הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · אורים ותומים

אורים ותומים, תומים

רבי יהונתן אייבשיץ

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אורים ותומים, תומים

רבי יהונתן אייבשיץ

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אורים-ותומים-תומים/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 6
סימן ג 14
סימן ד 22
סימן ה 32
סימן ז 42
סימן ח 54
סימן ט 54
סימן יא 55
סימן יב 56
סימן יג 63
סימן יד 68
סימן טו 73
סימן טז 77
סימן יז 78
סימן יח 88
סימן כ 93
סימן כא 94
סימן כב 97
סימן כג 107
סימן כד 109
סימן כה 113
סימן כו 169
סימן כז 177
סימן כח 181
סימן כט 210
סימן ל 217
סימן לא 253
סימן לב 259
סימן לג 263
סימן לד 281
סימן לה 308
סימן לו 314
סימן לז 331
סימן לח 367
סימן לט 394
סימן מ 440
סימן מא 450
סימן מב 469
סימן מג 486
סימן מד 536
סימן מה 549
סימן מו 573
סימן מז 631
סימן מח 635
סימן מט 644
סימן נ 678
סימן נא 687
סימן נב 701
סימן נג 706
סימן נד 707
סימן נה 716
סימן נו 723
סימן נז 756
סימן נח 758
סימן נט 771
סימן ס 773
סימן סא 795
סימן סב 799
סימן סג 815
סימן סד 816
סימן סה 821
סימן סו 877

סימן סז 974
סימן סח 1011
סימן סט 1022
סימן ע 1034
סימן עא 1042
סימן עב 1062
סימן עג 1141
סימן עד 1161
סימן עה 1173
סימן עו 1204
סימן עז 1208
סימן עח 1219
סימן עט 1238
סימן פ 1245
סימן פא 1248
סימן פב 1277
סימן פג 1290
סימן פד 1292
סימן פה 1306
סימן פו 1326
סימן פז 1352
סימן פח 1384
סימן פט 1432
סימן צ 1461
סימן צא 1486
סימן צב 1506
סימן צג 1533
סימן צד 1547
סימן צה 1565
סימן צו 1581
סימן צז 1590
סימן צח 1616
סימן צט 1618
סימן ק 1632
סימן קא 1634
סימן קב 1648
סימן קג 1664
סימן קד 1682
סימן קה 1718
סימן קו 1730
סימן קז 1731
סימן קח 1741
סימן קט 1760
סימן קי 1765
סימן קיא 1776
סימן קיב 1793
סימן קיג 1806
סימן קיד 1810
סימן קטו 1819
סימן קטז 1852
סימן קיז 1859
סימן קיח 1871
סימן קיט 1874
סימן קכ 1885
סימן קכא 1885
סימן קכב 1892
סימן קכג 1895
סימן קכד 1903
סימן קכה 1904
סימן קכו 1916
סימן קכח 1937
סימן קכט 1944
סימן קל 1958
סימן קלא 1966

סימן קלב 1972
סימן קלג 1977
סימן קלד 1982
סימן קלה 1986
סימן קלו 1987
סימן קלז 1987
סימן קלח 1989
סימן קלט 1994
סימן קמ 1998
סימן קמא 2005
סימן קמב 2012
סימן קמג 2012
סימן קמד 2017
סימן קמה 2021
סימן קמו 2024
סימן קמז 2046
סימן קמט 2048
סימן קנ 2063
סימן קנא 2066
סימן קנב 2068

סימן א

א **אבל שבת ורפוי וכו'** זהו דעת הרמב"ם וכבר תמהו דהא אמרינן בגמרא להדי' אדם באדם דל"ש אע"ג דאי' בי' חסרון כיס לא עבדינן שליחת' והב"י וכ"מ כתבו דהרמב"ם דייק לי' מהא דאמרינן כל הנישום כעבד משמע דוקא נזק דבעי שומא אבל רפוי ושבת דא"צ שומ' כעבד לא אך מ"מ עדיין לא יתיישב מה דקאמר הגמ' דאדם באדם דל"ש אף דאי' בי' חסרון כיס לא עבדינן שליח' ובאמ' על קו' זו אפ"ל כסברת העיר שושן דאף דחבלות שכיח מ"מ הא ל"ש שיכה כ"כ עד שיהיה בגדר ההיזק שיהיה נפחת בדמי' אילו נמכר בשוק אבל שיהיה כ"כ מוכה עד שיהיה על המשכב ויצטר' רפוי שכיח אך מלבד שזה דוחק עדין לא מיושב במ"ש דפגם אין דנין בזה"ז ובגמ' פריך והא בושת ופגם דשכיח ומשני על בושת דלית בי' ח"כ אבל על פגם לא תי' וא"כ הקו' במ"ע דהל"ל לדון בזה"ז והט"ז ביקש למחוק מילת פגם מגמ' וח"ו להגיה בספרי תלמוד ודברי סמ"ע בסק"י דחילק בין מעשה בעצמו לשומא אין לו עדין ישוב בגמ'. ולכן נראה דס"ל לרמב"ם דוודאי יש להבין איך אמרו חבלות לא שכיחי הלא עין רואה שבכל יום הקטטות ומריבות מתרבים ואם חכמי ישראל בבבל נקראים חובלים מכ"ש שארי המוני עם וכבר אמרו שבלילה קם חד ושחטיה לחבריה והטעם דחל קללה על חבירי שבבבל דכתיב ונתן לך לב רגז וא"כ איך אמרינן דל"ש ולכן ס"ל לרמב"ם דכך הפי' מילת' דלא שכיח לא עבדינן שליחת אין הפי' דגוף המעשה ל"ש אלא אף דגוף המעשה שכיח רק החסרון כיס אינו מצוי וניכר לכל ואין הכל בקיאין בחסרון ההוא לזו ג"כ לא תקנו חכמים ולא מינו אותנו כלל לשלוחים ובפרט בדבר שאינו חסרון כיס רק אילו היה עבד עברי נמכר היה נפחת בדמיו ואין לך דבר בלתי שכיח יותר מזה דאין ע"ע נוהג כלל וא"כ להבחין ההיזק שיהיה חסרון כיס זהו לא שכיח דזולת מכירה בע"ע מה ח"כ יש פה וזהו כוונת הגמ' במילתא דל"ש דהח"כ לא שכיח ולא חששו חכמים לכך לתקן בשביל כך וא"כ א"ש דנזק דשמין דאלו היה נצרך למכור עצמו כע"ע כמה היה שוה וכו' כמ"ש רש"י להדי' זהו ל"ש וכן פגם דכלו חסרון כיס הוא דאומדי' כמה אדם רוצה ליתן בין שפחה בעולה לבתולה להשיאה לעבדו זהו ל"ש דיהיה נמכרת לשפחה והזיק וח"כ בלתי שכיח וזהו דייק הגמ' כל הנישום בעבד וכו' להורות דלכך לא דיינינן הואיל וצריך שומא כמה ראוי להיות אלו נמכר לעבד וזהו ל"ש ולכך בס"ד דלא אמרינן מחסרון כיס רק מן שכיח ול"ש לבד ע"כ הפי' על גוף המעשה א"כ אף פגם שכיח ושפיר אמרינן דשכיח אבל במסקנ' דתלי בחסרון כיס א"כ אף פגם ל"ש וא"ש אבל רפוי ושבת דהמעשה שכיח והח"כ שכיח דא"צ שומא להיות נמכר לעבד דנין וא"ש:

ודע כי כתב הב"ח בשם תו' דוקא לכוף הוא דבעינן מומחין אבל לדין בעלמא בלי כפי' לא בעינן סמוכים בשאר כל משפטים ע"ש ודבריו אינם דקיצור לשון בתו' בפ' המגרש גרם זה להב"ח אבל בתו' ריש סנהדרין ד"ה ליבעי כו' משמע דלא כב"ח דהקשו ל"ל אלהים הא דרשינן מלפניהם ותי' דלפניהם היינו על כפי' (ולדברי הב"ח ק' א"כ אלהים ל"ל) פי' בדבר שא"צ לדון כי הדין חרוץ מפי סמוכים לקיים אותו כמו לכוף על הגט במורד שדינו חרוץ מפי סמוכי' רק לכופו ובזה צריך קרא דלפניהם ולדון בלי כפי' צריך קרא דאלהים דקאי על דין ובין בדין ובין בכפי' צריך סמוכים ד"ת וזה מבואר בתו' דסנהדרין ע"ש. ודברי מרדכי בס"פ המניח צ"ע דמשמע מדבריו בהא דחייב ר"י להאי גברא דתקע לחברו הואיל ושומתו ידוע דהתוקע לחבירו אפילו עני בישראל נותן סלע מגבינן אותו בבבל דהא מבואר מילתא דלית בי' חסרון כיס לא עבדינן שליח' וכן הא דאמר לרכובה שלש וכו' ושלח לי' קנסא קמגבית בבבל הא שומתו ידוע וצ"ע לישבו בדוחק:

ב **מי שגנב וכו'** עיין אורי' סק"ט דכתבתי פי' הסמ"ע ואם כי דבריו אמורי' בכ"מ מ"מ הש"ך יפה כתב דא"כ ה"ל לרמב"ם ולמחבר להזכיר עיקרא דדינא דגזלות שע"י חבלות אין דנין כמ"ש בגמ' ותי' הש"ך כבר הביא הכ"מ ודחה מכמה טעמים והוא כתב דדברי המהרש"א דחוקים וברור דכוונתו דאם במשנה גזלות פי' בלי חבלות א"כ עדיין ק' הא גזלות לחודא שליחת עבדי ולדבריו יותר קשה דמשנה ע"כ גזלות קרן איירי דתשלומי כפל קתני לי' אח"כ ואיך בעי מומחין הא בקרן שליחתייהו עבדינן וצ"ע לדבריו ומה שנראה הא דגם דברי הרא"ש בריש סנהדרין צריך ביאור דריש דבריו דווקא הודאות והלואות א"צ מומחים ודו"ח אבל גזילות וחבלות צריך מומחי' ודו"ח ומידי דברו בו כתב ובפרק החובל מסיק כל מידי דשכיח עבדינן שליחת' וכו' וקאמר התם חבלות ל"ש משמע דכל מילי שכיח אפילו גזילות הלכך כל מילי בר מחבלות עבדינן שליחת' והדברים סותרים זא"ז מניה ובי' וכבר עמד בזה הב"ח וחשב לעשות ב' תקנות בין נעילת דלת לשליחת' קעבדינן וכבר כ' הגי"ת דלא משמע כן בגמ' דהיא היא דמשום נעילת דלת תקנו שיהיו עושין שליחת' וכן מורה לשון הגמ' בפ' המגרש וכ"כ רשי' להדי' בפ' החובל דף פ"ד ע"ב ד"ה מידי וכו' ע"ש וכ"כ התו' בכמה דוכת' וליישבו צ"ל דגם בתו' סנהדרין דף ג' ד"ה שלא וכו' דהקשו דאשכחן בכמה דוכתי שהיו דנין בבבל גזילות וחבלות וכו' ותי' בחד תי' דהיינו גזילות ע"י חבלות ל"ש אבל גזילות וחבלות לחוד שכיחי כתב מהרש"א ר"ל גזילות וחבלות דנקט בכ"מ בתלמודא איכא לפרושי הכי גזילות שע"י חבלות מיהו גזילות וחבלה דנקט במשנה דהכא ע"כ גזילות וחבלות

ממש כדאמרינן לעיל גזילות דכתיב ונקרב ב"ה אל האלהים חבלות וכו' ע"ש ופי' דברי המהרש"א דלכאור' ק' דבגמ' דקאמר דה"א דגזילות דכתיב בקרא וכו' וא"כ מאי ראי' מטעי הוי טעינן אבל באמת פי' ע"י חבלות דס"ל למהרש"א אם פי' גזילות ע"י חבלות איך קתני במשנה סתם ועכצ"ל דע"כ הוא דאל"כ ה"ל למתני חבלות גבי נזק וחצי נזק וא"כ דמוכח דאירי בכה"ג שפיר הקשה המהרש"א (ובחדושי אמרתי דבזה נחלקו ר"א ורבא ולכך לא מוקי ר"א כמו רבא ד"מ בג' הדיוטות וגזילות וחבלות בג' מומחין דהוא לא ס"ל גזילות שע"י חבלות כמ"ש המהרש"א דבדברי ר"א לא משמע כן וא"כ קשי' לי' גזילות הא דנין בלי מומחים ולכך מפרש ד"מ גזילות וחבלות בג' ובאמת לא נחית משנה להורות דבעי מומחין רק דלא סגי בלא"ה ולעולם בעי ג' משא"כ הודאות והלואות סגי ביחיד מומחה וא"כ א"א לומר דתני הודא' והלואות בג' משא"כ רבא ס"ל שפיר כמ"ש התו' גזילות שע"י חבלות ושפיר קתני הודאות והלואות בג' וא"ש. מיהו אף לפמ"ש י"ל דר"א ס"ל גזילות שכיח וא"כ אף בזמן משנה דהיו סמוכין דנין בהודאות וא"כ קשה כו' איך קתני גזילות במומחים וכו' והראי' דשכיח דהא לא בעי דו"ח משא"כ רבא לשיטתו דס"ל פ"ק באמת בעי דו"ח וא"כ ל"ש ובזמן המשנה היה בעינן סמוכים ושפיר קתני ד"מ בג' ודוק):

ובאמת יפה דיבר במשנה כמ"ש טעמא וגם א"כ למה הוצרך לומר הודאות והלואות בג' הדיוטות גזילות וחבלות בג' מומחי' ולא מוקי הכל בגזילות וחבלות ומחלק גזילות וחבלות בפ"ע בהדיוטות וגזילות שע"י חבלות במומחין רק דעדין לשיטתו קו' התו' בלתי מיושב כיון דבמשנה נאמר דאפי' גזילות סתמא בעי מומחין ולא עבדי שליחות איך היו דנין בבבל ובאמת מחמת קו' זו כתב הש"ך דתי' התו' מוסב ג"כ על המשנה ודלא כמהרש"א אך אין לדחות המהרש"א בקש במקום שיש לו ראי' מוכרעת ולכן נראה דלפמ"ש תו' בריש הדבור הנ"ל דלכך ל"ש ת"ה בגזלות כמו בהודאות והלואות דבשלמא בהלוא' נמנע מהלוא' בנקל כשלא ימצא דיינים מזומנים להגבות חובו משא"כ בגזלות וחבלות יודע הגזלן שיטרח הנגזל אחרי מומחין עד שימצא מקום לדון עם הגזלן עכ"ל וא"כ יש סברא לחלק בא"י במקום דשכיחי מומחים ודאי ל"ש תקון עולם בגזלות דהגזלן לא יגזול דידע דיטרח הנגזל לילך לב"ד מומחים ויוציא הגזילה אשר גזל אבל בח"ל רחוק מא"י במקום דליכא מומחים ומכ"ש בזמן דאפילו בא"י ליכא מומחה פשיטא דיש כאן ת"ה לדון דאל"כ כ"א יגזול ואין מידו מציל דכי יוציא הנגזל מאה על מאה לילך לא"י מקום רחוק להזמינו והוצאה מרובה על הקרן ומכ"ש אם ליכא מומחי' גם בא"י פשיטא דיגברו בעלי זרוע לגזול ולחמוס דאין דיין ושופט ופשיטא דיש ת"ה לדון

ולעשות שליחותם וא"כ אין כאן קו' מהמשנה דהמשנה מיירי מא"י ובזמן דהיה שכיחי סמוכים בכל מקום כנודע א"כ ל"ש ת"ה בגזלות כמ"ש תו' דיטרח הנגזל אחר ב"ד מומחין ולכך הגזלן נמנע מלגזול ולכך קתני גזלות וחבלות במומחין דווקא אמנם אח"כ דפסקו הסמוכים ואפילו בא"י ממש לא היה בנמצאים כמ"ש הרשב"א בחדושיו לב"ק וא"נ בבבל במקומות הרחוקים מא"י פשיטא דיש ת"ה כמ"ש ולכך דנו גזילות וחבלות ויש בהו תיקון עולם כמש"ל רק קו' התו' מהא דאמרינן בפ' המגרש דפ"ח הנ"ל דר"י הוה מעשה על גט משום דשליחות' קעבד ופריך אי הכי גזילות וחבלות נמי ומשני הואיל ול"ש וס"ל לתו' משמעות הגמרא דפריך לר"י לעשות שליח' אפילו בגזילות וחבלות ולמה נמנע ר"י לדון בגזילות וחבלות דס"ל לתו' דל"ל דהקושי' לר"י ממשנה דקתני ד"מ בג' וגזילות וחבלות בג' מומחים דמה קו' דלמא ס"ל לר"י כשמואל דב' שדנו דיניהם דין (ובפרט לפי' רש"י דמאן דס"ל יחיד מומחה דן ס"ל כשמואל ור"י ס"ל דיחיד מומחה דן כמבואר בסנהדרין דף ה' וע"ש בתו' ד"ה ואם) ומפרש המשנה כר"א ד"מ בג' ומה הן ד"מ גזילות וחבלות דהם צריכים ג' אבל הודאות והלואות א"צ ג' כשמואל וכמבואר בריש סנהדרין וא"כ אין כאן הכרח מן משנה דבעינן בגזלות וחבלות מומחים די"ל שליחותם קעבדי ועכצ"ל דקו' מן מעשה בכל יום דנמנע ר"י לדון בגזילות וחבלות שהיה בלתי סמוך וא"כ הק' התו' שפיר דהא בימי ר"י לא היה סמוכים בבבל כלל ואפילו בא"י לא היה בנמצא ממש סמוך כמ"ש הרשב"א ב"ק דף ל"ו ע"ב בהאי דתקע לחברי' וחייבהו ר"י ע"ש ומ"מ נמנע מלדון ואיך היו דנין גזילות בכל דוכתי' וע"ז תי' דהא דאמרינן בגיטין לר"י והא גזילות וחבלות וכו' היינו גזילות שע"י חבלות ומזה היה נמנע ר"י לדון דל"ש כלל אבל בגזילות לחוד מפני ת"ה היה ר"י וכן שארי אמוראים דנין הואיל ול"ש סמוכים כלל ויש ת"ה כמש"ל. ודברי התו' נכונים וזהו כוונת המהרש"א דגזילות וחבלות דנקט בכ"מ בתלמוד' הכי פי' והיינו הך בפ' המגרש כי זולתו לא מצינו בגמ' גזילות וחבלות ונתכוון להך דגיטין כי משם סובב והולך קו' תו' אבל במשנה אין פירושו כך ומהמשנה לק"מ כמ"ש וא"ש:

ומעתה נראה דגם הרמב"ם ורא"ש תפסו סברא זו לחלק בין זמן שהיה סמוכים ובין זמן שאינו סמוכים כלל בנמצא לעיקר כי טעם דמסתבר הוא דיש כאן ת"ה דאל"כ כ"א יגזול ואין שופט בארץ איש הישר בעיניו יעשה ומהך דגיטין לא קשי' להו דס"ל באמת דידע הגמ' דר"י לס"ל כשמואל וא"כ ע"כ המשנה מתפרשת דגזילות וחבלות ע"י מומחין דוקא וא"כ קו' הגמ' אי שליח' קעבדו למה קתני במשנה דבעי מומחים הא שליח' קעבדי וחלוק דת"ה ל"ש בגט (ובחדושי אמרתי דבזה נחלקו ר"א ורבא ולכך לא מוקי ר"א כמו

רבא ד"מ בג' הדיוט' וגזילות וחבלות בג' מומחי' דהוא לס"ל גזילות שע"י חבלות כמ"ש מהרש"א דבדברי ר"א ל"מ כן וא"כ קשי' לי' גזילות הא דנין בלי מומחין ולכך מפרש ד"מ גזילות וחבלות בג' ובאמת לא נחית המשנה להורות דבעי מומחין רק דלא סגי בלא"ה ולעולם בעי ג' משא"כ הודאות והלוא' סגי ביחיד מומחה וא"כ א"א לומר דתני הודאות והלוא' בג' משא"כ רבא ס"ל שפיר כמ"ש תו' גזילות שע"י חבלות ושפיר קתני הודא' והלוא' בג' וא"ש מיהו אף לפמ"ש י"ל דר"א ס"ל גזילות שכיח וא"כ אף בזמן משנה דהיה סמוכים דנין בהודאות וא"כ ק' כהנ"ל איך קתני גזילות במומחי' והראיה דשכיח דהא לא בעי דו"ח משא"כ רבא לשיטתו דס"ל ד"ק באמת בעי דו"ח וא"כ ל"ש ובזמן המשנה היה בעינן סמוכים ושפיר קתני ד"מ בשלשה ודוק. או י"ל קו' הגמ' לר"י ואביי דס"ל עירוב פרשיות א"כ למה בגזילות מומחים ובהודאות א"צ מ"ש ולמה בזה עבדינן שליח' ובזה לא ול"ל דיכול הנגזל לילך לסמוכים דהא גם המלוה יוכל לילך דבזמן המשנה היה סמוכים מצוים ומשני דהואיל דשכיחי אפילו במקום דמצוים הרשהו להדיוטים ודנו שלא יהיה המומחים מוטרדין תמיד ויש תקון עולם) ומשני לחלק בין מילתא דשכיחי וכו' דבדבר דשכיח אפילו במקום דיש סמוכים יכולים הדיוטות לדון דכי כ"פ ילך לסמוכים וכן בגט דשכיחי' משא"כ בגזילות אבל באמת כאשר נתמעטו או פסקו לגמרי הסמוכים בח"ל דנין בגזילות דאין לך ת"ה יותר מזה וכן נראה מפירש"י שם דקו' הגמ' מהך דסנהדרין דקתני גזילות וחבלות במומחין ע"ש והן הן דברי הרא"ש דבריש דבריו בפי' המשנה קאמר דגזילות וחבלות בעינן מומחה דאז היו סמוכים ול"ש ת"ה ואח"כ כ' דפה"ח מסיק וכו' דגזילות שכיחי פי' שכיח יותר מחבלות דל"ש כלל ואין כאן ת"ה אפילו בזה"ז אבל גזלות אף דל"ש כ"כ כמו הודאה והלואה ולכך בזמן דהיה סמוכים לא עשה בו תקון עולם מ"מ שכיחים לפרקים ביותר מן חבלות וא"כ בזה"ז דליכא סמוכים אילו לא ידונו בטלה כל דין גזילות ולכך דנין בזה"ז דהא עכ"פ שכיח במקצת וא"כ איך נניח לעולם של הפקר ובע"כ משום ת"ה עבדינן שליח' ודברי הרא"ש נכונים ואין בהם שום סתירה כי מתחילה דיבר מזמן המשנה ואח"כ מזמן התלמוד דפסקו בעו"ה הסמוכים וכן משמע קצת בדברי מע"מ ע"ש ובזה נראה דסובבות דברי הרמב"ם דבפ"ה מהל' סנהדרין הל' ח' כ' דיני קנסות כגון גזלות וחבלות וכו' אין דנין אותו אלא שלשה מומחים והם סמוכים בא"י וכו' והיינו בזמן המשנה דהיה סמוכים ולא היה רשות להדיוטות לדון גזילות וכיוצא בו אבל בח"ל רחוק מא"י ס"ל לרמב"ם דאף בגזלות יש ת"ה כהנ"ל דכי יוציא מנה וכו' לילך לא"י למצוא סמוכים ולכך בהל' ט' כתב אין דנין ב"ד של ח"ל כפל משמע הא קרן מהגזל דנין דאל"כ ה"ל להזכיר דאין

דנין גזילות כלל והיינו כמ"ש דבח"ל יש ת"ה ודנין דין גזילות ולכך בהל' י"ג כתב מי שגנב או גזל גובין ממנו הקרן בדייני ח"ל ולא הכפל וכו' הרי דדייק לומר דייני ח"ל ולא קאמר דייני הדיוטות משום דאז הוי משמע אפילו בא"י במקום דיש סמוכים ובאמת עיקר הטעם היותם בח"ל במקום שאין סמוכים ולכך שינה הלשון ובהל' ח' כתב דייני הדיוטות ובהלכה י"ג דייני ח"ל אף דהעיקר תלוי בסמוך ואינו סמוך הנקרא הדיוט אלא ברור שכיון למ"ש בלי פקפוק. והנה באמת הא דכ' הרמב"ם בכ"מ דייני ח"ל ולא כ' להדי' בזה"ז דפסקו הסמוכים דאזיל לשיטתו דאף בזה"ז אם יסכימו כל חכמי ישראל על אחד למנותו סמוך ומומחה לרבים הרי יכולים למנותו ול"מ לו חבר והרשב"א בב"ק כ' דיש להשיב עליו דהא אמרו ברם זכור לטוב שלא בטלו דיני קנסות ומה רבות' הא יש לקיימו באסיפה חכמים וכבר נשמר הרמב"ם בספרו מזה כי כ' שהיו ישראל מפוזרים וא"א שיסכימו כולן ולדעתי אף לרמב"ם צריך דעת כולם ול"א בזה רובו ככולו ולכך כ' בפי' המשנה קודם ביאת משיח כשיבין ה' לבות בני אדם ותרבה זכותם ותשובתם לשם ית' ולתורתו ויגדל תומתם לפני בוא משיח וכו' עכ"ל ולכאורה מה צורך לגודל החשוקה והכנה לסמוך אדם אחד ועוצם וזכות לבב ולכן נראה דצריך הסכמת כולם ומי הוא אשר יכול להשות כל לבבות יחד שיהיו כולם בשפה א' ודברים אחדים א' מהם לא נעדר לומר כזה רא' וקדש וצא ולמד בזמן ר"י בי רב שרצו להסכים חכמי צפת עליו מה הגיע עליהם מרלב"ח וסייעתו ולכן ק' לסמוך אמנם כאשר יהיה רצון ה' לסמוך ויהיה סר מאתם חשכת השכל ויהיה לבבם זכה ויבטל הקנאה אז יסכימו כולם לדעת אחד ויהיה סמוך אך נראה דרמב"ם אזיל לשיטתו דכ' בסוף הל' מלכים שאין דבר ברור שאליהו יבא קודם משיח רק הוא כיון בקרא לנביא שיבא קודם ביאת הגואל ולא אליהו ולכך בהל' נזירות על הך הריני נזיר ביום שב"ד בא שמותר לשתות יין בשבתות וי"ט נתן הטעם משום דספק אי יש תחומין למעלה מיו"ד וספק נזירות להקל ול"נ טעם כדאמרינן בגמ' שלא אתא אליהו מאתמול משום דלא פסיקה לי' (ועמ"ש בפלתי בס"ס קי"א) ולכן נתקשה מאין יבוא ב"ד קודם ביאת הגואל ולכן חידש דין הנ"ל אמנם לפי מדקיי"ל וקיבלו רוב מחברים בבירור דאליהו יבא קודם משיח א"כ הוא מוסמך מאחי' השלוני ואף הוא ישית ידו לסמוך אחרים ויחזור הסמיכה למקומו וזהו אמרם לב"ד הגדול קאתי הרצון צורך ביאתו יהיה להעמיד ב"ד הגדול בישראל ב"ד הסמוכים ולהקים סנהדרין א"כ אין ראי' לדברי הרמב"ם כלל ומ"ש מהר"י בי רב דאליהו אינו בגדר הסמיכה עד דהוא מלאך ואני שואל א"כ אף בגדר מצות תחומין אינו דכי נאמר במלאכים ונשמת צדיקים הנעדרים מגשם חומרי איסור ורבי הוי אתא כל בי שמשי לבית' ואיך אמרו בגמ' בחד בשבת תשרי

דלא אתא אליהו מאתמול בשבת תפשוט דאין תחומין למעלה מיו"ד דאל"כ איך יבא אליהו בשבת ש"מ דאף אליהו בכלל שמירת המצות דאורייתא ודרבנן דהא לדעת רוב פוסקים תחומין דרבנן וא"כ מכ"ש דהוא בגדר הסמיכה ויפה כ' מהרלב"ח ת"ח שאמר דבר לאחר מעשה אין שומעין לו כי חתר להעמיד הסמיכה מחכמי צפת בכל כחן:

ג **וכן אם תפס** בד"מ הביא בשם מרדכי דריב"א עשה בקרן כר"ת ובשאר קנסות כדעת החולקים ויוכל לתפוס כל מילי וכן הביא הסמ"ע סקח"י ואני תמה הלא כל מחלוקתם בקרן דאל"כ דבר המזיק היכי משכח' לי' שיהיה קנס בשן ורגל אין כאן קנס וגבינן בבבל ושור המועד לא אשכחן בזה"ז דליכא סמוכים כלל בא"י ול"ש הועד בא"י וא"כ ל"מ בדבר המזיק לתפוס בו רק בקרן ועז"ק ר"ת דצריך דוקא דבר המזיק ושארי פוסקים חולקים וא"כ איך שייך הכרעה מה דגוף המחלוקת אינו שייך אלא בקרן והמעיין במרדכי נראה דלא קאי כלל אהך דהא כתב בשאר דברים כדברי הרי"ף ואי' מקומו דהרי"ף חולק בזה אר"ת הא הרי"ף לא העתיק רק דברי הגמ' ואי תפס ולא הזכיר כלל ענין תפיסה כיצד יהיה ודוחק לומר דס"ל למרדכי דהואיל ודעת הרי"ף דטענו בחיטין והודה בשעורים מהני תפיסה ש"מ דלא בעי בדבר המזיק דזה דוחק ול"ל דברי הרי"ף ול"ק סתם בפוסקים החולקים אר"ת. ולכן ברור דקאי הך פלוגתא דס"ל לר"ת בתבעו בחיטין והודה בשעורין ל"מ תפיסה רק היכי דיש לו תביעה על שנים כגון שהיו שנים רודפין אחר שנים וכמ"ש הרא"ש והרי"ף ס"ל אף בתבעו בחיטין והוא הודה בשעורים ה"ל תפיסה ולזה הכריע הריב"א באחד שני שורים תמים שהזיקו זה אומר גדול וזה אומר קטן דהוי טענו בחיטין והודה בשעורים בזו אי תפס אחד ל"מ למימר בממ"נ אי הך שאני טוען הזיק הב לי ואי אידך אני תופס זה למשכון בשביל אידך בזה ל"מ תפיסה דהא אינו משתלם אלא מגופו ואיך יתפוס תם זה בשביל תם חבירו (ותפיס' זו מחמת מחילה לא דמי' לתפיסה מחמת דאין לנו ב"ד מומחין וענינו של זה לא כשל זה) אבל בשארי מילי דהיינו תבע בחיטין והודה בשעורין בזו מהני תפיסה כדעת הרי"ף מכח ממ"נ הנ"ל דהא אינו משתלם מגופו וזה פשוט וברור למעין שם ומוכח מדברי הרא"ש דס"ל אף דתפס בקרן גוף המזיק מ"מ אי המזיק יש לו משל הניזק דבר אחר בידו כעין הקרן בשוה ל"מ תפיס' דהרא"ש כתב דהרי"ף השמיט אבעיא דיש שינוי לצרורות דבלא"ה בלי תפיס' לא גבינן ובתפיס ס"ל לרי"ף א"מ מידו וק' הא עדין נ"מ בזה שתופס גוף המזיק והמזיק יש לו משל ניזק דברים אחרים א"כ לענין תפיסה זו בשביל גביות קנס מהני אבל תפיסה בספיקה דדינא ודאי ל"מ כיון שחבירו תפיס כנגדו אלא ש"מ דאף לענין גביות קנס ל"מ תפיס:

ד **תחזיר** כ' המרדכי ס"פ המניח מעשה בא לפני ריב"א בא' שחבל בחבירו ותפס הנחבל כוס של כסף משל החובל והיה לב הרב מהסס בדבר וישב לפניו רבינו שמריה וא"ל רצונך שאפטרנו וא"ל הן וא"ל אמור שישמו החבלה ואמרי' בפ' החובל דאנן לא בקיאין בשומא דכל דבר שצריך שומא אין דנין אותו בבבל וכו' עכ"ל ומזה למד מהרי"ו בתשובה סי' כ"ח הואיל ואנן לא בקיאין יכול להחזיק כל מה שתפס והד"מ לא השיג עליו אלא דבקיאין בשומא כמ"ש הרא"ש אבל באמת אי אין השומא ידוע מודה למהרי"ו דיוכל לתפוס כמ"ש באורים ומדברי כולם נלמד שפירשו במה שאמר ר"ש רצונך שאפטרנו הרצון להתופס הכוס כסף שלא יצטרך להחזיר המותר ובזה פטרו הואיל ואין שומן ידוע כנ"ל אך זה תמוה אין לך תפיסה מספק יותר מזה ואפילו לדעת הרי"ף דס"ל דתפיסה בספיקא דדינא מהני היינו בספק דיש פנים לדין לכאן ולכאן אבל בשומא איך יתפס משל חבירו במה שאינו ידוע אם חייב לו ומכ"ש לדעת הרא"ש דס"ל תפיסה בספק דין ל"מ ומכ"ש בכה"ג והאמת דפי' לפטור היינו לחובל ויצטרך זה להחזיר כוס של כסף חנם אין כסף ופוטרו ר"ש מהך טעמא הואיל ואין שומתו ידוע ואנן לא בקיאין בשומא ואין דנין דין שומא הוי תפיסה מספק ולא מהני וצריך להחזירו וכן פי' מהרש"ל בפ' החובל דין ב' וכ"כ מהר"ם טיקטין ע"ש וע"ש מה שתי' דלא יקשה דהא דאמרינן בחובל זיל שם לי' כעבד ואמרינן לא צריכה בדתפס ולכן אין לדברי מהרי"ו וד"מ קיום באמת ואין לו לתפוס מספק:

ה **גובין בכל מקום** זהו דעת מרדכי והרא"ש דס"ל כן בפ' השולח במה דכ' הרי"ף על הא דמוכר עבדו לנכרים קונסים אותו וכ' בשם גאון דל"ק רק דייני סמוכים והם כ' דהך מילתא דתקנו חכמים לגדר וסייג תקנתם גובין בכל מקום וא"כ צ"ע על הרמ"א דכאן סתם כדברי הרא"ש ומרדכי ובי"ד סי' רס"ז סתם המחבר כדעת הרי"ף ורמב"ם דאין גובים רק סמוכים והרמ"א לא הגיה כלום ונראה לומר דס"ל לרמ"א להכריע דודאי במילתא דשכיח רק לית בי' ח"כ דלא גבינן בבבל והטעם משום דלא עבדינן שליח' כיון דלית בי' ת"ה דהא לא חסרי בזו במה שתקנו חכמים לסייג ושימור לתקנתם גובין בכ"מ דזהו עיקר ת"ה לקיים דברי חכמים ותקנתם אבל במה שאין דנין בח"ל מפני דל"ש ולא קעביד שליחותם בדבר שאינו מצוי אף בתקנת חכמים אם אינו דבר מצוי לא נמסר הדבר לדיינים שאינם סמוכים כי לא חששו לדבר בלתי מצוי למסור הדין ביד הדיוטות ובהכי ניחא דברי הרמב"ם דבפ"כ מהל' שבת פסק המוכר בהמה גסה לנכרי קונסים אותו עד יו"ד בדמיו ולא הזכיר שם חילוק בין דיינים מומחים לאינם מומחים ואילו בהל' עבדים פ"ח כ' המוכר עבד לנכרים קונסין אותו עד יו"ד בדמיו כתב דוקא דיינים מומחים יש

רשות לקנוסו ויותר היה ראוי ליכתוב אותו בהל' שבת דזה נשנית ראשון בספרו אלא ברור דס"ל לחלק כמ"ש ובהמה שכיח ועבד ל"ש כדאמרינן בגמ' דגיטין דמ"ד ע"ש וכן בהגהת הרי"ף הובא בשם ריא"ז הך דינא דגאון דאין גובין בח"ל וכ' דבקונטרס הראיה כתב לחלק בין שאר קנסות דרבנן דגובין בח"ל הרי דס"ל לחלק וזה היה דעת רמ"א וכיון כאן לשארי תקנות דרבנן דשכיחים אבל בעבד דל"ש מודה להרי"ף ורמב"ם ומחבר:

סימן ג

א **אין ב"ד פחות מ"ג** עיין ש"ך סק"א שהניח דברי הרמב"ם בצ"ע כמ"ש באורים והוא כי בריש סנהדרין מפרשינן ד"מ היינו הודאה והלואה בג' הדיוטות גזילות וחבלות בג' מומחים ופריך הגמ' אי עירוב פרשיות כתיב כאן ומשום כך בעינן ג' דתלתא אלהים נאמר בפ' לבעי נמי מומחין ואי אין ע"פ כתב כאן ג' נמי לא לבעי ומשני רבא ע"פ כתיב כאן ומהדין דבעי מומחין רק משום ת"ה סגי בג' הדיוטות (כמש"ל דשליח' קעבדינן) ור"א בריה דרב איקי תי' דאין עירוב פרשיות ולעולם חד כשר מהתורה דכתיב בצדק תשפוט עמיתך רק משום יושבי קרנות תקון חכמים דא"א דלית בהו חד דגמיר וקאמר הגמ' מה א"ב בין רבא לר"א ומשני הך דשמואל דשנים שדנו דיניהם דין אלא שנקראו ב"ד חציף א"ב רבא ל"ל דשמואל ור"א אי לי' דשמואל עכ"ל ואם כן לפ"ז הרמב"ם דפוסק כר' אבהו ודלא כשמואל דב' שדנו אין דיניהם דין ע"כ סבר תי' דרבא ולא דר"א עיקר ואם כן איך פסק כר"א דדבר תורה חד כשר לדון וכבר עמדו בזה חכמי לבב ולענ"ד תי' דוחק ומה שנר' דגם הרב הב"ח ובני שמואל הק' דמילתא דפשיטא דהך דינא הנשנה בטור במחלוקת בין הרמ"ה והרא"ש אי בעינן תלתא דגמירי או סגי בחד דגמיר תלי בהך אי דברי תורה בעי ג' רק משום ת"ה הכשירו ג' הדיוטות א"כ מכל מקום בעינן ג' דגמירי אבל אי דברי תורה חד כשר רק משום יושבי קרנות הצריכו ג' דא"א דלית בהו חד דגמיר א"כ בחד דגמיר סגי (וכמעט ראיה לרמ"ה לפי' רש"י במילתא דר"א אלא מעתה אי טעו לא ישלמו הואיל ובאים ברשות וצ"ל בל"ז יקשה קו' זו ג' שדנין על כרחך רשות חכמים הוא וכי בשופטני איירי וא"כ למה ישלמו בטעו וצ"ל דבל"ז ה"א הטעם משום יושבי קרנות ואם כן נפישי יושבי קרנות וק' אף לר"א נימא כן דהא דקאמר הטעם משום נ"ד היינו משום דס"ל באמת ע"פ יש כאן וצריך מהתורה מומחה אבל בשביל זו יכול לסבור השתא דתקנו חכמים דסגי בהדיוטות יש לחוש ליושבי קרנות וא"כ אם טעו לא ישלמו יהיו נפישי יושבי קרנו' ומה קו' וצ"ל דלר"א בעי תלת גמירי וליכא חשש יושבי קרנו' ודברי רמ"ה כמעט מוכרחים) וא"כ הא דאמרינן בגמ' מ"א בין רבא לר"א לימא הך א"ב

אי בעינן ג' גמירי או בא' גמיר סגי ומ"ש בזה ע"ש דדחוק וקו' זו קשיא לי' לרמב"ם וגם קשיא לי' מה שאל הגמ' מה איכא בין רבא לר"א וכו' דלמא באמת אין ביניהם נ"מ לדינא רק פליגי בישוב המשנה דלרבא דחיקי לומר דאם חד כשר ד"ת דיהיה צריכים שלשה משום יושבי קרנו' ולס"ל דחששו לכך מוקי לי' למשנה כמ"ד עירוב פרשיות כתיב והכשירו ג' הדיוטות משום ת"ה ור"א אי' ליה הך תקנה דיושבי קרנו' ולכך מוקי למשנה כס"ע אפילו למ"ד אין ע"פ אבל בדינא באמת ליכא נ"מ רק פליגי אי חששו להך דיושבי קרנות ופליגי בישוב המשנה ולכן ס"ל לרמב"ם שני סברות אחד דס"ל כפרש"י לקמן דף ה' דהא דקיי"ל דיחיד מומחה דן יחידי משום דדברי תורה חד כשר דכתיב בצדק תשפוט וכו' ודלא כתו' דס"ל דאף דבעי דברי תורה ג' מ"מ תקנו חכמים דיחיד מומחה ידין יחידי דס"ל לרמב"ם דל"מ תקנה זו בשום דוכתא וגם מה צורך יש בה דתקנו כך דהא מצוים ג' הדיוטות בכ"מ ומה צורך ות"ה יש לעקור ד"ת ואם ס"ל כפירש"י דלכך חד כשר דילפינן מן בצדק וכו' שלא יקשה קו' התו' דהא מהך ברייתא קשה למ"ד ע"פ כתיב כאן ור"י גופ' ס"ל יחיד מומחה דן יחידי והוא ס"ל בגיטין דע"פ כתיב כאן ס"ל דודאי לכ"ע הך קרא דבצדק וכו' מור' דבד"מ חד כשר וגזירת הכתוב הוא דל"נ מהך תלתא אלהים הכתובים בפרשה דיהיה בהודאה והלואה דוקא ג' ולכך נכתב בצדק וכו' אלא מאן דס"ל ע"פ ס"ל דעל כל פנים הך יחיד צריך להיות סמוך ומומחה דהא אלהים כתיב ואי גזירת הכתוב דלא בעי ג' מ"מ בהא לא עקרינהו ובעי חד מומחה אבל למ"ד אין ע"פ אם כן ל"כ אלהים בהודאה והלואה כלל וסגי דבר תורה ביחיד בלתי סמוך לדון דברי ריבות בשערי אבל יחיד מומחה כשר לדון דברי תורה לכ"ע ואין בו מחלוקת כפשוטה של ברייתא ועוד ס"ל לרמב"ם דאף לשמואל דאמר שנים שדנו דיניהם דין מודה דלכתחילה בעי ג' כלשונו שדנו דיעבד אין תחילה לא וכ"כ תו' בדוכתי טובא וכן צריך להיות דהא ר"א א"ל דשמואל ובמשנה קתני ד"מ בג' אלא ודאי תחילה צריך ג' כתקנית חכמים רק בדיעבד דיניהם דין דלא הפקיעו חכמים דיניהם וס"ל לרמב"ם זהו א"א אין ע"פ כתיב כאן ול"א דאנן שליח' דסמוכים קעבדינן ואם כן אמרינן אף דתקנו חכמים משום חשש דיושבי קרנות שיהיה מתחילה ג' מ"מ לא אלים כ"כ תקנתם שיהיה בדיעבד שנים שדנו דיניהם בטל אבל א"א ע"פ כתיב ואם כן עכ"פ צריך חד סמוך ואם כן אנן הדיוטות דדנין הוא משום דשליח' דסמוכים קעבדינן וזהו כלל דאם השליח משנה מדעת משלחו השליחות בטל מכ"ש כאן דחכמים הסמוכים דעשו להדיוטות לשלוחים לדון ודאי דלא הרשהו כ"א לעשות כפי דעת חז"ל ומבלי לעבור על תקנתם כלל וכך ידענו דכך דעתם ורצונם לעשות כפי אשר יאמרו חכמים וא"כ אם הם עוברים אף השליחות

וההרשאה מב"ד הסמוכים בטל וא"כ שנים שדנו אף דמפאת המנין דהוא בציר משלשה אין הדין פסול בדיעבד דלא אלים כ"כ התקנה מ"מ מפאת דהם הדיוטות יש לפסלו דדבר תורה בעי מומחה ושליחות דקמאי הסמוכים ל"ש דע"ז לא עשהו לשליח לדון בפחות מג' וסברא זו נראה דס"ל רש"י גם כן ולכך פי' לרש"י בתי' דר"א דאמר חד כשר דכתיב בצדק וכו' דס"ל דאין ע"פ והק' תו' בד"ה ומדאורייתא די"ל ע"פ כתיב רק גזירת הכתוב וכו' דלפמ"ש ניחא דא"כ ודאי ליתא דשמואל דהא ל"ש שליח' קעבד דעבר ע"ד משלחו כנ"ל ובגמ' דאמרינן דר"א אית ליה דשמואל ולכך מפרש רש"י דלי' לי' ע"פ ולא בעינן מומחה ושליח' דמומחין כלל ובזה אתי' דברי הגמ' על נכון דהגמ' ס"ל דע"כ רבא נמי ס"ל כברייתא דלקמן דיחיד מומחה דן והיינו כמ"ש דאף דע"פ כ"כ מכל מקום בצדק תשפוט וכו' מורה דסגי בחד מומחה ואם כן צריך להיות לרבא שני תקנות הא' דבעינן ג' משום יושבי קרנות והא דלא בעי על כל פנים חד מומחה כדינו של תורה משום נ"ד ופריך הגמ' מ"א בין רבא לר"א דל"ל דנחלקו בפי' המשנה ורבא דחיקה לי' תקנתא דיושבי קרנות דהא גם רבא על כרחך ס"ל הך תקנה דלכ"ע יחיד מומחה כשר דבר תורה כמש"ל ואם כן מה דוחקיה דרבא לפ' המשנה למ"ד ע"פ וצ"ל ב' תקנות כמו שכתב' משום יושבי קרנות ומשום נ"ד נימא כר"א דמשנה כמ"ד אין ע"פ ואם כן אין לנו רק חד תקנה דיושבי קרנות ומשני הגמ' הך מילתא דשמואל וכו' אם כן דלרבא לית ליה דשמואל לפרש כך במשנה ד"מ בשלשה היינו מתחילה אבל בדיעבד הדין כשר אף בפחות דלישנא דמשנה בדיעבד משמע וגם הא הוי דומיא דגזילות וחבלות בשלשה דשם דיעבד לכ"ע דתלתא אלהים כתיבי ולכך הוצרך רבא לומר דמשנה ס"ל ע"פ ואם כן אף דדברי תורה חד מומחה כשר מכל מקום בג' הדיוטות בדיעבד בפחות מג' אין דיניהם דין דא"כ שליחות דלא ע"ז הרשהו סמוכים כנ"ל ולכך קתני ד"מ בשלשה לעכובא ור"א אית ליה דשמואל וס"ל דלישנא דמשנה סובל זה הפירוש ד"מ בג' בתחילה אבל מ"מ בדיעבד דדיניהם דין מזה ל"א המשנה כלל ואם כן מה דוחקיה לפרש דס"ל ע"פ ושני תקנות היה יותר פשוט לפ' דלאו ע"פ יש רק לתקנה דיושבי קרנות הצריכו מתחילה ג' אבל לא בעינן סמוכים כלל דברי תורה וא"ש. ולא קשיא קו' הב"ח וב"ש הנ"ל דנימא הך דינא דרמ"ה דבעינן תלתא דגמירי א"ב דזהו אינו דהא אף לרבא דברי תורה חד סמוך כשר ול"צ ג' רק משום יושבי קרנות דאי אפשר דלית בהו חד דגמיר וא"כ אף הוא מודה באי' בי' חד כשר כשיטת הרא"ש ולק"מ. יצא לנו מזה דחד סמוך כשר לדון ד"ת לכ"ע ואינם מומחים דבעי ג' אף בדיעבד אי דנו בפחות דיניהם בטל משום ביטול שליחות והרשא' כנ"ל ובזהו סובבים דברי הרמב"ם מ"ש ספ"ב הלכה יו"ד דד"ת חד כשר דכתיב

בצדק כו' ע"כ כוונתו אחד סמוך דהא ס"ל ע"פ כמ"ש בפ"ה אנן שליחותיי' קעבדינן ש"מ דס"ל ע"פ וא"כ ד"ת דיחיד כשר היינו סמוך ומ"ש אחר כך דליתא לדשמואל ופסק כר"א דשנים שדנו אין דיניהם דין היינו בלתי סמוכים דוודאי דבסמוך הא פסקו כל הפוסקים וכן הרמב"ם וברייתא שלימה דיחיד מומחה דן דיני ממונות ביחיד ואם כן דאיירי בהדיוט פשיטא דכיון דקיי"ל ע"פ ובעינן סמוכים רק שליח' קעבדי דבדיעבד אין דיניהם דין דשינו השליחות וא"כ רשות מסמוכים לדון והדרן לד"ת דהדיוט דינו בטל וא"ש ולק"מ וכל דברי הרמב"ם ברורים אין בהם נפתל ועיקש כלל וגם דעת הסמ"ע דכתב דדברי תורה חד כשר יש לפרש היינו חד סמוך דהא כה דבריו בריש ס"א דעירוב פרשיות כתיב ואף בהודאה והלואה בעינן סמוכים ד"ת ופשוט. אך מ"ש הסמ"ע דכן משמע ברא"ש והיינו דהרא"ש העתיק הך דר"א דחד נמי כשר ל"נ כן דלרא"ש יקשה דהא פסק דלא כשמואל רק כר"א דב' שדנו א"ד דין ול"ל כמש"ל ברמב"ם דהא הוא ס"ל בהדיא דר"א אף דס"ל ע"פ מ"מ לענין דיינים לא נתערבו וקרא בצדק מור' דיחיד הדיוט דן ואם כן דלר"א אף דס"ל ע"פ מכל מקום לא בעי מומחה אפילו יחיד אם כן ליתא לשיטתו כל מש"ל בישוב דברי הרמב"ם וא"כ דבריו סותרים זא"ז וגם איך אפשר דפסק כר"א א"כ א"צ מהתורה למומחה בהודאות והלואות ולא כן כ' הרא"ש בריש פרקין דהא דסגי בהדיוטות בהודאות והלואות משום דשליח' קעבדי אלא ברור דלס"ל להרא"ש להלכתא כר"א והא דהביאו ללמוד ממנו דס"ל דחד גמיר אף דאינך תרי הם יושבי קרנות מכל מקום כשר א"כ מניה נלמוד לרבא דמ"מ ביש חד דגמיר דכשר דבזה לא נחלק רבא אר"א דאל"כ הל"ל דהך א"ב כהנ"ל אלא ודאי דבזה מודה רבא משום נ"ד סגי בחד דגמיר ולכך הביאו וכשנר' מהרא"ש דדייק בלישנא דמיניה מוכח דאי לית בהו חד דגמיר דפסול וא"כ משמע דכן לרבא דאלו ס"ל לרבא דבעינן תלתא גמירי מה זה דדייק לר"א דלי"ב חד גמיר דפסול ולכך צדקו דברי הטור דכ' דהרא"ש חולק ארמ"ה וס"ל דסגי בחד דגמיר ונבוכו המפורשים דאי' מקומו בראש לפי דלקיי"ל כר"א ולפמ"ש ניחא דאל"כ לאיזה צורך הביא הרא"ש דלקיי"ל כוותיה וא"ש ודוק ובט"ז כתב דהרא"ש פוסק כר"א ומכל מקום ליתא לדשמואל דמדרבנן ס"ל לר"א בעינן ג' ודבריו ליתא דהא לר"א ל"ב מומחים דס"ל ע"פ ל"ק אדיינים והרא"ש ס"ל דבעינן רק שליחות קעבדינן וזהו דלא כר"א ופשוט (הגה מהגאון המחבר) ואי קשיא א"כ לר"א דפריך אי ע"פ כתיב לבעי מומחין וא"א ע"פ ל"ל ג' אף דע"פ גם כן קשה ל"ל ג' דהא ר"א ע"כ נמי דריש בצדק וכו' להבין הברייתא דיחיד מומחה דן די"ל בלא"ה לרש"י דפי' טעו לא ישלמו הואיל ובאו ברשות וק' א"כ דיני גזילות שדנו בהדיוטות כמ"ש תו' אי טעו לא ישלמו דתי' הגמרא

ג"ד ל"ש דלגזלן אין נ"מ אי טעו ומשלמים או לא כיון דיש דין ודיינא ימנע לגזול ופשוט וכי ס"ד לומר הא דתנן דן הדין וכו' ל"א בדין גזילות וצ"ל דל"פ בין דין לדין הואיל ובדין הלואה ישלמו כן בדין גזילה ישלמו ולפ"ז גם בזה י"ל ל"פ כי היכי דבגזילות צורך ג' הדיוטות ודאי דתלתא אלהים כתיבי ה"ה בג' בדיני הלואה רק זהו ודאי מתקנת' דרבנן אין לפסול בדיעבד וא"כ קו' הגמרא כך בשלמא ע"פ ל"ק ל"ל ג' די"ל לא פלוג משום גזילות והא דמעכב דיעבד היינו דשינו שליחות כנ"ל משא"כ אי אין ע"פ ל"ל ג' ואי ל"פ עכ"פ בדיעבד להוי דין ולמה ס"ל לר"א אין דינו דין ודוק וזהו שהיה לרש"י הכרח לומר דר"א ס"ל אין ע"פ ולא פי' דגם הוא ס"ל ע"פ רק בצדק וכו' מורה דחד כשר דר"א לס"ל ל"פ דאי ס"ל א"צ טעם למה ג' וכו' וא"כ בגזילות דודאי בעינן ג' דגמירי כמ"ש רמ"ה לר"א כן הוא לר' אחא בגזילות וא"כ ק' טעו לא ישלמו ול"ל משום דנפישי יושבי קרנות הא בעינן ג' דגמירי ולכך פי' רש"י דר"א ס"ל אין ע"פ וי"ל כי אמרינן טעו לא ישלמו היינו היכי דנחתו ברשות התורה דד"ת ל"ב מומחין וסגי בהדיוטות אבל בגזילות דד"ת בעינן מומחין לא הוי נחתו ברשות וישלמו וא"ש ודברי רש"י מוכרחים. ולכך הרא"ש דס"ל דלא כרש"י דאף ר' אחא ס"ל ע"פ כקו' התו' וא"כ ק' ליה טעו בגזל לא ישלמו לכך ס"ל דלא כרמ"ה דאף לר' אבהו דבעינן ג' מומחים מ"מ תקנו חכמים בחד דגמיר וא"כ ה"ה בגזילות ושפיר יש לחוש אף בגזל דנפישי יושבי קרנות ולכך ישלמו ודוק. ובזה י"ל דברי הרמב"ם דוודאי י"ל אף דרק מדרבנן בעינן ג' מ"מ שנים א"ד דין כמ"ש הכ"מ רק הגמרא הוכיחו דא"כ מה בין רבא לר"א ול"ל הך א"ב אי בעינן ג' גמירי או רק חד דהא מהך טעו לא ישלמו וכו' מוכח כהרא"ש דסגי בחד וכך המשך הגמרא א"ה טעו לא ישלמו וכו' וצ"ל דלא כרמ"ה וק' א"כ מה א"ב ובזה י"ל דברי רמב"ם דס"ל קושית התו' דהא בעינן נו"ן ביד אף לפי' רש"י ק' דע"ז ל"ש נחית ברשות דמי צוה לנו"ן ביד והרי זה גזל גמור וצ"ל כתי' התו' דקאי להך מ"ד דס"ל דלעולם ישלם וא"כ ס"ל כל שיטת הגמרא להך מ"ד וצ"ל כמש"ל דלא כרמ"ה וצ"ל א"ב דשמואל אבל לפי דקיי"ל דבעינן נו"ן ביד וא"כ לק"מ טעו לא ישלמו כמ"ש תו' וא"כ שפיר י"ל דינו של רמ"ה והוא דא"ב בין רבא לר"א ואצ"ל דפליגי בשמואל והדרן לסברתו דלכ"ע אין דיניהם דין אפילו לר"א ודוק גם י"ל ברמב"ם ודאי אי הטעם דבעינן ג' משום יושבי קרנות בזו בדיעבד דיניהם דין אבל אי הטעם משום לא פלוג בין דיני גזל אף בדיעבד מעכב כמו בגזל דהא לא פלוג א"כ י"ל ודאי בזמן המשנה היה גזל דוקא מומחים ול"ש ל"פ וצ"ל משום יושבי קרנות א"כ דיניהם דין אבל עכשיו דליכא מומחים ובגזל דנים הדיוטות א"כ שייך לא פלוג ואף

בזה בעיגן בדיעבד ג' ולכך פסק כן הרמב"ם ובזה הונח לו מ"ש דקיי"ל כר"א מהך דר"ה וקיי"ל דלא כשמואל דזהו הכל לדידן דשייך לא פלוג משום גזלה ודוק):

ב **חד יודע סברות וכו'** כאן סתם הש"ע כהרא"ש ודלא כרמ"ה דא"צ ג' גמירי רק בחד סגי ויש לדקדק דבסי' כ"ח סכ"א העתיק דברי תשובת הרי"ף דבקבלת עדות צריך ג' מומחים משמע דבחד דגמיר ל"ס ודוחק לחלק דשם צריכין להיות בקיאים בחו"ד לעדים ודקדוקי דברי העדים דאף דבתשובת הרי"ף נזכר כן מ"מ סתימת לשון מחבר שם ל"מ כן רק צריכים להיות מומחים משמעות בעלי תורה ומדע ולכן יותר נראה דכל טעמו של מחבר דפוסק דלא כרמ"ה הוא משום דה"ל כהרמב"ם דקיי"ל כר"א דד"ת חד נמי כשר וכמש"ל וא"כ א"צ רק חד דגמיר דהא דמה דתקנו שלשה הוא משום יושבי קרנות דבשלשה ודאי איכא חד דגמיר וכהנ"ל וא"כ בקבלת עדות ודאי ד"ת בעי שלשה דאל"כ הוי עד מפ"ע וכיון דדבר תורה בעי שלשה אף שלשה דגמירי בעינן כדעת הרמ"ה ולכך בקבלת עדות מצריך המחבר שלשה מומחים דהיינו שלשה דגמירי וא"ש. ומזה נראה בגזילות וחבלות דשכיחי דעבדינן שליח' ודנין בזה"ז כמש"ל בס"א בזו ודאי בעינן תלתא דגמירי דהא בהך לכ"ע ג' בעינן דהא ג' אלהים כתיבי בפ' וא"כ אף דמשום נ"ד תקנו ג' הדיוטות היינו בלתי סמוכים אבל צריכים להיות גמירי ובזו אמרי' כדעת הרמ"ה ואף כמש"ל בדברי הרא"ש אף לרבא דס"ל בכ"מ בעינן ד"ת ג' מ"מ סגי בחד דגמיר כפמ"ש לא סמך המחבר אדברי הרא"ש רק מכח דקיי"ל בכל דוכתא חד כשר וזהו ל"ש גבי גזילות וחבלות:

ג **פחות מג' וכו'** עיין באורים שהבאתי דעת הב"ח דלקדושין יש להחמיר ולחוש לדעת הפוסקים כשמואל והש"ך השיג דרוב פוסקים פסקו כר"א ודלא כשמואל והאמת אתו אבל מ"מ יש להחמיר דהא דעת הרשב"א בתשובה כפי שהביא כ"מ וכן דעתו בישוב דברי רמב"ם דפסק כר"א ד"ת חד כשר לדון ופסק כר"א דשנים שדנו א"ד דין משום דגם ר"א מצי סבר כר"א רק ס"ל דרבנן הצריכו שלשה לעיכובה ואם דנו בפחות א"ד דין וא"כ לשיטת הרמב"ם מהתורה הדין כשר רק מדרבנן פסול והרי הוא מהתורה ממון שלו ואינו רק גזל דרבנן ופשיטא דיש לחוש לקדושין כיון דלא הוה רק גזל דרבנן כמבואר בא"ע סימן כ"ח והא דאמרינן בסנהדרין דיש נ"מ בין מחלוקת דר"א ושמואל דבר שזדונו כרת והיינו כנ"ל דקידש במעות שפסקו הדיינים ל"ק הא מדאורייתא לכ"ע הוה דין דמאן אמר הך מלתא רבא ורבא ס"ל דלא כר' אחא ומתורה בעינן ג' אבל לפי דקיי"ל כר"א יש לחוש לקדושין:

ד **אפילו הם סמוכים וכו'** ברמב"ם נאמר יחיד מומחה אין ההודאה לפניו קרוי הודאה ודעת הסמ"ע להשות לשיטתו ה"ה שני מומחים אין הודאתו הודאה עד שיהיה שלשה ולענ"ד ל"נ כן ויש לחלק בין יחיד לשנים וכן מוכרע מסברא וגמ' מסברא כיון דלענין נאמנות אמרינן כללא תרי כמאה א"כ צ"ל טעמא למה בפני ב' לא הוי הודא' ובפני ג' הוי הודאה הא תרי כק' וצ"ל לא מטע' נאמנות רק שנים דאינם בגדר ב"ד א"כ לא אלים הודאתו ויוכל לחזור בו והוי פטומי מילי משא"כ בג' דהם ב"ד ואין יוכל לחזור בו אך זהו בב' בלתי סמוכי' אבל כשהם סמוכי' א"כ הם יכולי' לדון דאפי' א' יוכל לדון מכ"ש שני' וא"כ אין כאן הבדל בין שני' לשלשה הן מחמת נאמנות דתרי כמא' והן מחמת ב"ד דאף הם קרוי' ב"ד ויכולין לדון כמו ג' וכן מגמ' דהא דעת הפוסקי' דלא כשמואל הכרעת' כמ"ש הרא"ש מדאמרינן גבי אודיית' ודלמא כשמואל ס"ל ש"מ דאין הלכה כשמואל ולס"ל להנך פוסקי' סברת התו' לחלק בין הודא' לדין ע"ש וא"כ לפ"ז לשיטתם ס"ל לשמואל דב' שדנו דיניהם דין אף הודא' בפניהם הוי הודא' בב"ד ולכך הואיל וצריכים ג' ש"מ הלכה כר"א ולפ"ז מדשמואל נשמע לענין מומח' דבשני' מומחי' מודה ר"א לשמואל דדיניהם דין וא"כ אף הודא' בפניהם הוי הודא' בב"ד כמו דס"ל לשמואל בהדיוט' אמרינן אנן לר"א במומחי' ולחלק בין דין להודא' דהא לס"ל הנך פוסקי' דאל"כ אין ראי' מאודיי' דלי' הל' כשמואל בדין דעלמא ופשוט. לכן נראה דלא נחלקו הרא"ש והרמב"ם בהודאה בפני ב' מומחי' רק בהודאה לפני יחיד מומחה כמ"ש הרמב"ם בריש דבריו בזו ס"ל לרמב"ם דהרי יכול להכחישו ולומר שקר אתה דובר דע"א א"נ בממון אפי' הוא כיהושע ב"נ (וכ"כ הט"ז להדי' ע"ש) א"כ אף דאינו מכחישו אין הודאתו חשובה ואינו בגדר הודאת ב"ד והוי פטומי מילי והרא"ש ס"ל אמת דיכול להכחישו אבל כ"ז דאינו מכחישו הוי בגדר הודאה בב"ד כיון דיש לו רשות לדון ובזה מיושב מה שהק' הש"ך לרא"ש בהא דאמרינן גבי אודיית' בשנים דכתיב בי' ואמר לנו רבנא אשי דהוא מצטרף עמהם ולשיטת הרא"ש בר' אשי לחוד סגי ול"ל שנים אחרים דר"א הוי מומח' דהא מ"מ יוכל להכחישו ולומר להד"ם ולא הוי רק כע"א ולכך צירף עמו אחרים ובאמת לא היה צריך לשיטתו צירוף ב' רק א' ואזדמן כך שהיה ב' בצירופו ואין זה דקדוק ומעתה גם דברי רמ"א דמשמע מלשונו אם היה מומחה לרבים דמהני הודאה לא הוי סתירה מני' ובי' למ"ש המחבר דאפי' סמוכים לא מהני כמ"ש באורי' דרמ"א מיירי משני מומחי' והרמב"ם והמחבר מיירו מיחיד מומח' כמ"ש הרמב"ם להדי' וכן עלה מתחילה ברור הסמ"ע ליישב רק דכתב דלא מסתבר לחלק בהודאה בא' או בשנים ולפמ"ש הדבר נכון ומוכרע ולכן מ"ש הש"ך להכריע ברמב"ם נכון הוא בהודאה לפני יחיד מומחה אבל

לפני שנים כבר בררנו דאין בו מחלוקת כלל ולכ"ע הוי הודאה ונכון הוא מבלי להרבות במחלוקת בין פוסקים:

ה **מצות חכמים שיושיב עמו אחרים** עיין אורים שמבואר בירושלמי אם באי' אליו לדון הוי כאילו קבלוהו עלי' ומותר לדון ובזה אמרתי דכוונת תו' בפ"ק דמגילה בדבורה והיא יושבת תחת תומר למה משום יחוד ופי' תו' כשבאין אלי' ב"י לשפוט ולכאורה אין כאן חידוש יותר מפירש"י אבל נראה דס"ל לתו' דלכאורה קשה כיון דקיי"ל אל תהי דן יחידי א"כ דבורה ששפטה את ישראל אף דהיא עיקרית מ"מ ודאי דצירפה עמה דיינים אחרים לדון לבל תהיה דנה יחידי וא"כ איך שייך יחוד ולמה יושבת תחת תומר וע"ז תי' תו' כשבאין אלי' לשפוט וא"כ כשבאין מעצמן הוי כקבלוהו עלי' ויכול' לדון יחידי וא"צ צירוף דיינים וא"כ היה חשש יחוד ולכך יושבת תחת תומר וק"ל.

ו **מהני ליה רשות המלך כו'** עיין אורים שהב"ח כ' שהך דינא דיפטר אם טעה בדין במחלוקת שנו וש"כ סקט"ו הסכים עם הריב"ש וכ' אפי' דנאמר דיש חולקים מ"מ סברת הריב"ש נכונה כיון דרשות דר"ג ההוקם ממלך מהני כ"ש רשות מלך עצמו ולדידי צ"ע דכל ראיתו מרש"י דמפרש דנשיאים מיקרי מחוקק ור"ג שבט לרדות העם במקל שיש לר"ג רשות ממלכי פרס ולכך היה להם ליתן רשות אפי' מבבל לא"י וה"ה אף בזה"ז כשנותן לא' מלך מושל ארץ לדון ולשפוט ובאמת אין זה עיקר הטעם דלכך ראש גולה מבבל מורשה ליתן רשות בא"י משום רשות מלכות רק הטעם הואיל דבא מזרע דוד והוא מזרע הזכרי' והנשיאים שלשלת הלל היה מנקיב' מבית דוד ולכך לא היה ממשלה ועוז וכ"כ תו' סנהדרין דף ה' ד"ה דהכא שבט וכו' דהיינו טעמא דיש להם יותר כח להפקיע ממון מנשיאי' דא"י משום דהם מזכרי' ובני נשיאי' בא"י מנקיב' וכן הוא בירושלמי וזהו להדי' דלא כריב"ש דתלה הטעם משום רשות מלך ולא הבנתי דברי הריב"ש דמאיזה טעם יהיה כח ביד ר"ג ליתן רשות לא"י משום דהיה להם כח ממלך פרס וכי מלך פרס משל בזמן רבי ודור של אחריו בא"י הלא לא היה כלל ציוי וממשלה בא"י והיה א"י תחת ממשלת קיסרי רומי תחת קיסר אנטנינוס בימי רבי והוא נתן לטברי' קולני' ואין למלך פרס ממשלה כלל בא"י וא"כ איך נתן מלך רשות לדון במדינה מה שאינו תחת ממשלתו ונהפוך הוא דרבי ודאי היה לו רשות מקיסר אנטנינוס לדון ולכוף להמסרבי' בכל מקום וממשלת הקיסר היה בכל עולם כי אז היה יד רומי' תקיפה בכל עולם כחי' רביע' שרא' דניאל וא"כ ראוי היה שיש לרבי ליתן רשות לדון אף בבבל ובכל הגולה א"ו דלא תלי' במלך כלל רק מי שהוא מזרע דוד לו העוז והממשלה ורשות מן השמים כדכתי' בית דוד דינו לבקר משפט ונשיאי א"י שהיה רק מצד נקיב' מזרע דוד לא היה

ידם תקיפה כ"כ ועיין לקמן סי' קמ"ט במ"ש הרא"ש דלכך אין חזקה לבי ר"ג משום דהם מזרע מלוכה ע"ש ומ"ש רש"י דנתן לו מלך רשות כוונתו רק לפרש היאך היה להם כח לרדות העם במקל הא ישבו תחת המלך ולכך פי' רש"י שהמלך נתן להם רשות אבל ל"כ רש"י שבשביל כך כחן יפה וכן משמע בב"י שכ' שרשות המלך היה דלולי כן לא היה באפשרי לדון ע"ש ולכן דברי הריב"ש צל"ע. והנה בתשובת תשב"ץ פקפק על הריב"ש שנתן לו המלך שלא ידון שום אדם זולתו וערער הוא דא"כ אם יהיה לאחד דבר משפט אתו לא יכול לדון אותו וא"כ אף הוא א"י לדון דכתיב התקוששו וקשו וכה"ג אמרינן גבי מלך דלכך לא דן הואיל ולא דנין אותו וכ"כ בעל כה"ג וצ"ל דדת המלך היה שם שהריב"ש לבדו ידון ולא יצטרך עמו דיין כלל דאל"כ אין מקום לטענתו דהא כ' תו' סנהדרין ח"י ד"ה והא וכו' דאף מלך עם אחרים מצי לדון דל"ש התקוששו וכו' כשאין הדין נגמר ע"פ לבדו ע"ש אלא אף דנימא דריב"ש היה דן לבדו מ"מ אין מקום לערעור שלו דכי מלך ספרד שנתן רשות לריב"ש היה מושל בכל כדור ארצי וא"כ כי היה לאיש משפט עם ריב"ש הלא יוכל לילך לדיינים היושבים כסאו' למשפט חוץ לארץ ספרד ולקבול עליו ואם ח"ו ימאן הלא ביד ב"ד להחרימו ולעשות כתורה וא"כ הרי הוא בכלל דנין אותו בדרך רחוק והרי הוא יוכל לדון כיון דישנו במציאות לדון משא"כ במלך ישראל שאסור לכל ב"ד ישראל לדון אותו מגזרת חכמים אף הוא אינו בגדר משפט לדון לאחרים ופשוט ובחנם פקפק על הריב"ש ואין משיבין ארי לאחר מותו:

סימן ד

א **להכותו כו'** הרב בעל משנה למלך בהל' עבדי' פ"ג הלכה ה' נתקשה דהעתיק הרמב"ם נרצע שמסר לו רבו שפחה כנענית והגיע יובל והיה רבו מסרב בו לצאת ואינו רוצה לצאת וחבל בו פטור שהרי נאסר בשפחה עכ"ל. והקשה הרב הנ"ל דהך תי' דמיירי ביש לו שפחה כנענית אמרינן בגמ' דב"ק דף כ"ח לישנוי' מילתא דר"י דס"ל לא עביד אינש דינ' לנפשי'. ולכך מוקי ליה ביש לו שפחה ולמנוע מאיסור כ"ע מודו דעביד דינא. אבל לפי דקיי"ל כר"ן דעביד אינש דינא לנפשי' א"צ לומר דברייתא מיירי ביש לו שפחה רק פשוט כשרבו מסרב בו לצאת ואינו רוצה יכול לחבול בו ולהוציאו. ולכך העלה הרב הנ"ל דס"ל לרמב"ם כמסקנא דגמ' פ' הפרה דף מ"ח בנכנס לחצר חברו שלא ברשות דאי ידע בי' בעה"ב והזיקו דחייב בעה"ב דנהי דאי' ליה רשות לאפוקי' לאזוקי' לית לי' רשות. א"כ אע"ג דעביד אינש דינא לנפשי' היינו להוציאו אבל אין לו רשות להכותו ולחבול בו אם לא באפרושי מאיסורא כהך דיש לו שפחה ע"ש שהאריך. וא"כ לדבריו לא היה לו

למחבר לסתום כאן דיכול להכותו כיון דרמב"ם חולק. ואמת מהך דנרצע אין ראיה כ"כ דיש לדחותו דלא מיירי רמב"ם באופן דהעבד ברשותו והוא רוצה להוציאו מרשותו דזה כבר נאמר במקומו בפ"ב מהל' סנהדרין דעביד אינש דינא לנפשיה רק בהל' עבדים מיירי דאינו ברשותו ובביתו רק דקשור בשפחה ואינו רוצה לקבל על עצמו חירות להפרד משפחתו וע"ז קאמר הרמב"ם דיש רשות ביד הרב לחבול בו לפרוש מאיסור אף דאינו נוגע לו כלל לממון שלו כדעת הגמ' דאף דנחלקו בפירוש הברייתא אבל הדין דין אמת לכ"ע דיש רשות ביד כל אדם אף שאינו נוגע לו לממון להכותו לפרוש מאיסורא, ולא אמרינן על הב"ד לבד מוטל להפרישו. וכן נראה שהבין מהרש"ל שכך כוונת הרמב"ם ועיין בישו"ש לב"ק בשמעת' זו ותראה כדברי. אלא הא יש לדקדק במ"ש המחבר לקמן סי' תכ"א במי שנכנס לחצר חברו שלא ברשות דיכול להוציאו אבל אין רשות לחבול בו ואם מסרב לצאת י"א שיש לו רשות לחבול בו מדכתב המחבר י"א משמע דס"ל דהואיל דרמב"ם לא כתב רק דאין לו רשות לחבול בו ולא חילק דאם מסרב דמותר לחבלו דלא ס"ל לרמב"ם זה הדין ולכך שנאה בלשון וי"א. וכ"כ המשנה למלך אלא דא"כ ק' על מחבר בסי' זה דלמה סתם וכתב דיכול להכותו ולא כתבו בלשון וי"א כדלקמן ע"כ נראה דגם במרדכי פ' המניח יש לדקדק דכ' על הך דנרצע וכו' דמותר לחבול בו ולהוציאו דה"ה משרתו אפי' קודם זמן אם חושש משום גניבה וכ"ש אדם דעלמא אם יצא שם עליו שהוא גנב עכ"ל וקשה בשלמא במשרתו צ"ל שהוא גנב דאל"כ א"י להוציאו קודם זמנו אבל באינש דעלמא מה צריך שיצא עליו שם גניבה הא עביד אינש דינא לנפשיה והישו"ש עמד בזה ותי' דבאמת לאו דוקא רק אורח' דמלתא נקט והוא דוחק. ולכן נראה דס"ל באדם אחר כיון דאם יש להוציאו באופן אחר מבלי שיצטרך להכותו צריך לעשות כן כמבואר בגמ' שאם אפשר לשומטו וכו' וא"כ כיון דאינו קפידא כ"כ דהא אינו גנב רק דאינו רוצה שיהיה בתוך ביתו למה להכותו יאסור רשותו עליו בקונם וע"כ יצא דלא נחשד לעבור על איסור תורה ואם ימאן ויעבור פשיטא דאח"כ יכול להכותו הואיל וקעביד איסור' כדלעיל בשפחה כנענית. ולכך ס"ל לרמב"ם בנכנס לרשות חבירו שלא ברשות דא"י להכותו שיצא כי הלא יכול לאסור עליו רשותו בקונם ולא נחשדו ישראל שיעברו ד"ת כמ"ש הישו"ש לענין גניבה ע"ש. וכן גבי נרצע ס"ל לרמב"ם דע"כ הטעם לאו משום צאת מרשותו דהרי יכול לאסור עליו רק מיירי לצאת משפחתו ולכך קתני שכלו ימי נרצע ולא בתוך זמן כקושי' התו' ותי' התוס' דאורחא דמלתא נקט דחוק. אבל אי מיירי לצאת משפחה צ"ל לאחר זמן דבתוך זמן מותר בה ופשוט. רק הגמ' בס"ד ס"ל לר"י דלא עביד דינא לנפשי' כלל אפי' בדבר איסור לא עביד דיש לאלקים שופטים בארץ

שהמ' יפרשו מאיסור'. והתרצן השיב דמודה ר"י במלתא דאיסורה אבל מ"מ צריך לומר לכ"ע דבר איסורא דאל"כ חבלה זו מה טיבו כנ"ל. וכן להך אוקימתא דמיירי בעבד גנבא א"ש ג"כ דאין צורך להדירו מרשותו כיון דיש כאן קפידא גלוי' וכל רגע בכלל חשש פסידא וגם אין להדירו דהא נחשד דיעבור בשביל חימוד גניבתו ויכנס ברשותו לגנוב וא"כ אסור להכשילו באיסור תורה שיעבור על איסור קונמות והרי זה בכלל לפני עור לא תתן מכשול ולכך מותר להכותו כדי שיצא כנ"ל. ובהך תי' ג"כ ניחא דקתני שכלו ימיו דבתוך ימיו הא איכא עליו אימת' ואינו גונב כמבואר בגמ' וא"ש. וגם דברי מרדכי ניחא דוקא ביצא עליו שם גניבה הוא דיכול להכותו ולא להדירו כמ"ש דאולי יכשילו אבל בשאר כל אדם לא ואם ימאן ידירו ולא נחשדו דיעברו על איסור קונם. וא"ש דברי המחבר דכתבו בלשון וי"א לקמן בסי' תכ"א. אבל כאן בסימן זה שרואה שלו ביד חבירו פשיט' דהוי כמו גנב דיכול להכותו ואין כאן מחלוקת כלל וצדקו דברי מחבר דמסת' סתם בלי מחלוקת כלל.

ב **רק בחפץ המבורר כו'** לפי שדברי הסמ"ע בזה קצת מגומגמים צריך אני להאריך קצת במקור הדברים והוא במרדכי פ' המניח כ' קיי"ל עביד אינש דינא לנפשי' וכתב מהר"ם דה"מ בחפץ המבורר שהוא שלו וממאן להחזירו. אבל בשאר מילי לא דודאי לא פליג ר"ן אמשנה המלוה את חבירו אין רשאי למשכנו וכו'. וכן מצא בס' יראים דר"ן אמר למלתי' בגזלן שדבר שלו בעין ורוצה לגוזלו ולא נזקף דמי גזילתו בהלואה וקרא דלא תעבוט איירי במלוה ונזקף למלוה וראי' מפ"ק דברכות בתר גנבא גניב וכו'. הקשה הר"ר קלונימוס הא מהדין לקח דקיי"ל עביד אינש דינא לנפשי' ותי' היינו אותו דבר עצמו שלקח לו האריס מותר ליקח ממנו בכ"מ שיכול להשיגו כמו בן בג בג דאמר שלו הוא נוטל. אבל הכא לקח זמורות אחרות שלא גנב לו האריס. ומכאן הביא הר"ם ראי' לדבריו דהכא ידע ר"ה ודאי שגנב לו דח"ו לר"ה לתפוס מספק וכ"מ הלשון מי שבק לי מידי עכ"ל. והקשה מהרי"ק בשורש קס"א דודאי משמע בעובדא דר"ה דלא ידוע בעדים שגנב האריס רק לר"ה ידוע ולא לנו וכן כתב מהר"ם דהא ידע ר"ה כו'. אבל לא בעדים ומ"מ משמע להדיא מתוך דבריהם אילו היה טוען ר"ה על אותן זמורות שהן זמורות עצמן שגנבם לו האריס היה יכול ומורשה להחזיק בהן. ואילו בפ' הגוזל בדף קי"ז בהאי שותא דהוי מנצו עליה תרי כ"א אומר דידי הוא ואזיל חד ומסרינהו ביד גוים משמתינן ליה. וכתב המרדכי היאך דתקף ע"י גוים לעצמו אעפ"י שאין לו לעשות כן דהא דקיי"ל בהמניח עביד אינש דינא לנפשיה ה"מ בחפץ המבורר וידוע שהוא שלו אבל לא בד"א מ"מ אי תקף לא דינינן ליה דין מסור וכו' עכ"ל. הרי אף דטוען על אותו חפץ דאמר הך

שותא שלי הוא וברור לו רק הואיל ולא איתברר בעדים לא מצי למיעבד דינא לנפשי'. וחילק מהרי"ק ע"י גוים או להכות לחבירו וכדומה בהא לא אמרינן לא עביד אינש דינא לנפשי' בכה"ג. אבל לתפוס בלי הכאה וכהנה נזק ע"י גוים הך תפיסה בעלמא נקרא כמו בזמורות הנ"ל ע"ש שהאריך. ולמדנו מדבריו בחפץ שטוען עליו שהוא שלו אי ברירה מלתא בעדים יכול לתופסו אפי' ע"י הכאה. כמו דיין שיכול להכות למסרב. ואי לא ברירה ליה בעדים רק לנפשו ברור אסור לתפוס בהכאה וכדומה אבל בלי הכאה מותר לתופסו כיון שטוען על אותו חפץ. אבל אי לא טען על אותו חפץ רק חפץ אחר ומבקש לתופסו בשביל חפץ אחר שגנב או גזל ממון בכל גוונא אסור אפי' בתפיסה גרידא כמ"ש לר"ה בתר גנבא גנב וכו'. ומדברי מהרי"ק משמע דתופס מחבירו בעדי' באופן דלית ליה מגו ומ"מ בלי הכאה יכול לתפוס וכן הוה עובדא דר"ה לדעת מהרי"ק דאילו היה בלי עדים מה צורך למהרי"ק לחלק בין תפיסה ע"י הכאה או לא ומה קשי' ליה מהך שותא דהגוזל דהתם ליכא מיגו דידוע לכל דהאי שותא מינצו עליה ופשוט. ולכך פסק המרדכי אפי' על אותו חפץ לא מהני תפיסתו משא"כ בעובדא דר"ה דיש לו מיגו ולכך באותן זמורות עצמן היה יכול לתפוס. וצ"ל דס"ל למהרי"ק אילו התפיסה של ר"ה היה שלא בעדים באופן דיש לו מגו א"כ אף על זמורות אחרים לא שייך בתר גנבא כו' דהרי תופסן כדי שיהיה לו מיגו ויהיה נאמן רק ע"כ דר"ה תפס בעדים דל"ל מגו ומ"מ כ' דאותן זמורות עצמן אשר לפי דברי ר"ה גנוב הם ביד אריס היה יכול לתפוס ולכך הקשה מהך דמרדכי גבי הך שותא וע"ז נחית לחלק בתפיסה דהכאה משא"כ בתפיסה גרידא. ועל זה השיג המהרש"ל ביש"ש דאיך ס"ד לתפוס מחבירו בעדים אפי' בלי הכאה ולומר שלי הוא ואין עדים לדבריו וא"כ לא שבקת חי' לכל חי דירבו החוטפים בעדים בלי הכאה ויאמרו ברירה לי דהאי שלי הוא. וקושי' גדולה הקשה. והרב הש"ך בספרו תקפו כהן סי' קי"ד חשב לתרץ דפשיטא דמודה מהרי"ק דכה"ג אין לתפוס ולא אמרה מהרי"ק רק בעובדא דהתם דהקהל תפסו כלי קודש וע"י יש להם טענת קים ליה בפלוגתא דרבוותא וכזה מותר לעשות למ"ד תקפו בספיקא דרבוותא אין מוציאין מידו. אבל במקום דלית ליה קים לי פשיטא דמודה מהרי"ק דאסור לתפוס כקושי' מהרש"ל. ואין זה נכון בכוונת מהרי"ק דא"כ צ"ל דעובדא דר"ה דתפס משל אריס היה שלא בעדים באופן דיש לו מיגו דהא שם לא שייך קים לי כלל. וא"כ איך ס"ד לתפוס בעדים דבר בלתי מבורר כקושי' מהרש"ל ודעת הש"ך עצמו. וא"כ מנל' למהרי"ק לומר ולחלק כלל בין תפיסה ע"י גוים והכאה או תפיסה גרידא דהא מהך דר"ה לא קשי' אהך עובדא דהאי שותא דהתם היה בעדים ור"ה שלא בעדים. ומהרי"ק סיים אבל היכי דיש לו תביעה על

אותו ממון עצמו וטוען ברי ואין חבירו נפסד בהא מודו כ"ע דלא שייך עביד דינא או לא עביד מכח ההוא דרבינו קלונימוס הנ"ל אשר ממנו הביא מהר"ם ראי' כפי' לעיל. ואי איירי לשיטתו מלתא דר"ה בלי עדים מה ראי' יש מהך דר"ה לתופס בעדים. ואם יאמרו מהרי"ק מסברא דנפשו יאמרו. אבל מהך דר"ה ורבינו קלונימוס אין כאן ראי' כלל כיון שהיה שלא בעדים. ולכן ליישב דברי מהרי"ק נר' פשיטא דמודה מהרי"ק דאי תפס בעדים ואין לו ראי' שהוא שלו דלא מהני ואם יתבענו חבירו בב"ד צריך להחזירו רק אם יודע הוא התופס דחבינו לא יתבענו בב"ד דבוש מלפניו והוא יודע מורת נפשו דבאמת גזלו בזו יש ספק אי מותר לכתחלה לתפוס ממנו ולהחזיקו עד שיתבע הימנו בב"ד או מ"מ עושה איסור בתפיסתו חבל יחבול רשע משעת חבילתו נקרא רשע ובזה הכריע מהרי"ק מהך עובדא דר"ה דהיה תופס בעדים רק ר"ה ידע דלא יתבענו האריס בב"ד כלל כי בוש ממנו כמו שהיה האמת דלא תבעו כלל רק הם החכמים הוכיחו על פניו בשביל כך ולכך כתב ר"ק ז"ל דאלו היה אותן זמורות בעצמן שגנבו היה כדין עושה ר"ה לתופסן כי שלו נוטל ואף אילו היה האריס תובעו בב"ד היה צריך להחזירן היינו משום דלא מהימן אבל לנפשו כדין עושה וא"כ כ"ז דלא תובעו בב"ד שלו תופס ובהיתר עושה. רק הואיל ותופס זמורות אחרים בזו תיכף התפיסה אסורה דהיא בכלל גזילה לחטוף מחבירו ומאן שם ליה ולכך אפי' אין האריס בא לב"ד אין לו להחזיק כי מה לו בשל חבירו. ולכך אמרו ליה בתר גנבא גניב וכו'. ודייק מהרי"ק מהך דמרדכי בפ' הגוזל בהך שותא דמשמע דלא זו דאם בא לב"ד שצריך להחזיר לחבירו כיון דאין עדים ששלו לאו כל כמיניה לחטוף בזרוע רמה אלא דאף לכתחלה אסור לי' למיעבד דהא ס"ד להיות לו דין מסור רק דמרדכי כתב דאין לו דין מסור דלא נתכוין להזיק חבירו ע"ש ולכך חילק דשם דהפסיד לחבירו וכדומה כמו הכאה ודאי אסור בדלא בריר' ליה בעדים וא"ש ול"ק קושית מהרש"ל וכן בעובדא דנשאל עליה מהרי"ק לולי הך דינא דיכול לתפוס בלי הכאה לא היה הקהל רשאים לתפוס כלי קודש ולטעון קים ליה דהוא בכלל עביד אינש דינא לנפשיה כמש"ל בקונטרס הספיקו' כיון דלכתחלה התפיסה אסור. אבל כיון דהתפיסה מותר אף זו כיוצא בו. זהו דברי וכוונת מהרי"ק לענ"ד. ואין כאן קושיא כלל ובעל משנה למלך נתקשה בו. וכן בני שמואל כולם דקדקו בלשון מהרי"ק דכתב דאם אף בגוף הדבר אין לתפוס למה רבינו קלונימוס הוציא לעז על אותו צדיק שתפס זמורות אחרים ולא נימא אותן תפס מה שלקח מר"ה. ובזה כולן תמהו דכן משמע בגמ' דזמורות אחרים תפס. ואין לנו לדייק בלישניה וכוונתו דהא ר"ק הקשה הא עביד דינא לנפשי' ותי' שר"ה לקח זמורות אחרות ואילו אין נפ"מ בזה לא ה"ל לר"ק לתרץ זה ולחלק בין

זמורות לזמורות. רק ה"ל לחלק בין ידוע לעדים ובין אינו ידוע וזה פשוט. ודברי מהרי"ק פשוטים. והנה הסמ"ע בס"ק ד' הקשה על הרמ"א דהעתיק דינו של מהרי"ק דאף דאינו יכול לברר שהוא שלו מ"מ למשכן בלי הכאה יוכל לעשות. והא הטור ומחבר כ' דלא עביד דינא לנפשיה רק במקום שיכול לברר ששלו הוא נוטל. ותי' הסמ"ע דאם נטלו ותפסו בטענה שאומר שגזלו הימנו דאז בלי ספק הגזלן יכפור בו אין לו לתפוס רק בשיכול לברר אבל בתופס למשכון שחייב לו ממקום אחר דאינו ברי שיכפור בו מותר לתפוס. ולדבריו נר' דס"ל דאף בחפץ אחר שאינו טוען עליו יכול לתפוס למשכון כמ"ש להדיא ודבר זה לא מבואר כלל במהרי"ק אדרבא משמע דחפץ אחר א"י לתפוס כלל ובפרט לפמ"ש בשיטת מהרי"ק דלכך תפס ר"ה אף דאין לו עדים דידע ר"ה דאריס לא יתבענו בב"ד והוא ידע דהאמת אתו ומ"מ אסרוהו ואמרו בתר גנבא גניב ולמה בתופס למשכון דלא בירור דיכפור מותר לתפסו למה בהך זמורות דתפסו למשכון על זמורות אחרים שחייב לו אחרים אסור ואי ודאי יכפור בו אדרבא הא ר"ה ידע דהאריס לא יתבענו וכמו שהיה באמת רק דחכמים הוכיחו על כך. ואף אם נדחוק ונחלק מ"מ ק' על רמ"א דהתחיל בדינו של מהרי"ק ודילג עיקר החילוק של מהרי"ק דבאותו חפץ יש חילוק בין תפיסה בהכאה לתפיסה שלא ע"י הכאה כי כזו מיירי כל הנדון של מהרי"ק והך דר"ה בזמורות ויחלק חילוק אחר בין גזילה למשכון בחוב מה שלא נזכר כלל במהרי"ק. ולכן ברור דמילת למשכון הנזכר בהגה לאו דווקא רק כוונתו כמו שכתוב באמת בד"מ והביאו הסמ"ע אבל לתפוס ממנו הדבר שגזל ממנו יכול לתפוס ונתכוון לחילוק מהרי"ק באותו חפץ בין תפיסה ע"י הכאה דאסור ובין תפיסה גרידא דשרי. ובקושי' הסמ"ע מהטור דכתב שצריך לברר היינו דהטור ומחבר מיירו הכל בתפיסה ע"י הכאה וע"ז מוסב לשון הטור ומחבר שצריך לברר אבל בתפיסה בלי הכאה א"צ בירור. ומ"ש ד"מ דתפיסה בלי הכאה יכול לעשות במקום דמהני תפיסתו אין הכוונה על תפיסה שלא בעדים שנראה שהבין כן הסמ"ע דלא מיירי מהרי"ק כלל בתפיסה שלא בעדים דאי' ליה מגו כהנ"ל רק מיירי דאם יתפוס יכול לטעון אח"כ קים ליה כהנך רבוותא כאותו נדון שדן עליו מהרי"ק וכל התשובה סובב עליה או כמ"ש בר"ה שיודע שהאריס לא יתבענו וכה"ג שיש תועלת בתפיסתו דאל"כ ל"ל התפיסה על מנת למחר יתבענו ויצטרך לחזור לו וזה פשוט וא"ש ולק"מ: והנה בררנו כי דעת מהרי"ק נראה דס"ל דבמקום מגו יש לתפוס לכתחלה וכן נר' דעת הסמ"ע והט"ז דאל"כ אין כאן קושי' כמש"ל די"ל ר"ה תפס בלי עדים ולכך הי' יכול לתפוס החפץ שטוען עליו כמש"ל באריכות. אך לפ"ז סותרים דבריו דברי תשו' הרא"ש כלל ס"ד סי' א' דכתב באשה התופס' חפץ משל בעלה אפי' לא היה שלה נהי דלא עביד

דינא לנפשיה לכתחלה מ"מ אם תפס אדם חפץ משל חברו עבור תביעה שהוא חייב לו לא מיקרי גזלנא וכו' עכ"ל מבואר אפי' במגו אין לו לתפוס מתחילה. וכ"כ מהרש"ל דוקא בדיעבד לענין נאמנות מהני במקום דיש לו מגו אבל לכתחלה לא יכול לתפוס שום דבר מחבירו אם לא בחפץ המבורר ע"ש. ולכן יותר נראה דאף מהרי"ק מודה להרא"ש רק ס"ל דאם עובדא דר"ה היה בתפיסה בלי עדים אף דלכתחלה אסור מ"מ הואיל ואינו מיקרי גזלן ומותר לו מבלי להחזירו לא ה"ל למימר בתר גנבא גניב כיון דלאחר תפיסה לא מיקרי גנב ומותר להחזיק ולא יהיה עונשו כ"כ אלא וודאי דתפס בעדים דשורת הדין להחזירו. אמנם בתשו' הריב"ש סי' שצ"ו מבואר שיכול אדם לעכב פקדון חבירו ולומר שתופסו שחייב לו ממקום אחר כי עביד אינש דינא לנפשיה אפי' שיכול להציל שלו בב"ד כגון דיש לו עדים וליכא פסידא. וכן מותר לתפוס מטלטלין אם הם ברשות אחרים באופן שלא שייך ביה לא תבא אל ביתו לעבוט וכו'. והרי זה סותר לדברי הרב מהרי"ק דס"ל חפץ אחר א"י לתפוס אפי' בלי הכאה כלל. וכ"כ הד"מ להדי' דהריב"ש חולק. אך הרב הש"ך בתקפו כהן סי' קט"ו קט"ז חשב להשוות שניהם ולומר דכי מחלק הרב בין אותו דבר לשארי דברים היינו במקום ששייך בי' לא תבא אל ביתו לעבוט. ומשום לא ימשכנו הוא דאסור אבל בדברים דלא שייכי לא ימשכנו אלא בב"ד כמ"ש הריב"ש בפקדון בידו או ביד אחרים כ"ע מודו דמצי תפיס. ואין כאן מחלוק' וכבר הרגיש הש"ך גופי' דיקשה א"כ למה קאמר רבינו קלונימוס דעיכב זמורות אחרים מה בכך הא אין כאן לאו דלא תעבוט וכו' ולמה מיחו ע"י והוא חתר ליישבו דמה דגנב האריס מיד ר"ה הוה כזקף במלוה. ולא הועיל דמלבד דגוף הדבר אין שייך במה שהאריס גנב לר"ה ואמר לא פעל און באמרם בתר גנבא גניב דהאריס גנב לר"ה וא"כ איך שייך זקף במלוה וכי ירד עמו לחשבון כך וכך יש לי בידך וחייב אני לך דא"כ למה קראו רז"ל גנבא. אף גם לו היה כן מ"מ ר"ה דעיכב תחת ידו מה שהיה מגיע לחלק של אריס (כדאמרינן ל"א יהי"ב מ"ר שיבש"י לאריסי וכ"כ בני שמואל) בשביל מה שהאריס חייב לו בבירור מה לא ימשכן אלא בב"ד שייך כאן הא הוא תחת ידו ופשוט וכן בעובדא דמהרי"ק דקהל תפסו כלי קודש אשר לפי דבריהם נדבו הש"מ א"כ מה צורך מהרי"ק לכל הפלפול הא בזה לא שייך לא תבא אל ביתו. וכן בתשו' הרא"ש הנ"ל דאשה תפסה משל בעלה חפץ שאמרה שחייב לה מה לא תבוא אל ביתו יש באשה עם בעלה. ומה כל הרעש שהיה למהר"ם והרא"ש מהך דרבינו קלונימוס וכי ס"ד דב"ח יכול למשכן ללוה הא משנה שלימה הוא ומקרא מלא. והאריכות שלהם בזה יהיה הכל ללא צורך כלל דפשיטא בהך גוונא אסור. אלא ברור דדעת הרבנים האלה אפי' במקום דלא שייך לא תבוא אל ביתו

מ"מ כל שאין לו טענה על גוף החפץ לא שייך בי' עביד דינא לנפשי' ומ"ש הרבני' דוקא באותו חפץ אבל בשאר מילי לא דלא יחלוק ר"ן אמשנה לא ימשכנו אלא בב"ד וכו' כך פי' דאיירי ע"כ ר"ן בחפץ מבורר דאי איירי בחפץ שאינו שלו איך סתים ר"ן דעביד דינא לנפשיה הא יש מקום לטעות בב"ח ומשכנו בביתו דעובר על לאו כדתנן לא ימשכנו וכו' ואיך מסתם קסתם אלא ודאי דאיירי בחפץ שטוען עליו א"כ אין כאן מקום טעות כלל דבזה אינו במציאות לא ימשכנו בב"ד דשלו נוטל. וכן יש לפרש דזהו רק לישב דלא תימא ר"נ דקאמר סתם עביד אינש דינ' לנפשיה איך נאמר דכוונתו רק בטוען על חפץ שהוא שלו הלא סתמא קאמר ולכך מביא ראיה דמכל מקום צ"ל סתמא לאו דוקא דהא בב"ח ודאי דאסור למשכן כדתנן לא ימשכנו וכו' ועכצ"ל דלאו בכל מילי קאמר ר"ן רק לצדדין קתני וא"כ אף אנן נימא דלא אמר ר"ן רק בחפץ שהוא שלו. וכן משמע לשון מרדכי דאחר שהביא ראי' מהמשנה לא ימשכנו וכו'. כ' וראיה מפ"ק דברכות וכו' ולכאורה יתמה מה צורך עוד לראיה כיון דיש לו ראיה מהמשנה הנ"ל ולפמ"ש ניחא דעיקר ראיה אינה מהמשנה הנ"ל רק מהך דברכות רק הראיה מהמשנה דלא תקשי הא ר"ן סתמא קאמר ואיך אפשר לחלק בדבריו. וכן משמע בישו"ש ג"כ כמ"ש ע"ש: אלא דקשי' לי איך יחלוק ריב"ש אמהר"ם ורבינו קלונימוס דהחליטו דבחפץ אחר א"י לתפוס כלל. וכן יחלוק אתשוב' הרא"ש דכתב להדי' דאין לתפוס אפי' במקום מגו. ועוד יש לי ספק במ"ש הרא"ש בתשובה דזולת חפץ המבורר שהוא שלו לא עביד דינ' לנפשיה אפי' במקום פסידא וכן נר' דס"ל למהרי"ק דאל"כ מה האריך אם יש רשות לקהל לתפוס החפצים שם הא כל זכות הקהל היו שם בטענת קים ליה וא"כ לולי היו תופסין לא היו זוכים בדין כלל ואין לך פסידא יותר מזה כמ"ש הש"ך גופי' בס' תקפו כהן בסי' הנ"ל. וא"כ קשי' לי במה דאמרינן כתובות דף פ"ה דהיו ר"פ ור"ה תופסין בשל יתומים אף דלא היה להם תביעה על חפץ שתפסו רק בשביל חוב אחר והא אסור למיעבד דינ' לנפשי' ואף כי היה במקום פסידא דזולת התפיסה לא היו יכולים לגבות משל יתומים מה בכך הא אפי' במקום פסידא אסור. ול"ל דצורב' מרבנן שאני דאמרי' מ"ק דף י"ז עביד אינש דינ' לנפשי' והיינו אפי' במקום דלאינש אