דבשלמא אם כתבה אחריות ללוקח ואולי יטרוף ממנו איזה ב"ת תצטרך היא לשלם ללוקח מיקרי אחריות אבל כאן שהאחריות הוא לבעלה אין עלי' שום חיוב) ואם תאמר האחריות מהני לענין מכרה כתובתה ויבא הלוקח לטרוף תשלם לבעלה הא הלוקח לא יטרוף דמחלה מחול ע"כ ור"ל דבשביל הסילוק עצמו שוב לא יטרוף הלוקח ואין להאחריות מקום. והמ"ל הקשה דהרי משכחת לה דיבוא הלוקח לטרוף ולא יוכל לטרוף ויחזור עלי' לכן דייק דע"כ סובר הרא"ש דבקרקע אחת פטורה והנה הוא דקדוק קלוש אך תימה שלא ירד לדברי הרא"ש וכבר כתבתי בכונתו דע"י סילוק עצמו לא יטרוף ומה נוסף לזה האחריות דהרי כיון שסילקה עצמה והיא לא תוכל לטרוף אף הלוקח לא יטרוף וע"כ אם הדין דלא מהני סילוק דתוכל לומר נחת רות עשיתי לבעלי הלוקח ג"כ יטרוף העיקר כונתו דלא שייך אחריות גבי בעל דאיך משכחת דתשלם לבעלה עבור האחריות וזה ברור למעיין וא"כ כיון דמבואר בדברי הריטב"א דבמסלק הלוה מקרקע אחת חייב כפי ההפסד פשוט דאין שום חולק עליו וזה ברור:

לח) צריך לשלם אף הריבית שעלה עליו. הש"ך ס"ק כ"ו הקשה הא הרשב"א בתשו' אחרת מסופק כלל אם יכול למכור הריבית דהרי בכור אינו נוטל פ"ש בריבית אף למ"ד דנוטל במלוה והתומים כ' דאיירי בריבית שעלה אחר מכירה וזה דתה הנתה"מ דכיון דאף הריבית אינו יכול למכור כ"ש זכות הריבית ומ"ש הנחה"מ דהרי זה אין יכול כלל למחול הוא תימה דבלא"ה אין יכול למחול דבדיניהם דנינן להו כדלעיל סעיף כ"ה וע"כ איירי בעכו"ם אלם או בהחזיר השטר אך מ"מ לא אבין דחייתו של הש"ך נהי דאין יכול למכור מ"מ לא גרע משבת והרי מקדש את האשה באגר נטר לולי איסור ריבית היתה מקודשת והא דאין בכור נוטל פ"ש כבר כ' הרשב"ם דזה גרע משאר ראוי דלא הי' בידו מעולם א"כ אדרבה משמע דלולי מטעם ראוי הוי ממון גמור ועיין תו"ד יו"ד סי' ק"ע

משמע דריבית הוי כשכירות מטלטלין וכן בש"ך לקמן סי' ע"ב ס"ק קס"ב פשוט בעיניו דמלוה לעכו"ם ואח"כ הלוה אתר על משכון זה דמלוה ראשון נוטל כל מה שיעלה עד זמן שהלוה ולמה לא יצטרך לשלם כשהפסידו ולמה לא יוכל למכרו כיון דכבר הוא משועבד ולולי שהכרעתי אינו כדאי הי' נראה דודאי אין לזוז מפסק רמ"א ואף דהרשב"א בתשו' אתת מסופק כיון דבתשו' זו פשוט בעיניו דיכול למכור הודאי מוציא מיד ספק. והנה זה בודאי פשוט דאף להש"ך הלוקח שקנה השטר וקנה גם הריבית כשמואל חוץ מה שצריך לשלם שיוו השטר צריך גם להחזיר לו מה שקבל בשביל מכירת הריבית ושמין כמה נתן בעד הריבית ופשוט:

לו) כתב לו בשעת מכירה אם אחזור ואמחול חוב זה הריני משעבד עצמי וכו' גובה ממשעבדי הקצה"ח ס"ק מ' כ' דה"ה דיכול לגבות מלוה זה עצמו דכיון דאיגלאי מילתא דנתחייב המוכר למפרע א"כ הי' הלוה משועבד מדר"נ ולא מהני המחילה וסיים רק אם רוצה לגבות מלקוחות גובה ולא מצי אמרי זיל לגבי לוה דהלוה ג"כ הוי כלוקח ע"כ וקשה לי דאיך יכול לגבות מלקוחות הא הלוה הוא לוקח אחרון והנחנו לך מקום ואיך יגבה מלקוחות שקדמו ולפענ"ד הי' נראה דאין גובה כלל מהלוה דהרי כ"ז שלא מתל לא הי' עליו שעבוד מדר"נ רק אתר המחילה וכיון דאמרת איגלאי מילתא למפרע דנשתעבד מדר"נ ולא הי' יכול למחול א"כ אין מחילתו כלום והם תרתי מילי דסתרן דאם לא מהני התחילה לא נשתעבד וממילא מהני מחילתו ובכה"ג ראוי שנאמר היכי דקיימו ממון תיקום וצ"ע. עוד יש לי לעיין בדין זה לפי מ"ש הש"ך סי' מ' דכל חיוב בתנאי לא מהני בלא קנין אם כאן נמי הוי רק כחיוב על תנאי ויש לומר דכיון דהחיוב על גופו אף בלא תנאי ואין התנאי רק לאחריות אולי לא בעי קנין והכי מסתבר וצ"ע:

לז) אפי' בפשיעה פטור. התומים הביא דברי הש"ס בשוכר לשמור הזרעים דאם הוא שכיר ימים אין נותנין לו שכר שבת והקשה הא קיי"ל כרבנן דחיישינן שמא לא ימסרם לציבור יפה ומבואר בב"מ (ד' קי"ח) דלכן אסור לשמור בחנם וא"כ איך משכחת שכיר ימים ולפענ"ד לק"מ דאין חשש שמא לא ימסרם לציבור יפה רק היכי דמגיע לו שכר ויש לו חלק אבל שמר בשבת דאין לו שכר שבת אין לו חלק מה ששמר בחנם בשבת:

לח) אבל מפסיד שכרו עד שישבע. מבואר דבשבועה מיהא שקיל ואף דבכל תנאי שעליו לקיים צריך לברר שקיים מ"מ הכא אם נאמר שצריך לברר בעדים א"כ אף בלא נאבד הפקדון מנ"ל ששמר וכי לעולם יצטרך לעדים ששמר כראוי בכל רגע וע"כ דאדעתא דהכי נכנס שלא יצטרך לברר ועדיין יש לבאר בזה ויש סמך לדברי מהרי"ט שכ' טעם החילוק שבין קום ועשה לשב וא"ת דקום עשה יוכל בקל לברר וקצרתי:

לט) ואם קנו מידו עיין ש"ך הביא דברי הב"י דלא מהני קנין לש"ת שישבע ולא כהד"מ והנה לשון הד"מ שהש"ת נמי יכול להתנות לשלם או לשבע ונראה כונת הד"מ היינו שכך יתנה שישלם או שישבע א"כ לא הוי קנין דברים שבאם לא ישבע יצטרך לשלם ודו"ק:

מ) אחין או שותפין. עיין מ"ש בזה ס"ק ט' וס"ק י"ז וס"ק ל"ג:

סימן סז

א) ומדברי סופרים שתהא שמיטת כספים נוהג. ראיתי בתומים כאן דבר חימה שהביא דברי התוס' דלכן לא תקנו ג"כ יובל שלא היו יכולין לעמוד בה לאסור בעבודת קרקע שתי שנים רצופות וכ' התומים ע"ז דאין זה מספיק למאן דפסק כר"י דשנת היובל עולה לכאן ולכאן וא"כ לא משכחת כלל שיארע שמיטה ויובל רצופים רק אתת לכמה יובלות עיי"ש ודבריו תמוהים ונראה דיסבור דאף אם שנת היובל עולה גם לאחריו מ"מ אתר יובל היו זורעים שש שנים ואח"כ עשו שמיטה אך זה טעות ולר"י אחר היובל לא זרעו רק חמש שנים ועשו שמיטה ולעולם אחר מ"ט עשו יובל ודו"ק כי קצרתי במובן במה שאין להאריך:

ב) והמשכנתא וכו' ומקום שאין יכול לסלק עד סוף זמנו אין שביעית משמטתו. עיין סמ"ע ס"ק ט' כ' וז"ל וגם דוחק לומר דסוף זמנווכ' ר"ל הזמן שקבעו ביניהן ועיין תומים דמפרש כן והנה בעיקר הדין הוא מחלוקת עיין ש"מ ב"מ (ד' ס"ז) דהריטב"א מפרש דוקא אם אין יכול לסלק עד אתר שמיטה ודין זה לפי פרושו הוא פשוט דהרי המלוה לעשר שנים אין שמיטה משמטו וכ' הריטב"א דרק משום אינך נקטי' אכן הרמב"ם דהעתיק דין זה ע"כ צ"ל דסובר כהרשב"א המובא בש"מ שם כיון דלא הי' יכול לסלק יום א' שוב הוי ברשות המלוה עד שיפרע לו ועיין פ"י שם ולפי דבריו יש לפרש דהרמב"ם. נמי אייריכה"ג דרשות ביד המלוה לתובעו אף תוך זמנו ומ"מ כיון דאין רשות ביד הלוה אין שמיטה משמט:

ג) מי שחייב לחבירו ונשבע לשלם וכו' משמטת. הסמ"ע ס"ק ט"ו הקשה ממ"נ אם הזמן אתר השמיטה אינו משמט ואם הזמן קודם שמיטה כבר עבר על השבועה ובפשיטות יש לפרש דנשבע לשלם בלי דתי' בעת שיתבע אותו ולא תובעו קודם השמיטה ותובעו אחר שמיטה פטור מהשבועה ג"כ וק"ל: ד) וכפר ונשבע לו וכו' אינו משמט. הרמב"ם כ' סתם דאם כפר אינו משמט ותמה הראב"ד דא"כ איך קתני דשביעית משמע שבועה והרי אם עומד בכפירה ולא נשמטה אף השבועה לא נשמטה. והנה התומים הביא בשם הר"ן דפירש לכן שביעית משמטת השבועה כיון דנפטר ממה שהודה אף מהשבועה פטור

דהוי ככופר הכל ואך, תמה על הרמב"ם עיי"ש. והנה לפענ"ד מ"ש התומים דכיון דנפטר ממה שהודה פטור מהשבועה דהוי ככופר הכל תימה בעיני דהרי מודה במקצת אף ששילם לא נפטר משבועתו אם לא אמר מיד הילך בשעה שהודה ולמה עדיף השמיטה מתשלומין ואך נראה דבכופר הכל דאין עליו חיוב כלל ואין יורדין לנכסיו שוב לא קרינן בי' לא יגוש לכן שפיר כ' הרמב"ם דרק בכפר אינו משמט אבל במודה במקצת דיש עליו חיוב או לשבע או לשלם לכן בלא נשבע כי היכי דנשמט התשלומין אף השבועה נשמטה דהשבועה היא כממון ומיושב קושיית הראב"ד. שוב ראיתי בס' מקצוע בתורה הקשה על הר"ן כמ"ש דלמה עדיף שמיטה מאלו שילם ועיינתי בר"ן ויותר יתפרש דבריו כמ"ש דמ"ש כיון דנפקע הממון שחייב עליו שבועה ר"ל הממון שכפר דהי' עליו חיוב לשלם או לשבע עיי"ש ודו"ק:

ה) לעשר שנים וכו' אין שביעית וכו' משמטתו. הקצה"ח הקשה הא בלא"ה כיון דעשה זמן לעשר שנים א"כ הוי כהתנה שלא תשמיטני בשביעית ולמה הוצרך לומר השתא לא קרינן בי' לא יגוש ובפרט דקשה להך לישנא דאמר בש"ס דשביעית משמטו עיי"ש שדחק ולפע"ד לק"מ והנה בש"ס פרכינן שם להך לישנא דמשמע מהא דתנן מעידין אנו וכו' בין יתן לו מכאן ועד עשר שנים איך משכחת עשר שנים בלא שמיטה ומשני הב"ע במוסר שטרותיו לב"ד ע"כ. והנה ע"כ אין ר"ל דכבר מסר שטרותיו דהרי עדיין לא הגיע שביעית רק ר"ל כיון דיכול למסור שטרותיו לב"ד שוב העדים לא הפסידו לו ואם אמרינן כן לענין העדים ה"ה בכותב לעשר שנים דעיקר הזמן הרי הוא לטובת הלוה שלא יתבענו קודם א"כ ממילא לא נאמר דהוי כהתנה שלא ישמיט רק דכיון דיכול למסור שטרותיו לב"ד ולא ישמיט לא יתבענו קודם אבל בלא מסר ה"נ דנשמט ופשוט וגם דברי הירושלמי שהביא הקצה"ח נראה דמאי דאמר והא תנינן הוא לראי' לרב דמהני תנאי דאל"כ זכי יש עשר שנים בלא שמיטה וע"כ דהוי כהתנה ודחי דיש לפרש במלוה על המשכון ומוסר שטרות: ו) אינו משמט מה שכנגד המשכון. התומים הקשה דאמרינן במס' מכות במשנה שהבאתי בס"ק הקודם אומדים כמה אדם רוצה שיהי' בידו אלף זוז בין נותנן מכאן ועד שלשים יום בין נותנן מכאן ועד עשר שנים ומוקי לה במלוה על המשכון וא"כ מה הפסידו לו העדים שאמרו שחייב ליתן בשלשים יום בלא"ה הא המלוה נאמן בשלומא לשיטת הסוברים דאף כשהמשכון ביד הלוה אינו משמט י"ל דהלוה מוחזק אבל לשיטה הסוברת דרק כשהמשכון ביד המלוה וא"כ המלוה נאמן ותי' התומים דשם אליבי' דשמואל קאי ומשכחת משכון דאינו שוה דג"כ אינו משמט בכולו, והנה הירושלמי שהבאתי בס"ק הקודם לא אזיל אליבא דשמואל אכן בלא"ה

נראה דלק"מ דאף לשיטת מהר"ם י"ל דעכשיו המשכון ביד הלוה בשעה שהעידו העדים ואף דהלוה יצטרך להחזיר המשכון להמלוה מ"מ עכשיו נאמן שהלוה לעשר שנים ושמיטה לא ישמט דיחזירנו ע"כ להמלוה קודם שביעית:

ז) וי"א דאף היתר על המשכון אינו משמט התומים הקשה כיון דע"כ הוא מטעמא דשמואל דאבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי וא"כ למה הוצרך בפ' השולח דקונה מדר"י, הא ר' יצחק לא אמר רק נגד החוב וא"כ צריך לדשמואל ולמה לי דר"י ולא הבנתי קושייתו דאף דשמואל קאמר דהמשכון הוא נגד כל החוב מ"מ לולי דר"י דב"ת קינה משכון הי' משמט. עוד הקשה התומים דהמחבר לקמן סי' ע"ב כ' דהא דשמואל הוא דוקא אם פירש ואמר אע"פ שאינו שוה קבלתיו ולמה סתם כאן ונראה דדוקא שם באבד המשכון הוצרך לומר דוקא בפירש הפסיד כל החוב אבל כיון דסבר שמואל דלא נקטי' לזכרון דברים אף בלא פירש כמבואר סי' ע"ב א"כ לעולם אינו משמט דכ"ז שהוא בעין הוא נגד כל החוב ודו"ק:

ח) או העדים חותמים. הקצה"ח הקשה הא הוי מפ"כ כיון שהוא שלא נודעת המתחייב ותי' כיון דנאמן לומר פרוזבול הי' לי ואבד ואין הפרוזבול לראי' רק להקנאה בשעתו לא שייך מפ"כ ולכן הקשה על הרי"ף דסובר דאין נאמן לומר פרוזבול הי' לי והנה אף לדבריו אין מוכרת לומר דתליא בזה די"ל דאף דאין נאמן מ"מ גוף הפרוזבול אינו עשוי רק להתיר ואינו לראי' אך בלא"ה נראה דהפרוזבול אינו רק שמוסר כחו לב"ד והוי כהרשאה ולא צריך דעת מתחייב:

ט) אין כותבין פרוזבול רק על הקרקע. רש"י מפרש הטעם משום דלא תקנו רק במילתא דשכיח והר"ש מפרש משום דאם יש לו קרקע כגבוי דמי ואף קרקע כ"ש אין אונאה לקרקעות וכ' הר"ן דיש נ"מ ביניהם דלרש"י די אם יש לו קרקע בעת כתיבת הפרוזבול אבל להר"ש צריך שיהי' לו קרקע בזמון השמיטה אבל מכרו קודם השמיטה לא מהני והתומים הקשה לשיטת רש"י למה פרוזבול המוקדם כשר שמא לא הי' לו קרקע בעת הכתיבה ובזמן הנכתב בשטר הי' לו קרקע וא"כ גובה שלא כדין ולכן כ' דנראה לו שיטת הר"ש ולפענ"ד לק"מ דהא התומים בעצמו הקשה דמה נ"מ אם מכרו אח"כ מ"מ הא גובה ממשעבדי ותי' התומים דכיון דאין לו ב"ת וצריך לגבות מלקוחות לאו כגבוי דמי וכ"ז לשיטת הר"ש דבעינן שיהא כגבוי אבל לרש"י דהוא מטעם מילתא דלא שכיח אף דמכרה קודם כתיבת הפרוזבול מ"מ כיון שהי' לו בעת שלוה שוב הוי מילתא דשכיח ויגבנו מלקוחות ופשוט אכן עדיין יש להקשות דעדיין משכחת שהי' לו קרקע בזמן הנכתב בפרוזבול וטרפה ב"ת מוקדם (אמת לשיטת התומים י"ל דעיקר שכיח הוא שהי'

לו בשעת הלואה ולק"מ) ואך נראה דכל עיקר הקושיא לק"מ דהתומים עצמו כ' דיש ליישב דעדים הכותבין הפרוזבול אין כותבין רק ביודעין דיש לו קרקע אך דתה זה דהרי הוא מוסר שטרותיו לב"ד אפי' הוא באספמיא ואך לדבריו נצטרך לחקור בעת הגבי' אם הי' לו אז קרקע בעת הכתיבה או בשמיטה והוא תימה בעיני דהרי כותבין אף השאילו מקים לתנור וכיריים ולכן נ"ל דכל אדם מוחזק ביש לו קרקע כיון דמסתם יש לו עכ"פ בשאילה וע"כ הא דקתני דאין כותבין רק על הקרקע היינו לאפוקי ביודעין בודאי שאין לו ולפ"ז לק"מ בפרוזבול המוקדם שמא אין לו קרקע דהרי אנו אומרים דכל אדם ודאי יש לו:

והנה כבר הבאתי קושיית התומים על הר"ן דכ' דאם מכרו קודם שמיטה לשיטת הר"ש לא מהני הפרוזבול וקשה הא גובה ממשעבדי ומה שתי' דמשועבדים לאו כגבויהוא דוחק ולי נראה דכונת הר"ן הוא רק בקרקע שאין שוה ומטעם שאין בו אונאה וכבר ידוע שיטת הרא"ש וטור לקמן סי' קי"ד וקט"ו דאם הקרקע אינו שוה אין יכול המלוה לומר לדידי שוה לי ורק הלוקח מסלק להב"ח בשיווי הקרקע וא"כ בכה"ג אין שייך לומר דשוה כל החוב משום אין אונאה לקרקעות דהא הלוקח לא יתן רק מה ששוה ודו"ק ודרך פלפול י"ל דאף אם הר"ן לא יסבור כהרא"ש וטור ורק המלוה יכול לומר לדידי שוה לי אך הרי כתבו הטעם דהוא משום רווחא דלוה דיפטור מכל החוב אבל כאן דיפטור הלוה משום דשביעית תשמט א"כ שפיר כ' דלא הוי כגבוי ודו"ק. עוד הקשה התומים לשיטת רש"י דהטעם משום מילתא דשכיח א"כ אף אם אין קרקע בזמן כתיבת פרוזבול מ"מ אם הי' לו קרקע בעת הלואה שוב הוי שכיח ולמה לא יכתבו הבין בשיטת רש"י דר"ל דלא שכיח שילוה באין לו קרקע והנה לפ"ז יותר הי' לו להקשות דמה מהני דיזכה לו המלוה הקרקע הא לא הי' לו בשעת הלואה אכן עיין לשונו של רש"י שכ' וז"ל דלא תקנו אלא בזמן שהחוב הוא כשאר שטרות דנגבין מהקרקע ע"ז פירש הסמ"ע דמסתמא נגבין דודאי מלוה על קרקע אבל תקנת פרוזבול העיקר מה שנגבה עתה:

י) נאמן אדם לומר פרוזבול הי' לי ואבד. הב"י כ' דאף אם הלוה מכחישו בברי נאמן והשע"מ הביא פוסקים דרק בטוען שמא והקשה למה לי לטעם חזקה ולמה יש אומרים דאין נאמן הא הוי הלוה א"י אם פרעתיך ולק"מ דהא הא דא"י אם פרעתיך חייב מטעם דחזקה דלא נעשה הפרעון כמ"ש הש"ך דאף ספק פרעון קודם הלואה חייב אף דאין שם חזקת חיוב וא"כ כאן אדרבה חזקה שלא נעשה הפרוזבול דכל דבר שהוא בקום ועשה חזקה דלא נעשה ובלא"ה בספק דלא הו"ל למידע אין הדבר ברור אם הלוה חייב עיין לקמן סי' ע"ה וקצרתי:

יא) פרוזבול הי' לי ואבד. התומים והשע"מ הקשו על הא דמבואר בש"ס הטעם דלא שביק היתרא ואכל איסורא והא ביו"ד סי' קמ"ט גבי ריבית אמרינן דלא מהני חזקה זו רק להחזיק ולא להוציא והנה נראה דסברו דחזקה זו היינו דבעת שבא לגבות אמרינן מסתמא הי' לו פרוזבול דאל"כ לא הי' גובה באיסור ולפי דעתם יש להקשות ביותר למה ביתומים טענינן להו דהי' לאביהם פרוזבול דילמא באמת לא עשה ולא הי' גובה וחוץ מזה אין כלל מהסברא דלא הי' גובה באיסור דמה יוכל עכשיו לעשות אם לא הי' לו פרוזבול או ששכח לעשות ודוחק לומר מסתמא כיון דרוצה עכשיו לגבות חזקה דלא שכח אך נראה פשוט דודאי כל אדם בהול על ממונו ומסתמא אינו רוצה להפסיד ועושה פרוזבול ואך מה דאמר בש"ם חזקה לא שביק היתרא היינו דאיך יתקנו רבנן דנאמן א"כ יסמוך ע"ז ולא יעשה פרוזבול לזה אמרו שודאי יעשה דחזקה וכו' אבל גבי ריבית דאינו בידו שחבירו ילוה בריבית דרך היתר ורק במה שכבר לקח דחזינן דחבירו נתרצה ליתן לו א"כ הי' בידו ליקח דרך היתר, כיון דהוא רוצה ליתן אמרינן ג"כ חזקה לא שביק היתרא אבל במה שלא לקח בזה אין ראי' דהי' יכול לעשות בהיתר דשמא לא נתרצה הלוה ליתן לו לכן לא מהני להוציא:

ובזה נראה ג"כ לתרץ מ"ש הסמ"ע ס"ק נ"ה דבאומר הי' תנאי בינינו שלא תשמט שביעית דצריך מיגו משום דאין בידו והקשו עליו וכי אין בידו שלא ילוה רק בתנאי ונראה דהנה מבואר בסעיף ל"ח דלוקח שטר שעברה עליו שמיטה טוענין לו שהי' להמוכר פרוזבול או תנאי ובלקח קודם שמיטה מפסיד שלא עשה פרוזבול ולמה לא אמרינן ג"כ דעשה המוכר תנאי או פרוזבול וע"כ דאין דרכו של מלוה לעשות פרוזבול רק בהגיע קרוב לשמיטה אז ורואה חובו נשמט בהול על ממונו ועושה פרוזבול אבל כ"ז שלא הגיע שעת השמיטה סובר אולי יפרע לו וא"כ אז אין בידו להתנות ומה שהלוה אז הי' סבור שיפרענו קודם ולכן כ' הסמ"ע דצריך מיגו אכן הכה"ג השיג בלא"ה. על הסמ"ע נהי דאין בידו להתנות הא בידו לעשות פרוזבול וא"כ ודאי דהתנה אך עיין בשע"מ מה שתי' דברי הש"ע למה צריך מיגו ועיין ס"ק שאח"ז:

יב) וכן אם אמר המלוה תנאי הי' בינינו וכו' נאמן במיגו עיין שע"מ הביא דברי הרמב"ן והרשב"א דנאמן משום דלא שביק היתרא וא"צ מיגו והקשה ת"ק במשנה כתובות (ד' פ"ט) דס"ל דאין נאמן לומר פרוזבול הי' לי משום ריעותא דאין בידו הפרוזבול וכן לרשב"ג קודם הסכנה למה אינו נאמן פרוזבול במיגו דתנאי דהרי אף דבפרוזבול איכא ריעותא דאינו בידו בתנאי אין כאן ריעותא ולהימין במיגו והניח בקושיא ולא ידעתי מה קשיא לי' דאף דמקודם כ' השע"מ לשיטת הרמב"ם דקשה עליו דהרכיב שני הטעמים

דמשעת הסכנה האמינוהו מטעם לא שביק היתרא ולמה הוצרך לשני טעמים ומתרץ דחזקה דלא שביק לא מהני משום ריעותא דאין בידו הפרוזבול ומשעת הסכנה סמכו אחזקה לכן כ' השע"מ דיש ריעותא דאין הפרוזבול בידו אכן להרמב"ן והרשב"א ודאי דפירשו כפשוטו דמשמע בגמר' דהמשנה לא סוברת כר"נ דנאמן אדם לומר פרוזבול הי' לי ור"נ סבר כהאי תנא ותנאי הוא וא"כ המשנה סוברת דאף בלא שום ריעותא אינו נאמן ולא מהני כלל הך חזקה להוציא ודו"ק ותראה כי דברי כנים ופשוטים ועיין ס"ק שאח"ז שדברי הרמב"ם ג"כ מתפרשים באופן אחר:

יג) במיגו דפרוזבול הי' לי. כבר הבאתי בס"ק הקודם דהשע"מ הקשה למה הרכיב הרמב"ם שני טעמים דלא שביק היתרא ושעת הסכנה וכ' דאיכא ריעותא במה שאין בידו הפרוזבול וקשה דעדיין לא תי' כלום דהגמר' פריך על ר"נ דאמר נאמן משום חזקה דלא שביק ממתני' דאינו נאמן ולמה לא אמר דר"נ נמי מטעם שעת הסכנה האמינוהו משום חזקה זו דכן מוכרח לדעת הרמב"ם ולמה הוצרך לומר תנאי הוא ור"נ כי האי תנא והוא קושיא גדולה וז"ל הגמר' אמר ר"נ נאמן אדם וכו' כי אתי לקמי' דרב א"ל שמא פרוזבול הי' לך ואבד מיתיבי וכן בע"ח שהוציא שטר ואין עמו פרוזבול הרי אלו לא יפרעו תנאי הוא וא"כ איך הביא הרמב"ם הך דר"נ להמשנה ואם צריכין זה לזה אין קושיא לר"נ. ולתרץ זה אעתיק דברי הרמב"ם ומה שקשה עוד בדבריו דשם בפ"ט מה' שמיטה ה' כ"ד כ' וז"ל אם אמר הי' לי ואבד נאמן שמשעת הסכנה ואילך ב"ת גובה שלא בפרוזבול ולא עוד אלא כשיביא לתבוע אומרים לנתבע שלם לו ואם טען הנתבע אי' פרוזבול שלו אומרים לתובע הי' לך פרוזבול אמר הן נאמן ע"כ ושם בה' כ"ו טען התובע הקפת חנות הוא שאינה נשמטת נאמן שאם ירצה יאמר פרוזבול הי' לי ואבד דחזקה דלא שבק היתרא וכו' ע"כ וקשה למה בה' כ"ד כ' הטעם דשעת הסכנה ובה' כ"ז כ' הטעם דלא שבק היתרא הלא דבר הוא. עוד הקשו עליו מנ"ל להרמב"ם דאומרים לנתבע שלם ורק כשטוען פרוזבול אז אומרים שמא פרוזבול הי' לך (ועיין תומים) ונראה דהא יש להקשות בגמר' דמה חידש ר"נ דנאמן לומר פרוזבול הי' לי הא רב שהי' עוד מקודם ר"נ אמר ביותר דאף טוענין לו שמא פרוזבול הי' לך ואבד ולמה הוצרך הך דר"נ ונראה דרב לאו מטעם חזקה דלא שביק היתרא אמר דפותחין לו דהך חזקה לא מהני לפחות לו רק משום דרב אמר הלכה כרשב"ג וכולה רשב"ג הוא וחסירא מחסרא ובמשנה קתני סתם גובה שלא בפרוזבול משמע אף דלא טען ולכן אחר מימרא דר"נ דאמר נאמן מטעם חזקה ואז אין פותחין לו הביא דרב קאמר דאף פותחין לו ולכן פריך על ר"נ ממתני' דמבואר דלולי הסכנה אינו נאמן והוצרך לומר דר"נ תנאי היא כן סוגיית הש"ס לפענ"ד ולפ"ז גם

דברי הרמב"ם יתישבו דקשה לו דלמה פתח רב לתובע שמא פרוזבול הי'לך ובמשנה קאמר סתם גובה לכן פירש דתחילה אומרים לו שלם ואם יטעון אי' פרוזבול שלו פותתין לו והוצרך לומר מטעם מסכנה ואילך דמטעם חזקה אין פותחין לו ורק בה' כ"ז דמעצמו אומר שלא הי' לו פרוזבול רק הקפת חנות הוא והרמב"ם סובר דלא אמרינן מיגו להוציא לכן הוצרך לומר דחזקה דלא שביק היתרא ומסתמא הי' עושה פרוזבול לכן נאמן הקפת חנות הוא והכל נכון ויש לישב בזה גם דברי הרי"ף דלא העתיק הך דר"נ משום דבמשנה מבואר יותר דאף בלא טען גובה ודו"ק בזה כי קצרתי בדברי הרי"ף לישבו:

יד) טוענין ללוקח שהמוכר הי' לו פרוזבול. הקצה"ח כ' דאין טוענין שתנאי הי' שלא תשמט שביעית דתנאי לא מהני רק מטעם חיוב חדש וכיון דאין התנאי נזכר בשטר יהי' מלוה ע"פ וא"כ לא נמכר ללוקח ותימה דלפ"ז אם טוען המלוה תנאי הי' לא הוי שוב מלוה בשטר ואין גובה ממשעבדי ויהי' הלוה נאמן לומר פרעתי עיין קצה"ח סי' ע"ז וזה לא שמענו ולא הוי שתקו הפוסקים מלהשמיענו וע"כ דתנאי הוא על החוב שהוא בשטר ואין להאריך כי נראה שהוא פשוט לכל מעיין:

סימן סח

א) שאין ידועים בקבלת שוחד. התומים ס"ק ב' כ' דהרמב"ם אזיל לטעמי' דלא מטעם דינא דמלכותא נאמנים רק משום חוקה דלא משקרי לכן אם מקבלים שוחד אזלא לה החזקה אבל שאר הפוסקים הסוברים דמשום דינא דמלכותא הוא דיש ביד המלך כת להפקיר א"כ ציוה המלך שלא ימרו עדותו בין אמת בין שקר א"כ מועיל עדותן אף במקבלי שוחדא ע"כ ובעיני תימה לומר דאף דמשקר יתקיים עדותו ואף המלך בעצמו אם ישקר אין דינו דין דאין זה דינא דמלכותא רק גזלנות כמ"ש הש"ך דגזלנות לאו דינא הוא וא"כ השופט לא עדיף מגברא דאתי מחמתי' וגם תימה לומר דהמלך מינהו שיהא דינו דין אף אם יקבל שוחד ואם מקבל שוחד אין זה שופט הממונה מפי המלך ולכן אף הרמ"א דכ' דיעות שאר פוסקים לא כ' רק דאפי' נפק קלא שמקבל שוחד להטות משפט מ"מ לעדות שקר לא מרעו נפשייהו אבל בידעינן דמקבל שוחד להעיד שקר פסול לכל הפוסקים וזה פשוט:

ב) מב"ח. מ"ש הנתה"מ ס"ק ב' דמזויף מתוכו הוי רק כמו מוקדם הוא תימה דהא בהאי שטרא דחתמו עלי' תרי גיסי בסנהדרין (ד' כ"ח) מבואר דמזויף מתוכו פסול לגמרי ועיין תוס' גיטין (ד' ד') ואמת כי בחי' לגיטין תרצתי קצת דברי רש"י (ד' י') ד"ה חוץ מכגיטי נשים וחלקתי בין דבר שיש חשש עליו בעצמו או שכל החשש הוא במקום אחר אכן כ"ז ע"ד הפלפול: ג) וי"א דסתם ערכאות וכו' גובין אפי' ממשעבדי. הנתה"מ ס"ק ג' הקשה

דילמא נכתב שלא בצוואת בע"ד ועוד דילמא חזר והרי צריך לאמלוכי בי' עיי"ש ולק"מ דסתם ערכאות הוא כמו שהמנהג עכשיו שבא הדבר לפניהם להעלותו בערכאותיהם ולא שייך כלל שיכתבו בלי צוואת בע"ד וגם מה שהקשה הא צריך לאמלוכי בי' הנה כבר הקשה הרא"ש הא הנותן מתנה א"צ לאמלוכי בי' ותי' כיון דלא הקנה בקנין דעתו הי' שימליכו בו וזה לא שייך כלל בערכאות דהא יודע שלא ימליכו בו וא"כ חזר הדין מהמוקדם אל המאוחר ודעתו ליתן בלא המלכה:

ד) אבל שטרי מתנות. אעתיק קצת מחידושי למס' יען כי הוא קצת מקור לדינים כאלו הנה הר"ן כ' דאף בשטרי מכר הוא רק מתקנה דאף דידעינן שהוא אמת מ"מ אין להוציא בלא עדים ואף משה ואהרן פסולין להעיד וע"כ דמתקנה הוא ובס' גרש ירחים דא"כ אף במתנה מאי פריך חספא בעלמא הוא הא י"ל דבזה ג"כ הכשירו חכמים מתקנה והנה החילוק בין הענינים ידוע דבמכר לא הי' התקנה רק להאמין אותם אבל לא תקנו לקיים הדבר בדבר שצריך עדים לענין קיום הענין אך מ"מ מאי נ"מ בין זה לזה ונראה דהנה כבר הבאתי בסי' מ"ה דברי השע"מ שהקשה דלמה בציוה לחתום קא"פ נתבטל כל העדות והרי הוא כקבל עליו קא"פ וכתבתי דכל שטר הוא לקיים הענין עיין סי' ס"ו סעיף י"ד וע"ז אין בידו, להכשירו וממילא אף לראי' אין סמוך כיון דעיקרו לקיום אך לכאורה בשטר שהי' בו קנין שאין השטר רק לראי' למה לא נימא דהוי כקבל עליו אך כבר כתבתי דמנ"ל דקבל עליו דילמא בהיפך כיון דהדין דנתבטל כל העדות א"כ אדרבה פסל כולם ולפ"ז ממילא ערכאות אחר שתקנו חז"ל להאמינם ממילא כשרים מהדין דהוי כקבל עליו קא"פ ונאמנים לראי' אבל שטר מתנה דהוא לקיים הענין ואין בידו להאמינם א"כ אף אם יתקנו חכמים יהי' שלא ע"פ דין בזה לא תקנו שיתקיימו דבריהם שלא כדין ודו"ק:

סימן סט

א) דשמא חתם שמו בראש המגילה. הסמ"ע ס"ק ב' כ' דהיינו מטעם דפעמים מזקיקין אותו הב"ד לכך לחתום לכן נאמן ולא כהע"ש דכ' שמא חתם עצמו בכדי ע"כ ונראה דיפה כ' הע"ש דלכאורה אעיקרא דדינא פירכא למה אמרו שלא יחתום שמו על סיפא דמגילתא דימצאנו אינש דלא מעלי ואירשא דמגילתא לא חששו דהרי גם אירשא יכול לחייבו וא"כ למה תקנו דיחתום אירשא ופסלו כת"י כזה הי' להם לומר בהיפך דלחתום בסיפא דמגילתא ויפסלו כת"י בסיפא (וחוץ מכ"ז לא מצינו כלל בש"ס דיחתום אירשא רק אחספא ורק התוס' כתבו דיכול לחתום דכח"י כזה פסול) וע"כ דבלא"ה הי' מהדרך

לחתום למטה בהלואה אבל למעלה חותמין בכדי לכן אמרו דמחוי כת"י אריסא. אולי שמעתי כן כשהייתי עלם ממורי הרב הר' שמואל דיין מחיראב כשלמדתי אצלו:

ב) אפי' נתקיים בב"ד שהוא כת"י אין לו אלא דין מלוה ע"פ. התומים כ' דאם כ' בכת"י ואח"כ נמלך למוסרו בע"מ מ"מ אין לו דין שטר לגבות ממשעבדי ודייק לה דבב"ב בעי הוחזק כת"י בב"ד מהו לגבות ממשעבדי ורצה למפשט מהא דאמר ר"א אע"פ שאין עליו עדים רק מסרו בפני עדים גובה ממשעבדי ודחה שאני התם דמשעת כתיבה שעבד נפשי' ופי' הרשב"ם דע"ד כן נכתב למוסרו לפני עדים להיות מלוה בשטר משמע דאם בשעה שנכתב לא הי' דעתו למוסרו בפני עדים לא מהני מה שמסרו אח"כ ע"כ ותימה בעיני דא"כ גם להיפוך אם הי' דעתו למוסרו בפני עדים ומוסרו בינו לב"ע ואח"כ הוחזק בב"ד יגבה ממשעבדי ועוד למה יגרע כת"י משטר שלוה בו ופרעו דמהני במסרו לפני עדים אף דלא נכתב על הלואה זו ועוד וכי בעי לשמה בשטר, הלואה ומאי נ"מ אם נכתב ע"ד כן למוסרו בעדים או לא וע"כ כונת הש"ס מה שאמרו משעת כתיבה שעבד נפשי' היינו בעת שמסרו למלוה שעבד נפשי' עיין מ"ש ר"ס ל"ט:

ג) אבל אם טוען פרעתי נאמן. עיין ש"ך ס"ק י"ד בשם הרמב"ן דשטר שאינו גובה ממשעבדי אין חושש להניח בידו ונאמן לטעון פרעתי וקשה לי דא"כ בריש כל הנשבעין דפריך שבועות השומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר החזרתי יכול לומר נאנסו ומשני דאפקיד לי' בשטר עיי"ש והסוגיא שם אזיל אליבא דשמואל והרי שמואל אית לי' שעבודא לאו דאורייתא וא"כ מדאורייתא לעולם אין גובין ממשעבדי א"כ לעולם נאמן לטעון החזרתי דהרי אינו חושש להניח בידו והוא קושיא גדולה לכאורה. ובחפשי מצאתי שכבר הקשה כן הישועות יעקב ולא תי' כלום גם מה שהאריך שם יש לדחות רק ביען לא כתבו רק לפלפולא בעלמא לא רציתי להאריך בדבריו ואך נראה ליישב דהש"ס לישנא קלילא נקט כיון דאחר שתקנו חכמים דנגד שטר אין יכול לטעון החזרתי נקט סתם שטר אבל מדאורייתא צריך לומר בשטר שיש בו נאמנות ולא רצה להאריך ולהסוברין בסי' ל"ט דבשעבוד מפורש מודה הי' אפשר קצת לומר דאיירי בשעבוד מפורש אך זה טעות דבפקדון לא מהני שעבוד מפורש אך י"ל כנ"ל דכתב בו נאמנות והרי לשיטת הרמב"ם דכל שטר אינו מועיל מהתורה צ"ל ג"כ דלאו דוקא נקט שטר רק בהתנה אל תחזיר אלא בעדים ודו"ק:

ד) הודה בחליו. הש"ך ס"ק כ"ז והעתיקו הנתה"מ בחידושים כ' דבמצאו כתוב בפנקסו שטר זה אינו פרוע הוי כמו הודה בחליו ונראה פשוט דהיינו דכתב בפנקסו דרך צוואה דאל"כ אכתי לא עדיף מגוף הכת"י דשמא שכחו למחוק ועיין לקמן סי' ק"מ במקומות

שנהגו לכתוב שמו דמהני חזקת האחר ובהרבה מקומות בזה או דידוע דלא פרע אחר זמן הנכתב בפנקס וקמ"ל דכתיבה בפנקס הוי הודאה ועיין לקמן סי' פ"א וכן כונת הש"ך מ"ש שעדיין חייב לו: מ"ש הנחה"מ ס"ק י"א עיין מ"ש סי' ע' ס"ק ד':

ה) ראובן הוציא פסק על יורשי שמעון שאביהם נתחייב לו שבועה וכו' פטורים. מסתימת הלשון תשו' הרא"ש וט"ו משמע דאף בנתחייב אביהם ש"ד ולא נשבע פטורים היורשים וכן מבואר במהרי"ק הביאו הקצה"ח והנתה"מ כ' דבשבועה דאורייתא אם כבר פסקו הב"ד שישבע חייבין היורשין לשלם ולא נהירא והוא נגד כל הפוסקים הנ"ל וכן ראיית מהרי"ק הוא ראי' נכונה מדאמרינן בפ' המפקיד אמר אביהם הריני משלם ואמרו בנים אין אנו משלמין מי אמרינן מהדר קהדר בי' וכו' הרי דאף באמר הריני משלם יכולין לחזור וכ"ש בלא אמר ואף שהקצה"ח דחה ראי' זו דאף דאין יכולין לחזור מ"מ מדאטריחו אותו לב"ד לא מקני להו כפילא הנה פשוט דראיות מהרי"ק הוא ע"פ שיטת התוס' פ' הדיינים דדייקו מדאמרינן מהדר קהדר משמע דיכול לחזור והרי היורשים אין יכולין לחזור כיון דנתחייב אביהם שבועה ומ"מ אמרינן מהדר קא הדרי אלא ע"כ דהם מפורשים דאף הם יכולין לחזור ואף דעכ"פ הי' על אביהם שבועה שלא פשע ואף דהיכי דנתחייב ש"ד יורדין לנכסיו היינו באינו רוצה לשבע וכן היכי דאמרינן מתוך שא"י לשבע משלם דאמר לי' ש"ד יש לי עליך או השבע או שלם היינו דאינו יכול לפטור עצמו בולא כלום אבל ברצה לשבע לא אמרינן דיש עליו חיוב ממון ואדרבה הרי כ' התוס' בב"מ דחשוד רק מתקנה שכנגדו נשבע כיון דהוא רוצה לשבע וכן ראיתי כאן בהגהות א"ב ושוב מצאתי כן בשע"מ לקמן סי' פ"ז כ' כמ"ש וכן מצאתי בס' מקצוע בתורה שהי' פשוט בעיניו דפטורים ועוד יותר דמפרש סעיף הקודם דבטוענים היורשים שמא מזויף קאי אף אנידוהו ומת בנדויו ורק יכול להיות שנדוהו על שהי' מודה במקצת ולא רצה לשבע וכשמת פטורים לכן נראה הדין ברור כמ"ש ועיין מ"ש עוד בסי' ע"ב ס"ק י"א:

סימן ע

א) אסור להלות בלא עדים. משמע דבהלוה בעדים אף בלא התנה שיפרענו בעדים וא"כ נאמן לומר פרעתי מ"מ אין איסור וכן מוכח בתשו' מהרשד"ם סי' כ"ג דכ' שהשומר שהלוה מעות של המפקיד ע"י כח"י הוי פשיעות משום דיכול לומר פרעתי ואף דמלוה בעדים אין איסור ולא חשו לטענת פרעתי מ"מ פשיעות הוי וכן משמע מהש"ך ס"ק ב' ואך העולם מקשין מדאמרינן בשבועות גבי הך מ"ד דסובר המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים ופריך והא הכא כיון דתבעו בעדים כמאן דאוזפי' בעדים דמי וקתני

פטור ומשני ה"מ היכי דמעיקרא אוזפי' בעדים דלא הימני' הכא הא הימני' מעיקרא וקשה מנ"ל דלא הימני' דילמא להכי אוזפי' בעדים משום דאסור להלות בלא עדים ואם הוי אמרינן דתיקון האיסור אינו רק באופן דלא יהי' נאמן לומר פרעתי ניחא אבל לפמ"ש קשה אכן נראה דלק"מ דמ"ד צריך לפורעו בעדים אינו נאמן שפרעו רק היכי דידעינן ודאי דהימני' כגון הלוהו בלא עדים כלל אבל הלוהו בעדים כיון דרק י"ל דלא הימני' שוב אין מדרך הלוה לפרוע בלא עדים להוציא נפשי' מחשד ונראה הטעם דאין איסור בעדים משום דלא חשו רק לשכחה ובפרעון אין דרך לשכות ולסבור שפרעו אבל לא חשו לומר דלא ילוה לאיש מהימן מטעם שמא יכפור ובודאי לאיש דאינו מוחזק לנאמן לעולם אסור כדאמרינן ברישׁ שבועות הדיינים דקאי בסורו נא שלא דקדק למסור ממונו ביד נאמן עיי"ש ברש"י: ב) אמר פרעתיך בפני פו"פ וכו' שצריך לברר הרמב"ם כ' דצריך לברר דבריו כדי לפטור מהשבועה וקשה דאם כל ההבאת העדים הוא כדי לפטור משבועה למה צריך להביא שניהם אף אם יביא ע"א עד מסייע פוטר ובדוחק יש לפרש כמו דאמרינן ר"פ כל הנשבעין המפקיד אצל חבירו בשטר צריך לפורעו בעדים כדי לפטור משבועה ופירש"י דר"ל עדות המועיל והיינו עד אחד אף דלשון להביאם דוחק לפרש קצת. שוב ראיתי בשע"מ כ' דלהרמב"ם דא"צ להביאם רק כדי לפטור משבועה ניחא שצריך להביא שניהם שמא יכחישו זא"ז ויצטרך לשבע אבל להשיטה דבהכחישוהו הוחזק כפרן קשה למה צריך להביא שניהם כיון שאחד יאמר כדבריו שוב אף אם אחד יכחישו לא הוחזק כפרן ע"כ וכל דבריו תמוהים דאיך שייך לחוש שמא יכחישוהו ולכן יביאם ועוד אדרבה להרמב"ם די בע"א כמ"ש ועוד יותר נראה דלהרמב"ם אף אם יכחישוהו אחד יפטור משבועה כיון דמפרש מילתא דלא רמיא עלי' לאו אדעתי' היינו דלא רמיא על העדים עיין ש"ך ס"ק ו' וא"כ האחד שהכחישו אמרינן דהוא משום דלאו אדעתי' והשני לעולם פוטרו וגם הסוברין דהוחזק כפרן י"ל דמודים דצריך להביאם לפטר משבועה וא"כ לפי דברי השע"מ גם לדידהו צריך להביא שניהם דאם יכחישו זא"ז יצטרך לשבע אנן אין מקום כלל לדבריו ודו"ק:

ג) אל תפרעני אלא בעדים. עיין ש"ך ס"ק ט' דהר"ן כ' אף אם מיחה הלוה ואך הרבה חולקין ע"ז ובהתרה בו בפני ב"ד סיים בצ"ע וגם האחרונים פקפקו בטעם הדבר וכתבו דבפני ב"ד היינו ע"י פס"ד עיין תומים וקצה"ח וכן הש"ך סיים וז"ל וגם זה יש לדחות דאיך יכול להכריחו לקבל תנאו בע"כ ע"ש ולפענ"ד צ"ע בזה דלקמן סי' ע"ג כתבו הב"ח והע"ש דיכול לכוף הלוה ליתן לו שטר ומהנראה שגם הש"ך והטו"ז הסכימו עמהם והוא משום דלא שדי זוזי בכדי ובתחלת הלואה הי' דעתו דכשירצה יתן לו שטר וכן בסי'

נ"ג הבאתי תשו' הרמב"ם דיכול לכופו ליתן לו שטר בערכאות שיהי' בטוח יותר וא"כ גם הסמ"ע החולק לקמן סי' ע"ג על הע"ש י"ל דרק לענין שטר דגובה ממשעבדי וזיילי נכסי חולק עליו אבל תנאי שיפרע בעדים שיהי' בטוח יותר למה לא יוכל לכופו וכי גרע משטר וצע"ג בעיני: ד) ואם אמר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י נאמן. עיין שע"מ דה"ה דטענינן ליתומים שמא אם הי' תי הי' מברר שפרע ועיין עוד שם כ' צ"ע בשטר עיסקא דידן דאין המלוה נאמן לומר שהפסיד מהקרן רק באם יברר בעדים כתיקון מור"ם אם טענינן ליתמי שמא אם הי' חי הי' מברר שהפסיד ולפענ"ד פשוט דצריכין היורשים לשלם ול"מ לשיטת הסוברין דתיקון מור"ם הי' דהמלוה מיקרי מוחזק לכן צריך דוקא לברר בעדים א"כ פשיטא דכמו דאין טוענין ליתומים להוציא ה"נ לא טענינן להו שהי' הפסד וחייבין לשלם וכן סיים השע"מ עצמו וכ' דאפשר דכך היא התקנה לשלם כ"ז שלא יברר והנה לא ראה שכבר הוא פלוגתא בין האחרונים אך אף הסוברין דהלוה מיקרי מוחזק מ"מ דבריו.פרעו א"כ צריך להחזיר הבינונית שקבל ע"כ ועיין נתה"מ סוף ס"ק ט' שהאריך לפרש דברי הש"ך ור"ל באם טוען להד"ם והעדים מכחישין ומוכרח להחזיר דמלוה הן אצלו א"כ זה גובה וזה גובה אבל אם בסיטראי צריך להחזיר ע"כ יחזיר מה שקבל פעם שנית עיי"ש ולא זכיתי להבין כונת הש"ך דהרי הא דהוכיח הש"ך דאין לפרש בטוען להד"ם הוא רק ג"כ מטעם זה דבלהד"ם ודאי העדים נאמנים אח"כ וא"כ הפוכי מטרתא למה לן וא"כ ע"כ נפרש דבלהד"ם הפוכי מטרתא הוא ואם גם בסיטראי העדים נאמנים א"כ גם בסיטראי קשה הפוכי מטרתא למה לן כן כונת הר"ן לפי דברי הש"ך וא"כ קמה גם נצבה קושיית הב"ח דילמא בטוען להד"ם ולאו הפוכי מטרתא הוא דנ"מ בגבה בינונית ופלא על הנחה"מ שלא הרגיש בזה אכן בקושיית הב"ח נראה דאין כונת הר"ן דאין נ"מ בדבר דבשלומא בכתובות דזה גובה וזה גובה רק דהפוכי מטרתא ואטרוחי בי דינא למה בכדי שפיר דהיכי דיש נ"מ בבינונית וזיבורית לא הוי אטרוחי בכדי אבל כאן כונת הר"ן דר"ל דאם אח"כ יגבה בחזרה ומהימני העדים ואיך יגבה וזה כחוכא ואטלולא וזה ברור ופשוט בכונתו:

ח) מאחר שהאמינו נגד עדים אין לו עליו רק היסת. הכל תמהו שבועה זו מה טיבה דאנן ידעינן שבשקר נשבע וגם נפסל ע"י השבועה דהעדים מעידין להיפוך והנתה"מ ס"ק ט' מתרץ דע"כ אין העדים מעידין שקבל על חוב זה דא"כ הוי הודאה מפי מלוה ונאמנים העדים כבסעיף ורק הלוה אמר על חוב זה ויוכל המלוה לשבע שדעתו הי' על חוב אחר ע"כ. והנה ודאי הש"ך סי' ע' ס"ק ט"ו אינו מפרש כן ואין לפרש כלל מחלוקת הראב"ד באופן זה ודו"ק גם לא נהירא דזה הוי הודאה והגע עצמך בבא המלוה בשטרו ואמר

פרע לי שטר זה ופרעו (כן העידו העדים) וכי זה הוי הודאה ובפרט הנחה"מ בעצמו ס"ק ח' דכ' דבהודאה אין ביד הלוה ליקח שובר לכן עדיף מפרעון וא"כ מה שייך זה בפרע לו ואמר על חוב זה ועיין מ"ש בס"ק ו' דטעם הודאה שביטל הנאמנות או כיון שהגיד וכ"ז לא שייך בשעת קבלת המעות וכבר צוחו מה בין הודאה לפרעון די אם נחלק בהודאה שקבל כבר ולא במקבל כעת אכן לפענ"ד נראה דלק"מ דהרי בלא"ה קשה איך יוכל להשביעו והרי כ' הש"ך דלכן אין יכול לחזור ולתובעו באותן העדים שכבר פסלם כל שיעידו שפרע על חיב זה כ"ש שהלוה עצמו אין יכול לחזור ולתובעו דהרי נתן לו נאמנות נגדו וכמו שמבואר בסעיף א' דבנאמנות סתם א"צ לשבע וע"כ צ"ל דיוכל הלוה לחזור ולתבעו סתם שמגיע לו אצלו כו"כ ולא יאמר שפרע ומכח נאמנות פרע שנית ולכן יוכל להשביעו וא"כ גם המלוה ישבע סתם שאין חייב לו וע"ז לא יהי' מוכחש מן העדים דדילמא באמת אין חייב לו והי' לו חוב מכבר אצלו ובפרט לפי מה דמשמע מהש"ך סי' נ"ה ס"ק ה' דא"צ לברר בשבועתו שלא נפרע רק שחייב לו עיי"ש מ"ש ובפרט כאן דעל חוב זה אין מהדין לשבע שכבר פסל תביעת התובע א"כ א"צ לברר ושפיר נשבע. ויותר נראה דאינו נפסל כלל ע"י מה שכבר העידו העדים כיון דאז לא היו נאמנים ומן הסברא נראה דאף אם העידו שקר אין נפסלין כיון שלא עשה עדותן פרי דלא היו נאמנים ובפרט אם צריך עדים שאי"ל דאין כאן הזמה כיון שלא הי' ממש בעדותן וכבר דברתי מזה במ"א וא"כ אם ירצו לפוסלו צריכין להעיד מחדש א"כ למה לא ישבע שמא לא יעידו והרי אף בנשבע נגד עד יכול אח"כ העד והבע"ד לפוסלו ומ"מ משביעין כיון דעדיין לא העידו שנית וה"נ ל"ש ושני החי' נראין אמת: ט) שטר שיש בו נאמנות והלוה מוציא כת"י המלוה שקבל וכו' הדין עם הלוה. עיין ש"ך ס"ק כ"ד השיג על הסמ"ע ודעתו דאף בנאמנות כבי תרי מהני כת"י שלא יהי' יכול לטעון סיטראי ועיין בשע"מ הביא תשו' הרי"ף דכ' כהסמ"ע והסביר בטעמו כיון דהאמינו כשני עדים הוי כעדים מעידים שהכת"י הוא מחוב אחר. עוד הביא השע"מ דהרי"ף באותו התשובה כ' דאף אם עדים מעידין שהכת"י הוא מאותו החוב נאמן הוא יותר כיון דיש לו נאמנות כבי תרי והקשה השע"מ למה יגרע מעדי הודאה עיי"ש ולפי מ"ש בס"ק ו' דהודאה לכן נאמנים משום דהוי כאמר פעם אחת ויותר לא הימני' וא"כ כאן דבהכת"י אינו מבואר שהוא על חוב זה א"כ לא אמר עדיין ואף דזה הנכתב הוי הודאה מ"מ לא הודה שעל תוב זה קבל:

י) שטר שיש בו נאמנות ויוצא מתחת ידי אחר וא"י מה טיבו. הש"ך ס"ק כ"ז הביא תשובת הרא"ש דאם אמר המלוה ללוה השבע דאינך חייב וקח השטר והלוה איני רוצה

מחזירין השטר למלוה ואם הלוה אומר למלוה השבע וטול והמלוה אינו רוצה מחזירין השטר ללוה ואם זה אומר השבע אתה והשני אומר השבע אתה ושניהם אין רוצים יהא מונח והשע"מ האריך והקשה למה בשניהם אין רוצין יהא מונח הא הברירה לעולם ביד המלוה לומר השבע לי היסת דע"כ איירי דהלוה רוצה שישבע המלוה שבועה חמורה בנק"ח כשבועה השבע לי שלא פרעתיך דהרי אם ירצה היסת ודאי הברירה ביד הלוה להפוך שבועתו וע"כ דהלוה רוצה שבועה חמורה וא"כ יכול המלוה לומר השבע לי היסת כמבואר סי' פ"ב ואם אין הלוה רוצה לשבע יחזירו השטר למלוה עיי"ש דהשיא עי"כ דברי תשו' הרא"ש לכונה אחרת ולי נראה דלק"מ דהנה שע"מ הקשה עוד שם דלמה אם אין הלוה רוצה לשבע מחזירין השטר והרי בשבועת היסת אין יורדין לנכסיו אך יפה כ' הנתה"מ לעיל סי' ס"ה דכיון דהשטר מונח ביד אחר מחזירין ואין זה כשאר מקום דלא נחתינן לנכסי ולפ"ז מיושב קושיא הנ"ל דבסי' פ"ב מבואר דהא דיכול המלוה לומר ללוה השבע היסת משום דיכול לומר הריני כשאר תובע ע"פ בלא שטר וא"כ ודאי הדין דבאין הלוה נשבע אין יורדין לנכסיו וא"כ הכא יכול הלוה לומר ממ"נ אם תרצה להיות תובע ע"פ אין ליתן לך השטר אף אם לא ארצה לשבע ואם תרצה לבוא בכת השטר אין להחזיר לך עד שהאמת השטר ותשבע ודו"ק כי נכון הוא אך בודאי יכול המלוה לכופו לשבע בשאר כפיות ופשוט: עוד חידש השע"מ דאם אין שניהם רוצין לשבע דהדין דמונח יכול הלוה להשביע את המלוה היסח משום דגורם לו שיהא שטרו מונח כדין דסי' נ"ד דמשביעין היסת על השטר והרי גם כאן להכי כ' הש"ך דאם הלוה אומר השבע וטול והמלוה אינו רוצה מחזירין השטר אף דאין לכוף המלוה על טובתו רק ע"כ משום דהלוה אינו רוצה שיהא שטרו מונח וה"נ, משביעין היסת ואם אינו רוצה מחזירין השטר ע"כ. והנה אישתמט לי' דברי הנ"י בב"מ גבי סימנים וסימנים וע"א דאין הע"א זוקק לשבועה כיון דאף אם ישבע לא יטול רק יהא מונח וא"כ ה"ה הכא ואין זה דומה למ"ש הש"ך דהתם ע"י השבועה יטול את השטר ואף דהרא"ש חולק שם על הנ"י כמבואר בסי' רס"ז אך עכ"פ הרי יכול לומר קים לי ובפרט דהכא הרי המלוה טוען השבע אתה היסח וטול השטר נראה דאף הרא"ש מודה ובלא"ה נראה שהוא טעות דהרי מבואר דהמלוה יכול לומר ללוה השבע היסת וטול השטר משמע דאין יכול לומר השבע היסת משום דהשטר מונח והוא שלי דהרי לפי דברי המלוה שייך לו למה לא ישביע את הלוה וע"כ דאין משביעין בשביל זה ול"ד למ"ש השע"מ ראי' מסי' נ"ח דמבואר דאין להשביע הלוה ויהא השטר מונח דהתם דהמלוה רוצה שיהי' השטר בידו ויועיל

תפיסתו אינו בדין שנשביעו ויחזיק השטר לתפוס משלו אבל כאן טענת שניהם שוה בזה והוא פשוט וברור:

יא) ויוצא מח"י אחר וכו' שאין מועיל הנאמנות. הש"ך ס"ק כ"ז תמה על הש"ע למה כ' דין זה דאינ"מ רק להסובר דלא חיישינן לקנוניא וכמ"ש הרא"ש שם אבל המחבר דס"ל דחיישינן לקנוניא אין נ"מ בדין זה ולא זכיתי להבין דבריו דע"כ לא הוצרך לומר דלא חיישינן לקנוניא רק על מה דאמר מחזירין השטר למלוה ולדידן דחיישינן לקנוניא אין מחזירין אבל פשוט דאף להמחבר יכול הלוה לומר השבע וטול ויתן תיכף המעות ואם הלוה ג"כ אין רוצה לשבע אף דאין מחזירין השטר מ"מ נותנין פס"ד להמלוה לגבות מב"ת. שוב ראיתי שכבר תמה כן התומים על הש"ך:

יב) אע"פ. עיין ש"ך ס"ק כ"ט הביא תשו' הרא"ש בראובן שיש לו שטר בנאמנות ומכרו ליהודא אם טוען הלוה שפרע ליהודא צריך לשבע אבל בטוען שפרע לראובן אינו נאמן ועיין ש"ך דהלשון אינו מדוקדק ועיקר כונת הש"ך דלענין ראובן לא קמ"ל הרא"ש מידי ולא אדע דהא מבואר בש"מ כתובות פ' הכותב גבי כ' לה נקי נדר ומביא שם הרבה מקדמונים ובתוכם הרמב"ן והרא"ה דאם מכרה כתובתה אף היא צריכה לשבע דלא נתן לה נאמנות רק כשלא תמכור וא"כ קמ"ל הרא"ש דאף שמכר א"צ ראובן לשבע ואדרבה באמת תימה דמשמע מדברי הרא"ש דאף הוא סובר כהרמב"ן וכן כ' הב"ש בסי' צ"ח באה"ע בפשיטות בשם רש"י והרא"ש דלא נתן לה פטורים רק כשהכתובה בידה ויש קצת לחלק דכאן נתן גם לבאי כחו פטורים וזה דוחק גם דא"כ הרבה השמיע לנו בזה ואך בחידושי שם לאה"ע כתבתי דהרא"ש ס"ל דהיא לעולם אינה צריכה שבועה ועיין בס' שע"מ סי' ס"ו סעיף ט"ו ומ"ש שם: יג) ונמצא המלוה כפרן בדבר אחד בטל הנאמנות. הנה אם טוען שפרע לו קודם שהוחזק כפרן דין זה פשוט דיכול לומר החזקתיך לנאמן ופרעתיך ודמיתי שודאי לא חתבע אותי פעם שנית וכיון שהוחזקת כפרן אדעת כן לא האענתיך עלי אך בטוען פרעתיך את"כ ולמה סמך עליו ועוד דהטעם דמסתמא לא פרע שייך יותר בהוחזק כפרן ומ"מ י"ל כסברת הנתה"מ סמכתי דבטל הנאמנות שלך וע"כ חצטרך לשבע ואיני מחזיק אותך שתשבע לשקר וצ"ע. שוב ראיתי בשע"מ דהקשה ג"כ כיון דהתרה בו לא הי' לו לפרוע והנית בצ"ע ולא עלה בדעתו לחלק בין פרע קודם או אח"כ. שוב ראיתי שדיבר בזה ג"כ בס' מקצוע בתורה:

יד) דוקא שאמר כן בשעת הלואה. התומים הוכיח דכתיבה הוי כמו קנין אף שלא בשעת הלואה כמו כל חוב שיכול לחייב עצמו בשטר והביא ראי' מתוס' פ' הכותב דכתבו בהא דפריך הש"ס מי הוי ידעה דמותיב לה אפטרופא והקשו התוס' דילמא התנית אתר

שכבר נעשית אפטרופסית וע"ז קשה דהא שם לא הוזכר קנין ומשמע דהי' תנאי בלא קנין (ביותר הי' יכול להוכית דאיירי בלא קנין דהא מבואר שם דלא מהני נאמנות נגד יורשים ואי בקנין אף נגד יורשים מהני כמ"ש הש"ך ס"ק ל"ה) והרי אתר הנשואין הוי כשלא בשעת הלואה ואיך מהני בלא קנין וע"כ דכתיבה הוי כקנין מ"כ והנתה"מ תמה עליו וכ' לא ידענא מאי קאמר דהא אם נתן לה נאמנות בשעה שמסר המעות לידה אין לך שעת הלואה יותר מזה עיי"ש. והנה לפי הבנת הנתה"מ דהראי' הוא מנאמנות שעל האפטרופסית בלא"ה יש לעיין בזה כאשר יבואר בס"ק שאת"ז אכן דברי התומים ברורים וכונתו דשם בעי הש"ס בסתם שנתן לה נאמנות מאיזה שבועה פטרה ופליגי ר"י ור"נ דר"י אמר דפטרה משבועת אפטרופסית ור"נ אמר אף על פוגמת ופריך בשלומא למ"ד על פוגמת דמסקא דעתה דילמא חיצטרכה לה זוזי ובקשה פטור על כל השבועות אלא למ"ד על אפטרופא מי הוי ידעה דמותיב לה אפטרופא וע"ז הקשו התוס' דהא משכתת לה כשהיתה כבר אפטרופא ואח"כ נתן לה פטורים והנה אם נימא דקושייתם הוא דילמא נתן פטורים בשעה שנתן לה מעות מנ שו וא"כ בזה ודאי על אפטרופסית פטרה ולא על פוגמת דה פוגמת הוי שלא בשעת הלואה ולמה אמרו שניהם דפטרה משבועת פוגמת ובשעת נשואין ודאי דמפוגמת פטרה דמי הוי ידעה כקושיית הס"ם ומאי הקשו התוס' וע"כ דכתיבה מהני גם את"כ וראיית התומים נכונה וזה ודאי דאין לומר דבשעה שמסר המעות לידה דהוי כשעת הלואה יכול לפטרה גם משבועת פוגמת ועוד הא שם סתמא איירי ואם הלוה אדם לתבירו ושוב הלוהו ונתן להמלוה נאמנות וכי נאמר דקאי גם אהלואה ראשונה אך בלא"ה לא מהני דע"י הלואה זו יוכל להתתייב גם על הראשונה שאינה בשעת הלואה ומסתמא כשהתנה בשעה שמסר מעות לידה לא קאי רק על אפטרופא ולזה דקדקו התוס' וכתבו שכבר נעשית אפטרופא דהי' עלי' שני חיובי שבועה או י"ל דדעתו הי' אשניהם אבל בשעה שמוסר הממון מסתמא דעתם על עסק זה ובזה לא פליגו כלל ודו"ק והסברא בלא"ה נראה כהתומים דכתיבה ודאי מהני כמו בכל מקום שיכול לתייב עצמו בשטר ואפשר דתלו בלשון הנכתב עיין קצה"ת אבל כתיבה באופן דמהני לתיוב ודאי מהני ומ"ש הנתה"מ כיון דהפוסקים דימו זה לנאמן עלי אבא ושם לא מהני כתיבה רק קנין לא אבין דמידי איריא הא כדאיתא והא כדאיתא דהתם אינו כותב על עצמו חיוב וגם הוי אסמכתא אבל כאן כיון דבאמת חייב לו אין כאן אסמכתא כמ"ש הנתה"מ ס"ק ו' ואף שכ' שם גם סברא להיפוך כמ"ש התוס' דיש להם תביעה זע"ז המעיין שם יראה דכ"ש כאן דיש לו ממון עליו ועדיף מתביעה וכמ"ש בסי' ע' ס"ק ב' ובפרט לפי הסוברים דלא הוי רק התראה כמ"ש הש"ך ס"ק ז' וכן לענין

דנאמר דנאמנות לא הוי רק כפוסל עצמו הרי יכול לפסול גם עדים שיעידו זכותו כמו בב' שטרות תל שדה אתת דאמר נ"מ לאוריעו סהדי וכן בגט המנהג לפסול העדים המעידין על הביטול. ואך פשוט דכל ראיית התומים הוא אם לא נחלק בין סתם נאמנות לנאמנות כבי ארי אבל למ"ש הש"ך הכרעתו דנאמנות סתם בודאי מהני אף שלא בשעת הלואה פשוט דאין מהתוס' שם ראי':

טו) בשעת הלואה. יש לי עיון אם גם בשותפין הפוטרין עצמן משבועת שותפות אם צריך דוקא בשעת התחלת השותפות וכן בשבועת בן הבית ואפטרופסית ומן הסברא נראה דכאן לעולם יכול ליתן נאמנות דהרי כל הטעם דנאמנות לא מהני רק בקנין אם הוא שלא בשעת הלואה דהוי כמחייב עצמו לאיזה דבר דצריך דוקא קנין אבל שבועת שותפין ואפטרופום הוא רק כמחילה ועל העבר פשיטא דהוי רק מתחילה ולא בעי קנין ואך על העתיד נראה ג"כ דבכל יום דמתעסק הוי כשעת מתן מעות והנתה"מ שהבאתי בס"ק הקודם דהבין דראיית התומים הוא מאפטרופא ולא מהני בלא כתיבה משמע דאח"כ אין יכול לפוטרה ואך כבר כתבתי דראייתו מפוגחת אבל מאפטרופא נראה דלעולם יכול לפוטרה וגם הרי תוכל לומר אין רצוני להתעסק רת אם תפטור אותי וצ"ע כי הוא דבר חדש:

טז) אע"פ שעבר הזמן עדיין הנאמנות קיים. הסמ"ע כ' דאפי' יש זמן וכו' דאל"כ פשיטא והש"ך ס"ק ל"ז הבין כונתו דאל"כ היינו תוך הזמן פשיטא לכן דתה דבריו אכן נראה כונתו דפשיטא דגם אתר הזמן נאמן וע"כ כונת המחבר אף דיש זמן רב עיין סמ"ע וש"ך ותבין:

יז) אא"כ פירש שפוטרו ממנו ומיורשיו. הש"ך ס"ק ל"ת הקשה למה סתם הרמ"א ולא הביא הדיעה הסוברת דאף פיטור בפירוש מיורשים לא מהני והקצה"ת מחרץ ע"פ דברי הריטב"א דשם לא מהני הנאמנות רק מטעם דברים הנקנין באמירה ולכן בלא קנין דילמא לא גמר ומקנה לכן בעי קנין וא"כ כאן בשעת הלואה י"ל דהוי כקנין והרי מבואר בש"ך דקנין מהני נגד היורשים ג"כ ע"כ והנתה"מ דחה דבריו דשעת נשואין הוי כשעת הלואה והריטב"א לרבותא כ' זה אף דהוי דברים הנקנין באמירה מ"חנראה דחייבין לשלם ול"מ להסוברין דאין טוענין ליתמי נאנסו וא"כ מה לי נאנסו או הפסד וכל הפסד לא הוי רק כאונס וכ"ש לאחר התקון דחזינן דנאנסו נאמן בשבועה והפסד צריך לברר ואך אף הסוברין דטענינן להו נאנסו מ"מ הא אין טוענין להו כן רק מחמת ספק והרי כ' בעה"מ הביאו הקצה"ח לעיל סי' ס"ט דקשה לי' דאיך נטעון להו נאנסו כיון דיש שבועת התירה חייב באינו יודע וניחא לי' דהא התורה מיעטה שבועת השם תהי' בין שניהם

ולא בין היורשין לכן באין יודעין פטורין וכ"ז היכי דאין כאן רק שבועה נתמעטו היורשין אבל היכי דאין אביהן נאמן וצריך לשלם א"כ חייבין בספק, וכ"ש לסברת הנתה"מ לעיל סי' ס"ט דלכן טענינן להו נאנסו משום דאף אביהם הי' פטור בא"י לולי דמחויב שבועה ואיל"מ ולכן יתומים דאין בהם מחויב שואיל"מ פטורין מספק והוי כמו א"י אם נתחייבתי וזה לא שייך היכי דהי' חיוב תשלומין על אביהם ואך סברת הנתה"מ לא ברירא לי גם בס"ס ע"א פקפקתי בדברי הנתה"מ מ"מ בנידון דידן נראה דלא טענינן להו שהפסיד וכן נראה המנהג פשיט:

ה) פרעתיך בפני פו"פ. עיין ש"ך ס"ק י"ג דהיינו דוקא במיחד אותן עדים ועיין בחידושי לאה"ע סי' ו' כתבתי טעם לשבת למה גבי מאיש פלוני וכהן הוא כתבו הפוסקים דאין צריכה לומר משל פלוני הוא רק סגי באומרת לכשר נבעלתי עיי"ש מ"ש אך עדיין קשה בב"ב (ד' נ') גבי אשה שאמרה של פלוני הוא כתבו ג"כ התוס' לדבר פשוט דאינה צריכה לומר של איזה פלוני הוא ואולי דוקא בעדים דלא חיישינן שישקרו צריך לומר בפני פו"פ אבל שם דאמרה אתר הפקיד לא שייך דנשאל אותו כיון דהוא נוגע וחיישינן דיסכים למאמרה למה נצרך לברר וצ"ע ולא נפניתי לעיין בפוסקים שם:

ו) והמלוה אומר בתורת פקדון קבלתים וכו' אין בדבריו כלום מאחר שמודה שקבלם. עיין סמ"ע ס"ק י"ת דאם בשעת קבלה אמר בפירוש שמקבלם לפקדון ונאנסו לא הוי פרעון והקצה"ח הקשה הא אפי' בתוך זמנו יכול הלוה ליתן הפרעון אפי' בע"כ דמלוה ומתרץ דכאן הוי הזמן לטובת המלוה שלא יוכל הלוה לומר שפרע והוא תימה דכי משום דירא שלא יפרע נאמר דאף נתינת הפרעון טוב לו שלא יתן לו ואדרבה אין לך פרעון חשוב מזה שנותן ואינו נאמן שנתן ומה גריעותא הוא למלוה וגם בכל קביעת זמן יש, טובה זו למלוה שאין הלוה נאמן תוך זמנו שפרע ואכן נראה העיקר כדברי הטו"ז דרק אם המלוה אומר שמקבלם לפקדון והלוה שותק אז לא הוי פרעון דאמרינן דגם הלוה נתרצה לדבריו ובזה ודאי לא אמרינן דהא דשותק משום דאינו חושש להשיבו דמאי איכפת לי' אדרבה טוב לו שיהי' בפקדון ואם יהי' צריך למעות יצטרך המלוה להחזיר לו אבל באין הלוה מסכים ודאי דהוי פרעון וא"כ לק"מ מה שהקשה הקצה"ח ופשוט:

והנה הטו"ז הביא ראי' דלעולם יוכל הלוה לכוף את המלוה לקבל הפרעון דאל"כ מה מהני תקנתו של הלל בבתי ע"ח דהתקון שיהי' חולש מעותיו ללשכה הא יוכל הלוקח לומר אל תפרעני אלא בפני פו"פ (נראה כונתו אף דאמרינן דיכול לעולם ליתן בב"ד היינו אם לא התנה בפירוש אבל יוכל להתנות שאף לפני ב"ד לא יתן לו) וע"כ דלעולם הוי פרעון והרב המגיה דחה זה דהרי שם אם יתנה תנאי ולא יקיים התנאי יהי' המכר

בטל גם יהי' ריבית ולק"מ דהרי התנאי אינו במכר והרי לא התנה רק אם לא יפרע בפני פו"פ לא יהי' פרעון ויתקיים המכר אך הקשה על הטו"ז דא"כ יוכל ג"כ להתנות שלא יחלוש מעותיו בלישכה וגם כל מלוה יוכל להתנות שלא יפרע לו בע"כ וזה ודאי דמהני ואך נראה בודאי ששום תנאי לא מהני בבתי ע"ת בענין הפרעון דהרי א"כ נמצא דהי' התנאי בהמכר והיינו שאם לא יפרע לו בתנאי זה יתקיים המכר והרי הפרעון הוא ע"ד התורה וגזה"כ והתורה חייבה להחזיר הבית ע"י פרעון אם יחזיר המעות כפי דעת התורה שיהי' נקרא פרעון ומה לנו לתנאו והרי זה דומה ממש למתנה שיהי' הבית חלוט לו דהוי מתנה עמ"ש בתורה ואף אם נאמר דיוכל להתנות על המעות שלא יהי' נאמן רק בתנאי זה היינו שיוכל לתבעו שנית אבל הבית מוחזר לו מיד שפרע במה שהוי פרעון אלו לא התנה ובנותן ללישכה יצא הבית מתחת יד הלוקח וזה פשוט בעיני וגם אימת יתנה אם בשעת המכר הא אף אם יסכים המוכר להחליט הבית יוכל לחזור ואין התנאי ענין להמכר ובאם יתנה אח"כ הברירה ביד המוכר לומר שאינו רוצה בתנאי ואף אם בהלואה מהני גם תנאי אח"כ עיין מ"ש ס"ק ג' ויכול המלוה לומר אם אינך רוצה בתנאי תחזיר לי מעותי מיד אבל שם דנתנה התורה הברירה למוכר או להחליט או לגאול אין הברירה בידו להטיל תנאי ועדיף עוד מתוך זמנו דמוכרת המלוה לקבל ובשעה שניתן לו אין יכול לומר אל תפרעני אלא בפני פו"פ כיון דמחזיר מעותיו דאל"כ לא תמצא פרעון ת"ז שיכופו הלוה לקבל ופשוט אך בדין דכאן הסכים המגיה ג"כ להטו"ז דהברירה ביד הלוה לומר דאינו רוצה שיהי' פקדון ביד המלוה ודו"ק:

סימן עא

א) התנה המלוה עם הלוה שיהא נאמן וכו' נוטל בלא שבועה. הש"ך ס"ק א' בטעם השני כ' דלכן נועל בלא שבועה דאנן סהדי שלא פרעו כיון דהתנה והשע"מ הביא דכן כ' בעה"ת והקשה השע"מ דא"כ למה כ' הרא"ש והוא בש"ע לקמן סי' ק"ח דיורשי המלוה נשבעין דלהם לא נתן נאמנות והרי מ"מ אנן סהדי שלא פרעו ותי' דהתם איירי בטוען פרעתי לפני פו"פ והנה חוץ דלא משמע כן שם עדיין קשה דהרי כ' הרא"ש דאם מכרה כתובתה גם היא צריכה לשבע דלא נתן לה נאמנות רק אם תגבה בעצמה ועיין באה"ע סי' צ"ת ונימא ודאי לא פרע כיון דנתן לה נאמנות אך נראה דבלא"ה צריך להבין למה גרע מכל שטר דג"כ אין הלוה נאמן ומ"מ צריך המלוה לשבע ולא אמרינן ודאי לא פרע ואי די"ל דפרע וסמך על השבועה ה"נ אם יצטרך לשבע נאמר דסמך על השבועה שלא ישבע בשקר לכן נראה עיקר הטעם דנאמנות הוי כהתראה כמ"ש הש"ך ס"ק ז' ולכן ודאי אף אם פרע אדעתא דהכי פרע ג"כ דאם יכחישו יהא נאמן ואנן סהדי דאינו עובר

על התראה וניתן אדעתא שיהא המלוה נאמן אבל יורשים דלא נתן להם נאמנות שפיר יוכל לומר כי פרע למלוה דידע שלא יכפור. וכן המגיה בטו"ז כ' דלא שייך אנן סהדי:
ב) ה"ז נוטל בלא שבועה. השו"ך ס"ק ב' כ' דיש מחלוקת בין הפוסקים אי סתם נאמנות מהני נגד ע"א (מ"ש הש"ך שלא יצטרך לשבע נגדו דבשטר איירי ולענין בע"פ עיין ס"ק שאח"ז) והסמ"ע כ' דמהש"ע דכ' דנאמנות כבי תרי נאמן אפי' עדים מכחישין אותו ומנ"ל זה דילמא לא נתן לו נאמנות כבי תרי רק דיהי' יותר מע"א וע"כ דנגד ע"א אף סתם נאמנות מהני נגדו והש"ך כ' דאין ראי' דמשמע מדברי בעה"ת דהטעם דאנן אדידי' סמכינן דפסלינהו לכ"ע ע"כ ולא זכיתי להבין דבריו דאעיקרא דדינא פירכא דהסמ"ע על טעם זה פריך מנ"ל דפסלינהו לכ"ע ודילמא לא נתן לו נאמנות רק נגד ע"א וצ"ע אך גם דברי הסמ"ע צ"ע בעיני דאיך דייק דסתם נאמנות מהני נגד ע"א דאל"כ נאמנות כבי תרי לא יהני רק נגד ע"א הא אף אם נאמנות סתם לא מהני רק נגד עצמו ורצה להאמינו נגד ע"א הי' לו לכתוב דהאמינו כע"א וממילא הי' מהני יותר מע"א דאי רק כע"א יתן לו סתם נאמנות ומהני נגדו וע"כ נאמנות כעד הוא יותר מעד וא"כ נאמנות כתרי הם יותר מתרי וצ"ע עיין ש"ך סוף ס"ק ב' ודו"ק:
ג) בלא שבועה. השע"מ העלה דאף אם סתם נאמנות לאמהני נגד ע"א היינו רק דצריך לשבע נגד העד אבל בשבועה מהימן אפי' במלוה ע"פ והקשה על מ"ש הב"ש באה"ע סי' קמ"ד גבי ה"ז גיטך אם לא באתי וכו' חיישינן שמא בא ואם אמר תהא נאמנת עלי שלא באתי נאמנת ולא חיישינן שבא וכ' הב"ש דאם יש שני עדים שבא אינה נאמנת דלא הימנה יותר מעדים גם לא מהני ואם יש ע"א תלוי בפלוגתא שכ' הש"ך כאן אי נאמנות סתם מהני נגד ע"א והקשה השע"מ לפי שיטתו דלעולם נאמן בשבועה וא"כ לא נתבטל הנאמנות מכל וכל וא"כ לענין גיטין דאין דבר שבערוה פחות משנים מה מהני ע"א להכחישה ע"כ ולפענ"ד אף אם נאמר כן דאין צריך רק לשבע נגדו מ"מ דברי הב"ש נכונים דבשלומא כאן הרי יש לו נאמנות נגד הלוה וא"כ ממילא לא מהני ע"א לבטל הנאמנות דאין ע"א קם לממון וכשנשבע נגדו נתבטל נאמנות העד אבל שם אף דנתן לה נאמנות אין הנאמנות נגדו דהרי אף הוא עצמו אינו נאמן לומר שלא בא דהרי אנן הוא דחיישינן משום חומר א"א שמא בא והא דמהני נאמנות כתבו התוס' משום דאמרינן דנתן לה גט על תנאי זה שאף אם יבוא אם תאמר שלא בא יהי' הגט גט וא"כ נגד ע"א אם נאמר דאין הנאמנות נגד עד א"כ לא הי' התנאי שאף אם יכחישה ע"א והיא תשקר יהי' הגט גט ממילא נתבטל נאמנות שלה דהרי הנאמנות הוא רק בגדר תנאי וזה ברור ואדרבה להיפוך קשה קצת על הב"ש די"ל דאף אי נאמנות מהני נגד ע"א היינו בממון

דיכול ליתן להמלוה נאמנות כפי רצונו אבל כאן דאין בידו רק מכת תנאי דילמא הכל מודים דלא מהני נגד ע"א וצ"ל דסברת הב"ש כיון דסתם נאמנות הוא אף להכחיש ע"א התם נמי הוא בכלל התנאי דאף אם יכחישה ע"א יהי' גט ודו"ק. אך בעיקר הדבר דכ' השע"מ דאף במלוה ע"פ א"צ רק לשבע אני נבוך ובתומים משמע להיפוך דכ' הכרעה שלו אי מהני נאמנות נגד ע"א ומחלק דבשטר דאין ע"א מחייב שבועה רק להפיס דעת הלוה א"כ בנתן לו נאמנות מפויס ועומד הוא אבל במלוה ע"פ מהיכי תיתי דנוציא ממון מספק עיי"ש משמע דסובר דאין להוציא כלל להסובר דאין הנאמנות נגד ע"א ומה שהכריח השע"מ דא"כ אף ע"י ע"א קרוב נימא דנתבטל הנאמנות וזה לא שמענו ע"כ אין זה הכרת ואולי אה"נ דנתבטל נאמנותו ועיין ש"ך ס"ק ה' ואין להקשות דא"כ מצינו קרבן שבועת העדות בקרוב כבר כתבתי בסי' כ"ת בשם הירושלמי כיון דאין זה בגדר עד לא חייבתו תורה קרבן ואך בל"ז קשה לי דלא מצינו נשבע ונוטל רק בשטר בע"א מעיד שהוא פרוע (ואם נאמר דנאמן אף שבועה א"צ ולאחר פרעון יוכל המלוה לומר קים לי) אך הש"ך כ' דאחר הפרעון יוכל לתבעו אם לא יטעון סיטראי ה"ה בע"א משביעו ומ"ש הנחה"מ דלדעת הסובר דהוא משום חזקה דאנן סהדי אף אחר הפרעון אין יכול לתבעו כבר כתבתי בס"ק א' דאין זה חזקה גמורה) ולכן נראה דדברי השע"מ צ"ע. שוב מצאתי בס' מקצוע בתורה כ' ג"כ דלא מצינו ע"א מעיד שהוא פרוע רק בשטר ודו"ק. ובהשמטות לסי' ע"ב כתבתי דמבואר בהרשב"א דבכ"מ דנוטל צריך לשבע נגד עד דלא כס' מקצוע בתורה:

ד) ואפי' הי' להלוה מיגו. התומים כ' דהיכי דהתנה הנאמנות בינו לבין עצמו כיון דלעולם יוכל לכפור התנאי הוי כהתנה שלא יהני מיגו ולא כ' הרמ"א לעיל דמהני מיגו בעיקר הנאמנות רק אם היו עדים בשעת התנאי ועכשיו ליתנייהו והביא ראיות לזה והנחה"מ דתה דבריו ואך הסברא לכאורה כהתומים והנתה"מ עצמו כ' לקמן סי' קל"ג כמ"ש התומים כאן גם תימה לי על הנתה"מ דכ' דמהני מיגו דאי בעי אמר דלא הימני' והרי בס"ק א' כ' דנאמנות הוי כנאמן עלי אבא ולעיל סי' כ"ג כ' הנתה"מ דאינו נאמן במיגו שיכול לומר דלא קבלו לדיין (הנה לכאורה רציתי לומר דהתם לא מהני מיגו מטעם דהוי מחויב שביעה ואיל"מ אך דא"כ אף ביצאו מלפניו למה לא הוי מחויב שבועה ואיל"מ וע"כ או מטעם דכ' הש"ך דכל היכי דגם עכשיו מכחישו לא הוי מחויב שבועה ואיל"מ או מטעם אחר) וע"כ הוא משום כיון דקבלו הוי כמיגו במקום עדים וה"נ כאן ואמת אם נחלק כמ"ש הסמ"ע בין הימני' כבי תרי לא מהני מיגו אתי שפיר אכן הרי קיימינן לפי התי' דיש חילוק בין מיגו בעיקר נאמנות א"כ לכאורה נראה כהתומים ואך הנה

הקצה"ח הקשה דרש"י כתב גבי מהימנת עלי דאמר לי' בפני עדים בשעת הלואה וכ' הקצה"ח דלכן כ' רש"י בשעת הלואה משום דקאי שם לפי מה דסברו אביי ורבא דסתם נאמנות מהני אף נגד עדים וא"כ הוי כנאמנות כבי חרי דלא מהני רק בשעת הלואה אך א"כ קשה למה כ' בפני עדים לפי מה שכ' הסמ"ע דבנאמנות כבי תרי אף מיגו לא מהני ואך התי' פשוט דע"כ צ"ל בפני עדים לפי מה דאמר ר"פ דהנאמנות הוא נגד עצמו ואך לפמ"ש התומים דבינו לב"ע לא מהני מינו דהוי כהתנה שלא יהני מיגו א"כ הדרא קושיא לדוכתי' למה פרש"י דאמר לי' בפני עדים וצ"ע לדינא. ועיין טו"ז סי' ס"ט ובהמגיה שם:

ה) כיון דנחית לדיעות. נראה דאם נתן לו נאמנות כמאה עדים לא אמרינן דנחית לדיעות כיון דכן המנהג לכתוב ח"י תעיד כמאה עדים והוא יוצא מלשון התוספתא הודאת בע"ד כק' עדים ומשום דאמרינן בכ"מ תרי כמאה הנהיגו לשון זה:

ו) וכן אם העידו שמחל לו מהני. התומים הקשה וכי פרעון לא הוי מחילה וכן הודאה וכי עדיף מפרעון והנתה"מ ס"ק ת' כ' דבפרעון הי' הלוה יכול ליקח שובר אבל במחילה והודאה אין ביד הלוה והוא דוחק דמה להמלוה בתקנתא של לוה והוא התנה בנאמנות לתקנת עצמו שלא יוכל הלוה לשכור עדים וכדומה אכן הטעם פשוט דבפרעון לא נתבטל נאמנות דילי' אבל כשמחל הרי בעצמו מחל כל השטר ומחל גם תנאי הנאמנות וכן בהודאה י"ל דביטל נאמנות שלו ונתן להעדים נאמנות נגדו וכענין הזה כ' הש"ך סי' נ"ה ס"ק י"א והעיקר הוא דפרעון בא מחמת הלוה אבל הודאה ומחילה בא ע"י המלוה ובהודאה י"ל ג"כ סברא אחרת דכל נאמנות הוא כמו שיאמר פעם ראשון כמו קבל עליו דיין ועד פסול דכמו שאמר פעם אתת נתקיים אבל אינו יכול לדון ולהעיד באופן אתר וה"נ נתן לו נאמנות כמו שיאמר פעם אחת ואם יאמר שלא נפרע ישלם אבל כיון שכבר אמר והודה שקבל הפרעון שוב אין יכול לומר שלא קבל ויש להעמיד זה בלשון הרמב"ם שכ' שיעיד על עצמו שנפרע והש"ך מפרש דהיינו בפני ב"ד אבל המחבר דמפרש דמהני אף לפני עדים א"כ משמע מלשון שיעיד דהיינו שכבר אמר כן שוב אין חוזר ומגיד עיין מ"ש לקמן בס"ק ת' וס"ק ט'. ועיין נתה"מ שפי' מ"ש הש"ך במוסגר דמ"ש הטור וא"א כ' כהר"י מיגש קאי אלעיל ופי' הנתה"מ ר"ל דקאי על דין הראשון דכ' הר"י מיגש דאף ביש עדים שפרעו יכול לתבעו ותימה בעיני דהרי הש"ך כ' דמ"ש הטור ודוקא פרעון אבל העידו שהודה נאמנים הוא ג"כ מדברי הר"י מיגש וכ' הש"ך דגם הרא"ש סובר כן וא"כ למה הוצרך לומר דקאי אדלעיל ולא על ודוקא ויותר יש לפרש דבריו דקא אדלעיל היינו ודוקא שהוא מדברי הר"י מיגש ולא כפירוש הד"מ דקאי על הרמב"ן דחולק והיינו דהד"מ כ' דס"ל להרא"ש כהרמב"ן ועיין בנחה"מ כי קצרתי: ז) הלוה חוזר ותובע את

המלוה וכו' ואם כפר ישבע היסת. עיין ש"ך סוף ס"ק י"ג הביא דברי הר"ן דכ' דע"כ כן הוא (ר"ל דאף אחר הפרעון נאמן המלוה בהיסת) דאל"כ הפוכי מטרתא למה לן והקשה הב"ח הא נ"מ באם יש לאחר בינונית ולהשני זבורית וכ' הש"ך דלפמ"ש דאיירי בטוען סיטראי ואם העדים נאמנים שעל תוב זהמ"מ לא מהני למעקר השבועה ע"כ ודבריו לא נהירין דהא הריטב"א כ' בפירוש דילמא לא גמר ומקנה וזה לא שייך רק בדברים הנקנין באמירה דהוא מטעם גמר ומקנה גם מ"ש הנחה"מ דשעת נשואין הוי כשעת הלואה דלא נשאת לו רק אדעת כן הוא תימה דהא בכמה דברים אמרינן דלא קנו דהיינו בנשואים שניים ובלא עמדו וקדשו בשעת הפסיקא ולא אמרינן דעל דעת כן נשאת לו ובודאי יש מקום לסברא זו ולומר דבמלוה כיון דהכל תלוי בדעתו ואינו רוצה להלות רק בנאמנות נגד יורשין א"כ הוי כקנין אך מטעם אחר יש להשיג על הקצה"ח דלפי דבריו דכל הנאמנות הוא רק מטעם דברים הנקנין באמירה וא"כ בנשואין שניים ובלא עמדו וקדשו מתוך פיטור הנאמנות נימא דלא מהני כלל נאמנות וזה ודאי אינו והריטב"א ע"כ צ"ל דס"ל דאף שלא בשעת הלואה מהני נאמנות ואין כונתו דמטעם נקנין באמירה מהני רק כונתו דאף בשעת הנשואין הוא רק בדברים הנקנין ובשלא בשעת נשואין לא עדיף אבל להש"ע דדוקא בשעת הלואה מהני ע"כ דשעת נשואין הוא כשעת הלואה והכתובה אין לה ענין כלל לפסיקתא דר"ג וכן משמע בכל המקומות ומ"מ לא מהני פיטור נגד יורשין ה"ה בהלואה ולכן העיקר כהש"ך:

יח) אין הנאמנות מועיל נגד לקוחות. הש"ך ס"ק מ"ב הביא דיש בזה מחלוקת הפוסקים והתומים כ' הכרעתו דנאמנות כבי תרי לא מהני ובשע"מ ראיתי שכ' לתמוה על הבעה"ת שכ' דלהסוברים דנאמנות לא מהני לענין לקוחות ה"ה נאמנות כבי תרי ר"ל דאם באו עדים שפרע אין גובה כלל ותמה השע"מ דהא הרי"ף כ' דלכן לא מהני נאמנות נגד לקוחות הוא משום דחיישינן שמא כבר פרע והחזיר השטר להלוה והרי חזינן דלא חיישינן לחשש זה רק לענין שצריך המלוה לשבע אבל מ"מ גובה מלקוחות א"כ ה"נ נימא כן דאם יבואו עדים שפרעו יצטרך לשבע אבל מ"מ יגבה ואין לומר כיון דאיכא עדים גרע וחיישינן יותר לקנוניא א"כ מנ"ל להבעה"ת דהראב"ד והרמ"ה סוברים דכל נאמנות מהני נגד לקוחות והרי הם בסתם נאמנות איירי אבל בבאו עדים דחיישינן יותר שמא מודים דלא מהני ע"כ ודבריו תמוהים דהרי הכל בחדא מחתא מחתינהו דנגד הלקוחות בטל הנאמנות וכאלו לא נתן נאמנות וא"כ בסתם נאמנות בטל לענין שצריך לשבע אבל ודאי גובה דכל שטר הוא לגבות מלקוחות וא"כ ה"ה נאמנות כבי תרי ובאו עדים שפרעו כיון דבטל הנאמנות אין גובה כלל כמו בכל שטר שבאו עדים שפרע וזה

פשוט ומ"ש הרי"ף דחיישינן שהחזיר השטר היינו משום דכ"ז שלא החזיר לא נתבטל הנאמנות דלא שייך קנוניא בשעת פרעון דיכול ליתן את שלו במתנה ודו"ק:

יט) לגבי לקוחות. כ' התומים דאם ידוע שאחר שקנו הלקוחות ודאי לא פרע ורק כל הספק שמא פרע קודם שמכר אז הכל מודים דמהני הנאמנות אף נגד לקוחות וגובה מהם בלא שבועה דהרי אז הי' בידו ליתן הפרעון במתנה שיכול ליתן את שלו עיי"ש ולא זכיתי להבין דבריו דכי אחר שמכר אין בידו ליתן במתנה את שלו ולכן כ' הרי"ף דהחשש הוא שמא כבר החזיר השטר וא"כ גם קודם שמכר אולי פרע ונתבטל השטר ועתה עושה קנוניא ומ"ש התומים דמה שנתן בתחילה הרי נאמנות כמחילה ויכול למחול קודם שמכר הא ודאי אינו וחוץ מהא שכתבתי דמאי נ"מ ושמא עכשיו עושה קנוניא ואי יכול למחול עכשיו הפרעון ומעיקרא מחילה הוא א"כ אף אתר שמכר תהא מחילה אך בלא"ה ודאי אין הנאמנות מחילה למה שפרע עיין ש"ך ס"ק ז' ואם ודאי פרע הוי גזל ביד המלוה כמ"ש הרי"ם פ' הכותב ועל כל הטעמים שכתבו הפוסקים יש סתירות רק עיקר הנאמנות שיכול אדם לשעבד נכסיו למה שיאמר המלוה ואם נפרע נתבטל השטר גם בסי' פ"ב בתומים ס"ק ד' ג' כזה דאם ב"ת מוקדם גבה ממטלטלין מועיל הנאמנות ובעצמו כ' דמדברי התוס' כתובות (ד' צ"ב) לא משמע כן ובעיני הדבר פשוט ואין להאריך. גם אם כבר החזיר שטרו וכי יאמר דלא נתבטל:

כ) מלוה שהאמין ללוה וכו' מועיל נמי גבי יורשים הנתה"מ בשם הטו"ז הקשה דילמא לא האמינו רק בפניו דאין יכול להעיז ומתרץ כיון דהפוסקים דימו זה לנאמן עלי א"כ הוי כעד ועדים נאמנים לעולם ולכן אמרינן בסעיף כ"ב דאף תוך זמנו נאמן דעד נאמן לעולם ודבריו דחוקים דודאי אי נימא דלא האמינו רק משום דלא יוכל להעיז א"כ במקום שיוכל להעיז לא האמינו ואין לו דין עד ועוד וכי נאמר דשני מלוין אף בסתם נאמנות יהיו נאמנים אף נגד עדים וגם הפוסקים לא דימו זה לנאמן עלי אבא רק לענין דבעי קנין ואם נדמהו לנאמן עלי אבא יצטרך להעיד דוקא בפני ב"ד ויותר יקשה למה טוענין ליורשיו דאביהם פרע הרי לא אמר ולא העיד כלל אך עיקר הקושיא כבר תי' הסמ"ע ס"ק מ"ה דלא אמרינן סברא זו דרק בפניו האמינו רק להחזיק ולא אלים סברא זו להוציא והרי אין לו דין שטר כלל וגם מ"ש הסמ"ע לעיל סעיף י"ז דנאמנות סתם לא מהני נגד יורשים דשמא לא האמינו רק נגדו דאין יכול להעיז אין זה עיקר הטעם כמו שהוכיח השע"מ בראי' גמורה דהא אף בשבועת אפטרופיא לא נפטרה בנאמנות סתם נגד היורשים אף דלא שייך דנגדו לא תוכל להעיז דהא על שמא נשבעת וגם טעם

הנתה"מ דלא רצה לעקור תקנת השבועה הוא דוחק והעיקר דלא קאי הנאמנות רק על מה שהוא במשמעות הלשון:

כא) משלם המקצת ונשבע היסת. מ"ש הסמ"ע ס"ק מ"ב דאין לומר מטעם דאין נשבעין על שטרות וכו' כונתו דאין נשבעין בשטר משום שעבוד קרקעות וכן כתב בפרישה ועיין ש"ך ס"ק מ"ט:

כב) אפי' תוך הזמן וכו' יש מי שאומר דאינו גובה מהיורשים. הפרישה כ' דאף דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא כאן שהאמין ללוה נעשה תוך הזמן כלאחר זמן ומילתא דשכיח הוא ואני לא אבין דלמה ביום דמשלם זמנו אף דהלוה נאמן שפרע במלוה ע"פ ומ"מ לא טענינן ליתמי למ"ד דלא טענינן להו מילחא דלא שכיחא ובלא"ה מה סברא הוא זו כיון דיש לו נאמנות יפרע יותר והרי אמרינן דלא עביד דפרע תוך זמנו משום דגלי דעתי' דצריך למעות וא"כ למה יהי' שכיח לפרוע ביש לו נאמנות ואף דכתבתי לעיל סי' מ"א ובהרבה מקומות דחזקה זו רק על הרוב נאמר ולולי דראו חכמים לתקן שלא יהי' נאמן יארע דפורע תוך זמנו היינו דמילתא דלא שכיחא הוא שיהא פורע ורק מיעוט פורעין לכן הי' נאמן לולי תקנת חכמים וכיון דתקנו דאינו נאמן ודאי אינו פורע וא"כ אמת כאן דנאמן שוב אפשר דפרע אבל מ"מ לא שכיח הוא דהרי להכי תקנו שיהא המלוה נאמן משום דלא שכיח דפרע ופשוט בעיני דהיש מי שאומר הרי הוא מדברי בעה"ת ואיהו לשיטתו דס"ל דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא ומזה נראה ראי' להש"ך סי' ע"ת שכ' דלמ"ד דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא ה"ה ביום דמשלם זמנו טענינן להו והרי כאן אף תוך זמנו טענינן להו כנלפענ"ד. והנה זה שנים רבות אשר כתבתי זה ועתה בא לידי חו"מ עם פתחי תשו' ותה"ל כי מצאתי שכ' כן בשם הגאון רע"א דזה למ"ד דטענינן מילתא דלא שכיח ליתמי ונהניתי: כג) שאינו גובה מהיורשים. כבר כתבתי בס"ק הסמוך דהוא משום דסובר דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיח ומכאן נדחין דברי הנתה"מ לעיל סי' ס"ט ס"ק י"א ובהרבה מקומות שנ' דלא טענינן ליתמי היכי דטענת שמא של אביהן לא מהני אף בלא חיוב שבועה ואיל"מ עיי"ש והרי הכא לא מהני טענת שמא של אביהן ומ"מ טענינן ליתמי ופשוט:

סימן עב

א) המלוה על המשכון צריך ליזהר שלא ישתמש בו מפני שהוא כמו ריבית. כ' הסמ"ע דלדעת הרמב"ן דבחצר דלא קיימא לאגרא אם דר בו א"צ לשלם אף לצאת י"ש ה"נ כאן אם לא קיימא לאגרא א"צ לשלם והתומים הקשה עליו דהא כאן במטלטלין ודאי דנפחת דבר מועט עכ"פ ובזה קיי"ל דמגלגלין עליו את הכל וחייב לשלם כל מה שנהנה ותי'

הנחה"מ דכיון דבמטלטלין הוי גזלן א"צ לשלם רק מה שנפחת ודבריו תמוהים דאם הוי גזלן א"כ לעולם א"צ לשלם רק הפחת אף בקיימא לאגרא וא"כ למה התנה הסמ"ע דדוקא אי לא קיימא לאגרא וע"כ דאירי באופן דלא הוי גזלן כגון שמשתמש בה מדעת בעלים וכן מוכרח לפרש גם דעת המחבר דכ' דאיסור הוא משום ריבית ואם שלא מדעת בעלים בלא"ה אסור דשואל שלא מדעת גזלן הוא וע"כ דמדעת בעלים איירי אך כשבאנו לזה נראה דגם קושיית התומים לק"מ דעד כאן לא אמרינן דבחצר דלא קיימא לאגרא אם נפחת מעט מגלגלין עליו את הכל הוא רק בדר שלא מדעתו עיין באחרונים סי' רמ"ו ושס"ג גבי דר עמי ותראה שאין סברא כלל לחייבו יותר ממה שהזיקו היכי דדר מדעת ואין מגלגלין עליו את הכל וה"נ דנשתמש בו מדעתו ואין כאן רק משום ריבית שפיר קאמר הסמ"ע דלדעת הרמב"ן א"צ לשלם. אך זה קשה לי דלמה כ' הסמ"ע בלשונו וה"נ אם לא קיימא לאגרא והרי אף דהחפץ קיימא לאגרא מ"מ כאן דהוא משכון תחת יד המלוה הרי ודאי לא קיימא לאגרא דהרי אינו יכול להשתדל בו להשכירו כמ"ש החו"ד ביו"ד סי' קע"ב בשם התוס' ב"מ (ד' ס"ד) ד"ה ולא ישכיר ממנו בפחות אכן לאחר העיון נראה כי גם בזה נכונים דברי הסמ"ע ודברי החו"ד הם תמוהין לפענ"ד ולא ראיתי לשום פוסק שיאמר כן דבהלוה על חצירו לדור בחנם לא הוי ריבית (והחו"ד השיג שם על הש"ך מדברי התוס' הנ"ל ע"ש) ועיקר הסברא אינה נכונה דודאי אם מתחילה לקחו סתם שלא להשתמש ורק אח"כ הודיע ללוה שרוצה להשתמש בו הוי לא קיימא לאגרא כיון דאין יכול להשכירו אבל פשוט דאם בשעת הלואה התנה לדור בו כיון דמקודם שמסר הבית לידו הי' בידו להשכיר וקיימא לאגרא דהוי ריבית גמור דאיך נאמר שמשום דאחר שמסר בידו אין בידו להשכיר שוב מותר והוי לא קיימא לאגרא והרי התנה שיתן בידו בית זה והוא קיימא לאגרא ולא כתבו שם התוס' בשם ר"ת דהוי לא קיימא לאגרא רק כתבו דאין לו הפסד ומותר בנכייתא וכונתם שם דעכ"פ לא הוי כדר בחנם כיון דהלוה מוכרח להשכין הבית עיין ש"מ שם ודו"ק ויצא לנו בזה דמה שכתב הסמ"ע דלא קיימא לאגרא זה בהתנה תיכף בעת שלקחו להשתמש בו בעינן דוקא דלא קיימא לאגרא אבל אם בתחילה נטלו סתם ולא התנה ואח"כ הודיע ללוה שרוצה להשתמש בו לעולם הוי לא קיימא לאגרא כיון דאין יכול להשתדל להשכירו כמ"ש:

והנה במ"ש דהיכי דדר בה מדעת א"צ לשלם יותר ממה שהפסידו בלא קיימא לאגרא אף כי הי' נראה כן בסברא והי' לי קצת הוכחות לזה אכן עיינתי בש"ך יו"ד סי' קס"ו ולא משמע כן ואי"ה אברר זה במ"א אך בקושיית התומים למה לא ישלם מה שנהנה עיינתי בסי' שס"ג והנה שם סעיף ה' איתא התוקף ספינתו ש"ח אם לא קיימא לאגרא אינו נותן

רק הפחת ואם קיימא לאגרא אז אם נטלן ע"ד שכר נותן שכרה ואם נטל ע"ד שאלה שלא מדעת הוי גזלן ואינו נותן רק פרא שא דבלא קיימא לאגרא אף בנטלה שלא לגזל הפחת ובפירוש כ' כן הרא"ש פ' הגוזל שכר אינו משלם דק פתחה (בחי' שם כחבתי פ' כיצד הרגל או ש דהיכי דגלי דעתי' שאין רוצה בתנם חייב לשלם צריך לוחדי דמ"ש הרא"ש אם נטל ע"ד שכר היינו אם יתחייב בדין לשלם) והנה גם שם קשה דלמה אינו משלם רק הפחת הרי כיון דהי' פחת מגלגלין עליו את הכל ומצאתי שכבר הקשה הש"מ בשם הרשב"א שם בפ' הגוזל קושיא זו ומחלק דדוקא בקרקע מגלגלין בכל אבל לא במטלטלין ולפ"ז אין התחלה לקושיית התומים ומ"מ עדיין יש לעיין בכ"ז וחיפוש בקדמונים:

ב) המלוה את חבירו על המשכון וכו' בין שמשכנו בשעת הלואה בין שמשכנו אחר שהלוהו ה"ן שומר שכר. הש"ך הביא דרש"י ושאר פוסקים סוברים דמשכין שלא בשעת הלואה חייב אף באונסין משום דקנה לי' כדר' יצחק והרמב"ן סובר דהך דר"י הוא לפי האמת אף בשעת הלואה וא"כ מבואר בש"ס דהוי רק שומר שכני א"כ אף שלא בשעת הלואה ל"ש ואינו רק שיש. והנה כי כל האתרונים האריכו בזה לא אמנע להציג מה שחנני השם לחדש בזה וזה יצא ראשונה הנה הקשו על פרש"י מפ' כל שעה דפליגו שם ר"מ ורבנן בישראל שהלוה לנכרי על חמצו דר"מ סובר דהישראל עובר בב"י ורבנן סברי אינו עובר וקאמר דפליגו בדר"י דאמר ב"ח קונה משכון דרבנן סברי ה"מ ישראל מישראל דקרינן בי' ולך תהי' צדקה אבל ישראל מנכרי לא קנה לכן אינו עובר ור"מ מבר ישראל מישראל קנה ישראל מנכרי לא כ"ש לכן עובר והקשו הרי שם בשעת הלואה איירי וא"כ לר"מ אמאי עובר הא ר"י לא אמר רק שלא בשעת הלואה וגם לרבנן יש קצת לדקדק למה הוצרך לומר משים דישראל מנכרי לא קנה תיפוק לי' משום דהוא בשעת הלואה ונראה דגם יש לדקדק מ"ט דר"מ דאמר ישראל מנכרי לא כ"ש הא ר"י אמר אם אינו קונה צדקה מנין וא"כ אם כאן צדקה אין קנין כמו דס"ל לרבנן ומ"ט דר"מ ונראה דהנה הש"ך בד"ה וגם הך דפ' השולח הקשה על הא דאמרינן בש"ס אימור דאמר ר"י שלא בשעת הלואה בשעת הלואה מי אמר נהי דהך קרא דולך תהי' צדקה דמיני יליף ר"י דב"ת קונה משכון דאם אינו קונה צדקה מנין במה שמחזיר המשכון בלילה איירי שלא בשעת הלואה מ"מ מאי טעם לחלק בין שעת הלואה בין שלא בשעח הלואה עיי"ש. והנה ודאי קושייתו גדלה מאוד דהרי אנן לא אמרינן דע"י הצדקה יש לו קנין רק ע"י שקונה יש לו צדקה וא"כ מנ"ל דשעת הלואה לא קנה וכי אם לעולם קנה אין לו צדקה במחזיר המשכון שלקח שלא בשעת הלואה (והש"ך כ' דעיקר הקנין נתגלה ע"י מה שאין לשלה ממקום אחר ואז אף בשעת הלואה קונה) והנה אף כי קושיית הש"ך

הוא גדול בסברא מ"מ הרי אין לדחות ש"ם ערוך המבואר שלא כדבריו (ופלא גדול על הש"ך דאשתמט לי' הש"ם שדיבר בזה הס"ק הרבה פעמים) והוא ש"ם הנ"ל דפסחים דאמרו רבנן דישראל מנכרי דכיון דאין בו צדקה לא קני א"כ מבואר דהקנין תלוי בצדקה ורק היכי דיש צדקה יש קנין ויש ליתן קצת טעם דאין שייך קנין במשכון רק היכי דיש בו איזה דבר לעשות בו ולכן אם התורה נתנה לו מצוה וצדקה להחזיר המשכון לכן יש לו בו קנין ובזה נראה דהא דאמרו כן בפשיטות אימור דאמר ר"י שלא בש"ה הוא דדייק מש"ם הנ"ל מדסברו רבנן דבישראל מנכרי כיון דלא שייך בי' צדקה אינו קונה ע"כ דאינו קונה רק בשלא בש"ה ולפ"ז מיושב קושיא הנ"ל דע"כ צריך לומר דר"מ ורבנן פליגו בסברא זו דרבנן סברי הקנין תלוי בצדקה ור"מ ס"ל איפכא משום דקונה יש לו צדקה ולכן אמר ישראל מנכרי לא כ"ש ולפ"ז לר"מ ע"כ אין חילוק בין שעת הלואה לשלא בשעת הלואה דהרי יליף רק מקרא דקונה א"כ בשעת הלואה אף דליכא צדקה ג"כ קונה כמו ישראל מנכרי ולפ"ז שפיר ס"ל לר"מ דאף בשעה דלואה עובר מדר"י וגם הדקדוק מרבנן לק"מ מה שדקדקנו דלמה הוצרך לומר מטעם דישראל מנכרי לא קנה תיפוק לי' דהוא בשעת הלואה אה"נ דהי' יכול לומרכן רק הרי כבר אמרנו דכל החילוק דאמר אימור דאמר ר"י הוא נשמע מרבנן דסברו ישראל מנכרי לא קנה ודו"ק כי הוא נכון וחריף:

ובזה מיושב גם קושיית התוס' שבועות (ד' מ"ד) ד"ה מאי לאו ואציע בקיצור שיטת הש"ס דשם פליגו ר"א ור"ע בהלוהו על המשכון ואבד המשכון דר"א ס"ל ישבע וויטול מעותיו ור"ע ס"ל אבד המשכון אבד מעותיו ופריך הש"ס ה"ד אי דשוה מ"ט דר"א (ופירשי התוס' לשיטת רש"י דס"ד דאף בשעת הלואה קנה מדר"י וא"כ למה יטול מעותיו) אלא בדלא שוה ובשמואל קמפלגו ואח"כ אמר דפליגו בדר"י ופריך אימור דאמר ר"י שלא בשעת הלואה וכו' והקשו התוס' לגירסא זו דמאי קאמר אלא בדלא שוה והיינו כי אז אינו תופסו רק לזכרון והרי כיון דידע מר"י ור"י גזה"כ הוא ווא"כ וכי בדלא שוה לא קרינן בי' השב תשיב העבוט ולך תהי' צדקה ומכת זה דחי הגירסא ולפמ"ש לק"מ דהרי בס"ד דר"י אף בשעת הלואה אמר וע"כ לא ס"ל דהקנין תלוי בצדקה דהא בשעת הלואה אין כאן צדקה וא"כ ע"כ דס"ד דהצדקה תלוי בהקנין והקנין הוא משום דמקבלו למשכון וא"כ בדלא שוה דאינו תופסו למשכון רק לזכרון דברים לא קנה (ובאמת אין כאן צדקה בלא שוה מה שמחזירו) ולק"מ ודו"ק כי הוא נכון מאוד:

והנה הש"ך תמה על הרמב"ן דהביא ראי' דאף בשעת הלואה אמר ר"י מהא דאמר בקידושין המקדש במלוה שיש עלי' משכון מקודשת מדריב"ח הרי דאף משכון דשעת

הלואה קונה ויכול לקדש בו והקשה הש"ך דהרי התוס' פירשו דאיירי במשכון דידה ואינו מחזיר לה המשכון רק מקדשה בהמלוה ולק"מ ואך על הרמב"ן קשה דאי במקדש אותה בהמשכון ומקודשת משום דהמשכון קנוי לו למה קאמר מקודשת מדריב"ח הול"ל מקודשת מדר"י ונראה ע"פ מה שכתבתי בחידושי אה"ע הנדפס כבר סי' כ"ח דהרמב"ם מפרש דהחזיר לה המשכון והקשיתי א"כ למה הוצרך ללמוד מדריב"ח וכי גרע מכנסי סלע שאני חייב לך והתקדשי בו דמקודשת וה"נ נהי דהמשכון שלה הרי לא גרע ממה שהוא חייב לה דמקודשת בו וכתבתי שם דלא יליף מקידושי יעוד רק אף בלא שדיך ולא אמרה הן דבכנסי סלע אינה מקודשת רק בשדיך והוא מוכרח וכתבתי שם דהתוס' לשיטתם דיעוד בע"כ א"כ אין למילף משם דאף בלא שדיך דשאני קידושי יעוד אבל הרמב"ם דס"ל דיעוד הוא רק מדעתה ויליף מקידושי יעוד דלא דמי לכנסי סלע דהתם חייב לה לכן בעינן שדיך אבל כאן אין מחויב להחזיר המשכון לכן לא בעינן שדיך ולפ"ז עיקר הקנין שיכול להתקדש בהמשכון הוא מדר"י ומריב"ח לא יליף רק דלא בעינן שדיך ושפיר דייק הרמב"ן ובש"מ ב"מ פ' האומנין ראיתי דעיקר הוכחת הרמב"ן הוא מקדושי יעוד עצמן דקאמר ריב"ח דהיא גופה משכון ומקודשת בהחזרת גופה אף דהיא משכון דשעת הלואה ולק"מ קושיית הש"ך אך הש"מ דחה שם כיון דנתנה לו התורה רשות ליעדה הוי כמשכון דשלא בשעת הלואה ונראה דהש"מ ע"כ יפרש דהא דאמרינן המקדש במלוה שיש עלי' דיליף מריב"ת איירי במשכון שלא בשעת הלואה או דקמ"ל דאף דהמשכון דידה מ"מ מקודשת וכנ"ל דאף בלא שדיך ודו"ק:

וד כ' הש"ך לתרץ הך דהשולח דאמרינן תפיס משכון אינו משמט כדר"י וקשה הא שם בשעת הלואה איירי ותי' הש"ך כיון דאם יגיע שמיטה לא יוכל לגבות חובו מיד נקנה לו המשכון בהגיע שביעית והוי כשלא בשעת הלואה ובהגהות א"ב הקשה דאם לא הגיע זמן עד שביעית איך יעשה קנין בהמשכון שלא מדעת הלוה ול"ד למבזבז נכסיו דיכולין ב"ד להגבותו קודם זמנו כמ"ש הש"ך סי' ע"ג ס"ק ל"ד דשמיעה לא דמי למבזבז נכסיו עיי"ש. והנה המעיין שם בש"ך יראה דלק"מ דהש"ך כ' דמלוה לעשר שנים דמשמט אחר מ"ד היינו משום דידע שיהי' שמיטה א"כ סבר וקבל וע"ד כן הלוה ולפ"ז נראה דלא שייך כן רק בלא לקח אבל היכי דלקח משכון אם ידע ונתרצה שהשביעית ישמיענו למה לו המשכון וע"כ הי' כונתו דיגבנו בחובו. ואדרבה בזה נתחזקה סברת הש"ך דאף אם מבזבז נאמר דאין יכולין ב"ד לתופסו אבל כאן דלקת משכון ולמה לו המשכון וע"כ דדעתם הי' לגבותו בחובו ואך הרי ודאי אינו יכול ליקח המשכון שיהי' שלו לכן קאמר דמשכחת קנין במשכון שיקנהו כדר"י ודו"ק:

וד הביא הש"ך דברי הרמב"ן שכ' דשייך קנין אף אם לא קנה לאונסין רק להיות ש"ש וז"ל והם אמרו אומן קונה בשבח כלי ואינו אלא ש"ש ומתרץ הש"ך דהתם איירי באגרי' לביטשא דליכא שבח אבל היכי דאיכא שבח באמת חייב באונסין ע"כ ולא הבנתי למה הוצרך לדחוק בזה והתי' פשוט דהרי שם לא אמרו אומן קונה בכלי רק בשבת כלי ועל השבת באמת חייב באונסין ואין בעה"ב משלם לו אם נאנס דהרי קנאו לגמרי ומה שנעשה ש"ש הוא על חלקו של בעה"ב כמו שותפין דהם ש"ש זה לזה. והנה אמת לקמן סי' ש"ו כתבי הקצה"ח ונחה"מ בפשיטות דאם נאנס הכלי אף שכרו אינו מפסיד ולמדו זה מדברי הרמב"ן דמשמע מדבריו דאף על חלקו של האומן אינו רק ש"ש ותימה לי על דבריהם שלא זכרו דברי הש"ך דכ' דהא דאומן ש"ש הוא רק באגרי' לביטשי אבל היכי דיש שבח חייב אף באונסין ואין הבעה"ב משלם לו וא"כ לשיטת הש"ך הי' יכול לתרץ כפשוטו. גם לקמן סי' פ"ט כתבתי לתמוה על הש"ך במה שמישב דברי הרמב"ן דשם ומוקי דאומן ש"ש בליכא שכחה והוא תימה עיי"ש:

מ"ש הש"ך דאפשר דקונה קנין גמור אף להשתמש וכו' עיי"ש והוא תימה דא"כ אף לענין יוקרא וזילא יהא ברשותו וז"א. גם מ"ש דמ"ש בפ' כ"ש ישראל שהלוה ומוקי שהרהינו אצלו אין ר"ל דמיד הרהינו רק תחילה שעבדו ואח"כ הרהינו ע"כ ולא אבין כיון דעיקר הקנין מה שנטלו אח"כ למשכון למה לי כלל זה ששעבדו וכך לי הלוה עליו או לא מ"ש הש"ך דהרי"ף ע"כ ס"ל כרש"י דאל"כ למה הביא הך דר"י ע"כ אינו מוכרח דהרי הא דיכול לקדש את האשה במשכון הוא רק מדר"י ודו"ק:

ג) בין שמשכנו אחר שהלוהו. הקצה"ח הביא דברי הר"י מיגש דמשכון לא הוי הילך דמנה אין כאן משכון אין כאן ופי' הנ"י דבריו בשם הר"ן דמלוה אינו קונה רק בנטלו ע"פ ב"ד לגובייגא והקשה הקצה"ח איך יוכל לקדש האשה במשכון דאחרים כיון דמשיכה למשכון לא מהני ואין לומר כיון דהמקדש נתן לה כל זכותו דאכתי לדידה ליכא רק משיכה עיי"ש. והנה בעניי לא הבנתי והרי כונת הנ"י דכיון דנותן עבור החוב ומלוה אינו קונה הוא כמו בקידושין דמנה אין כאן משכון אין כאן דהרי אינו נותן לו המשכון להיות שלו אבל במשכון דאחרים ונותן לה כל זכות שיש לו והרי ודאי יש לו בו קנין הרי אין ע"ז שם משכון רק כשותף שנותן חלקו וכן מה שהקשה בנכרי שהלוה לישראל על חמצו דקונה והרי נכרי אינו קונה בכסף ומנה אין כאן משכון אין כאן עיי"ש לפי שיטתו הי' יכול להקשות גם בישראל כיון דלפי האמת גם ישראל אינו קונה בכסף אך פשוט דלק"מ דהנ"י לא קאמר דאינו יכול להתחייב או להשתעבד ורק שלא בשעת הלואה כיון דאינו שעבוד חדש הוי רק כמתנה ומתנה שלא נתחייב לא מהני משכון שיתחייב

המתנה במשיכת המשכון אבל בנכרי שהלוה עכשיו וכי אין יכול הישראל להשתעבד לו עבור ההלואה ובזה ודאי קונה מחמת השעבוד וזה פשוט ומה שהקשה מהא דתפס שלא ברשות דאיך קונה זה לכאורה קושיא הוא וע"כ צ"ל או דקנה מגזה"כ דהשב לו העבוט דמשם ילפינן בתמורה דאי עביד מהני או משום דעביד אינש דינא לנפשי' והוי כמו הגביהו ב"ד עיין נתה"מ: אכן עיקר דברי הנ"י לא הבנתי דלמה לא פירש דברי הר"י מיגש כפשוטו דלכן לא הוי משכון הילך דהרי אינו נותן לו מה שחייב לו והמשכון הרי לא ישאר בידו כמ"שמנאנסו והוא תימה דהא מבואר בבעה"ת שער א' העתיקו הרמ"א לקמן סי' צ"ז סעיף כ"א דאם המלוה מחזיר המשכון כסות יום ביום צריך להתרות את הלוה אל תחזיר לי אלא בעדים דאל"כ יהי' הלוה נאמן החזרתי או פרעתי במיגו דהחזרתי הרי דנאמן הלוה לומר המשכון בידך ועוד יותר דאף פרעתי נאמן במיגו דהמשכון בידך ויותר תימה דהש"ך כ' שם דאף תוך זמנו נאמן הלוה פרעתי במיגו דהמשכון בידך אף דשם הדרך להחזיר המשכון ביום כדינו ויש סברא דמסתמא החזיר לו ומ"מ נאמן הלוה לומר שהמשכון ביד המלוה ואף פרעתי במיגו דהמשכון בידו ולמה כ' הש"ך כאן דאין הלוה נאמן לומר המשכון בידך אף במקום דא"צ המלוה להחזיר את המשכון וא"כ נראה דודאי אף דבכ"מ יש לי בידך כנגדו אינו נאמן רק במיגו אבל כאן דידוע שהי' ביד המלוה משכון של הלוה הוי יש לי בידך טענה מעליא אף בלא מיגו ואף דלקמן סי' צ"ז כתבתי דאין הלוה נאמן פרעתי במיגו דהחזרתי משום דזה הוי כנאנס המשכון מה שאין הלוה מחזירו וא"כ נאמן המלוה לשבע שנאנס והלוה צריך, לשלם רק כונת בעה"ת דנאמן לומר פרעתי במיגו שיכול לומר פרעתי, וגם החזרתי דאם נאנס המשכון ואינו ביד המלוה יכול הלוה לטעון פרעתי ככל מלוה ע"פ (כתבתי שם זה ע"פ, סברת הקצה"ח שם עיי"ש אף דצ"ע בזה) אבל תוך זמנו דאינו נאמן לטעון פרעתי אין הלוה נאמן עיי"ש מ"מ דוקא שם כיון דהמלוה מחזיר לו המשכון בכל יום אולי הוי כטענת יש לי בידך כנגדו דצריך מיגו. ויהי' איך שיהי' כאן נראה פשוט דיש לי בידך הוי טענה טובה וכנ"ל ובפרט לפי דברי הש"ך שם פשוט דבכ"מ נאמן וגם תימה דהש"ך לקמן ס"ק קט"ו שכ' לתרץ קושיית הסמ"ע שם דלמה לא כ' המחבר דגובה חובו וכ' הש"ך כיון דהלוה טוען ברי שנרקב המשכון בפשיעתו אין הלוה צריך לשלם ע"פ שבועת המלוה משמע דאף באין ללוה מיגו נאמן ולא כמ"ש כאן ודו"ק. גם מ"ש הנתה"מ דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן קשה דא"כ אף מיגו לא יועיל כמבואר לקמן סי' קל"ג גם לא ידעתי חילוק בין הלוה שכופר המלוה בין המלוה שכופר המשכון ולקמן סי' קל"ג כתבתי דלא אמרינן אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן רק לגנוב מבית חבירו ולא לכפור במה שבידו ואך

לענין למכור המשכון וליקח דמיו משמע לקמן דהוי כגניבה ואך בזה נוכל לתרץ דכונת הסמ"ע שמכרת מדעתי ובמכרת בלא דעתי צ"ע דאפשר אף מיגו לא מהני והתומים בשם הב"ח כ' דמטעם אחר צריך למיגו גבי מכרתיו וקבלת דמיו משום דמכירה טענה גרוע הוא דמי לקחו ואנה הלוקח אבל בטוען המשכון בידך ודאי הדין עם הסמ"ע דאף בלא מיגו נאמן. ומ"מ באופן שצייר התומים דהיינו בהתנה המלוה עם הלוה אל תחזיר אלא בעדים יש לי עיון למה נאמן הלוה שהמשכון בידו דהרי זה הוי כנתן נאמנות למלוה ואולי הוי כטענת הודאה או מחילה דנאמן אף בנתן נאמנות נגד פרעון ומ"מ י"ל כיון דכאן לא הי' צריך להתנות כיון דיש משכון ת"י ע"כ דהי' כונתו אם יאנס המשכון ואם יהי' הלוה נאמן שלא נאנס התנאי מה אהני לי' וצ"ע: מ"ש הקצה"ח לענין זה גובה וזה גובה עיין מ"ש הקצה"ח סי' נ"ר. ועיין מ"ש לקמן ס"ק ט"ז וס"ק כ"ז:

ח) וי"א דמלוה על המשכון לא הוי רק ש"ח וכו' אלא אבד מעותיו ולא יותר. עיין סמ"ע וש"ך ס"ק כ"א דאם משכן ישראל לישראל חבירו משכון של עכו"ם ונוטל ממנו ריבית כיון דהוי כהלוה לעכו"ם עצמו הוי ש"ש משום הנאת הריבית והוי ש"ש על הכל והתומים יפה הקשה דאין דין שומרין לעכו"ם ואך אין נ"מ דכיין דהראשון מוכרח לשלם פשוט דגם הוא מחויב דהרי הראשון אינו רק שליח ולמה יפסיד ואך היכי דיכול להשמט עצמו בלא"ה לא הוי רק הפקעת הלואה ואך יש לי עיון אם מותר לקבל החוב מן העכו"ם דנראה דיהי' תלוי בזה לכאורה לפי מ"ש הקצה"ח דאי הוי שימר הדין זה גובה וזה גובה ואי מפסיד מטעמא דשמואל א"כ לא שייך זה גובה וזה גובה וא"כ יהי' נ"מ דאי הוי שומר או התנה אחריות א"כ יכול לגבות חובו ודמי המשכון הוי רק הפקעת הלואה אבל אם נפקע חובו כבר הפסיד החוב ואם יקבל בע"כ הוי גזל עכו"ם דאסור ועיין בענין הפקעת הלואה מ"ש בסי' פ"ו וצ"ה וקכ"ח:

והנה התומים כ' דאף אם הפסיד מטעמא דשמואל דהוי כאלו פירש שאם יאבד יפסיד החוב מ"מ זה דין שומר הוא ובעכו"ם דאין דין שומרין אף חובו לא הפסיד והשיג על הפוסקים הסוברים דאף משכון של עכו"ם אם נאבד הפסיד חבי וחילי' דידי' הוא דהתוס' פ' שביעת הדיינים (ד' מ"ד) ד"ה שומר אבידה בסופו הקשו דלפי הפוסקים כשמואל א"כ ישראל שהלוה לעכו"ם על חמצו דפליגו ר"מ ורבנן אם עובר ופליגו בדר"י אם ישראל מעכו"ם קונה משכון ולמה אינו עובר מטעמא דשמואל דחייב בגניבה ואבידה מדשמואל ולכן כתבו התוס' דהם סברו דאין עובר בחמץ מטעם אחריות רק באם יש עליו אחריות אונסין ולא אחריות גו"א ע"כ וא"כ הפוסקים כולם דאית להו דאף אחריות גניבה ואבידה עיבר בחמץ הדרא קושיית התוס' לדוכתי' למה אינו עובר מטעמא דשמואל

אך צ"ל דגם טעם דשמואל הוא רק מטעם חיוב שומרין וכיון דאין דין שומרין בעכו"ם הוצרך הש"ס לומר מטעם דר' יצחק דקונה משכון כן תוכן דברי התומים וכל מעיין יראה כמה דבריו רחוקים דהא בקבל עליו אחריות הרי עובר אף שאין דין שומרין בעכו"ם וא"כ שמואל דאמר בפירש אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי ולכן כתבו התוס' דנגד החוב ששוה אף אם לא פירש הוי כפירש שיפסיד חובו ולכן כתבו התוס' באמת דאף בעכו"ם הוי כאלו פירש שיפסיד החוב וא"כ מאיזה טעם וסברא נאמר דלא הוי כפירש שיפסיד החוב ורק כפירש דיש לו דין שימר היכי דשייך דין שומר ולא היכי דלא שייך דין שומר כגון בעכו"ם ואיך לך דוחק יותר מזה. אכן נראה לתרץ קושיית התוס' להנך פוסקים דסברי דאחריות גניבה ג"כ עובר היפך סברת התומים והיינו דכבר ידוע שיטת הפוסקים החולקים על הרמב"ם וסוברים דאחריות אלם אינו עובר ובארתי לקמן סי' שפ"ו דהם סוברים דכל אחריות יש להשומר איזה קנין בו וכן סובר הטו"ז או"ח סי' ת"מ אבל אחריות אלם אין בו קנין להשומר א"כ מתורץ בפשיטות דאף דאמרינן דמטעמא דשמואל מפסיד החוב מ"מ כיון דאין החיוב אחריות במשכון עצמו דהרי מבואר לקמן סעיף מ"ג דהיכי דכבר החזיר הלוה המעות אין על המלוה שום חיוב (ואף דהש"ך שם פקפק קצת ע"ז עיין מ"ש שם דהעיקר כהש"ע) א"כ אף דכ"ז שלא נפרע אם אבד המשכן אבד החוב מ"מ אין ע"ז שם קנין ולא עדיף מאחריות אלם לכן הוצרכו לומר מטעמא דר"י דקונה משכון והנה אין רחוק דהפוסקים שפסקו כשמואל לא סברי כהרמב"ם ורק באחריות אלם אינו עובר וא"כ הכל ניחא וכמ"ש ואך אף להרמב"ם י"ל דדוקא אחריות אלם דהוא מגזה"כ דעכ"פ האחריות הוא בחמץ עצמו שיצטרך לשלם אבל מטעמא דשמואל דאין זה רק תנאי בעלמא שיפסיד החוב אינו עובר ודו"ק כי כן נראה נכון וברור לכל מעיין: הש"ך מסבר ספיקו של מהר"י ן' לב דהוא בנתן מעות בעיסקא לישראל ע"פ היתר בזה אם קבל משכון יש ספק אם הוי ש"ש כיון דהריוח אין ודאי וגם אין הנאה מהמשכון גופי' רק מן המעות ע"כ. והנה אין מובן דספק ריוח, ג"כ הנאה מיקרי וגם הרי בקבל משכון בהלוהו פירות דאין לו הנאה מהמשכון רק מהפירות ומ"מ קאמר דהוי ש"ש ועיין תומים אך אולי כונת הש"ך דשם בפירות מיקרי הנאה ע"י המשכון דלולי המשכון לא הי' מלוהו אף דהמשכון הוי רק גורם מיקרי הנאה אכן ספק ריוח לא הוי רק כזביני מציעי' י"ל דהגורם לזה לא מיקרי הנאה ומ"מ הוא דוחק:ט) ומספיקא לא מפקינן ממילא. עיין סמ"ע דאם הלוהו על קתא ונסכא ופירש שאם יאבד יפסיד כל החוב אבד נסכא אבד פלגא אבל קתא הפסיד חצי השני והשע"מ הקשה דהא בהמקבל (ד' ק"ד) באוביר ולא אעבוד אשלם אלפא זוזי ואוביר תלתא יתן תלתא והטו"ז סי' ע"ג למד מזה

למקום אחר וה"נ יפסיד לפי ערך והנסכא ששוה עשר פעמים כקתא יפסיד עשר חלקים ע"כ ולק"מ דהרי גם כאן רצו בש"ס לומר כן דההפסד לפי חשבון רק ר"נ סובר דאין סברא כן ורק הסברא דנחשב לזה פלגא ולזה פלגא וא"כ לא קשה כלל משדה דאה"כ בשדה אם הי' אפשר לחשוב כמו כאן ג"כ היינו חושבין כן רק בשדה אי אפשר דתילתא דאוביר דמי ממש לשני קתות או לשני נסכא ועיין תומים הביאו הנתה"מ בחידושים דאף כאן אין חושבין לזה חצי ולזה חצי רק מה שהחוב יתר על המשכון מחלקין חצי לזה וחצי לזה:

י) לא ישלם לו אלא דמי שויו דסתם סייף דעלמא. הנתה"מ כ' דהיינו דוקא בלא הודיעו לו שהסייף הוא של העכו"ם אבל הודיע לו חייב לשלם כל מה שהעליל העכו"ם והביא ראי' מסי' קל"א גבי ערב דאף דנתן לעכו"ם שלא כדין רק משום שהוא אלם חייב הלוה לפצותו וה"ה הכא חייב השואל עיי"ש ולפענ"ד צ"ע בזה דהרי גם בסי' קל"א לא איירי כלל שהעכו"ם העליל על הערב וקבל ממנו יותר ממה שהערב מחויב לו רק שם איירי דהלוה פרע להעכו"ם ויען כי דיניהם דעכו"ם בתר ערבא אזיל הוכרח הערב לשלם וא"כ הלוה פשע דלמה שילם ומיד כשנכנס עבורו לערב ידע שיצטרך ליתן לערב ולפצותו וא"כ דהלוה חייב לשלם שם להערב מדינא ולא משום דגרם לו היזק ואין דמיון להך דהכא וגם בלא"ה לא אדע דשם אף אם נאמר דע"ד כן ערב בשבילו ונתחייב הלוה לפצותו מכל היזק מ"מ מנ"ל דכאן נכנס ע"ד כן והרי לא אסיק כלל אדעתי' שיאבד והרי כלל גדול בדין שאין אדם נתפס בשביל חבירו ועיין עוד בש"ג פ"ק דב"ב הביאו כאן השע"מ וז"ל ומכאן אתה למד דהגונב דבר מחבירו ואותו דבר הי' שאול ביד הנגנב והתפשר השואל שלא ליתן רק דבר מועט גם הגנב א"צ ליתן יותר להנגנב ממה שנתן מיהו לעשות מעשה צ"ע דגם בהיפך אנו אומרים דאם העכו"ם רוצה ממנו דבר שאין הגנב צריך ליתן רק דמי שמו ע"כ הרי דגנב א"צ ליתן יותר ואולי גם שואל כה"ג ואף דיש לחלק דודאי הגנב לא קבל עליו אך א"כ למה מדמה אותו דכמו שאין הגנב מפסיד בעלילה ה"נ לא ירויח אלא משמע סברתו דאין להשני שקבל ממנו לא ריוח ולא הפסד אכן הנתה"מ הביא בשם הגרשוני דכן המנהג וכן משמע קצת לקמן בקצה"ח סי' רצ"א בשם חכמי בריסק א"כ אין לאחר המנהג כלום:

ואגב דאיירינא בדברי הש"ג וראיתי שהשע"מ מדבר בזה והקשה עליו לכן אעתיק מה שהעלה מצודתי בזה בע"ה במה שכ' הש"ג דבנתפשר השואל עם הבעלים בדבר מועט גם הגנב א"צ ליתן רק מה שנתן השואל (דמה שכ' צ"ע כיון דדבר א"צ ליתן ה"נ לא ירויח אין זה ראי' דהתם אינו נתפס בשביל חבירו וא"כ משמע מהש"ג דעיקר לדינא דא"צ

ליתן רק דבר מועט ואין הריוח של השואל) תמה השע"מ ודחה דבריו וכ' דחייב הגנב לשלם לו כל שויו וראי' מפ' המפקיד דתנן השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה דהשואל משלם לשוכר וה"נ הגנב משלם להשואל ואף ר' יוסי דאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו ש"ח כתבו התוס' דהוא מטעם דהשוכר לא קנה רק בשבועה ויכולין בעלים לומר דל אנת ודל שבועתך אבל באם א"צ לשבע מודה ר"י דהשואל משלם לשוכר אלמא דהשוכר בעלים של השואל וה"נ המשאיל בעלים של השואל (שם מציין דהשאיל להשואל דבר של העכו"ם) ואין לו להשואל במה שהוא לא נתן לעכו"ם רק דבר מועט ע"כ ודבריו תמוהים בעיני דא"כ האיך יפרנס דברי הש"ע לקמן מן סעיף ל"ט עד סעיף מ"א דמבואר שם דבהפקיד חפץ של עכו"ם ביד אחר ומת העכו"ם האחר זכה בהחפץ הרי דהראשון לא נקרא בעלים (אמת שהמרדכי שם כ' דיש להסתפק כיון דהשני בא מכחו של ראשון אך ע"כ אי אפשר לפרש דברי המרדכי דהראשון נקרא הבעלים דא"כ שפיר כ' הש"ך שם דהרי אפי' תופסו זוכה בו ועיי"ש מה שאכתוב ואם נאמר דתפיסה עדיף מהפקיד בידו א"כ בלא"ה לא קשה על הש"ג דלא איירי בהפקיד בידו) אך מה שהביא ראי' מפ' המפקיד הנ"ל חוץ ממה דכל הפוסקים חולקין על התוס' וסוברין דאף אם הבעלים יודעין שמתה כדרכה דאין השוכר צריך לשבע מ"מ אין השואל משלם להשוכר ויתבאר טעמם בסמוך אך אף בשיטת התוס' נראה דאין כונתם דהשוכר הוא בעלים של השואל רק כיון דכל שוכר פטור במתה כדרכה מיקרי לענין זה יש לו חלק בו דכל חיוב שיש להשואל באונסין, זה החלק הוא של השוכר ולענין זה הוא הבעלים אבל ודאי לכל דבר שומר שמסר לשומר ודאי דהבעלים עצמן הן בעלים של שומר השני וכן נראה דקדוק לשון הש"ס דקאמר מי סברת שוכר בשבועה הוא דקני לה משעת מיתה הוא דקני לה ולמה לא אמר הש"ס משעת שאלה שהשאילה להשואל קני לה והוי בעלים שלו אלא ודאי דאין לו קנין בגוף הפרה רק משעת מיתה היינו הזכות שיש לו ע"י אונסין ובזה נראה ליישב מה שהקשה הפ"י שם למה נקט דין זה בשוכר ושבק דין דמשנה ראשונה דאיירי בש"ת והי' יכול להשמיענו ש"ח שמסר לשומר שכר ונגנבה ולפענ"ד י"ל דשו"ת אין לו שום קנין והא דפטור בגניבה אין זה קנין רק כמ"ש התוס' ב"מ (ד' נ"ח) דירדה תורה לסוף דעת השומרים ורק שוכר דבא בשכרו יש לו קנין זה בפרה לאונסין ואך הפוסקים החולקין על התוס' וסוברים דאף בידע המשכיר שמחה כדרכה תחזור פרה לבעלים לכאורה לפי הנראה סברו בטעמא דר' יוסי דקיי"ל כותי' כהס"ד של התוס' דיכול המשכיר לומר פרתי גבך כיון דהשואל שלם דמי' אך א"כ יקשה קושיית התוס' דלמה בפ' השואל בעי אי בעל בנכסי אשתו אי שואל הוי ואי אגרה פרה ואינסבה

הבעל משלם לבעלים והרי שם אין הבעלים יכולין לומר לאשה פרתי גבך דהא הבעל פטור מהאשה משום שאילה בבעלים אך פשוט דכל הפוסקים סוברים דאף שוכר לא נקרא בעלים של שואל ואין לו קנין כלל וזה שאמר ר"י כיצד הלה, עושה סחורה בפרתו של חבירו וזה פשוט וגם מפ' השואל דחזינן דאין הבעל פטור משום שאילה בבעלים ע"כ דהיא ששכרה לאו בעלים היא ועיין מ"ש עוד בזה לקמן סי' ש"ז וסי' שמ"ו וזה ברור ונכון:

יא) והלוה אומר סלע הלויתני עליו וג' דינרין הי' שוה ישבע המלוה תחילה ואח"כ ישבע הלוה (שבועה דאורייתא). הקצה"ח חקר האיך הדין באם המלוה חשוד ופסק דיש לזה דין דשניהם חשודין דיחלוקו והנתה"מ חולק עליו דאף דיש על הלוה ש"ד מ"מ כיון דהוא אנוס שהרי רוצה לשבע רק אין אנו מניחין אותו לשבע פטור עיי"ש ולפי ענ"ד נראה לכאורה להיפך דאף מאן דלית לי' מתוך שאיל"מ מ"מ היכי דאנן אין מניחין אותו לשבע, גרע דהא אמרינן בגיטין דרב לא אגבה כתובה לארמלתא אף דרצונה לשבע רק חכמים חשו לשמא מורי היתרא ומ"מ הפסידה כתובתה ואך משם יש לדחות דנשבע ונוטל שאני דהר"ן כ' שם דלא רצה לפוטרה ולא רצה להשביע וסילק עצמו מהדין ולכן אף דאין עלי' רק שבועה דרבנן לא חייב היורשים ליתן לה אכן כן משמע נמי בריש כל הנשבעין דפריך שם לשמואל א"ה קציצה נמי וכ' התוס' אף דקציצה הוי א"י אם נתחייבתי מ"מ הא הוי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא וקשה הא שמואל לית לי' מתוך שאיל"מ וע"כ צ"ל דמ"מ כיון דיכול לשבע רק הב"ד אין מניחין לו משום דטרוד (בס"ד אף בקציצה) לכן פריך דיתחייב לשלם ועיין מ"ש עוד בזה לקמן ס"ק י"ג ומ"ש הנתה"מ מלא הוי לי' למידע דפטור הנה לפמ"ש הש"ך דרק היכי דהתובע יודע שאין הנתבע יודע פטור דאין עליו שבועה דהתובע בעצמו מודה לו א"כ משמע דבכל מקום חייב משום דלא מהימן וכיון דאין יכול לשבע דאין ש"ד באיני יודע חייב וא"כ משמע להיפוך דמה לו להנתבע בזה דאין שבועת התורה בא"י מ"מ הרי הוא טוען אנוס אני ורוצה אני לשבע שא"י משמע דלא מהני בזה אונסו ומ"ש עוד ראי' מהתוס' דכתבו דבחשוד לא אמרינן מתוך שאיל"מ כיון דהוא רוצה לשבע לא אביז ראייתו דהרי אף חשוד משלם ואי דשם התובע נשבע מ"מ הרי בשניהם חשודין יחלוקו כמ"ש הקצה"ח כאן ומ"ש דבחשוד כ' הר"ן דפשע מה שהוא חשוד פשוט דלא כ' הר"ן כן לדון מזה רק כ' לחלק בין מת ליה בחיי מלוה דאין יורשי המלוה גובין את דלא פשעו כלום כ"ש כאן דהוא חשוד עיי"ש ע"ז מתרץ דכאן גם הלוה פשע אבל כאן דעיקר שבועת המלוה הוא לתקנת הלוה פשוט

דל"ד לדרב ושמואל וממה שכתבתי ראי' מפ' כ"ה נראה עוד יותר ממ"ש הקצה"ח רק דהלוה חייב לשלם אכן בטלה דעתי ואיני מכריע ביניהם ולדינא צ"ע:

יב) אני יודע שהי' שוה יותר ואיני יודע כמה הוי לי' מחויב שבועה ואיל"מ. הש"ך ס"ק נ' האריך לחלק בין מה שהנחת אתה נוטל ובין כאן דכאן אין הודאה לא פחות ולא יותר מפרוטה והקצה"ח הקשה מסעיף ט"ז דהודה המלוה שהטבעת שוה כהטבעת שביד השולחני והתם אינו ידוע כלל ומ"מ אמר שם שישבע ונראה לחלק דבמה שהנחת אתה נוטל אין כאן אף כפירה דאפשר הודאתו שוה לגמרי אבל שם דטען הלוה ששוה יותר מטבעת שביד השולחני וקצת יש לפרש דברי הרא"ש לכונה זו ולא ראיתי להאריך במה שאין הסברא ברורה לי ועיין ס' מקצוע בחורה:

יג) הוי לי' מחויב שבועה ואיל"מ הש"ך האריך ואבוא על קצת דבריו הנה העלה כדעת הרמב"ם דאף בלא הוי לי' למידע הוי מחויב שבועה ואיל"מ והא דשור שנגח את הפרה התובע בעצמו מודה שהנתבע א"י וקשה לי ע"ז דבריש כל הנשבעין דשכיר נשבע ונוטל דבעה"ב טרוד בפועליו פריך א"ה קציצה נמי ומשני קציצה מדכר דכיר והקשו התוס' מאי פריך הא בקציצה הוי א"י אם נתחייבתי ותי' דהתם הוי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא וקשה דהא החם הבעה"ב טוען שאינו חייב ורק אנן אמרינן דאינו יודע וא"כ וכי גרע מזה דהתובע יודע שאינו יודע דהרי כל חיובו הוא משום דאמרינן דאינו יודע ואך לפי מ"ש בס"ק י"א דהיכי דאין הב"ד מניחין אותו לשבע ע"כ אין יכולין לפוטרו בולא כלום וגרע מא"י לשבע וראי' דשמואל שם קאמר נמי לשון זה דקציצה מדכר דכיר אף דשמואל בלא"ה לית לי' מתוך וע"כ דשם גרע ניחא ושוב מצאתי שקדמני בס' נקרא שו"ת מצפה ארי' (כעת הוא הגאון אבד"ק לבוב) וכן משמע קצת מהא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא ולחד הרא"ש מזה דחשוד שהוציא שטר אינו גובה והרבה חולקין על הרא"ש א"כ יקשה שם מ"ט לא גביא (אמת דלפי הש"ך דמחלק בין שטר לכתובה ניחא אך אין האחרונים מסכימים עמו) וע"כ דבאם הב"ד אין מניחין לשבע גרע ואך כבר כתבתי דלפי דברי הר"ן אין ראי':

והנה במ"ש הש"ך דהיכי דהתובע מודה שאין הנתבע יודע פטור וע"כ בחמשין ידענא וכו' צ"ל דאנן חשדינן לי' דיודע א"כ קשה להימן במיגו דהי' טוען על הכל א"י כיון דאמרינן דמשקר ודוחק לומר דאף דעושה עצמו מסופק אין רוצה לעשות עצמו מסופק על הכל כמו דאמרינן דמיגו דא"י לאו מיגו הוא זה דוחק וכאן במשכון יש ליישב קצת די"ל דמוכרח לומר שהוא שוה יותר דאולי כל אדם יוכל להכיר זה לכן אינו עושה מסופק על הכל ובפרט דקשה ביורשים למה לי קרא למפטרינהו הא יש להם מיגו דהיו

טוענין על הכל איני יודע ולמפטר מממון אמרינן מיגו דהי' מעיז וצ"ע. גם מ"ש הש"ך דהתוס' שם בפ' הפרה תירצו שני תירוצים למה לא הוי מחויב שבועה ואיל"מ ויעלו גם לשיטת הרמב"ם בעניי לא הבנתי דמה שתירצו התוס' דשמואל לית לי' מתוך ודאי אינו תי' כלל דהרי הרמב"ם אית לי' מתוך ומ"מ פסק כשמואל וגם מ"ש התוס' דבקנס לא אמרינן מתוך שאיל"מ עדיין יקשה להסובר פ"נ ממונא ופשטות הפוסקים ודאי לא משמע דהטעם בחמשין ידענא וכו' דהוא משום דלא מהימנינן לי' רק משום דכל מודה במקצת צריך לשבע גם מיש דאין שבועת התורה בא"י משמע דרצונם לומר דכל מ"מ צריך לידע בבירור שאין חייב יותר אבל אי א"י ג"כ פטור מה לי שישבע שאינו חייב או שא"י וצ"ע ועיין מ"ש לקמן סי' קצ"ט:

יד) מחויב שבועה ואיל"מ. כבר כתבתי דהש"ך נראה לו כדעת הרמב"ם דאף בלא הוי לי' למידע חייב ולקמן סי' צ"ה גבי תבעו שהפסידו קרקע ותבעו מעות עבור הקרקע שהפסידו דדעת הרמב"ם דכל הבא מקרקע אין נשבעין והראב"ד ס"ל דנשבעין הכריע הש"ך כהראב"ד ואני בעניי בחידושי כתבתי דהם דברים הסותרים זא"ז דבב"ק (ד' ו') דקאמר אלו ידעינן דכחושה אכל משלם כתושה השתא דלא ידעינן משלם שמנה המע"ה והקשה הפ"י דמאי קושיא הא שפיר הוי מחויב שבועה ואיל"מ (עיין פ"י בפ' הנזקין כ' תי' ע"ז אכן הש"ך אינו סובר כתירוצו) וכתבתי דלק"מ דלהראב"ד בלא"ה לק"מ דהרי לא הו"ל למידע וכן חי' הפ"י בהנזקין תי' א' ולשיטת הרמב"ם ג"כ לק"מ דהרי שם במחובר לקרקע איירי דהוי כקרקע ואף דתובע מעות הרי הרמב"ם ס"ל דכל הבא מקרקע הו"ל כקרקע וגם שם באין עומדים לקציר איירי דהא בקרא כתיב ובער בשדה אחר דשמין אגב שדה אחר וזה דוקא בלא אכלה פירות גמורים וא"כ דינו כקרקע ואין נשבעין אכן אם כאן נאמר כהרמב"ם ושם נאמר דהוי כמטלטלין כמו דס"ל להראב"ד הדרא קושיית הפ"י:

טו) הלוה שאמר למלוה על משכון פרעתיך וכו' נשבע הלוה נגד העד. הש"ך ס"ק נ"ט כ' דהיינו שבועת המשנה ליעול וכבר דתה התומים דבריו דהרי מבואר כאן בריש הסעיף דאין המלוה נוטל בשמא דאין הוא מוחזק כיון דאין לו על המשכון רק שעבוד וא"כ הוא תובע ללוה ע"פ העד וחייב הלוה ש"ד נגד העד ודבריו ברורים דאם נתשוב הלוה כבא ליטול אף שבועתו לא מהני ליטול ואך ראיתי שהנחה"מ ס"ק כ"ח מתרץ דברי הש"ך דכיון דקנוי הוא להמלוה מיקרי נשבע ונוטל וגם הרי כ' הש"ך לקמן ס"ק ע"א דאם אין המלוה תובע את הלוה לפדות המשכון אין המלוה צריך לשבע בנק"ח וא"כ נשמע דהלוה הוא נשבע ונוטל ע"כ ובמתכ"ח דבריו תמוהים דמה שהביא מס"ק ע"א אין כאן ראי' של כלום ואדרבה הרי אנן אמרינן דהלוה צריך על תביעה שתובעין אותו

לשבע ש"ד וא"כ וכי משום דחוץ ממה שתובעין אותו צריך גם ליטול המשכון דהמלוה מוחזק בו לכן גם יפטור מהשבועה דאורייתא מה שתובעין אותו החוב ואדרבה לפי דברי הנתה"מ אף באין כאן עד כלל הי' לנו לומר דאין הלוה נוטל אלא בשבועה חמורה ליטול וגם אישתמט לי' דברי הש"ך לקמן ס"ק קי"ח דהש"ע כ' דאין הלוה נשבע ש"ד כיון דהמשכון הילך והש"ך חולק דמשכון לאו הילך הוא ובסי' פ"ז מחלק בין שעת הלואה וכו' והרי בלא"ה אין הלוה חייב ש"ד כיון דבא ליטול דהמלוה מוחזק אך פשוט דודאי אין זה מעלה להלוה מה שהוא מוחזק ושוב ראיתי בנתה"מ לקמן ס"ק ל"א בענין מ"ש הש"ך דאף דהלוה טוען שמא מ"מ צריך המלוה לשבע ותמה התומים הא הלוה חייב דהו"ל מחויב שבועה ואיל"מ ולמה צריך המלוה לשבע וכ' שם הנתה"מ ג"כ דאין הלוה מחויב שבועה כיון דהמלוה מוחזקוהרגיש שם במ"ש הש"ך ס"ק קי"ח דלא הוי הילך וכ' דבס"ק קי"ח איירי שהמלוה תובע החוב היתר על המשכון א"כ אין הלוה נשבע ונוטל לכן חייב ש"ד ודבריו שם ג"כ תמוהים דהרי אנן אמרינן דהמשכון הוי מוחזק לפי שיטתו וא"כ לאו מודה במקצת הוא ורק אזיל בהשיטה שכ' כאן דהכא רוצה ליטול לכן כ' דשם אין רוצה ליטול וכבר כתבתי דהוא תימה דכי משום דרוצה גם ליטול עדיף דיפטור עי"ז משבועה שרוצה לפטור עצמו ופשוט שדברי התומים ברורים וגם פשוט עוד ביותר דאף במשכון שלא בשעת הלואה דכ' הש"ך דהוי הילך מ"מ אם מחולקין בפרעון ויש ע"א חייב לשבע ש"ד דהרי אין המשכון של המלוה דנימא דהלוה אינו בא לפטור עצמו דאדרבה הם דברים הסותרים דאם המלוה מוחזק אף שבועתו לא מהני וזה ברור ואמת. עיין מ"ש לקמן סי' צ"ז דאשתמט להקצה"ח ס"ק י' שם הגהה זו:

טז) אבל בזמן שהלוה נשבע וכו' לא ינצל המלוה מלשבע. הש"ך ס"ק ס' הביא דהג"ת הקשה איך שייך במינו מצוי בשוק שיצטרך שבועה כמה הי' שוה והתומים הביא שכן הקשה הריטב"א ופירש התומים דבריו (ממה שדחה הש"ך זה) דכיון דיש נ"מ בשויו א"כ שייך שמא עיניו נתן בה אף דמצוי בשוק ולא הבנתי דא"כ כל כופר הכל למה לא ישבע שמא עיניו נתן בממון חבירו וע"כ דלא חשו לזה רק היכי דמשלם דמורי היתר ובודאי גם התומים לא כ' זה רק לפילפולא בעלמא והראי' שלא העתיק דברי ריטב"א באורים אך קצת קשה לי בסוגיא דפריך כיון דנשבע שאינו ברשותו ישבע ע"י גלגול כמה הי' שוה וקשה דאם ניחוש שהי' שוה יותר אף שבועה שאין ברשותו אין כאן דהרי אין שייך מורי היתרא ויש ליישב:

יז) ואפי' מאמין הלוה למלוה שנאבד. הב"ח כ' דהתוס' חולקין ע"ז וס"ל דבמאמין אין המלוה נשבע אף דהלוה צריך לשבע והש"ך ס"ק ס"ב כ' דלא כתבו כן התוס' רק לשמואל

אבל לפי האמת דמסיק רב אשי זה נשבע וזה נשבע אף במאמינו צריך לשבע ולפענ"ד הנכון עם הב"ח דודאי התוס' חולקין ע"ז לכן אעתיק קצת הסוגיא כי יתיישבו עי"ז גם איזה קושיות. הנה במשנה דאמרינן מי נשבע מי שהפקדון אצלו ומוקי דקאי אריש דהמלוה אומר סלע הלויתיך ושקל הי' שוה והלוה אומר ג' דינרין הי' שוה דהשבועה גבי לוה נשבע המלוה דשמא כשישבע הלוה יוציא הלה הפקדון ופריך מזה אר"ה דאמר משביעין שאינו ברשותו היכי מצי מפיק ומשני שם ולבסוף מסיק ר"א דשניהם נשבעין וכונת המשנה מי נשבע תחילה ואח"כ פריך מהא דקתני דהיכי דהמלוה כופר הכל פטור ישבע ע"י גילגול דשבועה שאינו ברשותו ומשני במאמינו והתוס' שם הקשו דלוקי גם רישא במאמינו ותירצו דרישא בודאי לא יאמינו שעי"כ לא יוכל הלוה לשבע ויפסיד וע"ז סובבים דברי הב"ח והש"ך. והנה קשה לפי דברי הש"ע דאף במינו מצוי בשוק וכן במאמינו כיון דהלוה צריך לשבע נשבע המלוה כדי שלא יוציא המלוה הפקדון והרי זה אינו מדברי ר"ה דהא ר"ה לא אמר רק דישבע משום חשש שמא עיניו נתן בה אבל מנ"ל דמשום חשש שמא יוציא הפקדון ויפסול הלוה וכדומה יצטרך המלוה לשבע ולכאורה הי' פשוט בעיניהם דמשום חשש זה משביעין אף בלא ר"ה א"כ קשה מאי פריך אר"ה היכי מצי מפיק לה למה לא פריך בלא"ה על המשנה למה תקנו להפוך השבועה מהלוה על המלוה לתקנו דישבע המלוה כדי שלא יוציא כיון דסברא הוא פשוט בלא ר"ה לפי האמת אך הדבר פשוט דלולי דחדית לנו ר"ה דמשביעין אף באין כאן כפירת ממון ורק שמא עיניו נתן בה ה"נ בודאי לא ס"ד דנשביע המלוה כדי דיוכל הלוה לשבע אבל אחר דחידש לנו ר"ה דאף על דבר שאינו כפירת ממון נשבע ה"נ משביעין המלוה דאולי אומר שאינו ברשותו דרוצה להוציא אח"כ את הפקדון כדי לפסול את הלוה דמה לי כופר מטעם זה או מטעם אחר וזה פשוט ולפ"ז מיושב גם מה שהקשו על הרמב"ם דכ' דבמינו מצוי בשוק א"צ לשבע מאי פריך ואי איתא לדר"ה היכי מצי מפיק לה לוקי במינו מצוי בשוק דא"צ לשבע ובגמר' אמר ע"ז כמה שנוי' דחוקי ולפמ"ש לק"מ דהכי פריך ואם איתא לדר"ה דמשום חשש עיניו נתן בה צריך לשבע א"כ ודאי היכי דיש חשש שמעכב הפקדון ולהוציאו אח"כ ג"כ צריך לשבע א"כ אף במינו מצוי צריך לשבע ולמה שקלוהו השבועה מהלוה וכן ראיתי בס' נקרא הלכה למשה והתומים ג"כ מיישב כעין זה רק שלא כ' הכרח לזה ולפמ"ש הדבר מוכרח וכיון שבאנו לזה שפיר הקשה הב"ח דלמא הקשו התוס' דנוקי גם רישא במאמינו דהרי קושיית הש"ס הוא דישבע אף מטעם שמא יוציא וא"כ אף במאמינו צריך לשבע ומאי הקשו התוס' אלא ע"כ דהתוס' אין סוברים

כנ"ל רק דא"צ לשבע רק בחשש שמא עיניו נתן בה וזה ברור ודו"ק. ובחי' לשבועות (ד' מ"ג) כתבתי דאישתמט להש"ך תוס' דשם:

יח) אם הוא בענין שהי' המלוה יכול להחזיק במשכון לטעון לקוח וכו' נאמן לומר שהלוה עליו. עיין קצה"ח ס"ק כ' הקשה דמה לי לקוח או משכון ולמה לטענת משכון צריך דוקא מיגו והרי הרמב"ן סובר דהיכי דידוע שבא לידו בתורת משכון ואינו ידוע כמה הלוה עליו נאמן בלא מיגו ותוכן תרוצו ע"פ דברי הרמב"ן שכ' דלמ"ד אין אותיות נקנין במסירה צריך להביא ראי' על הקנין ואינו נאמן לומר שקנה אגב קרקע וכדומה והיינו מטעם דאין תפיסתו קנין ואינו מוחזק רק בהנייר וכו' וה"נ במשכון אין תפיסתו קנין דהרי אם אינו מצוה עליו רק הבטיחו ליתן אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן ולכן לא הוי מוחזק בלא מיגו ע"כ ואין לדבריו הבנה דכי מתנה או לקוח קונה אף באם חבירו אינו נותן ומקנה לו וא"כ לעולם אין התפיסה ראי' על הקנין וגם מדאורייתא דכסף קונה ולא משיכה וכי אינו נאמן לטעון לקות ומצאתי שעמד בזה הנחה"מ גם המעיין בדברי הרמב"ן שהביא הקצה"ח שכ' ואינו מוחזק רק בהנייר וסיים דלמ"ד מסירה קונה עשאוהו כמטלטלין משמע דשם באותיות עיקר הטעם שאין הוא מוחזק כלל רק בהנייר ולא בהחוב אבל משכון הוי ודאי תפיסה גמורה וגם דברי הנחה"מ צ"ע כמבואר למעיין ואך העיקר פשוט בעיני דלק"מ דהרי אין לך תפיס ומוחזק יותר ממה שהלוה מוחזק במעות שהלוה ומ"מ פשוט דאם טוען הלוה שאינו חייב מחמת שיש לי בידך כנגדו דאינו נאמן רק במיגו והיינו לפי שהוא ודאי חייב והטענה שחבירו חייב לו הוא אינו ידוע לכן אינו נאמן רק במיגו וה"נ אם ידוע שהחפץ של חבירו הרי היא צריך להחזיר ויותר מלוה שאין מחזיר דוקא אותן מעות ומשכון הוא בעצמו של חבירו וצריך להחזירו ומה שטוען שמגיע לו חוב הרי לא עדיף מ"ש לי בידך כנגדו ופשוט דאינו נאמן אלא במיגו עד שאני תמה מה עמדו בעלי התריסין בזה ומה שהביא הקצה"ח מדברי הרמב"ן דהיכי דידוע שבא לידו בתורת משכון ואין ידוע כמה הלוה דנאמן נראה דשא"ה דכבר כתבתי בס"ק ז' דהיכי דידוע שיש לו כנגדו אף דאין ידוע אם החזיר נאמן בלא מיגו לכן גם כאן כיון דידעינן דמגיע לו חוב אז יש לי בידך הוי טענה מעליא ואכתוב עוד לקמן בזה וכ"ז ברור:

יט) נאמן לומר שהלוהו. עיין ש"ך ס"ק ס"ז דאף אם הלוה טוען שמא צריך המלוה לשבע כבר כתבתי ס"ק ט"ו דהתומים השיג ע"ז והעיקר כדבריו: ב) י"א דלא בעינן שראו העדים עתה בידו אלא שראו קידם לכן בידו וטען אז שהם מכורין שאין ראוין להחזיר לפי אותו טענה וכו'. הנתה"מ הקשה מסי' ע"ט דאמרינן דאין מגלה טענתו רק בב"ד ואם טען בפני

עדים לא לויתי ובאו עדים שלוה נאמן לומר שפרע ומתרץ דגם שם אינו נאמן לומר שפרע אח"כ כ"ז שלא חייבוהו ב"ד ורק דלא הוחזק כפרן ונאמן לומר שפרע אתר שחייבוהו ב"דע"כ ובעיני תימה לחלק בין קודם שחייבוהו או אח"כ דלא מצינו כן רק במה שאין חיובו ברור דשייך מי יימר דחייבו לי' רבנן אז אין דרך שיפרע קודם שיחייבו אותו הב"ד אבל אם הוא מודה ששיקר במה שאמר שלא לוה ופרע אח"כ אי נאמן שפרע אח"כ נאמן שפרע קודם שחייבוהו ב"ד ובלא"ה לא משמע שם כן והי' נראה לומר דגם כאן אף דטען מכורין מ"מ נאמן לטעון החזרתי ולא קאמר הרמ"א רק דאבד המיגו של החזרתי אכן הרי הש"ך ס"ק צ"ב לא כ"כ רק גם החזרתי אינו נאמן והי' נראה קצת לחלק בין הך דסי' ע"ט דהתם בממון איירי דשייך אישתמיטו לכן אף טען לפני עדים לא לויתי יוכל לומר דפרע אח"כ ומה שאמר לא לויתי הוא שלא יכופו לפרוע מיד אבל כאן בחפץ כיון דטען לקוח ע"כ דעתו הי' להחזיקו לכן אינו נאמן שהחזיר אכן עיקר דברי הרמ"א תימה בעיני דהרי הר"ן פ' כל הנשבעין גבי נסכא דר"א כ' דאף בחטף בפני שני עדים א"צ להחזיר בעדים ובנסכא דר"א איירי בהי' עם הנסכא לפני הב"ד דאל"כ נאמן לומר דידי חטפתי במיגו דהחזרתי והרי תיכף אמר דידי חטפתי אינו ראוי להחזיר לפי אותו טענה ומ"מ נאמן ועיין בש"ך לקמן סי' ע"ה דפסק כהר"ן וכן כ' הנ"י בחדושי שבועות. שוב מצאתי בשע"מ שהאריך וחולק על הש"ך ופי' דברי הרמ"א כמ"ש דנאמן החזרתי רק לקות במיגו דההחזרתי אינו נאמן עיי"ש שדבריו ברורים ואח"כ הקשה על הרמ"א מדברי הר"ן הנ"ל דאף במיגו דהחזרתי נאמן וכ' דבאמת הוא מחלוקת ולכן כתבו הרמ"א בלשון י"א ומ"מ נראה דאף אלו הי"א לא כתבו כן רק בחפץ וכמ"ש ולא במעות דשייך אישתמיטו ובזה ל"ק מה שהקשה השע"מ על תשו' מיימוני שכ' דהוחזק כפרן והרי בעדים לא הוחזק כפרן והוא כקושיית הנחה"מ (ולא יתיישב כלל בחי' של הנתה"מ) ולפי מ"ש חפץ שאני וגם שם בשע"מ כ' דבסי' ע"ט איירי שטוען שפרע קודם בואו לב"ד ועיין ס"ק שאח"ז:

כא) דעתה אין לו מיגו. עיין ש"ך ס"ק צ' וס"ק צ"א והיוצא מדבריו דאף דברים העשוין להשאיל ולהשכיר אם תיכף כשראו עדים טען לקוח וכן טען לפני ב"ד נאמן אבל אם לפני הב"ד טען ממושכן אינו נאמן אבל דברים שאינן עשוין להשאיל אף אם טען לפני ב"ד ממושכן נאמן במיגו שהי' עומד בטענה הראשונה שטען לפני עדים לקוח ואין הסברא מובן דגם בעשוין להשאיל יש לו מיגו זו דהי' עומד בטענה ראשונה והי' נראה החילוק בזה דדברים העשוין להשאיל כיון דאם הי' טוען לפני העדים ממושכן אינו נאמן כמ"ש הש"ך והי' מוכרח תחילה לפני עדים לשקר לכן לא אמרינן מיגו ובנתה"מ ראיתי ג"כ מתרץ קרוב לדברינו אכן קשה דהא במיגו שהי' מוכרח לשקר תחילה קיי"ל דמ"מ

הלכתא כותי' דרבה בארעא כיון דמוחזק מהני ושם כתבו התוס' דר"י ס"ל דלכן לא הוי מיגו דהי' מוכרח לשקר תחילה וצ"ע אך בל"ז לפי דברי הר"ן שהבאתי בס"ק הקודם שחטף לפני עדים ולא הי' נאמן בשום טענה ומ"מ נאמן לטעון לפני הב"ד דידי חטפתי במיגו דההחזרתי וכי עדיף מכאן דטען תחילה טענה דהי' נאמן בה לכן כ"ז צע"ג בעיני:
כב) וכן אם מפורסם שהוא בידו אין כאן מיגו. הש"ך ס"ק צ"ב תמה דלמה לא העתיק דברי ר"י החולק ע"ז וכ' איך הי' מפורסם כ"כ שלא יוכל לטעון החזרתי א"כ אף לקוח נאמן במיגו דההחזרתי ע"כ ולא אבין דהרי אין זה פשוט דלא אמרינן מיגו להכחיש הקול ועיינתי בהגהות דשר"י ושם אינו חולק הר"י רק על מה שכ' ר"ת דההחזרתי ג"כ אינו נאמן וע"ז פליג דודאי נאמן להכחיש הקול וכן מבואר בש"ע בכמה מקומות אבל מיגו לא אמרינן גם עיינתי בתשו' מיימוני וכ' בשם הר"י בזה"ל דלא משכחת שיהי' מפורסם דאיך יודעין שלא החזיר ע"כ וא"כ הוא רק חולק על דבר התלוי במציאות ואין תפיסה על רמ"א דלא כ' רק אם מפורסם ואם קשה לצייר הדבר אין להרמ"א בזה אבל דינו ברור:
כג) ואם יש ע"א. הש"ך ס"ק צ"ד העלה דאף בשני עדים אם יודעין שבא לידו בתורת משכון ואין יודעין כמה הלוה נאמן המלוה בשבועה והקצה"ח הביא הטעם בשם הרשב"א משום דמלוה קונה משכון והא דאומן אינו נאמן עד כדי דמיו בלא מיגו משום דאומן אינו קונה הכלי למשכון והקצה"ח הקשה דהרי מבואר באה"ע דאומן שקידש האשה בשבת הכלי שעשה לה מקודשת משום דהוי כמלוה שיש עלי' משכון הרי דגם אומן קונה וא"כ הדרא קושיית הרשב"א למה אומן אינו נאמן גם הקשה בהך דאה"ע דמשמע דאומן אינו קונה כמ"ש הרשב"א ולמה מקודשת עיי"ש שהאריך. והנה מ"ש עוד שם כיון דכל כמה דלא מהדר הכלי אין יכול לתבוע שכרו אין כאן מלוה לכן לא קנה עיי"ש והנה לפענ"ד הסברא להיפך כיון דאמרינן דאף לתבוע אינו יכול ואינו מלוה והיינו משום דעדיין אצלו א"כ ע"כ דיש לו קנין עוד יותר ממשכון דמיקרי שלו לגמרי (עד דיש סוברין דאומן קונה בשבת כלי) אכן מה שהקשה על האה"ע פשוט דהרי גם הר"ן כ' דאין לאומן קנין ומ"מ כ' הר"ן וז"ל דלא חשיב משכון רק אם תפיס אאגרי' הרי דאם תפיס אאגרי' הוי משכון ובחידושי לאה"ע הוכחתי דכיון דרצונה להתקדש והוא במה שרוצה לקדשה זה בעצמו הוי גילוי דעת שתופס על שכרו לכן קנה ולא אאריך במה שכבר נדפס שם ואך עיקר החילוק בין מלוה לאומן דמלוה יש לו קנין שעבוד בכל המשכון אף במה שיתר על חובו כיון דהלוה הקנה לו לשעבודו אבל אומן לא הקנה לו בעה"ב ורק אם תפס יש לו קנין למשכון נגד מה שמגיע לו ויכול לקדשה בו ולפ"ז מיושב הקושיא למה אין אומן נאמן כמה מגיע לו דהרי אין לו בו קנין רק באם מגיע לו

וכ"ז שאין מברר כמה מגיע לו אין שייך דיש לו קנין דאם אינו מגיע לו כ"כ אין לו בו קנין על סך זה שאומר ודו"ק כי הוא נכון. והנה הקצה"ח תמה על הר"ן דכ' דאומן כ"ז שלא תפס אינו קנוי לו למשכון והראי' דהא עובר בב"ת למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי ואם הי' קנוי לו למשכון לא הי' עובר ותמה הקצה"ח דהא כ"ז שהכלי בידו הרי אינו עובר עליו ורק כשמחזירו ואז הרי אין בידו משכון עיי"ש ולי נראה דכונת הר"ן פשוט דאם הכלי חשוב למשכון כ"ז שהוא בידו אז אף אם החזיר עדיין הוא קנוי למשכון ולמה עובר וכמו שמצינו במשכון אף דמחזירם הכסות יום ביום ואף אם הוא ביד הלוה אין שביעית משמטתו ואין נעשין מטלטלין אצלו וה"נ אם סתם כלי הוא ביד האומן משכון אף אם מחזירו עדיין קנין משכון לא נסתלק וזה ברור:

כד) והא דאדם. עיין ש"ך ס"ק צ"ז האריך והנה הביא דברי הרשב"א שכ' שני דינים. הדין האחד ראובן מכר חפץ לשמעון ויש עדים שלוי הפקידו ביד ראובן גם ראו את החפץ ביד שמעון חייב שמעון להחזירו ללוי רק לוי יחזיר מעותיו מחה"ש. הדין השני באין כאן עדי פקדון רק שמעון בעצמו יודע שלוי הפקידו ביד ראובן וכ' ג"כ ששמעון עומד במקום עדי ראיה וחייב להחזירו ללוי ותמה הש"ך בדין השני למה לא נטעון ללוקח והרי לראובן יש מיגו דהחזרתי וליכא למימר דאם הי' ראובן טוען החזרתי הי' הלוקח מכחישו ור"ל וא"כ בטוען שלקחו הוי ראובן מחויב שבועה ואיל"מ דהרי הלוקח הוא נוגע בעדות דמוכרח הוא לומר שלא החזירו דאם יטעון שגם הוא החזיר יצטרך לשבע והוי עד הצריך שבועה ע"כ תוכן דבריו ובעניי לא הבנתי למה לא השיג גם על דין הראשון דאף שראו עדים החפץ ביד שמעון מ"מ מה לו לראובן בזה הרי יכול ראובן לומר החזרתי ללוי ומה שהוא ביד שמעון לוי בעצמי מכר לו וע"כ בדין הראשון ג"כ הטעם דשמעון עומד במקום עדי ראיה ולהש"ך יקשה למה לא נטעון לו והלוקח הוא נוגע בעדות גם עיקר דברי הש"ד לא זכיתי להבין במ"ש דהוי נוגע דמהנוגע גם מה זה שכ' שיצטרך לטעון שגם הוא החזיר והרי א"צ רק לומר שלא החזירו ראובן וכיון דראובן טוען לקות וצריך מינו הוי מחויב שבועה ואיל"מ ואי דשמעון חושש שמא לוי יתבענו הרי לא ראהו כלל בידו והרי לוי עצמו אומר שאין הוא בע"ד של שמעון ואדרבה בדין הראשון דיש עדים שראו אותו ביד שמעון י"ל דשמעון הוי נוגע ושוב ראובן נאמן במיגו דהחזרתי ונטעון ללוקח כמו דראובן נאמן לקוח במיגו וצ"ע לפענ"ד גם לדינא צ"ע בעיני מטעם אחר דהא בסי' קל"ג מבואר בדברים העשוין להשאיל אם מכרן לאחר אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן וכתבתי שם דהיינו דאינו יכול להוציא מהלוקח אבל בהמוכר כאן יכול לתבוע אותו וכעת מצאתי

שקדמני התומים בזה וא"כ הלוקח א"צ להחזיר ויכול להיות עד לחייב את המוכר וצ"ע בכ"ז ואולי יש לפרש גם דברי הרשב"א בזה ועיקר דבריו שצריך ראובן לשלם ללוי:

כה) אם המלוה כופר במשכון וכו' ואם הי' שוה פחות נשבע (הלוה) שמשכונו הי' שוה כו"כ וישלם השאר. השע"מ הניח דין זה בצ"ע דהא הרמב"ן הקשה בסלע הלויתני וג' דינר הי' שוה דחייב הלוה ש"ד ולמה הרי הוי א"י אם נתחייבתי לך דהא אם המשכון ביד המלוה אין הלוה צריך לשלם כלום ותי' כיון דהמלוה נאמן בשבועה ע"ז שנאבד שוב חייב הוא לשלם השאר אבל כאן דהלוה טוען שנתן לו משכון והמלוה כופר הוי כידע הלוה שהמשכון הוא ברשות המלוה וא"כ אין חייב כלום וראי' מסעיף כ' דיכול המלוה לומר לדידי שוה לי כל חובי כ"ש שהלוה יכול לומר כן ע"כ. והנה אף שדברי המחבר יש ליישב דאיירי שאין הלוה מדקדק בחפצו ורוצה לשלם השאר אך בלא"ה נראה דלק"מ דאין שום סברא דיוכל הלוה לתפוס יותר ממה שהי' שוה והגע עצמך אם טוען שחבירו תפס משלו או כופר בפקדונו היעלה על הדעת דיכול לתפוס כל אשר לחבירו ולומר חפצי שוה אצלי כל הונך וראי' גמורה לזה דהרי ר"ה חידש לנו דמשביעין אותו שבועה שאינו ברשותו וכן בדין דלוה אומר ג' דינרין הי' שוה צריך המלוה לשבע תחילה שאינו ברשותו ומבואר בכל הפוסקים דהוא רק שבועה דרבנן ועיין לעיל בש"ך ס"ק נ"ה ואם נאמר דאם טוען הלוה לדידי שוה לי חפצי והוי חביעת ממון גמור א"כ יצטרך המלוה לשבע מדינא שבועה דאורייתא וע"כ דאין זה ממון גמור כ"ש דאין יכול להחזיק משלו יותר משויו וזה ראי' ברורה ומה שהביא ראי' מסעיף כ' וכ"ש כאן הוא ק"ו פריכא דהתם המלוה נאמן עד כדי דמיו ולפי דברי הלוה שהוא שוה יוחר או ששוה אצלו יאמר המלוה גם לדידי שוה וא"כ אני נאמן עליו יותר אבל איך יתפוס משלו ויאמר דשוה אצלו וגם ודאי דאינו נאמן דשוה אצלו יותר וגם מה לנו בזה הרי הוא אינו מפסידו רק מה ששוה בשוק ומ"ש הרמב"ן דאינו חייב ליתן לו כ"ז שמשכונו אצלו ר"ל דכ"ז שלא נשבע המלוה יכול לחפוס משלו עד שישבע א"כ יצאה הודאה בפטור וגם כאן כיון דהמלוה נאמן בשבועה שוב אין הלוה יוכל לחפוס יותר משויו וזה ברור:

כו) ואמר לו הלוה יהא המשכון שלך לא קנה דדחויי קמדתי לי'. עיין ש"ך ס"ק קי"ד מה שהקשה אך ביען כי קיצר מאוד צריך אני לברר כונתו קודם שאבוא על דבריו והנה דין זה נובע מסוגיא דב"מ (ד' קט"ז) גבי כותלו שנפל לגינת חבירו ואמר לו שיפנה אבניו ואמר לו בעל הכותל יהא האבנים שלך לא קנה אף דמונחים בחצירו עד דפנינהו בפניו דאל"כ דחויי קמדחי לי' ומכאן למד הנ"י דין זה דגם במשכון לא קנה אבל המחבר לקמן סי' של"ו כ' דבפועל שאמר לו טול מה שעשית בשכרך קנה ומחלק דוקא בעצים ואבנים

דבעל כותל לא הי' חייב כלום לבעל גינה לא קנה אבל פועל דהי' מחויב לו קנה מיד וזיכה לו חצירו וזה שהקשה הש"ך דגם כאן הרי הי' חייב למלוה למה לא קנה ונראה בזה דהנה הקשו עוד על הש"ע דקאמר גבי כותל דאמר יהא אבנים שלך דקתני במשנה דאם קבל עליו קנה ופירש דהיינו דוקא דפנינהו בפניו א"כ קשה דבב"מ שם (ד' קי"ח) דעביד צריכותא בין כותל לפועל דאי תנא פועל הוי אמינא פועל הוא דקנה כשקבל עליו משום דאית לי' אגרא וכו' וקשה למה לי הצריכותא כיון דדינו של זה לא כדינו של זה דבאבנים צריך דוקא בפניו א"כ אין למילף חד מחברי' והנה עוד קשה דמאי דאי תנא פועל וכו' אבל הכא לית לי' אגרא והרי ה"נ חייב לו שכר פינוי וכן הקשה הש"מ ולכן נראה דהם פירשו מה דאמר הש"ס פועל אית לי' אגרא היינו דדינו דפועל דחייב לשלם לו שכרו כמו שהתנה ור"ל דאף באין לו מעות חייב למטרת ולמזבן ולייתי זוזי לכן אמרינן דודאי אינו רוצה לטרוח וגמר ומקנה לו אבל בעצים ואבנים יכול ליתן לו מה שירצה וא"כ למה לו להקנות לו העצים והאבנים אף אם שוין יותר ולעולם הברירה בידו ליתן לו אבנים בשכר פינוי (וראי' לזה דהרי קשה בלא"ה גבי פועל למה נימא דמשקבל עליו אינו יכול לחזור ודלמא לדחויי בעלמא אמר לו דהרי מצינו גבי משרת דאמר לו לך מעמי אם הי' דרך כעם יכול לחזור וה"נ כיון דהוי ספק בקנין יד לוקח על התחתונה ואוקי בחזקת מ"ק וע"כ דבעי הוכחה ואיזו הוכחה יש לו וע"כ דזה בעצמו הוכחתו משום דחייב לשלם לו במעות מסתמא אינו רוצה לדחותו) והשתא ממילא לא קשה למה לי הצריכותא כיון דכאן בעי בפניו דהא זה באמת משני הגמר' דפועל דחייב לו מעות לכן א"צ בפניו אבל הכא אם פנינהו שלא בפניו הרי אין לו עליו רק חוב ולכן צריך בפניו דוקא דיהי' הוכחה דסבר וקבל ולפ"ז מיושב גם כאן דבמלוה כיון דא"צ ליתן לו מעות דוקא א"כ דמי ממש לעצים ואבנים ולא קנה. שוב ראיתי שהתומים חי' באופן אחר על דרך זה עיי"ש ודו"ק: כז) משכון שנפתחו דמיו וכו' עד ישבע הלוה היסח. עיין ש"ך ס"ק קט"ו כ' כיון דהלוה טוען ברי אינו חייב לשלם ע"י שבועת המלוה ומשמע דאף דאין להלוה מיגו ולא כמ"ש לעיל ס"ק י"ד ועיין מ"ש לעיל ס"ק ז': עוד כ' הש"ך דאם המפקיד טוען ברי שלא נאנס אין השומר חייב לשבע ש"ד דלא חייבה התורה שבועה רק נגד שמא של בעה"ב ולכאורה קשה דהתוס' ב"ק (ד' ק"ז) ד"ה ערוב פרשיות כתבו וז"ל דהכא מיירי שטוען זה וכו' יודע אני שיש בידך עכשיו הרי דאף נגד טענת ברי נשבע ואך בחי' כתבתי כי כל דברי התוס' מגומגמים ושם יש ט"ס וצ"ל שטוען וכו' יודע אני שהי' בידך כשהייתי גדול וגם דבריהם בקושייתם הוא מגומגם דמ"ש החזרתי לך כשהיית קטן צ"ל נגנב מאצלי כשהיית קטן ודברי הפ"י צ"ע שם:

כח) זה אומר אני מהפכה וז"א אני מהפכה וכו' ואם לא נתרצו שניהם נשבעין. הנתה"מ ס"ק מ' הקשה דלקמן סי' רל"ח בשנים אוחזין בטלית פסק דאם שניהם אין רוצין לשבע חולקין בלא שבועה וחי' דכאן דהוא לפטור עצמו כ"א יכול לכוף את חבירו שישבע אף אם הוא לא ישבע לכן שניהם נשבעין עיין בדבריו באריכות ולא ירדתי להבין דבריו ואך מ"ש דכיון דכ"א יכול לכוף חבירו לכן שניהם נשבעין הוא חימה אצלי דאדרבה הא כ"א יכול לחפוס שבועתו ולומר לא אשבע עד שתשבע אתה כמבואר לעיל סי' זה וכן כ' שם הנחה"מ ואך הרי הדין דיטילו גורל מי ישבע תחילה כמ"ש הנחה"מ וא"כ אם נתרצו לגורל פשיטא דשניהם נשבעין ומי שיעלה עליו הגורל. הוא ישבע תחילה וכן בשנים אוחזין בטלית פשוט דהדין כן ואם אין מתרצין בגורל פשוט דשניהם אין נשבעין דכי ב"ד יכופו אותם לשבע וזה פשוט אך דקדוק הלשון ששינה כאן הש"ע מסי' רל"ח דהקשה הנחה"מ וגם מאי קמ"ל נראה דשם דשניהם אוחזין טלית ושניהם אין רוצין לשבע וגם אין רוצין לחלוק דכ"א אומר כולה שלי ס"ד דהב"ד נוטלין הטלית ויהא מונח דאין להוציא חצי מכ"א דשניהם מוחזקים בכולה קמ"ל דלא אמרינן כן רק יחלוקו בלא שבועה ויתפוס כ"א שבועתו עד שישבע חבירו וכן כאן הדין כן רק מה דכ' כאן שניהם נשבעין נראה דקמ"ל דבר חדש דבלא"ה הקשה הנחה"מ כיון דאין רוצין לקבל ההיפוך מה שחבירו מהפך עליו ממילא נפטר חברו עיי"ש והנה אם נאמר כן הי' הדין דהמלוה המוחזק בג' דינרין יתן להלוה אותן ג' דינרין והלוה המוחזק בהדינר יתן דינר להמלוה אכן בודאי אין הדין כן ולא דמי לבעלמא דהרי כאן הא השבועה המוטל עליו הוא ממש שבועת ההיפך כמ"ש הש"ך ס"ק קכ"ד א"כ הראשון שמהפך לא שייך לומר דכבר נפטר דהרי חייב לשבע ע"י שהשני מהפך עליו וא"כ גם אין יכול השני לומר שוב אינך יכול לחזור בך כיון שהפכת דהרי יאמר הראשון כיון דאני מוכרת לשבע השבועה שהי' מוטל מתחילה עלי וכדומה המלוה הפך על הלוה שישבע ויתן לו הג' דינר והלוה מהפך על המלוה שישבע ויתן לו דינר ודאי יאמר המלוה וכי ע"ד כן הפכתי הא יותר טוב לי לשבע וליטול ג' דינרין שאני מוחזק ולא הפכתי ע"ד כן דכי שוטה הוא שישבע על דינר אותו שבועה עצמה ויפסיד ג' דינרין וא"כ יאמר המלוה אשבע השבועה שנתחייבתי וזה דקמ"ל הש"ע דאם אין רוצין את ההפוך היינו שאין אחד רוצה לקבל כל השבועה שניהם נשבעין ולא אמרינן כבר נפטרו כמו שהקשה הנתה"מ וזה ברור ונכון:

כט) נמצא שמעון מודה במקצת וצריך לשבע שלא הי' שוה רק ג' דינרים. חימה בעיני שהרי הדינר השלישי שמשלם הוא רק מטעם דאי"ל והרי המחבר לקמן סי' שס"ד פסק כהרמב"ם דהיכי דלא נתחייב רק משום דאין יכול לשבע לא הוי מודה במקצת ודוחק

לומר דתיכף כשמסר חפץ של ראובן ללוי נתחייב בדינר הג' וראיתי שכן כ' הקצה"ח סי' פ"ז אך זה דוחק דהרי אם יש עדים שנאנס ביד לוי פטור ותימה שלא ראיתי מי שיתעורר בזה והי' נראה לחלק דוקא בטוען ברי כמו דידי חטפתי דנתחייב רק משום דאינו נאמן לשבע נגד העד אבל הוא כופר הכל דדילמא האמת אתו א"כ אין כאן הודאה אבל כאן דיודע בעצמו שהוא חייב מכח שאינו יודע הוי מודה במקצת אך הרי הש"ך סי' פ"ז ס"ק י"ב לא כתב כן. שוב עתה בעת העתקה מצאתי שכן הקשה בס' מקצוע בתורה וכ' תי' הנ"ל בדוחק וכבר נתבאר:

ל) אם דרך ראובן להפקיד וכו' ישבע לוי ונפטר שמעון. הש"ך ס"ק קל"ג כ' די"ל דחייב ראובן לשלם חובו ולזה הסכימו האחרונים והשע"מ כ' דכן מבואר בבעה"ת ובקצה"ח כ' דאין שמעון גובה החוב כיון דכבר נתן ללוי והוי כהאי דאמרינן במרובה בהקדישו בעלים ביד הגנב דחזרה קרן לבעלים והנתה"מ כ' דאין לוי גובה דאין המלוה יכול למכור המשכון שיהי' הלוקח יכול לתבוע גופו של לוה רק להחזיקו עד שישלם הלוה וכיון דנאבד פקע זכותו ומשמע ג"כ דהסכים להקצה"ח ולא אבין כלל דבמרובה ודאי שייך להקדש ורק אין כפל בהקדש וההקדש תובע הגנב רק שם כבר לקחו בעלים שלהם אך אם אמת כדברי נתה"מ דאין יכול לוי לחבוע מראובן אכן שמעון ודאי גובה חובו ונראה דבמחכ"ח אשתמט להו דברי הש"ע לקמן ס"ס רמ"א בהגהה דכ' דהקונה קרקע מחבירו באחריות ונתנה במתנה לא' וטרפוה מיד מקבל מחנה דאין המקבל מחנה חוזר על המוכר וכ' שם הסמ"ע דמ"מ הנותן דהוא הלוקח חוזר על המוכר וכ"ש כאן דנשאר שעבוד הגוף ביד שמעון דודאי שמעון גובה ועיין שע"מ סי' רכ"ו: התומים השיג על הש"ך ס"ק קכ"ט וכ' כיון דאין ידוע אם הוא ברשות לוי ושמא ברשותו הוא לכן חייב אף דינר הרביעי וכ' משום שבועה שאינו ברשותו הוא דאורייתא וכבר דחו דבריו הקצה"ח והנתה"מ ולפי מ"ש לעיל ס"ק כ"ה דאף אם הלוה טוען נר' שהוא בידך אינו גובה יותר ממה שהי' שוה אף להחזיק בידו כ"ש כאן ודו"ק ובעיקר הענין שכ' דשבועה שאינו ברשותו הוא מדאורייתא הוא תימה כאשר הארכתי בס"ק י"ז דהש"ס יליף מר"ה דאף מחשש שמא יוציא הפקדון נשבע וא"כ וכי נימא דזה ג"כ מהתורה והעיקר כמ"ש הש"ך ס"ק נ"ה דשבועה זו הוא דרבנן. ובב"י סי' רל"ח מבואר ג"כ כהסמ"ע הנ"ל סי' רמ"א ועיין מ"ש סי' שע"א:

לא) שמעון פושע הוא. עיין ש"ך ס"ק קל"ו בסופו שכ' וז"ל ואין משם ראי' שהרי כ' שם ג"כ או שנתן לו במתנה נגד החוב ופשיטא שאם נתן לו במחנה גמורה נגד החוב נפטר מחובו וכו' ואין הדברים מובנים ואולי הי' לפני הש"ך הגירסא ברמב"ם דהי' משמעותה

שהמלוה נתחייב ליתן ללוה מתנה גמורה ועדיין לא נתן לו ובזה כ' דאם נתחייב באמת נפטר הלוה מחובו אכן ודאי כונת הרמב"ם כפשוטה דהלוה נתן מתנה וסבר דנפטר מחובו ובודאי משמע מהרמב"ם דבנתן לאשתו לא מיפטר אך התומים כ' דבנתן לאשתו לא גרע משומר שרגיל להפקיד אצלו ואך נראה דזה לא שייך בהלואה רק באשה הנו"נ גם בזה פטור:

לב) ואם הוא מסופק אין מוציאין המעות מיד לוי. הקצה"ח ס"ק ל"ג תמה בזה דהמלוה הרי על המשכון א"י אם נתחייבתי כיון דאם נאבד קודם הלואה לא נתחייב כלל אבל הלוה הוי על המעות א"י אם פרעתיך ולא העלה דבר ברור גם דברי הנחה"מ אינם מוכרחים ואך י"ל דבדרא דממונא אף א"י אם פרעתיך פטור ואך בלא"ה י"ל דיש חזקה דנאבד המשכון אח"כ ועיין לקמן ס"ק מ"ב ואך אם ידוע זמן האבידה של המשכון ואך זמן הלואה אינו ידוע בזה לא שייך חזקת משכון ולא עיינתי בזה:

לג) הוא הרשני ללמוד. הש"ך ס"ק ק"מ הביא דברי הע"ש שכ' דאף אם הרשה ראובן לשמעון ללמוד מתוך ספריו אין שמעון יכול להרשות ללוי ואם הפסידם הוי שולח יד וחייב לשלם והשיג הש"ך עליו דאף דאין השואל רשאי להשאיל מ"מ לא הוי פשיעה וכ' ועוד דבהרי"ף והרא"ש משמע דאף מתה מחמת מלאכה אצל השני פטור ע"כ ודברי הש"ך צריך אצלי עיון ומקודם אבאר דמ"ש הש"ך ועוד דבהרי"ף וכו' לא הבנתי מה לשון ועוד דודאי אף אם נאמר דלא הוי פשיעה משום דנתן לו רשות מ"מ בנפתחו למה יפטור אף אם הרשהו ללמוד הרי לא הרשהו לקלקל רק דממילא פטור משום מחה מחמת מלאכה וא"כ אם נאמר דמתה מחמת מלאכה אצל השני חייב גם כאן חייב וא"כ עיקר הפטור משום מתה מחמת מלאכה אצל השני ג"כ פטור ובעניי לא מצאתי שום משמעות ברי"ף ורא"ש דמתה מחמת מלאכה אצל השני פטור ומתני' דהשוכר את הפרה והשאילה לא איירי במתה מחמת מלאכה רק לא אאריך בזה ויכול להיות הסברא מבחוץ דאי לאו פשיעה הוא פטור גם השני במתה מחמת מלאכה כמ"ש הש"ך אך מ"מ ע"כ דאיירי בלא הכביד עלי' דהרי השואל לחרוש בבקעה וחרש בהר חייב וא"כ ודאי מסברא אין שייך בספרים מלאכה שוה דכמה לומדים בספר ואין מקלקלים אותם וכיון דחזינן שהשני קלקלם מנ"ל דגם אצל הראשון היו מתקלקלים אך כאן בש"ע והוא מתשו' הרא"ש נראה דאיירי בידוע שהשני קלקל יותר מהנהוג. והנה הקצה"ח כ' דאם לוי לא ידע שהספרים הם של ראובן פטור רק צריך לשלם כפי מה שנהנה והנה אישתמע לי' דכן כ' הטור בשם הרא"ש וז"ל טענה זו הי' מועיל אלו הי' סבור שהספרים הם של שמעון הרי להדיא דבהי' סבור שהוא של שמעון פטור וגם מ"ש הקצה"ח דצריך לשלם

מה שנהנה הוא דבר ברור דהרי הרא"ש דסובר דשלא כדין הרשהו וא"כ מאיזה סברא יפטור מלשלם כפי מה שנהנה ולכאורה מה שייך בספרים כפי שנהנה ע"כ צ"ל מה שיכולין לשכור ספרים כאלו והנה בודאי המשכיר ספרים נוטל יותר שכר ממה שדרכו להתקלקל וא"כ צ"ע מאי פטרו הרא"ש אם לא הי' יודע שהוא של ראובן כיון דצריך לשלם כפי שנהנה וע"כ צ"ל דהוא קלקל יותר מהדרך ומ"מ מי שמשכיר אינו נוטל כל כך דאין עולה על דעתו שיתקלקלו כ"כ (בדוחק י"ל דנמצא לשכור ספרים ישנים דאין מתקלקלים כ"כ ואין דרך להשכיר חדשים דעולה חסרונם יותר מהשכר ואין נהנה מהם יותר מישנים) וכיון דקלקל יותר מהנהוג א"כ פשוט דהדין עם הע"ש דודאי אם היו אצל שמעון לא היו מתקלקלים כ"כ אך באמת נראה דהסברא דלעולם יש לנו לומר אולי הראשון לא הי' מקלקל כ"כ וא"כ לא שייך לפטור את לוי מטעם שהרשה את שמעון נם מה שדייק הש"ך מדברי הטור שכ' דאף לשמעון לא הי' רשות משמע דאם הי' לשמעון רשות פטור לוי לפי מה שפי' הפרישה דשמעון הלך תיכף לראובן וסיפר לו שהלוה אותן מעות מלוי וא"כ אם הי' ראובן מרשה לשמעון מסתמא כשסיפר לו שלקח המעות מלוי ודאי משכנס ללוי שיהי' במקומו והוי כאלו ראובן בעצמו הרשהו לכן כ' דאף לשמעון לא הי' רשות אבל ודאי אם לא הודיע תיכף לראובן י"ל דאף רשות שיש לשמעון לא מהני ללוי ולכן אולי אין לחלוק על הע"ש וצ"ע:

לד) וטוען היורש שהמשכון נאנס. הש"ך ס"ק קמ"ב כתב דאם היורש טוען שהחזיר המשכון צריך הלוה לשבע היסת והתומים תמה דלמה לא יהא היורש נאמן במיגו שנאנס המשכון ועיין נחה"מ כ' דלפי דברי הסמ"ע דבטוען הלוה ברי שלא נאנס נאמן וכאן כ"ע מודים דהחזרתי טענה גרועה הוא והוי מיגו להוציא עיי"ש והנה אין זה ברור דהוי להוציא כיון דהחוב ברור בשטר וי"ל דאף הסמ"ע לא יאמר דהיכי דיש להמלוה מיגו נאמן הלוה ואך לפי דברי הסמ"ע י"ל בפשוט דכמו דיש להמלוה מיגו דנאנס ה"נ יש להלוה טענה להכחישו בברי שלא נאנס וצ"ע לדינא דמ"מ י"ל כהש"ך לפי מ"ש התומים דאין כאן חזקה דשטרך בידי מאי בעי כיון דאין טוען שפרע ובשע"מ הביא תשו' הרי"ף דכ' כהש"ך. ואכן זה גופא אינם מה שכופר: לה) וטוענים היתומים שאביהם צוה שהוא ממושכן במאה עיין ש"ך ס"ק קמ"ג דדוקא אם היתומים טוענים ברי וצ"ל דמה שכ' הש"ע דנשבעין שלא פקדנו אבא היינו אם הלוה טוען פרעתי וזה שכ' הש"ך בס"ק קמ"ו דאין צריכין לשבע רק בטוען השבע לי דהוי נגד טענת שאינו ממושכן רק בחמשים ודאי דלעולם צריכין לשבע עיין נתה"מ אך מ"מ צ"ל דזה דמי לטענת פרעתי דאל"כ למה ישבעו, שכך צוה אביהם הרי אין נשבעין על טענת שמא והוא אינו יודע אם לא צוה

אביהם וע"כ דכיון דהוי ליטול נשבעין כמו שלא פקדנו אבא ומ"מ כ"ז דוחק ובפרט לפמ"ש הש"ך ס"ק צ"ד דאם ידוע שהוא ממושכן אף דיש עדים וגם הם דברים העשוין להשאיל ולהשכיר נאמן שכך הלוה עליו כמ"ש הרשב"א וה"נ כיון דעכ"פ הוא ממושכן אצלם אף בטענת שמא נוטה הסברא דנוטלים כדי דמיו כמ"ש התומים דהרי זה דמי לטענת לקוח ועיין נתה"מ:

לו) ועל השאר ישבע היסת. עיין ש"ך דזה דוקא כשטוענים ברי והוא פשוט ורק מהש"ך משמע דזה שטוענים שאביהן צוה הוי טענת ברי ולקמן סי' ע"ה יש ב' דיעות באמר לי אבא אם צריך הנתבע לשבע ואך לפי מ"ש התומים דמ"ש הש"ע אביהן צוה הוא לאו דוקא רק אף בשמא א"כ מ"ש כאן ישבע היסת לא קאי אלעיל רק אטענת ברי א"כ י"ל דאיירי בברי גמור דטוענים דיודעין דחייב ולא מפי אביהן:

לו) עכו"ם שהלוה לישראל על משכון ונפל ממנו ומצאו ישראל חייב להשיבו לישראל. הש"ך כ' דאם השיבו לעכו"ם חייב לשלם לישראל והשע"מ הקשה דהא מבואר לעיל סי' כ"ח דאם העיד לעכו"ם אמת דפטור אף דהפקעת הלואה מותר עיי"ש ולק"מ לפי מ"ש בהרבה מקומות דהלואה אם העכו"ם בא לפני ב"ד ג"כ פוסקים לו דישלם לו וכ"ז שלא נפקע והעכו"ם אינו מייאש ודאי דחייב לו וכמ"ש הקצה"ח דהפקעת הלואה אינו מותר רק ביכול להשמיט עצמו שהעכו"ם יאמין לו כגון לא הניח לי אבא כלום שאפרע חובו א"כ לא הפסידו זה שהעיד ואף אם נאמר דמותר לכפור כ"ז שלא נפקע הוי רק מניעת הריוח אבל כאן דעכו"ם בתר ערבא אזיל ואין גובה רק מהמשכון והמשכון שנאבד כבר זכה בו הישראל דהרי הוא שלו א"כ הוי מוסר ממש ממונו לעכו"ם אך זה פשוט דאם הישראל ידע שהעכו"ם אבדו ונתייאש כל המוצאו זוכה רק איירי שהישראל לא ידע והוי יאוש שלא מדעת ועיין נחה"מ ר"ם ק"ל:

לח) וי"א דה"ה במעות שהלוה ישראל לעכו"ם ונפלו וכו' ול"נ דבמעות הוא של המוצא. התומים האריך ליישב דעת הי"א ותוכן דבריו דהעכו"ם לא קנה המעות במשיכה וברשות בעלים הוא לחזרה ותקנו משיכה בשומרין ובעכו"ם לא תקנו ואף דקיי"ל כר"י דדבר תורה מעות קונות וא"כ לעכו"ם במשיכה זה רק לקנות גוף הדבר אבל כאן דמשך לשימוש אין משיכה קונה עיי"ש ולא הבנתי כלל חדא דא"כ למה צריך למעט עכו"ם מדין שומרין כיון דמשיכה אין קונה אין בו חיוב ועוד דמלוה שהוא להוצאה אין זה שימוש רק גוף הדבר ועוד דכבר הסכימו הפוסקים דהיכי דאין מעות כמו במתנה לד"ה משיכה קונה בין בישראל בין בעכו"ם ופשיטא דהלואה דלהוצאה ניתנה הוי כמתנה ובלא"ה א"צ לכ"ז דכאן המלוה אתייאש כבר מהמעות כיון שמסרם להעכו"ם ופשוט:

לט) וכבר יצאו. עיין סמ"ע ס"ק ק"י בשם תשו' מהר"ם דאם עלה על המשכון קרן וריבית יותר משויו מסתמא נחלט לו המשכון דעכו"ם בתר ערבא אזיל וא"כ באבדו העכו"ם זכה בו המוצאו ולפענ"ד לא זכיתי להבין דמ"ש זה מעכו"ם שהלוה לישראל על חמצו דאם לא אמר מעכשיו, עובר הישראל בב"י אף דודאי לא ירצה לפדותו ורוצה להחליטו ביד העכו"ם ואולי י"ל דשם אם לא יעבור א"כ לא יהי' אסור א"כ לא יחליט לו ועיין בסוף סי' שאח"ז כתבתי בשם הלח"מ דחמץ כיון דיכול לפדותו שוב הוי שלו לעבור עליו אך צ"ע בזה ולא נפניתי:

מ) והלך ראובן ומשכנו לשמעון וכו' זכה שמעון בכל המשכון. הסמ"ע כ' דה"ה אם ראובן בעצמו משכנו בלי ציווי העכו"ם דזוכה בו השני רק אם העכו"ם הניח יורשים אז כיון דדעתם לפדותו חייב להחזירו לראשון והש"ך ס"ק קנ"ט בשם הב"ח חולק דכ"ז דאין היורשים באים לפדותו אין מחויב להחזיר והתומים תמה דמה מקום ספק דהא עכו"ם יורש את אביו ומה לי שהעכו"ם חי או מת עיי"ש ולדעתי כונתם פשיט ולק"מ דהרי אף אם העכו"ם חי אין מהסברא שיוכל הראשון לפדותו דכל זכותו מכר לו להשני דאל"כ איך השני מקבל ריבית רק שתלה הדבר בהמנהג כמו שכ' הסמ"ע ס"ק קי"ד ובמת דאין כאן מנהג אין יכול לפדותו ואך אף על המנהג פקפק הש"ך ביו"ד עיי"ש:

מא) ואם הי' העכו"ם חייב לראובן. הש"ך ס"ק קס"ב האריך בנידון עכו"ם שהשכין משכון לראובן והעכו"ם חייב ג"כ לשמעון וכ' הב"ח בשם הרשב"א דשמעון יכול לפדות את המשכון מראובן משום דמה שהמשכון שוה יותר מחוב של ראובן חייב ראובן לשמעון מדר"נ ורק שמעון חייב ליתן לראובן גם הריבית שעלה עליו ופירש הב"ח דהיינו הריבית שעלה עד היום שבא לפדותו והש"ך כ' דאף מה שיעלה עליו עד הזמן שהתנה לפדותו ואף דהי' ביד העכו"ם לפדותו קודם דהרי הרשב"א כ' שאלת וכו' וטען שמעון קרן ורבית שהרוחת קודם אתה נוטל לפי שלא חל הריבית אלא בכל יום, מתרבה והוא הי' יכול לפרעו ולסלק שעבודו והשיב הרשב"א שמזמן הלואה חייב עצמו בכל הריבית שיעשו מעותיו כמו פסק לזון בת אשתו שאף דהמזונות דבר יום ביומו גובית ממשועבדים ומה שטוען דהי' יכול לסלקו הא התם נמי בכותב לה כ"ז שאת עמי הי' יכול לסלקהולגרש הרי משמע מהרשב"א דאף מה שיעלה אח"כ ע"כ תוכן דברי הש"ך בקיצור וקשה לי דלפי דברי הש"ך איך מייתי הרשב"א ראי' מהא דכתב לה כ"ז שאת עמי דג"כ הי' יכול לסלקה דשם הרי עכ"פ נתרבה דכ"ז שלא גירשה הרי לא סילק את שעבודה אבל כאן דשמעון טוען שרוצה תיכף לסלקו ושוב לא יתרבה הריבית דהרי כן הי' טענתו והוא במקום העכו"ם עומד כיון דהעכו"ם חייב לו ולכן הי' נראה לכאורה

דכונת הרשב"א כהב"ח דהיינו ששמעון טוען דמה שעלה קודם ר"ל קודם שהלויתי אני לעכו"ם זכית בו אבל מה שעלה אח"כ כיון דנתרבה בכל יום א"כ שעבודי קודם והשיב הרשב"א דהעכו"ם נתחייב מיד בכל הקרן והריבית כמו שהבת גובה ממשועבדים אף דחיוב המזונות בכל יום ואף במקום שהי' יכול לסלקה כמו בכותב כ"ז שאת עמי וא"כ כ"ז שלא פדה שמעון המשכון נחתייב לו העכו"ם למפרע הריבית ג"כ ואף דיש ליישב דברי הש"ך דכונת הרשב"א דאם נאמר דיכול לפדותו ולא ישלם הריבית שיעלה אח"כ וע"כ לא נשתעבד עדיין כיון שיכול לסלקו התם נמי איך תגבה ממשועבדים והרי שעבוד הלקוחות קדמו מ"מ סברת הב"ח דשאני הכא דשמעון במקום העכו"ם עומד ושאני בבת דאיגלאי מילתא למפרע ועכ"פ אין קושיא על הב"ח וצ"ע לדינא אך הסברא נראה כהש"ך ועיין לקמן ר"ס קכ"ו:

מב) משכונו של עכו"ם ביד ראובן והפקידו ראובן ביד שמעון ומת העכו"ם יש להסתפק אם זכה שמעון. הש"ך ס"ק קס"ג חמה דאין כאן ספק דהרי אף אם הוא בחצר של ראובן ותפסו שמעון זכה בו ע"כ והנה נראה דלא עיין במרדכי שם פ' חזקת הבתים דכ' דאפשר כיון דמונח מכתו של הישראל לא יוכל לזכות ושוב ראיתי בתומים דכ' דספק קלוש הוא דהרי פקע כח ישראל הראשון ואך לפענ"ד יש קצת לעיין לפי מה שכ' המהרי"ט דחצר הנפקד קנוי להמפקיד א"כ הוי כמונח בחצר המפקיד ועיין לקמן סי' קפ"ט שהאריכו כל האחרונים בדברי מהרי"ט ומ"ש שם. ואך התומים הקשה על הש"ך דהא הפקעת הלואה מותר וכן הפקעת פקדון וא"כ כבר זכה ראובן במשכון בהיותו אצלו ולא הבנתי דהרי הש"ך לעיל ס"ק קס"ב הביא דברי הרשב"א דהיתר מחובו שייך לשמעון הרי דלא זכה. שוב ראיתי שהתומים סי' פ"ו הקשה גם על הרשב"א אך דבריו תמוהים בעיני דאיך נאמר כיון דהפקעתו מותר שוב הוי שלו דא"כ עכו"ם שהפקיד חמצו לישראל אף בלא קיבל אחריות יהא נחשב כשלו וע"כ כ"ז שלא הי' דעתו לזכות בו לא הוי שלו וכ"ש במשכון שהי' דעתו לגבות חובו ועיין מה שכתבתי לעיל ס"ק ל"ז דאף הלואה כ"ז שלא הי' דעתו להפקיע לא הוי שלו ובפרט בפקדון דנראה דאף הפקעתו אסור ועיין מ"ש ריש ה' גזילה ומה שכתבתי בס"ק ח'. ושוב ראיתי בנתה"מ כ' ג"כ כמ"ש רק מ"ש ראי' מישראל שהלוה לנכרי על חמצו עיי"ש אין ראי' דשם הרי בכונה אין רוצה לזכות בו דהרי רוצה להשתלם חובו גם ראיתי שכ' דאף דגילה דעתו שגזלו וכבר הפקיע לא נקרא שלו כמ"ש הרא"ם גבי אתרוג הוא רחוק דהרי מ"מ אין אחר יכול לזכות בו ולכן ודאי פשוט כי דברי הש"ך ברורים:

ואך מ"מ אכתוב דרך פלפול מה שחדשתי בזה והוכחתי דאף לשיטת הרא"ם הוי שלו דהנה בפסחים (ד' ה' ע"ב) איתא יכול יקבל פקדונות וכו' אין לי אלא בנכרי שלא כבשתו עובר בקבל ממנו פקדון נכרי שכבשתו מנין וכו' ופריך כלפי לייא עיי"ש ולכאורה תימה דמאי פריך כלפי לייא דהא שפיר י"ל דנכרי שלא כבשתו כיון דחייב באחריות עובר אבל נכרי שכבשתו והוא תחת ידו דאף בקבל אחריות מ"מ פטור אם נאבד דהא הפקעת הלואה מותר ומאי פריך (ואף לפי מ"ש דהפקעת הלואה כ"ז שלא פקע לא זכה כלל מ"מ דכמו שכ' הרמב"ם דאף אחריות אלם הוי אחריות לעבור עליו א"כ אין תימה דיש סברא להיפוך דאם הישראל אלם לא מיקרי אחריות ועכ"פ לס"ד דלא יקשה כלפי לייא ואף להחולקין על הרמב"ם ובפרט הפקעת הלואה דהרי חיוב אחריות הוא רק כמו הלואה ומותר מהדין א"כ לא הוי אחריות גמור) אך י"ל דלק"מ דאיך נימא כיון דהישראל אלים לא הוי אחריות ואין עובר עליו אדרבה כיון דאלים ויכול להפקיע א"כ החמץ בעצמו הוי שלו וכ"ש דעובר ושפיר פריך אכן לפי מ"ש הנחה"מ דלשיטת הרא"ם לא מיקרי לכם הדרא קושייתינו לדוכחא דהחמץ עצמו ודאי לא נקרא שלו אף דיכול להפקיע אבל חיוב אחריות דהוי רק הלואה ולא מיקרי חיוב לא הוי אחריות ומאי פריך וע"כ צ"ל דאף דגזל עכו"ם לא מיקרי לכם אבל פקדון אם יכול להפקיע מיקרי שלו ממש והוי החמץ שלו ולא כהנחה"מ ואך לפ"ז יהי' מוכת מכאן דהפקעת פקדון דמי ממש להפקעת הלואה דאם נאמר הפקעת פקדון אסור והפקעת הלואה מותר וא"כ אין אחריות בנכרי שכבשתו כיון דלא הוי רק הלואה אבל החמץ עצמו דהוא פקדון לא הוי שלו וא"כ הדרא הקושיא לדוכתי' אלא ודאי דגם הפקעת פקדון מותר ואם נחשוב דאין זה אחריות אף החמץ נקרא. שלו אכן כ"ז לפלפולא בעלמא והפקעת פקדון ודאי דאסור ואך פשוט דאף אחריות בנכרי שכבשתו מיקרי אחריות גמור ולא כמו שהבאתי בשם התומים דאין נקרא חיוב כלל וכ"ז ברור ועיין לקמן מ"ש סי' קכ"ח: מג) ונגנב המשכון וכו' ישבע המלוה שלא בא בזמן שקבע לו ופטור. והנה אם המלוה א"י אם נגנב קודם זמן שקבע או אח"כ רצה הקצה"ח לומר דהוי א"י אם פרעתיך רק אח"כ כ' דלפי מ"ש בסי' שד"מ דאף שאלה חצי יום ושכרה חצי יום וא"י אימת נאנס פטור ה"נ פטור ע"כ וכונתו דשם הביא דברי הרשב"א בזרק לו חובו ספק קרוב לו ספק קרוב למלוה פטור ולא הוי א"י אם פרעתי כיון דהספק לפנינו וה"נ כיון דיש להסתפק אימת נגנב הוי כספק לפנינו ואין חיוב בא"י אם פרעתי רק באין רגלים לדבר עיי"ש ולא הבנתי כלל מה קאמר דמה מהני מה דנעשה אח"כ ש"ח עליו וכי עדיף מה שהוא תחת ידו בפטור אונסין מאלו החזירו ליד בעלים ואם הי' טוען א"י אם החזרתיו לך אחר שפרעת לי חייב והשתא דטוען א"י אם יצא ליד

ש"ח פטור והרי אם הבהמה מתה לפנינו והשואל טוען א"י אם החזרתי לך ואצלך מתה חייב וה"נ למה עדיף ודינו של הרשב"א שאני דאנו יודעין שיצא המעות מידו אל המלוה רק אין ידוע אם בא ליד המלוה ואך יש לעיין בזה לפי מ"ש לעיל ס"ק ל"ב דיש חזקה שנאבד אח"כ ה"נ י"ל דפטור מה"ט וכן י"ל גבי שאלה חצי יום וכו' וראיתי כי כבר דברו התוס' בזה הובא בקצה"ח שם אך לא עיינתי בזה:

מד) אבל למ"ד ש"ח לא מחייב אלא בפשיעה. הש"ך ס"ק קס"ח פקפק בזה די"ל דכמו דהוי כפירש שיפסיד חובו ה"נ אף צריך להחזיר והקצה"ח כ' דזה דמי לנגנב קצת מהמשכון ויש עדיין בנשאר כדי חובו דאינו מפסיד ויש לדחות דהתם דלא קבל כל המשכון רק נגד חובו וכיון דיש בו עדיין למה יפסיד אבל בנאבד הכל הרי ע"ד כן קבל להפסיד כפי שלוה אך הש"ך עצמו לא השיג על הש"ע:

מה) ונשרף המשכון ביד העכו"ם פטור שמעון. התומים כ' דאם א"י שנשרף רק על פיו של העכו"ם ולהסוברין דאם חשוד טוען נאנסו חייב לשלם וה"נ העכו"ם חשוד וחייב לשלם א"כ חייב שמעון לשלם לראובן מדר"נ ע"כ וצ"ע בזה דהא קיי"ל דלא אמרינן משעת שאלה חייב באונסין ורק מעת שנשרף אז חייב העכו"ם לראובן והרי אז כבר נפטר שמעון ואין כאן שעבודא דר"נ ואך הנתה"מ כ' דיש לחוש שמא הוא עדיין בידו וא"כ לא נפטר שמעון כלל מחובו וגם זה צ"ע בעיני דמ"מ קודם שכפר העכו"ם לא נתחייב ואחר שכפר כבר נפטר וגם י"ל דהוי שמעון א"י אם נתחייבתי:

מו) פטור שמעון לשלם לראובן. עיין ש"ך ס"ק ק"ע לשון מהר"ם והשע"מ הקשה כיון דשמעון נהנהמשמע דאין שבועה חל בכולל להפקיע זכות השני ועיין טו"ז סי' רל"ד וברשב"א ע"כ. והנה מ"ש מתשו' הר"ן לא נהירא דאדרבה בתשו' הר"ן משמע להיפך דכ' דאין לו כח להפקיע זכותה לכן יתיר לעצמה השבועה משמע דחל השבועה רק דאסור לקיימה אך בטו"ז וברשב"א כתבו דאין נדר חל בכולל לאפקועי שעבוד וכן מצאתי במח"א הנ"ל מתרץ קושיית הש"ך מדברי הרשב"א הנ"ל עיי"ש אך ראיתי בס' בית יצחק מהגאון מלבוב יו"ד ח"ב סי' נ"ד הקשה על המח"א דמה ראי' מביא מדברי הרשב"א דאיירי גבי נדר ונדר דהוא איסור חפצא שייך אלמוהו לשעבוד דאוקמוהו רבנן לנכסים בחזקת הב"ח כמ"ש התוס' אבל שבועה דהוא אוסר עצמו למה לא יחול בכולל ע"כ. והנה בס"ק ה' כתבתי דהעיקר כהב"ח וטו"ז דאף אם חל מ"מ יורדין ב"ד לנכסיו ורק אף דהב"ד יורדין והוא אינו פורע בידו מ"מ עובר על השבועה שנשבע קודם שלוה דחלה וא"כ ה"ה הכא אם יחול בכולל ג"כ ירדו ב"ד לנכסיו וא"כ השבועה לא מהני רק לענין איסור שיעבור א"כ י"ל דשפיר כ' המח"א דדמי להך דהרשב"א דאין נאסרין הנכסים ע"י

כולל דאוקמוהו ברשותו וא"כ לא מהני כלל הכולל ולא חלה השבועה כן נראה לכאורה אך לקמן סי' קי"ז הארכתי בענין המדיר את אשתו מלהנות לו וכתבתי בשיטת רש"י דאף בתשמיש דלא שייך כמ"ש התוס' דאוקמי הנכסים ברשות המלוה ומ"מ אלמוהו לשעבוד א"כ ה"נ אלמוהו אף בשבועה ושפיר כ' המח"א ודו"ק:

ד) ואם השבועה קדמה לחוב שמעון נמצאת השני' (שנשבע לפרוע) שבועת שוא. הש"ך ס"ק י"ד הקשה בשם הב"ח דלמה הוי שבועת שוא הרי אף אם ימכור יקיים שבועתו כמו בנשבע שיאכל ואכל נבילות דקיים השבועה והש"ך תמה עליו דמה בכך שיקיים מ"מ אף אם יקיים כיון דהשבועה הי' אף למכור כדעת חבירו א"כ תיכף יצאה השבועה לשוא עיי"ש ולפענ"ד נראה סברת הב"ח דהרי במה דאמרינן בנשבע שיאכל ואכל נבילות יצא ידי השבועה כ' הר"ן דהוא מטעם דדעתו הי' שכל מה שיאכל יקיים שבועתו ואף בנבילות עיי"ש ולא אמרינן כיון דהי' דעתו אף על נבילות א"כ הוי שבועת שוא וכן בכל שבועה שיאכל לא אמרינן דיהי' שבועת שוא דשמא לא יהי' לו מה לאכול אלא ע"כ כיון דאפשר לקיים שבועתו בהיתר לא הוי שוא וה"נ הרי אפשר שיהי' לו מעות ולא יצטרך למכור ורק שלא תאמר דע"כ דעתו אף למכור כדעת חבירו וא"כ הוי כנשבע בפירוש למכור ע"ז כ' הב"ח דאף אם ימכור יקיים שבועתו ואין לחבירו בזה אם יעבור על שבועה ראשונה א"כ דעת חבירו לא מגרע לזה אבל עיקר שבועתו הי' על מעות אם יהי' לו וגם מדברי המח"א שהבאתי בס"ק הקודם בקדם החוב דהקשה ליחול בכולל כיון דחל באם יהי' לו מעות ולא יצטרך למכור משמע ג"כ דלא הוי לבטל המצוה ע"י שנשבע ע"ד חבירו אף למכור וא"כ האיך יחול שבועה שנשבע שלא למכור משמע דכה"ג לא הוי שבועת שוא ולענין קושייתו עיין טו"ז:

ה) השני' שבועת שוא. כ' הב"ח דמ"מ הרשות ביד הב"ד לירד לנכסיו למכור ולפרוע לב"ח והביאו הש"ך ס"ק ט"ו והתומים הקשה דא"כ מה קול הרעש להלקותו והוי נשבע לבטל המצוה כיון דהב"ד יכולין לירד לנכסיו ומה שמתרץ התומים כבר דחה בס' ב"י שהבאתי בס"ק ג' גם מה שתי' שם דמ"מ מצוה עליו שיפרע בעצמו אין לו שום טעם בפרט אם נאמר דאין מחויב להשתדל שיהי' לו לפרוע עיין לעיל סי' ט' ובטור סי' רע"ח וכ"ש דאין מחויב לפרוע בעצמו כיון דהמלוה יגבה חובו ואך אישתמט להתומים דברי הטו"ז דכ' כמו הב"ח דהב"ד יורדין לנכסיו וכ' דמ"מ עובר דהב"ד הן שלוחיו והיינו דנכסיו אין חייבין רק מטעם ערב ואם לא הוי כפורע אין לגבות מנכסים וע"כ דהוי כפורע בעצמו והיינו דתחילה עבדינן כל טצדקי דאפשר שלא יעבור על השבועה והיינו שע"י המכות יתיר לעצמו ועיין בדברי הר"ן שהבאתי ס"ק ג' ואם מ"מ אין רוצה אין לב"ד בזה

והלעיטהו ויורדין לנכסיו כדי שלא יפסיד הב"ח והוא עובר על השבועה ועיין ש"ך סי' צ"ט ס"ק י':

ו) הנשבע לחבירו לפרוע. עיין קצה"ח ס"ק ה' בשם הכנה"ג דכ' דהמבי"ט כ' דנשבע לפרוע לא חל דהוי נשבע לקיים המצוה והמהרי"ט כ' דחל והביא ראי' מסי' צ"ז דמבואר שם דבנשבע לפרוע אין מסדרין ע"כ דהשבועה חל והכה"ג דחה דשם כיון דאין לו לפרוע פטור מן המצוה דאין המצוה רק ע"פ סידור ולכן חל השבועה אח"כ כמו בהתיר הראשונה השני' חלה תחתי' ע"כ ודבריו לא הבנתי, דהרי אם פטור מהדין אף מהשבועה פטור כמ"ש הרמ"א בסעיף שאח"ז וע"כ דלעולם המצוה והחיוב במקומו רק הא דמסדרין כיון דאין לו אניס הוא. עוד האריך הקצ"ח בכונת המהרי"ט וכ' דטעמו דשבועה חל בקיום מצוה ורק לענין קרבן אינו חל ודוחק דא"כ לא הי' לו להביא מסי' צ"ז ורק להביא הש"ס דנדרים ולפרש דשם לענין קרבן גם לא משמע דחולק בעיקר הדין אך נראה דסובר דפריעת ב"ח לא מיקרי מצוה לענין זה דהא אינו מחויב להלוות ולפרוע ורק כיון דלוה אסיר להפקיע ממון חבירו ואם לא ילוה אין עליו חיוב לא נקרא קיום מצוה ובזה יתיישב מה שהקשה הכנה"ג דהרי הרא"ש כ' דאם נשבע שלא לפרוע אינו חל וע"כ דהוי מצוה ולפמ"ש לק"מ דודאי בבטולה ולשבע שלא לפרוע הוי כנשבע לאכול נבילות אבל לפרוע הוי כנשבע לאכול היתר ועיין בזה במ"ל פ"ד מה' מלוה: ז) אע"פ שלא תבעו.

עיין טו"ז ואחרונים לענין אם השבועה מחייבו אע"פ שלא תבעו ולכאורה הי' נראה דזה תלוי במ"ש בסי' דהוי מחילה באם אין חבירו תובעו ואם נאמר דהוי מחילה א"כ מהסברא דכ"ז שאינו תובעו אין השבועה מחייבו דהרי אפשר שלא יתבע אותו וימחול לו וא"כ כמו שכ' הרמ"א בסעיף שאח"ז דאם מחל לגמרי אינו עובר דלא נשבע רק אם יהי' חייב וה"נ איכא אומדנא דלא נשבע לפרוע כ"ז שלא יתבענו. ובזה יש ליישב מה שהקשה הקצה"ח מיו"ד סי' רכ"ח דאין יכול להאריך הזמן ולמה יגרע מלא תבעו ולפמ"ש לק"מ דבלא תבעו אינו חייב שמא ימחול לגמרי אבל כשאומר דאינו מוחל חייב משום השבועה ואינו מועיל הרחבת הזמן ואך צ"ע דלפי סברא זו אם לא הגיע זמן הפרעון עד זמן השבועה א"כ מעיקרא לא הי' יכול לתבעו וביום הזמן מה שלא תבעו דמסתמא יתן לו כיון דנשבע וצ"ע:

ח) ואירע אותו יום בשבת. עיין ש"ך ס"ק כ"ב וכבר הארכתי בזה בחי' ריש ה' כתובות ועיין מ"ש לקמן סי' ק"ץ:

ט) והגיע השמיטה או מחל לו פטור משבועתו. השע"מ הקשה מיו"ד סי' רכ"ח סעיף ל"ט דאיתא דיכול לומר הריני כאלו התקבלתי אבל להאריך הזמן אינו יכול והרי במאריך

הזמן נמי פטור מדין פרעון ומתרץ דהתם איירי בנשבע לשלם קודם זמן פרעון וא"כ בלא"ה הי' פטור עדיין מחיוב הפרעון וע"כ דשבועתו הי' אף אם לא יהי' מחויב מדין וזה דוחק גדול ולא משמע כן בפוסקים ועוד דהב"י והאחרונים כתבו דהרא"ש חולק ע"ז ומנ"ל זה דילמא הרא"ש איירי בנשבע לזמן פרעון שהי' מחויב אך י"ל דהרי כל טעם של הרשב"א דכיון דפטור אין כאן חיוב שבועה הוא רק מכח אומדנא דאדעתא דהכי לא נשבע ולכאורה בכל שבועה הניתר ע"י פתח אמרינן אדעתא דהכי לא נשבע ומ"מ צריך היתר חכם וע"כ דכאן הוא אומדנא יותר וא"כ י"ל דוקא היכי דמחל לו כל החוב הוי אומדנא גדולה אבל ברק מרחיב לו הזמן אין האומדנא גדולה כ"כ ואין ניתר רק בהיתר חכם ודו"ק ואך זה קשה למה כ' שם דיאמר הריני כאלו התקבלתי בלא"ה פטור כיון דמחל לו וצ"ע:י) שפטור מדין הפרעון אין חייב לשלם מכח השבועה, הש"ך ס"ק כ"ג כ' בשם מהריב"ל דכל היכי דיכול לפטור מכח קים לי יכול לומר כשנשבעתי הייתי סבור שאני חייב מהדין ולכן פסק במי שחייב עצמו בדבר שאינו קצוב ונשבע יכול לומר קים לי כהרמב"ם דאינו מתחייב והש"ך כ' דאין דבריו מוכרחים ובתשו' מהרש"ך כ' דבשבועה אף הרמב"ם מודה דחייב ע"כ (ואף דלמהריב"ל ג"כ להרמב"ם אסור כיון דפטור רק לדידן דיש ספק יכול לומר בתחילה הייתי סבור ואך כונת הש"ך דמהרש"ך פסק כן והביא דגם הרמב"ם ומאי ראי' וע"כ דחולק על מהריב"ל) ובעניי לא הבנתי כלל דאם כונת מהריב"ל דבשעה שחייב עצמו בדבר שאינו קצוב נשבע ג"כ א"כ איך קאמר הייתי סבור וכי בדבר קצוב הי' מחויב הא אז הי' זמן החיוב ואיך יפטור עצמו שיאמר הייתי סבור דאני מחויב והרי ודאי לא מחויב קודם שחייב עצמו ולכן ע"כ אי אפשר לפרש דנשבע תיכף רק אח"כ כשתבעו אותו נשבע לפרוע ובזה יכול לומר קים לי וא"כ אין ראי' מדברי מהרש"ך דנשבע מיד ודו"ק ומ"מ לדינא סברת הש"ך נראה דהרי אין כאן אומדנא דהרי י"ל כמו דבתחילה חייב עצמו אף שלא הי' מחויב ה"נ אח"כ נשבע אף שלא הי' מחויב ולא עדיף זה מפתח ועיין בספר מקצוע בתורה:

יא) אם אינו רחוק מן הלוה יותר מתחילה צריך להוליכו אחריו. הש"ך ס"ק כ"ז השיג ע"ז דבשבועה אינו חייב רק מה שהוציא מפיו ולא מהני אומדנא רק לבטל שבועה גם בקל יוכל הלוה לומר התנצלות וכו' עיי"ש ולא זכיתי להבין דבריו דברמ"א הרי משמע בנשבע סתם לפורעו צריך להוליך אחריו דהוא בלשון השבועה אף שלא פרט להוליך ורק הא דברחוק א"צ להוליך הוא משום אומדנא לבטל אבל באין רחוק יותר אין כאן אומדנא (שוב ראיתי שהתומים וגם השע"מ השיגו על הש"ך) וגם מ"ש דיוכל בקל להתנצל לא

אבין דהרי קמי שמיא גליא אם אמת בלבו גם אפשר דגם הב"ד יכולין לכופו כיון דאין זה אומדנא המוכח לכל צריך התרה:

יב) מ"מ חייב לשלם מכח שבועתו. עיין סמ"ע ס"ק כ"ח כ' לחלק בין תחילת חיובו הי' בשבועה דאז חייב בין נשבע אח"כ כיון דהשעבוד ליתא גם השבועה ליתא והש"ך ס"ק למ"ד כ' דלא מסתבר לחלק בכך ולפמ"ש ס"ק י' מובנים דברי הסמ"ע דאם נשבע אח"כ י"ל דהי' סבור דחייב לכן נשבע ועתה כשנודע לו דאינו חייב אדעתא דהכי לא נשבע כמ"ש מהריב"ל אבל אם נשבע תחילה הרי ודאי לא הי' חייב ושפיר נתחייב ע"י השבועה:

יג) לזמן. עיין קצה"ח ס"ק ט' דהיכי דקבע זמן בזמנים מחולפים ולא תובעו עד אחר כל הזמנים דאין יכול לכופו לפרוע הכל ביחד והנה צ"ע מ"ש ואחד שיש לו על חבירו כמה שטרות בכמה זמנים דיכול לתבוע הכל ביחד ונראה דאיירי דידוע דפרעון בפרוטרוט לזמנים הי' לטובת הלוה שלא יכבד עליו לפרוע הכל ביחד אח"כ ראיתי בס' מקצוע בתורה שהשיג על דין זה מכח איזה ראיות ולפי מ"ש ניחא ולק"מ וכן נראה מסברא דכ"ז שלא תבעו לא הי' עליו לפרוע ומצינו בש"ם ריעותא זו שדרשו כן על פסוק רק אתכם ידעתי מכל משפחות האדמה על כן אפקוד וגו':

יד) קנה באותו ממון קרקע שומעין לו. פשוט דהמוכר יכול לחזור עי"ז מהמקח דהוא מכר משום דהי' צריך למעות:

טו) וי"א דבמקום שהמנהג שהמלוה לעכו"ם לא יוכל למוכרו פתות משנה. עיין בש"ך ס"ק ל"ט השיג ע"ז דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא לבטל דין תורה והרי בש"ס מבואר דמוכרו לאחר שלשים יום ובמרדכי איירי למכור בלא תביעה שאין הדין מפורש אצלינו בזה דד"ד עיי"ש ויפה תמה בס' מקצוע בתורה דאיך משכחת שאין דין זה לנו ע"פ תורה ואם הוא ספק קיי"ל זה כלל גדול בדין המע"ה וא"כ הכל הוא נגד ד"ת ע"כ. והנה איני כדאי לעשות כללים וחלוקים בדינים אך מ"מ זה נראה פשוט לפענ"ד דאף אם הוא נגד ד"ח לא אמרינן דד"ד מ"מ מנהג הוי וכמ"ש הש"ך ס"ק ל"ו בשם הראב"ד דהם דנים ע"פ מנהגות וא"כ ודאי בדבר שהי' חלוקי מנהגים בש"ס כדומה אריס דהי' מקומות חלוקים למחצה לשליש ולרביע וכן שכר סירסור וכדומה ודאי למה לא ניזול בחר מנהגם ולפ"ז הי' נראה דאף דבר המפורש בש"ס דאין זה ע"פ דין רק מכח מנהג נהי דהיכי דהמנהג עכשיו אין ידוע ודאי לא נבטל המנהג שסתמו הש"ס והוי כידוע גם אצלינו אכן היכי דבדיניהם ידוע איזה מנהג אין זה מיקרי לבטל דין תורה וכמו סתם משכנתא שתא וא"כ

לק"מ על הרמ"א די"ל דאף הא דאמרינן דמוכר משכון אחר שלשים הוא משום דעל דעת כן לוה וא"כ הולכין אחר דינא דמלכותא וצ"ע בזה כי הוא כלל גדול בדין:

טז) יש מי שאומר שרשאי ללוקחו לעצמו. עיין ש"ך ס"ק מ"ו וכבר כתבתי בזה באה"ע סי' ק"ג ועיין לקמן סי' קע"ה וסי' קפ"ה מ"ש בזה: יז) קנה מעכשיו אם לא אפדנו. הש"ך ס"ק נ' השיג ע"ז דרוב פוסקים סוברים דאף בלא מעכשיו קנה במשכון שהוא בידו והקצה"ח הקשה דהא בנכרי שהלוה לישראל על חמצו דעת הרמב"ם דאף באומר שאם יגיע הזמן לא יפדנו מ"מ עובר רק באומר מעכשיו ורק הראב"ד דס"ל דלא בעי מעכשיו כ' משום דאין אסמכתא בעכו"ם ובודאי אי אפשר לומר דעכו"ם כיון דלא קנה משכון גרע הרי הש"ך כ' דאף בשעת הלואה מ"מ כיון דהוא ת"י לא בעי מעכשיו ע"כ. והנה זה ודאי אמת דעכו"ם לא גרע משעת הלואה כדמשמע בפסחים אכן אישתמט לבעל קצה"ח דהרמב"ם בלא"ה ס"ל דכל מה שתחת ידו לא שייך אסמכתא ואף בערבון והקשו עליו למה בחמץ עובר בלא מעכשיו ותי' דבעכו"ם שייך יותר אסמכתא ולכן אף שיש ת"י עובר עיין או"ח סי' תמ"א ובהמפורשים שם וא"כ אף להש"ך לק"מ דאף במשכון שייך בעכו"ם אסמכתא ואך מהראב"ד דאמר דאין אסמכתא בעכו"ם משום דבישראל שייך אסמכתא אף במשכון אכן יש לדחות דהראב"ד קאמר דאף בלא הרהינו אצלו אם הוא באופן שאין האחריות על הישראל שוב אינו עובר דאין בעכו"ם אסמכתא ולק"מ וכ"ז הצרכתי לדעת המפורשים אכן לי נראה דמטעם אחר בעי מעכשיו בחמץ דודאי דוחק לומר דהרמב"ם והראב"ד יפלגו בסברות הפוכות דהראב"ד ס"ל דאין אסמכתא בעכו"ם ואיך נאמר דיסבור הרמב"ם דאף במקום שאין בישראל אסמכתא יש בעכו"ם אסמכתא ולכן הי' נראה דהנה הא דישראל עובר במשכון חמץ אצל העכו"ם משום דיכול לפדותו נראה דאין הטעם משום דהעכו"ם יכופו לפדותו דמבואר לעיל ס"ס ע"ב דעכו"ם, בתר ערבא אזיל ואין יכול לכוף לפדות משכון וגם נראה דממקומו הוא מוכרע דא"כ אף באמר מעכשיו למה לא יוכל לכוף הישראל לפדותו וכמו שכ' הש"ך בס"ק זה דכי משום שאמר שלא יפדנו יפסיד המלוה חובו וע"כ דעכו"ם לעולם אין יכול לכוף לפדות וא"כ כל מה שהישראל עובר הוא רק משום דבידו לפדותו וא"כ בלא מעכשיו לא מהני דהרי בשעה שמשך לא הי' ע"ד שיהי' שלו וחצירו אינו קונה בע"כ רק אם אמר תזכה לי חצרי ובפרט לפי דעת מהרי"ט חצר הנפקד קנוי להמפקיד ושמא לא אמר העכו"ם יזכה חצרי וא"כ לעולם ביד הישראל לפדותו לכן בעינן מעכשיו דאז קנהו תיכף בשעה שמשך. ועיין בשו"ת מהר"ם מינץ מאובן דהקשה קודם דמשני בש"ס שהרהינו הא כסף בעכו"ם אינו קונה עיי"ש שהאריך בסוגיא:

יח) אבל כשיש לו ביד חבירו חפץ לא שייך לשון מחילה, הש"ך כ' דבמעות מותרים שייך לשון מחילהכיון דיכול להחליפם וכן כ' הטו"ז דשייך בהו מחילה והחכ"צ חולק דאין יכול להחליפם וקצת י"ל דהטו"ז לאו מטעם זה אתי עלה רק כיון דיכול להשתמש בהם המחילה ורצון השתמשות באין כא':

סימן עד

א) המלוה ניתנה לתבוע בכ"מ. הש"ג מסתפק באם צריך הלוה להביא להמלוה מעותיו למקום שתובעו והש"ך ס"ק א' פשיט לי' דא"צ והתומים כ' דודאי אם יש לו דרך לשם צריך להביאם והביא ראי' מהא דהש"ס מחלק בין מלוה לפקדון דבפקדון א"צ להחזיר במדבר וע"כ איירי דאין הפקדון בידו וא"כ מאי קמ"ל וע"כ דקמ"ל דא"צ להביא הפקדון לשם וא"כ משמע דבמלוה צריך להביא לשם עיי"ש ולא ראה דברי הש"מ דכ' בפירוש החילוק בין מלוה לפקדון הוא דבפקדון א"צ ליתן מעות אחרים והוא עצמו מטעם זה דאינו בידו אבל מלוה כיון דיש בידו איזה מעות מחויב ליתן לו ואף דהסמ"ע כ' בס"ק א' טעם אחר והוא משום דבמלוה עשה לו טובה אין זה עיקר הטעם כמ"ש הש"ך ס"ק ג' דאף בקנה ממנו דמי להלואה וכ' הטעם כמ"ש הש"מ ב"ק שם גם ראיתי שם בש"מ בגזילה כמ"ש הש"ך ס"ק ב' דאם קנה הגזילה ניתן לתבוע בכ"מ ואם לא קנה לא ניתן לתבוע וא"כ מבואר דלא כהתומים דאם בהלואה צריך להביא למה הגזילה לא צריך וכי עדיף מהלואה אלא ע"כ דאף הלואה א"צ להביא:

ב) והלוה טוען שאין לו אלא כדי ספוקו ישבע היסח. עיין ש"ך ס"ק ד' דהיינו בטוען המלוה ברי ולכאורה קשה אף בשמא למה לא ישבע כתקנת הגאונים בטוען אין לי שוב ראיתי כן באו"ת אך ע"כ לשון הש"ע דכ' ישבע היסת לא משמע דמתקנת הגאונים אתי עלה דא"כ ישבע בנק"ח וצ"ל דלא תקנו הגאונים רק היכי דאין רוצה כלל לשלם אבל באומר שאין לו כאן וישלם בביתו א"צ לשבע כיון דלא שייך שרבו הרמאים ונעילת דלת. שוב ראיתי כן בש"ך סי' רצ"ג:

ג) אע"פ שהלוה ממהר לפרוע כדי להציל עצמו מאונסים וכו' הדין עמו.

עיין ש"ך ס"ק ט' דמהני כשנותן ליד ב"ד כ"כ המהרש"ך וכן הי' המנהג כונת הש"ך דיש חולקים לכן כ' דהי' רק מחמת מנהג והתומים כ' דקשה לסמוך על מנהג שאין ידוע לכן האריך להוכיח דמן הדין הוא וכ' דכן משמע מהרשב"א והנתה"מ כ' דהרשב"א כתב להיפוך וכן הוא האמת ואך צריך לתרץ קושיית התומים ושאר קושיות שיש להקשות על הרשב"א לכן מוכרח אני קצת להאריך והנה הרשב"א דייק מדהוצרך הלל לתקן שיהא חולש מעותיו ללישכה ליד ב"ד ש"מ נתינה ליד ב"ד לא הוי נתינה והקשה התומים דהא

הרשב"א בחידושיו כ' דדוקא בית בבתי ע"ח דצריך שיהא נתינה חשוב ביד הלוקח דהרי עבור מעותיו צריך ליתן הבית לכן לא הוי נתינה בע"כ אבל בכ"מ א"צ רק שיצא הנותן ידי נתינה אף נתינה בע"כ הוי נתינה וא"כ במלוה ג"כ א"צ רק שיצא הלוה ידי נתינה מהני פרעון בע"כ וא"כ איך מביא הרשב"א ראי' משם דנתינה לב"ד לא מהני דילמא כיון דמהני נתינה בע"כ לכן אף ליד ב"ד מהני כן תוכן קושיית התומים ולכאורה הוא קושיא גדולה ונראה דהנה הב"ש סי' קמ"ג בהביאו דברי הרשב"א הקשה דילמא שאני התם דהטמין עצמו וגילה דעתו דאין רוצה לקבלם לכן לא מהני ליד ב"ד. והנה ראיתי כי הקשו על הב"ש דמה מהני גילוי דעתו שאין רוצה לקבלם הרי נתינה בע"כ הוי נתינה אך דברי הב"ש נכונים דאף דנתינה בע"כ הוי נתינה היינו בנותן לידו אבל בנותן ליד שליח ודאי דאין יכול להעשות שליח בע"כ וה"ה ליד ב"ד דהם רק שלוחים לכן הוצרך הלל לתקן אבל בכ"מ דלא גילה דעתו שאין רוצה לקבלם אה"נ דמהני נתינה לב"ד ואך כשבאנו לזה נראה דדברי הרשב"א נכונים עיי"ש בתשו' הרשב"ח דהי' השאלה בנשבע לפרוע לחבירו לזמן ואין המלוה כאן וכ' דפשוט דאין צריך ליתן ליד שליח שיזכה עבורו דהרי אכתי חייב באחריות ולא יצא ידי נתינה א"כ א"צ לעשות שליח רק אח"כ צידד אולי מהני שיתן ליד ב"ד והביא ראי' מהלל עיי"ש בב"י סי' קמ"ג הביאו והנה מה שצידד דאולי ליד ב"ד מהני ע"כ דהי' לו איזה סברא דב"ד עדיף משליח והיינו כמו דמצינו בגוזל ונשבע דנותן לב"ד והיינו דהב"ד בכחם לקבל שלא מדעתו ע"ז הביא מדהוצרך הלל לתקן וא"כ לא קשה קושיית הב"ש דשמא התם אין נעשים שליח בע"כ דהרי זה בלא"ה פשיטא דלשליח לא מהני רק שתאמר דב"ד אלים משליח ויכולין לקבל בע"כ אבל אם אין יכולין לקבל בע"כ לא עדיפי משליח ולפ"ז מיושב קושיית התומים דהקשה שמא בפרעון דמהני אף בע"כ אף ליד ב"ד מהני דהרי כיון דהב"ד אין יכולין לקבל היכי דלא מהני בע"כ ע"כ אינם רק שלוחים כמ"ש וכיון דלשליח לא מהני אף ליד ב"ד לא מהני ודו"ק:

ד) שאין עתה הקלקלה נראית. עיין תומים דאם כבר חל האונס אף שהגיע הזמן א"צ לקבל והתומים הקשה מבית בבתי ע"ח דהפסידו נראה מיד ולא ידעתי מאי קשיא לו דהרי כל ראי' שלו הוא מראה אנס כנגדו ואמר הרי מעותיך א"צ לקבל כן הוא בתוספתא וא"כ פשוט דזה דמי להך תוספתא המובא בב"ק (ד' קט"ז) דאיתא שם ראה אנס כנגדו והי' בידו פירות ואמר הרי הן תרומה על פירות שיש לי בביתי לא אמר כלום ומבואר הטעם דהוי תורם מאבוד וה"נ באמר הרי מעותיך הוי כנותן לו דבר האבוד וא"כ היכי דההפסד הוא בדבר אחר ודאי דהוי פרעון כיון דהמעות שנותן לאו אבודים הם ופשוט:

ה) חוב דמשכונא. עיין סמ"ע ס"ק ז' בשם הש"ג דבהלואה שעושין בעלי החניות שהוא לטובת המלוה ג"כ א"י לחזור תוך הזמן ותמה התומים דהא מקבל עיסקא דינו כפועל ויכול לחזור תוך הזמן והנה התומים הי' לפניו גירסא בש"ג והם יקחו רווחים כפי התנאי והמותר לבעל המעות והיינו שבעלי החניות אין לוקחין רק כפי התנאי וא"כ הנכון עם התומים אכן עיינתי בש"ג דכ' בלשון הזה ונותן למלוה ריוח כפי התנאי וע"כ היינו כפי עיסקא שלנו על חצי ריוח ומתנה עם המלוה שיתן לו עשרה למאה לשנה עבור חצי ריוח שלו וא"כ אם לא יתן עבור כל השנה ודאי יכול המלוה לומר לא נתרצתי עשרה למאה רק לכל השנה. שוב ראיתי שהנתה"מ מחלק כן ואך לא עיין שלפני התומים הי' גירסא אחרת ובהגהות א"ב מתרץ בדוחק: ו) אבל בפקדון. עיין סמ"ע דפקדון תוך הזמן א"י לחזור כמבואר סי' רצ"ג והתומים ר"ל דשומר שכר דינו כפועל ויכול לחזור ולא משמע שם כן וכן בעל בנכסי צ"ב דאין יכול לחזור כתבו הטעם משום דהוי כפקדון (ואני השגתי מטעם אחר) אך צ"ל דחיוב שמירה וחיוב אחריות הם שני דברים. שוב מצאתי כן בקצה"ח ואך מ"ש הקצה"ח ליישב קושיית התומים מבעלי חניות בזה אין נראה עיין ס"ק הקודם:

ז) בפקדון כה"ג פטור. עיין ש"ך ס"ק ט"ו דאף במעות שמותר להשתמש בהם מ"מ אם אמר טול שלך פטור אף מפשיעה והתומים הקשה עליו דהתוס' ב"מ (ד' מ"ט) גבי אומן כתבו לכן בטול את שלך הוי ש"ח וחייב בפשיעה משום דהי' מקודם ש"ש לכן לא הי' כונתו רק לפטור מדין ש"ש וא"כ ה"נ דהי' מקודם ש"ש למה נימא דאף מפשיעה פטור וגם חמה על התוס' שחילקו בין טול את שלך לעובדא דשומשמי והרי גם שם מקודם הי' ש"ש וכ' עוד דנראה לו דמטעם זה כ' הרמב"ם בלוקח שחזר בו קודם שמשך ואמר לו המוכר טול זוזך דמ"מ הוי ש"ח משום דהי' מקודם ש"ש ולפענ"ד תימה לומר דעדיין יש עליוחיוב שמירה ונראה דע"כ לא כתבו התוס' באומן דהוי ש"ח משום דהי' ש"ש רק משום דאף בלא טעם דתפיס אזוזי כיון שקבל החפץ ח"י ובעה"ב אין יכול לשמרו הרי קיבל השמירה עליו ובאומר טול שלך דאינו רוצה רק להראות דאין תופסו על מעותיו ולכן ש"ח דהי' בלא זה מזה לא סליק נפשי' אבל בעובדא דשומשמי דחוזר מכל המקח ואין נייח לו קבלת המעות סילק עצמו מכל וכל וכ"ש הכא דכל החיוב מפני שקבל עליו שמירתו וכיון דנפטר משמירה ודאי דאף ש"ת אינו וטעם הרמב"ם עיין לקמן ה' מקח וממכר לכן ודאי דהסברא נוטה כהש"ך:

ח) אין יכול לכופו להחזיר לו חצי המשכונא. קשה לי בזה דהנה ודאי משמע דהלוה יכול לפרוע לו חצי מעותיו אף במשכונא רק דא"צ להחזיר חצי המשכונא וכן כ' הרשב"א

בתשובה הובא בב"י יו"ד סי' קע"ב דיכול לפדות לחצאין רק אין המלוה נגרע מהפירות רק הא דיכול ליתן חצי החוב יליף הרשב"א מהא דבעי בקידושין בבתי ע"ח אי נגאל לחצאין או אין נגאל לחצאין ופירשו הרמב"ן והרשב"א דנגאל לחצאין אין ר"ל שיחזור לו חצי השדה כפרש"י דזה ודאי אינו רק דבעי אי יכול לכופו ליקח חצי המעות ומכאן דייק הרשב"א דבמשכונא ודאי יכול לכופו ליקח חצי המעות דאי במשכונא אין יכול לכופו כ"ש בבתי ע"ח ומאי בעי ע"כ ולפ"ז קשה דא"כ נאמר ג"כ לפי פרש"י דפי' דנגאל לחצאין היינו שיחזור לו חצי השדה נאמר ג"כ דבמשכונא ודאי דצריך להחזיר לו חצי השדה דאם במשכונא א"צ להחזיר חצי השדה א"כ מאי בעי בבתי ע"ת כמ"ש הרשב"א האי ק"ו ועיין ברמב"ם פ"ב מערוכין משמע ג"כ דמפרש כרש"י וא"כ למה סתם הש"ע דאין יכול לפדות חצי המשכונא ונראה דודאי לפי פירוש הרמב"ן והרשב"א דבעי לענין שיתן חצי מעותיו יש שפיר הק"ו דהרי במשכונא אין כאן על הלוה רק חוב והרי בחוב בלי משכונא דפשוט דיוכל ליתן לו חצי מעותיו ואם נאמר דמשכונא א"י לכופו ליקח חצי כ"ש בית בע"ח דלא נתנה התורה רק כח לגאול אבל לא ליקח חצי מעותיו ולהיות שומר עליהם וע"כ דבמשכונא כופהו ולכן בעי בבתי ע"ח אבל לפירוש רש"י דבעי לענין שיחזיר לו חצי שדהו ודאי אין לדמות כלל בית מע"ח למשכונא דבית בע"ח דהגאולה מגזה"כ בעי אי נגאל לחצאין אבל במשכונא דכל הענין הוא כפי שאומדין דעת הלוה והמלוה איך הי' התנאי ביניהם והיינו דכל מי שנוטל משכונא אם ירד אדעתא שיפדה החצי ואין לדמותם כלל ודו"ק ואך מה דמשמע מהש"ע דיכול ליתן חצי מעותיו אף דלרש"י אין ראי' כלל מהתם צ"ל דסובר דלרש"י א"צ ראי' אך זה פשוט מסברא דזה כמו שאר חוב דכופהו לקבל חצי מעותיו:

ט) וה"ה אם הגיע הזמן א"צ לקבל הפרעון בפרוטרוט השע"מ צידד אם קבל בפרוטרוט אם הוי רק כפקדון כיון דאין יכול לכופו ואם נאנסו ברשות הלוה נאנסו וצריך לפרוע פעם אחרת וסיים דצ"ע לדינא והנה בעצמו הבין חולשת ספיקתו דודאי כיון דקבלו הוי פרעון אך הי' קשה לו דמצינו בע"ע דאם נתן לו חצי מעותיו ואח"כ איכסף ואינו שוה רק החצי אמרינן דחצי שנתן הוי פקדון כיון דאינו נגאל לחצאין ויהיב לי' נהילא ונפיק הרי דכיון דאינו מחויב לקבל הוי פקדון אצל בעה"ב וה"נ כן בהגיע הזמן הלואה ואח"כ דחה זה דהתם גזה"כ הוא דאינו נגאל לחצאין לכן לא הוי פרעון כלל ורק הקשה דא"כ איך יליף הרשב"א משם דבמשכונא אין יכול לכופו להחזיר לו חצי השדה שא"ה דגזה"כ הוא עיי"ש. והנה מה שהביא משם דאמרינן דהוי פקדון פשוט דלק"מ דאין הכונה כלל דהוי פקדון ממש אף לענין שאם נאנסו יהי' ההפסד על העבד רק ר"ל דלא הוי פרעון

והוא כהלואה ואפשר דבדיוק נקט פקדון דכיון דהלואה אינו קונה ה"נ י"ל דאין יכול לפדות עצמו בהם ופשוט דאף אם כבר הוציא בעה"ב המעות כיון דלשם גאולה ניתן לו יצא לחירות וכמו דמצינו במקדש לאחר שלשים דאמרינן הנך זוזי לאו למלוה דמי ומקודשת אף בנתעכלו המעות ואף דשם אמרינן ג"כ לאו כפקדון דמי שם ר"ל דאין זה כפקדון שהוציא רק כפקדון שישנו בעין וא"כ לק"מ. אך מ"מ יען כי גם דברי השע"מ אמת דהתם גזה"כ וא"כ קשה מה שהקשה דאיך יליף הרשב"א משם דין דמשכונא ואך לפענ"ד אין דברי הרשב"א ענין לכאן ואך דברי הרשב"א בלא"ה הם מקושי הבנה כאשר חמה עליהם השע"מ לכן אעתיק דברי הרשב"א ואפרשם להראות כי דבריו ברורים ודבריו מובא בב"י יו"ד סי' קע"ב וז"ל כ' הרשב"א בתשו' שהמשכון יכול לפדות לחצאין מדבעי בקידושין וכו' (העתקתי דבריו ס"ק הקודם) ומ"מ כל שגואל לחצאין המלוה אוכל פירות של כל המשכונא ואנו רואין המעות כאלו הם פקדון וראי' מקידושין (ד' כ') אמר אביי עבד עברי נגאל לחצאין משכחת לחומרא וכו' ואם איתא דאם פורע חצי החוב הלוה אוכל חצי המשכונא אף כשח"ל דאין נגאל לחצאין ה"מ שאין העבד יכול לכוף את רבו ליקח חצי המעות אבל אי איתרצי בעה"ב ונגאל חציו וה"ז עובד את רבו יום אחד ונמצא זה פרעון גמור והאיך אמר אביי שהם פקדון אלא ע"כ שאף ע"פ שגואל לחצאין עדיין אינו יוצא מכלל שעבודו ולפיכך אנו רואין המעות כאלו הם פקדון עד שיפרע הכל עכ"ל ותמה השע"מ דהרי הא דאמר אביי שהם פקדון היינו אי אינו גואל לחצאין ואיך דייק הרשב"א במשכונא דאף דגואל לחצאין ויכול לכופו לקבל בפרעון הוי כפקדון ואוכל הפירות עוד חמה עליו דהא הרשב"א בחידושיו דשם בעבד איירי שקבל המעות בסתם דאם קבל בפירוש לפרעון ודאי דהוי פרעון ואיך כ' כאן ונמצא זה פרעון גמור והאיך אמר אביי דהוי פקדון והרי התם דקבלו בסתם ואינו נגאל לכן אין זה פרעון גם על חידושי הרשב"א חמה דשם ג"כ דייק דבמשכונא אוכל כל הפירות ואיך דייק משם כיון דכבר כ' דשם נתן בסתם ואינו פרעון כלל וכ' השע"מ דמ"מ מוכח מדברי תשו' הרשב"א דאף חיך הזמן דיכול לכופו לקבל בפרוטרוט מ"מ הוי פקדון ע"ש ולי נראה דברי הרשב"א הם כפשטן ואישתמט להשע"מ דהרשב"א אינו מפרש כרש"י הא דאין נגאל לחצאין דאין חל הגאולה רק מפרש דאינו יכול לכוף בעה"ב לקבל חצי המעות וזה שכ' הרשב"א בתשו' הנ"ל דאף את"ל שאינו נגאל לחצאין היינו שאין יכול לכופו לקבל חצי אבל אם קבל הרי נתרצה שיהא חציו פדוי וא"כ עובד אח רבו יום אחד וכונתו דאם נאמר כן דחציו פדוי דהא מזה לא איירי קרא וא"כ יכול להיות דאף בנתן בסתם חציו פדוי וא"כ הוי פרעון גמור ואיך אמר אביי דהוי פקדון אלא ע"כ דאף

שגואל לחצאין ר"ל בין אם הדין שגואל לחצאין בין אם נתרצה לקבל חצי אין יוצא מכלל שעבודו (והיינו דסובר הרשב"א דאף אם נגאל לחצאין היינו דיכול לכופו לקבל ממילא חצי פדוי אף דהרב עובד עמו בכל שעבודו) ולכן אמר אביי שהם פקדון וא"כ ממילא אף במשכונא שיכול לכופו לקבל מ"מ אוכל כל הפירות דהא מזה לא איירי קרא גבי עבד אי אוכל כל הפירות או לא רק אם יכופו לקבל חצי וא"כ משכונא דמי לשם וזה שהתחיל ואמר דאם במשכונא אוכל חצי השדה ה"ה בעבד ודו"ק:

י) המלוה את חבירו על המטבע ונפסל אם יכול להוציאו במדינה אחרת ויש לו דרך לאותו מדינה נותן לו מטבע שהלוהו. הש"ך ס"ק כ"א כ' וז"ל וכ"ש כשסוחרי אותה מדינה מצויים כאן כ"כ הסמ"ק וכ"כ מהרש"ל ע"כ ובס"ק כ"ה כ' דאם אין המלכיות מקפידות כלל אף אם אין לו דרך לאותה מדינה נותן לו מטבע שהלוהו וכ' מהרש"ל דהיינו דוקא כשסוחרי אותה מדינה מצויים כאן ע"כ והוא תימה דכאן כ' דאף אם מקפידים קצת ור"ל דרק שאין מחפשים אם סוחרי אותה מדינה מצויים כאן נותן לו מטבע זו והוא כ"ש מיש לו דרך וא"כ אין שום עדיפות באין מקפידין כלל אף אם מוצאים ועיינתי בש"ס ובישו"ש וראיתי כי הדין בס"ק כ"ה הוא מוכרח דהיינו דאף דאין מקפידין כלל מ"מ דוקא בסוחרי אותה מדינה מצויים כאן דהא הדין באין מקפידין כלל לא איירי בהלואה רק בחילול מעשר שני ולכן אף באין לו דרך מ"מ הרי מוליכם לירושלים ושם מצויים סוחרי אותה מדינה כמ"ש בישו"ש וא"כ אף בהלואה שפיר כ' הישו"ש דאף דאין מקפידין כלל מ"מ דוקא בסוחרי אותה מדינה כאן וממילא נשמע דבמקפידין קצת לא מהני סוחרי מדינה מצויים ונראה הטעם דודאי לא ירצו הסוחרים לקבל וצריך דוקא שיהי' לו דרך לשם וגם דברי הסמ"ג משמע דאיירי דוקא באין המלכיות מקפידין כלל עיי"ש בישו"ש שהביאם ולכן כ' וכ"ש דהא לא יצטרך להוליכם אבל במקפידות קצת ודאי אין כאן כ"ש וא"כ דברי הש"ך כאן דכ' דאף במקפידות קצת מהני אם סוחרי מדינה מצויים צ"ע ודו"ק:

יא) שהתנה ליתן מעות. עיין תוס' בסוגיא שם ומשמע הא דנותן מטבע שהלוהו ולא דמי לגזלן שהוציא דחייב כשעת הגזילה משום דבהלואה יש חשש ריבית ותימה דא"כ מאי מהני התנה והרי בהתנה יותר יש חשש ריבית עיין ש"ך ר"ס ע"ב וצ"ע:

יב) אבל לא התנה נותן לו מטבע שהלוהו.

הש"ך ס"ק כ"ז כ' בשם מהרש"ל דאם בא הזמן ודחה אותו ואח"כ נפסל המטבע נותן לו מטבע היוצא והש"ך חולק עליו ובס' שע"מ ואבני מלואים באה"ע סי' קי"ד דחו דברי הש"ך מהא דאיתא שם בפוסק לבת אשתו מזונות ה' שנים דהדין דחייב ליתן לה ה' שנים

הראשונים ואם לא נתן והעכוב הי' ממנו ואח"כ הוזלו המזונות צריך ליתן לה מעות כשעת היוקר וה"נ בדחה אותו בזמנו חייב ליתן לו כזמן החיוב לפרוע וכמ"ש מהרש"ל ע"כ. והנה לפענ"ד אין דומה לשם דהתם הרי ודאי אכלה בשעת היוקר והפרעון הוא עבור מזונות שאכלה לכן משלם כשעת היוקר אבל כאן מה שלא נתן הוי רק גורם כמו דאם כבר נפסל אמרינן נותן לו מטבע שהלוהו וע"כ דזה הוא מעות שלו ובלא נתן בזמנו הוי רק גרמא בעלמא וראיתי בב"ש שם ס"ק ג' שכ' בשם הרא"ש משום דהוי כגזלן ונראה מזה דלא כמו שכתבתי רק אותן המזונות הוי כגזל ממנה ולא דהוי פרעון עבור מזונות שאכלה וא"כ אולי גם בהלואה הוי כגזלן בלא נתן בזמנו ואך לא הבנתי באמת דלמה יהי' כגזלן ואף מעכב פקדונו של חבירו לא הוי כגזלן עיין לעיל סי' ע"ב בש"ך ס"ק קס"ט ובקצה"ח סי' רצ"ד ושוב עיינתי בס' משפט שלום להגאון מברעזאן סי' ר' הביא בשם המח"א דצידד במי שהי' חייב ליתן לחבירו סאה חטים לזמן ולא נתן לו ואח"כ הוזלה וכ' דהוי רק גרמא והביא אח"כ הירושלמי וזה הדין דאה"ע סי' קי"ד וכ' לחלק דכאן הוא רק פרעון דנתחייב מעות עבור המזונות (ותה"ל כוונתי לדעתו) ואח"כ הביא ג"כ דברי הרא"ש הנ"ל ומסיק כן ורק בס' משפט שלום הנ"ל הקשה לו מדברי המהרי"ט דכ' ג"כ אם מעכב פקדון ש"ח לא הוי כגזלן עיי"ש ולכן הי' נראה דאף דהרא"ש כ' שם דהוי כגזלן כיון דלסברת הרא"ש לא ירדנו נאמר הבו דלא להוסיף וכאן לא הוי רק גרמא ואין קושיא על הש"ך ואך מהרש"ל נראה דמדמי לה לדינא דגרמי ועיינתי בתומים שג"כ גמגם בזה וכ' דלכאורה נראה דהוי רק גרמא והקשה ג"כ על מהרש"ל דהתוס' הקשו דלמה בגזל דאינו בעין אין יכול ליתן מה שגזלו ולמה בהלואה דלהוצאה ניתנה יכול ליתן מה שהלוהו ולדברי מהרש"ל מה קשיא דהרי בגזל הפסידו ולא עדיף מהגיע זמן הלואה לפי דברי מהרש"ל עיי"ש ולי נראה קצת לחלק דהרי מבואר לקמן סי' פ"א ורצ"ב דבהגיע הזמן ולא נתן לו מחויב ליתן הריוח למלוה והיינו מטעם כיון דמבטל כיסו והוא הרויח בהם חייב ליתן מה שהפסיד אבל גזלן שהרויח ודאי פטור כמבואר באיזהו נשך בספינה דירד עד שלא לית אגרא וא"כ הכא דנפסל המטבע חין לך הרויח יותר מזה שהחליפם ועתה רוצה ליתן מטבע שלו שנפסל. שוב מצאתי תה"ל בפליחי ה' ריבית סי' קס"ה הנדפס כעת ביו"ד דפוס ווילנא כ' דהש"ך לשיטתו דסובר בסי' שפ"ו דהיכי דבדידי' קעביד ליכא משום דד"ג ומהרש"ל סובר דחייב כמו שכ' המרדכי פ' הגוזל דבמרויח אפי' ביטל כיסו ש"ח חייב ואין לך ריוח יותר מזה שדחאו ונותן לו מטבע שאינו שוה ע"כ וזה כמ"ש בישוב קושיית, התומים אך אני כתבתי כן בדעת התוס' אבל המהרש"ל ודאי דלאו מטעם זה אתי עלה דהא מהרש"ל חולק על המרדכי הביאו הש"ך יו"ד סי'

קע"ז ס"ק מ"א ואף בפקדון חולק מהרש"ל הביאו הש"ך סי' רצ"ב ובאמת לכן נראה דדמי להך דסי' פ"א ושם ג"כ קיי"ל דאין מוציאין מיד המוחזק אך מ"מ על המהרש"ל לק"מ וסובר דכאן עדיף משם והוי דינא דגרמי בודאי או דהוי כגזלן כמ"ש המח"א הנ"ל ודו"ק. ועיין תשו' מהר"ם שממנה הביא המהרש"ל ראי' וכ' הש"ך דאדרבה משם משמע איפכא ואמת כן כמ"ש התומים אך מ"מ פשוט דמשם גם על המהרש"ל לק"מ דשם מבואר דהיא לא באה לקבל המעות בזמנו ועל ידה בא לידי הפסד וא"כ שם פשוט דאין לו להפסיד עיי"ש:

סימן עה

הלכות טוען ונטען:

א) צריך לברר דבריו. השע"מ הקשה דלקמן שי' רל"ב סעיף י"ז דכ' ראובן שמכר לשמעון שמן ואח"כ מצאו עכור דישבע המוכר ואם היפך השבועה ישבע הלוקח שהתנה ליתן לו שמן טוב וזה הוא השמן שנתן לו ופי' הסמ"ע שהמוכר לא בירר טענתו אם לא הבטיחו לעולם ליתן לו שמן טוב או שטוען שהחליפו לכן צריך לשבע על שני הפרטים ולמה לא יברר המוכר ותי' השע"מ דהמוכר בירר ואמר שנתן לו כמו שהתנה עיי"ש ואין לתרוצו הבנה דהרי בכ"מ הוא מברר ואומר שאינו חייב ומ"מ צריך לברר למה פטור גם בלא"ה הוא תימה למה לא יברר המוכר טענתו כדי שלא יצטרך הלוקח לשבע על שני הפרטים ובפשיטות י"ל דאיירי שלא הי' יכול לברר טענתו גם יש לפרש דברי הש"ע דבעת שהיפך טען שלא התנה ליתן צלול ומ"מ נתן לו צלול לכן צריך לשבע על שני הפרטים אכן נראה שיש ט"ס בסמ"ע שהרי כ' ועיין בפרישה ושם כתבתי דהמוכר לא בירר טענתו ובאמת בפרישה לא כ"כ רק כ' דהשואל בתשו' הרא"ש לא בירר בשאלתו טענות המוכר לכן השיב הרא"ש שבועה על שני טענות והשואל שבא הדין לפניו ישביע הלוקח כפי טענת המוכר וא"כ גם הסמ"ע כונתו לזה:

ב) מנה הי' לאביך בידי. הש"ך ס"ק ט' הביא דברי הסמ"ע וכ' ודבריו סתומים אבל אני אפרש ודברי הש"ך סתומים ג"כ והנתה"מ מפרש דבריו דהש"ך קשה לו על הסמ"ע דכ' דה"ל לחלק בין כמערים או כמודה והרי כבר כ' הש"ע חילוק זה בסי' פ"ח ולכן פירש הש"ך דבריו דמ"מ הו"ל לחלק כיון דבהזכרתני אין חילוק הו"ל לומר דבידעתי יש חילוק ואין פרושו מובן כלל דמ"מ הא כבר השמיענו החילוק בסי' פ"ח ולמה מ"מ הו"ל לחלק כיון דחילוק זה ידענו כבר וגם לדבריו לא מתרץ הסמ"ע כלום ולמה באמת לא השמיענו חילוק זה גם וכי כאן מקומו לחלק בזה דהרי זה קשה מבחוץ דגבי הזכרתני הי' לו לחלק בין הזכרתי לידעתי ואין תירוץ לזה גם לשון ודבריו סתומים לא משמע כן אכן נראה

דברי הש"ך פשוטים דהסמ"ע דהקשה למה נקט לאביך וא"ל דבדידי' יכול לומר ידעתי מזה ואינו כמשיב אבידה דהא כ' הטור דיש חילוק בן מערים למודה והו"ל לחלק גם כאן בהכי ובזה כ' הש"ך דדבריו סתומים דיש לפרשו בשני פנים או דהו"ל למיתני בדידי' ויאמר דיש חילוק בין כמערים או כמודה והיינו דבמודה אף בדידי' הוי משיב אבידה או דקשה לי' דאף באביו למה נקט סתם דהוי משיב אבידה דמ"מ אם כמערים הוא לא הוי משיב אבידה אך פשטות לשון הסמ"ע משמע דהו"ל למתני בדידי' ולחלק וזה לא ניחא להש"ך דהרי לא נחית כאן לחלק בזה ולכן נקט באביו דאין חילוק דהא לא בא רק להשמיענו דמשיב אבידה פטור משבועה לכן פירש הש"ך דבריו דכונתו דא"ל לכן נקט באביו משום דבדידי' יש חילוק דיכול לומר ידעתי דהרי גם באביו יש חילוק בין מערים למודה וזה הוכיח הש"ך דבסי' פ"ח דכ' לך או לאביך בהזכרתי פטור משמע דבידעתי גם באביו כמערים חייב ודו"ק. ומ"ש הסמ"ע דא"כ גם לקמן סעיף י' הי' לו לומר אביך הלוני וכ' הש"ך לא ידענא מאי קאמר ופי' הנחה"מ כונתו דהרי שם התובע אינו יודע וא"כ אין שייך בודאי אדם תובע הלואתו ושפיר נקט אף בדידי' וזה דוחק דהרי מ"מ שייך אדם יודע הלואתו והי' לו לומר אביך והרגיש הנתה"מ עצמו בזה אכן כונת הש"ך דהרי השמיענו יותר רבותא דאף בשמא גרוע חייב לצאת י"ש וגם איך לנקוט דין אחר מכפי הנזכר בש"ס:

ג) אבל אם כתבו שטר. הש"ך ס"ק י"ב מחלק ומסיק כן לדינא דהיכי דאין לו קרקע אם מודה מה שבשטר הוי הילך אבל באינו מודה לא הוי הילך ובעניי לא זכיתי להבין כלל דמה חילוק יש בין מודה או לא ואף במודה מה נותן לו (ולשיטת רש"י דכופר הכל פטור מטעם אינו מעיז י"ל קצת דבמודה מה שבשטר לא מיקרי הודאה והוי ג"כ העזה לכן לא הוי מודה במקצת אבל באין מודה ומתחייב ע"י הב"ד דהוי כהדעאת עדים ובהדעאת עדים מחייב שבועה אף במעיז אכן אין כן שיטת כל הפוסקים) גם תפשתי אותן הפוסקים המחלקין בין מודה או לא ולא זכיתי למוצאן ולקמן סי' פ"ח בש"ך ס"ק מ"ט ראיתי שכ' דלכן מפרש רש"י דשטר הוי הילך משום שעבוד קרקעות משום דרש"י אייר באינו מודה עיי"ש ולא זכיתי להבין דהרי רש"י שם מחק הגירסא שהי' כתוב בה ושטר כיון דקא מודה הילך הוא משום דבלאו הודאה נמי הילך הוא ואם יסבור רש"י דיש חילוק בין מודה או לא למה מחק הגירסא ולא פירש מטעם הודאה דהא עדיין לא ידע הש"ס שם הטעם משום שעבוד קרקעות או דאיירי בלית לי' קרקע ושפיר גרס ושטר דקא מודה ולכן ודאי נראה דרש"י סובר דשום שטר לא הוי הילך רק ביש לו קרקע (ודברי הפ"י לא הבנתי והארכתי במהד"ק והשמטתיו כאן מפני האריכות אכן גם שם מבואר

דאין לרש"י שום טעם רק משום שע"ק) וא"כ ודאי הסוברין דשטר אף בלא שע"ק הוי הילך ע"כ הטעם משום דאין יכול לכפור וא"כ אף בלא מודה נמי ואך מה שרוצה הש"ך לתרץ בזה דברי הב"י דכ' ואין נראה והקשו הד"מ והב"ח דסותר דברי עצמו דהרי כ' דשטר הוי הילך ולי נראה כונת הב"י להשיג על מ"ש המרדכי דקנין הוי הילך וע"ז השיג ובאמת לפי ענ"ד הוא השגה גדולה דהרי זה גופי' דשטר יהי' הילך אין מובן בסברא והמהר"ם שיף הבין דלאו דהוי הילך רק דלא הוי הודאה כיון דא"י לכפור ועכ"פ צריך לומר דלכן הוי הילך כיון דכבר יש בידו שטר והכל רואין חיובו אבל בקנין כיון דצריך דיבואו עדים ויעידו על הקנין לא עדיף מכל העדאת עדים ובשלמא היכי דפטור משום שעבוד קרקעות אף בקנין הוי שע"ק אבל למה יהי' הילך וא"כ אפשר דזה כונת הב"י ותימה לי על הנתה"מ דכאן בחידושים העתיק לדינא דברי הש"ך ולקמן סי' פ"ח ס"ק י' פסק דכל שטר לא הוי הילך רק ביש בו שע"ק מהני נם טעם הילך לדידן דגובין אף ממטלטלין ודו"ק:

ד) ודוקא שהכירו הב"ד. עיין ש"ך ס"ק י"ט דהיכי דהב"ד יודעין בבירור שחייב לו כגון נתתי עבורך ריבית ודאי חייב לשבע אבל באם חייב מכח מתוך שאיל"מ כיון דאפשר דאין חייב לו פטור משבועה אכן התומים דעתו להיפך וכ' דבנתתי עבורך ריבית כיון דמעיז לכפור הכל יש לו חזקה דאינו מעיז ופטור משבועה כמ"ש הנ"י עיי"ש. והגר הי' לי מקום עיון בהך חזקה דאינו מעיז אם זה שכופר בפיו הוי העזה שאומר דאינו חייב כלום או דזה שפוטר עצמו מכל החוב הוי העזה ואמרתי דזה תלוי בשני תרוצי התוס' בשבועות (ד' מ') ד"ה והודה ובחד תי' כתבו דאף דפטור משעורים לר"נ מ"מ חייב שבועה כיון דהודה משמע כיון דרק הודה שוב יכול להעיז אף דפטור וא"כ ה"ה להיפך היכי דכופר אף דנתחייב העזה הוא אכן לתי' השני שם נראה דעיקר העזה הוי במה שפוטר את עצמו וא"כ לכאורה בנתתי עבורך ריבית כיון דחייב לא הוי העזה ולא כהתומים אך אפשר לומר דנהי דחייב מ"מ כיון שטוען אותה טענה הרי הוא סבור שיפטור על ידה ושוב אין יכול להעיז דהוי העזה אך לפ"ז באם באמת יודע שיתחייב שוב הוי מודה במקצת ורק אנו פוטרין אותו משבועה דאמרינן דסובר דפטור והוי העזה וא"כ קשה בכל מודה במקצת יהא נאמן במיגו דאי בעי טוען טענה שיתחייב ויפטור משבועה והוא קושיא נאה ועוד קשה לי לפי דברי התומים דא"כ אף בנתחייב ע"י חשבונו נימא דפטור משבועה דהרי הוא סבור דלא חייב וא"כ העיז ואך בלא"ה כבר כ' הנתה"מ דאנן לא קיי"ל כהנ"י אך מ"ש הנתה"מ דהתוש' ג"כ סוברין כהנ"י דכתבו בב"מ (ד' ג') בד"ה בכולה בעי דלודי כלומר מאחר דאינו מעיז א"כ אמת הוא דאין חייב א"כ להימן במיגו דכ"ה ומשני

דאישתמט ואין זה העזה משמע דהיכי דודאי מעיז פטור וכהנ"י עיי"ש ובעיני תימה דאיך יפרש מ"ש התוס' א"כ אמת הוא וכו' וסיימו א"כ להימן במיגו דכ"ה ולאו סיפא רישא דהא רצו לפוטרו משום דמעיז וסיימו משום מיגו וע"כ דאין כונת התוס' דיהי' נאמן מטעם חזקה דאינו מעיז אכן פשוט דכונתם בפירוש הש"ס דקשה אם האי גברא אינו מעיז ואומר אמת למה ישבע ואם אתה חושש שמא מעיז א"כ יש לו מיגו דכ"ה וזה ברור וא"כ נראה מדבריהם דמטעם מעיז לא אמרינן דודאי אומר אמת ופטור ודו"ק: מ"ש הש"ך דמאי דאמרינן בב"מ כי היכי דאנן סהדי היינו כיון שתופס הוי כיודעין בבירור שהוא שלו עיי"ש והוא דחוק ונראה בזה סברת הקצה"ח דאחר דדחי הש"ס ואמרו כי היכי דאנן סהדי להאי וכו' שוב אף ע"י ב"ד אי אפשר לחייב שבועה והרי החצי ג"כ אין יודעין בבירור שחייב (ודברי הנתה"מ שדחה דבריו אין מוכרחין אף דבמה דהשיג עליו בענין נתתי עבורך ריבית הדין עמו) ועיין מ"ש סי' ע"ב סעיף למ"ד דשם משמע דאם נתחייב במקצת ע"י מתוך שאינו יכול לשבע חייב שבועה על השאר וכתבתי בשם ס' מקצוע בתורה לחלק בין טוען דידי חטפתי דיודע בעצמו שפטור אז אין כאן הודאה אבל בא"י אם נאנסו דהוא מסופק חייב לשבע על השאר בזה אפשר לומר דמיקרי הב"ד יודעין בבירור כיון דלדידי' הוי ספק אכן לפ"ז אף בטוען במקצת א"י אם פרעתיך חייב שבועה וזה דלא כדברי הר"ן שהביאו האחרונים כאן עיין בדבריהם:

ה) יש לי בידך כנגדו. הסמ"ע ס"ק י"ז הביא דברי הב"י דבטוען יש לי בידך כנגדו פקדון אז יש חילוק דאם הנפקד טען להד"ם יכול המפקיד לשבע שיש לו בידו כנגדו אבל אם הנפקד טוען נאנסו א"כ אין יכול לשבע דהרי הנפקד נאמן בשבועה שנאנס ע"כ. והנה שמעתי קושיא נאה בשם הגאון הר' משולם מטיסמניץ דלפ"ז מאי פריך רבא לרמב"ח ר"פ כל הנשבעין שבועת השומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה הא יש לו מיגו דלהד"ם הא משכחת לה דיש להנפקד ביד בעה"ב חוב וא"כ אם יטעון להד"ם המפקיד נאמן שיש לו בידו וא"כ אין לו מיגו ונראה דהנה ידוע דתנא רמב"ח שבועת השומרין צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת ובריש ב"מ פריך הא הילך הוא ומשני דאומר חד מתה בפשיעה דבעינא שלומי לך דלאו הילך הוא וא"כ לרמב"ח ליכא למימר דיש לו חוב ביד הנפקד דא"כ אכתי הילך הוא וגם כיון דכבר כפר א"כ כיון דחייב לו יכול נגד הכפירה לטעון יש לך בידי וא"כ אין כאן כפירה אם יש חוב יותר מהכפירה ואם החוב פחות מהכפירה הרי כבר נאמן בעה"ב לטעון יש בידך כנגדו וא"כ שפיר ע"ז דנאנסו יכול לטעון להד"ם ופריך רבא לרמב"ח לשיטתו ואך בתוס' ב"ק (ד' ק"ז) ד"ה עירוב פרשיות משמע דקושיא דרבא לא אזיל אליבא מאן דבעי שלש פרות: ו) אבל אתה

מחלתו לי. השע"מ הקשה דכאן נאמן מחילה במיגו ולקמן סי' ע"ו סעיף י"א מבואר בש"ך וטו"ז בשם המרדכי בראובן שפטר חובות של שמעון שותפו דאף ביש לו מיגו אין נאמן דברשות שמעון פער דאין אדם מפסיד חובותיו תנם ולי נראה דיש חילוק בזה דשם איירי באופן שאין לו שום הנאה לשמעון במה שפטרם דהרי המרדכי יליף זה משורי הרגת והלה אומר אתה אמרת להורגו וע"כ דגם זה איירי בהיזק גמור וכן משמע לשון שפטר חובות וכו' אבל מחילה דהוי כמתנה ודאי דלא שייך אנן סהדי דאין שום אדם נותן מתנה לחבירו ומיגו עכ"פ מהני ולדינא גם דברי השע"מ עולים כן. שוב מצאתי בנתה"מ לקמן סי' קע"ו כ"כ:

ז) או נחתו לי במתנה. עיין ש"ך ס"ק כ"ב דנחת אינו נאמן אלא במיגו יפה תמה השע"מ דלעיל סי' נ"ח מבואר דנאמן נתת במתנה אף בלא מיגו ורק הרמב"ן כ' היכי דחייב אין דרך ליתן מתנה וקודם יפרע החוב וכן תמה על מ"ש הש"ך דבמכרת לי צריך מיגו והרי מבואר דבדברים שאין עשוין להשאיל לקוח הוי טענה טובה אכן כונת הש"ך דכאן דאומר אמת הי' לך בידי והיינו שבא לידו תחילה בפקדון ואח"כ מכר או נתן בזה ודאי אין נאמן רק במיגו:

ח) איני יודע אם הלויתני פטור. השע"מ צידד ביודע שקיבל ממנו מעות ואינו זוכר עתה אם במתנה או בהלואה אי הוי כאיני יודע אם נתחייבתי והביא ראי' ממציאה שאינו יודע אם נתייאשו הבעלים דחייב להחזיר וכן באומר לחבירו אכול עמי דצריך לשלם וכן מ"ש הבעה"ת במאן דאוזיף זוזי ואשכח בהו טופיינא בדבר שאין הדעת טועה דפסק הבעה"ת דוקא בשתק ולא תבע נהלי' פטור אבל תבעו חייב להחזיר דאיהו ברי ואיהו שמא ואף החולק לא פליג רק משום דבכדי שאין טועה ודאי למתנה יהבי' משמע דאם אינו יודע חייב ולכן תמה על מהרשד"ם שלא כ' כן עיי"ש ולפענ"ד ודאי דברי מהרשד"ם נכונים דבכל הראיות שהביא תיכף בשעה שבא לזכות בהם הוא ספק ולכן מספק אין יכול לזכות בשל חבירו אבל כאן דטוען איני זוכר עתה אם במתנה או בהלואה ובשעה שקבל הי' זוכר א"כ דמי ממש לא"י אם נתחייבתי ועיין לקמן סי' ע"ט בקבל מעות בסתם:

ט) יודע אני שהלויתני וכו' ואיני יודע אם החזרתי לך אם לאו חייב לשלם. עיין קצה"ח במ"ש הש"ך בספק פרעון קודם הלואה ג"כ חייב וכ' דאף אם המלוה טוען בחוב הראשין שמא חייב הלוה משום זה גובה וזה גובה ועיין נתה"מ חולק עליו דיכול לעשותו לפרעון אך לי נראה די"ל מטעם אחר דחייב דכבר קם דינא ועיין ש"ך סי' רס"ח דאף בלא באו עדיין לפני ב"ד ואף דשם יש חילוקים והרבה חולקין היינו משום דהוי ודאי גזל אבל כאן דדילמא אמת הוא כבר קם דינא וצ"ע:

י) ואיני יודע אם החזרתי לך אם לאו חייב. הנתה"מ כ' דבלא הו"ל למידע פטור ולפענ"ד צ"ע ויש לי ראי' ברורה להיפך דהרי בריש פ' כל הנשבעין דאמר בעה"ב טרוד בפועליו לכן ישבע השכיר ופריך ליתיב לי' בלא שבועה ופירשו התוס' משום דבעה"ב הוי א"י אם פרעתיך והרי שם בעה"ב טוען ברי שפרע רק אנן אמרינן דטרוד א"כ הרי רק דאמרינן דלא הוי לי' למידע ומ"מ חייב ואף דבחידושי שם כתבתי דשאני התם כיון דהבעה"ב טוען ברי הוי ברי של פועל ברי טוב כ"ז אינו רק לפלפול בעלמא דאין העיקר משום ברי טוב וגם שם מבואר דלא הוי העזה דהכל יודעין דערוד א"כ אף שם אין הברי של פועל טוב וכן ראיתי בתומים ס"ק ח' כ' ג"כ דאף בלא הו"ל למידע חייב רק בס"ק כ"ב מצאתי דדייק מדברי התוס' שבועות היפך ממ"ש והמעיין יראה כי כל דבריו הם רק לפלפול ופשטות הש"ס משמע כמו שכתבתי גם סברת הנתה"מ לא אבין דאם הטעם דבהו"ל למידע חיישינן דמשקר א"כ להימן במיגו ואף שהנחה"מ ס"ק ז' מתרץ זה כל מעיין יראה איך דבריו דחוקים גם אין סברא לחייבו משום דהו"ל למידע וגם מנ"ל זה דמשמע עיקר הטעם דחייב בא"י אם פרעתי משום חזקת חיוב וא"כ אף בלא הוי לי' למידע חייב והנתה"מ בעצמו לעיל סי' נ"ד כ' דאף בלא הו"ל למידע חייב: יא) חייב לשלם. הנה בפרע ומצא מטבע מזויפת והלוה אינו יודע כ' מהרשד"ם הובא בש"ך סי' רל"ב דחייב דהוי א"י אם פרעתי והטו"ז כאן כ' דכבר יצא מחזקת חיוב וצ"ע דהא לעיל סי' נ"ט בהחזיר לו משום דהוי שייפא וסומקא דלא נתבטל השטר כ' הה"מ משום דאם הוי ירע לא הי' מקבלם לא חשוב פרעון אך י"ל כונת הטו"ז דלכן פטור משום דמסתמא המלוה מדקדק ועכ"פ הוי דרא דממונא דאף בא"י אם פרעתי פטור ולפ"ז י"ל דאין כאן מחלוקת כלל דמהרשד"ם איירי בהנתבע מודה דהמלוה לא עיין בהם כמו שמשמע שם מלשונו דא"ל למה לא בררת אותם ובכה"ג ודאי דחייב: יב) ואין התובע צריך לשבע. השע"מ חידש דבטוען המלוה מנה הלויתי לך ופרעת לי חמשים והלוה אומר שמא פרעתי לך הכל דצריך המלוה לשבע דמפרע לא דייק והוי כפוגם שטרו דכ"ז דלא נשבע הוי כטוען שמא וכפוגם שטרו וכן בטוען הלוה פרעתיך חמשים וחמשים א"י והמלוה אומר שלא נפרע כלום צריך לשבע עיי"ש שהאריך ואין כדאי לבנות בנינים אשר לא שערו אבותינו וכבר כ' כעין זה בסי' ע"א והשגתי עליו מדברי ס' מקצוע בתורה שלא מצינו בש"ס רק בע"א מעיד על שטר וכן כאן לא מצינו רק בפוגם שטרו וטוען הלוה ברי וגם כתבתי דרק נגד שטר שיש להלוה ג"כ מיגו לטעון השבע לי עיין לקמן סי' פ"ד ובלא"ה נראה דזה דמי למי שיש לו ב' שטרות דפרע א' דלא הוו פוגם:

יג) ואם חזר ואמר נזכרתי שפרעתיך נאמן. הקצה"ח הקשה דמ"ש מעדים דאמרו אין אנו זוכרים דאין יכולין לחזיר ולהעיד רק באומרים איני זוכר עתה ולק"מ דהרי ע"כ החילוק בין אומרים שאין זוכרים כלל לאומרים שאין זוכרים עתה הוא משום דרחוק הדבר שלא יהי' נשאר בלבו שום זכר ובאומר איני זוכר עתה משמע שיש לו איזה ספק אם ראה העדות וא"כ הכא בטוען א"י אם פרעתי ע"כ דאומר שקצת דומה לו שפרע דאם אין לו שום זכר של פרעון הוי כמודה שלא פרע וא"כ הוי כמו התם שאומר איני זוכר עתה ודו"ק:

יד) לא תובעו אדם. עיין ש"ך ס"ק למ"ד דאף אם המלוה אומר ברי לי שלא פרעת לי רק איני זוכר מהלואה הוי ג"כ לא תבעו ופטור והתומים חולק עליו ועיין נחה"מ והנה בירושלמי סוף ב"ק הביאו התומים ס"ק י"ט איתא וז"ל גזלתיך וכו' והחזרתי לך והלה אומר א"י ר' ירמי' סבר חייב להעמיד לו מהדין ר' יוסי סבר מימר עוד הוא לצאת י"ש ע"כ. והנה מ"ש והחזרתי לך כבר פי' התומים דהוא בלשון שאלה או אפשר דצ"ל וא"י אם החזרתי אך מ"מ כל המפורשים לא פירשו כראוי דברי הירושלמי ולי נראה דמה דאמר והלה אומר א"י קאי על מה דאמר גזלתיך וע"ז משיב שא"י משום גזילה או הלואה אבל זאת יודע שלא החזיר לו ובזה פליגו ר' ירמי' ור"י וא"כ הוא מחלוקת בירושלמי:

טו) טענו חטפת חפץ ויש לו ע"א. עיין ש"ך ס"ק מ"ג הביא מה שהקשו התוס' דרב ושמואל אף דליתלהו מתוך וכו' מ"מ יתחייב מטעם שאין לו מינו ותי' השיך דרו"ש ס"ל וכו' עיי"ש ודבריו מגומגמים ונראה כונתו דע"א אינו קם לממון אף דאיתרע המיגו:

טז) המלוה נאמן בשבועתו כמה הלוה עליו. הנחה"מ ס"ק י' כ' דלפי דברי הש"ך דלכן נאמן משום דב"ח קונה משכון והוי מוחזק א"כ אף בטוען העד שלא הלוה עליו רק כו"כ נאמן המלוה להכחישו ולטעון שמגיע לו יותר ודבריו לא נהירין דהא אין מלוה קונה משכון רק נגד חובו א"כ כאן דאין חזקתו במשכון רק מכח העד א"כ אינו מוחזק יותר ממה שהעיד העד ורק באם העד א"י הוא נאמן לברר בשבועה עד כמה חזקתו ועיין מ"ש סי' ע"ב לחלק בין אומן למשכון ואך נראה דלפי פירוש ר"י דלכן אין לו מיגו דאין יכול להכחיש העד והש"ך בסי' נ"א כ' היכי דמ"מ מכחישו הוא נאמן וא"כ כאן דמכחישו נאמן במיגו דהי' אומר אין משכון רק לקוח הוא אבל להאחרונים דחלקו על הש"ך אף כאן אינו נאמן יותר ממה שאומר העד: יז) י"א דלא אמרינן בשבועה הבאה ע"י גלגול מחויב שבועה ואי"ל משלם וכו' וי"א שכיון. עיין סמ"ע וש"ך ס"ק נ"ב דאם בעיקר השבועה אי"ל ומשלם מודים הנך י"א דאין חייב לשבע על הגלגול דהא אין כאן ש"ד כלל דהא מוכרח הוא לשלם עיי"ש ועיין בשע"מ תמה דנעלם מהם דברי הנ"י דכ' בטענו

עבד גדול והוא אומר א"י חייב דמירי בטוענו עבד בכסותו ולכן הוי גם על העבד מחויב שבועה ואיל"מ גם הקשה דדברי הטור סותרים זה את זה דבסי' צ"ד פסק דאין נשבעין בגלגול אם אין יכול לשבע על עיקר השבועה ובסי' רכ"ג פסק דאם טענו עבד גדול וכו' הוי אי"ל ומשלם וכן הקשו כל האחרונים. ונראה ליישב דברי הטור דהנה סברת הש"ך במ"ש דהא אין כאן ש"ד כלל דהא מוכרח לשלם נראה דאזיל לשיטתו בהרבה מקומות שכ' דהיכי דהוי מחויב שבועה ואיל"מ לא אמרינן עד מסייע פוטר עיין לעיל סי' ע"ב ובש"ך שם ס"ק ס"א וכן כ' הרא"ש ריש ב"מ אכן הרמב"ן לא ס"ל כן ועיין שם בסי' ע"ב בהגהות א"ב בשמו וכן הרבה פוסקים חולקין וס"ל דאם עד מסייע פוטר אף בכה"ג פטור וסברתם הוא כיון דאין חיוב התשלומין בא רק ע"י השבועה וכיון דעד מסייע ופוטרו אין כאן שבועה ממילא אין תשלומין אכן הרא"ש והש"ך אזלי בחר סוף דינא דכיון דחייב לשלם אין עד אחד קם לממון ולפ"ז ה"נ בדין זה הש"ך לשיטתו דחשבינן כאלו אין כאן שבועה א"כ אין כאן גלגול ואך נראה דאין שייך סברא זו רק כשהם טענות נפרדים ותיכף כשטוען א"י חייב לשלם א"כ אין כאן שבועה אבל כשאין כאן רק תביעה אחת שמכר לו עבד בכסותו וטענו עבד גדול וטוען א"י והרי אם כסות גדול מכר גם עבד גדול מכר א"כ השבועה והגלגול באין כאחת ובעת שנתחייב שבועה דעל ידה משלם נתחייב גם על הגלגול לשבע ולכן כ' הטור דאף בעבד הוי מחייב שבועה ואיל"מ. שוב מצאתי חה"ל שכן כ' בדרישה סי' רכ"ג והי' דבריו בהעלם מכל האחרונים. עוד ראיתי בדרישה שם סברת הפ"י שהביא הקצה"ח כאן דהיכי דשניהם ספק מגלגלין ודחה אח"כ סברא זו:

יח) כמדומה לי שיש לי אצלך מנה. עיין ש"ך ס"ק נ"ח בשם המבי"ט דאם אמר כמדומה לי שאתה חייב לי מנה וזה אומר פרעתיך וזה אומר ברי לי שלא פרעתני חייב לשבע היסח (ומה שדקדק הש"ך בזה מתרץ בהגהות א"ב) והנה לעיל בש"ך ס"ק למ"ד בהלה אומר א"י אם פרעתיך והלה משיב ברי לי שלא פרעתני דזה לא מיקרי תובעו י"ל דשאני התם דלא תבעו כלל (אך גם התם כ' הש"ך דחייב לשבע היסת) ובזה מיושב מה שהקשה בהגהות א"ב דהא הר"ן והרשב"א והריטב"א דייקו מדברי הירושלמי שהביא הרי"ף פ' כ"ה בעובדא דחד גברא הביא ע"א שהלה נטל מביתו שלא בפניו והשיב נטלתו ושלי נטלתי דהוי מחויב שבועה ואיל"מ ודייקו מזה דמשביעין בספק ע"פ העד וקשה דהרי זה מיקרי ברי לפי דברי הש"ך דהרי על מה שאומר שלי נטלתי זה טוען ברי דלאו שלו נטל ע"כ ואישתמט לי' דברי הש"ך הנ"ל דזה לא הוי ברי רק לענין היסת אך בלא"ה נראה דלק"מ ושפיר דייקו דהרי הא דאמרינן דהוי מחויב שבועה ואיל"מ הוא משום

דאם הי' מכחיש את העד הי' מחויב לשבע א"כ נשמע דבאם הי' אומר לא נעלתי הי' מחויב לשבע הרי דמשביעין בספק ע"פ העד גם מה שהקשה בהגהות הנ"ל דלפי דברי ר"י דהטעם דאין יכול לשבע הוא משום דלית לי' מיגו וכאן הא אין לו מיגו כיון דהעד לפנינו עכ"פ יצטרך לשבע היסת וה"נ יצטרך לשבע להכחישו עיי"ש וזה פשוט דלק"מ (דהרי לא קאמר הר"י רק היכי דיצטרך לשבע נגדו ולהכחישו אבל כאן הרי בלא"ה לפי דברי הש"ך נשבע וגם בלא"ה) דהרי פשוט דאף דאין לו מיגו מ"מ במקום דאין עליו ש"ד כגון בקרקעות ועבדים ושטרות אף דלית לי' מיגו פטור ורב ושמואל דלית להו מתוך שאיל"מ פטור אף דאין לו מיגו עיין ש"ך ס"ק מ"ג ובזה לא יחלוק הר"י וע"כ טענו בספק ע"פ העד חייב שבועה ופשוט:

יט) טענו שניהם ספק. עיין ש"ך ס"ק ס"ה דמהרשד"ם סי' מ' צידד אם טוענים שניהם ספק בפרעון אי חייב לצאת י"ש והביא ראי' מסעיף י"ז והש"ך מפקפק והעתיקו גם הנתה"מ בחידושים ולא הבנתי כלל דהרי הדין מפורש לעיל סעיף י' דחייב לצאת י"ש אך בדברי מהרשד"ם י"ל דמפרש דהך דסעיף י' י"ל דאיירי בטוען התובע ברי שלא פרעתני אך אין אני יודע מהלואה כמו שפירש הטו"ז שם לכן הוצרך לראי' מסעיף י"ז דאיירי בטוען התובע שמא אך הש"ך הרי פי' לעיל ס"ק למ"ד דאיירי בטוען שמא רק כ' מבחוץ דאף בטוען ברי על הפרעון ג"כ פטור אבל המחבר איירי בשמא וא"כ מבואר הוא שם. גם יותר תימה דברי התומים דלעיל חולק על הש"ך וסובר דבטוען ברי על פרעון חייב והש"ע ע"כ איירי בשמא וכאן דחק להביא ראי' מירושלמי דחייב לצאת י"ש והרי הוא פשוט לעיל וגם כן משמע בב"ק פ' הגוזל וד' יאר עיני ואך בכעין דין דסעיף זה דדעת הי"א דפטור לצאת י"ש יש לעיין בטוענים ספק בפרעון היינו שיודעין שפרע רק אין יודעין כמה דאולי כאן קיל ואף בפרעון פטור כיון דעכ"פ יודע שפרע קצת וכמו דדיעה א' מחמיר מטעם דעכ"פ יודע שלוה כן י"ל לדיעה ב' להיפך אכן גם בזה נראה פשוט דחייב לצאת י"ש:

כ) ואם הודה הרי הודה במקצת. עיין סמ"ע ס"ק נ' וש"ך ס"ק ס"ט ולא אמרינן שמא הודה יותר מפרוטה וא"כ לא נשאר כפירת ב' כסף דאין לומר שחייב יותר מן ההכרח ע"כ ובעניי לא אבין למה לא נשאל כדי להוציא הדין לאמיתו בשלמא לדיעה שני' הא דא"צ לחקור שמא הוא פחות מפרוטה דסברו סתם הודאה אין פחות מפרוטה וכבר יצאה הודאה בחיוב אבל כאן למה לא נחקור אולי אין כאן כפירה ב' כסף ואולי כיון דטוען א"י אין לנו להשתדל לפוטרו מחיוב תשלומין ודוחק:

כא) ודוקא שטענו דבר שהוא אמוד. לא זכיתי להבין מ"ש כאן מכל טוען דלא בעינן שיהי' אמוד דלא אישתמט בשום דוכתא לומר דבטוען חבירו כמה דבעינן שיהי' דוקא אמוד ואדרבה כאן דטוען הנתבע ספק דאולי אמת הוא שחייב לו כל כך דאם טוען הנתבע דודאי לא הלוה לו כל כך א"כ אינו מחויב שבועה ואיל"מ על הכל כמ"ש הש"ך ס"ק נ"ג וע"כ דהוא מסופק על כל מה שתובע למה בעינן כאן אמוד ולולי דברי הש"ך הי' נראה לפרש דקמ"ל דאם אינו אמוד אז אף מה שאמור ומסופק הנתבע א"צ לשלם דהוי כהוחזק כפרן על תביעתו אך הרי הש"ך ס"ק ע' כ' דמ"מ משלם מה שהוא אמוד וכן התומים כ' דהוא פשוט א"כ צ"ע:כב) אמר לי אבא. זה הוא שיטת הרמב"ם דבדין דסעיף הקודם שטוען ברי לי שמנה לאבא בידך חייב לשבע ובטוען אמר לי אבא פטור ועיין בהה"מ שמסופק אם פוסק כראב"י ומפרש פלוגתתם בטוען ברי או דפוסק כחכמים וסובר דאף חכמים מודים בברי ולי נראה מדכ' הרמב"ם דפטור באמר לי אף מהיסת ע"כ דחושבו לטענת שמא ואם הש"ס איירי באמר לי א"כ למה הוצרך הש"ס לומר דחכמים סברי בבנו מעיז בלא"ה פטור נגד שמא והוי משיב אבידה וע"כ לשיטת הרמב"ם פלוגתייהו בברי ודו"ק:

כג) אפי' קרוב שלו הש"ך ס"ק פ"ג למד מדברי מהרש"ל דמי שתופס ממון חבירו יכול לקבל כת הרשאה ממי שא"י אם חבירו חייב לו והתופס ישבע שהוא חייב להמרשה ותמה התומים דהא קיי"ל דע"י הרשאה לא הוי רק שליח ואיך ישבע השליח ועיין נתה"מ גם עוד הקשה דשבועה זו אם נשבע לשקר לא הוי רק שבועת שוא וקיל משבועת פקדון ואיך יהא נאמן בשבועה זו עיי"ש והאריך שם ואני לא אבין מה קול הרעש הזה דהא אם אמת כדבריו הוא מחויב ליתן להמרשה מדר"נ ולא התפיסה תב לאחרים כיון דמחויב לו ובפרט לפי דברי התומים בקונטרוס ת"כ דאף שלית יכול לתפוס ולטעון קים לי כדיעה המחייבת אותך וא"כ איני תב לך בתפיסתי (ורק אני השגתי עליו בזה בחידושי אה"ע סי' ע"ז) וכ"ש כאן וא"כ למה לא יוכל לשבע איני חייב לך רק לחבירך מדר"נ וגם הוי שבועת הפקדון וצ"ע:

בד) קרוב שלו. השע"מ חידש כאן דקרוב פוטר מהיסת דהרי התה"ד כ' דקרוב דאינו פסול רק מגזה"כ איכא למימר דמחייב היסת שהוא תקנת חכמים וא"כ ה"ה לפטור ע"כ והוא חידוש גדול ופשוט בעיני דהתה"ד לא כ' זה רק להחמיר בשבועה ועיקר טעמו דכיון דאין חושדין אותו למשקר הוי דבריו עכ"פ כטענת ברי או דכן דרך כל התשובות לכתוב לסניף דבר אף שאין ברור להלכה אבל לפטור דהוי עדות גמור זה לא שמענו ודו"ק:

סימן עו

א' אחד שלוה משנים בבת אחת וכו' חייב ליתן לכל א' ר'. הש"ך ס"ק ג' הקשה מ"ש מפקדון דבכרך א' פטור והנתה"מ כ' דבפקדון כיון דיכול לומר הרי שלך לפניך לכן יכול להניח לפניהם ולומר הש"ל לא כן בהלואה וכן ברועה איירי ברועה שצריך למסרו לבית בעליו לכן חייב וכן הולך בשיטה זו בס"ק ת' וס"ק ט' ואני לא אבין דאיך שייך הש"ל אם אינו יכול לקחתו ועיין בסי' ע"ד הבאתי ברייתא דבראה אנס כנגדו ואמר הרי מעותיך דלא הוי חזרה ומה לי אנס או אחר. אמת שגם בהקדמה לסי' זה כ"כ והביא ראי' משור שהוא ביד ב"ד והנה אם נאמר דשם אין מחזיר לידו ע"כ נצטרך לחלק דב"ד שאני דהם נוטלין כדין אף אם הוא ביד בעלים ועיין פ"י וגם בחידושי ישבתי הדקדוקים שהקשה בהסוגיא ואין להאריך גם קשה לי דאם מנית לפניהם הוי כאומר הש"ל א"כ אף אם לא הפקידו בב"א למה לא יוכל להניח לפניהם ומה שכ' הנתה"מ דהתם פשע לא אבין מה זה טעם שיתחייב כיון שאומר הש"ל וקצת הי' נראה לחלק בין הלואה לפקדון דבש"ס אמרינן גבי פקדון אתם לא קפדיתו אהדדי וכו' נראה הסברא לפי מ"ש התומים בסי' נ"ו דבפקדון יש לו דין שליש ונאמן לומר של מי הוא א"כ הי' להם לחוש שמא יטעה הנפקד ויאמר בהיפך ויהא נאמן אבל הלואה עליו מוטל לידע דאם לא כן יתחייב לשבע וצ"ע:

ב) צריך ליתן לכ"א ר' הנתה"מ ס"ק א' הקשה דלמה במוצא שטר אצלו וא"י מה טיבו דאמרינן יהא מונח למה לא יצטרך ליתן לכ"א לשיטת הרמב"ם דחייב בשטרות שפשע ומתרץ ע"פ דברי התוס' שכתבו דלכן לא הוי כא"י אם נתחייבתי דעכ"פ חייב לא' אבל בשטרות אם פשע נגד הלוה פטור וכיון דיכול להיות שהלוה הפקידו הוי נגד המלוה א"י אם נתחייבתי והנה הוא דוחק די"ל דאף להלוה שוה לי שיחזירנו וא"כ הי' עליו חזקת חיוב להחזיר עיין סי' ס"ד וס"ה וגם דבריהם נראה דאין כונתם משום חזקת חיוב דודאי חייב לא' רק כיון דקבל עכ"פ ואך יותר תימה מה יעשה למ"ד ברי ושמא ברי עדיף מה יעשה בהמשנה דהמוצא למה יתחייב ואף דהתוס' כתבו דכאן אף לא"י אם נתחייבתי לא דמי כיון דודאי אינו חייב לשנים מ"מ לדברי הנתה"מ הרי אינו תובע רק המלוה ושמא הוא הפקיד אצלו ואך לתרץ קושייתו י"ל דבשטרות דחייב ע"כ אינו חייב רק מדד"ג וכבר כתבתי בהרבה מקומות דד"ג אינו חייב רק בודאי הפסידו ולהרבה פוסקים מזיק שעבודו ש"ת אינו חייב רק בעשה היזק בגוף הדבר והכא כל ההיזק משום שטוען א"י ודו"ק. גם מ"ש הנתה"מ לענין עכו"ם וישראל שהפקידו כיון דאין דין שומרין לעכו"ם א"כ הוי לישראל דין א"י אם נתחייבתי עיי"ש חוץ ממה שכתבתי דכונת התוס' דידוע שקבל אך בלא"ה דאף דאין דין שומרין לעכו"ם מ"מ הרי חיוב חזרה יש ודו"ק:

ג) אחר שישבע כ"א. הנתה"מ ס"ק ב' כ' דאף בטוען ברי שלזה ק' ולזה ר' מ"מ פטור מש"ד נגד זה שטוען שאינו חייב רק ק' דחזקה אין אדם חוטא ולא לו גם לא שייך אשתמוטי ולא נהירא דלא שייך כאן אין אדם חוטא ושמא עושה קנוניא וגם ע"כ איירי שאינו נותן מיד דאל כ הוי הילך וא"כ שפיר שייך אשתמוטי דיודע שחבירו לא יתבע אותו כמו שכתבו הפוסקים גבי אומר שטר אמנה ובפרט אם עשה עמו קנוניא ועיין ש"ך סי' נ"ו ס"ק ה' דמבואר דלא מהני מה שנותן לאחר ושמא קנוניא הוא עושה עיי"ש וה"נ כאן:

ד) יהא מונח. עש"ך ס"ק ת' דיהא מונח אצלו והנחה"מ מחלק בין הלואה לפקדון והתומים כ' היפך דבריו ולא עיינתי בזה ועיין מ"ש בסי' ש': ה) פטור אף לצאת י"ש. הנתה"מ מחלק בין זה לסעיף א' דשם כיון דכ"א הלוה מנה חצוף יותר לומר מאתים שלי והוי לי' למירמי אנפשי' אבל בלא לוה רק מנה לא הי' לו לאסוקי אדעתי' דיהא חצוף אחד שלא הלוה לומר דהלוה ועיי"ש שהביא ממכר שדה א' דנאמן מי שבא ואמר אני הלוקח ודבריו דחוקים דמבואר בקידושין גבי אני קדשתי' דהא דאמרינן לא חציף מטעם שמא יכיר האב דלא זה הוא שקידש וא"כ אף בנתן מנה לא חציף לומר מאחים שלי דשמא יכיר מי שלא לוה רק מנה ועוד אף אם הוא לא יכיר הרי חבירו שהלוה מאתים ודאי יכיר ואיך יהי' חצוף נגד מלוה השני ודו"ק:

סימן עז

א) או שקבלו פקדון ביחד וכו' שניהם ערבים זה לזה, השע"מ תמה ע"ז ודחאו מהלכה והוא משום דהרי כל היכי דלא מטא הנאה לבן דעת אין בו דין כמו תן ככר לכלב ואתקדש לך או זרוק מנה לים דאינה מקודשת וה"נ בשומר תנם לא מטא הנאה לי' אין בו דין ערב ע"כ ודבריו לא נהירין דכי אמרינן דבעינן דוקא היכי דמטא הנאה לבן דעת היינו היכי דאינו ערב גמור רק דחייב מדין ערב כמו בתן מנה לפלוני ואתקדש לך דאין פלוני חייב כלום אבל באם המקבל חייב באמת לשלם והוא ערב גמור מה נ"מ להערב אם המקבל נהנה וגם העיקר דבעינן שיבוא הדבר לבן דעת עיין לקמן סי' ק"כ בנתה"מ והשע"מ עצמו הקשה מסי' ס' דכ' בש"ע בשנים שנתחייבו לזון לא' דינם כשנים שלוו מא' אף דלא מטא הנאה לחבירו וכ' לתרץ דהתם ע"כ דנתחייבו בקנין ולכן אמרינן מסתמא נעשה הקנין גם עבור הערבות ותמוהין דבריו דאם היכי דלא מטא לחבירו הנאה לא נעשה ערב בשום מקום האיך נאמר דהקנין הי' להערבות שלא נתחייב ולא התנה וע"כ כמ"ש דכל היכי דחבירו נתחייב שייך ערבות. ועיין לקמן סי' ש"פ דיש פלוגתא בזה:

ב) שקבלו פקדון ביחד. הרמ"א בתשו' פסק דבפקדון לא נעשה ערב והביא ראי' מהא דכלהמפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ואם הם פשעו פטור ואף הסובר דחייב

הוא רק מטעם שלא יאכיל הפקדון לאשתו ובניו ואינו חייב מטעם ערב ע"כ והאחרונים תמהו עליו דהתם החיוב הוא מטעם שמירה וכיון דהעמיד גברא בחריקאו אין עליו חיוב שמירה ולי נראה דבריו פשוטים דהרי שנים שקיבלו פקדון ביחד ואחד ימסור לחבירו בודאי אינו חייב מטעם שומר שמסר לשומר דהא דרכו של בעה"ב להפקיד אצלו ועיין תומים ס"ק ג' ומ"מ אם חבירו פשע ודאי דהחצי שהי' מוטל על חבירו חייב מטעם ערב וא"כ איך יעלה על הדעת דעל החצי שמסר לחבירו נעשה ערב והחצי שמסר לו אף חיוב ערבות אין בו ואף שהעמיד גברא בתריקאו והשתא אם נאמר דמה שמסר לו החצי נעשה גם ערב אם ימסור לחבירו ואם ימסור הכל לו וימסור לחבירו אין עליו חיוב מטעם ערב ופשוט דלא גרע מה שמסר הוא עצמו לשומר מאלו מסר בעה"ב לשומר על דעתו וא"כ ע"כ דאין חיוב ערבות בזה ודו"ק:

עוד הביא הרמ"א שם ראי' מב"ק (ד' י') ועיין ש"ך ס"ק א' שדחה ראייתו אך נראה קצת להביא ראי' משם דזה לשון הסוגיא והאיכא הכשרתי במקצת נזקו חייב בכל נזקו מסר שורו לחמשה בני אדם ופשע א' מהם ופריך אי דבלאו איהו לא מנטר כולה היזקא עביד והנה פשוט דס"ד דלאו כולה היזקא עביד וחייב בכל וקשה דאף אם נאמר הכשרתי במקצת נזקו אינו משלם כל נזקו מ"מ חייב בכל דהרי הם פטורין והוא הי' ערב על הכל אך יש לדחות גם זה דכיון דהלוה פטור גם הערב פטור עיין סי' מ"ט אך פשוט דהרמ"א שם לא סמך על ראיות אלו לפרש דברי הרמב"ן כמו שפירש שם ולכן כ' כאן בש"ע דנעשין ערבים ורק שם באפטרופסין כ' שנראה לו כן עיי"ש אך לי נראה להביא ראי' לדין זה דאף בפקדון נעשו ערבים זל"ז מב"ק (ד' ק"ח) גבי הא דאמרינן התם ש"ת שטען טענת גניבה בפקדון דממון המחייבו כפל פוטרו מן החומש ובעי רבינא חומש וכפילא בתרי גברי מאי היכי דמי מסר שורו לשני בני אדם וטענו טענת גנב חד נשבע והודה וחד נשבע ובאו עדים מי אמרינן האי משלם כפילא והאי חומשא א"ד חד ממונא קפיד רחמנא דלא משלם חומש וכפל וה"נ חד ממילא הוא וקשה דמאי חד ממונא הוא הא כל אחד לא נתחייב רק בחצי השור וא"כ מאי שייכות יש לזה עם זה וע"כ דשניהם נעשו ערבים זל"ז וכל אחד הכופר כיון דחבירו כופר ג"כ הוי כמו שכל אחד כפר הכל כיון דחייב בכל שהרי חבירו כפר וזה ראי' ברורה לדעתי (ונשמע דגם בש"ח ערבים הם ולא כהשע"מ שהבאתי בס"ק הקודם) וחפשתי ומצאתי שכבר קדמני בראי' זו בס' ים התלמוד. ובסי' ש"ט כתבתי עוד ראי' לזה עיי"ש:

ג) לא יתבע הערב תחילה. הרא"ש חולק ע"ז ודעתו דשנים שלוו כא' נעשין קבלנים ויכול לגבות מאיזה שירצה כל החוב והקשו עליו מהראי' שהביא הרמב"ן דלא הוי קבלנים

מהא דבעי פ' השואל שותפין ששאלו ונשאל לאחד מהם מאי כולה שואל בעינן והא ליכא א"ד להאי פלגי' דשיילי' מיהו מפטר ואם איתא דכ"א חייב בכולה הא איכא כולה שואל וכ"ת דליכא כולה שואל כיון דאיכא אחר בהדי' מאי קאמר בהאי פלגא מיהו לפטור ומאן פליג הך פלגא מאידך פלגא ע"כ והקצה"ח מתרץ דהרי כ"א הוי שואל בכילה ומשאיל חצי לחבירו והרי מבואר בהה"מ דשואל בבעלים והשאיל לאחר לא מפטר משום שאילה בבעלים והנתה"מ דחה דבריו דבסי' רצ"א מבואר דהא דחייב במסר לאחר הוא דוקא במיעט בשמירתו עיי"ש ולא ידעתי איך דחה דבריו דהתם דאמר דדוקא מיעט בשמירתו דאל"כ אף שלא בבעלים פטור אבל הרי שפיר שמעינן משם דברשות אחר כלתה שמירה בבעלים דאל"כ אף אם פשע השני יש לו לפטור אכן דברי הקצה"ח בלא"ה הם רק לפלפול בעלמא דהא דאמרינן דכלתה שמירה בבעלים היינו במסר לשני ויצא מרשותו אבל כאן אף דהשני יש לו ג"כ רשות בדבר השאול אבל מ"מ הרי לא יצא מרשותו והוא עומד בענין שבעה"ב השאיל לו ולמה יתחייב. אך ליישב הקושיא מעל הרא"ש נראה בפשיטות דלק"מ וכמו שכ' הרמב"ן עצמו כיון דאיכא אתר בהדי' א"כ לא הוי כולה שואל רק מה שהקשה א"כ מאן פליג הך פלגא וכו' נראה דכונת הש"ס הוא אי בתר גברא אזלינן ואיכא אחר בהדי' אי בתר חפץ אזלינן והוא חצי נשאל לו וכמו דבעי בב"ק (ד' ק"ח) אי בתר גברי או בתר ממונא שהבאתי בס"ק הקודם ודו"ק:

ד) שותפין שלוה א' מהם לצורך השותפות וכו'. השע"מ כ' דאף אם בצוויו לוה לצורך השותפות מ"מ אם אומר שלא נתן להשותפות פטור השני כיון דהמלוה לא ידע שלצורך השותפות לוה והוא לא הי' שלית של השותף כיון דשינה בשליחות ואף דתיכף שקבל המעות נגמר השליחות נגד המלוה מ"מ כיון דלא שלחו רק ע"ד שיתן המעות להשותפות נתבטל השליחות מעיקרא עיי"ש. והנה זה צ"ע לכאורה דבסי' קכ"א מבואר דאם מודה המלוה ששלחו לקבל כל החוב אף בלא החזיר למלוה מ"מ נפטר הלוה והרי שם ג"כ לא נגמר השליחות דהרי לא שלחו רק אדעת שיביא לו המעות והלוה ג"כ לא ידע שהמלוה שלחו ואך מ"מ כאן נראה די"ל דכ"ז שלא הביא המעות לשותפות אמרינן בתחילה לא לוה כלל לצורך השותפות ורק בשביל עצמו לוה ושאני בסי' קכ"א דקבל עבור חוב המלוה וכיון דנתן על חוב זה והוא באמת שלחו כבר נפטר וא"כ יש לו מקום לדינא ואך לא מטעמי' ומ"מ היכי דהשליח אמר לו בשם שותפו ששלחו והוא האמין לו והוא מודה ששלחו נראה דנכון עם הש"ך והשע"מ סובר דזה לא הוי כהלוה לשותפות כיון דהמלוה לא ידע ששלחו אף דאמר לו בשם השותף ומהסברא דזה דומה להדין דסי' קכ"א ודו"ק:

ה) ראובן תבע משנים וכו' וכפר אחד והודה א' אין עדותו מחייב את חבירו שבועה. השע"מ הביא דהפרישה הקשה הא יש להמודה מגו דהי' כופר והפרישה דחק בזה ולי נראה דאין כאן מיגו שירא דישביעו היסת אבל באומר אנו לוינו מאביך והתובע אינו יודע שפיר המודה נאמן במיגו ע"כ תוכן דברי השע"מ ובחנם כ' על הפרישה דדבריו דחוקים והם אמת לדינא ואף אם התובע טוען שמא הוי ג"כ נוגע והנתה"מ ס"ק י' דברי אמת היתה בפיהו והוא כדברי הפרישה:

ו) לוה משנים וכו' ותובע אותו שלא נכתב השטר על שמו יכול לדחותו.

השע"מ הקשה מלעיל סי' ס' סעיף ת' דאם הודה לוי לראובן שהוא שליחו יכול ראובן לגבותו ותי' דכאן דהם שותפין גרע דנראה שלא הי' רוצה להתחייב רק לאחד ולכן כ' דאם השותף א' הי' בשעת הלואה ומחמת שלא קפדי אהדדי נכתב על שמו גובה השני והביא ראי' מסי' צ"ג סעיף י"ד בהגהה דשותף שיצא השטר על שמו אינו נאמן בהודאתו שנפרע כיון שמבואר בשטר שהוא ממון השותפות ע"כ ודבריו לא נהירין ומה שהקשה מסי' ס' פשוט דלק"מ דשם איתא שהודה לוי לפני הב"ד שהוא ממון. של ראובן לכן מחויב ליתן לראובן שהוא מוציא את השטר (וכן דייקו האחרונים משם דשטר נקנה באודיתא וע"כ דהוא מטעם זה דהוי כהקנה לו השטר) אבל כאן אף דהלוה יודע שהוא ממון השותפות יכול לומר מה לי בזה הא אח"כ יתבע אותי זה הנכתב ע"ש והב"ד עצמן יחייבו אותי (אמת כי צ"ע לכאורה לשיטת הרמב"ם דלוקח שטר נאמן לענין קנייתו אף במסירה בלי כתיבה י"ל דאם ירצה לפרע לא יתחייב שנית אך מ"מ אין יכולין לכופר לירד בדינא ודיינא כמו הלוה דאין חייב ליתן ללוקח וא"כ גם מסי' צ"ג פשוט דלק"מ דהתם הא מבואר בשטר דהוא ממון השותפות דמי ממש להך דסי' ס' לכן מחייב ליתן לו חלקו:

ז) איש ואשתו שלוו חייבת לפרוע החצי מכתובתה. הנחה"מ כ' דאשה שהקשה סחורה אפי' הוא נו"נ בביתבכלים העשוין להשאיל ולהשכיר אם אין יודעין שהי' של הנותן רק ראו שנתנן נאמן לומר שלי הן ולא עיינתי כעת: ג) אבל במתנה הי'. השע"מ האריך כאן באם נתן לו סתם מעות אם הוא מתנה או הלואה והנה זה רבות בשנים הארכתי קודם שראיתי דברי השע"מ והמ"ל ואמרתי דנראה דזה הוא הפלוגתא בש"ס רב ושמואל גבי מקדש אחותו ולוקח שהכיר בשדה שאינה שלו דרב סבר מעות מתנה ושמואל אמר מעות פקדון ואך לכאורה יש לדחות דהרי שם אמר רב ונימא לה לשם מתנה סבר כסופא לה מילתא ולפ"ז הי' נראה לכאורה דדוקא שם דנתן לשם קידושין ומכר ואם הי' כונתו להלואה לא שייך כסופא לכן אמרינן דלמתנה נתכוין וכן י"ל אליבא דשמואל

בהיפך דהרי אמר ולימא לשם פקדון סבר לא מקבלה וא"כ י"ל דדוקא שם דשינה ואמר לקידושין ע"כ דעתו לפקדון אבל כל סתם אי נאמר דעתו לפקדון א"כ למה הי' סובר דבסתם תקבל וע"כ דעתו למתנה אך הרי הרמב"ם פוסק דבמקדש אחותו מעות מתנה ובהכיר בה שאינה שלו מעות פקדון נראה דהוי כמו ניתן סתם דדוחק לומר דכאן שינה דרצה לפקדון וכאן שינה ורצה למחנה וסובר טעם דכסופא וטעם דלא מקבל ורק דהוי כנותן סתם ובאחותו נותן למתנה אבל באחר נותן לפקדון ועדיין צ"ע ומדברי בעה"ת הבאתיו בסי' ע"ה ס"ק ח' גבי האי דאוזיף זוזי ואשכח טופיינא בדבר שאין הדעת טועה דפסק בעה"ת דיכול לתובעו משום דהוא ברי והמקבל שמא וי"א דודאי למתנה יהיב לי' ע"כ. והנה הי"א ע"כ דסוברין דסתם לשם מחנה הוא דהרי זה דאין הדעת טועה הוא רק לראי' שלא טעה אבל מ"מ להוי כסתם וע"כ דבסתם הוי לשם מתנה ואף הבעה"ת דכ' דיעה הא' דחייב להחזיר הוא בטוען טעיתי דהרי כן משמע ג"כ בלשונו בלשון הי"א כיון דאין הדעת טועה לא מהימן משמע דאבל נותן וידע מודים ג"כ דהוי מתנה ואך מהא דסי' רמ"ו באכול עמי דצריך לשלם משמע דנותן בסתם דעתו להלואה ואך בודאי יש לחלק דהתם הי' כונתו שחבירו יאכל ג"כ אבל במעות למה הי' לו להלות לחבירו והוא שמא א"צ למעות ומי ביקש זאת מידו ואך מ"מ לפי מה שהבאתי פלוגתא דרו"ש וא"כ ה"נ י"ל דנתן לפקדון. כ"ז אמרתי מכבר והעתקתיו כאן בראותי כי השע"מ האריך בזה גם ראיתי במ"ל פ"ג מאישות הביא דהוא מחלוקת הקדמונים וכ' דהמהרי"ט דחה הראי' מהכיר בה שאינה שלו דקיי"ל דמעות פקדון ולא כ' במה דחה ואולי הוא כמ"ש ודברי השע"מ מ"ש תחילת דבריו דאי בסתם הוי מתנה א"כ כאן שהעדים לא ראו רק שנתן לו למה צריך לשבע שהי' במתנה עיי"ש והוא תימה דאף אם יטעון שנתן בסתם וא"י צריך הוא לשבע ע"ז שנתן בסתם וא"כ בטוען למתנה צריך ע"כ לשבע שהי' במתנה דהרי התובע טוען שנתן בפירוש להלואה ומה שהביאו ראי' מנתן קידושין בשתיקה דקיי"ל צריך לחזור וליטול הכסף ואם הוא פקדון למה צריך לחזור וליטול כבר כתבתי לעיל סי' ע"ד וביתר ביאור בחי' לאה"ע דאף במקדש אחותו למ"ד פקדון לאו דוקא ויכולה להוציאן ונקט פקדון דאינה חייבת באחריות לכן הוא ברשותה וצריך לחזור וליטול ועיין מ"ש הקצה"ח בזה סי' שס"ג ובמ"ש שם. ועיין תומים סי' מ' בכת"י שאומר טעיתי והייתי סבור שאני חייב וגם שם צ"ע:

ד) הכמין לו עדים מבחוץ ושמעו שנתנם לו דרך הלואה וכו' אם טען אני לא קבלתי רק בפרעון ומפני שלא הייתי יכול להוציא חובי הודיתי. הש"ך ס"ק י"ג כ' דזה דוקא בלא ראו הרצאת המעות אבל בראו שנתן לו מעות בתורת הלואה לא מהני אמתלא זו

דלהוציא חובי הודיתי ע"כ ופשוט דהיכי דאית לי' מיגו דפרעתי אף בזה נאמן כאשר כ' הקצה"ח בתחילה ועיין נתה"מ אך מ"ש הקצה"ח אח"כ וז"ל ועוד דאפי' במיגו נראה דאינו נאמן להכחיש גוף הלואה באמתלא כיון דהלואה הוחזק לפני עדים ע"כ ואני לא אבין דבריו דמבואר בפשוט דזה הוא הדין דסי' ע"ה דנאמן לומר יש לי בידך כנגדו היכי דיש לו מיגו דפרעתי גם הנתה"מ כ' דהיכי דהיו עדים שלא בהכמנה אינו יכול לטעון שקבל בפרעון דאין יכול לטעון יש לי בידך כנגדו רק כסות או כלים אבל לטעון אתה חייב לי אינו נאמן במיגו דיכול הלה לומר אלו חייב הייתי לך כיצד אתה לוה ממני ע"כ. והנה לא עיין בהפוסקים שהביא הב"י סי' ע"ה שכתבו דיש לי בידך כנגדו זה הוא הדין שאמרו בגמרא מלוה ישנה יש לו עליו ומ"ש הנתה"מ כיצד אתה לוה ממני אם כונתו להא דמבואר סברא זו בסי' פ"ה הוא תימה דהרי מבואר שם דדוקא אם יש לו שטר שהי' יכול לגבות בו מיד א"כ למה לוה אבל היכי דיכול לטעון איזה טענה אף נגד השטר דהיינו דיש בו איזה חשש אסמכתא שוב אינו יכול לטעון כיצד אתה לוה ממני גם בבעה"ת מבואר להדיא הביאו כאן הבאה"ג דיליף אמתלא זו שכ' דמפני שלא הייתי יכול להוציא חובי וכו' הוא כמו שאמרו שם זה הי' פקח שיוכל למשכנו אף דיש עדים על ההלואה גם מבואר בב"י בשם ת"ר עיין סי' ע"ה דבהלואה נגד הלואה נאמן רק אם יש איזה נ"מ כמו היכי דזה גובה וזה גובה אז צריך לומר מילתא כצורתא ולא לשבע סתם איני חייב לך ולפ"ז ודאי נראה כהתומים דאם ראו בהכמנה סובר הבעה"ת דאף בלא מיגו נאמן באמתלא:

ה) וחזר ואמר פרעתיך הוחזק כפרן. השע"מ צידד בהוחזק כפרן בפקדון אם נאמן אח"כ בשבועה לטעון נאנסו וכ' דהרי לכאורה תימה למה אמרינן כיון שכפר שוב אינו נאמן אח"כ והרי חזינן דנאמן לממון אחר ולא נעשה חשוד וצ"ל הסברא דכל דהוחזק כפרן שוב חושש שלא יהא נאמן בעיני הבריות ולכן אין דרך לפרוע שלא בעדים וא"כ זה לא שייך בטוען נאנסו (רק כ' דמהפוסקים לא משמע כן רק דלא מהימנינן לי') עיי"ש וסברתו אינו נראה דהרי סברא זו כתבו קצת פוסקים גבי הגוזל מחבירו בעדים דס"ל דצריך להחזיר בעדים מה"ט דדרכו שלא להחזיר רק לפני עדים להראות כשרותו ומ"מ גם בגוזל לא קיי"ל כן רק נאמן שהחזיר וא"כ נראה דבכפרן כ"ע לית להו סברא זו. ואמת כי ראיתי שהקצה"ח חקר ג"כ בזה למה בגוזל א"צ להחזיר בעדים ונאמן שהחזיר וכפרן אינו נאמן וכ' לחלק דכפרן הוחזק לפני ב"ד ולכן גרע וראי' דהרי חזינן דלפני עדים לא הוחזק כפרן וע"כ דיש חילוק בין עדים לב"ד ואני רואה דאדרבה ראייתו הוא סתירתו דהרי הא דבעדים לא הוחזק כפרן מבואר הטעם דאין אדם מגלה טענתו רק לפני ב"ד

עיין סמ"ע ס"ק כ"ד הרי דלולי זה אין לחלק בין ב"ד לעדים אך לפענ"ד נראה הטעם בהוחזק כפרן דאינו נאמן דזה דומה ממש לדין דסי' ס"ג בהעידו עליו עדים שחוזר אחר זיוף דהוי שטרי ריעי ולא מגבינין בי' ואמרינן שם דדוקא שטר בסך כזה וה"נ בדין דכאן דלאותו ממון הוחזק כפרן לא לממון אתר והיינו דאמרינן דיש לו איזה הוראת היתר על סך זה ודו"ק:

ו) אינו מוחזק כפרן אא"כ כפר בב"ד ובאו שני עדים והכחישוהו. עיין סמ"ע ס"ק כ' דבהכחישו ע"א לא הוי מחויב שבועה ואיל"מ כיון דאף בשני עדים אינו משלם רק משום דנעשה כפרן וכו' ולכאורה צ"ע דהא בשני עדים חייב משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי והוי הודאה ואולי משום דכיון דיכול לחזור מפטור לפטור הרי דלא הוי הודאה גמורה מה דאמר לא לויתי ורק בעדים לא מהימן א"כ ג"כ הטעם משום דהוחזק כפרן וצ"ע גם יקשה לפ"ז על האחרונים דא"כ למה לא תירצו דברי הרמב"ם דכ' הוחזק כפרן באומר לא לויתי כמו שכתבתי עיין ש"ך ס"ק ג':

ז) משום שראה עדים שבאו. הש"ך ס"ק ב' כ' דיש חונקים והיינו דפסקו כראב"ש דבמודה משום יראתהעדים לא הוי מודה בקנס ועיין תומים מסיק דלא קיי"ל כראב"ש אכן התומים כ' דבאמר לא לויתי ובאו עדים שלוה ואמר פרעתי ואח"כ הוזמו העדים ובאו עדים אחרים שלוה אף שאמר פרעתי קודם שבאו האחרים מ"מ לא מהימן כמ"ש הרשב"א בשם רש"י והראב"ד דקיי"ל כחכמים דסומכוס דכה"ג לא הוי מודה בקנס ע"כ. והנה לא אדע למה השמיט דברי הרשב"א בשם עצמו דכ' דחכמים וסומכוס פליגו אליבא דראב"ש א"כ לפי מה דלא קיי"ל כראב"ש ודאי כה"ג ג"כ הוי מודה בקנס וגם בל"ז צ"ע דהרי הא דמדמי הפוסקים הוחזק כפרן למודה בקנס היינו אם הטעם דיכול לחזור מפטור לפטור הוא רק משום מיגו דבעי עומד בטענתו הראשונה וא"כ אי חזינן דבקנס לא הוי הודאה משום דירא משום עדים ה"נ אין כאן מיגו דהא הי' ירא לעמוד בטענתו ראשונה אבל להסוברים דהטעם דיכול לחזור מפטור לפטור משום דלא דייק במה שאין נ"מ אין זה שום דמיון לקנס וא"כ בעדים שהוזמו כיון דלא נתחייב על ידם יכול לחזור גם בל"ז י"ל כיון דכ"ז שלא הוזמו לא מהני טענתו הראשונה ואח"כ עומד בטענת פרעתי י"ל דלאו משום העדים חוזר ושפיר נאמן:

ח) מי שקבל לפני ב"ד. הקצה"ח סוף הסי' הביא דברי הח"צ באחד שהי' בידו פס"ד דהברירה בידו שהוא יברור לו הבית משני הבתים שיש לחבירו חזקת מ"ק ואח"כ נפל בית אחד וטוען זה שיש לו החזקת מרא קמא כבר בררת לך בית זה שנפל ופסק הח"צ דאינו נאמן מטעם דהרי יש להשני פס"ד בידו והקצה"ח פקפק בזה דפסק זה שאינו

על שעבוד נכסי אין חושש להניח עיי"ש ולי בלא"ה צ"ע דפס"ד זה לא ניתן להחזיר רק צריך להיות בידו להראות כי בית היותר טוב שייך לו והקצה"ח כ' דמטעם אחר אינו נאמן שברר דאוקי הבית בחזקתו הראשון שהי' בידו כת לברור איזה שירצה ובעיני גם זה צ"ע דנראה דלא עדיף זכותו ממטלטלין העשוין להשאיל או מגודרות דכתבו התוס' בב"מ (ד' ק') דהיכי דיש לא' דררא דממונא דידעינן דקנה ולא ידעינן אי קטן או גדול מהני תפיסתו וכאן ג"כ דררא איכא ולראשון יש חזקת מ"ק וא"כ אין כאן שום מוחזק וצ"ע ועיין בח"צ דלא סמך על טעם הנ"ל רק כ' דענינים כאלו דרך לכתוב שטר ולכן אינו נאמן ובנידון דידי' שם בלא"ה הי' רק דיבור בעלמא אף לפי הבעל מ"ק עיי"ש:

סימן פ

א) מי שטוען בב"ד. השע"מ צידד באחד שאמר שחייב לב"ח הרבה בעת שבא ב"ת לגבות ממנו ואחר שפרע טען שאין עליו חובות אי נאמן כמו בסי' מ"ז דיכול לטעון דזה שאמר שהשטר פרוע לא הי' רק כדי לדחות ב"ח או דוקא שם דהשטר שבידו מעיד שאינו פרוע והביא ראי' מב"ב והוא לעיל סי' ל"ז סעיף י"ז בהגהה דאם העיד שדה זו של ראובן שוב א"י לערער ולומר שלא כיוון רק לדחות את יהודה ואין יכול ליתן אמתלא זו וע"כ כמו שכ' הטו"ז דהתם השטר שבידו מוכיח דאינו פרוע עיי"ש ולפענ"ד אין נראה כן דודאי מה שהוא מוחזק בממון לא עדיף ממה שהשטר בידו ושאני הך דסי' י"ז שאינו מוחזק בהשדה אבל היכי דהוא מוחזק נראה דודאי לא גרע אמתלא זו מטענת שלא להשביע ועוד דזה הוא טענת שלא להשביע עצמו ואף דהי' בפני ב"ד ובפני ב"ד אין יכול לטעון שלא להשביע כמבואר סי' פ"א סעיף כ"ב התם היינו שתבעו חבירו וכמו שכ' השע"מ עצמו דלקמן סי' פ"א סעיף כ"ג מבואר דבאמר כלי זו אינו שלך רק של פלוני דיכול לדחות את פלוני אף דהי' בב"ד ואף שהשע"מ דחה זה משום דשם מבואר דזה רק הרבות דברים שלא הי' צ"ל אלא אינו שלך והרבות דברים שיחה בעלמא הן אבל כאן דהי' מוכרח לומר שחייב לאלו א"כ אין זו שותה בעלמא עיי"ש לפענ"ד לא נהירא דאדרבה כ"ש הוא דמה שם דלא הי' צריך כלל לומר אותו דיבור כ"ש כאן דהי' צריך לאלו הדברים כמבואר ביו"ד סי' קפ"ה דאף דבמעשה לא מהני אמתלא אבל הינו דהי' צריך מעשה לאמתלא מהני עיי"ש בטו"ז ונראה פשוט דמה שהודה לאחרים שאינם כאן אין להב"ד דין ב"ד כיון שאין הם דנין לפניהם וכן לעיל סי' מ"ז בסופו הבאתי ראי' דהיכי דמוחזק ודאי יכול ליתן אמתלא עיי"ש ונראה עוד ראי' ברורה לדברי מדברי תשו' הרשב"א הובא בב"י אה"ע סי' צ' בדין אשה שהודית שאבי' צוה ליתן מנכסיו לפ' דאינה נאמנת נגד הבעל להוציא הנכסים מחזקת נ"מ ואם מת הבעל מחויבת ליתן לפלוני וצידד הרשב"א

דאם אח"כ אומרת שלא הי' כונתה רק להוציא מבעלה אי נאמנת כמ"ש הראב"ד (הוא הדין דסי' מ"ז) דיכול לומר שנתכוין לדחות ב"ח ומסיק דהתם דהקרן שלה אין שייך שרצתה להפקיע מבעלה והיא תפסיד הקרן עיי"ש ולא מחלק לומר דהראב"ד לא כ' רק שם דשטר שבידו מוכיח וע"כ דאי לאו דהקרן שלה נאמנת וה"ה כאן ודו"ק עיין סי' פ"א ס"ק ה':

ב) מאחר שיבואו עדים. הקצה"ח ס"ק ד' כ' בטען להד"ם ואח"כ חזר וטען פרעתי ואח"כ הוציא המלוה שטר עליו הוחזק כפרן ואע"ג דלא הוציא השטר עד אחר שטען פרעתי מ"מ כיון דעדים החתומים על השטר כנחקרה עדותן בב"ד והרי אף בהעידו העדים בב"ד אחר מ"מ הוחזק כפרן ושטר לא גרע וה"ה הוציא עליו כת"י ע"כ. והנה בכת"י לא כ' שום טעם ואך אף בשטר לפענ"ד דלא הוחוק כפרן דא"כ אף בעדים שראו שלוה אף דלא באו עדיין יהא הוחזק כפרן דהא מבואר בסי' דאף בעדים שאומר לא לויתי ואמר התובע אתם עדי נעשה הוחזק כפרן וא"כ בטוען לפני ב"ד לא לויתי והרי עדים יש שיודעין שלוה ואף דכאן יש שטר הרי כתבתי הרבה פעמים דלא שייך נחקרה עדותן רק לענין זה דאין יכולין לחזור בהם כיון דהמלוה יכול להביא השטר לב"ד ויצא מתחת ידם או בשטר שע"י נגמר הדבר עיין סי' מ"ו אבל מה זה ענין דיהא כאלו בא עדוחן לב"ד ואין עדותן שבשטר יותר ממה שעדים ראו הלואה וידעינן עכשיו דמה שאמר לא לויתי הי' שקר ומ"מ לא הוחזק כפרן והכי משמע בהדיא בלשון הרמ"א סי' פ"ב בטען מזויף ואחר שבאו עדים לקיים טען פרוע וכו' משמע דוקא אחר שבאו העדים טען פרוע אבל כ"ז שלא באו העדים לא הוחזק כפרן וכן משמע בסי' ע"ט אך אף בהעידו העדים בב"ד אחר שהביא ראייתו משם אני נבוך דנראה דלא כ' הריב"ש דהוחזק כפרן רק אם באו העדים אחר שכבר טען לא לויחי דבאו ע"ז כדי להחזיקו כפרן ולהכחיש טענתו אבל בהעידו עדים כבר בב"ד שלוה ואח"כ טען לא לויתי לא עדיף עדותן בב"ד ממה שראו ההלואה עצמה וכ"ש בשטר מה דהוי כנחקרה כבר ואח"כ טען להד"ם לא הוי תורה מחיוב לפטור במה שהשטר בידו כן נראה לפענ"ד ברור: מ"ש הש"ך ס"ק ז' דברי הרשב"א פשוט דיש לי בידך בעי מיגו וכאן הוי מיגו למפרע:

סימן פא

א) וצריך לשבע שהוא כדבריו שכונתו להשטות. וכ' הסמ"ע ס"ק ב' דאף דנשבע שאינו חייב מ"מ כיון דהודה יש להוכיח על פניו ששקר נשבע לכן צריך ג"כ לשבע שכונתו להשטות הי' והתומים תמה דמה לנו בזה דהודה הרי נשבע שאינו חייב ואף דלא הי' כונתו להשטות ולכן המציא דאף דהיכי דרוצה לחייב עצמו צריך דוקא לומר אתם עדי

היינו דאל"כ יכול לומר להשטות כונתו אבל היכי דרוצה להתחייב באמת א"צ א"ע ולכן צריך לשבע שכונתו הי' להשטות דאל"כ נתחייב אף דלא הי' חייב ע"כ ודבריו צ"ע דאף לשיטת הרמב"ם דיכול להתחייב עצמו בא"ע הוא כמו שכתבתי סי' מ' בשם המק"ח דהיכי דדבריו מספיקין לומר שחייב מכבר הודאה כזו מחייב אותו בחיוב חדש אבלהיכי דאין הודאתו מספיק שיכול לטעון משטה שוב אין זה הודאה לחייבו בחיוב חדש ועיין קצה"ח לקמן בסי' זה ועיין מ"ש בסי' ס' וכן במקור דין זה בריש פ' הנושא אמרינן אי דלא אמר א"ע מ"ט דר"ל ולשיטת הרמב"ם לא איירי כלל בטוען משטה ומ"מ פריך בפשיטות מ"ט דר"ל ואין להאריך במה שנראה מכל המקומות להיפוך ולשיטות שאר פוסקים הרי בחיוב חדש אף א"ע לא מהני ומ"מ כ' הסמ"ע דצריך לשבע שכונתו הי' להשטות. שוב מצאתי שהשע"מ השיג ג"כ על התומים ומה שהקשה התומים פשוט דלק"מ דכל היכי דאינו נאמן אף שבועה לא מהני ולכן כיון דיש להוכיח מהודאתו דשקר נשבע לא מהימן לכן צריך ג"כ לשבע שכונתו להשטות וה"ה אם אומר שאין כונתו להשטות רק שרצה להתחייב ועתה חוזר ג"כ נאמן ונשבע שהוא כדבריו וזה ברור ופשוט:

ב) מי שאמר לחתנו העשיר תלמוד עם בנך. מ"ש הקצה"ח דיש בו חיוב שכירות לולי טעם דמשטה ואם לא הי' כונתו להשטות חייב יפה השיגו בנתה"מ דזה דמי כמו עשה לך סוכה ואין כאן שכירות ודבריו נכונים ופשוטים ומ"ש דבהג"מ משמע דיש בו חיוב שכירות מדכ' טענת משטה אינו נראה דהא כ' בעני דחייב מטעם נדר ושם הרי הי' השאלה דרצה לחזור ולא כיוון להשטות ומ"מ הוכרח לטעם נדר גם מ"ש התומים דכש"ך משמע דלולי טעם דמשטה דומה לשכירות והשיג עליו ופשוט דגם הש"ך כונתו כן אך מה דפטור מטעם דהוא מחויב בעצמו לעשות קורא השטאה ואך מה דמשמע מדברי הנחה"מ דאף בעני אין שום חיוב עליו רק מטעם נדר ובמת אין היורשים מחויבים לשלם והולך בשיטת החתומים וחולק על מ"ש הש"ך ס"ק ה' דלאו דוקא עני ורק דוקא בעני דחייב מטעם נדר והיינו שאף עני חייב ללמד עם בנו ולפענ"ד הנכון עם הש"ך דמלשון רמ"א והמרדכי לא משמע דהוא מטעם נדר וגם הרי ביו"ד סי' רמ"ה דבחיוב ללמוד עם בנו ולהשכיר לו מלמד מחלק בין מקרא לגמר' וע"כ דאיירי באינו עני דבעני אף בעצמו אינו מחויב ללמוד עם בנו גמר' כיון דמוכרת לטפל בפרנסתו וא"כ הוי כשוכר מלמד גם מבואר ביו"ד גבי הוא ללמוד ובנו ללמוד מי קודם הרי דיש אופנים דאין חיוב עליו ללמוד עם בנו ונראה דודאי עני הרי מוטל על הציבור לפרנסו וזה שהטעהו לא נטל מהציבור וא"כ ודאי דחייב מטעם שכירות ומ"ש בהג"מ מטעם נדר נ"מ דאף אם פסק לו יותר משכירתו חייב מטעם נדר כן נלפע"ד:

ג) או שתקו וכו'. הוא מדברי המרדכי באשה שצותה לבנה ליתן לפלוני ז' זקוקים מנכסי' והבן שחק ופסק דהוי הודאה והכל תמהו דלקמן סעיף ז' מבואר דשתיקה לא הוי הודאה והב"ח כ' דהרי כל טענת הבן הוא מחמת שלא נשבעה על כתובתה ובמחילת השבועה שתיקה כהודאה והתומים תמה דשם לא נזכר מטעם מחילה וגם בל"ז צ"ע אי במחילת השבועה שתיקה כהודאה ואין זו סברא אכן לפענ"ד דברי הב"ח נכונים בסברא דר"ל כיון דהבן לא תבע השבועה ודאי הודה על הממון דאל"כ לקתה מדת הדין דאפשר אם הי' אומר לה הרי עדיין לא נשבעת היתה תיכף נשבעת דבשלומא היכי דלא נתבטל השטר ע"י שתיקתו י"ל דשתיקה לאו הודאה אבל כאן דע"י שתיקתו נתבטל השטר מטעם דאין מוריש שבועה לבניו וא"כ למה שתק וע"כ דנתרצה ליתן ומחל השבועה או שידע שתתברר שיש לה ז' זקוקים ודו"ק. ובנחה"מ ראיתי דבר תימה שכ' לתרץ קושיא הנ"ל דלכן הוי כאן שתיקה כהודאה משום דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי דבב"מ אמרינן דבהקדישה כיון דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט הוי כתקפה ודבריו תמוהין דכי עדיף זה המקבל מתנה מהשכ"מ מן השכ"מ עצמו דהוא שלו ואיך יהי' מה שאמר כאלו מסר אם עדיין אינו שלו וגם בהקדישה שם לא אמרינן שתיקה כהודאה וגם מה דבעי' הש"ס הוא רק בשנים אוחזין אבל וכי יעלה על הדעת דמה שהוא ביד חבירו יועיל דברי שכ"מ והקדש גם לפי מ"ש לקמן סי' קל"ח דרק לענין איסור קבעי' גם הנתה"מ שם כ' דרק משום דדינא כל דאלים גבר מהני הקדישה ואין להאריך. גם בהגהות א"ב ראיתי דבר תמי' שסובר דמה שכ' הש"ך וגם שם דוקא באשה ומקילי כתובה קאי על דברי המרדכי ולכן הקשה דהמרדכי לא כ' דהז' זקוקים הם שלה מחמת הכתובה וגם הקשה על הטו"ז דכ' דשאני כאן שמגיע לה מחמת הכתובה. והנה דברי הש"ך קאי על הש"ס שהביא בנתן לה חלק בין הבנים וגם על הטו"ז לק"מ דמ"ש המרדכי בין שמעיסתה קמצה ר"ל אף אם לא מחל השבועה מכתובתה אולי יש לה ז' זקוקים מעיסתה כמ"ש הב"ח וכמו שפרשתי:

ד) מי שהתנה עם בחור ללמוד עם בן חבירו בפני אבי הבן וכו'. מבואר דוקא בפני אבי הבן ויותר מבואר ביו"ד סי' רמ"ח לחלק בין אשתו דלא בעי בפניו ואחר דוקא בפניו וקצת קשה לי דלקמן סי' של"ה כ' הרמ"א דיעה ראשונה בסתם דבלמד עם בנו חייב לשלם ואף דהש"ך שם הסכים להיש חולקין היינו כמ"ש שם דבמודר הנאה מבואר בנדרים דלומד עם בנו (לפי פירוש הרא"ש שם לאו ראי' הוא) וא"כ לאו הנאה הוא היינו דוקא בלומד בעצמו דהוי כפורע חובו ש"ח אבל אם אחר שכרו על הוצאות אבי הבן כמבואר ביו"ד באשה ששכרה על הוצאות בעלה וא"כ כיון דהבטיחהו לשלם לו א"כ לא פורע חובו

ש"ת הוא דאדעתא דשכירות למד עמו וא"כ אף שלא בפניו למה לא יתחייב ועוד דדין דכאן הוא מהמרדכי וגם דיעה הראשונה בסי' של"ה הוא מהמרדכי וא"כ לכאורה סוחר עצמו והי' נראה קצת לומר דכאן קמ"ל דאף בלא למד עדיין אין אבי הבן יכול לחזור כמו שוכר פועל אך מהש"ך יו"ד משמע דבכבר למד איירי עתה בהעתקה לא עיינתי אם נוכל לפרש כאן באופן דאין האב חייב לשכור לו מלמד עיין ס"ק ב' לכן לולי שהי' בפניו ובלמד מעצמו ודאי פטור וצ"ע:

ה) ואע"פ שאין התובע עמו. בש"ך ס"ק כ' כתב דא"ע ודאי מהני אף שלא בפני התובע והקצה"ח כ' דאשתמט להש"ך דברי התוס' ב"ק (ד' ק"ח) ד"ה תבעו שומר דבעי הש"ס אם הודאת הגנב בפני השומר פוטרו מקנס והקשו התוס' דמשמע בפני אחר לא מהני הודאה וקשה דא"כ למה לא בעי לענין קרן אי הוי הודאה לפני שומר ועיין מה שתירצו המבואר בדבריהם דהודאה לפני אחר לא מהני (הנה לפי מה שפי' הפ"י שם לק"מ אך דבריו שם דחוקים) אף דהודאה לפני ב"ד הוי כא"ע עיי"ש. והנה כבר כתבתי בסי' פ' דנראה דהא דבפני ב"ד הוי כא"ע היינו דוקא כשתובעין אותו וה"נ דוקא כשהי' הבע"ד לפני הב"ד דאז הב"ד מחייבין אותו א"י לטעון משטה אבל בפני אחר אין להב"ד לחייב אותו לא הוי הודאה אבל א"ע דמסלק טענת השטאה שפיר כ' הש"ך דאין חילוק בין אחר או בפני בע"ד והרי מצינו כן דאף הסוברים דבלא תביעה לא שייך השטאה מ"מ כ' הש"ך לקמן ס"ק ס"ג דבפני אחר צריך דוקא א"ע. ובזה יש ליישב גם מה דהקשה הקצה"ח מהך דר"ג משמע דהי' שלא בפני טבי עבדו ומ"מ מהני אף בקנס ולפי הנ"ל י"ל דדרך הודאה הוי כא"ע לכן מהני אף בקנס ועוד יש לחלק בין עבד לשאר קנס כיון דעבד אף אם ירצה למחול לא מהני ויוצא לחרות מגזה"כ אין צריך בפניו והוא נכון בסברא ולקמן סי' ח"כ כתבתי עוד ליישב קושיא זו בדבר נכון. ומה שכתבתי דבר"ג דהי' דרך הודאה מהני אף דהרבה פוסקים שהביא הש"ך כתבו דדרך הודאה שלא בפניו לא מהני היינו היכי דשייך טענת שלא להשביע ובר"ג ודאי אין שייך השבעה ופשוט:

ו) הודאה בפני ע"א. הש"ך הביא דברי בעל המאור דס"ל דהודאה בפני אחד לא מהני והא דקיי"ל הודאה אחר הודאה מצטרפין היינו דמ"מ הם שנים

הקצה"ח הקשה דהא יש לחוש אחד שקורי משקר וא"כ לא נשאר רק ע"א והודאה בפני אחד לאו כלום ולכן כ' דע"כ דעת בעה"מ כמו שהבין הרמב"ן דהיינו דאמר במנה דאודי קמך אודי קמי פלניא ולא הבנתי דבריו דכי משום זה לא שייך דילמא חד שקורי משקר ולא אמר רק בפני אחד ולא הועיל כלום בתי' שלו והעיקר כהנחה"מ דביש שני עדים לא חיישינן כלל לשיקרא וכן כ' הקצה"ח עצמו בסי' למ"ד ס"ק ט' ועיין מ"ש בסי' כ"ח

דהשע"מ הקשה שם ג"כ כעין קושיא זו וגם מה שהקשה הקצה"ח דהא הוי חצי דבר דהא צריך עוד הודאה אינו מוכרח דהרי אין חסרון בההודאה רק דצריך עוד עד השני אך קצת קשה לי לפי מה דקיי"ל כנהרדעי דהלואה והודאה מצטרפין וקשה הא עד ההלואה א"צ לעד הודאה והעד של הודאה צריך לעד הלואה וא"כ נפיק נכי רבעא דממונא על פומא דחד סהדא והערני לזה חכם אחד וצ"ל דאף דאין עד הודאה כלום בלא עד השני מ"מ כיון דעד הלואה אינו מעיד על ההודאה לא מיקרי נפיק תלתא רבעי אפומי':

ז) החביא לו עדים וכו' והשיב לו הייתי מודה אלא שאני מתיירא שמא תכפני לשלם מיד והעדים שומעין כ"ז פטור, הש"ך ס"ק כ"ו הביא לשון הטור שכ' וז"ל כי הא גוונא דלא איבעי לי' לאסוקי אדעתי' שיש שם עדים וכו' ודייק הש"ך מדבריו דאי ידע שיש שם עדים ואמר מתיירא אני שמא תכפני חייב ע"כ ובעניי לא זכיתי כלל להבין דבריו דאם איירי באמר אתם עדי פשיטא דחייב דזה הדין דבסמוך סעיף י"ג באומר ערי ושכבי להוי סהדי אף דלא ידע מתחילה שיש שם עדים ואי בלא אמר א"ע איך דייק מדברי הטור דחייב דהרי אין טעם לחייבו רק דנאמר דהוי הודאה גמורה וא"צ א"ע והרי הטור הביאו הש"ך ס"ק כ"ד ס"ל דלא מהני הודאה גמורה וגם בל"ז אין הסברא מוכרחת דזה הוי הודאה גמורה דאם ידע שיש עדים ואמר מתיירא אני יותר יש סברא דלהשטות נתכוין ומ"ש הטור דלא איבעי לי' לאסוקי אדעתי' כונתו פשוט דנדייק כמו שכ' הטור אח"כ דבאמר ערי ושכבי וכו' איבעי לי' לאסוקי אדעתי' ומהני אתם עדי דשם אמר להוי סהדי והיינו א"ע ודו"ק:

ח) שלא להשביע את עצמי הודיתי נאמן. הש"ך ס"ק למ"ד השיג על מ"ש הסמ"ע דבאין לו בנים רק שאר יורשים לא שייך שלא להשביע וכ"כ הכ"מ ע"כ וכ' הש"ך דמ"ש הכ"מ דאיסור גיורא לא הי' לו יורשים ולא שייך שלא להשביע כונתו דהרי ידעינן שכונתו הי' לזכות לרב מרי דלא הי' לו שאר יורשים ע"כ. והנה לפי מ"ש הרבה פעמים ובריש סי' זה וכן כ' הקצה"ח סי' זה דקנין אודיתא היכי דידעינן שלא הי' חייב רק מתחייב עצמו דמהני הוא דוקא היכי דיכול המקבל לטעון שהי' חייב לו מכבר ואין שום ריעותא בהודאתו או אף אם המקבל מודה שלא הי' חייב לו מכבר מ"מ נתחייב לו מכח הודאתו אבל במקום שהנותן יכול לטעון שלא להשביע אז אינו מתחייב בחיוב חדש וא"כ איך כ' הכ"מ דבאיסור גיורא ידעינן שלא הי' כונתו רק לזכות לרב מרי דמ"מ מה מהני זה כיון דבהודה בחזקת שחייב יכול לטעון שלא להשביע שוב לא מהני הודאה זו לקנין וזה נראה כונת הרשב"ם דכ' דהש"ס דייק מעובדא דאיסור גיורא דלא שייך שלא להשביע והתוס' הקשו על דבריו דאיך שייך שם שלא להשביע ולפי מ"ש דבריו נכונים דבאופן

דשייך שלא להשביע לא מהני לקנין והתוס' ע"כ צ"ל דלא סברי כשיטת הרמב"ם דאתם עדי מהני לחיוב חדש רק שהפוסקים החולקים עליו ולפי דבריהם בקנין דמהני לחיוב חדש לא שייך כלל טענת שלא להשביע ולכן הקשו על הרשב"ם אך באמת לא אבין דדברי הקצה"ח בסי' מ' נראין נכונים דהפוסקים הבינו מדברי הרמב"ם דסובר דאמר אני מתחייב עצמי לך ובזה מהני אתם עדי לכן חולקים עליו אבל באומר חייב אני לך בלשון חיוב מכבר לד"ה מהני וזה הוא האודיתא דאיסור גיורא וא"כ איך פליגו התוס' ע"ז וצ"ע ודברי הקצה"ח בס"ק י"ד הם סותרין עמם לפי מה שהסברתי ודו"ק:

ט) ואין חילוק בזה בין עני בין עשיר. הש"ך ס"ק ל"א כ' דדוקא בהלואה אין חילוק אבל בפקדון בעני לא שייך שלא להשביע והוא דבר חדש לא הו גו האחרונים גם התומים והנתה"מ בחידושים לא העתיקו את דבריו והחילוק שכ' בין מלוה לפקדון הוא דחוק והי' נראה דאף הש"ך לא קאמר רק בפקדון שאין ידוע אבל אם ראוהו בידו ואמר זה של פלוני ודאי די"ל דכ"ש בעני י"ל דהודה שלא להשביע דכיון דהי' מחזיקין אותו בעני ועכשיו ראו בידו מעות יאמרו דעשיר הוא ובזיון הוא לו שיאמרו עליו שמתרשש והון רב לכן הודה שלא להשביע וכבר כ' הש"ך סברא זו בס"ק מ"ה וכן משמע מהך אריסא דבר זוזא עיין ברי"ף פ' הכונס ואף דהתם אם הי' אומר שאינו שלו הי' נותנין אותם לבר זוזא הוא משום דהי' אריס שלו וכל מה שבידו הי' בחזקת בעה"ב שלו וצ"ע:

י) מי שמת ונמצא כתוב בא' משטרותיו שטר זה חציו לפלוני לא זכה אותו פלוני. האחרונים הקשו מהא דחנן בפ"ד ממעשר שני מצא כלי וכתוב עליו ק' קרבן מ' מעשר ולמה לא אמרינן שמא שלא להשביע כחוב עליו כן והנה הי' נראה לחלק בין איסור לממון שוב ראיתי שכן כ' הנחה"מ אך ראיתי דיש לעיין בזה ואחר העיון נראה חילוק אחר בזה דהנה ביבמות (ד' קט"ו) הביא שם הפלוגתא דר"י ורבנן בזה במצא כלי וכתוב עליו ק' קרבן ור' יוסי אומר אמרינן אישתקד הי' קרבן ועכשיו חולין ומקשה ורבנן לית להו שמא פינן ומסיק דכ"ע אית להו שמא פינן ורבנן סברו כאן אם איתא דפינן הי' מוחק הסי' ור"י אית לי' דאישתלי למחוק או לפנחיא שבקי' והנה מה דאמר לפנחיא שבקי' זה הוא כמו טענת שלא להשביע שרצה שיסברו שאינו שלו והנה הקצה"ח מחלק בין עשה מעשה או לא והנה כאן מבואר דרבנן לית להו לפנחי' שבקי' הרי דאף בלא עשה מעשה אמרינן שלא להשביע ואדרבה עוד ביותר שהי' לו למחוק וא"כ הדין מבואר דכ"ש בעשה מעשה לא אמרינן שלא להשביע כקושיית האחרונים אך יש לעיין דהתוס' שם ד"ה אימר הביאו ירושלמי בעובדא דר' יונה דהי' כתוב שמו של השותף עליו וא"ל ר' יונה אישתקד הי' דידי' ועכשיו דידי ואין מובן מאי בעי התוס' בזה וכן הרא"ש הביא

שם דברי הירושלמי ודוחק לומר דהביאו לענין זה לומר דהלכה כר' יוסי (באם היינו אומרים כן פשוט דדברי הש"ע לק"מ) והרי הרמב"ם והמרדכי פסקו כת"ק עיין ביו"ד סי' רנ"ט ולכן הי' נראה דאף דהגמר' שם מדמה איסור לממון לענין חשש שמא פינן מ"מ אם טען כן אישתקד הי' שלך נאמן ולא פסקו הרמב"ם והמרדכי דהרי זה הקדש וצדקה רק שם במצא וא"י מה טיבו אבל, בטוען כן ודאי דנאמן ולכן הביאו הך עובדא דר' יונה. ואך כשבאנו לזה הי' נראה לחלק בפשיטות דהרי ע"כ לא פליגו רבנן ור"י רק במציאה אבל כדין דהכא דהא במציאה כבר כתבו המפורשים דהמוצא לא מיקרי מוחזק ועיין לעיל סי' ס"ה הבאתי דברי הפ"י דהקשה נימא ברי ושמא ברי עדיף וכל מציאה יחזיר למי שיתבע ותי' משום דיש רובא דעלמא ואני פקפקתי בזה ועכ"פ היכי דאין כאן רק חשש שאלה ומכירה לא שייך רובא דעלמא וכ"ש הכא דכתוב עליו ק' קרבן וה"ה בשמו כתוב עליו כיון דאין חשש רק שמא פינן ודאי דנותנין לו ובזה סברי רבנן דלא חיישינן שמא של אחר אבל כאן דהשטר הוא בחזקת היתומים מודים רבנן דאמרינן לפנחיא כתבו ואף דלכאורה נראה בש"ס ב"מ (ד' כ"ה) איפכא דהא מפורש שם דאפי' שמו כתוב עליו אמרינן אפוקי אפקה אך הרי מבואר בש"ע לקמן סי' רס"ב דרק במטבע דדרכו להוציאו ויותר מבואר שם בסמ"ע ס"ק כ"ח בשם כתובה לשטר הא הרא"ש הביא ראי' דחשוד אינו גובה מרב דלא מגבי כתובה לארמלתא ולק"מ דהרי הרא"ש כ' יש מביאין ראי' מרב וכו' ואינהו ודאי אין מחלקין בין שטר לכתובה רק הש"ע דכ' הכרעתו לחלק בזה ופשוט ובחידושי לאה"ע כתבתי לתרץ קושיא זו מהסוברין דאף בכתובה גובית ועיין לעיל סי' ע"ב כתבתי ג"כ בזה. ובדרך הפלפול אמרתי לתרץ וליתן טעם לחלק בין כאן לאשה דהנה בתי' הרי"ם הקשה למה בשטר שטוען פרעתי א"צ המלוה לשבע עד שטוען השבע לי וכ' דודאי כיון דיש שטר בידו למה פרע לו ואם פרע וסמך עליו ישלם ורק י"ל דפרע וסמך עליו דודאי לא ישבע לשקר ולכן צ"ל השבע כיון דסמך על השבועה חוץ מפוגמת דנפרע קצת וחיישינן דמפרע לא דייק ע"כ ולפ"ז ניחא דחשוד שאינו יכול לשבע לא שייך לומר דסמך ע"ז שלא ישבע לשקר ואי דסמך שלא יהא נאמן כיון דיצטרך לשבע א"כ אדרבה נאמר כיון דסמך שלא יוכל לשבע שמא לא פרע כלל וסמך דיתן לו שבועה ומה לו בשטרו ועל חנם תפס שטר ולפ"ז באשה דהדין דאף בלא טענה שפרע צריכה לשבע שלא עכבה משל בעלה ולאו דוקא מחשש שמא פרע ולדעת הטור והמחבר הוא עיקר השבועה וא"כ אם היא חשודה אינה גובית דאין שייך כאן למה פרע והניח השטר על סמך שבועה כיון דחשודה היא דהא השבועה היא לאו משום פרעון דוקא:

ד) אין שומעין לו להשביע. עיין קצה"ח ס"ק ו' בטוען יש לי בידך כנגדו והביא דהש"ג כ' דצריך המלוה לשבע והנה לפי מה שכתבו הטעם דבפרעתי צריך לשבע משום דכל שטר לפרעון עומד א"כ הי' נראה דנגד טענת יש לי בידך א"צ לשבע וע"כ צ"ל דהש"ג דמחייב לשבע הוא משום מיגו וסובר דאמרינן מיגו להשביע עיין קצה"ח ס"ק ז' ונגד אמנה דא"צ לשבע צ"ל דהוי מיגו במקום עדים והשטר מעיד דאינו אמנה וצ"ע ואי"ה יבואר במ"א: ה) ואם הודה המלוה שנעשה על תנאי וכו' נשבע הלוה היסת ונפטר. הש"ך ס"ק כ"ח חולק ע"ז והקשה דסוף סוף לפי דברי המלוה שטר כשר הוא דלא יהא אלא אמנה ואלו טוען המלוה אמנה הי' ואח"כ לויתי לך מי לא כשר השטר דאין לך תנאי גדול מזה שהי' ע"מ שילוה והקצה"ח הקשה דהא אמנה לא ניתן לכתוב אפשר דאה"נ דנפסל השטר עיי"ש ולפי דעתי דברי הש"ך נכונים ופשוטים דודאי שטר שנעשה על אמנה שטר פסול הוא אך כונת הש"ך בשטר שנעשה ע"ד שילוה לו ומסר קודם השטר למלוה וכן הוא הרגילות דכתבו שטרא והדר יהבו זוזא וכמ"ש התוס' גיטין (פ"ב) דאם המלוה עם הלוה לפנינו יכולין למסור השטר ומסתמא ילוה לו תיכף ובזה פשוט דלא נפסל השטר אף דהי' ע"ת שילוה ופשוט ואך הא קשה לי דהרי לשון הש"ע איירי בשטר שעל הלוה לקיים שהרי התחיל וכ' על תנאי שאם אקיימנו אפטר ואין זו שום דמיון לאמנה שצריך להלות לו ואך גם בזה קשה כעין קושיית הש"ך דהרי כל שטר יש תנאי שאם יפרע יהי' השטר בטל ומה בין תנאי לפרעון אך בזה נראה דיש לחלק דבפרע שייך שטרא בידי' מאי בעי אבל תנאי שעל הלוה לקיים הוי כמו נאנסו בשטר פקדון ואך עיין לקמן בס"ק שאח"ז דזה שעל הלוה יש חילוק בין תנאי בקום עשה אכן יש איזה תנאים דיכול הלוה ליקח השטר בעת קיום התנאי אך באופן הזה ודאי השטר טוב ויש להמלוה ג"כ מיגו:

ו) ואפי' עדי השטר עצמם נאמנים לומר שנעשה על תנאי. הש"ך ס"ק ל"ג פירש בשם הב"ח דהיינו שהלוה מוכן לקיים התנאי או שיש עדים שקיים והש"ך פירש דאיירי בתנאי שעל המלוה לקיים ובס"ק ל"ד הקשה הש"ך למה סתם כאן דהעדים נאמנים אף בכת"י יוצא ממ"א ובסי' מ"ו מבואר פלוגתא בזה. והנה לפי דברי הב"ח דאיירי בתנאי שעל הלוה לקיים ולפטר מהחוב ולפי מ"ש בס"ק הקודם דזה דמי לפרעון א"כ ודאי נאמנים העדים וכמו ביש עדים דפרע אך קצת קשה למה הוצרך הב"ח לומר שיש עדים ג"כ דקיים דכבר נתבאר דאם המלוה מודה שהי' ע"ת שוב נאמן הלוה בהיסת שקיים וכאן פשוט דאף היסת א"צ דהרי אין המלוה טוען שלא קיים דאם המלוה מודה בתנאי פשיטא דנאמנים העדים או לומר שעדיין יקיים:

ז) ואם ע"א אומר ע"ת הי' וע"א אומר לא הי' תנאי ישבע הלוה היסת. השע"מ הקשה דהא הלוה הוי מחויב שבועה וא"י לשבע ע"י העד האומר לא הי' תנאי וכה"ג אין עד מסייע פוטר ופשיט דלק"מ דזה לא שייך רק היכי דהעד בא לפוטרו ע"י שמסייעו אבל כאן העד בא לגרוע השטר א"כ אין כאן שבועה ע"י העד האומר לא הי' תנאי אך הקצה"ח הקשה על הב"י דכ' דהפלוגתא שהביא הטור תלוי בעד מסייע אי פוטר ובזה יקשה כיון דמחויב שבועה ואיל"מ אין עד המסייע פוטרו אך עיין מ"ש לקמן סי' פ"ז דאף דכתבו הפוסקים דאין עד מסייע פוטר במחויב שבועה ואי"ל משלם מ"מ בעד נגד עד מסלקין עדותן ולק"מ ולעיל בש"ך סי' מ"ו דחה דברי הב"י עיי"ש: דיני מיגו:

אכתוב קצת דברים אשר בלמדי כללי מיגו חנני השם ולא ראיתי לכתוב כל מה שחדשתי בעניני מיגו כי רוב הדברים כתבתי כל אחד במקומו: א) מיגו להוציא יש בזה פלוגתא אי אמרינן. והנה לכאורה אין שום נ"מ דהרי המוחזק יאמר קים לי דלא אמרינן להוציא ואם יתפוס שוב יהי' המיגו להחזיק אכן נראה דשפיר נ"מ דלמ"ד לא אמרינן מיגו להוציא אף אם תפס לא יהני דעכשיו הוא מיגו למפרע אכן ביען כי יש פוסקים דאמרינן מיגו להוציא יועיל אח"כ תפיסתו לומר קים לי דאמרינן מיגו להוציא כשיטת הרמב"ן והתומים רצה להכריע דלא כהרמב"ן ובודאי אין הנכון כן ומאן ספין וגם הש"ך דעתו כהרמב"ן והוי סד"ד: הנתה"מ דיני מיגו אות ו' כ' אם אחד תפס משל חבירו שלא בעדים וטוען שיש לו פקדון ביד חבירו וחבירו כופר מהני לי' המיגו דלא תפסתי ואף דיש לחבירו מיגו דנאנסו מ"מ מיגו שלו הא הוי להחזיק ומיגו של חבירו הוי להוציא ע"כ ולכאורה בלא טעם זה דמיגו שלו עדיפא בלא"ה נימא אוקי מיגו להדי מיגו ואין מוציאין אך יש נ"מ אם חזר חבירו ותפס משלו בעדים דאי משום אוקי מיגו להדי מיגו ואין מוציאין אם תפס והוי מוחזק מהני מיגו שלו אבל משום דמיגו שלו הי' להוציא ועכשיו ליכא מיגו דהוי מיגו למפרע כנ"ל א"כ לא מהני תפיסתו אך כבר כתבתי דמ"מ מהני תפיסתו ולומר קים לי דמהני מיגו להוציא ודו"ק. ואגב אבאר מה שראיתי בס' אחד כ' כיון דהטעם דמיגו להוציא לא אמרינן משום דמיגו לא הוי בירור גמור רק דקשה להוציא מיד המוחזק לכן מהני מיגו להחזיק ולא להוציא בלא בירור וכ' דלפ"ז אם יש לשניהם מיגו איכא ממ"נ דאם מיגו הוי בירור אף לזה שבא להוציא יש מיגו ואי מיגו לא הוי בירור א"כ גם לזה שבא להחזיק לא מהני ע"כ וזה טעות דהא אין אנו מסופקין אם מיגו מהני דהא מיגו דאורייתא הוא רק דאין בירור אם איש הזה הי' בידו לטעון ושמא יש לו איזה טעם דאין רוצה לטעון כך וא"כ שפיר י"ל דזה הי' בידו לטעון והשני לא ידע וא"כ מהני לזה שמוחזק: הנתה"מ אות ד' כ' דאם יש דבר ביד השליש והשליש מסופק למי שייך הדבר

ויש לא' מיגו אז אם אחד השליש ויש מיגו לזה שלא הושלש נאמן במיגו להוציא מיד השליש ואם שניהם השלישו ויש לאחד מיגו הוי מיגו להוציא כיון דהרשב"א כ' דספיקו של השליש הוי כספיקו של בע"ד וא"כ זה שהושלש אף דטוען ברי לא משגחינן בי' כיון דנתן כח להשליש והוא מסופק והוי מיגו של האחר מיגו נגד טענת שמא דמהני מיגו אף להוציא ע"כ ובמחכ"ת טעות פלטה קולמוסו דאם ספיקו של השליש הוי כספיקו דבע"ד כ"ש זה שלא השליש הוי כטענת שמא ומאי מהני מיגו שלו גם בדברי הרשב"א עיין מ"ש בסי' נ"ו כונתו ועיין תומים בשם הרדב"ז דהיכי דשניהם השלישו מהני מיגו ואף דהתוס' כ' דהוי כשניהם מוחזקין אין ראי' דמיגו לא יועיל ועיין קצה"ח דדבר שאין שניהם מוחזקין מהני מיגו נראה דה"ה בזה אך התומים מפקפק קצת בשם הרי"ף וצ"ע:

בברי ושמא הביא הש"ך דברי הר"ש מקינון דאמרינן מיגו אף להוציא וראייתו דגבי משארסתני נאנסתי היא נאמר ואמרינן בכתובות (ד' י"ב) ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאיכא מיגו וקשה הא הוי להוציא וע"כ דכיון דהיא טוענת ברי והוא שמא מהני מיגו אף להוציא עיי"ש ולפענ"ד אין זה מוסכם ומקודם נתרץ קישיית התוס' שם בכתובות (ד' י"ב) דר"י אית לי' התם ברי ושמא ברי עדיף ורצה הש"ס לומר דהא דר"י דשמואל הוא דפסק כר"ג דהיא נאמנת ודחי דטעמא דר"ג הוא משום מיגו או משום חזקה. והנה התוס' שם ד"ה רב הונא הקשו על ר"י מב"ק דאית לי' הממע"ה ותי' דבברי גרוע ושמא טוב מודה ר"י דלא אמרינן ברי עדיף ועיין שם בכל המפורשים וביחוד בהפלאה דתי' זה בלא"ה הוא מוכרח והקשו התוס' דהא במשארסתני נאנסתי הברי גרוע והשמא טוב וא"כ מאי ס"ד דטעמא דשמואל הוא משום ברי ושמא ותי' דחוק עיין במפורשים גם בסוף הניחו התוס' עצמם בקושיא ונראה דבלא"ה קשה איך ס"ד דטעמא דר"ג דנאמנת משום ברי והרי לקמן (ד' ל"ו) מביא הש"ס ברייתא דהחרשת ושוטה אין להם ט"ב ומוקי הש"ס דאתיא כר"ג והרי התם היא ג"כ טוענת שמא וביותר קשה דכאן מסיק הש"ס ה"נ מסתברא דאל"כ קשיא הלכתא אהלכתא ולמה לא הביא יותר ראי' מברייתא דלקמן ואך באמת כ' רש"י שם (ד' ל"ו) דהב"ד טוענין עבורה ואך התוס' הקשו דאיך טוענין לה להוציא ואך לרש"י צ"ל דהוא משום חזקת הגוף שלה לכן טוענין עבורה וזה ברור ולפ"ז לרש"י דמהני חזקת הגוף לטעון עבורה וא"כ פשוט דאין לך ברי יותר מזה ואך דא"כ הש"ס דקאמר א"נ ע"כ לא קאמר ר"ג אלא דאיכא חזקה הא גם מעיקרא ידע דטעמא דר"ג משום חזקה דהרי אף טוענת שמא נאמנת ואך פשוט דהש"ס ידע דהוי חזקתה כמו ברי ורק לר"נ דלית לי' ברי עדיף סבר דלא הוי רק כברי וברי ושמא לא מהני להוציא ומשני דחזקה טובה הוא ואף להוציא מהני ופשוט ואך כשבאנו לזה לומר דלס"ד דש"ס ידע

נמי דחזקה הוי כברי דאף בחרשת ושוטה מהני ורק דסבר דע"כ ר"ג אית לי' ברי עדיף דחזקה הוי כברי ולפ"ז למאי דמשני ע"כ לא קאמר ר"ג אלא משום מיגו ע"כ דידע נמי טעמא דחזקה דידה וא"כ לק"מ הא הוי מיגו להוציא וא"כ נראה פשוט דלשיטת רש"י לא שמעינן דמיגו להוציא מהני בברי ושמא ודו"ק כי זה ברור:

ב) מינו במקום עדים דלא אמרינן. עיין תומים היכי ששני כתות מכחישין זא"ז ויש לבע"ד מיגו ותלה לה בתי' התוס' מה שתי' על הקושיא דלהימני בתראי עיי"ש והנה בממון לא משכחת דין זה דהמוחזק א"צ למיגו כיון דיש עדים כדבריו ולהוציא הרי לא אמרינן מיגו ואף ברי ושמא נראה דלא משכחת לה דהעדים שהן מעידין כדבריו הוי כטענת ברי:

הרא"ש כ' דלא אמרינן מיגו נגד עדים פסולין ומה שהקשה התומים אות י"ת מתרץ הקצה"ח אך התומים הקשה עוד שם מהא דאמרינן לעיל סי' כ"ח דבנותנין חרם על עדות אין החרם חל על הקרובים וקשה דהא מהני עדותן לפסול מיגו והנה כבר כתבתי כמה פעמים בשם הירושלמי דאף דלפעמים מהני עדותן אין עליהם שם עדות לחייב קרבן וה"נ י"ל דאין החרם רק על עדים ואף דגם עליהם יש מצוה מטעם השבת אבידה מ"מ אין חרם רק על עדים אם לא שאמרו בפירוש. והתומים הקשה עוד על תשו'. הרא"ש דשם הי' המעשה שעשה שטר וקנין לפני קרובים וטען שהי' ממעות שחוק והשטר נתן להשטות ולכן עשאו בפני קרובים וכ' הרא"ש דאין זה טענה דקנין מסלק טענת השטאה ואף דיש לו מיגו דלהד"ם אין אומרים מיגו נגד עדים פסולין והקשה התומים הא יש לו מיגו דפרעתי שאין עדים מכחישין אותו בזה ולא בשטר זה חזקה דשטרא בידי' מאי בעי ע"כ ולפענ"ד לק"מ דהרי בלא"ה בטענת משטה לא מהני מיגו אם הי' הדבר באופן דלא שייך משטה כגון שהודה שהי' עדים ואמר אתם עדי שוב אין יכול לטעון השטאה אף דיש לו מיגו וה"נ כיון דהי' קנין דמסלק השטאה מאי מהני בזה מיגו אך ע"כ צ"ל דלא תימא דשם גרע כמו שטען הנתבע דבמתכוין עשה השטר לפני פסולין לזה כ' כיון דאינו יכול לטעון להד"ם שוב מסלק גם טענה זו אבל מיגו דפרעתי בלא"ה לא מהני לענין השטאה ויותר נראה בכונת הרא"ש דאם הי' יכול לטעון להד"ם אין זה קנין ושטר כלל ואינו מסלק טענת משטה אבל כיון דאינו יכול להכחיש העדים והוי שטר ממילא מיגו דפרעתי לא מהני לטענת משטה ודו"ק. עוד הקשה התומים הא הוי מפי כתבם והנה אפשר שהי' העדים לפנינו אך בלא"ה נראה דמפי כתבם לא גרע משאר פסול דלא מהני מיגו נגד פסולין ולא ידעתי למה דתה זה והנחה"מ כ' דלא קאמר הרא"ש רק בשטר דאית לי' קלא והמיגו הוי נגד הקול ולא הבנתי דשטר פסול הא ודאי דלית לי' קלא והרי

בשטר פסול אינו גובה ממשעבדי ואף ביש עדים אחרים ואף אם בשעה שחתמו לא ידעו כלל שהם פסולין וחוץ מזה נראה דמיגו נגד קול דלא אמרינן היינו בקול מפורסם ומה שאמרו שטר יש לו קול אין זה מפורסם רק דהי' יכול לחקור ולא רציתי להאריך בביטול סברא זו כי נראה שדברי הרא"ש הם כפשוטן גם עוד יש פוסקים שכתבו דלא אמרינן מיגו נגד עדים פסולין:

ג) בענין מיגו מממון לממון אחר דכ' הש"ך דלפי דברי המרדכי אין יכול לעכב חפץ חבירו נגד מה שחבירו חייב לו עיין מ"ש התומים בזה בסי' קל"ח ס"ק ג':

ד) עיין תומים אות ל"ד בענין מ"ש הרא"ש בעובדא דאחד טען ליורשים שמגיע לו מאביהם מנה ונתנו לו ב' יורשים מנה מעזבון אביהם ואח"כ בא יורש השלישי ותובע שיחזיר לו השליש כי נתנו לו שלא ע"פ דין וכ' הרא"ש דאף דיש לו מיגו דהחזיר לו מ"מ אינו נאמן שאביהם חייב לו כי הא לפי דבריו מגיע לו ומסתמא לא החזיר והתומים הבין כי זה הוא הדין המוזכר ברמ"א סי' ע"ב סעיף י"ת דאם טען טענה שלפי הדין אין ראוי להחזיר אינו נאמן שהחזיר ויען כי התומים פקפק על דין דשם לכן דחה גם דין זה ולדעתי נראה לחלק דשם דידע בעצמו ששקר הוא יכול להיות שהחזיר אבל כאן למה החזיר כיון דעדיין טוען שמגיע לו וגם שייך מי יימר דמחייבי לי' רבנן ואין שייך מיגו דאם לקח שלא כדין צריך להחזיר גם לשאר יורשים:

ה) מיגו בשני עדים. עיין כנה"ג אות מ"ט כ' וז"ל מיגו בשני עדים לא אמרינן דלא אמרינן מיגו רק במי שאינו נאמן בדבריו הר"ן וכ' התומים דזה הוא כמ"ש התוס' דמיגו לא מהני יותר משני עדים והנה הכנה"ג לא ציין מקום של הר"ן ולפי הנראה לי כונתו כמו שכ' הרמב"ן דכל עד הצריך מיגו אינו עד וכמו עד הצריך שבועה עיין ריש האיש מקדש דצריך שיהא נאמן בלא שבועה רק בדבריו לבד ושכחתי כעת מקומו של הרמב"ן וכן פרשתי דברי התוס' כתובות (ד' כ"ה ע"ב) ד"ה הרי שאמר בני זה וכהן הוא דהקשו דיהא נאמן במיגו שלא הי' אומר שהוא בנו ותי' דלדבריו קרוב הוא ואין עדות לקרוב והקשה בגליון הש"ס הא הקשו דיהא נאמן מטעם מיגו ולפמ"ש כונתם דבדבר הצריך עדות לא מהני מיגו לעשותו עד עיי"ש:

מיגו דאי בעי שחקו אמרינן אף בשנים. עיין תומים אותכ"א הקשה על מה שהקשו התוס' גבי מודעה היו דבריו למה אין נאמנים כיון דאין כת"י יוצא ממ"א והקשה מאי קושיא דילמא איירי שהחזיק הלוקח ג' שנים וא"כ אין להם מיגו דאי בעי שתקו דאם ישתקו ישאר הקרקע בידו ע"כ ולא ידעתי מה הקשה דהרי איירי באין כת"י יוצא ממ"א ואי בהחזיק ג' שנים אין לך יוצא ממ"א גדול מזה ופשוט. עוד הקשה דילמא אינם רוצים

להפסיד לו דמי המכר ונראה דע"כ איירי שהמוכר טוען שהי' אונס דאל"כ הרי הוכחש מעדים וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ועיין במפורשים מ"ש על דברי התוס' כתובות (כ"ב) שכ' שמא רוצים לפסלה מן הכהונה דאיירי בקטנה שאינה טוענת אך יש קצת להקשות שמא גם כאן איירי ביתומים שאין טוענין ועיין נתה"מ מ"ש בזה בדוחק גם לא ידעתי מה השיג על התומים בתי' של מהר"י מינץ דתי' הוא ממש תי' התומים:

הש"ך כ' דלכן נאמנים במיגו דאי בעי שתקו משום דאם רק אחד ישתוק לא יתקיים השטר והקשה התומים דהא אם האחד ישתוק יצטרך הלוה לשבע נגד עד שמעיד זה כת"י ויפה תי' הנתה"מ דמה לו להשני איך יאמר אם ישתוק הרי טוב ואם יטעון כטענה שטוען לא יצטרך לשבע עיי"ש ואך לכאורה יש לפקפק בזה דהא כ' התוס' דמיגו בשנים לא אמרינן דשנים לא יכונו לשקר אחד ולכאורה איך נתכונו שנים לשקר זה ולכאורה נראה כונת התוס' דר"ל דקשה לשנים שיתרצו לשקר אחד ואם יאמר אחד השני לא יתרצה אבל על שקר זה נדברו והתנו שיאמרו שניהם וא"כ אף בזה אולי אם ישתוק האחד יקיים השני ואז מוכרת לומר שקר זה שלא יצטרך לשבע וכן בשלשה עדים אם לא יסכים לזמר כמותם יקיימוהו אכן באמת אין נראה שיהי' זה כונת התוס' אך נראה דכונתם דאף אם קרא מקרא ונתכונו לשקר זה אין לומר דדעת שניהם לכוון לשקר אחר אבל אין כונתם דנתרצו לשקר זה דהא אף בא' בא מן הדרום והשני מן הצפון ולא נתוועדו יחד מ"מ לא אמרינן מיגו בשנים אלא ע"כ כמ"ש דכל מיגו אין כאן בירור גמור דאולי יש לו איזה טעם וא"כ קשה על שנים שנאמר דהי' בידם לטעון טענה אחת והי' ניחא לשניהם ודו"ק:

מיגו דאי בעי שתקו. כתבו התוס' גבי א' אומר נתגרשה דאף דיש מיגו להעד שלא הי' אומר שהיא אשת איש שמא רוצה לפוסלה מן הכהונה והקשה התומים באות נ"ט למה לא כתבו דהי' רוצים שתטול כתובה ולמה להו לומר דאף דבאו לטובתה מ"מ לא רצו להכשירה לגמרי דהרי הסברא דמי שמביא עדים לטובתו הם אוהבים אותו ויורדין רק לטובתו ע"כ ולפענ"ד לק"מ דממ"נ אם היא אומרת שלא נתקדשה כלל אין לה כתובה ואי איירי באינה יודעת כמ"ש המפורשים דקבל אבי' קידושי' עכ"פ הרי לא נשאת וא"כ ל"מ להסוברים דאין כתובה לארוסה א"כ לק"מ ואך אף דהתוס' סוברים דיש כתובה לארוסה לא רצו לתרץ דרוצים שתטול כתובה דא"כ נשמע מברייתא זו דיש כתובה לארוסה והרי בב"מ לא מצאו ברייתא לדייק מינה דארוסה יש לה כתובה. והנה התומים אף דמפרש פירוש אתר בתוס' עיי"ש מ"מ היו יכולין לתרץ ג"כ משום כתובה והארכתי קצת במהד"ק וכאן השמטתיו:

מיגו דהעזה הסכימו האחרונים דאמרינן לפטור מממון אבל לא מהני לפטור משבועה והקצה"ח הקשה דהרי הרא"ש להסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה דמה לי ממון או שבועה דע"י השבועה אתא לממון וא"כ ה"נ יש להקשות לדידן במיגו דהעזה ומתרץ דבשבועה לא מחזקינן לי' בכופר רק ספק מלוה ישנה יש לו לכן אין יכול להעיז אבל בממון כיון דכופר ממון יעיז ג"כ ע"כ ואין תרוצו מוכרח דגם בממון אנו אומרים ספק מלוה ישנה יש לו אכן הנראה דודאי הוא מורגש בחוש השכל דאין הכל מעיזין וא"כ קשה איך נאמינו במיגו דהעזה וצ"ל דאף דאינו דבר ברור מ"מ אולי איש זה יכול להעיז ויש לו מיגו ואיך נוציא ממון מספק שמא אין יכול להעיז אבל היכי דהתורה אמרה לברר ע"י השבועה אין להאמינו במיגו דהעזה דאין זה בירור וקצרתי כי תה"ל מצאתי כן בתומים אות פ"א:

והנה יצא לפי דברינו דמיגו דהעזה להוציא לא אמרינן כיון דיש בני אדם שאין יכולין להעיז ורק מספק אין להוציא ממנו אבל מיגו להוציא אף למ"ד דאמרינן מ"מ מיגו דהעזה דהוא רק ספק לא מהני להוציא ושוב ראיתי בתומים אות ד' כ' כן ורק כ' טעם דצריך מיגו טובה להוציא ולפמ"ש הדין ברור והטעם דהוא רק ספק מיגו. ובזה נראה לתרץ דברי הנ"י דאחר דהביא דברי הרא"ש דנאמן גנובים במיגו דהשאלתים והקשה הא מיגו דמעיז הוא וכ' דאלו המפורשים מסכימים לדעת רש"י דבפקדון מעיז ומעיז ותמה הש"ך אות ו' דהרי מיגו דהעזה אמרינן בממון ולפמ"ש ניחא דבאמת גם הנ"י ס"ל דבממון מהני מיגו דהעזה כמו דמשמע מדבריו בעיזי דאכלו חושלי דסיים דלא אמרינן מיגו כהאי לאפטורי משבועה (והש"ך לא דקדק בזה בדברי הנ"י ועיין הגהות א"ב) מ"מ שפיר הקשה הנ"י דשם דהוי להוציא קשה הא מיגו דמעיז הוא וגם מה שתמה הש"ך על מ"ש הנ"י דסוברים כדעת רש"י דבפקדון מעיז ותמה דלא כ' רש"י רק היכי דמעיז באמת אבל להאמינו במיגו דהי' מעיז לא נשמע מרש"י ונראה לתרץ דבאמת מצינו להסוברים דחכמים דפליגו על ראב"י וסוברים דבבנו מעיז הוא אף כשטוען הבן ברי ומ"מ נאמן הנתבע במיגו דכ"ה וא"כ ע"כ דגם בפקדון שלא עשה לו טובה מהני מיגו דמעיז אבל הסוברין דבפקדון ג"כ אינו מעיז אין ללמוד פקדון מבנו ושפיר כתב הנ"י דסוברין כדעת רש"י וע"כ דאף מיגו דהעזה אמרינן ודו"ק: ח) מיגו במקום מנהג. הש"ך אות ב' הביא דברי התוס' ריש ב"ב גבי כותל שבין שני שותפים שנפל דכיון דהמנהג בין שניהם לבנותו לא מהני מיגו ולא הבנתי דבריו דאדרבה משם משמע איפכא דהא אמרינן הטעם משום דכופין זא"ז לבנות לכן אנן סהדי ששניהם בנאוהו והרי אף באין כופין ודאי המנהג בין שניהם לבנות ומ"מ

לולי דכופין זא"ז הי' מהני מיגו ואך צ"ל דלאו מנהג ברור הוא לכן צריך לטעם דכופין זא"ז ודו"ק:

הש"ך הביא, שם דמיגו במקום מנהג דלא אמרינן הוא רק אם טוען ששינו המנהג אבל אם טוען שנאנסו ולא עשו המנהג מהני תפיסה ודין זה יוצא מריש האשה שנתארמלה גבי הא דאמרינן בעולה מעבירין לפני' פתוחה ופריך לא נעבור כלל ומשני זימנין דתפסה (בלא עדים) ותאמר איתנסו הוא דאיתנס הרי דאם העבירו חבית פתוחה אינה נאמנת שהיתה בתולה ושינו המנהג אבל אם הי' המנהג שלא לעבור יכולה לטעון איתנסו הוא דאיתנס ולא עשו המנהג אכן לפענ"ד יש עדיין לעיין בזה דהנה בדברי הפוסקים הנ"ל ישבתי דברי התוס' ריש ב"ב ד"ה לפיכך דהקשו למה לי הטעם דחייבין שניהם לבנות וכופין זא"ז בלא"ה הוי של שניהם משום דררא דממונא כדפריך בגמר' גבי בקעה דעושין שניהם חזית ופריך לא יעשו לא זה ולא זה הרי דרק מספק ע"י דררא דממונא חולקין ותמה הרמב"ן דהא רש"י פירש לקמן קושיית הש"ס למה לי חזית לסימן ששניהם בנאוהו לא יעשו לא זה ולא זה ויהי' זה לסימן ששניהם בנאוהו אבל בלא סימן מכח דררא דממון אין חולקין ואמרתי לתרץ דברי התוס' ע"פ הנ"ל דמיגו לשנות המנהג לא אמרינן אבל שלא עשו המנהג אמרינן וא"כ מה פריך לא יעשו לא זה ולא זה הא אז אם יפול לרשות אחד ויהי' לו מיגו יוכל לומר דשלי הוא ומה שלא עשיתי חזית מבתוך כדין בבנה אחד משום דאיתנס ולא נעשה המנהג אבל כיון דעושין שניהם חזית אז אם יפול לא יוכל לומר שלי הוא ושינו המנהג לעשות חזית בשני הצדדים לכן הוכרחו התוס' לומר דכונת הש"ס לא דיהי' זה לסימן רק משום דררא דממונא חולקין וזה נכון מאוד לתרץ דברי התוס' אכן לתרץ שיטת רש"י נראה דהנה רש"י שם בכתובות ד"ה איתנסו הוא דאיתנס פירש שכורים היו מאונס יין המשתה א"כ משמע מרש"י דאף לטעון שלא עשו המנהג אינו נאמן רק מכח אונם והיינו שכל המנהג הוא בזמן מועט אבל כותל העומד ימים רבים דלא שייך אונס אינו יכול לטעון וכן נראה דעת הרמב"ן הנ"ל עיין ר"ה (ד' פ"ג). עיין עוד שם בש"ך הביא דברי המרדכי וז"ל וא"כ מנהג עדיף מחזקה וכו' עיין פ' הריבית לעיל על הנהו זוזי דיתמי פלוגתת הראב"ן והראבי"ה וצ"ע דהא בשמעתין משמע דאפי' במקום מנהג מהימן במיגו והביא דברי הג"מ (הנקרא אנשי השם) שהגיה דצ"ל לא מהימן במיגו ועיי"ש מה שפירש והש"ך תמה עליו ודחק בדברי המרדכי ולפענ"ד נראה דיפה הגיה בנ"מ אך לא כפרושו רק דהא המרדכי שם ציין לפלוגתת הראב"ן וראבי"ה והיינו דפליגו שם בהנהו זוזי דיתמי דמהדין יהבינן להו קרוב לשכר וטוען המקבל שקבל על פלגא באגר והפסד ופליגו אי נאמן נגד הדין וע"ז תמה המרדכי

דהא בשמעתין משמע דאף נגד מנהג לחוד לא מהני מיגו מכ"ש שם דהמנהג בודאי הוא כהדין ואיך נאמן נגד מנהג להיפך הדין ודוק כי דברי נכונים וכנים ועיין ס"ק שאח"ז:

ט) מיגו היכי שטוען היפך הדין. עיין תומים אות ק"ב ולכאורה נראה דזה תלוי בהפלוגתא המובא בש"ע סי' קנ"ז באם שהו האבנים ברשותו אי נאמן במיגו ומ"מ נראה די"ל דאף הסוברים דמהני מיגו אפשר דמודים לדברי הראבי"ה שהבאתי בס"ק הקודם דלא מהימן בזוזי דיתמי נגד הדין דבסי' קנ"ז י"ל דאף דצריכין שניהם לבנות מ"מ אולי מחל לו ולא רצה לירד בדינא ודיינא לכן עשה הכותל לבדו אבל מעות יתומים למה הי' להב"ד ליתן שלא ע"פ דין כמ"ש באות הקודם דזה נגד המנהג ג"כ ומ"מ נראה ליישב דברי הראב"ן מקושיא הנ"ל שהבאתי באות הקודם בשם המרדכי דהוא סובר דמהני מיגו נגד מנהג והא דאריס אינו נאמן במיגו דשכירו ולקיטו הוא כמ"ש הש"מ הביאו התומים דהוי מיגו נגד קול ואך ראיתי דהש"ך ביו"ד פסק ג"כ כהראב"ן דנאמן במיגו אף דסובר דמיגו במקום מנהג לא אמרינן וצ"ל דאין זה מנהג ברור ולעיל סי' ע"ת הבאתי דברי המרדכי דאף דהדין דשכירות אינה משתלמת אלא בסוף מ"מ יוכל בעה"ב לומר לא רצית לעבוד עד שאשלם לך בזמנים תוך הפעולה אם אין המנהג ברור דמשלמין בסוף ואולי כאן ג"כ אם אין הב"ד מוצאין ליתן מעות יתומים קרוב לשכר יכולין ליתן על פלגא באגר והפסד וא"כ יכול לומר לא נתרציתי ליקח קרוב לשכר לכן הוכרחו הב"ד ליתן לי על פלגא בהפסד ובשכר ודו"ק: י) היכי דמשים עצמו רשע להסוברים דאינו נאמן אף במיגו לא מהימן. ועיין תומים אות ק"ד הביא דברי המהרש"א ריש מכות בתוס' שהקשו איך עדים יכולין לחייבו גלות הא יכול לומר מזיד הייתי והקשה המהרש"א הא אין אדם משים ע"ר וכ' התומים דהניחא לרבא אכן קושיית התוס' הוא לר"י דאמר גבי פלוני רבעני לרצוני רשע הוא ע"כ והנה כל המפורשים כתבו דאף לר"י אין אמע"ר אך סובר דלא פלגינן דבורי' והארכתי בכ"ז בחידושי לאה"ע סי' קט"ו:

יא) מיגו לאפטורי משבועה י"א דלא אמרינן. ותמהו מהא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת טענה ישבע פי' יהא נאמן במיגו והנה כל התירוצים הם דחוקים ולי נראה דהרי מה שמתרץ רבה דהוי מיגו דהעזה ע"כ צ"ל דלאפטורי משבועה צריך בירור גמור והיכי דמעיז אין המיגו מברר האמת ולפי תי' של רבה סובר הר"י מיגש דבכל מיגו נגד שבועה יש איזה סברא לבטל המיגו ולא הוי בירור ולא נפניתי לברר כעת:

יב) מיגו לחייב שבועה. הכנה"ג תלה לה במיגו לפוטרו משבועה כ"כ הגד"ת ולפמ"ש אות ז' ואות י"א אין מוכרח והנה הב"ש באה"ע סי' צ"ו כ' דמה שכ' הרי"ף דגרושה אין משביעין אותה משום דהוא תו"ז ואף אחר הגירושין דיש לו מיגו דפרע עכשיו אינו נאמן

וכ' הב"ש הטעם דאין אומרים מיגו להשביעה והתומים דתה דבריו דהרי הש"ס בעי אי נאמן אתר זמנו שפרע תו"ז א"כ יכולה לומר קים לי לכן אין להשביעה ע"כ ולא הבנתי דבריו דהא הבעל מוחזק בממון וכיון דהרי"ף פסק דחשודה שא"י לשבע אינה גובית א"כ יכול הבעל לומר קים לי שבלא שבועה לא תטול והר"ן ג"כ בשבועות הובא בתומים בכללי קים לי סי' ק"ל כתב דלכן לא הביא הרי"ף האיבעיא פוגמת בפחות מש"פ משום דסמך על המשנה דצריכה לשבע והבעל מוחזק ואף הסוברים דחשודה גובה נראה דכאן דיכולה לשבע יכול הבעל להחזיק בממון עד שתשבע עיין בסי' פ"ב מ"ש ס"ק ג' ואך מ"מ לפי מ"ש שם בשם הרי"ם דלכן יכול להשביע בשטר משום דיכול לומר פרעתי וסמכתי על השבועה וא"כ תוך זמנו י"ל כיון דאם תובעו תוך זמנו אין צריך לשבע א"כ למה פרע דא"י לומר סמכתי על השבועה א"כ י"ל דזה טעמו של הרי"ף ואין ראי' מהרי"ף דאין אומרים מיגו להשביע ודוק:

והנה התוס' גבי פוגמת הקשו דתהא נאמנת במיגו דלא היתה פוגמת ולכאורה קשה הא יש גם לבעל מיגו שיכול לומר השבע לי ומצאתי שהפלאה באמת מתרץ כן א"כ י"ל דהתוס' סוברים דלא אמרינן מיגו להשביע ולאפטורי משבועה אמרינן אך ראיתי בשע"מ סי' זה דכ' דלא שייך מיגו דיכול לומר השבע לי דמי מותה בידו לומר השבע כיון דטוען פרעתי ונכון עמו ועיין לקמן סי' פ"ד מ"ש:

מיגו מגברא לגברא. כ' המהרי"ט דלא אמרינן והש"ך סי' קכ"א והתומים כאן דחו דבריו מכמה סוגיות ואני תרצתי דבריו לקמן סי' קכ"א ובודאי בסברא דבריו כראי מוצקים דכי אם רוצה לגזול לזה נאמר דרוצה לגזול לאחר ויותר מבואר לעיל סי' ס"ג דאף במעידין עליו שרצה לזייף שטר על אדם זה מ"מ לא איתרע רק על אדם זה סך כשטר שרצה לזייף ויותר תימה כמ"ש הפ"י דהרי קיי"ל כאביי חיישינן לספק מלוה ישנה וא"כ ניחוש דעל זה יש לו ספק מלוה ולא על השני אך מ"מ כתבתי לעיל סי' פ"א דמהתוס' גיטין גבי הנהו גינאי והרבה פוסקים ודאי משמע דאמרינן מיגו מגברא לגברא ועיין לקמן סי' קכ"ו ס"ק י"ג מ"ש דבתוס' ר"י הזקן כ' כמהרי"ט:

סימן פג

א) וכן אם שלח עם המלוה מעות לאחרים יכול לומר קבלתם לעצמי. הנתה"מ כ' דאם המלוה שלח שלית לגבות מן הלוה מעותיו אין השליח יכול לומר קבלתים לעצמי אף בידוע שחייב ג"כ להשליח כיון שהלוה נתן ע"פ צוויו שוב אין המלוה יכול לתובעו וה"ז כפוטר חובותיו של חבירו ע"כ ודבריו צ"ע בעיני ולא ידעתי טעם לזה דלמה פטור הלוה

מן המלוה כיון דהשליח יכול לומר לעצמי קבלתים הוי כנתן הלוה לאתר והרי זה הוא כאלו השליח אמר קודם שקבלם אף כי המלוה שלח אותי אני רוצה לקבל המגיע לי:
ב) אקבלם לעצמי. הסמ"ע ס"ק ג' כ' בשם הע"ש דאם שלח השליח לשלם להרבה מלוין וידוע דדעת השליח הי' כן מתחילה ונתנן לאחד לא זכה כיון שכבר זכה השליח בשביל כולם ע"כ משמע מדבריו דאם דעת השליח הי' ליתנם לזה זכה אף דתפיסת שליח לא מהני דהוי תב לאחרים ולקמן סי' ק"ה כתבתי דצ"ע בזה עיי"ש:
ג) נאמן הלוה בשבועה ונפטר הערב אפי' אם הוא קבלן. צ"ע בזה דהרי אף אם לא ישבע הלוה הערב פטור כיון שכבר טוען פרעתי דהא יותר מזה מבואר בסי'קכ"ט דאין המלוה גובה מהערב עד שישבע שעדיין חייב ואף שהנחה"מ שם ס"ק ט' כ' דאם הלוה אלים ואינו רוצה לשבע לא הפסיד המלוה הנה חוץ דמהפרישה לא משמע כן ואי"ה אבאר שם אכן גם הנתה"מ לא אמר רק באומר הלוה שלא פרע רק אינו רוצה לשבע אבל באומר שפרע ודאי הערב פטור והנה הי' אפשר לפרש דחדא מילתא הוא וכונת הש"ע דפטור הערב אף אם הוא קבלן והיינו דקבלן אינו נפטר רק ע"י שבועת הלוה אכן כבר הקשה הש"ך ס"ק ו' דהא קבלן חייב והסכימו האחרונים למ"ש הש"ך דהבעה"ת לשיטתו דאינו מחלק בין קבלן לערב וא"כ נראה דגם קבלן פטור אף אם לא ישבע והי' נראה עוד לפרש דצריך לומר בהיפך נפטר הערב והלוה צריך לשבע אכן גם זה תימה למה יצטרך לשבע ומצאתי שתמה בזה השע"מ דהרי הוי שבועה לבטלה ובפרט לפי מ"ש דהערב לעולם פטור והלוה מודה שעדיין חייב לו ואך אם יש להמלוה איזה נ"מ כגון אם הלוה נשבע על חוב זה לפרעו דהדין דאין מסדרין לו כמ"ש הש"ך בסי' נ"ח דיכול לומר מחוב שלא נשבעת קבלתי והלוה טוען שעל החוב שנשבע פרעו ועל חוב האחר יסדרו לו דאז צריך לשבע היסת:
ד) נשבע הלוה היסת ונפטר. עיין ש"ך דהרמב"ן והרשב"א סוברים דאם השטר מקוים אמרינן מיגו ופלוגתא דרבה ור"י הוא כשהשטר אינו מקוים ורק יכולין לקיימו והקשו מפוחתת כתובתה דפריך הש"ס במאי גבי' ועיין שע"מ תמה על קושייתם דהא אינה נאמנת עכ"פ רק במיגו וא"כ דמי לתופס משכון דנאמן במיגו צריך לשבע כדי ליטול וכן תמה על מ"ש הש"ך בסי' ק"ח דנאמן המלוה ע"י מיגו ומ"מ א"צ לשבע רק בטוען הלוה השבע לי ותמה מ"ש ממשכון ולפענ"ד לא דמי כלל דבמשכון יש לו המיגו על המשכון אכן ליטול אינו נאמן כלל אבל כאן הא המיגו הוא על גוף הממון ולפי מ"ש הש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"ח ובקצה"ח ס"ק ל"א פשוט דלק"מ ואין להאריך:

סימן פד

א) הפוגם שטרו. השע"מ רצה לחדש דעל שבועת פוגם אין מגלגלין דהרי התוס' הקשו דתהא נאמנת במיגו דלא היתה פוגמת ותירצו דהוי מיגו בדדמי ואינה רוצית לשקר אבל לענין דבר אחר דלא שייך לא דייקא הרי יש בידה מיגו דלא היתה פוגמת ע"כ ואין דבריו מוכרחין די"ל בשטר זה אינו רוצה לשקר ומצינו כזה בסי' ס"ג אך בלא"ה הרי כבר כ' השע"מ הבאתיו בדיני מיגו אות י"ב דהא דהקשו התוס' דתהא נאמנת במיגו אף דיש גם להבעל מיגו דהי' אומר השבע לי משום דמי מותה בידו לומר השבע לי כיון שפרע ור"ל דלמה תקנו שבועה הרי יש לה מיגו ואם דיטעון הלוה השבע לי יצטרך אז לשבע עיי"ש אך זה בעיקר התקנה אבל אם לא היו מתקנין שבועה או אם לא תפגום יטעון הלוה השבע ואך כיון דכבר תקנו השבועה לכן אין טוען השבע דבלא"ה תצטרך לשבע וא"כ איך נאמינה במיגו דלא היתה פוגמת הרי אז תצטרך לשבע דיאמר השבע לי וזה ברור ומה שדחק להשע"מ דברי התוס' ריש אע"פ דכתבו דקמ"ל אם פגמה עיקר תשבע גם על התוספת וקשה בלא"ה תשבע ע"י גלגול כבר תי' ההפלאה קושיא זו בכמה אנפי ואם כדברי השע"מ ודאי היו התוס' מפורשים זה דהוא דבר חדש ודו"ק:

ב) לא יפרע השאר אלא בשבועה. הסמ"ע ס"ק ב' העתיק לשון הש"ס בשינוי קצת דבש"ס איתא ורמי רבנן עלי' שבועה כי היכי דתדקדק והסמ"ע כ' כי היכי דלודי והנה הי' נראה דבזה תלוי הדין שהביא הש"ך ס"ק א' באם פגם אביו אם הבן צריך לשבע והיינו דמהש"ס מוכת דלכן נתנו עלי' שבועה כי היכי דבשעת שתפרע תדקדק ואף דהשתא אמרינן דדקדקה א"כ למה תשבע מ"מ אין לפוטרו משבועה דא"כ לא ידקדק ולפ"ז בפגמו אביו אין הבן צריך לשבע ושוב מצאתי שפי' כן בחידושי הרי"ם דהביא שם הא דכתבו התוס' בשבועות דהקשו למה הפכו השבועה על השכיר הרי כיון דיצטרך בעה"ב לשבע רמי אנפשי' ומדכר ותי' כיון דהתחיל לכפור שוב לא יודה והקשה בחידושי הרי"ם א"כ ה"נ בפוגמת מה מהני כיון דהתחילה לכפור ולכן פירש כמ"ש דע"י השבועה תדקדק בתחילה כלשון הש"ס אך כאשר עיינתי בזה נראה שהוא טעות דלמה ע"י שבועה זו תדקדק שתפחד מן השבועה ולמה לא תחוש בלא"ה שמא יאמר הבעל או הלוה השבע לי שלא פרעתיך וא"כ ע"כ צריך לפרש דמה דאמרו כי היכי דתדקדק היינו דע"י השבועה תדקדק ותודה ומה שהקשה בחידושי הרי"ם דמ"ש משכיר אין לדמות התקנת חכמים דהם ידעו דבפוגם בקל יבוא לידי דקדוק אבל בעה"ב דטרוד בפועליו דומה לו שודאי פרע ואולי אף ברמי אנפשי' לא יהי' לו רק ספק לכן כשהתחיל לכפור לא יהני השבועה

אכן לפי מה שכתבו קצת פוסקים דשבועה השבע לי אינו שבועת המשנה שפיר יש לפרש הש"ס כמו שפי' בחידושי הרי"ם ולפ"ז ודאי בפוגמו אביו לא ישבע:

ג) בד"א כשעבר זמנו. הפרישה כ' דבעבר זמנו אף אם טוען הלוה שפרע תו"ז יכול להשביע להמלוה ולעיל בדיני מיגו הבאתי דברי הרי"ף שכ' דאין משביעו והב"ש כ' הטעם דאין אומרים מיגו להשביע ואני כתבתי טעם אחר משום דחזקת השטר מסייעו ובתו"ז א"י לומר סמכתי על השבועה ונ"מ בין הטעמים י"ל בחשודה להסוברים דאינה נוטלת דלהב"ש דהטעם משום דאין אומרים מיגו לה שביעה אבל בחשודה דנ"מ לממון מהני המיגו ואך לפי מ"ש כבר כתבתי בסי' פ"ב ס"ק ג' דחשודה אינה מפסדת כ"ש תו"ז דמהני השטר ואך לפי הסוברים דעיקר השבועה משום כתובה ודו"ק וצ"ע לדינא:

וכעת ראיתי בשע"מ הביא ראי' דאין אומרים מיגו להשביע דאל"כ למה בטוען הלוה ריבית או אמנה א"צ המלוה לשבע הא יש לו מיגו דיטעון פרעתי וע"כ דמיגו להשביע לא אמרינן וב' הטעם דכיון דאינו נאמן על טענתו אף להשביע אין יכול דהוי מיגו לחצי טענה והנה לא הבנתי דאין זה מיגו לחצי טענה כמבואר להמעיין ואך גם ראייתו אין נראה דאל"כ למה לא אישתמט אחד מהפוסקים דחשודה שהוציאה שטר נאמן הלוה לטעון ריבית או אמנה דשם הוא נ"מ לממון וע"כ דחכמים לא תקנו לשבע על שטר רק בפרעון משום דכל שטר עומד לפרעון אבל בטענה אחרת אלימא חוקה דשטרו בידו מאי בעי ושם ודאי לא מהני מיגו דדי שישבע בטענת פרעתי. שוב ראיתי שכן ב' התומים אך בלא"ה יראה דאין זה דומה כלל ואין שם מיגו דלא שייך מיגו להשביע רק באותו טענה אבל שיהא צריך לשבע שאינו ריבית ואמנה משום דיש להלוה מיגו להשביע להמלוה שלא נפרע ואולי שבועה זו רוצה הלוה אבל לשבע על פרעון יודע שישבע ואם נאמר דיש לו מיגו שהי' טוען שהוא ריבית וגם פרע ותובע בחזרה ועכ"פ יצטרך לשבע שלא נפרע ויגלגל גם שבועת ריבית לא אדע אם באופן הזה צריך לשבע כלל דבשטר כזה אין שייך דלפרעון עומד וגם אז שייך יותר חזקה דשטרו בידו מאי בעי כיון שרואה שתובע בשטר פסול שהוא ריבית או אמנה למה הניח השטר בידו שיתבענו שנית והרי רואה שהמלוה הוא גזלן וא"כ בפוגמת ודאי דיש להלוה מיגו דפרע אחר זמנו ואין משם ראי' כלל ודו"ק:

ד) אבל אם תו"ז. הסמ"ע הביא דהמ"מ פקפק ע"ז די"ל דאיתרע החזקה דאין אדם פורע תו"ז כיון דמודה דקצת נפרע והש"ך כ' דאין כאן מקום ספק והעיקר כהמחבר וראיתי השע"מ החזיק בספיקו של הה"מ דהרי גם התוס' בב"ב הקשה היכי דפליגו השכיר והבעה"ב בקציצה למה בעבר זמנו אינו נשבע השכיר ונוטל דהא ליכא חזקה דאין

בעה"ב עובר בבל תלין וחזקה דאין שכיר משהה שכרו דהא חזינן דעבר ושהה ודוחק לומר דמה דחזינן דשיהה ועבר שיהה ומה דלא חזינן דשיהה לא שיהה ע"כ הרי דגם התוס' ס"ל כיון דבטלה החזקה במקצת בטלה כולו וה"נ בטלה חזקה דאין אדם פורע תו"ז ע"ב וכן מעיין יראה דל"ד כי עוכלא לדנא דהתם ודאי קושיית התוס' הוא קושיא אלימתא כיון דחזינן דהאחת שפסק לו שיהה אם הי' קיצץ שתים לא הי' משהה ושם הרי החזקה הוא על האדם שאין עובר בב"ת וגם השכיר בא לב"ד לצעוק על שכרו אבל חזקה דתו"ז דהוא מטעם או דאין אדם פורע כ"ז שאין חיוב עליו או דבשעת הלואה ידע דיצטרך למעות עד הזמן כמ"ש המפורשים א"כ כל פרוטה ופרוטה יש לה חזקה זו וזה פשוט ובזה גם ראי' שהביא מהמ"ל באמר לו אל תפרעני אלא בעדים דכ' דאם פרע מקצת איתרע החזקה שאין פורע רק בעדים ג"כ אין ראי' דהתם אין הלוה חושש שיתבענו שנית לכן ודאי דהעיקר כהש"ך:

עוד הביא בשע"מ דברי המ"ל דכ' דאף הה"מ לא פקפק רק לענין שבועה אבל במלוה ע"פ והמלוה מודה שנפרט קצת לא נאמר דשוב אין כאן חזקה דתו"ז ויהי' הלוה נאמן והשע"מ השיג עליו וכ' דאין חילוק ורק הא דפוגם שטרו דגובה ולא אמרינן איתרע החזקה דשטרו בידי' מאי בעי הוא משום דיש לו מיגו דלא הי' פוגם ורק לענין השבועה כתבו התוס' דמיגו בדדמי הוא אבל כיון דכבר נשבע וידעינן דדייק שפיר מהני המיגו ולא הוי מיגו להוציא כיון דיש שטר ע"כ וכל דבריו לא נהירין מ"ש דלא הוי מיגו להוציא כיון דיש שטר אין נכון דהרי כל טעם מה דמהני שטר הוא משום חזקה דשטרא בידי' מאי בעי אבל כאן דאיתרע החזקה לפי מ"ש א"כ השטר לא מהני להמיגו ועיקר דבריו שכ' דרק משום מיגו נאמן הוא ג"כ תימה דפוגם ודאי גובה אף במקום דלית לי' מיגו כגון שפרע בפני עדים אף דלא יחד עדים וכן אמרינן דבראו עדים הפרעון דאין יכול לטעון סיטראי ומ"מ לא נאמר דאיתרע כל שטרותיו וראי' שלו יראה כל מעיין דאינו ראי' לכן לא חששתי להביאה והעיקר כהמ"ל:

ה) אא"כ טען הלוה השבע לי. הטעם דבהשבע לי צריך לשבע כ' הסמ"ע משום דאיתרע קצת החזקה של אין אדם פורע תו"ז אך כ' דאין זה ברמב"ם גם הש"ך ס"ק ג' תמה אנה מצא המחבר זה ונראה להביא ראי' לדברי המחבר דהנה כבר הקשיתי בסי' נ"ד במאי דאמר הש"ס דפעמים ניחא לי' ללוה דלפגום שטרו וקשה דמי מותה בידו לטעון השבע לי וכתבתי דלכן פי' הרמב"ם דהיינו שיצא קול על שטרו שהוא פרוע ולא זיילי נכסי אכן הרשב"ם שפי' דיצטרך לשבע קשה ולפי דברי המחבר ניחא דנ"מ תו"ז דאין יכול לטעון השבע לי אכן אי יפגום שטרו יוכל לטעון השבע לי אף חו"ז ואם נחליט כן וגם הטעם

שכ' הסמ"ע נוכל גם ליישב קושיית הש"ך ס"ק ד' דהקשה מאי מהני ללוה דלפגום שטרו הא יוכל המלוה לכתוב הפרעון ביני שיטי ואז אין כאן שבועת פוגם ולפי הנ"ל ניחא דאין הלוה רוצה דוקא בשבועת פוגם רק נחותי' דיטען השבע לי חו"ז ולפ"ז גם אם יכתוב הפרעון ביני שיטי יצטרך לשבע דהרי מ"מ איתרע החזקה דאין אדם פורע תו"ז ודו"ק:

ו) כתוב בו פרעון ביני שיטי לא חשוב כפוגם. הש"ך כ' דדוקא בידיעת הלוה דאל"כ קשה מב"ב וכונתו בארתי בס"ק הקודם דמי מהני נחותי' דלפגום שטרו הא יכול המלוה לכתוב פרעון ביני שיטי ובהגהות א"ב כ' דעיין בפרישה סי' נ"ג ויראה דאין מקום לראי' זו ור"ל דשם כ' הפרישה דפעמים אין שטרו בידו לכתוב ביני שיטי, התומים הקשה על הש"ך דמ"מ מאי נחותי' הא תיכף כשיפרע לו יכתוב הפרעון בידיעת הלוה ולא מתרץ הש"ך כלום עיי"ש ולי נראה דדברי הפרישה הם מותאמים עם הש"ך דאל"כ אין הבנה לדבריו דכי לעולם לא יהי' השטר בידו והרי כשיבוא לגבות בו בב"ד הא ודאי יהי' בידו וא"כ קודם שיבוא לב"ד יכתוב ביני שיטי אכן כונת הפרישה כהש"ך דצריך דוקא ידיעת הלוה וא"כ אילי בשעת פרעון כשהלוה עמו אין שטרו בידו ולפ"ז גם קושיית התומים לק"מ וכבר תירצה הפרישה דכשיפרע לא יהי' השטר בידו ודו"ק:

סימן פה

א) ושמעון הוציא שטר שראובן מכר לו שדהו. הש"ך ס"ק א' כ' דוקא כשמברר בעדים או שטר אבל בלא"ה אף דמודה ראובן שמוכר לו שדהו נאמן במיגו דלא מכרתי ואך לכאורה קשה דהא הוי מיגו להוציא כ' האורים דבמקום שטר אמרינן מיגו אף להוציא ולכאורה משמע מלשון הוציא שטר דקאי גם אסיפא בטוען מזויף להי"א דאף במזויף איתרע שטרא ומ"מ דוקא שטר אבל מודה לא מהני והתם לא שייך דבשטרא מעליא אמרינן מיגו אף דהתם על גוף דנין דשמא אינו שטר ואפשר דכאן מהני מיגו אף להוציא דהרי לא איתרע שטרא רק משום אומדנא אלו חייב הייתי לך וכו' וכיון דיש מיגו יש אומדנא להיפך ג"כ דהאמת אתו ובפרט לפי מ"ש הפנים מאירות דמהני תפיסה דהאומדנא לא מהני רק להחזיק א"כ אין אומדנא זו עדיף ממיגו ואוקי המיגו נגד האומדנא ועומד השטר במקומו גם לפי מ"ש בהגהות א"ב דלכן לא הוי מיגו במקום עדים דכל הריעותא הוא למה מכרת שיהי' פתחון פה עליך וכשיש מיגו ישפוט השומע דאמת כדבריו וא"כ הסברא דאף דהמיגו הוי להוציא מהני הכא ודו"ק:

ב) במקום שנוהגין שמי שקונה נותן מעות ואח"כ כותבין לו שטר. הקצה"ח הביא דברי האורים דאם הוא במקום שקונין בכסף לחוד כיון שלא הי' אפשר לו לחזור מהמכירה לא הפסיד שטרו והקצה"ח השיג עליו דמ"מ הי' לו לעכב שלא יכתוב שטר ודחה ראיותיו

(והנה אמת מה שהביא האו"ח ראי' מהמרדכי והג"א לא הבנתי ואולי מביא רק ראי' דאין יכול לחזור) אכן כדברי האורים מבואר בריטב"א הובא שם בש"מ וז"ל באתרא דיהבי זוזי והדר כתבו שטרא וא"ת והא קרקע נקנית בכסף וכיון דקביל זוזי זכה הלה ומה יוכל זה למשכנו במעות וי"ל במקום דכותבין שטר דכסף לחוד אין קונה ע"כ הרי מפורש כדברי האו"ת גם מ"ש הקצה"ח דיכול למחות בשטר לא ברירא לי דהא ילך עם העדים לב"ד ויכתבו לו שטר:

גם מה שפי' הקצה"ח דמה שכ' המרדכי וראי' מדברי חכמים וכו' ר"ל דלא תימא כיון דהוא עצמו מכר לו ס"ד דלא יוכל למשכנו ע"ז הביא ראי' מחכמים עיי"ש ובמחכ"ת לא כוון האמת בדברי המרדכי דמה ס"ד כיון דהוא מכר יפסיד חובו רק כונת המרדכי כיון דלא הי' כונתו למכור יכול לתפוס המעות ולא חל המקח ע"ז מביא ראי' מחכמים דהמקח קיים ואישתמט לבעל הקצה"ח דברי הרמ"א בסי' ק"ץ שהביא דברי המרדכי ופירש כמ"ש ועיין מ"ש ס"ק ה':

ב) ונאמן הלוה לומר פרעתי. הנתה"מ ס"ק א' כ' דהלוה א"צ אפי' לשבע והשע"מ לא כ"כ והביא מדברי בעה"ת דצריך לשבע היסת וכן עיקר: ד) ואם אמר מזויף י"א שהוא באמן. הנחה"מ הקשה מנ"ל דשטר הראשון מזויף דילמא השני מזויף ומתרץ דשטר השני הוי כאלו כת שני' אומרת בפנינו הודה המלוה ששטרו מזויף ואין כאן הכחשה בין העדים דהרי אין אומרין שלא לוה ורק הוי כמחילה ותימה בעיני דא"כ אף באין אומר יוכל לטעון ממה שמכרת לי השדה מוכח דמחלת לי וכי יהי' זה טענה וגם כבר כתבתי בס"ק הקודם דצריך ג"כ לשבע וע"כ דאין כאן מחילה ועוד הרי הנתה"מ כ' כאן ובחידושים דמה דנאמן מזויף הוא רק כשנתקיים ע"י דימוי ואי דאין זה הכחשה יהא נאמן מטעם הודאה ומחילה ואף אם ניישב כ"ז בדוחק מ"מ פשוט דאין הלוה בא רק להוכיח דשטרו מזייף ולפענ"ד נראה פשוט דודאי אם יטעון שטרך מזויף אה"נ דיהי' נאמן ויהי' כתרי ותרי ואין להקשות הרי יש לו מיגו פשוט דלק"מ דהרי זה הוי מיגו במקום עדים דאנן סהדי ואף דבס"ק א' כתבתי דמהני מיגו היינו מיגו טוב אבל לא להכחיש עדים של השטר וגם דלא הי' לו למכור משום פתחון פה לא שייך כאן דיועיל המיגו להכחיש זה כיון דלא יהי' רק כתרי ותרי אך בלא"ה דרש"י לא נחית לזה רק איירי דידעינן דשטר השני הוא ודאי אמת כגון דנחקיים בקיום יפה לא ע"י דימוי כפי מה שפי' הנתה"מ או באופן אחר וראיתי בס' הפלאה דמדקדק למה במשנה ראשונה דמכר לו שדהו פרש"י שטרך מזויף וגבי כיצד אתה לוה ממני לא פירש רש"י כן וכ' דבמשנה דכיצד אתה לוה ממני יכול הראשון לומר שטרך מזויף כקושיית הנתה"מ אבל בשדה

איירי דהשני החזיק שני חזקה ורק מביא השטר להכחיש שטר הראשון שלא יוכל לומר מכרתי קודם שלויתי או השדה שלך הי' וא"כ לא יוכל לומר אדרבה שטרך מזויף דהרי חזקתו מעיד על השטר וגם זה נכון ודו"ק: ה) לא מכרתי לך השדה אלא כדי שיהי' לי ממה לגבות חובי. הסמ"ע ס"ק ד' כ' דלולי טעם זה אין יכול לומר למעות הייתי צריך והוכרחתי למכור דהי' לו למכור לאחר והנתה"מ דחה דבריו דכי אין לו לעשות שום מו"מ עמו ולכן פירש דמה שאמרו חכמים זה הי' פיקח שמכר לו השדה שיוכל למשכנו דאם לא כן הי' צריך לומר תיכף כשקיבל המעות זה אני גובה בחובי ואף דכתבו והדר יהבו זוזי אין השדה נקנה כ"ז שאינו נותן לו המעות וא"כ אף בשעת נתינת המעות תוך כ"ד יכול לחזור מהקנין וא"כ למה לא חזר מיד וע"ז אמרו דזה הי' פיקח שמכר לו השדה ר"ל דרצה למכור השדה וחשש אולי יתרצה הלוקח בביטול המקח אם יתפסנו בתוכו ולכן לא חזר ומה שאמרו כדי שיוכל למשכנו הוא ענין בפ"ע ור"ל ועל דמי החוב אינו דואג שהרי יוכל למשכנו וסיים עוד דלפ"ז אף באתרא דיהבו זוזי והדר כתבו אף במקום שקונין בכסף לחוד דשוב אין הלוקח יכול לבטל המקח א"כ ודאי דלא הי' לו לכתוב השטר עד שיתן לו חובו ובזה ודאי שטר המלוה בטל ע"כ. והנה כל דבריו תמוהים דלפ"ז באתרא דיהבי זוזי והדר כתבו למה בטל שטר המלוה הרי הוצרך לכתוב שטר שלא יבטל הלוקח את המקח ואולי יש איזה ט"ס בדבריו וצריך לומר בדבריו דרק במקום שקונין בכסף לחוד כיון שנתקיים המקח לא הי' ליתן שטר וסובר עוד יותר מהקצה"ח שהבאתי בס"ק ב' וס"ל דהש"ס לא איירי רק במקום שקונין בכסף לחוד וכבר הבאתי דברי הריטב"א שם דכ' להיפוך דבמקום דקונין בכסף לא נתבטל שטר מלוה ואין הדרך לעכב שטר בשביל תוב או כמ"ש שם דהב"ד יכתבו לו שטר וגם דבריו הם היפך כל הפוסקים דפשיט בפי כל דבמקום שנוהגין לכתוב שטר בטל שטר המלוה גם דברי הש"ע דכ' אלא שיוכל למשכנו לא משמע כפרושו דהוא ענין בפ"ע והעיקר כי כל דברי הנתה"מ צ"ע הן לדינא הן בפירוש המשנה דלא שייך כלל לשון זה הי' פיקח על רצונו בקיום המקח עיין בש"מ בדברי כל הקדמונים ומה שהקשה למה לא חור תוך כ"ד באמת כי הוא קושיא גדולה לכאורה אך אולי כיון שקבל הכסף ואינו מחזיר אף תוך כ"ד אין יכול לחזור ואך למה צריך לטעם כדי שיוכל למשכנו ראיתי בש"מ בשם הרמב"ן והרא"ה דבאמת אין זה עיקר הטעם ורק לאלומי טעמא בעלמא קאמר ולא דבעי לה ורק הרשב"א והריטב"א וריד"ט כתבו דעיקר טעם הוא ומה שהקשה הנתה"מ בתחילת דבריו מכר מטלטלין דלא שייך שיוכל למשכנו ומשך תחילה דלא הי' יכול לעכבם על חובו וכי יפסיד חובו ונראה דלדבריהם לא פליגו חכמים ואדמון כלל רק בקרקע כמ"ש הרשב"א

דאיבעיא לי' לממסר מודעה להוציא עצמו מתורת עני המוכר קרקעותיו והיינו דאין דרך למכור שדה רק אם דחק למעות אבל במטלטלין לא שייך כלל דלא הי' לו למכור ובשדה כ' הרא"ה דאף אם הי' צריך למעות נגד שניהם החוב והשדה מ"מ אין דרך למכור תחילה קודם שיגבה החוב ואך להרמב"ן והרא"ה הנ"ל י"ל דאף גבי מטלטלין דינא הכי ואין חילוק דכל היכי דאין יכול לתפוס המעות י"ל דכי לא יעשה מו"מ עמו וביכול לתפוס אף במטלטלין הי' לו מתחילה לגבות חובו ודו"ק:

ו) אם הלוה מכר קרקע למלוה. הש"ך השיג על דין זה ודחה דין זה מהלכה דאין זה סברא כלל דהא הי' ירא שלא ימכור לו כלל והתומים והנתה"מ כתבו טעם לזה דלא הי' לו ליקח שעבודו כיון דאחריות הלואתו על קרקע זו ע"כ. והנה לפ"ז לא הי' צריך המחבר לומר אחר שהגיע זמן פרעון שטרו דאפי' קודם הזמן שייך סברא זו דלא הי' לו לוקח שעבודו וא"כ עדיין דברי המחבר אינו מיושב ואך כל הסברא הוא חידוש בעיני דכי אם המלוה יוציא שני שטרות על לוה אחד והלוה אין לו רק קרקע נגד שטר אחד למה הלוה לו עוד וע"כ דשטר אחד פסול כיון דלא הי' עוד קרקע למה הלוה לו הרי לא נותן זה להאמר וא"כ מה לי הלוה לו אף דידע שלא יהי' קרקע נגד החוב או קנה שדהו והנה הגד"ת כ' סברא זו וכ' דדוקא אם אין להלוה קרקע אחרת לכן לא הי' לו לקנות לגרוע שעבוד שלו והתומים כ' דאין לחלק דאף דיש לו עוד קרקע שמא חייב להרבה ב"ת והנה בש"מ גבי זה מכר לו שדהו כדי שיוכל למשכנו כ' דאף אם יש לו עוד שדות מ"מ שמא חייב עוד וזה כדברי התומים אכן בקנה שדה של לוה אם לא נאמר כהג"ת יקשה יותר מה שהקשיתי ולכן לדינא הי' נראה כהש"ך דאין לחדש במה שלא מצינו סברא זו בש"ס לולי שאיני כדאי ודו"ק:

ז) אלו חייב הייתי לך לא הי' לך ללות ממני. קצת חימה בעיני דהרי מבואר במס' מכות אומדין כמה אדם רוצה ליתן שיהי' בידו אלף זוז ונותנן לאחר עשר שנים וכן מבואר לעיל סי' ע"ג דכפירת הזמן חשוב כממון א"כ יכול לומר דלכן לוה ממנו שהוא יגבה מיד וחבירו לא יגבה עד עשר שנים ואולי דאין זה סברא דלאו בשופטני עסקינן וכמ"ש הש"ך ס"ק ז' ולפי מ"ש התומים על מ"ש הסמ"ע ס"ק ט"ו דנקט עשר שנים אף דמשתעבד זמן ארוך להיות עבד לוה והקשה התומים וכי אין הברירה ביד הלוה לפרוע תוך הזמן ותי' דע"כ איירי דנעשה הלואה לטובת המלוה עיי"ש וא"כ יש ליישב קצת ולומר דלא נעשה כלל לטובת הלוה ודוחק וצ"ע וגם מ"ש הסמ"ע ס"ק ח' דלא שייך כאן דלא ירצה לפרוע דא"כ גם לא ילוה לו א"כ קשה ביומא דמשלם זמנו למה לא תבעו ואם הי' ירא שידחהו

דעדיין אינו מחויב א"כ גם לא ילוה. שוב ראיתי שהנתה"מ הרגיש קצת מזה ואין בדבריו די ביאור וצ"ע:

ח) ויש מי שאומר דל"ש באתרא דיהבי זוזי. הש"ך ס"ק י' תמה דאיך אפשר מי שיאמר כן דהרי אמרו חכמים זה גובה וזה גובה ולא אוקמי ביומא דמשלם זמני' רק לרב ששת והאחרונים נדחקי בזה ואישתמט להו דברי הש"מ בשם הרמ"ה כ' בהדיא דמה דפריך בש"ס ה"ד הוא בין לר"נ בין לר"ש ולד"ה אוקמינן ביומא דמשלם זמני':

ט) וי"א וכו' ואם הוא באתרא דכתבו שטרא והדר יהבי זוזי א"י לומר הי' לך לפרוע מחובך וכו' אפי' הי' ביום אחרון. הקצה"ח ס"ק ג' הקשה כיון דבאתרא דכתבו שטרא אין יכול לומר הי' לך לתובעו כ"ש ביומא דמשלם זמני' דלא יכול לתובעו מאי אהני דיהבי זוזי מקודם דודאי לא הי' יכול לחובטו וא"כ מאי קאמר אדמון אלו חייב הייתי לך וכו' ולק"מ והי' נראה קצת דלא קאמר הרמב"ן דלא שייך הי' לך לתבעו דאילו באמת תבע ולא שילם אבל ביומא דשלים זמני' עדיין לא תבעו והי' לו להמתין עד מחר אך זה דוחק דלא רצה לשלם לכן ביקש הלוני אך נראה בפשוט דלא קאמר הרמב"ן רק בראה שהגיע הזמן ולא נתן לכן חשש שלא יתן לו אבל בעדיין לא הי' זמנו הרי לא ראה שום דחי' וסבר אדמון כיון דלא יזיף אינש ליומא הי' לו להמתין אולי תיכף יתן לו. שוב ראיתי שהנחה"מ כ' וזה דוחק ולא אדע מה הדוחק בזה:

י) אם גבה הלוקח קרקע מזה חוזר וגובה. הש"ך ס"ק כ"ב כ' דאף אם מכר המאוחר השט"ח והלוקח גבה מהמוקדם מ"מ חוזר וגובה מהלוקח אף בלית לי' דאקני בשט"ח דכיון דשעבודי' מדר"נ א"צ דאקני והח"צ הקשה דכי גרע אם גבה הלוקח מאלו גבה הלוה עצמו ומכר דאין המלוה גובה (הנה לדעתי הי' נראה קצת דכאן שהשדה לל מלוה עצמו לא יצא מכחו אך אין כונת הש"ך כן) והנתה"מ כ' דלוקח שגבה שאני כיון דמכירת שטרות דרבנן ולא הבנתי דמ"מ הרי לא גרע משליחו של המוכר ואחר שגבה בודאי שנעשה שלו דאף במכר דבר שלא בא לעולם אי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' ונעשה שלו כמו מדאורייתא גם הש"ך לא אזיל להסובר דמכירת שטרות דרבנן גם מ"ש הקצה"ח ראי' להש"ך מתוס' פסחים אין ראי' רק מקושיית התוס' אבל מתרוצם משמע דזה הוא שתירצו דדמי כאלו הוא ביד הלוה וא"כ לא עדיף מקנה נכסים וקצרתי בזה ואך ממה שמבואר לקמן סי' פ"ו דאין, שמעון יכול למחול ללוי ומשמע אף דראובן הלוה קודם ואף אם אין בשטרו דאקני והרי כשמחל הוי כמכר וא"כ משמע דכיון דמשיעבד מדר"נ א"צ דאקני כמו שכ' הש"ך והתומים דחה דברי הש"ך ומפני האריכות לא עיינתי בדבריו:

סימן פו

א) מוציאין מלוי ונותנין לראובן. הקשו מאי נ"מ בהך דר' נתן בלא"ה כל מה שיש לו משועבד לב"ת והנה נראה דנ"מ באם אין ללוה כלום רק זה החוב והיינו דבשעה שהלוה שמעון ללוי הי' שמעון עשיר והעני וקיי"ל דמסדרין לב"ח מ"מ כאן דמיד שהלוה נשתעבד לוי לראובן שוב אין מסדרין לו זה החוב ואין לראובן בזה במה שאין לשמעון עכשיו כמו שא"צ ליתן לו מביתו ה"נ א"צ ליתן מה שהוא תחת שעבודו מכבר כיון דבעת שהלוה הי' לשמעון נכסים ונראה ראי' לזה מקידושין דיליף מלו ולא לב"ח דאין נותנין הענקה לב"ח דהעבד דס"ד דנשתעבד לב"ח מדר' נתן קמ"ל קרא דאין נותנין וקשה אף בלא ר"נ למה לא יתנו לב"ח ומ"ש מאם הוא כבר בידו וע"כ צ"ל דמיירי באופן שאם הוא בידו לא יתחייב לב"ת דהיינו דאין לו כדי סידור ומ"מ קס"ד כיון שהוא ביד האדון יתננו לב"ח מדר"נ קמ"ל דאין נותנין ואך עדיין קשה דודאי אם בשעה שהלוה שמעון ללוי לא נשאר ביד שמעון כדי סידור דאז ודאי לא נשתעבד לראובן מדר"נ דלא עדיף מאם הוא ביד הלוה עצמו ומהסברא דלא נתחייב האדון בהענקה עד שעה שיצא ממנו ואז אם אין להעבד כדי סידור איך ס"ד דיתננו האדון לב"ח והרי אז הוי כאלו הוא ביד העבד עצמו לק"מ דשפיר משכחת דלא נתן האדון תיכף הענקה להעבד והי' בידו כדי סידור ואח"כ העני והרי כן צ"ל להפוסקים שהביא הש"ך ס"ק א' דאין משועבד מדר"נ רק אם הלוה השני כבר הי' מחויב דהיינו שהי' כבר לוי חייב לשמעון בעת שהלוה ראובן לשמעון וא"כ איך משכחת הענקה לב"ח מדר"נ וע"כ דאיירי דהעבד לוה אתר שכבר יצא לחרות ועיין מ"ש ס"ק ג':

ב) בכל ענין שיתחייב. עיין ש"ך ס"ק ב' דה"ה בפקדון מוציאין מנפקד ונותנין לב"ח והקצה"ח הקשה דא"כ נימא דאין המפקיד יכול ליתן הפקדון להנפקד כמו בכל שעבודא דר"נ דאין יכול למחול לכן העלה דבפקדון לא שייך דין זה והנתה"מ חולק עליו והעלה כהש"ך ובודאי דבריו נכונים ואך צריך לתרץ קושיית הקצה"ח דודאי אין סברא שלא יוכל המפקיד ליתן הפקדון להנפקד כמו שכ' גם הנתה"מ וכיון דמשועבד מדר"נ למה מהני מתנתו ולי נראה דאף דהוא אמת כמ"ש הנתה"מ דגם בפקדון יש שעבוד על הנפקד מ"מ בפקדון לא עדיף מאלו הי' הפקדון ברשות הלוה ויכול ליתנו לכל מי שירצה דהרי בפקדון לא מהני לשון מחילה רק לשון מתנה וא"כ החילוק פשוט דרק לוה דאין השעבוד על דבר מסוים ועיקר השעבוד על גוף הלוה ונכסוהו המה רק ערבין בי' וכיון דנשתעבד למלוה הראשון אין מחילת מלוה שלו מהני אבל פקדון דהחיוב הוא על גוף הדבר שהופקד אצלו להחזירו וכיון דנתן לו במתנה הוי כאלו החזיר וכלה שעבודו ואין

לראובן יותר שעבוד בחפץ מאלו הי' החפץ ביד שמעון והרי בכל לוה אף דמשועבד לראשון משועבד ג"כ לשני כמבואר בכתובות (ד' ק"י) גבי הכא ביתמי עסקינן עיי"ש דמבואר דלא אמרינן כיון דנתחייב לעצמו מדר"נ מ"מ לא אמרינן דהוי ככבר גבה לעצמו ואין ביד היתומים לגבות וא"כ פשוט דבחפץ מבורר הוי כאלו הוא בידו ודו"ק:

עוד כ' הש"ך דיש פלוגתא בהג"א אי מוציאין מנפקד של המוסר ונותנין לנמסר ומהרש"ל תלה זה בדיני דגרמי אי הוי דאורייתא והש"ך כ' דאף בחוב דרבנן שייך דר"נ ובס' שע"מ כ' דהאמת עם מהרש"ל דהרי בלא"ה כל אשר לו משועבד לב"ח ומאי ס"ד דרבינו שמתה דאין מוציאין מנפקד ליתן לנמסר ורק דאיירי בעדיין לא עמד בדין וא"כ למ"ד דיני דגרמי קנסא לא קנסו בנו אחריו והרי כל הנ"מ משעבודא דר"נ דאין יכול למחול ללוה דאל"כ בלא"ה הוא משועבד וא"כ במחל לנפקד לא גרע מיורש ולא קנסו אותו אבל למ"ד דיני דגרמי מדאורייתא ואף בנו חייב א"כ ה"ה במחל ושפיר תלוי דין זה בפלוגתא אי דד"ג דאורייתא ע"כ והנה בתתילת העיון הי' נראה סברתו נכון אך כאשר עיינתי בזה ראיתי כי אין עמידה לדבריו והנה חוץ ממה שכתבתי בסמוך דודאי אף לוה יכול ליתן הפקדון להנפקד ולא גרע מאחר שיכול ליתן מטלטליו במתנה אך בלא"ה אי אפשר כלל לאוקמי פלוגתתן בזה דהא האו"ז ס"ל דד"ג קנסא וא"כ למה סבר כאן דמוציאין ולכאורה זה קשה גם על מהרש"ל אך צ"ל דמהרש"ל ג"כ מודה לזה דהאו"ז אף דסבר דהוא קנסא מ"מ מוציאין ורק קאמר טעמו של רבינו שמחה דאין מוציאין משום דסובר דהוא רק מדרבנן אך לפי סברת השע"מ דאיירי בלא עמד בדין קשה למה לא יוכל למחול להאו"ז וע"כ דודאי איירי בנתחייב כבר בב"ד או בלא מחל כלל ואך אי איירי במחל כבר כתבתי דיכול ליתן הפקדון וא"כ הי' אפשר לומר דלאו דוקא נקטו פקדון רק צ"ל מלוה של המסור או בפקדון מעות מותרים שמשתמש בהם דהוי כלוה ואי בלא מחל איירי באמת בלא"ה לא אבין טעמא דרבינו שמחה למה לא יוציאו וכמ"ש השע"ר וגם עיקר סברת השע"מ לא ברירא לי דהא כל מלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות ומ"מ מב"ח גובה וע"כ דשעבודא דר"נ דהוא משועבד מדר"נ עדיף וה"נ י"ל דאף דלא קנסו בנו מ"מ מנפקד גובה ואך נראה לפרש שיטת ר' שמחה דהרי יש פוסקים דמחלקין בין מכירת שטרות לשעבודא דר"נ דמכירת שטר דהוא מדרבנן יכול למחול ושעבודא דר"נ הוא מדאורייתא ולכן בדד"ג דהוא דרבנן ואין להנמסר שעבוד על הנפקד רק מדרבנן לכן יכול המוסר למחול וזה סברא נכונה לשיטתו ודו"ק:

ג) בין דרך שכירות. הש"ך ס"ק ג' האריך בדברי הרמב"ם במה שהקשו עליו דפסק כר"נ ופסק דמוכר עצמו אין מעניקין לו ובש"ס קידושין אמרינן דמאן דאית לי' כר"נ אחא לו

לאשמעינן לו ולא לב"ח ולא למעט מוכר עצמו ויותר קשה דפסק ג"כ גבי הענקה לו ולא לב"ח הא איצטריך לו ולא למוכר עצמו והש"ך כ' דהענקה הוא מדין צדקה והרי אף הוא עצמו בקבל צדקה אינו פורע בזה חוב לכן לא איצטריך ולא לב"ח וקשה דא"כ למה דרש חוטאי לו ולא לב"ח ודוחק לומר דפליגו בזה אי הוי צדקה והי' נראה לומר דהא דאמר לו ולא לב"ח הוא גופי' קמ"ל דצדקה הוא. שוב מצאתי כן במ"ל דחוטאי לית לי' דצדקה הוא ועיין שעה"מ ה' עבדים דלא ניחא לי' בזה וחלקי אמרה נפשי דודאי לומר בפשוט דצדקה הוא אין זה ברור ואף דסברא הוא דהתורה תסה על העבד לבל ישלחנו ריקם א"כ מדין צדקה הוא אך הרי בגמר' אמרינן יורשיו אמאי לא שכיר קריא רחמנא ושפיר פעולתו ליורשיו והגע עצמך אם יורשיו עשירים למה יתן להם הצדקה גם הם לא עבדו אצלו לכן נראה דהנה קשה לי למה לי למעט מוכר עצמו מהענקה והרי טעם הענקה הוא משום דמשנה שכר שכיר עבדך ובמוכר עצתו כיון דקיי"ל דנמכר לשש ויותר על שש ואין השנים קצובים וא"כ פשיטא דאין לו הענקה (וכענין הזה הקשה בשעה"מ בשם מהרי"ט כיון דאין מוסר לו שפחה כנענית ואין עובר ביום ובלילה א"כ פשיטא דאין לו הענקה ותי' דס"ד משום, דכתיב ואף לאמתך תעשה כן לכן ה"א דאף למוכר עצתו) אך בזה נאמר דהוי משום צדקה לכן בעי קרא לו ולא למ"ע דבצדקה אין חילוק בינו לבין מוכר עצמו ואך למאן דאמר לו ולא לב"ח סובר דיש לו דין חוב לכן קמ"ל קרא דלא יתן לב"ח ולפ"ז יצא לנו דת"ק דאית לי' דמוכר עצמו נמכר יותר על שש ומ"מ בעי קרא דלו ולא למוכר עצמו ע"כ סובר דצדקה הוא אכן ר"א דאית לי' לו ולא לב"א יסבור דחוב הוא (וכן במאי דת"ק לית לי' להרצאת אדון הוא דאתא משום דבצדקה א"צ הרצאה) ולפ"ז הא דאמר ות"ק בעלמא נמי לית לי' דר"נ אף דאית לי' דצדקה הוא א"כ ממילא לא יתן לב"ת אף בבא לידו אמר זה רק לרווחא דמילתא דאף אם נאמר דהוי כתוב א"צ לו לאשמעינן ולא לב"ח אבל הרמב"ם ממ"נ לא הצריך לו ולא לב"ת דאם הוא צדקה פשיטא דלא יתן לב"ת ואם הוא תוב א"כ פשיטא דאין מעניקין למוכר עצמו דכיון דנמכר לשנים שאין קצובים א"כ אין מעניקין לו ואתא לו ולא לב"ח ודו"ק:

ד) בד"א כשאין לשמעון נכסים שסדרו לו ב"ד והשביעוהו ולא מצאו לו אלא חוב זה. הש"ך ס"ק ו' הביא דברי מהרש"ל שכ' דה"ה אם אין שמעון כאן מוציאין מלוי ולא דמי לערב דהתם איכא אטריחו בי דינא דשוב יהי' צריכין למעבד דין לערב על נכסי הלוה אבל הכא לית טעמא להכריח להמתין והש"ך דחה דבריו דכיון דהוי כנכסים משועבדים דמי ממש לערב דכמו דחשו לפסידא דערב ה"נ חשו לפסידא דלוה שני עיי"ש ולא זכיתי להבין דבריו אלו ואף דאמת הוא כמ"ש הש"ך אח"ז דאף כאן כיון דזה הוא נפרעין עין

שלא בפניו א"כ צריך להמתין אבל מ"ש דכיון דהוי כמשועבדים והרי אדרבה בלוקח שבא לגבות ממנו א"צ להמתין כמבואר לקמן סי' קי"ד דא"צ להמתין רק מהלך יום אחד וכ' שם בפרישה הטעם כיון דיש לוקח דיוכל לטעון עבור הלוה לכן א"צ להמתין וא"כ לכאורה כאן אם אין נ"מ ללוי צריך להמתין כמו בכל גבי' שלא בפניו אבל ביש ללוי נ"מ כגון שמחל לו שמעון או שטוען שהשטר שיש לשמעון עליו הוא פרוע א"צ להמתין ואך באם לוי מודה בעיקר המעות שחייב ורק דיש לו הפסד משום דרוצה שיהי' המעות עוד בידו בזה כתבתי דודאי הנכון עם הש"ך דאף דמגיע לו טובה מ"מ הוי כנפרע שלא בפניו דהדין דיש להמתין דודאי משום דיש ללוי טובה מזה לא הוי כאלו הוא כאן כמו לוקח ודו"ק. ואכן נראה דהמהרש"ל לא קאי אדברי הש"ע דהרי כאן כ' והשביעוהו וע"כ היינו ככל טוען טענת אין לי ואם לוי מודה ויגבה מלוי א"צ הלוה לשבע וע"כ איירי ביש ללוי הפסד דאז צריך הלוה לשבע כמו בבא לגבות מלקוחות דמבואר בכנה"ג הובא לקמן בנחה"מ סי' קי"ד דצריך לשבע וא"כ ודאי דאח"כ יצטרכו לעשות גם ללוי דין עם שמעון כמו בערב דכ' מהרש"ל דצריך להמתין מה"ט ודו"ק:

ה) שאין מוטל עליו זה הטורח אלא על ראובן לטרוח ולהוציא מלוי. הש"ך ס"ק ו' תמה ע"ז והתומים כ' דלולי דר"נ אין יכול לגבות מלוי דהוי ראוי ורק מטעם דר"נ משועבד לוי לראובן א"כ מוטל עליו טורח זה ולא הבנתי כלל, דבריו דמה זה ענין שלא יהי' שמעון מחויב לטרוח ולשלם חובו ואף דאין מחויב להשכיר עצמו ולפרוע חובו הוא מטעם כי לי בני ישראל עבדים אבל איך יפטור מלתבוע ללוי שגופו משועבד ועיין לעיל סי' ט' מ"ש ועיין שם בקצה"ח ודברי הש"ך ברורים:

ו) אין שמעון יכול למחול ללוי. האחרונים האריכו לחלק מה בין שמחל שמעון ללוי או גבה ממנו מטלטלין ואם לוי הוא משועבד לראובן אף בפרע לשמעון יגבה ראובן שנית ולי נראה דכבר מבואר לעיל דודאי אף שנשתעבד לוי לראובן מ"מ הוי ג"כ לוה של שמעון וא"כ נראה דזה פשוט דאף אם חייב רק מנה ויש לו נכסים עבור אלף זוז כל הנכסים משועבדים לאותו המנה מ"מ אם נתן לו איזה קרקע בחובו יצאו כל הנכסים משעבודם ולפ"ז ה"נ אף דלוי משועבד לראובן מ"מ כיון דשמעון הוי מלוה דידי' וא"כ אם נתן לו מטלטלין יצא שעבודו של ראובן על אותן מטלטלין ואף אם שמעון מכר אותן המטלטלין הוא המזיק ומכר שעבוד של ראובן אבל מתל שמעון ללוי על מה פקע שעבודו של ראובן כן נראה לפענ"ד: הש"ך ס"ק י"א מתרץ קושיית הקדמונים דהקשו באשה שחבלה דאם תתן לו כתובתה בטוה"נ תמחול לבעלה והאיך יכולה למחול הא הבעל משועבד להנתבל מדר"נ ותי' השיך כיון דכבר נתנה לו הכתובה בחבלה שוב

אין הבעל משועבד מדר"נ והתומים הקשה כיון דמחלה נפקע המכירה וחזר שעבודא דר"נ למקומו והרי שעבוד הגוף של הבעל עדיין קיים והקצה"ח כ' כיון דהאשה נפטרה ממילא נפטר הבעל ממנו והמכירה כדין היתה. והנה קושיית התומים על אותן הסוברים בטעם דמהני המחילה משום דשעבוד הגוף אינו נמכר בזה שייך תי' של הקצה"ח ואך לדעתי אדרבה קשה להשיטה דמכירת שטרות דרבנן אבל מדאורייתא לא חל המכר וכיון דמחלה ומטעם דהמכר לא הי' רק מכר קל מהני וא"כ עדיין חייב הבעל להנחבל מדאורייתא וא"כ ממ"נ מדרבנן חל המכר והבעל חייב ואי משום דמכר דרבנן לא מהני שלא תמחול א"כ מדאורייתא עדיין החיוב במקומו וממ"נ חייב הבעל וצ"ע אכן מ"מ נראה כהש"ך וכמ"ש הקצה"ח דהרי לא אמרינן דהמוכר א"צ לשלם רק מה שקיבל ורק קיי"ל דחייב המוחל לשלם כל מה ששוה השטר א"כ המכר במקומו והמוחל מחויב חיוב חדש ודו"ק: מה שהקשה הש"ך כאן על הרבה קדמונים דסברו דיכול למחול והקשו דיהא נאמן פרוע במיגו דמחילה והש"ך כ' דפרוע עצמו הוי מחילה והוא באמת סברא אכן י"ל לפי מה שכתבו לעיל סי' מ"ז דיכול אח"כ לגבות מהלוה וליתן אמתלא שרצה לדחות ב"ח לכן פרוע לא הוי טענה טובה כיון דיכול לחזור וצ"ע:

ז) למחול ללוי. השע"מ הביא דברי שו"ת ד' טורי אבן באחד שהי' חייב למלוה שלו ותפס המלוה המציאה מבנו קטן של הלוה ופסק דיכול האב לומר אי אפשי בתקנת חכמים שתקנו מציאת בן לאביו והשע"מ כ' די"ל כיון דהבן נתחייב ליתן לאביו ומחויב להמלוה מדר"נ ואין יכול למחול ואח"כ כ' דמ"מ י"ל כיון דעדיין לא זכה יכול לומר אי אפשי ולדעתי נראה דודאי אם תחת יד הבן ודאי דיכול ליתן לו כמ"ש בס"ק ב' דיכול ליתן הפקדון להנפקד ואך כאן דכבר תפס המלוה וכיון דתיכף כשמצאה זכה האב ועיין בב"מ (ד' י"ב) רק דאין הכרע שם אם בשעה שהגביהה מיד זכה אב או הוא זכה ואב מיני' דידי' קזכי אבל עכ"פ זכה מיד וא"כ הוי כתפס מהאב ואיך שייך לומר אי אפשי כיון דכבר יצא מרשות הבן כנלפענ"ד:

ח) ואם אחר שנתחייב לוי לראובן בב"ד הלך ופרע לשמעון. כ' הש"ך ס"ק י"ד אם רק ידע לוי ששמעון חייב לראובן ופרע חייב לשלם לראובן פעם שנית ורק אם לא ידע פטור והשע"מ הקשה כיון דלוי חייב לראובן מדר"נ אף בלא ידע למה לא יתחייב לחזור ולשלם לו (והשט"ח כ' דכ"ז שלא התרה בו א"צ לשלם פעם אחרתעיי"ש) ולי נראה דודאי אי לא ידע לא גרע מגנב שאינו מפורסם דדבר תימה הוא דלא שייך בזה תקנת השוק ורק נראה דהנה בלא"ה הרי כ' הרש"ך הובא בקצה"ח ס"ק ח' ונחה"מ ס"ק ז' דיכול לוי להתנות בשעת הלואה שלא ישתעבד לראובן דהרי בשעת הלואה יוכל ליתן מטלטלין

למי שירצה וא"כ כ"ז שלא ידע אנן סהדי דאין רוצה להשתעבד לראובן שישלם שני פעמים ודברים שבלב כל אדם הוא דהוי דברים ואף דהם חולקין על הרש"ך היינו בתנאי בעלמא אבל בכה"ג ודאי דלא נשתעבד לפרוע שני פעמים ולא שייך טעמו של הנתה"מ עיי"ש ולפ"ז יש לי עיון גם במ"ש מהריט"ץ דאף אם שמעון גבר אלים וידוע שאף אם יתן לוי לראובן יכוף אותו שמעון ליתן לו פעם שנית מ"מ חייב ליתן לראובן ואין לראובן בזה מה ששמעון יגזול ממנו והשע"מ הקשה ממה שפסק הרמ"א בסוף הסימן גבי פקדון של נכרי דא"צ ליתן למלוה של הנכרי ומחלק השע"מ בין הלואה לפקדון משום דבפקדון אף אם אנסו העכו"ם להביא הפקדון של חבירו פטור השומר ואני לא אבין דבריו נהי דפטור היינו אם כבר נתנו להגזלן אבל וכי יעלה על הדעת שאם יבואו הבעלים ליטול פקדונם שיוכל השומר לומר לא אתן לך כי יודע שעכו"ם יבוא אח"כ עליו ויצטרך ליתן לו וע"כ דמ"ש הגהות מיימו' דאין מחויב למסור נפשו וליתן למלוה הוא משום דאדעתא דהכי לא נתחייב וא"כ ה"ה בהלואה וצ"ע:

ט) מי שיש בידו פקדון של עכו"ם. התומים כ' דבהלואה אם ישראל הלוה מעכו"ם כיון דהפקעת הלואה מותר ואם הי' העכו"ם תובעו לדין פטור בב"ד של ישראל א"כ א"צ הלוה ליתן למלוה של העכו"ם ע"כ והנה התומים סי' ע"ב כ' דאף בפקדון הפקעתו מותר וא"כ הרמ"א דכ' כאן דבפקדון שייך שעבודא דר"נ א"כ ה"ה בהלואה ועיקר הדבר אין נ"ל דאף דהפקעת הלואה מותר מ"מ כ"ז שלא נפקע ודאי חייב. שוב ראיתי כן בנחה"מ לעיל ר"ס ע"ו ואם תבעו בב"ד של ישראל ודאי דהב"ד מחייבין אותו וראי' ברורה לזה מהא דתרי דידעו סהדותא לעכו"ם ואזלו ומסהדי בערכאות אם אמת הוא אין חייבין וכ' הש"מ דאף ב"ד של ישראל היו מחייבין אותו וצ"ל דאף דמותר להפקיע מ"מ אם סמך על הב"ד אין מפקיעין ממנו כמו דאמרינן בקידושין גבי עבד עברי הנמכר לעכו"ם אי אתה רשאי לבוא עליו בעקיפין עיי"ש בתוס' אף למ"ד גזל עכו"ם מותר מ"מ כיון דסמך עליו אין לגזלו ובסמך אהימנותא דב"ד אין להטות עליו הדין וכבר כתבתי בסי' ע"ב ראי' דכ"ז שלא נפקע הוי חיוב גמור מהא דעכו"ם שהלוה לישראל על חמצו דלאביי אף בלא הרהינו אין הישראל עובר עליו ועיין מ"ש שם ובסי' צ"ה וברישׁ ה' גזילה ועיין תומים סי' צ"ז ס"ק כ"ג וגם העיקר כמ"ש הקצה"ח סי' קכ"ח דהשיג על התומים בפקדון וכ' דגם הפקעת הלואה אינו מותר רק היכי דיוכל לומר ליורש נתתי לאביך או אבי לא השאיר כלום שאפרע חובו:

סימן פז

א) אם הוא מודה במקצת. הקצה"ח ס"ק א' צידד בראובן שתבע לשמעון שתי פרות שאולות מסרתי לך והוא מודה בשתיהן ושתיהן קיימות רק טוען שאחת הוא בשאלה ואחת בשכירות אצלי ואח"כ נאנסו שתיהן אם חייב אח"כ שבועת התורה והיינו דאף דכ' הר"ן דאם בתחילה יצאה הודאה בפטור שוב אין כאן שבועת מודה במקצת מ"מ כאן לא יצאה הודאה בפטור דהא אמרינן בב"ק (ד' ק"ה) אמר רבה שורי גנבת והוא אומר ש"ח אני עליו ונשבע חייב קרבן שבועת הפקדון לפי שפוטר עצמו מגניבה ואבידה אלמא אף דעכשיו הם בעין מ"מ כיון דיש נ"מ לענין חיוב שמירה הוי כפירת ממון וה"נ כיון דיש נ"מ זו דאותה השכורה פטור מאונסין הוי כפירת ממון רק מ"מ כ"ז שהן קיימות אינו נשבע לפי מ"ש הש"ך בסי' ע"ג דבאומר ה' ימים עד הזמן ולוה אומר עשרה דצריך להמתין ה' ימים ואח"כ ישבע שאינו חייב רק חמשים וגם כאן כ"ז שלא נאנסו עדיין לא הגיע זמנם כן תוכן דבריו והרבה תמיהות יש לי בדבריו חדא דלמה דן על פרה השכורה דהוי כפירת ממון ולמה לא דן על השאולה דהוי הילך וא"כ ודאי יצאה הודאתו בפטור ושנית לפי מה שפסקו האחרונים בסי' ע"ג כהטו"ז דחייב תיכף לשבע עיין תומים שם וכי יצטרך ג"כ כאן לשבע והרי אין לך כפירת דברים יותר מזה והרי שם בב"ק מחלק רבא ואמר דאם נותנו לו מיד אינו חייב קרבן שבועה ורק אם עומדת באגם דלאו הילך הוא דדילמא אדמייתי לה מיגנב עיי"ש והרי במודה במקצת פסקינן דאף בעומדת באגם הוי הילך וגם פשוט דאם בא לדמותו לשם א"כ הרי התם אף אם באמת לא נגנבה חייב קרבן שבועה ולמה יפטור כאן ושם בש"מ מביא המחלוקת של הראב"ד והרז"ה דהראב"ד דייק משם דבקיימא באגם לאו הילך הוא והרז"ה מפרש דשם הטענה אם יש עליו חיוב שמירה וא"כ ע"כ כיון דקיי"ל דהוי הילך מוכרת לפרש כהרז"ה א"כ גם כאן יצטרך תיכף לשבע דזה טוען דעל פרה אחת אין עליו חיוב שמירת שואל רק של שוכר וא"כ ישבע מיד ואין זה ענין להך דהר"ן דיצאה בפטור גם לא להך דסי' ע"ג ועוד תימה דהא יש לו מיגו דכופר הכל דלא שייך אשתמוטי ולא אין אדם מעיז וא"כ ודאי אין כאן חיוב מודה במקצת גם לא הבנתי דהרי סותר דברי עצמו דלפי דבריו דנקרא תיכף כפירת ממון איך מדמה לה לדברי הש"ך בסי' ע"ג דשם טעמו של הש"ך דעכשיו אינו מגיע לו כלום רק שם לא שייך יצאה בפטור כמובן להמעיין גם מ"ש בס"ק ד' דמדברי הש"ך דכ' דאף דיש לו משכון לא הוי הילך משום דאם יאבד או יגנב ישלם לו מעותיו יש ראי' למ"ש דהוי כפירה כיון דאם יאנס עיי"ש פשוט דאין זה דומה כלל דשם אדרבה כונת הש"ך דהמשכון אינו של המלוה ואי דהוא מוחזק במשכון מ"מ אינו מוחזק בממון דעדיין

של לוה הוא דהא אף אם יאבד יצטרך לשלם ומיקרי הודאה במה שיצטרך לשלם אבל לא דיהי' כפירה כיון דיפטר אם יגנב. כלל הדברים שלא ראיתי שום מקום לדבריו ואך בעיקר הענין נראה דשם בב"ק לענין שבועת הפקדון ועיקר הקרבן משום השבועה ואף דלא חייבה תורה קרבן רק בכפירת ממון מ"מ כיון דיש רק איזה נ"מ בממון חייב קרבן וכמו עד מיתה אף דעיקר ביאתו לינשא והכתובה הוא רק כמו גורם דנוטלת ממדרש כתובה מ"מ חייב קרבן שבועת העדות כיון דיש רק צד ממון אבל במודה במקצת ודאי דבעינן כפירה מעליא וכתבתי עוד מזה במ"א כ אין לדמות כלל הך דב"ק לכאן ודו"ק:
מ"ש הקצה"ח לחלק בין גנב דנשתעבדו נכסיו לבין שומר דעדיין לא נשתעבד נראה קצת דממקומו הוא מוכרע דלמה יתחייב משום דילמא מיגנב וכן פסק הרמב"ם והרי לא הוי רק גורם אלא ע"כ דעיקר חיוב הקרבן הוא משום שעבוד נכסיו דכפר ואף דכתבתי בשם הרז"ה דכפירתו הוא חיוב השמירה פשוט דזה דגופו מחויב בשמירה אין ע"ז חיוב שבועה ולא עדיף מקרקע רק ע"כ דהוא על מה שנשתעבד נכסיו:
ב) חייב שבועת התורה. התומים הביא דברי הר"ן דכ' בתבעו נ' דהלואה ונ' דחבלה והוא כופר הכל אף דנשבע על החבלה ונוטל מ"מ לא הוי מודה במקצת משום דעדיין לא נשבע והקשה הא אף במודה בנ' דחבלה לא הוי מודה במקצת כיון דלא הי' יכול לכפור ולק"מ דהא הא דאינו יכול לכפור והנחבל נאמן בשבועה הוא ביש עדים שנכנס שלם ויצא חבול וא"כ לא גרע מהעדאת עדים שחייב שבועה דהרי הא דאינו נאמן משום העדים הוא ועיין מ"ש עוד לקמן ס"ק ח':
ג) ואמר לו הילך. נראה דאם מודה לו בפקדון שהוא ת"י בשאלה ואומר שעדיין לא כלה זמן השאלה וא"כ א"צ ליתן לו עדיין מ"מ נקרא הילך וראי' ממה דפריך בב"מ (ד' ה') מהא דתני רמי ב"ח שלש פרות וכו' והאפקדון הילך הוא ולא משני דעדיין לא הגיע זמן החזרה ושוב ראיתי כן בשע"מ ס"ק ד' והביא שם ראי' לזה:
ד) ואין נקרא הילך אא"כ וכו' מוכן בידו. הש"ך ס"ק ג' כ' דבפקדון אף שאין מוכן בידו דכל היכי דאיתי' ברשותי' הוא. הנתה"מ הקשה מפ' הבית והעלי' במכיר מקצת אבנים והשני אומר א"י הוי מחויב שבועה ואיל"מ הא הוי הילך ומתרץ דגזילה לא הוי הילך ושם איירי בפנינהו בגזילה עיי"ש יהנה אף דודאי הוא קושיא עצומה מ"מ תרוצו צ"ע ומצאתי בש"מ להיפך וכבר הבאתי ס"ק א' דפליגו הראב"ד והרז"ה בעומדת באגם ודייק הראב"ד מבק"מ (ד' ק"ה) דאמר רבא כי קאמינא בעומדת באגם ותי' הרז"ה דשם חיוב השמירה הוא הכפירה ע"ש ולדברי הנתה"מ אין כאן קושיא מעיקרא דשם בגנב לא הוי הילך אלא ע"כ דל"ש וקושייתו ראיתי שהשע"מ סי' רס"ד הקשה כן ומתרץ דאיירי

באין האבנים בעין כגון שמכרן ואף דהוא דוחק מ"מ בפנינהו בגזילה הוא דוחק יותר דהו"ל להש"ס לפרש כיון דאינו מבואר בשום מקום אבל באינו בעין מבואר בהרבה מקומות וגם השע"מ הביא עוד סמך לדבריו דאם הם בעין וזה אומר שלי הוא וזה אומר שלי הוא אין כאן חיוב שבועה ואני אוסיף דבזה טוען ברי וזה שמא בלא"ה ברי עדיף כשהם בעין אף דעדיין צ"ע בעיני דאיך יכול לתפוס מכח ספק וא"כ למה צריך לטעם מחויב שבועה ואיל"מ ורק כשאינם בעין י"ל קצת כיון דבעת שנטלם הוי דררא דממונא לא מיקרי חפיסה מספק אבל כשהם בעין ודאי צ"ע ודו"ק: ה) מוכן בידו. הנ"י הביאו הקצה"ח ס"ק ב' דגבי בגד כיון דיכול ליתן לו מאיזה מקום שירצה לאו הילך הוא וראיתי מקשים מב"נ (ד' ה') דאמר דשטר הוי הילך מטעם שעבוד קרקעות הא יכול ליתן לו מאיזה קרקע שירצה ונראה דלק"מ דשם השעבוד על כל הנכסים וכאלו כל הקרקעות בידו ובזה נראה הא דאמר אביי בפסחים ל"א למפרע הוא גובה והרי אין ברירה ואיך קנה למפרע ולמ"ש ניחא כיון דהכל משועבד מה שגובה אח"כ הוי רק גילוי מילתא דהרי הי' הכל בידו ודו"ק ודברי הנ"י יש עוד ליישב באופן אחר ולא רציתי להאריך:

ו) אם יתן לו משכון לא הוי הילך. הש"ך ס"ק ה' כ' דמשכון שלא בשעת הלואה הוי הילך וכ"כ הר"ן ע"כ וכבר כתבתי דלא כ' הר"ן כן רק דמשכון לא חשוב ממון היכי דצריך ממון לקנין דאמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן וה"נ לענין הילך עיין סי' ע"ב וכן מסברא דמשכון לעולם לא חשוב הילך דברשותי' דמרא קאי ולא יהיב לי' מידי אך התומים כ' דמשכון כיון שהוא ת"י ואין הלוה יכול לכפור לא תשוב מודה במקצת וראייתו לכאורה נכונה עיי"ש וא"כ במשכון אף בשעת הלואה אין כאן שבועה והש"ע כאן מיירי רק בנותן לו עכשיו:

ז) הודה הנתבע שאין זה כליו אלא שנתחלף לו צריך לשבע ש"ד ולמ"ד דמשכון מיקרי הילך לא גרע זה ממשכון. עיין קצה"ח ס"ק ו' וז"ל הטור (על מ"ש הרמב"ם חייב ש"ד) ואפשר שהוא סובר דמשכון לא הוי הילך ופי' הפרישה דר"ל דאפשר דאזיל לשיטתו דסובר דמשכון וכו' (ולק"מ מה שהקשה הקצה"ח) ותמהו על הטור מה לשין ואפשר דודאי לכאורה אם משכון הוי הילך לא גרע זה ממשכון ועיין תומים. והנה הש"ך פי' דנתחלף היינו דכלי שלו נאבד ולפענ"ד הוא דוחק דהו"ל לומר שאומר הנתבע הרי לך כלי אחר תחת שלך כי שלך נאבד ולכן נראה דר"ל שהיו אנשים אחרים אצלו ולקחו כלי שלו והניחו זה ומבואר לקמן סי' קל"ו דבנתחלפו כליו בבית המשתה וכו' לא ישתמש בהם ואך אולי כיון דבעל הכלי עשה החילוף שוב הוי כיאוש ומותר להשתמש וצ"ע בזה אכן דאם יבוא בעל הכלי צריך להחזיר לו אף דשלו נאבד כמבואר שם וא"כ הי'

אפשר לומר דאף למאן דס"ל משכון הוי הילך כאן גרע דאולי יצטרך להחזיר אך אולי לא חיישינן דשלו נאבד וזה דכ' הטור דאפשר הרמב"ם לשיטתו דמשכון לא הוי הילך או אפשר דכאן גרע כמ"ש ודו"ק:

ח) מתוך טענת הכפירה. הש"ך ס"ק י"ג כ' בשם הר"ן דאם תובעו נ' דחבלה ונ' דהלואה וכבר נשבע על חבלתו והוא כופר בכל חייב ש"ד וכ' הש"ך אבל לא נשבע לא אף אם ירצה עתה לשבע על חבלתו ומ"ש ונתבע כופר היינו דאומר שלא חבלו אבל מודה שנשבע ע"כ והשע"מ ריש הסי' תמה עליו דבהדיא מבואר בר"ן דאף אם נשבע אח"כ מהני וגם תמה על מ"ש הש"ך דמודה שנשבע הא יש לו מיגו דכופר בשבועה וכ' בקושיא השני' י"ל דמיירי דיש עדים שנשבע ובחפזו לא עיין דבהדיא כ' הש"ך דמודה או שיש עדים. והנה בש"ע אשר לפני דברי הש"ך שכ' אבל לא נשבע לא אפי' ירצה לשבע הם מסוגרים בין שני חצאי לבנה ועיין נתה"מ שתי' בדוחק גדול אכן לי נראה דהש"ך פי' דברי הר"ן דאף דאמת הוא דאף בנשבע אח"כ חייב ש"ד היינו שתובע שנית לפני ב"ד וזה שכ' הר"ן והוא עומד בתביעתו אחר שנשבע אבל תביעה ראשונה לא מהני ולפ"ז קושיא השני' פשוט דלק"מ דאין שייך כאן מיגו כיון דהברירה ביד התובע לשבע ולתבוע שנית א"כ אין לו מיגו ופשוט: ט) הודה במקצת וע"א מסייעו י"א שפוטרו משבועה. הש"ך ס"ק ט"ו הביא דברי התה"ד דעד מסייעו פוטר משבועת שומרין ומודה במקצת אף דיש ע"א המסייע לתובע ותמה הש"ך דלמה לא נאמר אוקי חד להדי חד והוי כאלו אין כאן עד ויתחייב ש"ד ועוד הקשה ביותר דהרי כן מבואר בסי' מ"ו גבי שבועת היסת דאוקי חד להדי חד וחייב שבועה ולא אמרינן דהעד פוטרו כיון דיש עד המכחיש כ"ש דאין פוטרו משבועה דאורייתא כשיש עד מכחישו עיי"ש. ונראה ליישב ע"ד הפלפול ומקודם נחרץ קושיית האחרונים במה דכתבו הפוסקים הובא כאן בש"ך ס"ק ט"ו בטעם דעד מסייע פוטר דיליף מק"ו דאם עד המסייע לתובע מביא את הנתבע המוחזק לשבועה כ"ש העד המסייע להנתבע המוחזק שיפטרנו משבועה וראיתי קושיא בשם הגאון בעל נו"ב דאדרבה ק"ו פריכא הוא דהרי כיון דחזינן דעד המביא התובע אם נשבע הנתבע נאמן וע"כ דהשבועה עדיפא מהעד וא"כ איך נאמר דאם הנתבע חייב שבועה יפטרנו העד מהשבועה הא השבועה חמירא ועדיפא ממנו. אמת כי קושיא זו נוכל לתרץ בקל דמה דהנתבע פוטר עצמו משבועה נגד עד הוא משום השבועה וחזקת ממון שבידו ושפיר העד וחזקת ממון פוטרו אך הקשו עוד האחרונים כיון דהעד אין בירור והשבועה מברר מנ"ל דעד יפטור משבועה כיון דעד אין מברר (אכן קצת כתבו דגזה"כ הוא דעד קם לשבועה בין לחייב בין לפטור) ואמרתי בזה דלכאורה צריך להבין למה לי הק"ו לפי

המבואר בטור אה"ע סי' י"ז גבי אשה האומרת לבעלה גרשתני דנאמנת מטעם חזקה דאין אשה מעיזה פני' בפני בעלה ומבואר בש"ס דהיכי דיש שני כתי עדים המכחישים זא"ז דאינה נאמנת דכיון דאיכא דמסייע לה מעיזה ומעיזה וכ' הטור שם דגם אם אין כאן רק ע"א המסייע לה מעיזה ולפ"ז קשה דהרי מבואר בש"ס דבמודה במקצת לולי הטעם דאין אדם מעיז הי' נאמן במיגו דכופר הכל וכן בכל שבועת השומרין כתבו הקדמונים דלכן אינו נאמן נאנסו במיגו דלהד"ם או החזרתי הוא משום דאין אדם מעיז ולפ"ז קשה כיון דיש לו ע"א המסייעו ומבואר בתומים דאף דבשנים לא אמרינן מיגו מ"מ בעד ובע"ד אמרינן מיגו דהרי העד רוצה לפוטרו והבע"ד מסתמא יסכים להעד כמו בכ"מ דבשני בע"ד אמרינן מיגו ולפ"ז הרי יש להנתבע מיגו דכופר הכל ונאנסו וא"כ ממילא פטור משבועה ולמה לי הק"ו ובזה אמרתי דבאמת א"צ ק"ו ופטור מטעם מיגו אך המיגו הרי לא מהני רק לענין ש"ד אבל שבועת היסת הרי אף כ"ה צריך לשבע ולכן כתבו מטעם הק"ו ולפ"ז מיושב קושיא הנ"ל של האחרונים דהקשו הא השבועה עדיפא מעד דמ"מ שפיר יש ק"ו דאם עד מהני לחייב שבועה דאורייתא כ"ש דמהני לפטור משבועה דרבנן דהרי העד עדיף משבועה דרבנן דהא בע"א אם אינו נשבע נחתינן לנכסי ובשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסי. וכשבאנו לזה קושיית הש"ך חדא מתורצת בירך חברתה דמה שהקשה נימא אוקי עד להדי עד לק"מ כיון דהטעם דפטור הוא משום מיגו דיכול להעיז לפ"ז אף דיש ע"א המכחיש הרי כבר כתבתי בשם הטור דאף בעד נגד עד דכיון דאיכא דמסייע לו יכול להעיז ושפיר אית לי' מיגו וממילא מיושב הקושיא מסי' מ"ו דשם גבי היסת דאין כאן מיגו שפיר אמרינן אוקי עד להדי עד וחייב שבועה ודו"ק ובזה ישבתי גם קושיית הקדמונים בפ' המפקיד גבי השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר דישבע השוכר שמתה כדרכה דהקשו דיפטרו השואל משבועה עיין בראש פ' שנים אוחזין ולפמ"ש לק"מ דשם דהשואל משלם אין להשוכר מיגו דלהד"ם והחזרתי כיון דתובע להשואל ודו"ק: והנה באמת קשה לי להסוברין דעד מסייע אינו פוטר למה אינו נאמן הנתבע במיגו ואך במודה במקצת י"ל קצת אולי אין העד רוצה לפוטרו מהכל כמ"ש התוס' כתובות (כ"ב) דאולי רוצים לאסרה לכהונה לכן אינם נאמנים במיגו דלא נתקדשה אכן בשבועת השומרין קשה אך כבר כתבתי בחידושי אה"ע דאין הכל מודים להטור או דאין סברת התומים הנ"ל מסכמת דמהני מיגו בעד ובע"ד ואך עוד י"ל קצת לפמ"ש התומים כאן ס"ק י' דעד אינו נאמן במיגו דהעזה ועדיף לי' לומר נאנסו מלומר להד"ם או החזרתי ודו"ק: והנה אף דכל מה שכתבתי הוא רק ע"ד הפלפול כי הי' בעיני לדבר רחוק מ"מ מצאתי סמך לדברי בבעל המאור ומלחמות ריש שנים אוחזין דהבעה"מ כ' דעד מסייע פוטר

וכדאמרינן לעיל גבי סלעין דינרין דמסייע לי' שטרא סיוע בעלמא ואף דלאו סהדותא מעליא הוא וכ' הרמב"ן במלחמות וז"ל דלא דמיא וכו' דבשטר איכא שנים ויכול להעיז וכדאמרינן דהיכי דמסייע לה מעיזה אבל בע"א לא אמרינן הכי ע"כ משמע קצת דאם הע"א הי' יכול להעיז הי' הרמב"ן מודה ודו"ק ואך לפמ"ש דעד מסייע הוא מטעם מיגו הוא דוקא אם יבוא העד מיד אבל בא אח"כ הוי מיגו למפרע ועיין נתה"מ בדיני מיגו בביאורים:

י) י"א הש"ך ס"ק ט"ו כ' דאף אם יש שני כתי עדים המכחישים זא"ז אם הי' חייב שבועה לולי העדים סילק עדותן וצריך לשבע והקצה"ח הקשה מסי' ע"א דכ' הש"ך שם דבשטר דשנים אומרים פרוע ושנים אומרים אינו פרוע בטל השטר ולמה לא נימא סליק עדותן והשטר בתקפו ולי נראה דודאי שטר דאין המלוה נאמן רק ע"י חזקה דשטרא בידי' מאי בעי והוי כעדי השטר אומרים דאינו פרוע ודאי דלא עדיף מד' עדים ותרי כמאה וא"כ בטל השטר והש"ך איירי בשבועה דא"צ לטעם חזקה ואך מ"מ לפענ"ד נראה דשבועת מודה במקצת דצריך טענת ברי של התובע לא עדיף ברי שלו מעדים אבל בשבועת שומרין דא"צ טענת ברי אז הנכון לומר אוקי תרי להדי תרי וצריך לשבע ועדיין יש לעיין בזה ודו"ק:

יא) שפוטרו משבועה. עיין ש"ך ובתומים פלפלו באם בא בתחילה ע"א וחייבו שבועה אם ע"א הבא אח"כ פוטרו אם נאמר דכ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים והקצה"ח כ' דהש"ך סותר עצמו עיי"ש ולדעתי חימה הוא לומר כאן כ"מ שהאמינה תורה ע"א דא"ב נאמר ג"כ דאשה ושפחה יכולים לחייבו שבועה דהרי כללא הוא כ"מ שהאמינה תורה ע"א אפי' עבד ואפי' שפחה נאמנים ועיין רמב"ם פ"ה מה' עדות ה' ג' כ' וז"ל כ"מ שע"א מועיל אפי' אשה ופסול מעידים חוץ מע"א של שבועה שאין מחייבין שבועה רק בע"א הראוי להצטרף עם אחר ויתחייב זה הנשבע ממון ע"כ וע"כ צ"ל דע"כ לא אמרינן כ"מ שהאמינה תורה וכו' רק היכי דמאמינים העד במה שאומר אבל ע"א המחייב שבועה הרי אינו מעיד על שבועה ורק מעיד שזה חייב ממון ואין נאמן להוציא ממון ורק יש ספק אולי אומר אמת לכן צריך הנתבע לברר בשבועה מש"ה אין אשה ופסול נאמנים וה"נ אין שייך כאן כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים ואם נפרש כן כונת הש"ך לק"מ מה שהקשו עליו מעד שאמר על בהמה שהיא טריפה דהתם נאמן הוא בדיבורו ותימה בעיני שהתומים כ' בשם הרמ"ה דגם כאן אמרינן כ"מ וכו' הרי הוא כשנים ולפענ"ד הדבר רחוק שיהי' מי שיאמר כן ואך גם על הש"ך קשה לי דכ' דלכן כ' הר"ן דכל שלא נעשה מעשה ע"פ וכו' משום דסובר עד מסייע אינו פוטר להכי איצטרך

לטעם שלא נעשה מעשה ע"פ דאל"כ הראשון נאמן כשנים ואני לא אבין האיך שייך כאן נעשה מעשה ע"פ דהרי לא האמינוהו כלל במה שאמר. ובנ"י בסוף דבריו כ' וז"ל דבשבועה כ"ז שלא נשבע אם בא המכחיש סותר עדותו ע"כ ויש לעיין בדבריו וטעם האומר דעד מסייע אינו פוטר נראה ג"כ מטעם זה לא אמרינן דקם הוא לשבועה אף לפטור דלא שייך התורה האמינתו לשבועה דלא מצינו דהאמינתו כיון דאין עדותו על שבועה ורק דמספק שמא אמת כדבריו צריך לשבע א"כ כל עדותו הוא רק כספק א"כ לא שייך דיפטור ודו"ק כי כל זה נראה ברור:

יב) דה"ה בנשבע ונוטל אם יש לו עד המסייע. הקצה"ח ס"ק י' נסתפק בנתחייב שבועה וגלגל עליו לשבע על קרקע ויש לו עד המסייע על הקרקע אם פוטרו כיון דבקרקע לא שייך הק"ו דאם מחייב כ"ש שפוטר דהרי אין נאמן בקרקע להשביע וה"ה דאין יכול לפוטרו ע"כ ודבריו אין מסתברים לפענ"ד דהרי הא דאינו מחייב לשבע על קרקע אינו משום גריעותא דעד דהא כל שבועה אין נשבעין על קרקעות וקרקע קיל דאין נשבעין עליו וא"כ שפיר יש ק"ו דמה במטלטלין יכול לחייב שבועה כ"ש בקרקע דקיל דאין נשבעין רק ע"י גלגול דיכול לפטור ופשוט. עיין תומים דאותן נשבעין ונוטלין דמן הדין אין להם ליטול כלל אין עד מסייע פוטר ונכון הוא וכן כ' גם הב"ח בתשובה הביאו השע"מ:

יג) אבל אם אין מאמינין אותו רק מכח מיגו צריך לשבע. הש"ך ס"ק כ"א הקשה מהא דכ' הרא"ש גבי המפקיד בשטר דנאמן במיגו דנאנסו לומר החזרתי וכ' דעד מסייע פיטר ומ"ש הנתה"מ אין ברור ויש להשיב עליו אך התומים ביאר כאן דבריו יותר דכיון דכבר פסקו חז"ל דבשטר ג"כ נאמן בשבועה במיגו דהחזרחי וא"כ לא לקח שטר רק שיהי' מחויב לשבע א"כ אין שייך בזה דאין העד מעיד על טענת המיגו ושפיר פוטרו העד ונכון ומה שהקשה הש"ך מדברי, המרדכי מיש ביד שמעון משל ראובן וטוען שמגיע לו מראובן עד כדי דמיו דנאמן בשבועה ועד מסייע פוטרו יפה תי' השע"מ דהרי יש לו מיגו לתבע ויביא עד וגם יטעון שאין ת"י כלום וממילא יהי' פטור משבועה דאין ת"י כיין דעד מסייע דעכ"פ מגיע לו ממ"א עיי"ש וק"ל: יד) י"א מי שחייב שבועה דרבנן. הש"ך ס"ק כ"ה הביא דהר"ם רקנטי מסופק במחויב שבועת היסת ואינו רוצה לשבע אם מהני תפיסת התובע והקצה"ח ס"ק י"ד הכריע מסברתו דלא מהני תפיסה ונעלם ממנו דברי התומים בשם הרדב"ז דכ' דמהני תפיסה וכן כ' השע"מ בשם הרמב"ן וגם מ"ש הקצה"ח דלא מהני תפיסה היכי דהספק בתפיסה עצמה גם בזה לא קיי"ל כן וא"כ פשוט דתפיסה מהני בזה ולפ"ז נדחה גם מ"ש הקצה"ח סי' ט"ו דאם שנים התובעים

זא"ז ולאחד יש שבועה דאורייתא ולהשני שבועה דרבנן דמי שיש לו שבועה דרבנן יכול לכוף להשני דיש לו ש"ד לשבע מקודם כיון דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסי לא יוכל לתפוס השבועה דאורייתא נגד שבועתו ולפמ"ש דמהני תפיסה ה"ה דיכול לתפוס השבועה וא"כ העיקר כמ"ש התומים סי' זה דאין יכול לכוף זא"ז כ"א בגורל ועיין מ"ש לעיל מזה:

טו) וכן הנשבעין ונוטלין וכו' אינו יכול להפכה. הש"ך ס"ק למ"ד הביא דיש פלוגתא בזה ויכול לומר קים לי כרש"י דיכול להפך וכ' דיש נ"מ עוד דאם ע"א מעיד בשטר שהוא פרוע דלרש"י יוכל להפך ולהרמב"ם דאין יכול להפך רק לומר הריני כשאר תובעים בע"פ וישבע הנתבע היסת מ"מ כאן דאין השבועה רק מחמת העד לא יוכל לומר השבע היסת דהריני כשאר תובעים דהרי אז יהי' לו עד מסייע ויפטרנו מן ההיסת אבל לרש"י דהשבועה מחמת העד יוכל להפך ואין העד פוטרו כיון דהשבועה באה על ידו ע"כ ועיין מ"ש לקמן ס"ק י"ז ומ"מ נראה דאף לרש"י אם פקח הוא הלוה יטעון השבע לי שלא פרעתיך ולא יביא העד וא"כ לא יוכל להפך דאם יהפוך יביא אח"כ העד ויפטרנו וזה פשוט ובזה פרשתי דברי רש"י דפי' גבי אי פיקח הוא מייתי לי' לידי ש"ד דנ"מ לענין נק"ח והקשו המפורשים למה לא פירש דנ"מ לענין היפוך כמ"ש רש"י גבי פוגמת דאמרינן סבר רמב"ח למימר ש"ד ופי' דנ"מ לענין היפוך ולמה לא פירש כאן ג"כ הכי ויהי' נ"מ לדינא ולפי הנ"ל ניחא דאם רצון הלוה שלא יוכל להפוך למה צריך כל טצדקי דשם ואנה פיקחותו הרי יכול לטעון השבע לי ואם ירצה להפוך יבוא עד המסייעו לכן הוצרך לנ"מ אחרת והארכתי עוד בחי' לאה"ע ודו"ק כי נכון הוא: ונראה דיש לצייר אופן דלהרמב"ם יוכל להפוך ולרש"י לא יוכל להפוך במפקיד בשטר וטוען החזרתי דהשבועה על הנתבע דאף להרמב"ם יוכל להפוך כמ"ש הנתה"מ והקצה"ח דיוכל הנפקד לומר השבע אתה שלא החזרתי לך כמו כל תובע בשטר כי איני רוצה במיגו וא"כ לא יוכל אח"כ המפקיד לומר השבע אתה דהרי הנשבעין ונוטלין אין יכולין להפוך (רק היסת) אבל לרש"י אם יאמר הנפקד איני רוצה במיגו והריני כשאר לוה א"כ גם המפקיד יוכל להפוך זאת השבועה דהרי הנשבעין ונוטלין ג"כ יכולין להפוך ואי דיאמר הנפקד הרי אני נאמן בשבועה במיגו דנאנסו וזאת השבועה אני מהפך עליך ז"א כמ"ש הנתה"מ ס"ק י' כיון דאינו נאמן רק במיגו דנאנסו וכמו שאין יכול להפוך טענת נאנסו ה"ה דאין יכול להפך טענת החזרתי דהוי כמו נאנסו דאל"כ אזדא לה המיגו וא"כ מוכרת הנתבע לשבע ודו"ק:

טז) אם יאמר התובע אי אפשי בתקנה זו וכו' וישבע לי הנתבע היסת שומעין לו. השע"מ הקשה דהרי הרמ"א פסק בהרבה מקומות כהמרדכי דאין יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים להוציא א"כ ה"נ איך יאמר אי אפשי לחייב הנתבע שבועה ע"כ ותימה על תמיהתו דהרי כאן אינו אומר אי אפשי רק לענין שבועתו ליטול ומבטלה מכל וכל ולא אמר המרדכי רק כמו לענין בינונית וזיבורית דכיון דחכמים תקנו לו הבינונית א"כ אין הזבורית משועבדים לו כלל ורק הבינונית אבל כאן התובע בא משני כחות דבכל נתבע צריך לשבע היסת וגם בא בכת השטר דהמלוה נשבע ונוטל וא"כ אף אם יתבטל השטר וכי נתבטלה תביעתו ע"פ וכן שכיר וכי גרע משאר תובע ודל תביעת השכירות הא תובע שמגיע לו כך וכך ופשוט:

יז) אי אפשי בתקנה. הש"ך ס"ק ל"ה כ' דדבר פשוט הוא ומה שכ' המהרא"י דבכתובות גבי אי פיקח הוא משמע דאף להיסת אינו יכול להפוך דאל"כ הא נ"מ לענין זה דאם יחייב ש"ד לא יוכל להפוך אף על היסת והש"ך דחה זה מכמה דחיות וכ' דלא הי' יכול שם לומר נ"מ זו דהא שם אין שייך דיאמר המלוה הריני כשאר תובעים וישבע הנתבע היסת הרי יהי' לו עד מסייע ויפטרנו והרי"ף דאמר דנ"מ לענין היפוך היינו באותה השבועה שנתחייב המלוה ע"י העד אין העד פוטר את הלוה אם יהפכה עליו וכן כ' הש"ך לעיל ס"ק למ"ד והקצה"ח השיג עליו מהא דכ' מהר"ם בתשו' מיימוני דבחשוד אין עד מסייע פוטר דאל"כ א"א יוציא ממון מהחשוד הרי דלולי הך טעמא הי' העד פוטרו אף דהשבועה שישבע ויטול הי' ע"י העד ע"כ ולק"מ וכבר הביא הש"ך דברי מהר"ם בס"ק י"ט ופי' הנתה"מ דהיינו בשבועת מודה במקצת ומ"מ אין העד פוטרו גם מ"ש הקצה"ח ראי' מדברי הגהות מיימוני דכ' דלכן לא פירש רש"י גבי אי פיקח הוא דנ"מ לענין היפוך משום דעד מסייע פוטר נראה ג"כ לפרש דברי הגהמ"י כמ"ש לעיל ס"ק ט"ו דיכול הלוה לומר השבע לי ואח"כ אם יהפוך יפטרנו העד ואם נאמר דדוחק הוא לפרש דברי הגהמ"י כן יש לחלק דשא"ה דכיון דיכול הלוה להשביע המלוה בלא העד לכן העד פוטרו ופשוט דאין לזוז מדברי הש"ך כי דבריו נכונים בסברא ג"כ ואף אי לא הי' אומרה הש"ך פשוט הוא דאיך יוכל העד לפוטרו והרי כבר עשה העד שלו וחייב את התובע שבועה ואיך נאמר דיפטור את הנתבע משבועת ההיפוך והרי התובע אומר הרי כל מה שאני נותן לך השבועה לפטור הוא ע"י העד ואיך יבוא לממון ואם הוא יפטור הרי תחזור השבועה עלי דע"ד שתפטור לא הפכתי עליך (ועיין בהגהות א"ב על דברי הסמ"ע ס"ק י"ח) וא"כ ע"כ תשבע וזה ברור בלי פקפוק:

יח) נפטר הנתבע. עיין ש"ך ס"ק ל"ה כ' וז"ל אבל התובע יכול להטיל עליו חרם סתם ויש נוהגין שהנתבע יאמר לו דור לי בחיי ראשך שקיל מחרם ואינו נראה דמאן לימא לן שהוא קל מחרם ע"כ ולפענ"ד נראה דממקומו הוא מוכרע דאם דור בחיי ראשך חמיר מחרם למה כ' הטור דהתובע יכול להטיל תרם עדיפא הי' לו לומר דיכול התובע להדירו בחיי ראשו ועכ"פ נשמע דלא חמיר מחרם וא"כ באם התובע רוצה להטיל חרם הרי ודאי דגם קבלת חרם יכול הנתבע להפך עליו רק דבימיהם לא היו נוהגין בחרם לנוכח א"כ לא שייך היפוך בחרם ואם הדרת ראש שוה לח' שוב הרי יכול הנתבע להפוך על הדרת ראשו ודו"ק:

יט) ואם השביעוהו בשבועה שצריכה נק"ח בלא חפץ וכו' הוי טעות בד"מ וחוזר. השע"מ נסתפק אם יכול אח"כ להפך והיינו דהרי נק"ח הוא רק משום איום מדרבנן א"כ שבועה השני' הוא רק מדרבנן ויכולים להפכה ולי נראה פשוט מלשון הש"ס והפוסקים דהוי כלא נשבע כלל ושוב ראיתי כי יש להביא ראי' לזה מס' יפה תואר שהביא בפ"ת ס"ק ל"ת ונראה עוד דלא שייך היפוך אתר שנשבע דהרי קיי"ל דמשביעין הנפקד שבועה שאינו ברשותו היכי דהמפקיד צריך לשבע כמה הי' שוה ואף דהמפקיד מאמינו מ"מ תשו רבנן שלא יהי' שם שמים מתחלל עיין לעיל סי' ע"ב וכ"ש כאן שכבר נשבע ועתה ישבע התובע להיפוך אין לך חילול שם שמים יותר מזה ואין סברא דיתקנו בזה חז"ל דיכול להפך ודו"ק:

כ) או שפסקו לו בשבועת היסת נק"ח הוי טעות בדבר משנה. והש"ך ס"ק ל"ת האריך להוכיח דגם בשבועת היסת צריך נק"ח והביא ראי' מהא דאמרינן בב"מ (ד' ה') השתא נמי דליתי' לדר' חייא נתייבו מדר"נ וקשה הא נ"מ דישבע בנק"ח ובר"נ א"צ נק"ח וע"כ דגם בהיסת בעי נק"ח והקצה"ח הקשה דס"ד דאף בהיסת משתבע כנגדו ושקיל וא"כ וכי שוטה הוא התובע שישביעו ע"י העדים ויצטרך הוא לשבע בנק"ח בודאי יאמר התובע אין אני רוצה בסהדי והריני תובע בלא עדים ואין על הנתבע רק היסת וממילא ישבע הוא ג"כ רק היסת ושפיר פריך נחייבי' מר"נ וא"צ התובע נק"ח עיי"ש והנה זה לק"מ דאם הדין כיון דיש עדים צריך התובע לשבע בנק"ח איך יאמר אי אפשי בעדים ולא אשבערק שבועה הקלה אכן היטב אשר דיבר השע"מ דאיך הדעת נותן כשיש על הנתבע החשוד שבועה דאורייתא צריך התובע לשבע שבועה זו בנק"ח ואם אין על החשוד רק שבועה קלה לא יצטרך התובע לשבע רק בלא נק"ח ויפסיד הנתבע יותר ע"י שבועה הקלה שיש עליו וע"כ דאם יצטרך התובע נק"ח כ"ש היכי דאין על הנתבע רק היסת משתבע התובע ג"כ בנק"ח ושפיר פריך נחייבי' מדר"נ וזה נכון מאוד לתרץ קושיית

הש"ך ואף דמצינו להסוברין דאף ש"ד מהפכין משתבע התובע בנק"ח ליטול וכשאין על הנתבע רק היסת ומהפכה גם התובע אינו משתבע רק היסת ולא בנק"ח היינו משום דהתם אין יכול הנתבע לומר להתובע השבע לי שבועה חמורה בנק"ח וטול דהתובע אומר השבע אתה שבועה קלה והפטר דהרי יכול להפוך עליו דבר שקל מן שבועה שלו ופשוט ודו"ק:

כא) כל מי שנתחייב שבועה וכו' יש לו להחרים. הטו"ז כ' דאף הנשבעין בטענת ספק צריכין לקב"ח קודם ובדברי הב"י בב"ה שהביא הש"ך ס"ק ל"ב לא משמע כן שוב ראיתי דהשע"מ דייק ג"כ כן משם לכן אקצר:

כב) אמרת ליתן לי מנה אין משביעין אותו. הש"ך ס"ק נ"א בשם מהר"ם כ' דבעני כיון דאין יכול לחזור בו אם כפר משביעין אותו והתומים הקשה דמ"ש מת"כ דכ' הרמ"א לקמן דכיון דלא נתחייב רק מחמת הת"כ אם כופר א"צ שבועה וגם אין לומר משום דאמירה לגבוה הוי כמסירה דאין זה אלא בחפץ מבורר עיי"ש והקצה"ח כ' דודאי נתחייבו הנכסים בהקדש באומר הרי עלי מנה כמבואר בב"ק (ד' ד') וה"ה באומר מנה לעני עושה קנין ונתחייבו הנכסים עיי"ש ועיין קצה"ח סי' רמ"א ובכל המקומות סובר דאף בדבר שאינו מסוים אמרינן אמירה לגבוה כמסירה עיי"ש והנה בזה ודאי הנכון עם התומים דאין שייך קנין רק בחפץ מסוים וכן הוא בכל האחרונים דלא שייך אמירה לגבוה בנדר רק בחפץ מסוים דהא נדר ומת אין יורשים מחויבים לקיים נדרו ועיין נתה"מ סי' ר"ן ס"ק ד' ומה שהביא ראי' מב"ק (ד' ד') אדרבה הא שם אמרינן באומר הרי עלי מנה לבדק הבית לא יהא אלא ב"ח משמע דגרע מחוב והא דיורדין לנכסיו הוא רק מטעם כפי' לקיים נדרו וכן מה שהביא מקידושין (ד' י"ב) דאם אמר הרי עלי עולה נתחייבו הנכסים ושעבודא דאורייתא אגב חורפי' לא עיין היטב דשם ביורשים הא ודאי נודר ומת פטורין ושם מבואר דאיירי ביולדת בהביאה חטאתה ומתה אי חייבין היורשין עולתה והוא מחיוב התורה ולא משום נדר אך ודאי חיוב יש עליו ועל נכסיו לקיים אף באומר והב"ד יורדין לנכסיו וכופין אותו לשלם ואך בת"כ ג"כ בודאי כופין וא"כ ודאי קשה קושיית התומים ומ"ש התומים דמהר"ם במנה מבורר איירי ודאי דאין לשון מהר"ם משמע כן וכן מתשו' מיימוני שהביא הקצה"ח משמע כהש"ך דאף במנה שאינו מבורר חייב לשבע והנה הי' נראה לחלק דבנדר לעני החיוב הוא משום גוף העני לכן הוי כחיוב גמור כיון דחיובו הוא מחמת המקבל והוי כשאר תובע אבל בת"כ האיסור רבע על הנשבע ויכול לומר להתובע מה לך בזה וכענין המבואר בסי' י"ב באחרונים בשם תה"ד דיאמר לו תדאג בזה נשמתי לכן אין להשביע מספק ואפשר דהוא כשאר איסור דאמרינן דאדם

נאמן על עצמו כמ"ש הרשב"א ואם יאמר האומר דאין זה רק סברת הכרם ואין בו כדי שביעה להנחת דעת מ"מ אין לחלוק על הר"ם והש"ך אך קצת קשה כיון דיכול ליתשל עלי' למה לא יהי' נאמן כדאמרינן בערכין גבי המקדיש נכסיו דלא חיישינן לקנוניא כיון דיכול למתשל עלה ואולי כיון דיש איסור בשאלה ועיין תשובת רדב"ז הביאו הפתחי תשו' ביו"ד סי' רכ"ת דחכם המתיר נקרא רשע לא שייך אי בעי מיתשל וצ"ע בזה:

כג) אין משביעין. הש"ך ס"ק נ"ב הביא בשם בעה"ע בע"א מעיד שנתרצה הנתבע להפוך השבועה שישבע התובע ויטול והנתבע כופר א"צ לשבע נגד העד ש"ד דלא הוי רק גורם לממון דמי יימר דמשתבע התובע ע"כ והשע"מ לקמן סעיף כ"ז גבי אמר נשבעתי דנאמן דכ' הטור דדוקא בשבועה דרבנן דתקנתא לתקנתא לא עבדינן אבל תובעו שנתחייב לו ש"ד ואומר נשבעתי צריך לשבע היסת והקשה הא מ"מ אינו רק גורם ומדברי הש"ך משמע דאין נשבעין על גורם עיי"ש שדחק ולי הדבר תימה דהא יותר הי' לו להקשות דהרי נשבעין על שטרות שבועה דרבנן שאינו ברשותו וא"כ איך מצינו דאין נשבעין על גורם דשטרות לא הוי רק גורם לממון אכן דברי בעה"ע הם פשוטים ודין זה מבואר בכמה מקומות עיין ש"ך לעיל סי' ע"ה ס"ק מ"ז דברי הטור בשם הרמ"ה דכל היכי דאין שנים מחייבין אותו ממון רק ע"י שבועת התובע בחד סהדא לאו מחויב שבועה הוא דכללא היא דאין ע"א מחייב שבועה רק היכי דשנים מחייבין אותו ממון להדיא ולא היכי דאף אם יהי' שנים יצטרך התובע לשבע ודו"ק:

כד) גזלתני או גנבת ממני וכו' נשבע. הטו"ז תמה מה בין זה לטענו עבדי אתה דאמרינן בקידושין (ד' כ"ת) דאין נשבעין ע"ז אדרבה מנדין לתובע והת"צ מתרץ בדוחק והתומים מתרץ דש"ס בספק איירי אבל בטוען ודאי גם שם צריך לשבע וזה יותר דוחק ובעניי לא אדע מה הי' להגדולים האלו ואין כאן קושיא כלל הגע עצמך באם טוענו עבדי אתה והוא מודה לו וכי נאמר דעבד הוא ומותר בשפחה ופטור ממצות שהעבד פטור כגון תפילין וכדומה והרי הדין פשוט דכל שהוחזק בשאר בשר שלשים יום לוקין וסוקלין על החזקה ותביעתו לא מעלה ולא מוריד רק הוא הוצאת שם רע ולכן מנדין אותו אבל תובעו גזלתני הרי אין התביעה רק ממון ואם יודה ישלם ולא יפסול כלל וזה פשוט:

כה) אבל אם עיקר התביעה משום איסור. עיין ש"ך ס"ק נ"ז ובסופו לענין אם טוען על אשתו שזינתה כ' הש"ך וז"ל ועוד דאי תובעת כתובה הבעל נאמן וכמ"ש הטור והמחבר סי' קנ"ד ע"כ ולא הבנתי דבריו דשם איירי בטוענת שאין לו גבורת אנשים דנאמנת מטעם אינה מעיזה ואז בתובעת כתובה לא מהימנא אבל בטוען הבעל שזינתה ודאי דאין נאמן

רק בטענת בתולים ביום ראשון לנשואין מטעם אין אדם טורח בסעודה. שוב ראיתי שגם על יתר דברי הש"ך השיג התומים עיי"ש:

כו) שנדר לה דבר באתננה חייב לשבע. וכ' הש"ך ס"ק נ"ח דבחייבי מיתות א"צ לשבע דפטור משום קלב"מ וכ' הקצה"ח דמ"מ אם תובעת אותו חמשים דהלואה וחמשים דאתנן ומודה באתנן הוי מודה במקצת דהרי חייב לצאת י"ש לכן הוי הודאה ולא אדע דמ"ש ממשביע העדים שהדליק גדישי בשבת דפטורין מקרבן שבועה והרי יועיל עדותן אם יתפוס ואף דהי' בידי לחלק מ"מ לא נראה לכן לא רציתי להאריך:

כז) וחייבוהו ב"ד. הש"ך ס"ק ס' השיג על מ"ש המבי"ט בראובן שתבע לשמעון שכבר עמד בדין ופסקו הב"ד שחייב לו ממון ושמעון כופר חייב לשבע והשיג עליו הש"ך דמאי איכפת לי' למהדר דינא עיי"ש מ"מ סיים הש"ך דאם טוען קבלת עליך בין לדין בין לטעות שיקיים כל מה שיפסקו חייב לשבע ור"ל דעתה לא שייך דלהדר ולדיינו דשמא זה אז זכה ע"י שהב"ד טעו ועתה יזכה התובע עיי"ש ולא זכיתי להבין דהא גבי נאמן הדיין לומר לזה זכיתי דפריך ולהדר ולדיינו ולמה לא מתרץ דאירי בקבל עליו בין לדין בין לטעות ועוד דכבר כתבתי לעיל סי כ"ב וכ"ה להקשות דמאי פריך להדר ולדיינו לשני דאפשר דהי טעות בשיקול הדעת וטוען הדיין שזיכה התובע והנתבע טוען שהוא זכה א"כ לא שייך דלהדר ולדיינו ולכן כתבתי דכלמצוין אצל דין מומחין הן לכן אין הבע"ד נאמן שטעה הדיין בש"ה ולמה יהא כאן נאמן שזכה ע"י טעות הב"ד וצ"ע לפענ"ד: כח) נשבע היסת ואח"כ הודה בעצמו במקצת אם הודה שלא ע"ד חשובה אינו נפסל לשבועה ע"פ עצמו. הסמ"ע ס"ק פ"ח כ' דר"ל דחוזר ונשבע כיון דהודה ששבועה ראשונה היתה שקר והקצה"ח כ' דודאי יכול לשנות מפטור לפטור ועיקר הטעם משום דחייב ש"ד והוא לא נשבע רק היסת ונכון כדבריו אכן אני תמה למה ישבע הא יש לו מיגו דכופר הכל דכאן לא שייך אין אדם מעיז דהרי כבר נשבע וא"צ אלא לשתוק ואף אם תובעו שנית חוץ דמסברא נראה כיון דכבר העיז אינו בוש להעמיד שקרו אכן בלא"ה הא מבואר באה"ע סי' י"ז סעיף ב' דאם זינתה שוב לא שייך החזקה דאין אשה מעיזה פני' שתהימן לומר גרשתני דמחמת בושה מעיזה וה"נ כיון דכבר נשבע ואף דבדוחק יש לחלק דשם איתרע רק החזקה דאינה מעיזה ואמרינן דמעיזה אבל מ"מ מיגו דכ"ה אין כאן דעדיף לי' לטעון ולהודות ולא להעיז דזה דוחק ובפרט לפי מה שכתבתי הרבה פעמים דודאי מי שרוצה לגזול מעיז ג"כ רק היכי דאין כונתו רק לאשתמוטי אינו מעיז לכפור הכל וזה לא שייך בנשבע כבר. ושוב עיינתי בב"י דכ' דלשון ונשבע אין נוח לי וצריך לדחוק ולפרש דה"ק מועיל שבועתו שנשבע כבר ולכן באמת לא העתיק המחבר

בש"ע כאן דצריך לחזור ולשבע ואך הסמ"ע והב"ח כתבו דדברי הב"י אין נראין דלמה לא יצטרך לשבע ולי נראה דאפשר כונת הב"י כמ"ש ואמת כי נראה לפרש דברי רב שרירא שהביא הטור דהיינו בהודה לפני עדים באופן דמהני ואח"כ כשבא לפני ב"ד שוב אין לו מיגו דהוי מיגו למפרע וצריך לשבע מטעם העדאת עדים ואך דברי הסמ"ע והב"ח משמע דמפורשים כפשוטו ואף בלא תבעו שנית ומ"מ צריך לשבע עד שתמהו על הב"י לא זכיתי להבין דעתם כי לפי ענ"ד נראה כמ"ש:

כט) אינו נפסל ע"פ עצמו. הש"ך ס"ק ע"ב כ' דמ"מ אם רוצה התובע נשבע ונוטל ולפמ"ש בס"ק הסמוך היינו באין לו מיגו ועיין תומים כ' והאריך דאין אדם משים ע"ר וכבר הארכתי בזה בחידושי לאה"ע סי' קט"ו דאין זה מוסכם לענין ממון ולא רציתי להאריך כאן בזה:

ל) שאביהם נתחייב נו בב"ד שבועה. עמ"ש לעיל סי' ס"ט דאף בנתחייב שבועת התורה היורשים פטורין:

לא) מי שתבעו חבירו שיחזיר לו ממון צדקה שהפקיד בידו וזה משיב שכבר החזיר פטור בלא שבועה. הסמ"ע ס"ק צ"ט חולק ע"ז דהרי הקדישות של זמן הזה נשבעין עליהם ולא כ' המרדכי רק בטוען אני החזקתי בידם לחלקם אבל בכופר חייב לשבע והתומים הקשה דאף בטוען החזרתי יש לו מיגו שהי' יכול לומר חלקתים לעניים עיי"ש ולי צ"ע בזה דהא הש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ה כ' דבשבועת היסת לא מהני מיגו גם יש לעיין דכ' דבזכיתי לחלקם א"צ לשבע היינו דהם בעין ורוצה לחלקם או בידוע שחלקם אבל באומר שחלקם ואין התובע מאמין לו מטעם דמי הרשהו לחלקם דמסר בידו ע"מ שיחזירם לידו אפשר דהוי כטענת אינו ברשותו בפקדון דצריך לשבע ובפרט דכיון דלא הרשהו מסתמא לא חלקם גם מ"ש הטו"ז על הסמ"ע דאף דנשבעין היינו כשהב"ד תובע לא אבין דכי כ"א מהקהל אינו בכלל הב"ד וכל מי שיודע בממון הוא התובע ואמת כי הב"ד יכולין לומר אנו רוצין לתבוע אבל כשאין הב"ד מוחין כ"א תובע גם מ"ש הח"צ בהגהותיו דהוי ממון שאין לו תובעין כיון דלא קייץ כדאיתא בסוף החובל לא זכיתי להבין דרק מדין פשיעה אימעיט מלשמור ולא לחלק לעניים והיכי דקייץ הוא בכלל לשמור אבל כשהוא בידו ודאי צריך להחזיר ושוב ראיתי דגם השע"מ כ' דהנכון עם הסמ"ע ויש לפקפק קצת בדבריו כי הלך בדרך רחוק וצ"ע בזה:

סימן פח

א) ותהי' הכפירה לפחות שתי מעין. הרמב"ם כ' ולפי שזה שצריכה להיות הכפירה שחי כסף הוא מדרבנן עשו אותה שחי כסף של ירושלים שהן מעין ולא שקלים ותמהו עליו

במה שכ' שהוא מדבריהם והא מקרא ילפינן לה וגם מ"ש ולא עשו אותה שתי שקלים ומשני דיליף מכלים שסגי בדבר חשוב ומעה דבר חשוב הוא (כפירש"י ועיין שם בתוס') ולי נראה בפשוט דקשה לי' להרמב"ם מה שהקשו התוס' הא מעה לא הי' בימי משה וא"כ מה מהני הא דמעה דבר חשוב כיון דלא מצינו בקרא פחות משקלים וא"כ ע"כ נילף דבעי דבר חשוב ואתא למעוטי פרוטה לזה פי' הרמב"ם דאם הי' בעינן שקלים הי' מפרש הקרא בפירוש וכיון דכ' בקרא דבר חשוב ע"כ לא מסרה אלא לחכמים שהם ישערו אותה ולכן בירושלים שערו אותה במעין וזה מדויק בדברי הרמב"ם דאל"כ למה הוצרך לומר ולא שקלים פשיטא כיון דכן תקנו מה"ת שקלים וע"כ דאתא למעוטי מקרא ור"ל דאי הוי ילפינן בדוקא הוי אמרינן שקלים גם בזה מיושב בש"ס הרבה קושיות וכן נראה שיטת רש"י ודו"ק עיי"ש:

ב) שתי מעין. הקצה"ח תמה על דברי התוס' דכתבו דשתי מעין פחות מש"פ לא מגרע שעור דשתי טעין והרי כל שעורין לא לגרעון ניחנו וכבר כתבתי בזה בחי' לאה"ע סי' כ"ח דהב"ח יליף מכאן דקידשה בפקדון ומצאה שחסר פחות מש"פ לא הוי חסר וציינתי לשבועות (ד' כ"ז) גבי נשבע על הככר שיאכלנה ושייר פחות מכזית והתוס' והר"ן בשם הרמב"ן הביאו ירושלמי דלא הוי שיור פחות מכזית ויש לחלק בין זה דעיקר דיהי' דבר חשוב לבין הא דאמרינן כל מדת חכמים כן הוא דמה דאינו חשוב ממון לא מגרע החשיבות:

ג) אבל תובעו שני כלים וכו' והודה לו באחד מהם חייב הקצה"ח ס"ק ד' הקשה דאם הוא בעין הוי הילך ואם אינו בעין אינו ש"פ כיון דצריך לשלם כסף ואין ב"ד נזקקין עיי"ש וכבר כתבתי בסי' ו' דהרמב"ם לשיטתו דגומרין אף בפחות מש"פ וה"נ הרי הש"ך כ' שם דבכלים נזקקין הב"ד אף דאינו ש"פ בתחילתו וא"כ כיון דהתובע תבע כלים הרי כבר נזקקו הב"ד ואחר שכפר ואינו בעין מ"מ הרי הוי רק גמר וגומרין אף דאינו בעין ואינו ש"פ ואך בזה לבי מהסס דנהי דהב"ד נזקקין מ"מ אין לשבע רק על כלי או ש"פ והנחה"מ כ' דבגזילה לא הוי הילך וכבר השגתי עליו בזה בסי' פ"ז ואך בלא"ה כאן אף דהוא בעין הרי יש לו מיגו דנאבדה הכלי וישלם עבורה ואף דאמר ר"ה משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו זה רק מדרבנן עיין לעיל סי' ע"ב וא"כ איך נתנה התורה שבועה כיון דיש לו מיגו ורק הקצה"ח כ' דאיירי בהלואה רק כ' שהוא דוחק ובזה יש ליישב קושיית התומים שהקשה במ"ש התוס' ב"ק (ד' ק"ד) בגוזל ש"פ ונשבע יוליכנו אחריו למדי והקשו הא אין נשבעין בפחות משתי כסף וחי' בקפץ ונשבע והקשה התומים למה לא תירצו דאיירי בכלי לפי מ"ש התוס' דאף כלי צריך שיהי' ש"פ ולפי הנ"ל ניחא דאם

הכלי דהודאה הוא בעין הא יש לו מיגו ואם אינו בעין שוב הוי כסף וגם א"ל דהודה בכסף וכפר בכלי דיש לו מיגו דהי' כופר בכסף ומודה בכלי והי' אומר שנאבד וע"כ דאיירי בקפץ ונשבע:

ד) מדבר מסוים. הקצה"ח ס"ק ו' הקשה גבי אשה ושתי אנשים שבאו ממדה"י וחבילה עמהם וכ"א אומר חבילה שלי וזה עבדי וזו אשתי והיא אומרת אלו עבדי וחבילה שלי דגובית כתובה מהחבילה הא הוי טענו חטים והודה בשעורים וכבר הקשה כן התומים סי' קל"ה ותי' דהיא מוחזקת והוי כתפס שעורים ולי נראה כיון דגם על חייב בא"י אם נתתייבתי ושם באם לא אישתעבוד נכסי עיי"ש:

ט) אם הודה בתמשים שבע"פ וכפר בחמשים שבשטר וכו' משלם הנ' שהודה ושל השטר ישבע בעל השטר ויטול עיין ש"ך ס"ק מ"ח הקשה יהא נאמן במיגו דהי' מודה השטר והי' כופר שבע"פ ומתרץ דכיון דלעולם השטר בתקפו והנתה"מ מפרש דבריו דלא מהני מיגו נגד שטר והא דבכל המקומות אמרינן מיגו הוא משום דכיון דהי' לו מיגו לא חשש להניח שטרו בידו עיי"ש ואין זה מובן ובטוען פרעתי במיגו דמזויף אף אם בשעה שפרע הי' יכול לקיימו מ"מ אמרינן דנאמן במיגו ואך כאן נראה כונת הש"ך דודאי אם הי' משיב אני חייב לך בע"פ רק כיון דיש לך שטר שהוא שקר לכן לא אתן לך אח הבע"פ עד שתחזיר השטר בזה ודאי דנאמן במיגו וכמו במשכון דנאמן להחזיקו בטענה שאתה חייב לי אבל ברוצה להחזיר תיכף מה שמודה ומה שבשטר אינו רוצה להחזיר בזה הוי כמו במי שיכול לגנוב משל חבירו ולא גנב ועי"ז רוצה להחזיק של חבירו במיגו שהי' יכול לגנוב ממון אתר וה"נ רוצה להחזיק מה שחייב ע"פ דין בודאי במיגו שהי' יכול לכפור ממון אחר ובכזה ודאי לא אמרינן מיגו מממון זה לממון אחר ודו"ק כי הוא אמת אף שהוא סברא דקה:

י) דשטר הוי כמו קרקע מ"ש הש"ך ס"ק מ"ט דרש"י ג"כ סובר דאם מודה מה שבשטר אף בלא קרקע הוי הילך עיין מ"ש בזה סי' ע"ה ס"ק ג' דלא משמע כן ברש"י שוב ראיתי שכן כ' התומים כאן:

יא) אבל אם אין יכול לקיימו לא הוי שע"ק. הוא מדברי הרמב"ן דאף דתחילת השטר הי' שע"ק מ"מ עכשיו הרי יכול לכפור ובס' שע"מ תמה דהרמב"ן בחי' ב"ב הביא ירושלמי דבעי אי ע"א בשטר זוקק לשבועה ופריך וע"א מילתא הוא ומשני במצאו לקיים ע"א ולא מצאו לקיים כתב השני ופי' הרמב"ן דבעי אי ע"א בשטר זוקק לשבועה דאפשר דאינו זוקק משום שע"ק ופריך וע"א מילתא היא מאי שע"ק יש בע"א ומשני במצאו לקיים וכו' ועכשיו אף דלא מצאו שע"ק הוא הרי אף דעכשיו אינו שע"ק מ"מ הוי שע"ק משום

דתחילה הי' שע"ק וה"נ תחילה הי' שע"ק עיי"ש. והנה מהנראה דשם לא איפשטא וא"כ לק"מ אך בלא"ה כבר כתבתי בסי' פ"ז דאין ע"א עדותו על שבועה כמ"ש הרמב"ם ועיקר ביאתו להצטרפו, עם השני ואין מקבלין כלל עדותו שהרי על ממון העיד רק חיישינן לדבריו ובעי שבועה וא"כ עיקר עדותו ע"י עד השני לכן שפיר י"ל דהוי שע"ק ועוד יש לחלק בא"א: יב) אבל כת"י אף שיש בו נאמנות. הש"ך ס"ק נ"א חולק ע"ז כיון דאין יכול לכפור הוי הילך והתומים תמה עליו דהא בהיו המזיקין שנים צריך לשבע ש"ד אף דהיו עדים ואין יכול לכפור וכ' שהוא ראי' ברורה ואחריו החזיק הנחה"מ ובעניי לא אבין דלמה הוצרך לחפש ראייתו מרחוק ולא הביא מר' חייא קמייתא דהעדאת עדים מחייב שבועה אף דקצת פוסקים פירשו דשם נתחייב מתוך טענתו הא הרמב"ם ורוב מהפוסקים לא כתבו כן וע"כ דרק עדים הבאין אח"כ יש בזה דין כמו הודה במקצת דג"כ אין יכול לכפור אחר הודאתו אבל שטר שהוא ביד המלוה קודם תביעתו אין כאן הודאה כלל והא דכ' הש"ך משום הילך אזיל לשיטתו דאף בשטר סובר דדוקא אם מודה מה שבשטר וכבר חלקו עליו וכן הב"י כ' הטעם דלא מיקרי הודאה עיין קצה"ח סי' פ"ז ודו"ק כי קצרתי. ואגב אזכיר דהתומים כאן העלה דכל שטר לאחר תקנת הגאונים דגובה ממטלטלי אין כאן שע"ק רק כיון דאין יכול לכפור פטור משבועה ותימה דלעיל סי' ל"א בשתי כחתי עדים דהאחת פסולין ומוציא שני שטרות מחתימות אלו שני כתות דגובה הקטן וכ' הרמב"ם והמחבר דצריך לשבע ש"ד ותמהו דלמה ישבע וכל התירוצים נדחו רק התומים כ' דהוא משום תקנת הגאונים וכאן הודה התומים דבאינו יכול לכפור פטור משבועה אף אחר תקנת הגאונים והקושיא שם תמו' מאוד:

סימן פט

א) השכיר. הש"ך ס"ק א' הביא דברי המרדכי דיש מחלוקת בין הפוסקים אם השכיר יכול להפוך השבועה על בעה"ב לומר השבע והפטר דר"י מיגש כ' דיכול להפוך ומהר"ם כ' דאין יכול להפך וכו' והש"ך השיג ע"ז דודאי אף הר"י מיגש סובר דאין יכול להפך דהנתבע יאמר את לית לך גבאי ולא מידי אי ניחא לך בתקנת חכמים השבע וטול ולא קאמר הר"י מיגש רק דיכול להפוך על היסת מטעם אי אפשי בתקנת חכמים ובזה ודאי אין חולק עליו עיי"ש. והנה אף כי מהנראה שדברי הש"ך נכונים בכונת הר"י מיגש והרי המרדכי עצמו כ' ונראה טעמו דכל האומר אי אפשי וכו' אף דיש לדחוק בדברי המרדכי דלהפך אותה השבועה ג"כ שייך אי אפשי דהרי אמרו בש"ס שקלוהו רבנן שבועה מבעה"ב ושדיוהו אשכיר וכמ"ש התוס' שם ד"ה עקרוהו דעל בעה"ב שייכא טפי אך מ"מ נראה דהמרדכי סובר שם דאין חילוק בין שבועה זו להיסת דבשניהם בעי

נק"ח לכן כ' סתם דסובר דיכול להפך אכן מ"ש הש"ך דאין חולק ע"ז ולפענ"ד נראה דמהר"ם במרדכי חולק אף על זה וס"ל דאין יכול להפך אף היסת ולא מטעם אי ניחא לך בתקנת חכמים השבע רק כיון דבעה"ב טרוד בפועליו ומהר"ם סובר כמ"ש התוס' שם בד"ה א"ה לשקול בלא שבועה דכתבו דרבנן תשבו אותו לודאי שוכח וא"כ אינו יכול להפוך ומ"ש דהכא לאו לטובת השכיר נתקנה ר"ל כמו שאמרו בש"ס א"ה נשקול בלא שבועה ומשני להפיס דעתו של בעה"ב וא"כ לאו לטובתו הוא דמן הדין הי' נוטל בלא שבועה כיון דבעה"ב טרוד וא"כ אין יכול להפוך וזה מוכרת בדברי מהר"ם דהרי כ' אמנם, אם השכיר אומר השבע לי שאינך יודע צריך בעה"ב לשבע משמע דוקא שישבע שאינו יודע יכול להפך אבל לשבע בברי שפרע אינו יכול להפך אף היסת וזה תימה על הש"ך שכ' שאינו חולק ע"ז והרי מבואר כמ"ש ודו"ק:

אכן הר"י מיגש סובר דאינו ודאי דשכח וכן נראה מדברי הרמב"ם שכ' בפ' י"א מה' שכירות וז"ל בעה"ב טרוד בפועליו והשכיר אליו הוא נושא נפשו וכו' הרכיב שני הטעמים הנאמר בש"ס וס"ל דלא חזר הש"ס מטעם כדי חייו שאמרו בתחילה וצריך שני הטעמים וכמ"ש כן הרבה מקדמונים ונראה דהיו מוכרחים לפרש כן משום דאמרו אח"כ בש"ס דהיכי דיש לו מיגו דלא שכרתיך נאמן משמע דאין זה ודאי דשכח ונראה עוד דמפרשי דהא דאמרו משום כדי חייו הוא רק משום חשש טרוד של בעה"ב ושמא לא פרע לו אבל אם לא הי' טרוד הי' די שישבע ולא ניחוש לכדי חייו דאין אנו חושדין אותו שישבע לשקר וא"כ כשפרע הרי יש לו לחייו וזה שאמרו בש"ס ומשום כדי חייו נקנסינהו לבעה"ב והיינו שהרי ודאי פרע וע"ז אמר דטרוד בפועליו וא"כ אף דרבנן לא חששו שמא ישבע לשקר ורק משום דפעמים משכחת שמחמת אונסו ישבע ולא יהי' להשכיר כדי חייו תקנו שישבע השכיר ודו"ק ולפ"ז ודאי להרמב"ם הנכון כמ"ש הש"ך דיכול להפך על היסת ואי"ה יתבאר עוד לפנינו בזה אי הוי כודאי שכח:

עוד כ' הש"ך בס"ק א' שם דאם טוען בעה"ב א"י אם פרעתיך פשיטא דנוטל השכיר בלא שבועה וכן הוא בטור דקמ"ל דלא תימא כיון דחשבוהו רבנן לטרוד א"כ הוי לא הו"ל למידע ויצטרך לעולם השכיר לשבע ודברי הב"ח דחוקים עיי"ש ואם נאמר דבאמת זה הוי כלא הו"ל למידע צריך לומר דאתא הטור לאפוקי מהך דיעה הסוברת דבלא הו"ל למידע אף בא"י אם פרעתיך פטור קמ"ל ומ"מ לדינא פשוט דלכ"ע נוטל השכיר בלא שביעה ואף להסוברים דבלא הו"ל למידע פטור ואף דכתבתי לעיל סי' ע"ב דהוי כלא הוי לי' למידע היינו בטוען ברי ואנו חושבין דשכח א"כ לא גרע אבל בטוען שמא פשוט

דחייב:מה שצידד בשע"מ בעבר זמנו דיש חזקה דאינו עובר בב"ת אולי גם בטוען א"י אם פרעתיך פטור לא נהירא ופשוט דחייב:

ב) אפי' הי' שכרו פרוטה. זה מדברי הרמב"ם שכ' פ' י"א מה' שכירות וז"ל אפי' לא יטעון רק פרוטה אינו נוטל אלא בשבועה ותמהו עליו דבה' טוען כ' דכל הנשבעין ונוטלין צריכין כפירת שתי כסף ועיין ש"ך ס"ק ב' ותירוצו סתום והתומים והנתה"מ פירשו דאם הי' שכרו יותר מב' כסף צריך שיכפור שתי כסף אבל אם אין שכרו שתי כסף אז נשבע אף על פרוטה וטעמו כמ"ש הראב"ד שם בה' טוען דמה יעשה העני הזה שהשכיר עצמו בפרוטה ע"כ והמעיין יראה שדבריהם רחוקים דאם שכרו שתי כסף ופרוטה וכבר קיבל שתי פרוטות אז לא ישבע על השאר ויטול ולא שייך בו כדי חייו ומה יעשה העני ואם הי' שכרו שתי כסף פחות פרוטה וקיבל הכל חוץ מפרוטה נאמן לשבע וליטול וגם מי נתן דברי חכמים לשעורין ועליך ע"כ לומר או דתקנו בשכיר אף על פרוטה או לא וגם יותר פלא דעיקר הקושיא לא תירצו כלל דהא בה' שכירות כ' דאף שאר נשבעין ונוטלין אפי' לא יטעון אלא פרוטה לא יטול אלא בשבועה אף דאין שייך בהם וכי ילך בפחי נפש אך גם מה שהבינו בסברת הראב"ד כפשוטו דמה יעשה העני הזה עד שפירשו כן בדעת הרמב"ם לחלק בין שכרו הרבה או מעט לא נהירא כלל לומר דכונתו להקשות על הרמב"ם דכי ילך בפחי נפש כפשט לשונו דכי הראב"ד למראה עיניו ישפוט לרמס בדין ואם בכל השבועות צריך שתי כסף מה לנו בזה דילך בפחי נפש אך כונת הראב"ד הוא כמ"ש הר"ן דאין שום סברא להצריך כאן שתי כסף דבשלמא בנשבע ונפטר כיון שאין כופר שתי כסף פטרה אותו התורה מהשבועה אבל מה שייך כן בשכיר וכי משום דשכרו פחות לא יטול וילך בפחי נפש והרי הוא מוכן לשבע ואם אינו דבר חשוב מהראוי שיטול בלא שבועה וזה סברא אמתיית ונכונה וכן מורה סוף לשון הראב"ד פ"ג מטוען שכ' והראי' שהביא הרמב"ם מהנשבעין בטענת ספק שצריך ב' כסף אינו דומה ששם נשבע להפטר ואך נראה דהרמב"ם סובר דעיקר השבועה הי' על בעה"ב כמ"ש התוס' שהבאתי בס"ק הקודם ואבאר עוד אי"ה לקמן ורק משום דטרוד עקרוהו לשבועה ממנו וכן י"ל בכל הנשבעין ונוטלין דוק ותשכח ולכן קאמר כיון דאין כאן כפירת ב' כסף ואין כאן שבועה על בעה"ב ממילא דלא נהפכה על השכיר וזה גם כונתו בה' שכירות שכתב בלשון שלילה אף דאינו רק פרוטה אינו נוטל אלא בשבועה ור"ל דס"ד כסברת הר"ן דיטול בלא שבועה וא"כ בעיקר הקושיא הנ"ל י"ל כמ"ש הכ"מ דאין כונת הרמב"ם שיטול אף בפרוטה משבועה קמ"ל דלא יטול ומה שסיים אלא בשבועה דמשמע דבשבועה עכ"פ נוטל כמו שדחה הש"ך דברי הכ"מ

י"ל דמשכחת דהיינו ביש לו עוד תביעה ליטול כגון שחבלו ג"כ ואז נוטל בשבועה אבל עיקר דבריו לאפוקי דלא תימא דא"צ לשבע כיון דאין שבועה פחות מב' כסף ודו"ק. ושוב מצאתי בשע"מ שמתרץ דברי הב"י שפי' דברי הרמב"ם דמשכחת ע"י גלגול וחמה עליו הב"ת וכ' השע"מ דמשכחת ביש על הנתבע שבועה ומגלגל עליו פרוטה של שכירות וממילא כיון דצריך לשבע נשבע התובע וצ"ע אם שייך גלגול כזה שאח"כ ישבע הוא ואכן קרוב דבריו למ"ש דעיקר צריך שיהי' על הנתבע שבועה ודו"ק:

ג) אפי' הי' השכיר תובע את הקטן ה"ז נשבע ונוטל. בספרי הרמב"ם שלפנינו הגירסא אפי' הי' השכיר קטן נשבע ונוטל ויען כי תמהו איך מוסרין שבועה לקטן לכן הגיהו כמו שהוא בש"ע והנה הי' נראה קצת ליישב הגירסא דר"ל דממתינין עד שיגדיל וישבע וקמ"ל בזה דכאן לא בעינן נתינה ג"כ בגדלות כמו במודה במקצת אך פשוט דהי' להפוסקים דוחק לפרש כן אך כעת ראיתי בשע"מ דעל מ"ש הרמ"א דהי' השכיר קטן נשבע בעה"ב כ' השע"מ דאחר שיגדיל הקטן ישבע ויטול ומה שצריך עכשיו בעה"ב לשבע הוא רק משום דאינו נותן לו מיד ויש בזה הדין דסי' ע"ג דאם יש הכחשה ביניהם בזמן וה"נ כיון דאינו נותן מיד צריך לשבע והשע"מ הולך בזה לשיטתו בכמה מקומות דכ' בסי' ע"ג דאם המורשה תובע והוא מהפך השבועה שהתובע יבוא צריך הנתבע לשבע על מה שמעכב המעות וכבר השגתי עליו בכל המקומות דאין הדין כן ויש ראיות לנגדו ואין להאריך:

ד) הי' השכיר קטן או עבד או חשוד נשבע בעה"ב. התומים ס"ק ד' הביא דברי הח"ץ דעבד כשר משביעין אותו והקשה עליו דבירושלמי איתא שבועת העדות נוהג בעבדים ושטרות וקרקעות ופריך וכי ב"ד מוסרין שבועה לחשוד ולפי דברי המ"צ מאי פריך דילמא איירי בעבד כשר ע"כ ולדעתי כל המפורשים טעו בדברי הירושלמי וכבר תמה התומים דהא שם העדים אין חשודים ואיירי בתובעו עבד או שטר ואין הבנה כלל לפירכתו וכי נותנין שבועה לחשוד גם בל"ז יש הרבה תמיהות לפי הבנת התומים ואין להאריך ורק מוכרח אני להעתיק דברי הירושלמי והוא בפ' שבועת הדיינים על משנה דאין נשבעין על עבדים ושטרות וקרקעות וקאמר שם עבר ונשבע ר' יוחנן אמר מביא קרבן על השבועה ר' לעזיר אומר אין מביא קרבן כן השיב ר"י לר' לעזיר לא אם אמרת בשבועת העדות שנוהגת בעבדים ושטרות וקרקע תאמר בשבועת הפקדון שאין נוהגת בעבדים וכו' ושבועת העדות לאו בב"ד וב"ד מוסרין שבועה לחשוד אלא בעבר ונשבע ואת אמרת מביא קרבן וכאן עבר ונשבע מביא קרבן ע"כ. והנה המפרש פני משה כ' דלא מצא ברייתא זו דלא אם אמרת ולי נראה דאם הי' ברייתא הי' פריך מינה בפ' שבועת

העדות במה דיליף פקדון מעדות במושבע מפי אחרים וגם בש"ס דילן משמע דשוה שבועת העדות לשבועת הפקדון גם בפלוגתא דר"י ור' לעזיר מפרש דאיירי בשבועת ביטוי דאל"כ הביא ר"י אח"כ סתירה לדבריו ויען כי דבריו דחוקים ויש להשיב הרבה לכן לא רציתי. להאריך בהם ואך עיקר הנראה בפירושו של הירושלמי ומקודם אבאר במה דכל המפרשים טעו בתיבת לחשוד דסברו דהוא בשוריק ובאמת פשוט דהוא בחולם כאשר אבאר וזה דפליגו ר"י ור' לעזר הוא אי חייב קרבן שבועת הפקדון בקרקע ומצינו פלוגתא זו בש"ס דידן פ' שבועת הפקדון רק דהוא להיפך דר"י סבר דפטור ור' אלעזר סבר דחייב ומצינו כעין זה הרבה פעמים וגם בש"ס דידן סובר דר"א סובר דנשבעין על הקרקעות ושם פשוט דתרווייהו סברו דאין נשבעין ומ"מ סובר ר"י דבעבר ונשבע חייב קרבן שבועה ור' לעזר ס"ל כיון דאין בו שבועה בב"ד אין בו קרבן וזה דפריך ר"י לר' לעזר א"כ בכ"מ דמדמה פקדון לעדות יפרוך מה לשבועת העדות שכן חייב שבועה בקרקע ואין לומר דאף בעדות אין נשבעין על קרקעות בזה אין לומר כן דמאי נ"מ בין מטלטלין לקרקע דהא אף במטלטלין אין ב"ד משביעין את העדים וזה דקאמר וכי ב"ד מוסרין שבועה לחשוד אותם ולהשביעם שלא יאמרו שקר וע"כ דבעבר ונשבע מביא קרבן וה"נ קפץ ונשבע מביא קרבן וזה נראה ברור בכונת הירושלמי ואין זה ענין לנידון שבכאן ולדברי המ"צ ודו"ק:

ה) בד"א כשיש עדים ששכרו. התומים כ' דאם הי' עדים בשעת שכירות אף דאינן לפנינו מ"מ נשבע השכיר עיי"ש טעמו ואין נראה דהא רב ששת פריך שם על מימרא זו דרב דאמר דוקא בשכרו בעדים פריך מברייתא דתניא שכיר בזמנו נשבע ונוטל אבל אמר שתים קצצת לי וכו' הממע"ה מדסיפא בראי' הוי רישא בלא ראי' ולדברי התומים דבשכרו בעדים א"צ להביא העדים א"כ מאי פריך דסיפא בראי' ע"כ דצריך אבל כאן הא א"צ להביא העדיסוע"כ דגם

כאן צריך להביאן ועיין נתה"מ חונק ג"כ על התומים:

ו) כשיש עדים ששכרו ושעשה עמו מלאכה. התומים כ' בשם הר"ן דאם מחולקים בקציצה ובעה"ב אומר שקצץ פחות ממה שדרך לשכור פועלים אין בעה"ב נאמן ע"כ וחפשתי ולא מצאתי דבר בר"ן ולא אדע טעם לחלק למה בעה"ב אינו נאמן ששכרו בפחות והשכיר נאמן ששכרו ביותר ואולי כונתו למ"ש הר"ן גבי א"ה אפי' קצץ נמי דכ' בשלמא אי הטעם משום כדי חייו בקציצה לא שייך כדי חייו דשכירות פועלים ידוע ומסתמא אין מחולקים רק במעט עיי"ש נראה כונתו פשוט כיון דסתמא אין חילוק גדול ביניהם לא תקנו בזה שישבע אף אם פעמים מחולקים בסך גדול ועיין שע"מ כ' ביותר

הא דבעי עדים ששכרו ולא סגי בראו שעשה מלאכה דהא אף יורד שלא ברשות חייב בעה"ב לשלם לו וכ' דאם אין עדים ששכרו נאמן שבחנם עשה עמו ובזה נראה דמיושב גם קושיית התומים דהקשה בתוס' ד"ה קציצה דהקשו דלוקי הא דתניא דבעה"ב נאמן דאיירי בשכרו שלא בעדים ותירצו דכאן אין שייך מיגו כמו כל מודה במקצת דאינו נאמן במיגו דכ"ה והקשה התומים דלוקי דיש עדים שעשה מלאכה דחייב לשלם עכ"פ פחות שבשכירות ושוב לא יהי' כופר הכל ולפענד"נ דודאי דוחק לפרש דהא דאמר אחת קצצתי הוא פחות שבשכירות דהלשון משמע דאף בטוען שקצץ לו פחות מ"מ נאמן ודו"ק אך זה נראה דאם יש עדים ואין יודעין כמה קצץ ובעה"ב אומר שפרע מקצת אף דיש לו מיגו דלא קצץ יותר ממה שהודה מ"מ הוי מיגו נגד מנהג אם הדרך לקצוץ שתים: ז) ושעשה עמו מלאכה. כבר הבאתי בס"ק הקודם דהקשו למה לי עדים ששכרו ועיין מ"ש שם בשם השע"מ והקצה"ח כ' דאם אין עדים רק על עשיית מלאכה לא עשו תקנת שכיר כיון דלא שכרו והתומים כ' דאפשר דגם התוס' ס"ל כן עיי"ש אכן בר"ן בסוף דברי רב שרירא גאון שהביא הש"ך ס"ק ו' שכתב וזה לשונו דרוב פעמים יוכל לברר שעשה עמו מלאכה משמע דבראו שעשה עמו סגי וכן מצאתי בפ"י בב"מ שכ' בפשיטות דמדברי הר"ן משמע דעדים שעשה עמו סגי ואף בעשה בלא דעתו עשו תקנת שכיר ולי נראה דאף אם נאמר דבירד שלא ברשות לא עשו תקנה מ"מ אם יודעין שעשה מלאכה אף באין עדים ששכרו לא שייך מיגו דהא הקשו התוס' וכל המפרשים דלמה נאמן במיגו הא הוי מיגו בדמי כיון דטרוד בפועליו ותי' דמ"מ יותר יטעון לא שכרתיך כדי שיאמינו לו וע"כ דברי לו שפרע אבל בראו שעשה מלאכה דאין לו רק מיגו שירד שלא ברשות ולא עשו תקנה אין זה מיגו דבזה הא לא שייך דיאמינו לו יותר ולא יחשדוהו בטרוד וא"כ הוי מיגו בדמי לכן דברי הקצה"ח ודאי צ"ע לדינא ואך הא קשיא בדברי רב שרירא הנ"ל הרי יש לו מיגו דעשה בחנם כמ"ש השע"מ ולפי מ"ש הש"ך סי' ע"ה, דמתנה לאו טענה מעליא הוא ואינו נאמן אלא במיגו אתי שפיר והשע"מ שם הביא דיש מחלוקת בזה: ח) אבל אם לא היו שם עדים. הש"ך ס"ק ה' כ' דבע"א ששכרו א"צ בעה"ב רק לשבע היסת כ"כ הרמב"ם והטור והקשה הא בטענת המיגו יצטרך לשבע שבועת התורה נגד העד ותי' דכיון דאינו רק תקנה במיגו כל דהו אוקמוהו אדינא והנתה"מ כ' דיש לו מיגו דאי בעי אמר עשית עמי בלא שכירות ופרעתיך ומ"מ נראה כהש"ך דהא משמע מלשון הש"ע דאף שעשה עמו מלאכה בעי שני עדים ובזה ודאי יקשה ביש רק ע"א למה סגי בהיסת וע"כ צ"ל כתי' הש"ך: ט) ואם הודה במקצת ישבע שבועת התורה. הסמ"ע ס"ק ט' הביא דעת ר"י דבמודה במקצת אף דאין עדים ששכרו אינו נאמן במיגו דהוי

מיגו דהעזה כמו כל מודה במקצת דאינו נאמן במיגו דכ"ה והקשו עליו דהא לאפטורי מממון אמרינן מיגו דהעזה כמו בעיזי דאכלו חושלי והי' נראה לתרץ ע"פ דברי הרשב"א המובא בקצה"ח סי' פ"ב דלכן אמרינן מיגו דהעזה דכל שאתה חושדו בגזלן מעיז ג"כ ולפ"ז י"ל דבעה"ב דרק מחמת שטרוד אינו נאמן אינו מעיז ואך כאשר עיינתי בזה נראה דהר"י מחלק בין העזה ממודה במקצת לכ"ה בין שאר מיגו דהעזה דאל"כ בלא"ה קשה על הר"י דכ' דלא אמרינן מיגו והרי אף בטוען לא שכרתיך הוי העזה כמו שכתבו כל הקדמונים דלכן פריך רבא לרמי ב"ח שבועת השומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה היינו כיון דאמרת מיגו דלא שכרתיך אף דהוי העזה שבועת השומרין נמי נימא מיגו ואף דקצת יש ליישב זה אכן בלא"ה הוא מוכרח דהתוס' שם בד"ה מתוך שיכול לומר להד"ם כתבו וז"ל ואין לומר דפריך כי נמי הודה יהא נאמן אההוא דנאנסו מתוך שיכול לומר אההוא דהודה להד"ם דא"כ תקשה לי' מכל מודה במקצת אלא ודאי התם לא שייך מיגו דאין אדם מעיז ע"כ ושם בסוף דבריהם כתבו אע"ג דאין זה מיגו טוב דאין אדם מעיז לומר להד"ם אבל נאנסו דאין חבירו מכיר בשקרו וכו' מ"מ פריך לרב"ח ע"כ ודבריהם תמוהים דסותרין עצמן תכ"ד דהרי כתבו דלא רצה להקשות ממודה במקצת לרב"ח מטעם דהוי מיגו דמעיז וע"כ דסברו דלכפור מה שמודה הוי העזה יותר מכל מיגו דהעזה וזה שכתבו בלשונם דנאנסו אין מיגו טוב ור"ל אבל מ"מ מיגו הוי לענין לאפטורי מממון ושם כתבו דלא שייך מיגו וזה ברור ולפ"ז אף דבעיזי דאכלי חושלי אמרינן מיגו בממון אבל במודה במקצת לא אמרינן מיגו כלל וזה נראה ברור לכל מעיין בסוגיא שם: י) הודה במקצת ישבע שבועת התורה. והנה האחרונים הקשו לשיטה זו דאף במודה במקצת נאמן בעה"ב במיגו דלא שכרתיך דהרי בב"ב (ד' מ"ה) בברייתא דאומן אומר שתים קצתי דקאמר אי דאיכא עדים נחזי עדים מאי קאמרו אלא דליכא עדים והקשו התוס' ואי בליכא עדים אמאי קתני רישא נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל הא יש לבעה"ב מיגו דלא שכרתיך ותי' ר"י דבמודה במקצת לא אמרינן מיגו וא"כ המחבר דסובר דאף במב"מ אמרינן מיגו הדרא קושיית התוס' לדוכתי'. וליישב זה נפרש קודם קושיית התוס' דהא לכאורה מה הקשו הא הש"ס לא קאמר רק דאין עדים ששכרו דאל"כ ודאי יודעין הקציצה אבל ודאי שפיר משכחת דהיו עדים שעשה עמו מלאכה ועכ"פ מחויב לשלם כיורד שלא ברשות אך כבר הבאתי בס"ק ח' בשם השע"מ דבירד שלא ברשות בעה"ב נאמן ולפ"ז יהי' קושיית התוס' כיון דאם מחולקים בעה"ב והשכיר אם ירד ברשות בעה"ב נאמן וא"כ קשה יהא בעה"ב נאמן במיגו דלא שכרו ואינו מגיע לו רק אחת או שפרע קצח ואינו מגיע לו רק אחת ולתרץ זה נציע הסוגיא בקיצור דרבה שם

סובר דאומן אף שראו בידו נאמן לטעון לקוח אם לא מסר בעדים ואין זה כדברים העשוין להשאיל ואביי פליג וס"ל דבראו הכלי בידו שוב אינו נאמן דסתם אומן נותנין לו לתקן והוי כדברים העשוין להשאיל וע"ז פריך רבא לאביי מהא דאומן אומר שתים קצצתי לי דכ"ז שהטלית ביד אומן נאמן וע"כ דהיינו במיגו דלקוח וע"כ אייריכה"ג דיש עדי ראיה וליכא עדי מסירה וקשה לאביי ע"כ תוכן הסוגיא ולפ"ז ל"ק מה שהקשו התוס': בנתנה לו בזמנו אמאי נשבע ונוטל יהא נאמן במיגו דירד שלא ברשות דהרי אביי ס"ל דסתם אומן נותנין לו לתקן וא"כ לא מהימן בעה"ב ג"כ דירד שלא ברשות ושפיר מוקי רבא אליבא דאביי דליכא עדים שמסר לו ומ"מ לק"מ קושיית התוס' אך קשה לרבא עצמו דס"ל כרבה דאומן נאמן בלא עדים ומוקי בלא עדים אמאי בזמנו נשבע האומן הא יש לו מיגו דלא שכרתיך ורבה לא ס"ל דסתם אומן נותנין לו לתקן כן תורף הקושיא על הש"ע: וליישב זה וגם לתרץ הרבה קושיות אשר קשה שם בסוגיא דמוקשה הוא מתחילה ועד סוף צריך להרחיב הדיבור ולתרץ גם דברי הרי"ף התמוהים מה שתמהו עליו כל הקדמונים דהנה הרי"ף כ' דלמסקנא קיי"ל כאביי דאף בלא מסרו לו בעדים אין האומן נאמן ואף דליכא גם עדי ראיה אינו נאמן האומן דחזקה דכל אומן נותנין לו לתקן והוי מיגו במקום חזקה ותמהו עליו דהא אביי משני התם דליכא עדי ראיה לכן אומן נאמן והוא קושיא עצומה. וליישב זה נראה ויבואר דאדרבה משם ראי' להרי"ף דהנה קשה במה דפריך שם רבא בהא דקתני כ"ז שהטלית ביד אומן המע"ה ה"ד אי דאיכא עדים נחזי עדים מאי קאמרו ולמה לא פריך לאביי בפשיטות למה מהימן דכיון דסבר דאף בליכא עדים אין האומן נאמן כ"ש באיכא עדים דבשלמא לרבא אייריבליכא עדים אבל לאביי קשה במאי מוקים לה וכבר הקשו כן התוס' גם הקשו וכי לא משכחת דלא ידעו העדים הקציצה או שכחו גם קשה וכי לא ידע רבא דיש לתרץ דליכא עדי ראיה כמו שתי' אביי גם קשה שם דאביי מתרץ לעולם דליכא עדים והוא דלא ראה ולמה לא משני בקיצור דליכא עדי ראיה ואי דאם איכא עדים שמסר נחזי מאי קאמרו זה כבר מתרץ רבא דהרי קושיא זו נחזי לאו לאביי קשה וכבר הרגיש הנתה"מ בכ"ז ונראה דלכאורה קשה דמאי פריך רבא אלא דליכא עדים וקתני אומן מהימן לומר ב' קצצת לי וקשה לאביי דאמר דאומן אינו נאמן לטעון לקוח וקשה דמאי מדמי בטען שתים קצצת לטוען לקוח דהרי כבר כ' הר"ן דלכן בטלית ביד אומן א"צ האומן לשבע משום דאף בנתנה לו הא דצריך לשבע הוא רק להפיס דעתו של בעה"ב ולכן כשהוא מוחזק א"צ לשבע דמפויס ועומד הוא וה"נ נאמר אף דאינו נאמן לטעון לקוח מ"מ שתים קצצת לי נאמן כיון דאף בנתנה לו נאמן בשבועה באם הוא מוחזק נאמן ואך נראה דלק"מ

דכ"ז דנאמן אף בלא שבועה משום דמוחזק היינו אם יש לו מיגו ונאמן לטעון לקוח אף שבועה א"צ אבל לאביי דלא מהני חזקתו ואף דיש לו מיגו וא"כ לא הוי כמוחזק כלל ס"ל לרבא דלא שייך מפויס ועומד דלשקול בלא שבועה ואך הרי מצינו להפוסקים וכן פסק הש"ך סי' ע"ב דאם יש עדים שבא לידו בתורת משכון אך אין יודעין כמה הלוה עליו נאמן המלוה בשבועה כמה הלוה אף דאינו נאמן לטעון לקוח משום דיש דררא דממונא דיודעין דבתורת משכון בא לידו. וע"פ הקדמה זו נתחיל לפרש הסוגיא דהכי פריך רבא אי דאיכא עדים שמסר בידו לתקן נחזי מאי קאמרו ואי דשכחו הקציצה א"כ דמי למשכון דצריך לשבע אף דאיכא דררא דממונא ולמה א"צ לשבע וע"כ דליכא עדים וקתני אומן מהימן ולמה נאמן וע"כ דחזקתו מהני מטעם מיגו דלקוח לכן מפויס ועומד הוא וקשה לאביי דס"ל דאומן לא מהימן במיגו אף בליכא עדי ראיה כמ"ש הרי"ף דאף בליכא עדי ראיה לא מהימן לטעון לקוח במיגו דלהד"ם או החזרתי דהוי מיגו במקום חזקה וא"כ ליכא לאוקמי בליכא עדי ראיה ומשני אביי לעולם דליכא עדים וכ"ש באיכא עדים דהוי דררא דממונא רק לעולם מצית לאוקמי אף בליכא עדים והוא דלא ראה ופליג על סברת רבא דס"ל דהיכי דאין לו מיגו לא שייך מפויס ועומד רק אף דאינו נאמן לטעון לקוח מ"מ כיון דנאמן החזרתי שוב הוי מפויס ועומד וא"צ שבועה. ומעתה מיושב כל הקושיות ואדרבה יש ראי' להרי"ף מדלא רצה רבא לתרץ דליכא עדי ראיה והיינו משום דס"ל דאף בליכא עדי ראיה אינו נאמן וכן אביי לא מתרץ רק דלכן נאמן שתים קצצת דאף בנתנה נאמן בשבועה והיכי דיכול לטעון החזרת מפויס ועומד וא"צ לשבע על שכרו אבל לקוח ודאי לא מהימן ולפ"ז גם על הש"ע ל"ק דלרבא יהא נאמן במיגו דלא שכרתיך דלרבא שפיר איירי ביש עדים ושכחו הקציצה ומ"מ מפויס ועומד הוא ובנתנה לו צריך לשבע ודו"ק כי הוא נאה ע"ד הפלפול. ואם לא ניחוש לקושיית התוס' דשמא שכחו עדים הקציצה יש ליישב דברי הרי"ף ביותר חריפות והיינו דנאמר דאף דבמשכון אף דיש עדים צריך לשבע היינו במשכון דאם אינו בידו אינו נאמן כלל אבל באומן דאף בנתנה נאמן בשבועה לכן אם הוא בידו א"צ לשבע כלל ביש עדים ואתי שפיר יותר מה דאמר רבא אי דאיכא עדים והיינו דאז נאמן האומן אך נחזי מאי קאמרו ודו"ק:

יא) בעה"ב אומר שתים קצצתי לך ושכיר אומר שלשה וכו' אע"פ שכבר נתן לו שתים בעה"ב נשבע בנק"ח. הש"ך ס"ק ט' כ' דנראה לו עיקר כהרי"ף דאינו נשבע רק היסת והא דאמר שמואל בזה ישבע בעה"ב איירי בלא נתן עדיין דהוי מודה במקצת ומה שהקשו על הרי"ף דאי שמואל במב"מ איירי א"כ מאי פריך שם לשמואל מברייתא דמשמע ואי לא מייתי ראי' פקע ואיך ס"ד דמודה במקצת לא ישבע כ' הש"ך דנראה לו עיקר כהרמב"ן

דקס"ד שאין מוסרין לו שבועה משום דטרוד עיי"ש והתומים הקשה דהרי כבר סתר הר"ן זה דאם נאמר דטרוד ואין יכול לשבע א"כ אינו יכול לשבע ומשלם ונראה דלק"מ דכבר כתבתי בסי' ע"ב כיון דבעה"ב טוען ברי ואנן אמרינן דטרוד אין לך לא הוי לי' למידע גדול מזה ואין אומרין בו מחויב שבועה וא"י לשבע משלם ואף דהוכחתי שם דהיכי דטוען ברי ומביא עצמו לידי חיוב שבועה ואנן לא יהבינן לי' השבועה חייב מדאמר שמואל הטעם דקציצה מדכר דכיר אף דלית לי' מחויב שבועה ואיל"מ וכן מרב דלא מגבי כתובה עיי"ש זה אינו פשיטות כ"כ דתקשה על הס"ד למה יפטור ודו"ק:

והנה הרמב"ם הסובר דנשבע בנק"ח נראה טעמו דכבר כתבתי בס"ק א' דסובר שני טעמים בשכיר דלא הוי כודאי שכח רק משום כדי חייו תקנו וכמו שכתבתי בס"ק ב' דעיקר השבועה הי' על בעה"ב ונראה שיטתו דהוא כמ"ש הרי"ף הביאו הש"ך ס"ק ג' דמשום כדי חייו הי' ראוי ליתן השבועה עליו רק משום דטרוד נתנו אותה לשכיר לכן אף במחולקין בקציצה שייך כדי חייו ופשוט:

יב) אומן ומר שתים קצצת לי וכו' כ"ז שהטלית ביד אומן נשבע בנק"ח ונוטל. הרמב"ן הביאו הש"ך ס"ק י' כ' דהאומן א"צ לשבע בנק"ח ול"ד למלוה על המשכון דאומן קונה בשבח. כלי וקנין גמור יש לו בה והר"ן הקשה דהא גם במשכון יש לו קנין כדר"י ויש סוברין דיש לו קנין אף לאונסין אבל אומן תנן דכל האומנין הם רק ש"ש ומתרץ הש"ך דודאי אומן יש לו קנין גמור והא דתנן האומנין ש"ש היינו בליכא שבחא דאגרי' לביטשי ולפענ"ד אין דברי הרמב"ן מתורץ בזה כאשר אבאר. והנה רציתי ליישב דברי הרמב"ן בפשיטות דהא דתנן אומן ש"ש היינו בחלקו של בעה"ב אבל בשבחו ושכרו קנין גמור יש לו ואף באונסין שנאנס הכלי מפסיד שכרו ואף דהקצה"מ סי' ש"ו כ' בפשיטות דבנאנס אף שכרו אין מפסיד כבר כתבתי עליו דאין זה מוסכם ובדברי הש"ך מבואר כאן ובסי' ע"ב להיפך דהא כ' דאומן עוד עדיף ממשכון ואומנין ש"ש הוא רק באגרי' לביטשי אבל ביש שבח יש לו קנין והפסיד שכרו והוא פשוט בדברי הש"ך סי' ע"ב וא"כ מיושב דברי הרמב"ן בפשיטות אך הדרנא בי דהא הרמב"ן שהביא הש"ך סי' ע"ב הקשה על רש"י דס"ל דמלוה קונה משכון לשון קונה הוא אף לאונסין והרי גם באומן אמרינן אומן קונה בשבח כלי ומ"מ תנן כל האומנין ש"ש ואם נפרש דהרמב"ן ס"ל דבשבח קנין גמור יש לו והא דתנן ש"ש הוא רק בחלקו של בעה"ב א"כ מאי הקשה על רש"י וע"כ דהרמב"ן מפרש דאומן ש"ש הוא אף בחלק שלו בשבחו (והוא כדברי הקצה"ח) וא"כ נדחה גם תרוצו של הש"ך ופשוט:

והנה הקשו עוד על הרמב"ן דאיך נוכל לאוקמי הברייתא דאתיא כמ"ד אומן קונה בשבח כלי הא איתא התם נתנה לו אחר זמנו נשבע ונוטל והיינו משום חזקה דאין בעה"ב עובר בב"ת והא מבואר בב"מ דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי אין עובר בבל תלין עיי"ש שדחקו ולפי דעתי נראה דלק"מ דאף דאומן קונה בשבח כלי מ"מ זה פשוט דאין לו קנין רק נגד שכרו ואם יש שבח יותר אין זה שלו וא"כ באומן אומר שתים קצצת לי ל"מ לדברי התומים שהבאתי ס"ק ז' דע"כ איירי שרוצה יותר ממה שנשכרין פועלים וא"כ שכר היתר אין שבח זה בכלי וא"כ ודאי דעובר ואף לפי מ"ש שם דלא משמע כן מ"מ סתמא דמילתא איירי ברייתא דיש פועלים הנשכרין כפי מה שאומר בעה"ב וא"כ תביעת האומן אין זה ניכר בכלי ובודאי בזה עובר בב"ת ובב"מ דאמר אי אומן קונה אין עובר הוא משום דסתמא איירי בנשכר כדרך הנשכרין וזה בעיני לדבר פשוט ואך אדרבה באם נימא דאתיא ברייתא כמ"ד אומן קונה בשבת כלי יתיישב בזה קושיית התוס' שהקשו למה אחר זמנו אינו נשבע ונוטל והרי הטעם משום חזקה דאינו עובר בב"ת וכאן הרי חזינן דעבר דהרי אותה אחת שמודה ג"כ לא פרע עיי"ש ולפי הנ"ל ניחא דדוקא במה שאינו מודה עובר אבל במה שמודה הרי אומן קונה בשבח כלי וליכא ב"ת ודו"ק כי נכון הוא. ומה שהקשו התוס' עוד דהא צריך לבעה"ב שני חזקות דאינו עובר ואין שכיר משהה וכאן הא שהה כבר כ' התומים בשם הנ"י דחזקה זו דאינו עובר בב"ת די שלא ישבע השכיר ויטול ורק כיון דאין שכיר עובר בבל תגזול הי' ראוי שעכ"פ ישבע בעה"ב לכן צריך גם לחזקה דלא שהה אבל כאן במב"מ דבלא"ה צריך לשבע ורק שלא יטול השכיר די בחזקה דאינו עובר בב"ת:

ואגב אבאר דבר אשר הוא תמי' בעיני בדברי התוס' שכתבו הרי עבר וא"ל דברשותו השהה ולא עבר בב"ח דאכתי צריך ב' חזקות וכו' ודבריהם מ"ש דברשותו השהה לא אבין כלל דא"כ אין כאן חזקה דאינו עובר לומר דפרע ומה לי דחזינן דעבר או דהרשהו וד' יאר עיני והתומים ס"ק י"ב ראיתי כעת מפלפל ע"פ דבריהם אלו מדבריהם שגבו ממני. ועל מ"ש הר"ן דאם האומן מוחזק א"צ לשבע דכל השבועה הוא להפיס דעתו של בעה"ב וכשאומן מוחזק מפויס ועומד הוא כ' הש"ך דהרי בקציצה קיימינן דאין השכיר נשבע כבר תמהו עליו דהא הברייתא אליבא דר"י דאף קציצה לא דכיר והנתה"מ כ' דהא הא דאמרינן להפיס דעתו של בעה"ב הוא משום קושיא וניתיב לי' בלא שבועה וכבר כתבו התוס' דקושיא זו לא קשה לר"י עיי"ש וזה ג"כ לק"מ דהמעיין בר"ן בתחילת הסוגיא יראה דאין סברתו כסברת התוס' ורק מכח תקנה פריך דליתיב בלא שבועה עיי"ש:

יג) שאינו יכול לטעון לקוח. הנתה"מ הקשה דלהדיעה המובא בסי' ע"ב דאם ידוע שבא לידו בתורת משכון אף דאין לו מיגו דלקוח נאמן לשבע כמה הלוה עליו וה"נ הא ידוע שבא לידו בתורת אומנות עיי"ש ועיין מ"ש ס"ק ז' ואך נראה דיש לחלק דמשכון ודאי עד כדי דמיו הוי דררא דממונא והרי יש פוסקים כתבו דמה לי משכון מה לי לקוח אבל אומן דיש קציצה וקצבה לשכרו אין סברא דלהימין עד כדי דמיו וכמו דידעינן דמגיע לו שכר ה"נ ידעינן דיש לבעה"ב איזה שיווי בהחפץ אם בעה"ב אומר שקצץ לפי מה שפועלים נשכרין:

סימן צ

א) הנגזל. הש"ך ס"ק א' הביא דהלח"מ הקשה למה כ' הרמב"ם דקנס הוא הא בכל חשוד שיש עדים על המקצת שכנגדו נשבע ונוטל ותי' הש"ך דכאן דאומר ששלו נטל לולי קנס לא הי' חשוד והתומים תמה מלקמן סעיף ה' דלא הי' בעה"ב בביתו דפטור והרי שם דלא קנסוהו וניחא לי' לבעה"ב שישבע למה פטרוהו משבועה ועשאוהו חשוד לטובתו ע"כ ולק"מ דאין כונת הש"ך שקנסוהו לשלם רק קנסוהו להיות חשוד לעולם כדמשמע לשון הש"ס וממילא שכנגדו נשבע ונוטל ומה שהוצרך הרמב"ם לומר בלשון קנס ולא אמר שעשאו אותו לחשוד כבר מתרץ הש"ך זה בתחילת הס"ק דנ"מ דלא קנסו בנו ובלח"מ מתרץ דאף היכי דאין עליו שבועה כגון שאומר הילך נשבע הנגזל ונוטל ובתומים ונתה"מ כתבו דאף ר"י מחייב בהילך כמ"ש בר"ן וא"כ מאי פליג את"ק עיי"ש ואין זה מוכרח בהר"ן דלא כ' זה רק לס"ד דש"ס גבי אומן למה א"צ לשבע דמודה במקצת ע"ז קאמר די"ל דאף בהילך מחייב אבל למסקנא דקאמר הש"ס דצריך לשבע י"ל דר"י אינו מחייב רק במודה במקצת ממש: ב) הקצה"ח הביא דברי הכנה"ג בשם הרדב"ז דיורשים שטוענים כך פקדנו אבינו שגזלתיו נשבעין ונוטלין ותמה הקצה"ח עליו ואמת אתו רק הכנה"ג דילג בדברי הרדב"ז ולשון הרדב"ז כן הוא דבפקדנו אבא אין נוטלין בשבועה אבל ביודעין בעצמן אף דבשכיר לא תקנו כאן א"צ תקנה דבחשוד שכנגדו נשבע ונוטל והעתיקו התומים סוף הסי' והתומים הקשה עליו למה כ' שהוא לא מכח דין המשנה והרי מבואר במשנה דאף שומר נשבע וכי גרועי בניו משומר עיי"ש ולא אבין דבמשנה בעה"ב חי ולדידי' עשו תקנה דאף שומר נשבע אבל במת סובר הרמב"ם דלא תקנו לבניו שישבעו ויטלו רק היכי דיש עליו ש"ד דנוטלין מדין חשוד דנשבע שכנגדו ונוטל והקצה"ח הביא בשם הרמב"ן דאף במת בניו יורשין כח האב ואף בכבר החזיר נשבעין בניו וכן בהילך לפי מ"ש הלח"מ והרדב"ז אין סובר כן וצ"ע לדינא:

ג) וכשיוצא ראוהו שהיו כלים תחת כנפיו. עיין ש"ך ס"ק ג' דכ"ז בראה אח"כ מקצת כלים בידו אף דאית לי' על השאר מיגו דלא נטלתי או החזרתי נשבע הנגזל אבל בלא ראו אח"כ בידו דיכול לומר דהחזיר נאמן במיגו והתומים השיג עליו והיינו דהרי אף בהחזיר אותן הכלים נאמן הנגזל על אותן כלים שאומר לא נטלתי לשבע וליטול והנתה"מ ס"ק ב' מסביר כונת הש"ך דאם לא ראה הרי יש לו מיגו להודות להתובע על כל הכלים שנטל והי' טוען שהחזיר והי' נאמן דהגוזל בעדים נאמן שהחזיר ע"כ ולא הבנתי דבריו דהרי כבר השיב התומים ע"ז דאף דודאי שלא החזיר יותר רק אותן הכלים שראו העדים שנטל מ"מ הרי שוב אינו מוחזק לגזלן דשמא לא גזל יותר ומ"מ נאמן הנגזל ליטול בשבועה וע"כ דהוי מוחזק לגזלן אף דהחזיר א"כ ה"ה בלא ראה בידו למה אינו נאמן הנגזל לשבע ורק דתאמר דלא עשו תקנה לנגזל רק לשבע שנטל אבל לשבע שלא החזיר לא האמינוהו א"כ אף בראה מקצת ולא החזיר אותן מ"מ על הכלים שטוען יותר ממה שראו שנטל אפשר דהחזיר א"כ יהא נאמן דשלו נטל במיגו דהחזרתי ומ"מ יש ליישב דברי הש"ך דודאי אף דהחזיר לפנינו כיון דבעה"ב נאמן שנטל יותר אין זו חזרה אבל בלא ראה נאמן שעשה חשובה והחזיר כל מה שנטל והוי כלא גזל כלל ועיין ס"ק שאח"ז:

ד) בעה"ב נשבע בנק"ח ונוטל. עיין ש"ך ס"ק ז' ודעתו דכל היכי דיש לו מיגו דלקוח כגון לדברי הטור דסובר דאף בנכנס לביתו למשכנו צריך ג"כ שאין בעה"ב עשוי למכור כליו ובעשוי למכור נאמן לטעון לקוח ה"ה דיכול לומר בחובי נטלתי והנתה"מ ס"ק ג' כ' דדוקא באותן כלים שראו העדים שנטל נאמן במיגו דלקוח כיון דאינו נגד החזקה אבל באותן שלא ראו דנאמן הבעה"ב משום דהוא גזלן שנכנס למשכנו והאמינו לנגזל לשבע וליטול בזה לא מהני מיגו עיי"ש והדבר תימה והוא נגד הסברא דאם נאמן על אותן שראו העדים לא יהא נאמן על אותן שלא ראו והרי אמרינן דאף דנכנס למשכנו מ"מ כיון דבעה"ב עשוי למכור י"ל דלא נטל כלל למה גרע אותן שלא ראוגניבה ולמה אינו נאמן במיגו דהשאלתים ותי' דמיגו להוציא לא אמרינן והקשו האחרונים דלעיל בדיבור הקודם כתבו התוס' בפשיטות דנאמן גנובים במיגו דהשאלתים ולפי הנ"ל לק"מ דלעיל בנכנס ריקם ויצא בכלים נאמן ולא הוי מיגו להוציא כמ"ש הסמ"ע דלא הוי מוחזק וזה ברור ע"פ דברי הסמ"ע:

והנה התומים הקשה על הסמ"ע דאם דוקא ראוהו נכנס ריקם א"כ איך שם הביאו התוס' ראי' מגודרות דאין להם חזקה ושם לא נכנס כלל ונראה דהנה בלא"ה צריך להבין דהרי לא כתבו התוס' דנאמן גנובים רק במיגו והרי בגודרות אין לו מיגו כלל ומ"מ נאמן ואין להמוחזק חזקה וח"ש המהרש"א דאם לקחם על הדרך אין כאן גניבה וס"ל להתוס'

דאם טוען שגנבם מביתו נאמן והיינו במיגו שלקחם מהדרך ע"כ לא זכיתי להבין דבריו דאיך יכולים להביא ראי' מגודרות ומנ"ל להתוס' דאיירי אף בטוען גנבתים מביתי וכן הסוברים דאינו נאמן גנובים במיגו דהשאלתים נראה דאינו נאמן לומר גנבתים מביתי כמ"ש הנתה"מ ס"ק ח' לשיטתם וא"כ איך פשוט להם דאף מביתו נאמן ולכן נראה דודאי סברו התוס' דאף בלקחן מהדרך הוי גניבה וא"כ הדרא קושיא לדוכחא דאיך נאמן בלי מיגו. ואשר נראה ברור דהחילוק בין גודרות לשאר דברים דכבר כתבו כל האחרונים דלא קיי"ל כהרי"ף דסובר דדברים העשוין להשאיל הם בחזקת מ"ק ורק דמ"מ המוחזק לא הוי מוחזק גמור ועיין ס"ק שאח"ז אבל בגודרות ההולכים בדרך מעצמן מבואר דהם בחזקת מ"ק ולכן אף בלא מיגו נאמן כיון דהם בחזקתו אבל דברים העשוין להשאיל דאין כאן חזקת מ"ק בעינן מיגו ולא הביאו התוס' ראי' מגודרות רק דלא תימא דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן א"כ זה הוי כחזקת ממון ואף מיגו לא יועיל ע"ז הביאו ראי' מגודרות דלא הוי זה כחזקה גמורה והראי' דלא מבטל חזקת מ"ק וה"נ עכ"פ היכי דאיכא מיגו באופן דנכנס ריקם דאינו מוחזק ומיושב קושיית התומים דהרי לא הביאו ראי' רק לנכנס ריקם דלא הוי מיגו להוציא ע"י אחזוקי בגנבי לא מחזקינן ודו"ק:

יב) הוחזק זה ונתפרסם לגנב וכו'. הסמ"ע כ' דמ"מ בעינן כל הנהו ריעותות והש"ך כ' כיון דנכנס ריקם אבד חזקת ממון שלו ואף בליכא ריעותא מהימן בעה"ב במיגו והתומים הוסיף דבכל דברים העשוין להשאיל עכ"פ הוא בחזקת מ"ק לענין זה דלא הוי מיגו להוציא וצ"ע אך קצח משמע כן בהרמב"ם דכ' דדברים העשוין להשאיל יכול גם לטעון הפקדתים לך והרי בזה מגרע לחזקת שאלה ומשמע דמכח מיגו נאמן ועיין סי' קל"ג ולא נפניתי כעת לעיין בזה:

יג) במיגו דהחזרתים לך דהגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדים. ובס' שע"מ הקשה דמ"ש מכל הוחזק כפרן ומחלק בין הוחזק כפרן בפני ב"ד להוחזק כפרן בפני עדים וכן כ' הקצה"ח בסי' ע"ט ולא ראו שכבר דחה התומים והעיקר דעל אותו שקר דלא ראינו לא אמרינן דמשקר דפושעי ישראל מלאים חרטות וניחא לי' דלא לקריא גזלנא:

יד) והיתה החבלה במקום דלא אפשר לחבול בעצמו. עיין תומים דאף בד"נ מהכי ידיעה בלא ראי' ועיין בחידושי לאה"ע סי' מ"ב דכל הפוסקים אין סוברים כן והארכתי שם בדברים נכונים לפרש שיטת הש"ס:

סימן צא

א) בעה"ב שאמר לחנוני חן לפועלי סלע. עיין סמ"ע וש"ך ס"ק א' דה"ה באמר תן לבני צריך החנוני לשבע ואף דאין משלם רק תשלום אחד והמחבר בסעיף ב' כ' דבאינו משלם

רק תשלום א' אין צריך לשבע התם משום דאין מפסיד כלום אבל כאן אף תשלום אחד אינו מחויב ע"כ והשע"מ הקשה דא"כ מאי הקשה לקמן הר"י אבן פלאט במתו פועלים וחנוני תובע דנוטל בלא שבועה מהוציא הוצאות על נכסי אשתו וממכיר כליו דישבע כמה הוציא והוצרך לתרץ דחזקה שליח עושה שליחותו הא מעיקרא לק"מ דשם במוציא הוצאות אם לא הוציא אף תשלום זה אינו מחויב עיי"ש ונראה דלק"מ דלכאורה אין מובן דמה לנו בזה דבעה"ב אינו מפסיד וכי משום דמחו הפועלים הריוח הוא לחנוני והרי אם לא נתן אין מגיע לו ודחי ממש לתן לבני ומה להחנוני בזה שהפועלים עשו אצל בעה"ב אך כונת הש"ך ע"כ צ"ל דכיון דכבר כ' הר"י אבן פלאט דחזקה שליח עושה שליחותו ומחויב מדינא אף להחנוני והי' מהדין דלעולם יטול בלא שבועה אך כיון דבעה"ב מפסיד דצריך ליתן לפועלים דין הוא שישבע והיכי דא"צ ליתן לפועלים דאין מפסיד נוטל בלא שבועה כפי הדין ובזה כ' הש"ך דתן לבני כיון דאם לא נתן מיקרי ג"כ הפסד לכן צריך לשבע וזה פשוט אבל קודם שמתרץ הר"י אבן פלאט חזקה שליח עושה שליחותו ומ"מ קס"ד דבתשלום אחד אין צריך לשבע אף דזה מיקרי ג"כ הפסד דאם לא נתן אינו מגיע לו שפיר הקשה ממוציא הוצאות ודו"ק. והי' לי מקום ספק באם אין הבן כאן דאין מכחיש להחנוני והוא לבדו תובע לכאורה לדעת המחבר בתשלום אחד דא"צ לשבע הוא משום דאין בעה"ב מפסיד וכאן הרי כ' הש"ך דמקרי הפסד כיון דלא הי' חייב כלום א"כ אף באין מכחיש צריך לשבע ואך לפמ"ש דאף באין מפסיד אין מהדין לשלם רק משום דנתחייב מן הדין לשלם וא"כ ה"נ כיון דאין הבן מכחיש חייב ליתן לו שוב לא מיקרי הפסד וא"צ לשבע לדעת המחבר:

ב) שניהם נשבעין. הש"ך ס"ק ג' כ' דאף בחנוני עכו"ם צריך הפועל לשבע והקצה"ח השיג ע"ז דכיון דעכו"ם חשוד ואינו נוטל וא"צ רק תשלום אחד אין הפועל צריך לשבע ואף להדיעה דחנוני חשוד נוטל בלא שבועה הוא רק מטעם חזקה דעשה שליחותו וזה אין שייך בעכו"ם דאין חזקה דאינו משנה בשליחות ע"כ. והנה אפשר לפרש כונת הש"ך דאיירי בעכו"ם אלם ומוכרת הבעה"ב ליתן לו שוב ראיתי שכן פירש הנחה"מ ואך לפענ"ד נראה דודאי אף בחנוני חשוד אין הפועלים נוטלין רק בשבועה ולא אמרינן דהיכי דאין משלם רק תשלום א' נוטלין בלא שבועה רק היכי דמדינא אינו משלם כגון שאין הפועלים כאן ואין תובעין דמתו וכה"ג אבל כאן דהחנוני עומד וצוח שכבר נטלו הפועלים ממנו א"כ ל"מ לשיטת המחבר דס"ל דבמתו פועלים נוטל בלא שבועה וה"נ כ"ז שאין הפועלים נשבעין יאמר החנוני דלא יטלו וממילא יטול הוא בלא שבועה אף דהוא חשוד ובע"כ צריכין הם לשבע ואף דכ' הש"ך דהחנוני נשבע תחילה היינו כששניהם

נשבעין ספיקו דפועלים עדיף דעבדי גבי' אבל ודאי מוטל עליהם שבועה אף שעדיין לא נשבע החנוני דהא כ' הסמ"ע ס"ק ד' דאין יכול לעכב עד שיבוא השני אבל מ"מ לא יעלה על הדעת דאם אין החנוני כאן שיטלו בלא שבועה לפי שעדיין לא נשבע אך אף לדעת הרמ"א דבמתו פועלים צריך ג"כ החנוני לשבע היינו דאין לו נאמנות בלא שבועה אבל לא דנאמר דאין טענתו טענה ופשוט בעיני דאם אין הפועלים נשבעין הדין דיהא המעות מונח עד שיבוא אלי' אף דהוא חשוד ומה שכ' הקצה"ח דבעכו"ם אין שייך חזקה שליח עושה שליחותו לפי ענ"ד נראה דעיקר הדבר לאו משום חזקה הוא דהא כבר תמה התומים דאין זה חזקה רק באיסור וגם שם רק לחומרא ואני אוסיף דהרי חזינן בסי' פ"ט דאף ביש עדים ששכרו צריך ג"כ עדים שעשה מלאכה אף דבש"ס אין נזכר מזה ולא אמרו דא"צ עדים מטעם חזקה וע"כ דאין זה חזקה והתומים דחה דברי הר"י אבן פלאט דכ' דיש לחנוני חזקה דעשה שליחותו ואך לי נראה כונתו דר"ל כיון דציוה לו ליתן א"כ סמך עליו שיעשה וחייב עצמו בזה (ומ"ש הר"י אבן פלאט דל"ד להוציא הוצאות דכאן חזקה וכו' כבר כתבתי בס"ק א' דעיקר כונתו דחייב מדינא וכיון דאין מפסיד א"צ לשבע) וא"כ חזקה זו שייך אף בעכו"סרק התומים כ' דמנ"ל דעשו תקנה נגד עכו"ם מ"מ ודאי דאין לחלוק עי"ז על הרשב"א שהביא הש"ך ובפרט להוציא ממון נגד סברת הש"ך ודו"ק כי זה ברור:

ג) או שמתו פועלים וכו' שהרי אין בעה"ב משלם אלא תשלום אחד. הש"ך ס"ק י' כ' דאף במתו פועלים יורשין גובין דהוי א"י אם פרעתי ופי' דברי הש"ע כגון שאין כאן יורשים עיי"ש ובעיני הדבר תימה דאי איירי בגר או כמ"ש הנתה"מ דבעה"ב הוא עצמו היורש א"כ מה יועיל זה דאינו משלם רק תשלום אחד והרי כבר כ' הש"ך ס"ק א' דהיכי דאינו מחויב כלל אף תשלום א' הוי הפסד ואך אף אם נחליט כמ"ש הש"ך דמחויב ליתן ליורשיו של פועל נראה דהיינו בבאין לתבוע ובענין שיש קצת דררא דממונא דהיינו שמת בקרוב לקבלת שכירתו אבל באין היורשים לפנינו לתבוע למה יש לנו לחוש שלא נתן וחזקה דאין שכיר משהה שכרו ואם לא הי' נותן מסתמא הי' בא מיד לתבוע וא"כ יש לפרש דברי המחבר כפשוטו דאין היורשין תובעין אך התומים השיג על הש"ך וכ' דאף אם היורשין טוענין אמר לנו אבא שלא נפרע אין זה טענת ברי שיוכלו לגבות אך הש"ך כבר כ' דטענת בעה"ב הוי א"י אם פרעתיך ולק"מ קושיית התומים ואך הנתה"מ כ' שבעה"ב יודע שאין מחויב רק תשלום א' זה מיקרי טענת ברי כמ"ש גבי ב' שהפקידו אצל אחד ועיי"ש ואף שאין זה דומה לשם דהא התם הדין דיהא מונח וכאן ודאי צריך ליתן לפועל ורק הנתה"מ כ' זה לדוגמא לומר דאפשר דאף ברי כזה מהני שלא נטעון להם

והנה לפענ"ד י"ל כן דהיינו אתר שנשבע כבר החנוני אבל קודם שנשבע ודאי דאין סברא דיהי' נתשב טענת ברי ובכה"ג לא כ' המחבר דאין החנוני נשבע כן הי' נראה לכאורה. שוב ראיתי בשע"מ כ' וז"ל דטענת בעה"ב נחשב קצת כטענת ברי כיון דאין מחויב רק לאחד ואם הי' הדין שמחויב להם הי' החנוני צריך לשבע כיון דמפסיד וכיון דנוטל בלא שבועה ע"כ דאין היורשים גובין עיי"ש ותימה בעיני כי עשה מן הסיבה מסובב ואדרבה הי' לנו לומר שיטלו היורשים והחנוני לא יטול רק בשבועה ועכ"פ נראה דאין היורשים מפסידים רק ע"י שבועת החנוני ודברי הש"ע כבר פרשתי וא"כ אין מהש"ע ראי' וצ"ע:

ד) וי"א. עיין ש"ך ס"ק י"ב העלה דעיקר כהרמב"ם דהיכי דפועלים אין תובעין נוטל החנוני בלא שבועה וכ' הש"ך דלא הוי כא"י אם נתחייבתי דמוקמינן ממונא בחזקתי' כיון דתשלום אחד מחויב בודאי ודבריו צ"ע לפי מ"ש ס"ק י' דאיירי באין להפועלים יורשין והוא בעצמו היורש א"כ אף תשלום אחד אינו חייב ושפיר הוי כא"י אם נתחייבתי ואך כבר פרשתי בס"ק הקודם באופן אחר וק"ל. ומ"ש הש"ך בשם מהר"י בן פלאט דיש חזקה שלית עושה שליחותו נגד חזקת ממון וא"כ ברי עדיף כבר הבאתי בס"ק ב' דהתומים השיג עליו דאין זה חזקה ופרשתי דעיקר כונתו דציוה לו ליתן ונתחייב בזה ואך מה שדימה זה להא דמשארסתני נאנסתי צ"ע דשם יש חזקה ממש ואפשר לומר דר"ל דכאן לולי הפועלים דהוי נגדם כא"י אם פרעתי אין כאן חזקת ממון כיון דמחויב תשלום אחד ורק משום דהפועלים מגרעין חזקתו ע"ז אמר כיון דחזקה שלית וכו' והוי כמו זרק לו חובו דלא הוי א"י אם פרעתיך עיין קצה"ח סי' ע"ה ושוב הוי גם לענין התנוני כמחויב תשלום אחד דאין כאן חזקת ממון. ומ"ש הש"ך ראי' מב"מ דכ"א יכול לתובעו מהדין ולא כמ"ש הרמב"ן דהוא רק טעם התקנה הקשו עליו דהרי בפ' כל הנשבעין לא תשיב רק אותן דמדינא אין נוטלין עיין תומים י"ל קצת דודאי הא דשניהם נוטלין אין מהדין רק הדין יהא מונח לפי מ"ש דהוי כזרק חובו דאף בפועלים אין זה כא"י אם פרעתי ולפ"ז י"ל אף להר"י ו' פלאט הוא רק טעם דתקנתא ודו"ק:

ה) בד"א בחנוני המקיף. הש"ך ס"ח ט"ו הביא בשם הב"ח דאם בשעת שכירות הפועלים המתום אצל החנוני ונתרצו לפרע מהחנוני אין להם על בעה"ב כלום והסכים עמו הש"ך והתומים השיג עליו דאף דאין יכולין לחזור ולומר רצונינו לפרע מן הבעה"ב היינו כשהחנוני פורע אבל כאן יאמרו כיון דאין החנוני פורע לנו אתה חייב עיי"ש ולפענ"ד סברת הב"ח והש"ך נראה דהנה הסמ"ע ס"ק י"א כ' דאף דהנמחה יכול לחזור אף במעמ"ש מ"מ כיון דהחנוני אומר דפרע שוב א"י לתבוע מבעה"ב וכן כ' העיטור רק הש"ך ס"ק י"ת השיג דהטו"מ ע"כ לא ס"ל כן. והנה סברת העיטור והסמ"ע נראה דהוא

משום דהרי בב"מ אמרו דהפועלים יכולין לומר לבעה"ב אנו עבידנא עבידתא גבך מאי אית לנו גבי חנוני לכן חייב להם אבל בהמתום במעמ"ש ונתרצו יכול בעה"ב לומר הרי אתם גרמתם במה שנתרציתם לקבל ממנו ועי"כ אני מוכרח לשלם לו ואם לא הייתם מקבלים הייתי פורע בעצמי ולא הי' מגיע לי הפסד אכן כונת החולקים נראה דהוא כיון דיכולים שניהם לחזור קודם שפרע א"כ לא מהני ההמחאה והוי כלא הומחה ולא גרמו לו הפועלים הפסד רק הוא גרם לעצמו וכ"ז ניחא היכי דהומתום אח"כ אבל אם בתחילת השכירות היו מוטלים על החנוני ונתרצו וא"כ ודאי על ידם מוכרח בעה"ב לשלם לחנוני שוב אין לפועל על בעה"ב כן נראה הסברא ועדיין יש לעיין בזה:

י) וי"א שגם זו שבועת היסת. הש"ך ס"ק כ"א תמה בזה כיון דהמחבר פסק לקמן כהרי"ף דבשלח למלוה ע"י שלית נשבע המלוה בנק"ח למה הביא כאן דיעה זו והתומים תי' דרק בשליח דיכול לומר החזרתי ללוה מיקרי טענתו טענת ברי ולכן צריך המלוה לשבע אבל כאן דאמר תן לפועלי ותני כזכי ואין יכול להחזיר לבעה"ב והוי נוגע גמור לא הוי טענת החנוני כטענת ברי לכן א"צ הפועלים לשבע בנק"ח ע"כ. והנה קצת קשה דא"כ אף היסת לא ישבעו ויש ליישב ודו"ק אכן זה קשה דהרי תן לא הוי כזכי רק היכי דבשעה שמסר בידו המעות אמר תן אבל כאן במעמ"ש משמע שכבר הי' המעות ביד החנוני ובכה"ג לא הוי תן כזכי ובתי' לאה"ע ה' חליצה כתבתי דמהטו"ז משמע דגם בשעה שמסר לידו שייך מעמ"ש אך לא משמע כן בפוסקים לקמן סי' קכ"ו ועיין מ"ש שם בזה:

ז) מי שהוציא הוצאות על נכסי חבירו נשבע כמה הוציא. הש"ך ס"ק כ"ג כ' לחלק בין הך לסרבן דצריך דוקא עדים דהכא הא הימני' והנה ביורד שלא ברשות בסי' שע"ה דידו עה"ת ומהימן בשבועה צ"ל כיון דיש שבת שיעור שתובע הוי ג"כ כמוציא ברשות לענין שיהי' נאמן בשבועה ועיין תשו' הרמ"א סי' פ"ו דהיכי דאין ידוע כלל אם הוציא אינו נאמן ובזה מיושב מה שהקשה התומים על הר"ן בס"ק ז' דהר"ן כ' דבמוציא הוצאות מדינא נוטל בלא שבועה והקשה דמ"ש מחנוני דמדינא אינו נוטל כלל דהוי א"י אם נתחייבתי ולפי דברי הרמ"א ניחא דשם עכ"פ ידעינן דהוציא ואין להקשות על הרמ"א מרועה דנאמן דהציל ברועים ומקלות דצריך בעה"ב לחזור לו מה שהוציא דהתם הוי ג"כ כיורד ברשות ומיקרי הימני' בשעה שמסר לידו לרעות גם איכא דעת שכינה ועיין בשע"מ וקצרתי ביען כי אין כאן מקומו להאריך ועיין לקמן ס"ק ט' מ"ש:

ח) ואם מודה בנ' נשבע שבועת התורה. הש"ך ס"ק כ"ז הביא דברי בעה"ת דכ' כיון דקיי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי לכן חייב בעה"ב לשבע והש"ך תמה דמה ענין דד"ג לכאן והקצה"ח פירש דברי בעה"ת דאיירי באופן דאף אם מודה בעה"ב אין החנוני נוטל

אלא בשבועה ומ"מ ס"ל דאם בעה"ב כופר צריך לשבע משום דכל הטעם דהסוברים דבעה"ב א"צ לשבע הוא משום דיכול לומר מי יימר דמשתבעת ומבואר בפ' שבועת העדות דמי יימר דמשתבעת הוי כגורם לממון והבעה"ת לשיטתו דפוסח כר"ש דדבר הגורם לממון כממון דמי לכן בעה"ב חייב לשבע עיי"ש. והנה בקצה"ח ס"ק שאח"ז וכן הנתה"מ פירשו דברי הר"ן שכ' דמי יימר דמשתבעת היינו אף אם צויתיך ליתן איני מחויב לשלם לך כ"ז שלא תשבע א"כ למה אשבע בחנם ולפ"ז אף אם גורם לממון כממון מ"מ א"צ לשבע ועיין מ"ש סי' פ"ז ועוד למה כ' הר"ן דאפי' היסת אין נשבעין דהרי בגורם לממון עכ"פ היסת בעי וע"כ כמ"ש דהוי שבועה בחנם וגם לפי דעתי אין דומה להך דפ' שבועת העדות דשם אין העדים חייבין קרבן רק באם יתחייב הנתבע מיד אבל כאן הרי החנוני מוכן לשבע ועיין מ"ש לקמן עוד ואך לכאורה הי' נראה לפרש דברי בעה"ת דלכן צריך לשבע דלפי דברי בעה"ב דלא ציוהו ליתן אז נוטלין הפועלים בלא שבועה לכן תובע את בעה"ב שגרם לו הפסד דאם הי' מודה שציוהו ליתן הי' הפועלים צריכין לשבע ומי יימר דמשתבעו ובפרט דלפי דבריו שכבר נתן להם ודאי דלא היו נשבעין לשקר וא"כ הוי גורם לממון והבעה"ת דס"ל גורם לממון כממון חייב לשבע והר"ן דסובר לאו כממון דמי אין זה הפסד במה שנתן להפועלים בלא שבועה ובפרט דהר"ן סובר דחנוני מדינא אינו נוטל ולכן התנוני צריך לשבע תחילה ואם לא ישבע נוטלין פועלים בלא שבועה לכן לא הוי רק גורם אכן המחבר דס"ל דאף החנוני נוטל מדינא וכ' הקצה"ח ס"ק ב' דלשיטתו אין התנוני נשבע תחילה ואף שדבריו צ"ע דלעולם הפועלים עדיפי מחיוב החנוני אבל מ"מ עכ"פ גם הפועלים אין דינן ליטול רק בשבועה וא"כ הפסידו ואך בודאי ג"ז צ"ע דשם העדים יודעין דהלוה חייב א"כ שפיר הוי גורם לממון אבל כאן יכול בעה"ב לומר מי יודע אך האמת אתך וא"כ אף גורם לא הוי ותימה על הקצה"ח דבסוף דבריו כ' סברא זו ובתחילה כשפי' דברי בעה"ת לא דחה בזה פרושו ויש עוד להאריך בזה ועיין בהגהות א"ב סי' פ"ז וצ"ע:

ט) אם לא נתן בעה"ב לחנוני קצבה וכו' החנוני נאמן לומר כו"כ נתתי בלא שבועה. הסמ"ע ס"ק כ"ב כ' בשם מהרש"ל דאף להסוברין דבחנוני לבדו תובע מ"מ צריך לשבע כאן ידוע שנתן ואכתי קשה מ"ש ממוציא הוצאות על נכסי חבירו דג"כ ידוע שהוציא ומ"מ צריך לשבע כ' הש"ך ס"ק כ"ט דשא"ה כמ"ש הטור כיון שאמר תן כל מה שצריכין כקצץ דמי ע"כ ולא אבין דגם בשדה צריך להוציא כפי מה שצריך להשדה והטור לא כ' דהוי כקצץ רק במה שכ' דחזקה שלית עושה שליחותו והוקשה לו דהא לא קצץ לו כמה יתן ומה עשה שליחותו שייך ע"ז כ' דהוי כציוה תן כך וכך כיון דציוה ליתן

כל מה שצריך הוי כקצץ ועשאו שליח על כל מה שצריכין. שוב מצאתי שכן הקשה התומים ונראה דכונת מהרש"ל לפרש דאיירי שלא נתן להם יותר מכדי שכרן המגיע להם ולכן א"צ לשבע וזה שכ' דאף להסוברין דהחנוני אף בתובע לבדו צריך לשבע מ"מ כאן דידוע שהוציא א"צ לשבע וזה ודאי נכון בפשוט דהא כבר ידוע מ"ש הר"ן דאף במוציא הוצאות מדינא א"צ לשבע וכאן ג"כ דידוע שהוציא א"צ לשבע ואף דשם תקנו שישבע היינו משום דאין הוצאותיו ידועין וכבר כ' הש"ך בס"ק א' דהיכי דאינו מחויב אף תשלום אחד הוי הפסד אבל כאן דלא נתן יותר מהמגיע להן ואין בעה"ב מפסיד א"צ שבועה דידוע שנתן אף דאין ידוע אם נתן הכל ודוק כי הוא נכון. ובזה מובן דברי הרמ"א דאם אמר שנתן יותר משכרן צריך לשבע וא"כ יש לפרש דברי הרמ"א מ"ש וי"א דאף אם הפועלים כאן היינו אף במודים שנתן להם כל כך מ"מ צריך לשבע ומיושב לשון אף שכ' שהש"ך בס"ק למ"ד כ' דאינו מדוקדק גם למה כ' לשון י"א ולפמ"ש קאמר די"א דאף דמודים מ"מ לא מהני עדותן שיטול בלא שבועה ובזה אפשר דיש לפרש דברי הטור שכ' דחזקה שליח עושה שליחותו והקשו עליו מה צריך לטעם חזקה גם מה טעם הוא לפוטרו משבועה ולפי הנ"ל י"ל דאף דידוע שנתן קצת לא יחויב שנתן הכל ע"ז אמר מסתמא כיון דאמר כל מה שצריכין חזקה שנתן הכל והפועלים קבלו ממנו כך ואף דאולי לא כונתי האמת בדבריהם וגם הש"ך לא כ' כן בס"ק למ"ד מ"מ לדינא אפשר דכונתי להאמת וכן מורים דברי התומים לדינא:

י) קטן ששכר פועלים וכו' ולהרמב"ם הפועלים נשבעין ונוטלין אבל לא החנוני. הקצה"ח ס"ק ט' הקשה כיון דאין חנוני נוטל למה צריכין הפועלים לשבע עיי"ש והנה י"ל כיון דמ"מ, החנוני מכחישן צריכין לשבע עיין מ"ש ס"ק ב' אך מ"מ לכאורה כיון דכ' הרמב"ם דהחנוני הפסיד על עצמו שנתן ממונו ע"פ הקטן לא הוי כתובע כלל כיון דאין להקטן הנאה ואך נראה דגם מה שנתן החנוני מיקרי הנאה לקטן ואך מה שא"צ הקטן להחזיר לו נראה דמצינו כה"ג בב"ב (ד' ת') דר"פ רמא כריא חדתא איתמי א"ל ר"ש ודילמא לא מדויל א"ל אי לא מדויל מהדרנא נהלייהו והרי מותר בנכסי יתומים לחוב ע"מ לזכות וע"כ דאין זה זכות גמור וא"כ איך לקח מהם ע"כ דהוי הנאה שלהם ומ"מ אי לא מדויל צריך להחזיר וה"נ אף דגם נתינת החנוני מיקרי הנאה מ"מ אי, לא מהני להו שצריכין אח"כ ליתן לפועלים אזלא הנאתן וא"כ מה שלא נתחייבו ליתן לפועלים הוי הנאה ומחויבים לשלם לו וא"כ ע"כ צריכין לשבע ואין נפטרים ממנו רק ע"י שבועתן שנוטלין מהם ודו"ק:

סימן צב

א) נקרא חשוד מי שנשבע לשקר אחד שבועת העדות. עיין תומים מה שתי' דברי התוס' דס"ל דאף בזמן, קרוב יכול לומר אישתלי עיי"ש והנה התומים הביא קושיא בשם בה"ז בכריתות, (ד' י"ב) דאמר מודה ר"מ (אף דאית לי' עדים מחייבין אותו קרבן באכלת חלב) לחכמים באומר לא ידעתי לך עדות דפטור דיכול לומר לא נתכונתי לעדות וקשה בלא"ה הא יכול לומר אישתלי ואיך מחייבין אותו קרבן ונראה דהנה כבר כ' הנתה"מ דכל היכי דנשבע היפך האמת לא אמרינן אישתלי ורק בשבועת העדות דשבועתו הוא שאינו יודע ואם באמת שכח נשבע אמת לכן אמרינן דשכח וא"כ כאן דנשבע לא ידעתי וזה היפך האמת לכן לא אמרינן דשכח ואך עדיין יש לעיין בזה דהרי מה שאומר בלשון ידעתי אין זה נ"מ לתובע דהרי העיקר הוא מה שאינו יודע עכשיו וא"כ תופסת הלשון שאמר לא ידעתי בלא"ה אינו מביאו לידי קרבן אכן נראה דהש"ס לא איירי כלל בענין שבועת עדות רק בשבועת ביטוי והראי' מדנקט לשון לא ידעתי וזה הלשון אמר ג"כ בשבועות (ד' כ') לענין שבועת ביטוי ובכל פ' שבועת העדות נקט לשון אין אנו יודעין וע"כ דאיירי בשבועת ביטוי וכן התוס' שם דהקשו איך עדים מחייבין אותו קרבן הא חייב חטאות אין ממשכנין אותו ותי' דשם לא ניחא לי' בכפרה אבל באומר לא אכלתי וסובר דאינו חייב ממשכנין וקשה מאי יעשו בדברי אביי דהרי בשבועת העדות ע"כ החיוב קרבן במזיד הוא וא"כ מאי אשמעינן אביי דמודה ר"מ הא בלא"ה אין ממשכנין בשבועת העדות וע"כ דאיירי בביטוי (אמת כי בדברי התוס' יש לעיין דבב"ק שם משמע דלאו מטעם דלא ניחא לי' בכפרה אין ממשכנין רק מטעם דמסתמא הוא עצמו לא ישהה כפרתו וכבר כ' הרמב"ן הביאו המ"מ ה' מעשה הקרבנות דבעבר ג' רגלים ממשכנין וכן כתבו התוס' בראה"ש ד' ו') ואך לפ"ז יקשה לשיטת שאר הפוסקים דס"ל דאף בשבועת העדית בזמן קרוב א"י לומר שכחתי א"כ למה נקט אביי לא ידעתי דהוא שבועת ביטוי ולמה לא נקט אין אני יודע דהוא שבועת העדות ואך נראה דלא הי' יכול כלל לומר מודה ר"מ בשבועת עדות ובאמת קשה לי להמפורשים דאיירי בשבועת העדות קשה דהא חכמים דפטרו באכלת חלב הוא משום דיכול לומר מזיד הייתי וא"כ בשבועת העדות דאף מזיד חייב וא"כ אף לחכמים לולי הטעם דיכול לומר לא נתכונתי לעדות היו עדים מחייבין אותו קרבן וא"כ מאי שייך כאן מודה ר"מ וגם להיפך נראה דלא הי' יכול לומר דפטור משום דיכול לומר שכחתי דהרי כל טעמו דר"מ דמשום דאכל שוגג סובר דלא אכל לכן העדים מחייבין אותו אבל בעדות אם נחלה דשכח א"כ באמת נשבע ואם אמת דידע יהי' מזיד הרי חייב לכ"ע לכן נקט בשבועת ביטוי ושפיר משכחת דחייב בשוגג כגון

שהי' שוגג על הקרבן ודוק כי קצרתי. וארוחנא גם בזה ליישב קושיית התומים דהקשה דהרמב"ם פסק כרבנן דעדים אין מחייבין קרבן דיכול לומר מזיד הייתי ומ"מ העתיק גם הדין בשפחה תרופה דפטור דהוא משום טעם אחר דהא מזיד חייב ורק משום דיכול לומר לא גמרתי ביאתי וכן בנזיר העתיק ג"כ משום דהוא מטעם לא עמדתי בטומאה רק טבלתי וא"כ למה לא העתיק הדין דלא ידעתי לך עדות דהוא ג"כ מטעם לא נתכונתי ולפי מ"ש דאיירי בשבועת ביטוי ניחא דהרי שם לחכמים בלא"ה יכול לומר מזיד הייתי ולא צריך לדברי חכמים טעם דלא נתכונתי דלדידהו יכולין לומר הטעם דמזיד הייתי כמו באכלת תלב ודו"ק. והנה השע"מ הקשה בגמר' דאמר לא נתכונתי לעדות והרי א"צ כונה בעדות וכ' כיון דלא נתכוין שכח וכבר נדחה זו לפי מה שכתבתי ואך נראה דכונת הש"ס לא נתכונתי היינו לא ראיתי כמו בכתובות פ"ב דאפי' דיירי בחצר אחד לא ראינו אינו ראי' והיינו כיון דלא נתכוין לא נתן לב לראות ודו"ק. והנה בקושיית המפורשים דהא יכול לומר דשכח נראה לפי מה דאמרו הפוסקים דאם מודה בעצמו שהוא חשוד נאמן נגד עצמו יש לפרש גם בזה והמשנה קמ"ל דאף בשבועת העדות נעשה חשוד ומשכחת בהודה מעצמו ויש לתרץ גם דברי התוס' הנ"ל ע"פ זה:

ב) אבל בשבועה דלהבא כגון שלא אוכל ואכל לא נעשה חשוד. זה הוא שיטת רש"י והתומים הקשה דלשיטת רש"י בשבועת העדות במושבע מפי אחרים דאף בשתק ולא השיב כלום חייב וזה הוי ג"כ שבועה דלהבא דהרי הי' יכול להעיד וא"כ בגמר' דפריך למה לא חשיב במשנה שבועת ביטוי דנעשה חשוד ומשני משום דלא פסיקא לי' משום דלא משכחת להבא והרי גם שבועת העדות לא פסיקא ולמה קתני לה עיי"ש ואגב חורפי' לא עיין בסוגיא והש"ס לא מתרץ כלל משום דלא פסיקא לי' רק דשבועת ביטוי דלשעבר הוא בכלל שבועת שוא לכן לא חשבי' ואדרבה הרוחנו בזה דלא תקשה לשיטת רש"י לזה לא משני באמת משום דלא פסיקא ולפי הנ"ל ניחא דהרי חשיב שבועת העדות אף דלא פסיקא לכן הוצרך לתירוץ אחר ולשיטת התוס' דבשבועת העדות צריכין לענות אין אנו יודעין א"כ פסיקא לי' ואך בשבועת ביטוי ג"כ בכל ענין פסול לכן לא מצי לתרץ כן ודו"ק:

ג) בשבועה דלהבא. עיין שע"מ הביא דברי כנה"ג דכיון דיש פלוגתא ופסול מספק מ"מ אם צריך לשבע אין מוציאין ממון ממנו דיכול לומר קים לי והשע"מ השיג דכאן בלא"ה כיון דפשע נעשה חשוד אף מספק ושכנגדו נשבע ונוטל ורק בדין דשנים אומרים כשר ושנים אומרין פסול כ' דתלוי בדין בלא הו"ל למידע אי מחויב שבועה ואיל"מ עיי"ש ולפענ"ד לפי מ"ש בסי' ע"ב וסי' פ"ט דכל היכי דאין משביעין אותו גרע ואין גובה אף

בשבועה דרבנן וא"כ ודאי ל"ד לאיל"מ בלא הו"ל למידע עיי"ש כי קצרתי אכן יש לחלק בין שם לכאן דשם בכתיבה דהוא ליטול וכן בשכיר כן הי' תקנת חז"ל וא"כ צ"ע דאולי אין לחלוק על כנה"ג:

ד) ספק מלוה ישנה. מה שהקשה התומים מקידושין עיין מ"ש בזה בסי' קכ"ו ואגב ראיתי דבר תימה בתומים שכתב לתרץ הקושיא שהקשו גבי הא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת ישבע יהא נאמן במיגו דכ"ה והקשו דילמא יש לו מלוה ישנה על מקצת ותי' התומים דיש לו מיגו למחול כל מלוה שיש לו כמ"ש הנ"י ע"כ ובמחכ"ח טעות פלטה קולמוסו דהרי אנן אמרינן דכופר מפני מלוה ישנה ואם ימחול איך יכפור:

ה) מי שנתחייב ש"ד והוא חשוד. הנתה"מ וכן השע"מ לעיל סי' פ"ט הקשו דלפי מה שפירשו בדברי רבה דלכן אין מוב"מ נאמן במיגו דכ"ה דהוי מיגו דהעזה לאפטורי משבועה א"כ בחשוד דהוי לאפטורי מממון להימן במיגו דכ"ה (לשיטת הר"י שכתבתי בסי' פ"ט דהעזה במודה במקצת לכ"ה הוי העזה גדולה ניחא) ותירצו דהממון מכת השבועה אתי ור"ל דהוא אין חייב רק שבועה ורק ממילא נתחייב בממון וסברא זו קלושה מאוד וגם קשה לי דהרי הרא"ש ס"ל דהיכי דהוי מחויב שבועה ואיל"מ לא אמרינן עד מסייע פוטר משום דאין ע"א קם לממון והרי הממון מחמת השבועה קאתי וא"כ מה התם דהנתבע מוחזק מיקרי ממון גמור ולא אמרינן דלא עדיף משבועה דאתי מיני' כ"ש כאן לאוקמי ביד המוחזק וקצת י"ל לפי מה שכתבו קצת פוסקים דלא אמרינן מיגו מממון זה לממון אחר ורק לאפטורי משבועה מהני עיין תומים כללי מיגו סי' קל"ו י"ל להרא"ש דכאן דהוי לממון בלא"ה לא הוי מיגו ודוחק גם בס' דברי אמת מצאתי קושיא הנ"ל ולא תי' כלום: ו) ואם שניהם חשודים וכו' וי"א דיחלוקו. הוא דפסקו כר"נ דאמרינן עבד ר"נ עובדא דיחלוקו והקשו על הרי"ף דפסק דמשלם כמ"ש המחבר והרי קיי"ל כר"נ בדינא ונראה קצת ומקודם ניישב קושיית התוס' שם ואעתיק קצת הנה שם במשנה בהיו שניהם חשודים ר"מ אומר חזרה שבועה למקומה ר"י אומר יחלוקו ובדברי ר"מ דאמר חזרה שבועה למקומה פליגו רו"ש ור' אמי דרב ושמואל סברי חזרה שבועה לסיני ופטור ור"א אמר חזרה שבועה לנתבע ומתוך שאין יל"מ ואיתא שם דאמר ר"נ אם איתא לדרו"ש איתא ואי ליתא ליתא ופריך הש"ס אלמא מספקא לי' והא עבד ר"נ עובדא יחלוקו וכו' ואח"כ איתא שם א"ל רבא לר"נ הלכתא מאי (אי כר' מאיר או כר' יוסי) א"ל לא ידענא והקשו מתוס' דהרי בסמוך אמר עבד ר"נ עובדא דיחלוקו ואי דמעיקרא מספקא לי' ואח"כ פשיט לי' דא"כ מאי פריך הש"ס לעיל אלמא מספקא לי' והא עבד ר"נ עובדא דילמא הא דאמר אם איתא לדרו"ש הי' קודם דמפשט לי' עיי"ש. ונראה ליישב

קושיית התוס' בדרך נכון ופשוט דאף דאמר ר"נ עבד עובדא דיחלוקו י"ל דהוא דמשום דמספקא לי' אי כר"מ אי כר"י ולכן מספק לא רצה להוציא מיד המוחזק ולכן פסק כר"י דיחלוקו דהרי אף ר"י דמיקל על הנתבע צריך לשלם חצי א"כ הדין דיחלוקו אכן כ"ז אם הפירוש בדברי ר"מ כר"א דחזרה שבועה לנתבע ומתוך שאיל"מ הכל א"כ מספק פסק כר"י דיחלוקו אבל אם הפירוש כרו"ש דחזרה שבועה לסיני ופטור וא"כ אי מספקא לי' הי' לו לומר דפטור וא"כ שפיר פריך הש"ס ומי מספקא לי' והא מדעבד עובדא דיחלוקו ע"כ דפשוט לי' דליתא לרו"ש רק כר"א ודו"ק כי תה"ל שחנני בדבר נכון (ולפ"ז נשמע דאף בס"ס אין מוציאין ממון ועיין ש"ך ס"ס צ"א בסופו) ולפ"ז יש ליישב דברי הרי"ף דאף דבכ"מ קיי"ל כר"נ בדיני כיון דהא דפסק ר"נ עובדא דיחלוקו הוא רק מחמת ספק אין ספיקו דר"נ מוציא מידי ודאי דר"א ודו"ק:

ז) הי' החשוד שומר וטוען שאבד הפקדון ושכנגדו א"י לשבע וליטול. זה מדברי הרמב"ם ופשוט בדבריו כיון דאינו נשבע אינו נוטל וראיתי בב"ת שכ' בטעמו דסובר כאידך שנוי' דהתוס' ב"מ דלכן בחשוד לא אמרינן מתוך שאיל"מ דהרי הוא רוצה לשבע אם נניחנו עיי"ש וכונתו דתיקנו שישבע כנגדו ויטול אבל מהדין החשוד פטור לכן באין כנגדו יכול לשבע פטור ובעיני ודאי אי אפשר לומר כן בדעת הרמב"ם דהרי ס"ל בשניהם חשודים חזרה שבועה לנתבע ומתוך שאיל"מ ואם מהדין החשוד פטור הי' לו עכ"ש לומר יחלוקו גם מכל הפוסקים משמע דלא ס"ל כתי' של התוס' וגם התוס' עצמם נראה דאין כונתם דהחשוד פטור מהדין דא"כ הי' הדין בשניהם חשודים דפטור וע"כ צ"ל דלא כתבו רק כיון דרוצה לשבע מחייב עכ"פ שכנגדו לשבע (או דתי' הזה אתי אליבא דרו"ש ואליבא דר"מ דחזרה שבועה לסיני רק ז"א דא"כ איך יחלקו בין חשוד למתוך שאי"ל ורו"ש לעולם פטרו) אך טעמו של הרמב"ם י"ל בפשוט דהרי ס"ל בכל הנשבעין ונוטלין אף היכי דמדינא נוטלין בלא שבועה כמו בסעיף שאח"ז בשטר ג"כ אם א"י לשבע אינו נוטל וה"ה הכא כיון שתקנו חכמים דשכנגדו נשבע באי"ל אינו נוטל, ורק בשניהם חשודים הולכין אחר הדין או כן תקנו וק"ל ואף המחבר דלקמן בשער הביא שני דיעות די"א אם אין יכול לשבע נוטל בלא שבועה למה סתם כאן והי' לו להביא אף כאן דעת הרמ"ה דבשומר חשוד נוטל בעה"ב אף דאינו נשבע בעה"ב וצ"ל דכאן דטוען שמא נראה לו יותר דאין להוציא בשמא לכן לא הביא רק דעת הרמב"ם. עוד ראיתי שם בב"ת דכ' דהרמ"ה ור"י סברו דבחשוד ג"כ הדין מתוך שאיל"מ ורק שכנגדו נשבע דא"כ לא שבקת חיי לחשוד כתי' הראשון של התוס' והא דסברו דבשומר חייב משום דאיהו דאפסיד אנפשי' דלא הי' לו לקבל לשמור ע"כ ונראה דהא דכ' דאיהו אפסיד אנפשי' הוא יתור

לשון והי' יכול לומר בקיצור כיון דמדינא חייב ואף שכנגדו צריך לשבע אם יכול אבל באינו יכול לא תקנו ועוד דהא כאן לא שייך לא שבקית חיי דאדרבה אם יפטור לעולם יכפור הפקדון ולא שבקית חיי לכשנגדו ולמה יעשו תקנה לחשוד ולא לשכנגדו וגם לפי דבפקדון דאפסיד אנפשי' לא תקנו שבועה א"כ אף בטוען בעה"ב ברי לא יצטרך לשבע וז"א וע"כ דרק יתור לשון הוא:

ועיין תומים הקשה להסוברים דמדינא החשוד משלם אף בלא שבועה שכנגדו כמו בכל מתוך שאיל"מ א"כ מאי פריך בשבועות (ד' ל"ב) לאביי דאמר הכל מודים במשביע ע"א להעיד על החשוד דחייב קרבן ופריך הש"ס מי יימר דמשתבע והקשה התומים דילמא אביי ס"ל כר"פ דהיכי דמדאורייתא חזי כמו משחק בקוביא דאמר כיון דמדאוריי' חזי חייב קרבן שבועה וה"נ הרי מדאורייתא אין צריך שכנגדו לשבע והוא קושיית הרשב"א ונראה דהנה קשה על אביי דאמר הכל מודים בעד שכנגדו חשוד דחייב דלאו גורם לממון הוא רק ממון גמור והא מבואר בירושלמי הביאוהו כל המפורשים דבקיבל ע"א כשנים מ"מ אינו חייב קרבן כיון דעדותו אינו מחייב וה"נ הא אין ע"א קם לממון ורק הוא מחייב שבועה וממילא חייב לשלם וא"כ השבועה גורם ולא עדותו וא"כ אין זה רק כגורם (אמת לפי מ"ש הרא"ש דהיכי דמחויב מתוך שאי"ל אין עד מסייע פוטר י"ל דמיד הוי ממון אכן כל האחרונים הסכימו להרמב"ן דהעד פוטר וגם הרא"ש נראה דאינו סובר דהעד בא לממון דא"כ מצינו ע"א קם לממון רק כונתו דהוי כנגמר הדין שחייב לכן עד המסייע אינו קם לממון אבל כאן ודאי עיקר מה שמחייב הוא השבועה ואך כבר כתבתי הרבה פעמים כיון דע"א מחויב להעיד וכשכופר הרי נשבע לשקר ורק התורה מיעטה היכי דאין מפסיד ממון פטור מקרבן וכאן כיון דעכ"פ בא לשבועה וע"י השבועה יתחייב ממון וא"כ הוי הפסד ממון ע"י שאין מעיד ול"ד להך דירושלמי דאין זה שמקבלין אותו מכלל עדות והוא רק התחייבות בעלמא אבל כאן דיש הפסד ממון אף דבא ממילא הפסד מיקרי ולפ"ז מיושב קושיית הרשב"א והתומים ושפיר פריך מי יימר דמשתבעת דהרי העד עצמו אינו מחייב ממון רק שבועה מה תאמר הרי בא ע"י עדותו הפסד בזה אמרינן מי יימר דמשתבעת ויהי' הפסד ודו"ק כי נכון הוא. עיין סי' כ"ת כתבתי דמהש"ס נמי מוכח כירושלמי:

ובחי' לש"ס כתבתי לאותה דיעה הסוברת דחשוד מדינא פטור פירשו באמת מי יימר דמשתבעת משום דמדאורייתא פטור ואי מדרבנן חייב מי יימר דמשתבע ובזה תרצתי השיטה שהביא הר"ן דאף במתוך שאיל"מ צריך שכנגדו לשבע והביא דהרשב"א דחה זה דא"כ למה לא פריך על אביי דאמר הכל מודים בנסכא דר"א כמו דפריך בחשוד מי

יימר דמשתבע ואך תרצתי ע"פ הנ"ל דבנסכא דר"א לא הי' יכול להקשות דדילמא כר"פ ס"ל כיון דמדאורייתא חייב שוב העד חייב קרבן אבל בחשוד דמדינא פטור רק מתקנה שפיר פריך מי יימר דמשתבעת והארכתי בזה ואך יען כי אינו אלא לפלפולא קצרתי כאן ועיין בחידושי לאה"ע סי' ק' בזה:

ח) לפיכך אם בעל הפקדון אמר בפני שלח בו יד. הש"ך ס"ק י"ב מתרץ שיטתו דכ' בסי' ע"ב דאם בעה"ב טוען ברי אין בו שבועת השומרין וכ' דאף דטוען ברי ששלח בו יד או פשע מ"מ שמא אכלו וצריך השומר לשבע שלא אכלו וא"י לשבע לכן בעל הפקדון נשבע שפשע או שלח בו יד ונוטל והנתה"מ כ' דאין מובן דהרי אינו מוטל על השומר רק שבועה שלא אכלו וע"ז אין בעה"ב יכול לשבע ומתרץ כיון דצריך לשבע שלא אכלו וממילא נתחייב לשבע ע"י גלגול שלא פשע ושלא שלח בו יד ואי"ל לכן נשבע שכנגדו ולא זכיתי להבין דהרי מבואר בסי' ע"ה דיעה הא' בסתם דלא אמרינן בשבועה הבאה ע"י גלגול מתוך שאיל"מ וא"כ דלענין השבועה שלא אכלו לא אמרינן שכנגדו נשבע דהרי א"י ורק מה שנתחייב ע"י גלגול והרי בגלגול לא אמרינן מתוך שאיל"מ וה"נ בחשוד למה ישלם עי"ז וביותר קשה דהרי אף הסוברים דאף בגלגול אמרינן מתוך כתבו שם הסמ"ע והש"ך דלא אמרו רק היכי דיכול לשבע על עיקר השבועה אבל היכי דמשלם עיקר השבועה לא שייך גלגול דהרי אין כאן שבועה וה"נ בחשוד דפטור מכל וכל איך שייך גלגול ולכן דברי הנתה"מ שגבו ממני ונראה עיקר כהקצה"ח דהש"ע סובר דשבועת השומרין הוא אף בברי. עוד הביא הש"ך דברי הטור דכ' אם טוען שלח בו יד או אכלו וגם שם קשה דהרי אין שבועת השומרין בברי ומתרץ בדוחק גם הקצה"ח תמה עליו ולא זכיתי להבין דהרי הטור לא כתב שטוען ששלח יד ופשע ואכלו רק טוען ששלח יד או טוען שאכלו וא"כ הש"ך לפי שיטתו הי' יכול לתרץ דברי הטור כמו שתירץ דברי המחבר דבטוען ששלח יד הרי צריך השומר לשבע שלא אכלו וכשטוען שאכלו הרי צריך לשבע שלא שלח יד וגם הרי הטור לא כ' דפשע וא"כ לעולם צריך לשבע שלא פשע ולק"מ וצ"ע לפרש דברי הש"ך:

ט) וי"א כיון שהשטר מקוים בידו. עיין ש"ך ס"ק י"ד ועיין בסי' פ"ב דהש"ך מחלק לשיטת הש"ע בין כתובה לשט"ח ומ"ש שכן דעת רש"י היינו דלרש"י אף בכתובה נוטלת ועיין מ"ש בזה שם ובסי' פ"ז:

סימן צג

א) אלו נשבעין בטענת שמא וכו' והאפטרופסים. לקמן סי' ר"צ בדין אפטרופוס כ' וז"ל כשמינו אותו צריך לחשוב עמו דהא על טענת ברי משביעין אותו ותמה שם בסמ"ע

ס"ק ג' דהא גם בטענת שמא נשבע ולמה אמר דבטענת ברי משביעין (עיין תומים כאן שהביאו) ותי' הטו"ז דשם קאי על מינהו אבי יתומים דא"צ לשבע בשמא ומ"מ צריך לחשוב עמו משום דבטענת ברי משביעין ועיינתי בעיטור שממנו מקור הדין שהביא שם ולא משמע שם כן דבתחילה הביא הברייתא דפליגו רשב"ג ות"ק אי מחשבין באחרונה וקאמר דזה תלוי בפלוגתא דאבא שאול ורבנן ולאבא שאול דאמר מינהו ב"ד ישבע א"צ לחשוב באחרונה כיון דישבע וכו' ואח"כ כ' אבל בתחילה ד"ה מחשבין דהא על טענת ברי משביעין לי' הלכך צריך לידע מה קיבל וא"כ ע"כ דקאי אף למ"ד דאין מחשבין באחרונה משום דנשבע מ"מ מחשבין בתחילה משום דמשביעין אותו ע"י ברי ואינו מובן ונראה לפרש כונתו דר"ל דע"כ למ"ד דאינו נשבע ומחשבין אח"כ ע"כ דהוא משום דעל טענת ברי משביעין וא"כ ודאי דגם בתחילה מחשבין דאל"כ מה יועיל החשבון אח"כ אם לא נדע מה מסרו לו ומדלא פליגו רק במחשבין לבסוף משמע דבתחילה ד"ה מחשבין וא"כ כונתו פשוט אכן הש"ע דהעתיק דבריו ע"כ לא פי' כן דהרי לא דיבר כלל מזה שיהי' זה לראי' כמובן ולכן ודאי דצ"ע ועיין שם בנתה"מ והתומים הקשה כיון דאין מחשבין בסוף למה לי חשבון בתחילה ונראה דהוא ע"פ הש"ס דב"ב (ד' ט') דאמרינן אין מחשבין עם גבאי צדקה שנאמר כי באמונה הם עושים א"ר אע"פ שיש לאדם גזבר נאמן בתוך ביתו יצור וימנה שנאמר ויצירו וימנו הרי דאף שאמר דבאמונה עושים מחשבין בתחילה והטעם פשוט שיפחד אולי לא יעלה החשבון בטוב וידקדק יותר אך זה צ"ע בלא"ה למה לא יחשבו מטעם שכ' הנתה"מ דיש ענינים שצריך ש"ד והיינו שבועת שומרין ובודאי לומר דזה הוא כונת הש"ע והעיטור הוא דוחק:

ב) עד שיחשוד אותן בשתי מעין כסף. הטור הביא דרש"י ס"ל דחוץ השתי כסף בעי הודאה פרוטה ועיין ש"ך ס"ק ג' ולכאורה הי' הדבר תמי' בעיני אנה מצאו ברש"י כן דהרי רש"י קאי שם על הס"ד דבגמ' איתא והוא שיש טענה בינייהו שתי כסף (ופרש"י וזה מודה לו מקצת) ופריך הא תני ר"ח, לסיועי' לרב (דבעי שתי כסף חוץ ההודאה) ומשני אימא כפירת טענה כרב ע"כ וא"כ מה שפרש"י דמודה הוא מוכרת דהרי כן פירשו הש"ס לשון טענה דסגי שמודה קצת אף דלא נשאר שתי כסף וזה מוכרת אף להסוברין דלא בעי הודאה מ"מ בס"ד פירשו דהי' הודאה וא"כ מנא לן דבמסקנא ס"ל לרש"י דבעי הודאה וצ"ע אך כאשר חפשתי מצאתי בנמ"י חידושי שבועות שהי' להם גירסא אחרת ברש"י והי' כתוב במסקנא במה דמשני אימא כפירת טענה דבעי הודאה. ועיין שע"מ הקשה דמאי מהני הודאה הא יש לו מיגו דכ"ה דכיון דחבירו טוען שמא לא שייך אינו

מעיז ונראה דלק"מ דהרי כבר כתבו דאף בהילך חייב וא"צ רק שיהא דוגמת ש"ד וא"כ אפי' כ"ה נשבע ומ"מ הוא דוגמא לש"ד. שוב מצאתי כן בתומים ס"ק ד' כמו שכתבתי:
ג) דאין אומרים מיגו לאפטורי משבועה. התומים פי' משום דהוי העזה ומתרץ בזה קושיית הסמ"ע והמעיין בסמ"ע יראה דכל קושייתו הי' דלקמן סי' רצ"ו דכ' הרמ"א י"א דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה ואין דרך הרמ"א לכתוב מה שאין נ"מ לדינא וע"כ דקאי על דין זה דכאן וא"כ אין תי' התומים מעלה ארוכה ואך לפענ"ד לא אבין קושיית הסמ"ע דאיך יהי' נשמע משם דכאן ג"כ אמרינן מיגו והרי אף אי לא אמרינן מיגו כאן י"ל במיגו כל דהו אוקמי אדינא וע"כ כונתו של הרמ"א לענין הך דין גופא דנדע דלא אמרינן מיגו לשבועה:
ד) השולח ביד חבירו חפץ למוכרו. התומים מתרץ מה שהקשה הרשב"א גבי הן הן שליחיו הן הן עדיו וקאמר השתא דתקון רבנן היסת והרי אף קודם דתיקנו היסת הא יש כאן שבועת המשנה תי' התומים דדוקא בשלחו למכור או לקנות מורי היתרא שקנה בזול אבל בשלח מעות למלוה אין שייך מורי היתרא וכן מתרץ הרמ"ע שציין הש"ך בס"ק ו' ובזה תרצתי דברי הירושלמי המובא שם בתוס' וז"ל בד"א (דבקידושין הן עדיו) בקידשה בשטר אבל בכסף הוי כנוגע בעדות והקשו הא משמע דאיירי קודם דתיקון רבנן היסת וא"כ אף בכסף לא הוי נוגע ולפי הנ"ל ניחא דבקידושין שקידש לו אשה לא גרע משלח לקנות ואדרבה שם דהאשה מיתרצת לו להתקדש ואין הכסף עיקר ואף בחנם, רוצית ואך מגזה"כ צריך ליתן כסף א"כ ודאי מורי היתרא ואך מדלא פירשו הפוסקים כן משמע דלא ס"ל חילוק זה ואך בקושיית הרשב"א נראה בפשיטות דהא לענין המלוה שלא הוא שלחם ליכא הוראת היתר ואך מה דאמרינן שם מיגו דיכלו למימר אהדרינהו ללוה ונגד הלוה יש להם הוראת היתר זה פשוט דאם לא יעשו שליחותו ליכא מורי היתרא כיון דהחזירו לו ובקיצור י"ל דכיון דיש להם מיגו וא"כ ל"מ לשיטת הרא"ש דהיכי דיש להם מיגו א"צ לשבע א"כ יש להם מיגו ואף לשיטת הסוברין דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה היינו רק מיגו דהעזה אבל כאן מה נ"מ בין מעיזין, נגד הלוה או המלוה וקצרתי עיין מ"ש בזה בחידושי לאה"ע סי' ל"ה דלענין לפטור עצמן אף בנתנו למלוה נאמנים ורק לענין עדות דהוי נוגעין בעי מיגו וכן באהדרינהו ללוה יש להם מיגו דנתנו למלוה ודו"ק:
ה) חלקו השותפין ויש לעיין אם אח"כ תבעו והודה בפרוטה אם יכול להשביעו. ולכאורה הי' נראה דלהסוברין דבשבועת שותפין בעינן הודאה פרוטה א"כ הי' נראה דאין שום ראי' דמחל לו בשעת חלוקה די"ל כיון דלא הודה ידע דלא יוכל להשביעו לכן

לא תובעו לשבע וא"כ עתה דהודה יכול להשביעו אבל הסוברין דלא בעינן הודאה א"כ ודאי מחל לו ולא מהני מה שהודה עכשיו. ושוב מצאתי שכבר דיבר מזה השע"מ וכ' דאף הסוברין דלא בעינן הודאה מ"מ כיון דהודה אח"כ הוחזק לגנב ואדעתא דהכי לא מחל השבועה כמ"ש בסי' ע"א דבהוחזק כפרן בטל הנאמנות ע"ש וטעם זה צ"ע דבהודה מעצמו לא הוחזק כפרן עיין לעיל סי' פ"ז סעיף כ"ת ואך לפענ"ד נראה אחר העיון דאף הסוברין דבעינן הודאה מ"מ פטור דהרי כבר הקשו דאף בהודה יהא נאמן במיגו דכ"ה וכתבתי בס"ק ב' דכך הי' תקנת חכמים וא"כ לא מהני המיגו וא"כ י"ל דוקא בהודה קודם חלוקה אבל אחר שכבר חלקו ונפטר כה"ג לא תיקנו וא"כ שפיר יש לו מיגו וכן הפרישה תי' דאין כאן מיגו דדילמא לא הורה היתר על מה שהודה ולא הי' לו הוראת היתר רק על השאר א"כ י"ל כיון דכבר כפר ע"כ דהי' לו הוראת היתר אף על פרוטה זו לא נאמר דאח"כ הודה ולא הי' יכול להורות היתר לעצמו כן נלפענ"ד כדי שלא לומר חדשות שאין מבואר בפוסקים:

ו) והנתבע אומר חלקנו. מ"ש הקצה"ח דנאמן לומר תנאי הי' בינינו שאפטר משבועה וכ' הנחה"מ דליתא וכן כ' השע"מ והביא ראי' מתשו' חכמי צרפת רק קיהה בטעם הדבר ולי נראה פשוט דא"כ כ"א יאמר תנאי הי' בינינו שאפטר וא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן ועיין סי' פ"ז שכן כ' הטו"ז באומר מחלת לי השבועה והביא ראי' מדברי התוס':

ז) וגם א"י להשביעו היסת שכבר חלק. הסמ"ע ס"ק י"ז כ' דאף רבינו האי דמחייב היסת בש"ד היינו בתבעו שבועה שנתחייב כבר אבל הכא עדיין לא נתחייב שבועה עיי"ש וקשה לי דהא בש"ס פ' כל הנשבעין רצה לחלק כה"ג וא"ל ר"נ אטו ב"ד מחייבו שבועה מעידנא דמת לוה מחייב שבועה ויש לחלק בדוחק:

ח) ראובן שהטיל לכיס ת' דינרים והטיל שמעון מאתים וכו'. מבואר בפשיטות מדברי הש"ע דאם ידוע שנפחת ת"ק מחויב שמעון לשלם עוד חמשים מביתו ועיין תומים וכל האחרונים דהקשו דבטור ומחבר לקמן סי' קע"ו כתבו דאין השותף צריך לשלם מביתו כלל ותי' בחלוקים שונים ולפענד"נ פשוט דשם כתבו הטו"מ בלשונם השותפין שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים משמע דנשתתפו בזה שיטול זה כך וזה כך ובזה יהי' עסק השותפות ודאי יכול לומר על יותר לא ירדתי להפסיד אבל כאן דלא אמר ושמעון מאתים או ושמעון הטיל מאתים רק והטיל שמעון משמע שכך נזדמן במקרה והוא ברור למבין בלשון וא"כ בתחילה נעשו שותפין להתעסק ודאי דכל הפסד על שניהם בשוה דכי משום דחבירו הי' לו מעות ולא הי' לו לא יצטרך להפסיד וכ"ש אם ידוע אם הי' לו הי' ג"כ מטיל לשותפות ודאי אין סברא דכל ההפסד יהי' על חבירו ומעשה בא לידי

בשותפין שהי' תנאי שיטיל אחד כו"כ והשני פחות מזה והריוח יחלוקו בשוה ואח"כ הוצרך מעות להעסק ולוו בהלואה מאחר והי' הפסד גדול יותר ממה שהטילו ואמרתי דאף דבעל הפחות אמרינן דאין יורד להפסיד יותר מ"מ מה שלוו נתחייבו בשוה ואף דאותו שהטיל יותר הי' לבדו בהשטר דהרי כמו שזה לא ירד להטיל יותר ה"נ חבירו הרי הי' התנאי שיטיל כו"כ והוא פשוט בעיני ורק מפני שהי' אחד שערער בזה כתבתיו עיין תומים לענין למה אינו נאמן דהרי הוי כיורד ברשות:

ט) ולא עוד אלא אם הי' זה המנה הנשאר ביד שמעון חולקין אותו. עיין סמ"ע ס"ק כ"ת דאף שהם תחת ידו אין שמעון נוטל הכל כיון דידוע שהם מהשותפות הוי כמונחים בחזקת שניהם וקשה לי דא"כ ברישא שהם ביד ראובן ג"כ נימא דיתן חצי לשמעון כיון דידוע שהם משותפות וראיתי בב"ת אחר שכ' כדברי הסמ"ע כ' אבל ראובן דיכול לשבע נוטל מה שתחת ידו בשבועה אף דידוע שהוא משל שותפות ע"כ והסברא לא הבנתי דהרי הוא בחזקת שניהם ואי מהני השבועה יועיל אף שהוא ביד שמעון ויותר הי' נראה לומר כיון דידוע דהי' לו יותר והטיל ת' אין מה שבידו בחזקת שניהם וצ"ע: י) וכן אם יצא שט"ח על לוי בשם שמעון מממון השותפות ואמר שמעון נפרעתי וכו' לוי כבר נפטר בהודאת שמעון וישלם מביתו. עיין נתה"מ שחמה בזה דאם ידוע שהוא ממון שותפות אף לגבי לוי אינו נאמן וכו' ותירוצו דנאמן ראובן נגד שמעון במיגו דלקוח אין מובן כיון דראובן טוען שמא וגם הנתה"מ דחה זה ועיין תשו' מהר"ם אלשיך סי' נ"ד ותי' הב' אינו מובן למה ישלם שמעון מביתו ועיין בשע"מ וצ"ע ולא נפניתי:

סימן צד

א) כל מי שנתחייב שבועה יכול בע"ד לגלגל עליו. השע"מ כתב דעד מסייע אינו פוטר משבועת גלגול דלא כתשו' מהר"י באסן ולדעתי דבריו תמוהין דהרי עד מסייע דפוטר הוא משום דעד קם לשבועה בין לחייב בין לפטור כמו שנים לממון וא"כ כמו דשנים פוטרין מממון בגלגול ה"נ ע"א לענין שבועה וגם האומרים טעם דפוטר משום ק"ו דמביא את המוחזק לשביעה כ"ש לפטור טעם זה שייך נמי בגלגול ומ"ש דכיון דנשבע מה יפסיד אם ישבע ג"כ ע"ז אין בזה בנותן טעם ויקשה דלמה אין מגלגלין רק ברגלים לדבר אף אם אין רגלים לדבר נימא מאי איכפת לי' כיון דבין כך וב"כ נשבע וע"כ דאין זה סברא כלל ועיקר ראייתו הוא דהא למ"ד ברי ושמא ברי עדיף ומהני להוציא ממון בלא שבועה למה לא יועיל ברי שלו אם חבירו טוען שמא שלא יוכל לגלגל מק"ו ומה דמהני ברי להוציא כ"ש לפטור וע"כ דלא מהני ק"ו לפוטרו מגלגול ה"ה ע"א דפוטר מק"ו לא מהני בגלגול וזה עיקר ראייתו ואין זה ראי' כלל דהא דברי ושמא ברי עדיף אין הטעם

משום נאמנות ורק זה דטוען שמא אין יכול להחזיק של חבירו מספק והוי ספק גזל והא דאינו נשבע משום דאין נשבעין על טענת שמא אבל לומר דיהני ברי שלו שלא יוכל לגלגל כמ"ש כיון דאין הברי מטעם נאמנות לומר דודאי אומר אמת אבל ע"א דמהני מטעם נאמנות נגד שבועה פשוט דפוטר מגלגול ונראה דיש ללמוד ק"ו אחר דעד מסייע פוטר מגלגול דהרי זה ודאי דאם יש רגלים לדבר שאינו חייב פטור מגלגול דמה רגלים לדבר דמהני לחייב א"כ ודאי פשוט דביש רגלים להיפוך דמוציאין מידי גלגול וא"כ ומה רגלים לדבר דלא מהני לחייב שבועה באין עליו שבועה ממ"א מהני לפטור מגלגול ע"א דמחייב שבועה כ"ש דפוטר מגלגול ואדרבה להיפך יש לעיין להסוברים דעד מסייע אינו פוער מ"מ בגלגול דבעינן רגלים לדבר י"ל דע"א עדיף ופוטר ועכ"פ דברי הר"י באסן אין להשיב:

ב) יכול בע"ד לגלגל עליו. השע"מ דתה דברי התוס' פ' מרובה שכתבו דאין שייך שבועה בהקדש אף ע"י גלגול ודחה דבריהם וכ' דאם יש לגזבר תביעה על אחד וחייב לו שבועה יכול הגזבר לגלגל עליו שישבע אף על הקדש ועיקר הוכחה שלו דבקידושין תני קנין אגב ושבועה בהדדי וקיי"ל דיכול אפטרופוס לקנות עבור יתומים ע"י קרקע שקונה לעצמו וה"ה דיכול לגלגל בשביל יתומים ע"י טענת עצמו וא"כ ה"ה גזבר דדמי לאפטרופס של יתומים עוד הביא שם איזה הוכחות ולא העתקתי אותם כי כל מעיין יראה דאין בהם כדי הכרעה כלל ואינו דמיון לאפטרופוס עיי"ש. והנה לפענ"ד אף אם נחליט כדבריו באפטרופוס שיוכל לגלגל בשביל יתומים נראה דאין ראי' לגזבר דודאי שאני יתומים דאין הריעותא מחמת הדבר שלא נשביע עליו והרי אם הי' להיתומים אותה התביעה של האפטרופוס הי' צריך לשבע לכן נשבע ג"כ בגלגול ע"י טענה שיש לאפטרופוס אבל בהקדש דלא משכחת כלל שבועה אף אם הי' להקדש עצמו אותו טענה של הגזבר א"כ אף ע"י גלגול אין נשבעין וגם מראייתו דיד אפטרופוס כיד יתומים לקנין אגב משמע להיפך דודאי אין יד גזבר כיד הקדש ה"ה דאין יכול לגלגל וגם בענין אפטרופוס עצמו צ"ע בעיני דודאי לא הוי דומיא דסוטה דהרי בסוטה א"י לגלגל שמא זינתה תחת בעל הראשון וה"נ י"ל דיתומים כאחר דמי ויש קצת ראי' לדברינו דבשבועות פריך במשנה דקתני אבל נשבעין לקטן ולהקדש ופריך והרי אמרת רישא אין נשבעין עיי"ש ואמאי לא משני הא דאחר נשבעין היינו ע"י גלגול של שבועות האפטרופוס והגזבר א"כ משמע דאין נשבעין כלל וצ"ע ועיין מ"ש עוד בזה סי' צ"ה ס"ק ד':

ג) וי"א דאם בא לו שבועה ע"י הפוכו אין יכול לגלגל עליו דין זה הוא מת"ה וכ' הטעם כיון דהיפוך שבועה תקנתא הוא וגלגול שבועה בשבועה דרבנן נמי תקנתא הוא ותקנתא

לתקנתא לא עבדינן ע"כ ותמה הש"ך דאדרבה כיון דמדאורייתא אינו נוטל כלום והנתבע פטור אף מהיסת וכיון דמהפך עליו שבועה לשבע וליטול כ"ש דיכול להפך עליו והוא קושיא גדולה ונראה קצת לתרץ דבריו דהנה השע"מ הקשה בסי' פ"ט דאין מגלגלין בשכיר ותמה דהא מבואר בר"ן פ' השולח ובב"ש באה"ע דהיכי דנשבעת שלא נהנתי מכתובתה נכלל בזה גם אם גזלה מבעלה דדמי הגזל עולה ממילא לפרעון כתובה וכן גזלן שהוציא שטר על הנגזל אינו יכול לשבע שלא נפרע השטר דהגזילה הוא על כפרעון וא"כ בשכיר דנשבע ונוטל ממילא נכלל הגלגול דאם חייב כלום לבעה"ב כבר נפרע משכרו ועיקר תרוצו שם דמגלגלין עליו ונשבע שלא קבל על שכרו ולפ"ז כאן בהיפוך השבועה שנשבע ונוטל ממילא ג"כ נכלל הגלגול שלא קיבל כלום בהיותו שותף וכדומה דאם קבל ממנו הרי אין יכול לשבע השבועה שמהפך עליו ואך יש נ"מ דהרי הדין בנתחייב לשבע וגלגל עליו אף אם רוצה לשלם עיקר השבועה מ"מ חייב לשבע על הגלגול ובזה כ' התה"ד דאם הפך עליו שבועה ואח"כ גלגל עליו יכול לומר איני רוצה בהיפוך ואיני נוטל ופטור משבועת הגלגול ודין זה הוא פשוט בעיני דודאי אין עליו חיוב שבועה כ"ז שלא ירצה ליטול ובודאי אינו דומה לנשבע ונפטר דכבר יש עליו שבועה לפטר ונתחייב גם שבועה ע"י גלגול אבל בנשבע ליטול כ"ז שלא ירצה לא יתבע וזה שכ' דהיפוך שבועה תקנתא הוא והיינו דמסביר עוד ביותר דכיון דמן הדין אין לו לשבע וליטול וא"כ ודאי דאין עליו חיוב שבועה ואיך נעשה עוד תקנתא דיהי' עליו חיוב שבועה. והנה אמת כי עדיין משכחת גלגול דהיינו ביש לו שטר בנאמנות כמו שכ' השע"מ נ"מ זו בסי' פ"ט אכן הת"ה לא איירי כה"ג דבזה ודאי הנכון עם הש"ך והנה אפשר דהתה"ד לא נתכוין לזה מ"מ כתבתיו דהוא נכון לדינא ועיין תומים:ד) תן לו כל מה שגלגל עליך מטענות הודאות תו השבע. הש"ס ס"ק ת' הקשה דעל טענות הודאות בלא"ה יכול להשביעו היסת ותי' בשם הלח"ח כגון שקיבל עליו שלא להפוך עיקר השבועה ור"ל דלכן גם על הגלגול א"י להפוך והדבר תימה דמבואר בסעיף ו' וסעיף ח' דיכול עכשיו ג"כ לומר אהפוך הגלגול אף שאין יכול להפוך עיקר השבועה וה"נ וכי משום דקיבל עליו שלא להפוך שוב א"י להפוך הגלגול וגם אם יהי' הדין כן הי' יכול לומר דע"ד כן שתגלגל ולא אהפוך לא קבלתי עלי וכפי הנראה לא אדע מקים לדין זה ותימה בעיני על הש"ך שהעתיקו:

ה) אבל אם טען עליו התובע טענת ספק ורצה הלה לשלם עיקר תביעתו אינו חייב על הגלגולין התומים האריך להשיג על דין זה דבירושלמי מבואר היפך זה וכאשר עיינתי בירושלמי ראיתי כי פירושו הוא זר ורחוק וגם פירוש של הפ"מ שם רחוק לפפ"נ דעתי לכן אעתיק דברי הירושלמי ופירוש התומים. והנה ז"ל הירושלמי במשנה דשבועות אלו

נשבעין שלא בטענה א"ר יוסי הדא אמרה בנושא ונותן שלא בחשבון אבל בחשבון לא בדא (התומים גרס ובהדא) ואהן בן בית עוד הוא בנושא ונותן שלא בחשבון ר' זירא כהדא דר"י חד בר נש אזל למידן קמי' דר"ז וכו' א"ל או הב לי' כל דתבע לך או אשתבע כל דמגלגל עלך ע"כ (ומעובדא, דר"ז יליף הרי"ף דא"י לומר אשלם על עיקר השבועה לפטור מהגלגול ופשוט) ופירש התומים דאמר ר"י באשה הנו"נ בתוך הבית הוא משום דאינה נותנת חשבון לכן יכול להשביעה אבל בנותנת חשבון לא ופריך ובהדא כלומר ניחא אשה אין דרכה ליתן חשבון ואהן בן בית ר"ל דמסתמא בן בית נותן חשבון ומשני עוד הוא שלא בחשבון ור"ל דאף דנותן חשבון מ"מ יש דברים קטנים שאין נותן חשבון והוקשה להירושלמי דהרי הבן בית יכול לומר אשלם דברים הקטנים ע"ז אמר ר"ז כהדא דר' יוסי ור"ל דמבואר בעובדא דר"ז דאין יכול לומר אשלם מקצת ע"כ פירוש הירושלמי וא"כ מבואר דא"י לומר על דברים קטנים אשלם אף דשם טענת בעה"ב בספק כן תוכן דברי התומים ותימה בעיני איך יאמר על פירוש רחוק כזה שהוא ברור ועי"ז לדחות דברי הרי"ף והרמב"ם דהיכן נזכר שם אשה והדא אמרה הוא כמו בש"ס זאת אומרת וגם מה דפי' ובהדא בשלמא אשה הוא רמז רחוק וגם מה פריך בבן בית וכי לא משכחת שאינו נותן חשבון ואיך נזכר שם דברים קטנים וגם איך נרמז דקשה לו הא יוכל לשלם דברים הקטנים גם לדבריו הי' לו לומר ר' יוסי כר"ז ולא ר"ז כר"י וגם בכל הירושלמי בדא ר"ל בדין ולא בהדא אינו בדין זה וכן ראיתי כעת כאשר פתחתי הירושלמי שקלים פ"ב ואמר לא בדא ופרושו דר"ל אינו בדין זה וגם פירוש הפ"מ הוא רחוק כמו שיראה המעיין לכן לא העתקתיו. ואשר נראה פשוט בפירוש הירושלמי ויהי' מזה ראי' לדברי הנתה"מ ושע"מ לעיל סי' צ"ג דכל שבועת המשנה הוא רק בשמא אבל בטוען השותף ובעה"ב טענת ברי אין נשבעין וזה דאר"י זאת אומרת מדאמר שלא בטענה היינו שלא בא בחשבון אבל בתבע בחשבון כו"כ אתה חייב לי לא בדא אינו בדין זה וא"צ לשבע ופריך ואהן בן בית דקס"ד דבן בית היינו שיוצא ונכנס בבית כס"ד דש"ס שלנו פ' כל הנשבעין דאמר תנא לא שיוצא ונכנס ברגליו אלא מכניס לו פועלים וכו' וסיים ומ"ש הנהו משום דמורי היתרא וכן בירושלמי פריך דבן בית אין שייך בו מורי היתרא וע"כ דמשביעו בברי לקחת משלי ומשני עוד הוא בנושא ונותן והיינו מכניס לו פועלים וג"כ בשמא איירי ואח"כ אמר ר"ז נמי ס"ל כר"י ומה שאמר אח"כ חד בר נש הוא ענין בפ"ע וקאי על המשנה דתנן דמגלגלין ועוד הי' אפשר לפרש הירושלמי כשיטת היש מי שחולק לעיל סי' צ"ג סעיף ד' דבחשבון היינו שאין לו עסק עמו רק שלח שלית לקנות א"צ לשבע וזה שאר"י בנו"נ שלא בחשבון ר"ל דהוא רק על דבר אחד רק עושה כל שיצטרך וא"כ ג"כ

יתפרש כמ"ש אך הראשון נראה ברור ותה"ל כי כונתי האמת בדברי הירושלמי כאשר יראה כל מעיין:
ודברי הירושלמי שהביא שם הרי"ף לפלא בעיני על הקדמונים בפרושם דאמר שהביא הרי"ף הך דר"ז דאין יכול לומר אשלם עיקר השבועה כדי לפטור הביא דבירושלמי בפ' המפקיד לא משמע בן והוא תימה וכבר בארתי הדברים בסי' רצ"ה. עיין שע"מ ס"ק ה' כ' דאף נשבע ונוטל אם גלגל עליו שבועה אין יכול לומר לא אטול ואיני נשבע רק מוכרח הוא לשבע על הגלגול והוא תימה בעיני וכבר כתבתי בס"ק ג' דאינו מהסברא אך בל"ז הא בזה שייך מ"ש הת"ה דתקנתא לתקנתא לא עבדינן:

סימן צה

א) וכן נכסי עכו"ם. התומים הקשה הא הפקעת הלואה מותר ופשיט דאין כאן שבועה ולק"מ וכבר כתבתי בסי' פ"ו ובהרבה מקומות דבבא לפני ב"ד דנין וגם הפקעת פקדון אסור:
ב) ל"ש כופר בכל וע"א מכחישו. השע"מ חידש כאן דלהסובר דברי ע"פ אחר לא הוי ברי א"כ ה"נ אם תבעו בספק ע"פ העד אפי' היסת אינו חייב כיון דעדותו לא מהני בקרקע והוא כפסול עיי"ש ולדעתי תימה לומר כן דהא אם יבוא עוד ע"א יועיל עדותו להוציא הקרקע איך נימא דאפי' ברי לא הוי ובל"ז כיון דמועיל עדותו בכל מקום למה לא יהי' עכ"פ כברי ובירושלמי שהביא הש"ך דאמר שניא הוא בקרקע דאין נשבעין עליהם משמע דמתרץ דאין החסרון בהעד רק דגזה"כ בקרקע דאין נשבעין וגם הא הפוסקים דאמרי דע"א בקרקע אין משביע הא למדו זה מפ' הכותב בע"א מעידה שהוא פרוע דסבר רמב"ח ש"ד ופריך והא אין נשבעין בקרקע והרי מבואר שם דאף שבועת המשנה נשבעין ע"י עד כ"ש דמהני להיסת ועיין ש"ך ס"ק א' וס"ק ה' וא"כ ה"נ בטענו בספק ע"פ העד דלא גרע מטענת ברי ופשוט:
ג) אבל שבועת היסת נשבעין. מבואר בפוסקים דאף שבועת המשנה נשבעין כמבואר פ' הכותב ופשוט דדוקא היכי שתקנו שבועת המשנה אבל ודאי היכי דלא תיקנו כגון מודה במקצת דפטור מש"ד לא נאמר דנשבע שבועת המשנה ובע"א מעידה שהוא פרוע אמרו הטעם דעתו של בעל וכן היכי דיש שבועת המשנה כמו שותפין נשבעין כמו במטלטלין ובחנם האריך בשע"מ והקשה אח"כ על הר"ן דכ' דנשבעין בשטרות שבועה שאינו ברשותו והקשה דהא מהתורה פטור וע"ז אין כאן שבועת המשנה רק היכי דמשלם שמא עיניו נתן בה וזה לא תקנו היכי דאינו משלם עיי"ש כי כן תוכן כוונתו ולק"מ דמבואר בפוסקים ולעיל סי' ע"ב בארתי דלאו דוקא מחשש שמא עיניו נתן בה

רק אף היכי דיש לחוש שישבע השני על שויו ויוציא הלה הפקדון צריך לשבע ולמדו זה מר"ה דאמר דנשבע מחשש שמא עיניו נתן בה וא"כ ודאי כ"ש וכ"ש היכי דאינו משלם דחיישו חכמים לעיניו נתן בה והוא פשוט:

ד) וכן ע"י גלגול נשבעין עליהן. כבר כתבתי לעיל סי' צ"ד דבהקדישות לא משכחת גלגול דאין הגזבר והקדש מצטרפין אך כעת נראה דבלא"ה לא משכחת שבועה בהקדש דהא מבואר בש"ס דחשוד אממונא חשוד אשבועה רק היכי דשייך אשתמט או ספק מלוה ישנה ובהקדש כיון דאין כאן רק שבועה שאינו ברשותו ולא שייך פרשו מספק שבועה ולא פרשו מספק ממונא דהרי מעל מיד וכן לא שייך ספק מלוה ישנה בהקדש וא"כ אין כאן שבועה ואף דאמרינן בירושלמי פ"ב דשקלים דנשבעין, שלא יזלזלו בהקדישות היינו שלא פשע דשייך אישתמוטי ולפ"ז יש לפרש דברי התוס' שם שהבאתי סי' צ"ד דלא שייך שבועה בטוען טענת גנב בהקדש משום דבלא"ה תשוד אממונא חשוד אשבועתא:

ה) טענו ענבים העומדים ליבצר וכו' ה"ז נשבע עליהם. והקשו על הרמב"ם דבה' שכירות כ' דהן כקרקעבדין השומרין וכ' הקצה"ח כיון דצריך קנין בשומרין ואין יכול לקנוח רק הקרקע בחזקה והענבים באגב וכיון דאין הקרקע בחיוב שמירה אין כאן קנין ע"כ והנמה"מ דחה דבריו בכתה דחיוב ויש להקשות עוד דהחילוק בין שאר דבר לשומרין כ' הרמב"ם בפי' המשנה ושם איירי במודה במקצת עיין ש"ך ס"ק ט' ואך הנתה"מ בסופו כ' דכיון דלהרמב"ם חייב בפשיעה א"כ תל הקנין עייי"ש. והנה הש"ך ס"ק ב' כ' ג"כ כיון דאין הקרקע בחיוב שמירה הוי כלא קיבל עליו לשמור נראה קצת כמ"ש הקצה"ח אך י"ל דכונתו דלא קיבל עליו חיוב שבועה עייי"ש וקצת מוכרח לומר כן דאם הוי כלא קיבל לשמור איך חייב בפשיעה ולפי ענ"ד בלא"ה י"ל דאף אם פטור גם מפשיעה מ"מ מל עליו חיוב הגוף לשמור כמו שכתבתי לעיל סי' פ"ז במחלוקת הרז"ה והראב"ד וא"כ י"ל דחיוב הגוף לשמור שייך אף בקרקע וצ"ע בזה כי יש נ"מ לדינא במסר לו בהקרקע אם צריך קנין וקנה אגבה ענבים העומדין לבצר למ"ד דפטור מפשיעה:

ו) ה"ז נשבע עליהם וכו' ודוקא שאין צריכים לקרקע. עיין בטור דהרא"ש חולק וסובר דאף דאין צריכין לקרקע הוי כקרקע ותמהו על הטור דהרא"ש פ' יש נוחלין גבי הנותן נכסיו לבנו מהיום ולאחר מיתה דבהניח פירות תלושין הן של יורשים ומחוברים לבנו וכ' הרא"ש דפירות מחוברין ועומדין לתלש כתלושין דמי וראי' מפ' הכונס דאכלה פירות גמורין משלם פירות גמורים הרי דבהדיא כ' הרא"ש דלאו כקרקע דמי והמומים בכל פלפולו לא העלה ארוכה לסוגיא דסנהדרין דמועלין בשטרו ולהסוגיא דפ' השולח ואשר

הנראה לי בזה דהנה הסוברין דצריכין לקרקע הן כקרקע הטעם דבטלו אגב ארעא אכן חכמים דאמרי כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע אף בעומדין לבצור אין הטעם דבטלו לקרקע רק כיון דאינן מטלטלין דהרי לא ק י"ל כל העומד לשרוף כשרוף דמי לכן הן עצמן דינן כקרקע ולכן בכ"מ הן כקרקע אבל בכותב נכסיו לבנו אם אין צריכין לקרקע אף דכקרקע דמי מ"מ אינן בטלין להקרקע שכתב לו אביו לכן הן ליורשין וזה שהביא ראי' מפ' הכונס דאכלה פירות גמורים דקיי"ל בזה דמשלם פירות גמורין וע"כ דלכן לא שיימינן להו אגב ארעא דהן בפני עצמן ואין להם שום שייכות לקרקע ויחיישבו בזה כמה קושיות להמעיין ואך מה שכ' הרא"ש בפ' האשה שנפלו ואע"ג דקיי"ל העומד לגדור כגדור דמי וכונתו לסוגיא דפ' נערה כבר מתרץ הש"ך דלענין ב"ח שאני וקצת יש עוד לעיין אם בכתובה אינה גובית דאקני מיורשים ובפרט לשיטת הש"ך סי' קט"ו דבכתובה לא מהני דאקני י"ל דלכן שם כגדור דמי כיון דהם דאקני ואין בטלין לקרקע לכן אין האשה גובית מהן ודו"ק:

ז) שאין צריכין לקרקע. הש"ך ס"ק ט' פסק דבכל מילי הן כקרקע ובפ' נערה דאמר כל העומד לגדור כגדור דמי דלענין ב"ת וכתובה הוי כמטלטלין דלא סמכו דעתייהו כיון דהיתומים יכולין לגודרם והנה כן כתבו התוס' סנהדרין (ד' ט"ו) ולפי חורפי' לא עיין אך קשה לי דהש"ך פסק לקמן סי' ק"ת דאם מכרו יתומים שעבוד הב"ת צריכין לשלם משלהם וכיון דכקרקע דמי למה לא סמכו דעתייהו ורש"י דפי' שם לענין מזונות א"כ אין חילוק בין הפירות להשדה דאף מהשדה אם ימכרו לא מגבה ואולי לא בדקדוק נקט הש"ך לשין זה רק דלא סמכו דעתם שמא אביהן יגדרם לכן אין גובין מהיתומים: ח) טענו ב' חדשים שכנת בחצרי. עיין ש"ך ס"ק י"ב העתיק דברי הה"מ שכ' דאם היו מתלקותן שזה אומר יש לי לדור בו עדיין וזה כופר הוי תביעת קרקע ואין נשבעין רק היסת ופי' בש"ך דר"ל דאם זה אומר יש לי לדור בו עדיין ב' חדשים וזה אומר רק חודש אע"פ שזה המשכיר הוי מודה במקצת מ"מ כיון דמחלקותן בקרקע נשבע רק היסת ע"כ ובסי' שי"ב ס"ק ט"ז כ' הש"ך דה"ה למד דין זה מדברי הרמב"ם שהוא כלשון המחבר שם דמ' או לזמן ארוך נשבע היסת עיי"ש. והנה צ"ע דמה איריא משום דהוא תביעת קרקע תיפוק לי' בלא"ה הא הילך הוא והנה אמת דכאן י"ל דהש"ך רק לדוגמא בעלמא נקט אבל מ"ש שם דנלמד מדברי הרמב"ם והרי אינו מוכרח די"ל דטעמו דהרמב"ם שם הוא משום הילך והי' אפשר לפרש דברי הה"מ דשכר בעשרה דינרים ואומר דיש לו עדיין לדור ב' חדשים וזה אומר שאין לו לדור רק חודש ולענין הבית המשכיר נאמן רק השוכר דהוא מוחזק בשכירות מנכה לעצמו עבור חודש וע"ז אמר דאף דהשוכר מודה במקצת מ"מ

כיון דמחלקותן בקרקע אין השוכר נשבע רק היסת כיון דאין מחלקותן בהכסף אך הש"ך לקמן סי' שי"ז כ' דאין השוכר נאמן ואך אם אין ידוע בכמה שכר דאז ודאי מנכה לו אך זה אולי לא הוי תביעת קרקע כיון דאין השוכר נאמן רק מחמת שמוחזק בממון וצ"ע. עוד כ' הש"ך דה"ה נמי אם המשכיר אומר על שני חדשים שכרת והשוכר אומר לא שכרתי רק על חודש אחד ג"כ הוי כקרקע ואינו נשבע רק היסת ע"כ וצ"ע דהרי א"צ לשבע רק אחר הזמן ואז הוי מטלטלין שוב ראיתי שכן הקשה הקצה"ח. ועיין מומים כ' ג"כ דאם המשכיר תובעו שהשכיר לו בדינר לחודש על שני חדשים וכבר עברו והשוכר טוען שעדיין לא עבר רק חודש אחד הודאת השוכר לא הוי רק מקרקע כיון דלפי דבריו עדיין לא כלה הזמן והקשה אח"כ דמאי פריך הש"ס בב"מ למה לי למעוטי קרקע משבועה הא קרקע הילך הוא הא משכחת כה"ג ותי' אח"כ דכה"ג לאו הודאה הוא דאין חיובו ברור שמא יוציאנו אנס מביתו ולא יספיק השכירות דלהבא ויצטרך ליתן לו משכירות העבר ועדיין צ"ע ע"כ ועיין נחה"מ דהסכים כן ולי צ"ע דמה שאמר שמא יוציאו אנס מביתו א"צ לזה דבלא"ה המשכיר נאמן שהיום סוף הזמן וא"כ אף אם השוכר נאמן שלא ליתן השכירות מ"מ אין לומר בזה כיון דשכירות אינו משתלמת אלא בסוף הוי כקרקע כיון דצריך לקרקע כמ"ש שם כיון דמוכרח להוציא משם דירתו א"כ היום סוף הזמן שקבע ואף דמנכה לעצמו מהשכירות מ"מ הזמן נשלם גם מ"ש דיצטרך ליתן משכירות העבר והוא משום דהמשכיר חייב להעמיד לו בית והרי הוא אומר שנשלם הזמן ואפשר דזה שסיים בצ"ע וגם לפי דבריו יש עדיין לעיין דאם נאמן השוכר שזמן השכירות לא יהי' עד אחר חודש וא"כ עדיין א"צ לשבע כמו שמבואר בסי' ע"ג בש"ך ואח"כ הודאתו ידועה גם אינו כקרקע ואולי כבר יצאה בפטור וצ"ע:

ט) הואיל ואינם חלוקים כמה קרקע מכר לו עיין ש"ך ס"ק ט"ו דמפרש דמאי דאמרינן בגמרא בטוענו דמי עבד גדול ומודה דמי עבד קטן היינו כגון שקנה ממנו עבד או שדה בדינר ואי אפשר שהמוכר יעמידם לידו כגון שניטלו מחמת המוכר או שהמוכר שרפו או הזיקו וטוען הלוקח גדול לקחתי בדינר והמקח קיים ותן לי דמי הגדול והמוכר אומר קטן לקחת וכו' והנתה"מ תמה דאם שרפן או הזיקן זה הוא הדין דסעיף ז' שתפר בה בורות וזה הוי כקרקע כיון שהתביעה בא מקרקע והי' כיון דשרפן או הזיקן יכול הלוקח לבטל המקח והוי תביעת ממון ע"כ ודבריו תמוהים הן בפירושו הן בדינא חדא דהרי הש"ך דחה פירוש התוס' דפירשו דיכול לחזור מחמת שלא כ' עדיין השטר והקשה דאם התביעה הוא בדמים מה לי אם העבד גדול או קטן ולפי דברי הנחה"מ גם להש"ך אין התביעה רק מחמת שחוזר ויותר תימה דהש"ך כ' בפירוש לקחתי בדינר ומכרתי

בדינר הרי דאין חלוקין כלל כמה מעות נתן לו ואם חוזר א"כ אין כאן הכחשה וגם דינו שכ' דיכול לחזור הוא תימה ומבואר הוא בש"ך דמקח קיים ולכן תובע דמי עבד גדול והיינו אף שלא נתן רק דינר מ"מ תובע עבד גדול שהי' שוה יותר או דהמוכר רוצה ליתן לו דמי קטן אף ששוה פחות ממה שלקח וגם בסברא אין מקום לומר שאחר שקנה יתבטל המקח אם המוכר אבדן וגם אם תפרש דברי הש"ך דהמכר בטל א"כ אין זה כלל תביעת קרקע ואיך מביא ראי' לתובע מעות הקרקע נשבעין ופשוט דאם שרפו צריך ליתן להלוקח שויו ולא כפי שנתן ומ"ש דכן משמע בסי' שי"ב וסי' רכ"ו לא זכיתי להבין ולא ראיתי שם שום משמעות כלל כמבואר לכל מעיין ואך דברי הש"ך הם כפשוטו ומה שהקשה הנתה"מ דאם שרפן הוי כתבעו שתפר בו בורות כונת הש"ך פשוט דהוא כמו שכ' בס"ק י"ח דאף תובעו למלאות החפירות אם אי אפשר למלאות הוי כתביעת ממון לכן כ' דטרפם ב"ח וכיון דמשתרשי חייב להחזיר הדמים ולכל מר כדאית לי' ולהש"ך אף בשרפו ולהחולק משכחת בב"ח שטרף ודו"ק:

י) דמי נייר השטרות הוי תביעת ממון. זה פשוט דהא מוכר שטרותיו לבושם יש בו אונאה אכן תימה בעיני למה נקט כה"ג ולא נקט רבותא יותר דתובע שיווי השטרות כגון שמכר לו שטרותיו כיון דאינו תובע השטר הוי כמו מטלטלין דנשבעין ואין לומר כיון דמכירת שטרות דרבנן אין נשבעין ש"ר דכבר סתר הקצה"ח זה בסי' פ"ז וכן משמע לקמן סעיף ה' בטוענו כלים דנשבעין ע"י גלגול אף דדינא דגרמי הוא מדרבנן וכן תימה בעיני למה נקט דמי נייר וכי הנייר עצמו אין זה מטלטלין ועיין סמ"ע מפרש דאיירי בשטרות שאין עומדין כלל לראי' א"כ על שטרות כאלו נשבעין ולמה נקט דמיהם ועיין בשע"מ מה שהקשה עוד ע"ז וצע"ג:

יא) שטר מסרתי לך וזה אומר להד"ם וכו' פטור אף משבועת היסת. הנתה"מ רוצה לתרץ דברי הש"ע התמוהים דלמה פטור מהיסת וכ' כיון דכבר טען שלא מסר לידו וא"כ אף אם יודה לו הרי יאמרו הב"ד שלא יחזיר לו כדין שליש האומר שער זה לא בא אלי מידך רק מהלוה או א"י מה טיבו ובס"ס מ"א דנאמן הוא מטעם מיגו וכו' עיי"ש ולא הבנתי דבריו כלל דכיון דטען שלא בא כלל לידו הרי יכול ג"כ להחזירו בינו לבין עצמו ובודאי אם יודה יחזיר ואין זה דומה כלל להך דסי' מ"א דהלוה טען שהוא מסר לידו לכן צריך מיגו דלפי דברי הלוה אין לו למלוה חזקה דשטרו בידו מה בעי אבל באין הלוה לפנינו ודאי אף דראינו בידו יכול להחזירו וא"צ כלל למיגו וגם וכי לא איירי בטוען הלוה להד"ם דאז אם יראה השטר יגבה בו דכל האומר לא לויתי וכו' גם מ"ש הנתה"מ דטענת להד"ם לא עדיף מפשיעה בשטרות לא אבין דאם האמת כדברי התובע הרי הוא

שורפו כעת בדיבורו שלא בא לידו והמעיין בנתה"מ סי' ס"ו ס"ק ו' יראה דמה שכ' כאן הוא נסתר ע"י דבריו שבשם:

יב) או שטוען שאבד פטור אף מהיסת שאפי' פשע בו פטור עיין ש"ך ס"ק י"ז הביא דברי הה"מ שכ' דהוא לפי שאין בעל השטר טוען ברי ופי' הגד"ח שאין טוען ברי אתה יודע שהי' בו ראי' והש"ך הסכים עמו לדינא אך פירש דברי הה"מ באופן אחר ובשע"מ הקשה על הש"ך דכ' בעצמו בסי' רל"ב אם טוענו מכרת לי טבעת בחזקת זהב והי' בו בדיל וזה אינו מאמינו שהי' בו בדיל צריך לשבע שאינו יודע אף שאין הלוקח טוען ברי לי שאתה יודע והביא שם כמה ראיות שהתובע א"צ לטעון אתה יודע עיי"ש ולדעתי נראה כונתו דכאן אין התובע חושדו כלל דמנין לו לידע אם הוא הי' יכול לקיים שטרו ואין כאן דררא דממונא ואפשר דהב"ד ג"כ אין חושדין אותו כלל אף אם יטעון התובע וראי' דהרי בב"ק בשורף שטר פריך ואי דליכא סהדי אנן מנא ידעינן והרי עכ"פ למאן דדאין דיני דגרמי יצטרך לשבע שאינו נודע א"כ משמע דאין חושדין אותו כלל אכן תמו' לי תמי' עצומה על הש"ך דלקמן סי' שפ"ח כ' הש"ך דאף בטוען הנתבע איני יודע נאמן התובע לשבע וליטול דעשו תקנת נגזל בפקדון ובמזיק ובש"ס דפריך מנא ידעינן דמסתמא רבה לא אמר דינו למאי דבעי הש"ס אי עשו תקנת נגזל במזיק אבל לפי ההלכה קיי"ל דנשבע ונוטל וא"כ למה כ' כאן דפטור והרי התובע נאמן לכן נראה לפרש בדרך אחר דברי הגד"ת בדרך נכון ובתחילה צריך להבין דברי הה"מ דהרמב"ם הא כ' הטעם בטוען שנאבד דפטור משום דאפי' אם פשע בו פטור והה"מ הוסיף דהרי אין התובע טוענו ברי אתה יודע שהי' בו ראי' וקשה למה לי שני הטעמים דהרי אף אם חייב בפשיעה מ"מ כיון שאין יודע שהי' בו ראי' פטור וסגי בטעם של הה"מ לחוד וכן כיון דלא טען שפשע למה יתחייב לכן פירשו דאף אם טוען התובע אני ידעתי שפשעת פטור ואך קשה דלמה לא ישבע שלא פשע כיון שטוען ברי ע"ז כ' הה"מ שהרי אינו טוען ברי אתה יודע שהי' בו ראי' ונראה כונתו ע"פ מ"ש הש"ך הרבה פעמים וכל הפוסקים עיין לעיל סי' ע"ה וסי' פ"ב וסי' פ"ז דכל היכי שאין שנים מחייבים אותו ממון רק ע"י שבועת התובע אם כופר לא הוי מחויב שבועה וה"נ הרי אף אם יודה דפשע מ"מ לא יתחייב רק שישבע התובע שהי' בו ראי' כדין תקנת נגזל לכן אף בכופר ואומר שלא פשע אינו מחויב שבועה וזה ודאי נכון לדינא ודו"ק:

יג) טענו כלים וקרקעות. עיין קצה"ח דאם תובעו הקרקע בע"א וגם הפירות שאכל דאף דיש כאן תביעת פירות שהן מטלטלין מ"מ א"צ לשבע ע"ז כיון דעיקר תביעתו הוא קרקע והביא ראיות ע"ז ואני אוסיף דהרי אין סברא כלל דבהביא ע"א שעשה מחאה

דקיי"ל דלא הוי מחויב שבועה ואיל"מ כיון דאין נשבעין בקרקעות ולעולם לא נוציא הקרקע מת"י ולעולם יתבע הפירות ויצטרך לשלם כמ"ש התומים זה בה' חזקת קרקעות אכן מה שלמד הקצה"ח מזה דאם תובעו מעות מה שמכר קרקע שלו אמרינן ג"כ כיון דעיקר התביעה נצמח מקרקע א"צ לשבע לכן הקשה על הש"ך דכ' לעיל ס"ק ט"ו בטוענו דמי עבד גדול שניטל מחמת המוכר או ששרפם והזיקם חייב לשבע דהוא תביעת ממון והשיג הקצה"ח עליו ולפענ"ד דברי הש"ך ברורים דבתובעו הפירות עיקר הטעם דהרי אינו תובע רק קרקע ואם הקרקע שלו ממילא הפירות שלו א"כ הוי תביעת קרקע אבל שם הא טעמו של הש"ך כיון דאין תובע רק ממון ואי אפשר להעמיד הקרקע בידו לכן הוי תביעת ממון ואון דומה לכאן ומ"ש הקצה"ח דאף להראב"ד דבאין תובעו למלאות החפירות הוי תביעת ממון היינו דשם הוא התביעה בנזק אבל היכי דאין התביעה בזה דהרי מודה שהזיק רק זה טוען שלי הוא וזה טוען שלי הוא הוי קרקע לא אבין טעם בחילוק זה ואם באנו לחלק נראה לכאורה דאיפכא מסתברא דשם התביעה יוצא מגוף השדה אבל כאן הוי התביעה מיד על הממון דבגפנים טעונות מסרתי לך י"א דפטור מטעם שבא לידו בקרקע גם לפי דברי הקצה"ח לא אבין מ"ש המחבר בסעיף ג' בטוענו ב' חדשים שכנת בחצרי ומ"ש טוען שלי הי' או לא דרתי בה והעיקר כהש"ך:

יד) וי"א דוקא בתובעו למלאות התפירות אבל תבעו לשלם פתחו וכו'. עיין לעיל סי' ע"ב דכתבתי דמחלוקת הרמב"ם בזה תלוי בפלוגתתן בלא הוי למידע אם הוי מחויב שבועה ואיל"מ והקשתי שם על הש"ך בזה:

טו) דוקא שתובעו למלאות החפירות אבל תבעו לשלם פחתו הוי תביעת ממון. התומים הקשה דבב"מ דפריך למה לי קרא למעט קרקע משבועה הא הילך הוא ומשני דחפר בה בורות שיחין ומערות דלאו הילך הוא או שהודה בכלים וכפר בקרקע והקשו התוס' הא ליכא קרא מיותר למעט קרקע רק מכלל ופרט ממעט וא"כ מאי פריך ותי' דפריך על המשנה למה לי קרא למעט קרקע הא הילך הוא ע"כ ולשיטת הראב"ד עדיין יקשה למה לי' לתנא למעט עבדים ואין לתרץ כמו דמשני הש"ס דחפר בה בורות וה"נ יתרץ דקטע לידי' דהרי שם לא דתבעו למלאות החפירות וע"כ צריך לתי' השני דהודה בכלים וכפר בעבדוא"כ למה לי תירוץ הראשון כיון דבעבד צריך ע"כ לבוא לתי' השני ויותר קשה להסובר טוענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהם פטור ע"כ אין לתרץ כתי' השני וצריך תי' הראשון וא"כ קשה גבי עבד מה איכא למימר לשיטת הראב"ד עיי"ש ונראה דלשיטת הראב"ד יתורץ קושיית התוס' באופן אחר דבאמת קושיית הש"ס למה לי כל הפרט וכלל למעט ואף דאין קרא מיותר על קרקע הא בעבד ג"כ א"צ קרא דהוי

הילך וגם שטרות מבואר לקמן בש"ך סי' שפ"ו דאין נגזלין וא"כ הכל הילך הוא ולא נקט הקושיא מקרקעות ורק דעבד לא ממעט רק מדהוקש לקרקע וכן בשטר הי' צריך להאריך ולומר דד"ג הוא רק מדרבנן ולאו כממון דמי לכן פריך בקיצור מקרקעית או דהמסדר הש"ס ביען כי אין לו תי' רק בקרקע נקט גם הקושיא מקרקע וממילא יתורץ עבדים ושטרות כיון דאין קרא מיותר לעבדים ושטרות וכיון דצריך הכלל ופרט לקרקע נקטה הברייתא עבדים ושטרות אגב קרקעות ואף אם נאמר כמ"ש הפ"י דאין שים קרא מיותר דקרא אתי למעט מדין שומרין וכל הקושיא הוא על התנא ג"כ ניחא בפשוט כיון דהתנא הוצרך לומר קרקע נקט שטרות ועבדים אגב גררא ולק"מ ודו"ק. ועיין בקצה"ח והוא מדברי התומים כ' לתרץ דברי הרמב"ם ממה שהקשה הראב"ד מחבלת בי שתים דהוי מודה במקצת וכ' דלא בעינן מוב"מ גמור אך הקצה"ח הקשה מאנסת ופתית את בתי דסברו רבנן בושת ופגם קתבע דקשה הא מ"מ לא הוי רק קרקע ואין עליהם קרבן שבועה ונראה ובזה אתרץ גם דברי רש"י התמוהין בשבועות (ד' ל"ג) דבעי שם משביע עדי קנם מהו ובעי למפשט מהא דאם לא תבואו ותעידו שאנס איש פלוני בתי ודחי משום בושת ופגם ופרש"י פגם בתולה מאתים ובעולה מנה ע"כ וכל עובר משתומם דלמה לא פירש כדינו דפגם רואין כאלו היא שפחה נמכרת בשוק ורוצה האדון לעשות נחת רוח לעבדו ליתן לו בתולה ואך לקמן סי' ת"כ בארתי דמ"מ אם אין להנחבל שום היזק אין שמין ופטור והוכחתי שם דלא עלה ע"ד רש"י דשמין כע"ע כמ"ש הקצה"ח כאן ואך עדיין יקשה למה הוצרך רש"י לזה וכי ח"ו אישתמט לי' דשמין כנמכרת בשוק ועיין תוס' יו"ט ואמרתי דהנה התומים כ' לחלק דהחבלות היוצאין מגוף האדם דהיינו נזק דמי' לקרקע אבל כל ה' דברים דהיינו בושת זה אינו יוצא מגוף האדם לא הוקש לקרקע עיי"ש והי' קשה לרש"י דשם (ד' ל"ד) דקאמר איכא בינייהו משביע עדי קרקע ופריך לר"י דאמר עדי קרקע אף לר"א פטורין מ"ב ומשני א"ב משביע עדי קנם ועיי"ש בתוס' דסוגיית הש"ס דאי משביע עדי קנס פטורין כ"ש עדי קרקע ולכן הי' קשה לרש"י דמאי משני משום פגם הא זה יוצא מגוף האדם ואי עדי פגם חייבין כ"ש עדי קנס לכן פרש"י דחיוב הפגם הוא הפסד הכתובה כמ"ש סי' ת"כ ולכן זה אינו יוצא מגוף האדם ולא הוי כקרקע ולפ"ז גם דברי הרמב"ם מיושבים ודו"ק:

ואגב אמרתי כעת ליישב דברי רש"י ע"פ הנ"ל אם יסבור כהראב"ד דהנה מ"ש הראב"ד דתובעו למלאות החפירות והקשו דהרי א"צ למלאות רק נותן דמים ואמרתי די"ל דאף דאמת דנותן דמים מכל מקום אם התובע תבע למלאות א"כ הוא תובע קרקע ומה שמודה הנתבע במטלטלין קדמה הודאה לתביעה דמ"מ איהו קרקע קתבע ולכן פטור

ולפ"ז יש לפרש דברי רש"י ג"כ דאיהו קתבע פגם דכתובה לכן לא הוי כקרקע כמ"ש בשם התומים וא"צ למ"ש בסי' ת"כ אך יש להשיב קצת וקצרתי כי לא באתי רק לעורר והמעיין יבין. ולענין בן חורין אי איתקש לקרקע עיין מ"ש בסי' ת"כ. והנה בב"ק (ד' ס"ח) דאמר ר"י גניבה בנפש תוכיח דלא הוי יאוש בעלים וחייב ואם ב"ח נמי איתקש לקרקע איכא למפרך מה לגניבה בנפש דחייב דכן אין נגזלין ולא עיינתי ג"כ בזה, ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' רצ"ח באחד שסתר כותלו ש"ח וא"י כמה דפסק דהוי מחויב שבועה ואיל"מ ולכאורה הוא כדעת הראב"ד ולהש"ך דכ' דהיכי דיתקן ודאי הוי כקרקע אף להרמב"ם כ"ש דלא אתי שפיר ואולי בתלוש ולבסוף חיברו וחבירו תלשו הוי תביעת ממון או משום דתובע מה שצריך ליתן לפועלים וצ"ע:

נשמט מריש הסימן. ואם התנה לשלם הכל כפי תנאי עיין ש"ך ס"ק ד' דהיינו בקנין וכן הוא לקמן ש"א ועיין בקצה"ח ונתה"מ הקשו בהקדש למה בעי קנין והא אמירה לגבוה כמסירה להדיוט עיי"ש והנה הנתה"מ עצמו כ' הרבה פעמים דלא שייך אמירה לגבוה כמסירה רק בחפץ מסוים ועיין תוס' ר"י הזקן הנדפס כעת דפוס ווילנא קידושין (ד' כ"ט) דבאינו מסוים ואף במסוים אם לא אמר הנני נותן רק אתן לא הוי כמסירה וא"כ כ"ש הכא דלא נתחייב רק כשיאבד ודאי לא הוי כמסירה ואך אף מטעם נדר נראה כיון דלא נתחייב רק אם יאבד לא הוי ג"כ נדר ועיין תוס' שם קידושין (כ"ט) דהיכי דלא רצה להרויח להקדש אין חייב מטעם נדר ונראה דה"נ כאן וצריך קנין:

סימן צו

א) אבל אם שמר לקטן וטוען שאבד ה"ז נשבע. הטעם כיון דא"צ טענה דטענת שומרים אף בגדול אינו טענת ודאי סמ"ע ס"ק ד' וקשה לי בטוענו ע"פ עד למה כתב המחבר דא"צ לשבע והרי קיי"ל דבטוענו ע"פ עד אף בספק להתובע צריך לשבע א"כ למה לא ישבע לקטן כמו בשמר לקטן והנה הרא"ש הביא זה בשם הר"י מיגש והוא י"ל דהולך בשיטתו דהוא ס"ל דטענו בספק ע"פ עד אין הנתבע צריך לשבט. שוב מצאתי כדברי בדברי הר"ן שהביא הב"י שכ' וז"ל וכן בטוענו קטן ע"פ עד דצריך ברי לדעתו וכו' הרי כ' בהדיא דהר"י מיגש לשיטתו דסובר דצריך ברי אכן הש"ע וכן הרמב"ם דכ' כלשון הש"ע ודאי קשה מה בין שומר לטענו ע"פ העד והנה הי' נראה איזה חלוקים בזה אך יען כי לא נתקררה דעתי בחלוקים אלו לכן לא כתבתים אמת אם נאמר כהש"ך סי' ע"ב וצ"ב דבטוען בעה"ב ברי א"צ השומר לשבע הי' החילוק מובן דבספק ע"פ עד כיון דעכ"פ הוי תביעה בטוען ברי אף ע"י עד הוי תביעה אבל קטן דלא הוי תביעה כלל אבל לגבי שבועת שומרין דאדרבה בטענת ברי אין נשבעין רק בשמא לכן לא בעינן טענה כלל

ומהני אף בקטן אכן האחרונים סי' צ"ב השיגו על הש"ך ועיין מ"ש שם ולכן ודאי צ"ע. גם התומים כ' דגזה"כ הוא בקטן שאין טענתו טענה עיי"ש ולפי דבריו לא הבנתי למה בשמר לקטן חייב ומנ"ל דלא איירי גם בשומרין:

ב) החרש, עיין תומים מפלפל בדברי האחרונים באלם השומע ואינו מדבר וכ' דאף דשבועה ע"י כתב לא מהני מ"מ בשבועת הפקדון דמהני מושבע מפי אחרים והוא ישוב אין לך בידי וזה יכול להשיב ע"י כתב דכפירה בכתב הוי כפירה והקצה"ח השיג עליו ואין דבריו מובנים לכן דחהו הנתה"מ ובענייי לא אבין דברי התומים ונראה דהקצה"ח אולי כונתו לזה דאף דכפירה בכתב הוי כפירה מ"מ הרי אין לך בידי אין זה שבועה אף במושבע מפי אחרים בשום דבר ורק גבי פקדון ועדות לענין קרבן אמרינן דהוי כשבועה וא"כ אף דכפירה הוי בכתב אכן באן דאף שבועה מפי עצמו לא מהני בכתב וכי משום דמושבע מפי אחרים עדיף וא"כ נהי דלענין הכפירה הוי כפירה בכתב אבל לענין השבועה לא מהני גם עיקר דבריו שכ' דכיון דכפירה בכתב הוי כפירה וכו' והרי ודאי בדבר שאין נ"מ לענין איסור וקנין ולשום דבר הנצרך לקיים איזה דבר ומאי שייך דהוי כפירה אבל אי נצטרך הכפירה לענין חיוב קרבן וכדומה הצריך אמירה אה"נ דלא תחשבהו לכפירה כיון דכתב אינו כאמירה:

והנה בעיקר הדבר לענין שבועה בכתב אי הוי כדיבור קודם שעיינתי בתומים הבאתי לעצמי

ראי' מהאדאינו יוצא ידי חובת ק"ש בכתב משמע דלאו כדיבור דמי אך כאשר באו דברי התומים לפני ראיתי שהביא בשם השב יעקב דהביא ראי' ממגילה דאמרינן הי' כותבה וכו' הרי דכתיבה לא הוי כאמירה והתומים תמה עליו דמה ענין לזה ששם הצריכה התורה קריאה לדבר שצריך לקבל בלב דא"כ סופר הכותב פרשת ק"ש יפטר מק"ש אבל המקבל על עצמו הוי קבלה כאומר והרי בכתב לכתוב גט כותבין ע"כ ובענייי לא אבין החילוק בזה ואדרבה נראה דגט אינו ענין לכאן דבגט העיקר לידע דעתו ורצונו ולזה סגי בכותב אבל שבועה מאי ענין קבלה על עצמו וכי צריך רצון ודעתו בזה רק שישבע ואם ישבע בשקר עושה איסור ולכן נאמן שודאי לא יעשה איסור וא"כ מה לי אמירה לענין איסור או בענין קיום מצוה כגון ק"ש ומגילה וכותב השם ודאי לא הוי כמזכיר והוגה השם ומה שהביא מרש"י גיטין גבי אם לא יגיד כבר כ' הקצה"ח סי' מ"ו דזה עצמו שמפלפל הש"ס שם אי כתיבה הוי כאמירה ועוד הביא שם דברי השבו"י דהביא ראי' מסוטה דאמרינן ואמרה ולא אלמת והקשה דתיפוק לי' דאינה יכולה לשבע אלא ע"כ דשבועה בכתב מהני ולא אבין דאדרבה אי כתיבה כאמירה איך נתמעט אלמת מואמרה

וע"כ דזה הוא כונת הש"ס דבעינן ואמרה האשה אמן היינו שתשבע ואלמת אינה יכולה לשבע וזה נראה כונת התוס' שם דכתבו דאף אי לא בעינן קרא כדכתיב מ"מ כאן אינה שותה דאינה יכולה לקבל עלי' השבועה ור"ל דזה הוא שאמרו בש"ס דבעינן ואמרה ואין ר"ל כיון דלא משכחת ואמרה דהרי לא בעינן קרא כדכתיב ורק משום דבעינן שתשבע ועיין תומים שדחה ג"כ דבריו רק דחק דלמה נקט הש"ס ואמרה ולפענ"ד הוא הוא. גם במ"ש דהרי ר"ת מחיר עדות בכתב ה"ה כאן מפי כתב שבועה הוי ובעניי אין זה ראי' דהרי אדרבה מדאסרינן עדות אילם משום מפיהם משמע דכתב לאו כדיבור הוא וא"כ ע"כ ר"ח דהתיר עדות בכתב הוא משום דא"צ רק להודיע לב"ד שכך הי' המעשה וזה נדע מכתבן והוא כמו שפי' הקצה"ח סי' מ"ו וכן הנתה"מ דאלם הוי פסול הגוף ולכן בראוי להגיד אין זה נתמעט מפיהם כיון דידעינן דזה חייב לזה וכמו בגט דסגי גילוי דעתו ומה שהביא התומים ראי' מהא דכותב דברי תורה א"צ לברך הרי דכתיבה לא הוי כדיבור נראה שהוא ראי' נכונה ומ"ש התומים דלשיטת ר"ת ודאי אסור רק כיון דמספקא לן אי הלכה כר"ת ספק ברכות להקל ע"כ לא אדע מה שייך ספק ברכות לכאן דזה הוא רק דמספק לא יברך אבל הרי ע"כ יברך אח"כ באותו יום ברכות התורה וא"כ איך יעשה ספק לכתחילה והרי אסור בלימוד קודם ברכה ולמה לא יברך כיון דע"כ יברך וזה פשוט. ומה שהביא ראי' מתמורה דאמרינן מקלל חבירו לוקה ודייק דלאו שאין בו מעשה לוקה ודילמא איירי במקלל בכתב דהוי מעשה לדעתי אין ראי' משום דודאי אם באמירה אין לוקה ודאי דאף בכתב אין לוקה דהא לא אמרינן רק כתיבה כדיבור ואם על הדיבור פטור ודאי אין הכתיבה יותר. אך גם התומים דעתו נוטה יותר דהכתיבה אינו כדיבור בשביעה ורק מ"מ האחרונים האריכו בתשובותיהם ולא באתי על דבריהם ורק ראיתי כי העלו זאת בספק ובענין אם כותב נשבעתי כבר כ' הרמ"א ביו"ד סי' רכ"ח דהודאה בשבועה לא מהני וה"ה כשאומר בלשון עבר נשבעתי הוי כהודאה ואף דקיי"ל שטרי דידן שטרי קנין הם נראה ג"כ דלשון נחתי הוי כהודאה וכקנין אודיתא וא"כ אין זה ענין לשבועה ורק אי מהימן אח"כ לומר שלא נשבע עיין שם ברמ"א דאם יש לו אמתלא נאמן ולא רציתי פה להאריך יותר גם כבר כתבתי קצת בחי' לה' גיטין ואי"ה אבאר במ"א רק כאן באתי על דברי התומים:

ג) אע"פ שנושאת ונותנת בתוך הבית. עיין ש"ך בסוף הסימן שכ' דכל היכי דנו"נ בענין הלואה ופקדון שנהנה הבעל חייב לשלם אבל בפשעה בפקדון או השליכתו לאש וחבלה הבעל פטור ע"כ והתומים תמה עליו דהלואה ופקדון כעין עיסקא כיון דאמרינן דשליחותי' עבדה למה לא יתחייב וכי אם ישלח שליח להלות והשליח ישרפו הכי לא

יהי' חייב ע"כ והנה ודאי דאף אם יהי' כן אין קושיא על הש"ך דכאן לא איירי בעיסקא רק דומיא דחבלה ומה שכ' דלא נהנה היינו לא נהנה בהלואה ואם הלותה עבורו ודאי דהוי הנאת הבעל ואין זה בכלל לא נהנה אך אף אם הלותה יש לי עיון דודאי אם נאמר דהיא כשליח גמור ודאי דחייב אבל אנן לא אמרינן רק כיון דהבעל הטיל העסק עלי' א"כ נתרצה למה שתלוה והוית כאפטרופוס שלוה לצורך העסק דחייב לשלם אבל בלא נתנה בהעסק אפשר דאין שייך בזה אפטרופסית דהרי לא אמר לו בפירוש שילוה לה ועיין לעיל סי' ע"ז דשותף אף שלוה לצורך השותפות והיינו שנתרצה השותף השני שילך להלות מ"מ אם לא בא אל העסק יכול לומר לעצמו לוה כמ"ש הנתה"מ שם וא"כ אפשר דה"נ כן הוא ואך התומים כ' כיון דחייב מחמת תקנת השוק אין לחלק ובזה ודאי דיש לעיין כי הש"ך לאו מחמת תקה"ש אתי עלה ועיין נתה"מ דכ' דהיא עדיפא משליח דאלו שלית צריך לברר שלוה אבל כאן באינה רוצית לשבע צריך הבעל לשלם ע"כ והסברא צ"ע אם שייך כה"ג תקנת השוק דכי נאמר דהמלוה חייש לכפירה שתכפור וסמך שלא תשבע ולכן הלוה לה ובשבועת היסת דלא נחתינן לנכסי ורק משמחין ולמה ישלם הבעל והוא אינו בר שמתא וצ"ע:

ד) ואם הבעל מודה שבאו אלו הכלים לרשותו חייב לשבע שלא פשע ואינו ברשותו וכו'. השע"מ הקשה דיהא נאמן במיגו דלהד"ם דלא באו לרשותו ונגד טענת להד"ם לא יצטרך לשבע דהוא נגד טענת שמא והניח בצ"ע והנה אפשר לפרש דהתובע טוען ברי שבאו הכלים לרשותו לכן צריך לשבע ש"ד וע"ז כ' דמודה ואך בכופר צ"ע אם יש להשביעו היסת די"ל דאף היסת א"צ לשבע כיון שאומר שאינו בידו וא"כ אף אם יודה שבאו לרשותו לא יצטרך לשלם רק לשבע וא"כ בכופר אף שבועת היסת א"צ ואך נראה דלעולם צריך לשבע היסת אף באם התובע אינו יודע שבאו לרשותו דהרי לענין היסת לא מהני המיגו כמ"ש הש"ך לעיל סי' צ"ה ס"ק י"ז דשבועת היסת תקנתא הוא ולא מהני מיגו להפטר ממנה ואפשר דאף שבועת המשנה צריך לשבע כמו כל שבועה שאינו ברשותו דנשבע משום שמא עיניו נתן בה אף בשילם כ"ש באינו משלם כמ"ש בסי' צ"ה ס"ק ג' וצ"ע:

סימן צז

הלכות גביית מלוה:

א) מצות עשה להלות וכו'. התומים הביא תשו' הרשב"א שהקשה למה אין מברכין על מצוה זו ותי' דאין בידו דאולי חבירו לא ירצה ודייק התומים דע"כ הרא"ש לא ס"ל כהרשב"א דהרא"ש הקשה למה אין מברכין וציונו לקדש אשה ותי' דיכול לקיים מצות

פ"ו בפלגש ולמה אין מתרץ ג"כ דהוא אינו בידו דאולי לא תרצה האשה ללכת אחריו וע"כ דלא ס"ל כהרשב"א ע"כ ותימה בעיני על התומים שפי' כונת הרשב"א דכל מצוה שאין יכול לקיים בעצמו ותלוי בדעת אחר לכן אין מברכין דהרי כ' שם הרשב"א הביאו בקצה"ח וז"ל דכל מצוה שאפשר לעקרה לא חשובה מצוה כלל וראי' מכתובות (ד' מ') דאמרינן שם דלכן לא דחי ולו תהי' לאשה איסור לאו משום דאי אמרה לא בעינא ליתי' לעשה ע"כ ולפי דעת התומים מצות פ"ו לא תהי' מצוה כלל כיון דתלוי בדעת אחרת אכן כונת הרשב"א פשוט דמחלק בין מצוה שעליו לעשות וא"י להפטר ממנה למצוה שעליו לעשות לחבירו כמו הלואה דאינו מחויב להלות רק אם חבירו רוצה וכן מצות ולו תהי' לאשה הוא אם היא רצונה בכך וכיון דיכול לעקרה ס"ל דאין כאן מצוה אבל מצות פ"ו ודאי דמחויב להשתדל שתתרצה לו איזה אשה ואין מצוה זו נעקרת ודאי הוצרך הרא"ש לתי' אחר ופשוט:

ויען כי דברנו מדברי הרשב"א מוכרח אני לפרש כונתו דזה לא כמו שהבינו בכונתו דהנה הרשב"א סיים עוד דה"ה כיבוד אב ומורא ועמידה לפני רבו כיון דתלוי בדעת אחרת אין לברך והקצה"ח הקשה מהא דאמרינן באלו מציאות יכול אמר לו אביו הטמא ואל תחזיר אבידה ישמע לו וכו' כולכם חייבין בכבודי והקשה דהא בכתובות אמר דכיון דאי אמרה לא בעינא ליכא עשה לכן אינו דוחה ל"ח וא"כ ה"נ למה לי קרא גבי כיבוד אב כיון דלהרשב"א שוין הם ואבאר יותר כי קושיית הקצה"ח כבר הקשו שם בכתובות בתו"י ומתרץ הר' עזרא ב' תירוצים הא' דגבי כיבוד אב תיכף כשאמר האב בעינא איכא עשה או דכונת הש"ס דלגבי דידה ליכא עשה ולהרשב"א דמפרש דאין כאן מצוה כלל הדרא קושיית חו"י לדוכתי' ונראה דודאי לא יעלה על הדעת דליכא מצוה בכיבוד ומורא והלואה ורק מקודם נבאר כונת הש"ס במה דאמר באלו מציאות כולכם חייבין בכבודי והיינו לקיים מצות השי"ת וקשה וכי מצות כיבוד אין זה מצות השי"ת ובמה יגרע מצוה זו מכל מצות שבתורה וע"כ דכונת הש"ס דכיון דהוא מצוה התלוי ברצון האדם וכל מצות כיבוד הוא רק לקיים רצונו של האב צריך לבטל רצונו מפני מצות השם שאינו תלוי ברצון האדם וזה פשוט וא"כ זה בעצמו הוא שאמרו בכתובות דאי אמרה לא בעינא ליתי' מצוה היינו כיון דהוא מצוה שתלוי ברצונה יתבטל מפני מצות שאין תלוי ברצון לכן לא נדחת הל"ת מקמה וא"כ זה נלמד מפ' אלו מציאות ולק"מ ולפ"ז גם כונת הרשב"א הוא כן דאין לברך רק על מצות השם שאין תלוי ברצון אדם שייך לומר וציונו אבל בהתלוי ברצון האדם לא שייך שציונו לעשות רצונו של זה והראי' דהרי נדחת מפני מצוה שעליו כן נראה ברור בכונת הרשב"א:

ב) להלות לעניי ישראל. השע"מ הקשה למה השמיט המחבר הדין שכ' הרמב"ם והוא מהגמר' דאיזהו נשך דלישראל בחנם עדיף מלנכרי בריבית ונראה לתרץ בפשיטות דהנה הרמב"ם לשיטתו דס"ל דיש מצוה לנכרי בריבית וכל הפוסקים חלקו עליו דהרי אמרו בגמר' דלנכרי תשיך אתי אבל לאחיך לא ולעבור בל"ת ועשה וכל האחרונים תירצו דזה תלוי בשתי לשונות בש"ס דקאמר שם בחד לישנא לא נצרכה אלא לישראל בחנם וכו' ישראל עדיף וקשה פשיטא דהרי יש מצוה להלות לישראל וע"כ דסבר שם דגם לעכו"ם בריבית יש מצוה וא"כ הרמב"ם דס"ל דיש מצוה לעכו"ם בריבית לכן הוצרך לומר כאן דלישראל עדיף אבל המחבר, ס"ל דליכא מצוה לכן לא הוצרך כאן לומר דלישראל עדיף. אכן י"ל עוד ביותר ויתיישב למה לא הביא המחבר דעת הרמב"ם כלל ביו"ד ונראה פשוט דהרי הש"ע ריש ה' ריבית הביא דאף לעכו"ם בריבית אסרו חכמים רק בכדי חייו התירו וא"כ פשיטא דאין מצוה כלל ופשוט ג"כ דלישראל עדיף אכן הרמב"ם דדרכו להביא אף מצוה שאינו נוהג בזמן הזה וכיון דהוא מצוה דאורייתא הביאו ולכן גם כאן כ' דלישראל עדיף:

ג) ואם חבל מחזיר ע"כ. הסמ"ע ס"ק ט"ו האריך וכ' דהא דמחזיר כלי אוכל נפש הוא ג"כ רק בעת צורכו כיון דאמר דאינו לוקה ע"כ דעשה דהשב חשיב קאי גם על כלי אוכל נפש ועשה זו הוא רק בעת הצורך ע"כ וכ' התומים דזה דוקא לדעת הרמב"ם דאבד המשכון לוקה כיון דאי אפשר שוב לקיים העשה וה"נ הא דתנן חבל רחיים ורכב לוקה ב' נפרש ג"כ באבד המשכון אבל להראב"ד דס"ל דאבד המשכון אינו לוקה כיון דחייב בתשלומין וא"כ איך קתני בחבל רחיים דלוקה וע"כ דלוקה מיד דלא הוי כלל ניתק לעשה וע"כ הא דמחזיר הוא רק לרבא משום דאי עבד לא מהני וא"כ מחזיר מיד אף שלא בעת צורכו ומ"מ לוקה דעבר אמימרא דרחמנא ולאביי אף בעת צורכו אינו מחזיר כיון דלא הוי ניתק לעשה ואי עביד מהני וכן כתבו התוס' (ד' קי"ד) ד"ה וחייב משום שני כלים כן תורף דברי התומים. והנה מ"ש דלאביי א"צ להחזיר אף בעת צורכו אף כי כן משמע בתוס' הדבר תמי' דכי כלים של אוכל נפש נפקי מכלל שאר ובהדיא אמר בש"ס גבי הא דאמר שמואל שליח ב"ד מנחת נתוחי ופריך לא יחבול רחיים ורכב הא מידי אחרינא חביל ומשני לעבור בשני לאוין הרי דלאו דלא תבוא קאי גס על רחיים ורכב וא"כ איך ס"ד דכיון דלאו דרחיים ורכב לא הוי ניתק לעשה ולא מתקן בחזרה לכן גם הלאו דלא תבוא לעבוט לא יקיים ובודאי הדבר פשוט דאף לאביי מחזיר בעת צורכו ובדברי התוס' שכתבו וז"ל ועוד קשה היכי חשיב לי' אביי ניתק לעשה (גבי סכינא דאשכבתא) הא לא אשכחן דנתקו הכתוב כמו גבי השבת העבוט וכו' צ"ל בכונתם דודאי לשון אביי דאמר

זיל אהדר משמע אף שלא בשעת מלאכה ולזה הקשו דע"ז לא מצינו עשה כמו בהשבח העבוט בעת צורכו וא"כ למה חייבו להחזיר ודו"ק:

גם בעיקר הדבר שהשיג על הסמ"ע וכ' דלהראב"ד אליבא דרבא מחזיר מיד ולקי משום דעבר אמימרא דרמחנא לפענ"ד אין נראה כן לשיטת הראב"ד ונראה דאם הי' הדין דמחזיר מיד לא הוי לקי ואך מדלקי נראה דא"צ להחזיר רק בעת צורכו כמ"ש הסמ"ע ובעת צורכו דמחזיר הוא כמ"ש משום מצוה דהשב חשיב ולקי משום לאו דרחיים דזה לא מתקן בהשבה כמבואר. ואבאר דברי דהנה במ"ש הראב"ד דאם אבד המשכון או נשרף אינו לוקה משום דחייב בתשלומין וכי זה הוא העשה דהשב תשיב העבוט ואיך מתקן הלאו דלא תבוא במה שמשלם והרי כ"ז שהמשכון בעין דמחזיר הוא לאו בתורת תשלומין דהא חוזר ונוטל הכר ביום וע"כ צ"ל דסברת הראב"ד הוא כמ"ש הה"מ הביאו הקצה"מ ס"ק ה' דהלאו דלא תבוא הוא רק כמו לא תגזול דיש בו עשה דוהשיב הגזילה וה"נ במשכנו לא גרע מגזילה דכי משום דחייב לו יגרע מגזל ולכן נתקיים במה שמשלם כמו גזל דאף ששרף הגזילה אמרינן במכות כיון דחייב בתשלומין אינו לוקה והא דצריך העשה דהשב חשיב דלא ילקה הוא משום דקנה המשכון וא"צ להחזיר ואף דמגיע לו חובו עדיין אינו נקרא תשלומין דהא לא קניא רק למשכון וא"כ אין מחזיר כלום להלוה לכן אז צריך לעשה דהשב תשיב במה דמחזיר לעת צרכו אבל בעת שנשרף כבר נשתלם מחובו וגם אם שוה יותר מחזיר והוי תשלומין גמורים לכן אינו לוקה אף דאז אין כאן העשה דהשב תשיב וזה ברור לשיטת הראב"ד ולפ"ז גם בכלי אוכל נפש אם יהי' הדין לרבא דצריך להחזיר מיד א"כ תיכף משלם וא"כ לא גרע מגזל ואין בו חיוב מלקות וא"כ מדחזינן דלקי ע"כ דאין מחזיר תיכף וא"כ משמע כהסמ"ע דאין מחזיר רק בעת צורכו והא דלא אמרינן באמת דיחזיר מיד ולא ילקה נראה בזה כמ"ש הקצה"ח ותה"ל כי כונתי לדעתו דהא דפריך בתמורה נימא במשכון אי עביד לא מהני אין ר"ל מדא"ל להחזיר מיד דהא דאין מחזיר הוא מטעם דהלוה חייב לו ותפיס אחובי' ורק פריך למה קניא לענין שמיטה שלא ישמיט וה"נ בכלי אוכל נפש קניא לחובי' דא"צ להחזיר משום דמגיע לו וא"צ חזרה לכן לקי דאינו ניחק לעשה. יצא לנו מזה דאף לרבא וכ"ש לאביי א"צ להחזיר רק בעת צרכו כן נראה לשיטת הראב"ד:

ואך מה שכ' הסמ"ע והסכים עמו התומים דלהרמב"ם הוי ניתק לעשה ואין מחזיר רק בעת צרכו ולולי דבריהם צריך לי עיון ואני נבוך בזה וכבר כתבנו דאין סברא כלל לומר דהוי ניתק לעשה דהרי אין שם עשה כלל וגם מדברי הרמב"ם פ"ג ממלוה ה' ד' כ' גבי בא אלביתו ומשכנו דהוי ניתק לעשה אבל בה' א' גבי בגד אלמנה וכן בה' ב' גבי כלי אוכל

נפש לא זכר כלל דהוי ניתק לעשה וגם לשון ומחזירין ממנו בע"כ משמע דמחזיר מיד וכן בכ"מ כ' הטעם דמחזיר משום דלא מהני א"כ משמע דמחזיר מיד והא דאינו לוקה הוא משום שעוקר הגזילה מתחת ידו כמו שכתבו בלאו שניתן לתשלומין ועיין הגהות א"ב סי' ל"ד ואך נראה דאף אביי דאית לי' אי עבד מהני מודה כאן כיון דיכול לתקן ולהחזיר למה לא נכופו להחזיר ובזה מתורץ קושיית התוס' דלמה גבי סכינא דאשכבתא אמר אביי זיל אהדר ורק כיון דיכול לקיים ולעקור הגזילה לא אמר אביי לא מהני כמ"ש הטו"א גבי שופר של עולה דאם לא נהנה לא מעל אינו יוצא ולא ימעול כ"ש כאן דיהי' כאלו לא גזל כלל והא דבחבל בע"כ בעינן טעם דניתק לעשה הוא משום דשם אין מחזיר רק כלי מחרישה ביום ואינו עוקר הגזילה מת"י וגילתה תורה דמהני שא"צ להחזיר ומ"מ אין לוקה משום דניתק לעשה גם תימה לפי דבריהם דהוי ניתק לעשה א"כ במכות (ד' י"ז) דאמר הרי משכון ומסיק דאין לוקה ומשלם קשה דמה יעשה בדברי המשנה דחבל רחיים לוקה (ושיטת הרמב"ם ישבנו לקמן ס"ק ד' אבל בגמ' קשה) ושוב מצאתי שכן הקשה התומים לקמן ותי' דאתיא כר"מ דאית לי' לוקה ומשלם כמה רב הדוחק דבכ"מ בש"ס פריך כה"ג והא אין לוקה ומשלם וכאן שביק ולא פריך כלום גם בכל מה שנושא ונותן בש"ס אי לוקה שתים או שלש וכי נאמר דכ"ז אליבא דר"מ אחא וע"כ דכאן לא הוי ניתק לעשה והא דכ' הרמב"ם מחזירין בע"כ היינו מיד וכן יש ראי' לזה מר"ש דאמר הטעם דאין חובלין בגד אלמנה משום דמשיאה ש"ר בשכנותי' וא"כ איך יוסיף חטא על פשע ויחזיר ויטלו וישיאה ש"ר וע"כ דמחזיר ואין נוטל ומדר"ש נשמע לרבנן דאינו מחזיר (וכענין הזה דייק הה"מ מר"ש דבשעת הלואה מותר) ואך לפי שהסמ"ע והתומים לא כתבו כן וגם הבעה"ת הביאו בתומים דכ' כהסמ"ע בטלה דעתי אך מ"מ הרי הריב"ש כ' דמחזיר מיד וכן מכ"מ משמע כן אפשר דהוי סד"ד וכיון דכבר כתבתי דאף לשיטת הראב"ד מחזיר עכ"פ בעת הצורך א"כ אפשר דיוכל הלוה לעכבו ולא יחזירו למלוה ודו"ק כנ"ל: ד) אבד המשכון או נשרף קודם שהחזיר לוקה. לשון הרמב"ם לוקה ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין. הקצה"ח ס"ק ג' הביא דברי הה"מ דהקשה הא אינו לוקה ומשלם וי"ל דהלאו בשעה שנטל המשכון והתשלומין הוא בשעת אונסין וסיים שם הה"מ ומ"מ לא משמע כן בגמ' והיינו דבמכות (ד' י"ז) דפליגו ר"י ור"ל בלאו הניתק לעשה דלוקה לר"י בביטל העשה ולר"ל בלא קיים העשה וקאמר ר"י אח"כ אנו אין לנו דמשכחת מלקות בלאו הניתק לעשה רק בשלוח הקן ופיאה ופריך והרי משכון דרחמנא אמר לא תבוא אל ביתו השב תשיב ומשכחת שביטל העשה ושרף המשכון ומשני כיון דחייב בתשלומין אין לוקה ומשלם ע"כ וזה שלא כדברי הרמב"ם והנה הארכתי בזה

וכבר הוא נדפס בחידושי' לאה"ע בהקדמה ואך יען מקומו כאן אכתוב כאן מה שצריך לכאן לתרץ דברי הרמב"ם דהנה לכאורה באמת קשה דהרי דברי הה"מ לכאורה נכונים דהמלקות הרי הם על שעה שחבל בזרוע והתשלומין הם אח"כ וא"כ מאי קאמר דאין לוקה ומשלם ועיין תוס' שאנץ הביא התומים ס"ק י"א דמתרץ קושיית התוס' בחבל רחיים ורכב דלוקה והא ניתן לתשלומין ותי' דמה בכך דמשלם הרי ודאי חייב לו ומ"מ התורה אסרה לעבוט דנפשו הוא חובל ע"כ והיינו אף דמשלם בנאנס המשכון מ"מ לאו דלא תבוא עבר מקודם ורק דמקיים העשה כשמחזיר אבל כשאינו בחזרה שנשרף הרי חיוב המלקות על מה שנטל והתשלומין ע"כ על שעת השריפה דכ"ז שהוא בעין אין שייך תשלומין וא"כ מאי משני דאין לוקה ומשלם. ואמרתי דהנה ידוע כי גירסת הרי"ף והרמב"ם הוא דר"י אית לי' קיימו ולא קיימו ור"ל אית לי' ביטלו ולא ביטלו והרמב"ם מפרש קיימו כ"ז שהוא בעין ויכול לקיים אין לוקה (ולא כפרש"י דמיד אומרין לו הב"ד קיים ואם לאו לוקה) וקשה לפי גירסא זו דבגמ' אמרינן שם ואזדו לטעמייהו דר"ל סובר התראת ספק לא שמי' התראה (וא"כ בשרפו אח"כ הרי אין שם התראה דהתראה בשעה שעובר הלאו בעינן א"כ לא מצי סבר ביטלו ולא ביטלו ורק תיכף כשנוטלו אומרין לו ב"ד קיים ואם לאו תלקה הוי התראת ודאי כן פרש"י) ור"י אית לי' התראת ספק שמה התראה (ואח"כ כשביטל לוקה) ולפי גירסת הרי"ף איך יפרש ואזדו לטעמייהו עד שרבים כתבו דהרי"ף לא הי' גורס הך ואזדו לטעמייהו אכן עדיין יקשה מבחוץ דר"ל אית לי' ביטלו ולא ביטלו ואם ביטל אח"כ לוקה והרי ס"ל התראת ספק לא שמה התראה אך כבר ראיתי לאיזה ספר (כמדומה שהוא בס' גינת וורדים להפ"מ) ותה"ל כונתי לזה דהרמב"ם יסבור דלא כפרש"י דדוקא התראה בשעה שעובר על הלאו בעינן רק בשעה שביטלו אז מתרין בו אם תבטלו חלקה ולפי זה אמרתי דנכון הגירסא ואזדו לטעמייהו דהרמב"ם לפי פרושו דלא קיימו היינו בנשרף אח"כ מעצמו לוקה ואז ודאי דאין יכולין להתרות בו דמה יעשה כיון שממילא נשרף ואך ע"כ לר"י דאית לי' התראת ספק שמה התראה מתרין בו בשעה שנוטלו ואף דלא ידעו אם יתבטל אח"כ התראת ספק שמה התראה אבל ר"ל דאית לי' לא שמה התראה אין יכול לסבור רק ביטלו ואז משכחת התראת ודאי בשעה שמבטל כנ"ל וזה נכון. והנה ר"י דאמר אין לנו אלא זאת ועוד אחרת קשה לגירסת הרי"ף והרמב"ם דאית לי' קיימו ולא קיימו הא משכחת טובא ופי' הרז"ה בס' המאור דר"י קאמר לר"ל דאין לנו לפי דבריך רק שלות הקן ופיאה דמשכחת ביטלו להעשה וילקה ובזה יש לתרץ מה שהקשינו דמאי קאמר הא אינו לוקה ומשלם והרי המלקות בשעה שנטל ואין באין כאחד ואמרתי בסברא ברורה דלר"ל דאית לי' ביטלו ולא ביטלו

ואמרנו דמתרין בו בשעה שביטל העשה וא"כ ודאי המלקות באין על שעה שביטל אבל לר"י דמתרין בו בשעה שנוטל אז המלקות על שעה שנוטל וזה ברור וא"כ לפי מ"ש בשם בעל המאור דר"י רק אליבא דר"ל אמרו שפיר משני הש"ס אין לוקה ומשלם דהרי אף המלקות על שעת השריפה הוא ובאין כאחד אבל הרמב"ם דאית לי' דהתראת ספק שמה התראה כר"י והמלקות בשעה שנוטל וחובל המשכון שפיר כ' הה"מ דלוקה אף דמחשב דמי' המשכון ומשלם והיינו דמנכה בחובו ודו"ק כי נכון הוא ע"ד הפלפול. ואך מ"ש הה"מ דהתשלומין הוא על שעה שנשרף לכאורה צ"ע דנראה דזה תלוי בשני הלשונות בפ' אלו נערות אי משעת משיכה חייב באונסין או משעת פשיעה ובדברי הרמב"ם אין בירור בזה עיין לקמן סי' רצ"א מ"ש בזה ואך נתיישבתי דהנכון עם הה"מ וכבר כתבתי בס"ק ג' דהמשכון כ"ז שהוא בעין אין בו חיוב תשלומין דאם הי' בחיוב תשלומין הי' צריך להחזיר מיד וגם לא מיקרי אז כבר גבה בתשלומי חובו דא"כ לא ילקה כלל וא"כ כל התשלומין הוא בשעה שנשרף ואז גובה חובו ושפיר כ' הה"מ דהתשלומין הוא על שעת האונסין ודוק כי קצרתי בזה:

ה) ולא יעשה מטלטלין אצל בניו. התומים צידד באם הלוה מכרו בשעה שהי' אצלו אם המלוה מוציאו מיד הלוקח ואף דלא נעשו מטלטלין אצל בניו מ"מ הרי אשכחן כה"ג דעשה שורו אפותיקי ומכרו אינו גובה מהלקוחות ולדעתי פשוט דאין המכר חל דאל"כ אף כשהוא ביד המלוה יוכל למכרו וכ"ת אה"נ א"כ מה הועיל לו מה שמשכנו ועוד דהא קיי"ל דהמלוה יכול לקדש בו אשה וא"כ המלוה יקדש בו אשה ואח"כ ימכרנו הלוה ויפקיעו הקידושין ובודאי לא גרע ממשעבד לו מטלטלי אגב קרקע דאחר שבא ליד המלוה שוב א"י למכרם עיין לעיל סי' ס' ומה שהקשה התומים דא"כ בגמר' דפריך למה ממשכנין לימא שלא יוכל הלוה למכרו לק"מ לפענ"ד דאם באנו לחוש לזה אכתי ימכרנו בצינעה בעת שהוא אצלו ולא ידע המלוה ממי לתבוע ואך זה פשוט דאם הלוקח לא ידע א"צ להחזיר מפני תקנת השוק דלא גרע מלקח מגנב שאינו מפורסים ואך עדיין צריך ראי' לזה:

ו) כשמחזיר המשכון צריך להחזיר בעדים ולהתרות בו אל תחזירהו לי אלא בעדים דאל"כ נאמן לומר החזרתי או פרעתי במיגו דהחזרתי ובלבד שלא יהי' תוך זמנו ר"ל דאם הוא תו"ז אין הלוה נאמן לומר פרעתי, זה הוא מדברי בעה"ת והכל תמהו עליו דהרי היכי דאית לי' מיגו אף תו"ז נאמן לומר פרעתי ונראה דלכאורה קשה דכיון דאמרינן דאינו נאמן פרעתי בלא מיגו כמ"ש הסמ"ע או כמ"ש הקצה"ח דהוי כלקוח בדברים העשוין להשאיל כיון דחייב להחזיר לו וקשה הא הבעה"ת סובר דמשכון אף שלא

בשעת הלואה אינו חייב באונסין עיין לעיל סי' ע"ב וא"כ הרי מיגו גרוע הוא דאם יטעון החזרתיו להמלוה עדיין יוכל המלוה לתבוע חובו ויאמר דנאנס המשכון ויצטרך לפרוע לו וא"כ עדיף לי' לטעון פרעתי ועוד נראה ביותר דאם יטעון הלוה בשקר החזרתי א"כ אין לך אונס יותר מזה ויוכל המלוה תיכף לשבע שנאנס המשכון ויצטרך לפרוע לו דיאמר לו לפי דבריך שהחזרת לי תן לי חובך ואי דא"צ ליתן חובו עד שיחזיר המשכון הרי המשכון נאנס (אמת לפי דברי הש"ך שבברי אינו טענת שומרין אינו נאמן שנאנס אך כבר חלקו עליו עיין סי' צ"ב) והוא קושיא גדילה אך נראה דודאי אף דכ"ז שהמשכון ביד המלוה אין הלוה נאמן שפרע דהמלוה נאמן עליו עד כדי דמיו אבל מ"מ אם נאנס המשכון שוב נאמן הלוה לומר פרעתי וא"כ אף דאמרנו דכאן אם ידוע שהמשכון ביד הלוה אינו נאמן לומר שפרע כיון דדרך להחזיר אבל באין רואה בידו יכול הלוה לומר המשכון הוא אצלך שהחזרתי לך וגם פרעתיך והחזיר לי המשכון ואף דהמלוה נאמן שנאנס מ"מ לא יצטרך לפרוע חובו דהרי אומר פרעתיך וא"כ כונת הבע"ת דיהי' נאמן לומר פרעתי במיגו דגם המשכון החזרתי וזה נכון מאוד. שוב מצאתי כעין זו בנתה"מ דנאמן במיגו היינו שיטעון שתי הטענות ולא ידעתי כעת מקומו גם בנתה"מ סי' רצ"ו מצאתי תה"ל כי החזרה גופי' הוי אונס וקיצור הענין כונת הבעה"ת דיאמר פרעתי גם החזרתי ולפ"ז שפיר כ' הבעה"ת ודוקא אתר זמנו אבל תוך זמנו דאינו נאמן פרעתי ורק החזרתי לבד ואין זה מיגו ודוק כי הוא נכון וחריף. והנה כ"ז לדברי בעה"ת אבל לפי מ"ש הש"ך דיכיל לומר קים לי כרש"י והתומים כ' בכללי מיגו סי' קכ"ה דאין נאמן במיגו היכי דצריך לטעון קים לי ודו"ק:

ז) פרעתי במיגו דהחזרתי. מ"ש הקצה"ח דפרעתי בלא מיגו אינו נאמן דהמשכון הוי של המלוה והוי כטענת לקות לא נהירא דהרי לעיל סי' ע"ב בהגהה סעיף י"ד מבואר דאם המלוה אומר איני יודע אם פרעת לי אף דיש ע"א שלא פרע צריך המלוה להחזיר לו משכונו הרי דלא הוי של המלוה והעיקר כהסמ"ע דכיון דהמלוה חייב להחזיר לו הוי כאלו הוא עדיין ביד המלוה:

ח) מסדרין לב"ח. השע"מ צידד לפי מ"ש הכנה"ג דסידור ב"ת הוא רק מספק ואי תפס המלוה לא מפקינן מיני' דיכול לומר קים לי דאין מסדרין א"כ יש לעיין אם יכול המלוה לגבות מלקוחות דאינהו יאמרו קים לי דאין מסדרין וא"כ הנחנו לך מקום לגבות ממנו וכעין מ"ש הרמב"ן הובא בר"ן פ' מי שהי' נשוי דלוה שמכר קרקע לג' ב"א בלא זמן דיכול כ"א לדחות את המלוה עיי"ש ולי פשיט דאין זה דמיון כלל דהתם באמת הראשון הניח ואין לגבות ממנו אבל כאן אין לך אישתדוף ב"ת יותר מזה כיון דהב"ד מסדרין ואין

מניחין לגבות ואדרבה גרע מאישתדוף דהא הוי כאישתדוף קודם שקנה ועיין כדוגמא הזה בש"ך יו"ד סי' ד' בטבח שקלקל דאף היכי דאוסרין מספק א"י לומר קים לי' דמ"מ הזיקו כיון דנוהגין לאסרו ודמי ממש לזה: ט) א"צ לומר שלא תטול אשתו מזונותי' אלא אפי' תפסה וכו' ואפי' לותה בשטר. עיין סמ"ע ס"ק נ"ז הטעם דאין חיוב על הבעל רק שתאכל עמו ואף לותה בשטר הוי כלותה לעצמה והלותה לבעל וכו' עיי"ש והתומים ס"ק כ"א דתה דבריו וכ' הטעם משום דמזונות אין קצובין ואין גובין ממשועבדים ולכן אף מלוה בשטר מאוחר גובה ולא הבנתי דהרי איירי אף בתפסה מטלטלין והרי מטלטלין אינם כנכסים משועבדים וגם תימה דהרי איירי בכבר אכלה וא"כ הוי קצובין והתומים הרגיש בזה וכ' עיין לקמן סי' קט"ו דמשמע מרוב המחברים דאם בתחילה לא היו קצובים אף דבעת הלואה כבר היו קצובין אין טורפין ע"כ ואין זה עיקר דשם ודאי דלא הוי מלוה בשטר כיון דלא היו קצובין בשעה שנתחייב וזה פשוט אבל בדבר שמלוה ע"פ ג"כ גובה והרי החיוב ע"פ כבר הי' קצוב גם מ"ש התומים לצדד דאפשר דאף שעבוד דרבנן אין למזונות על הנכסים הוא תימה דהא בפ' אלמנה בעי אי נכסי בחזקת אלמנה קיימי ומסקינן כך וכתבתי בזה במ"א לכן אקצר: י) מיהו אם מעות הנדוניא עדיין בידה יכולה לתופסן למזונות. לקמן סעיף כ"ו כתב הרמ"א כן לענין כתובה ועיין תומים כ' דתרווייהו צריכי דאם יש בידה נ"מ ליזון מהם צריכה לתפוס לכתובה ואם יש משועבדים שנוכל לגבות הכתובה אין יכולה לתפוס לכתובה רק למזונות ולכן מסיק דאם יש משועבדים וגם יש נ"מ בידו אין יכולה לתפוס נדונייתה עיי"ש. והנה פשט דברי הרמ"א משמע דלעולם תוכל לתופסן גם במרדכי מקור דין זה מבואר הטעם דהאב לא נתן רק ע"מ שתהנה בתו מהם גם מתוך דברי הרמ"א משמע דכ"ז שהן בידה הוי כקרקע שלה שאין ב"ת גובה ממנה ועוד דהפוסקים דימו נדונייתא שיכול ב"ח לגבות מהן דהוי כמלוה תו"ז וכיון דעדיין לא הגיע זמנה לגבות גובה ב"ח וא"כ כשהן בידה הוי כעדיין לא הלותה ובאופן שתצטרך לגבות מנכסי הלוה אינה מחויבת להלות ואף דהתומים לקמן סעיף כ"ה מחלק בין מלוה לכתובה דאין ברור שתגבה היינו לענין דאינה יכולה לעקל כשהם ביד אתר אבל כשהם בידה ודאי אין מחויבת ליתנם לכן ודאי דברי הרמ"א כפשטן:

יא) הי' חייב לעכו"ם ותבעוהו בדיני עכו"ם ובאתה האשה עם כתובתה וסלקוה כי כן בדיניהם להגבות לה תתילה ובא אח"כ מלוה הדין עם המלוה. התומים הקשה דהרי תוכל לומר למלוה אי שתקת שתקת ואם לאו אהדר שטרא לב"ת עכו"ם עיי"ש שהניח בצ"ע ולא אדע מאי קשיא לי' דהרי ברמ"א מבואר הטעם דלא ניתנה כתובה

לגבות מחיים וא"כ אין מגיע לה עדיין ואיך תוכל היא לעכב שלא יגבה ואף דמהדין מגיע לעכו"ם הרי אין באין לפנינו והרי אף ב"ת ישראל מוקדם אם אינו בא להגבותו מגבינן למי שבא לגבות ואיך תוציא מהישראל כדי להגבות לעכו"ם ועוד דזה דמי ממש להפקעת הלואתן דמותר וכיון דנפקע הלואתן שוב הב"ח גובה וראיתי כי התומים הרגיש בזה וכתב דאין זה מוסכם דהרי בהעיד לעכו"ם לא מיקרי מזיק ואמת כי גם אני כתבתי הרבה פעמים ראי' זו לדחות דברי התומים שכ' דבהלואת עכו"ם הוי כאלו אין חייב להם ועיין מ"ש סי' ע"ב ופ"ו וכתבתי דעיקר כהקצה"ח דהפקעת הלואה אינו מותר רק באופן שיטעה את העכו"ם כגון לומר שלא ירש מאביו לפרע חובו וכן כ"ז שלא הפקיע חייב אבל כאן דמי ממש לכבר הפקיע כי כן דיניהם וא"כ הוי כהטעה אותם וממש נפקע הלואתן ואיך תהדר שטרה לעכו"ם וזה יהי' גזל ממש וא"כ פשוט דב"ח גובה מהם ודו"ק: יב) ולא מבגדים שצבע, לשמן. עיין קצה"ח האריך והביא דברי הרמב"ן דאם כתב לב"ת דאקני ושעבד לומטלטלי אג"ק גובה מכסות אשתו משמע דסבר דלא קיי"ל כר"י דאמר שליחותה קעביד ולא זכה בהם הבעל כלל ולכן השמיטו הש"ע דפסק כר"י ואין הבגדים של בעל מעולם ולא כהסמ"ע ס"ק נ"מ ע"כ ואין זה ברור בעיני דשפיר י"ל דאף דשליחותה קעביד מ"מ המעות הי' של הבעל והבגדים שקנה הם חלופי המעות עיין בח"מ אה"ע סי' צ"א ס"ק ו' וס"ק ט' ובב"ש שם וצ"ע:

גם מה שהקשה הקצה"ח דאם קיי"ל כר"י ולא זכה בהם הבעל א"כ למה אמרינן בכתובות אדעתא למשקל ומיפק לא אקני לה והרי הבעל לא זכה בהם ע"כ ופשוט דאין כאן אפי' ריח קושיא דהרי לא גרע מתנאי שקנה בשבילה ולא אדעתא למשקל ומיפק. ובענין עיקר הדין אם יכול למכור כסות אשתו עיין לעיל סי' ע"ב ובמ"ש בחי' אה"ע סי' צ'. גם מה שהקשה הקצה"מ על הבעה"ת לק"מ להמעיין בש"מ בב"ק שם דכ' דאף לר"י אמרינן נעשה ור"ל דלכן הוי שלוחה:

יג) אם עדיין הנדוניא ברשותה. התומים תמה למה לא יגבה הב"ח מדר"נ דהיא חייבת ליתן לבעלה ולק"מ לפי מ"ש לעיל ס"ק י' דאדעתא דהכי לא התחייבה אך התומים הקשה עוד מתשו' הרא"ש הובא בסמ"ע ס"ק ס"ד שכ' האשה שהכניסה לבעלה שטר משכנתא דאין לב"ח זכות חמ"נ ולא כ' משום דהבעל לא זכה עיי"ש וגם זה לק"מ דהוא בכלל דבריו דנדוניא אין ב"ח גובה ממנה ובל"ז לא קשה דנתן להשטר דין מטלטלי וא"כ כבר בא לידו של בעל לכן הוצרך למ"ש שם:

יד) התנה עמו שלא יסדרו לו בחוב זה תנאו קיים. השע"מ חידש דאם יש ב"ח אחר הדין דזה הב"ח נוטל חצי והלוה נוטל חצי וא"צ ליתן הכל לב"ח זה כיון דטעם סידור הוא

דילפינן מהחייהו מערכך וכיון דחלק זה שייך לב"ח השני אין מחויב ליתנו לב"ת זה עיי"ש שהביא ראיות לזה וכל ראיותיו חלושים דמה שהביא ראי' מדברי הטו"ז סי' ט' דאין חייב לתבוע הריבית כדי לשלם לב"ח אין זה ראי' כלל דהרי משמע שם בפשוט דאם כבר תבעו ושילם לו ב"ת גובה מזה אף דלא החזיר לו רק משום וחי אחיך אהדר לי' כי היכי דניתי וא"כ אם באנו להוכיח משם יהי' נשמע להיפוך אך באמת אף להיפך אין משם ראי' דהרי אף לעשיר צריך להחזיר וגם מה שהביא מדברי הש"ך סי' פ"ו מהענקה וצדקה ג"כ אין ראי' דכאן שהוא עדיין תחת יד הלוה לא הוי כקיבל מאחר ומסברא נראה דאם יהי' דינו כהענקה לא הי' מועיל תנאי דהוי מתנה עמ"ש בתורה וע"כ דהסידור הוא רק שאין עליו חיוב ליתן זה לב"ח ואך בזה יש לעיין להיפוך דכיון דיגבה המלוה שהתנה עמו י"ל כיון דבין כך ובי"כ לא ישאר בידו א"כ ב"ח המוקדם יגבה הכל או ב"ח שני השוה לו יחלוקו וגם צ"ע באם יש ב"ת מוקדם והניח כדי סידור ממקרקע והשני המאוחר שהתנה שיגבה גבה לכאורה ב"ח המוקדם חוזר וגובה מהמאוחר ואולי אז יוכל לבוא הלוה ויגבה מהמוקדם וחוזר חלילה אך לפי מ"ש הכנה"ג דדין הסידור הוא רק מספק א"כ אין הלוה גובה מהמוקדם כיון דתפס לא מפקינן מיני' וצ"ע:

סימן צח

א) צריך וכו' דו"ח בשטרות ישנים. עיין בנתה"מ לעיל סי' ס"א דהמנהג שאין גובין שטרות ישנים כלל:

ב) מניחין. עש"ך ס"ק ג' וט"ס הוא בסמ"ע שהי' כחוב צ' ולכן השיג הש"ך עליו ופשוט דצ"ל, למ"ד יום כמבואר בסמ"ע ס"ק י':

ג) וכן אם השטר על פקדון אין ממתינין לו צ' יום. הר"ן כ' דבפקדון שפשע וצריך לשלם דינו כהלואה שנותנין לו זמן והש"ג כ' עליו וצ"ע דהרי לא ישתנה המעשה בחלופי דברים והקצה"ח תמה דהרי ע"כ נשתנה כיון שנאבד ואינו בעין ומוכרח לשלם ואין הבנה כלל לדברי הש"ג ונראה דהנה הא דנותנין זמן כ' הה"מ משום דמתחילה דעת המלוה הי' שלא יושב כספו אליו בכל עת שירצה וע"ד זה הלוה ולכן תמה הש"ג דפקדון אף שנאבד מ"מ כיון דהפקיד ע"ד שיושב כספו מיד כשירצה וחיוב הוא מפקדון ולא נשתנה למה יתנו לו זמן ועיין תומים כ' דבאמת הה"מ חולק על הר"ן לפי טעמו ע"ש ומדבריו למדחי להבין כונת הש"ג דסובר ג"כ כהה"מ:

סימן צט

א) שמשביעין וכו' ושלא נתן מתנה ע"מ להחזיר הבעה"ת כ' בלשון זה ושלא נתן מתנה ע"מ להחזיר כדי להבריח משמע מדבריו דאם נתן מתנה גמורה ע"מ להחזיר ולא הי'

כונתו להבריח אינה משועבדת להב"ח ויותר משמע כן בתומים שכ' דלמה צריך לשבע ע"ז והרי כבר נשבע שכל מה שיבוא לידו יתננו למלוה וכ' דאם המתנה בטילה שייך הסידור לב"ח אבל באם נמתין עד שיבוא לידו ישייר שנית כדי סידור למזון י"ב חודש וכ' דזה כונת הבעה"ח משמע דדוקא אם המתנה בטילה וכן מדכ' ישייר שנית כדי סידור משמע דאינה משועבדת תיכף לב"ח והתומים בעצמו כ' דנראה לו טעם אחר לפי מה דאמרינן בסי' פ"ז דשבועה דלהבא לא הוי כשבועה דלשעבר וא"כ מה שנשבע שיתן מה שתשיג ידו קילא לי' ושמא נתן ע"מ להחזיר ויכול לשבע מיד על שעבר דלא קילא לי' כ"כ וא"צ לדברי בעה"ת ע"כ משמע קצת דאף במחנה ברורה להחזיר מחויב לב"ח מדכ' דא"צ לדברי בעה"ת אכן י"ל כונתו ג"כ דכיון דזה הוי כידוע שירויח לכן נשבע ע"ז אבל מ"מ אינה משועבדת לב"ת אכן ודאי צ"ע לפענ"ד דלמה גרע מתנה ע"מ להחזיר ממלוה דמיד משועבדת לבע"ח והרי מבואר בסי' רמ"א דאין המקבל יכול להקדישה דרשות הנותן עלי' ולמה אינו בכלל השבועה שאין לו כלום ואף דהא דאין יכול להקדישה הוא משום דצריך להחזירה מ"מ אם הי' לו בה קנין גמור הי' חל ההקדש ותבטל המחנה וצ"ע ואך מדברי בעה"ת הנ"ל יצא לנו דאם לא נתן ע"מ להבריח כשמקבלה אח"כ משייר לעצמו מזון י"ב חודש וצ"ע:

ב) אם נראה לו ממון. עיין נתה"מ מה שמתרץ קושיית התומים על מ"ש הש"ך דאף קודם שתשיג ידו אינו נאמן שיש לו עליו עוד חובות ולמה אינו נאמן במיגו עיי"ש אך התומים הקשה ממכר שדה דלולי הטעם שמעמידה בפני ב"ח הי' מעיד ולא חיישינן שמא יתעשר עיי"ש וכבר כ' הקצה"ח דשאני בין להעיד לאחרים בין מעיד לעצמו דלעצמו הוי נוגע גמור מדאורייתא וה"נ בבא להפקיע מב"ת הוי מעיד לעצמו:

ג) ואע"פ שיש לו מיגו. הש"ך ס"ק ו' הביא שני תשו' הרשב"א הסוחרין זא"ז וכבר כתבתי בסי' מ"ז דבר פשוט ואמת דהתם דנמואל הוציא כת"י של ראובן שהודה שמטלטלין אלו הן שלו וראובן נתן זה הכח"י קודם מותו הודאה זו הרי עושה קנין וחיוב אבל בתשובה האחרת שמודה כעת דאין הודאה זו עושה קנין כמ"ש הקצה"ח כאן ס"ק ב' דבמקום דחב לאחרים כעת אינה הודאה ובפרט לפי מ"ש הראב"ד המובא בסי' מ"ז דאחר שפרע יכול לומר דלא הודה רק להבריח והוי אמתלא א"כ אין כאן הודאה לעשות קנין כמו שהקשה התומים ודאי אף דיש לו מיגו הוי מיגו במקום חזקה שכל מה שבידו הוא שלו ואך מדברי התוס' כתובות דהקשו דיהא נאמן במיגו דאי בעי מחל משמע ודאי דמהני מיגו כמ"ש מהר"א ב"ח ומ"ש הש"ך דהתם אינו מוחזק רק בהשטר ולא בהממון כבר כתבתי בסי' מ"ז דאי' משנים אדוקין בשטר דאף בשטר נקרא מוחזק עיי"ש ועיין תומים

הקשה על הרמב"ן דכאן כ' דלא מהני מיגו ובחידושי ב"ב הרמב"ן להוכיח דאשה אינה נאמנת לומר חפצים אלו נתנו לי ע"מ שאין לבעלי רשות בהם מהא דאמרינן דאינה נאמנת לומר של אחרים הם ע"נ ומה ראי' לומר של אחרים הוי נגד חזקה אבל לומר שלי לא הוי נגד החזקה עיי"ש ולק"מ וכבר מבואר באה"ע וכן לעיל סי' ס"ב בש"ך דבאומרת שנתנו לה ע"מ שאין לבעלי רשות הוי ג"כ נגד החזקה שכל מה שביד האשה בחזקת הבעל הם לאכול פירות עיי"ש גם נראה דזה דאומרת שאינה שלה לענין בעלה שיאכל מפירותי' הוי ג"כ נגד חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו לעשות כל מה שירצה ואין רשות אחרים עליו ודו"ק גם נראה דבלא"ה דייק הרמב"ן שפיר דאם היא נאמנת שהוא שלה למה לא תהא נאמנת שהוא של אחרים כיון דאין להבעל נ"מ דבשניהם אינו אוכל פירות ובאומרת של אחרים הוי ג"כ כאומרת שאין לבעלה רשות בהם ובשלה ג"כ יכולה לעשות מה שתרצה אף ליתן לאחרים ובזה לא הבנתי ג"כ מ"ש הש"ך דיש ראי' דמהני מיגו נגד חזקה מסי' צ"ג דנאמן שיש עליו חוב משותפות במיגו שהי' נותן לו וה"נ נאמן שחייב לאחרים לא אבין דשם דנאמן שאין בידו ממון השותפות מה לי שהן שלו או של אחר אבל מנ"ל שנאמן שחייב לאחר נגד ב"ח שצריך ליתן לו ומ"ש הש"ך דחייב לאחר אינו נגד חזקה לא ברור לי דזה ג"כ הוי חזקה שאין משועבד לאחר ודוגמא לזה א"י אם נתחייבתי דאמרינן חזקה דלא נתחייב אף דאין זה ראי' דשם לאדם פרטי שחייב לזה אמרינן חזקה אבל לומר שחייב ודאי כמה לוין איכא ומה שאומר לזה הוא רק מברר למי ומ"מ יש לעיין קצת ודו"ק:

ד) ראובן השביע לשמעון ולא השביעו על להבא וכו' תבעו לוי והשביעו להבא וכו' ול"נ שב"ד יכופו ללוי ליתן החצי לראובן. עיין תומים דודאי אם כבר בא ליד לוי אין יכולין להוציא ממנו דמה שגבה גבה במטלטלי רק ר"ל קודם שבא ליד לוי נותנין לראובן וכן נראה כונת הש"ך סוף ס"ק י' והתומים הקשה דהא חל השבועה בכולל ולי נראה בלא"ה דאין כונת המחבר דלא חלה השבועה דהא כ' בסי' ע"ג דאם השבועה קדמה להחוב דחל ואפשר דאה"נ בדבר שלא בא לעולם וב"ח מאוחר שגבה גבה אולי ג"כ חל השבועה אך מ"מ אין להב"ד בזה במה שהוא יעבור כמ"ש הב"ח בסי' ע"ג והתומים לשיטתו דחולק שם על הב"ח וכבר כתבתי שם דהנכון עם הב"ח וטו"ז וכן כ' בהפלאה בק"א לה' כתובות סי' קי"ח ויש להם חנא דמסייע דכן הוא ודאי כונת המחבר כאן ומה שהקשה התומים מאה"ע סי' קי"ח דבנשבע לתת חצי מה שירויח חל השבועה ולא יתן לאשתו מזונותי' ג"כ הכונה דעליו לקיים אבל הב"ד יעשו שלהם וגובין לה מזונות כ"ז שלא נתן למי שנשבע לו. ואמת כי הב"ש כ' שם דנשתעבד לקיים השבועה ואין גובין למזונות

מנכסים משועבדים בודאי דבריו תמוהים דשבועה אינו עושה קנין ושעבוד והרא"ש לא כ' שם רק דכמו שיכול לשעבד נכסיו ה"נ יכול לשעבד גופו ולא הוי נשבע לבעל המצוה עיי"ש בטור ומה שהקשה התומים מסעיף א' דנשבע שלא יתן לאשתו והרי בין השבועה להריוח מתחייב לאשתו מזונותי' ומה שנתחייב כבר הוא כתוב והדין דחולקין נראה דדין זה מסידור ב"ת נגע בו שאין משיירין לאשתו מזונותי' כי כן הדין ולא חייבוהו במזונות כלל וכן הש"ך כאן כ' כהב"ח:

ה) ובא לוי ב"ח של שמעון ולקחו בחובו אם ידוע בעדים שחפץ זה של ראובן וכו'. עיין ש"ך ס"ק י"ב וסמ"ע דהיינו דידוע שעדיין הוא של ראובן ועיין שע"מ הקשה מסי' רמ"ה סעיף ז' דהמקבל מתנה נאמן לומר לא זכיתי בה כיון דידוע שבא ממנו וחי' דכאן דבא ליד הב"ח לכן אין להוציא ממנו וכן הוא בתומים לקמן סי' קמ"ו ובנחה"מ סי' רמ"ה והשע"מ הקשה מלקמן סי' ק"מ דאין השוכרים נאמנים משום דנוגעין בעדות והרי המחזיק נאמן לומר לפירות ירדתי ואף שטוען שהקרקע שלו יאמרו השוכרים אין אתה נאמן עלינו וא"כ למה הוי נוגעין ע"כ ודבריו תמוהים דודאי מי שמוחזק בקרקע וטוען לפירות ירדתי אין המערער מוציא ממנו וכל שוכר נאמן שפרע אבל איך השוכרים יאמרו כן כשיתבע מהם המערער שנתנו השכירות לאחר דכי מי שידור בבית של אחד יהי' פטור כשיתן שכר דירה לאחר דשמא הוא ורד לפירות וזה פשוט ודו"ק:

ו) מצא בבית ב"ח דברים העשוין להשאיל וכו' ויש לו שני עדים. עיין סמ"ע ס"ק י"א הקשה דאף בע"א למה לא יהי' מחויב שבועה ואיל"מ והקצה"ח כ' דבבאי כחו לא אמרינן מתוך שאיל"מ כמו ביורשים ולא אבין דודאי לא הקשה על ב"ח דיהי' מחויב שבועה וכו' דע"ז יש הרבה תרוצים ורק הלוה קשה לי' דיהי' מחויב שואי"ל בטוען לקוח וא"כ אף הב"ח א"י לתפוס כמ"ש השע"מ:

ז) החייב לחבירו ונתן כל אשר לו לאחר להפקיע חובו לא תועיל ערמתו. התומים תמה דזה הוא תשו' הרא"ש ובתשובה אחרת כ' כענין הזה וכ' כיון דשעבד לב"ח מטלטלי אג"ק אע"ג דמתקנת השוק לא גבה ב"ח מ"מ במקום הברחה לא תקנו ותמה התומים כיון דשטר מברחת לא קנה א"כ אף בלא כתב לב"ח מטלטלי אג"ק גובה מהם ותי' דלא הי' שם רק ספק אם כונתו הי' להבריח ואף דמספק אין להוציא מן המוחזק מ"מ כיון דמדינא גובה הוי ספק בתקנה ע"כ ולפענ"ד פשוט דאין זה מיקרי ספק בהקנה דהא התקנה ברורה דאם קנה אין להוציא ממנו ורק ספק אם קנה ולא מיקרי ספק בתקנה רק בספק אם תקנו אף בזה וכתבתי בזה במ"א אכן נראה פשוט דבתשו' אחרת איירי הרא"ש דקנה בודאי ולמתנה גמורה נתכוין ומ"מ כיון דלא נתן מתנה זו רק משום שהי' חייב

לב"ח ואם לא הי' חייב לא הי' נותן אף דמן הדין קנה כמ"ש הרמ"א כאן מ"מ לא שייך תקנת השוק וברור הוא בסברא דגרע מגנב ופרע בחובו וכל שאר דברים המבואר בסי' ס' דלא עשו תקה"ש וכן נראה שהשע"מ פירש כן בסי' ס' דברי הסמ"ע וראיתי בתומים לקמן ס"ק י' תמה ג"כ על הרמ"א שכ' בלשונו אם כוונו למתנה גמורה קנה אף שהי' כונתו להבריח וכ' שלא הבין דבריו דאם כוון למחנה לא כוון להבריח אכן דברי הרמ"א פשוטים דמשכחת שפיר דלהבריח נתן מתנה גמורה דעדיף לי' שיהי' ביד המקבל ולא יגבה הב"ח וכן איירי הרא"ש:

ח) ונתן כל אשר לו. הש"ך ס"ק ט"ז כ' עיין בב"ח ממחנה בכולה או במקצתה וצריך לימוד עכ"ל נראה כונתו דרק באשה המברחת מבעלה ונתנה כל אשר לה וזה ודאי הוי שטר מברחת דאיך תתן כל אשר לה ושמא תצא אח"כ מבעלה ולא יהי' לה כלום ועדיף לה שתתן לבעלה וכשתצא יוצאין עמה וע"כ רק להברחה הוא אבל שיירה קצת לא הוי הברחה בין אם נאמר דצריך שיור כדי פרנסה א"כ ודאי סמכה ע"ז והוי מתנה גמורה ולהסובר שיור קצת מהני היינו משום דלמה שיירה מקצת והרי בלא"ה אוכלת מבעלה אבל בב"ח אף בשייר יטרפו הב"ח וא"כ לא ישאר כלל בידו וע"כ להברחה הוא ולא עיינתי כעת כי כבר כתבתי מזה בחי' לאה"ע ולא נפניתי עכשיו לעיין:

ט) אין ב"ד מגבין לו מהריוח דאפי' מקרקע המשועבדים אם אכל הלוקח וכו' אין מוציאין מידו. והש"ך ס"ק י"ת השיג ע"ז דבשלמא לוקח דהוי מכירה גמורה ומדין אכל אבל כאן דהי' רק הברחה ולא חל המתנה ואף להלוה צריך להחזיר ממילא גובה הב"ח מדר"נ ע"כ ובאמת מהרא"ש אין ראי' דשם הי' מתנה גמורה כמ"ש ס"ק ז'. ויען כי התומים האריך בזה מוכרח אני לבוא על דבריו כי באמת יש לעיין הרבה בדין זה שכ' הש"ך דהרא"ש נתן ב' טעמים בכתובות דהמקבל אוכל פירות א' משום דאם לא יאכל הפירות לא יטריח בשדה ונתנה לו ע"ד כן שיהי' הפירות שלו וטעם זה שייך אף במבריח מב"ח ונהי דהש"ך דחה מ"ש המחבר דדמי ללוקח מ"מ מטעם זה דכ' הרא"ש הריוחלהמקבל כ"כ התומים ויען כי לפענ"ד לא כ' כן הרא"ש רק באשה וגם בטעם הראשון שכ' הרא"ש שם כאשר יבואר האריך התומים לכן אבוא על דבריו אשר לפענ"ד אין הפירוש כן. והנה טעם הראשין כ' הרא"ש דלכן זוכה המקבל בפירות דהרי אם לא יזכה בהם ע"כ יזכה הבעל והיא היתה כונתה להבריח מבעלה שלא יזכה לכן זוכה המקבל ע"כ והקשה התומים דשם בגמר' פריך על שטר מברחת וכיון דלא קנה הלוקח לקני בעל ומשני עשאו כנכסים שאין ידועין לבעל ופירשו התוס' בשם ר"ח דאין קושיית הש"ס דלקני בעל דאולי באמת קונה רק קושיית הש"ס דכיון דאם לא יקנה

הלוקח יקנה הבעל והיא רוצית להבריח ממנו וא"כ עי"ז נאמר דיקנה הלוקח ולמה אמר ר"נ דלא קנה ומשני דבאמת הבעל בין כך וב"כ לא קנה דהוי כנכסים שאין ידועין והוי הברחה לכן לא קנה הלוקח ע"כ והרא"ש לא ניחא לי' בפי' ר"ת דלמה נאמר דניחא לה באחר יותר מבעלה ופי' כפשוטו דיקנה הבעל ומשני עשאו וכו' (והנה ר"ת כ' דהמבריח מב"ח כיון דלא שייך תי' הש"ס באמת קנה המקבל ולהרא"ש לא קנה עיי"ש) והקשה התומים דהרי הרא"ש לא ניחא לי' בפי' ר"ת משום דס"ל דודאי ניחא לה בבעל יותר מהמקבל ורק להבריח שיהי' בידה וא"כ למה בפירות כ' הרא"ש דזוכה המקבל דכונתה להבריח מבעלה והרי הבעל עדיף לה מן המקבל ותי' התומים דרק בתחילה דקס"ד דלא מהני כלל הברחה שלה וקנה בעל וע"כ דכל הברחתה הוא משום דטעתה דסברה דמהני הברחה לא ס"ל להרא"ש כר"ת דנאמר דרוצים יותר בהמקבל אבל לפי האמת דמהני הברחה דהוי נכסים שאין ידועין ולא טעתה ממילא סברת ר"ת במקומו דאם המקבל לא יזכה א"כ זכה הבעל וזה לא ניחא לה דעל הפירות אין כאן אומדנא דמוכח ע"כ ולא זכיתי להבין כלל דבריו דאדרבה כיון דמהני הברחה ולא טעתה א"כ עדיף לומר דלא נתכונה כלל למתנה דהרי אף דיאכל הבעל הפירות לא יזכה בנכסים ובזה הרי אמר דניחא לה יותר שיאכל הבעל ולא חי' כלום כמבואר לכל מעיין ואכן נראה שדברי הרא"ש פשוטים דכ' שם בתחילה שדעתה להבריח מבעלה כדי שתוכל למכור הפירות בכל עת שתרצה וכן הוא באה"ע סי' צ' דבכל עת שתרצה תוכל לחזור ולכן ניחא לה בהמקבל כדי שיהי' בידה לחזור והרי גם בהשדה עצמה אמרינן אם מתה זוכה המקבל וע"כ דאמרינן דע"ד כן נתנה מחנה והיינו דלמה שכ' ר"ת דאין בידה לחזור ותהי' מתנה גמורה בזה אמר הרא"ש דבעלה עדיף לה אבל ביש לה נחותא זו שתוכל לחזור המקבל עדיף לה כדי שיהי' בידה לחזור וזה פשוט בעיני בכונת הרא"ש. וטעם שני כ' הרא"ש כנ"ל דאם לא יאכל פירות לא יטריח בשדה לכן דעתה שיאכל וזה שכ' התומים דה"ה במבריח מב"ח זוכה בפירות ורק אח"כ כ' הרא"ש גבי ב"ח דלוה מטעי טעי והי' סבור דלא יהי' לא של המלוה ולא של המקבל וכיון דלא מהני הברחה ושייך לב"ח לא ניחא לי' שיזכה בהם המקבל וישארו בחזקתו ויאכל בעצמו עד שעת הטירפא וע"ז הקשה התומים דע"כ זה לטעם הראשון וא"כ קשה דבתחילה כ' הרא"ש שני טעמים ואח"כ חזר מטעם השני ולכן מחלק התומים דקודם שנודע לו דלא מהני הברחה אז המקבל אוכל פירות אבל אחר שנודע לו כיון שיודע שלא יהי' לו הנכסים למה לו זה שיאכל המקבל הפירות ולפי זה מה שכ' המחבר שכל הריוח להמקבל היינו קודם שנודע ע"כ ודבריו אין מבוארים בהרא"ש ואיך סתם אכן נראה פשוט דלא כ' הרא"ש כלל דניחא לה כדי שיטריח בשדה

רק גבי אשה דבלא"ה לא יהי' שלה רק של בעל וניחא להיות של המקבל במחנה ע"י מה שתוכל לחזור בהפירות והשדה ואם תצא מבעלה יחזיר לה השדה ועבור זה נותנת לו הפירות כדי שיטריח אבל בב"ח דלא מהני הברחה לא זכה המקבל כלל והפירות הם ברשות הנותן והמעיין יראה בדברי הרא"ש כי כן כונתו לכן לא רציתי להאריך ואף שגם הנתה"מ כ' דשטר מברחת הוי קנין גמור ולפענ"ד לא כ' הרא"ש כן רק גבי אשה ונראה ודאי דהנכון עם הש"ך דאין להמקבל הפירות וב"ח גובה אותן: גם מ"ש הנתה"מ דאף דהוי קנין גמור מ"מ זכה בהן המלוה כיון דבידו לחזור לא יצא מרשותו המעיין בדברי הרשב"א שהביא הב"י יראה דהיכי דקנה אף שיוכל לחזור הוא ברשות המקבל שכ' דלא נשתעבדו וזכה המקבל עד שיחזור ואז מהני כיון דכ' בשטר דיהי' יכול לחזור ע"כ והרי מבואר דהם ברשות המקבל כ"ז שלא חזר ודוחק לחלק דהתנה שאני דהוי כמכר על תנאי דאדרבה לפי דברי הנתה"מ הי' בו קנין גמור ובלא"ה פשוט דאף דיוכל לחזור כ"ז שלא חזר אין המלוה גובה ולא עדיף מהך דסי' ט' דכ"ז שאינו תובע הריבית אין המלוה גובה אף דיכול לתבוע ומה שנסתייע ממה שכ' הרא"ש גבי הא דפריך לקנינהו בעל וכ' הרא"ש דלא יצאו מרשיתה פשוט דלא כ' הרא"ש זה רק בס"ד דסבר דאינו קנין כלל והראי' דהרי פירות הם ברשותה לחזור והם כנכסים ידועין ומ"מ לא קנה הבעל עיין תומים וע"כ דהיכי דהוי קנין אף שבידה לחזור מ"מ כ"ז שלא חזרה הוי של המקבל וא"כ מדאמר גבי ב"ח דגובה ע"כ דאף קנין אינו כלל ודו"ק:

י) מי שקנה קרקע והתנה בשעת הקנין וכו' דכל מי שבא להפקיע חק"ח בערמה ותחבולה חייבים לבטל כונתו התומים הקשה דלמה לי טעם זה הא מבואר בטור סי' קי"א דאם קנה שדה על תנאי שלא יגבה הב"ח ואח"כ כשבא נתבטל המכר ממילא המעות שביד המוכר הוי מלוה וגובה מהמעות שביד המוכר א"כ אף בלא כוון לערמה ע"כ ולי הי' נראה לכאורה דצריכי תרווייהו טעמי דהרי כל זמן שלא גבה הקרקע לא נתבטל המכר א"כ אין יכול לגבות מן המעות שהוא של המוכר וגם הקרקע אין יכול לגבות דהרי אינו של הלוה לענין זה שיוכל הב"ח לגבות ואך כיון דאין מועיל ערמתו יכול לגבות מן הקרקע ואם עי"ז יטעון המוכר שבטל המכר יוכל לגבות מן המעות כן הי' אפשר לומר דרך פלפול אך באמת משמע דאף שהי' תנאי שיתבטל מ"מ כל שיש ללוה כח בה יוכל לגבות וממילא בטל המכר וגובה מהמעות אכן נראה לתרץ קושיית התומים בפשוט דבסי' קי"א דהי' תנאי באמת אינו גובה מהקרקע רק מהמעות שביד המוכר ואם נתייקרה השדה ביד הלוקח ויש בה כדי החוב ובהמעות לא יהי' לגבות כל

חובו אינו גובה רק המעות, אבל כאן שהי' רק ערמה גובה הקרקע ששוה כל החוב דהרי אינו יכול כלל לבטל המכר ופשוט:

סימן ק

א) ואם נראה לדיין שלא יספיק לו שלשים יום יוסיף לו לכאורה קשה לפי מ"ש הסמ"ע בשם הה"מ בטעם דשלשים יום של הזמן הוא דאם ירצה לגבות בלא"ה ימתין ימי הכרזה שלשים יום וטעם זה אינו מספיק להוסיף לו יותר ואך נראה דעיקר טעם של השלשים שימכור בעצמו ולא ליזיל נכסי לכן מוסיפין ג"כ אך י"ל דהא דצריך הכרזה שלשים יום הוא משום דשערו חכמים שיעלו המעות כפי האפשרי ביותר ולפ"ז אם רואין ב"ד דצריך יותר ימתין יותר ואפשר אף בהכרזה אם רואין שצריך יותר יוסיפו והארכתי בזה לפי שראיתי בשע"מ שכ' במ"ש הרמ"א שאין נותנין זמן לשבועה כ' השע"מ דהיינו ביש לו מעות אבל באין לו מעות כיון דאף אם יודה יצטרך להמתין זמן הכרזה ממילא אף להשבועה נותנין זמן ומביא עוד ראי' מסי' ט"ג דאם המלוה מודה שלא הגיע עדיין זמן פרעון אין משביעין להלוה על המקצת שכופר דאולי יודה בתוך הזמן ע"כ ולפי מה שנתבאר פשוט דז"א דהרי אף למכור לא היו נותנין רק כיון שצריך הכרזה ואם כן באומר שלא יתן למה ימתינו והראי' ע"ג פשוט לכל מעיין דאין כאן שום ראי' דהרי אף לדברי המלוה אין מגיע לו עכשיו ולמה נשביעו שמא יודה ביני ביני אבל כאן דצריך ליתן מיד רק דנותנין זמן דלא ליזיל נכסי ולא שייך כן בשבועה ועוד אם ניתן לו זמן לשבועה וכשיודה אח"כ ניתן לו עוד שלשים ולמה ימתין ופשוט אכן ודאי תלוי בראות עיני הדיינים שבאם נראה שמוכן לשבע נותנין זמן אולי יתפשרו ולא מטעם רצון הלוה רק כדי שלא לבוא לידי שבועה:

סימן קא

א) אם יש לו מעות צריך ליתן. הש"ך כ' וכן הדין בכתובה אם יש להיתומים מעות צריכין ליתן מעות דוקא לפי מ"ש הטור אה"ע סי' ק' והתומים הבין דכונתו לפי תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי ולכן הקשה על הש"ך דלקמן סי' ק"ז מבואר דלא תקנו הגאונים רק באין להם קרקע אבל ברוצין ליתן קרקע לא תקנו ולי נראה פשוט דכונת הש"ך למ"ש שם הטור בשם הרא"ש דהשתא דכל התו"מ הם בחובות הוי כאשלי דקמחוניא דעיקר סמיכתייהו עליהם וכמ"ש הרא"ש בב"ק דהאידנא מדינא דש"ס גובין מן המטלטלין ואף דלא כ' הרא"ש רק חובות והלואות פשוט דאף מעות הוא בכלל דחו"ת של החובות הוא במעות ואף כי לכאורה יש איזה סתירות בהרא"ש כבר כתבתי

בחי' לאה"ע סי' ק' דלק"מ ועיקר היוצא משם דסמכה דעתה שודאי ימצא לו חובות או מעות לכן גובית מהם והנכון כמ"ש הש"ך:

ב) אין יכול לדחותו אצל קרקע היינו באין לו פסידא טור ויש פוסקים דאף ביש לו פסידא אין יכול לדחותו והקשה התומים מכתובות דפריך הש"ס וליגבינהו קרקע והאריך בזה ולא ראה דברי הש"מ שם דסברי דרק לרב ששת פריך דס"ל הפוכי מטרתא למה לי וכיון דמתויב לעצמו מדר"נ יכול לומר אנא קרקע בעינא כיון דהוא בעצתו יגבה אותה עיי"ש:

ג) והלוה רוצה ליתן לו מטלטלי א"י המלוה לומר איני רוצה אלא קרקע. התומים הביא דיש סוברים דיכול המלוה לותר שרוצה רק קרקע והבעה"ת תמה עליהם משומא הדרא ומפסחים (ד' ל"א) והנה י"ל דאינהו סברו דהמלוה יכול לכופו שלא למכור לאתר ולא כמ"ש סי' פ"ה וגם בשומא אין הלוה יכול ליתן זכותו לאחר ולסלק להמלוה ואם נאמר כן לא יקשה עליהם קושיות אלו עיין תומים כי קצרתי ואף דבש"ס מבואר דבמשכנתא הוי מצרן משמע דבשעבוד לא הוי מצרן י"ל דשם איירי ביש להלוה מעות שרוצה לסלקו או עדיין לא הגיע הזמן הוצרך לטעם דמשכנתא הוי מצרן אבל אם הגיע זמנו אף בשעבוד אולי הוי מצרן. שוב ראיתי כן בס':

ד) אם יש ללוה שט"ח על אחרים. הש"ך האריך בזה ועיין תומים דמסיק דכל מלוה בני גובייא ואף מלוה ע"פ גובין אותה למלוה וכ' שם התומים דאף בכבר הגיע זמן המלוה לגבות לא אמרינן למה לנו לגבות יתבע הלוה חובו ויפרע רק גם בזה גובין והביא ראי' מדברי הרא"ש והבעה"ת דהקשו גבי שנים שהוציאו שט"ח זע"ז דאחרינן דאם יש לאחד עדיות ובינונית ולהשני זבורית דזה גובה וזה גובה והקשו דלימא לי' בעל בינונית אני אגבה לך שט"ח שיש לך בידי ותירצו דשט"ח של בינונית שוה יותר וא"כ אם יגבה לבעל הזבורית שט"ח שיש לו עליו אינו שוה כ"כ כדי חובו והרי התם הגיע זמנו של שטר לגבות ומאי הקשו אלא ע"כ דאין חילוק ע"כ ולפענ"ד אין ראי' משם דודאי זה פשוט אם הלוה מרוצה ויאמר אף דהגיע זמן שטרי לגבות מ"ת אין אני חושב לך כל סכום השטר רק מה ששוה למכור פשוט דיכול להגבותו דלמה יגרע אלא מטי זמנו לגבות ומכל מטלטלין לפמ"ש הש"ך אבל באם המלוה רוצה לגבות בע"כ של לוה כפי ששוה השטר שפיר י"ל דיוכל הלוה לומר כיון דמבואר בסי' פ"ו דאין על הלוה זה הטורח רק המלוה צריך לטרוח ולגבות דמוציאין קתני ב"ד מפקי א"כ איני רוצה ליתן לך בשותא ורק הוא ב"ת שלך ולך וגבה מתנו ודו"ק:

והנה התומים הקשה דהם לא תירצו רק דיאמר בעל בינונית הא לך שטרך בחובך אבל הא עדיין הקושיא להיפוך דיאמר בעל בינונית אני רוצה לגבות תחילה ואיני רוצה

זבורית רק תן לי שטר שיש לך עלי בגוביינא וכעין שהקשה הש"ס מאי חזית דאתי בעל בינונית תחילה עיי"ש והוציא התומים מזה דאף הסוברים דשטרות בני גוביינא הוא רק באם רוצה ליתן לו שטרות אבל באין הלוה רוצה אין המלוה יכול לכופו ליתן לו שטרות בגוביינא ולא כהש"ך שכתב להיפוך דהברירה ביד המלוה וכתב שם התומים הטעם כיון דהוי ראוי לאו בני גוביינא נינהו רק היכי דלית לי' נכסי משועבד לו מדר"נ וגובה ע"כ. והנה ח"ש דהא דשטרות בני גוביינא דאמרו היינו בלית לי' נכסי וחדר"נ הרי שיטת הש"ך דבגוביינא דב"ד אין בו משום שעבודא דר"נ כמ"ש הש"ך כאן ובסי' פ"ו ואיך נאמר דמה שכתבו דבני גוביינא נינהו הוא מדר"נ והסברא ודאי נוטה כן ואך מטעם אתר הי' נראה הסברא כהתומים דאם יש לו קרקע ורוצה להגבותו אין סברא שהמלוה יכופו ליתן לו שטרות בשוייהם ולהפסיד דהא אמרינן דבמקום פסידא יכול להגבות לו קרקע וא"כ אין לך פסידא יותר חזה דיוכל הלוה לומר למה אתן שטר בשומא ולדידי שוה כל החוב וכן הוא הדרך שאדם מלוה לחבירו וכי ילוה אדם מעותיו ע"ת להפסיד מיד ולמכרו בשויו וזה פשוט אצלי לכן נראה דלא קאמר רק היכי דלית לי' נכסי ללוה דיוכל לכופו ליתן בשומא כיון דמחויב לפרוע או כשהמלוה רוצה לוקח השטר בכל הסכום הכתוב בו וזה פשוט אצלי וא"כ ודאי קשה קושיית התומים תן לי השטר בדמי כל הסכום יאמר בעל הבינונית ולא אגבה זבורית ונראה לתרץ לפי מ"ש התומים בעצמו דאף מלוה ע"פ בני גוביינא א"כ בגובה השטר אין הגבי' בשטר רק בהשעבוד שיש בהשטר וכיון שהשעבוד שבשטר הוא בינונית יוכל בעל הזיבורית לותר אין זה ראוי לך כיון דיש לי זבורית עליך לגבות זבורית ועיין סי' ע"ב וסי' קט"ו דיש סוברין דאין המלוה יכול לומר לדידי שוה כל חובי וה"נ המלוה אין יכול לומר לדידי שוה השטר עצמו בחובי ואם מחשב כפי שיווי החוב א"כ הוי כגובה בינונית ולא הקשו הרא"ש והבעה"ת רק דיאמר אני אגבה לך השט"ח בשויו ודו"ק כי סברא נכונה הוא. ועיין קצה"ח כ' דאף אי שטרות בני גוביינא צריך כתיבה ומסירה מב"ד דכל שלא נכתב אין כאן הורדה וכמו קרקע דצריך הורדה ואדרכתא ואין מוכרת די"ל דפסק ב"ד הוי ככתיבה ואך בל"ז התומים והנתה"מ כתבו דאי בני גוביינא נינהו היינו השעבוד שיש לו ולא השעבוד הנכתב בשטר ולכן כתבו דאף מלוה ע"פ גובה, עיי"ש א"כ י"ל דכה"ג לא שייך כומ"ם ואולי אף למחול אין יכול ולא עיינתי בזה. והנה התומים הקשה להסוברין דשטרות לאו בני גוביינא נינהו למה לא מוקי בב"ק (ד' י"ד) הא דתנן שוה כסף לאפוקי שטרות דאין נקנין בכסף אין מגבין ולק"מ דא"כ נמעט אף מטלטלין דנקנין רק במשיכה ולא בכסף. עוד הקשה דהא בכתובות (ד' ק') אמר דשטרות מזבנינן בלא אכרזתא משמע

דבני גובייגא נינהו ואמת לפי מה שכתבו שם התוס' דתפס מחיים משמע כן אך אולי יש לפרש דהיתומים מרוצין להגבותן. עיין ש"ך מדמה חלוקת שטרות לגובייגא דב"ת וזה הוא אם חולקין בעצמן יכולין למחול דאי לא"ה אין ראי' מחלוקה ועיין מ"ש לעיל סי' ס"ו כדין זה אם יכולין למחול:

סימן קב

א) הבינונית שבנכסי הלוה דבשלו הן שמין התומים האריך בדברי הרמב"ם ואכתוב ג"כ וזהשחנני השם ית' דרך פלפול. הנה הרמב"ם פ' י"ט מה' מלוה כ' בהי' להלוה בינונית וזיבורית גובה המלוה מן הבינונית משמע דפסק בשל עולם הן שמין כמ"ש הר"ן והמ"מ (מה שתירצו הרמ"ה והנ"י דהרמב"ם איירי בהי' לו עדיות, ומכרה כתבו הכל דזה דוחק ואוסיף כי הרי"ף בב"ק (ד' ז') לא העתיק הך אוקימתא דמוקי הברייתא שם בהי' לו עדיות ומכרה משמע דהי' לו דוחק לפרש כן סתם הברייתא ואיך יסתום הרמב"ם וסמך דנפרש באופן הזה) ובה' נזקי ממון כ' הרמב"ם כמה פעמים דגובה מעידיות שבנכסיו הרי מבואר דס"ל בשלו הן שמין וא"כ פסקי הרמב"ם סותרין. וכדי לתרץ דבריו נעתיק דברי הש"ס ב"ק (ד' ז') ולתרץ מה שקשה בסוגיא ויבארו דברי הרמב"ם איתא התם בעא מיני' שמואל מר' אבא בשלו הן שמין או בשל עולם הן שמין א"ל רחמנא אמר מיטב שדהו ואת אמרת בשל עולם הן שמין מיתיבי בינונית וזיבורית נזקין וב"ח בבינונית ואי אמרת בשלו הן שמין תעשה בינונית שלו כעדיות הב"ע כגון שהי' לו עדיות ומכרה ה"נ מסתברא דקתני אחריתי בינונית וזיבורית ב"ת בזיבורית אלא כאן שהי' לו עדיות ומכרה וכו' ואיבעית אימא אידי ואידי (וכ"ע בשל עולם הן שמין) כאן ששוה בינונית שלו כעידיות דעלמא (גובה זיבורית) ואב"א מ"ס בשלו הן שמין ומ"ס בשל עולם הן שמין רבינא אמר בדעולא פליגו דאמר עולא ד"ת ב"ת בזיבורית ומ"ט אמרו ב"ת בבינונית שלא תנעול דלת בפני לוין מר אית לי' דעולא ומר לית לי' דעולא פי' ברייתא דס"ל בזבורית לית לי' דעולא ובריייתא דס"ל בבינונית אית לי' דעולא כן הוא לשון הרי"ף דמביא רק שנוי' דרבינא (וברש"י היינו דלית תקנתא דעולא ולית לי' כלל דב"ת בבינונית ופירשו דכן הוא ג"כ כונת הרי"ף עיי"ש) והנה קשה לי דהא עולא מפרש כן המשנה דב"ת בבינונית ועולא רק הוסיף דאין זה מהתורה א"כ הי' לו לומר דלית לי' דינא דמתני' ואדרבה אית לי' מה דאמר עולא ד"ת בזבורית ונראה הנה עוד קשה לי תמי' עצומה דהנה כל הראשונים תמהו במאי דמשני ואב"א אידי ואידי וכו' והיינו דכ"ע ס"ל בשל עולם הן שמין דהרי בתחילה הקשה לר' אבא דס"ל בשלו הן שמין ומתרץ לה ואיך יאמר אח"כ ואב"א וא"כ כ"ע לית להו דר"א ואין זה סוגיית הש"ס ולכן קצת מהראשונים מתקו

הך שנוי' ואית דחקו עצמן לפרש להעמיד הגירסא וא"כ תימה דהרי קושיא זו נשאר במסקנא בחי' דרבינא דהרי אמרינן דמאן דאית לי' דעולא ב"ת בבינונית אף דלית לי' עידיות וגם ברייתא השני' ג"כ הוי ס"ל דגובה בבינונית לולי דלית לי' תקנתא כלל וא"כ כ"ע אית לי' דבשל עולם הן שמין ולא כר' אבא וקשה הא אין זה סוגיית הש"ס (אמת כי קצת פירשו דברי הרי"ף דאיירי בהי' לו עידיות ומכרה אך זה תימה דהרי לא העתיק כלל הך שנוי' דהי' לו ומכרה ואיך סתם וסמך דנפרש כן והוא תימה) ונראה דהנה בהפלאה כתובות (ד' ק"י) הקשה דהא טעמא דתקנו בינונית משום נ"ד בפני לוין כתבו הפוסקים משום דבינונית שכיח לקנות ויאמר המלוה אם היו מעותי בידי הייתי קונה בינונית ועכשיו אגבה זבורית ואיכא נ"ד ולפ"ז מאי פריך לר"א דאמר בניזקין דכתיב מיטב שדהו בשלו הן שמין מברייתא דקתני ב"ת בבינונית משמע בשל עולם הן שמין מה ענין ב"ת לניזקין דהרי כיון דבינונית שכיח לקנות היינו בינונית דעלמא ומה לו דאין להלוה רק בינונית וזבורית הא אם בשלו ישומו ויגבה בזיבורית איכא נ"ד אבל בניזקין דהוא מהתורה וכתיב מיטב שדהו לכן בשלו הן שמין וסברא זו כ' גם התומים כאן וא"כ מה פריך על ר"א ואך נראה פשוט דהא בס"ד דש"ס אכתי לא ידע מהך דעולא והי' סבור דהא דב"ת בבינונית הוא מהתורה וא"כ דמי לניזקין ושפיר פריך לר"א ולק"מ ולפ"ז ממילא מיושב גם הקושיא הנ"ל דאיך מסיק דפליגו בדעולא ולכ"ע בשל עולם הן שמין ולא כר"א זה לק"מ דעכשיו דידע הטעם כדעולא לא דמי ב"ת לניזקין וב"ח בשל עולם הן שמין כקושיית ההפלאה דאל"כ יהי' נ"ד וזה הוא באמת תי' של רבינא ומתורץ גם מאי דקאמר דפליגו בדעולא ולא קאמר דפליגו בדין של המשנה אי ב"ת בבינונית דהכי פרושו דמאן דאמר בזבורית לית לי' דעולא ורק מדאורייתא בבינונית ולכן בשלו הן שמין כמו בניזקין ומאן דאמר בבינונית אית לי' דעולא משום נ"ד ולכן ב"ת בשל עולם הן שמין אבל בניזקין כ"ע אית להו דרק בשלו הן שמין ולפ"ז עולה לנכון פסקי הרמב"ם דהוא פסק בפ' י"ט דב"ת בשל עולם הן שמין כיון דקיי"ל כעולא וכתי' דרבינא אבל בה' נזקי ממון פסק ובניזקין בשלו הן שמין כר' אבא והוא כפתור ופרח:

ב) ברשות הלוה ליתן לו מאיזה בינונית שירצה. עיין נתה"מ דבתחילה רצה לומר דביש לו בינונית וזיבורית והמלוה גובה זבורית יכול המלוה לומר שרוצה אלו הזיבורית דיאמר אלו עדיפי וא"כ בינונית הם ודינו לגבות מהם וכן הסברא אכן אח"כ חזר הנתה"מ וכ' כיון דאין לו עדיות והבינונית הם עידיות שלו וא"כ מי נתן להזבורית שם זבורית והם נקראין בינונית וא"כ נותן לו הלוה מאיזה שירצה הוא והביא ראי' מדברי הרא"ש שהביא הרמ"א דאין כופין להלוה ליתן לו זבורית וא"כ אם הי' זה שרוצה המלוה גרוע אין יכול

לכוף את הלוה ליתן לו ואנה השכל שיגזור דכשהן שוין יוכל לכופו ע"כ ולי נראה עיקר כתחילת דבריו דמה שהקשה אנה השכל שיגזור כן אני תמה דהרי כבר גזר השכל דאם רוצה בינונית בע"כ נותן לו אף דעדיפי וכשרוצה זבורית אין נותן לו ואותו השכל יכול לומר דגרוע לא יתן ושוין מוכרת ליתן והוא לפענ"ד מוכרת לפי שיטת הרא"ש דבגמר' אמרינן א"כ (אם נאמר דהניזק אין יכול לומר תן לי בינונית) הורעת כחן של ניזקין אצל בינונית והתורה אמרה מוטב והקשה הרא"ש הא המזיק יכול לדחותו משדה לשדה אם רק נותן לו עדיות כדינו וה"נ יאמר המזיק אלו הם אצלי עידיות וקח עידיות אחרים ולכן המציא הרא"ש דינו דדוקא אם מזיק גילה דעתו שרוצה ליתן ביוקרא ולכאורה קשה מאי הקשה הרא"ש הא סברת הש"ס הוא כיון דהתורה חסה על הניזק שיתן לו עידיות אין סברא דלא יוכל לכופו על בינונית פתות מדינו אבל הא דיכול לדחותו משדה לשדה הוא לפי שנותן לו כדינו ואך פשוט דכונת הרא"ש דאומר לניזק למה אתה רוצה בינונית לפי שהוא חביב עליך אף עלי הוא חביב והם ע"י החביבות כעידיות וא"כ הרי יכול לדחותו מעידיות לעידיות ופשוט וא"כ לפ"ז בדינו של הנתה"מ הוא להיפך דהרי הב"ח אומר אלו הזבורית הם חביבים עלי יותר מזבורית אחרים וא"כ מה יאמר הניזק אף אצלי הם חביבים לכן איני רוצה ליתן הרי אדרבה אם הם חביבים אצלך הם עדיפי וא"כ בינונית הם ושייכים לי כיון דיש לך שלשה מיני שדות לפי דבריך ואך בל"ז נראה עיקר טעמו של הרא"ש שאין יכול המלוה לכופו לזבורית דאומר הלוה הם אינן תחת שעבודך וקח בינונית ששעבודך עליהם אבל הכא כל הזבורית הם תחת שעבודו ומה שכ' הנתה"מ דמי נתן להם שם זבורית כיון שאין לו רק שני מינים א"כ בינונית הם לק"מ חדא די"ל כיון שאני רוצה אותם וגם עליך חביבים הם בינונית א"כ השאר זבורית ויש לך שלשה מינים ועוד פשוט בלא"ה דלענין זה הולכין אתר העולם דאל"כ יקשה הא דסעיף ת' ביש לו ארבע מינים היינו עידי עידיות גובין מבינונית וכן בניזקין אינו נותן מעידי עידיות קשה מי נתן להם שם עידי עדיות יאמר דהם עידיות והבינונית הם זבורית והזבורית הם זבורי זבורית וע"כ דאם יש לו ד' מינים אזלינן בשל עולם וה"נ באין לו רק שני מינים ידעינן דאלו זבורית בכל העולם ויש עוד לומר טעם בזה ואך איני רוצה להאריך וא"כ הי' נראה פשוט דנותן לו מאותן זבורית דרוצה המלוה ואך מ"מ עדיין צ"ע לדינא דאולי הא תלוי בדין דלקמן סי' קי"ד וקט"ו אם יכול המלוה לומר לדידי שוה לי כל חובי ולפי הסוברין דאין יכול לומר לדידי שוה לי ה"נ אין יכול לומר אלו הם בינונית ודו"ק:

ג) אם חפץ המלוה בזיבורית וכו' שומעין לו. הרי"ף והרמב"ם השמיטו דין זה ותמהו דהרי ש"ס ערוך הוא דאמר א"כ הורעת כחן של נזיקין אצל בינונית וכן הודעת כחן של

ב"ח וכו' ונראה לומר קצת פ"ד הפלפול הנה ידוע כי כבר הקשה הרא"ש מאי פריך הורעת כחן והרי המזיק והלוה יכולין לדחותו משדה לשדה ונראה דהנה שם בש"ס קאי שם על הא דרמי לי' אביי לרבא כתיב מיטב וכתיב ישיב אפי' סובין דהיינו זבורית ומשני דינו במיטב ואם יאמר אני רוצה בינונית יוכל הלוה לומר שקיל כמו יוקרא דלקמי' ופריך הורעת וכו' והנה לא אאריך בסוגיא שהוא מוקשה ואך לתרץ קושיית הרא"ש י"ל פשוט דהגמר' פריך כיון ומוקמת האי קרא דישיב הייני זבורית באם רוצה הניזק וא"כ כיון דקרא אמר מיטב לטובת הניזק למה בזבורית לא יתן רק כיוקרא דלקמי' והרי הם תחת שעבודו כמו מיטב אבל אח"כ דמשני הש"ס דאף סובין מיטב הוא וחוזר מכל מה שאמר שם וא"כ אין הזבורית תחת שעבודו שפיד א"צ ליתן לו זבורית כקושיית הרא"ש לכן בב"ח אזיל לסברת אביי ודו"ק:

ד) תן לי זבורית טפי פורתא שומעין לו. בגמר' אמרו דאל"כ הורעת כחו של ב"ח ואתה נועל דלת בפני לוין ובר"ן פ' מי שהי' נשוי אמר דיכול המלוה לומר אי אפשי בתקנת חכמים והקשה התומים הא בהתורה לא כתיב זבורית רק ילפינן מוהאיש וגו' מה דרכו של איש להוציא פחות שבכלים וא"כ וכי אין יכול הלוה להוציא מיטב ואין ללמוד מקרא רק דהברירה ביד הלוה גם קשה למה כ' טעם אחר ובגמר' אמר משום נ"ד גם הש"מ הרכיב שני הטעמים ואפשר קצת לומר כבר הבאתי קושיית הרא"ש מאי פריך הורעת הא הלוה יכול לדחותו ואך י"ל דקושיית הש"ס כיון דתקנו חכמים בינונית משום נ"ד כ"ש אם רוצה זבורית שיש לתקן שיתן וזה הוא שכוון הר"ן דאומר אי אפשי במה שתקנו בינונית ואשאר בתקנה שחשו משום נ"ד שאטול בזיבורית איזה שארצה וי"ל באופן אחר:

ה) היו לו עדיות ומכרה. הנחה"מ הקשה מ"ש ממכר עדיות או לא היו לו רק בינונית ולקח זבורית דגובה מזבורית ונראה דמכר עידיות לא גרע ממזיק שעבודו ש"ח ואף להסוברין דמזיק שעבודו ולא עשה בגוף הקרקע כלום אינו חייב היינו דיכול לומר קח לך והרי הוא לפניך וא"כ כאן דהזיק שעבוד של בינונית ויאמר הוא לפניך יגבה באמת אבל בלא הי' לו רק בינונית אומר הלוה הא זה דהי' לך שעבוד על הבינונית הוא רק משום שלא הי' לי זבורית והרי שעבודך על זבורית אותה שקניתי:

סימן קג

א) אחד אומר במנה וא' אומר בצ' וא' אומר בק"ל נידון בק"י. התומים הקשה מהא דאמרינן בכתובות (ד' ק') לחלק בין שליח שטעה לב"ד משום דב"ד רבים נינהו וקשה דהרי גם בשלשה אין הולכין רק אחר אחד דהא היו כאן שנים שאמרו שאינו שוה ק"י

ולק"מ דצריך להבין למה אנו ממצעין בין זה שאומר צ' לבין זה שאומר ק"ל ימצעו בין זה שאומר ק' לבין זה שאומר ק"ל ויתן קט"ו או להיפוך לא יתן רק צ"ה וע"כ צ"ל דאנו אומרין דכ"א אומר קרוב לשוי' וא"כ ג"כ הולכין אחר כולם אך בלא"ה הרי הנתה"מ לקמן סי' ק"ט כ' דאף במכרו ע"י שליח היו ב"ד בשומא ואין כלל זה הלשון דרבים נינהו רק דהב"ד יש להם כת יותר להחליט:

ב) ואומר המלוה ישומו אותה שלשה אחרים אין שומעין לו. עיין נתה"מ ס"ק ג' עמד בהך דסעיף ד' דאמרינן דטעו ואיך אפשר כלל לברר זה כיון דתרי כמאה וקאמר דשומא דלאו עדות הוא הולכין אחר רוב דיעות ולכן מסיק דאם באו ד' מעצמם ואומרין דשוה פחות שומעין להם ולפי דבריו נראה דאם אמר המלוה כבר אמרו לי ד' ששוה פחות ג"כ שומעין ולי נראה לחלק באופן אחר דודאי שומא אינו נקרא מעיד והגע עצמך וכי יפסלו ע"י כן והטעם דאין זה רק הבנת הלב ולדעתו אין שוה יותר וא"כ אף אם יבואו כמה אין זה ברור והוכרחו חז"ל להשוות מדוחיהם שישומו שלשה ובודאי גם אם יבואו אחרים אין יכולין לומר שהראשונים טעו רק אומרין שבעיניהם שוה כך אבל באמת משכחת לה שיבואו אחרים באופן שיאמרו כי ודאי טעו ויכולין לברר הדבר שהראשונים לא ידעו שנתיקרו הקרקעות או הוזלו וזה הוי טעות דסעיף ד'. שוב מצאתי תה"ל בשע"מ בשם הרשב"א כמ"ש ואך השע"מ הקשה מהא דאמרינן בחמורה (ד' כ"ז) אמר עולא שמו בתלתא אע"ג דאתי במאה לא הדר ופריך הא אמר רב ספרא באומדנא לא אמרינן תרי כמאה עיי"ש ולמה לא משני דרב ספרא איירי שהיו כולם ביחד אזלינן אחר רוב דיעות אבל אחי אח"כ לא מהני עיי"ש ומ"מ ודאי דאין לחלוק על הרשב"א וע"כ דהתם י"ל לפי מה דאמר יד הקדש על העליונה לכן מספק הי' לנו לחזור ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' שע"ד ומ"מ צ"ע לדינא:

ג) ויכולין אלו השלשה להיות קרובים זל"ז. התומים הקשה דהר"י בן הרא"ש למד זה ממעשר וא"כ וכי נימא דהבעלים בעצמם יכולין לשום ונראה פשוט דלא יליף רק דלא נימא דשומא דין הוא ובעי ב"ד גמור אבל במאי דיש חשש משקר ודאי דלא נילף איסור מממון וקרובים אין בהם חשש ורק מגזה"כ פסולין:

ד) אבל אם היו נכסים ב"ח וטעו. המחבר השוה דין לוה ליתומים דפחות משתות מכרן קיים ורק גבי לוקח בטל בכל שהוא כמ"ש הה"מ הטעם כיון דהחוב עליו וכן על יתומים שהן כרעא דאביהם לא כן גבי לוקח שאין החוב עליו והתומים השיג על המחבר וכ' דדוקא גבי יתומים דהב"ד אביהם של היתומים ולא גבי לוה ולוקח ועיקר השגתו הוא דהא גם בחלוקת יתומים אמרינן דעד שתות חלוקתן קיימת וכי חיוב על היתומים אחד

נגד חבירו ע"כ ולכאורה הוא קושיא עצומה אכן עיינתי בהה"מ וראיתי דעיקר כונתו הוא דדוקא בלוקח דהוא בע"כ ולא לרצונו לכן בטל בכל שהוא אבל בלוה ויתומים אף דטורפין בע"כ מ"מ לא מיקרי בע"כ דהרי מחויבים לפרוע ולמכור (עיין נחה"מ ס"ק ד') ואין על הב"ד לעשות יותר ממנו ממה שהי' מוכר בעצמו וכי אם לא ימצא קונים וימכור בפחות יבטל ועד שתות אין דרך להקפיד כי הוא דבר המצוי לטעות וא"כ לעולם יתבטל מעשה הב"ד לכן מכירתן קיימת וזה ברור בכונת הה"מ וא"כ בחלוקת יתומים שהוא לטובתן והוי לרצונם כ"ש דחלוקתן קיים ולק"מ:

ה) אם החוב דבר מועט שלא יגיע למלוה חלק וכו' ואומר המלוה ללוה או מכור לי שיעור הראוי או פרע לי הדין עמו (זה מלשין בעה"ת) ואם אין המלוה רוצה לקנות ואומר פרע לי הדין עמו (זה מדברי הרשב"א). הב"י כ' להשוות דעת הבעה"ת עם הרשב"א דאף בעה"ח מודה דאין המלוה צריך ליתן הברירה להלוה והש"ך ס"ק ב' מסביר טעם הדבר דע"כ טעם הבעה"ת הוא משום דהוי כגוד או אגוד א"כ אף באינו רוצה לקנות רק אומר מכור לאחרים הוי נמי גוד או אגוד דמה לך שאקנה אני או אחרים ע"כ ולי צ"ע דודאי איירי בשמו אותה יותר ממה שאחרים רוצין לקנות וא"כ מאי גוא"א יש כאן דהרי המלוה מוכרח ליתן כפי השומא כבסעיף א' וע"כ אומר המלוה אגוד כפי השומא ואיך ימכור אותה לאחרים ולא יקח בעדה כ"כ ויהי' ההפסד שייך למלוה ובזה נתרצה הלוה ואפשר דזה כונת הש"ך דכ' די"ל בעה"ת איירי באין מוצאין מי שיקח ור"ל ה"ה אם אין מוצאין מי שיקח כפי השומא ואז ע"כ צ"ל גוד או אגוד ומ"ש דהרשב"א איירי במוצא מי שיקח ולכאורה למה הוצרך לומר דיכול לומר פרע לי פשיטא דאם מוצאין מי שיקח אין המלוה מחויב לקחתה אך ר"ל אף דעכשיו אין מי שיקח אם מתן שיעור הראוי יהי' קונים וצ"ע לפ"ז באם המלוה אין רוצה ליתן בהנשאר כפי ששמו לו אותו מיעוט מה נעשה והלוה אומר אין לי למכור בפחות מן השומא ומלשון הרשב"א ודאי משמע דאף באין רוצה ליתן כפי השומא יכול לומר תן לי מעותי ואיני רוצה לקנות יותר וכן הוא מסברא דא"כ תוב של ה' זהובים והוא רביע משיעור הראוי יצטרך המלוה ליתן בעד הנשאר ט"ו זהובים ואחרים אולי אין רוצים ליתן בעד הכל סך ט"ו זהובים וצע"ג על הב"י והש"ך שלא בארו לנו חלוקים אלו:

ו) וי"א שאם עבר הזמן שקבע לפרוע או שהוא משכונה מוחזקת יכול למוכרה. הש"ך ס"ק ט' כ' דעיקר כדיעה הא' דמשמע כן בפסחים (ד' ל"א) ע"כ והתומים תמה דאדרבה שם משמע כדיעה השני' והיינו דדיעה השני' דייקו ממה דפליגו שם אביי ורבא דאביי אית לי' למפרע הוא גובה וע"כ לא פליג רבא רק דאינו גובה למפרע אבל מ"מ מכאן

ולהבא דהיינו בכלות הזמן הוא שלו לענין אקדשה או מכרה ורק דיעה הא' תירצו דשם איירי במשכונה מוחזקת וא"כ נהי דקושיא אין כאן אבל מ"מ ראי' אין כאן דשמא בסתם שעבוד איירי ע"כ ולדעתי דברי הש"ך ברורים והנה גם במה שהקשה הסמ"ע במ"ש המחבר או שהוא משכונה מוחזקת וכי במשכונא לא איירי בהגיע הזמן מתרץ התומים דכונת הש"ע דמשכונה הכל מודים דיכול למוכרה וכמ"ש דהם מתרצים סוגיא דפסחים דאיירי במשכונה מוחזקת ע"כ ולפענ"ד בממכ"ת לא ירד לדקדק דהרי הטור סיים והרמב"ן כ' דבכל ענין אין יכול למוכרה בלא ב"ד וחולק על שני הדיעות שבבעה"ת ויש כאן שלשה דיעות ונראה דכונת הש"ע הוא ג"כ כן ור"ל די"א דאם עבר זמנו וי"א רק במשכונה וכו' ודיעה הא' ס"ל דאף במשכונה אין יכול למוכרה וע"כ לא הוצרכו דיעה השני' שבבעה"ת לומר דשם איירי במשכונה משום דהם ג"כ פירשו דמאי דאמר רבא מכאן ולהבא ר"ל בכלות הזמן אבל הרמב"ן והוא דיעה א' בש"ע מפרשי כפשוטו מכאן ולהבא ר"ל מעת הגבי' הוא שלו וכן משמע בהדיא שם ברש"י ועת הגבי' היינו מעת שהורידוהו הב"ד ואדרבה גם הגד"ת הקשה דהרי בתחילה לא איירי במשכונא וא"כ דברי הש"ך ברורים והתומים שהקשה עליו הי' סבור דבמשכונה הכל מודים ולכן הלך לשיטתו ודו"ק ועיין ס"ק שאמ"ז:

ז) יכול למוכרה. התומים כ' דלפי פשוטו משמע דאיירי בלא שומא והכרזה וחמה ע"ז ופי' דמכרה ואח"כ עשו שומא ומל המכירה למפרע ומה דקשה מפ' המפקיד דאמר דלא אכל פירי עד דשלמו יומי אכרזתא דחק התומים בזה מאוד אכן הב"מ פירש דעשו שומא והכרזה רק הב"ד לא החליטו לו וירד בלא רשות ב"ד ודבריו נכונים יותר לכאורה וכן בס' תפארת שמואל על הטור כ' במ"ש הרמב"ן דלעולם אין יכול למוכרה כ' וז"ל דרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה משום דאלו הוי לי' זוזי יכול לסלקו וזה אף אחר ששמו קודם המלטה כ"כ הבעה"ת עכ"ל משמע דדיעה הראשונה שבבעה"ת איירי קודם המלטה ואמר השומא וזה כמ"ש הב"מ אכן לכאורה לא הבנתי דאיך דייקו מרבא דאמר מכאן ולהבא דיכול למוכרה דאם הפירוש מכאן ולהבא מכלות הזמן נידוק דאף קודם השומא ואם פירשו דאיירי בשומא וא"כ ע"כ אין ר"ל מיד בכלות הזמן א"כ דילמא אף בהחלטה איירי וצע"ג אך אפשר דקשה להו על לשון מכאן ולהבא הוא גובה דאם כפרש"י וכהרמב"ן דמעת הגבי' הוא שלו לא שייך לשון הוא גובה דהרי ודאי גבה והי' לו לומר מעת הגבי' הוא שלו וע"כ דקודם שגבוהו הוא גובה אם רוצה וצ"ע ואין לפני הבעה"מ לעיין בו: ח) אם נהגו שלא לירד ולמכור. הסמ"ע כאן ובסי' ס"א תמה על הרא"ש שדבריו סותרין זא"ז דלעיל משמע דאף בנהגו לירד אין לבטל דברי תורה

ולפענ"ד פשוט דלעיל לירד שלא ברשות ולעבור על לא מבוא אל ביתו לעבוט עבוטו בזה ודאי דלא מהני מנהג לעשות איסור אבל כאן איירי למכור בלא הכרזה דאין הכרזה רק לטובת הלוה ודאי דמהני תנאי ומצינו דלכרגא ולמזוני ולקבורה מזבינן בלא אכרזחא משום דחשו חכמים שלא ירצה להלות כ"ש המנה בפירוש וזה לא מיקרי עובר על דין תורה רק שלא יצטרך המלוה לקבל בשומא וגם שיאמין המלוה בלא הכרזה ודאי לא גרע ממה שמחייב עצמו לשלם כל הוצאות ומצינו מנהג זה בגמר' במחווזא דמכרו בלא הכרזה משום דקרי להו אכלו נכסי דאכרזתא ופשוט:

ט) ב"ד ששמו. עיין ש"ך ס"ק י"א הביא דברי הריטב"א דשומא לא הדרא מקטן אם גבו לו קרקע וכ' הש"ך דזה תלוי באם צריך לחזור ולהקנות דמאן דס"ל דאין צריך להקנות אף מקטן הדרא והמומים כ' דאפשר דכמו דמצינו במצרן דקטן א"צ להחזיר מטעם דלא שייך בקטן ועשית הישר והטוב וה"נ שומא דהדרא הוא משום ישר וטוב ולא שייך בקטן ולפענ"ד לא דמי דהרי קטן שקנה אין בו דין בן המיצר כלל ואף אמר שהגדיל אינו מחזיר ועיקר הישר והטוב הוא שלא יקנה ויקנה בן המיצר ולא שייך בקטן לכן אף אח"כ אינו מחזיר אבל כאן לכ"ע גבו לקטן מחזיר לאחר שהגדיל אף להריטב"א מכיון דצריך להחזיר א"כ להסוברין דלא בעי קנין חדש להלוה ע"כ דתקנו דאם יחזיר המעות הוא ברשותו כמו קודם א"כ אף קטן צריך להחזיר דאין בו קנין למפרע ודו"ק:

ו) ואם השביח הקרקע אינו נוטל הוצאתו. הסמ"ע ס"ק ט"ו מולק ע"ז דהמחבר פסק כן מפני ספק פלוגתא לכן א"צ להחזיר הוצאות והסמ"ע כ' דכיון דיש ספק א"צ להחזיר השדה עד שיתן לו כל הוצאותיו והתומים הקשה ג"כ על המחבר דלקמן במצרן פסק דמספק הלוקח נקרא מוחזק כיון דא"צ להחזיר רק משום עשיית ישר וטוב והנתה"מ כ' לתרץ דקרקע הזו הוא כמו משכון ומחולקים כמה הלוה עליו ואם המלוה אומר יותר משויו אינו נקרא מוחזק וא"י לומר לדידי שוה לי וא"כ בסי' קע"ה דהקרקע שוה אבל כאן דאינו שוה לא נקרא מוחזק ע"כ והוא דבר נאה ע"ד הפלפול אבל לאמת אין זה כלל דמיון למשכון והרי במשכון אם יטעון המלוה ספק אינו גובה ולמה יהי' מוחזק בסי' קע"ה וגם לדבריו דאף לשיטת המחבר בנתיקרה דס"ל דאינו נוטל רק כמו שגבה ונימא דאם השביח נוטל כיון דהשדה שוה והעיקר כהסמ"ע דכל ספק בתקנה אזלינן לקולא ואף דקצת אחרונים כתבו דארעא דלגוביינא קיימא אין המלוה נקרא מוחזק כיון דהלוה יכול לסלקו ובפרט אם הלוה א"צ קרן חדש וכ"ז אינו עיקר לדינא וכ"ז שאין מסלקין אותו כפי המגיע לו ארעא ברשותי' קיימא והרי יכול למוכרה ודו"ק:

יא) הגבה הלוה להמלוה מרצונו בלא ב"ד לא מהדרינן לי' התומים הקשה דהרא"ש דייק דללוקח שומא לא הדרא מההיא דפ' מי שהי' נשוי דזבן תרי קטינא דארעי באלפא זוזי וטרף ב"ח חדא בה' מאה ובא לטרוף השני' ואמר לו הלוקח אי נימא לך הראשונה באלפא שפיר ואי לא שקול אלפא זוזי וסבר רמי ב"ח דאין יכול הלוקח לומר לו כן ורבא פליג והרי בלא"ה שומא הדרא וע"כ דאין שומא הדר ללוקח והקשה התומים דילמא שם הלוקח עצמו נתן לו מרצונו לכן לא הדרא לפי דין דכאן ולדעתי לק"מ דודאי אם הב"ד לא שמו לי' וגם הלוה לא פסק עמו בכמה נותן לו א"כ עדיין לא נגמר הטירפא ואף דידוע דהלוקח נתן בעדה ה' מאה מ"מ ודאי דלא נאמר דזה הוי כפסק עמו והרי הלוקח רוצה בעדה אלף זוז וא"כ לא נתן עדיין ואם נפרש דנתן מרצונו כמ"ש התומים ע"כ צריך לפרש דפסק עמו וא"כ ע"כ דפסק בחמש מאה וא"כ איך אמר רבא אלפא יהיב אלפא שקיל והרי הלוקח עצמו החליט לו בעצמו בה' מאה ואיך יאמר אח"כ דיקבלה באלפא וע"כ צ"ל שלא נתן ברצון ושפיר דייק הרא"ש דשומא לא הדרא ללוקח ורבא דאמר אלפא יהיב ואלפא שקיל הוא משום דעדיין לא הי' שומא והחלטה כמ"ש הרא"ש וזה ברור:

יב) מרצונו בלא ב"ד. הש"ך ס"ק ט"ו הביא דהב"י דייק דכל היכי דאטרמי' להביאו לב"ד אף דנתרצה מיד שומא מיקרי והדר והש"ך השיג ע"ז דהרי קיי"ל בפ' הגוזל כרבא דאף דהטריחו לבוא לב"ד מ"מ אם שילם זכה בכפל עיי"ש ולא זכיתי להבין דבריו דמה ענין כפל לכאן דהתם אדרבה באם השומר הטריח את בעה"ב אז בעה"ב אין מקנה לו הכפל ובטירחה כזו דשילם מיד אף דאטרחי' לב"ד מקנה לו אבל כאן דהוא להיפך דאם הלוה אטרחי' הדין עם הלוה דשוחא הדרה ורק בנתן מרצונו הוי כמכר ואיכא מ"ד בש"ם דאף בלא אטרחי' כלל אמרינן דמשום כסופא הגבה לו והדר וא"כ אף דקיי"ל דבהגבהו מעצמו לא הדר היינו משום דלא גילה דעתו דמפני ההכרח נותן לו אבל ברק גילה דעתו דמשום דאין לו מעות מוכרח הוא ליתן שדהו למה יגרע כח הלוה משום דלא הטריחו לכן מהסברא נראה ודאי דברי הב"י נכונים כנלפע"ד וצ"ע:

יג) בלא ב"ד. בענין מ"ש הש"ע דאם קנו מידו שלא לסלקו שוב א"י לסלקו השיג השע"מ דא"צ קנין והוסיף עוד דאם בשעת הגבי' אמר המלוה עצמו שאין מקבל השדה רק ע"ד שלא יסלקו שוב אין יכול לסלקו כיון דירד אדעתא דארעא והביא ראי' מתלוי' וזבין דזביני' זבינא וכי גרע מה שהב"ר כופין מאם כופהו בעצמו עיי"ש והנה מה שמדמה זה לתלוי' וזבין אין זה דמיון כלל דשם הרי ע"ז כופהו שימכור לו ואמרינן דגמר ומקנה אבל כאן אין הב"ד כופין אותו רק משום דאין לו מעות ואדעתא דהכי מגבין לו הב"ד שאם יהי' לו מעות שיחזור לו השדה ומה שאומר המלוה דנחית אדעתא אין זה דברים

כלל דהרי אנו רואין דאדעתי' דזוזא נחית ואדעת זה מגבין הב"ד ויותר מזה הרי הש"מ כ' דאף בהגביהו הלוה עצמו מרצונו יוכל לסלקו ואף שהרמ"א לא פסק כן היינו משום דהגביהו מעצמו הוי כמכר אבל המלוה ודאי דאין הברירה בידו לומר דנחית אדעתא דארעא וזה פשוט ואך מ"ש דלא צריך קנין רק מחילה דאמר הלוה שלא יסלקו סגי זה לכאורה נכון בסברא אך מ"מ י"ל דאם נאמר דא"צ קנין חדש להלוה א"כ יש לו זכי' בגוף הקרקע אולי לא מהני המחילה בדיבור בעלמא ויש לעיין בזה:

יד) אבל אם היו כאן יורשין הרבה. עיין טו"ז מה שהקשה מפ' הגוזל ועיין מ"ש בזה לעיל סי' ל"ט:

טו) בעל בנכסי אשתו לוקח הוי. עיין סמ"ע וש"ך ס"ק י"ט דבשמו ממנה והש"ך כ' בחיי' מהדרינן לי' דלא הוי לוקח לפסידא דידי' והאחרונים לא הסכימו עמו דודאי בחיים לא הוי יורש ורק התומים כ' דבחיי' אין נ"מ דמחזירין לה ואישתמיט מיני' דברי הרשב"א הובא בש"מ שם בסוגיא דכ' כיון דמכרה זכותה לבעל לא שייך ישר וטוב וכן כ' הסמ"ע וכן משמע סתימת הש"ע ולאחר מיתתה כ' הש"ך הטעם דהוי ראוי ואין הבעל יורש בראוי וכ' הנתה"מ דלפ"ז יורשי' יכולין לפדותה עיי"ש והוא דבר חדש ומסברא נראה כיון דאם הי' הקרקע בידה הי' הבעל יורשה אין שייך ישר וטוב להחזיר ליורשי' ובודאי לפי דברי הרשב"א שהבאתי גם ליורשי' אין מחזירין כיון דכל זכותה מכרה לבעל כן נלפענ"ד: הרמב"ן כ' דשמו ממנה קודם שנשאה חיישינן לפסידא דמלוה ולא הוי פסידא דידי' ומ"ש הש"ך דרק מטעם אי אפשי הוי יורש אבל לעשותו יורש ולא לוקח לא מצינו כבר הבאתי בחידושי לאה"ע סי' צ' דברי הרשב"ם דלעולם היכי דהוי מתחילה לוקח שוב לא הוי יורש (קצת צ"ע משדי אחוזה) ולשיטת הרמב"ם בלא"ה ירושת הבעל דרבנן:

טז) וי"א דוקא כשמתה. הש"ך כ' דליכא מאן דסבר הכי דהא הרא"ש סובר דאף בחיים נקרא לוקח ומוציא הגוף מלקוחות ולי נראה ביותר דאף אם נאמר דבחיי' אין לו רק קנין פירות אין מהסברא דצריך להחזיר דמה לי דהוי לוקח לגוף או לפירות וא"צ תקנת אושא רק לאחר מיתה ומה שהאריך הקצה"ח דלא סבר הרא"ש דמהני תקנת אושא מחיים לגוף רק דאלמוהו כבר כתבתי בחי' לאה"ע סי' צ' וסי' צ"ב דאין נראה כן ועיין לקמן סי' קי"ב:

יז) היתה השומא בטעות וכו' ונמצא שהפקדון הי' ברשותו לא הוי שומא. הסמ"ע ס"ק כ"ט כ' דאם השומר ידע בפקדון והניח לעשות שומא אין השומר יכול לחזור והמפקיד יכול לחזור והנתה"מ הקשה מסי' רכ"ז דכל היכי דהמתאנה יכול לחזור אף המאנה יכול לחזור ותי' שלו לא הבנתי אכן יש לפרש בפשוט דהא דאין השומר יכול לחזור היינו

אחר שנתרצה הנפקד בהשומא אף אם ימצא החפץ ומ"ש והמפקיד חוזר היינו בלא גילה דעתו ואז אמת דשניהם יכולין לחזור רק קמ"ל דהברירה ביד המפקיד:

סימן קד

א) כל מי שקדם וכו' קודם לגבות בין בקרקע בין במטלטלין. עיין סמ"ע שכל הפוסקים חולקין ע"ז וס"ל דאין דין קדימה במטלטלין והקצה"ח הקשה עליו מהא דאמרינן בפ"ב דערכין אמר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי ולא הי' בידו רק ה' סלעים ונתן ד' לראשונה וא' לשני' ידי הראשונה לא יצא כיון דהי' בידו ה' סלעים והתוס' פירשו דאיירי במטלטלין וא"כ אמאי לא יצא ידי הראשונה הרי אין דין קדימה במטלטלין א"כ הי' שייך חצי לשני' אלא ע"כ דאף במטלטלין שייך קדימה עיי"ש ולדעתי לק"מ דלפי דבריו תקשה ביותר בהא דבעי התם הביאו הקצה"ח הי' בידו חמש סלעים ואמר שני ערכי עלי בב"א מהו כיון דבב"א נדר שניהם תפסו יהיב תרתי ופלגא להאי וכן לשני' א"ד כולה חזיא להאי ולהאי תיקו ע"כ וקשה דהא החם ודאי דאין דין קדימה ואף בקרקע וא"כ למה לא יצא ידי שתיהן ואך נראה דשא"ה דהנה בהא דאמרינן ד' לשני' ואחת לראשונה יצא דאיך יצא ידי ראשונה הא בשעה שנדר הי' בידו ה' סלעים ותי' דכיון שבשעה שהעריכו הכהן אין בידו אלא אחת שפיר יוצא ולכאורה משמע דאזלינן בתר שעת הערכה וקשה דא"כ למה יצא ידי השני' במה שנתן ד' הרי אז הי' בידו ה' וכמ"ש בש"ע לעיל סי' ק"א סעיף י' דבבא ב"ח שני מגבין לו הכל ואין לנו במה שנשתעבד לב"ת הקודם וע"כ צ"ל דבערוכין בתר תרווייהו אזלינן לקולא דאם בשעה שגרר הי' משועבד מקודם אין עליו שום חיוב והרי חזינן אף אם נחעשר א"צ ליתן אח"כ הרי דאין הנדר רק ליתן אם יש לו וזה לא מיקרי יש לו וכן אם בשעת הערכה אין לו פטור והא דבנתן ד' לראשונה לא יצא היינו משום דבין בשעת הנדר בין בשעת הערכה הי' בידו ה' סלעים ובעי בשני ערכי בב"א כיון דיש לו בשעת הנדר וחזיין להאי ולהאי ופשוט וא"כ לק"מ קושיית הקצה"ח דבנתן לראשונה ד' לא יצא הרי הטעם משום דהי' בידו בשעת הנדר ובשעת הערכה לא מהני שהוא משועבד גם לשני' אבל בבע"ח דלעולם חייב לשניהם וכ"ז שלא יפרע להם עומד החיוב עליו בין המוקדם בין המאוחר שפיר במטלטלין דאין קדימה חולקין דגם להשני נתחייב ופשוט וגם מה שהקשה הקצה"ח על הר"ן דס"ל דאין קדימה למלוה ע"פ והקשה מערוכין דמבואר דיש דין קדימה לראשונה ולפי הנ"ל פשוט דלק"מ כמ"ש דהתם לא נתחייב כלל לשני' רק כאשר תשיג ולראשונה נתחייב כיון דהי' בידו וק"ל, ובזה נראה לפרש דברי הרמב"ם המובא בקצה"ח סי' פ"ג שכ' נתן ד' לשני' וא' לראשונה יצא שהערוכין לאו כתובות נינהו והקדש מאוחר שקדם וגבה מה שגבה

גבה והלח"מ הקשה שם דהא בערוכין דייק ש"מ ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה משמע דדמי לשאר חוב והקצה"ח כ' דהכא איירי בדבר שיש בו דין קדימה כמו קרקע דבשאר ב"ח לא גבה וכמו
שכתבו התוס' דהכא שאני דהכל להקדש וע"כ הא דדייק ב"ח מאוחר ר"ל בהקדש וכ"ז דוחק עיי"ש ולי דברי התוס' צ"ע דהרי אין כונת הש"ס דאם לא נימא בב"ת מאוחר מה שגבה גבה יוציא ערכי הראשון מה שנתן לשני ורק כונת הש"ס הוא כיון דמה שגבה גבה א"כ אין לו ליתן ופטור אח"כ אם יתעשר וא"כ מאי כתבו דאין נ"מ כיון דהכל להקדש רק נראה דזה ג"כ כונת הרמב"ם דערוכין לאו כתובות נינהו שנאמר דנשאר חייב כשיהי' לו אח"כ רק דמה שגבה השני' גבה וא"כ אין לו ופטור והש"ס מיירי במטלטלין דב"ת מה שגבה גבה לכן אף בהקדש אין כאן חיוב יותר ופטור ודו"ק כי לא יכולתי יותר להאריך:
ב) אבל כשבא לגבות מטלטלין. השט"מ הביא דברי מהרשד"ם בבעלי חובות שעקלו נכסי הלוה שהם ביד אחר ובא ב"ת אחד ותפסם ופסק דלא מהני דהא תפס בחזקת כולם והשע"מ השיג עליו ודחה ראייתו ולפענ"ד צ"ע כי נראה דנשתעבד לכל אחד כפי חלקו מדר"נ ועיין מ"ש לקמן סי' ק"ה וצ"ע לדינא: ג) כשבא לגבות מטלטלין. הקצה"ח הביא דברי הרדב"ז במי שנתנו לו רשות לצאת מן התפיסה פעם אחת בשנה דאין לו להמתין על מצוה חמורה שיוכל אח"כ לקיים רק יצא מיד לקיים איזה מצוה דאין מעבירין על המצות והח"צ חולק עליו דהרי במנחות (ד' מ"ט) בעי' הש"ס ציבור שאין להם רק שה אחד אם יקריבו למוספין דהאידנא משים דמקודש עדיף או יקריבו אותו לתמיד של מחר משום דתדיר קודם ואי כסברת הרדב"ז אף אם תדיר קודם מ"מ יקריבו אותו מיד משום דאין מעבירין אלא ע"כ דאין שייך אין מעבירין רק כששניהם שוין ע"כ והקצה"ח דתה דבריו דהרי לפירוש אחד ברש"י ותוס' לכן נקרא מוספין מקודש משום דזמנו האידנא וזה הוא כשאלת הרדב"ז אי אין מעבירין קודם או ימתין על תדיר וה"ה מצוה תמורה ופסק שם הרמב"ם דיעשה כמו שירצה אף דתדיר עדיף וא"כ שפיר פסק הרדב"ז דאין לחוש למצוה תמורה כמו דא"צ לחוש לתדיר אף דתמורה ע"כ. ונראה דהנה בזבחים (ד' צ"א) בעי שתטי' לשאינו תדיר מהו שימרס בדמו ויקריב לתדיר א"ד כיון דשחטי' מקריב לי' וסובר הרמב"ם דנפשטא האיבעיא וכיון דשחטי' מקריב לי' הרי דאין מעבירין עדיף מתדיר וזה לכאורה כהרדב"ז ולכאורה הי' אפשר לומר דשחטי' עדיף מאין מעבירין דהוי זלזול אם לא יקריב אבל בסתם תדיר קודם דז"א דהרי שם בעי למפשט מהא דאמרינן ברכת היין קודם דתדיר קודם אף שכבר קידש היום ועדיין יין לא בא ודחי כיון דכבר בא היין (דאין קידוש אלא ביין ואז היין לפניו ג"כ) כמאן דשחוטי תרווייהו דמי ולפי

המסקנא דנפשטא האיבעיא ע"כ דקאי הך דחוי' הרי רק מטעם דאתיין תרווייהו תדיר קודם אבל בלא"ה אין מעבירין קודם ואך לכאורה הוא סותר להך דמנחות דקיי"ל דעביד מה שירצה (וכ"ש אי נימא דשחטי' עדיף א"כ משמע דבלא"ה תדיר קודם) ואך נראה דיש לחלק דהיכי דודאי יקריב לתדיר ואין ספק רק בקדימה אם אין מעבירין קודם לתדיר אבל במנחות דאין להם רק שה אחד שפיר יקריב איזה שירצה ואך אם נימא דשם האיבעיא במקודש משמע דדוקא מקודש ואין מעבירין דמי לתדיר ומזה משמע כהח"צ. ובזה שכתבתי יתישב קושיית התוס' דבזבחים שם סוף (ד' צ' ע"ב) בעי ג"כ תדיר ומקודש (ושם ע"כ צריך לפרש מקודש היינו תמור עיי"ש ולא כמו שפירשו במנחות דזמנו מיד) ולא הביא בש"ס לפשוט כמו שהביא במנחות וגם במנחות לא הביא הך דזבחים ולפמ"ש בזבחים דאירי ביקריב שניהם ול"ד להך דמנחות עיי"ש ודו"ק ואך בעיקר דינו של הרדב"ז מ"ש הקצה"ח מהא דמקריב איזו שירצה והרדב"ז כ' דדוקא יצא מיד וגם לדינא נראה דהנכון עם הרדב"ז מטעמים אחרים דאולי יתבטל הגזירה ויקיים גם מצוה החמורה וגם יש עוד איזה סברות ומצאתי שכבר דיבר מזה בהת"צ ועיקר הענין הארכתי הרבה בזה בתי' לאו"ח ה' תפילין ורק זה כתבתי הרבה שנים מקודם ולא זזה ממקומה והנתתיו:

ד) במטלטלין וכו' קדם המאוחר וגבה וכו' עמד הראשון ותופסן המאוחר שקדם מוציא אותם מידו. השע"מ כ' דאם המאוחר תפס מטלטלין בלא גבי' דק מעצמו מהני אח"כ תפיסת הראשון כיון דלא זכה בהם המאוחר רק למשכון ע"כ ואין נ"ל וכבר כ' הקצה"ח והסכים עמו הנתה"מ דאף בלא שומא מהני מה שתפס המאוחר וגם אין סברא לחלק בין תפס לגבי' או למשכון ואף דהשע"מ הביא ראי' מאה"ע סי' ק"ב בהגהה די"א דאם לא הניח רק מטלטלין דנותנין לב"ת ואף אם תפסה מוציאין מידה והרי הטעם דנותנין לב"ת הוא משום דיותר ממה שאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא והקשו הקדמונים וכי משום זה הפקיעו דינה ותירצו כיון דאחר הגבי' לא יהי' גזל בידו ואם נאמר דתפיסה מהני וא"כ כבר זכתה וא"כ יהי' גזל ביד הב"ח ואיך מוציאין מידה אלא ע"כ כיון דלא תפסה רק למשכון לא זכתה ולכאורה הוא קושיא גדולה על הקצה"ח ונחה"מ וצ"ל דשם דבמטלטלין דאין משועבד לכתובה דק מתקנת הגאונים וא"כ כיון דאף במקום דיכולה לגבות לב"ת יהבינן בכה"ג לא תקנו הגאונים ועוד יש לחלק ולדינא העיקר כהקצה"ח ונתה"מ:

ה) מיהו אם תפס שטרות לא הוי כתפס הממון. עיין סמ"ע כ' דהרי גוף השעבוד אצל המלוה וגם אם ירצה יכול למחול והש"ך ס"ק ט' חולק עליו דהא כיון דמשתעבד מדר"נ

אין יכול למחול ולא אבין דהרי דברי הסמ"ע ברורים דתפיסת שטר לא מהני דהא מצי מחל ואי משום שעבודא דר"נ הא משועבד להשני ולא קנה השעבוד בתפיסת השטר:
ו) שעבד לו מטלטלי אג"ק. עיין סמ"ע וש"ך ס"ק י"ג ויען יש לי בזה עיון גדול אשיתה קצת לעורר המעיין אף כי לא יכולתי לברר כראוי הנה בכתב לשניהם דאקני וקנה אחר שתי ההלואות הדין דיחלוקו יש לעיין בטוען המוקדם שהי' בידו קודם שהלוה הוא ושייך הכל לו משמע מהסמ"ע דיחלוקו דהא בס"ק ט"ו הקשה דבסי' קי"ג בדין דלוה ולוה וקנה ביני ביני דאמרינן דבתפסן השני מוציאין ולמה הוצרך לומר דכתב דאקני וקנה ביני ביני הי' לו לומר דהיו המטלטלין קודם שלוה מהראשון ותי' דה"ט שלא יוכל השני לומר שקנה אחר הלואתך מ"ה רגילין לכתוב דאקני ואף דעדיין לא יצא מחשש שיאמר אחר הלואת שנינו קנה וא"כ יחלוקו מ"מ מה דאפשר לתקן מתקן הרי דפשוט בעיניו דהיכי דלא אפשר לברר חולקין שניהם כיון דהוי בספק אימת קנה וקשה למה לא יהי' בזה הדין דשנים אוחזין וזה טוען כולה שלי וזה טוען חצי' שלי דהדין דזה נוטל ג' חלקים וזה רביע ויותר יש לומר בזה דזה נוטל הכל דהרי התוס' ריש ב"מ הקשו דנימא אין ספק מוציא מידי ודאי כמו ספק ויבם בנכסי סבא ותי' דהתם היבם הוא ודאי יורש ולא יוציא הספק מספק ממונו אבל הכא אין סברא מה שהוא ודאי בחצי שיועיל לו לחצי השני והתומים קיהה בזה וכ' דלא הבין סברתם ולי פשוט דהתם ירושה ממילא קאתיא בלא קנין רק דהוי יורש ולולי הספק הי' יורש הכל לכן אין ספק מוציא מידי ודאי אבל היכי דצריך קנין אם עשה קנין בחצי אין הוא ודאי בחצי השני ולפ"ז כאן ל"מ לסברת המחבר בסעיף ו' דבקדם וגבה זכה הרי דלא ס"ל דנשתעבדו לזה חצי ולזה חצי רק הכל נשתעבד לשניהם וא"כ זה הוא הדין דספק ויבם דלולי השני הי' גובה הכל ואין ספק מוציא מידי ודאי א"כ הכל לראשון ואף להש"ך דמוציאין מידו אם תפס מ"מ נראה ג"כ דס"ל דנשתעבד לכ"א הכל דהרי כ' דלא מיקרי גבה בגבה מעצמו אבל בגבה בב"ד מודה דמה שגבה גבה וא"כ נאמר דהכל לראשון (אמת שאני נבוך במ"ש התומים דשייך בזה אין ספק מוציא מידי ודאי דאולי לא אמרינן כן רק היכי דיש לו קנין גמור אבל כאן בשעבוד דמ"מ גם להשני יש שעבוד אולי לא נאמר בזה אין ספק וכו' וצ"ע) וגם בתומים ס"ק ראיתי דהביא תי' לקושיית התוס' היינו דהריטב"א מתרץ כיון דמפס אנן סהדי דאית לי' חלק ועוד תי' דכיון דיכול לטעון כולה שלי ומשום דטוען אמת אין להפסידו ולפי תרוצים אלו ג"כ יהי' לפענ"ד דשייך הכל להראשון דהכאי אין יכול לטעון כולה שלי גם לא תפס אכן התומים הביא עוד תי' אחד דשם בספק ויבם שניהם טוענין ספק אבל באוחזין טוענין ברי ולפ"ז הי' אפשר קצת לומר דבנידון דידן יהי' ג"כ הדין

דב' אוחזין אך המעיין בש"מ שכ' תי' זה בשם תלמידי הר"פ ואין ודאי שכונתו למ"ש התומים ובל"ז כל הפוסקים לא כתבו כן וא"כ צ"ע ואדרבה הי' נראה דכאן דאחר הגבי' לא יהי' גזל בידו יותר יש ליתן לו, אמת שלא הבנתי למה הוצרך הסמ"ע לזה דהי' יכול לומר דלכן כותבין דאקני במטלטלין כדי שלא יוכל השני לתפוס ויאמר שקנה אח"כ ואם יתפוס ודאי דאין מוציאין מידו. וכן יש לעיין בכ' לשניהם דאקני והראשון טוען שקנה ביני ביני והכל שלו והשני טוען שקנה אח"כ ויחלוקו לכאורה ג"כ שייך בזה אין ספק מוציא מידי ודאי רק יש לעיין דכיון דאף אם קנה ביני ביני יש לו להשני קנין דאורייתא ולהראשון רק קנין דרבנן כמ"ש הפוסקים דאקני לא נשתעבד רק דרבנן וקצת כתבו דהיכי דיש לאחד ספק קנין דאורייתא ולהשני ספק קנין דרבנן נותנין לזה שיש לו ספק קנין דאורייתא (אף דכתבתי במ"א דלא אמרינן כן רק בספק בתקנה כמו במצרנות) וכאן דמדין ודאי בחצי אייתינן עלה אולי לא תיקנו בזה ובפרט לפי דעת הסמ"ע הרי הכל להשני ויש לעיין בזה:

עוד דין ג' בלא כ' לשניהם דאקני והראשון טוען שקנה קודם הלואתו והשני טוען שקנה אחר הלואת שניהם ויחלוקו אם נאמר גם בזה אין ספק מוציא מידי ודאי אך יש לעיין דכבר כתבתי תי' א' בשם התומים דהיכי דהי' יכול לטעון כולה שלו לא אמרינן אין ספק וכו' וא"כ לדעת הסמ"ע דבקנה ביני ביני שייך להשני א"כ יש לו מיגו וצ"ע. דין ד' היכי דלהראשון לא כ' דאקני ולהשני כ' דאקני והשני טוען שקנה אח"כ לפי מ"ש הבעה"ת והב"ה והסכים כן התומים דשייך הכל לשני והראשון טוען שקנה ביני ביני ויחלוקו אם נאמר דשייך הכל לשני אך כבר כתבתי דביש לו מיגו לא נאמר כן לתי' אחד א"כ הכא יש לו מיגו דקנה קודם הלואת הראשון גם יש לעיין אי דאקני לא הוי רק דרבנן וצ"ע בכ"ז ולא מצאתי לא' שיתעורר בזה הן בדין דאין ספק מוציא מידי ודאי הן באם יש עכ"פ לומר זה נוטל שלשה חלקים ואך אף דכבר העיר בתומים בענין אין ספק מוציא מידי ודאי בשעבוד מ"מ י"ל דאולי הפוסקים ס"ל כיון דאחר הגבי' לא יהי' גזל בידו לעולם יחלוקו וצ"ע ועיין ס"ק ח':

ז) אם קנאם אחר שלוה מב"ח הרבה אע"פ ששעבד לכ"א מה שעתיד לקנות כל הקודם וגבה זכה. הש"ך ס"ק י"ד השיג על מ"ש הב"י דאף גבה מעצמו והקשה דהא קיי"ל דב"ח גובה מלוקח חצי השבח והיינו דהשבח הוי כלוה ולוה וקנה דיחלוקו וקשה דהא הלוקח כבר גבה אלא ע"כ כיון דלא גבה ע"י ב"ד לא מיקרי גבה והתומים כ' לתרץ קושיא זו וכ' דבלא"ה קשה לפי מ"ש הנ"י דלכך בלוה ולוה וקנה דיחלוקו הוא משום דמספקא לן בדינא וא"כ קשה הא לוקח תפס ובספק פשיטא דמהני תפיסה גם קשה למה רק מלוקח

גובה השבח משום דכתב לו אנא איקום וכו' אבל מן מקבל מתנה לא גבה הרי כיון דכתב לו דאקני הרי משועבד לו השבח ויגבה גם ממקבל מתנה אלא ע"כ דודאי מהני תפיסה רק הלוקח בטל תפיסתו כיון דהמוכר כתב לו אנא איקום וסבר וקבל ע"כ וכל דבריו אינם נוחין לי מה שהקשה דיועיל תפיסתו מספק לא אבין דכי מועיל תפיסה בקרקע ורק הב"י מדין גבי' אתי עלה כיון דאין בהם דין קדימה מהני גביי' שלו ולא מטעם קים לי גם מ"ש דהרי לא יחלוקו רק מספק ויהני תפיסה והרי כל הספק הוא אם חזר מהראשון או לא הוי חזרה וזה לא שייך בלוקח כלל דלא שייך כן רק בשני מלוין אבל מה שכ' ללוקח אנא אשפי שבחיהון לא הדר כלל מראשון ואיך יתפוס מספק שמא חזר ומה שהקשה למה לא גבה ממקבל מתנה לא הבנתי כלל דהרי הטעם דאינו גובה הוא משום דמה לו אצל המקבל כמו שכ' רש"י דיכול לומר אנא אשבחי רק בלוקח מטעם תקנת חכמים גובה משום דאין לו פסידא גם מ"ש לתרץ דהלוקח עצמו מחל וביטל תפיסתו מכח דכ' לו המוכר אנא איקום חוץ ממה שיש לעיין אי לא יכול לחזור כיון דכתב קודם שבא לעולם ואך דא"כ יקשה להיפוך למה אין ב"ת גובה כל השבת ועוד דאיך דייקו הרא"ש והני' דלוה ולוה וקנה יחלוקו הא שם שאני משום דהלוקח לית לי' פסידא וביטל ומחל אבל מנ"ל דכל מוקדם גובה חצי השבת וע"כ צ"ל דודאי אין הלוקח שוטה שיתרצה שיטרוף ממנו הב"ח והוא יחזור אחר המוכר וכל דלא מהני מדינא אף דמוכר כותב לו אחריות זה רק לטובת הלוקח רק כונת הש"ס כיון דראו חכמים שכך כותב לו עשו כאלו הקרקע עדיין ברשות המוכר כמ"ש הקדמונים וחולקין וע"ז הקשה הש"ך דמ"מ הלוקח תפס ואין מקום לתי' התומים אך ודאי דאין קושיא כ"כ דהרי כ' הרא"ש דמשום נ"ד תקנו שיהא כאלו נשבח ביד המוכר א"כ תקנו שיהא כאלו הוא לגמרי ברשות המוכר וכאלו לא תפס הלוקח כלל ואין קושיא על תקנה עיין סי' צ' ושאני שני ב"ח דהרי אף מאוחר שגבה גבה והסבירו התוס' בכתובות דמה שאמרו מה שגבה היינו אף דנשתעבד לראשון עדיף ב"ח שני מטעם דגבי מאוחר נמי שייך נ"ד או כיון דמוקדם הוא ימצא במקום אחר ונהי דלא קיי"ל כן בדבר שיש בו דין קדימה רק בקנה אח"כ אבל גבי לוקח כיון דרצו לתקן שיטרוף הוצרכו לתקן דמה שגבה הלוקח לא גבה וזה ברור:

ח) לוה וכו'. הש"ך ס"ק ט"ו הביא דברי ב"ה דאם לראשון לא כ' דאקני ולהשני כתב דאקני וקנה אח"כ גובה השני והש"ך חולק וסובר דיחלוקו ויפה הכריע בתומים דאם מלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדמת א"כ זה שכ' לו דאקני הוי מלוה בשטר והוא קודם ועוד כ' שם דאם לראשון כתב דאקני ולהשני לא כתב אפי' להסוברים דאין קדימה למלוה בשטר מ"מ לפי הסוברים דלהכי בכתב לשניהם דאקני חולקין משום

דחזר מראשון וכאן דלא כ' לשני א"כ אין כאן חזרה וכל דבריו נכונים אך אח"כ כ' דלדינא בלא"ה כיון דיש ספק פלוגתא בפוסקים והכל מודים דעכ"פ מגיע לזה דכתב דאקני חצי א"כ הוא ודאי והשני ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי כמו ספק ויבם ואף דהתוס' ריש ב"מ כתבו דאין סברא דלפי שהוא ודאי בחצי יועיל לו לחצי השני אין דבריהם מובנים עיי"ש וכבר כתבתי בס"ק ו' שדברי התוס' ודאי מסתברים בלי שום פקפוק וגם כתבתי דיש לעיין בשעבוד אי שייך אין ספק מוציא מידי ודאי ואך כאן אוסיף דודאי בפלוגתא דרבוותא אם באנו לומר אין ספק מוציא מידי ודאי יעורר עלינו חדשות בכל סי' וסימן בש"ע וע"כ דלא נאמר כן בספק פלוגתא. עיי"ש בתומים כ' דצ"ע אי משכחת דלא כ' דאקני הא גם בדאקני אמרינן אחריות ט"ס רק בהתנה שלא יחול וא"כ אין מקום למה שכ' הש"ך עיי"ש והנה בכתב מקצת אחריות לא אמרינן דאקני ט"ס גם לפי' הש"ך סי' קי"ב דאקני רק ט"ס ולא טעות מוכר א"כ משכחת בהודה או יש עדים דלא התנו אף דקצת יש לעיין בכ' מקצת אחריות אם לא נאמר דהוי כהתנה שלא יחול מ"מ אין הסברא כן:

ט) היו עליו ב"ח הרבה כולם ביום א' וכו' אין בהם דין קדימה. הש"ך ס"ק י"ז הקשה לפי דעת המחבר סעיף י"ג דמלוה ע"פ קודמת קודם למלוה בשטר האיך פסק דאין בהם דין קדימה ר"ל דהי' לעשות שודא והתומים חי' דכיון דשטרי הלואה שטרי ראי' הן א"כ ע"ת כרתי ולא זכיתי להבין דבריו דלענין מלוה ע"פ אין נ"מ בעדי חתימה דמ"מ ספק שמא שייך לאחד ואך תי' אחרון שלו עיקר דכיון דמה שגבה גבה ואין גזל בידו יחלוקו ודוקא היכי דהוא גזל ביד השני ואם יחלוקו יהי' גזל ודאי שודא עדיף שמא יבוא ליד מי שהוא שלו והוא משמעות הסוגיא וגם י"ל דכיון דשעבוד לא הוי הקנאה לגמרי וכשיפרע לאחד יגבה השני א"כ לשניהם נשתעבד לכן חלוקה עדיפא ויש בזה לפרש דברי הרי"ף שכ' שאני שעבוד. שוב מצאתי כן בחי' רע"א מס' כתובות מערכה י"ד ובחי' הרי"ם פי' דזה הוא דאמרו בגמר' דהוי דרא דממונא היינו דיש לשניהם שעבוד וקצרתי:

י) נוטלין מאה מאה. הקצה"ח ס"ק י"ד הביא דברי הב"ח דאם מכר סחורה והסחורה בעין הוא קודם לגבות ממנה והקשה דא"כ איך גובה ב"ת משבת לוקח וכבר כתבתי בס"ק ז' דשם כך תקנו עיי"ש ואינו ענין לדברי הב"ח שטעמו משום דע"ד כן לא נתן ועיין סי' ל"ט מ"ש:

יא) מי שהוציא ב' שט"ח שנעשו ביום א' גובה שניהם. עיין סמ"ע ס"ק למ"ד וש"ך ס"ק י"ט פירשו דלא חיישינן שמא כתבו שני שטרות על מנה אחת שני פעמים עיי"ש ותימה דמה ענין דין זה לכאן והי' לו לכותבו בה' הלואה או בסי' ר"מ גבי שני שטרות על מתנה

אחת ולולי דבריהם נראה פשוט דקמ"ל דגובה שני חלקים וקאי על סעיף י' דאמר דכל השטרות חולקין בשוה וקמ"ל דמי שיש לו שני שטרות גובה שני חלקים ולא חיישינן ששניהם נעשו על הלואה א' והיינו דאם יש לו שני שטרות ובכל אחד כתוב מאה נוטל שני חלקים ולא אמרינן דהלוהו מאתים בבת אחת וא"כ אין לו רק חלק אחד קמ"ל דמסתמא הלוהו שני פעמים והוא דלא כהתומים שהשיג בסעיף י' על הב"ח והש"ך שכתבו בסי' נ"ג דבהלואה אחת אינו גובה רק חלק אחד והתומים הביאו הנתה"מ ס"ק ח' כ' דאף חלק הלואה אחת לשני שטרות גובה שני חלקים דהא עיקר השעבוד הוא בשטר ולפמ"ש יתפרשו דברי הטו"מ שכתבו דלא חיישינן שנעשו על הלואה אחת משמע דהלואה אתת אינו גובה רק חלק אחד ומ"ש דעיקר השעבוד הוא בשטר י"ל דכיון דהטור ס"ל שעבודא דאורייתא א"כ עיקר השעבוד הוא ההלואה ואף דמתקנת חכמים מלוה ע"פ אין גובה מ"מ כיון דיש שטר הדרן לדינא דש"ד א"כ אין שום סברא לחלק בין נכתב מאתים בשטר אחד או בשני שטרות ואך לפ"ז הוא ג"כ דלא כהב"ח דהרי הב"ח ס"ל דבשני שטרות אינו גובה רק חלק אחד והביא ראי' מב"ב דמשמע דברצון הלוה עושין לו שני שטרות משטר אחד וניחוש דיגבה ב' חלקים וצ"ל כמ"ש הש"ך דכותבין בו שהוא משטר אחד או כמ"ש התומים דאין לחוש לזה כיון דלא יהי' גזל בידו דמה שגבה גבה ועיין תומים הביא מחלוקת אחרונים בזה עיי"ש:

יב) אין ב"ח נוטל בראוי. הש"ך כ' דהוא פלוגתא אי ב"ת נוטל בראוי והוי סד"ד ורק כאן בדין זה בלא"ה יכולין לומר מאבי אבא קאתינן והתומים הקשה מהא דאמר בפ' יש בכור וכולן אין נוטלין בראוי ופי' הש"ס לאתויי ירושה שנפל מאבי אביו דה"א כיון דודאי יורשו לא הוי ראוי והקשה הא בלא"ה יכול לומר מאבי אבא קאתינא והנה כבר דיבר מזה הרמב"ן וקאמר דלא קאי. על ולא האשה בכתובה דפשוט הוא רק קאי על בכור ורק התומים הקשה דאף בבכור הא יאמרו הפשוטים מאבי אבא קאתינן עיי"ש ולא הבנתי כלל דהרי בסוף מי שמת בסוגיא שם בבן בכור קאמר ג"כ מאבי אבא קאתינא ובמקום אב קאימנא הרי דבן של בכור דמוכרת לבוא מכת אביו ומ"מ דוחה את הלוקח שבא מכת אבי אביו ונוטל גם חלק בכורה וא"כ כ"ש דהבכור יכול לומר דנוטל מאבי אביו ומ"מ בא מכח אביו ונוטל חלק בכורה וע"כ צ"ל משום ראוי ופשוט:

עוד הקשה התומים להסוברין דב"ח נוטל בראוי דבפ' יש נוחלין דקאמר גבי מלוה לענין בכור דאמר ר"נ גבו מעות יש לו לבכור פ"ש דזה הלוה אביו גבו קרקע אין לו ופריך והא אמר ר"נ ביתומים שגבו קרקע בחובת אביהן ב"ח חוזר וגובה אותה מהן הרי דהוי כבא לרשות אביהם והקשה התומים דילמא ב"ת שאני דנוטל בראוי לכן חוזר וגובה אבל

בכור הא אינו נוטל בראוי ע"כ והמעיין יראה דלק"מ דהא בבכור דמחלק ר"נ בין גבו קרקע לגבו מעות הוא משום דמעות חשבינן כאלו הן אותן שלוה אביהם כיון דמחזיר המעות עצמן אבל קרקע כיון דאין זה מה שהלוה הוי ראוי אבל בב"ח הוי איפכא דמעות אין יכול לגבות דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי אבל בקרקע הוי כאלו אביהם גבה ולא הוי כיתמי שקנו קרקע וא"כ פריך הש"ס דמה בגבו יתמי מעות אין ב"ח גובה כ"ש בקרקע דגבי בכור אמרינן דאין זה מה שהלוה אביהן וא"כ איך יגבהו הב"ח הא אין זה שהלוה אביהן והוי כקנו קרקע והוי כהמעות עצמן ועיקר קושיית הש"ס דכיון דבבכור גרע ממעות א"כ אין זה שהלוה אביהן רק יתמי קנו בחליפי המעות ופשוט:

והנה החילוק בין טעם דב"ח אין גובה משום ראוי או משום דיאמרו מאביהו דאבא קאתינן הביא הש"ך בשם הג"א דנ"מ היכי דנפלו לו מאבי אמו דהם אין יורשין את אבי אמו א"כ אין יכולין לומר דירשו מאבי אמו ואי נוטל בראוי גובה והוא תימה דהא אין הבן יורש אמו בקבר להנחיל לאחין מאב ועיין תומים מה שתי' ובס' שו"ת זכרון יוסף ראיתי דכ' דמשכחת לה שהי' לאמו מאבי' שטר ח"ו ומתה וירש הבן השטר ומת ואח"כ מת אבי אמו ע"כ ולא נהירא דאם יורש השטר ח"ז להנחיל לאחין מאב א"כ הב"ח ג"כ גובה כמו מלוה שהניח דגובה מדר"נ ואם נאמר דזה לא הוי כמלוה רק כיורש א"כ אין מנחיל לאחין. ודע דהרבה פוסקים סוברין דאין יכולין יורשין לומר דבאין מכח מוריש שלו רק באבי אביהן משום תחת אבותיך יהיו בניך אבל בשאר ירושות אי ב"ח גובה בראוי שפיר גובה ושפיר יש נ"מ בלא"ה:

סימן קה

א) וקדם אדם אחד ותפס וכו' שכל התופס לב"ת במקום שחב אחרים לא קנה. והנה אם התופס כבר מסרן ליד הב"ח שתפס בשבילו מן הסברא הי' נראה דזכה דרק אין יכול להעשות שליח עבורו ולחוב לאחרים והוי כעדיין הם ביד הלוה אבל אחר שבא לידו למה לא יזכה ומצאתי להנחה"מ סי' קפ"ח משמע ג"כ כן דאם בא לידו זכה אכן מסתימת הרבה פוסקים משמע דאף בא לידו לא זכה ועיין תשו' מהר"ם אלשיך סי' ק"ט הביא שם לשון הריב"ש תשובה ק"ז שכ' וצריך שהיא תתפוס בעצמה לא ע"י שלית והאלש"ך שם חוץ דלא שאל שם בנידון דידי' אם כבר הגיע לידה כ' שם ראי' דהיכי דחב להלוה עצמו לא מיקרי חב לאחרים הביא ראי' מנפקד שמסר ליד המלוה עיי"ש ומה ראי' הא שם כבר מסר משמע דאף אם מסרן כבר לא מהני ויש ליתן טעם דהתופס זכה לכולן משום דאסור לו לתפוס לכן נתחייב משום שעבודא דר"נ ליתן לכולן וכיוצא בזה מצינו להרשד"ם תשו' קמ"ה הובא לעיל סי' ק"ד בב"ח שעיקל נכסי לוה ואח"כ באו אחרים

ועיקלו ואח"כ בא הראשון ותפס דלא זכה ומדמה לה לארבא דבא ליד ב"ד דלא מפקינן וכאן בתפס נראה שהשע"מ ג"כ לא יחלוק כיון שעשה היזק לאחרים ולא גרע מבא ליד ב"ד רק שם בסי' ק"ד כתבתי דבלא"ה נראה כמהרשד"ם משום דנתחייב לכ"א חלקו ואך בסמ"ע לעיל סי' פ"ג ס"ק ג' בנתן לו הלוה לשלם להרבה מלוין כ' שם במוסגר דידוע דדעת השליח הי' כן משמע דברצה תיכף ליתן לאחד קנה זה אחר שמסר לידו אך אולי הוא מוסגר מפני שאין כן הלכה ואמת כי מצאתי בתשו' מהרשד"ם סי' ר"ט בסופו כ' וז"ל שהרי לפי מ"ש לי שלא מצינו תופס לב"ת וכו' אלא שמוציאין מיד התופס כעובדא דיימר בר חשו אבל אם הי' מגיע כבר ליד יימר הי' זוכה ע"כ אך באמת לא כ' כן רק דרך סניף ואולי שהרי האריך שם בתשו' לפלפל בדברי הרמב"ן משמע דאין לחלק לכן עדיין אני נבוך עד יזכני השם לחפש בספרים ועיין ס"ק ב' ועיין קצה"ח סוף סי' ק"ז:

ב) שכל התופס לב"ח. הסמ"ע העתיק דברי רי"ו בעכו"ם ששלח עם שלית מעות לב"ת ונתנם השליח לאחר ופסק שזכה האחר והתומים חולק עליו דכבר זכה עבור הנשלח לו גם במ"ש רי"ו דהשליח לא זכה בשביל הנשלח לו משום תופס לב"ח הוא תימה דהא העכו"ם עצמו מסרן והנתה"מ כ' דאישתמט להתומים דברי התוס' ב"מ דעכו"ם שהי' בידו מעות ישראל ומסרן ליד ישראל לא יצאו מרשות עכו"ם. והנה כבר ראיתי דרבים פליגו על דברי התוס' עיין מח"א ובס' משפט שלום וגם לפי מ"ש ס"ק א' יש לעיין דעכ"פ זכה השליח בשביל כולם וכ"ש כאן שמסר לידו בשביל זה על כל פנים נשתעבד מדר"נ לזה גם כן אף דלא מהני מטעם שליחות עכו"ם וצ"ע לדינא:

ג) ואפי' עשאו שלית. כ"כ לאפוקי מדעת רש"י דכבר תמהו שם התוס' ודחו דבריו דהרי גבי יימר בר חשו עשאו שליח ומ"מ לא מהני וכבר כ' התומים דקשה למה כ' רש"י זה בב"מ גבי מציאה ולא במקומו בגיטין וגם למה הוצרך רש"י לזה. ויש ליישב באופן זה דהנה בס' מלא הרועים הביא בשם קצת מפורשים דלכן תופס לב"ח לא קנה משום דנכסי לוה נשתעבדו לכל ב"ח ואין יכול השליח להפקיע שעבוד אחרים ולכן אף עשאו שליח לא מהני ופשוט אכן במציאה אין שייך דנשתעבדו לאחרים א"כ קשה למה לא מהני מטעם תופס לב"ח וצ"ל דמאן דאמר דאף במציאה מיקרי תופס לב"ת יסבור טעם אחר והיינו כנ"ל דאין יכול לזכות לזה ע"מ להפסיד לזה אכן כ"ז בזכי' אבל שליח דהוא כמותו למה לא יוכל לזכות עבורו לכן פרש"י משום דלא עשאו שליח אבל בשאר תופס אה"נ דמודה רש"י דאף שלית לא מהני כיון, דנשתעבדו הנכסים לכל ב"ת ודו"ק ותימה בעיני דס' מלא הרועים דדרך בדרך זה ליישב דברי רש"י ודחק שם דתלוי בש"ד והתי' פשוט לפ"ז ודו"ק:

ד) עשאו שליח. הקצה"ח דחה דברי הפ"י שכ' הטעם משום דאין שליח לד"ע (באמת טעם זה רחוק ואין בו צורך) וכ' הקצה"ח דלא שייך אין שליח לד"ע רק היכי דיש עבירה להמשלח אבל אם אין עבירה למשלח אף דהשליח עשה עבירה לא שייך אין שליח לד"ע והביא ראי' מדברי התוס' ב"מ גבי לא תלקט לעני הקשו התוס' למ"ד כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני למה לא קני העני וע"ז הקשה הקצה"ח דהא אין שליח לד"ע ומה הקשו התוס' אלא ע"כ דכיון דאין עבירה רק להשליח לא נאמר דבטל השליחות משום אין שלית לד"ע ודבריו לא נהירין דהנה עיקר הטעם דאין שליח לד"ע הוא משום דשליחות חידוש הוא ולא נתנה התורה כח לשליח נגד ד"ת וא"כ מאי חילוק בין אם אין עבירה רק לשליח דמ"מ לא הי' לו לשמוע דברי התלמיד אכן דברי התוס' פשוטים ולק"מ דודאי היכי דעבירה הוא מצד אחר שייך אין שליח לד"ע דאין לו כח לעשות שליחות ויהי' עבירה מזה אבל במלקט לצורך העני אין בו שום עבירה רק התורה אמרה לא תהי' שלית ואם אמרינן דאי עביד מהני בכ"מ למה יגרע כאן דהרי אנן אמרינן דכל דבר שאסרה תורה לא אמרה שלא יתקיים הדבר דהרי אדרבה אמרינן כיון דאסרה ע"כ מהני מעשיו וה"נ ע"כ דמעשיו מהני וזה ברור לכל מבין ובתופס לב"ת יש לפרש דברי הפ"י עפמ"ש בתשו' מהר"ם מינץ מאובן דהסביר למה בתופס באין חב לאחרים מהני התפיסה הא תב להלוה ותי' דבאין חב לאחרים אם יבוא המלוה לשאול לב"ד הרי נתיר לו לתפוס וכן מהני תפיסת השליח אבל בחב לאחרים אם יבוא המלוה לב"ד לא נתיר לו לתפוס דהא יש לכל ב"ת חלק כחלק ואף דדעבד מהני דמה שגבה גבה ועביד אינש דינא לנפשי' אבל שליח כיון דעכ"פ אסור לכתחילה שפיר מיקרי שלית לד"ע. ואגב אזכיר דלפי מ"ש יש לפרש דברי התוס' ב"מ (ט') שכ' וז"ל דאף דעבר על לפני עור לא מיקרי עי"ז בר חיובא ועמדו האחרונים מה טעם יש בדבר ולפי הנ"ל ניחא דהרי העשי' הזו אסרה התורה אי עביד מהני ודו"ק:

ה) אם הלוה הי' חייב לתופס וכו' מיגו דאי בעי זכי וכו' הסמ"ע, ס"ק ג' כ' דהיכי דב"ח תפס לעצמו ונשאר יותר על חובו מ"מ לא מהני תפיסתו לאחר והסכימו עמו האחרונים והש"ך הקשה דהא ר"נ לית לי' מיגו דאי בעי זכה לנפשי' ומ"מ שנים שהגביהו מציאה אע"ג דלא מצי לזכות בטלית רק חצי מ"מ זכי באידך פלגא לחברי' והנה סברת הסמ"ע פשוט דמה זו סברא דמפני שיש לו יד בחצי יהי' לו יד בחצי' השני' וא"כ אין זה דמיון לכאן דשם לא אמרינן כלל דמשום דזכה בפלגא לעצמו זכה לחבירו ורק דמהני מה שהגבה בין לעצמו בין לחבירו דלא נימא דאידך פלגא תהי' כמונח ע"ג קרקע וא"צ רק שיהי' לו הגבהה בפלגא דידי' ועוד דהתם לולי חבירו הי' זוכה בכולו רק דחברי' מעכב

עליו וא"כ אין סברא דחבירו דמעכב עליו יהי' רעותא לגבי דידי' שלא יועיל הגבהתו להמגביה עמו ונראה שלזה כוון התומים ומ"ש הנחה"מ דלא כ' טעם נכון לפענ"ד נכון וברור הוא ומה שהקשה הקצה"ח מהא דשותפין שגנבו חייבין והרי התם לא מהני מיגו דזכי לנפשי' יזכה לחבירו דאין שלד"ע ומ"מ מיגו דזכי מקצת לדידי' מהני לחבירו עיין נתה"מ דחה דבריו מדברי התוס' ולי נראה דגם לרש"י ניחא דהתם לעצמו יכול לזכות הכל ורק לחבירו אין יכול לזכות בזה אמרינן דכיון דזכה מקצת לנפשי' זכה בכולו דאין שייך שם כיון דיש לו יד בחצי מה לו לחצי השני דאדרבה הרי יש לו יד בכולו ואין זה דומה לנידון דהסמ"ע וק"ל:

ו) אם הלוה אומר לאדם אחד זכה בחפץ זה לפלוני וכו'. הקצה"ח הביא דברי הה"מ שהביא ראי' לזה מהולך מנה לפלוני שאני חייב לו דאם בא לחזור אינו חוזר וכיון דאין יכול לחזור ודאי אין שארי ב"ח יכולין להוציא ממנו והקצה"ח תמה דהתם אין חב לאחרים ולדעתי כונת הה"מ דלזה ודאי א"צ ראי' דמהני באם זכה דרק התופס לב"ח אמרו ולא באם הלוה עצמו עשאו שליח ורק דאם הי' יכול לחזור ורק השליח ירצה לזכות מכת שחייב לו זה מיקרי תפיסה לכן הביא הה"מ ראי' מדאין יכול לחזור ע"כ דמהני נתינה שלו ואין זה תפיסה וכן משמע מראי' השני' שהביא הה"מ: ז) התופס וכו' חייב באחריותו. הש"ך ס"ק ה' הביא דברי הב"ח שכ' דשוב אין הלוה חייב באחריות אין המלוה יכול לתובעו ודחה הש"ך דבריו בדברים נכונים מה לו להמלוה בזה אכן אני נבוך מאוד דהרי קושיית הב"ח הוא באמת תימה גדולה וחזקה מאוד דאיך יוכל לתפוס מהלוה ולהפסידו וכל גזלן יתפוס ויאמר שתופס לב"ח ויטעון אח"כ נאנסו ולא יהי' ממה לגבות ואף שיקבל עליו אחריות הלוה אינו מסתפק עצמו בזה. ולולי דמסתפינא הייתי אומר דכונת הרא"ש דבאמת יכול הלוה לתובעו שיחזיר לו ומ"ש הרא"ש דיכול לומר או קבל עליך אחריות או החזר מה שתפסת או, או קאמר ור"ל דהברירה בידו של לוה לומר או קבל וכו' או החזיר לי ואינו מרוצה אף שיקבל עליו אחריות וכן מוכח מסיום לשון הרא"ש שכתב דלא מהימנת לי ואם אין יכול להכריחו רק שיקבל עליו אחריות מה שייך לא מהימנת לי ה' לו לומר דירא אני שלא יאנוס בידך ועוד מוכח כן דהרא"ש כ' זה על דברי שמואל שסובר דהולך מנהלפלוני שחייב הלוה עדיין באחריות לכן אם בא לחזור חוזר והקשה הרא"ש למה גרע מתופס וע"ז תי' דגם בתופס יוכל לומר קבל עליך אחריות או החזר לי וקשה דהרי שמואל לא קאמר רק כיון דהלוה חייב באחריות חוזר ולא התנה דאם יקבל השלח עליו אחריות דיסבור דשוב אין יכול לחזור שפיר מתרץ הרא"ש דאף בתופס צריך לקבל אחריות אבל מדברי שמואל משמע דאף אם יקבל אחריות לא מהני

אם הלוה חייב באחריות וא"כ לפי דברי הש"ך דאף בתופס עדיין הלוה חייב באחריות וא"כ הדרא קושיית הרא"ש דלמה גרע מתופס אלא ע"כ דבתופס יסבור הרא"ש דג"כ יכול לומר החזר לי ואף שהרא"ש פ"ק דב"מ כ' בפירוש ואין יכול לומר שיחזור לו מה שתפס כיון דאין לך הרשאה ולאו בע"ד דידי את דהרי זכין לאדם והוי כאלו תפס המלוה עצמו עיי"ש יש לפרש דהתם אין טוען לא מהימנת לי או אם הוא באופן שאין שייך בו כלל חשש אונסין ואך מ"מ הרי כל הפוסקים לא פירשו דברי הרא"ש כן ומ"מ בדברי הב"ח אין תימה כל כך דהרא"ש כ' מתחילה תירוץ על קושיא הנ"ל לשמואל למה גרע מתופ ותי' בשם הר"מ דתיפם אין יכול לתפוס רק באופן דאין לו נכסים דאל"כ לא שבקת חי' לכל ברי' שיוכל כ"א לתפוס וסיים הרא"ש דגם תי' הר"מ אמת וזה הוא הדין דסעיף ד' וא"כ כיון דזכות הוא לו ואמרינן דניחא לי' להמלוה אולי באמת יצא הלוה מאחריות וכן משמע ג"כ דאל"כ מה מתרץ הר"מ דשם ניחא לי' וכו' והא בגמר' בתחילה הי' רוצה לומר דטעמא דשמואל משום דהולך לאו כזכי לכן יכול לחזור ואכתי יקשה מי גרע מתופס וכאן אין שייך לומר דכ"א יתפוס דהרי בעצמו מסר לידו אכן אם נאמר דכל תופס יצא הלוה מאחריותו אין לדמות אז לתופס (וכן אם נאמר דה"ה תופס יכול לחזור כנ"ל) לכן צע"ג בעיני. ונראה דעכ"פ נוכל ליישב בזה דברי הרי"ף דכ' דהיכי דאין חב לאחרים מהני משום תקנה היכי דמפסיד נכסי וחמה הרא"ש דמדאמר ר"י במקום שחב לאחרים לא קנה משמע דאינו חב קנה מדינא ולפי הנ"ל י"ל דהיכי דהלוה תבעו להחזיר וא"כ מדינא צריך להחזיר דאין סברא שיתפוס ויהי' הלוה עדיין חייב באחריות לכן הוצרך לטעה תקנה ומדברי ר"י פשיטא דלא קשה דהתם לא קנה אף דכבר אמר המלוה דניחא לי' ופוטר את הלוה והרא"ש דסבר בלשון הרי"ף דלענין אי קנה צריך לטעם תקנה בזה שפיר הקשה וא"כ אין כאן מחלוקת בין הרי"ף להרא"ש ודו"ק: הש"ך שם ס"ק ה' הביא דברי ב"י בשם בעל העיטור דלוה שפרע לערב לא הוי כתופס במקום שחב לאתרים ולא הבנתי כלל דאף מסר לאחר ברצונו לא הוי כחב לאחרים ואולי ט"ס הוא וצ"ל ערב שתפס לא הוי כתב לאחרים וכן הוא מהדין לפי מ"ש בהגהות דו"פ דערב הוי כמלוה עצמו וא"כ ודאי דאף תפיסה מהני:

סימן קו

א) מגבין לו חובו. וכ' הב"י בשם הריב"ש דאם החוב נעשה במדינה אחרת ובא המלוה לכאן אין גובין לו חובו דבזה לא שייך התקנה שלא יקת מעותיו של חבירו וילך למדה"י וכ' הב"י שסתימת כל הפוסקים לא משמע כן והתומים כ' שמצא גם בריטב"א כן א"כ ודאי כן הוא ופסק כהריב"ש ולא הי' לפני התומים ספר הריב"ש ואני מצאתי שהריב"ש

כ"כ בשם הריטב"א וא"כ ראה הב"י שהריטב"א כ"כ לכן צ"ע כיון דהב"י לא חש אף לדברי הריטב"א ואם באנו לחלק אף אנו נאמר דאם המלוה ידע שהלוה הולך למדינה אחרת ומ"מ הלוה לו ג"כ אין שייך התקנה וצ"ע:

ב) ראי' שני' שב"ת במדינה אחרת רחוק וכו' למ"ד יום צ"ע דאף אם המלוה א"י אנה הוא למה לא יגבה והרי אמרינן דאף אם יכול השלית לחזור חוך שלשים אצט. או הוא רק לתקנת הלוה דמדינא א"צ לשלית כמ"ש הש"ך ס"ק ב' וא"כ באינו יודע למה יפסיד ואולי אם באמת נשתקע הליכתו לא יאמר הרמב"ם שאם אין מביא ראי' יפסיד רק צריך מטעם דאל"כ כל מלוה שנתן שובר כשלא יהי' הלוה בביתו יאמר דאולי הוא רחוק ויגבה מיד ודו"ק:

סימן קז

א) אבר אם לא הניח אלא מטלטלין אין כופין אותם לפרוע. עיין בטור דאפי' אם הם ביד אחרים והוא משנה כתובות דקי"ל כר"ע דיתנו ליורשים שכולן צריכים שבועה ועיין תומים הקשה על הרא"ש דבפ' הכותב שם אמר דאף אם פטרם משבועה ינתנו ליורשים כדאמר בירושלמי ועיקר הטעם דבחזקת יתמי קיימו ור"ע לאלומי מילתא נקט ובפ' יש נוחלין וכן בפ' יש בכור שהוכיח שם דמלוה לא הוי ראוי ואשה גובה כתובתה מהם הביא ראי' ממשנה זו וכ' וז"ל דאף ר"ע לא אמר רק משום שבועה ולכן הוי מטלטלי דיתמי אבל בגבו קרקע אחר שתשבע או פטרה גובה אלמא דלא הוי ראוי ע"כ הרי דבפטרה גובה וא"כ הרא"ש סותר עצמו ע"כ עיי"ש ולק"מ לפענ"ד דשם אין הפירוש כלל במ"ש או פטרה גובה היינו דגובה אף ממטלטלי רק פשוט דהרא"ש קאי על קרקע וכונתו דר"ע לא אמר רק במטלטלי אבל גבו קרקע גובה או בשבועה ואם פטרה א"צ שבועה ופשוט ורק דעיקר קושיית התומים על לשון הרא"ש שכ' אלמא לר"ע אי צאו דצריכה שבועה היתה גובה נראה מדבריו דזה הוא עיקר הטעם ולי נראה דאין בזה שום סתירה ואדרבה הרא"ש כ' זה לרווחא דמילתא להוציא מדעת הסובר דאין גובה מראוי לכן כ' ראייתו דרך ממ"נ ור"ל ל"מ לטעם הירושלמי דנכסים בחזקתן א"כ ודאי לא הוי ראוי דאם הוא ראוי א"כ איך הם בחזקתן ואך אפי' תפרש כפשוטו דהטעם משום שבועה כמ"ש קצת מהמפורשים מ"מ נשמע דאי לאו השבועה גובה אלמא לאו ראוי הוא כן נראה כונת הרא"ש והוא נכון דאל"כ יקשה בלא"ה על הרא"ש למה הוצרך לזה ודו"ק. ומה שדקדק עוד התומים על לשון הרא"ש בכתובות דכ' דר"ע רק לאלומי מילתא נקטי' ומאי אלימי מילתא הוא כיון דאין זה עיקר הטעם דאף בפטרה אין גובין נראה קצח לפרש דר"ל

דהרי אין נשבעין נגד יורשין אם באין להוציא וע"כ מדתקנו שבועה ע"כ דבחזקת יתחי קיימי ואין חילוק בין פטרה או לא:

ב) אין כופין. הרמב"ן כ' דאם הב"ד רוצין לכוף כופין והתומים הקשה דא"כ בדן דיינו כר"ט למה אהדר ר"ל עובדא דהוי טעות בדבר משנה לו יהא דכפו מטעם מצוה ועיין נתה"מ ואין דבריו מפורשים ונראה דהוא כעין דמצינו בחוס' ב"ק (ד' ע') דרבא דהחזיר אף דהיו חייבין לצאת י"ש מ"מ הם לא רצו ליתן רק אם מחויבין מדינא והנה בקלב"מ משמע דהם חייבין מדינא יותר ממצוה ורק דאין ב"ד כופין אותם כדמשמע באלו נערות גבי בטובת ע"י אחר עיי"ש בתוס' ומ"מ אף דהחזיר מעצמו ולא מטעם לצאת י"ש החזיר רבא כ"ש הכא דהב"ד לא כפו רק משום דסברו דמדין חייב דצריך להחזיר ואולי בב"ד עוד גרע עיין כתובות (ד' צ"ד) דאמר ר' ששה אנא נמי שודא א"ל ר"נ מר מעיקרא לאו מה"ט אתי עלה ודו"ק:

ב) הלכך האידנא כופין אותם. השע"מ הביא כאן דברי הריטב"א בכתובות (ד' ל"ד) גבי הא דאמרינן התם הנית להם אביהם פרה שאולה משתמשין בה ימי שאילתה ואין חייבין וכ' הריטב"א וז"ל דהרי זה דומה כאלו שכר אביהם בית ומת שמשתמשין בה ימי שכירתו ואין חייבין לשלם השכירות אם לא הנית אביהם אתריות נכסים ע"כ ודבריו אין להם הבנה והשע"מ רצה בחחילה לפרש דזה לדינא דש"ס דמטלטלי דיתמי לא משחעבדי וגם זה אין מובן דהא הבית עצמו מקרקע הוא ופי' השע"מ דהיינו בכבר דרובבית דלא הוי רק כמזיק שעבודו ש"ח ולא כהש"ך דבמשתרשי חייבין ע"כ וחוץ דנראה דאין זה דומה כלל למזיק דהרי אכלו פירות הקרקע אך המעיין בריטב"א יראה דאי אפשר כלל לפרש כונתו כן דשם הקשה כיון דמשתמשין בה למה לא יתחייבו באחריות והרי אדעתא דהכי השאיל שיתחייב באחריות אונסין וע"ז כ' דדומה לשכר בית וכו' ולדברי השע"מ לא תי' כלום דהתם מטעם מזיק שעבודו פטור ובכבר דרו אבל הרי יוכל לעכב שלא יזיקו לו עד שיקבלו עליהם לשלם וגם בל"ז לא יובן דברי הריטב"א דמה הי' פשוט לו יותר שם מכאן דגם שם יקשה עוד יותר והרי לא השכיר רק ע"מ שישלם שכירות לכן נראה דכונת הריטב"א הוא דהאחריות והשתמשות הם שני דברים דמה שהשאיל לו ע"מ שיקבל אחריות הרי באמת קבל אחריות ונגמר רצונו של המשאיל וזכות השתמשות הוא דבר אחר וא"כ אף דהם פטורים מקבלת אחריות שקבל אביהם מ"מ זכות השתמשות לא אבדו וע"ז מביא ראי' משכר בית והיינו אף דהם יכולין לדור לפי שקנה אביהם הבית לדור ואם ידורו ודאי דחייבין לשלם השכירות מ"מ פשוט דאין צריכין לשלם מה שדר בו אביהם מקצת ורק מה שיהנו הם ואף דהמשכיר לא השכיר

הבית רק ע"מ שישלם כל השכירות מ"מ חיוב השכירות לחוד וזכות השתמשות לחוד והחיוב שקבל אביהם נגמר מיד ששבר והם אין משלמין רק מה שדרו הם כן נלפע"ד:
ד) כופין אותם. השע"מ כ' דלפי מ"ש הרשב"א הביאו הב"י סי' ק"ד והתומים כאן דאף אי מלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחר מ"מ אם כ' בשטר מטלטלי אג"ק ובא לגבות מיתמי גובה המלוה בשטר כיון דהוא גובה מדינא והמלוה ע"פ הוא רק מתקנה וא"כ ה"ה מי שיש לו חוב שלו וחוב אביו ואין לו רק מטלטלין שהניח אביהם חוב שלו קודם דהוא מדין ע"כ. ולפענ"ד אין נראה כן כיון דמטלטלין אלו של אביהם עוד מחיי אביהם נשתעבדו לב"ח של אביהם ואין כח בהלואת יתומים לשעבדם דהרי הרמב"ם כ' דצריך דוקא שידעו מהתקנה משמע דאביהם בשעה שלוה שעבד אותם וגם בלא"ה אפשר כיון דב"ח של אביהם אין יכול לגבות רק האלו המטלטלין ואם יגבה ב"ח שלהם לא יוכל אח"כ ב"ח אביהם לגבות הוא קודם כמו שאמרו ינתנו לכושל וכן בשבח תקנו כיון דמוכר מחזיר ללוקח שוב ב"ת גובה וצ"ע:
ה) יורש שמכר כל נכסי אביו וכו' יש מי שאומר שגובה מהדמים. הסמ"ע ס"ק ט"ו כ' דאם מכרו מטלטלין לכ"ע אין גובה מהדמים והש"ך כ' דרב האי חולק אף במטלטלין וכן עיקר והתומים כ' דלא אמר רב האי רק במכרו נכסים מועטין ור"ל דהמעות שקבלו הוי כמו מטלטלין וא"כ אחר תקנת הגאונים דגם מטלטלי משתעבדו לכן הבנות ניזונין מהם אבל מכרו מטלטלין מנ"ל להש"ך דגובה מהם דזה הוי כמו תקנתא לתקנתא ע"כ ולא אבין דבריו דהא דומה ממש לכאן דנכסים חועטין הוי ממש כמטלטלי וליזון ממטלטלין הוא רק תקנתא וגם לחשוב אותן המעות כאלו זה הניח אביהן הוי תקנתא לתקנתא ורק דנחשוב אותן המעות שקבלו כאלו הן הנכסים עצמן ובמקום הנכסים עומדין עיין אה"ע סי' צ"א בח"מ וגם כאן המעות חלופי המטלטלין ובמקומן הן ולא הוי תקנתא לתקנתא רק הטור מחלק מסברתו ואמר דכה"ג לא תקנו הגאונים:
ו) וי"א שאינו גובה. הוא דעת הרא"ש דכ' דאין חייב מזיק שעבודו ש"ח רק בעושה מעשה בגוף הקרקע והקשו עליו מעבד שעשאו רבו אפותיקי ומכרו דכ"כ אין עושה מעשה בגוף העבד והנה לכאורה בלא"ה קשה דהא קיי"ל דאף היזק שאינו ניכר ומסור חייב אך נראה דהרא"ש פ' השולח כ' דקיי"ל מזיק שעבודו ש"ח חייב משום דדיינינן דד"ג הרי דסובר דאף מזיק שעבודו ש"ח שעשה מעשה בגוף הקרקע לא הוי רק גרמי ויתבאר במקום אחר ולפ"ז שפיר כ' הרא"ש דבאינו עושה היזק בגוף הקרקע פטור דזה גרע מגורם דגורם דכ' הש"ך סי' שפ"ו ס"ק ג' דיש מחלוקת בזה והרי דינא דגרמי י"א דהוי דאורייתא ומ"מ פטור בגורם דגרמי כ"ש היזק שאינו ניכר דקיי"ל דהוי רק קנס שלא

יהא כ"א הולך ומטמא טהרותיו ש"ח וא"כ גרמי בהיזק שאיני ניכר ודאי דפטור ועיין תוס' גיטין (ד' מ"א) דמשחרר עבדו הוי היזק ניכר ולכן שפיר חייב וזה כדברי הקצה"ח דשיחרור הוי עושה מעשה בגוף העבד ויש לו ראי' מדברי התוס' הנ"ל לפמ"ש ודו"ק:

והנה הסמ"ע הקשה מלעיל סי' ק"ד בב"ח מאוחר שקדם וגבה ומכרו לעכו"ם דפסק דחייב מטעם מזיק שעבודו ותי' דיורשין שאני שמכרו שלהן והש"ך השיג דאין לחלק ובאמת כי דברי הסמ"ע צ"ע דגם ב"ת כ"ז שלא בא השני לגבות ג"כ בדידי' קעביד דהא קיי"ל ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה וראיתי כי התומים החזיק אחר הסמ"ע דאם כבר בא זמן הראשון לגבות מיקרי שלו עיי"ש ואזיל לשיטתו בסי' ק"ג דסבר דהכל מודים דמכאן ולהבא הוא גובה היינו מעת שבא זמן השטר לגבות וכבר השגתי שם והראיתי כי המחבר ורוב פוסקים מפרשי דמכאן ולהבא היינו מעת שגבה בב"ד עיי"ש ס"ק ו' והתומים הביא עוד ראי' להסמ"ע מהרמב"ן שכ' דיתומים שמכרו בנכסים מועטין אין משלמין מהדמים ובב"ח מאוחר שמכר מטלטלין פסק דהוי מזיק שעבודו ש"ת וחייב ע"כ. והנה אם נאמר דהרמב"ן ס"ל כהרא"ש דלכן פטור כיון דלא הזיק גוף הקרקע וא"כ לא קשה ממטלטלין דשם ודאי הוי היזק ניכר וכמו גזלן וגרע אף מעבד ששיחררו ולא כ' הרא"ש דלא הוי מזיק רק בקרקע וביורשין דאף במטלטלין פטורין הוא משום דלא הוי רק מתקנת הגאונים כמ"ש ס"ק ה' ודו"ק:

ואך בדברי המחבר יש לפרש לפענ"ד דלא איירי כאן מדין מזיק שעבודו רק אי גובה מהדמים והיינו אם נאמר דאותן הדמים הן חלופי הקרקע וכן משמע דזה הוא הפלוגתא בין רב האי להרא"ש אי הנהו זוזי חלופי הקרקע הוא אבל בסי' ק"ד דב"ת מאוחר שמכר חייב הוא מטעם מזיק שעבודו ולק"מ משם ונ"מ לענין זה דאם נאמר דאותן המעות הן חלופי הקרקע גובה אותן הב"ח של אביהן שהיתה קרקע זו משועבדת לו ואי רק מטעם מזיק שעבודו א"כ חוב זה נתחייבו היורשין וא"כ אף ב"ת שלהן המוקדם גובה מאותן הדמים וכבר פירש כן הדרישה דברי הטור ורק הטור סיים דהרא"ש אף מטעם מזיק שעבודו פוטר אבל דברי המחבר ודאי הנכון לפרש כן ולא לחפש דרכים דחוקים כי ודאי נראה דעיקר כהש"ך דאין לחלק כלל:

ז) אינם יכולין לומר קח מכ"א חצי שדה וכו' אבל אם ירשו ד' שדות אינו יכול לומר אקח מא' שחי שדות. עיין סמ"ע ס"ק כ' דכ' וז"ל צריך ליקח א' מכל אחד כיין דגם אביהם הי' יכול להגבותו בב' מקומות כשהי' בכל אחד שיעור שדה ושיעור שדה כ' הטו"מ סי' קע"א ע"כ והוא תימה דמה ענין שיעור שדה לכאן דודאי אביהן לא הי' יכול ליתן לו שתי שדות אף ביהי' בכל אחד שיעור שדה אם יש לו שדה אחת גדולה נגד כל החוב

ויכול המלוה לומר איני רוצה רק במקום אחד וה"ה היורשין ואם אין לו רק שדות קטנים ומוכרח לקבל בשתי מקומות א"כ יכול ליתן לו בשני מקומות אף אם אין בכל אחת שיעור דמה יעשה המלוה, ואז אין המלוה יכול לומר ג"כ בזה אני רוצה ורק כאן איירי דאין בשדה אחת נגד החוב וכיון דנוטל שנים נוטל מזה אחד ומזה אחד דאביהן ג"כ הי' יכול לדחותו ופשוט:

סימן קח

א) כשחייב מודה וציוה בחליו. הסמ"ע כ' דבכה"ג אין יכול לטעון שלא להשביע והש"ך תמה דודאי יכול לטעון רק איירי באופן המבואר סי' פ"א ונראה דהסמ"ע דקדק מכפל לשון הודה וציוה לכן פירש דהיינו ציוה ובזה ודאי א"י לטעון שלא להשביע:

ב) שנתחייב ממון עבור מלשינות ומת גובה מיורשין אבל אם חייבוהו קנס וכו'. הש"ך תמה דע"כ איירי בא' מג' דרכים וא"כ כשיטא דחייב ואפי' לא עמד בדין ועיין קצה"ח ס"ק ב' פירש דברי הש"ך וז"ל והיינו דאע"ג דאשכחן דלא קנסו בנו אחריו מ"מ בעמד בדין ה"מ דנעשה ממון ממש ע"כ ולא עיין אגב חורפי' דהש"ך כ' בפירוש דאפי' לא עמד בדין וגם חימה דהש"ך סי' שפ"ח כ' דאין חילוק ואף עמד בדין לא קנסו בנו אחריו להסוברין דהוי קנסא ועוד תימה דהרי המחלקין בין עמד בדין או לא סוברין דאף קנס חייב בנו כשעמד בדין וא"כ למה מחלק המחבר כאן בין מלשינות לקנס וע"כ דלאו דוקא נקט כאן נתחייב בב"ד ורק נראה דהש"ך תמה על המחבר לפי שיטתו דסובר, בסי' שפ"ח דד"ג לאו קנסא הוא ואף בניו חייבין אף אם לא עמד בדין וא"כ למה כתבו ודו"ק:

ג) ואפי' הי' בו כל תנאי שבעולם. זה מדברי הרמב"ם והראב"ד תמה ע"ז דלמה לא יועיל תנאי לגבות מיורשין ולי נראה דטעמו של הרמב"ם כיון דהטעם דאין גובין משום דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וא"כ אולי יש להם לדון על עיקר התנאי ואין מקבלין עדות ע"ז ומכאן הבאתי ראי' למה שאמר לי חכם אחד שהשטר שכתוב בו שהנתבע ילך אחר התובע לא מהני דאולי יש להלוה לדון על עיקר התנאי:

ד) הוציא על היורשים שטר עיסקא וכו' או שמח תוך זמנו. עיין ש"ך ס"ק ז' הקשה דהא במיגו אף תו"ז נאמן והרי יש לו מינו דנאנסו ותי' דהוי מילתא דלא שכיחא לפרוע חו"ז ולא טענינן להו והתומים הקשה דהא רוב עדיף מחזקה ובכתובות ריש פ"ב דפריך וכיון דרוב נשים בתולות נשאות כי לא אתי עדים מאי הוי ופירשו התוס' דלרב פריך דאית לי' הולכין בממון אחר הרוב וקשה למה לשמואל לא יקשה דהא במשנה נגד יורשים ג"כ איירי ולא טענינן להו מילתא דלא שכיחא וע"כ צ"ל דנגד רוב לא מיקרי לא שכיח וכ"ש נגד חזקה ע"כ וחימה בעיני על קושייתו דלסברתו דרוב עדיף יקשה על עיקר הדין

דבש"ס ופוסקים למה קיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב וחזקה זו דאין פורע חו"ז מהני אף להוציא וע"כ כמ"ש המפורשים דרק חזקה שמעמידין הדבר על חזקתו בזה רוב עדיף מחזקה אבל חזקה דאתיא מסברא עדיף מרוב וסוקלין ושורפין עליו ואני כתבתי בסי' מ"א דחוקה זו ודאי דאתיא מרובא ורוב אין פורעין תו"ז ורבנן אלמוהו שלא יהי' נאמן לכן ודאי אינו פורע ומ"מ תי' הש"ך הוא רק להסוברין דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיח ועיקר נראה כמו שמתרץ השע"מ דיש כאן שני חזקות וכבר חי' כן התומים אך דברי השע"מ מבוארין יותר:

ה) אין טוענין להם שנאנסו. טעם דיעה זו דס"ל דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא. התומים הקשה לשיטה זו דבב"ב (ד' ע') על מימרא דר"ח דהמפקיד בשטר נאמן החזרתי במיגו דנאנסו אמר כתנאי שטר כיס היוצא על היתומים וכו' מ"ד דגובה רק מחצה אית לי' דר"ח דהי' אביהם נאמן החזרתי במחצה במיגו דנאנסו ומ"ד גובה כולו לית לי' דר"ח והנה ע"כ מ"ד דגובה רק מחצה ע"כ דהחזרתי שכיח דאל"כ איך טענינן לה ומ"ד דגובה כולו ע"כ דלא הוי טענה כלל לפי מה דאמר דלית לי' דר"ח דאף הוא עצמו אינו נאמן וא"כ הוא פלוגתא רחוקה לימא דמ"ד דגובה כולו אית לי' דלא שכיח ולא טענינן ליתמי ומ"ד דרק מחצה גובה ס"ל דשכיח כמו שאמר ולכן טענינן וא"כ הוא עצמו ודאי דנאמן וכ"ע אית להו דר"ת ורק ביתומים פליגו ע"כ והוא קושיא נאה. ונראה דהנה לכאורה ודאי דוחק לומר דפליגו במציאות אי החזרתי שכיח או לא ובפרט לומר דלא הוי כלל שכיח ואך נראה דבאמת תלוי בזה דאם הוא נאמן לומר שהחזיר אז ודאי שכיח שיחזור אבל באם אינו נאמן ודאי אין הדרך להחזיר דירא שיתבענו ולא יהי' נאמן וא"כ ודאי מ"ד דטענינן ליתמי דשכיח הוא ע"כ דסבר כר"ח ומ"ד דגובה כולו משום דלא שכיח הוא ע"כ דלא ס"ל כר"ת ודו"ק כי נכון הוא: ו) אם יש לקטן אפטרופוס וכו' צריך לשבע שלא ציוהו אבי היתומים. התומים הקשה דהרי אפטרופוס הוא עד ומעיד שלא מצא שובר ולא פקד אביהם וא"כ אין כאן שבועה והנחה"מ ס"ק ב' כ' דאפטרופוס שנו"נ בנכסי יתומים חיישינן שרוצה לגבות השטר בשביל עצמו עיי"ש וסברתו לא הבנתי דהרי בכל עד לא חיישינן לקנוניא ואף שהוא התובע הרי המורשה ג"כ נאמן להעיד ועיין ותבין ולולי שיראתי מהאחרונים שלא פירשו כן הי' נראה בפשוטו דלא איירי כאן לענין נאמנות האפטרופוס רק לשון השבועה איך נשבע ובודאי היכי דיכול להיות עד א"צ לשבע רק איירי באופן דאין יכול להיות עד כגון שהוא קרוב (דיליף הראב"ד מגמר' דשבועות דאף שומר נשבע ה"נ אפטרופוס) וכענין הזה פי' התומים דברי המחבר לקמן

סי' קכ"ו ס"ק ע"ו וכן פירשו הקדמונים דברי המשנה בהמפקיד דישבט השוכר שמתה כדרכה עיי"ש:

ז) אם אחד מהיורשים אומר אמר לי אבא שהשטר פרוע וכו' אינו נאמן. כבר האריכו האחרונים למה לא אמרינן מיגו דקלחי' והרא"ש כ' דלא אמרינן מיגו רק בשליש ועדיין הטעם אין מובן דמ"מ הרי יש לו מיגו ומ"ש הנתה"מ עיין מ"ש בסי' נ"ו ואין לומר דהוי מיגו נגד חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו דהא הרא"ש חולק על הרמב"ן בסי' מ"ז והתומים כ' דלא אמרינן מיגו נגד חזקה דשטרא בידי' מאי בעי רק היכי דבשעת פרעון סמך עצמו אהמיגו זו אבל כאן וכי ידע הלוה דיגיע השטר ליד היורש הזה ועיי"ש מה שדחק לחלק מהך דסי' מ"ז לכאן גם לעיל סי' מ"ו כתבתי דלאו דוקא היכי דסמך עצמו אמיגו דמזויף והי' אפשר לומר לפי דברי התומים דרק על המלוה י"ל דסמך אנאמנותו שלא יתבענו לכן נאמן נגד חזקה זו אבל ביורשים הרי ידע דאם ימות יצטרך לשלם ליורשים וכיון דלא חשש לזה אין לחייב היורשים אך גם זה דוחק ויותר נראה כונת הרא"ש דלא אמרינן מיגו רק בבע"ד ובסי' מ"ז ג"כ המלוה בא לפטור עצמו הוי בע"ד או שליש שנמסר בידו אבל אחר אין נאמן במיגו וכמו שפרשתי במ"א דאין נאמן להיות עד אף שהי' יכול לומר שאינו קרוב כמו דאמרינן לדבריך קרוב אתה ולא נפנתי כעת לברר יותר ומה שהקשה בהגהות א"ב מסי' רנ"ה עיין מ"ש בסי' נ"ו:

ח) ג"כ לשבע. הש"ך ס"ק י"ז הביא דהריטב"א כ' בשם בעה"ע דאם יורשי הלוה אין טוענין אמר לנו אבא פרעתי אין טוענין עבורם להשביע יורשי המלוה דאין טוענין ליורש לחוב ליורש אחר ע"כ ולא אדע למה העתיק זה וכבר הביא כן הטור בשמו וכ' דהכל חולקין עליו והטעם דהא דטוענין ליורש לא משום דחסו עליהם דאין מרחמים בדין רק כיון שאין עליהם לידע טוענין בשבילם וכן כ' המחבר בסעיף א' ועיין סמ"ע ס"ק ח' שוב מצאתי שכן תמה התומים:

ט) מת לוה בחיי מלוה וכו' אם קדמו יורשי המלוה ותפסו אין מוציאין מידם. עיין תומים ס"ק י' האריך בדברי מהר"ם וכ' דאם המלוה עצמו תפס קודם שמת דאין להוציא מיורשיו דהרי אף אם לא ישבע אין יורדין לנכסיו א"כ לא שייך אין מוריש שבועה לבניו עיי"ש ולי נראה דא"צ כלל לזה לפי מה שאבאר בסמוך דהא דדיינא דעביד כרו"ש עביד הוא רק משום דאין מוציאין מספק דהרי הפוסקים ילפי מכאן תפיסה בפלוגתא דרבוותא ותפסו יורשין מהני משום דדיינא דעביד כר"א עביד וכ"ז הוא רק במת אבל כשהוא בחיים א"צ להא דדיינא דעביד כר"א רק דהרי עדיין יכול לשבע ואף דמת אח"כ א"צ כאן לפסוק כרו"ש וצ"ע על הרמ"א באה"ע סי' צ"ו דהביא שם דעת מהר"ם דלא

מהני תפיסה וצ"ל דרק בכתובה כ"כ וכמו שכ' בלשונו הביאו התומים משום דנכסי בחזקת יתמי קיימו ואינו רק אפטרופוס ולא הוי מוחזקת אבל במלוה ודאי לכ"ע מהני תפיסתו וא"כ פשוט בעיני דאף חזרו יורשי לוה ותפסו מוציאין ודו"ק כי קצרתי עיין תומים ותבין: י) מיהו אם לא קרעוהו ובאו אח"כ לב"ד אחר וגבו בו מה שעשו עשוי. עיין ש"ך ס"ק כ"א ועיין תומים שתמה דהא אף בטעו בשיקול הדעת דסוגיא דעלמא כאידך קיי"ל דמה שעשה עשה וכאן דהדיין הראשון דפסק כרב ושמואל והוא כסוגיא דעלמא ולא טעה כלל ואיך נאמר דדיין שפסק אח"כ כר"א מה שעשה עשה ועוד תמה דלמה דיין שפסק כרו"ש יכול דיין אחר לפסוק כר"א ודיין שפסק כר"א וטעה אין דיין אחר יכול לפסוק כרו"ש עיי"ש ולכאורה המה קושיות גדולות ואך נראה דלק"מ והנה כבר כתבתי לעיל סי' כ"ה על מה שהקשה שם הנתה"מ ס"ק ה' ואמרתי דלא מיקרי כלל טעות בדבר משנה רק היכי דנתפשט להוציא אבל היכי דנתפשט להחזיק אין זה מיקרי נתפשט כאידך דהא דנתפשט שלא להוציא הוא רק מטעם דלא הי' להם הכרעה ולא רצו להוציא מספק ולכן בדיין שהי' נראה לו מסברתו לפסוק כאידך הרי סברתו הכריע לעצמו לכן קם עיי"ש שהארכתי ועתה תה"ל מצאתי שכן מבואר בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"ת ונעלם שם זה מאחרונים וא"כ כאן אף דאמרו בש"ס דלא למעקר להא דרב ושמואל ע"כ דהוא רק מטעם להחזיק דהרי זה גרע עוד מספיקא דפלוגתא דהא אמרו הבו דלא להוסיף עלה וא"כ הדיין הראשון דפסק כרו"ש לאו מסברא פסק כך רק שלא להוציא וא"כ הדיין השני דע"כ איירי דהכריע מסברתו דאם הי' סבור דמוציאין מספק הוי טעות בדבר משנה כמ"ש הנתה"מ שם ורק מסברתו הכריע כר"א קם דינא דהא פסק של דיין הראשון לא מיקרי פסק וא"כ גם קושיא השני' לק"מ דכיון דהא דפסק כר"א להוציא הוא מסברתו ולכן קם דינא והוי פסק גמור וא"כ אין דיין אחר יכול לפסוק כרו"ש וזה ברור ואך לכאורה ודאי אין שייך כאן להכריע מסברתו כיון דכבר איפסקא הלכתא דלא למיעקר לדרו"ש וא"כ מי זה יכריע נגד הש"ס ובשלומא בימיהם הי' שייך מי שיכריע כר"א אך נראה כיון דבש"ס אמרו בפירוש דיין דפסק כר"א עבד וא"כ הם עצמם אמרו דהכרעת הסברא כר"א רק לא רצו למיעקר לרו"ש א"כ הוי כהכריע בעצמו ודו"ק. והתומים הקשה עוד דא"כ למה המחבר כ' דאם קדמו ותפסו אין מוציאין משמע אבל אחר שפסק הדיין כרו"ש לא מהני תפיסה והרי הבעה"ת כ' דלכן מהני תפיסה דעביד אינש דינא לנפשי' א"כ אם דיין שפסק אח"כ כר"א מה שעשה עשה יוכל ג"כ לתפוס אח"כ מטעם דעביד דינא לנפשי' ונראה דאף שכתבתי דכאן א"צ הכרעת סברתו מ"מ כבר כתבתי בדיני תפיסה דאף דיליף הבעה"ת דתפיסה מהני בפלוגתא ממאי דקיי"ל

דיינא דעביד כר"א עביד ואינש עביד דינא לנפשי' ע"כ דלא לגמרי מדמה תפיסה לדיין דא"כ בכל מקום דסוגיא דעלמא כאידך יועיל תפיסה ועוד אי מטעם קם דינא נימא דכבר קם דינא אצל הראשון שהי' בחזקתו ורק עיקר כונתו דלא מוציאין מספק ורק שלא תאמר דהוי תפיסה שלא ברשות אחר שנולד הספק לזה מביא מהא דעביד אינש דינא לנפשי' אבל ודאי נגד דיין שפסק כבר איך יהני תפיסה שלא בהכרעתו כן נלפענ"ד ועדיין צ"ע:

יא) ואפי' הי' שם ערב. עיין סמ"ע ס"ק מ' ועיקר היוצא מדברי הפוסקים דבין ערב בין לוקח אם הניח אביהם נכסים דאז אם יטלו מהם יחזרו על היורשים אין גובין מהם ואם לא הניח נכסים גובין מהם והוא בכלל הבו דלא להוסיף על רו"ש. והנה ביש שני ב"ח והמוקדם מת אחר הלוה דאין יכולין יורשיו לגבות והמאוחר תי ויכול נגבות ולא הניח נכסים נגד שתיהם ואם יגבה המאוחר יכול המוקדם לגבות ממנו כ' התומים דהמוקדם גובה מן היורשים והנתה"מ חולק עליו וס"ל דהמאוחר גובה ולפענ"ד נראה להכריע דודאי המאוחר גובה ואח"כ בא המוקדם וטורף ממנו אבל כ"ז שלא גבה המאוחר אין המוקדם גובה מהם כמ"ש הנתה"מ דב"ת מכאן ולהבא הוא גובה ומ"ש הנתה"מ דאין גובה מהמאוחר דהוא בא מכח היתומים לא הבנתי דהרי בפ' מי שהי' נשוי אמר דראשונה נשבעת לשני' ות"ק סובר דאינה נשבעת ליתומים כלל וגם מה שהקשה התומים דיאמר המאוחר אי שחקת ואי לא לא אגבה עיין מה שתי' הנתה"מ ולדעתי אין התתלה לקושיא זו דא"כ צא ופרנס חוזר חלילה דאמרינן בש"ס הרי דלא שייך בזה אי שתקת וא"כ פשוט דאף דהמוקדם אין יכול לגבות כשגובה המאוחר גובה ממנו כנלפענ"ד פשוט: יב) וכן שבועת היסת שנהפכה אין היורשים נשבעין ונוטלין. הב"ח כ' דעכשיו יכולין היורשין לתבוע את הנתבע ומוכרח הוא לשבע וכן הסכים הש"ך ס"ק כ"ח והקצה"ח השיג עליהם עיי"ש ולא ידעתי איך חולק עליהם בלי ראי' דמ"ש הקצה"ח דהנתבע שהפך כבר נפטר הוא תימה אדרבה הרי נתחייב לשלם וא"כ אם יבוא על יתומים במה שיש עליהם שבועת היסת א"כ הדין דפטורין מלשבע ויטלו בלא שבועה דמ"ש הטור דלא תקנו תקנתם רק בתביעת שטר לא אתי למעוטי רק שכיר ונגזל וכדומה אבל בהיסת לא היתה שום תקנה ואם הי' באפשרי שלא הי' על אביהם רק היסת ואם אין נשבע היו היתומים נוטלין דודאי שבועה קלה הוא ולא תקנו רק כשיכול לשבע ולא כשמת ורק כאן בהיפוך הא דיורשים אין נוטלין בלא שבועה משום דודאי יכול הנתבע לומר אדעת זה שיטלו בלא שבועה לא הפכתי וא"כ אין מקום לדברי הקצה"ח דאם הנתבע יבוא ויאמר כבר הפכתי וא"כ מוכרח הוא לשלם ורק יאמר אדעתא דהכי לא הפכתי א"כ מוכרח הוא לשבע וזה דיליף הב"ח מחשוד שאין הנתבע יכול להפך ויאמר

אין השבועה עלי כיון שאני רוצה להפך וה"נ כאן אף שרוצה להפך מ"מ אינו פטור ע"י כן וזה ברור: יג) אין נפרעין מנכסי יורשים אלא מזיבורית ואפי' התנה שיגבה עידיות. הש"ך ס"ק ל"ד כ' דלדעת הרא"ש בגדולים מהני תנאי דהרי כ' דהטעם הוא משום לא פלוג ביתמי ואח"כ כ' בניזקין דהתורה אמרה בעידיות רק חכמים הפקיעו לא הפקיעו רק בקטנים וא"כ ה"ה בהתנה נמי הוא מן התורה א"כ רק בקטנים הפקיעו והתומים דחה זה דהא אביי אמר תדע דב"ת דינו בבינונית ומיתמי בזבורית וע"כ אין מביא משם ראי' דאינו ראי' כלל להתנה רק ר"ל דאביי מביא טעם לזה דהא ב"ת מיתמי בזבורית וא"כ אין לחלק משום לא פלוג וא"כ אף בגדולים לא פלוג כן תוכן דבריו וכבר כתבתי בסי' ל"ט דאביי מביא ראי' והיינו דסבר דב"ח כיון דכבר תקנו לו בינונית הוי כהתנה וא"כ אפי' התנה ואך לפ"ז עוד יש להביא ראי' לכאורה להתומים דהרי אביי אמר דהוי כהתנה ומ"מ ביתמי בזבורית אף בגדולים אכן כבר כתבתי שם בסי' ל"ט דרבא ומר זוטרא פליגו על אביי וסוברים דלא הוי כהתנה וא"כ י"ל כהש"ך ולפי שכל זה יש ללמוד ממה שכתבתי בסי' ל"ט לכן קצרתי:

סימן קט

א) ואם יאמר המלוה אני אקבל השדה וכו' שומעין ליורש הש"ך ס"ק א' כ' דהרבה חולקין והעלה בסי' קט"ו דכן עיקר דיכול המלוה לומר לדידי שוה כל חובי והקצה"ח כ' הכרעתו דנגד יורש אין המלוה יכול לומר לדידי שוה לי ואך בלוקח יכול המלוה לומר לדידי שוה לי והביא ראי' בלוקח דיכול המלוה לומר שוה מדברי התוס'כתובות (דצ"א) עיי"ש. ויען כי דברי התוס' סתומים ופירוש דבריהם אינו נראה כמו שמפרש הקצה"ח לכן אעתיק קצת הסוגיא דאיתא שם ההוא גברא דהוי מסקי בי' אלפא זוזי הוי לי' תרי אפדנא זבנינהו חדא בה' מאה וחדא בה' מאה אתא ב"ת טרף חדא ואתא לטרוף אידך שקל לוקח אלפא זוזי ואמר אי שויא לך אלפא זוזי לחיי ואי לא שקיל אלפא זוזי ואיסתלק סבר רמב"ח לומר היינו מתני' דלא מצי יתומים לומר הרי אנו מעלין א"ל רבא מי דמי אלפא יהיב ואלפא שקיל ע"כ וכתבו שם התוס' מכאן רגילין לומר דהא דאמרינן בהמקבל (ד' ק"י) וכן ב"מ (ד' ט"ז) הניחא למ"ד אי אית לי' זוזי ללוקח לא מצי לסלק לי' אלא למ"ד מצי מסלק הוא הפלוגתא דרמב"ח ורבא דרחב"ת ס"ל לא מצי מסלק ורבא ס"ל מצי מסלק והקשו דמנ"ל דלרבא מצי מסלק שא"ה דהב"ח אינו רוצה לקבלו רק בחמש מאה והלוקח נותן אלף ותירצו התוס' דמ"מ לעולם יוכל הלוקח לשום אותה כפליים משויו ע"כ ומזה דייק הקצה"ח דכיון דכל טעם של רבא דהלוקח ישום אותה ביותר לכן מסלק את הב"ח והרי כ"ז שלא יסלק להב"ח כל חובו הרי אינו יכול

להעלות יותר מחובו דא"כ יצטרך ליתן לו כל חובו וא"כ ודאי כ"ז שאין מסלק כל חובו יוכל הב"ח לומר לדידי שוה לי ע"כ. והנה לא אדע לפי פרושו להבין כונת הש"ס בב"מ (ד' ט"ז) דאמר דלמ"ד מצי מסלק לי' יוכל גם הלוקח לומר תן לי גרבי דארעא שיעור שבתי והרי כל טעמו של רבא דאומר לו ממ"נ או קח חצי קרקע או מעות אבל מה זה ענין שיאמר לו אף באין מסלקו במעות שיסלק לו בחצי קרקע ואין זה ענין למילתא דרבא כלל וגם אין הבנה כלל לדברי התוס' דישום אותה ביותר והרי כל כונת הב"ח לזה ויתבאר עוד בסמוך אך התומים לקמן סי' קי"ד פירש דהתוס' הקשו דאולי רק כאן ס"ל לרבא כיון דלוקח צועק כי שמוהו בזול ויתן יותר לכן שומעין לו אבל שם בהמקבל דאין הלוקח מוסיף מנ"ל דשומעין לו וע"ז תירצו דהרי שם מה ששוה הקרקע יותר מגיע ללוקח א"כ ג"כ לעולם יסלקו דאף דיוסיף כפליים יגיע לו ואם יתן הב"ח מה שהוסיף ניחא לי' להלוקח עיי"ש. והנה גם זה אינו מובן דהרי שם בהמקבל אין לו מעות ללוקח ואיך יוסיף כפליים ויאמר להב"ח שוה לי כפליים וקח חצי קרקע ואיך נאמן ששוה אם אינו נותן דמים והב"ח צועק שאין שוה יותר מהשומא ומאיזה סברא נשמע ללוקח וגם דברי התוס' אינם מובנים ל"מ לפי מה דמשמע פשט לשון הש"ס דטירפא לא כתבינן ללוקח רק בשויו וא"כ איך יוסיף על שויו ולא יקבל מהמוכר רק שויו ואך אף לפי מ"ש הריטב"א הביאו בנתה"מ סי' קי"ד דאם הלוקח מסלק בזוזי גובה אח"כ מהמוכר מ"מ כיון שאין הלוה יוכל לפרוע משום, דאין לו איך מסלקו ואיך יוסיף ועיקר בדברי התוס' נראה כמ"ש הדרישה כיון דיכול לסלקו כשמעלה ה"ה כשאינו מעלה ונראה כונתו כיון דעכ"פ כשמעלה מסלקו ע"כ דאין השדה בחזקת ב"ח דאל"כ יאמר הב"ח לאו בע"ד דידי את ולכן אף באינו מעלה מסלקו ועיקר טעמו של רבא דמה מכר ראשון לשני וכו' וכמו שהלוה יכול לסלקו ה"נ הלוקח. ואמת כי ראיתי בקצת מפורשים כתבו דלפ"ז כמו שאין הלוה יכול לסלקו עד שמשלם כל החוב וה"נ הלוקח ואך באמת לא קרב זה א"ז דמנ"ל דהלוה לא הי' יכול לסלק עד שיתן כל החוב ורק דכיון דיש לו דמים ממילא מחויב ליתן כל חובו ואם לאו יחזור ויטרוף ממנו ועיין ש"ך סי' ע"ב דלמ"ד דאין יוכל המלוה לומר לדידי שוה אינו נאמן במשכון יותר משויו אף נגד הלוה וא"כ הלוקח שמסלקו משעבוד שיש לו על השדה וא"כ שפיר נוכל לומר דאין לו שעבוד רק בשויו וא"כ לפ"ז ודאי נראה כמ"ש הקצה"ח דבאומר המלוה לדידי שוה לי יכול לומר כן שלא יוכל הלוקח לסלקו אבל מה שמשמע מדבריו דאף באין המלוה אומר לדידי שוה יותר אין יכול הלוקח לסלקו ודייק מדברי התוס' ולדעתי אין ראי' ואי"ה סי' קי"ד עוד נדבר מזה:

ב) מכרו בשעה שאין קונין כגון בשעת המגפה מה שעשו עשוי ויש חולקין. עיין טו"ז ונתה"מ מה שפירשו בדברי התשב"ץ שכ' דאף דאמרינן אין מענין מרגליות לכרכין היינו משום דצריך מעשה להשביתן אבל להמתין עד שיעבור המגפה וממילא ישוב השער למקומו בלי שום מעשה לכן צריך להמתין והב"י הקשה דהרי שם במשנה מבואר דאין ממתינין בהמה לאיטליז ועיין מה שפירשו והנה פשוט דאף התשב"ץ לא אמר רק בשעת מגפה דאין בנמצא קונים כלל רק לקנות מציאה וזה לא הוי שומא כלל אבל בלא"ה א"צ להמתין וכמו שאמרו אין להקדש אלא מקומו וא"צ להעלות לכרך ה"נ אמרו אין לו אלא שעתו ומ"ש היינו משום דצריך מעשה ר"ל להעלותן יותר משויו אבל היכי דאין להם שיווי רק צריך לפותתן שימצא קונה ובלי ענין יחזור השער למקומו ימתין ויען כי אין נ"מ לדינא בין דברי לדבריהם קצרתי:

ג) ואם אינה השליח לקונה דינו כשאר כל אדם. השע"מ הקשה הא אין שלית לד"ע והמעשה בטל וכ' דודאי אם הבעה"ב ציוה לו להונות בטל המקח כדין המבואר ביו"ד סי' ק"ם בלוה בריבית ע"י שליח ורק כאן איירי באינה השליח בלא ציווי המשלח ואף דלא זכה בהיתרון דזכי' מטעם שליחות ולא זכה לו מ"מ המקח לא נתבטל כמ"ש המ"ל פ"ג מה' גניבה דאם השליח עצמו הוסיף דבר עבירה בשליחותו כגון טבח בשבת לא נתבטל שליחותו ע"כ. והנה מלשון הש"ע מבואר דהוא ככל אדם משמע דזכה בהיתרון ואני הוכחתי ג"כ בחי' לה' גיטין דעיקר כמ"ש הטור דאף בשלחו לשחוט בשבת אין בטל מעשה הטביחה לענין ד' וה' שהרי הטביחה יכול להיות בהיתר וא"כ ודאי כאן אם נאמר דהמכר והאונאה כל אחד הוא ענין בפ"ע אף אם ציוהו להונות לא יתבטל המכר ואם המכירה והאונאה הוא ענין אחד לכאורה אף אינה בעצמו המכר בטל וזה פשוט דאם ציוהו להונות ואין יכול לעשות כלל בהיתר המקח בטל (גם ביו"ד סי' ק"ס יש לעיין דהפוסקים חולקין שם ולא עיינתי כעת) אבל באמר לו אל תמכור אלא בכך וכך אין זה ענין לעבירה דאין מצוהו להונות רק שימכור לקונה שירצה ליתן יותר משויו ואף דהשליח לא ידע כלל שמאנה אין זה מזיק ובזה איירי הש"ע דדינו כאלו המוכר מאנה ואינו יודע ואם השליח ידע ומאנה נראה דאין זה בכלל שליחות המכירה והשליח עושה איסור ובזה כתבתי סי' ק"ה דאין זה שייך לשליח לדבר עבירה עיי"ש:

סימן קי

א) המלוה נפרע מהגדולים וכו' חלקם המגיע להם לפרוע. מבואר דאין גובין מהם רק לפי חלקם וקצת הי' קשה לי דהא לעיל סי' ק"ז סעיף ח' מבואר דאין המלוה צריך לטרוח לגבות מכ"א רק גובה ממי שהוא כאן הכל וכן תמה בשע"מ לכן השיג על הש"ע ומסיק

דגובה מהגדולים הכל והנה הי' נראה לתרץ דיכולים הגדולים לומר אי שתקת שתקת ואם לא נבטל החלוקה וכ"ז שלא חלקו ודאי דאין יכול לגבות דהא יטול מנכסי הקטן ואך הי' זה לדוחק בעיני מכחה טעמים ואך כאשר עיינתי ראיתי דלק"מ ודברי הש"ע ברורים דהא מבואר בב"ק (ד' ט') דלמ"ד אחין שחלקו יורשין הם אין יכול לגבות כלל מחלק האחד ורק משום דבטלה מחלוקת א"כ הרי הוא גובה מחלק הקטנים ועיין מ"ש בזה לעיל סי' ל"ט בשם המהריט"א בשם הרמב"ן ואף אנן קיי"ל דברירה הוי ספק וא"כ ספיקא הוא אם לקוחות או יורשין הם ואך אף למ"ד דאחין שחלקו הם כלקוחות וא"כ הוי כנכסים משועבדים ויבואר לקמן סי' קי"א מחלוקת בין הפוסקים אי גובין ממשעבדי במקום שישב"ח ביד יתומים קטנים וא"כ ודאי דאין גובה רק חלקם וברור הוא וכן כ' הכנה"ג בשם מהרש"ך שהביא השע"מ ודו"ק:

ב) לפיכך אם תפס משלהן אפי' אחר מות אביהן. כן הוא דעת הב"י אבל הבעה"ת כ' דדוקא אם תפס בחיי אביהן והב"י תמה על בעה"ת והש"ך ס"ק ה' כ' דאין כאן מחלוקת דודאי יכול לתפוס אף אחר מיתה רק שלא יודיע לב"ד ובעצמו הא יודע שלא התפיס אביהן להם צררי אבל ודאי אם בא לב"ד והודה שתפס מוציאין ממנו ולא מהני מיגו שלו דלא עדיף מיגו מעדים דאין גובין מקטנים כלל ובזה כ' הבעה"ח דצריך תפיסה מחיים ע"כ והתומים השיג על הש"ך וכ' דאמת שכן כ' רי"ו וכן כ' הרמב"ן אכן כל הפוסקים חולקין עליהם דהרי כל דין זה דמהני תפיסה מיתומים קטנים למדו הפוסקים מדברי רבה ב"ש בב"ב (ד' ל"ג) ושם מבואר דאם הי' לו מיגו הי' נאמן אף דהתפיסה הי' לאחר מיתה עיי"ש ולי נראה דלק"מ דודאי אין משם ראי' דמהני תפיסה אחר מיתה דהרי שם הי' המעשה דרבה ב"ש אמר דלכן לא החזיר ליתומים הקרקע משום דאמרו רבנן הבא לפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה והקשו התוס' בלא"ה הא אין גובין מיתומים קטנים ותירצו דמזה לא הי' חושש ולא הי' מקפיד מה שיצטרך להמתין רק קפיד על השבועה וע"ז השיב אביי דלית לי' מיגו משום הקול והיינו דאף דכ' הש"ך דמוציאין ממנו מ"מ יגבה מהם אחר שיגדלו בלא שבועה והרי א"צ רק ליתן הנכסים ביד שליש עד זמן הגבי' ויהני לי' המיגו שהי' לו כמו בסכינא דאשכבתא סוף פ' המקבל דאע"ג דצריך להחזיר מ"מ כיון דיש לו מיגו נאמן לטעון עליו עד כדי דמיו ושפיר כ' הש"ך דמ"מ להחזיר צריך והא דיליף הטור משם דמהני תפיסה זה נלמד מרבה ב"ש גופי' דהחזיק בנכסיהם ולא הודיע כלל ועוד הקשה בתומים דהש"ך עצמו ס"ל לקמן סי' ק"נ דלא כהרמב"ן רק דהיכי דיש לו מיגו א"צ להחזיר ג"כ לק"מ דהש"ך לעצמו ס"ל דשם מיקרי תפיסה מחיים ולכן ודאי דאם הי' הדין כהש"ך דמיגו לא עדיף מעדים אין מראיות

התומים דבר' לדחותם אכן עיקר הדין הוי ספק פלוגתא גם י"ל דלהדיעה הסוברת דמהני נאמנות נגד יתומים קטנים י"ל דמיגו לא גרע מנאמנות ועיין עוד לקמן סי' ק"נ:

ג) תפס משלהן. הש"ך הביא בשם ריו"ו דלא אמרו רק אין נזקקין אבל תפס מעות מהני' ואין להוציא ממנו והקצה"ח ס"ק ג' הקשה דהא רבה ב"ש כבר אכל פירות והצריך לשלם דמיהן וא"כ הוי כתפס מעות וכן מבואר ברשב"ם ובהראב"ד שכבר אכל הפירות ע"כ ותימה בעיני איך מצא ברשב"ם וראב"ד דהרי הרשב"ם כ' בפירוש זיל אהדר היינו שיחזיר הקרקע וכן בראב"ד פ' י"ד מה' טוען אין שם רמז לזה ורבה אמר שהי' רוצה לאוכלן ואם הי' אוכלן ודאי אח"כ לא יצטרך להחזיר וגם לפי מ"ש ס"ק הקודם דשם החשש הי' משום השבועה וא"כ בלא"ה אין משם דמיון לכאן והוא ג"כ לשיטת ריו"ו כאשר בארתי ובנתה"מ כ' לחלק בין פירות למעות ובמחכ"ת חלק עלינו השוין ואישתמט לי' דברי הש"מ שם שכ' בשם רבינו יונה וז"ל ומ"מ אם אכל הפירות הי' פטור בשבועה דדוקא אין נזקקין אמרו אבל אם נפרע מהם אין מחייבין אותו לשלם וזה ג"כ כדברי ריו"ו גם מה שהקשה הקצה"ח ממ"ש הטו"מ סי' פ"ה גבי זה גובה וזה גובה דאף אם היתומים קטנים אין אומרים שהם יגבו מיד וכו' כיון שתפס בחיי אביהם משמע דאחר מיתת אביהם לא מהני אף דחוב הוי כמעות ע"כ ולק"מ דשם דינו לגבות קרקע ולהיות זה גובה וז"ג לכן צריך לזה שתפס מחיים:

ד) מהני לי' תפיסתו. הש"ך ס"ק ז' הביא בשם מהראנ"ח דאם הי' תנאי שיגבה מיתומים קטנים נזקקין ע"כ ותימה בעיני איך כ' בפשיטות נגד דברי המחבר בסעיף א' דמבואר דשום תנאי לא מהני וכבר כתבתי בסי' ק"ח דהוא מחלוקת הרמב"ם וראב"ד והסברתי טעמו של הרמב"ם דכיון דהטעם דאין נזקקין משום דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ואולי יש להתומים לדון על גוף התנאי לבטלו וצריך עדים לזה. שוב מצאתי בכ"מ שם שעל מ"ש הראב"ד דלמה לא יועיל תנאי כ' וז"ל דאף שכתב כן אינו באפשרי שלא ימצא טענות ע"ז והתומים כ' ראי' להש"ך מדברי התוס' ב"ב (ד' קע"ד) שכתבו דאם כתב התקבלתי יכול לגבות לר"פ דאית לי' טעם דאין נזקקין משום דפריעת ב"ת מצוה דהוי כהתנה לגבות מהם וכו' הרי דתנאי מהני ע"כ ולפמ"ש אין משם ראי' דודאי לר"פ דהוא רק מטעם מצוה אבל אם התנה החזיק את המלוה בנכסיו אבל לדידן דהטעם משום קבלת עדות שפיר לא מהני תנאי וכן הסברא והא דלא אמר בש"ס הך איכא בינייהו בין ר"פ לר"ה אין זו ראי' דהא בלא"ה יש עוד נ"מ כמבואר בסמ"ע ס"ק ה':

ה) יורש גדול שנתן נכסי מורישו לקטן וכו' מורידין ב"ח לנכסיו. עיין סמ"ע ס"ק י"א שדחק בטעמו וגם בטעם הרא"ש דכ' דדוקא דהשטר מקוים ולולי דבריו נראה דזה הוא

הדין דגיטין (ד' מ') דנתן חצי עבד לבנו קטן דהוא עשה שלא כדין גמולו ישיב בראשו ואף דשם מקרקישין לי' זוזי היינו משום לזוח שלא יאמר עבדי אתה ולפ"ז גם דברי הרא"ש דכ' דאם השטר אינו מקוים אין מקיימין דהרי כל הטעם דמקיימין שטר שלא בפני בע"ד הגוא משום דקיום שטרות דרבנן וא"כ כאן דמדינא לא הי' ובין מקטן רק משום גמולו ישיב בראשו תקנו וכיון ד כל הגבי' מדרבנן והקיום דרבנן שוב אין מקיימין ודו"ק כי נראה נכון לכאורה:

ו) וכן אם גזל מורישם נזקקין. התומים ס"ק ח' האריך בדברי הרא"ש ומפרש דכאן בחפץ שנתפרסם שהוא בידו בגזל וא"כ אין לו חזקת אבות לכן מקבלין עדותו עיי"ש ולא נהירא דעיין בש"מ שכ' דאף בהי' רק אביו מוחזק שייך חזקת אבות לכן העיקר כהיש"ש דאם הי' רק מפורסם דדבר זה של המערער לכן לא בעינן עדות וזה ג"כ כונת הרא"ש מ"ש שהי' הגזילה בעין לכן שייך ידוע ור' ירמי' לא הי' מחלק בין ידוע ודו"ק כי קצרתי:

סימן קיא

א) המלוה את חבירו על פה וכו' אינו טורף לא מלקוחות ולא ממתנות שנתן. עיין קצה"ח הביא דברי הב"י שנ' דיש מחלוקת אם נתן במתנת שכ"מ אי הוי כמשועבדים ואח"כ הביא דברי הר"ן ריש הניזקין גבי שכ"מ שאמר תנו ק' זוז לפלוני ואחריו לפלוני גובה מאחרון משום דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח והקשה הר"ן למה קרי להו נכסים משועבדים והרי אמרינן אלמנה ניזונת ממתנת שכ"מ ותי' הר"ן דהתם איירי במתנת שכ"מ במקצת דהוי מתנת ברי וע"ז תמה הקצה"ח דמאי נתלבטו בזה הגאונים והרי במחזיק בנכסי הגר ג"כ אמרינן דמלוה ע"פ גובה מהם ומ"מ גובה מאחרון הרי דבכ"מ דמשכחת קמא ובתרא הוי בתרא ב"ח נגד הראשון ע"כ ובמתכ"ת לא דק הקצה"ח בזה דודאי מחזיק בנכסי הגר יכול הראשון לומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו אבל במתנת שכ"מ דלכן אלמנה ניזונת או מלוה ע"פ גובה ממנה הוא משום דלא תלה המתנה עד שעת מיתה וא"כ כולם בב"א באו ושפיר הוצרכו לומר דאיירי במתנה במקצת ואף דבאמת שם אף במתנת שכ"מ גובה מהאחרון דהרי אמר ואחריו לפלוני וכן הש"ס דחה שם דמאי גובה מאחרון דנפסד האחרון ואף אי לא הוי ראשון משועבדים מ"מ הר"ן הקשה על הס"ד דאמר אי קמא בינונית ואחרון זבורית גובה מאחרון דהראשון הוי משועבדים וע"ז שפיר הקשה יגבה כדינו מן הבינונית אף מקמא והוא יגבה מאחרון ומסיק הר"ן כן לדינא דודאי באם גם הקמא הי' מתנת שכ"מ גובה הבינונית מקמא דאף הראשון לאו משועבדים הוא כיון דמלוה ע"פ גובה ממנווזה ברור. ומ"מ להסוברים דמלוה ע"פ אינו גובה ממתנת שכ"מ נראה ליישב מה שהקשה הר"ן דהרי אלמנה ניזונת

מהם נראה פשוט דאף דאמרינן בש"ס מירושה דאורייתא ניזונת כ"ש ממתנת שכ"מ דרבנן מ"מ ע"כ אין הכונה דמתנת שכ"מ גרע מיורש דהרי מבואר דהא דניזונת ממתנת שכ"מ היינו כשאין נכסים ליורש אבל היכי דיש בני חורין אצל יורשים אינה ניזונת עיין נ"י הובא לקמן סי' רנ"ב ובאה"ע סי' צ"ג וע"כ הפירוש בש"ס כיון דתקנו מזונות מירושה דאורייתא לעקרה כ"ש ממתנת שכ"מ וזה פשוט ומבואר וא"כ שפיר י"ל דנגד מלוה ע"פ דאין כאן משום תקנה שפיר מיקרי מתנת שכ"מ משעבדי דאין מלוה ע"פ גובה וק"ל:

ב) ולא ממתנות שנתן. הרא"ש דייק דאין גובה ממחנה מהא דאמר ר"מ מצא שטר שאין בו אחריות נכסים יחזור וקשה אכתי ניחוש שיגבה ממקבל מחנה אלא ע"כ דבאין בו אחריות אף ממקבל מתנה אין גובין והקשה השע"מ דהרי הרא"ש גבי מוכר שדהו גובה ממשועבדים כ' ד"ף למ"ד דלא אמרינן אחריות ט"ס הוא היינו בכתב שטר ולא כתב אחריות דאם הי' דעתו לאחריות הי' לו לכתוב אבל בלא כ' שטר כלל גובה וא"כ איך דייק הרא"ש משם דילמא דוקא התם בלא כתב אחריות סובר ר"מ דאין גובה ממקבל מתנה דהוי כהתנה שלא יגבה אבל מלוה אפשר דגובה ממקבל מתנה כיון דאין פסידא ע"כ ופשוט דלק"מ דלא כ' הרא"ש לחלק בין כתב שטר או לא רק לשמואל דבמלוה אית לי' אחריות ט"ס דלא שדי זוזי בכדי ומ"מ במכר סבר עביד אינש דזבין ארעא ליומא בזה כ' דוקא במכר בשטר דלא כ' אחריות וכו' אבל לר"מ דס"ל אף במלוה לא אמרינן אחריות ט"ס ולא סבר כלל לא שדי זוזי בכדי מה לי כתב שטר או לא והחילוק קל להבין דבשלומא לשמואל אמרינן מדלא כ' הוי כהתנה משום דרצה ליקח השדה אבל לר"מ וכי שוטה הוא המלוה ליתן מעותיו ולא יגבה אלא ע"כ דאנן אמרינן דאף דאמת שלא נתן מעותיו בכדי מ"מ כיון דלא התנה אחריות אין יכול לגבות וא"כ בע"פ נמי דאין לנו הוכחה אין גובה:

ג) מי שנתן קרקע לבנו על תנאי שלא יחול שעבוד וכו' ומת האב ב"ת גובה ממנה. הסמ"ע ס"ק ח' כ' הטעם והוא מדברי הרא"ש משום דאותו כח ששייר האב לעצמו שלא יחול שעבוד ב"ח ירש הבן אותו כח ולכאורה קשה דבאה"ע סי' פ"ה סעיף י"א בהגהה דאיתא שם ג"כ דאב שנתן מתנה לבתו ע"מ שתתן לתוך פיה דאין בעלה זוכה ואם מח האב זוכה הבעל ומשמע שם ברמב"ן שממנו מקור דין זה דדוקא בנתן לה אביה ע"מ שתתן לתוך פיה דאז היא עצמה לא זכתה כל ימי חיי אבי' רק מה שתתן לתוך פיה אבל אם נתן לה אביה מתנה גמורה ע"מ שלא יהא לבעל רשות בה אין בה צד ירושה אף לאחר מיתת האב וכן כ' בס' הפלאה בק"א ולכאורה יפלוג הרמב"ן על תשובה זו של הרא"ש וכן בתומים ראיתי דמשמע מהרמב"ם פ' ד' ה' ערוכין דהקונה שדה מאביו לולי

קרא דממעט לענין הקדש משמע דלא הוי שדי אחוזה הרי דנש"ר המתנה בתקפה ולא הוי ירושה כלל אכן נראה דכאן ודאי אף הרמב"ן מודה דשם אין שום חיוב על הבת שתתן לבעלה רק אם יש לה שייך לבעל וא"כ שדה כזו שניתן לה שלא יהא רשות בעל עלי' אין מחויבת ליתן לו אבל כאן דהבן חייב לבע"ח רק כ"ז שאביו תי אי אפשר להב"ח לגבות ממנה דא"כ תתבטל המתנה כמ"ש הסמ"ע ס"ק ה' דא"כ יהי' כגובה מנכסי אחר וא"כ לאתר מיתת האב גובה ב"ח החלק שיש לכן ואם שעי"כ תתבטל המתנה תבטל ותבטל ויהי' לו בתורת ירושה ואין שום רעותא לב"ח ועיין טו"ז ולפ"ז א"צ לטעם הסמ"ע הנ"ל ולפ"ז יהי' נ"מ בין הטעמים באם האב הי' חייב לב"ח ורק שנתן מתנה זו לבנו קודם שלוה לכן לא גבה ב"ת שלו דלטעם הרא"ש עיקר הקרקע הי' של הבן והבן ירש אותו כח אין לב"ח של אביו שום שעבוד על קרקע זו דאין שייך דזה השיור יהי' שייך לב"ח דאין בשיור זה ממש גם אין בו שיווי וגובה ב"ח של הבן אבל לפמ"ש שלא ירש הבן כלל והמתנה בתקפה אין ב"ח של הבן יוכל לגבות דא"כ הא יתבטל המתנה ויהי' שייך לב"ח של האב ואולי הדין דחוזרין חלילה ועדיין צ"ע ועיין קצה"ח ס"ק ג':

ד) ואין היורשים יכולין לומר שנתנו כיון שהשטר צוואה תחת ידו. עיין ש"ך ס"ק ז' ויש ט"ס דמ"ש ס"ס רע"ג צ"ל רנ"ג ושם בסוף הסי' מבואר בש"ך דדוקא בנתן לו השכ"מ שטר בעצמו זה מיקרי שטר:

ה) ויש לו קרקע בעיר אחרת. עיין נתה"מ דלוקח שלא באחריות יכול לומר לב"ח קח הקרקע בעיר האחרת ואי דאין לך לטרוח אני אקנה אותה (ונראה דה"ה ליקח באחריות ורק הנתה"מ נקט שלא באחריות דאל"כ בלא"ה יגבנה הלוקח) וגדולה מזו מבואר לקמן ס"ס קט"ז דיכול לומר תן לי השטר בכומ"ס רק שם תלוי ברצין המלוה ע"כ והנה אמת כי מבואר שם כן שצריך לפייסו שיתן לו השטר אכן לא אבין טעם לזה למה באמת לא יוכל הלוה לומר הרי השט"ח שבידך שוה למכור ואני אקנה אותו בדמים שמגיע לך ולהסוברים דשטרות לאו בני גובייא נינהו יש ליישב קצת וצע"ג בעיני: ו) אע"ג דלא כתב דאקנה קנה והוריש גובה. הנחה"מ ס"ק ז' כ' בשם התומים דאם קנה ונתן במתנת שכ"מ אינו גובה ולפי ענ"ד צ"ע ועיינתי בתומים וראיתי כי לא החליט כן רק כ' דכדאי הב"ח לסמוך עליו ועיינתי בב"ח שכ' וז"ל צ"ע אם יש לחלק בין יורש למקבל מתנת שכ"מ ע"כ א"כ אדרבה משמע דעתו דאין חילוק ובודאי הסברא נותנת דלא גרע ממלוה ע"פ דהרבה סוברין דגובה ממתנת שכ"מ עיין ר"ס זה והקצה"ח כ' דאף ממטלטלין גובה ובפרט דהרי הריטב"א כ' בקידושין דלמ"ד שעבודא דאורייתא אף דאקני משתעבד וכמו חיוב פדיון הבן וא"כ עדיף ממלוה ע"פ (סברא זו כ' גם התומים ולא ידע שכן הוא

בריטב"א) וגם מנ"ל דעדיף מיורשין ומה שכ' התומים דהש"ס לא קאמר רק מצוה על היתומים לפרוע חיב אביהן וא"כ אין חיוב על מקבל מתנה ע"כ והנה הרי גם במלוה ע"פ אמרו דצריכין לפרוע מטעם מצוה ומ"מ כתבו דגובה אף ממתנת שכ"מ ועיין קצה"ח ריש סי' זה לכן ודאי דצ"ע:

סימן קיב

א) וי"א כיון דקיי"ל אחריות ט"ס הוא וכו' ואפי' דאקני נמי. הה"מ הביאו הש"ך ס"ק א' הקשה ע"ז דבב"ב (ד' מ"ד) גבי מכר לו פרה מעיד פריך שם הש"ס ודילמא דאקנה אמר לי' ולדעתם למה הוצרך לומר דא"ל רק להקשות והא דאקני נמי משתעבד והתומים ס"ק ב' מתרץ כיון דע"כ שעבוד מטלטלי צריך לכתוב דאל"כ מטלטלי לא משתעבדו וכיון דכ' לו מקצת אחריות שוב לא אמרינן אחריות ט"ס והוצרך להקשות שמא התנה בפירוש ע"כ ולפענד"נ דעד כאן לא אמרינן דבכתב מקצת אחריות לא נאמר על הכל ט"ס הוא רק היכי שלא הי' צריך לכתוב כלל דאם איתא שסמך על מה דט"ס הוא לא הי' לכתוב כלל אבל היכי דאותו מקצת שכתב הי' מוכרח לכתוב כמו שעבוד מטלטלי אז אף דכתבו מ"מ השאר שלא כתב הוי ט"ס וסמך ע"ז דא"צ לכתוב וראי' לזה נראה מהא דפריך הש"ס פ"ק על שמואל דאמר אחריות ט"ס והא אמר שמואל שבח שפר ושעבוד צריך לימלך ומאי פריך שא"ה דע"כ הא צריך לימלך על שפר ואם יכתוב שפר ע"כ צריך לכתוב גם שעבוד ועיי"ש ברש"י וע"כ דאם כותב המקצת שצריך לפרש לא אמרינן שהוא ככתב מקצת אחריות ולפ"ז נראה ג"כ דבר חדש דאם כ' דאקני ולא כתב נכסים שקנה להמחבר נאמר דהוי ט"ס ואף דכתב מקצת דהיינו דאקני הרי הי' צריך דוקא לכותבו אבל להסוברין דאקני נמי ט"ס הוי כותב מקצת אחריות. שוב ראיתי להשע"מ הביא דברי הדרישה דדייק מדברי הש"ע דכ' שקנה ושיקנה דאם כותב שיקנה ממילא צריך גם לכתוב שקנה דאל"כ הוי מקצת אחריות והשע"מ דחה דאם כותב מה שיקנה כ"ש מה שקנה כיון דאקני הוא למעלה מאחריות שקנה ולפמ"ש בלא"ה אין ללמוד כן מלשון המחבר דכיון דסובר דאקני לאו ט"ס לא הוי ככותב מקצת אחריות ועדיין צ"ע לדינא:

ב) י"א דאף אם כתב לו דאקני יכול לחזור בו. הטעם דלא עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר"מ והתומים הקשה למה לא כתבו הפוסקים דבכתב מעכשיו אין יכול לחזור דהא לר"מ במעכשיו אין יכול לחזור ולדעתי צ"ע אי שייך כה"ג מעכשיו דהרי אינו ידוע מה יקנה וקיי"ל דאין ברירה ואך אולי בשדה שאירש אה"נ דמהני מעכשיו. שוב ראיתי בשע"מ הביא דהר"ן בחי' גיטין כ' דאין יכול לחזור בכתב מעכשיו וכ' דנראה דהרשב"א חולק וס"ל דיכול לחזור:

ג) דאקני יכול לחזור בו ויש חולקין. הרשב"א הקשה דאם אין יכול לחזור למה בלוה ולוה וקנה יחלוקו נימא דלקמא משתעבד ומה שתירצו האחרונים לא נתקרר דעתי ונראה דבלא"ה הקשה הקצה"ח דמבואר בהרא"ש דשעבוד לא נקרא חזרה וכן הסברא נוטה דכי ידע כמה יקנה אולי יקנה נגד שני התיבות או אולי יפרע חוב ראשון לכן נשתעבד לשני ויותר מזה מצינו באה"ע סי' מ' דאם הראשון קידשה אחר שלשים וקידשה עצמה תוך שלשים לאחר דיש סוברין דלא הוי חזרה ואם מת השני נתקדשה לראשון וא"כ למה כ' לשני דאקני יחלוקו ונימא דלקמא נשתעבד ולא חזר בו כלל ולכן נראה דיש חולקין ס"ל כמהרי"ט שכ' דלכן מהני דאקני אף דהוא דבר שלא בא לעולם דגופו לעולם משועבד ולכן כל מה שקנה נשתעבד ממילא ולפ"ז פשוט דבקנה אח"כ וגופו משיעבד אח"כ לשניהם יחלוקו ויותר נראה דודאי לשיטת המהרי"ט לא שייך חזרה כמו שאין יכול לחזור משעבוד גופו והרשב"א ס"ל דדאקני מטעם תקנה משתעבד ולכן הקשה למה יחלוקו והוצרך לומר מטעם חזרה:

אכן לכאורה תימה בעיני על הרשב"א דס"ל דאקני ט"ס הוא ובודאי הלוה לאחריות דאקני הא הוא סובר דהוי חזרה ומנ"ל דטעה לכן לא התנה דילמא הי' חייב לאחר ולא רצה לחזור מהראשון לכן לא שעבד עצמו לשני (ואולי באמת הוא טעמו של הרמב"ם דסבר דאקני לאו ט"ס) ויש לתרץ קצת דכבר כתבו האחרונים דלא כהש"ך ס"ק א' רק אף בלא התנה כלל ג"כ אמרינן אף בדאקני ט"ס וא"כ אף אם האמת דלא רצה להשתעבד לשני משום דכבר חייב עצמו לראשון מ"מ אם עכ"פ אח"כ בעת הגבי' אינו חייב לאחר שכבר פרעו א"כ הוי כהתנה דאם יסלק חוב הקדום יגבה השני וכל מה שקנה נשתעבד לו ודו"ק:

והנה התומים הקשה על מה דבעי הש"ס אי לבתרא משתעבד בלוה ולוה וקנה וקשה דאם לבתרא משתעבד שט"ח מאוחרים אמאי כשרים דאם לוה באייר וכתבו בו שלוה בסיון כשר ודילמא ילוה אח"כ באייר וכשיבואו לגבות יגבה הראשון שלא כדין דיסברו דהלואה שלו מסיון ובאמת הא נשתעבד לבתרא דהיינו למלוה שהלוה באייר ע"כ ולדעתי לק"מ. והנה התומים הקשה עוד להיש חולקין דסוברין דאין יכול לחזור א"כ מאי בעי אי לבתרא משתעבד וע"כ הוא משום דחזר מהראשון וא"כ משמע דיכול לחזור ולי נראה די"ל דזה הוא באמת בעיית הש"ס אי לא עדיף שעבוד מקנין ויכול לחזור ואף דכתבתי לעיל דמסברא אין זה חזרה מ"מ אין קושיא אי ס"ד דש"ס בהאיבעיא אולי הוי חזרה גם יש לומר איזה סברא דלא רצה השני להלות לו לכן חזר מן הראשון אבל לפי המסקנא דלשניהם משתעבד שפיר י"ל דאין יכול לחזור רק כמ"ש בשם מהרי"ט

דאי הי' יכול לחזור וזה הוי חזרה באמת הי' נשתעבד לבתרא ולק"מ. והיוצא מזה דלפי צד האיבעיא דלבתרא משתעבד ודאי דהוא מטעם חזרה וכמו שכ' התומים וא"כ לק"מ קושייתו שהקשה מאוחרין אמאי כשרין דכבר מבואר דאיירי באחרוהו מדעת הלוה עיין סי' מ"ג וא"כ אם הוא באופן שידע שכתבו בו סיון וכ' להשני שטר באייר הרי בודאי לא חזר מהראשון דא"כ למה הקדים שטרו של שני מהראשון ושפיר גובה מהדין ופשוט עד שאני תמה על התומים שלא נתן לב לזה ודו"ק:

ד) והמאוחר טוען. עיין בש"ך וקצה"ח דזה שייך לדין זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי וכבר הארכתי בסי' ק"ד בזה:

ה) ועמדה ונשאת. עיין מ"ש במי' לאה"ע סי' צ"א בזה:

סימן קיג

א) ואם שעבד לו מטלטלי אג"ק וכו' אפי' מכר הקרקעות קודם שיקנה המטלטלים. הסמ"ע ס"ק ה' כ' הטעם דהוי כאלו עדיין הקרקע ברשות הלוה כיון דהמלוה יכול לטרוף אותה המלוה מזכה אותה ללוה כדי שיקנה לו אגבה עיי"ש ולא זכיתי להבין כלל והשע"מ הא ס"ל שעבוד אינו נקנה בלא כומ"ס עיי"ש והא לק"מ די"ל דלהלוה הרי יכול להקנות ואך הא קשה דבאם מקנה ללוה הא נמחל החוב ואיך יקנה המטלטלין ואף אם רק מזכה לו קרקע לנעוץ בה מחט מ"מ אותו מקצת שמוחל המלוה שעבודו מהם תיכף קונה הלוקח ואף במתנה ע"מ להחזיר נראה דלא שייך בזה שהוא תחת יד הלוקח ועיין קצה"ח די"ל דעוד בעת הלואה נקנה אף שלא בא לעולם דזה הוא דשעבוד עדיף:

ב) והוא שכתב לו דלא כאסמכתא וכו' או שיכתוב שהוא משעבדם לו מעכשיו. הנתה"מ הביא דהתומים כ' דמעכשיו לא מהני במטלטלין והנתה"מ כ' דהרי שעבוד לרבנן כקנין לר"מ ולר"מ הא מהני מעכשיו לענין שאין יכול לחזור ע"כ ובאמת התומים לעיל סי' קי"ב כ' דמשמע מהפוסקים דמעכשיו לא מהני בשעבוד דאקני שלא יוכל לחזור ואך הבאתי שם ס"ק ב' בשם הר"ן דמעכשיו מהני ואך בלא"ה יש לעיין דבאגב לא מהני בקנה הקרקע מיד והמטלטלין אחר שלשים עיין ספר קה"י וא"כ י"ל בכה"ג דעדיין אין המטלטלין בידו אף לר"מ לא מהני רק אם נאמר דשעבוד מתק"ח הוא ודו"ק. עוד צידד התומים אי קנין הוי בזה כמעכשיו והנתה"מ כ' דאף מעכשיו לא מצינו בש"ס רק דצריך לכתוב לא כטו"ד והוסיפו הפוסקים דאף מעכשיו מהני וא"כ הבו דלא להוסיף ולומר דאף קנין יהי' כמעכשיו והנה לכאורה הי' נראה דקנין בלא"ה מועיל ולא משום דהוי כמעכשיו דהטור מדמה לה לערב ובערב קנין מהני אף שלא בשעת מתן מעות אך כל הענין הוא חימה בעיני דאיך שייך קנין כאן דהרי קנין במטלטלין לא מהני רק אגב קרקע

ואף במטלטלין שכבר קנה ואם הקנה אג"ק מה זה ענין לחליפין והא ע"י הקרקע צריך לקנותם ולא בחליפין גם מ"ש דכל קנין הוא מעכשיו צ"ע ועיין לקמן סי' קצ"ה דבלאחר שלשים לא מהני וא"כ נראה דה"ה כאן שאין בידו:

סימן קיד

א) אם רוצה הלוקח לסלק. הש"ך ס"ק א' הביא מ"ש הסמ"ע דקודם שומא יכול הלוקח לסלק למלוה דמי שיווי הקרקע אף שאין מסלקו מכל חובו והש"ך כ' דלקמן סי' קט"ו הוכיח דאין יכול לסלקו עד שיתן לו כל חובו ותמהו על הש"ך דלקמן הא איירי באומר המלוה לדידי שוה כל חובי והסמ"ע הא איירי באין המלוה רוצה לקבלו רק כפי השומא ועיין נחה"מ כ' להלכה דאין המלוה צריך לומר לדידי שוה כ"מ רק כיון דאין מסולק מכל החוב יכול לומר אני ריצה להחזיק הקרקע ע"כ אך מ"מ המעיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק ק"ד וגם מהת"ח שהביא שם וכן לקמן סי' קט"ולא משמע כן כונתו וצ"ע ועיין שע"מ הביא דר"ה חולק על הרא"ש וס"ל דלעולם יוכל הלוקח להוסיף ועיין מ"ש באה"ע סי' ק':

ב) אבל אם הלוקח רוצה להוסיף מעט אין שומעין לו. התומים תמה דהא המחבר ס"ל בסי' ק"ג דאף ללוקח שומא הדרא ולק"מ דשם איירי דמסולק מכל החוב דהא כתבו דהרמב"ם יליף דין זה מהך דתרי אפדני ומפרש דכבר טרף ושם איירי במסלק לו כל חובו:

ג) אם המלוה אומר אקבל הקרקע בכל חובי והלוקח אומר לא כי אלא ישומו אותה אין שומעין ללוקח. התומים תמה דמאי קמ"ל דהא לעיל בסעיף ו' מבואר יותר דאף אם אין המלוה מקבלו בכל חובו וגם הלוקח מוסיף אין שומעין לו והתומים בתחילה מפרש כגון שהלוקח קנה ב' שדות מהלוה וטוען ישומו לו שאין המלוה מפסיד בזה דחה שיחסר יקח משדה השני' ואז אתן לו כל חובו ונ"מ ללוה שאם כן יוכל לגבות מהמוכר כל האלף דאל"כ לא יתנו לו טירפא רק בה' מאה והתומים צ"ל דאזיל בשיטת ר"ה ולא כהריטב"א שהביא הנתה"מ דאם הלוקח מסלקו במעות לעולם כותבין הטירפא בכל האלף עיין שע"מ והנה לפי דרך התומים הי' נראה דנ"מ שמכר הלוה שני שדות לשני לקוחות ובא לטרוף מאחרון ואומר ישומו ומה שיחסר לו יטרוף מראשון והדין דהיכי דמלוה מסולק יכול הלוקח לסלקו וקמ"ל דמ"מ כיון דיש פסידא ללוה אין שומעין לו אכן זה דוחק למה הוצרך הרא"ש לטעם פסידא דלוה תיפוק לי' מטעם פסידא דלוקח ראשון וקצרתי. עיין עוד בתומים כ' לתרץ מה שהקשה במאי דאמרינן בב"מ דב"ח גובה השבח ומסלק ללוקח בדמים ופריך הניחא למ"ד אי אית לי' זוזי ללוקח לא מצי מסלק לי' אלא למ"ד מצי מסלק לי' יאמר הלוקח חן לי נרבי דארעא שיעור שבחי ע"כ והקשה התומים הא

יורש ודאי דמצי מסלק ומ"מ גובה ב"ח כל השבח ומסלקו בדמים ותי' דלרמב"ח דהדין דלא מצי מסלק לי' רק ביורש מטעם שומא הדר אין קושיא דיאמר הב לי קרקע שיעור שבחי דשומא לא הדר רק מטעם ישר וטוב ואין זה ישר וטוב להיות שותף ע"כ. והנה זה צ"ע דהא בסעיף ו' דהלוקח רוצה להוסיף דאין שומעין כ' התומים דהשדה ברשות ב"ת ומה דיכול הלוקח לסלקו בנותן כל החוב דאומר לדידי שוה יותר מהחוב עיין תומים ס"ק א' וא"כ דהשדה ברשות הב"ח איך יוכל לומר הב לי שיעור שבחי ועיין מ"ש לעיל סי' ק"ט ויען כי אני נבוך בכל דינים אלו והמקור בש"ס הוא מיעוט קצרתי:

סימן קטו

א) אם כתב לו הלוה דאקני טורף ג"כ השבח. בב"ב דייק מדגובה ב"ח שבח ש"מ דאקני משתעבד והקשה הקצה"ח ס"ק א' דילמא אה"נ דדאקני לא משתעבד דהוי דבר שלא ב"ל ולא עדיף שעבוד מקנין והא דגובה השבח דהרי דקל לפירות מהני וה"נ הקנה השדה לשבח עיין מה שתי' ולדידי בלא"ה לק"מ דהא ממקבל מתנה אין גובה שבח והוא משום דאומר אנא אשבתי והא דטורף מלוקח הוא משום דכתב מוכר ללוקח אנא אשפי וכיון שלא יפסיד תקנו חז"ל דיגבה והוי כאלו קנה המוכר השבח מלוקח עיין בש"ם ומפורשים וא"כ איך שייך דהוי כדקל לפירות כיון דהפירות אינן שלו רק קנאן מהלוקח ופשוט: ב) דאקנה עיין ש"ך ס"ק א' דמשמע דאף לענין שבת לא אמרינן אחריות ט"ס רק צריך לכתוב דאקני והתומים הקשה דא"כ מאי פריך בב"מ (ד' ק"י) על מה דאמר ב"ח ללוקח שמין לו השבח ופריך הא אמר שמואל וב"ח גובה השבח ומאי פריך דילמא הא דשמין בלא כתב דאקני ע"כ וכבר הקשה כן בש"מ וכ' דהש"ס ידע דאיירי בכתב לו:

ג) טורף ג"כ השבח. הש"ך ס"ק ג' הביא קושיית מהרש"א היוצא מדבריו דאם ב"ת אינו טורף משבח יתומים משום דאין להם על מי לחזור ה"ה דאין טורף מלוקח אחר שמת המוכר כיון דאין לו על מי לחזור והש"ך דחה דהלוקח אדעתא דב"ח משביח ואף שהשביח אתר מיתת המוכר חושש שמא ימצא ב"ח אצל יתומים או במ"א והנה זה אין מובן דאם יש ב"ח אצל יתומים לא יגבה מלוה מלוקח וכן מ"ש ממקום אחר אין לו הבנה דשבח אין גובין ממשעבדי אכן קושיית המהרש"א נוכל לתרץ בפשוט כיון דתקנת חכמים הי' כך משום דכותב לו אנא אשפי וכו' וא"כ אדעתא דהכי קנאו הלוקח שיגבה ב"ח ועיין סי' ק"ד ס"ק ו' מ"ש:

ד) וי"א דבכל ענין (אף בשבח דממילא) אינו גובה רק חצי השבח וכנ"ל עיקר. הש"ך ס"ק ה' השיג ע"ז וראייתו מבכור דנוטל משבח דממילא פי שנים ולא פליגו הפוסקים רק בשלפופי והוי תמרי בזה סוברים דצריך דאקני דהוי דבר שלב"ל ואין הבכור נוטל

בזה פ"ש והתומים הקשה דלמה אמרו בש"ם הטעם גבי שלפופי משום דאישתני בלא"ה הוי ראוי כיון שלא בא לעולם ע"כ ולק"מ דלולי הטעם דאישתני הוי בא לעולם דהרי התמרי יוצאין מהשלפופי ורק משום דאישתני אינם כהשלפופי ולא בא לעולם ופשוט אך בראיות הש"ך מבכור יש לי עיון דהרי בשבח שהשביח הלוה אף בשבח דמחמת הוצאה לא מצינו כלל בש"ס ופוסקים דיצטרך דאקני או שיגבהו הלוקח אף שהשביח אחר שהלוה וע"כ דביד הלוה ודאי נכסי המלוה השביחו כיון דשעבודו עליהם וע"ד כן השביחם הלוה ורק כשהם ביד הלוקח אף אם נאמר נכסי בחזקת המלוה קיימו מ"מ כיון דהם ביד הלוקח ואין הלוקח חייב לו מיקרי יותר ברשותו ולכן הוצרכו הפוסקים לומר דהוי כקנה המוכר השבח מלוקח לכן צריך דאקני וא"כ י"ל דאף בשבח דממילא כן ושאני בכור דגוף השדה הוא שלו וצ"ע. עיין השמטה:

ה) וחוזר הלוקח וגובה הקרן מנכסי המוכר אף מהמשועבדים. עיין ש"ך ס"ק י"א דהמפורשים הקשו דאם יש נכסים שמכר אח"כ ידחהו הלוקח אצלם והרבה תירוצים נאמרו בזה והתומים כ', דמשכחת לה דאף דיש לוקח מאוחר מ"מ אין הלוקח זה רוצה לדחותו אל המאוחר דמיירי שהמאוחר אין בו כדי חובו וגם הלוה קנאו אחר כך ואם יגבה מהמאוחר ילך אח"כ ויגבה גם ממנו כיון שחובו נגד שניהם אבל כשיגבה ממנו כיון דכבר גבה ממנו הרי קרקע של המאוחר משועבד לשניהם ויחלוקו ויטול הלוקח חצי ופשוט דלא רצו הפוסקים לתרץ כן דאטו שוטה הוא הב"ח שילך לגבות ממנו ואח"כ לא וגבה רק חצי מהשני אך התומים כ' דאף אם ירצה הב"ח לגבות מהמאוחר יכול הלוקח ראשין למחות בידו כיון דגם אחריותו של לוקח עליו ואף למאי דפסק הש"ע סי' ק"ד דאם קדם וגבה גבה מ"מ כ"ז שלא גבה יכול למחות בידו עיי"ש ואין זו סברא כלל דכי גרע זה מהא דהלוה יכול למכור מטלטלין ואף קרקע דלא יוכל הב"ח לגבות ממני כגון שלא כ' דאקני וכ"ש הכא דכ"ז שלא טרף ממנו דאין מגיע לו כלום דאין יכול למחות ויכול גם לומר אחוי טרפך ומה מהני אחריותו עליו ואח"כ ודאי מה שגבה גבה ופשוט שאין צריך ראי' ודו"ק:

ו) הקרן מנכסי המוכר אף מהמשועבדים. הש"ך הקשה דמשמע דכל הקרן גובה ממשועבדים והרי כבר גבה הלוקח חצי השבח והי' אפשר לומר דחצי השבח מקבל הלוקח על שבחו ואך מהרא"ש משמע דחצי השבח נוטל על קרנו דהרי כ' דהלוקח נוטל י' חלקים וב"ח חלק אחד והיינו דאם הקרקע הי' שוה מאה והשבח י' והחוב הוא ק"י דנוטל הב"ח השדה ומגיע לו עדיין עשרה ולהלוקח מגיע מאה לכן נוטל הלוקח עשרה חלקים ואם גם על השבח נוטל הי' להלוקח ליטול י"א חלקים והנה לדעתי חימה דיותר

הי' לו להוכיח דאם אינו נוטל רק על השבח למהיטול י' חלקים כיון דחוב השבת אינו מגיע נו יותר מלהמלוה ולא הי' לו ליטול רק כהמלוה וע"כ דגובה על הקרן וכ' הש"ך דמ"מ מסתימת הש"ס והפוסקים משמע דגובה כל הקרן, ממשועבדים אך י"ל דרצונם קרן פחות חצי השבת ולישנא קטוע נקט וסיים בצ"ע והנה נראה די"ל דלכן גובה כל הקרן, דמדינא אף השבת הי' לו לגבות ממשועבדים רק משום דאין קצובין ואין יודעין הלקוחות לזהר והרי יודעין דעכ"פ מה שיטול מהשבח מגיע לו ויכולין לזהר בכל הקרן ותימה שלא תירץ הש"ך כן. שוב ראיתי תה"ל שכן תי' התומים והוא תי' פשוט ומרווח לדעתי וכ' התומים דבהרמב"ם בפי' המשנה משמע להדיא דגובה כל הקרן ממשעבדי ואך לפי פי' זה הי' נראה דיש בזה מחלוקת הפוסקים דהרמב"ם לשיטתי דפוסק כמ"ד לפי שאין קצובין לכן גובה על השבת כמ"ש והרא"ש לשיטתו דפסק כמ"ד לפי שאין כתובין שפיר י"ל דגובה על הקרן כמ"ש הש"ך דמשמע כן מדבריו אכן נראה ראי' ברורה דגובה כל הקרן מב"ב (ד' קנ"ז) דפריך שם למ"ד לוה ולוה וקנה יחלוקו למה אמר ושבח גובה מב"ת ואם איתא חצי שבת מבעיא לי' ולפי מ"ש הש"ך דחצי השבח שנטל מחשב על הקרן ולישנא קטוע נקט וא"כ אח"כ באמת כל השבת גובה מב"ח ונראה דזה ראי' ברורה ולכן נראה דאף להרא"ש מה שקיבל מהשבח הוא רק בשביל חוב השבח ואף דע"כ נוטל י' חלקים על הקרן הוא לדחות הב"ח אבל כשבא לגבות מלקוחות יכול לומר נגדכם מועיל המכירה על השבח עצמו. ונראה גם להסביר ביותר דע"כ כן דהנה בהא דאמרינן לקמן דאין ב"ת נוטל מהפירות כ' הש"ך משום דהפירות מטלטלין הן וקשה דנהי דאין לב"ח לגבותם מ"מ יטול הלוקח זה על חלקו ויטול ב"ח כנגדם שבח ונהי דמה שגבה הלוקח פירות גבה מ"מ נראה פשוט דבכל לוה ולוה וכ' לשניהם דאקני ואחד כבר גבה קצח נוטל השני נגדו ממה שיש לגבות וע"כ צ"ל דכיון דאין מקום כלל שהב"ח יגבה פירות לא הי' בזה תקנת חכמים דיהא כאלו קנאו המוכר מהלוקח וחזר ומכרו לכן אין לב"ת שייכות בהם ולפ"ז גם גבי השבח דחצי השבת שייך להלוקח לא הוי כלל כקנאו המוכר וא"כ ממילא נשאר להלוקח על שבחו וזה לכאורה ברור אך קצח יש לפקפק בזה מדכ' הרא"ש דאם לא כ' להלוקח דאקני אין הלוקח נוטל כלום מהשבח משמע קצת דהשבח לעולם תקנו שיהא למוכר ולא דמי לפירות כלל ומ"מ נראה כמ"ש:

ז) אבל השבח אינו גובה רק מב"ח. עיין ש"ך ס"ק ט"ו דהתוס' ב"מ כתבו דלפי הטעם דאין קצובין ואין יכולין לקוחות לזהר אבל אם מכר הלוה אחר שטרפו מהלוקח גובה ממשעבדי דאז כבר היו קצובין וכ' דמ"מ מדברי הרמב"ם אף דפסק כמ"ד לפי שאין קצובין מ"מ נראה מדבריו דאינו גובה אף ממה שמכר אח"כ ונדחק בטעמו והנה נראה

ראי' לזה דאין גובה דבגיטין (ד' נ"א) דקאמר לפי שאין כתובין אמר ר' יוסי מה תיקון העולם יש בזה והלא אין קצובין ופירשו שם רש"י ותוס' דר"י אמר למה צריך לטעם שאין כתובין תיפוק לי' דבלא"ה אין לטרוף משום דאין קצובין ואם נאמר דלפי טעם דאין קצובין גובה ממה שמכר אח"כ א"כ הוצרך ת"ק לומר שאין כתובין דלכן אינו גובה אף מה שמכר אח"כ וע"כ דאין חילוק והנה קצת אחרונים כתבו דהא דס"ל להרמב"ם דאין אדם יכול להתחייב בדבר שאין קצוב הוא דיליף מש"ס דגיטין הנ"ל דאמר בשבת דאין קצובין ואף דשם גובה מב"ח היינו דהרי פרע חובו אבל להתחייב א"י לכן אין גובה ממשועבדים ואין הטעם כלל שאין הלקוחות יכולין לזהר ואם נאמר כן פשוט דאף מה שמכר אח"כ אין גובה:

ח) אבל שבחו הנכסים אחר מיתת המוכר אין לב"ח בו כלום. הש"ך ס"ק ט"ז השיג ע"ז והתומים כ' דלפי מה דקיי"ל לוה ולוה וקנה יחלוקו היינו דלא חל הקנין עד אחר שבא לעולם ממילא הנכון עם הנ"י דאין ב"ת גובה ממנו דלא קנאו המוכר כלל עיי"ש ואין זה מוכרח דלאו דוקא נקטו קנאו המוכר רק ר"ל קנאו הב"ת לשיעבודו והמוכר שעבד במה שכתב להלוקח אנא איקום שישתעבד הלוקח לב"ת וצ"ע לדינא:

ט) וכל הפירות שאכל הלוקח אין נטרפים ממנו.

הש"ך ס"ק י"ז כ' הטעם דהוי מטלטלין והתומים כ' דכיון דאין כותבין בשטר של הלוקח ופירותיהן לכן אין ב"ת גובה כמו מקבל מחנה דאין טורפין ממנו כיון דאין לו על מי לחזור דלטעם הש"ך קשה דאם כתב לב"ת ושעבד לו מטלטלי אג"ק יגבה הפירות והנה מ"ש התומים דאין לו על מי לחזור אין זו ראי' דאם הי' הדין דטורף ממילא גם הפירות יהי' בכלל שבת ואך נראה דהש"ך בעיקר התקנה קאי דכיון דאין גובה ממטלטלין לא תקנו חכמים שיגבה ואף אם כתב לו מטלטלי אג"ק מ"מ הרי חכמים לא תקנו בזה ולא חשו שיגבה לפעמים דיכתוב למלוה מטלטלי אג"ק ובפרט דכל התקנה הי' משום נעילת דלת לא חילקו וזה ברור לפענ"ד ובנתה"מ כ' דהש"ך לשיטתו דס"ל דשבח דממילא א"צ לטעם שכותב מוכר ללוקח לכן הוצרך הש"ך לטעם דהוי מטלטלין ולכן פסק הנתה"מ דאם באמת שעבד לו מטלטלי אג"ק גובה ג"כ הפירות שהם בעין ולא זכיתי להבין דבריו דאם היא רק מטעם מטלטלין א"כ יגבה הב"ח כנגדם כל השבח כמ"ש ס"ק ו' וע"כ דזה לא תקנו כמ"ש שם ועוד מ"ש הנחה"מ דהוא שבח דממילא לא יעלה לשיטת הפוסקים שהביא הרמ"א דכ' הש"ך דבשלפופי והוי תמרי כיון דאישתני לא מיקרי שבח דממילא וכ"ש פירות ולא כ' הש"ך רק בנתיקרה וגם אם נאמר דזה הוא שבח דממילא וקרקע של

ב"ח השבית מה יועיל דהוי מטלטלין הרי מטלטלין של ב"ח המה לכן כל דברי הנחה"מ צע"ג לפענ"ד:

י) הפירות שאכל הלוקח. הש"ך ס"ק י"ט כ' דבאפותיקי יש הרבה פוסקים דגובה אף הפירות שכבר אכל ונראה מדבריו דהוי ספיקא דדינא והתומים תמה בזה דהא שמואל סובר דלא אמרינן אחריות ט"ס במכר משום דעביד אינש דזבין ארעא ליומא ומבואר דאף אם טרפן ב"ח משום דעשאו אפותיקי אין הלוקח חוזר על המוכר ואם צריך הלוקח להחזיר אף פירות שאכל מה שייך בזה זבין ארעא ליומא ומכח קושיא זו כ' דודאי הפירות שאכל הלוקח לד"ה אינו גובה ועיי"ש שדחק בפירוש הזה ולי נראה פשוט דלא קאמר הש"ך רק בפירות שאכל אחר שבא זמן הגבי' אבל מה שאכל קודם פשוט דא"צ להחזיר דהרי חל המכר ושלו אכל ושפיר שייך עביד אינש דזבין ליומא (ואם כבר בא זמן הגבי' ואח"כ מכר אפשר דאה"נ דלא חל המכירה כלל) ולכן שפיר י"ל, דאף הפירות שאכל הוי ספיקא דדינא ומהני חפיסה ואף דהלוקח מוחזק מ"מ באפותיקי דשמין השבת והב"ח צריך ליתן ללוקח דמים יכול לתופסן עבור פירות שאכל הלוקח דארעא כיון דלגוביינא קיימא מיקרי ב"ת מוחזק וצ"ע:

יא) שנשאר לו בשדה בית ט' קבין וכו'. הש"ך ס"ק כ"ב השיג על הרמב"ן דכ' דבלא מסיק שיעור כל השדה אין הלוקח יכול לכוף המלוה שיתן לו דמים אף דלא נשאר להלוקח שיעור דמה לו למלוה בזה והוא אינו רוצה לקנות והשיג הש"ך עליו והקצה"ח הסכים להרמב"ן דאין לו למלוה בזה ולא אבין דמ"ש זה מהא דסי' רי"ח דאם לא נשאר למוכר שיעור שדה כופין הלוקח ליתן דמים עיי"ש סעיף ט' ואין סברא לחלק ביניהם ודו"ק כי קצרתי:

יב) אבל אם עשאו אפותיקי. הש"ך ס"ק כ"ו כ' דמ"ש התוס' ב"מ (ד' ט"ו ע"ב) דמאי דאמר התם הא דמסיק שיעור ארעא ושבחה והא (דב"ח נותן הוצאה ללוקח) בלא מסיק רק שיעור ארעא והקשו התוס' דאי לא מסיק רק שיעור ארעא למה נוטל שבח היתר על הוצאה ותירצי דבלא"ה שפיר פריך הניחא למ"ד דלא מצי מסלק לב"ת אלא למ"ד מצי מסלק לימא לי' הב לי גריוא דארעא שיעור שבתי ולקמן דמוקי באפותיקי אתי שפיר דנוטל כל השבת אף דלא מסיק רק שיעור ארעא וכ' הש"ך דמ"ש בלא"ה פריך שפיר הוא דוחק גדול דהרי יותר יקשה לכ"ע גם מאי קאמר הניחא וכי לדידי' ניחא ולכן הסכים לרש"י דלעולם אין נוטל יותר מחובו ואף באפותיקי וכמו שפירש"י שם והתומים מתרץ דודאי לשיטת התוס' דבאפותיקי נוטל השבת אף דהוא יותר על חובו ובלא אפותיקי אינו נוטל משום דלא הי' השדה שלו וכ"ז לרבא דב"ח מכאן ולהבא הוא

גובה אבל לאביי דס"ל למפרע הוא גובה עדיף אף מאפותיקי ולא קשה למה נוטל יותר על חובו וא"כ אי הוי פריך הכי למה נוטל יותר הי' צריך ג"כ לומר הניחא לאביי אבל לרבא קשה למה נוטל ושפיר פריך פירכא אחריתי בלשון הניחא ע"כ. והנה דבריו צ"ע לאיש עני כמוני דאיך נוכל לומר דלאביי עדיף והשבת שלו וקושיית הש"ס הניחא הוא אליבא דאביי דלרבא לא ניחא לכ"ע וא"כ לאביי מאי פריך לימא לי' הב לי גריוא דארעא שיעור שבחי והרי להתומים לאביי למפרע הוא שלו כיון שאין מסלקו בדמים ולמה יתן לו ארעא וא"כ אדרבה נתגדלה קושיית הש"ך וגם עיקר הענין דחידש דלאביי נוטל יותר מחובו הוא דבר מתמי' דיחלוק על כל שיטת הש"ס דמבואר דאין נוטל השבח אם לא מסיק שיעור ארעא ושבחא וע"כ דאף דלמפרע גובה ויכול להקדישו הוא רק כמ"ש התוס' דאלים שעבוד לאביי אבל לא שיהי' שלו ושמין לו בודאי בעת הנבי'. והנה הש"ך מסיק דיכול הלוקח לומר קים לי כרש"י והיינו באם תפס עיין ש"ך לקמן ס"ק ל"ג:

יג) אבל מקבל מתנה אין ב"ת גובה משבחה. הטעם משום דאין לו על מי לחזור דבמתנה אין אחריות ועיין ש"ך ס"ק כ"ט וס"ק למ"ד די"א דמ"מ השבת היתר על הוצאה גובה הב"ח וכן הסכים הש"ך וצ"ע קצת דמה בזה חילוק בין מתנה למכר דבשלמא עיקר השדה במכר קיבל אחריות ולא במתנה אבל השבח דהוא של הלוקח והמוכר צריך אח"כ להחזיר לו משום דפרע חובו וה"נ למה הוא אינו נ"כ של מקבל מתנה ופרע בזה חובו של הנותן ולשמואל דאית לי' דבמכר לא אמרינן אחריות ט"ס הוא אף דמים שנתן א"כ י"ל דהשבח לא עדיף מדמי המכירה אבל לדידן דאחריות ט"ס מאי בין מקבל מתנה ללוקח בשבח וקצת י"ל דכיון דבעת נתינה לא קיבל אחריות שוב אין חיוב על הנותן וצ"ע:

יד) ולוקח שפירש בהדיא שאין לו אחריות דינו כמקבל מתנה. קצת צ"ע דלשון הש"ס ופרש"י גבי אמליך וכתוב שופרא שבחא ופירי משמע דהוא לטובת הלוקח ולפמ"ש הרמ"א כאן הוא גריעותא ללוקח ולהש"ך דשבח היתר על הוצאה גובה יש ליישב:

טו) וכן יתומים שהשביחו אין ב"ת גובה. והנה הקשו בזה מפ' יש בכור דאמר ולא האשה בכתובתה (גובה משבח) ופריך הא אמר שמואל ב"ת גובה את השבח ומשני מקולי כתובה שנו כאן וקשה הא שמואל אייריי משבת לקוחות דהרי מיתומים אין גובה וא"כ מאי פריך משמואל דהתם בשבח יתומים אייריי ופירש הש"ך ס"ק ל"ב דאף מיתומים גובה שבת היתר על הוצאה ושם דקתני דאין האשה גובה משום ראוי ודבר שלא בא לעולם ע"כ דאף שבת היתר על הוצאה אינה גובה לכן פריך משמואל ואף דשמואל לא אייריי משבח היתר על הוצאה מ"מ עכ"פ הרי נשמע משמואל דאקני משתעבד ופריך

דאף כתובה תגבה ומשני מקולי כתובה וכו' ר"ל דבכתובה לא מהני דאקני כן תוכן דברי הש"ך והנה מ"ש דלא מהני דאקני בכתובה כבר חלקו עליו וגם אין מוכרח לפרושו דבפשוט יש לפרש דמקולי כתובה שנו הוא לענין שבת שהשביחו היתר על הוצאה שזה ראוי ולא הי' בחיי הבעל ואי"ה אכתוב מזה בסמוך ורק יען שהתומים דחה כל פרושו וחשבו לטועה ויען כי שפתי כהן ישמרו דעת אבוא לסלק מעליו תרעומת התומים. בראשון תמה עליו דהרי כל ראיות הרמב"ן דשבח היתר על הוצאה נוטל אף בלא דברי שמואל ולכן גובה אף ממקבל מתנה מהא דפריך לשמואל מברייתא דקתני ניטל הוצאה מב"ח ושבח היתר על הוצאה ממוכר וקשה לשמואל דאמר ב"ת גובה השבח משמע דאי לאו שמואל ניחא הברייתא דקתני שבת היתר על הוצאה גובה ממוכר משמע דא"צ בזה להא דשמואל ע"כ ולפי דברי הש"ך הרי שמואל חידש זה, דדאקני משתעבד ולולי זה אף שבח היתר על הוצאה אינו גובה וא"כ קשה באמת על הברייתא למה נוטל שבת היתר מהוצאה אף בלא שמואל ע"כ ולק"מ דהרי לא כ' הש"ך דשמואל חידש דין זה דהרי הוא גמרא ערוכה בב"ב (ד' קנ"ז) ופשוט שם דאקני משתעבד ושמואל אמר דגובה השבת הוא לאתר דפשיט שם דדאקני משתעבד כמו שכתבו התוס' הביאם הש"ך ואך ע"כ כונת הש"ך דלכן בפ' יש בכור פריך משמואל ולא הביא מנמר' דב"ב דאין דרך הש"ס להביא סתם גמר' ממקום אחר וגם שם לא נפשט כ"כ בבירור רק דרך דחי' ורק חזינן דשמואל קיבלה ממה דאמר גובה השבח לכן פריך משמואל אבל בב"מ בלא מילתא דשמואל ידע דדאקני משתעבד לכן ניחא לי' הא דגובה שבח היתר על הוצאה ואמת כי מברייתא זו נ"כ יש לפשוט דדאקני משתעבד רק לא ידע לה כמו דלא ידע לה בב"ב שם ולכן בפ' יש בכור הי' יכול להביא ברייתא זו רק לא ידע אז רק משמואל ופשוט:

וד הקשה התומים דמאי הי' צריך להקשות משמואל דמוכח מיני' דאקני משתעבד אף דלא בא לעולם הא משם בעצמו הוא מוכרע דקתני דאין האשה גובה מראוי והיינו מנכסים שנפלו לו אח"כ והרי בלא"ה הא הוי דבר שלא בא לעולם וע"כ דמשתעבד ע"כ נראה ג"כ דלק"מ דאם מקשה ממ"נ אי משתעבד מ"ט אין נוטלת ואי אין משתעבד מאי איריא ראוי אפי' מחיים נפל אין גובית הי' יכול לתרץ דלעולם משתעבד וראוי ושבת גרע והרי יש פוסקים דאף ב"ח אינו נוטל בראוי רק שבח גובה משום דכך כותב לו ומשום נ"ד ולכן לא קשה ממ"נ דאפשר, אף ב"מ אין גובה לכן פריך לשמואל דהרי ב"ת נוטל בשבח אף דהוי ראוי ומשני בכתובה הקילו:

עוד הקשה התומים דאי גובה מיתומים ע"כ דהוי כאלו בא ליד אביהם וא"כ אף אי דאקני לא משתעבד גובה מהם ולי נראה דהא בהא תליא דודאי אי משתעבד דבר שלא

בא לעולם והיינו דהשעבוד מתחיל מיד על מה שיקנה כמ"ש הרבה פוסקים לכן הוי כבא ליד אביהם אבל אי דאקני לא משתעבד ודאי מה שיבוא אח"כ לא הוי בא לידו דאם הוי כבא לידו ודאי הי' משתעבד. והנה מ"ש הש"ך דבכתובה לא מהני דאקני כבר כתבתי דהאחרונים חלקו עליו ועיין מ"ש סי' צ"ה קצת סמוכין להש"ך מ"מ ודאי הנכון עם האחרונים ובחידושי לאה"ע סי' צ"ב כתבתי עוד ביותר דאף אם דאקני לא משתעבד מ"מ אם אין לו נכסים אחרים ודאי דבכתובה נשתעבד ודמי ממש למה שכתבו התוס' הביאם בקצה"ח סי' ק"ד גבי פדיון הבן דכיון דכל שעתא ושעתא יש עליו החיוב לפדות א"כ בעת שקנה נשתעבדו וה"נ בכתובה דהרי אף אם מחלה לו הכתובה מ"מ ביושבת תחתיו נתחייב לה שנית דאסור לדור עם אשתו בלא כתובה ומתקנת חכמים שיהיו כל נכסיו אחראין לכתובה א"כ בעת שקנה נשתעבדו הנכסים. ונראה דבזה יתפרשו דברי הר"ם שבמרדכי שכ' דיכולה האשה לסלק שעבודה מנכסים שרוצה הבעל לקנות וכבר הקשיתי בסי' ק"ד למה צריך סלוקה הא המרדכי ס"ל דהלוה יכול לחזור מדאקני וא"כ יחזור הבעל עצמי מנכסי דאקני ואך לפי הנ"ל ניחא דכתובה שאני דלעולם כשיקנה חל עליהם השעבוד מתקנת חכמים ובזה יש ליישב גם מה שהרעיש התומים למה לא דייק בב"ב (ד' קנ"ז) דאקני משתעבד מהא דקתני דאין האשה גובה בראוי משמע מה שנפל לו בחייו גובית אף דהוי דאקני ושמואל הרי סובר מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשין ואין חילוק בין קנה ומכר לקנה והוריש ואי דאקני לא נשתעבד היכי תגבה מיורשים מה שנפל לו אח"כ ולפי הנ"ל לק"מ דכתובה שאני דכל מה שנפל לו בחייו נשתעבד ובודאי מה שנפל אחר מותו דאז לא שייך אסור לדור בלא כתובה אה"נ די"ל דלא נשתעבד וא"כ לא מצי למפשט מהתם ויש עוד ליישב בזה הרבה קושיות עיין תומים ולא ראיתי להאריך יותר:

סימן קטז

א) ואם קנאה. עיין קצה"ח ס"ק א' דכ' יש לעיין בבא מוקדם ומאוחר לגבות ושמא נתיקרה ובהיוקר יש לשניהם לחלוק למאן דס"ל דאף שבח דממילא חולקין לוקח וב"ח עיי"ש ומ"ש בסי' קט"ו בהשמטה חזרחי: ב) כותבין לו טירפא. עיין ש"ך ס"ק ב' ועיין מ"ש סי' קט"ו ס"ק ז': ג) וכן אם היתה שוה אלף בשעה שלקחה ובשעת טירפא לא היתה שוה אלא ת"ק וכו' כותבין לו טירפא באלף. הש"ך ס"ק ג' הביא דהמ"מ והנ"י חולקין ע"ז וא"צ המוכר ליתן רק מה ששוה עתה והתומים הביא ראי' להמ"מ ע"פ מ"ש בתחילה דאם בשעת קני' לא היתה שוה רק ק"נ והלוקח נתן בעדה ר' כי כן שוה למי שצריך לה ואח"כ כשבא הבע"ח לגבות לא שמו אותה רק בק"נ כשויו דאין הלוקח יכול לומר

לב"ת אתן לך ר' והסתלק לפי המבואר לעיל סי' קי"ד סעיף ו' דאם הלוקח מוסיף קצת אין שומעין לו כשאין כל החוב פרוע ומזה הביא שם ראי' להה"מ והנה זה יוצא מגדר הסברא דהרי לעיל מבואר דלכן אין שומעין ללוקח שמוסיף קצת דאמרינן דאין רוצה להוסיף רק אומר מה יזיק לי דזה שאתן אקבל מן המוכר וזה אין שייך בשוה בעיניו ר' ונתן כל כך למוכר בעדה ועוד הרי כה"ג שנתן יותר מודה הה"מ שכותבין טירפא ביותר כמ"ש הש"ך שם ורק בהוזלה אח"כ כ' הה"מ דאין גובה רק השוה וע"ז כ' הש"ך דדבריו נכונים ועיין הגהות א"ב ולפ"ז אין מקום לראייתו עיי"ש וקצרתי:

ד) ואפי' לא מכר לו בשטר רק בעדים. הרמב"ן כ' דדוקא אם כתבו לו הב"ד מיד שטר טירפא דאל"כ טענינן ללקוחות שמא פרע לו המוכר והתומים כ' דלא כתב כן הרמב"ן רק כשטרף הנגזל ממנו אבל כשטרף ממנו הב"ח הי' לו להמוכר ליקח שטר הלואה ותו לא מצי טרף וכמבואר בב"ב (ד' קס"ט) ובלא לקח שטר הלואה לא חיישינן דפרע ע"כ ולא אבין כלל מה ענין שטר הלואה אצל לוקח ואף דקרעו שטר הלואה וכי לא יוכל הלוקח לטרוף ושם בב"ב איירי דיאמר הלוקח להמלוה שוף לי בהאי ארעא ויטרוף שנית לכן צריך לקרוע שטרו ואין זה ענין ללוקח כלל ובודאי איירי שקרעו השטר כדין ומ"מ הלוקח טורף ומ"ש התומים מדלא כ' הש"ע דברי הרמב"ן משמע דלא ס"ל ולי נראה דמכת פשיטתן השמיטו דודאי איירי באופן הידוע שלא פרע לו המוכר והיינו כשהב"ד כתבו לו טירפא ועיין ש"ך סוף הסי' ועיין מ"ש בסי' רמ"ג:

ה) אלא בעדים בעלמא. התומים הקשה דא"כ מאי פריך בב"מ במכר שדה גזולה איך טורף ממשעבדי הא השטר לא ניתן לכתוב ומאי פריך הא אף בלא השטר טורף ע"י העדים והנתה"מ תי' דעכ"פ ע"י השטר אינו גובה דהוי מפ"כ ודוחק הא י"ל דאיירי בהעדים לפנינו ועיקר קושייתו לא הבנתי דהרי קושיית הש"ס הוא דאין השטר כלום לגבות על ידו ומכר אין כאן ולא הוי רק מלוה ע"פ ואינו גובה ממשועבדים ואין להקשות דמ"מ הרי מכר יש לו קול וא"כ אף דאין כאן רק מלוה ע"פ מ"מ יטרוף ע"י הקול פשוט דלק"מ דהרי כל מדת חכמים כך הוא דהא שטר שנפסל ע"י שנמצא אחד חרוב א"פ אף דלא נודע הפסול עד זמן הגבי' והי' לו קול ויש ערים אחרים מ"מ אינו טורף ויותר מזה אף שטר שיש בו חלק שיטה והי' יכיל המלוה למלאותו אם לא מלאו ובא לב"ד אין טורף בו ומה חילוק לענין הקול בין מלאו או לא וה"נ אף דמכר בעדים טורף ממשועבדים מ"מ כשיש לו דין מלוה ע"פ אין טורף דמלוה ע"פ אף דלוה בפרהסיא אין גובה וזה פשוט:

ו) בעדים בעלמא. התומים הקשה לפ"ז למה במכר באחריות אין העדים כותבין לו שטר אחר אף דידוע שנאבד השטר והרי התוס' בב"ב (ד' קל"א) גבי פרע מקצת חובו דאין

העדים יכולין לכתוב לו שטר אחר דכבר עשו שליחותן כתבו דהיינו דחיישינן שמא יקדימו השטר ופי' התומים דבריהם בסי' ת"א לא דחיישינן שישקרו לכתוב מוקדם רק שיקדימו לזמן ההלואה וקשה בשטר מכר דאף בלא השטר גובה למה ניחוש דהא מדין יגבה ונראה דבלא"ה לכאורה קשה לדברי התוס' דהא אם יכחבו בעצמן הוי מפ"כ כיון דכותבין שלא מדעת המתחייב ואם יכתבו מזמן השטר הם מחייבים את הלקוחות שכבר קנו ולמה הצריכו לגזירה שיכתבו לזמן הלואה שהי' קודם זמן השטר אך צ"ל דהא מבואר בהר"ן הובא בקצה"ח סי' ל"ט דלכן במכר שלא באחריות יכולין לכתוב ולא הוי מפ"כ דע"ד כן ציוה לכתוב שיכתבו אפי' כמה שטרות כיון דאין לו ריעותא וה"נ בפרע מקצת כיון דעדים יקרעו שטר הראשון למה לא יכתבו ע"י ציווי הראשון כיון דאין כאן ריעותא לכן הוצרכו לטעם גזירה וא"כ כאן בלא ציוה כלל לכתוב ודאי דהוי מפ"כ אף דמוכר בעדים אית לי' קלא וא"כ אף בידעינן שאבד השטר ויצוה לכתוב מזמן ראשון אין בידו דאין זה מדעת המתחייב כיון דיבוא לטרוף מלקוחות והם המתחייבין מה תאמר ע"י ציווי הראשון זה שפיר דומה להלואה דכתבו התוס' דחיישינן שיקדימו לזמן והשטר הי' אחר זמן המכר:

ז) אם לקח בפירוש שלא באחריות וכו' יכול לפייסו שיתן לו כחו. עיין מה שכתבתי בזה בסי' קי"א דלא אביו למה אין יכול לכופו:

סימן קיז

הלכות אפותיקי:

א) אבל קדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד. הקצה"ח ס"ק ב' כ' דלרש"י יש שיטה אחרת דכתב דלכן אתי מלוה וטריף דאינו ברשותו של לוה להקדישו והקשה דא"כ אף קדושת הגוף נמי לא יפקיע וכ' דרש"י ס"ל דקדושת הגוף חל אף על דבר שאינו ברשותו והביא דהריב"ש כ' ג"כ כן ואין הריב"ש לפני ולדעתי הוא תימה דא"כ איך ילפינן משם מכר והפקר כיון דקדושת דמים הוא רק גזה"כ ועיין תוס' חולין (ד' ו') וגם יותר תימה דע"כ מ"ש רש"י דאינו ברשותו ר"ל דאינו שלו דהא ברשותו הוא כ"ז שלא גבה המלוה וכי נאמר דיכול להקדיש דבר שאינו שלו ואין ראי' כלל מדבר שלא בא לעולם ואין ברשותו לזה שאינו שלו ופשיט בכל הש"ס דדבר שאינו שלו אין יכול להקדישו עיין פ' מרובה ובודאי לא יכתוב הריב"ש נגד הש"ס והעיקר בדברי רש"י נראה פשוט כמ"ש בחי' הרי"ם לכתובות (ד' צ"ב) דודאי אם יהני המכר הוי ברשותו ושוב לא יוכל המלוה לטרוף מן הלוקח דאין הלוקח חייב כלום למלוה רק בקרקע מי שיכול להוציאו בדיינים נקרא ברשותו והמלוה כשיבוא זמן הגבי' יכול להוציא בב"ד לכן לענין זה נקרא ברשות

המלוה ואין הלוה יכול למכור מכר גמור וזה שכ' רש"י דאין ברשותו וא"כ אין חדשות בדברי רש"י:

ב) אלא א"כ אסרן על כל העולם. הקצה"ח ס"ק ה' האריך בקונמות שאסרן על כל העולם דיש להם פדיון ואינן קדושת הגוף ויש לי עיון בזה וכבר האריך בס' קה"י אות ה' ערך הקדש והנחתי אותו לעת הפנאי ועיין קצה"ח הקשה דהטור ביו"ד סי' רל"ד פסק דבאסרה תשמישה על כל העולם דיפר הבעל חלקו והב"י כ' כיון דמשועבדת לו א"צ להפר וכ' הב"ח והפרישה דכיון דחל הנדר על כל העולם חל נמי אבעל משום כולל לכן צריך להפר והטו"ז כ' דלזה לא מהני כולל וראי' מיקדשו ידי לעושיהן דפריך הש"ס הא משעבדא לי' ע"כ וע"ז הקשה הקצה"ח דהרי דברי הב"ח ברורים דבאסרה על כל העולם לא שייך אלמוהו כמ"ש הרמ"א כאן ולא שייך בתשמיש יש להם פדיון וע"כ ביקדשו ידי לא איירי באסרה על כל העולם וגם על הב"ח הקשה דלמה לי' טעם דכולל תיפוק לי' דלא אלמוהו כן תוכן דבריו ולפ"ז נדחו גם דברי הב"י והקצה"ח ס"ק ו' האריך בדברי הטו"ז ומהרי"ט דכתבו דגבי תשמיש לא שייך קונם מפקיע מידי שעבוד והשיג עליהם מדברי הר"ן דכ' דגם בזה שייך קונמות מפקיע מידי שעבוד. והנה בחידושי לאה"ע סי' ע"ד קצרתי בזה עכשיו ראיתי כי מוכרת להאריך ולבאר ושם כתבתי ליישב דברי הרמב"ם דכ' דבאמרה הנאת תשמישי עליך לא חל והקשו הרי קונמות מפקיע מידי שעבוד והרמב"ם לא ס"ל דאלמוהו רבנן שעבוד דבעל וכתבתי דלפי מ"ש התוס' גיטין (ד' מ') דאלמוהו היינו דאוקמוהו חכמים הנכסים בחזקת ב"ח וא"כ ודאי בתשמיש לא שייך זה דאוקמוהו בחזקת הבעל וא"כ יקשה לכ"ע למה אינו חל בתשמיש וע"כ צ"ל דהתוס' כתבו דלכן הקדש מפקיע מידי שעבוד כיון דיש בהם קדושת הגוף וחל שעה אחת תו לא פקעו וזה לא שייך בתשמיש ולכן לא שייך בזה קונמות מפקיע מידי שעבוד ומיושבים דברי הרמב"ם כן כתבתי שם. והנה רש"י ריש המדיר כ' דלכן בלהנות אין תשמיש בכלל דנימא יוציא בשבת אחת משום דלא חל דהא משועבד לה והתוס' שם הקשו על רש"י דאם תשמיש הוא בכלל להנות רק דלא חל משום דמשועבד לה דא"כ בגמר' דפריך אמזונות וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה והתנן קונם שאיני עושה לפיך וכו' ולמה לא דייק ממתני' דהא חזינן דאינו חל אתשמיש משום דמשועבד לה ואמרתי דהנה הב"ח כ' דאף בשעבוד שאין יכול לאסור מ"מ בכולל חל וא"כ ה"נ דלרש"י דס"ל דלהנות גם תשמיש בכלל ואינו חל משום דמשועבד לה ולמה לא יחול ע"י כולל משום דחל אמזונות חל נמי אתשמיש ונראה דהנה הקשו לרש"י דס"ל דהנאת תשמיש הוא ג"כ בכלל להנות ורק דלא חל א"כ נימא נדר שהותר מקצתו הותר כולו (באמת

הריטב"א כ' דלא שייך הותר רק היכי דתחילה חל ואח"כ הותר רק לא הכל מסכימים לזה) ובתשובת משיב כהלכה להגאון מפשעווארסק כ' לתרץ דלא שייך הותר מקצתו הותר כולו כאן דבאמת לא הותר כלל אף מקצתו רק חכמים אלמוהו ואך הרי כבר כתבתי דהתוס' כתבו דאלמוהו הוא דאוקמי רבנן ברשותי' כאלו הוא שלו לגמרי ולא רק שעבוד וזה לא שייך בתשמיש רק תשמיש דאינה יכולה לאסור הוא מטעם דרק על דבר שיש בו ממש שייך כיון דחל שעה אחת נחתה בי' קדושת הגוף ותו לא פקעה אבל בתשמיש לא שייך קונמות מפקיע משעבוד וא"כ לא חל והדרן קושיא נימא הותר כולה אך באמת אין סברת התוס' מוסכמת והר"ן ס"ל דאף בתשמיש שייך קונמות מפקיע ורבנן אלמוהו וסובר הטעם דמפקיע היינו דקדושת הגוף אלים להפקיע וגם רבנן אלמוהו הוא משום דיש כח בידם לבטל נדרו וס"ל לרש"י כהר"ן ולפ"ז לא קשה ג"כ דיחול בכולל דזה לא שייך רק לסברת התוס' דאלמוהו ואין יכול לחול אבל בכולל חל אבל להר"ן דבאמת חל רק רבנן הפקיעו מה יהני כולל דאין שום נ"מ בין כולל או לא וזה ברור בסברא (ולפ"ז ביקדשו ידי דהקשה הטו"ז יש ליישב דשם שייך אוקמוהו ברשותי') ולפ"ז מיושב קושיית התוס' על רש"י דלא בעי לאתויי ממתניתין דאין חל אתשמיש דשם י"ל דהוא מטעם דלא שייך קונמות מפקיע אבל במזונות קונמות מפקיע דמל על נכסיו אבל מקונם שאני עושה לפיך פריך שפיר דשם ג"כ שייך קונם מפקיע ומ"מ אלמוהו א"כ במזונות נמי אלמוהו ודו"ק וכ"ז כתבתי לפילפול בעלמא וגם מ"ש הב"ח דבשעבוד שייך כולל עיין מ"ש הש"ך סי' ע"ג ובמ"ש שם ואך זה כתבתי כאן לענין דברי הקצה"ח דעכ"פ זה ברור דיש מחלוקת הקדמונים בזה אי שייך בתשמיש קונמות מפקיע ולפי דברי התוס' גיטין (ד' מ"א) ודאי לא שייך כ"ז בתשמיש וכמ"ש הטו"ז ולחנם השיג עליו הקצה"ח גם מ"ש בס"ק ה' דהיכי דאסרה על כל לא אלמוהו להטו"ז הלא"ה לא נאמר בזה קונם מפקיע ואף בלא אלמוהו לא חל ויש להאריך עוד אכן כבר יצאתי מגדר הקיצור ודי:

סימן קיט

א) ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון בב"א וחזר שמעון ומכר וכו' אפי' לא נשאר בידו אלא עידית יכול לגבות ממנו. הסמ"ע ס"ק י' והש"ך ס"ק ד' כתבו דאף אם שמעון לקח העידית באחרונה מ"מ אם ירצה הב"ח גובה מלוי וכן אף אם ראשונה היא מ"מ יכול לגבות משמעון והנחה"מ חמה דא"כ למה הוצרך בש"ס לומר ושייר עידית לפניו כולן גובין ממנו דהא אחרונה הוא הא אף אם ראשונה הוא גובין ממנו והביא דברי הפרישה מה שתי' ודחה דבריו והמעיין יראה דדברי הפרישה ברורים דשם בב"ק (ד' ח) דלקח עידית באחרונה אמר פשיטא שייר שמעון עידית לפניו וכו' מכר העידית סבר אביי

למימר כולהו גובין מעידית וא"כ ודאי אביי דסובר דגובין מלוקח שני משום דשמעון לקח אותו עידית באחרונה וא"כ ודאי אם ראשונה היא אין גובין ממני ולזה באמרו פשיטא הוצרך לומר דהא אחרונה הוא ומה דאמר ובינונית וזיבורית ליתנייהו גבי שמעון היינו דאס יש ביד שמעון בינונית כיון דהי' יכול לדחות הב"ח אצל בינונית גובה בינונית אבל כיון דליכא גבי' א"כ יוכל לוי לומר גבה עידית שהרי אין יכול לדחותך וע"כ תגבה משום דהוא אחרונה:

ב) אם טוען כל לוקח וכו' אני לקחתי תחילה י"א דשומעין לו וי"א וכו'. הסמ"ע ס"ק ט"ז כ' דמשמע מהרמב"ן דדוקא באין זמן בשטרות אבל באם נכתבו כל השטרות ביום אחד מודה הרמב"ן דכולן נכנסו תחת הבעלים והתומים הקשה דמה חילוק בין נכתב ביום אחד בזה אחר זה או שלשתן נכתבו בניסן סתם כך לי יום אחד או חודש אחד ולכן פירש פירוש אחר בדברי הרמב"ן עיי"ש והמעיין בש"מ בשם המאירי כתב בפירוש חילוק זה בין נכתבו ביום אחד בין נכתבו בשלשה ימים ואין זמן בשטר ונראה קצת לחלק דהנה הרמב"ן כ' טעם דנכנסו תחת הבעלים משום דשני שטרות היוצאין ביום אחד יחלוקו ואף למ"ד שודא בכתובות (ד' צ"ד) זה הוא שודא דרבנן דיכנסו תחת הבעלים (ועיין תוס' כתובות דשני שטרי חובות ודאי יחלוקו כיון דשניהם אמת) ולפ"ז י"ל דהא דאמרינן נכנסו תחת הבעלים היינו היכי דנכתבו ביום אחד וכל אחד לא נתכוין לערמה ובשעה שקנה הראשון ידע שאולי ימכור היום לאחר ואדעתא דהכי נכנס שיהי' תחת הבעלים אבל בנכתבו בשלשה ימים דהראשון לא עביד מידי דהרי הניח בני חורין והאחרון שמא נתכוין לערמה לא עבדינן שודא להפסיד שטר הנכתב בכשרות. והנה האחרונים הקשו דלפ"ז י"ל דאין פלוגתא והרמב"ן איירי באין זמן והם איירי בנכתב ביום אחד והנה כבר רמז הסמ"ע לזה דבאמת אין פלוגתא ואך לפענ"ד פשוט דודאי הר"ן כ' הטעם דנכנסו תחת הבעלים משום דהוי כאישתדוף ב"ח דא"כ לא יגבה הב"ח כלום (ואך הרמב"ן כ' דלא הוי אישתדוף דכ"א אומר ששל חבירו הוא ב"ח) וי"ל באמת דזה דוקא בנכתב ביום אחד וכל השטרות כשרים אכן הי"א השני שהובא בש"ע דכ' הטעם משום דקנין שלשתן לא חל עד זמן שמוכח מתוכו ולי טעם פשוט דאף אם נכתבו בשלשה ימים הרי לא חלועד סוף ניסן והרמב"ן לא ס"ל כן עיין בדבריו בסוגיא דשני שטרות היוצאין ביום אחד:

ג) מכרן לשלשה זה אחר זה וכו' ואם שטרו של אחד מהם קודם לחבירו ובאים לגבות כאחד וכו' ואם הניזקין קודמין וכו' הניזקין קודמין לגבות מן האחרון אפי' הוא זבורית. הסמ"ע ס"ק כ"ד הביא לשון הטור שכ' וז"ל ואין הניזקין יכולין לומר א"כ הורע כחינו

שכך הדין מי שקדם שעבודו צריך לגבות תתילה ע"כ ובמינו הוא תמי' דכי הגבי' תלוי בשטר המוקדם שקדם שעבודו הרי הגבי' תלוי בזמן הפרעון מי שקדם זמנו לגבות ועוד אף אם זמן פרעון של הניזקין קדם מ"מ מי יכריחו לגבות תחילה ואין כופין אותו לתבוע ולמה לא יוכל להמתין עד שיגבה המאוחר ועיין כתובות (ד' ק"י) דס"ד דש"ס דבעל הבינונית גובה תחילה משום דקדים ופריך סוף סוף כי אתי למגבי בהדי הדדי אתיין ולכן נראה דאין כונת הטור דאף אם ירצה להמתין יכופו אותו לגבות תחילה רק איירי באין שום אחד רוצה להמתין ונותנין שטרותיהן לב"ד שיגבו להם ובזה קמ"ל דאף דידעינן שנצטרך לגבות עידית מלוקח ראשון וס"ד דנגבה תחילה הזבורית להכתובה כדי שיהי' להניזק העידית קמ"ל דהב"ד גובין למי שקדם שעבודו כיון דאם לא יהי' לגבות לכולן יגבה רק מי שקדם שעבודו וכן מדויק הלשון שכ' הש"ע ובאין לגבות כאחד ודברי הנחה"מ ס"ק ו' הם תמוהין בעיני שכ' שאין הב"ח יכול לפייס הלקוחות כדי שיטול עידית ולא ירדתי לסוף דעתו דמי ימחה בידו להמתין או לומר שעדיין לא גבה ומה לכם בזה שלקחתי מן הלוקח ואתם אם תבואו לגבות בע"כ מוכרחין אתם לגבות מהאחרון ואולי גם הנחה"מ אייריי באם הב"ד גובין ופייס ללוקח שילכו הב"ד אצלו לגבות אף דהוא ראשון ובזה כיון דמחל קדימתו הוי כנמכר הכל ביחד וגובה כ"א הראוי לו ואף ג"ז צ"ע וגם זה אם נאמר כן היינו רק במוחל קדימתו אבל במוחל הכל וכאלו לא קנה והם ב"ח או נותן בעצמו ודאי דגובין ממנו אם הב"ח מוקדם וזה נראה ברור:

ד) מכרן לאחד הלוקח נכנס תחת הבעלים. הקצה"ח ס"ק ד' הקשה להסוברין דאף ניזקין אין גובין מיתמי רק זבורית ומ"ש לוקח מיתומים ולי נראה פשוט דהלוקח דהפסיד לב"ח ולקח שעבודו הי' הדין שיגבה ממנו רק חכמים תקנו שאין נפרעין במקום שיש ב"ח משום דלהמלוה אין לו נ"מ רק בחילוק קצת שיש בין זבורית לעידית דמ"מ יגבה חובו והיכי דגם ללוקח אין נ"ח יותר לא עשו תקנה להפסיד לב"ח דינו אבל יתומים כן היתה התקנה שיגבו מהם זבורית:

ה) דוקא שמת המוכר אבל אם המוכר עדיין חי דיוכל להחזיר שטר הזבורית למוכר וכו'. התומים הביא דהרשב"א הקשה הא אף במת המוכר הרי יכול יכול להחזיר ליתומים הקרקע בחובת אביהם והיינו שיודה שחייב לאביהן (כן פירש התומים כונתו) ויתומים שגבו קרקע בחובת אביהן ב"ח חוזר וגובה מהם ויצטרכו לגבות מהם והתומים תי' דמסתמא הניזקין אין להם שעבוד דאקני ומה שיגביהו ליתומים יהי' דאקני והנה חוץ דיתומים הן כרעא דאבוהון והוי כבני תורין דגובה מהם אך בלא"ה נראה דלא שייך בזה קנה והוריש לא משתעבד דהא קרקע זו כבר הי' תחת שעבודו עוד קודם שמכר

ובזה נדחה גם חי' הא' עיי"ש והנה לרש"י דס"ל דרק לניזקין יוכל לומר קח בינונית ואם לאו אהדר ותקח זבורית אבל לב"ח אם יאמר קח זבורית יכול לומר לכי תהדר א"כ לק"מ דכאן אם יודה שחייב לאביהן יצטרך ליתן להם בינונית דב"ח דינו בבינונית וא"כ שוב א"י לומר לניזקין קחו בינונית דיאמרו לכי תהדר כיון דאז ג"כ יגבו בינונית (ואפשר דמנח קושיא זו יצא לרש"י זה) וא"כ שפיר אמרו דבמת מוכר נוטלין כדינן ופשוט ואך עדיין קשה לשיטת הרא"ש דס"ל דלעולם דנין כמהדר ואף ב"ת נוטל זבורית וקשה קושיית הרשב"א ונראה דהנה לכאורה קשה במה שאמרו אהדר שטר זבורית למרי' דילמא המוכר לא ירצה לקבלו ובמה שמחזיר השטר לא נתבטל המכר רק צריך לקנותו בקנין גמור ואולי לא ירצה וצ"ל כיון דמחויב לפרוע לב"ת מוכרח לקבל כדי לפרוע ועיין קצה"ח סי' ט' ולעיל סי' צ"ט אך כ"ז ניחא בב"ת עצמו אבל יתומים שלא הניח להם אביהן אין מחויבין לפרוע א"כ ודאי דיכולין לומר שיודעין שאין חייב לאביהן ואיני נוטל ואיני פורע ואף דלקמן סי' רע"ח מבואר דבן פשוט אין יכול לומר איני יורש ואיני פורע היינו משום דכבר זכה בהם אבל כאן דבאמת אין מגיע לאביהם רק רוצה להתחייב בקנין אודיתא יכולין היתומים לומר איני נוטל והניזקין יפייסו אותם שיאמרו כן וא"כ אין בידו להחזיר ליתומים ודו"ק. ובזה אמרתי לתרץ מה דדייק הש"ס ביבמות (ד' ל"ז) מהא דמי שאבדה לו דרך שדהו בחד דאתי מכת דיכול לומר אי שתקח ואי לא אהדר שטרי למרייהו ודייק דקם דינא וכל המפורשים הקשו מנ"ל מטעם קם דינא דילמא משום אהדר שטרי' ולפי מ"ש לא שייך שם אהדר שטרי דדילמא המוכר לא ירצה וע"כ הא דאמר מהדרנא הוא רק לתוספת דברים ור"ל כמו שהי' קודם שלקחתי ורק ע"כ מטעם דקם דינא ואין כאן מקומו לכן קצרתי:

סימן קכ

א) בתורת גיטין. עיין סמ"ע ס"ק ג' בסופו כ' וז"ל ואם א"ל זרוק בתורת גיטין והפטר אפי' אין יכול לשומרו פטור ועפ"ר ע"כ ולא זכיתי להבין דהרי לא אמר לו שיהא פטור רק אם יזרוק לו בתורת גיטין ומשמע דהיינו שיהי' בידו כמו קנין בגט ובפרישה לא מצאתי שום דבר ואולי איזה ט"ס יש כאן:

ב) הנה מעותיך צרורים. הסמ"ע תמה ע"ז דהא הלוה לא נפטר באומר בא וטול זוזך והש"ך ס"ק ג' מחלק דכאן כיון שא"ל שהם צרורים ושוב א"י הלוה להשתמש בהם לכן יצאו מרשותו ובעניי לא אבין דמה מהני מה שהלוה צרר אותם שלא יוכל שוב להשתמש ועיין מ"ש לעיל סי' ע"ד ויש קצת לפרש כוונתו דר"ל דהרי גילה דעתו שלא ישתמש ואך ג"ז לא אבין דמי ימחה בידו לעבור ע"ז אם יזדמן לו עיסקא וצ"ע:

ג) לא נשתנה מכח דיבור בעלמא. מכאן קשה על מ"ש הסמ"ע סוף סי' פ"א דאחר כלות זמן הלואה מחויב ליתן ריוח למלוה וא"כ ודאי נשתנה ע"י דבורו ולמה חייב באונסין ועיין מ"ש שם:

סימן קכא

הלכות העושה שליח:

א) שלח לו חובו או פקדונו ע"י שליח אם אמר לו המלוה לשלחו על ידו ונאבדו פטור. בס' שע"מ צידד באם לא שלח לו רק מקצת ועיי"ש שדעתו נוטה דבזה אין האחריות על המלוה כיון דשינה בשליחות שנתבאר בסי' ע"ד דבהגיע הזמן יכול לכופו לשלם הכל ביחד וא"כ הוי מעביר ע"ד כמבואר סי' קפ"ב אם שלח שליח לקנות לו כור וקנה לתך דהוי מעביר על דבריו ונתבטל השליחות ולפענ"ד דבריו צ"ע דבסי' קפ"ב דלא מצא לקנות כור הי' לו להביא בחזרה מעותיו אבל כאן וכי ס"ד דאם לא יתן לו הלוה הכל אף בקצח אינו מרוצה וזה דומה לאומר ערב לי בתמרים וערב לו בגרוגרות דאם ערב השליח בשלו לא הוי מעביר ע"ד וכן בשלח שלית שיקבל לו חטים במתנה ונתן לו הנותן שעורים וכי ס"ד דלא קנה עיין מ"ש סי' קפ"ב וה"נ כיון דאין השליח נותן להלוה חלופי המעות לא שייך קפידא ואף דיכול לכופו לפרוע הכל כיון דהגיע הזמן ומחויב לשלם הכל ומה הי' ביד השליח לעשות אם לא פרע רק מקצת וכי קיבל ע"ע לכופו בב"ד וא"כ למה נימא כיון דאין פורע הכל אף המקצת אינו רוצה וכל פרוטה ופרוטה הוא שליחות בפ"ט גם שם בסי' קפ"ב אין ברור באם רוצה המוכר להשלים הכור הוי מעביר ע"ד עיי"ש בנחה"מ וכאן הרי הלוה רוצה להשלים ובלא"ה הסברא כיון דהמלוה קיבל אחריות מהכל כ"ש דקיבל אחריות ממקצת כן נראה לפי ענ"ד: ב) אפי' השליח עכו"ם. הש"ך ס"ק ד' הביא דברי הרמב"ן דבשליח עכו"ם צ"ל והפטר והש"ך השיג עליו והנה הרמב"ן הביא ראי' מזרוק חובי דצ"ל והפטר וכ' הדרישה דמודה הרמב"ן ביחד לו אדם דאין צ"ל והפטר והדרישה לא עיין בדברי הרמב"ן עצמו רק בב"י שהביאו אכן הראי' שהביא משלח לי ביד עבדך משמע דאף ביחד אחד צ"ל והפטר והנה הש"ך דתה ראייתו דהתם יד עבד כיד רבו ונראה לתרץ דברי הרמב"ן דהלך לשיטתו דהנה הא דבזרוק לי חובי דצ"ל והפטר כ' הנתה"מ בסי' הקודם דכיון דהיכי דלא הגיע ליד בן דעת אין שייך בו ערבות לכן צ"ל והפטר ולפ"ז ודאי נכונים דברי הש"ך דהרי בבא ליד עכו"ם שייך בו ערבות א"צ לומר והפטר ודברי הנחה"מ נכונים בסברא אכן באמת הרמב"ן אין סובר כן רק ס"ל דאף בלא בא ליד בן דעת שייך ערבות כמבואר דבריו בהר"ן ריש קידושין דגם בחנם ע"ג סלע יש בו ערבות ומ"מ ראינו דבזרוק חובי צ"ל והפטר וע"כ דכ"ז שלא

אמר והפטר אין בו דין ערבות ולכן גם גבי עכו"ם צ"ל והפטר דאין חילוק בין זרוק לחן לעכו"ם שאין בו דין שליחות ולפ"ז שפיר מביא ראי' משלח ביד עבדך דאף דיד עבד כיד רבו מ"מ וכי אם יאמר לאדון תן לעבדך ואני אשלם אין בו ערבות ולמה בנאנסה פטור וע"כ צ"ל דאם שלח סתם לא הוי ערב א"כ אף גבי עכו"ם צ"ל והפטר ודו"ק כי דברי הרמב"ן נכונים לשיטתו. עיין פלוגתתם בסי' ש"פ:

ג) ובדרך שבני אדם רגילין להעביר שם ממונם. הסמ"ע ס"ק ד' כ' דבפרט לו שלח לי ביד פלוני אף אם פלוני העבירו במקום סכנה מ"מ תיכף כשנתן לידו נפטר ורק בלא פרט לו אז אין להלוה לשלחו במקום סכנה והש"ך ס"ק ה' פקפק בזה דח"ש והתומים מתרץ דבאמר שלח ביד פלוני וידוע דאותו פלוני הולך דרך סכנה הרי נתרצה לזה לכן פטור ע"כ ולא משמע כן מדברי הסמ"ע שהרי כתב דתלונתו על השליח שלא הי' לו להוליכו במקום סכנה משתע דיכול לדון עמו ואם ידע דהשליח הולך דרך שם וע"ד כן ציוה למסור לו א"כ גם על השליח אין לו טענה אך נראה כונת הסמ"ע מטעם אחר דאם לא פרט לו ודאי כמו שאין יכול ליתן רק ליד נאמן ה"נ אין יכול ליתן למי שהולך בדרך מסוכן דמ"ש אבל בפרט לו אדם מיד כשקיים הלוה דבריו ונחנו למי שציוה אין לו לידע איזה דרך יוליכו ותיכף יצא מרשותו והי' להמלוה להזהירו שילך במקום בטוח או ע"כ ידע המלוה שזה איש נאמן וישמור ממונו וא"כ אין לו על הלוה ודברי הסמ"ע נכונים בסברא: ד) אלא אמר לו בפני עדים מעות יש לי ביד פלוני. עיין סמ"ע ס"ק ו' דלכן בעינן דוקא שאמר לו בפני עדים מדטרח ויחד עדים כדי שיצא הקול שהוא שליחו ועיין תומים ויש שם חסרון בדבריו ורצונו להקשות על הסמ"ע דכ' דטרח משמע דאם הי' במעמד עדים לא מהני א"כ מאי פריך הש"ס על ר"ח מהא דתנן לא ישלח ע"י שליחו ודחיק לשנויי בשכירו ולקיטו לשני דאיירי בלא טרח ולכן העלה דעיקר הטעם הוא דעשאו בעדים יש לו קול:

ה) אבל לא עשאו שליח וכו'. הטעם דה"ק לי' אינש מהימנא הוא והביא הש"ך ס"ק י"א דברי התוס' שהקשו כיון דמחזיקו לנאמן אין יכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ותי' דאף אם הוא בעצמו הוליכו במקום סכנה חייב וכ' הש"ך דלדבריהם אין הלוה חייב רק בנתנו לו להוליכו במקום סכנה ודעת הפוסקים אין נראה כן ע"כ וכ' הנתה"מ דתיבת הלוה שבש"ך הוא ט"ס וצ"ל הנפקד והנה אם הש"ך בנפקד איירי איך כ' ודעת הפוסקים דסתמו אין נראה כן הא הם איירי בלוה והתומים כ' באמת דהפוסקים איירי בלוה והתוס' מיירי בנפקד עיי"ש שכ' דמה שמחלק הש"ך בין הפקיד אצלו לאמר לו אינש מהימנא הוא דוחק אכן השע"מ כ' דהתוס' לא איירי במוליכו במקום סכנה גם

הסוגיא לא משמע כן ועוד דהי' להם לפרש דאיירי במקום סכנה רק כונת התוס' דאין לו להוליכו בדרך וכל הדרכים בחזקת סכנה:

ו) ויחרים על מי ששלח שליח ולא יודה. הש"ך ס"ק י"ז הביא דהסמ"ע תמה דהא סעיף זה לא איירי ביש הכחשה ורק כיון דלא עשאו בעדים אין זה שלית וא"כ מאי חרם ושבועה שייך כאן והש"ך כ' דבמסר לו דיוקני שפיר הוי שליח אף בלא עשאו בעדים וגם בס"ק ט"ו הביא הש"ך דברי הסמ"ע שכ' אבל לא שינה השליח לאמר ללוה בשם המלוה שישלחם על ידו כי זה לא שם המלוה בפיו ותמה הש"ך דלשיטת הסמ"ע אף אם שם המלוה בפיו לא הוי שליח עיי"ש אכן נראה דברי הסמ"ע ברורים דהוא ס"ל דיש חילוק בין אמר לו הביאם לי דאז אפי' אם האמת כן לא הוי שליח אבל אם אמר לו שישלח על ידך שפיר הוי שליח ומזה איירי בסעיף ד'. ואבאר זה דהנה לכאורה אף להש"ך דכ' דדיוקני זה הוא הדין דסעיף ד' דאל"כ קשה למה לא העתיק הרמב"ם הדין דדיוקני עיי"ש ואכחי קשה למה לא העתיק הדין דאין משלחין לכתחילה בדיוקני כדברי הש"ס אך פשוט כיון דכ' הדין דביש הכחשה המלוה נאמן א"כ פשיטא דהברירה ביד הלוה שלא יתנם לשליח ואם ישלח איהו דאפסיד אנפשי' ואין כאן חידוש דין אכן לפ"ז יקשה על המחבר דבסעיף ד' העתיק דברי הרמב"ם בכתב שהיו בו סימנים ואותיות למה בסעיף זה כ' דין זה דאם שלח חותמו לא נפטר הלוה וגם למה עשה מזה סעיף בפ"ע והי' לו לפרש דהיינו חותם או סימנים כיון דזה הכל הוא פירוש של דיוקני וע"כ נראה דהוא מפרש דיוקני בענין אחר והיינו כמו שהעתיק כאן בסעיף ג' והיינו דפי' דלא ישלח מעות בדיוקני הוא אף אם השליח אומר אמת והיינו בלשון גרוע שאמר הבא מעותי ובזה אין משלחין ואף דלפי זה מנ"ל הדין דסעיף ד' י"ל דמ"מ לא פליג על דין שכ' הרמב"ם. שוב ראיתי בפרישה ותה"ל כונתי בסברא ואך ראיתי דעיקר לשון טוב הוא שאמר שישלח על ידו כמו בסעיף ד' דהי' בכתב שלחהו ביד לוי ובסעיף זה איירי שאמר שישלח ולא אמר על ידך ולפ"ז דברי הסמ"ע נכונים ולעיל כ' שלא שינה השליח שישלחם על ידו דאז ודאי דהוי שליח וכן כאן שפיר הקשה כיון דכאן איירי בלשון גרוע אף שמסר לו חותמו אין משלחין א"כ אין כאן חרם ושבועה:

ז) ויש מי שהורה שישבע. הש"ך ס"ק כ"ד הקשה למה כאן הביא שני דיעות ולקמן סעיף י' לא כ' רק דיחרים ולא כ' דצריך לשבע ועיי"ש מ"ש ולא אדע דהחילוק מבואר דלקמן בשליח שעשה הלוה הא אינו יודע כלל שבא מעותיו להמלוה לכן אין על המלוה שבועה אבל כאן דבא השליח בשם המלוה א"כ עכ"פ ברי ע"פ אחר הוי ובא ליטול צריך שבועה. ואמת כי הש"ך לקמן ס"ק נ"ט כ' דאף אם הלוה טוען שאמר לו השליח שמסרם למלוה

(והוי ג"כ ברי ע"פ אחר) מ"מ א"צ לשבע אמת כי לא ידעתי מנ"ל להש"ך זה ונראה דלא כתב כן הש"ך רק לדינא והכרעתו כיון דאף כאן כ' הש"ע דיעה הא' בסתם דא"צ לשבע אבל המחבר דלא הביא שם ב' הדיעות איירי רק בשמא ואף אם תאמר דאף המחבר איירי ג"כ בברי ע"פ השליח מ"מ כיון דלא העתיק שם דאיירי בברי לא הביא דיעה זו דישבע ובפרט דאף כאן סובר דא"צ לשבע והביא דיעה זו בסתם הגם דיש עוד לחלק דכאן נתן מעותיו ע"פ אחר ואז עדיין לא הי' נוגע אבל שם דטוען הלוה שאמר לו למלוה דאז כבר הי' השליח נוגע ועיין ש"ך סי' ע"ה מחלק בברי ע"פ אחר נוגע לא הוי ברי ואך א"צ לזה כי מ"ש ברור: ח) שישבע. הש"ך ס"ק כ"ה כ' בשם המבי"ט דאף אם יש נאמנות בשטר צריך המלוה לשבע והתומים תמה דא"כ לעולם לא יהני נאמנות דיוכל הלוה לעשות סימנים ויזקיקו לשבועה והנה לפי הנראה מלשון הש"ך איירי המבי"ט דהשליח הביא להלוה גם השטר ואין בזה הכחשה רק המלוה טוען שלא שלחו רק הפקיד השטר אצלו מ"מ הי' בידו ליתן השטר ליד הלוה ולשורפו ואף דלא נפטר הלוה דלא הי' לו ליתן המעות בלי הרשאה מקוימת מ"מ הנאמנות לא מהני כיון שהאמין למוצא ואין המבי"ט ת"י:

ט) אני מכיר שהוא כתב ידך ועל פיו מסרתי ליד השליח. הש"ך ס"ק כ"ז הביא דברי הב"ח שכ' דאם מסרו להשליח קודם שהגיע הכת"י לידו א"כ פושע הוא והש"ך השיג עליו דאף דהלוה לא ידע שהשליח יש לו כת"י המלוה מ"מ הרי המלוה האמינו ונתברר למפרע שבדין מסר לידו ופטור ואח"כ כ' הש"ך דאולי הב"ח כיוון שהלוה מסר המעות קודם שנתן לו המלוה כת"י ובזה י"ל דאז עדיין לא האמין לו לכן הלוה, חייב וסיים גם בזה בצ"ע ור"ל דודאי דוחק לומר דמעיקרא לא המזיקו לנאמן. והנה בלא"ה אם נפרש כן, כונת הב"ח צ"ל דרק בפקדון איירי כיון דלא החזיקו לנאמן שייך אין רצוני וגם לא מהימן לי בשבועה ושומר שמסר לשומר חייב ובזה ודאי הנכון עם הש"ך דהרי מ"מ עכשיו מחזיקו לנאמן ומהימן לי' בשבועה אכן דברי הב"ח קאי על הלואה וא"כ אף שכבר הי' כת"י המלוה בידו בעת שמסר מעותיו מ"מ הרי כיון שלא מסר ע"י כת"י הוי שליחו של הלוה ואם נאנס אצל השליח ברשות הלוה הוא ולא ניתק משליחותו להיות שליח המלוה ובפרט לפי מ"ש הש"ך סי' קפ"ה דאף בממון בעינן שלית שניתן לחזרה אך ראיתי דגם זה צ"ע דהא בחוב תן כזכי ונעשה שליחו של מלוה ואף דלא נעשה באחריות המלוה מ"מ כאן דהמלוה ג"כ עשאו שליח אפשר דהוא שלית גמור של המלוה ובאחריותו הוא ועדיין צ"ע:

י) ואם הוא מלוה בשטר אין הלוה נאמן. הש"ך ס"ק למ"ד כ' דהמהרש"ל פסק דנאמן הלוה בהיסת ותמה עליו ובאמת כי דבריו תמוהין דהרי שובר שאין מקוים לא מהני נגד שטר והמעיין במהרש"ל יראה שכ' וז"ל דבכל גונא נאמן בין בטוען להד"ם והחזרתי או שמכיר הכת"י הרי דאיירי באופן דהלוה נאמן. והנה הש"ך כ' אולי המהרש"ל השיג על הטור לפי מה שהבין דהטור לא אייר בשטר רק באמר לו אל תפרעני אלא בעדים וגם זה צ"ע ע"כ והנה אף דנראה דהרש"ל לא קאי ע"ז מ"מ לענין דינא הי' נראה דבאמר אל תפרעני אלא בעדים כמו שיוכל לומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י וה"נ נאמן שהכיר הכת"י כיון דיכול לפרוע על כת"י. שוב ראיתי כי תה"ל כונתי לדעת הקצה"ח אך ראיתי כי הנתה"מ דחה דבריו כי יען הכת"י לפנינו וא"י לקיימו ריע טענתו ואינו נאמן בלא מיגו ועיינתי בזה והנה הסמ"ע סי' ע' הקשה למה אינו נאמן לומר פרעתיך ביני לב"ע במיגו דפרעתיך לפני פו"פ והלכו למדה"י ותי' ע"ז ג' תרוצים הא' דאנן סהדי כיון דהתנה עמו ודאי לא פרעו ועוד דאין זה מיגו דיאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו ולפי שני תרוצים אלו נראה דכאן נאמן דלא שייך אנן סהדי כיון שאומר שפרע על הכת"י וגם לא שייך דאין רוצה לטעון שפרעו לפני פו"פ דנראה כשקרן בעיני העולם דכאן כיון דאין יכולין לקיים וריע טענתו דנראה כשקרן כמ"ש הנתה"מ א"כ כיון דג"כ נראה כשקרן הוי מיגו מעליא אך בתי' הג' שכ' שם דכיון דהתנה הוי כהתנה שלא תועיל המיגו בזה י"ל כהנחה"מ דכאן ג"כ כיון דלעולם יוכל לזייף כת"י התנה גם ע"ז אכן גם זה אינו ברור דשם לעולם יהי' לו מיגו ביטעון שפרע בינו לב"ע א"כ למה התנה אבל בכת"י שפיר י"ל דלא ירא שיזייף ובפרט דלא חציף אינש לזיופו וא"כ ודאי יותר נראין דברי הקצה"ח:

א) השליח שאומר שנאנסו צריך לשבע שבועת השומרין עיין תומים ושע"מ הקשו דמי ישביעו המלוה הרי גובה חובו מהלוה והלוה הרי טען שהכיר הכת"י א"כ אינו שליחו ושומר שלו והתומים תי' כיון דמשלם חוזר להיות שליחו של הלוה ובשע"מ תי' דכיון דהי' הברירה בידו שלא ליתן לו הוי ג"כ שליחו והקשה השע"מ דמ"מ קשה הא הש"ס פריך מיגו דיכול לומר החזרתי יכול לומר נאנסו ורק התי' בזה דהוי מיגו דהעזה וכאן בין כך וב"כ מעיז או נגד הלוה או נגד המלוה ויהי' נאמן במיגו וכבר כתבתי בחי' לאה"ע סי' ל"ה דמה שטוען שנתן למלוה והלוה צריך לשלם זה הוי נאנסו ועיין סי' צ"ז ולקמן סי' קכ"ו מ"ש וא"כ אין לו מיגו שנתן למלוה ולפ"ז מ"ש שם דאם מת המלוה וצריך ליתן ליורשיו מ"מ א"צ השליח לשבע שנאנסו במיגו שהי' יכול לומר שנתן למלוה ולא הי' מעיז ולפי מ"ש אף זה הוי כנאנסו אך הש"ך לקמן ס"ק נ"מ כ' דאם השליח טען שנתן

למלוה פטור משבועה אף דהלוה צריך לשלם ליורשיו ולפמ"ש צ"ע בזה דהרי זה הוא טענת נאנסו ויתבאר לקמן:

יב) ונשבע השליח עיין ש"ך ס"ק ל"ז בשם המרדכי דאם הלוה שלח מעות להמלוה ונאנסו מיד השליח אין המלוה יכול להשביעו וכ' המהרש"ל הטעם דשמא הלוה לא ירצה להשביעו וישלם וכ' הש"ך לפ"ז אם הלוה במדה"י או שאין לו לשלם צריך לשבע והקצה"ח כ' דמשמע מהמרדכי דאין הטעם משום זה רק דהשליח יכול לומר לאו בע"ד דידי את שהרי הביא ראי' מבני העיר ששלחו שקליהן ונאבדו נשבעין לגזברים ואם לא נתרמה התרומה נשבעין לבני העיר משום דשוקלין אחרים תחתיהם ע"כ וכונת הקצה"ח דאף אם המלוה מפסיד מ"מ אין הוא בע"ד דידי' להשביעו ודבריו לא הבנתי דאולי גם שם דשוקלין אחרים תחתיהם ואין ההקדש מפסיד לכן א"י הגזבר להשביעו ומנ"ל דשם אין הטעם משום זה וגם מ"ש דלאו בע"ד דידי' הוא לא אבין דהא הולך בחוב כזכי ובלא"ה תיכף כשקיבל המעות נתחייב לו מדר"נ והוי בע"ד דידי' ועיין בשע"מ:

יג) השליח אינו נאמן. הש"ך ס"ק ל"ת כ' דאף אם הוא אינו נוגע ע"א אין פיטר מחרם סתם והתומים סי' פ"ז כ' דנגד שמא מהני ע"א לפטור אף מחרם דע"י העד עכ"פ אין כאן ספק ולפי ענ"ד נראין דברי הש"ך דלא עדיף מלעיל סעיף ו' דהשליח נשבע ומ"מ יכול להחרים דהרי התומים ג"כ לאו מדין עד אתי עלה ורק מסברא וא"כ מה לי בירור ע"י עד או ע"י שבועה וגם הרי הא דעד הצריך שבועה אינו עד הוא מגזה"כ ולא מסברא ונימא ג"כ דאין כאן ספק וע"כ דמ"מ לפטור מח' לא מהני דמאי איכפת להחרים וה"נ י"ל בע"א ומ"מ עכשיו דיש חרם לנוכח ודאי הוא לפי ראות הב"ד: יד) שבועת היסת. הש"ך ס"ק מ"ב הביא בשם התה"ד דאם אחד שלח שליח ליתן לאחד מנה והשליח אומר שנתן והוא כופר אין המשלח יכול לכוף להשליח לתבוע למי שנשלח לו כיון דאחד ישבע לשוא והש"ך תמה דמה לו להשליח בזה שהנתבע ישבע לשוא ע"כ ולא ידעתי מאי קשיא לי' דהשליח הא בלא"ה א"צ לדון עמו דהוא עשה שלו וקיים שליחותו וכבר נשבע ומה לו בזה שהוא כופר ואך משום השבת אבידה צריך לטעון עמו וכמו כופין ע"מ סדום לכן כתב התה"ד כיון דיהי' שבועת שוא אם ישבע שוב יאמר השליח למה אהי' בספק פסול גם יכול לבוא לידי הפסד שהנתבע לא יהי' אח"כ נאמן להעיד לו ושוב אין כאן מדת סדום שוב מצאתי בתומים כן ואך כונת הש"ך דאף אם לא יתבעו השליח יתבעהו המשלח ויצטרך לקבל מרם וג"כ יפסול אך מ"מ נראה דיכול השליח לומר מה לי בזה שאתה תפסול אותו אני איני רוצה לתובעו ולפוסלו:

טו) אבל. עיין ש"ך ס"ק מ"ג הביא דברי מהרי"ל בשליח שמסר לאשתו של מלוה דנשבע השליח וגם אשתודמלוה והש"ך כ' דסגי במת דאשת המלוה נשבע שמסרה לבעלה עיי"ש וקצת צ"ע לפמ"ש הנחה"מ ס"ק י"ב דזו השבועה של השליח הוא שבועת השומרין ואשת המלוה הרי אינה צריכה רק היסת אם נפטר השליח בשבועתה וכן לפי מ"ש ס"ק י"א די"ל דהוי שבועת נאנסו ויש על השליח ש"ד ואך בזה י"ל דגם היא יש עלי' ש"ד ודו"ק:

טז) שאמר לו הלוה תוליך לפלוני. הש"ך ס"ק מ"ד הביא דברי הראב"ן שכ' דהא דאמרינן בקידושין מיגו דיכולים לומר החזרנום ללוה נאמנים לומר פרענום למלוה היינו בלא אמר הולך או תן דאל"כ הרי הוי כזכי ואם החזירם ללוה צריכין לשלם שנית למלוה א"כ אין להם מיגו וכ' הש"ך דלכן לא חילקו הפוסקים בזה דעכשיו אחר תקנת היסת אין נ"מ כמו שאמרו בש"ס דלעולם אין נאמנים בתורת עדות ורק תמה על מ"ש המחבר דאם פטר אותם משבועה יש עליהם תורת עד ובזה קשה למה לא חילק בין אמר הולך דאז אינם נאמנים בתורת עד ותי' הש"ך דהש"ע איירי בלא מסר להם בעדים ויש להם מיגו דלא אמר הולך והחזרנום ולי נראה דבלא"ה ניחא דהרי יש להם מיגו דנאנסו ואף במסר להם בעדים ואך בש"ם הוצרך הראב"ן לפרש בלא אמר הולך דשם אם תאמינם במיגו דנאנסו א"כ צריכים לשבע אף קודם שתקנו היסת אבל בפטרם משבועה ואין עליהם שבועת נאנסו א"כ לעולם יש להם מיגו וזה ברור:

והנה הנתה"מ הקשה על הראב"ן דאף באמר להם הלוה הולך מ"מ הרי יש להם מיגו דאי בעי אמרו שהחזירו ללוה בתורת פקדון דפטורים כמבואר בטו"ז סי' קכ"ה דכה"ג פטור ומתרץ דאם יאמרו שהחזרנום ללוה בתורת פקדון יש עליהם ש"ד עיי"ש וקשה לי דהרי אם יאמרו דפרעו למלוה אין עליהם (קודם שתקנו היסת) וא"כ אף אם יאמר החזרנו ללוה בתורת פקדון פטורין משבועה במיגו דפרעו למלוה וא"כ אם אומרים שנתנו למלוה נאמנים בתורת עדות במיגו שהחזרנו ללוה ובשלמא בנאנסו שכתבתי אין נאמנים נגד המלוה במיגו דפרעו למלוה דהוי מיגו דהעזה כמו כל נאנסו שאין נאמן במיגו דהחזרתי אבל לומר שנתנו ללוה דבין כך וב"כ מעיזין שפיר יש להם מיגו ועיין סי' קכ"ו ציינתי לאה"ע סי' ל"ה שהארכתי בכעין זה וכן מבואר בשע"מ ובמקנה והוא קושיא נפלאה אך עיקר דברי הנחה"מ שכ' בשם הטו"ז שאם החזיר ללוה בתורת פקדון פטור הוא תימה בעיני דכי יוכל אדם ליקח דבר מחבירו ולמסרו למי שרגיל בעל החפץ להפקיד אצלו ורק אם בעצמו מסר לו לשמור יכול למוסרו לשומר אבל כאן הרי המלוה לא מסר כלום בידם ורק הוא זכה לו איך ימסרנו לאחר ומה שציין להטו"ז לא מצאתיו

שם וצ"ע: יז) ישבע השליח. עיין ש"ך דאף דאין הלוה טוענו ברי מצטרפין טענת המלוה עיי"ש ולפמ"ש הרבה פעמים לעיל ס"ק י"א וסי' קכ"ו דהא דצריך הלוה לשלם שנית הוי כנאנסו המעות ויש על השליח שבועת נאנסו ורק דנאמן במיגו דהחזרתי ללוה דב"כ וב"כ מעיז וא"כ פשוט דצריך לשבע היסת דלא עדיף ממיגו דהחזיר ללוה שצריך לשבע: יח) ומשכנו וכו' והוא חייב לשלם דהו"ל למשכנו בעדים הש"ך ס"ק ס"א הביא דברי הנ"י דאף דהי' יכול עדיין לטעון נאנסו נאנסו לא שכיח והש"ך פקפק בזה ואני אוסיף לפי מה דכ' הש"ע לקמן סי' קל"ג סעיף ב' דאף באמר אל תחזיר אלא בעדים נאמן במיגו דנאנסו ועיין תומים ושע"מ דהוי ספיקא דדינא א"כ אכתי הי' יכול לטעון החזרתי גם האחרונים הקשו מלעיל סעיף א' וכל התרוצים הם דחוקים לכן ודאי הנכון עם הש"ך דצ"ע לדינא:

סימן קכב

הלכות הרשאה:

א) אם ירצה הלוה לא ישלחנו ע"י שליחו וכו' והטעם מפני שיש לחוש שמא ימות המלוה. והנה ביען כי נראה שהאחרונים נטו מפירוש הפשוט בדברי הבעה"ת במחכ"ת וגם הש"ך כ' בס"ק ד' בפשיטות דלהבעה"ה מחויב ליתן לשליחו והשיג על הש"ע וב"י באיזה דינים ואף כי מה אני להכריע נגד דעתם מ"מ תורה הוא וכו' ואבקש מהמעיין כי ישים דברי נגד עיניו ויראה כי אתי הצדק ודברי הב"י נכונים ויען כי לא רציתי להלאות הקורא חלקתי הדברים לאיזה ס"ק כי מוכרת אני להאריך קצת. הנה הרי"ף כ' בפשיטות דהיכי דלא בעי למתבינהו להשליח לא כייפינן לי' וכן הבעה"ת הביא בפשיטות דברי הרי"ף והש"ך דחק עצמו דזה רק באומר הלוה שיש לו טענה וטעמו משום דהבעה"ת שער נ' כ' דלא חיישינן לביטול ומיתה והבינו האחרונים מדבריו דהיינו דלא מצי למדחי את השליח גם הש"ך ס"ק הנ"ל כ' כן בלשון בעה"ת בפשיטות דלא מצי למדחיי' אף שלא נזכר זה בדברי בעה"ת ולכן פירש דברי הרי"ף דיש לו טענות וגם מדברי רש"י שכ' דר' אבא זקן הי' דייק הש"ך דלולי כן לא הי' יכול לדחותו רק בזקן חיישינן למיתה ולענ"ד הוא תימה להוציא דבריהם מפשוטו ובודאי סתם דברי הרי"ף משמע כהש"ע והרמב"ם דלעולם לא כייפינן לי' וכמו שכ' הרי"ף דיכול לומר לאו בע"ד דידי את ודברי בעה"ת כבר כתבתי דלא נזכר בדבריו שא"י לדחותו עיין תומים הביא לשונו ומ"ש דלא חיישינן למיתה וביטול אבאר אי"ה והנה הש"ך בנה כל יסודו ע"ד הרא"ש פ' הגוזל דהקשה כיון דאם יתן להשליח יפטור מהאחריות למה יתנו חכמים יד לזה לעכב ממון חבירו ותי' דחיישינן לביטול ומיתה וס"ל להש"ך דהכל מודים לזה וא"כ הבעה"ת דלא חיישינן

לביטול ומיתה ע"כ דלא מצי למדחיי' ומ"ש הרי"ף ובעה"ת דיכול לומר לאו בע"ד דידי את קשה למה באמת יכול לומר כן כמו שהקשה הרא"ש וע"כ דאיירי ביש לו טענות זה עיקר כונת הש"ך ובעניי הדברים פשוטים דמה לו להלוה בזה דהמלוה עשאו שליח הלוה אומר אין לי עסק עמך וראי' לזה דהרי התוס' במרובה ופ' שבועת העדות הקשו למ"ד דאף במטלטלין דלא כפרי' לא כתבינן הרשאה וקשה מפ' יש בכור דקאמר שתי נשים משתי אנשים שלא ביכרו וילדו שני זכרים ונתערבו ומת אחד מהם תוך למ"ד אם לכהן אחד נתנו יחזיר להם חמשה סלעים ומוקי בבא בהרשאה ולמ"ד דלא כתבינן קשה ותי' דאיירי במעמ"ש והפוסקים כתבו דבעינן הרשאה לדקיי"ל דכותבין ולפי דברי הרא"ש אין התחלה לקושיית התוס' דשם אין חשש מיתה וביטול ואדרבה יקשה למה צריך הרשאה דהרי שם אף אם ימות או יבטל לא יצטרך לשלם שנית אם יתן לאחד גם לפי האמת קשה למה יצטרך הרשאה אמת דהתוס' פ' יש בכור כתבו דיש מי שאומר שא"צ הרשאה וכן פסק הש"ך יו"ד סי' ש"ה דסגי בשליחות בעלמא וזה כדעת הרא"ש (וכן בדין לפי המנהג שכ' הרמ"א) אכן כל הפוסקים כתבו דבעינן הרשאה וכן התוס' לא כ"כ רק בשם יש מי שאומר וע"כ דלא חשו לקושיית הרא"ש דלמה יעכב מעותיו ורק טעמם פשוט דיוכל לומר לאו בע"ד דידי את וכן הבין הרא"ש בדעת הרי"ף וא"כ אף דהבעה"ת ס"ל דלא חיישינן לביטול ומיתה מ"מ אין כופין הלוה ליתן לו וכן מצינו בכמה מקומות דיכול לומר לו לאו בע"ד דידי את כמו לוקח שטר בלא כתיבת קני לך אף דעדיף משליח ובהרבה מקומות והא דכ' הבעה"ת שער נ' דלא חיישינן לביטול ומיתה הדבר פשוט דשם קאי לענין שאם הלוה נתן לו פטור דהא הבעה"ת ס"ל כהעיטור דאף דיכול לבטל את השליחות מ"מ הוא א"צ לחוש לזה וכיון דנתן ע"פ דין דחזקה דלא ביטל לכן אם נתן פטור אף בביטל וזה ג"כ כונת בעה"ת דאם יהי' שורת הדין דלא יתן דהיינו דיש לחוש שביטל ודאי אם נתן וכבר ביטל המלוה שליחותו חייב דלמה הי' לו ליתן אך כיון דלא חיישינן א"כ נתן ע"פ דין והלוה אפסיד אנפשי' דעשאו בתחילה שלית לכן פטור וזה ברור וא"כ גם בדעת רש"י י"ל כן ורק דשם ודאי קשה לומר דר"י בר חמא רצה לדחותו ולומר לאו בע"ד דידי את וגם הרי אדרבה נתן לו עצה שיקנה ע"ג קרקע כדי שיתן לו וא"כ למה לא נתן לו מיד כיון דלא חיישינן לביטול ומיתה ויפטר אם יתן לפיכך פי' דר"א זקן הי' ויש לחוש בדין למיתה ושוב יתחייב אם יתן לו וימות ואך הפוסקים לא ס"ל כרש"י ואף בזקן לא חיישינן ועוד אבאר בסמוך כי מהש"ס ג"כ משמע דלעולם אין כופין ליתן להשליח ורק הפוסקים פליגו בטעמו וא"כ ודאי לא זכיתי להבין מה שכ' הש"ך דלהפוסקים דלא חיישו לביטול כופין אותו ליתן גם תימה בעיני למה עזב צדיק

דרכו לנטות מדרך הפשוט בדברי הרי"ף ובעה"ת והרמב"ם שכתבו בסתם דאין צריך ליתן להשליח ואבאר בס"ק שאח"ז מה שיש עוד לתמוה בזה:

ב) והטעם מפני שיש לחוש שמא ימות. הש"ך ס"ק ד' כ' דגם הרא"ש סובר דאין יכול לעכב מחשש מיתה רק דאם נתן ומת חייב ורק יכול לעכב מטעם שמא ביטל השליחות עיי"ש והוא נגד הסברא דאם אינו יכול לעכב למה חייב במת וגם החילוק בין ביטל למת צ"ע בעיני ואף דכן כ' הפרישה והרי בתוס' גיטין (ל"ג) כתבו דלא הוי ה"ס דאוקמי אחזקה שלא יבטל הרי כמו דמוקמינן אחזקת חיים מוקמינן נמי אחזקת שלא ביטל. ואבאר דהנה הטור כ' הטעם שמא ביטל וכ' דמדברי הרא"ש משמע דבהרשאה שוב לא מהני ביטל השליחות וממילא גם כשמת לא נתבטל השליחות ואך בתשובה כ' דכשמת בטל השליחות והב"י כ' דאף ביטל סובר הרא"ש דמהני רק באם הלוה נתן לו אבל מת ונתבטל חייב ורק בהקנה לו אג"ק שוב לא מהני ביטל או מת ואף בביטל צריך ליתן לשליח ואם אין בידו הרשאה רק עשאו בעדים חייב בביטל ומת אף בלא ידע וג' חלוקים בדבר והב"ח השיג על הב"י וס"ל דאף בשליח בעדים הלוה פטור וכן השיג על הטור וכ' דנ"מ בהרשאה דאז כייפינן ללוה ליתן. והנה המעיין בדברי הרא"ש יראה דאי אפשר כלל לומר כן ודברי הב"י נכונים לכן אעתיק דברי הרא"ש בקיצור דתחילה העתיק דברי הרי"ף דאין כופין את הלוה ליתן כ' אח"כ וז"ל וצריך טעם לזה כיון דידעינן דשוי' שלית ופטור מאחריות ושליחו כמותו למה יתנו חכמים יד לעכב ממון חבירו ונראה דחיישינן שמא יבטל השליחות ואם כ' לו דון וזכי וכו' ואף דפסקינן דשליח שוי היינו שאינו יכול לתפוס לעצמו אבל מ"מ אין יכול לבטל ובתשובה כ' דמ"מ כשמת נתבטל רק אם הקנה אג"ק שוב הוי שלו ואף כשמת לא זכו בו יורשיו וסיים שם בתשובה כיון דאקני לי' אג"ק לא חיישינן אם מת לענין אחריות הדרך דמהני התקבלתי דשליח רק אם ידעינן ודאי שמת הרי דכ' בתשובה דדוקא כשהקנה לו שיהא כשלו לא חיישינן אבל כשיש על הלוה אחריות והיינו בלא הקנה אג"ק אין כופין כלל וא"כ צ"ע מ"ש הש"ך דכופין אף דאם מת חייב ומשמע מהרא"ש דאף בהרשאה אין כופין ואף דהרא"ש סיים דלא מפקינן מחזקת קיים מ"מ צ"ל דס"ל כיון דאפשר שיבוא ריעותא ללוה אין כופין אותו ועוד קשה דצריך להבין מנ"ל להרא"ש שיש ג' חלוקים שליח בעדים חיישינן לביטל (מ"ש הב"ח דחיישינן לביטל היינו כיון שיכול לבטל חיישינן לטובת המלוה לא זכיתי להבין דאיך נחוש מה שהוא עצמו לא חש) ובהרשאה לא חיישינן רק למיתה ובאג"ק אף למיתה לא חיישינן גם הב"ח הקשה דמנ"ל להרא"ש דלהרי"ף אף דיכול לבטל הרשאה מ"מ נפטר הלוה ונראה דאלו ג' חלוקים יצאו לו להרא"ש מגמר' מפורשת מעובדא דר"א דמסיק זוזי

בר"י בר חמא וקאמר לרב ספרא אייתינהו נהלי' אזל א"ל ריב"ח מי כתב ר"א התקבלתי (בקבלתו של רב ספרא) לסוף אמר אף אי כתב לך התקבלתי לאו כלום הוא דילמא שכיב ר"א וכו' עד לקנינהו אג"ק. והנה לפי מה שקשה לו להרא"ש דאף לשליח למה לא יתן היינו דקשה לו על ריב"ח למה לא נתן לרב ספרא ולמה הוצרך התקבלתי כיון דשליח הוא ופירש דהי' שליח בעדים לכן הוכרח הרא"ש לומר שמא ביטל השליח ולק"מ מה שהקשו למה לא נקט טעם חשש מיתה דהרי מעיקרא דאמר ריב"ח דיכתוב התקבלתי אכתי לא עלתה על דעתו חשש מיתה ואח"כ כשחש למיתה אמר דאף התקבלתי אינו מועיל וע"כ בתחילה למה לא נתן וע"כ דהוא מחשש ביטל ולזה הי' מהני התקבלתי ואח"כ לחשש מיתה הוצרך לאג"ק וא"כ כל השלשה חילוקים מבוארים דבלא הרשאה יכול לבטל והיינו דהרא"ש פירש התקבלתי היינו שיכתוב לו הרשאה ואז אינו יכול לבטל ומ"מ אין כופין משום חשש מיתה (וזה כהב"י ולא כהב"ח) ובאג"ק אף למיתה לא חיישינן והיינו דאז הוא שלו לגמרי וכל מעיין יראה כי דברי כנים ודברי הב"י נכונים ועיין באחרונים שהאריכו לדקדק ולהקשות ומפני אריכות לא הבאתי דבריהם והכל מתורץ במ"ש. ואף הש"ע לא כ' רק שני חלוקים שליח ובא בהרשאה דמשמע כן מדברי הרי"ף והרמב"ם וכן כ' בעה"ע בפירוש ולקמן אכתוב שיטתם בפירוש דברי הש"ס ולכן בשליח בלא הרשאה כ' החשש מיתה ואף שהרא"ש כ' חשש זה להרשאה מ"מ כיון דהמחבר פסק דבהרשאה לא חיישינן כלל א"כ אין בו נ"מ לדינא אם מטעם ביטל או מיתה ונקט טעם מיתה דמבואר הוא בש"ס דילמא שכיב ר"א ולכן תימה בעיני מ"ש הש"ך דהרא"ש סובר דמטעם מיתה אין יכול לדחותו לכן כ' מטעם ביטל וכבר בארתי דאדרבה בלא התקבלתי דהיינו הרשאה חיישינן לביטל ובהרשאה אף דלא שייך ביטל מ"מ חיישינן למיתה ויכול עי"כ לדחותו גם מ"ש הש"ך ס"ק ה' דבעל העיטור סובר דלא חיישינן למיתה באמת אין מבואר כלל זה בדבריו רק כ' דאף בביטל אין אחריות על הלוה וכמ"ש הב"י ובאמת אפשר דלא חיש לא לביטול ולא למיתה ורק שאין מחויב ליתן לו דלאו בע"ד דידי' הוא וכהרי"ף ועיין בס"ק שאח"ז ועיין לקמן סי' ק"ל ס"ק ד':

ג) מיהו אם ידע שמת לא יתננו לשליח. הש"ך ס"ק ו' הקשה דהרי בפירוש כ' הרא"ש דהקנה אג"ק הוי המעות שלו ואף אם מת למה לא יתן ולדעתי לק"מ דודאי הרא"ש כפי פרושו בש"ס וכפי שכ' ג' חלוקים דהתקבלתי דר"א היינו הרשאה וכמו שפרשתי וא"כ אח"כ כשאמר שיקנה אג"ק משמע דזה עדיף מהרשאה וא"כ אף במת יתן אבל כבר כתבתי בס"ק הקודם דהפוסקים לא פירשו כן וגם מה שפי' העיטור דלכן אמר ריב"ח דילמא שכיב ר"א ונפיל זוזי קמי יתמי ופירש דהיינו שהיורשים יאמרו שהחליף המעות

בגרועים כמו שהביא הש"ך הנה כל המפרשים לא פירשו כן וגם אין לזה מובן כלל דהרי אם עשאו שליח נאמן הנפקד והלוה שנתן הכל ומאי חשש שיאמרו שהחליף וגם לא זכיתי להבין דאף אם לא יתן לרב ספרא רק ליד היורשים מה יעשה אם יאמרו היורשים שהחליף ועיין בש"מ בשם הרשב"א דנראה דאינו מפרש שיש ג' חלוקים ורק מקודם שאל אם כ' ר"א התקבלתי היינו דניחא לי' מה שיתן לרב ספרא שחשש אולי אינו שליח ע"פ דין או לא עשאו בעדים או לא הי' מאמין לר"ס (ופי' התקבלתי כפשוטו דניחא לי' בקבלת ר"ם) ואח"כ אמר דאף התקבלתי אין מועיל רק שיקנה אג"ק ור"ל שדרך הרשאה לקנות אג"ק ויש כתבו דלאו דוקא אג"ק וה"ה בסתם זיל דון ואפיק לנפשך עכ"ל הש"מ ומהנראה שכל הקדמונים הסכימו לפירוש זה עיי"ש א"כ פשוט דאף אג"ק לא מהני מידי וגם נראה פשוט דהש"דעצמו לא השיג על הרמ"א רק דמפרש דברי המחבר דהיינו דאקני לי' בקנין גמור שיהי' שלו אבל ודאי בכתב בלשון הרשאה כל דמתעני מבי דינא עלי הדר יש לו דין הרשאה וכן כ' הד"מ אות ו' וכן לשון הש"ע כ' לו הרשאה והקנה לו אג"ק משמע דלא הקנה לגמרי ובזה מודה הש"ך דלא יתן אם מת. שוב ראיתי שכן מחלק הש"ך ס"ק כ"ה וא"כ פשוט דלק"מ ועוד כ' בש"מ דשמא אין היורשים צריכים למעות וניחא להו שיהי' ביד ריב"ח וא"כ ודאי נכון כמ"ש הרמ"א:

ד) העושה שליח בעדים וכו' ונתן לשליח ונאבדו פטור עיין ש"ך ס"ק ז' שמחלק בין ידע השליח שביטלו דאז אף אם הנתבע לא ידע מ"מ חייב דלא הי' לו ליתן והביא ראי' ממ"ש הרמב"ם והמחבר בסמוך דבהרשאה כופין משום דאומר לו זאת הרשאתי תהי' אצלך משמע דוקא בהרשאה שבידו פטור והאחרונים כתבו דאין זו סברא דהנתבע מה פשע ויכול לומר אנא אעדים סמכי ונראה דמ"ש הרמב"ם והמחבר וזאת הרשאתי תהי' אצלך דהשליח בלא הרשאה חוץ דאין כופין דיוכל לומר לאו בע"ד דידי את עוד יכול לומר אין רצוני ליתן לך ואח"כ יתבעני המלוה שנית ולא יהיו העדים אצלי להביא אותם לראי' שנתתי ע"פ לכן כתבו דבהרשאה אין יכול לומר כן שיוכל להחזיק ההרשאה אצלו כמו שובר ובעדים א"צ לפרוע ופשוט: ה) וי"א דחייב אא"כ כ' זיל דון. הש"ך ס"ק ת' תמה בשם דהרי הוא אנוס ופשוט דלק"מ דהרי כן הוא שיטת הרא"ש דלא הי' לו ליתן וכמו ריב"ח שלא רצה ליתן לר"ם וכמ"ש ס"ק ב' ועיין ס"ק שאח"ז:

ו) מיהו אם ידע המורשה בביטול שליחותי' וכו' דינו בטל וצריך לחזור ולדון עמו. כ"כ הב"י לדעת הרא"ש והש"ך ס"ק י"א חולק וכ' כיון דהנתבע לא ידע ונתן לו הממון או דן עמו ע"י הרשאה אין מועיל בטולו ולא כ' הרא"ש רק דיכול לבטלו וליטול הרשאה ממנו עיי"ש ולפי ענ"ד נראה לפי מ"ש הב"י דנראה עיקר הפירוש בדברי הרא"ש דהיינו

דצריך לדון עם התובע פעם שנית אבל בנתן ממונו ע"י הרשאה ולא ידע ודאי דנפטר כיון דהנתבע לא ידע וכן משמע מדברי הרמ"א כאן דלא כ' רק שצריך לחזור ולדון (ולא ידעתי למה דחה הפרישה דברי הב"י) וא"כ ודאי אין זה תימה כ"כ אם צריך הנתבע לחזור ולדון ונראה דברי הב"י נכונים וראי' לזה דהא לכאורה צריך להבין דעת הרא"ש דהקשה למה אין כיפין ליתן להשליח וחי' משום דיכול לבטל השליחות לכן צריך הרשאה ע"כ וקשה דהא הרשאה ג"כ אינו רק תקנה ומהדין יכול לבטלו רק הלוה שלא ידע פטור וקשה למה לא תקנו דאף בשליח בעדים יפטר ולמה נתנו יד לזה לעכב ממונו והדרא קושיית הרא"ש לדוכתי' וצריך לומר דודאי לא רצו לבטל זכות המלוה שלא יוכל לבטל השליח וממילא אין הלוה צריך ליתן אבל הרשאה הא ביד המלוה ליטול ממנו ההרשאה בחזרה ואם לא נטל איהו דאפסיד אנפשי' (וכן משמע מהש"ך ס"ק ז' וח' דעיקר הטעם משום דמסר הרשאה לידו (ולא משום דהרשאה עדיף) ואך לפ"ז ק"ק למה הצריכו לשון הרשאה בכל כתב שימסור בידו סגי דלא יהני רק אם חזר ונטל הכתב וצ"ל דהרי בלא"ה עיקר תקנת הרשאה הוא שיצטרך לדון עמו ואף הש"ך ס"ק ד' דצריך ליתן ליד שליח כ' דאם יש לו טענות ידחהו ויאמר לאו בע"ד דידי אח ואין מחויב לקבל הטענות מאיש אחר וגם אף אם יטעון עמו יכול אח"כ התובע לתבוע שנית לכן תקנו שיכתוב לשון שמקנה לו) ולפ"ז בביטלו מה לו להתובע שהנתבע לא ידע מ"מ הממון אינו שלו ולא אהני טענותיו וגם בלא"ה משמע טעם הב"י דמחלק בין מעותיו לבין דן עמו משום דלדון שנית אין כ"כ הפסד לנתבע לכן צריך לדון שנית אך העיקר נראה דבנתן מעות ע"פ הפסיד להנתבע בהרשאתו אבל לדון עמו הרי אין זה גורם ממון שיתחייב התובע עי"כ ודו"ק:

ז) ואפיק לנפשך מחצה, הש"ך ס"ק כ"א הביא בשם הישו"ש דאם כתב לו שליש ממה שיוציא הוי כפירות דקל דלא מהני והקצה"ח כ' כיון דעכ"פ מכח שכירות נתחייב לשלם לו אף דאין מחויב ליתן לו דבר שהבטיחו מ"מ חייב ליתן לו שכרו וזה שהתחיל במלא כחו לדון עמו נתחייב בדמי השכירות כפי דמים שיוציא לכן יכול לדון עמו ע"כ ולכאורה דבריו תמוהים כיון דלא נתחייב לו הדבר שביד הנתבע איך יתחייב הנתבע לדון עמו שוב ראיתי שכן הקשה הנתה"מ אך י"ל דכיון דהוי ב"ח שלו שוב יכול לדון עמו מכח שעבודא דר"נ ואך קשה ביותר דהרי לא התחיל כלל החיוב שהרי הבטיח לו שבאם יעשה הדבר יתן לו כו"כ ואין זה באפשר לעשות כיון דאין מחויב לדון עמו כיון שאין לו חלק בהחוב. ואמת כי כונת הקצה"ח הוא כיון דעדיין אין זכותו ידוע שלא הבטיח לו רק מה שיוציא וע"י שידון יקח המגיע מיקרי יש לו זכות בו מ"מ הסברא אינו כן אך עיקר דברי הישו"ש לא הבנתי דהרי כל חוב אי אפשר להקנות רק הרשאה היא תקנת

הגאונים וא"כ מאי נ"מ אם אינו ברשותו או דגם הוי כפירות דקל ואף דתקנו לשון זיל דון ואפיק לנפשך דיהי' לו קנין בו ע"כ היינו רק בהלשון שיהי' שלו אחר שיפיק וה"נ יהי' השליש שלו ושפיר כ' הקצה"ח כיון דאין חלקו ידוע צריך לדון על הכל ואולי המהרש"ל קאי לפי דין דהש"ס שצריך קנין גמור ובפקדון ובלא חל הקנין אין ההרשאה תלה ולא עיינתי ביש"ש ואם יהי' כן אין מחלוקת בין היש"ש להסמ"ע דהא הסמ"ע איירי אחר תקנח הגאונים שוב ראיתי במלחמות פ' מרובה הביאו השע"מ דכ' דאף נתן לו רשות להשתמש במעות אחר שיוציא יכול לדון וצ"ע:

ח) כל הוצאות שהוציא המשלח חייב בהם שכך כותבין כל דמתעני עלי הדר. הש"ך ס"ק כ"ג הביא דברי הסמ"ע שהקשה דהרי כ"ש אם לא כתב לו כן דאף המעות יוכל המורשה להחזיק ותי' דנ"מ אם כבר החזיר המעות ולולי שכתב לו כן לא הי' צריך לשלם לו ההוצאות ועיין בש"ך דהיינו ביש הכחשה ביניהם אם הרשהו להוציא ובענייי לא זכיתי להבין דמ"ש זה מכל יורד ברשות וממוצא הוצאות ברשות על נכסי חבירו ודברי הרמב"ם יש לפרש כפשוטו דנתחייב בדין ולכן לולי דכתב לו כל דמתעני הי' טוען בשבילך ירדתי ולא היית שליח ואין לי לשלם לך וזה נכלל במה שכ' הסמ"ע שהי' הוצאות יותר ממה שזכה בדין והדרישה כ' וז"ל לכאורה נראה שאם הוציא הוצאות יותר ממה שהוציא מהמחזיק אע"פ דכתב לו כל דמתעני וכו' לא הוי רק כיורד ברשות שאין לו הוצאה רק שיעור שבח אכן מסתבר כיון דלטובה נתכוון ולולי שהוסיף בהוצאה הי' מפסיד הוצאה ראשונה לכן צריך לשלם כל הוצאות ע"כ ואין לו הבנה לכאורה מה שכ' דיורד ברשות אין לו הוצאה רק שיעור שבח ואולי ט"ס וצ"ל דהוי יורד שלא ברשות או כונתו כיורד לשדה העשוי' ליטע ור"ל דלא הי' כונת המרשה שיוציא יותר וא"כ עכ"פ נשמע מהדרישה דאם לא הוציא כל כך לא גרע מיורד לנכסי חבירו ובודאי נוטל כל הוצאות כמ"ש ודו"ק:

ט) ואם רוצה המורשה להחזיק במעות. עיין ש"ך ס"ק כ"ה בענין אם הקנה לו אג"ק והביא דברי הרא"ש ובעה"ת וכבר כתבתי בס"ק ב' דרחוקים הם זה מזה ולהרא"ש ע"כ צ"ל דלא היו נוהגין בקנין אג"ק רק ברוצה להקנות שיהי' שלו ממש ולבעה"ת הא דאמר ר"א דלקני לי' אג"ק היינו הרשאה ואין נ"מ לדינא רק במנהג בימי הש"ס:

י) ראובן הי' לו מעות בעיר אחרת והלך שמעון וכו' הדין עם שמעון. היינו ששמעון אדעתא דהכי קיבל עליו הטירחא שישתמש שם בהמעות והסמ"ע ס"ק י"ד כ' דמ"מ ראובן יכול לחזור שלא יתן הנתבע לשמעון וכ' הקצה"ח דאם חוזר צריך לשלם לשמעון שכר טירחתו והנחה"מהשיג עליו דהרי לפי דבריו הוי ריבית שמלוה לו בעד שכר

טירחתו וע"כ טעם ההיתר הוא כמ"ש הטו"ז ביו"ד דשמעון בשביל עצמו הוא טורח א"כ אין לו שכר טירחא ולפענ"ד דברי הקצה"ח נראין דכיון שחזר ממילא לא טרח רק בשביל ראובן והוא לא רצה בחנם רק בשביל עצמו וגם מה שהעתיק דברי הקצה"ח בזה"ל דשמין כמה שוה מעות הלואה לזמן ובקצה"ח כ' דשמין כמה אדם רוצה ליתן והיינו כמו במכות פ"א ולק"מ ודו"ק. ואך נראה דאין יכול לתבוע רק שכר טירחא ודו"ק:
יא) הבעל שבא לדון בנכסי מלוג. כבר כתבתי בזה בתי' לאה"ע:

סימן קכג

א) מדינא דגמר' אין כותבין הרשאה אלא לתבוע פקדונו יש לי בזה קצת עיון ואשיחה וירווח לי הנה בגמר' במרובה איכא תרי לישנא ללישנא קמא לא כתבינן אמטלטלי משום דאין יכול להקנות וכתבו התוס' דמטלטלי דפקדון קיי"ל דיכול להקנות וא"כ כתבינן ולא איירי נהרדעי דק במטלטלין דגזילה ולישנא בתרא ס"ל דעל כל מטלטלי כתבינן חוץ ממטלטלי דכפר בהם הנתבע וקשה לי לפי מ"ש התוס' ב"מ בסוגיא דההוא מסותא דאף בגזילה אם הודה שוב הוי כפקדון ויכול להקדישו וא"כ מאי בין לישנא קמא ללישנא בתרא דבכפרי' אף בפקדון לא כתבינן ובלא כפרי' אף בגזילה כתבינן ובש"מ כ' איזה נ"מ אך אינה בשיטת התוס' עיי"ש ובדוחק נראה לומר דיפלגו בסתם דלא ידעינן אי כפרי' או לא ללישנא קמא לא כתבינן רק בפקדון ולא בגזילה ולישנא בתרא ס"ל דאף בגזילה כתבינן כ"ז דלא כפרי' והב"י כ' דקיי"ל כלישנא בתרא ודוקא בפקדון אבל גזילה לא כיון דאין יכול להקנות והוא תימה לפענ"ד. שוב ראיתי דלזה כיוון הש"ך ונקט סוף לשון הב"י דהשיג על הרשב"א ודברי הב"ח נפלאו בעיני שכ' וז"ל דללישנא קמא אין חילוק בין כפרי' או לא רק בין פקדון לגזל דבגזל אפי' לא כפרי' לא כתבינן ובפקדון אפי' כפרי' כתבינן כיון דאינו גזל יכול להקנותו ולהקדישו והנה תחילת דבריו שכ' דאפי' כפר כתבינן יש לפרש בלא הודה ויותר נראה דלא אזיל בשיטת התוס' והרמב"ן הביאו הקצה"ח סי' רי"א ס"ל דגזל אף הודה אין יכול להקדישו רק מ"ש דפקדון אף בכפרי' כתבינן לא הבנתי דהא בהדיא כ' בש"ע סי' רי"א דבכפר נעשה גזל ואין יכול להקנות. שוב ראיתי דכה"ג הקשה הקצה"ח על יש"ש: ב) אלא לתבוע פקדונו. הקצה"ח ס"ק א' הביא דברי רש"י דפי' בלישנא קמא דלא כתבינן אמטלטלין סיים לכן אם נאבד (מהמורשה) יכול התובע לתבוע מיד השומר ותמה בב"י דהרי אף אם נתן לשליחו בלי הרשאה נפטר הנתבע ותי' הב"ח דהרשאה גרע כיון דנתכוין להקנותו והקנין אינו מועיל והקצה"ח הקשה דלמה לא פירש כפשוטו דיוכל לומר לאו בע"ד דידי את ולמה הוצרך לנ"מ אחרת והנה נראה פשוט דכמו שהקשה הרא"ש הבאתיו

בסי' הקודם דלמה לא נכופו ליתן לשליח ותי' משום דאם יבטל יחזור ויתבע ממנו וזה דקשה לו לרש"י אף אם הרשאה גרע מ"מ למה לא נכופו כדי שלא לעכב ממון חבירו לכן פירש שיחזור ויתבע ממנו וא"כ נקט העיקר דמה טעם יכול לומר לאו בע"ד דידי את משום דיוכל לחזור ולתבע דבלא"ה הי' לנו לומר דצריך ליתן לו ואך הפרישה כ' דרש"י ס"ל כהרא"ש דכיון דלא מהני ההרשאה א"כ אינו רק שליח ובנותן לשליח יוכל לתבוע מן הנפקד אם ביטל השליחות וזה ג"כ נכון ונראה דודאי אם נאמר דאף דהקנה לו בקנין גמור אין יכול להחזיק בו דמ"מ לא הוי רק שלית וא"כ ודאי דברי הב"ח דחוקים דכתב דהרשאה גרע כיון שנתכוין להקנותו דהרי אינו רק שלית וע"כ צ"ל כהפרישה ודו"ק. עיי"ש עוד בקצה"ח הקשה על הרשב"א דכ' דללישנא קמא אף מלוה בשטר אין יכול להרשות דאי במלוה ע"פ למה הוצרך לר"י הא פשוט בש"ס המקדש במלוה אינה מקודשת ובקידושין (מ"ז) פריך ואי מלוה להוצאה ניתנה במכר אמאי קנה ע"כ והקשה הקצה"ח דהא מחילה ודאי דמהני במלוה רק דאינה עושה קידושין ומכר וה"נ י"ל דיכול להרשות לולי מדר"י ולי נראה דדברי הרשב"א פשוטים דאם הלואה ברשותו שיוכל להקנות לאחרים למה במלוה אינה מקודשת נהי דמשום מחילה לא מהני שאין נותן לה מ"מ תתקדש בתורת הקנאה וכמו שמקנה לאתר דהא במקדש במלוה דאחרים והקנה לה באופן המועיל מהני היכי דלא שייך לא סמכה דעתה וע"כ פשוט דמלוה אין בידו להקנות ושפיר דייק הרשב"א:

ומה שהקשה עוד על הרשב"א דכ' דאף אם מכירת שטרות דאורייתא מ"מ הרשאה הקנאה גרועה הוא ואין כותבין רק היכי שהוא ברשותו ממש שיכול להקדיש ותמה הקצה"ח דהא אמירתו לגבוה מהני אף בשטר ועכ"פ כתיבה ומסירה מהני ע"כ ולק"מ דהרי כן הוא דהרשב"א ס"ל דאין יכול להקדיש בלי כומ"ס כמו שהביא הקצה"ח דבריו סי' ס"ו וע"ז כ' כאן כיון דהרשאה הקנאה גרוע הוא אין יכול להרשות רק היכי דיכול להקדיש באמירה אבל שטר דאף להקדש בעי כומ"ם אין יכול להרשות וזה פשוט:

ג) ולא כפר לו. עיין ש"ך ס"ק ב' ור"ל דבשעת כתיבת ההרשאה כבר כפר ולאפוקי תשו' הרי"ף דכ' דאף אם כפר אח"כ איתרע ההרשאה עיין ב"י הביאו והנה תימה בעיני לתשו' הרי"ף דהא בפ' שבועת העדות פריך הא מנה לפלוני ביד פלוני חייבין הא בעינן שישמעו מפי התובע ומוקי בבא בהרשאה היכי דלא כפרי' וע"כ צ"ל דבשעה שהשביע העדים כפר דאל"כ העדים פטורין דכפירת דברים בעלמא הוא וכיון שכפר האיך מהני הרשאה וע"כ דהוא משום דלא כפר בשעה שכתב ההרשאה הרי דאף שכפר אח"כ לא נתבטלה הרשאתו. שוב מצאתי תה"ל בשע"מ בשם הרשב"א שהקשה כן והוא קושיא עצומה

ונראה דהנה ודאי אם יאמר הנתבע שבאמת הי' חייב רק שכבר נתן להמורשה בזה ודאי מודה תשו' הרי"ף דלא נתבטלה ההרשאה דהרי כל טעמו הוא רק כיון שכופר אחר שבא המורשה איגלאי מילתא שלא רצה להחזיר ולא הי' לו מה להרשות אבל זה שאמר שנתן להשליח הרי מודה שבדין הורשה וא"כ משכחת אנפי טובא כה"ג שאומר שנתן לשליח והשליח משביע עדים שיעידו שאמר התובע אל תפרטני אלא בעדים או שיש בידו שטר ואינו מקוים ומשביע אותן וחייבין וכה"ג שפיר אהני הרשאה ודו"ק ואין הרשב"א לפני: ד) וכן מלוה בשטר. הש"ך ס"ק ז' כ' דודאי אף הרמב"ם מודה ולא כב"י שכ' אבל הרמב"ם וכו' דמשמע דהרמב"ם חולק אהטור והמעיין בטור וב"י יראה דמשמע דהטור שני אופנים קאמר בתחילה כ' דשטר יכול להרשות משום דהוא כפירת קרקעות ויכול מדינא דגמר' להרשות ואח"כ כ' אופן השני דיכול להרשות ומוסר השטר ומקנה לו בכומ"ס ונראה דנ"מ באם אין לו קרקע או מחל השעבוד וא"כ משמע דבאופן הראשון א"צ למסור השטר כלל וכותבין הרשאה מטעם דקרקע הוא וע"ז שפיר כ' הב"י דהרמב"ם ס"ל דאין יכול להקנות רק בכומ"ס וזה מוכרח בדבריו דהא כ' דבשטר הוי ג"כ תקנת הגאונים: ה) והלך ומתל חייב לשלם לחבירו. הש"ך ס"ק י"ח כ' דאיירי שבאם לא הי' מוחל הי' מוציא החוב מעכו"ם כבר מבואר זה בש"ע דמשלם מה שהי' שוה החוב. מ"ש הקצה"ח דבשלח שליח לגבות מעכו"ם לא קנה המשלח דצריך שיהי' גם שליחו של נותן ואין שליחות לעכו"ם כבר כתבתי לקמן בה' שלוחין דאין הכל מודים ועיין מח"א וס' קה"י והנתה"מ כ' דהשליח ממילא נתחייב דהעכו"ם נפטר מחובו וזה ודאי נכון אך לכאורה יש לעיין אף אם הישראל לא שלחו והעכו"ם נתן לו דמ"מ י"ל דהן מעותיו של העכו"סדאל"כ הוי גזל בידו וא"כ י"ל דגובה מטעם שעבודא דר"נ: ו) יכולין לשלוח הרשאה ע"י עכו"ם. עיין ש"ך ס"ק למ"ד דתה דברי ר"ת דדייק דחליפין מהני בעכו"ם מדהוצרך למעט מכסף מקנתו דאין עבד עברי נקנה בחליפין מכלל דשאר דברים קונה בחליפין ודחה הש"ך מב' טעמים חדא דאה"נ דשאר דברים ילפינן מע"ע וכיון דגלי קרא דאין ע"ע נקנה בחליפין ה"ה שאר דברים ועוד דצריך מכסף מקנתו למעט ע"ע דאף לישראל אין נקנה בחליפין ע"כ. והנה לכאורה תרוצי הש"ך סותרים זא"ז בסברא דהרי אי אמרינן דקרא אתי למעט אף ישראל אטו קונה ע"ע בחליפין ע"כ דלא נאמר דה"ה כל דבר אין קונה דהא ישראל ודאי קונה כל דבר בחליפין וע"כ דלא אתא רק לע"ע א"כ ע"כ אף עכו"ם קינה שאר דברים בחליפין ונראה דהש"ך כ' זה דרך ממ"נ דאם נאמר דהסברא מבחוץ דעכו"ם קינה בחליפין וא"כ אתא קרא למעט עכו"ם אף לשאר דברים ואם נאמר דהסברא מבחוץ דאין עכו"ם קונה בחליפין עיקר קרא אתא לע"ע אפי' ישראל שלא יקנה

בחליפין ובזה יש ליישב מה שהקשה התומים על הש"ך דלפי דבריו דשאר דברים ילפינן מע"ע דאין עכו"ם קונה בחליפין א"כ הסברא מבחוץ דגם עכו"ם קונה בחליפין וא"כ הרי ר"נ מפרש הברייתא דכסף מקנתו דאין נקנה בתבואה וכלים דאין בהם ש"פ דפרי בלא"ה אין עושין חליפין ואינו מפרש הברייתא דאין נקנה בתורת תבואה וכלים דהיינו בחליפין וכיון דקיי"ל כר"נ אין לנו קרא למעט חליפין וא"כ נעמוד על הסברא מבחוץ דעכו"ם קונה בחליפין (מ"ש דקיי"ל כר"נ ואין לנו קרא אין מוכרח) והא דע"ע אין נקנה בחליפין מסתמא יש לימוד אחר ואין לנו קרא למעט עכו"ם ע"כ ולי נראה דודאי אין לומר דהסברא מבחוץ דעכו"ם קונה בחליפין והרי ונתן לרעהו כתיב ואך הש"ך קאמר דאם קרא למעט עכו"ם אתא ע"כ דמבחוץ הי' קונה וסברא זו נשמע ממאי דגילתה תורה וא"כ אי קרא לכדר"נ אתא אפשר דאה"נ נאמר דלחליפין לא צריך קרא או מפשטא דקרא מכסף מקנתו נאמר דנתמעט הכל ואין נקנה אלא בכסף ולמ"ד כסף בעכו"ם קונה ילפינן למעט מכאן כל דבר ודו"ק:

ועוד נראה לפרש דברי הש"ך ממה שהקשיתי דהתרוצים סותרין זא"ז דלפי מה דיליף מכסף מקנתו דאין ע"ע נקנה בחליפין י"ל דעיקר קרא אתא למעט ע"ע אף דכתיב גבי נמכר לעכו"ם מ"מ עיקר קרא לע"ע אתי וממילא נתמעט דאף ישראל אין קונה ע"ע בחליפין ואך עוד י"ל דעיקר קרא לעכו"ם אתא דעכו"ם אין קונה בחליפין לפי זה נמעט גם שאר דבר שאין עכו"ם קונה בתליפין וכיון דהי מינייהו מפקת ממעטינן תרווייהו דעכו"ם אין קונה שום דבר בחליפין וגם ע"ע אין נקנה אף לישראל בחליפין אבל שאר דבר לישראל ודאי לא אתי מיעוט מיני' ודוק כי נכון הוא. ולפ"ז יתיישב מה שהקשה התומים כיון דע"כ ע"ע אף לישראל אינו נקנה בחליפין למה לי קרא למעט עכו"ם ואי תאמר דאה"נ דמכסף מקנתו דכתיב גבי נמכר לעכו"ם ממעט גם נמכר לישראל קשה דודאי דוחק לומר דכותב בע"ע למעט כל מילי בעכו"ם דהרי בע"ע א"צ קרא בעכו"ם כיון דאף דישראל אין קונה ואיך יכתוב כאן אגב קנינים אחרים וא"כ ע"כ צ"ל דאף הא דישראל אין קונה ילפינן מכסף מקנתו וא"כ בשלמא אם לא אתא למעט חליפין בעכו"ם רק בע"ע שפיר ילפינן ישראל מעכו"ם אבל אם נאמר דאתא למעט כל דבר בעכו"ם איך ילפינן ע"ע הנמכר לישראל דאין נקנה בחליפין ולפי מ"ש לק"מ ואדרבה אי קרא לא אתא רק למעט ע"ע דוחק לומר דיכתוב בעכו"ם וילפינן ישראל מיני' דהרי יותר הי' לו לכתוב זה בנמכר לישראל אך אי ילפינן מיני' כל דבר דעכו"ם אין קונה בחליפין וגם ילפינן דישראל אין קינה ע"ע בחליפין משום הי מינייהו מפקת שפיר כתב גבי עכו"ם כי היכי דנילף תרווייהו ודו"ק כי נכון הוא: עוד הקשה התומים דבריש קידושין פריך

ותהא אשה נקנית בחליפין ומשני חליפין איתנייהו בפחות מש"פ ואשה בפחות מש"פ לא מקניא נפשה ופרש"י משום דגנאי הוא לה וקשה ללוי דס"ל דחליפין הוא בכליו של מקנה הדר קושיית הש"ס דתהא אשה נקנית בחליפין דכאן לא שייך גנאי הוא לה כיון דהיא נותנת לו ואך צ"ל דללוי בלא"ה ניחא דהוא יליף מכסף מקנתו דעכו"ם אין קונה בחליפין ממילא אין לומר דתהא אשה נקנית בחליפין כיון דאשה ילפינן משדי עפרון ועכו"ם אין קונה בחליפין ורק הש"ס פריך לדידן דעכו"ם קינה בחליפין קשה תהא אשה נקנית ג"כ עיי"ש והוא דרך לפול אך לענ"ד גם זה לק"מ דאדרבה הרי לוי קאמר הטעם בכליו של מקנה בהאי הנאה שמקבל הכלי מקנה לו והקשו המפורשים דהרי בקידושין אמרינן דלא שייך בהאי הנאה שמקבל ממנו רק באדם תשוב אז הוי הנאה ותירצו דודאי בכל אדם הוי הנאה רק דאין הנאה זו ש"פ וחליפין דלא בעינן ש"פ מהני בכל אדם מטעם זה שנהנה שמקבל ממנו ולפ"ז ללוי בודאי א"צ לומר חליפין איתנייהו בפחות מש"פ דהרי כל חליפין הוא כן ואשה בפחות מש"פ לא מקניא רק אף לדידן משני חליפין איתנייהו וכו' ועוד י"ל דהמפורשים הקשו לדידן דלא קיי"ל כלוי מ"מ באדם חשוב יהני כליו של מקנה עיין שע"מ בקונטרוס שערי דיעה על ה' ריבית ותי' כיון דחליפין אף באין חשוב מהני ע"כ דקנין אחר הוא ואין זה מקנין כסף דיועיל מה שהנותן נהנה ולפ"ז ללוי ע"כ דהוא מקנין כסף רק התורה גילתה דא"צ ש"פ וא"כ ידע בפשיטות דאשה בפחות לא מקניא ורק פריך לדידן דהוא קנין אחר ומשני דמ"מ גנאי הוא לה:

סימן קכד

הנתבע. הש"ך ס"ק ד' הביא דברי מהרשד"ם דכ' דאם המורשה הודה יכול הנתבע לחזור והש"ך השיג עליו דודאי א"י לחזור והקצה"ח כ' דיש חילוק בין אם הנתבע שם הדברים בפיו ודאי א"י לחזור ומהרשד"ם איירי דלא שם בפיו והנה ודאי זה פשוט דאם לא שם בפיו איך מהני הודאתו ולא עדיף מסי' הקודם סעיף ה' דא"י למחול ועוד וכי נביא הוא להודות אך נראה דהש"ך איירי בעשה מורשה שנתעסק באותו עסק ובאופן דלולי דהרשיהו לא הי' נאמן ואין תשו' מהרשד"ם לפני:

סימן קכה

א) ואמר ללוי הולך מנה זה לשמעון וכו' ומ"מ ראובן חייב באחריותו עד שיגיע הממון ליד שמעין. השע"מ הקשה מהא דד' פרקים בשנה דמשחיטין הטבת בע"כ ואם מחמת. ללוקח ופריך הא כסף אינו קונה ומשני רב שמואל ב"י בזיכה לו ע"י אחר הרי היכי דזכות הוא לו אינו חייב באחריות וה"ג כיון דזכות להמלוה לא יתחייב המלוה באחריות ותי' השע"מ דשם זה הזכות שיזכה לו ע"י לא רמיא עלי' דמוכר לכן נפטר מאחריות אבל

כאן הא עלי' דלוה רמיא שהמעות יבוא ליד המלוה ע"כ ולפענ"נ דאף שם בודאי באם המוכר שלח לו ע"י שליח ונאבד חייב המוכר באחריות ולא אמרו רק דבאלו פרקים ניחא לי' שיקנה הבשר וממילא כשמת מת לו דהוי פקדון ביד המוכר דכך אמדו חז"ל דעתו דניחא לי' ללוקח באחריות ויהי' לו קנין כדי שלא יוכל המוכר לחזור ובפרט מה שלמד השע"מ מזה לפי שיטתו דבזבינא חריפא וזיכה המוכר ללוקח ע"י אתר יצא מאחריות המוכר הוא תימה לפענ"ד חדא דא"כ למה בזבינא חריפא ביטלו קנין המעות ויכול הלוקח לחזור ויוכל לזכות לו ע"י אחר יותר הי' להם להניח על הדין דכסף קונה ובפרט דהרי ר"י משני שם דבד' פרקים העמידו על ד"ת דמעות קונות וא"כ גם בזביני חריפא נאמר כן וע"כ דאין לדמות כלל הזכותים זה לזה רק היכי שאמרו חז"ל ועוד דבלא"ה מתחילה רציתי לתרץ קושיית השע"מ דאף דאמרו אם בא לחזור אינו חוזר דזכות הוא למלוה היינו אם עדיין הוא באחריות הלוה אבל אם נאמר דאינו באחריותו אין זה זכות ואך הדרנא בי דאף בהוחזק כפרן אמרינן דחייב באחריות אף דודאי ניחא לי' שיצא תח"י וא"כ ודאי זבינא חריפא ג"כ לא עדיף להלוקח מהוחזק כפרן דניחא למלוה ודו"ק.
עוד ראיתי שם דבר תימה דחידש דלהרי"ף דס"ל דהאומר תן שיחרור זה לעבדי דאף דזכה לו היינו רק דלא יוכל לחזור אבל מ"מ העבד לא זכה שיצא לחירות עד שיגיע השיחרור לידו ובאומר זכי זכה וה"נ כאן אם אמר זכי שוב אינו באחריות הלוה והוא תימה וכמה דיו נשפכו לתרץ דברי הרי"ף ועכ"פ כל החרוצים הוא משום דהאדון לא ניחא לי' שהעבד יקנה מיד וא"כ אין זה ענין לכאן דודאי מרוצה הלוה שיקנה מיד ויהי' באחריות המלוה ומ"מ לא מהני ויש לי עוד ראיות וסברות לסתור דבריו אך נראה דהוא רק יגיעת בשר לאין צורך:
ב) והעני ראובן וכו' לוי חייב לשלם. הנתה"מ ס"ק ב' כ' דאם החזיר ללוה באופן שיהי' רק פקדון בידו שוב אין השליח חייב באחריות עיי"ש ומה שיחס סברא זו להטו"ז אין מוכרת ואף דכ' דהלוה יוציאם דמלוה להוצאה ניתנה י"ל דאף אם החזיר בתורת פקדון יוכל להוציאם ואם נאמר דאין יכול להוציאם הרי ודאי פשוט דאף החזיר סתם אין יכול להוציא כיון דהשליח החזיר שלא כדין וע"כ דליש ולעיל סי' קכ"ג כתבתי דשומר שמסר לשומר שרגיל להפקיד אצלו פטור הוא רק בנותן לידו מבעה"ב אבל כשבא מעותיו ש"ת לידו בזכי' אין לו רשות למסור לשומר אחר וצ"ע בזה אכן יש ראי' לזה דהא הך עובדא דדוסתאי בר ינאי דלמדו הפוסקים משם דאם איים עליו יכול להחזירן קשה הרי לא איימו עליו שיתנם בידם בתורת הלואה וא"כ הי' לו להחזירן בפקדון ויאמר להם שאסורים להשתמש בהם וע"כ דאף כה"ג חייב וכן רש"י כ' וז"ל ואם בא לחזור שאומר

שמא יאנס מידך הרי דאין חוזר רק מטעם חשש אחריות הדרך ומ"מ אין מחזיר ולמה לא אמרו שיחזירם כרצונו רק שיהיו בתורת פקדון וגם הסמ"ע דכ' דלוה שלו אין שייך לומר שאין רצוני שיהי' פקדוני ביד אחר ג"כ צ"ע בעיני דמבואר בש"מ הטעם דאין רצונו דיש ב"א שעלולים להפסד ואין יכולין לשמור א"כ אין ראי' מדהלוה לו שימסור ג"כ פקדון לידו גם מהסמ"ע ס"ק ט"ו משמע דאף לנפקד א"י להחזיר אם הוא שלית המפקיד דכ' דאין לשמעון המפקיר שוב עסק עם הנפקד וצ"ע בזה אבל בהלואה ודאי נראה דא"י להחזיר:

ג) ואם מחמת אונסו החזירו לראובן שאיים עליו פטור. הש"ך ס"ק י' מחלק בין דין זה לדין דהגהה שאיים עליו שיכפור ממונו דכאן אנסוהו על ממון זה אבל שם אנסוהו רק שיכפור לו חובו הוי מציל עצמו בממון חבירו וקצת לא אבין דהרי שם הי' המעשה דרק רצו שיקבל עליו אחריות וא"כ וכי זה גרע מאנסוהו להפסיד תיכף ובאמת לולי דבריו הי' נראה לחלק דכאן לא רצה הלוה לכפור וא"כ אולי ישלם בעצמו אבל שם הרי אומר שאין חייב לראובן וא"כ ודאי יפסיד וצ"ע גם מ"ש הש"ך בלשונו דאם אנסוהו על ממון זה פשיטא דפטור ולעיל ס"ק ז' כ' דיש מחלוקת בזה אם פטור באיימו עליו ועיין נתה"מ ס"ק ג' אולי לפי דבריו יש לתרץ קצת ולא נפניתי לעיין: ד) שאיימו עליו. הנה התוס' שם פירשו דעובדא דדוסתאי ב"י הי' בפקדון וקצת צ"ע בעיני דמאי זו סברא שלא יוכל להחזיר להשומר וכבר כתבתי ס"ק ב' דמהסמ"ע ס"ק ט"ו משמע ג"כ דאף פקדון אין לו להחזיר ולא אדע טעם לזה דהא רגיל הוא להפקיד אצלו ומדברי הש"ע סעיף ב' אין הכרע דשם לא איירי רק בדין אם הנפקד יכול לחזור אבל לא איירי בחיוב השליח וגם במ"ש הש"ע דאם השליח מהימן אין יכול לחזור ודייקו כך מהרמב"ם שכ' בלא הוחזק כפרן דכיון דחייב באחריות יכול לחזור והקשו דהרי אין הטעם משום אחריות רק משום אין רצוני וכ' הה"מ דכתב זה לאשמועינן דהיכי דשליח מהימן לי' דאין חייב באחריות א"י לחזור ועדיין צ"ע דהרי אם יחזור יהי' באחריותו וא"כ מאי טעם הוא זה וצ"ל כונתו כיון דאין חייב באחריות יצא הדבר מרשותו וא"כ כל טעם זה הוא רק לענין חזרת הנפקד ולא לחיוב השליח לכן דין זה ודאי צ"ע:

ה) יכול הוא לחזור וליטלן. הסמ"ע ס"ק י"ג כ' דהברירה בידו אבל אינו מחויב לחזור וליטלו דלא ס"ד שישמרנו לעולם ועיין ש"ך ס"ק י"ד דנ"מ דלא הוי עובר ע"ד בעלים והסברא צ"ע דכי שומר רשאי למסור לשומר שיוליכו ליד הבעלים ואולי מחלק הסמ"ע בין חפץ למעות ובמעות אין שייך אין רצוני כיון דהוא באחריות הנפקד ומה שאמרו בש"ם לימא לי' אין רצוני ר"ל כיון דהמפקיד הפקיד בידו א"כ זכות הוא למפקיד שיהא

עדיין פקדונו בידו ובזה יש ליישב דברי הב"ח דאם השליח קיבל עליו אחריות אונסין שוב א"י לומר אין רצוני והש"ך ס"ק ט"ו תמה דמ"מ הרי לא מהימן לי' בשבועה ושמא עדיין ברשותו הוא וכונתו שמא עיניו נתן בה ולא מהימן לי' בשבועה ולפמ"ש דאיירי במעות לא שייך עיניו נתן בה ומ"מ אף בזה צ"ע אולי אין מרוצה באחריות השליח וצ"ע: ו) ואין לו שאר נכסים. הש"ך ס"ק י"ח תמה דאף אם יש לו שאר נכסים כיון דאין נ"מ להלוה ודאי דגובה השליח מזה ותי' בדוחק גדול דרוצה ליתן לו מעות אחרים והנתה"מ ס"ק ה' כ' כיון דשעבודא דר"נ הוא רק מדין ערב ולכן אם המלוה משלם אף זבורית יכול לסלקו ואותן המעות כיון דעדיין לא נפקע הלוה ולא נהירא דאף דאין לו רק דין ערב הוא כשאין רוצה לשלם אבל בכבר שילם והן ביד השליח וכי יוכל הלוה לכוף את הערב שלא ישלם למלוה אם אין חוזר עליו וה"נ כיון דאין נ"מ למשלח מה להמלוה בזה ועוד דהרי ודאי אם יתן לידו מחויב תיכף לשלם להשליח מאותן המעות ולמה גרע מה שהן בידו ואפוכי מטרתא למה לי ואך קצת הי' נראה לתרץ קושיית הש"ך דיש נ"מ דיש מלוה מוקדם להשליח ורוצה המלוה שנשתלח לו ליתן המעות למלוה המוקדם ולו יתן זבורית ואף דב"ת מאוחר שקדם וגבה גבה מ"מ כאן כיון דעדיין לא יצא המשלח ידי חובו מוכרח ליתנו להמלוה ויתן לב"ת מוקדם שלו אבל אם אין לו נכסים כיון דגם לדידי' משועבד מדר"נ מה שגבה גבה או עכ"פ חולקין כיון דאין בהם דין קדימה ועיין בטור אה"ע סי' ק"ב דעדיין צ"ע עיין ש"ך ס"ק כ"ג: ז) וכ"ש אם אין המלוה מודה שחייב ליתנם לו אפי' אם אין לו נכסים אחרים. עיין ש"ך ס"ק כ"א דודאי כל היכי שהמשלח חייב לפרוע שנית מחויב השליח להחזיר והנתה"מ ש"ק ז' דחה דבריו דמ"מ הוא תפס מן לוה שלו ומה לו בזה שהוא יצטרך לשלם שנית ויגיע היזק להמשלח ע"כ ובעיני דבריו תמוהים דלמה לא שייך בזה לתקוני שדרתיך וכיון דשינה בשליחות אין זה שלית ואף להסברא דסי' נ"ח דיכול לתפוס מהשומר ואין יכול לומר מה לי ולך שתזיקני היינו כיון דתופס חפץ שלו ואינו שלית אבל כאן הרי ודאי שלחו לפטרו מחובו ואם לא עשה שליחותו לאו שלית הוא ומהמשלח הוא תופס ואין לו כלל זכות בממון זה ודברי הש"ך הם כראי מוצקים ואף שהש"ך ס"ק כ"ד כ' דמה שמקבלם לעצמו לא הוי עבר ע"ד משלחו היינו באם אין המשלח צריך לפרוע שנית וזה פשוט ובשגם שהב"ח פסק כהרמ"ה אף במת משלח וכאן לא יפלוג הש"ך עליו עיין ש"ך ס"ק כ"ד: ח) ויש מי שאומר שאם בא השליח להחזיק לעצמו אינו יכול הקצה"ח ס"ק ג' הביא דברי הטור דהוי כמאן דאמר זכי ע"מ שתתנהו לידו ופירש דהיינו שיזכה על תנאי ולכן תמה דלמה בסעיף א' בהחזיר למשלח והעני חייב והרי כיון שלא נתקיים התנאי לא זכה בהם עיי"ש ולא אבין דמאי

סברא הוא דהוי כהתנה תנאי ופשוט דכונת הטור הוא כמ"ש הב"ח שהביא הש"ך ס"ק כ"ד דהוי כעברע"ד משלחו דכיון דהי' חי בשעה ששלחו ואז הי' חייב לשלם שנית ע"כ נתן ע"מ שיגיע לידו ולא יעכבם לעצמו והוי כמתנה ע"מ שלא יועיל תפיסתך ומ"מ הוי שלית של המלוה שא"י להחזירם ופשוט:

ט) וי"א דתן כזכי במתנה. הקצה"ח ס"ק ג' הביא דברי הרמב"ם והרי"ף דסברו דתן שיחרור לעבדי אף דא"י לחזור מ"מ אין העבד משוחרר עד שיגיע לידו וכ' דהוא כדעת הרמ"ה לעיל דהוי זכי בתנאי ע"מ שתתנהו לידו וכבר כתבתי בס"ק הקודם דאין כונת הרמ"ה כן וגם בשיחרור מנ"ל להרי"ף והרמב"ם זה אכן לי נראה בטעם דאף דקיי"ל דשיחרור זכות הוא לו אף דאוסרו בשפחה מ"מ כאן הוי חוב דאולי קודם שידע משיחרורו ישא שפחה ולא רציתי להאריך בזה כי יען הדבר קרוב לאמת אדמה שכבר קדמוני ולא רציתי לחפש כעת ועיין מ"ש בסי' כ"ה:

י) והוא שנותן לו עתה. עקצה"ח ס"ק ד' דבשיחרור בלא"ה הוי טלי גיטך מע"ג קרקע וצ"ע בזה דזה דוקא אי בעינן חזרה שליחות אצל הבעל אבל אי לא בעינן א"כ אף דבתתילה הגביה בשליחות הנותן מ"מ אח"כ זוכה לעבד:

סימן קכו

א) ראובן שהי' לו מנה ביד שמעון וכו' ואמר לי' במעמ"ש. הש"ך ס"ק א' הביא תשו' מהרשד"ם בשמעון שקבל עליו ליתן לראובן עבור לוי מסחורה שיש לו משל לוי במשכון ואחר שיקבל חובו יתן הנשאר לראובן (נראה פשוט דהיינו שיתן לו הסחורה עצמו אבל ליתן לו דמי הסחורה הוי דבר שלא בא לעולם) וכ' הרשד"ם דכיון דאפשר שתזלזל הסחורה ולא יעלה לחוב שמעון לא זכה לוי במעמ"ש וכ' הש"ך דהיינו שאין בירור אם עכשיו הוא שוה יותר אבל אם עכשיו שוה לא חיישינן שמא תזלזל וקנה ראובן והקצה"ח פקפק בזה דהרי אין יכול לכופו לשמעון שיקח כדי החוב ויתן השאר לו א"כ עדיין אין מגיע ללוי כלום אצל שמעון והנתה"מ דתה דכ' דיכול לכופו שימכור המשכון לגבות חובו כמ"ש בסי' ע"ד (שם לא מצאתי) ע"כ ועדיין יש לעיין בזה דמ"מ כ"ז שלא מכר אין לו אצלו ואפשר דהוי ג"כ דבר שלא ב"ל אכן נראה דהרי מבואר בסי' פ"ו סעיף א' ברמ"א בראובן שיש לו משכון מעכו"ם והעכו"ם חייב ג"כ לשמעון יכול שמעון לפדות המשכון מראובן כיון שאין העכו"ם יכול לפרוע בע"א וה"נ כיון דהלוה נתרצה ליתן הנשאר לשני יכול השני לשלם לראשון מה שמגיע לו ויקח הסחורה לעצמו הוי כמגיע נמי ללוי ויש לו לקנות השאר:

ה) בין שנתנו במתנה בין שנתנו לו בפרעון חובו. עיין תומים דאם נותן להמחאה בהלואה אינו קונה ודמי למ"ש הש"ך ס"ק ו' דנשאר להמחאה כח וזכות בהממון והביא התומים ראי' מב"מ (ד' ע"א) בישראל שהלוה מעכו"ם ונתן במעמד העכו"ם מעותיו לישראל שני ופריך הש"ס למה מותר כיון דאין שליחות לעכו"ם איהו שקיל ריבית וקשה הא יש כאן מעמ"ש ונסתלק לוה ראשון וכן קשה מהא דאמר שם אי סיפא לחומרא עיי"ש והקצה"ח כ' דהלואה דלהוצאה ניתנה הוי כמו מתנה והנתה"מ כ' כהתומים רק כ' טעם אחר דהלואה לא קני מעמ"ש משום דעיקר מעמ"ש נתקנה לטובת המקבל אבל בהלואה שצריך הנותן לקנות שעבוד גופו של המקבל קודם שיקבל מעותיו ודאי לא תקנו וכיון דלא קנה גופו לא קנה המעות ע"כ ועל טעם זה יש לפקפק דא"כ איך בקידושין מקודשת ע"י מעמ"ש וקנה הבעל גופה של האשה קודם שקבלה הכסף אף דאם לא יקנה גופו לא תקנה המעות ואף שיש לדחות בדוחק אין נראה גם עיקר הדין צ"ע מה שמדמה התומים מלוה לדינו של הש"ך דנתן כדי שהמקבל יקנה סחורה בשבילו דלכאורה קשה לשיטת הרא"ש לעיל הבאתיו סי' קכ"א דהקשה דאיך יוכל לומר לשליל לאו בע"ד דידי את ונתנו חכמים לו יד שיעכב מעותיו ותי' כיון דיכול לבטלו ויתחייב הלוה שנית לכן יכול לדחותו וא"כ בהמחהו במעמ"ש והלוה יפטור למה ידחהו מליתן לו עיין נתה"מ דכ"ז איירי לענין שיוכל לדחותו ואך פשוט דלק"מ כיון דלא הי' מעמ"ש א"כ הוי שליח בעלמא וג"כ יוכל לבטלו לכן א"צ ליתן ואך עדיין קשה כיון דהנותן בפיו ציוה להלוה ליתן למה יתחייב שנית והרי כיון דנתן ע"פ נתחייב המלוה מטעם ערב ואך צ"ל כמ"ש הנחה"מ סי' קכ"א ס"ק ד' רבשליח לא שייך ערבות כיון דיכול לחזור ולוקח המעות ממנו ולפ"ז בנותן להמקבל בתורת הלואה ודאי דפטור הלוה דלא גרע מתן לו ואני ערב וא"כ למה ידחהו לשיטת הרא"ש ואף אי לא סבירא לן כהרא"ש עכ"פ מצינו פלוגתא בזה גם הראי' שהביא מב"מ דהקשה כיון דפטור הלוה א"כ נסתלק תמה אני על עצמי דהא אף אם אין הלואה נקנה במעמ"ש מ"מ בנתן לו ע"פ ציווי העכו"ם פטור דלא גרע מנתן לשליחו אף למי שאינו בר שליחות כמבואר סי' קכ"א ואך מה שקשה דהא קנה המקבל ונתחייב לעכו"ם ולמה הוי איסור ריבית נראה דלא עדיף מעמ"ש מנתן מיד ע"פ ציוויו דאמרינן כיון דאין שליחות לעכו"ם איהו שקיל ריבית ולא תקנו מעמ"ש להפקיע איסור ריבית לכן ודאי דין זה אי שייך בהלואה מעמ"ש צ"ע כי לפענ"ד נראין דברי הקצה"ח:

ג) אין הנותן יכול לחזור ולמוחלו. הש"ך ס"ק י' כ' דאף אם קיי"ל כן מ"מ לענין קידושין יש לחוש להפוסקים דס"ל דמוחל וא"כ לא הוי רק ספק קידושין והכנה"ג כ' דה"ה בקנה קרקע ונתן מעות למוכר ע"י שהקנה לו חוב מעמ"ש לא קנה והתומים השיג עליו

דאם ימחול יצטרך לשלם ושאני אשה דמתנה הוא ולא יצטרך הבעל לשלם לה או אשה בושה לתבוע מבעלה עיי"ש והנה כל חילוק הוא אם יועיל המחילה אבל למ"ש דקיי"ל כהפוסקים דלא מהני מחילה וא"כ אף באשה לא שייך לא סמכה דעתה דאין היא צריכה לתבוע מבעלה רק תתבע הלוה ויצטרך ליתן לה ולמה אינה מקודשת ובחי' לאה"ע כתבתי די"ל דאין ספק מחילה מוציא מידי ודאי קנין לכן פסקינן דאין יכול למחול אבל בקידושין אם מהני המחילה ממילא יש בהקנין ספק ולפ"ז אף בקרקע לכאורה יש לעיין דהתומים סמך על דברי התוס' דסמכה דעתה היכי דיצטרך לשלם לה אכן בחי' לאה"ע כתבתי דהרבה ס"ל הטעם דזביני ריעי הוא כיון דיכול למחול הוי כלא נתן כלום וא"כ גם בקרקע במעמ"ש כיון דיכול למחול לא נתן למוכר כלום ואך משום דקיי"ל דלא מהני המחילה וסמכה דעתי' הרי כתבתי דהיכי דצריך לקנות ע"י שוב הוי ג"כ ספק בקנין ומהני המחילה אכן האמת דכ"ז הוא רק דרך פלפול אבל באמת נראה הטעם דהוי ספק קידושין אף דקיי"ל דלא מהני המחילה וא"כ סמכה דעתה ונראה דהוא כמו שמצינו דאף היכי דאין כאן רק ספק קידושין ע"י ספק אם קנתה הכסף כגון ספק קרוב לו והוא תפס אח"כ הקידושין וא"כ הסברא דלא תתקדש כלל כיון דאין לה שום הנאה ואין יכולה להוציא ממנו מ"מ הוי ספק קידושין וגם בלא"ה בכל ספק קידושין י"ל דצריכה להחזיר ומ"מ מקודשת בספק וע"כ דחומרת א"א שאני ובחי' לאה"ע כתבתי בזה לפרש בקידושין גבי אמרה היא דאמרינן חיישינן מדרבנן היינו דמן התורה אין כאן קידושין כיון דצריכה להחזיר ורק דרבנן גזרו וה"נ י"ל בהיפך דאף אם מעמ"ש קונה שאין יכול למחול מ"מ בקידושין חיישינן לקידושי שני וזה ברור ולפ"ז י"ל דבקרקע דלא שייך חומרת א"א א"צ לטעם התומים ורק כיון דקיי"ל כמ"ד דאין יכול למחול ממילא סמכה דעתי' דהרי הלוה יצטרך לשלם לו ודו"ק:

ד) בד"א כשהי' לראובן מנה ביד שמעון. עיין טו"ז אה"ע סי' קס"ה משמע מדבריו דה"ה אם ראובן נתן עתה מנה לשליש בפני שמעון וא"ל אם יעשה שמעון זה תן לו המנה שייך ג"כ מעמ"ש עיי"ש וצ"ע בזה:

ה) ואפי' מחל המלוה להלוה יכול לחזור בו. הסמ"ע כ'דאף אם שמעון אינו חוזר ורוצה ליתן להמלוה מ"מ כיון דאין שמעון מחויב ליתן יכול המלוה לחזור והש"ך חולק כיון דמחל לו ושמעון אינו חוזר אף המלוה אין יכול לחזור והביא ראי' מדברי הרא"ש דכ' דהוי מחילה בטעות דאטו בשופטני עסקינן ששמעון לא יתן והוא יפטור את ראובן משמע דאם שמעון רוצה ליתן לאו מחילה בטעות הוא ע"כ ולא הבנתי דהרי הרא"ש כ' וז"ל דאטו בשופטני עסקינן ששמעון לא יתן לו אם ירצה והוא יפטור וכו' ומדכ' אם

ירצה משמע דאדרבה כיון דרק הברירה בידו שלא ליתן יכול המלוה לחזור ור"ל דע"ד כן שלא נתחייב לא מחל ותימה שהאחרונים לא הביאו ראי' מכאן להסמ"ע אף דכולם הסכימו עמו והנה יען כי האחרונים תמהו בדברי הרא"ש ויען כי נראה שדבריו, פשוטים וגם מתוכן נראה כהסמ"ע לכן אעתיק דבריו לבארם. הנה אחר שהביא דהמחהו אצל חנוני פליגי רב ששת ורבה אם חוזר כ' הרא"ש וז"ל השלחני לעולם חוזר ואפי', הי' במעמ"ש כיון דלא הי' לבעה"ב אצל שלחני והא דאמרינן בירושלמי העמידן אצל חנוני אין לפועלים אצל בעה"ב הירושלמי סובר כרב ששת דאינו חוזר פירוש השלחני נתחייב לפועלים מדין ערב כיון שבעה"ב נתחייב ליתן לפועלים שכרן מיד הוי כערב בשעת מתן מעות דלא בעי קנין (נראה דתיבת מיד קאי אלמטה דמיד הוא ערב עיין נתה"מ שעמד בזה) ואין הלכה כר"ש כיון דהשלחני יכול לחזור הוי מחילה בטעות כי פליגו רבה ור"ש כשהשלחני אינו חוזר אם יכולים הפועלים לחזור ר"ש סבר אינו חוזר דמחל לבעה"ב ורבה וכו' עכ"ל בקיצור ודבריו תמוהים מרישא לסיפא למה פירש דפליגו אי הוי מחילה והשולחני לעולם יכול לחזור והרי כ' דלהירושלמי דס"ל כרב ששת השלחני א"י לחזור דחייב מדין ערב וא"כ הי' יכול לומר דפליגו אם השלחני יכול לחזור ועיין תומים ונראה דעיקר דבריו הוא דבתחילה כ' דאין השלחני מחויב מטעם מעמ"ש דהרי לא הי' לבעה"ב אצלו כלום ורק אם נאמר כר"ש ודאי דיתחייב מטעם דהוי כערב בשעת מתן מעות כיון דקבל על עצמו ועל פיו פטר את בעה"ב כמ"ש הש"ך ס"ק י"ט וזה שאמר דאין הפלוגתא דרבה ור"ש בשלחני דהרי זה אינו הסיבה והירושלמי דמשמע שם דאף השלחני אינו חוזר הוא משום דפסק כרב ששת לכן נעשה השלחני כערב ואכן באמת אין הלכה כר"ש כיון דמדינא החנוני חוזר ממילא הוי מחילה בטעות וע"ז ודאי גם ר"ש מודה דהחנוני יכול לחזור ורק דפליגו בפועל ור"ש דאמר א"י לחזור מזה נעשה הסיבה דאף החנוני א"י לחזור ורק אין הדין כן דכיון דמסתמא יכול השלחני לחזור א"כ ודאי דלא נאמר דיתחייב מטעם שהפועל פטר את הבעה"ב דפטור אין כאן כן נראה כונת הרא"ש ולפ"ז ג"כ משמע דלא אמרינן דכ"ז שאין חוזר אף הפועל אין יכול לחזור דאדרבה הרי משמע דפליגו בפועל אם יכול לחזור משמע דאף אם השלחני אינו חוזר יכול הוא לחזור ודו"ק:

ו) תן מנה ללוי ולא אמר מנה שיש לי בידך וכו' י"א שלא קנה. התומים הביא קושיא בשם הגד"ת דא"כ למה הוצרך הרי"ף לומר בשלחני וחנוני דלכן לא קנה כיון שלא הי' לבעה"ב אצל החנוני כלום תיפוק לי' שלא אמר מנה שיש לי בידך ע"כ ולדעתי לק"מ דהא הטעם דלא קנה בלא אמר שיש לי בידך הוא משום כיון דלא פירש שמא דעתו הי' על מנה שילוה לו וא"כ ג"כ כאן הטעם משום שציוה לו ליתן מנה שאין לו אצלו ואף

דהרא"ש כ' הטעם כיון דתקנת חכמים הוא אין לך אלא מה שתקנו מנה לי בידך וכמ"ש הסמ"ע ודאי תימה הוא לומר דאם שינה בלשון אחר אינו קונה דכי כתוב בו והיו דנאמר בלשונה נאמרה ויהי' כגזה"כ ולא יועיל רק בלשון הקודש רק כונת הרא"ש נראה דר"ל דאף די"ל סברא בזה דעל מנה שיש לו בידו קאמר מ"מ כיון דאם אין לו בידו אינו מועיל וכיון דאפשר לפרש דבריו דעל מנה שילוה לו קאמר וכיון דתקנת חכמים הוא אין לך אלא במה שתקנו שידוע דעל מנה זו קאמר ולפ"ז ודאי דאם יהי' הדין דאף אם אין לו בידו קנה שוב אין נ"מ בלשון ושפיר נקט הרי"ף כיון דאין לו אצלו והוא פשוט בעיני וכן מלשון הש"ע שכ' בדיעה הראשונה טענת שמעון שטוען לא הי' דעתו משמע דכל הפקפוק הוא משום דשמא על מנה שאין לו אצלו קאמר ועיין ב"ח הקשה למה הצריכו הפוסקים לומר גבי כתובה כיון דאפשר שלא תבוא לידי גבי' תיפוק לי' דלא שייך שם מנה שיש לי בידך ותי' דאה"נ דכונתם כיון דאפשר שלא תבוא לידי גבי' א"כ לא שייך מנה לי בידך (ולפ"ז פשוט מה שנסתפק הש"ך ס"ק א' בדעת הרא"ש במלוה שלא הגיע זמנה אי שייך מעמ"ש ולפי דברי הב"ח אין כאן ספק דהרי שם ודאי דשייך מנה לי בידך גם דינו של הש"ך מוכרח מסעיף ה') ותי' הב"ח ודאי דחוק ולפמ"ש בלא"ה לק"מ דודאי בכתובה אם תאמר מנה מהכתובה תן לזה הוי ממש כמנה לי בידך לולי דשמא לא תבוא לידי גבי' קנה:

ז) אבל אמר לו סתם חן לו חמשים דינרים מהחטין הש"ך ס"ק כ"ג כ' בשם מהרי"ט דבאומר תן לו מנה כיון שאתה בטוח מהפקדון שיש לי בידך לא קנה והשע"מ פקפק בזה דמבואר בסי' ל"ט דבקבל ממנו משכון א"י לחזור מלהלות וכאן כיון שיש לו בפקדון נעשה משכון ומחויב להלות לו או למי שהמחהו ע"כ ולפענ"ד פשוט דאף דבקבל משכון מחויב להלות כאן דהי' בתחילה בפקדון ודאי אין קונה למשכון בחילוף דברים והרי כיון דלא הי' בידו אין חל מעמ"ש ואם לא חל מעמ"ש אין מחויב להלות וצריך דוקא שיהי' מחויב מתחילה אח"כ חל הקנין של מעמ"ש ודו"ק:

ח) אפי' אם לא נתרצה הלוה וכו' צריך ליתנו לו ע"כ. הש"ך ס"ק כ"מ כ' דהוי סד"ד והשע"מ עשה לעצמו הכרעה דבחוב ר"ל שהממחה הי' חייב להמקבל מחויב ליתן לו משום ספיקא דדינא ולא במתנה וראייתו מגיטין (ד' ס"ג) דאמרינן דרב מספקא לי' אי הולך כזכי ופריך האמר הולך מנה וכו' כזכי ומשני ספק ממון לקולא אלמא היכי דמספקא לן אם זכה או לא אין להשליח להחזיר הראשונים כיון שהי' חייב לו וכן כ' הרשב"א בטעמא דמילתא וה"נ כיון דמספקא לן אם קנה או לא צריך ליתן למתחייב בע"כ ע"כ ולדעתי אין נראה כן וחוץ דכל הפוסקים לא פירשו כהרשב"א רק כתבו דלרב

הי' נראה יותר דהולך כזכי ובאיסור לא רצה לסמוך ע"ז והחמיר ואף לפי דעת הרשב"א אין לדמות ספק פלוגתא דרבוותא להא דרב מספקא לי' דע"כ צריך לפרש דרב תיקן כן או שהכריע כן דאל"כ איך חייב השליח כשהחזיר לנותן וע"כ דפסק כן לודאי וזה פשוט ולפ"ז כאן שפיר י"ל דאם אין רוצה ליתן להמקבל אין כופין אותו ויכול לומר קים לי אכן להיפך צ"ע לכאורה באם רוצה אח"כ ליתן להמקבל ורק הנותן חוזר אם נוקמא בחזקת בעלים ראשונים שוב נראה דגם בזה הברירה ביד הלוה ל"מ לשיטת התומים דאף אחר יכול לתפוס ולומר קים לי א"כ ה"נ יאמר קים לי שאני צריך ליתנו להמקבל אך אף שהשגתי עליו בתי' לאה"ע סי' ט"ז בדברים ברורים היינו לתפוס מספק אבל כאן יכול לומר קים לי דאיני חייב לך רק להמקבל:

ט) על כרתו. התוס' גיטין (ד' י"ג) ד"ה גופא כתבו וז"ל אומר ריב"א וכן ר"ת דקנה אפי' בע"כ של לוה דאל"כ למה הצריכו לתקן מעמ"ש הא יכול לומר זכי ואין נראה דהצריכו לתקן היכי שאין הפקדון ביד הנפקד ועוד אף אם אין הפקדון בידו יקנה באודיתא ע"כ וכל המפורשים תמהו דאף אם קנה בע"כ קשה למה הוצרך לתקן יקנה באודיתא דהא אודיתא נקנה נמי בע"כ ולי נראה דאין כונתם שיקנהו הנותן באידיתא דשמא אין רוצה להודות לו שהוא שלו מכבר דא"כ יתבעהו המקבל שנית בשביל החפץ שמכר לו רק כונת התוס' שיודה הנפקד דחפץ זה צריך ליתנו להמקבל ובזה ודאי צריך שיתרצה הנפקד ודו"ק:

י) ונ"ל להורות כסברא האחרונה. והש"ך ס"ק ל"ח כ' דהוי סד"ד ואח"כ הביא דהריטב"א הכריע כסברא האחרונה דיכול המקבל לחזור דאל"כ הרי התמחה נפטר מחובו וא"כ פשיטא דחייב להמקבל כיון דעל ידו פוטרו וא"כ למה אחרו בש"ס דהוי הלכתא בלא טעמא ע"כ והש"ך דחה דח"מ עיקר הדין למה תקנו דמהני ולא יוכל ג"כ לחזור הוא בלא טעם ובענייי לא אבין דהרי ודאי יש טעם למה תיקנו ומשום תקנת הסותרים הוא כח"ש כל הקדמונים ואך עיקר מה שאמרו דהוי הלכתא בלא טעמא הוא דלמה מהני וא"כ יפה כ' הריטב"א דאם אין יכול לחזור פשיטא דמהני ובתומים כ' דראיות הריטב"א הוא דבשלמא אם יוכל לחזור הצריכו לתקן מעמ"ש אבל אם לא יוכל לחזור הרי יש תקנה שיאחר אני פוטר אותך וממילא יקנה ולא הצריכו לתקן כלל מעמ"ש. והנה אף שכתבתי דדברי הריטב"א יתפרשו בפשיטות גם מ"ש התומים הוא נכון וראי' דיכול לחזור ואך התומים דחה אח"כ זה דעיקר התקנה הי' בשביל מחנה דלא שייך אני פוטר אותך אין זה דחי' דכבר כ' הריטב"א דעיקר תקנת מעמ"ש משמע דהוי הלכתא בלא טעמא אף לחוב וכן מוכרחין לומר להאומרין דהי' משום תקנח סותרים וא"כ כיון שבזה

יש תקנה לומר אני פוטר אותך למה הוצרך לתקן אף במתנה דבשלמא אם אף בחוב אין תקנה והצריכו לעשות תקנה שוב לא חילקו בין מחנה לחוב אבל אם בחוב א"צ ממילא א"צ שום תקנה וא"כ ודאי ראיות הריטב"א נכון אכן ח"ח פשוט דדברי הריטב"א אינן מספיקים ושפיר כ' הש"ך דהוי סד"ד דע"כ צ"ל דהריטב"א אזיל לשיטתו דאין מעמ"ש רק ברצון הלוה כמ"ש הש"ך בשמו בס"ק כ"ח אבל אם קונה אף בע"כ של לוה פשוט דלק"מ למה הלכתא בלא טעמא הוא דהרי נפטר הנותן דמ"מ מה לו להלוה בזה הרי הוא לא ציוה לפוטרו: יא) טען לוי שהי' שמעון עני וכו' אם החוב הוא בשטר על ראובן להביא ראי'. התומים הקשה דהא אין כאן חזקה דשטרך בידי' מאי בעי ומאי מהני השטר ותי' דטענת שהי' עשיר והעני הוא טענה גרועה ואין נאמן אלא במיגו דפרעתי וכן הסכים הנחה"מ וקשה דהא מבואר לעיל סעיף ו' דאם המחהו שוב אינו נאמן לומר פרעתי וכן הקשה השע"מ וא"כ אף בע"פ אין לו מיגו והשע"מ כ' דצ"ל דאין עדים על המחאה ולשון התחבר לא משמע כן כמ"ש התומים אך צ"ל דכאן שהטעהו ידע שלא הי' המחאה כדין נאמן לומר פרעתי כמ"ש הש"ך ס"ק כ"ז והשע"מ הקשה עוד מלקמן סי' רכ"ז דאיתא דאף אם המקח אינו שוה עכשיו מ"ח אין נאמן לומר שהטעהו דדרך השער להשתנות וה"נ דרך שיורדין אנשים מנכסיהם ע"כ ולק"מ דכבר כתבתי שם דאף במקום שדרך להשתנות אזלינן בתר חזקה דהשתא אם אין חזקה דמעיקרא מתנגדת אך שם יש חזקה דאין דרך ב"א להונות עצמן ובקיאין בחו"מ ואף דקצת י"ל דגם כאן מסתמא שאל אך י"ל דלא אהני לי' שאלה דיש מתעשר ואין כל ואף דאף בלא ערמה הוי מקח טעות אפשר דאין דרך לשאול כלל וצ"ע עדיין ואך יש לעיין לדברי התומים דאינו נאמן רק במיגו ובש"ע איתא דישבע לוי ויש סוברין דלא אמרינן מיגו להשביע:

יב) אם נתן לו בפרעון חובו. הסמ"ע ס"ק ל"ד כ' דבא לאפוקי דאם נתן לו במתנה יכול הנותן לומר אם הייתי יודע שאינו חייב לי לא הייתי נותן וכן כ' הש"ך ס"ק נ"ג ותימה דבלא"ה דכיון דלא קנה יכול לחזור בו ואולי נקטו כן לומר דכה"ג אף במתנה לעני חוזר: יג) במיגו דפרעתי. הש"ך ס"ק נ"ח הביא דהמהרי"ט הקשה הא לא שייך כאן מיגו דשמא זה אינו מתיר עצמו גבי האי ואיך נאמר מיגו מגברא לגברא והמהרי"ט כ' שם דמ"מ המקבל יחזור על הנותן אף כשיאמר הלוה פרעתי להמקבל ע"כ והש"ך הסכים עם החי' רק השיג על קושייתו מקידושין ר"פ האיש מקדש דאמרינן שם מיגו דיכולין לומר החזרנו ללוה נאמנים לומר פרענום למלוה, והנה סברת מהרי"ט ודאי נכונה והפ"י הוסיף דדילמא יש לו ספק מלוה ישנה ע"ז ולא ע"ז וגם מצאתי שהנו"ב סי' י"ש הסכים עם מהרי"ט ולתרץ דבריו הארכתי באה"ע סי' ל"ה בדברים נכונים ויען כי הפלפול ארוך

לא העתקתיו אכן כעת מצאתי מה"ל כי דברי מהרי"ט מבואר בתוס' ר"י הזקן בגליון הש"ס הנדפס בווילנא שם בקידושין וכ' שם לפרש וז"ל מיגו דאי בעי אמרו החזרנו ללוה ופטורים יכולין לומר פרענו למלוה ופטורים מן הלוה וכיון דפטורים שוב נאמנים בתורת עדות שפרעו למלוה ואח"כ כ' וז"ל ויש מי שפירש דעדים נאמנים לגבי מלוה מיגו דאי בעי אחרו שנתנו ללוה וזה תימה דאיך מצינו מיגו מחד גברא לאידך גברא וכו' עיי"ש ומבואר כמהרי"ט ובתחילה לא איירי רק לענין לפטור עצמם: יד) אם הנותן מודה שטעה וכו' ואפי' יש ע"א. הש"ך ס"ק ס"ד כ' דלכן לא אמרינן דהנותן עצמו יהי' עד דהוי נוגע בעדות דחיישינן לקנוניא שיחלוק הנותן והמומתה והקשה דמ"מ ביש לו נכסים דג"כ אמרינן דאם הוא גברא אלמא גובה מהמוחחה ולמה אינו נאמן הנותן בתורת עדות כיון דמחויב ליתן להתקבל הרי אינו נוגע ולפענ"ד נראה דלק"ח דאף באין לו נכסים לחה נאמר דהוי נוגע ומ"ש הש"ך דחיישינן לקנוניא לכאורה אין מובן דמ"ש עד זה מכל עד דלא חיישינן לקנוניא והשע"מ סי' ל"ז הקשה ג"כ אהך דינא דהא הוי כחי שסילק עצמו ולכן נראה דעיקר הטעם דהוי נוגע דזה מיקרי מעיד לעצתו ול"מ במתנה דפוטר עצמו מליתן דהוי נוגע דאומר מה שנתתי לך לא הי' לך בו קנין וממילא הלוה שיודע שחייב לו מוכרת ליתן לו ועושה עמו קנוניא אך אף בחייב להמקבל מ"מ הוי מעיד לעצמו דהרי המומחה אינו אלא שליחו ליתן דנכסי המומחה משועבדים להנותן והמומחה הוא שליחו ליתן להתקבל מנכסים אלו ועכשיו שהנותן אומר שאין נכסים אלו שלו מיקרי מעיד לעצמו שאין להתקבל ליקח מנכסים אלו שהם אולי באמת שלו וקצת י"ל דעוד גרע ביש לו נכסים דבאין לו ודאי אין המומחה מחויב ליתן לו שהרי יודע דשייכים להתקבל אבל ביש לו נכסים והוא יפרע להמקבל יצטרך המומחה ליתן לו אח"כ את שלו ויודע שאין המומחה גזלן וישלם לו ומעיד שלא יקבל מאלו רק משאר נכסים: טו) מ"מ מה שכבר נתן נתון ואין יכול להוציא מידו. הש"ך הביא דברי הב"ח דאף בנתודע שאין לו ליחן מ"ת א"י להוציא חידו והש"ך פקפק בזה והנחה"מ בשם התומים כ' דהעיקר כהב"ח דאף דידעינן דלא הי' לראובן אצלו מ"ח הרי נתן ללוי ע"פ צוויו של ראובן ואיך יוציא ממנו והנה לפי דבריו אם ידוע שראובן טעה הא לא מיקרי נותן בציווי ראובן ולא הי' מתנתו מתנה יוכל להוציא מלוי ומדברי הב"מ משמע דלעולם אין יכול להוציא תלוי והי' נראה כיון דלוי קיבל ע"ח שלא להחזיר פטור מלהחזיר והשע"ת סי' זה כ' ג"כ דכל לוה שלוה ע"ד שחבירו יפרע עבורו ונתודע אח"כ איזה ענין שחבירו אין חייב לפרע בשבילו מ"מ הלוה פטור והביא ראי' מגיטין במלוה מעות ע"מ לפרוע מחלקן והעשיר העני ואין יכול לפרוש בשבילו מעשר עני מ"מ פטור דלא לוה ע"ח לשלם וצ"ע

דהוא נגד הסברא כיון דטעות נתנו לו איך יעכב ממון אחרים וכאן אין שייך דליקום בהימנותי' כמ"ש הש"ך דהרי נתן ע"פ ציווי ראובן ולא בשביל עצמו וכשטעה לא נגרע נאמנות שלו וגם דברי השע"מ אין ברורים דבגיטין כן הי' התקנה והרי הלוה דאף אם לא יהי' בזה השנה כגון דישתדוף לא יפרע וצ"ע ודו"ק:

טז) דשכירות אינה משתלחת אלא בסוף. הש"ך ס"ק ע"ו השיג ע"ז דאף דשכירות אינה משתלמת אלא בסוף מ"מ הא ישנו לשכירות מתחילה ועדסוף

ובכל יום נעשה מלוה והוי כמלוה שלא הגיע זמנה דמ"מ נקנה במעמ"ש וכן כ' התומים רק שמיישב דברי הרא"ש דאיירי באופן שאם לא יגמור מלאכתו לא יצטרך ליתן שכירות כלל עיי"ש וצ"ע בזה דמ"מ נראה דאם נגמר אח"כ המלאכה נתחייב למפרע שכירות של כל יום ויום ומה דמדמה לכתובה שכתבו הפוסקים דכיון דאפשר שלא תבוא לידי גיבוי אין בה מעמ"ש ודאי דלא דמי דהתם אין בה חיוב כלל אבל כאן הוי רק כתנאי ע"מ שתשלם המלאכה: והנה הקצה"ח השיג על הש"ך דבפ' האיש מקדש איתא דבאמרה לו עשה לי שירים ונזמים ואתקדש לך ואמרינן דאי אינה לשכירות אלא בסוף לא הוי מלוה כלל ולא נתחייבה לו עד שיביא לה ואף הסוברין ישנו לשכירות מתחילה ועד סוף כתבו התוס' דאף אם המקדש במלוה מקודשת מ"מ כ"ז שלא הביא לה אינה אפי' מלוה רק אח"כ כשהביא לה נעשה מלוה למפרע ושפיר כ' דעדיין אין חייב כלל ולא נקנה במעמ"ש ע"כ ובמחכ"ת של הקצה"ח נתחלף שכר פעולה היכי שהכלי אצל הפועל בשכר חפץ שהוא בידו דודאי שכר פעולה כ"ז שלא הביא החפץ אין מגיע לו אבל בחפץ שהוא אצלו דאין מחוסר הבאה כל מה שכבר שימש בו או דר בהבית כבר יש עליו חיוב כיון דכבר נהנה וזה פשוט. וזה כבר שהי' בידי ס' אבני מלואים וראיתי בסי' כ"ח הביא דברי אחיו הגאון בספרו קונטרוס הספיקות דשכירות קרקע או חפץ לא שייך לחלק בין ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף בין אינה אלא בסוף רק אף אם אינה לשכירות אלא בסוף כבר חל החיוב אף על מה שידור אח"כ וסובר עוד יותר ממ"ש הש"ך וס"ל דיכול להמחות במעמ"ש אף על מה שידור בבית אח"כ דשכירות ליומא ממכר הוא וכבר נתחייב בכל והאב"מ חולק עליו והביא מדברי התוס' שכתבו דאף למ"ד ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף מ"מ אינה משתלמת אלא בסוף כדילפינן בא"נ משכיר שנה בשנה ומשמע דלמ"ד אינה לשכירות אלא בסוף לא צריך קרא דשכיר שנה בשנה והרי עדיין צריך קרא לשכירות קרקע ומטלטלין וע"כ דגם בהו שייך אינו לשכירות אלא בסוף ולא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא ע"כ ודבריו תמוהין בעיני דלדבריו כתבו התוס'

דשכיר שנה בשנה אתא למ"ד שכירות ישנה מתחילה ועד סוף והוא תימה ועוד מ"ד אינה לשכירות וכו' למה לי קרא דשכיר שנה בשנה וגם תימה לדבריו שבכאן בקצה"ח דאף אי ישנה וכו' אין החיוב כלל אף בשכר חפץ אלא בסוף למה לי קרא דאינה משתלמת כיון דעדיין לא נעשה החיוב ודברי התוס' פשוטים דלמ"ד אינה אלא בסוף י"ל דדייקו מהאי קרא דאינה משתלמת אלא בסוף ע"כ דאין החיוב אלא בסוף לזה כתבו דאף למ"ד ישנה מתחילה ס"ל דמ"מ גלי קרא דאינה משתלמת אלא בסוף וא"כ פשוט דאין מקום לדבריו ואך מ"מ ש בקונטרוס הספיקות דאף במה שלא דר נעשה חיוב ויכול להמחות יש לעיין דמדברי כל הפוסקים לא משמע כן ואף שבחי' באה"ע הבאתי ראי' לדבריו מהא דקידושין (ד' ו') דפריך אילימא דאמר לה ד' בחמש וקידשה בו הא ריבית מעליא הוא משמע דלא קשה לי' איך תתקדש רק משום איסור ריבית ובלא"ה קשה הא אינה לשכירות אלא בסוף ואיך תתקדש ומה לי ריבית או שכירות מטלטלין ואך כתבתי דיש לדחות דאיירי דהתנה שתשלם לו מיד או כיון דמקדשה תיכף בשעת הלואה הוי כהתנה שתתן לו תיכף דמה לי הדינר או הנאה שתתקדש וכל תנאי שבממון קיים ויכול להתנות שישלם בתחילה ואך עיין חוו"ד ביו"ד סי' ק"ע גבי הערב בעד הקרן לא נתחייב בעד הריבית שכ' ואף דדבר פשוט דהערב בעד שכירות מטלטלין מחייב היינו דשכירות מטלטלין לא הוי ראוי כמו דאמרינן בפרה מושכרת בכור נוטל בה פי שנים אבל בריבית הוי ראוי משמע דעדיף אף מריבית ונגמר החיוב משמע ג"כ דיכול להמחות ומ"מ ראייתי יש לדחות וצ"ע לדינא:

יז) ונתן לוי לשמעון ערב וכו' ויש מי שחולק. עיין ש"ך ס"ק ע"ח דהמחבר למד זה מערב מתנה ובאמת יש לחלק בין ערב בהמחאה לבין ערב במתנה והרי כן מחלק הבעה"ת עיי"ש והנה לפמ"ש שם דהמחבר לא כ' היש מי שחולק רק למאן דסובר דיכול לחזור בהמחאה אין ראי' מבעה"ת דהרי הוא ס"ל דאין יכול לחזור. והנה הש"ך כ' דלפי מה דקיי"ל דהנותן יכול לומר קים לי דאין יכול לחזור על הנותן א"כ ודאי הערב נתחייב דהרי חסרי' ואין לומר כיון דהוי ספיקא דדינא גם הערב יכול לומר קים לי דיכול לחזור דמ"מ כיון דאין אנו יכולין לפסוק דיחזור א"כ חסרי' ע"כ וצ"ע דלקמן סי' קפ"ב וקפ"ג גבי שליח שעוות כתבו האחרונים היכי דיש פלוגתא אם המקח קיים דא"צ השליח לתקן ולשלם דיכול לומר קים לי דהמקח בטל ואף דהמוכר טוען ג"כ קים לי ואין מחזיר ואולי יש לחלק דכאן עיקר הענין הוא בין הנותן להמקבל והנותן כיון דנפטר ממילא נתערב הוא אחר שכבר נפטר הנותן וצ"ע:

יח) וכן עכו"ם שאמר לישראל מנה לי בידך תנהו לישראל פ' ואמר הנפקד כן אעשה קנה. עיין ש"ך ס"ק צ' כ' דאף בשחיקה צ"ע כיון דשתיקה כהודאה וצ"ע בעיני דהא לעיל סי' פ"א סעיף ז' מבואר דלא אמרינן שתיקה כהודאה בשתק מתחילה ועד סוף וכן בהך דין דסעיף ב' באשה שציותה ליתן ז' זקוקים דאין בנה יכול לומר ששתק כדי שלא להכעיסה חולק הטו"ז וכל מה שתירצו האחרונים שם לא שייך ומהסברא נראה דאמתלא כזו שהי' אונס עדיף מאמתלא דהתם דאם מתירא מעכו"ם מה הי' לו לעשות ול"מ אם ידוע שירא ממנו הוי דברים שבלב כל אדם ואך אה באין האונס עכ"פ אמתלא הוי וצ"ע: יט) ובכל ענין אם כבר נתן העכו"ם מה שבידו לישראל המקבל אין מוציאין מידו. עיין ש"ך ס"ק צ"ד השיג על מה שנתן הרמ"א כלל דכל מקום שאינו זוכה אם כבר בא לידו לא מפקינן מיני' ומ"מ כאן הדין אמת כיון שהעכו"ם בשליחותו נתן הוי כאלו בעצמו נתן ובקצה"ח השיג עליו כיון דאין שליחות לעכו"ם לא זכה וכי אם ימכור חמץ ע"י עכו"ם וכי לא יהי' אסור בהנאה וכן בפ' א"נ גבי עכו"ם שלוה מישראל וביקש להחזירו ומצאו ישראל שני ואמר תנם לי ואני אעלה לך ריבית אם העמידו אצל ישראל אינו אסור מדינא רק משום חומרא וטעמו דתה"ד אינו רק משום תפיסה ע"כ ולא זכיתי להבין כונתו דאם כדבריו לא יהני אף תפיסה והרי הקצה"ח לא ניחא לי' במ"ש הרמ"א וס"ל דזה דמי לשליחות וכל מה שהקשה על הש"ך לק"מ דמה שהקשה מחמץ ופשוט לי' דאם מכר ע"י עכו"ם אסור בהנאה לא אבין כלל דודאי במסר חמץ לידו ומכרו ודאי דאין שום קנין להמוכר וזה שקנאו מאתו הוא שלו דעכו"ם רק מעשה קוף עביד ובה' אונאה הבאתי דברי השבו"י והאחרונים במאנה ע"י עכו"ם אבל פשוט דאם לא נתאנה המקח קיים והעכו"ם שקנה החמץ זכה בודאי ולא גרע מאומר לבתו קטנה קבלי קדושיך ועיין נתה"מ סי' קפ"ב ס"ק ב' ובפרט באמר למקבל שיזכה ומה שהקשה מפ' א"נ לק"מ דשם דצריך שע"י קבלתו מהעכו"ם ישתעבד לישראל ובזה בעינן שליחות שיזכה השעבוד ע"י הנתינה אבל כאן דא"צ רק שיזכה המקבל א"צ עשיית העכו"ם ובר שליחות כנלפענ"ד ברור:

ב) ואם פקדון הוא ונכנס העכו"ם בבית ישראל ונטלו בחזקה. הקצה"ח השיג על מה דמשמע בטור דהוי שומר וחייב בפשיעה והשיג ע"ז דהא לא קבל עליו לשמור ולק"מ דמבואר דאם אין המקבל יכול ללקחו תיכף לא גרע משומר אבידה ועיין נתה"מ סי' רצ"א:

כא) ואפי' נטל שלו והציל הפקדון נוטל מן הפקדון כל מה שהוציא. הש"ך ס"ק ק"ב קיהה בזהדמיון דשם במוכר שט"ח והלוה שילם למוכר ולא נתחייב הלוה כלום אבל כאן הרי ודאי התופס חייב לנתפס ולא פטר את לוי רק מטעם דתפס משמעון ותיכף

נתחייב שמעון וקצת הי' נראה דאיירי בעכו"ם התופס ותיכף כשתפס נפטר לוי מטעם הפקעת הלואה ואף דכ"ז שלא נפקע חייב כמ"ש הנחה"מ סי' שאח"ז אכן כאן תיכף נפקע ומהדין לוי פטור אכן במרדכי שם מבואר דאף בישראל התופס הדין כן וצע"ג בעיני: ו) מיהו פרנסי הקהל שצוו לצורך המס וכ"א צריך ליתן חלקו. עיין ש"ך סוף הסי' הטעם משום דהם כאפטרופסים וכשותפים ועיין ב"י הביא שני תשו' הרשב"א בתשו' אחת כ' הטעם משום אפטרופסים ובשני' כ' משום דשותפים הם והנה לפי טעם זה משמע דאף מי שאינו מפרנסי קהל ששילם חייבין לשלם לו משום דשותפים הם אכן באמת צ"ע דהש"ך סי' ע"ז כ' דשותפים הם רק ערבים והוי כפורע חובו ש"ח וכן הביא שם הש"ך בשם הרשב"א דאין שותף חייב לשלם לשותפו אם פרע בשבילו ואולי כאן עדיף דהוי כשותפים שלוו לצורך השותפות ולא עיינתי:

סימן קכט

הלכות ערב:

א) ואני ערב. הש"ך ס"ק ו' הביא תשו' מהרשד"ם שצידד אם כתב כל מי שילוה לפלוני אני ערב וכ' דדמי לאומר כל הזן אינו מפסיד דפטור וה"נ לא הוי ערב עד שיאמר תן לו והנה באומר כל הזן וכו' הוא פלוגתא ביו"ד סי' רל"ב בין הטו"ז והש"ך ועיין שע"מ לעיל סי' קכ"ח וכבר דברתי מזה בחי' לאה"ע סי' ל"ז וסי' ע' וסי' קמ"א ואך באמר כל שילוה לפלוני אני ערב כ' התומים דמהני והביא ראי' מאשר יכנו יעשרנו המלך ועוד ראיות כאלו ולעיל סי' נ' דברתי ג"כ דשם כ' הש"ך דיכול להתחייב עצמו למי שילוה לפלוני ועיי"ש דהבאתי דקשה מהרא"ש בקידושין גבי אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך וכ' דאינה מקודשת מדין ערב כיון דלא דיבר להמקדש עיי"ש מ"ש וכעת ראיתי גם בשע"מ כאן שהקשה מזה אכן בחי' לאה"ע סי' ל"ז הבאתי ראי' ברורה דאף בלא דיבר להמלוה חייב מדין ערב מע"ז ר"פ השוכר את הפועל גבי אמר לפועליו צאו ואכלו ואני פורע דפריך שם הש"ס ובחנוני שאינו מקיפו מי אינו שליחו והאמר רבא תן מנה לפ' ותקנה נכסי קנה מדין ערב והרי שם לא דיבר רק לפועליו ומאי פריך מרבא וע"כ דאין לחלק ותמהתי שם מזה וגם הקצה"ח שכ' כאן דערב צריך שליחות שיאמר תן והרי שם לא אמר לחנוני ואך כעת עיינתי בהר"ן שכ' ג"כ כהרא"ש וראיתי שם בהגהות הר"ם דעל מ"ש הר"ן דלא דיבר להמקדש הגיה שם דלא דיבר באיזה ענין יקדשה ונראה כונתו דודאי אם יאמר אדם לבתו צאי וקבלי מנה מפ' ובזה תתקדש אז שפיר מקודשת מדין ערב אך כיון דלא אמר איך תתקדש לא הוי ערב דאין שייך ערבות רק דמה שיתן לזה הוי כקיבל הוא ושם לא דיבר מה יתן לא שייך דהוי כקיבל הוא וא"כ גם הרא"ש אפשר

שכונתו לזה וא"כ ודאי משמע כהתומים דאף דלא אמר להם לאיזה חנוני רק סתם צאו ואכלו הוי ערב ועוד דאם נחלק לאם פרט להם איזה תנוני יקשה כמו דפריך הש"ס שם לפלוג וליתני בדידה בד"א בחנוני ידוע וכו' ולמה מחלק בין אכלי בדינר זה דכה"ג פריך הש"ס למאי דרצה לחלק בין חנוני המקיפו ולכן לולי שאיני כדאי נראה להכריע כהתומים לדינא דבאמר מי שילוה אני ערב משתעבד ודו"ק. ולפמ"ש אף באומר ללוה מי שילוה לך ודו"ק:

ב) וי"א דאם הי' לערב מעות של לוה. הש"ך ס"ק י' פקפק בזה והנה אם הוא במקום דשייך שעבודא דר"נ ודאי דחייב לשלם למלוה ולא אדע באיזה אופן השיג הש"ך:

ג) כל היכי דבעי קנין. הש"ך ס"ק י"ב הביא דברי ריי"ו שכ' הנותן מעות למחצית שכר ונעשה לו ערב בעד השבח אע"ג דלאו מידי חסרי' משתעבד כיון דלאו מצוה קעביד ע"כ ופי' הש"ך דר"ל דהנותן העמיד ערב להמקבל בעד שכר טרחא וכו' אבל המקבל אסור ליתן ערב להשבח וגם אם העמיד ערב הוי ערב שלא בשעת מתן מעות דאינו משתעבד וכמ"ש ביו"ד סי' ק"ע עכ"ל ולא זכיתי להבין ובודאי מה שפי' דהנותן העמיד ערב להמקבל ודאי דזה דוחק גדול חדא דלאו מידי חסרי' לא שייך במקבל דמה לי חסרי' ממון או שמטריח עצמו וגם הסמ"ע כ' דנלמד מכתובה וערב להמקבל א"צ ללמוד מכתובה דכל פועל שהעמידו אצל חנוני חייב לשלם לו עיין סי' פ"ט וסי' קכ"ו וגם למה לו ערב והא הוא מוחזק במעותיו של בעה"ב ואך בעיקר הדבר שכ' הש"ך דהמקבל אסור להעמיד ערב וגם אם נעשה ערב לא משתעבד דהוי ערב שלא בשעת מ"מ לא הבנתי כלל דודאי אם יתן לו ערב שיתן לו בין אם יהי' שבח או לא יש בזה איסור ריבית אבל כאן הא איירי במחצית שכר וע"כ דנעשה ערב אם יתברר שהי' ריוח מה איסור יש בזה ומ"ש דהוי ערב שלא בשעת מתן מעות יתבאר בסמוך והקצה"ח כ' בפשיטות דאם המקבל העמיד ערב להנותן על הריוח שיגיע לו הוי ערב בשעת מתן מעות והנחה"מ השיג עליו וכ' דהא ודאי ליתא דכשנולד השבח כבר הוא תחת יד המקבל עיי"ש ולא אבין השגתו דהרי נתערב עוד קודם שבא ליד המקבל וכמו נתערב על מה שילוה אח"כ ומה בין זה לדין שפי' הש"ך דברי ריי"ו שהנותן העמיד ערב ועדיין אינו מגיע להמקבל עד שיטריח וגם אינו מחויב ליתן לו עד בסוף ואז כבר הוא ביד הנותן העיקר כי דברי הנחה"מ לא זכיתי להבין כלל ועיינתי ביו"ד סי' ק"ע ובש"ך שם ס"ק ה' דשם איירי בערב בשביל עכו"ם בעד הריבית וכ' הב"ח דהיינו בקנו מידו וכ' הש"ך דאל"כ הוי כערב שלא בשעת מתן מעות כמ"ש המרדכי בשם הראב"ן ע"כ. והנה מה שפי' כאן הנחה"מ דעדיין אינו מחויב ואח"כ כבר בא ליד המקבל קשה דלקמן סעיף ת' בהגהה דאם לא אחזרנו לך

אתן לך כך וכך דהערב חייב ושם ג"כ עדיין לא נתחייב והחו"ד שם כ' דריבית הוי ראוי ומחלק בין ריבית לשכירות מטלטלין ולשון שלא בשעת מ"מ לא משמע משום ראוי והנה שם כ' עוד הש"ך דאם זקף הקרן והריבית חשוב הכל קרן כמ"ש המרדכי בענין המלצר ע"כ וגם זה אין מובן מה לי זקף או לא והחו"ד שם כ' דאיירי בכבר נתחייב ופטרו להלוה לכן חייב ובודאי אין דברי הש"ך משמע כן ודו"ק בכל הדברים הנ"ל ותראה כי אינו בסברא. ולולי שיראתי שלא אכוה בגחלתן של הש"ך והנתה"מ הי' נראה טעמו של הראב"ן דסובר דמה שהי' מרויח זה לאו מידי חסרי' ולכן הערב לא נתחייב וכן משמע במרדכי סוף ב"ב גבי נדונית חתנים דפטר לי' משום דלא חסרי' וכן הוא ברמ"א כאן סעיף ה' בשם יש חולקים שהסכים לזה הש"ך ס"ק ט"ו ואף שהמרדכי שם סיים והעיקר משום דמצוה קעביד אין זה מלשון הראב"ן והראב"ן פוטר הערב אף בלא עביד מצוה וזה שכ' גבי ריבית דהוי ערב שלא בשעת מתן מעות ור"ל דלא הוציא ממון ע"פ אכן המרדכי בעובדא דהמלצר ודאי חולק על הראב"ן וכן ר"ו שהביא הש"ך כאן וסוברים דהיכי דלאו מצוה הוא אף בלא חסרי' חייב או אפשר כיון דאסרי' הקרן מיקרי חסרי' אף על הריבית וביו"ד דאיירי שלא הי' רק בעד ריבית לבד אפשר דאליבא דכ"ע לא מיקרי הוציא על פיו ולכן לולי שיראתי נראה כי דברי הקצה"ח נכונים. שוב ראיתי כן בפ"ת:

ד) ואפי' נתן לו ת"כ במקום שלא נהגו לקנות בכך. משמע דבמקום שנהגו לקנות בכך מועיל אף שלא בשעת מתן מעות ולכאורה קשה אף דנהגו לקנות בזה מ"מ למה עדיף מכל דבר שמועיל לחייב עצמו דלא תהני כאן רק קנין דמסלק אסמכתא ונראה קצת דמזה יהי' ראי' דסטימתא מהני אף בדבר שלא בא לעולם ועיין קצה"ח סי' ר"א בשם המרדכי דסטימתא לא מהני לדבר שלא בא לעולם דלא עדיף משאר קנינים א"כ אף במקום אסמכתא לא מהני שוב ראיתי בהגהות א"ב לקמן סי' ר"א ציין לכאן ובעיקר הענין דכ' דח"כ לא מהני יש לעיין דהסמ"ע לקמן סי' ר"ז כ' דשבועה מסלק אסמכתא ולכאורה יהי' מכאן ראי' להש"ך דשבועה לא מסלק אסמכתא ואולי ערב גרע משאר אסמכתא וצ"ע:

ה) אע"פ שנעשה ערב בקנין דינו כמלוה ע"פ ואינו גובה אלא מב"ח וי"א טורף ממשעבדי. התומים כ' הטעם דלא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד רק היכי שא"צ קנין לגוף הדבר אבל כאן דצריך קנין לגוף הערבות לא אמרינן לכתיבה עומד הביאו הנחה"מ ס"ק ה' ולפענ"ד אין סברא זו מוסכמת עיין תוס' ב"מ (ד' ט"ו) ד"ה שקנו מידו דהקשו א"כ למה אמר אמליך הא סתם קנין לכתיבה עומד אף דלולי הקנין אין גובה שבח גם בפ' הנושא ובגיטין פ' ה' בפוסק לזון בת אשתו דמשני בקנו מידו ולא איירי בשטרי

פסיקתא ולשיטת הרמב"ם הוי דבר שאינו קצוב ואין מתחייב רק בקנין ומ"מ פריך גבי בנות א"ה ממשעבדי נמי גבי ואך בב"י ראיתי כאן הטעם דהוי רק מלוה ע"פ דערב דאין החיוב בא מצד עצמו אין קול לאותו קנין:

ו) אבל אם אמר הלוה לא לויתי מעולם חייב הערב. הש"ך ס"ק י"ט כ' וז"ל הב"י קאי אלוה עכו"ם ועיין בב"ח ודבריו נכונים דשמא לא נשתעבד רק אם לא יפרע העכו"ם אבל אם יכפור שמא לא נעשה ערב ע"כ והנה עיי"ש בב"ח משמע דאין מחלק בין ישראל לעכו"ם וגם משמע דהסכים למ"ש הרמ"א כאן דחייב הערב ולא כ' רק ליישב לשון צ"ע שכ' הבעה"ת עיי"ש. ועיין בתומים באם הערב אינו יודע אם הלוה להלוה שאמר תן לפלוני ואינו יודע אם נתן ומחלק בין ישראל לעכו"ם והיינו דבעכו"ם פטור דהי' לו ליתן בעדים אבל בישראל יכול המלוה לומר לערב לא אמרת לי בסהדי הב לי' כמו דאמרינן בחנוני ופועלים והנתה"מ כ' דמסתימת הפוסקים משמע דאין לחלק בין ישראל לעכו"ם עיי"ש ובאמת גבי חנוני משמע דאף בעכו"ם אין בעה"ב יכול לומר הי' לך ליתן בסהדי ואך לולי דבריהם הי' נראה כאן להיפך דאף בישראל באם הלוה אמר שלא קיבל הערב פטור דבחנוני כתבו הטעם משום דחזקה שלית עושה שליחותו וכאן בלוה נראה דאין שייך שעשה שליחותו כיון דעיקר הוא הלוה דצריך לתבוע אותו תחילה ובפרט דנראה דהש"ך הסכים עם הב"ח דאם הלוה כופר לא נעשה ערב בפרט כה"ג דאין הערב יודע וצ"ע. עיין בהגהות ח"ש בטוען הלוה א"י אם פרעתיך דכ' דהערב הוי א"י אם נתחייבתי ולא אדע דכל ערב הוי א"י אם פרע הלוה והוי א"י אם נפטר מערבות ועיין פתחי חשובה כאן ובסי' צ"א ואינו לפני כעת:

ז) וצריך לכלול בשבועתו. עיין נתה"מ ס"ק ט' ועיין פרישה דלא כ' כן עיי"ש כי קצרתי:

ח) טען הלוה שנתן דמי הפרעון להערב וכו' נשבע היסת. עיין סמ"ע ס"ק ל"ה וש"ך וטו"ז דדין זה אין מסתבר כלל דאף אם נתן לערב לא נפטר בזה והתומים כ' דבנתן לקבלן נפטר וגם בזה לא אבין דמ"מ הוא הלוה להלוה ורק קיבל קבלן דטובים השנים מן האחד והנה"מ מסבר דברי התומים משום לא שייך מה שהקשה הע"ש דיכול המלוה לומר הערב אינו בע"ד דידי ולפענ"ד עיקר כונת הע"ש דהמלוה אומר ללוה אתה בע"ד דידי והנה ודאי אם אין יכול לגבות מערב פשוט דגם הרמ"א מודה דאין הלוה נאמן: ט) קבלן וכו' ואין הלוה נאמן לומר פרעתי (שיהא הקבלן פטור). הש"ך ס"ק ל"ב כ' דהרבה פוסקים חולקין ולכאורה הי' נראה דזה תלוי בא"י אם פרעתיך במקום דלא הו"ל למידע אם פטור דכאן נמי הוי א"י א"פ רק דלא הו"ל למידע אך נתיישבתי דלא דמי דאם באנו

לפוטרו מכח זה א"כ לעולם הוי א"י אם פרעתי וגם הסוברין דשם חייב י"ל דהוא מטעם חזקת חיוב וכאן דהלוה ג"כ חייב אולי לא הוי חזקת חיוב גמור על הקבלן ודו"ק:

סימן קל

א) אם פרעו. עיין ב"י וסמ"ע ס"ק ב' הביאו תשו' הרשב"א בדין ראובן ועכו"ם שלוו משמעון ונכנס לוי ערב בעד ראובן אח"כ פרע לוי חצי לשמעון ואח"כ גבה שמעון מהעכו"ם כל החוב ולוי תובע את שמעון שיחזיר לו החצי כיון שקיבל מהעכו"ם כל החוב ופסק דאין לוי יכול להוציא ממנו כי מה לו ללוי מה ששמעון הטעה אח העכו"ם והעכו"ם נתן לו מה שלא הי' חייב ע"כ והנתה"מ תמה ע"ז כיון שהעכו"ם ולוי נכנסו ערבים בעד ראובן א"כ מחויב העכו"ם ליתן ללוי מחצה מה שפרע ושמעון הא מחייב להחזיר לעכו"ם מכח דהוי גזל ואף הפקעת הלואתו כ"ז שלא נפקע חייב ובפרט במקום חילול השם אף הפקעת הלואה אסור וא"כ יגבה לוי משמעון משום שעבודא דר"נ עיי"ש ומה שפירש שם דברי הרשב"א אין משמעות הרשב"א משמע כן ולפענ"ד לק"מ דאף דאמת הוא דאם הי' שמעון חייב לעכו"ם בהלואה הי' לוי גובה ממנו אבל מה שקבל מעכו"ם הוא רק בגזל כיון שכבר פרע לוי והרי כתבו הרבה אחרונים דאף אי גזל עכו"ם אסור אין בו חיוב השבה וכ"ש שעבוד ואך מהנראה כי זה נקרא טעות עכו"ם וא"כ אסור כלל ללוי שיתבע אח העכו"ם כיון דיבוא על שמעין עיין סי' קצ"ד וצ"ע גם במ"ש שהי' לוי יכול לתבוע מחצה לעכו"ם צ"ע בעיני דאף דשני ערבים צריך השני ליתן חצי למי שפרע בשביל הלוה אבל כאן דעכו"ם לא נעשה ערב רק מכח שותף שלוה וכמו דנעשה העכו"ם ערב עבור ראובן ה"נ נעשה ראובן ערב בשבילו וא"כ י"ל דלוי דנעשה ערב גמור חייב כל המחצה וצ"ע:

ב) וטוען הלוה שכבר פרעו אינו חייב לערב כלום. משמע דקאי גם אקבלן והסמ"ע ס"ק ד' הקשה דהא הקבלן הי' מוכרח לפרוע לפי מ"ש הרמ"א בסי' כ"ט ועיין ש"ך ס"ק ג' והנחה"מ ס"ק ב' כ' דלכן א"צ הלוה לשלם לו שהערב פשע במה שלא השביע אח המלוה והביא ראי' ממ"ש הב"ח והש"ך ס"ק א' דערב שפרע להמלוה ע"י שטר ויש ביד הלוה שובר פטור הלוה אף דהערב לא ידע וע"כ דהוא מטעם שהי' לו להשביעו ולא אבין דאם נחשב זה לפשיעה א"כ אף באין שובר ביד הלוה יפטור דלמה תרע בלא שבועה ועכשיו אין המלוה בפנינו שישבע או שהוא אלם או שא"צ לשבע כיון שכבר נפרע (מ"ש הנתה"מ ועכשיו אי אפשר לו לשבע כיון דיש שובר אין לו הבנה דאדרבה הא צריך להחזיר) ומשמע דאין זה פשיעות מה דלא השביעו ואך נראה הא דפטור הלוה ביש לו שובר הוא משום דהערב אפסיד אנפשי' דהי' לו לשאול את הלוה והי' מראהו

השובר ובזה נראה דאף אם השביעו ונשבע לשקר הלוה פטור דהי' לו לשאלו. שוב ראיתי בשע"מ דמחלק וכ' דאם מת לוה והי' המלוה צריך לשבע נגד היורשים ואמר שנפרע א"צ לשבע נגד טענת שמא הוי פשיעות במה שלא השביעו אבל בדידי' עצמו אין כאן פשיעות דהא עדיין יכול להשביעו ודחק עצמו במ"ש בסעיף ו' דהיורשים צריכין לשלם לערב היינו ביש נאמנות בשטר וכן הא דמשמע בסי' ר"ל דלא הוי פשיעה היינו בבא לפטור עצמו אבל כאן דבא ליטול הוי פשיעה וכ"ז הוא דבר חדש למלוק על הסמ"ע והב"ח דהרי הב"ח איירי באין רוצה עתה לשבע דהא בהוציא שובר ע"כ איירי באין רוצה להחזיר ובכה"ג באין שובר חייב הלוה ומדברי הסמ"ע סי' קכ"ט ס"ק ל"ז משמע ג"כ דלא הוי פשיעות מה שלא השביעו גם מה שחולק השע"מ על הסמ"ע דכ' דאין הלוה מחויב ליתן להקבלן והשיג עליו דלקמן סי' קל"א מבואר דחייב הלוה לפצות את הערב אף כשהעליל העכו"ם עיי"ש ולי נראה דיש חילוק בין ישראל לעכו"ם דכיון דידוע דעכו"ם דרכו להעליל א"כ כשקבל לפצותו אף מעלילה נתחייב לפצות אבל בישראל י"ל דלא עלה על דעתו לפצותו מעלילה ואין אדם נתפס על חבירו (וגם בעכו"ם משמע קצת בדרישה דאין חיוב לפצות מעלילה רק הלוה פשע דלא הי' לו לשלם דעכו"ם בתר ערבא אזיל וצ"ע) וכן מחלק שם בין אונס דשכיח לכן ודאי דאין לחלוק על הסמ"ע ובפרט דכן משמע ג"כ מהרמ"א ושאר מחברים ורק זה פשוט דאם הערב פרע בדין באופן שלא הי' יכול להודיע ללוה ולוקח שוברו ודאי הלוה חייב לשלם לו כמ"ש הנתה"מ שם וכן מ"ש הקצה"ח ס"ק א' ודאי נכון גם נראה פשוט דאף אם הערב יודע שפרע הלוה והמלוה נשבע לשקר חייב הלוה לפצותו מטעם שהרי העלילה הי' על הלוה וכיון דהלוה הי' מחויב ופרע הערב חייב להחזיר לו כנלפענ"ד: ג) אם עמד מעצמו ונעשה ערב. משמע מהתומים ונחה"מ דדוקא אם המלוה לא רצה להלות לו בלא ערב חייב הלוה לשלם לו אבל אם שמע מאחד שרצה ללות ואמר הלוהו ואני ערב יכול הלוה לומר הי' מלוה לי בלא ערב ומי ביקש מידך שתערבני ולפענ"ד צ"ע דל"מ להסוברין הטעם בפורע חובו ש"ת דפטור הוא משום דאומדן דעת דנותן בחנם ע"מ שלא לחזור ולהפרע וא"כ כיון דבערב לא אמרינן כן וה"נ כשהי' ערב אף בלא ביקש הלוה ממנו דכיון דנתערב מתחילה לשלם אין סברא דנתן אח"כ בחנם דהרי הי' מוכרת לשלם ובחי' לאה"ע כתבתי דטעם זה נראה עיקר ואף מ"ש הפוסקים הייתי מוצא אוהבים שיפרעו בשבילי י"ל כונתם כן דדרך אוהבים שפורעים דאל"כ הרי יוכל לומר לו צא ובקש אוהבים שיפרעו לי ורק ר"ל דגם אתה מסתמא פרעת בחנם ודו"ק ואף להאומרים הטעם מפייסינא הוינא והי' מוחל לי נראה דזה אין שייך רק במה ששילם עבורו יכול לומר לאו בע"ד דידי את ומי

ביקש זאת מידך שתפרע בשבילי אבל בנכנס ערב עבורו תיכף נתחייב לו הלוה אם יפרע אח"כ בשבילו ותדע דהגע עצמך אחד שביקש מראובן שילונו ובא שמעון ואמר אני אלוה לך וכי יעלה על הדעת שיאמר לו מי ביקש מידך שתלוני ראובן הי' מלוה לי ולא הייתי פורע וע"כ יכול המלוה לומר לא הי' לך ללות ממני וה"נ יאמר לא הי' לך להתרצות שאהי' ערב כנלפענ"ד: ד) ואם כתב המלוה לערב קבלתי ממך דמי החוב מהני לי' לגבות מהלוה. עיין בש"ך ס"ק ח' דלהרשב"א והר' יונה ודאי לא מהני מה דכתב לו המלוה לערב התקבלתי שהרי כ' והקנהו לו זכותו והיינו שהקנה לו השטר בכומ"ס ג"כ והתומים דחה דברי הש"ך דאי איירי בכומ"ס למה לי' התקבלתי והא כומ"ס מהני אף בלא ערב ועוד למה כ' הרא"ש הטעם דאי לא כתב התקבלתי יכול לומר דילמא הוא פקדון גבך הא כיון דהרא"ש איירי בנתן לו כומ"ס א"כ לחנם האריך דילמא פקדון הוא גבך דהרי ודאי יועיל התקבלתי ע"ז ועיקר הטעם דיאמר הלוה פרעתי לך כיון דהשטר אינו על שם הערב אינו חושש להניח שטר כזה ולכן דחה דברי הש"ך וגם הנחה"מ הסכים עמו רק חמה על הרא"ש למה כ' דאם לא כתב התקבלתי יכול לומר פקדון הוא אצלך הא בלא התקבלתי יכול לומר פרעתי ובגמר' דאמר דאין נאמן לומר פרעתי הי' לו להרא"ש לסיים דאם לא כתב התקבלתי נאמן עיי"ש שהאריך לפרש פרושים אחרים ותימה בעיני על הנהו אריווחא דאורייתא דאישתמט להו פירוש מלת התקבלתי וש"ס ערוך ב"ק (ד' ה"ד) גבי ר' אבא דשדר את רב ספרא לריב"ח לגבות מעותיו ואמר לו מי כתב לך ר' אבא התקבלתי ועיין לעיל סי' קכ"ב שהארכתי בפלוגתת הפוסקים דיש מפורשים דהוא לשון שליחות שמה שיקבל ר' ספרא הוי כקיבל והרא"ש מפרש דהוא לשון הרשאה גמורה אכן הכל פירשו דהוא כהרשאה רק אינך פוסקים מפרשי כיון דלא הקנה לו אג"ק לאו הרשאה גמורה הוא ואך ודאי לשון הרשאה הוא בש"ס וא"כ ודאי דברי הש"ך נכונים וברורים דהרשאה בשטר צריך להקנות בכומ"ס וזה שכ' דהקנה לו זכותו בכומ"ס ולפ"ז ודאי מ"ש הנתה"מ לדעת הרשב"א דסגי שמוסר לו השטר עיי"ש ודאי לא עלה כן על דעתו וכמו שאבאר ומתחילה אבאר לשון הרא"ש פ' חזקת הבתים בהא דאמרינן התם בההוא לוה דפרע לערב דמשמע שם פשט הסוגיא דאם לא הי' הערב מודה שכבר קיבל מהלוה הי' גובה ומוציא מהלוה ע"י שטר זה וכ' הרא"ש וז"ל פרשב"ם והרי אתה משועבד לי בשטר זה וכו' ושטר שבידו מוכיח שפרע למלוה והר' יונה פירש דמיירי שכתב לו המלוה התקבלתי דאי לא"ה הי' הלוה יכול לומר שמא לא פרעת למלוה ושטר זה הוא אצלך בפקדון או שמא מסר לך ואין שטר נקנה אלא בכומ"ס ע"כ והרשב"א הובא בש"מ שם כ' וז"ל שכתב לו המלוה התקבלתי ונתן לו זכותו הא לא"ה כמלוה ע"פ

דמי שהלוה לא נשתעבד להערב וכיון שפרע הערב למלוה נמחל שעבודו וכ"כ מורי הרב ע"כ. והנה בדברי הרשב"ם מבואר דס"ל דערב שקבל השטר יש לו כל דין מלוה בשטר ועומד במקום המלוה גם סובר דאף עדים א"צ שפרע למלוה רק השטר מוכיח שפרע והר' יונה וחלמידו הרשב"א מסתמא שניהם לדבר אחד נתכונו שהרי הרשב"א סיים דכן כ' מורו הרב ופירשו דאיירי בכתב לו התקבלתי וכבר פרשתי דהיינו שנתן לו כת לגבותו ופליגו על הרשב"ם בתרתי חדא דאין השטר שבידו ראי' שפרע ואף אם הלוה אין טוען שהוא פרע מ"מ יכול לומר שמא בפקדון הוא אצלך והוסיף עוד דאף בידעינן שהערב פרע מ"מ אין לו דין שטר דאין שטר נקנה רק בכומ"ס שיהי' להמוצא אותו כח של המלוה ויכול לומר לערב פרעתי לך ורק בהתקבלתי שנתן לו הרשאה לגבותו גובה בו ואך פשוט כאן דאף לשיטת הרא"ש המבואר בסי' קכ"ב דאף בהרשאה בלא הקנה בקנין גמור אג"ק יכול הלוה לדחותו דשמא יבטל המלוה השליחות או ימות כאן דהערב כבר פרע לא שייך כן ואין להלוה הפסד אם יתן לו ודאי מהני הרשאה ותה"ל כי כונתי האמת בדברי הר"י והרשב"א ובחנם נבוכו בזה האחרונים. שוב מצאתי בהשלמה לש"מ ב"ב נדפס עם חידושיי המאירי למס' שבת ושם ראיתי בסוף פ' גט פשוט כ' ג"כ שנ פרושים בהתקבלתי או שנתן לו השטר בכומ"ס או נתן לו הרשאה וכן ראיתי ג"כ שכ' דערב ששילם כיון דליכא חששא לשמא מת אין יכול הלוה לומר לאו בע"ד דידי את ונתתי שמחה בלבי שכונתי האמת:

ה) כשכתב לו קבלתי ממך דמי החוב יש מי שאומר דהוי כמלוה בשטר וכו'. הסמ"ע ס"ק ט"ו השיג על הד"מ שכ' דאם כתב לו המלוה התקבלתי אחר שכבר פרעו לא מהני כמו בסי' קט"ז בגבה מלוקח שלא באחריות השיג הסמ"ע ומחלק בין דין זה לדין דסי' קט"ז וסיים דאף לרבינו יונה מהני בכותב אח"כ ובהגהות דו"פ כ' דלהרשב"ם מהני אח"כ וכל דבריו צ"ע בעיני והנה זה פשוט דלהרשב"ם אף אח"כ א"צ לכתוב ורק השטר שבידו מעיד שפרע ויכול ע"י לגבות כמו שהעתקתי דבריו בס"ק הקודם וא"כ ודאי דיעה ראשונה שהביא המחבר שהוא דעת הרשב"ם ורק כבר כ' הב"ח דאף דלהרשב"ם א"צ כתיבה כלל מ"מ לא העתיק הטור והש"ע דעתו בזה דכל הפוסקים פליגו עליו לכן לא העתיק רק היכי דעכ"פ ידעינן שפרע בזה י"א דהוי מלוה בשטר ודבריו ברורים וא"כ ודאי לדידי' פשוט דאף אם כתב לו אח"כ מהני דהרי א"צ רק שנדע דהערב פרע בשבילו ולפ"ז א"צ כלל לחלק בין דין

דסי'קט"ז לכאן דהכא הערב במקום המלוה קאי וזה פשוט ואך הד"מ קאי בשיטות הרמב"ן והרשב"א ופשיטא דנכון עמו והרי כן כ' הרשב"א בפירוש העתקתי דבריו בס"ק

הקודם דמיד שפרע הערב נעשה השטר נמחל שעבודו ופשיטא דלא מהני מה שכותב לו אח"כ התקבלתי ובפרט קבלתי דמי החוב דזה לא מהני כלל וא"כ ודאי דעת הר' יונה כן כמ"ש בס"ק הקודם דכ"כ הרשב"א בשמו וא"כ ודאי דברי הד"מ ברורים בלי שום פקפוק ותימה בעיני שהש"ך ס"ק י' השיג על הב"ח ודבריו ברורים גם התומים כ' דלהר' יונה כיון דכל כתיבת התקבלתי שלא יוכל לטעון פרעתי לכן מהני אף בכתב לו אח"כ והרי לך דברי הרשב"א בשמו להיפוך וגם לפי מה שבארתי ס"ק הקודם אין שום סברא דיהני אח"כ והנתה"מ ס"ק. בנה יסודו על דברי הסמ"ע וכבר בארתי שיראה כל מעיין כי הניחו לי מקום להתגדר בו ודברי באמת וצדק ולא רציתי להאריך בכל דברי האחרונים באשר כל מעיין יראה שאין צורך וגם מה שחולק הנתה"מ על הב"ח והש"ך במה שכתבו דלהרמב"ן דבהתקבלתי יכול לטעון פרעתיך וכ' דבחי' הרמב"ן מבואר להיפך לבי אומר לי דזה מפני שלא ירדו האחרונים להחילוק בין מלת התקבלתי לקבלתי ממך דמי החוב אבל ודאי דהרמב"ן כ' דבקבלתי ודאי יכול לטעון פרעתיך אבל התקבלתי דכונת התקבלתי שכתבו הקדמונים ר"ל שנותן לו כחו וזכותו בהרשאה או בכומ"ס בזה ודאי אינו יכול לטעון פרעתי וזה ברור וא"כ ודאי מ"ש הנתה"מ בשם הרמב"ן דלא יוכל לטעון פרעתי היינו בהתקבלתי ודו"ק:

ו) ה"ז גובה מלקוחות. הנתה"מ ס"ק ו' הביא דהגי"ח הקשה על הרא"ש דכ' דהלוה מודה שהוא ערב א"כ יהא נאמן במיגו שלא ציוה לו להיות ערב ותי' דיצטרך לטעון שתי טענות דאף שלא ציוהו מ"מ ערב שפרע חייב לשלם לו ויצטרך גם לומר פרעתיך והנה אין סברא זו מוסכמת והנתה"מ עצמו וכן השע"מ כתבו כמה פעמים מיגו שיוכל לטעון שני טענות וכאן בלא"ה נראה דלק"מ דהרא"ש כ' זה לשיטת הרשב"ם ולדידי' הרי יכול המלוה לכתוב אח"כ קבלתי ויהי' מלוה בשטר ואין כאן מיגו ואך לא זכיתי להבין למה עשה הג"ת קושייתו בדרך זה שלא ציוה שיהי' ערב ור"ל שנעשה ערב בלי ציווי ולמה לא הקשה בפשוט דיאמר שלא נעשה ערב כלל וע"ז לא יועיל תרוצו וגם מ"ש לא יועיל לתרץ זה וצ"ע:

סימן קלא

א) או שכתב ביני שיטי. הסמ"ע ס"ק ט"ו פי' דהיינו שהי' כתב העכו"ם והב"ח חולק הביאו הש"ך ס"ק י' (רק בערכאות מהני) וכן הסכים התומים וכ' דלא תהא כזאת בישראל רק כ' לחלק דבשיעור החוב נאמן שנתן כיון דהשטר בידו ולמה הי' לו לעכו"ם ליתן השט"ח להערב עיי"ש ולא הבנתי דבריו דהא כאן איירי דהלוה כבר פרע ויש בידו שובר

א"כ ודאי דידע העכו"ם שאם יתודע מהשובר יצטרך להחזיר בחנם ועשה קנוניא עם הערב ופשוט:

ב) וה"ה בכל ערב לעכו"ם בשביל ישראל אפי' העליל העכו"ם וכו'. השע"מ הקשה על תשו' הרא"ש דין אחד שנכנס ערב לעכו"ם בשביל קהל ותפס העכו"ם שטרות מהערב והי' הפסק שהקהל מחויב לפצותו ונתרשלו הקהל ועי"ז העני הבע"ח ואתר שפדה ראובן השטרות לא הי' יכול לגבות מהם ותובע מקהל הפסידו ופסק הרא"ש דהוי רק גרמא ופטורים והקשה השע"מ דהא אף מעלילה חייבים לפצות אף דהוי רק גרמא ע"כ ופשוט דלק"מ דאין זה כלל והלוה מחויב לפצות מה שהפסיד בשביל הערבות וכאן אף אם יתפסו הקהל עצמם שטרות ובא כה"ג לידי הפסד אין הקהל חייבין במה שהעני בעלי החובות דלא: עשו מעשה בגוף השטר והלוה חייב ליתן מה שיקבל העכו"ם כאלו קיבל הוא גם בלא"ה אין זה הפסד שבא על ידם דהרי בענין הערבות הי' יכול לפדות השטרות מיד וכי משום שהקהל מחויבים ליתן אותן המעות להעכו"ם לא הי' לו ליתן ולהציל שלו:

ג) אפי' העליל העכו"ם. השע"מ חידש דאם מת הלוה אין היורשים חייבים לפצותו מעלילה דהרי הרא"ש יליף זה מהא דזבין ארעא אמיצרא דחבירו לעכו"ם דחייב לסלק מאתו כל היזק הבא לו מעכו"ם ומבואר לקמן סי' קע"ה דאף אם קבל עליו בנו פטור וה"ה הכא ע"כ ולפענ"ד לא נהירא דשאני התם דהוא רק קנסא ולא קנסו בנו ועיי"ש בנתה"מ בחידושים דאף בקבל עליו לא הי' קבלתו רק מטעם קנס אבל כאן דאנן סהדי דלא נכנס לערבות רק ע"ד שהלוה יסלק מאתו כל היזק א"כ אין חילוק בינו לבין בנו גם ממה שהוצרך שם הגאון המובא לטעם דלא בנו משמע דהיכי דאין זה קנס אף בנו חייב ובפרט דהש"ע פוסק שם דלא כהרא"ש ואינו חייב רק בקבל עליו וכאן פסק דאף בלא קבל עליו חייב וע"כ ודינא הכי משום דאנן סהדי כמ"ש א"כ אף בנו חייב ושאר הראיות שהביא השע"מ אין כדאי להאריך בהם כאשר יראה כל מעיין דאין דומה כלל גם מה שהביא מהיתה לו פרה שאולה וטבחוה פשיט דאין זה דמיון דהתם הטעם משום דלאו שואלין נינהו ודו"ק:

ד) שאם ראובן מכר שדה לשמעון ובא לוי וקבל אחריות לא נשתעבד. הסמ"ע ס"ק י"ת כ' הטעם דעביד אינש דזבין ארעא ליומא והטו"ז הקשה דהא לא קיי"ל כשמואל דאמר אחריות לאו ט"ס הוא מטעם עביד אינש דזבין ליומא ונראה דגם שם אינו מהסברא ובודאי ליום אחד לא הי' נותן כ"כ ויש אונאה יותר מפלגא ולכן כ' שם רש"י דר"ל דאין חושש שמא יטרפו אותו וסבר דילמא לא יטריפו ואף אם יטריפו יאכל ביני ביני הפירות

עיי"ש וזה שכ' הסמ"ע כיון דמצינו סברא זו אף דלא קיי"ל כן מ"מ בערב אמרינן ודאי דלא על אמונתו קנה דלחוש דילמא יטרפו ולא יהי' למוכר לשלם ובספק זה עביד דקנה ליומא בלי ערב ופשוט:

סימן קלב

א) דינה כלותה ונשאת. הקצה"ח הביא דברי הרשב"ם גבי הא דדייק הש"ס מדתנן היורש את אשתו אינו חוזר ביובל ש"מ כיורש שוי' רבנן וקשה לי' להרשב"ם דמנ"ל דמחיים הוי ג"כ יורש וכ' דאי מחיים הוי לוקח אפי' לאחר מיתה לא פקע שם לוקח מיני' והקשו התוס' דהא לא הוי לוקח רק לפירות ולמה לא יירש הגוף אחר מיתתה ותי' הקצה"ח כיון דהוא ביד הבעל לפירות וקנין פירות כקנין הגוף דמי א"כ הוי ראוי לאשה ואין הבעל יורש בראוי ואף דגבי בכור אמרינן במלוה שעמו פלגו והיינו דמזכה לאביו כדי שלא יהא ראוי כאן דאין להאשה פירות אין לה מה שתוריש אותו וראי' לזה דאל"כ למה אמרו בהשולח דבן שהי' בידו שדה לקות מאביו והקדיש השדה צריך קרא דהוי שדה אחוזה נימא ג"כ שמקנהו לאביו כדי שיורש אותו אלא ע"כ כיון דקנין פירות כקנין הגוף לא שייך גמר ומקנה והביא הקצה"ח עוד ראי' דלמ"ר כקנין הגוף דמי הוי ראוי דהש"ס דייק מהא דבכור נוטל פ"ש בשדה החוזרת לאביו ביובל ודייק ש"מ קנין פירות לאו כקנין הגוף דאי כקנין הגוף דמי הוי ראוי ע"כ תוכן דברי הקצה"ח והנה מ"ש דשדה שהבעל אוכל פירות הוי ראוי תה"ל כי כונתי לדעתו הרמה וכבר נדפס זה בתי' לאה"ע סי' צ' וכתבתי דהוא מוכרע ממקומו דאל"כ מה כ' הרשב"ם דלא פקע שם לוקח ממנה מ"מ ביובל למי תחזור והרי הבעל יורש ראשון וע"כ דאין הבעל יורש משום דהוי ראוי ורק מה שהקשה דנימא דמקנה אותה להאשה כדי שירשנה כמו בכור במלוה שעמו ותי' דאין יכול להקנות לאשה משום דהוא אוכל הפירות לא יובל להקנות להאשה לא אבין דכי בכור במלוה שעמו אין אוכל הפירות וראייתו ממת אביו ואח"כ הקדישה דלמה לא נימא ג"כ דהקנהו לאביו אין לו מובן כלל דלמה הי' לו שם להקנותו לאביו וכי בלא זה אין יורש אותהושם בבכור שאני דמקנה כדי שלא יהא ראוי ויטול פ"ש וא"כ הדרא קושייתו לדוכתי' דילמא הוי לוקח ומ"מ מקנהו לאשה כדי שירשנה ולמה יהי' ראוי וכבר כתבתי שם בחי' לתרץ זה דבכור דנכסיו משועבדים למלוה והיינו לאביו בזה כ' שם הרשב"ם דמקנה השעבוד לאביו בעין יפה כאלו הוא שלו והוי מוחזק אבל אשה אין לה שעבוד על בעלה ואדרבה היא וכל אשר לה משועבדת לבעלה איך ובמה מקנה לה ואף די"ל דיכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים שתקנו שיאכל הפירות ויכול להחזיר לידה כבר כ' הש"ך בסי' ק"ג דזה שמתרץ משום פסידא הוי יורש היינו שאומר אי אפשי

אבל המקשן לא עלה על דעתו שיוכל לומר אי אפשי וגם בלא"ה י"ל דאין שייך כה"ג שמקנה לה אבל מ"מ אין קושיא גם על התוס' דהקשו דיורש הבעל הגוף די"ל דהתוס' ס"ל כהרשב"א הובא בב"ש שם דכ' דמלוה שביד הבעל לא הוי ראוי ושאני בכור דכתיב בכל אשר ימצא לו ובעינן שיהי' תחת יד אביו אבל בעל עוד עדיף בישנו תחת ידו וגם בל"ז י"ל דקנין פירות שהם ביד הבעל לא מיגרע דנאמר דגם הקרקע הוי ראוי וכסברת הרשב"א גבי מלוה ודו"ק. גם מה שדחה הקצה"ח דברי הש"ך שכ' דאף הגוף קונה מחיים והקשה דמ"מ הרי אין לו רק קנין פירות וראי' מקונה שדה בזמן היובל אין לו רק קנין פירות קשה בעיני להבין דודאי אי נימא דלא הוי ראוי הרי הבעל יורש ואין זה דומה ללוקח דעתידה שתצא ממנו רק אף לפי הס"ד דמקשה דיחזיר ביובל מ"מ י"ל דכ"ז שהוא תחתיו י"ל דתקנו לבעל קנין הגוף ויש לעיין בזה אך פשוט דלולי דהוי ראוי הבעל יורש ויש לו קנין הגוף:

ב) שנים שערבו וכו' יפרע מאיזה מהם שירצה כל האחרונים תמהו בזה דהה"מ כ' דזה נלמד מהא דאמרינן בש"ס אחין שחלקו ובא ב"ח ונטל חלקו של אחד מהם משמע דהב"ח יכול ליטול מאחד הכל וה"ה בשני ערבים ותמהו דהרי הש"ע פוסק בסי' ק"ז דאחין שחלקו אין ב"ח גובה מא' וה"נ בערבים למה יטול מאחד הכל והנתה"מ כ' וז"ל דהא דמשמע בש"ס דגובה מאחד היינו משום דהסוגיא אזיל אליבא דמאן דאית לי' ברירה, אבל כיון דקיי"ל אחין לקוחות הן מטעם אין ברירה לכן אין ב"ח יכול לגבות מא' דהא לרש"י דס"ל דאין ברירה היינו דכל חטה הוי מחצה שלו ומחצה ש"ת וא"כ אין נוטל רק חצי דהא חצי הוא בני חורין וחצי משועבדים וכן לשיטת התוס' דיש ספק אולי הגיע לו ש"ח לכן חצי גובה ממ"נ אם הגיע לו שלו הוי ב"ח ואם הגיע לו של חבירו שניהם משועבדים הם אבל הכל אין יכול לגבות דשמא הגיע לכ"א שלו חצי משל חבירו חצי ומחצה משועבדים הם ולא הבנתי כלל דבריו דלשיטת רש"י דמעורב הכל וא"כ אם יירש כפל מהחוב למה לא יגבה ממנו הכל ואך בעצמו הרגיש בזה ואכן זה תימה דכ' דבפ' בית כור אזיל אליבא דמאן דאית לי' ברירה במחכ"ת לא עיין במקומו דהא שם בנטל חלקו של אחד מהם פליגו שם רו"ש אם לקוחות הן מטעם אין ברירה או יורשין הן ואיזה טעות נזדקרה לפניו ולתרץ קושיא הנ"ל הארכתי במה"ק וכעת אקצר דע"כ בש"ס דאמר לקוחות הן ע"כ דלאו מחמת ספק רק אי אמרינן אין ברירה ודאי דלקוחות הן דאי מחמת ספק לא אמר שמואל ויתר דהוי לוקח שלא באחריות א"כ עכ"פ יחזיר לו רביע כמו לרב אסי וכתבתי במה"ק דהוא משום דמעולם לא נשתתף ורק מתפיסת הבית נטל חלקו לכן לוקח הוא ואין להאריך וגם ר"א דאמר נוטל רביע בקרקע משום דמספקא

לי' אי יש ברירה הי' יכול לומר דודאי אין ברירה לכן הוי ספק ונוטל רביע וע"כ דאי אין ברירה ודאי לוקח הוי ולכן בש"ס ניחא דנוטל חלקו של אחד ממ"נ דאי יורשין הן הוי בני חורין ואי לקוחות הן הוי משועבדים אבל לדידן דקיי"ל דבדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה והיינו דברירה הוי ספק וא"כ אינו נוטל רק חצי מכ"א דיכול לומר שמא אתה נוטל מה שלקחתי אבל חצי גובה ממ"נ וא"י לומר שמא משועבדים הן דא"כ גם של השני משועבדים אבל בערב דשניהם שוין יכול ליטול חלקו של אחד מהן ודוק כי קצרתי:

ג) ויש חולקין ואומרים וכו' גובה מזה מחצה ומזה מחצה המ"מ כ' דזה סברת התוס' דכתבו הא דאמרינן בש"ס דנטל חלקו של אחד היינו דאיירי באפותיקו שעשה לו אביו אבל בלא"ה אין יכול ליטול חלקו של אחד אף באחין שחלקו וה"ה בערבין וכבר כתבתי בחידושי לש"ס דדברי התוס' צ"ע וכבר הקשה כן המהרש"א דהא התוס' כתבו דלכן אמר שמואל ויתר משום דע"ד כן חלקו שאם יטול ב"ת חלק של אחד לא יגבה מחבירו חלקו כיון דשניהם בספק וא"כ בשדה שהי' אפותיקו אין שניהם בספק ולמה ויתר והמהרש"א כתב דמ"מ שניהם בספק דאין יודעין איזו שדה עשה אביהן אפותיקו ובאמת הוא דוחק דהא מצינו כיוצא בזה דמקח התלוי בדעת שניהם לא אמרינן אומדנא דאם הי' ידע שיארע בזה איזה אונס לא הי' לוקח דשניהם הם בספק ועל כן לקח ומ"מ במים שנתגלה שהי' מקודם נתבטל המקח ולא אמרינן דשניהם היו עומדין בספק ואכן נראה כיון דמ"מ חזינן דלהתוס' לא ניחא להו שיוכל לגבות מאח אחד וקושיית התוס' מה דאמר התם ונטל חלקו של אחד יש ליישב בפשיטות דהי' שדה זו במקום המלוה דאין מחויב לטרוח ליטול שלא במקומו לכן בערבים ודאי דנוטל רק מחצה מזה ומחצה מזה:

אבני חושן על חו"מ השמטות לחו"מ חלק ראשון סימן יח

בחי' סוף סי' י"ח כתבתי שמהירושלמי נראה כמ"ש הש"ך דמ"ש חותמין בשנים ע"כ ר"ל גומרין דמשמע פשוט דאם אחד סילק עצמו אחר שגמרו הדין ביניהם יכולין השנים לגמור ובנתה"מ כ' ראי' להיפך מדאמרו גבי לילה דנין ביום וגומרין בלילה ולמה לא אמרו נמי דנין בשלשה וגומרין בשנים משמע דאין יכולין לגמור עיי"ש ופשוט ראין זה ראי' דהתם תחילת הדין היינו רק שמיעת טענות ואולי אף עטיפת הדיינים סגי ביום וכל המו"מ בלילה וא"כ אם הוי אמר גומרין בשנים הוי אמינא כמו התם גם הא אנן אמרינן דאם כבר גמרו ביניהם הוי גמר ומהנראה דהגם מהא דאמרינן בסנהדרין ל"ד אחד מתלמידים שזיכה ומת רואין אותו כאלו חי ועומד יהי' קצת ראי' להש"ך והב"ח אך לא עיינתי בטוב:

אבני חושן על חו"מ סימן כו:

המקבל עליו בקנין לדון לפני עכו"ם אינו כלום. עיין מ"ש בחי' ס"ק ב' וראיתי בשו"ת מהרש"ם מהגאון מבערזאן הנדפס שנת עת"ר בסאטמור סי' ס"ה כ' דאם הלוה אמר למלוה להעריך וועכסיל שלו בערכאות חייב לשלם להמלוה כל ההוצאות שעלו בערכאות ולא כ' שם שום טעם ובעניי פשוט דאין חייב ול"מ באם הלך לפניהם באיסור פשוט דלא הי' לו לשמוע וגם יוכל לטעון דברי הרב ודברי התלמיד וכו' ואך הוא כתב זה ע"פ מ"ש מקודם בשם הרב הגאון הק' מבוטשאטש שוועקסיל שאין בו טענות יכול להעריך בדיניהם ואף כי זה תימה בעיני גם חפשתי בס' כסף הקדשים ולא מצאתי רק כ' שאם ידוע שלא ישמע הלוה אולי אין איסור ואך אף אם נאמר דמותר מ"מ מאיזה טעם יתחייב בהוצאות והרי אף בסירוב לא הוי רק מטעם גרמי ולולי רשות ב"ד אין גובה הוצאות א"כ בהלך שלא ברשות יתחייב ויותר נראה דאף אם הלוה אמר אשלם ההוצאות לא נתחייב ויכול לומר להשטות אמרתי וגם איזה ענין יחייבו ובאומר קרע כסותי צריך לומר והפטר וכאן הרי דמי לאומר קרע כסותך בודאי בשעת הלואה יכול להתנות אבל באמירהודאי לא יתחייב ואף גרמא לא הוי והרי כל הוצאות עשה בשביל עצמו להיות בטוח במעותיו ורק על הערב אמרו דהלוה חייב לפצותו בלוה מן העכו"ם דירד לזה אבל למלוה א"צ לפצות וזה פשוט לכל ישר הולך: אגב אכתוב כאן מה שנשמט לי מלעיל סי' ג' ראיתי שם בגליון הש"ע דברי הרב הגאון רע"א והעתיקו בפ"ת שם ס"ק ב' הביא דהרש"ך כ' בתובע ונתבע שאחד אומר שרוצה להתדיין בד"ת ואחד אומר שרוצה להתדיין בדיני סוחרים שכן הוא המנהג במקום שנעשה העסק הדין עם השני דמנהג מבטל הלכה ע"כ ואני כתבתי הרבה פעמים דהגאון רע"א ציין הרבה פעמים כדי לחלוק ולברר בעת הפנאי דהרי פשוט דאף מנהג שאינו נגד ד"ת כתבו התוס' ריש ב"ב ובשוכר את הפועלים דאם הוא מנהג גרוע אין הולכין אחריו כ"ש זה דאין לך מנהג גרוע לבטל ד"ת והרי קודם שניתנה תורה נצטוו ב"נ על הדינים והיינו כסברת ב"א שלא יגזול אחד מחבירו ולזה ניתנה תורה לבטל המנהגים וידוע כי פסקי בעלי בתים ופסקי ד"ת הם שני הפכיים ואיך נוכל לייסד מנהג לבטל ד"ת ועיין בש"ך סי' קנ"ז הביא דברי התוס' הנ"ל וציין להרש"ך סי' מ"ז ואולי חולק שם על התוס' וידוע כי הש"ך רוב חלק שני הוא רק שציין לברר כאשר כ' בס' כסף הקדשים אבל מה שהוא נגד ד"ח לא יחלוק אדם לומר לילך אחר מנהג גרוע זה עיין באלש"ך פ' משפטים האריך בכמה טובות שעשה עמנו הקב"ה במה שהגיד חקיו ומשפטיו לישראל וחוץ מדבריו כמה אלפים ורבבות טעמים וסודות אשר יש בזה עיין שבו"י כ' בשם קדמון גבי שאילה בבעלים דאמרו חז"ל אם

בשעת שאלה האכיל בעה"ב להשואל דפטור ואמר לולי דברי חז"ל היינו אומרים משלם רעה תחת טובה וע"כ עלינו לומר דכשחקק הקב"ה התורה צפה עד סוף כל הדורות דאותן שישאלו בבעלים צריכין לפטור וזה תיקון נפש המשאיל שחייב לו באיזה גלגול ואין לנו עסק בנסתרות א"כ איך נעשה מנהג לבטל ד"ת ולדון לפני סוחרים אם לא התנה בתחילה ועיין תשו' מהר"ם אלש"ך סי' נ"ו הובא ג"כ בש"ך שם דהרבה פוסקים כתבו דלא חיישינן למנהג גרוע ולפענ"ד זה גרע מהך דסי' שס"ט בסוף הסי' בהג"ה בשם הרשב"א דבנושא, אשה במקום שנהגו לדון בדיני עכו"ם שאין הבעל יורשה לא יוכלו קרובי האשה לומר שנשאה ע"ד המנהג ושם הרי הוי קצת כעין תנאי ידוע שלא יירש אותה ומ"מ לא אזלינן אחריו כ"ש כאן שעדיין בשעת העשיית העסק לא נודע מה יהי' ביניהם דלא חל המנהג ועיין בש"ך סי' ע"ג שהאריך דלא אזלינן בתר מנהגי העכו"ם לעקור ד"ת ולדון בפני סוחרים הוא ודאי דמי למנהג עכו"ם ובודאי דברי הרש"ך הם נגד הסברא ואף כי אין הס' רש"ך לפני ואולי מתרץ זה אין האחריות עלינו כ"ז שלא נדע טעמו ונראה דאף לדברי הרש"ך אין האחד יוכל לומר לא נלך רק לפני סוחרים דאולי יש לחבירו טענות נגד המנהג וא"כ ע"כ צריך לבא לפני דיינים רק עיקר דאחד יכול למחות ולומר לא אחדיין רק בד"ת ועיין עוד בפ"ת סי' י"א הביא בשם ברכי יוסף דאין ראי' למנהג ממה שנתרצה הנתבע דאה"נ אם הנתבע ימאן שומעין לו וכן בכל מנהג יש לראות ממי יצא המנהג ואך כאן כתבתי דבלא"ה מנהג גרוע הוא דאין הולכין אתריו:

אבני חושן על חו"מ סימן כח:

סעיף ג'. ישראל יודע עדות לעכו"ם נגד ישראל ואין עד אלא הוא אסור להעיד וכו' אבל אין חייב לשלם. בחי' ס"ק ג' הקשיתי דאיך נאמן ע"ע לומר אמת העדתי שיפטור מלשלם דהרי לפני ערכאות אינו בגדר עד לומר דהתורה נתנה לו נאמנות ואין עליו שם עד רק שם מסור ואיסור עביד דהא משמתין אותו ואיך יאמר אמת העדתי ובש"מ בשם הרמ"ה כ' דצ"ע וכתבתי די"ל דכיון דמסור אינו רק דיני דגרמי באין ידוע אם הזיקו אין יכולין לחייבו. עכשיו מצאתי בשאילות יעב"ץ ח"ב סי' נ"ג הקשה כן ודוחה דברי הרמ"א וכ' דאף דלא אמרו בגמרא רק משמתין אותו מ"מ חייב ג"כ לשלם ובעיני נראה דודאי משמע בגמרא כהרמ"א דאמר שם דאם הבי דואר אין פוסקים רק שבועה יכול להעיד ובעי, אדם חשוב מי מותר דמפיק ממון אפיו א"ד אדם חשוב לא יכול לאשתמוטי עיי"ש ואם נאמר דאנן אמרינן דמסור הוא ואין נאמן מה מועיל מה דהוא אינו יכול לאשתמיט וע"כ דאין משמתין אותו רק משום דהי' יכול להשמיט עצמו שלא להעיד גם תימה לי דהשאילות יעב"ץ מחזיק שם גירסת הש"ס דעכו"ם לא תבע לי' ואזיל ומסהיד (דגירסת הש"ע ע"כ

הי' דתבע לי' כמ"ש הש"ע והעכו"ם, תובעו שיעיד) לכן כ' שם מקודם דאם העכו"ם תובעו ואין יכול להשמט יכול להעיד אבל ביכול להשמט כ' אח"כ דאף לשלם חייב עיי"ש ואם אנחנו אין מאמינין לו דאמת העיד מאי לנו נ"מ אם יכול להשמט או לא א"כ ודאי משמע דנאמן לומר אמת העדתי:

גם לכתחילה אם יכול להעיד נראה דאין נ"מ בין שתי הגירסות ורק העיקר תלוי אם יכול להשמט אסור להעיד אבל באינו יכול להשמט נראה דמותר להעיד וא"כ בזה"ז ודאי דמוכרח להעיד יכול להעיד ובפרט דהם משביעין את העד ודאי יכול להעיד ולא כמו שקצת אומרין דלא יעיד לומר האמת והרי הרא"ש פסק דאדם חשוב יכול להעיד כיון דלא איפשטא ואף דהש"ך מביא בשם הי"ש דחולק על הרא"ש עיי"ש בי"ש הקשה למה פסק הרא"ש דמותר דהוי ספק דרבנן הא להזיק חבירו הוא איסור דאורייתא ע"כ נראה דהי"ש סובר דכל הפקעת הלואה מותר לכן סובר דהוי מזיק אכן אנן קיי"ל כמ"ש הקצה"ח דאם העכו"ם תובעו אסור להפקיע הלואתו וכן כ' שם בשאילות יעב"ץ דודאי ישראל הכופר איסורא עביד וגם לשון הש"ס דבעי אדם חשוב מהו ר"ל דאולי אף אדם חשוב יכול להשמט אבל באם אין יכול להשמט ודאי מותר להעיד גם הבר"י סי' י"ח כ' דמכאן נלמד דאין להדיין לומר איני יודע כדי לסלק עצמו מן הדין אף דלדעתו שני הדיינים טועין אין לו להתחכם נגד התורה דהא חזינן דבש"ס כאן אמרינן דאם הבי דואר אין מחייבין רק שבועה יכול להעיד כיון דבדינינו ג"כ בעי שבועה וקשה אדרבה אם ישבע הרי ישבע לשקר כיון דהוא יודע דחייב וא"כ עדיף להוציא גזילה מידו ויציל אותו משבועת שקר וע"כ דאין לו להחחכם נגד התורה ע"כ וכ"ז ניחא ביכול להשמט עצמו ומ"מ יכול להעיד במקום דנותנין שבועה אבל באינו יכול להשמט האיך יעיד שקר כדי שחבירו יגזול לכן נראה ודאי דיכול להעיד ובפרט דודאי יהי' חילול השם כיון דהעכו"ם יודע שהישראל יודע העדות כן נלפענ"ד פשוט:

והנה במה שצידד הנתה"מ אם יכול להשביעו באם טוען שהעיד שקר כ' הנתה"מ דאין יכול להשביעו כמו דאין יכול להשביע עדים ואפי' ע"א ששילם על ידו ולא הבנתי דבריו דמה ענין עדים בב"ד להמעיד בערכאות דאין שם עדות עליו כמ"ש בחי' דיכול אף להיות חוזר ומגיד וצ"ע ומהנראה דיכול להשביעו:

אבני חושן על חו"מ סימן לג:

בסעיף י"כ. אם נפסק הדין כשהי' קרוב לא יוכל לחזור ולתבעו כשנתרתק. בתי' ס"ק ג' כתבתי דאף עדים שנשבעו כבר בערכאות מ"מ נאמנים להעיד בפני ב"ד ולא אמרינן עביד לאתזוקי דבורי' וכעת נראה ראי' לזה מדברי התוס' והר"ן המובא בש"ך סי' קכ"א

ס"ק נ"א (כעת ציינתיו שם) דהקשו דאף אחר דתיקון רבנן היסת למה לא יהיו, נאמנים אתר שנשבעו והוצרכו לתרץ דעד הצריך שבועה אינו עד ולכאורה לפי מ"ש העיטור איך יהיו נאמנים כיון דעבידו לאחזוקי דבורייהו ובפרט דכבר נשבעו וע"כ דאף אחר שנשבעו נאמנים ואך על קושייתם לכאורה קשה לי דמה הקשו דאחר השבועה אינם נוגעין והרי גם אח"כ ע"כ מוכרחים לומר דפרעו למלוה דאי לא"ה יאמר הלוה אהדרינהו וכי אם נשבעו יכולין לומר להיפך והוא קושיא גדולה לפענ"ד אם לא שנאמר דהרי הם כבר פטורים וא"כ הברירה בידם שלא יעידו כלל לכן לא הוי נוגעים ולפ"ז י"ל ג"כ היכי דנשבעו בערכאות אין על הב"ד לכופם להעיד דע"כ, מוכרחים לומר כמו שנשבעו דלא יפסלו א"כ אין להטיל חרם שיעידו אך אפשר דנוגע דפסול הוא משום חשש משקר ואם אין יודעין לא חל החרם וא"כ אין זה כפי' ואך לא נהירא דמ"מ אם לא יעידו אז נתגלה דנשבעו בשקר או דעוברין על החרם וצ"ע בזה ועכ"פ בלא כפי' יכולין להעיד ודו"ק:

בסעיף י"ד שכ"מ שצוה. עיין פ"ת ס"ק ו' אודות שטר צואה שקיבל עליו פסולים ובענייי כבר כתבתי בחי' בסי' מ"ה ושאר מקומות דלא שייך קיבל קרוב א"פ רק להעיד בב"ד אבל שטר שיהי' ע"י קבלתו לא מהני ואין זה שטר כלל:

אבני חושן על חו"מ סימן לה:

, אחר י"ג שנים. כבר כתבתי במ"א אודות מה שהביא הפ"ת כאן מחלוקת הפוסקים אי אזלינן בתר חזקה דרבא דאם רואין אח"כ שערות אמרינן ביום שנעשה י"ג שנים היו בו וכתבתי דלולי שאיני כדאי אמרתי דלא נשגיח בזה כלל דע"כ נשתנה הטבע (ואולי הוא רק כאן במקומינו) ואין אפי' אחד מאלף שיביא שערות תיכף וכתבתי ג"כ דהי' מעשה שהרב הק' הר' צבי מרימאנאוו ז"ל בכתה לפניו יבמה שצריכה להמתין ליבם קטן והבטיח לה שתיכף בי"ג שנים יביא שערות וכן הי' והי' זה למופת ואני הכרתי את החלוץ מי הי' הרי כי הטבע אינו:

אבני חושן על חו"מ סימן לז:

השוכר אם לקח השכירות. בחי' ס"ק ז' בסופו כתבתי דמ"ש הבעה"ת כיון דיכולין לומר פרעתי השכירות ר"ל אף דיהי' צריכין לשבע ואוסיף קצת להסביר דבריו דהיינו דאם אומרין דהשכירות מגיע להמחזיק שכבר דר ג' שנים ואם הוא בשקר איך יגזלו את המערער וליתן להשוכר בעדות שקר משום זה נוח להם אם יגזלו יותר יגזלו עבורם ויאמרו פרענו אף דיהי' צריכין לשבע. והנה ראיתי בפ"ת ס"ק ז' במ"ש הש"ע סעיף י"א דאם ראובן שיש לו שטר על שמעון ומוכרו ללוי אין שמעון נאמן להעיד שמוכרו ללוי משום דהוי נוגע דלוי נוח לו וכ' הנו"ב דזה רק משום דנגד ראובן יהי' לוה רשע אם לא

ישלם כיון דלוה ממנו אבל נגד לוי הקונה השט"ח לא יהי' לוה רשע כיון דממנו לא לוה ומתרץ בזה דברי הש"ך בסי' קכ"ג דכ' דלא הוי נוגע משום דזה נוח לו והנה ודאי כונת הבעה"ת לא הי' לזה וכבר הבאתי דבריו שכ' דבשוכרים לא שייך לומר זה נוח לי כיון דאין שטר למשכיר ויוכל יותר לטעון פרעתי מלהעיד שקר אבל כאן דיש עליו שטר ואין יכול לומר פרעתי הוי נוגע משום זה נוח לי ולמה לא מתרץ דבשוכרים בין כך וב"כ יהי' לוה רשע אבל כאן בשטר לא יהי' לוה רשע נגד הקונה ומשמע ודאי דאף משום זה נוח לי לבד מיקרי נוגע ואולי קצת יש ליישב דברי הש"ך והנו"ב דכונתם דהש"ע פוסק כהבעה"ת ולא מטעמי' דהבעה"ת עצמו מביא דברי החולקין וסברתם לכאורה נכונים דלא שייך דיעיד שקר לחייב לאחר וכמ"ש הרמב"ן רק המחבר פסק כן משום דלהשני לא יהי' לוה רשע ומ"מ צ"ע:

אבני חושן על חו"מ סימן לט:

בסעיף א'. אחריות ט"ס. בחי' ס"ק ב' כתבתי דמ"ש השע"מ דבחיוב שהתחייב עצמו בחנם לא אמרינן אחריות ט"ס אף דנכתב סתם חיוב כתבתי דלא משמע כן בפוסקים רק כי כל חיוב הוי כתוב והנה האריך עוד ע"פ שיטתו והביא ראיות לדבריו וא"כ יהי' גם ראי' לדבריו הנ"ל לכן באתי על דבריו והיינו דהוסיף עוד ע"פ שיטתו דאף בהתנה אחריות כ"ז שלא נכתב אינו גובה דהרי אינו יכול לחייב עצמו אלא בשטר כמבואר סי' מ' וא"כ אף דנתחייב בשטר מ"מ על האחריות צריך ג"כ שטר וכ"ז דלא נכתב אינו גובה והביא דברי הבעה"ת בשם הרמב"ן הובא בב"י בסי' ס' וז"ל שהנותן מה שעתיד לקנות ושעבד נכסיו וקיבל על עצמו אחריות להעמידם בידו חייב להעמידם בידו ואם לאו גובה מדין אחריות ואין לומר מתנה אין כאן אחריות אין כאן שיכול אדם להתחייב עצמו באחריות שאינו חייב כמו חייב אני לך מנה בשטר וזה אחריות כל המתנות ע"כ לשון הרמב"ן הרי שבדבר שאינו חייב אין מתחייב באחריות רק כמו חייב אני לך וא"כ צריך שטר ע"כ ובמחכת"ה נתחלף לו אחריות לקוחות באחריות של נכסיו דהרי שם אינו מדבר כלל מגביית לקוחות שהרי כ' גובה מדין אחריות גם מה זה שסיים וזה אחריות כל המתנות גם מה תירץ למה שאמר למה לא נאמר מתנה אין כאן אחריות אין כאן ואכן דברי הרמב"ן סובבים על מה שחידש דאף דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול להתחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם אכן החיוב הוא שמקבל שעבוד על עצמו ועל נכסיו ואף שמה שנותן הוא דבר מסוים ולא בא לעולם מ"מ הרי קיבל שעבוד על מה שבא לעולם וע"ז אמר דלא נאמר מחנה אין כאן ולא קנה המקבל א"כ עבור מה חל אחריות ע"ז אמר דהם שני דברים דהרי יכול לשעבד נכסיו כמו חייב אני לך מנה וזה הוי

בא לעולם ורק אם יעמוד לו הדבר המסוים יסלק אחריות נכסיו וזה שכ' דזה אחריות כל המתנות כמ"ש הקצה"ח סי' ל"ג בשם המהרי"ט דכל חיוב מתנה הוי רק קנין אתן ואינו חל רק ע"י שמשעבד עצמו בחיוב הגוף וכאן דהוי לא בא לעולם צריך שעבוד נכסים וזה ברור:

עוד הביא בשע"מ שם דברי הרא"ש פ' נערה ומסיק השע"מ דלמ"ד שעבודא דאורייתא אף בחיוב חדש נתחייב אחריות לגבות מלקוחות ומ"ש בתחילה דאינו גובה הוא להסוברים שעבודא לא"ד וע"ז הביא דברי הרא"ש שכ' בשם הרר"י לפרש דברי הגאונים והרמב"ם שאמרו דכותב כתובה לארוסה אינה גובית ממשעבדי ותמה למה וכ' דהרר"י דחק לתרץ דאירי בלא אחריות ובכתובת נשואין אחריות ט"ס כמו שתיקן שמעון בן שטח שיהי' כל נכסיו אחראין ולא באירוסין והרא"ש חולק ואף ארוסה גובית ממשעבדי והסביר השע"מ דהרא"ש ס"ל שעבודא דאורייתא לכן אחריות ט"ס ורבינו יונה ס"ל שעבודא לאו דאורייתא לכן לא אמרינן אחריות ט"ס במתנה ע"ש שהאריך ותימה למה כ' הרא"ש שהוא דוחק ולא כ' העיקר שהרר"י סובר דשעבודא ל"ד ואנן קיי"ל שעבודא דאורייתא גם מ"ש השע"מ דבפ' אע"פ לא הביא דברי ר"י משום דהרמב"ם סובר שעבודא דאורייתא עיין ברא"ש ותראה דכ' דטעמו של הרמב"ם דסובר דכמו תוספת אף דכ' לא נתחייב דלא כ' רק ע"מ לכונסה ה"נ מנה ומאתים לא כתב שיהי' דינו כשטר לגבות מלקוחות והרא"ש חולק דרק בתוספת אמרו כן ולא במנה ומאתים וגם המעיין בדברי הרר"י יראה דטעמו דסובר דרבנן לא תיקנו כלל אחריות בכתובה לגבות מלקוחות רק יכול לייחד לה שדה או מטלטלין ולא שעבוד נכסי ממילא אינה גובית מלקוחות ורק כשתיקן שב"ש שיהי' כל נכסיו אחראין ממולא אף מלקוחות גובית ומן הארוסין לא נשתעבד ולא הי' כונת הבעל שיהי' זה כמו חיוב הכתובה אחר התקנה לכן אין בו אחריות עיי"ש ולפ"ז גם מדברי הרר"י מוכח כמ"ש דכל חיוב אף אחריות יש בו כיון דנכסיו משועבדין ודו"ק: לסעיף ד'. ויש חולקין. הש"ך ס"ק י"ד כ' דהודאה אחר הודאה מצטרף בקנין לעשות שטר עיין מ"ש בתי' דנראה דאין לחוש שמא אחד משקר ומ"מ נראה דאם לא אמר לכל עד שיצטרף עם השני קנין לא עדיף משטר והוי כשני שטרות דאין מצטרפין: לסעיף י'. וי"ח ואומרים דבכל ענין נאמן לומר פרעתי נגד פס"ד. הפ"ת הביא דברי הח"צ באחד שעשאו לו פס"ד על חבירו שיש לו רשות לברור אחד מן החדרים ונפל אחד והנתבע טוען שכבר בירר לו זה שנפל וכ' דאינו נאמן נגד הפס"ד והפ"ח לא הביא דברי הקצה"ח לקמן סי' ע"ט דחולק על טעמו והפ"ח הביא עוד דברי הח"צ שכ' עוד וז"ל מאן לימא לן דבדיבור בעלמא קנה החדר דילמא לא קנה עד שיחזיק בו

באחד מדרכי הקנאות וכ"ז שלא החזיק יכול לחזור ולברור מדר השני ע"כ. והנה ודאי דלזה א"צ קנין כיון דזוכה בו ע"י פס"ד רק ר"ל דמי יאמר שלשון יברר הוא באמירה בעלמא הא יש לפרש כונת, הפס"ד דיקנה בחזקה גמורה או בקנין אחר ואכן לדינא צ"ע ודאי דהרי בודאי הולכין אמר לשון בני אדם ואם לשון ב"א שיברור היינו שיאמר בזה אני רוצה נתקיים תיכף כשאמר וצ"ל כונת הח"צ דמסופק בזה האיך משמע לשון ב"א ומ"מ צ"ע דהרי ודאי אם הפשרנים היו יודעין שרצונו בחדר זה מסתמא היו אומרים שיגיע לו זה רק מפני שלא ידעו נתנו לו הברירה וא"כ לכאורה דבריו הם כגמר דין עכ"פ נראה דאם לא אמרו לשון יברור רק איזה שירצה תיכף כשאמר רוצה אני בזה נתקיים חלקו. ואולי בנידון של הח"צ לא הי' קונה בדיבור אף שהי' פס"ד כמו דמשמע קצת לשונו דכ' מאן לימא לן דקנה וצ"ע: לסעיף י"א. וי"א שהסופרים בזה"ז חוששין לענין טריפת לקוחות שמא לא אמר להם. הפ"ח ס"ק ט' הביא דבגליון ש"ע של הגאון רע"א כ' דהרא"ש כ' דאם הלוה מודה שאמר להם כתבו אם העדים כבר מחו נאמן לומר שפרע במיגו דאי בעי אמר שלא אמר להם כתבו ולא ידעתי למה הוצרך לומר שמחו העדים והרי נאמן לומר פרעתי במיגו דמזויף אף שהעדים חיים כ"ז שלא נתקיים ולא אמרינן דחושש שמא יבאו העדים ואך עיקר דבריו לא זכיתי להבין דהרי הש"ע לא אמר דחוששין רק לטריפת לקוחות אבל הלוה עצמו אינו נאמן ואף כי חשבתי דאולי אזיל לשיטת הפוסקים דשטר שאין גובה בו מלקוחות אינו חושש להניח בידו ולכן כ' ג"כ אם מתו העדים דאז ודאי לא יגבו מלקוחות ואכן מ"מ משמע מהש"ע וכל האחרונים דרק לחוס על לקוחות חששו אבל מלוה עצמו ודאי אמרינן דהעדים ידעו וגובה ממנו וכבר כתבתי כמה פעמים דהגאון רע"א לא ציין הרבה פעמים לפסוק כן לדינא רק ציין לעיין בזה בעת הפנאי או לחלוק עליו:

לסעיף י"ג. או שכ' בשטר בהדיא שהנכסים יהיו משועבדים מעכשיו. התומים ס"ק כ"ג הביא דברי הרא"ש שתמה על הרי"ף שפי' אקנייתא שטר שכ' בו קנין מה חילוק יש בין יש בו קנין כיון דכ' בשטר פלוני לוה נשתעבדו נכסיו ותמה התומים דהרי זה הוא קושיית הש"ס ניחוש שמא כתב ללות ולא לוה ולא נשתעבדו נכסים ובעניי לא אבין קושייתו דפשט לשון הרא"ש דמה חילוק וכו' דכמו דלא נשתעבדו בלא קנין ולא מהני מה שנכתב בשטר פלוני לוה ה"נ לא יועיל הקנין והיינו דהרי"ף הרי לא פירש כרש"י דתיכף נשתעבד אף אם לא ילוה רק דמהני הקנין אם ילוה אח"כ יקנה למפרע וכבר תמהו ג"כ על הרי"ף דבש"ס משמע דאף בלא מטא לידו כלל נשתעבד ואך הרא"ש לא דיבר מזה רק למה נצטרך קנין ואביי סובר עדיו בחתומיו זכין לו אבל הקנין למה יועיל

ואמת כי לתרץ דברי הרי"ף נאמר דודאי הלוה אין דעתו להשתעבד רק בעת שילוהו או ימסור השט"ח לכן פריך הש"ס שמא כתב ללות וכו' ומתרץ בקיבל קנין וסתם קנין מעכשיו הוא דעל אח"כ הרי הדר סודר למרי' וע"כ נשתעבד מיד והרא"ש לא ניחא לי' בזה ודו"ק: אבני חושן על חו"מ סימן מ:

המחייב עצמו. הש"ך ס"ק א' כ' דבמודה בחזקת שחייב ונודע שטעה היינו בנתברר בעדים או שהודה לו המלוה שאינו חייב לו ה"ז הודאה בטעות ופטור וכ' התומים דמ"ש הש"ך שהודה המלוה אינו מספיק לפוטרו דמ"מ חייב מפני חיוב חדש רק דהודה ג"כ שטעה. והנה הש"ך עצמו ביירר זה דכ' הודה בחזקת שחייב לשון בחזקת משמע דידוע שאינו לחיוב חדש לכן בהמלוה מודה דאינו חייב ע"כ טעה ואכן נראה דהש"ך והתומים אייריי בהמלוה יודע דרחוק לומר דנתן לו במתנה ולא הודיע לכן בטוען המלוה ברי שהי' חיוב חדש חייב אבל אם המלוה אינו יודע היטב אשר כתב בס' מקצוע בחורה ע"ז נאמן הלוה דהרי כ' הבעה"ח מובא בש"ע סי' רל"ב אם נתן לחבירו מעות ואשכח טפיינא דהוי מתנה מ"מ אם הנותן תובע צריך להחזיר לו וה"נ מסר שטר לא עדיף מנתן מעות ואם המלוה אינו יודע נאמן הלוה לומר שבטעות הי' וכ' דמ"מ צריך ליתן אמתלא למה טעה ע"כ:

שכתב לו בשטר. בחי' כתבתי דאם נתן לו שטר פלוני חייב לפלוני הוי ג"כ הודאה ומודה רש"י דקונה כעת מצאתי כן בס' מקצוע בחורה וא"כ לא פליגו רש"י ושאר הפוסקים רק בכותב אני מחייב עצמו לשאר הפוסקים קונה ולרש"י אינו קונה בלא קנין והנה מהש"ע כאן משמע דפוסק לא כרש"י ואכן בסי' ס' גבי הקנה דבר שעדיין אינו ברשותו דכ' דוקא בקנין משמע דפוסק כרש"י דבעי קנין וכבר הקשה הש"ך שם וכ' דאולי כיון דהוי דבר שלא בא לעולם בעי קנין וכ' רק אולי היינו משום דאין סברא לחלק דהתם ג"כ עיקר חיוב הוא חיוב האחריות ושעבוד הגוף דבא לעולם וכן מלשון הבעה"ת בשם הרמב"ן שהבאתי בסי' הקודם משמע דאין גריעותא מה דלא בא לעולם לכן לדינא צ"ע ועיין בסמוך:

ועיין פ"ח ס"ק ג' בשם השבו"י בשטר שכ' שזה חייב לזה וטען הנתבע שהוא מחמת ערבות שלא בשעת מתן מעות וכ' דלכאורה נראה דחייב כמבואר כאן דאלימי מילתא דשטרא ואך ביטל דעתו שהרמ"א בתשובה והתו"י כתבו דבחוב מחמת ערבות אחר מתן מעות לא מהני שטר. והנה לכאורה הוא פשוט דהרי כן מבואר לקמן סי' קכ"ט סעיף ה' דבמקום דבעי קנין שטר לא מהני ונראה כונת השבו"י דשם י"ל דנכתב בשטר דהוא משום ערבות ודאי לא מהני אבל שטר הנכתב סתם הרי חייב עצמו ולא גרע משום דהוא

ערב ומ"מ ביטל דעתו ומ"מ אולי י"ל טעמם דגרע כמ"ש הש"ך בס"ק א' דבנותן שטר בחזקת שחייב ונמצא שאינו חייב דפטור ואף כי שם איירי דטעה מ"מ י"ל דזה ג"כ כטעות נחשב ובא לפני כמה פעמים בחילוף כתב הנהוג שנתן לערבות אחר מתן מעות והנה כתב זה אולי גרע דאינו לשון הודאה כלל דלשונו הוא דלזמן זה אני חייב לפרוע ולפמ"ש לרש"י בלא"ה בעי קנין ולאחר מתן מעות אולי עוד גרע מדבר שלא בא לעולם דכל ערב הוי אסמכתא ובעי קנין:

אבני

חושן על חו"מ סימן מב:

לסעיף ה'. הולכין אחר התחתון. השע"מ הביא תשו' הרדב"ז בראובן שנתן מעות לשמעון לקנות סחורה והי' ביניהם תנאים ועשו ג' שטרות אחד נתנו ליד ראובן והשני ביד שמעון והשלישי ליד שליש ונמצאו השטרות מחולפים בתנאים כי הסופר טעה ופסק דהולכין אחר שנים ואחד נתבטל כמבואר בש"ס גבי ס"ח והשע"מ האריך מאוד דהרי יש לחוש שמא חזר והי' לנו לילך אחר שטר הנכתב באחרון עיי"ש. ובעניי דברי הרדב"ז נכונים ופשוטים דלא שייך כאן חזרה דהרי כן הי' התנאי ביניהם שיכתבו ג' שטרות והיינו משום שהי' בהשטר דברים שיש בהם זכות לראובן ודברים לזכות שמעון לכן הי' צריך שיהי' שטר לכ"א בידו שאם יהי' ביד אחד חשו שמא אם יבאו לטענות אם יהי' לו חוב יטמין השטר וליותר תוקף שמא יאבד אחד שטרו נתנו אחד ליד שליש ללמוד ממנו וא"כ אין כאן אחרון ואם הי' חזרה היו כותבין שלשה שטרות כפי החזרה וא"כ ודאי הסופר טעה והולכין אחר שנים וזה ברור בלי פקפוק:

לסעיף ח'. וכ"ש דאמרינן בשובר יד בעל השטר (היינו השובר) על העליונה. בחי' כתבתי דהיינו שובר של פרעון אבל בשובר שכ' שמחל לו דנרים אין בכלל רק שני דנרים. והנה בש"ך ס"ק כ"ו כ' דאם נתן לו שטר חיוב אין הולכין רק אחר פחות שבלשונות כיון דאין המקבל טוען ברי לא מהני תפיסה משמע אם טוען ברי מהני תפיסה צ"ל דאיירי בנתחייב לו מקודם אבל אם כל החיוב הוא מחמת השטר אפי' ברי לא מהני דהרי לא קנה רק מה שהשטר מחייבו. שוב מצאתי בס' מקצוע בתורה שתמה על הש"ך אך לכאורה קשה מהך דהשואל דאושלן מרא למרפק פרדסי דרפיק כל פרדסי דאית לי' וכתבו התוס' כיון דמוחזק אכן בתוס' ב"ב דחו זה וכן מצאתי שם בש"מ ב"ב (ד' ס"א) בשם כל הקדמונים דגרסינן שם פרדסאי ר"ל פרדסי שלי ולשון זה משמע כל הפרדסים שיש לו (ולי נראה דגם פרדסי בפחת תחת הסמ"ך ר"ל פרדסי שלי) אבל למרפק פרדסים אה"נ דלא משמע רק תרי ומספק אין יכול להחזיק מרא של חבירו:

ועיין בפ"ת ס"ק ח' הביא דברי השבו"י בנידון אם שנתנה לבנה מתנה בשטר וכתבה לו דנתנה לו עבור חלק בכורה ואח"כ אומרת שטעתה והיתה סבורה שבכור יש לו חלק בכורה בנכסי אם ופסק דאף דנתבטל השטר מ"מ הדין עמה דשטר ושוברו עמו כיון דמבואר בו שהוא עבור חלק בכורה וזה פשוט ואך תימה בעיני מה שפסק דהאם תקבל בחרם למה תקבל בח' דאף נתכונה למתנה לא קנה ואולי הי' גם שם עוד קנין חוץ מהשטר גם קשה דקיי"ל דאין בן מטיל חרם על אב ואם:

לסעיף י'. הרבה מהמפרשים. עיין פ"ח בשם הגאון כנסת יחזקאל ביעקב שנתן לבנו ראובן חצי בית במתנה מוחלטת ואם ירצה ליתן ליורשי יעקב סך כך יהי' גם חצי השני שלו והי' לו עוד שני בנים חוץ מראובן הנ"ל וטענו הם דיורשי היינו רק הם לבדם חוץ מראובן ומגיע רק להם הסך וראובן טוען כי מגיע גם לו שליש והנה אם אין ראובן מסלק להם פשוט דהחצי הבית שייך לכולם וגם לראובן שליש שלו וכ' דבש"ס אמרינן דדייקינן לישני יתירי והב"י סי' ס"א כ' דהרשב"א כ' דאין כת בידינו לדייק לישני יתירי ומ"מ בכמה תשו' וכן ברשב"א עצמו מצינו שדרש לישני יתירי א"כ הוי ספק ואזלינן בתר המוחזק וה"נ יש בשטר לישני יתירי דלא הי' צריך לומר רק ליתן וידוע דהיינו ליורשיו דאלא למי יתן ומשמע מלישני יתירי דכ' ליורשי דלא יתן רק לשמעון ולוי ורק נחזה מי הוא המוחזק והרי הבית בחזקת היורשים ואכן אם הוא דר בהבית אחר מיתת אביהם ג' שנים הרי הוא מוחזק ונוטל עמהם שליש ע"כ וכל דבריו לא זכיתי להבין מ"ש דיתן הי' ניטל שליש אבל ליורשי הוי לישני יתירי ובעניי לא אבין חוץ די"ל דאין דרך ב"א לכתוב שיתן ולא יפרש למי יתן וגם הא מבואר שם דכתוב בשטר דראובן צריך שיאמר רצונו קודם מיתת אביו ע"ז כתוב בשטר שהמעות לא יתן לאביו רק ליורשיו ואך לכאורה הי' אפשר לומר בהיפך דלשון יתן משמע רק לשמעון ולוי והוא לא יקבל חלק מסך הזה דאם גם הוא יקח א"כ לא יתן כל כך ואך צוה למשל ליתן מנה אם יטול הוא חלק לא הי' נותן רק שני שלישי מנה וא"כ מלת ליורשי לטפויי אתא שגם הוא יקח כיון דירושה הוא ואך הרי כ' דהוי ספק א"כ אין נ"מ אם יתור הלשון משמע כך או כך ובעיקר דבריו דכ' דר שלש שנים הוא מוחזק הוא תימה בעיני וכי מצינו תפיסה בקרקע וגם משום מיגו לאו תפוס הוא ועיין תוס' ב"ק (ד' קי"ב ע"ב) ד"ה אבל דאף בחזקת ג' שנים הוי בחזקת יורשים ומה דנאמן במשכנתא במיגו כ' הש"ך משום דהוא בגוף הקרקע ובשכירות יש מחלוקת אי מהני מיגו גם בל"ז לא אבין דע"כ איירי דראובן אמר שרצונו בבית עוד בחיי אביו ויחן הסך כפי התנאי וא"כ אין להם שום שייכות בקרקע רק מעות הוא חייב כדאמרינן ספק אילן קדים קוצץ ואין נותן דמים ה"נ אין הספק בקרקע והוא מוחזק אמת

אם הי' אומר אתר מיתת אביו אם הי' מתנה כך י"ל דיכולין הם לומר דאין מחויבים ליתן לו הבית כ"ז שאינו נותן הכל ונקראו מוחזקים אבל כאן הרי עדיין בחיי אביהן נסתלקו מן הבית ואך לי צ"ע כמו שכתבתי דלשון יתן משמע דיתן להם ואין לו חלק בזה ואכן דבריו צע"ג לפענ"ד:

אבני חושן על חו"מ סימן מג:

לסעיף כ"ג. בשל ראובן כתוב בחמשה בניסן ובשל שמעון כתוב ניסן סתם נותנין אותה לראובן דשמא שטרו של שמעון הי' בסוף ניסן. בפ"ת הביא דברי הגאון רע"א כ' דהרא"ה כ' דה"ה אם בשטר של המלוה הי' כתוב ה' ניסן ושל הלוקח ניסן סתמא טורף מהלוקח והקשה רע"א דמנין לו דשאני כאן ששניהן באין לטרוף ואין מוחזקין זה עדיף אבל שם דהלוקח מוחזק מנ"ל והניח בצ"ע והביא עוד דברי הר"ן וה"ה ויתבאר לקמן ואך נדבר מזה דנראה דדברי הרא"ה מוכרחים בסברא דאל"כ כל לוקח יפקיע שעבודו מב"ת המוקדם כגון דיקנה בסוף אלול שנת פ"ת ויכתוב שנת פ"ח סתם ושוב לא יגבה עוד הב"ח שלוה מקודם תחילת תשרי וגם יכתוב שטר בלי זמן כלל דמה לי אין בו זמן או יש בו זמן משנה זו וגם לפי דברי הש"מ שהבאתי בחי' שכ' בדין הש"ע בשני מלוים הקשה למה לא יחלוקו ראובן ושמעון כיון דספק הוא ותי' דיש בו רעותא וי"ל דבכונה כ' ניסן סתמא כדי שיטול חלק וזה שייך גם בלוקח נגד הב"ח וכמ"ש (ורק הר"ן כ' טעם אחר דלא חל חיובו רק משעה דמוכח מתוכו) והנה בחי' רע"א הביא דהר"ן וה"ה כתבו דב"ח שבא לגבות מלקוחות ויש שני לקוחות בא' כתוב שקנה בה' בניסן ובשני כתוב בנימן סתמא דגובה מזה שכ' בו סתם ואין יכול לדחותו לבן ה' ניסן משום דזה רק תקנה דאין גובין ממשועבדים במקום שיש ב"ח לכן עליו לברר שהוא מוקדם משמע ג"כ משום דשעבודו עליו אבל כאן דשמא הלוקח קנה קודם ודנין על עיקר השעבוד מנ"ל ע"כ ואני לא אבין דהרי אף הלוקח שכתוב בו ה' ניסן שעבודו עליו אף דקנה קודם דרק משום תקנה אין גובין א"כ למה גרע הך דניסן סתם ומה לי ב"ת ולוקח דשניהם יש לדון על עיקר השעבוד או שני לקוחות דשניהם תקנה וע"כ דג"כ משום רעותא הוא ואף דכתבתי בחי' דהר"ן סובר דאין זה רעותא כ"כ מ"מ קצת רעותא הוי וגם בחי' בארתי דע"כ הש"ע לא. סבר כטעם הר"ן שכ' דאין שעבודו רק משעה דמוכת מתוכו דא"כ איך דוחים אותו הלקוחות של אייר וגם יש לעיין אי בלקוחות ג"כ לא נאמר דלא חל שטרו עד סוף ניסן ואם קנה בלא שטר ובלא זמן ודאי גובין ממנו וכמ"ש דא"כ יתן המוכר להלוקח שטר בלא זמן ובלא"ה לדינא פשוט דאין לדחות דברי הרא"ה:

אבני חושן על חו"מ סימן מד:

לסעיף ה'. ואם יש בשטר מחקים וכו' ואם הי' בזמן הוי כשטר שאין בו זמן. ר"ל ולעיל סי' מ"ג, סעיף א' מבואר דשטר שאין בו זמן גובין בו מב"ח ולכאורה צ"ע דילמא במקום המחק הי' כתוב בו חובתו דבעהש"ט ומחקו וכתב שם זמן ולא הי' זמן בתחילה וא"כ אף מבני חורין למה יגבה והי' נראה דבפ"ח הביא בשם השבו"י, דתמה דהא הב"י הביא בשם הרשב"א דפסול ולכן הי' נראה דהרשב"א פוסל היינו היכי דיש לחוש שהי' כחוב שם חובתו היינו דנמחק כל נוסח של הזמן והמחבר כאן איירי דמוכח דהי' שם הזמן כמו דחזינן דכתובה מתחיל ברביעי בשבח עד לבריאת עולם יש הרבה תיבות ונמחק באמצע והרי מנוסחו ידעינן דמן הזמן נמחק ולק"מ. והנה השבו"י מתרץ שם איזה חרוצים ועיקר מה שנראה לו דבתוספחא תני מחק ותלוי בגופו פסול שלא בגופו כשר ובגופו היינו התורף וסובר הרשב"א דזמן נמי תורף הוא עיין סי' ס"ה בסמ"ע ס"ק נ"א ס"ל כן והמחבר סובר דזמן הוי טופס לכן כשר. והנה המעיין רואה כמה רב הדוחק ואם הי' דעת הב"י לחלוק על הרשב"א הי' כותבו בב"י ואיך העתיק שם דברי הרשב"א וכאן פוסק להיפך גם מדברי הש"ך ס"ק י"ד משמע דדברי התוספתא אינו כגזה"כ ותיקון חכמים ובפרט שלא הובא בש"ס ומ"ש דהב"י סובר דזמן לאו תורף הוא פליאה בעיני אם יהי' מחלוקת בזה ולא שייך דיפלגו בזה רק בגט עיין בפר"ח באה"ע סי' קכ"ה אבל שטרי ממון מבואר דאין בו זמן כשר וגם מבואר דזמן הוי תורף וכל מה דחשבו היינו דהוי תורף לעצמו ואם חסר מקום הלוה פשוט דאין זה שטר כלל ובודאי כן פירש הב"י דברי הרשב"א דאם יש מחק בזמן פסול היינו דהוי כאין בו זמן ופסול בגופו לענין הזמן כמ"ש כאן וזה ברור לפענ"ד ולק"מ ומ"מ מ"ש לעיל ג"כ לא נדחה דאיירי דאין חשש שמחק חובתו דניכר מן הנכתב בצדו מה הי' כתוב בו ולא נמחק רק מהזמן ודו"ק:

אבני חושן על חו"מ סימן מה:

לסעיף ג. והשטר בגופו של עכו"ם וכו' ויש עדים שחתם עד שלא קראו מ"מ מתחייב במה שכתוב בו. הרמ"א כפל דין זה והעתיקו לקמן ס"ס ס"ת ותימה בעיני דשם סיים הרמ"א דמסתמא קראו לפניו ולא אבין דכאן מבואר דאף ביש עדים שלא קראו ומ"מ נתחייב וכן הוא בדברי הרמב"ן ואולי יהי' איזה נ"מ בקראו לכן הוסיף דאף זה ודאי דקראו אכן לא אדע איזה נ"מ. ועיין באה"ע ס"ס ס"ו כה"ג דאין נאמן לומר שלא ידע מה שהי' כתוב בהתנאים דמסתמא קראו לפניו:

לסעיף ז'. הא דהרחיק שני שיטין פסול היינו לגבות ממשעבדי או אם הלוה טוען פרעתי אבל אינו יכול לטעון להד"ם לקמן משמע דאף בשטר שיש בו קנין אם לא מלאוהו יכול לטעון פרעתי ועיין שע"מ חמה דאם אינו יכול לטעון להד"ם ע"כ דחושבין שטר זה

להעדאת עדים רק דאין לו דין שטר א"כ ביש בו קנין לגבי ממשעבדי ע"י הקנין לכן דחה דברי הש"ע וכ' דאף להד"ם יכול לטעון עיי"ש וזה ודאי רחוק לחלוק על הש"ע ונראה קצת ליישב ע"פ המבואר בסי' ל"ט דאף אם עדים אחרים ראו הקנין אין יכולין לגבות ממשעבדי ונאמן לטעון פרעתי כ"ז שאין עדי הקנין לפנינו דשמא פרעו והודיע לעידי הקנין וה"נ דאין לו דין שטר לא מיחשב כאלו העדים העידו לפנינו רק כיון דמפי כתבם לא הוי דהא הי' יכול למלאות אף דאנחנו ידעינן שהי' בו קנין לא הוי כאלו הם לפנינו ואמת כי הסברא דחוקה רק מ"מ כתבתי קצת טעם להציל מקושיא הנ"ל:

אבני חושן על חו"מ סימן מו:

לסעיף ז' ויכולין להעיד עדות זו מפי כתבם. הש"ך השיג ע"ז כיון דלא קיי"ל כר"ת אין לחלק בין נשתתק או לא והתומים פי' דכונת הריב"ש כיון דקיום שטרות דרבנן יכולין לסמוך על ר"ת והב"מ באה"ע השיג עליו דאין זה שום סברא גם השיג שם על הב"ש ואך כ' פירוש אחר בדברי הריב"ש שכ' כיון דקיי"ל מקיימין השטר שלא בפני בע"ד לכן ג"כ מקיימין מחוך כתבם והבין הש"ך כמו דמקילין לענין זה ה"נ לזה (וזה ודאי דוחק שתלה בזה) אכן ר"ל דכל דנכתב שלא מדעת המתחייב הוי מפ"כ אבל כאן דלא בעינן דעתו אם השני עדים כתבו יש לו דין שטר ולא הוי מפ"כ ע"כ והוא עצה עמוקה בלשון הריב"ש אכן ודאי דא"כ לא קיי"ל כן דודאי הפוסקים סברי דכל דבר שאין בו חיוב אין לו דין שטר ובפרט לשיטת הרמב"ם דכל שטר הוא רק תיקון חכמים לא שייך בשטר כזה ודו"ק:

שם. מאי דמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא. התומים הביא דברי העיטור התמוהים דבתחילת דיני קיום חושב כל הקיומים ואיך כותבין וחושב עד ודיין מצטרפין וכותבין בא לפנינו עד השטר והא הדיין וכו' ואח"כ כ' מימרא דשמואל דעד ודיין מצטרפין והלכתא אין מצטרפין עיי"ש בתומים דחק למצוא אופן והנה יש ליישב דמבואר בדברי הנ"י על המסכתא כ' דעד ודיין אין מצטרפין דשמא העידו לפניו שקר (נראה כונתו בשלמא אם יקיימו שני דייני קיום הא בלא"ה ד"ת א"צ קיום רק חכמים אמרו לקיים לכן בהכי סגי אבל דיין אחד הא לא ידע ממנה שבשטר ולאו עד (הוא) ואח"כ כ' דאם הקיום הוא דהדיינים עצמן הכירו חתימת העדים שפיר עד ודיין מצטרפין וא"כ נוכל לפרש כן דברי העיטור ואכן י"ל דתחילה חושב כל עניני קיום אף דלאו הלכתא רק לשמואל ופסק דאין מצטרכין עיי"ש ודו"ק כי כן נראה אף דישבתי דבריו:

אבני חושן על חו"מ סימן מז:

דסעיף א'. מלוה שאמר וכו' וכתוב בו נאמנות. הש"ך חולק דסתמא דש"ס דבחב לאחרים אינו נאמן והפ"ת הביא דברי השבו"י עיי"ש שכ' דמה שכ' הש"ך סתמא קתני היינו משום דאיירי באמנה דעל טענת אמנה א"צ המלוה לשבע והוי כיש בו נאמנות וה"ה דנשמע דאם טוען נתפרעתי איירי ג"כ באופן דא"צ לשבע והיינו ביש בו נאמנות עיי"ש בשבו"י וכבר כתבתי דבמחכ"ת של אלו הגאונים טעות פלט קולמוסם ונתחלף להם טענות מלוה בטענת לוה דהבע"ח אף נגד טענת אמנה מצריך דיש בו נאמנות כדי שיוכל לגבות אף אם יטעון הלוה פרעתי לכן שטרא מעליא הוא ואין המלוה נאמן במיגו דהי' אומר דנפרע ולא הי' גובה אם הי' טוען הלוה השבע לי שלא פרעתי לכן נאמן לטעון אמנה ושפיר כ' הש"ך דהש"ס והרמב"ם וכל הקדמונים סתמא אמרו אף באין בו נאמנות ועיין בחי' שבארתי באריכות: שם אינו נאמן. הש"ך ס"ק ט' כ' הא דכ' הרא"ש דאין ב"ח גובה מעיסקא היינו מפלגא פקדון גם כ' דמעות פקדון דמותרים דיכול להשתמש בהם הוי כמלוה ובענייי נראה דגם מפלגא מלוה אינו גובה דהרי אינו נעשה מטלטלין אצל בניו וגם במעות פקדון כ"ז שלא נשתמש בהם לאו שלו כמ"ש הח"צ בהגהות הטו"ז סי' ע"ג וכן הסכימו כל האחרונים דאם המפקיד בא ליטול המעות אין יכול ליתן לו מעות אחרים ולא זכה בהם הנפקד ורציתי קצת להרחיב הדיבור ואך מצאתי בש"ע הקטנים הנדפס עם באה"ט נדפס שם הגהה מהגאון בעל אבן העוזר האריך להשיג שם על הש"ך ודבריו ברורים אך מה שהוסיף שם ואמר דאף אם כבר השתמש עם המעות כל מה שקנה עבורם אין הב"ח יכול לגבות מהם וכ' דאל"כ איך יתקנו תכמים מילתא דאתיא לידי פסידא וגם פשוט לי' דאף החליפין ודאי לא נעשו מטלטלין אצל בניו דאיך יתקנו מילתא דאתי לידי פסידא דילמא ימות ויהי' היורשין פטורין אין זה ראי' כלל דא"כ אף לעסוק בהם איך רשאי דילמא יפסיד ולא יהי' לו מה לשלם וגם אין זה רק אומדן דעת המפקיד ובאבידה הא עדיפא דישמור אותם ולדבריו דאותן החליפין הם כמו הדמים למה בגזלן מבואר בש"ס פ' הנוזל ומאכיל דאם הגזילה אינה קיימת ולא הניח אחריות נכסים אין היורשים חייבים לשלם והיינו משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדו ואף דהתליפין ישנם ובהפקיד מסתמא בצרורין וחתומים והשתמש שלא ברשות נעשו מטלטלין אצל בניו ובהשתמש ברשות לא נעשו מטלטלין אצל בניו יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא וביען כי הדברים היו אצלי פשוטים לא רציתי לעיין ולהרחיב הדברים אכן בזמן הרבה אח"כ ראיתי שהתומים חולק בסי' ע"ג על הש"ך ובנתה"מ במשה"כ הביאו אכן מ"ש הנתה"מ ואפי' השתמש זה לא מדברי התומים הוא רק הוא מדברי האהע"ז גם מצאתי בס' מ"פ מהרב הגאון מטארנא שהשיג על האהעו"ז כמ"ש והאריך הרבה:

אבני חושן על חו"מ סימן מח:

שנמחל שעבודו. כל האחרונים הסכימו דאף מבני חורין אינו גובה אכן קשה קושיית הריב"ש דמה פריך הש"ס תיפוק לי' דהוי לי' מוקדם הא מוקדם גובה מב"ח והריב"ש דייק מזה דאף מוקדם אינו גובה מב"ת ואכן אנן קיי"ל דמוקדם גובה קשה וראיתי כי כל התירוצים דחוקים עיין תומים וס' מקצוע בתורה ולי יותר נראה דנכון ליישב דפריך רק על הלשון דר' יוחנן דאמר אינו חוזר ולוה בו משמע לכתחילה והרי בלא"ה הא מוקדם הוא גם נקט האיסור גבי לוה דאסור ללות בו משמע אף דדעתו ודאי לפרוע וגם משמע אף דהמלוה אינו יודע כלל שהוא אותו שטר שכבר לוה בו והלוה לא יהי' נאמן כלל מ"מ אסור משום דיבא לגבות מלקוחות שלא כדין ע"ז פריך ותיפוק דהוי מוקדם:

הפ"ת הביא דהעבה"ג כ' דיש לו כמה הוכחות דאף בכת"י שייך נמחל שעבודו ואך כל האחרונים כתבו דלא שייך בכת"י וכבר בא לפני שאלה בכתב בלא זמן ומכר באותו שטר בשנה השני' ובחמץ שצריך להקנות המקומות צריך שטר דוקא ודאי באיסור יש לחוש קודם הפסח לכתוב שטר אחר ולא נפניתי לעיין בדיעבד תוך הפסח:

אבני חושן על חו"מ סימן מט:

לסעיף ז'. אם כתבו העדים אמר לנו יוב"ש שליט"א וכו' אבל אם כתב אני יוב"ש שליט"א חיישינן שמא הערים. כבר הארכתי בזה בחי' ס"ק ח' דמה שכתבו דעת הרשב"א הוא עיקר אם כ' בלשון הלוה ר"ל דלא כתבו העדים לכן לא דקדקו וכתבתי שם להקשות עיי"ש וחוץ מזה עוד קשה לי הא ע"כ שני העדים לא אחזו בקולמוס ואם אחד כתב הרי השני לא דקדק ובפרט אם סופר אחר כתב וא"כ מאי נקטו החילוק באם הוא לשון העדים וגם מ"ש התומים דבגט כיון דהוא לשון הבעל לכן כשר בשינה וחוץ מ"ש דלא יתורץ בזה קשה הא אינו תלוי בלשון רק מי כתב כיון דהאיבעיא שם בכתובות איירי דהלוה כתב וצ"ע:

לסעיף ח'. ואם יש בידו שובר מאחד וכו' שיאמר לכ"א אתה כתבת לי זה השובר ומיהו אם יכתבו הרשאה יגבה שהרי מודה שלא פרע רק לאחד. צ"ע דמיד שאמר לראשון אתה כתבת לי השובר ע"כ מחויב להשני וע"כ ס"ל דאיירי בטוען הלוה שמא או דאיירי דפרע ע"י שלית ומסר לו הממון שישלם לזה או לזה ואינו לפנינו והוא אינו יודע למי פרע. ולולי שיראתי מהפוסקים שלא חילקו הייתי אומר דוקא כה"ג איירי שלא פשע אבל באינו יודע חייב לשלם לכ"א כמו שהקשה הנתה"מ ס"ק ט"ז וצ"ע וגם בזה קשה מה להמלוים בזה ומ"ש מחנוני ופועלים:

שם עד שיכתבו הרשאה. האחרונים הביאו דברי תי' הגרשוני דבמקום דאיכא רמאי אין נזקקין להם והתומים תמה ע"ז והקצה"ח ס"ק ח' מתרץ דבריו ובעניי לא אב כלל דכי גרע זה ממנה שלישי דיהא מונח או לר' יוסי דהכל יהא מונח כי היכי דלודי אבל אם הודה ודאי מחזירין וא"כ כשכותב הרשאה ומצוה ליתן לזה למה לא נחזיר ושם דכתבו התוס' דלא מזדקינן להו דשם אין אנו יודעין שהוא שלהם ושמא שניהם משקרין והשלישי הוא מוחזק בו לכן אין מוציאיו אבל כאן מחזירין ודאי ע"י הרשאה ופשוט:

דסעיף י'. יוב"ש שקנה מיוב"ש השני אין המלוה וכו לטרוף. התומים הקשה על הרמב"ם דפסק במת האב תוך שלשים וחלקו הנכסים כבר נתחייבו הנכסים ותייבין ליתן לכהן והביא דהה"מ והכ"מ כתבו דהוא משום דקיי"ל כלישנא קמא דבכורות דכל השקלא וטריא הוא רק אליבא דר"מ אבל למאי דקי"ל כר"י לעולם נתחייבו הנכסים רק הקשה דקושיית רבא דהקשה הא נכסוהו דבר אינש אינון ערבין להיכן אזל וכמו דאינו יכול לגבות ממנו אינו בדין לגבות משדה שותפות או שקנה מחבירו ונראה ליישבו קצח דרך פלפול ע"פ מה שכתבתי כבר בחי' סי' א' לפרש דברי מהר"י באסן להקושיא למה בספק ממון אמרינן הממע"ה ומ"ש מספק איסור וכ' דא"כ יהי' ספק גזל ביד השני ופרשתי שלא תקשה מה שהקשה התומים הא אף בטוען ברי אין מחזיר וכתבתי ע"פ דברי הרמב"ם דספק מותר מן התורה ולכן אינו מחויב להחזיר ולא אמרו חכמים להחזיר כיון דפטור א"כ יהי' גזל ביד חבירו וכתבתי דלפ"ז בספק מצוה דכתבו האחרונים בראיות ברורות דמן התורה לחומרא עיין חו"ד סי' ק"י ודאי צריך להחזיר וא"כ כאן דאחד ודאי בכור ומגיע לכהן ה' סלעים וכ"א יש לו ספק חיוב שמא הוא הבכור הי' חייב משום ספק ורק מ"מ אם יגבה הכהן ממי שאינו בכור יהי' בידו ספק גזל אין יכול לגבות מספק ואכן אם יגבה מהנכסים אף דהם רק ערבים אין כאן גזל בידו של כהן כיון דהוא אף מספק חייב שפיר גובה ולא פריך רבא רק לר"מ דמחלק בין חלקו או לא ע"כ דס"ל דאין עליו חיוב לכן מדמה לה לשני יוב"ש דהוי כשאר תוב אבל לר"י דנתחייבו הנכסים שפיר גובה ואין זה גזל בידו ודו"ק: ובמה שעמד התומים בדברי הש"ס דאמר נכסוהו דאינש ערבין מה שייך ערבות והרי זה עיקר שעבוד שמחויב לשלם מהם וכ"ש למ"ד למפרע הוא גובה נראה קצת אולי כונת הש"ס כיון דכל זמן שהיו הנכסים בידו לא הי' יכול לגבות ממנו איך יגבה מהם אחר שמכרן והרי יאמר אתינא מגברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדי' וגם אי שתקת ואי לא אהדר שטרא למרי'. שוב ראיתי שגם התומים עצמו חקר למה לא יוכל לומר אי שתקת ואכן עיקר מה שגובין מלקוחות הוא מטעם למה לקחת שעבודי

אבל באין יכול לגבות מהלוה אין הנכסים משועבדים וכן בקנו שדה בשותפות יאמר כל אחד אתה יודע שאיני חייב ואיך תגזול ממני והוא מחויב לחלוק:

במ"ש הרמ"א סעיף ז' באין השטר יוצא מתחת ידו אע"פ שמודה שחייב לאחד מהם אין יכולין להוציא מידו תמה השע"מ דהנ"י לא כ' זה רק לפי פרושו בתוספתא אבל אנחנו מפורשים. את התוספתא במתנה אבל באומר הש"מ שחייב חולקין כמבואר בסי' רנ"ג סעיף כ"ט ועיקר דבריו דהיכי דיודע דחייב לאחד אין יכול לדחותם והשיג ג"כ על הש"ך סי' רנ"ג ס"ק ל"ט שכ' דיכול לדחות כ"א והביא הש"ך ראי' משובר דיש ללוה מיוב"ש דיכול לדחות שניהם וכ' השע"מ דשאני בשובר דטוען הלוה לכל אחד שפרעו עיי"ש ותימה דאגב רהיטא אישתמט לי' דברי הש"ע המחבר והטור דכתבו בהדיא דמודה דלא פרע רק לאחר ומה שתמה מלקמן סי' ע"ו סעיף ב' אמת דזה קושיא גדולה וכבר כתבתי דכן תמה הנתה"מ: השע"מ הביאו הפ"ת כ' דבהוציא שטר על יוב"ש וכ"א אומר כי הוא אינו חייב מועיל תפיסה כספק בשטר בסי' מ"ב ולא הביא שום ראי' ויש לעיין בזה כיון דהכא לאו משום מוחזק פטור רק דידעינן דאחד פטור בודאי ולא דמי לשם:

אבני חושן על חו"מ סימן נ:

אבל אם אין בו עדים מתוך שנאמן לומר פרעתי נאמן לומר מאחר נפל. מ"ש השע"מ דלהרמב"ן דלא מהני מיגו נגד חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ה"נ לא מהני מיגו עיי"ש וכבר כתבתי בסי' מ"ז דלא אמר הרמב"ן רק בשטר מקוים וה"ה שטר שאין יכול לטעון פרעתי אבל שטר שיכול לטעון עליו חזקת ממון עדיף כמ"ש הש"ך ועיין מ"ש ר"ם מ"ו:

שם מאחר נפל. בתי' כתבתי דלרבותא כתב מאחר כ"ש ממני נפל וכתבתי דאולי א"צ לומר ממי נפל דכן משמע מלשין הפוסקים אכן טעמו לא אדע למה לא יוכל המלוה לטעון ברור ממי נפל דאולי הוא יודה דלא לוה ויתברר שקרו ואולי אין ה"נ דצריך לומר של מי הוא ואך יכול לומר על אחד שהלך למדה"י וכדומה וצ"ע:

אבני חושן על חו"מ סימן נא:

לסעיף ב' הוציא עליו שטר בע"א וכו' וי"א שגם אם טוען פרעתי נאמן. הפ"ת הביא דברי עה"ג שכ' דלדיעה זו אף בנכתב בו נאמנות נאמן הלוה לומר פרעתי כיון דיש לו מיגו דלהד"ם להכחיש העד ועיין שע"מ הביא דברי עה"ג והשיג עליו דביש בו נאמנות הכל מודים דהוי מחויב שבועה ואי"ל משלם והביא כמה ראיות לזה ותימה על הפ"ת שלא הביאו כדרכו: אבני חושן על חו"מ סימן נג:

שמא פרע לו אותו של ק'. כ' הב"ח דאם ידעינן שלא פרט כותבין לו ובס' מקצוע בתורה תמה דאף אם ידעינן שלא פרט דילמא יפרע לו אח"כ והמלוה יאמר שאין שטרו בידו ויכתוב לו שובר על השטר של המנה ואח"כ יגבה בשל החמשים וגם בדברי הרמ"א דכ' אפי' ידעינן האריך שם והנה אישתמט לי' דברי הטו"ז דכ' כן דאפי' ידעינן דלא פרע אין כותבין מחשש שמא יפרע אח"כ ואך בידיעת הלוה ומשמע מהטו"ז דיכולין לכתוב לו ומודיעין ללוה אח"כ וא"כ נראה דגם כונת הב"ח הוא דמודיעין ללוה: אבני חושן על חו"מ סימן נה:

והוא שלא יהי' אנוס. הש"ך כ' היינו אונס שכיח ולא שכיח או לא שכיח כלל ובחי' כתבתי דהיינו באופן דלא עשה מלוה עמו דבר רק הלוה קנס עצמו אבל בעשה המלוה איזה ענין ובעבור זה נתחייב הלוה כיון דאונס דפטור הוא אומדנא דע"ד כן לא נתחייב והוי דבר התלוי בדעת שניהם דלא הי' אמרינן אומדנא רק משום דהוי אומדנא גדולה אשר ידעינן דעל אונס כזה לא הי' מתרצה אם הי' עולה על דעתם להתנות לכן פטור דע"כ השני מוכרת להתרצות וא"כ באונס דלא שכיח כלל הרי מבואר ברמ"א באה"ע סי' קי"ח דנתחייב מטעם דהי' מתרצה אפי' אם היו מתנין שיתן הנדן אף אם תשתמד בתו כיון דחושב דזה ודאי לא יהי' שוב הוי כתלוי בדעת שניהם ולא אמרינן אומדנא וה"נ אונס דלא שכיח כלל ואח"כ נדבר בזה לדברי השע"מ לכן כפלתי פה. והנה צ"ע בעיני במ"ש הש"ך דבאונס דשכיח הוי לי' להחנות א"כ בלא התנה ט"כ נתחייב אף אם יארע אונס כ"ש דירד להתחייב באונס דלא שכיח כיון דבשעה שנתחייב הי' רחוק שיקרא אונס כזה וא"כ קשה למה בלא שכיח יתבטל התנאי ואך מדברי השע"מ נראה דלא איירי בדבר אחד והיינו דעשו ביניהם אין שייך בו השני אונסים רק אונס אחד בזה אמרינן דאם הוא דבר שיש בו שייכות אונס דלא שכיח בזה כ' דנתבטל התנאי גם נתהווה האונס ואם הוא דבר השייך בו אונס שכיח בזה כ' הש"ך דהי' לו להתנות אבל בדבר שמשכחת בו אונס זה ואונס זה והי' לו לירא מהאונס דשכיח ולא התנה שפיר נוכל לומר דאם אירע בו אונס דלא שכיח ג"כ לא נתבטל התנאי לפי מ"ש דכיון דלא התנה כלל נתחייב בכל אונס כיון דנתרצה אף לאונס דשכיח ומריש פ"ק דכתובות אין ראי' להיפך ממה שכתבתי וממה דמבואר פ' מי שאחזו במאן דזבין ארעא לחברי' וקיבל עליו כל אונס ואפוקי בי' נהרא דהוי אונס דלא שכיח כלל אמרינן דלא קיבל על עצמו וכן בתשו' מהר"ם אלש"ך בקיבל המוכר עליו אונס שוללים וצידד דשוללים של ספן לא קיבל דלא שכיח לולי דהוא בכלל שוללים דהתם הלוקח רצה שיקבל עליו המוכר ובלא

שכיח כלל הי' הלוקח מתרצה כמ"ש לעיל דהוא דבר התלוי בדעת שניהם ואין זה ענין לסימן זה דהכל תלוי בדעת הלוה כמ"ש בתי':

והנה ראיתי בשע"מ לא חילק בין דבר התלוי בדעת שניהם או לא רק כ' דעיקר הוא אם הוא בכלל התנאי וכ' דבהך דריש כתובות דנתן גט ואמר אי לא אתינא עד תלתין יומין ופסקי' מברא דהוי גט כיון דלא אתני וקיי"ל אף בדבר דשכיח ולא שכיח לא הוי אונס הוא משום דכיון דאסיק אדעתי' אונס שכיח ונתרצה שלא יתבטל לכן אף שכיח ולא שכיח אסיק אדעתי' אבל לא שכיח כלל לא אסיק אדעתי' ולא קיבל והביא ראי' מכתובות פ"ז בפטר אשתו משבועה דאמרינן כיון דאסיק אדעתה פטור פוגמת אסיק נמי אדעתה פטור שבועת של אפטרופסית ואמרה לי' דלא משבעת לי וכ' הרא"ש אבל בנעשית אפטרופוס לאחר מיתת בעלה דלא שכיח זה אסיק אדעתה הרי חזינן דבאסיק אדעת מילתא דשכיח אסיק אדעת מילתא דשכיח ולא שכיח והך דפ' מי שאחזו הנ"ל דאפוקי בה נהרא לא שכיח כלל לא אסיק אדעתו ובענייי הוא דמיון רחוק לומר כמו דהתם אסקה אדעתה והתנית עמו ה"נ בגט בלא התנה אסיק אדעתי' גם שכיח ולא שכיח גם התם מטעם אין אונס בגיטין הוא והוא בעצמו הקשה על סברתו מדברי הרא"ש פ' אלו טריפות גבי מחט שנמצא בעובי ביה"כ דהוי מקח טעות כ' אבל טריפות מחמת סירכא דשכיח ולא התנה סבר הלוקח וקיבל והרי גם מחט ומכה הוי שכיח ולא שכיח עיי"ש ואכן לפי מ"ש יהי' הדין באופן אתר דבהך דגט כיון דאונס שכיח לא התנה אף אונס אחר קיבל עליו ושם תלוי הכל בדעתו אבל בטריפות דהוא תלוי בדעת שניהם וסירכא קיבל עליו כמו אם תמות הבהמה שכתבו התוס' כתובות (ד' מ"ז) דהמוכר לא יתרצה לקבל עליו אבל במחט הלוקח לא יתרצה והמוכר מוכרח לקבל עליו ובלא שכיח כלל אדרבה דמי להך דאה"ע סי' קי"ח דבנהרגה ונשתמדה לא אמרינן אדעתא דהכי לא נתן הנדוניא וה"נ פסידא דלוקח כיון דנגמר המקח בלא תנאי ומ"מ כיון דהדברים לא נזכרו בשום מקום יש עדיין לעיין בזה לדינא ועיין באה"ע סי' נ' ובפ"ת ובמ"ש שם ובסי' קי"ח וקנ"ו:

שם ואם קנו מידו בב"ד תשוב קנה. עיין טו"ז לקמן סי' ע"ג דאם החוב הנשאר הוא מנה וקנס עצמו ג"כ במנה אם לא ישלם לזמן פלוני ושילם מחצה הקנס הוא ג"כ לפי ערך שנשאר חייב ומשלם מחצה קנס כמו באוביר ולא אעביד אשלם אלפא באוביר תילתא אמרו נהרדעי משלם תילתא וראיתי כי השע"מ חידש דאם קיבל על עצמו להעמיד לחבירו שני חפצים אחד במנה ואחד בעשרה זוז וקנס עצמו שאם לא יעמיד ישלם קנס מנה באופן המועיל והעמיד לו החפץ של מנה ולא החפץ של עשרה זוז מ"מ משלם

מחצה והביא ראי' משבועות פ"ו מאן דאוזיף אלפא זוזי ואנת לי' קתא ונסכא ואמר אע"פ שאינו שוה קבלתיו ופסק הטור כמ"ד אבד הקתא אבד חצי החוב ע"כ. והנה שם טעמא דנהרדעי לא ידעינן במשכון רק כן אמדוהו חכמים דהמקבל משכון שאינו שוה וקיבל ע"פ להפסיד החוב דעתו שיהי' זה לחצי וזה לחצי וגם שם יש פלוגתא בגמר' ובודאי אין לדמות שאר ענינים לזה והרי הקונה שני דברים במנה לא אמרינן דזה קנה בחצי מנה וזה בחצי מנה ומסתמא בקנס ג"כ מקבל לפי השיווי:

שם שליש שהחזיר שטר למלוה וכו' פטור. עיין קצה"ח וכל דבריו נכונים כי גם בש"מ מבואר כן בפ' הכונס גבי השוכר עדי שקר דפטור מד"א כ' טעם אחד שלא על ידו גבה רק ע"י העדים לכן הוי גרמא ובפ"ת הביא דהחת"ס השיג על כל הדין וכבר כ' הפ"ת דדחייתו לאו דיחוי ואכן מ"מ בהדין שהביא החת"ס שמסר החוב לאחר הדין כדבריו ולא עדיף מהדין של סי' קע"ו בפטר חובו וה"נ במסר ליד אתר ודאי חייב:

אבני חושן על חו"מ סימן נו:

לסעיף א"י השליש נאמן ואפי' הכחישו כבר כתבתי בחי' במ"ש הש"ך ס"ק ה' במי שמסר כלי לאחד ואמר פלוני שלמני ליתן לך אינו צריך להחזיר וכתבתי דפשוט כהסכמת אחרונים דאם השליח הי' נאמן לומר לקות או להד"ם נאמן בודאי לומר דנתן לו כלי זה לימנו לפלוני ועיין פ"ת ס"ק ב' בשם תשו' בית אפרים במי שאמר שראובן נתן לו כלי זה ליתנו לשמעון והוא מחויב ליתנו לשמעון וראובן מכחיש צריך השליש לשבע נגד ראובן ואף דהשליש צועק ממ"נ דאם איני נאמן אחזירנו לראובן כיון דעדיין הוא ת"י ואם אני נאמן למה אשבע אין משגיחין בזה ודבריו פשוטים דהרי נאמנות שלו אינו מטעם עד רק מטעם מוחזק וא"כ ודאי מחויב ליתנו לשמעון ומה שצריך לשבע הוא משום דראובן תובעו מסרת חפץ שלי וגזלת אותי או שגרמת בדיבורך שציוו אותך הב"ד ליתנו לפלוני ואך ראיתי בפ"ת לעיל סי' ל"ת הביא בשם תשו' שבו"י פסק בעד שהעיד וחייב את חבירו לשלם ואח"כ אומר שקר העדתי אם עדיין לא שילם הנתבע פטור העד שהרי עדיין לא הוציאו ממון ע"י עדותו והוא מוזר בו ומה דאינו נאמן להיות מוזר ומגיד לא הוי רק גרמא כיון דלא הפסידו רק בדיבור ועדיין לא נתן ושאני היכי דכבר הוציאו ממון קודם שחזר אבל בחזר קודם אתי דיבור ומבטל דיבור ומה שהב"ד מצוין לזה שיתן אינו מחויב העד לשלם ע"כ ולפ"ז א"כ ה"ה בנידן דידן כיון דלא מסר עדיין המפץ לשמעון והוא צוח שיצוו להחזירו לראובן א"כ לא הוי רק גרמא במה שאמר קודם דשל שמעון הוא והרי אף יכול לחזור מדיבורו ויאמר שקר אמרתי דשייך לשמעון ופטור נגד ראובן וכי משום דאומר דאמת אמרתי יצטרך לשבע ופשוט דלפי דברי השבו"י אין עליו שבועה:

והי' אפשר לחלק ולומר דשאני כאן כיון דראובן מסר המפץ לידו הוי כמאבדו בידים אם אינו מחזירו אך פשוט דז"א דהא כ"ז שהוא בידו לא הוי כנאבד כיון דמרוצה להחזירו לראובן ורק תרצה לחייבו על מה שמוסרו אח"כ לשמעון פשוט דז"א דהא כיון דנותנו ע"פ ב"ד הוי כנאנס החפץ ושומר פטור באונסין וא"כ כל חיובו ע"י דבורו שהוא של שמעון והוא ממש כדינו של השבו"י ודברי הב"א הוא פשוט בפי כל הפוסקים שצריך השליש לשבע. ועיינתי בשבו"י וראיתי שלא הביא שום ראי' לדבריו רק מדקדוק לשון הש"ע סי' ל"ת דייק דדוקא אם כבר הוציאו ומדעתו מחלק לומר דדיבור לא הוי רק גרמא ולא גרמי ובעניי דבריו תמוהים דמבואר בסי' כ"ה בדיין דנתחייב ע"י באם מה שעשה עשה וכן בסי' מ"ו באומרים אנוסים מחמת ממון חייבין לשלם אף שחוזרים קודם שהוציא וכן פשוט הוא שם בדברי הש"ך סי' ל"ח דבאומר שקר העדתי אף שעדיין לא שילם חייב גם עיקר הדברים שמחלק בין קודם שהוציא לחוזר אחר שהוציאו אין מובן כלל דאם קודם הוי גרמא משום דאין כאן מעשה ה"נ אתר ששילם ואם אח"כ חייב ע"כ לאו גרמא הוא א"כ אף קודם ששילם כיון דמוכרח הוא לשלם ואדרבה מצינו הרבה פעמים דמעיקרא חייב לקבל על עצמו אף דפטור אח"כ כמו בסי' נ"ה בשליש שהחזיר שטר למלוה דפטור וקודם שהוציא מחייבין אותו לסלק ההיזק וכן במכר לעכו"ם אמיצרא דישראל ולכן ודאי פשוט כמ"ש הש"ך דלעולם חייבין מדיני דגרמי אף בעדיין לא הוציא באם מוכרח לשלם ודברי השבו"י צ"ע:

וא"כ פשוט כאן בדינו של הב"א דהשליש מחזיר לשמעון והוא צריך לשבע נגד ראובן ודמי להך דסי' נ"ח דהתופס יוכל לומר להשומר מה לי בזה שאתה אומר שתפסתי לאמר מיתה אם היית אומר כדברי מפטור והתופס פטור והוא חייב לשלם. ולענין אם שמעון צריך ג"כ לשבע פשוט דאם טוען ברי צריך לשבע ובפרט אם השליש אמר שראובן צוהו ליתנו לו מפני שהוא שלו דצריך לשבע שהוא שלו אכן באם שמעון אינו יודע רק מפי השליש שזיכה בשבילו עיין תומים ונתה"מ דג"כ צריך ליתנו לשמעון אז אין שמעון צריך לשבע וכל הדברים פשוטים בזה:

לסעיף ג'. יש להם תרעומת. עיין פ"ת ס"ק ג' בשם תשו' שב יעקב בעובדא בראובן ששלח בנו לעיר אחרת ולוה הבן שם משמעון איזה סך והודיע לאביו ואף כי אביו כעס עליו אמר שיפרע לכן לא השגיח הבן לידע מזה ואמר שמת ראובן בא שמעון ותבע לבן ראובן מה שחייב לו ואומר ששלח את לוי עם השטר שיגבה מראובן ונתן לראובן השטר ולא גבה ממנו (היינו כי כן אמר לו השליח) ובן ראובן טוען כי מסתמא פרע אביו וגם שמע מאביו שפרע ובודאי כן הוא כיון דאין השטר בידו ופסק שם דאם השליח אומר שקיבל

פשוט דבן ראובן פטור אך אם אינו לפנינו אף דיש חזקה שליח עושה שליחותו מ"מ למעשה צ"ע אם לסמוך על חזקה זו שלא מסר השטר ער שפרע אכן אם השליח לפנינו ואומר שלא קיבל כדברי המלוה אף דעושה עצמו רשע שעשה שלא כדין מ"מ בטל הנאמנות שהאמינו בתחילה כמו בסי' ע"א שהאמין למלוה ונעשה כפרן דבטל הנאמנות והוי כלא האמינו להיות שליש ובטל מזקת שליח עושה שליחותו וחייב בן ראובן לשלם כיון שטוען רק שמא פרע לך אבי כן מוכן דבריו ובעניי אף שאיני כדאי להכריע דברי הגאון שב יעקב מ"מ נראה פשוט דבן ראובן ודאי פטור דדמי ממש להך דסי' ע"ה בטוען הלוה איני יודע אם פרעתי והמלוה ג"כ אינו יודע דפטור ואף דמבואר בסי' פ"ב וסי' נ"ט דנגד שטר בטוענים איני יודע חייב כאן הרי אין שטר בידו וכמבואר בסי' מ' דבנאבד השטר הוי כמלוה ע"פ וכיון דהשליח הוי נוגע אין יכול לגבות בשמא ויותר נראה דכאן אף לצאת י"ש פטור משום חזקה שליח עשה שליחותו ואף דלא אמרינן חזקה זו רק לחומרא אדרבה כאן דהוא להוציא שפיר אמרינן גם חזקה זו ובזכרוני שראיתי בס' בית מאיר דאף דאין זה חזקה גמורה מ"מ חזקה מסתמא לא שינה שליחותו הוי חזקה מעליא ואף כי שכחתי מקומו מ"מ בחפשי ראיתי כי השב יעקב נתכוין לזה במה שהביא תשו' רבינו בצלאל סי' כ"ט כי כן מצאתי בס' קה"י חלק מדות חכמים אות ח' כי כן כ' רבינו בצלאל סי' כ"ט (ופלא לי כי שם השיג על תשו' מהרשד"ם שפסק חזקה שע"ש אף לקולא בשליח שמכר שפחה על ז' שנים דלא חיישינן שעבר ע"ד משלחו ולפי דברי ר"ב שפיר סמך על חזקה שלא שינה) ואף כי השב יעקב כונתו בזה שכ' צ"ע אם לסמוך על חזקה זו היינו אם לסמוך על סברת ר"ב מ"מ כאן דבלא"ה פטור משום דטוענים שניהם שמא שפיר יש לסמוך לפוטרו מכל וכל ובפרט לפי מה שאכתוב עוד בסמוך בזה ומ"ש דאיתרע מזקת נאמנות השליש לא אבין למה צריך כאן נאמנות השליש בלא"ה ודאי כיון דמסר לו השטר שיגבה בו יכול הלוה לשלם לו ואם נתן לו השטר ודאי שילם כ"ש דשליש שהחזיר השטר ללוה הרי חייב לשלם בודאי לא החזיר השטר באם לא שילם ועיין ג"כ בחי' סי' נ"ח דלא שייך לומר שעשה שלא כדין במקום דחייב לשלם ומידק דייק שלא יתחייב ועיין ש"ך ס"ק י' דשליש שהניח לקיים השטר אינו נאמן שכבר נפרע דלמה הניח לקיים כ"ש החזיר את השטר איך יהי' נאמן שלא פרע ומ"ש דהחזיק כפרן ובטל הנאמנות לא אבין כלל דכי שליח שמחזיר השטר ללוה ואומר שפרע משום נאמנות שליח הוא והרי הלוה עצמו נאמן כיון שלקח השטר ולולי שאיני כדאי הי' נראה יותר דאף בטוען המלוה ברי כגון שטוען שאביו הודה שלא פרע אינו נאמן כיון דיש רגלים לדבר שאין השטר בידו והרי מבואר באחרונים דאף בא"י אם פרעתיך במקום

דיש לספק פטור וגם במ"ש דאיתרע הנאמנות כיון דעושה עצמו רשע לא אבין דאימת איתרע ואדרבה כיון דאיתרע אין נאמן לומר שלא נפרע. סוף דבר דברי השב יעקב צ"ע ואין מובנים ודו"ק:

לסעיף ו'. בהגה השליש לא רצה לקבל השלישית ונשאר ביד השליח אין להשליח דין שליש. בחי' ס"ק י' החזקתי דברי הש"ך דכ' דאם יש להשליח מיגו יכול ליתן לשכנגדו ובחנם השיג עליו הנתה"מ וכעתדאתי להוסיף דנראה דאם הנתה"מ הי' מצייר לעצמו איזה אופן הי' מסכים להש"ך ואביא איזה דוגמא ששלח את השליח ליתן להשליש השטר בתנאי שאם לא ישלם הלוה עד שלשים יחזיר השטר למלוה והשליח יודע כי הלוה שילם אף כי לא נעשה שליש הרי מוכרח להחזירו ללוה ובזה ודאי לא יחלוק הנחה"מ דאף דאינו שליש מ"מ הא כל מי שבא לידו שטר פרוע מחויב לקורעו ואך אף אם נצייר עוד אופן אחר שהלוה שילם מחצה וקודם ששילם לא רצה לשלם רק שהמלוה ישלש השטר ועשה המלוה שליח שימסור השטר להשליח והלוה שהי' סבור שודאי השליש יקבל השטר שילם המחצה וכ"ז הי' בפני השליח וא"כ אם השליש לא רצה לקבל וכי יאמר הנחה"מ דיחזיר השטר ליד המלוה והרי הוא יודע דע"י שמסר לו המלוה את השטר לכן שילם הלוה מחצה ובענין כזה ודאי מוטל על השליח לעכב השטר ולבא לב"ד לספר הענין דאל"כ הרי מפסיד להלוה מה ששילם ורק אם השליח אינו נאמן כגון דיש עדים שמלוה שלחו ליתן לשליש ואין יודעין משום ענין ואין להשליש מיגו אז מוכרח להחזירו אבל ביש לו מיגו ודאי יודה הנתה"מ ודו"ק:

אבני חושן על חו"מ סימן נח:

לסעיף א'. בחי' ס"ק כתבתי דדברי הנתה"מ ס"ק ג' צ"ע רק דאם יש עדים דהמשלח מסר להשליח ליתנו על חוב שבשטר צריך לחזור ולא מהני תפיסתו לומר שהשליח מסרס על חוב אחר וכן כ' הדרישה והב"ח ונראה עוד דשייך ג"כ חזקה שליח עושה שליחותו ואף דאין חזקה זו מועיל להוציא כבר כתבתי בסי' הקודם בשם הב"מ ור"ב בתשו' סי' כ"ט דחזקה שלא שינה שליחותו הוי חזקה מעליא ורק השב יעקב מסופק אם לסמוך ע"ז ואולי אין ספק מוציא מידי ודאי ובפרט ששם כתבתי דאפשר דזה כונת מהרשד"ם ואך כאן נראה דאף בשינה השליח ואמר כי נותן על חוב אחר אין לו להפסיד בשביל שאמר שקר בעלמא וגם הרי כ' הרא"ש דיש חזקה שאין אדם מניח חוב בשטר ופרע על מלוה ע"פ ולמה נימא דאח"כ אמר לשליח אופן אחר: שם אם טוען שבשליחות אותו פלוני נתן המפקיד בידו והיינו שאומר לו אם תאמר כדברי תפטר. ופשוט דצריך התופס לשבע להשליח שנתן לו בשליחותו כיון דהשליח מפסיד וא"כ טענתו עם השליח:

שם בחי' ס"ק ב' כתבתי במ"ש הקצה"ח ונחה"מ דאם התופס טוען שאותו הדבר עצמו הוא שלו יכול לתפוס ואין לו בזה במה שיגיע היזק להשליח וכתבתי דמ"מ אין סברא לומר כן כיון דקיי"ל דיש תקנת השוק מקונה מגנב שאינו מפורסם דאף דידעינן דאינו שלו מ"מ חייב לשלם להלוקח. והנה נזכרתי כי הש"ך סי' שנ"ו כ' דבהגיע החפץ ליד בעלים לא עשו תקנת השוק ואך עיינתי שם וראיתי בנתה"מ שם פירש דברי הש"ך דוקא בלא הי' ביד הלוקח רק קנאו בקנין אתר אבל בכבר בא ליד הלוקח לא מהני מה שהבעלים תפסוהו ואף כי הי' נראה בתחילה דלשון הש"ך דוחק לפרש כן הרי בש"ך לקמן סי' ס' ס"ק ו' משמע כהנתה"מ וא"כ ודאי גם כאן שייך תקנת השוק דמה לי מכרו ללוקח או הפקידו כיון דהשומר צריך לשלם:

לסעיף ב'. בטל השטר. ובנתן נאמנות להמלוה כבי תרי והלוה הוציא כת"י סתם שנתן לו כ' הסמ"ע דלא נתבטל השטר והש"ך חולק והפ"ת ס"ק ג' כ' דבתשו' עה"ג הסכים להסמ"ע וכן בפ"ת סי' ע"א הביא דבתשו' ב"א הביא דהרי"ף בתשו' מבואר כהסמ"ע ויש קצח להסביר דבריו ע"פ דברי התומים דהקשה למה בנאמנות כבי תרי יכול לטעון סטראי והרי מיגו לא מהני נגד עדים פסולים וכ' דאי צריכין למיגו דלמה התנה נאמנות נגד עדים וכי חשד המלוה דעדים ישקרו ואך כונתו הי' דיהא נאמן לטעון סיטראי ולפ"ז שפיר י"ל דכת"י נמי לא מהני לסתור הנאמנות כיון דע"ז התנה שיהא נאמן לטעון סיטראי:

אבני חושן על חו"מ סימן ס:

לסעיף ג'. ואם חלה הניזון אין חייב ברפואתו רק דמי מזונות כמו שהי' ברי. הנתה"מ ס"ק ח' הביא דברי השבו"י דפסק בנתחייב לזון בתו או כלתו וילדה חייב ליתן לה מאכלים הראוין ליולדת ועיין בשבו"י שם דלאו דוקא בתו וה"ה לאחרת וכדומה ועיין פ"ת דהגאון רע"א חולק ע"ז דלשון הרמ"א דכ' אינו חייב במזונות רק כברי משמע דאף מאכלים קלים אינו מחויב רק אם התנה לזונו על שלחנו עיי"ש ובעניי נראה לפי המבואר בסי' ס"א דאין הולכין אחר לשון השטר רק אחר הכונה א"כ עכ"פ בבתו וכלתו דנראה דהי' כונתו לפטור הבעל מחיוב מזונות לאשתו וכן משמע בשבו"י ק"ב סי' קמ"ב ובתשו' פמ"א ח"ב סי' קמ"ד א"כ ודאי הי' דעתו לפטור בנו וחתנו והם מחויבים ליתן ליולדת כפי הצריכה אף מאכלים יתרים ה"נ חייב הוא:

שם ראובן שקיבל עליו ליזון את שמעון ואשתו. עיין טו"ז במי שפסק ליזון בנו וכלתו דאף במת הבן חייב לזון כלתו וכבר כתבתי בחי' דהתומים חולק והנה חוץ מטעם של התומים צ"ע דהא בנו הי' חייב לזון אשתו וא"כ לא פסק לכלתו כלום רק הכל לבנו

ואם מת בנו למה חייב ליתן ואולי גם לכלתו נתחייב ואך עיינתי בפ"ח באה"ע סי' קי"ד הביא דהב"מ והשבו"י והישועות יעקב חלקו על הטו"ז ועיינתי בשבו"י שם סי' קמ"ב וכ' הסברא כמו שכתבתי דעיקר לא נתחייב רק לבנו וכבר ציינתי לעיל דברי השבו"י והפמ"א ואך א"כ לא על הטו"ז תלונותינו רק על אדונינו הרשב"א ז"ל דהש"ך הביא בשמו דכ' דאין הבעל יורש בראוי וכ' הטו"ז דמבואר שם בהרשב"א דאף אותו הסך שהגיע בחיי אשתו (שם איירי דמתה היא) אין הבטל יורש דהוי כמלוה של אשתו כיון דלא גבתה ולפי דברי השבו"י הרי לא לה נתתחיב רק לו ולמה לא ישלם לו מה שאכלה. אמת כי סברת הרשב"א שנתחייב לה קשה עלי להבין דא"כ אף יאמר דאין מעשה ידי' לבעלה כיון דאינו זנה וזה לא שמענו וא"כ ודאי הסברא דרק לפטור את הבעל מחיובו נתחייב והנה על הטו"ז כבר כתבתי דרבים חולקים אכן במ"ש הרשב"א דאף מה שהגיע לו בחיי אשתו אינו מקבל צ"ע:

לסעיף ו'. המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם חייב. עיין סמ"ע ס"ק י"ח דאף דקנין אתן לא מהני אבל לשון שמחייב עצמו ליתן מהני ועיין פ"ת בשם מהרי"ט דאף במחייב צריך דוקא שקיבל עליו אחריות אבל בלא אחריות לא מהני אף בבא לעולם ולפ"ז באומר אתן לך וקיבל אחריות לא מהני כמ"ש הש"ך מתנה אין כאן אחריות אין כאן וזה שכ' הש"ך ס"ק כ"א לתרץ דברי הבעה"ת דסותר עצמו ותי' דהרמב"ן איירי דמכר או נתן ר"ל דחייב עצמו ליתן וקיבל על עצמו אחריות והדבר פשוט רק ראיתי שהנו"ב ח' חו"מ סי' כ"ה וכ"ו וחתנו שם תמהו על הש"ך דא"כ מה הוא האחריות שכ' הרמב"ן והא עיקר הדבר שחייב עצמו ולכן חתנו דתה דברי הש"ך והנו"ב מתרצו בדוחק וגם ראיתי שנתכוין לאחריות היינו לגבות מלקוחות והנו"ב כ' דבנתן דבר שאין ברשותו לא אמרינן אחריות ט"ס ובעניי דברי הרמב"ן הוא ע"פ דברי מהרי"ט הנ"ל וכבר פרשתי דבריו בסי' ל"ט ואין ר"ל אחריות לגבות מלקוחות רק ר"ל אחריות על גופו והיינו דאף שכתבתי בשם מהרי"ט דאף בבא לעולם צריך אחריות היינו במחייב עצמו אבל במקנה דבר מסוים קונה מיד והוא שלו ואכן בלא בא לעולם דלא שייך קונה שהיא שלו רק ע"י חיוב לכן הוצרך לפרש דקיבל אחריות ודוק ודברי הש"ך ברורים:

שם ואם אין הדבר ידוע שהי' ברשותו על התובע להביאראי'. בחי' ציינתי לעיין בסי' ס"ו והיינו דאם אמר איזו חפצים הוא ודאי היו ברשותו כמו מוכר שט"ח דהוי כאומר שאינו פרוע שוב ראיתי שהב"י כאן הביא בשם בעה"ת דאמר כיון דאומר אלו הרי שהם בעין ואך משם אין ראי' דהביא זה בשם הראב"ד והרי הראב"ד בלא"ה חולק על הרי"ף. ועכ"פ כאן דאיירי במטבעות בלא"ה לא שייך כאן נמצא כמבואר בתומים סי' קי"ב

בשם הראנ"ח ואף דכ' כאן שאין נושאים ונותנים בהם היינו במדינה זו דודאי לא איירי במטבעות שאוצרים אותן:

שם בהגהה אבל רבים חולקין וס"ל דכל האומר בלשון נתתי הוי הודאה ואין מדקדקין כיצד נתן. התומים תמה ע"ז דהא הר"ן דייק דשטרי דידן שטרי קנין הם מדאמר בש"ס וכולן בשטר וכן פסק הש"ע סי' קצ"א וא"כ ע"כ דלאו הודאה הוא ובפ"ת סי' רמ"ה הביא דכן הקשה הגאון הר"מ רוטענבערג גם דקדק למה שם כ' רק די"א דהוי הודאה וכאן כ' דרבים חולקין וכ' שם דכאן בסי' ס' דאם לא נאמר דהוי הודאה מתבטל כל השטר לכן לא אמרינן יד בעהש"ט על התחתונה עיי"ש והנה חוץ דלפ"ז לא הי' צריך לטעם הודאה רק מסתמא היו ברשותו גם בתומים כאן כ' דבמקום דיש לחוש דלא ידע הדין יד בעהש"ט על התחתונה אף ביתבטל כל השטר. ואני כתבתי שם דכאן דאיירי במטלטלי ולאו בני שטרי נינהו ואין דרך להקנותן בשטר וכיון דשתי לשונות משמע אמרינן דלשון הודאה הוא (ובפרט בכ' מחמת שנתתי דפשט הדבר מחמת שנתתי כבר ולא מסרתים לכן הנני כותב) אבל בשדה אמרינן שטרי קנין הם כיון דיש לפרש דעכשיו נותן ולפענ"ד זה ברור. גם קושייתו מסי' רמ"ה דכ' י"א נראה דשם אדרבה הכל מודים דהרי כתב שם הרמ"א אם אמר נתתי בלשון הודאה ולא אמר סתם דאמר נתתי דהוא לשון רק ר"ל דאמר לשון הודאה ג"כ היינו דכתב לו מודה אני שנתתי ומ"מ כ' לשון י"א משום דבגמ' אמרו וכולן בשטר וכ' הר"ן דלשון הודאה א"צ שטר וכיון דאין מבואר רק בר"ן כ' לשון י"א כדרכו כיון דבגמ' י"ל דאף זה כונתו דנותן עכשיו:

שם. הנתה"מ סוף ס"ק ט"ו כ' בשם תשו' הרמ"א דאם כתב שתי לשונות היינו אני נותן ולשון נתתי הולכין אחר התחתון ובעניי אין מוכרח דאמת דבתשובת הרמ"א איתא אם כתוב בתחילה אני נותן מ"מ כיון דכתוב אח"כ נתתי לשין הודאה הוי כמו ספל וקפל ואולי לא כ' זה רק לרווחא דמילתא אבל לא יאמר דבאם כ' בתחילה לא מהני דאולי דומה להך דסי' רפ"א דאם כ' לשון מתנה בין בתחילה בין באמצע בין בסוף דבריו קיימין כי כן דרך התשובות כותבין לרווחא דמילתא אף דא"צ דוקא לזה וצ"ע:

לסעיף ט'. ואם תבע ראובן לשמעון שיעשה לו שטר מכר על שמו אין כופין אותו. עיין פ"ת בשם דגמ"ר דאם בתחילת הלואה הודיע לשמעון חייב לעשות לו ונכון הוא ומ"ש אח"כ דלמה כ' הטור אם התנה עם הלוה אפי' אם התנה עם שמעון נמי בפשוט י"ל דנקט לוה אף דהלוה לא השיב לו כלום אבל שמעון דוקא אם הבטיחו וע"ד כן ירד אז נעשה שמעון כערב:

אבני חושן על חו"מ סימן סד:

דאלו לגבותם לא הי' מועיל בלי כומ"ס. הקצה"ח כ' דאם נתנו למשכון יכול לגבות כיון דמשתעבדי באגב (והנחה"מ חולק עליו) והקצה"ח הקשה לפי שיטתו דלמה בסי' ס"ה סעיף ד' כ' דאם היורשין טוענים דאביו הלוה עליו אף דאין יכולין לגבות בלי כומ"ס נטלו למשכון טענתם טענה והקשה למה אין יכולין לגבות ותי' כיון דהיורשים אין יודעין אם בא ליד אביהם בתורת פקדון או משכון וכו' והוא ט"ס דהרי מבואר דטוענין דבא ליד אביהם במשכון אך צ"ל כיון דאין נאמנים דאביהם הלוה עליו רק במיגו דלהד"ם א"כ אין יכולין לגבות כמו בלהד"ם אם היו טוענין ועיין בסמוך:

שם. בנתה"מ ס"ק ג' הביא דברי הקצ"ח דהקשה דאף דיש עדים דתפסה מחיים מ"מ מה כפי' הוא זה הא צריכה להחזיר כשישלם הלוה וכ' הקצה"ח דיכול לתפוס מטלטלין של לוה שלוה מלוה דידי' והנתה"מ כ' דהר"ן כ' דהמלוה יכול למכור השטר לצור ע"פ צליתותו והנה לפי דבריו על הר"ן עצמו קשה דאיך יכול למכור דבר שהוא של הלוה וע"כ הוא דהוי כמקבל זה השטר בשויו על החוב המגיע לו וכדברי הקצה"ח ואך בחי' כתבתי כמה הוי התפיסה עיי"ש ואך בסי' ס"ה סעיף ד' הנ"ל דיכולין היורשין לתפוס זה השטר במיגו דלהד"ם היינו באם הלוה כופר או דאין ללוה לשלם וצריכין לגבות ממשועבדים וביני לביני יודיע להמלוה ויצטרך לקנות ממנו השטר אבל באין הלוה כופר ורוצה לשלם לא הוי תפיסתן כלל דאף אם יטענו להד"ם הלוה צריך לשלם ויכתוב לו המלוה שובר ופשיט:

בהגה דלא כיש מי שאומר דלא יוכל לומר למשכון תפסתים אלא בידוע שהי' חייב לו. כל האחרונים ובראשם הסמ"ע והש"ך תפסו על הרמ"א דאדרבה אין כאן מחלוקת ולד"ה אין יכול לתפוס אא"כ ידוע שחייב לו והנחה"מ האריך לעשות מזה ספיקא דדינא ומתרץ דברי הרמ"א ודבריו דחוקים ותמוהים ועיקר דבריו דהראב"ד הקשה מה לי לקות או משכון ומתרץ דמשכון כיון דאין טוען על גופו של חפץ ומודה דלאו דידי' לכן אינו נאמן אלא במיגו וכן הרא"ש כ' כיון דאינו טוען על גופו של משכון לכן צריך שבועה וכ' הש"ך בשם הר"ן דאם לא בא לגבות ואינו תובע א"צ לשבע וא"כ מהדין דאם אינו בא לגבות לא צריך מיגו ואף דכ' הר"ן גבי אומן דאף דאין האומן תובע אינו נאמן היינו משום דמטלטלין דרך למסור לגבות אבל שטר דלא אפשר למסרו למשכון רק שלא לגבות דאין מועיל לגבות רק לתפוס השטר הוי כטוען על גופו של חפץ דאין צריך מיגו כן תוכן דבריו וזה יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא דמטלטלין נוטלין לגבות המעות ושטר שאינו שוה כלום נוטלין לתפוס השטר עצמו וכי לא עדיף לי' מטלטלין לגבות מהן עצמן ושטר נוטל להחזיק השטר עצמו ולא לגבות המעות וגם לקמן סי' ס"ה סעיף ד' מבואר

דאין טוענין ליורשים משום דאין דרך ליתן שטר למשכון ואנן נאמר איפכא דשטר נוטל למשכון ויש לו בו קנין כמו לקות ודברי הראב"ד הם פשוטים דכל יש לי בידך כנגדו צריך מיגו והר"ן מדבר לענין שבועת הגאונים ואין ענין זה לזה ועוד יש להשיב רק די בזה ועיקר הוא כדברי הש"ך גם בפרישה מבאר יותר ודו"ק:

אבני חושן על חו"מ סימן סה:

לסעיף ב'. וכן יורשי הנפקד לא יחזירו שום שטר. עיין בשע"מ האריך במה דמשמע מהסמ"ע ס"ק ט' ובש"ך דכל שטר הנמצא ביד אחר אף דהוא תוך זמנו אין מחזירין לא למלוה ולא להלוה וכן כ' הכ"מ בפ' י"ד מה' מלוה על מ"ש הרמב"ם דשטר שהלוה טוען ממני נפל אף שהוא חו"ז אין מחזירין וכ' הכ"מ דמיירי שאין ידוע שנפל אך יוצא מת"י אחר ואין אותו האחר יודע איך בא לידו והשיג בשע"מ ע"ז דדוקא נפל דהוי ריעותא אבל בספק ממי בא לידו מכת החזקה דאין אדם פורע תו"ז י"ל דודאי מיד המלוה בא לידו דאי מיד הלוה ע"כ נצטרך לומר דפרע תוך זמנו נגד החזקה עיי"ש שהאריך והנה ודאי הסברא נכונה אכן נראה דיש חלוקים בזה דכבר כתבתי בסי' מ"א דלכן בשטר אין אומרים חזקה דאין פורע תו"ז דהלוה סומך על מה שמקבל בחזרה השטר מהמלוה לכן פורע חו"ז והארכתי שם דחזקה זו הוא רק כרוב ורק ע"י שחכמים חזקוהו דאינו נאמן שוב ודאי אין פורע ולפ"ז נראה כאן דודאי אם השליש מסופק מי הפקידו אז שפיר כ' השע"מ דמסתמא המלוה הפקידו אבל אם השליש אומר דהי' איזה ענין לכן השלישו בידו ואינו זוכר בודאי איתרע החזקה כמו בסי' מ"א דשמא סמך הלוה על מה שהשליש מלוה את השטר כן נ"ל:

לסעיף ד'. אם יטענו היורשים על שטר וכו' שלקחו למשכון טענתם טענה מיהו אנן לא טענינן להו. כ' הש"ך ס"ק י"ג משום דלא טענינן להו מילתא דלא שכיחא דאין שכיח להלות על שטרות שאין יכול לגבותן וכ' דלפ"ז אם הם כתובין בענין שיכול לגבותם טענינן להו וכל האחרונים תמהו דמבואר בש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ג וקמ"ח דאף בשאר מטלטלין אין טוענין להם והנחה"מ כ' שם דאיירי כאן דאין תובעין רק רוצין לתפוס השטר ואין זה מוכרח והוא לשיטתו סי' ס"ד עיין מ"ש שם ומהש"ך ודאי משמע דאף באין רוצין לגבות לא טענינן להו והי' נראה דשטר שיכולין לגבות בלא כתיבה לכן טוענין להו דאף לקוח יכולין לטעון ואך דא"כ למה הוצרכו לטענת משכון נטעון להו לקוח וגם הרי הש"ך ס"ק י"ד כ' דלטעם הרא"ש משום דלא שכיח א"כ לפי הסוברין דטענינן להו אף מילתא דלא שכיח טענינן להו וזה ודאי קשה דכי עדיף מחפץ דשכיח דלא טענינן להו דבלא אפשר לגבותם מיירי והי' אפשר קצת לומר דלפי מ"ש המחבר סי' ס"ו

סעיף י"א דנאמן הלוקח לטעון שטר כתובה הי' לי ואבד וה"נ טוענין ליתומים במיגו דשטר כתובה הי' לאביהם לולי דלא שכיחא ואך א"כ למה לא נטעון לקוח וכבר כתבתי לעיל סי' ס"ד דאיירי בהלוה כופר דאל"כ בלא"ה אין טענת היורשים כלום דהרי המלוה יתן שובר להלוה ויצטרך לשלם לו ואך אם היו הב"ד טוענין ע"כ יצטרך המלוה לפשר עמם וגם זה צ"ע למה לא יהי' המלוה נאמן נגד הלוה שאבד וצ"ע והשע"מ כ' דאיירי בחוב ידוע ואך בדרישה סי' ס"ד משמע דבחוב ידוע בלא"ה טוענין להם עיי"ש. עיין סי' ס"ו סעיף י"ז: לסעיף ט'. המוצא שטר בכלי בחי' ס"ק ד' הבאתי מ"ש בחי' לאה"ע סי' י"ז דבמציאה אין שייך למיזל בתר רוב כמ"ש הפ"י דמ"מ לא אבד אלא אחד והוא ג"כ מהרוב כעת ראיתי בס' מנחת פתים שהביא דהנו"ב כ' כן בכמה מקומות ובס' הנ"ל תמה דבב"ב (ד' כ"ג) דהש"ס פריך גבי נמצא בין שתי שובכות דניזול בתר רובא דעלמא ויהא שלו וכי השתי שובכות אינן מרובא דעלמא וכן בקרא דוהי' העיר הקרובה דפריך וליזול בתר רובא דעלמא וכי עיר הקרובה אינו מהרוב ואני כבר כתבתי שם לברר הענין דהיכי דמשונה המיעוט מן הרוב שפיר אמרינן דמרובא פריש וכאן בשובכות דרוב יונים הם הפקר ומעכו"ם שפיר פריך דנימא מרובא פריש ובעגלה ערופה אף דשם כתבתי דזה כונת הכ"מ דמתרץ דברי הרמב"ם דלא העתיק תי' הש"ס ביושבת בין ההרים מהאי טעמא עיי"ש ולק"מ ומ"מ בלא"ה י"ל דהרי במה שיש לומר עכשיו הרי אנו אומרים אסורא ברובא איתא וכן כאן דאנו אומרים הרוצח הוא בעיר הקרובה שפיר פריך דנימא דהוא במקום אחר ברובא דעלמא ולפי שהוא רק לפלפולא אין ראוי להאריך:

אבני חושן על חו"מ סימן סו:

אותיות וכו' אחד מכר לחבירו חילוף כתב הנהוג והי' בו מום היינו כי לא הי' יכול להעריכו בערכאות כי הי' הסטעמפיל ישן ולוקח לא ידע מתחילה מזה וביני ביני העני הלוה ורצה הלוקח לחזור והמוכר טען כי יכול לתקן שלא יהי' סטעמפיל שטראפע ולהשוות עם הערכי בדבר מועט. ולמדתי דין זה מן ס' שערי משפט דאין הלוקח יכול לחזור בו דהא מום שאינו בגוף המקח רק מבחוץ יכול לתקן לקיים המקח כמבואר סי' רל"ב סעיף ה' וה"נ זה מום מבחוץ דאם הלוה יפרע א"צ להעריכו ואף דלכאורה הי' אפשר לומר דכ"ז דלא תיקן לא נתקיים המקח ולא יועיל מה שרוצה כעת לתקן ואך הרי בסי' רל"ב הנ"ל למה לא יוכל הלוקח לחזור וע"כ דמיד נתקיים המקח בתנאי אם המוכר יתקן:

שם בכתיבה ומסירה. עיין פ"ח ס"ק א' בנידון שטר שאין יכולין לגבות מהלוה בלא תפיסה דהוא משטרות דלא קרעינן לי' ולא מגבינן בי' ונשאל אם המלוה מכר שטר זה

למי שהי' חייב להלוה אם מהני מה שהוא כבר תפס והשיב דלא מהני מה שתפס דאל"כ לא שבקת חיים וכן מסברא דאין להלוקח שום תביעה כ"ז שלא יבורר שהלוה חייב להמוכר ע"כ והשבו"י חולק וכ' דכל מה שיש להמלוה כח יכול ג"כ למוכרו עיי"ש ודברי השבו"י תמוהים בעיני דאיך יכול הלוקח לתפוס מספק ולגזול מספק וזה הוא הדין דספק מלוה ישנה דקאמר בש"ס כיון דתפיס ממון בספק משתבע נמי מספק ומבואר בב"מ דגזלן הוא ובשלמא המלוה עצמו שאומר בברי שמגיע לו מהני תפיסתו אבל אחר דספק לו איך יחפוס ואף אם כבר חייב להלוה אין לך איני יודע אם פרעתיך יותר מזה וגם ה"ז תופס לב"ח במקום שחב לאחרים ואף התומים שכ' דאף אחר יכול לתפוס מכח קים לי ויאמר דלפי אותו דיעה אין אני חב לאחרים כבר חלקו עליו דאין לך חב לאחר יותר מזה שהוא פטור מכח קים לי והוא תופס ממנו ואך כאן אף התומים יודה דבשלמא החם יודע מאיזה טעם תופס אבל כאן דאין המלוה נאמן כלל שחייב לו מאיזה טעם יתפוס וגם תימה בעיני דלא ירד כלל לפלפל אי חל המכירה ובענייי נראה דלא חל המכירה כלל והוא ש"ס מפורש דכל ממון שאין יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש וה"ה שאין יכול למוכרו והוא בכלל דברי החו"י שכ' דלית לי' שום תביעה כ"ז שלא יבורר שהלוה חייב להמוכר. ונאמן עלי החו"י שכ' שיש בידו חלי תלים ראיות מהש"ס אף דהשבו"י כ' עליו דלא מצא שום ראי' ולפמ"ש נראה דודאי נמצא ראיות הרבה ובתשו' אחת הארכתי הרבה דאף דבר שלא בא לעולם הוי דכ"ז שלא תפס אף לזה עצמו אין לו שום זכות כמו דאין לו זכות בקנס וכדומה ואף דמצינו פ"ק דב"מ ואי אמרת תקפו כהן אין מוציאין מידו למה נכנס לדיר להתעשר נמצא פוטר ממונו בממונו של כהן משמע דאף קודם התפיסה יש לו זכות כבר כתבתי בחי' יו"ד ה' בכור לתרץ שיטת הרמב"ם וא"כ ל"מ לפי שיטת הרמב"ם דפסק דתקפו כהן אין מוציאין ומ"מ נכנסין לדיר הרי דאין לו שום זכות במה דמועיל חפיסה ואך אף לשיטת שאר פוסקים הרי מסיק הש"ס דאין יכול להקדיש ולמכור והנה שם הארכתי וכאן אמרתי דראוי' לקצר כי הוא רק יגיעת בשר ופשוט דדברי החו"י נכונים וברורים:

סעיף ז'. שטר הקנאה העשוי בגופן של עכו"ם הרי הם כשטרות שלנו. הפ"ח הביא בשם רע"א שתמה ע"ז דהא שטר קנין לא מהני בערכאות כמבואר בסי' ס"ח וכן תמה השע"מ ונראה דודאי איירי בהמלוה מסר להלוקח שטר זה והרי מבואר לעיל בש"ך ס"ק י"א דאף באין עליו עדים קנה ורק כתבו ותנו לא מהני וכאן לא השמיענו רק דא"צ לה"ק רק לשונם ג"כ מהני ואכן כמדומה לי שבתשו' רבינו בצלאל סי' ל"ג (בש"ך ס"ק י"ט דכ' סי' ל"ו ט"ס) מביא תשו' הרשב"א דאף בבא מידם ליד הלוקח מהני ואינו כעת לפני:

סעיף י"א ולא רצה לשבע חייב לשלם. הסמ"ע ס"ק ל"א כ' בשם המ"מ דחייב לשלם כל דמי השטר וראיתי בס' מקצוע בתורה חולק עליו דכמה אנשים אין רוצין לשבע אפי' באמת וא"כ אין ראי' שנפרע ובשביל שכובש אח השבועה הוי רק ככובש עדותו והנה לא ראה דברי הקדמונים שהבאתי בחי' ודברי הש"מ דהוי כמקבל עליו אחריות ופשוט דאין לחלוק על כל הקדמונים ומ"מ הבאתי דבריו לחזק מה שכתבתי בחי' ס"ק י"ד דעיקר כדברי הסמ"ע דיורשים דאין רוצין לשבע ואביהם לא הניח להם אחריות נכסים פטורים דאינהו לא גריעי מכובש עדותו שכ' התומים ואין הלוקח יכול להכרית היורשים שישבעו דהרבה אין רוצין לשבע אפי' באמת ואין דומה אף לכובש עדותו. שוב ראיתי כעת בנתה"מ בחידושים כ' דעיקר כהסמ"ע ונהניתי וכן בשע"מ ג"כ פוטר ביתומים מנכסי עצמן ואין בזה מדד"ג כמ"ש הש"ך ונראה ג"כ דאם נתן השטר במתנה ואין רוצה לשבע פטור דאף דהש"ך מחייב משום דינא דגרמי כבר כתבתי דעיקר דאין בו דד"ג רק מטעם אחריות ובמתנה אין בו אחריות ובס' מקצוע בתורה כ' ג"כ דבמתנה פטור רק הוא לשיטתו דחולק אף במכר דא"צ לשלם רק דמים שקיבל לכן במתנה פטור דלא קיבל כלום ואך אף לפי מ"ש פטור במתנה ומ"מ נראה דאף במתנה יכול להטיל עליו חרם אם לא עשה קנוניא עם הלוה ודו"ק:

בסעיף ט"ו. אפי' בשבועה. הש"ך ס"ק נ"ו מפלפל במצא שובר והאשה אומרת שיחזירו לבעלה ופסק הש"ך דמחויבת לשלם הכל ובתי' פלפלתי בזה ואכן כעת נראה לדינא דאינה חייבת לשלם רק מה שקיבלה ול"מ לשיטת הש"ך דכל החיוב מדינא דגרמי וא"כ הרי האחרונים פליגו במצא שובר אף באין אומרת להחזיר מ"מ סוברין קצת האחרונים דאין הבעל חייב לשלם ומהנראה דהוי ספיקא דדינא וא"כ הרי בלא אמירתה לא יצטרך הבעל לשלם וא"כ לא הפסידה לו ואין כאן דד"ג ואך אף לפי מה שכתבתי בשם הקדמונים דחיובו של המוכר הוא משום אחריות וכן כתב הקצה"ח ואף שבחי' כתבתי דמ"ש בשם הריטב"א דאין מדבריו ראי' דהוא חולק על כל הפוסקים והם סוברין דחייב לשלם הכל מ"מ נראה פשוט דלא אמרו שקיבל המוכר אחריות רק מה שתלוי בו דהיינו לשבע שלא נפרע אבל נגד שובר הנמצא דפטור הבעל משום דתפס אחריות כה"ג מאן לימא דקבלה עלי' ואף דאמרינן דחזקה שלא מכרה שטר פרוע וכמ"ש גם הש"ג בלשונו הביאו הש"ך ס"ק ק"ט שהרי בחזקת שאינו פרוע מכרה לו מ"מ כיון דהשובר מכחיש ואף אם לא תודה פטור כמ"ש לא נאמר דודאי מכרה קודם ואח"כ קיבלה הכתובה וחייבת לשלם הכל דכמו דהשובר הוי ספק נגד הבעל שמא פרע קודם ה"נ נגד האשה דהשובר מעיד שנפרע קודם וא"כ אינה חייבת רק דמים שקיבלה ודו"ק:

סעיף כ"ג. שטר על שמו. עיין פ"ת ס"ק י"ז הביא דברי הנאו"ד בנידון דראובן נשא ונתן כתב שהתחייב א"ע שבאם שתעדר אשתו קודם לו מחויב להחזיר ליורשי' שיש לה מבעלה הראשון הנדוניא שהכניסה לו ומסר זה הכתב ליד בני האשה ואחר כמה שנים נפטרה האשה ובאו בני' לתבוע אותו שיחזיר להם הנדוניא כפי הכתב שיש בידם והוציא ראובן כתב מחילה מאשתו שמחלה לו הכתב מה שנתן לה בעת נשואין ופסק דאין במחילה זו כלום מאחר דראובן לא נתחייב לה רק לבני' כמו דמצינו בנושא אשה ופסק לזון בתה ה' שנים דאין ביד האם למחול כמו שמבואר באה"ע סי' קי"ד דלא נתחייב לה רק לבתה וה"נ הרי לא נתחייב לה רק לבני' דלא כמו שרצה אחד לפקפק מדכתב ליורשי' משמע דיורשים אותה והזכות שלה (בפ"ת כ' דהמפקפק דקדק לשון להחזיר ולהכניסה ואינו שם) והביא מלשון מקשקש לי' בזוזי דאף שהוא של הראשון נתחייב להשני כמ"ש בפ"ת ה"נ אף דבאים מכחה החיוב שלהם והנה ראי' זו דחזקה אכן אין צריך לראי' דבלא"ה אין לדקדק לשון יורשי' ואך נבא על שאר דבריו אשר נראה שיש לעיין בהם והנה מ"ש בהכתב מחויב להחזיר צ"ע דאין זה לשון חיוב כלל עיין קה"י חלק לב"א אות שע"ז בשם מהרד"ך דלשון אחזור ואשיב אינו לא לשון חיוב ולא לשון סילוק וגם שכתב בלשון אני מחויב להחזיר הרי כל שאין גופו מחויב קודם ולא קיבל עליו אחריות על גופו לא נתחייב עיין קצה"ח סי' ר"ה דברי הרא"ש ובקצה"ח סי' ר"ג בשם מהרי"ט ועיין מ"ש בסי' ס' ולשון חייב להחזיר אין בו חיוב הגוף ובמה נתחייב ואכן מסתמא נכתב שיהא באופן המועיל לכן לא נדבר מזה ואך בעיקר הדבר שכ' דלא מהני מחילתה צריך לי עיון הרבה שמדמה זה להך דהנושא דפסק לבתה וה"נ החיוב לבני' ואיך יהי' הדין אם יגרשה וכי יאמר דאם יגרשה לא יצטרך להחזיר לה הנדוניא דהרי ודאי הוא בחיוב כתובה שצריך להחזיר לה ואם יאמר דאף אם יגרשה ומחזיר לה הנדוניא וכי יאמר דאם יצטרך ליתן שנית לבני' דהרי נתחייב להם ואף אם יהי' איזו לשונות מסופקים פשוט דזה בכלל הא דאיתא בסי' ס"א סעיף ט"ז דאין הולכין אחר הלשון רק אחר הכונה וא"כ ע"כ לא יצא מרשותה רק הכונה שלא יירשנה בעלה רק יורשי' וגם לשון להחזיר לא שייך אם נתחייב לבני' והי' לו לכתוב דנתחייב להם סך כו"כ רק פשוט דאם יהי' הנדוניא תחת ידו יתן להם אם יהי' מה להחזיר ואם מחלה אין לה בידו שום נדוניא ליתן להם גם יש לעיין לשון דמחלה הכתב אם מהני זה למחילת ממון. סוף דבר דין זה צ"ע לפענ"ד:

אבני חושן על חו"מ סימן סח:

והוא שיהיו עשוים בערכאות. ראיתי בעוה"ר הרבה רבנים גדולים שהחזיקו הטאבעלי למוחזק וכבר עוד כשהייתי עלם בן ט"ז סיפר דיין אחד על שם גדול לפני מורי הרב הגאון החסיד מוהר"ר ש"א אבד"ק דק"ק חיראב זללה"ה שאמר כי ע"י טאבעלי הוא מוחזק ומוציא מחזקת מרא קמא ונאנח ע"ז ועתה ראיתי כי כל הרבנים פוסקים כן והוא עולבנא דדייני ונעשה להם זה ביען כי ידוע שאין להעמיד הדין על תילה ובודאי יסרב ולא ישמע לכן לא מיחו בזה ואכן ודאי הוא גזל גמור ואין להשגיח במה שלא ישמעו והרי הם מחזיקים ידי עוברי עבירה להחזיק ידם. ואעתיק כאן חשובה שמצאתי בתוך כתבי אשר השבתי זה כשלשים שנה ויען כי קצת שייך לכאן אעתיקהו פה וזה לשונו: נשאלתי בנידון ראובן ושמעון עשו מסחר עם לוי לקבל כל מה שתוציא הפאבריק שלו איזה זמן ועשו עמו שליסצעטיל גם נתנו וועכסיל לקיום המקח ואח"כ נצמחו סכסוכים ביניהם וערכו ראובן ושמעון פראצעס על לוי על חזקת הוועכסיל שבידו ולוי מכר הוועכסיל ע"ס שנים עשר מאות כתרים עסטרייכישע ליהודה וערך יהודא הוועכסיל בערכאות וע"י רובי הוצאות וגם ריבית שפסקו בערכאות עד שעלה לסך שלשה אלפים כתרים ולכן עשה יהודה טאבעלי על בתים של ראובן ושמעון ע"ס הנ"ל ואח"כ נפטר ראובן פתאום ומכר יהודה כל החוב לישכר ואח"כ מת יהודה סוף הענין כי שמעין היינו השותף החי התפשר עם לוי וישכר ליתן להם סך שלשה עשר מאות כתרים ועתה הוא תובע לאלמנת ראובן שתשלם לו חצי והאלמנה טוענת שמא לא הי' בעלי מחויב ע"פ דין ושמא פרע ובפרט כי לוי וישכר נתרצו לדון אח"כ בדיני ישראל ולמה לא ירדת עמהם לדין שמא היית זוכה ושמעון טוען כי ירא שמא יתחייב בדין יותר ולטובה עשה שנזדקק לפשר עמהם ודנו בזה הרבנים מובהקים אב"ד מק"ק ברעזוב ומק"ק יאשיניצע וכתבתי אשר לפי דעתי האלמנה פטורה ואך נשאלה שאלה זו גם להרב הגאון מוהר"ר ליבוש הארויטץ ז"ל מק"ק סטרי והוא השיב כי האלמנה מחויבת לשלם רק ישבע שמעון השותף כמה הוציא ומשלם חציה ונשלח אלי תשובת הרב הגאון ועיינתי בה ואני על משמרתי אעמוד ואכלול כל תשובתי על תשובת הרב הגאון הנ"ל:

והנה הרבנים הנ"ל דנו בזה ע"פ ג' ספיקות שנפל בזה הענין הא' על טענת האלמנה שמא פרע בעלה ב' שמא לא הי' מחויב ג' שמא הוי כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו אכן עיקר טענות של לוי וישכר והשליסצעטיללא בא לפנינו נראות אם נתחייבו ראובן ושמעון להם ע"פ ד"ת ואם חל קנין השליסצעטיל ואם היו צריכין לקיים המקח והנה הרב הגאון מסטרי התחיל בטענה הג' וכ' נראה פשוט דלא, שייך כאן פורע חובו שלא

מדעתו מכמה טעמים דהא מבואר בתו"מ סי' ע"ז דשנים שלוו נעשו ערבים זל"ז בפרט בוועכסיל דהדין זה גובה וזה גובה והוי קבלנים א"כ לא הוי פורע חובו ש"ח:
שנית בבע"ח דוחק הוי ספיקא דדינא אם הוי פורע חובו שלא מדעתו וכיון דיש לו טאבעלי הוי מוחזק כמבואר בתשו' חת"ס סי' קמ"ב ושאר אחרונים א"כ בספק מחויבת לשלם ומה שטוענים היורשים דאולי הוא רק עלילה ואין בזה שום חיוב חוץ מה שנראה שגם ע"פ ד"ת היו מחויבים אך אף אם נתפוס שזה רק עלילה הא אף בעלילה שעבדו עצמם זל"ז במה שנתנו וועכסיל כדקיי"ל סי' קל"א דאף אם העליל העכו"ם על הערב מחויב הלוה לפצותו ומבואר בשע"מ סי' ק"ל דלאו דוקא עכו"ם רק אף בישראל הדין כן ואדרבה כיון שהי' עלילה לא שייך פורע שלא מדעתו דהרי התפשר עצמו בפחות כמבואר בש"ך ותומים סי' קכ"ח והטעם מבואר בנתה"מ שם דדעת שכינה איכא דהוי משיב אבידה:
ועוד ה"ז לא פורע חובו הוי כמבואר בש"ך דהקונה שט"ח לאו פורע חובו מיקרי וה"נ הרי שמעון קנה וקיבל צעסיא וטאבעלי על עצמו ע"כ לשון הגאון הנ"ל ושאר הטענות יבואר לקמן ואך נדבר מזה:
וזה אשר השבתי הנה זה א"צ לפנים היכי דהי' הוועקסיל בחיוב גמור ע"פ ד"ת הוי ערבים זל"ז ואך הרי הוועכסיל לא השלישו רק לקיום השליסצעטיל ולפי הנראה גם לפני עיני הרב הגאון לא בא השליסצעטיל לראות אם נגמר המקח באופן המועיל לראות אם אין בו חשש אסמכתא וחיוב הצריך לדבר שלא בא לעולם ובפרט לפי השמועה לא נתחייבו והרי העריכו פראצעס נגד הוועכסיל ומי יודע אם לא היו זוכין והרי מבואר בדברי הב"י בשם הרמב"ן הובא בנתה"מ סי' מ"א דסתם בעלי בתים אין יודעין לעשות שטר וחיובים ואם לא בא השטר לפנינו אין לחייב ע"פ אותו השטר וא"כ ודאי לא הי' רק עלילה ולכן נדבר מזה:
ואחר אחרון אני בא מה שדן בזה הרב הגאון הנ"ל דקנה השטר בכתיבה ומסירה לכן מחויבים לשלם הדברים תמוהים דאם לא הי' מחויב ע"פ דין הרי הוא גזילה גמורה ואיך שייך קנין והגזלן לא הי' לו קנין וזה א"צ לפני ובמחכת"ה סתר כל מה שאמר בתחילה שחייב לפצות אף מעלילה והרי אדרבה אף אם הי' התנאי בפירוש לפצותו מן העלילה הרי לא עבור שותפו שילם רק קנה זכות עלילה במה שהראשון לא הי' לו זכות וא"כ אין צריך לפצותו וגם פשוט דאף לדבריו דטאבעלי הוי מוחזק כאן ממ"נ לא הוי מוחזק דאם קנה אין לו בו קנין ואם רק לפצותו בא לא הוי רק שלית ואין עליו דין מוחזק ואם ירד לדין מוחזק הרי בעלילה פטורים היורשים גם לא שייך בשטר פסול כומ"ס ולא

שייך גבי' קנין (גם יש לעיין אם שטר הקנאה של כתיבה ומסירה מועיל בערכאות דאף דמבואר בש"ע סי' ס"ו דמהני בגופו של עכו"ם בס' שע"מ ובחי' רע"א מובא בפ"ת הקשו הא שטר קנין לא מהני בערכאות וכתבתי בתי' דאולי הש"ע איירי במסרו הם להמלוה והוא מסרו ללוקח ורק כתבו ותנו לא מהני בעכו"ם וזה צ"ע):

ופליאה בעיני דלפי דברי הרב הגאון דהיתה חייבת לשלם כל הסך של תלקה היינו חמשה עשר מאות כתרים ושמעון קנאו ואינו רוצה ממנה רק ששה מאות ולמה נתן לו שבועה כמה הוציא כיון דיכול לתבוע הכל ורק טעות פלטה קולמוסו:

ואך אני לא אדבר בזה לומר שקנה החוב ובודאי נתפשר גם עבור, שותפו ורצה לפצות החוב ולכן נחזור לתחילת דברינו אם השותף מחויב לשלם כיון דלא הי' רק עלילה אם השותף תחויב לפצותו כמו כל ערב ובודאי מ"ש הגאון מסטרי דהוי משיב אבידה לא הבנתי דהרי בארו בשאלה דלוי וישששכר רצו לעמוד לדין ואם יתחייב בדין אין כאן דעת שכינה כמ"ש הנחה"מ דאם מחויב הוי פורע חובו ש"ת ופטור ורק אף מ"ש דערב אף מעלילה מחויב הלוה לפצותו והרי הסמ"ע סי' קל"א ס"ק י"ד כ' בפירוש דדוקא מעלילה דאיירי התם שפרע הלוה ולא לקח השטר מן העכו"ם ובדיניהם בתר ערבא אזיל וע"כ יצטרך הערב לשלם בשביל ערבותו ומשמע דבעלילה אחרת אין הערב חוזר על הלוה והוא בכלל דאין אדם נתפס על חבירו ואף שדברי הסמ"ע צ"ע דמלשון הרא"ש משמע דע"ד כן נכנס שיפצה אותו מכל עלילה וכן במרדכי פ' הגוזל בתרא שבדין זה דחייב הלוה לפצות הערב כ' ראי' לזה מהא דאמרינן שם בהגוזל האי ישראל דזבין ארעא לעכו"ם אמיצרא דישראל מקבל עליו כל היזק ואונסא דיתילד משמע דמחויב לפצותו מכל מה שיתילד מ"מ מהך ראי' משמע דוקא בעכו"ם כמו דאמר התם אריא ארביעת לי אמיצראי דסתם עכו"ם גזלן הוא אבל בישראל לא ובזה ודאי דנכון כהסמ"ע שכ' דמילתא דלא שכיחא לא קיבל עליו והיזק זה לא עלה ע"ד הלוה ואין ישראל מוחזק שלא לציית דין והרי גם שם דמכר אמיצר דישראל אם לא קיבל עליו והזיקו הנכרי פטור רק המרדכי מדמה ערב לקיבל עליו אבל בישראל לא שייך לומר מכת אומדנא דהוי כקיבל עליו:

ומה שהביא ראי' מס' שע"מ דכ' דאף בישראל דינא הכי עיינתי בס' שע"מ ושם קאי על דברי הטו"ז סי' ק"ל ריש הסימן ושם הערב הי' חייב לשלם דהרי המחבר פסק דאף ערב הוי פורע חובו של חבירו רק הערב הי' מוכרת לשלם ביען כי לא הי' הלוה כאן ושילם הערב ואח"כ אמר הלוה שכבר פרע ופשע דלא קיבל השטר ושילם הערב בזה ודאי חייב הלוה וכן מדוקדק לשון השע"מ שכ' בלשונו ובדין זה אין לחלק בין ישראל לעכו"ם משמע דרק בדין זה דאיירי שם:

וגם בעיקר הדין שכ' הרב הגאון מסטרי דלא הוי פורע חובו כיון דהוא ערב כשנים שלוו ג"כ אינו נראה דהנה השע"מ השיג שם על מ"ש בש"ע דכן שנים שקיבלו פקדון ביחד ג"כ הוי ערבים זל"ז והשיג דפקדון דחבירו לא נהנה הוי כמו זרוק מנה לים או לכלב דאין בו חיוב דערבות ואני כתבתי בחי' דלא בעינן טובת חבירו רק היכי דלא הוי ערב רק דקונה מדין ערב אבל בערב גמור או בפקדון דנתן על אמונתו הוי ערב ואין כאן מקומו ועכ"פ כאן מי יאמר דנתן על אמונתו והרי לא נתן כלל וא"כ מי יימר דהוי לטובת חבירו גם הרי בנתה"מ ותו"ד כ' דאין נעשה ערב בשביל עיסקא דהוי כערב שלא בשעת מתן מעות וה"נ בנתחייב אח"כ שלא רצה לקיים המקח בא החיוב שלא בשעת מתן מעות וגם מ"ש הרב דאף פורע חובו בב"ח דוחק הוי ספיקא דדינא והוא מוחזק מכת העאבעל וזה לא נהירא רק נראה דאין נ"מ מזה דאדרבה נראה דלא הוי פורע חובו של חבירו כיון דמוכרח לשלם דהרי רצה מזה גובה ורצה מזה גובה ואך בלא"ה כיון דהשותף עצמו טען כי רצו לציית דין למה שילם שלא ע"פ ב"ד שיראו אם מחויבים ע"פ דין גם לא שאלו את פיה ואין זה דומה כלל לשותף שעושה לטובת השותפות להרויח לשותפות אבל כאן אין זה ענין לטובת השותפות:

ושנית אם באנו לחייב משום דחייב לפצות הערב חוץ ממה שכתבתי דאין כאן דין ערב שלא הוציא ממון ע"פ אך בלא"ה כיון דיש לדון על השטר שמא לא נתחייבו כלל כמ"ש בשם הרמב"ן דכיון דאין השטר שטר ורוב ב"א אין בקיאין לכתוב שטר שיתתייב א"כ אם אין חיוב אין כאן ערב ולכן פשוט לפענ"ד דאין על האלמנה ויורשיו שום חיוב ואך ביען כי אולי הי' ביניהם עוד איזה טענות גם אולי יפקפק אחד בדברי ויטיל בהם איזה ספק ומהנראה שגם הרב מסטרי נ"י עיקר סמיכתו הי' על שהי' פשוט בעיניו דהוא נקרא מוחזק כיון דיש לו הטאבעלי והוא עיקר גדול שראוי לדבר בזה כי גם ראיתי כי הרבה טעו בזה ובעניי הוא פלא ותמהון גדול ומבהיל ואסור לשמוע ובפרט לאומרו לבטל דין, תורתינו ולומר דיועיל תפיסה בקרקע ובפרט אם הערכאות עצמם נחנו לו טאבעלי מפני שזכה שם בדיניהם דאין לו כלל אף דין שטר ובפרט אם אין החיוב ברור דהוי גזל ואין קרקע נגזלת ונתנו תורה חדשה ואף בנתנו לו ב"ד רשות לילך בערכאות נראה פשוט דמ"מ אף דין שער אין לו ובפרט שלא ע"פ דין הוי כשטר מזויף ואף שטר מקוים וכשר מ"מ אם יפול איזה ספק אמרינן קרקע בחזקת בעלים קיימא ולא תהא תורה שלנו כשיחה בטילה שלהם. ושמעתי כי ספרו כן לפני מורי הרב הגאון החסיד זלה"ה אב"ד דק"ק חיראב בשם גדול אחד ונבהל משמוע ויען כי המספר נתכוין לבזות אותו הגדול באומרו כי הוא תמיד מעוות ומקלקל וסיפר דבר זה לא רצה לשמוע רק

עשה עצמו כאינו מאמין שיאמר אף איזה תלמיד דבר כזה ואך הרב הגאון מסטרי כ' זה בשם הגאון החת"ס סי' קמ"ב והי' לפלא בעיני עיינתי שם וראיתי כי אדרבה השואל כ' כי כבר יש לו טאבעלי והשיב מחינן לי' בסילא דלא מבע דמא לסלק חזקתו ואך נראה כי הרב הגאון מסטרי לא עיין בחת"ס רק בס' הנדפס נקרא דברי גאונים וכ' זה בשם גדול אחד אשר הרב הגאון מסטרי לא החזיק אותו לסמוך עליו לכן כתבו בשם החת"ס ואגב רהיטא לא עיין שפיר והוא דבס' דברי גאונים הנ"ל כ' באותו הדין בשם החת"ס דין אחר והיינו בשדה שאין שום אחד מוחזק ואין ידוע חזקה לשום אחד ורק אחד יש לו טאבעלי הוי כדר בה וזה ודאי אמת וצדק וטעה הרב וכ' זה בשם החת"ס ולא יפה עשה בס' דברי גאונים שכלל השני דברים בסעיף אחד וזה שהטעה את הרב הגאון הנ"ל ואף כי ראיתי איזה רבנים שדנו כך הוא עלבונא דדיינא והקילו לעצמם מחמת שידוע כי המחזיק בטאבעלי יסרב ד"ח:

עוד זאת ראיתי לסלק הטעות כי פשוט דשטר שפסול משום אסמכתא כמו שנראה שהי' בנידון דידן מ"מ לא יאמר האומר כיון דערב מסלק דין אסמכתא וה"נ כיון דאחד ערב לשני מסלק האסמכתא דודאי לא נשמע דשטר שהוא על שני ב"א אין בו אסמכתא וזה ראי' למ"ש דשטר שאין חיובו ברור אין בו ערבות מא' לחבירו ודו"ק וכל זה די לנו לזכות ולפטור האלמנה ויורשי' וכמבואר:

והנה אם הי' ידוע דהשליסצעטיל נעשה כדין ונתחייב ע"פ הדין והאלמנה הרי טוענת שמא פרע בזה נראה כדברי הרב מסטרי דלפרוע לא חיישינן ואך כ' בזה ד' טעמים וקצת יש להשיב אכתוב קצת לפלפל בדבריו. הנה כ' ד' טעמים דלא חיישינן שמא פרע ויש לפקפק בזה הנה טעם האחד כ' דמבואר בסמ"ע סי' ק"ל דאם יש שטר למלוה הוי כנודע שלא פרע וחייב להחזיר לערב אם פרע בשבילו ועל טעם זה יש לפקפק דהרי בשע"מ כ' דלגבות מיתומים הוי פשיעה דלמה פרע בלא שבועה ועכשיו שפרע שוב אין יכולין להשביעו. טעם ב' כ' כיון דראובן לא עשה איינוועגדינג כשעשה לוי טאבעלי על ביתו ודאי לא פרע וזה לא הבנתי דהרי יש לחוש שמא פרע אח"כ ליהודא או לישכר אחר שהי' להם טאבעלי. טעם ג' כ' כיון דהי' לו טאבעלי ודאי לא פרע ולא חיישינן לצררי כמו בייחד לה ארעא בפ' אע"פ דבריו תמוהים וטעות פלטה קולמוסו דבייחד לה ארעא איירי שעשה לה אפותיקי שיהי' שלה ואף בלי שומא אבל בשאר אפותיקי ודאי דשייך צררי דהא בפ' שום היתומים פריך איך משכחת לגבות מיתומים הא אין נזקקין לנכסי יתומים ולא משני באפותיקי וגם בפ' אע"פ מבואר דוקא בד' מצרנא וכגבה הוא וכאן

כיון דהוא עצמו עשה לו טאבעלי ואף לא לקנות הבית ורק חוב בסך מה ובודאי לא הוי יותר משאר שעבוד קרקעות דשייך צררי והוא רחוק כרחוק מזרח ממערב וא"צ לפנים: טעם ד' כ' כיון דעשה רעקורז עדיין לא נודע חיובו וכחו"ז וכמו מי יימר דמחייבי לי רבנן הנה ודאי לכאורה זה נכון בטעמו ומ"מ גם בזה יש לעיין דילמא אח"כ נודע לו שיתחייב (גם לא אדע אם נתחייב אחר הרעקארז) ואי דא"כ הי' לו לסלק הטאבעלי הרי אפשר דעשה איזה קויטינג ומה שלא עשה עקסטאבעלי הוא משום שמת פתאום ואך מ"מ לא רציתי לפלפל בזה כיון דידוע ויש אומדנות גדולות דלא פרע גם איך שילם ולא הודיע לשותפו והרי במחצה תשלומין לא ירד התובע מהטאבעלי לכן מודינא בזה דאם יתברר שראובן הי' חייב ע"פ דין מחויבים היורשים והאלמנה לשלם חלקם:

ואך אף בזה נראה דאין מחויבים היורשים לשלם רק חצי החוב סך 600 כתרים ולא הוצאות וחוץ דאין בידו שום כתב סירוב על ראובן ושמעון יש גם לעיין אף אם יהי' כתב סירוב כ"ז דאין מבואר בו דיתחייב הוצאות והיינו דכבר פסקו כן הב"ד אבל הוצאות שנתחייב רק לפי שגרם והוי דינא דגרמי, י"ל דהבנים פטורין להסובר דד"ג קנסא ולא קנסו בנו אחריו רק אם יש פסק ב"ד מבואר בש"ך סי' שפ"ה דחייבים היורשים אולי הרב הגאון לא ירד לזה כיון דכ' דטאבעלי הוי מוחזק ולכן דד"ג דהוי ספק ואיכא למאן דסובר דהוי ממון א"כ אין מוציאין מיד מוחזק אכן כבר כתבתי דזה טעות ובמטלטלין נמי יש פלוגתא אי מהני תפיסה ע"י עכו"ם ואך א"צ לדבר מזה כיון דהוא כ' ג"כ דלא הי' בידו כתב סירוב לכן ודאי חימה דדן לחייב אף ההוצאות אך כבר הרי כתבתי דכ"ז דלא נתברר החיוב ע"פ ד"ח פטורה מכלום:

בסוף הסי'. בהגה"ה ובודאי קראוהו לפניו. עיין מה שתמהתי בזה בסי' מ"ה בהשמטות דשם מבואר דאף ביש עדים שלא קראוהו לפניו נתחייב ואף דשם הוא מדברי הרמב"ן וכאן העתק תשו' הרשב"א אין נראה שהרשב"א חולק ובפרט דא"כ הי' לו להרמ"א לכתוב שם דהרשב"א חילק וס"ל דוקא קראוהו: אבני חושן על חו"מ סימן סט:

בסעיף ב'. אבל אם טוען פרעתי נאמן. האחרונים כתבו דזה חילוף כתב נקרא וועכסיל אין נאמן לומר פרעתי ונתנו טעם לדבריהם משום דכן דנין בערכאות לכן אין מניחין שטר כזה. והנה כמה פעמים נשאלתי דידוע כי גם על וועכסיל יכולין לעשות איינוועגדיג ולטעון פרעתי ויהא נאמן הלוה בשבועה והנה שמעתי מא' שאמר כיון דהמלוה יכול למוסרו והאחר יכול לעשות פענדיג שוב לא יניחו בידו ואף כי הלוה יכול לעכבו שלא יגבה רק יהי' מונח עד שיבא גמר ביניהם מ"מ עכ"פ כיון דיכול למשכנו הוי כאין יכולין לטעון נגדו והנה אף כי קרוב הוא לדברי התומים שכ' דדרך וועכסלין למסור ליד אחר

וקשה להוציאו בטענת לאו בע"ד דידי את לכן אין מניח הלוה שטר כזה מ"מ עיקר טעמו של התומים שאין הלוה נאמן נגד המלוה גם כעת אין מוסרין ליד אחר לגבות בו רק דרך קנוניא שאחר ימשכנו תיכף שלא יבריח הנכסים וגם הרי כה"ג לא ניזול בתר דיניהם ויוכל לתבעו בבית דין ישראל ויטיל שבועה או חרם עליו אם לא עשה קנוניא ולא יועיל מה שמשכנו בדיניהם שלא ע"פ ד"ת גם הערכאות מה שממשכנין הוא רק דבדיניהם שטר כגבוי לענין זה שיהיו נזקקין לתבוע תחילה והוא נגד הדין ואכן נראה דכבר כתבתי כמה פעמים דחזקה הבאה מסברא אינו רק רוב וחזקה זו דאין הלוה פורע ומניח שטרו ביד המלוה הוא רק רוב ואין הולכין בממון אחר הרוב רק כיון דחכמים ראו כי כן הרוב חזקו הדבר שלא יהי' נאמן ממילא אינו נאמן מהדין כיון דלא יהי'נאמן לא יניח שטרו. והנה בכת"י לא עשו תקנה זו וכמו שאבאר ובזה נבין מה דכתבו האחרונים כיון דאינו נאמן בדיניהם לכן לא מניח שטר כזה והרי כתבו הפוסקים כיון דאין גובין בכת"י ממשעבדי אין הלוה מקפיד ולפמ"ש ניחא היינו דחז"ל ראו דאין מקפידין כ"כ לא החזיקו שלא יהא נאמן לומר פרעתי ואכן כעת בוועכסיל דאין נאמן בדיניהם ועיין נו"ב דנעשה להם כהיתר לערוך וועכסיל בדיניהם ושוב נתחזקה בזה ושוב לא יניח וועכסיל אף דאין גובין ממשעבדי דעיקר הוא משום דאינו נאמן לומר פרעתי וא"כ גם עכשיו נאמר להיפוך כיון דנעשה מנהג בב"ד של ישראל לגבות לפי שהי' כך בדיניהם לכן אף כי נשתנה בדיניהם מ"מ נתחזק המנהג בב"ד של ישראל ושוב אינו נאמן דבלא"ה סוברין הרבה פוסקים דאף נגד כת"י אין נאמן שפרע ועיין בב"י סי' ס"ח בשם הרשב"א לענין גביית ממשעבדי כיון דהמנהג הוא כן הוי כסטימתא דבדיני ממונות הולכין אחר המנהג עיי"ש:

ועוד הי' נראה כיון דכבר נהגו שלא יהי' נאמן הלוה לומר פרעתי הוי כהתנה בשעת הלואה וכאלו נתן לו נאמנות שלא יהי' נאמן ודוגמא לזה כ' הקצה"ח סי' ס"ז דבמלוה לעשר שנים הוי כהתנה שלא תשמיטנו דאל"כ לא יתקיים הזמן עשר שנים והנה אמת כי בסי' ל"ט כתבתי סברא זו דבהתנה לכתוב שטר הוי כהתנה שלא יהי' נאמן לומר פרעתי רק בעדים ומ"מ הרי שם רבים חולקין וס"ל דאי משך מילתא טפי משלשים יום שוב לא יכתבו שמא פרע מ"מ מנהג עדיף דע"י המנהג הוי כהתנו ובפרט לפי מ"ש הש"ך בס"ק י"ד דמשום המנהג נאמן לומר פרעתי א"כ בוועכסיל דנוהגין להיפך שלא יהי' נאמן הי' להלוה לחוש למנהג:

ועיין בוועכסיל שנכתב בניסן והועמד זמנו בתשרי שאחריו וטען הלוה שפרע וכ' בזה הנה אף שנהגו דלא יהא נאמן לומר פרעתי בחילוף כתב היינו לפי שכן הוא בדיניהם

אב וועכסיל כזה שפסול בדיניהם והמלוה ירא להראותו בערכאות מפני קנס סטעמפיל שטראפע וגם הלוה אינו ירא להניח שטר כזה ואדרבה יכול לערוך בערכאות שיש לזה עליו וועכסיל כזה מזמן זה ויתנו הערכי בידו שכל וועכסיל שיוציא מזמן הנכתב בו פסול א"כ לא יחוש להניח בידו ואכן זיכה שם אח המלוה מטעם אחר כיון דזמנו מאוחר הוי תוך זמנו כמבואר בע"ז (ד' י') ובתוך זמנו אין הלוה נאמן לומר פרעתי:

והנה נשאלתי דין זה ולא ביאר השואל אימת באו לב"ד אם כבר עבר הזמן הנכתב או עדיין הוא תוך הזמן והשבתי כי השאלה מבואר בנו"ב וממ"נ חייב הלוה דאם הוא תו"ז הרי אין אדם פורע תו"ז ואם בא אחר הזמן הרי ודאי כיון דהניח בידו ע"כ דלא פרע דהרי המלוה יוכל לומר דהלוהו ביום שנכתב בו ואף שהלוה אומר פרעתיך תוך זמנו הרי עתה כשבא לפני הב"ד ובודאי לא נאמר דהלוה סמך עצמו דיערוך בערכאות לכן פרע דא"כ למה לא העריכו בערכאות כשראה דהמלוה אינו מחזיר לו שטרו וכי עי"כ נאמין לו משום שהי' בידו למסור אותו על קנסם בסטעמפיל שטראפע. ואמת כי בפ"ת כ' דנראה דאף אחר הזמן נאמן הלוה דהשטר חספא בעלמא הוא וזה לא עלה ע"ד הנו"ב דהרי המלוה לקח שטר כזה וע"ז נאמר משלם רעה תחת טובה שהרי הלוה מחויב ליתן שכר השטר והסטעמפיל אשר עולה עליו וכי משום דהמלוה עשה עמו טובה דחשש שמא לא ישלם אחר שלשה חדשים ויצטרך לכפול כסף הסטעמפיל ולכן איחר זמן הלואה וסמך את עצמו דודאי אין הלוה רשע שיכפור תיכף וימסרו דיש בידו שטר שלא שילם כפי הסטעמפיל הנצרך ולא יוכל לתבעו ולא אמר הנו"ב רק דאם בעת בא המלוה לב"ד והלוה טוען למנהג בפ"ת ס"ק ד' בשם תשובת נו"ב מבן המחבר פרעתי דאין לו חזקת שטרו בידו מאי בעי דהלוה סמך דע"כ ואכן יצטרך להחזיר לו את שטרו: עדיין לא בארתי כל הצורך דכל דינו של הנו"ב הוא באם המלוה כתב תיכף זמן מאוחר בפני הלוה אבל אם המלוה איחר הזמן אח"כ מפני שראה שלא שילם הלוה בזמנו האריך זמנו שלא בפני הלוה א"כ דין זה מתהפך בטעמו דאין זה תוך זמנו ולא שייך חזקה אין אדם פורע חו"ז ואם הלוה לא ידע שהוא מאוחר עד אשר בא לפני הב"ד ואז נחגלה אחורו וא"כ לא דהלוה סמך עצמו שיהי' מוכרח להשיב השטר א"כ חזקה שלא פרע מדהניח השטר כמו כל וועכסיל ואם הלוה ידע שכבר איחר זמנו ודבר זה נתברר מטענות הלוה א"כ יש בו להמלוה תרתי רעותות דאין זה תו"ז וגם הלוה לא ירא לפרוע ואם יש הכחשה והלוה אומר שידע יכלול זה בשבועתו שידע שזמנו מאוחר לכן לא חשש ופרע. ואכן כ"ז כתבתי ע"פ דברי הנו"ב ואכן לפי הנראה אין השטר פסול בדיניהם והמלוה יכול לפשר עצמו ולא יהי' כ"כ כסטעמפיל שטראפע וצריך לחקור זה:

ומ"מ לדינא עדיין אני נבוך לפי שנמשכתי אחר דברי הנו"ב דפשיט בעיניו דשטר מאוחר הוי כקובע זמן אחר זמן הנכתב בשטר ומיקרי תו"ז ואינו נאמן לומר פרעתי וכן הפ"ת סי' ס"ח העתיק דבריו וכ' שכבר הוכיח הנו"ב דמיקרי תוך זמנו ואכן מהתומים משמע להיפך דנאמן לומר שפרע ומה שהביא הנו"ב ראי' מב"מ (ד' י"ז) דפריך על שטר שנפרע וחוזר ולוה בו תיפוק לי' דהו"ל מוקדם ולא שכיח דפרע ביומו לוקמא דהי' מאוחר הנה כבר מתרץ התומים קושיא זו ואף שהוא דרך פלפול אכן בחי' כתבתי דהש"ס הי' יכול לתרץ בכמה אופנים ומתרץ האמת והריטב"א פ' הכותב כ' דר"י דאמר שטר שנמחל שעבודו וכו' איירי בכתב בו זמנו שנה או חודש דיכול לפרע תו"ז וא"כ הרי הי' יכול לתרץ כן ואך הרי מדברי הריטב"א ג"כ מבואר דלא כהנו"ב דמה לי שטר מאוחר או כ' שנה או חודש דג"כ לא נשלם זמנו עד אחר השנה ויש לי לפלפל בזה הרבה ע"פ מ"ש בתי' סי' מ"ג ומ"ת וכבר האריכו הרבה בזה בה' גיטין בגט שזמנו מאוחר או נכתב שבוע לכן לא ראיתי להאריך יותר. ואך גם הנו"ב כ' דבכת"י אין שום נ"מ באיחור רק לטובת לוה לענין הרי יש נ"מ לענין הסטעמפיל גם בודאי אם פורע עיסקא כנהוג אין המלוה נוגש כ"כ ומאחר זמנו:

בסעיף ה'. ואם הוא תוך זמן וכו' ומודים שהוא כת"י אביהם וכו'. הש"ך ס"ק כ"ו חולק דלמ"ד דאף מילתא דלא שכיחא טוענים ליתמי ה"נ טוענין להם דילמא פרע אביהם כיון דאביהם הי' נאמן אף תו"ז פרעתי במיגו דמזויף והנתה"מ ס"ק י"א כ' דהסוברים דטוענים ליתמי נאנסו אף דלא שכיח הוא משום דבנאנסו אף בשמא הי' אביהם נאמן לולי דהוי מחויב שבועה ואיל"מ וביורשים דלא שייך מחויב שואיל"מ פטורים ולא נהירא דזה שהביא מסי' רצ"א דהטעם משום מחויב שבועה וכו' הוא משום דמתה הבהמה ואין ידוע אם באונס או בפשיעה אבל בסי' ק"א הרי פלוגתתם אם טוענים להם בעיסקא נאנסו היינו שמא הוא בידם (במה דידעינן דמתה הכל מודים דטוענין נאנסו עבורם דאין חילוק בין פשיעה לאונס לומר דזה יותר שכיח) ואביהם אם הי' טוען איני יודע הי' חייב דהוי א"י אם פרעתיך ומ"מ טוענין ליתמי ועיקר סברתו שחידש דהוי כשמא הוא חידוש ותימה שהעתיקו בחידושים שהוא רק לפלפולא אמת כי הנתה"מ הולך לשיטתו דא"י אם נאנסה הוי א"י אם נתחייבתי אכן אין זה מוסכם עיין ש"ך סי' רצ"א גם בחי' ס"ס ע"א תמהתי על דברי הנתה"מ שבכאן דשם ג"כ מבואר דטענינן בשבילם מילתא דלא שכיחא ועיין שם בפ"ת בשם הגאון רע"א ולא רציתי לכפול. ועיין בפ"ת סי' ע"א ס"ק ג':בסעיף ה' והלה לא בתורת פקדון מסרם. הפ"ת ס"ק ג' הביא בשם תשובת זכרון יוסף בראובן שהי' צריך לשלש לבתו נדוניא והלך הוא והחתן והשליש הנדוניא להשליש המרוצה לשניהם

ונאנסו המעות דהיינו שהשליש לא הי' לו לפרוע והחתן תובע שישליש שנית והמחותן אומר נדוניא אחת נתחייבתי ולא שנית והסכים לדברי השואל, דהואיל ומבואר באה"ע סי' נ"ג סעיף ד' דכ"ז שלא בא הנדוניא ליד החתן לא זכה בהם אם מתה הבת א"כ הוי כעדיין לא סילק ומחויב ליתן נדוניא אחרת והביא ג"כ מהא דמבואר בסי' ע' בחו"מ במלוה שהתנה שלא יפרע רק בפני פלוני ופלוני ונתן לו המעות בינו לב"ע וקבלו המלוה לפקדון והלוה ג"כ הסכים ונאנס המעות חייב הלוה לשלם שנית וה"נ החותן שהשליש רק לפקדון חייב ליתן נדן אחר דאנן סהדי שלא נתנם רק לפקדון דמי יודע מה יולד יום ע"כ ולי הדבר תימה דהרי כן נכתבו התנאים שזה ישליש הנדן ועי"ז ישא החתן את הכלה ולפי דבריו נאמר ג"כ שלא יצטרך לישא משודכתו עד שיתן לידו הנדן כיון דמיקרי לא נתן עדיין והרי פשוט דלא מחויב כלל ליתן הנדן לידו וגם דא"כ יוכל השליש להחזיר הנדוניא להחותן כיון דלא הוי רק פקדון מהחותן ולא זכה החתן בהם נשתקע הדבר ולא נאמר ורק כן הדרך כי הוא משליש הנדן והוא נושא משודכתו וגם אח"כ אין מוסרין להחתן הנדן עד שיראו שדרין באהבה וצריך המעות לאיזה עסק ובודאי אחר הנשואין יכול החתן לתבוע חותנו והחותן מוכרח להחזיר שטר השלישית ליתן הנדן להחתן ואך מ"מ פסק הת"ה דכ"ז שלא בא ליד הבעל ואשתו מחה יחזירו לאב כיון דאיגלאי מילתא דאדעתא דהכי לא נתן ועדיין מונח בחזקת שניהם ולא זכה עדיין אבל פשוט דכ"ז דהבת קיימת הוא בחזקת שניהם כדרך כל נדוניא וכמו שהותנה בהתנאים וכבר עשה האב את שלו ולמה יתחייב נדוניא שנית ומה שהביא מסי' ע' פשוט דלא קרב זה אל זה דהתם הרי המלוה לא קיבלם לפרעון ולא הכרית את הלוה ליתנם בפקדון והלוה אינו מחויב ליתנם ואדרבה הרי המלוה לא רצה לקבלם בפרעון וע"כ הם ברשות הלוה וכתבתי בחי' דע"כ הלוה נתרצה לפי שבידו דבכל עת שירצה צריך המלוה להחזירם לו עד שיקבלם לפרעון אבל כאן הרי הוכרח החותן להשליש הנדן ליד השליש כמו שהתנו ואין ביד השליש להחזיר לו מעותיו ואף דאין לו רשות ליתן ליד החתן והרי זה דומה למלוה שצוה להלוה לשלוח לו המעות ע"י שליח אף דהשליח אין לו ליתן ליד המלוה עד שיחזור לו השטר מ"מ תיכף נפטר הלוה כיון דע"י צוויו מסר להשליח וה"נ אף דהחתן אין בידו ליקח המעות עד שישא את הכלה מ"מ הרי ע"ד כן צוה ליתן להשליש כדי שישא בתו ואח"כ יתן לו ולכן פשוט דדברי הזכרון יוסף צ"ע ואין לפסוק כן:

ואכן נראה דהחתן אם טוען דאי אפשר לו לישא הכלה משום דאין לו במה להתפרנס לכאורה אין יכולין לכופו לישא דאונס הוא ואך מ"מ אם עי"כ הותר הקשר של השידוך יצטרך החתן לשלם אח"כ להחותן כשיהי' לו כיון דעל פיו מסרם להשליש והוא מרוצה

שישא כן ומהדין ג"כ מחויב דמי להך דחו"מ סי' שי"א בשכר ספינה וביד אחד לקיים התנאי ואחד אינו יכול דזה דאינו יכול חייב כ"ש כאן דהאב כבר קיים התנאי והחתן אינו מקיים ואולי עדיין יש לעיין בזה אם דמי ממש לשם וכאן נאנס בחזקת שניהם אולי שניהם מפסידין:

אבני חושן על חו"מ סימן עא:

בסעיף י"ז אא"כ פירש שפוטרו ממנו ומיורשיו. הפ"ת ס"ק י"ג הביא בשם מהרש"א דכ' דהמהרשרד"ם והרש"ך כתבו אם כתוב בשטר שנתן לו נאמנות וכו' תיבת וכו' הוי כנתן לו נאמנות גם נגד יורשיו עיי"ש ובעניי נראה דמסתמא הי' רגילין לכתוב אחר תיבות נאמנות נגדי ונגד יורשיו לכן ודאי הי' כונתם בתיבת וכו' על יורשיו וכמו שאנו רואים בתנאים שכותבין והקנס לא יפטור וכו' וידוע דתיבת וכו' ר"ל את החרם וה"נ הי' כך מנהגם בנאמנות אבל בזמן הזה אין רגילין כלל בכתיבת שטרות, ונאמנות ודאי דאין ידוע למה נתכוין ובפרט הלוה אין יודע שבתיבה זו נותן לו נאמנות על יורשיו:

אבני חושן על חו"מ סימן עב:

בסעיף ד'. המלוה על המשכון ונתן לו (אח"כ) רשות להשתמש בו אפשר שאפי' בנתינת רשות בלבד הוי שואל. מה שבררתי כאן מסברת האחרונים נראה במה שהקשה הש"ך ס"ק ל"א למה כתב המחבר לשון אפשר ולא לשון מוחלט דהא הוי כדמי אבידה וגם להרמ"א דפסק דמלוה על המשכון לא הוי רק שומר חנם הי' לו להגיה כאן דלא הוי שואל רק ש"ש כר"נ דאמר נאנסו לא והנה מ"ש התומים וכן החליט הנתה"מ דאיירי בהלוה נתן לו רשות להשתמש ולא הי' מהמלוה שום גילוי דעת אם רצונו להשתמש לא נהירא דא"כ ודאי לא נעשה שואל דהרי אסור להשתמש בו משום איסור רבית וא"כ הא ודאי אין, רצונו בכך כמו שהקשה באמת בס' מקצוע בתורה רק נראה דאיירי דהמלוה אמר שבאם ירצה אח"כ להשתמש בו יוכל להשתמש בו והלוה הרשהו והנה נראה דמ"ש הש"ך דזה עדיף מדמי אבידה, דשם רק מותר להשתמש וכאן נתן לו רשות עדיף וא"כ לכאורה גם זה קשה על הרשב"א למה כ' לשון אפשר ומ"ש משואל דאף דעדיין לא השתמש בו הוי שואל ואך לק"מ וזה שלא הגיה הרמ"א כאן דלמ"ד דבמשכון לא הוי רק ש"ח לא הוי כאן שואל לק"מ דכאן דנתן לו רשות בפירוש שפיר י"ל דהוי שואל לד"ה וא"כ מ"ש הרשב"א והמחבר לשין אפשר הוא משום דאסור להשתמש בו ומצד זה גרע מדמי אבידה כיון דשם מותר לכן הוי שואל או ש"ש לכל חד כדאית לי' אבל כאן דלא הי' מן המלוה רק גילוי דעת י"ל דודאי יחזור בו ולא ישתמש מפני האיסור לכן מסופק בזה ודו"ק ואף דהש"ך לא החליט סברא זו דנתן לו רשות עדיף מדמי אבידה היינו משום

דלא ירד לזה דכאן איירי בגילה המלוה דעתו שרוצה להשתמש רק הלוה הרשהו לכן אולי לא עדיף מדמי אבידה אבל לפמ"ש דאיירי בגילה מלוה דעתו שפיר עדיף גם קצת תימה שלא ירדו למה שיש כאן איסור רבית ולפמ"ש נראה הדברים נכונים:

בסעיף ח'. השע"מ כאן הקשה מ"ש במשכון בטוען שנאנס חייב הלוה לשלם והמלוה נאמן בשבועה שנאנס וגבי שטר שטוען שאבד איכא למ"ד בש"ס, דאין כותבין שובר ולמה עדיף שטר ממשכון והניח בקושיא וכבר כתבתי בחי' סי' נ"ד שכן הקשה שם הנתה"מ ותירוצו אין מובן כלל ותירצתי שם דכאן במשכון הוא כמו כל, פקדון דנאמן המלוה מוכרח הלוה לשלם ובשטר דהלוה ירא שלא יצטרך לשלם שנית א"צ לפרוע וכתבתי שם דזה הוא החילוק ביניהם אך הטעם לא בררתי וכתבתי דמי שיש לו לב רחב יברר יותר והנה נראה קצת דמצינו כעין זה כמו מוכר לנכרי אמיצרא דישראל ושליש שהמזיר שטר למלוה בסי' נ"ד, דאם כבר גבה המלוה מהלוה פטור השליש דהוי גרמא ובאם עדיין לא גבה כופין השליש שיתחייב עצמו שאם יבא היזק להלוה יתחייב לשלם הרי דעל תשש שמא יבא אח"כ לידי היזק חיישינן טפי לתקן ואף שאין זה דמיון קצת הוא דוגמא ואכן נראה כעת דיש קצת ליישב באופן אחר דהרי כל ענינו של השטר דלא יהי' הלוה נאמן לומר שפרע דלא הי' לו לפרוע כ"ז שלא לקח השטר א"כ גם המלוה ירד לזה שלא יחייב לפרוע באם אינו מחזיר שטרו ומ"מ הראשון אמת:

בסעיף י"ב. וישבע. הפ"ת ס"ק י"ג הביא דבתשו' ושב הכהן כ' דלכן איתא במשנה מי נשבע מי שהפקדון אצלו ולא חנא בפירוש ישבע המלוה דנ"מ להך דין דסעיף ג' דהמלוה הפקיד המשכון ביד הלוה והשבועה הוא אצל המלוה דנשבע הלוה תחילה לפי המסקנא דרב אשי שאינו יכול לעבור פי האדון ישלם ויחזור וישלם וע"כ דגם אומרים דא"צ ליתן ולפרוע וכיון דאין מחויב ע"פ דין פטור אף מהשבועה כמבואר בסעיף שאח"ז ופשוט:

בסעיף י"ז. שאם לא יפדנו לזמן פלוני. הפ"ת ס"ק י"ז הביא תשובת בגדי ישע שחולק על מ"ש המקו"ח דאם התנה תנאי גמור שיוחלט המשכון ואח"כ הוזל המשכון יכול לכוף את הלוה שיפדני והבגדי ישע חולק והנה הסברא ודאי הוא כהמק"ח ועיין בש"ך ס"ק נ' ופשוט דכל תנאי הוא רק לטובת המלוה ואף כי אין בידי לחלוק באשר לא אדע טעמו אך ודאי אין אחריות ספר שאין לפנינו עלינו וכ"ז שאין ידוע טעמו אין לזוז מדברי המקו"ח ולא יפה עשה שלא העתיק טעמו וכן נהגו כמה גדולים והב"מ כ' על ענין זה אולי כ' כן מחמת קושיא ואם הי' ידענו היינו מתרצים וכן כ' בס' ברית אברם וכן בהרבה ספרים לא השגיחו במה שלא נודע טעמו:

אבני חושן על חו"מ סימן עה:

בסעיף ז' יש לי בידך כנגדו מבואר במרדכי דאינו נאמן רק במיגו. בתוך אחד השיחים שהי' לי עם הרב הגאון מאיסטריק שאל אותי למה הוא טענה גרוע וצריך מיגו והראה לי בשם זקינו כת"י איזה טעם ע"ד החידוד והי' בידי לדחות וכעת שכחתי טעמו ואני אמרתי תחילה בפשוט דכמו חוטף חפץ אינו נאמן לומר שלי חטפתי וכן מלוה שקיבל מעות אינו נאמן לומר סיטראי דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו וחזקה שאין עליו חיוב ואף דודאי זה אמת מ"מ לא רצה לקבל ממנו ואמר דאין זה סברא לנוח הדעת ואמרתי סברא אחרת ואולי ראיתי כן באיזו ספר ע"פ מה דמצינו בסי' פ"ה אם אני חייב לך כיצד אתה לוה ממני ואם חשש דרוצה לכפור כ"ש שלא ילוה לו אך לכאורה זה לא שייך רק במלוה ישנה שהגיע זמנו לגבות אבל בטוען יש לי בידך כנגדו שלויתי לך אח"כ לא שייך זה אכן גם בזה י"ל למה לא פרעת לו דאף בלא הגיע זמנו אם רצה ללוות לך יותר הי' פרע ואף דמצינו בסי' פ"ה דעשה משום זה גובה וזה גובה היינו כדי שלא לפסול השטר שוב ראיתי כי הסברא זו הוא בנתה"מ סי' ע"ט ועיין מ"ש שם בחי' ואכן כ"ז הוא רק דרך פלפול ועדיין משכחת יש לי בידך כנגדו מאיזה, מו"מ וחשבונות שיש ביניהם והעיקר כמ"ש בתחילה דכל אדם יש לו חזקה דאינו חייב ואין יכול להפקיע חוב ברור אלא במיגו:

בסעיף ט'. ואיני יודע אם החזרתי לך וכו' ואין התובע צריך לשבע. בתי' ס"ק י"ב השגתי על מ"ש השע"מ דהיכי דהמלוה מודה שקיבל קצת מחויב לשבע דמדמה לה לפוגם שטרו דמפרע לא דייק וכתבתי דלא נהירא וגם מ"ש בסי' ע"א דעד אחד נגד נאמנות ג"כ צריך לשבע ובס' מקצוע בתורה כ' דלא מצינו ע"א מעיד שהוא פרוע רק בשטר, והנה לעיל סי' ע"ב בהשמטה סעיף ט"ו הבאתי דהרשב"א כ' דלא כס' מקצוע בתורה רק גם במחויב שבועה ואיל"מ מהני להנתבע ע"א לחייב את התובע שבועה גם לקמן סי' פ"ד יבואר דיש עוד פוסקים דלא כס' מקצוע בתורה ואכן כאן מ"מ נראה כמ"ש דאף דהמלוה מודה שנפרע קצת א"צ לשבע דלא מצינו פוגם רק בשטר דכל המעות כתובים בשטר ואיתרע קצת חזקת השטר גם דהנתבע טוען ברי והלוה בלא"ה יכול לומר אישתבע לי דלא פרעתיך אבל כאן בשמא איך שייך כלל פוגם ואין מה שקיבל תלוי בהנשאר וכמו ב' שטרות אם פרע אחד השני לא נפגם ואף בקיבל בפרוטרוט ולא אמרינן דמפרע לא דייק וה"נ מלוה ע"פ אין שייכות זה לזה כן נראה לפענ"ד. עיין פ"ת סוף הסי' ועיין סי' צ"ה ועיין עוד בסוף הספר מ"ש:

אבני חושן על חו"מ סימן עט:

בסעיף א'. ובאו שני עדים ואמרו שלוה ופרע. השע"מ סי' צ"ב האריך דאיך נאמנים העדים לומר שלוה דהרי המלוה פסלם ואומר דעדי שקר הם באומרם שפרע ודחק שם מאוד ולכן מסיק ע"פ תרוצו דעכ"פ אינו גובה רק בטענת ברי אבל בשמא אין יכול לגבות כיון דכל הגבי' ע"פ העדים והוא פוסל אותם עיי"ש וכן כ' כאן בקיצור ולפענ"ד נראה דע"ז אמרו הודאת בע"ד כמאה עדים וא"כ הודאת הלוה שאומר לא לויתי חייב אף אם היינו יודעים שפרע הרי נתחייב בהודאתו ואך בל"ז כתבתי כבר בחי' והוא ע"פ דברי הרמב"ן דכל היכי דהעדים אינם נאמנים אף אם משקרים לא נפסלו דהוי כמספרים שקר בעלמא ואין זה בגדר עדות שנאמר דהוי עדות שקר ולפ"ז אם יבאו עדים ואומרים שלא פרע לא נפסלו כיון דלא הועיל עדותן ולא קבלו הב"ד עדותן כיון דכבר הודה הלוה דלא פרע:

בסעיף ד'. ואם הכמין לו עדים. בחי' השגתי על מ"ש הנתה"מ דיש לי בידך כנגדו אף במיגו אינו נאמן רק בכסות וכלים ומכל הפוסקים לא משמע כן ואכן מה שכתבתי דע"כ מבעה"ת נשמע דכל בהכמנה מהני אמתלא זו דלא חשש לקבל בתורת הלואה משום דלא ראה אותם אבל באמת הי', מגיע לו ובפרעון קבלם ונאמן אף באין לו מיגו בזה ודאי אינו נראה לדינא ורק כמ"ש הש"ך דדוקא בלא ראו ההלואה אבל בראו ההלואה לעולם אינו נאמן דהי' ביד חבירו משלו וכמו סיטראי דאינו נאמן וכמ"ש לעיל בהשמטות לסי' ע"ה וכמו חוטף חפץ דאינו נאמן דשלו הוא ה"נ אינו נאמן דהי' חייב לו ואם הי' הבעה"ת סובר דנאמן הוא ודאי דעת יחיד אך אולי נוכל לפרש דבריו כמו שפי' הש"ך ולתרץ דיוקו של התומים או לפרש דהבעה"ת במיגו איירי ולא רציתי להאריך כיון דכבר כתבו האחרונים כן:

ושלחו אחריו. בחי' הבאתי דברי הקצה"ח בענין פס"ד שיברר לו התובע ועיין מ"ש שם ואעתיק כאן מ"ש בנידון שבא לפני בא' שהי' חייב לחבירו ואמר שאין לו לשלם רק התובע יברור לו פרה אחת מן השתים שיש לו בביתו ונתרצה התובע אח"כ מתה אחת וטען הלוה שכבר בירר לו זו שמתה והמלוה כופר והנה דין זה א"צ לפנים כיון דהלוה לא טען שהי' קנין וא"כ לא נפטר מחובו ואף מי שפרע ליכא כיון דנפסד הכל ואם הי' טוען שהי' קנין בלא"ה הי' נאמן כיון דמלוה ע"פ הי' ונאמן לומר פרעתי ואך בעיוני הזה בא לפני חלק אחד מתשו' מהרש"ם מהגאון מבערזאן ושם בסי' נ' בא לפניו שאלה כעין זו רק הי' מלוה בשטר ותבעו לפני פשרנים ופשרו איזה סך ולא הי' לו לשלם ורק הי' לו שתי רפתים אחת מבהמות גדולות ואחת בהמות קטנים ועשו פשר שהמלוה הברירה בידו או ליקח שמונים בהמות מהגדולים או מאה מהקטנים אח"ז נפל דבר בהגדולים

ונהרגו מטעם הערכי וטען הלוה שכבר בירר לו מהגדולים והנה בתחילה הביא דברי הח"צ שהביא כאן הקצה"ח וגם דברי הקצה"ח שחולק על הח"צ ודברי הח"צ כבר הובא בפ"ת סי' ל"ט ובהשמטות שלי שכ' דהנתבע חייב אחד דאינו נאמן נגד הפסד שפרע ועוד מאן לימא לן דלשון שיברר היינו בדיבור דילמא דוקא בקנין וא"כ אף מאן דס"ל דנאמן נגד פס"ד הא לא הי' קנין והקצה"ח כ' טעם אחר דהתם בבית שהוא קרקע הוא בחזקת בעלים ראשונים אבל פס"ד שיברר לא הוי פס"ד ואין חושש להניח בידו וע"ז כ' הרש"ם דבמטלטלין דמהני תפיסה נאמן שבירר ואח"כ הביא דברי מהר"י מברונא גבי פשר שיאמר אחד הן או לאו דאפי' אמר אלף פעמים הן יכול לחזור ע"כ ומ"ש דבמטלטלין מהני תפיסה לא הבנתי לשונו ורק דנאמן שפרע ואך בעיני דבריו צ"ע דודאי אם הפשרנים קיבלו קנין אח"כ על אותן הבהמות שיאמרו כבר נקנו לו הבהמות בדיבור שבירר אלו ובדברי מהר"י מברונא מסתמא לא הי' קנין או שלא הי' שייך בו קנין וכבר כתבתי בסי' ל"ט דע"כ בשאלה של הח"צ לא הי' קנין דא"כ דמי להא דסי' ר"ו דבמכר כפי שיאמרו שמאים תיכף כששמו לא יוכל לומר יבואו אחרים וכן כתבתי בסי' ל"ט דודאי הולכין אחר לשון ב"א ולפי הנראה בלשון ב"א הוא שיאמר בזה אני רוצה ועיין בסי' רנ"ג סעיף י"ג מ"ש:

ובדברי הקצה"ח כבר כתבתי בחי' דהיכי דאיכא דררא דממונא אין שום אחד מוחזק וה"נ בידעינן שמכר אחד וכמ"ש התוס' בב"ק (ד' ק') דהיכי דידעינן דודאי קנה ולא ידעינן אם קטן או גדול מהני תפיסה וגם שהשיג על הח"צ עיי"ש בח"צ שלא סמך ע"ז רק כיון דבדברים אלו נוהגין לכתוב שטר לכן אינו נאמן. גם מ"ש המהרש"ם שם דבר חדש כיון דהתוס' הקשו בכתובות (ד' מ"ז) בקנה פרה ומתה נימא דאדעתא דהכי לא קנה ותירצו דדבר התלוי בדעת שניהם לא אמרינן אומדנא א"כ כאן דלא הי' תלוי רק בדעת ראובן א"כ בטל המקח דאדעתא דהכי לא בירר ע"כ הם דברים תמוהים ומובהלים ולפי דבריו אף בדינו של הח"צ שכבר קנה ובירר אם נפל יחזור וזה פשוט דזה ג"כ הוי תלוי בדעת שניהם דהנתבע לא נתפשר ע"ד שאם תמות יחזור והפשרנים ע"ד כן פשרו שאם יברר יהי' באחריותו ואגב רהיטא פלטה קולמוסו טעות:

אך כ' עוד סברא אחת דהרי דין זה תלוי בברירה שאמרו הפשרנים שיברור ובהקנין הדרא סודר למרא ולא מל ורק כ' אח"כ כיון דברירה הוי ספק אין מוציאין מיד המוחזק ודבר זה צ"ע רק ראיתי בס' כסף הקדשים להרב הגאון הק' מביטשאטש דבדיני ממונות נוהגין דלא חיישינן לברירה עיין שם סי' ר"ז ובאמת המנהג בהרבה מו"מ שקונה איזה

סך אף שיש להמוכר הרבה ולא שמענו שלא יחול הקנין עכ"פ נראה לדינא דאם הי' קנין והתובע מוחזק וכבר בירר ואמר את אלו אני רוצה אין מוציאין:

אבני חושן על חו"מ סימן פ:

וכ"ז לאחר כדי דיבור. הש"ך ס"ק ז' הביא תשו' הרשב"א בא' שהודה לחבירו ואמר לו השני אל תפרעני אלא בעדים והשיב הנתבע יש לי בידך משכון וכ' הרשב"א דתוך כ"ד של השני לאו כדיבור דמי וכ' הש"ך דאיירי שמשמעות דבריו תחילה שלא הי' בידו משכון דאל"כ נאמן לתקן דבריו הראשונים ע"כ ולא זכיתי להבין דהש"ך פירש דברי הרשב"א דלכן אין הנתבע נאמן משום חוזר וטוען ולכן כ' דלתקן נאמן ולא אדע דבלא"ה הרי יש לי בידך כנגדו אינו נאמן אלא במיגו ותוך כ"ד נאמן במיגו דלהד"ם אבל אח"כ הוי מיגו למפרע ואינו נאמן ואמת כי הד"מ שהביא דברי הרשב"א בסי' זה משמע דפי' משום חוזר וטוען דאיירי בסי' זה אכן הב"י הביא דברי הרשב"א אלו בסי' ע' ויש לפרש כמ"ש שהרי כן הדין. והנה נראה דברי הרשב"א דאיירי שהי' הודאה גמורה אבל באם התובע הוצרך לומר אתם עדי פשוט דאף כדי דיבור של חבירו מחשב ג"כ תוך כ"ד ופשוט:

אבני חושן על חו"מ סימן פב:

במיגו דאינו יכול להעיז. הביא הש"ך דברי התוס' ב"ק גבי עיזי דאכלי חושלא דנאמן דלא דמי למידי דכפירה דלכפור ודאי אינו מעיז ודחק הש"ס בפירושם ובחי' לש"ס מס' ב"ק כתבתי דנראה לי פירוש דבריהם דר"ל דבמודה במקצת כיון דמודה קצת ואינו כופר הכל חזינן דאינו יכול להעיז לכפור הכל בזה לא אמרינן מיגו דאי בעי כפר דלכפור מה שמודה אינו מעיז אבל בעיזי דהרי בלא"ה הרי אינו מודה כלל שפיר אמרינן דהי' יכול לטעון טענה אחרת אף דהי' מעיז דאדם הכופר של חבירו אף להעיז יכול ועיין בתי' סי' פ"ט כתבתי דע"כ התוס' שבועות פ' כ"ה סוברים חילוק זה עיי"ש ועכשיו בא לפני ספר אחד נקרא שורש יוסף מיוסד על דיני מיגו והוא מבעל המחבר חק יוסף על ה' פסת (הוא הי' חתנו של הגאון הר' אברהם ברודא) הביא דכן פירש בס' אחד נקרא בית לוי ב מיגו ורק הוא כ' עליו דמאוד תמי' לו דא"כ לית מיגו דהעזה רק המודה במקצת וכל הש"ס ופוסקים ראשונים ואחרונים מפלפלים במיגו דהעזה אף אם כופר הכל בשתי הטענות ע"כ ודבריו תמוהים דכי קבלו התוס' עליהם אחריות איזו פוסקים ומה זה רכ' וכל הש"ס היכן מרומז בש"ם דלא אמרינן מיגו דהעזה אף בשאר טענות ובאמת כי דברי הס' בית לוי נכונים ותה"ל כי מצאתי לי סמך וגם הרי כבר כתבתי דסברא זו מוכרח במו' שבועות: אבני חושן על חו"מ סימן פג:

בסעיף ב'. וכן אם שלח שלית וכו' יכול לומר אקבלם לעצמי. כ' הש"ך ס"ק ב' ואע"ג דבסי' קכ"ה משמע דאין השליח יכול לומר אקבלם לעצמי החם מיירי דמודה דבתחילה קיבל להוליך לפלוני והפ"ת ס"ק א' כ' דבדגמ"ר כ' וצ"ע דא"כ אף מיגו דלהד"ם לא יועיל וכו' עיי"ש ולא אדע מאי קשיא לי' דודאי בכבר זכה לפלוני אין יכול לקבלם לעצמו אף ביש לו מיגו ובסי' קכ"ה ס"ק כ"א איירי באומר שאומר שבתחילה קיבלם לעצמו ודברי הש"ך פשוטים:

אבני חושן על חו"מ סימן פד:

לעיל בסי' ע"ב כתבתי דמ"ש בס' מקצוע בחורה דע"א מעיד שהוא פרוע אין גובה אלא בשבועה לא תקנו רק בשטר וגם דוקא בטענה שפרע וכתבתי דבדברי הרשב"א מבואר דבכ"מ תקנו ועכשיו ראיתי עוד הרבה פוסקים הובא בשע"מ כאן דכתבו כן דכן כתב המרדכי בפ' מי שמת הביאו הרמ"א סי' של"ה דמלמד שהעיד עליו ע"א שלא ידע ללמוד דמוקמינן לי' אחזקה כיון שיודע עכשיו מ"מ נשבע ונוטל כדין ע"א מעיד שהוא פרוע וכן מהרי"ק כ' בתשובה דע"א שהעיד שהוא שטר מברחת והעדים לא ידעו נשבע נגד העד הרי דבכ"מ כן הוא ולאו דוקא נגד טענת פרוע ולא כהספר מקצוע בתורה:

אבני חושן על חו"מ סימן פז:

סעיף כ"א. לפצור בבעלי דינים. הפ"ת ס"ק כ"ב הביא מה שצידד החת"ס מנא הא מילתא דאפי' שבועת אמת עבירה הוא ועי"ז נמנעים וכו' ואישתמט לי' דברי המדרש פ' מטות שהביא פסוק ונשבעת תי השם באמת ובמשפט ומפרש מה משפט אח השם א' תירא שתהי' כאברהם שנאמר בו כי ירא א' אתה וכו' ואותו תעבוד שאין לך עבודה אחרת אלא הוא אז ובשמו תשבע אבל לא תאמר שהותר לך לשבע באמת עיי"ש ולפ"ז ממה שאמר שאין לך עבודה אחרת הרי ר"ל שכל מה שעושה אינו רק לשמו לו הותר לשבע ע"כ דודאי גם השבועה יהי' בה עבדות השם ודו"ק בזה ותבין חומר שבועה:

אבני חושן על חו"מ סימן צ:

בסעיף ד'. כך שומר של בעה"ב. בפ"ת הביא דברי הגהות רע"א דאף דאין השומר חייב בתשלומי הכלים ולא הוי נוגע מ"מ צריך לשבע משמע דבנוגע ג"כ נשבע ובשע"מ לא משמע כן דהביא בשם תשו' מהרי"ה דאם הבעה"ב חושד גם לשומר אין יכול השומר לשבע כיון שהוא נוגע והשע"מ ג"כ הסכים לזה וא"כ כשהשומר צריך לשלם אין לך נוגע גדול מזה ואינו נאמן כלל עיי"ש ובמחכ"ת לא דק רחשו' מהר"י הלוי נכון בסברא. ועיין בפ"ת סי' ע"ה דהיכי דיש לחשוד שנים לא הוי כלל טענות ברי אף להסובר דמשביעין ברגלים לדבר וה"נ בחושד גם להשומר אין ראי' כלל על הנכנס שגזלו דיהא נוטל ממנו

בשבועה (ואם נאמר דישבע השומר לחייב הנכנס כן נאמר דישבע הנכנס לחייב השומר) ופשוט דאין זה כלל בתקנת נגזל אכן בחי' רע"א דהשומר נוגע משום דחייב לשלם שלא שמר כראוי א"כ השומר עצמו כבעה"ב דמי דנאמן בעה"ב בשבועה ואך אף ביותר דאף שומר שלו נאמן כ"ש היכי דהשומר עצמו הוא הבעה"ב דהחיוב עליו ופשוט:

אבני חושן על חו"מ סימן צא:

בסעיף א' וה"ה אם אמר הלווני מנה ופרע לבעל חובי עיין פ"ח ס"ק א' בשם תשובת ב"א שאחד אמר לחבירו שיתן לו מעות בהלואה וישלח משרתו ולא פירש לו כמה (שם מבואר שאמר כמה שיש לך או כמה שתרצה) ואמר המלוה ששלח לו מאה ותמשים והשליח לא הביא לו רק מנה והאריך מאוד וכ' דפטור דהוי כא"י אם נתחייבתי לך ותימה בעיני כי דרכו של הגאון בעל ב"א לכתוב תמיד סברות חזקות כראי מוצקים וכאן כ' טעמים עמומות נגד הסברא ולפי הנראה הוא ממש הדין דסעיף ז' באמר תן לפועלי כמה שירצו דאף אם הפועלים מכחישים שלא קבלו כ"כ נשבע חנוני ונוטל ועיקר סמיכתו רואה אני דמחלק דבאומר לתנוני תן וכו' הוי כהלוה תיכף לבעה"ב והחנוני נעשה שליחו ליתן להפועלים וכאן לא נתחייב עד שיתן וכל רואה יראה כי הם דברים רחוקים דגם כאן לא נתחייב עד שיתן גם מ"ש דכאן חזקה שליח עושה שליחותו ובנידון דידי' לא שייך כן ואני לא ראיתי שום חילוק ביניהם ובסעיף ז' ג"כ לא בירר הבעה"ב כמה יתן ובפרט שכבר כתבתי בתי' דודאי הנכון עם התומים דלא שייך בזה חזקה שלית עושה, שליחותו והר"י ן' פלאט אכן ר"ל רק לדוגמא ובלשון מושאל ועיקר כונתו כמו דאיתא חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו עליו והכא ר"ל כיון דבעה"ב סמך עליו והאמינו שיתן הרי סמך עליו לשלם לו אם יתבענו וכשתובעו מסתמא נתן ומה, שכ' ג"כ לחלק דהפועלים הם נוגעין ואין יכול לטעון על ידיהם טענות ברי כמבואר סי' ע"ה דברי של נוגע לאו ברי הוא אבל השליח הא אינו נוגע כמבואר בקידושין מיגו דיכלו למימר החזרנום ללוה יכלו למימר פרענו למלוה והוי כטוען ברי נגד המלוה ואין המלוה נאמן בשבועה נגד ברי תימה בעיני דאם בזה שאני פועלים משום דמגיע להם הרי בתן לבני הוא ג"כ אינו תובע ואין חילוק בין בנו לשליח דכאן גם פשוט דשם בסי' ע"ה וכי השליח לאו נוגע הוא דפשוט דהוי נוגע דאיך יאמר דקיבל ממנו מנה וחמשים ולא החזיר לו רק מנה ובין שאומר שנתן ללוה בין שאומר שלא קיבל הוי נוגע ואיך יהי' זה טענת ברי כאלו ידע הלוה וטוען ברי ואין זה ענין להך דקידושין דא"צ רק שיהיו פטורים והוי עדים אבל כאן לאו לענין עד איירי דהרי בלא"ה אינו עד וגם רק ע"א וגם מה שחילק בין נתן בלי קצבה גם זה אין סברא כלל לחלק בין הך דסעיף ז' וכבר כתבתי דלא שייך שלית עושה

שליחותו וגם כבר ביארתי במקום אחר דאף בסוגיא דקידושין אין ר"ל במיגו שיכול לומר אהדרינהו דכבר הסכימו כל האחרונים דלא אמרינן מיגו מגברא לגברא וכתבתי דכן מצאתי בתוס' ר"י הזקן בקידושין שם ופי' כמו שכתבתי שם דשם אין ר"ל רק דנאמן לפטור עצמו משבועת שומרים לומר החזרתי וכן פי' שם הר"י הזקן הנדפס שם בש"ס ווילנא ואילו הי' הש"ך רואה דבריו לא הי' חולק על המהרי"ט דסבר דלא אמרינן מיגו מגברא לגברא ולא רציתי להאריך בזה פה כי מהנראה דדמי ממש לכאן לחנוני ואכן מוכרח אני להודות למ"ש הטו"ז לקמן סעיף ז' דדוקא באמר כמה שיש לך או כמה שתרצה אף שלא נתן סכום אבל בלא אמר כלום רק תן לי כ' הטו"ז לקמן דהוי פשיעה מן המלוה שלא שאל כמה אתן לך ואף דגם הלוה פשע מ"מ אין הדבר מוכרע ויש לסמוך בודאי על הטו"ז אבל בנידון של הב"א ודאי אין שום סברא לפענ"ד לחלק בין זה להך דחנוני דכאן:

אבני חושן על חו"מ סימן צג:

בסעיף ז' יש מי שאומר שאם פטרו משבועה א"י לגלגל עיין פ"ת ס"ק ט' דהוא ספיקא דדינא ומ"ש בשם הפמ"א דשני שותפים שפסקו להם הב"ד שבועה ומחלו זה לזה א"י בודאי קלקל משום דאף אם עשה לו עול מתל לו ונראה דזה כ' לרווחא דמילתא דאף אם לא נתחייב רק אחד ומחל לו שוב אין יכול לגלגל ואכן בנידון שלו בלא"ה כיון דשניהם נתחייבו ומחלו זל"ז בלא"ה איך יגלגל עליו דהרי אדעתא דהכי מתל לחבירו שהוא ימחול לו ואיך יגלגל אח"כ ופשוט הוא:

אבני חושן על חו"מ סימן צה:

בסעיף א'. ושטרות. עיין פ"ת ס"ק א' בשם החת"ס במי שנתן לאחד באנקנאט גדול ממאה להחליף לו וקיבל עשרה קטנים ונאבר המאה ומחלק בין נתן תחילה המאה וא"י אם קיבלו הוי א"י אם נתחייבתי אבל קיבל תחילה הקטנים הוי א"י אם פרעתיך ועיין לעיל ס"ס ע"ה בשם הפמ"א והב"מ דלא משמע ורק כיון דלא ירד לחיוב אף שנותן אח"כ הוי א"י אם נתחייבתי כיון דשילם מיד ולדינא צ"ע ואך אין להוציא:

אבני חושן על חו"מ סימן קד:

בסעיף ט'. אבל אם הלוה מכרו כדי לפרוע לב"ח מוקדם ב"ת מאוחר טורף מלוקח. עיין בשע"מ הביא דברי הב"י בסי' ק"ג בשם רי"ו דאם הלוה עצמו הגבה לב"ת מוקדם אף דשומא לא הדרא דהוי כמכר לו ולא כגבה בב"ד מ"מ אין ב"ת מאוחר יכול לגבות מן המוקדם דיאמר כבר נמחל שעבודך והוי כאלו לקחת אותה ושטר שלי קודם למקחך דלענין זה שעבודו קיים כאלו גבה בב"ד ע"כ וכ' השע"מ דבהריב"ש לא משמע כן הביאו

הש"ך סי' קע"ה ס"ק ט' כפי שפי' הש"ך דבריו דכ' דאף דב"ת שבא לטרוף מלוקח קרקע שאין שוה כדי חובו אין הלוקח יכול לסלקו בדמי שיווי הקרקע דיכול המלוה לומר לדידי שוה לי כל חובי מ"מ אם הב"ח קנה הקרקע בדמי חובו יכול המצרן לסלקו ולא יתן לו רק דמי שיווי החוב ושמין מה שהי' שוה השט"ח שלו ואם כדברי רי"ו שעדיין נשאר שעבודו יאמר הבע"ח לדידי שוה לי כל חובי אלא ע"כ דנתבטל שעבוד הראשון לגמרי ע"כ ובעניי אין נראה לומר דיש פלוגתא בזה והרי נראה דגם הב"י הסכים עם רי"ו וכן נראה מדברי הש"ע כאן דדוקא מכרו הלוה לאתר אז המאוחר גובה ולא כשמכרו למלוה עצמו דודאי לא סילק עצמו מהשעבוד אם יטרפוה ממנו ואך דברי הריב"ש הוא דהרי הא דיכול המלוה לומר לדידי שוה לי כל חובי הוא דוקא באם אומר כן בשעת הגבי' א"כ הרי חזינן דשוה אצלו יותר ממה שהלוקח רוצה ליתן לו ובפרט דמסלק להלוה מחובו אבל בעובדא דהריב"ש דכבר גבה ולא אמר דמקבלו בכל חובו עיי"ש בסי' קע"ה בנתה"מ אמרינן דלא קיבלו רק בשויו ואינו נאמן להוציאו מהמצרן לכן המצרן קודם ואף אם איירי שם דבאמת נסתלק ע"כ דלא הי' השטר שוה יותר כשלא הי' הזמן לגבות עיין בנחה"מ וא"כ לא נסתלק רק בשיווי של השדה והראי' דהרי כ' שם הש"ך דאף אם הקרקע שוה יותר א"צ המצרן ליתן רק כשיווי של השט"ח אבל כאן בדינו של הרי"ו אין סברא לומר דמחל השעבוד שב"ת מאוחר יוכל לטרוף ממנו דלמה ימחול לזה ודו"ק:

ואך לכאורה מהש"ך סי' פ"ו ס"ק י"א לכאורה משמע דלא כרי"ו דכ' דבמכרה השטר כתובה למי שחבלה בו כיון דכבר קיבל הכתובה אין לו על הבעל שוב משום שעבודא דר"נ והרי נפקע חובו אף דאח"כ מחלה להבעל הכתובה ולמה לא נאמר ג"כ דע"ד כן שתמחול לא נסתלק מחובו שוב ראיתי דאדרבה משם נמי מוכרח כדברי רי"ו דהש"ך כ' שם כיון דאם לא היתה מחלה הי' גובה כל הכתובה אף שהוא יותר מדמי חבלתו א"כ אדעתא דהכי לקח הכתובה כדי שתפקיע החוב שיש לה וא"כ הרמב"ן וכל הפוסקים דהקשו למה לא יגבה מדר"נ אם מחלה ומאי זו סברא והרי כבר שלמה לו עם הכתובה וכמו כאן דכבר לקח השדה ע"כ דס"ל דלא נפקע שעבוד הראשון וע"כ דס"ל כרי"ו וזה פשוט ורק הש"ך חידש דשאני בלקח בטוה"נ ודו"ק כי זה ברור:שם בפ"ת ס"ק ט' וגם בסי' רכ"ה האריך בנידון ראובן ושמעון שהחליפו בתיהם זה עם זה ובא ב"ח של ראובן שהי' חובו על ראובן נגד שני הבתים ונטל מראובן הבית שהי' בידו שהוא בן חורין ואח"כ בא ליטול הבית של שמעון שבתחילה הי' של ראובן והוא משועבד לו והביא כמה תשו' שפלפלו בדין זה שבתשו' עה"ג וצ"צ פסקו דלא אמרינן בזה אחריות ט"ס הוא והקצה"ח סי' קט"ז והנתה"מ והב"מ חלקו ע"ז דגם בחליפין אחריות ט"ס והנה אין

דבריהם מספיקים לחלוק בעיקר הדין כאשר כ' בהגהות צ"צ מבנו דמה לי' להב"ח בזה במה דקיבל אחריות מ"מ הוא טורף שעביד שלו וא"כ אם בתחילה טרף משמעון ובא ליטול מראובן הדין דיחלוקו דמחויב לשניהם ובשניהם דאקני להבע"ח משום שעבודו ולשמעון משום אחריות אבל בטרף קודם מראובן ובקנה אח"כ קיי"ל מה שגבה גבה א"כ גובה גם ביתו של שמעון שהי' ביד ראובן קודם שהלוה לו וא"כ אין נ"מ מהקצה"ח ונתה"מ דמ"מ טורף ואך הפ"ת הביא דברי תשו' שבו"י דאם הב"ח לקח המעות שקיבל הלוה דלא אפסדי' מידי אין יכול לגבות השדה מהלוקח דאמר לי' מה אפסדתיך דכן משמע מרש"י ואכן התומים חולק על השבו"י ואך הב"מ כ' דאף דאמת כהתומים מ"מ זה דוקא באם הלוקח נתן מעות והי' הלוה יכול להבריחם אין טענה להלוקח במה שנתן המוכר המעות להב"ח אבל בהדין של הצ"צ שהחליף בקרקע ומעולם לא זז שעבוד של המלוה שפיר יאמר הלוקח מה אפסדתיך ומ"מ לא החליט הב"מ הדבר והניח בצ"ע כן תוכן דברי הפ"ת והנה השע"מ לעיל סי' ס' ג"כ דיבר מזה והביא דברי הצ"צ וגם ההגהות מבנו ואח"כ כ' השבו"י ועוד ביותר דאף באינו ידוע איזו מעות נתן לו הלוה אף שאינו ידוע אם נתן לו המעות שקיבל בעד השדה מ"מ אין יכול לגבות ולטרוף מהלוקח וכבר כתבתי דהתומים והב"מ חולקין על השבו"י רק יש ספק כמ"ש הב"מ ואך השע"מ כ' דיהי' בזה מחלוקת הב"ח והש"ך דהב"ח כ' דאם יש אצל הלוה בני חורין שקנה אח"כ מ"מ אין הלוקח יכול לדחות את הב"ח אצל הלוה א"כ יפה כ' הצ"צ דשמעון אין יכול לדחותו להבית שהוא ביד ראובן א"כ יכול לטרוף ממנו והנה אין זה מספיק כלל דמ"מ אם כבר גבה הב"ח מראובן למה יגבה גם זה לפי דבריו ואם גבה מתחילה של שמעון א"כ בביתו של ראובן יחלוקו ורק השע"מ כ' זה אם התנו בפירוש שלא באחריות דאז יכול לגבות מראובן והצ"צ הולך לשיטתו דכאן הוי שלא באחריות ואף דלא קיי"ל כן כמ"ש השע"מ והקצה"ח מ"מ נ"מ להתנו בפירוש שלא באחריות ואך מ"מ לא נכון לפי דברי הב"מ: אך בעניי תימה שלא התעוררו כל אותן הגדולים דלפי ענ"ד הי', נראה דאם יבא הבע"ח לגבות מן שמעון נתבטל כל המקח ויחזור שמעון לביתו מה שנתן לראובן דהרי כבר הקשו התוס' כתובות (ד' מ"ז) אם לקח פרה ומחה יתבטל המקח דאדעתא דהכי לא קנה ותירצו דבדבר התלוי בדעת שניהם לא אמרינן אומדנא דהשני לא ימכור על דעת כן ובחי' לאה"ע סי' קי"ח ובה' יבום בארתי כל עניני אומדנות גם בחי' לחו"מ סי' כ"א ובשאר מקומות בארתי קצת וכאן לא אאריך במה שכבר כתבתי רק אכתוב בקיצור דבכל אונס דאם היו שואלין למוכר אם ירד ע"ד כן וידעינן שלא הי' מתרצה אז ע"כ הלוקח ירד ע"ד המוכר ובדבר דידעינן בהיפך שלא הי' הלוקח מתרצה בתנאי זה

אז ע"כ המוכר, ירד לפי דעת הלוקח ובדבר דלא שכיח כלל ואף דיודעין אם הי' המוכר חושש לזה לא הי' מתרצה מ"מ אם הי' שואלין אותו הי' מרוצה משום דאינו חושש לזה נתקיים ג"כ כפי דעת הלוקח וזה הוא הדין דאה"ע סי' קי"ח דאם הי' חושש שתהרג בתו או תשתמד לא הי' מתחייב עצמו מ"מ כיון דהדבר רחוק ואם הי' שואלין לו הי' מתרצה מפני שאינו חושש ולא ידמה כלל שתבא לכן נתחייב והנה כאן א"צ כלל לאריכות אכן בנידון דידן הרי פשוט ראם היו שואלין להלוקח אם יקנה השדה אף שהבע"ח יגבה ממנו ודאי לא הי' מתרצה אך בכל לוקח אין נ"מ בזה דהרי נתן מעות וכבר נאבדו ואינם ומה לנו שלא הי' מתרצה אכן כאן שהחליף בית בבית ואם הי' יודע שב"ח של ראובן יגבה ממנו ביתו ודאי לא הי' מתרצה וע"ד כן לא החליף ולא שייך בזה כלל דבר התלוי בדעת שניהם דמה לו לראובן שיתבטל המקח וכי לגזול ולרמאות החליף עמו ששמעון יפסיד ביתו כדי שישלם לב"ח ובפרט לפי סברת הצ"צ דלא שייך בזה אחריות ט"ס דשניהם רוצין בזה וא"כ אף ראובן נתרצה שאם יגבה ב"ח של שמעון יתבטל החילוף ויחזיר לו ביתו ובלא"ה הוא אומדנא גדולה שלא הי' מתרצה בשום אופן וא"כ, ודאי דכל המכר והחילוף בטל וזה הוא האומדנא המבואר בתוס' גם בש"ס דע"ד כן לא לקח ופשוט הוא אצלי ואף דבסי' צ"ט הביאו בשם הב"ח דאם לקח סחורה ובאו בע"ת לגבות דהוא קודם וכתבו דאין כן הלכה רק מתקנה ומנהג שאני התם דודאי נותן סחורה יכול להבריח ולהוציא המעות אבל בהחליף בית א"צ לתקנה וגם התקנה שייך בזה אבל אין צורך לזה והי' לי עוד לצדד יותר כפי מה שכתבתי בסי' זה דברי הב"י בשם רי"ו דב"ח שגבה קרקע לא נסתלק משעבוד שלו שהי' קודם ה"נ לא נסתלק מזכות ביתו שהי' בידו ואך לא נפניתי לעיין בזה אם דומה עכ"פ נראה פשוט דאין יכולין לגבות ביתו של שמעון ורק ביד הב"ח לגבות איזה בית שירצה או זה או זה ולא שניהם וזה ברור: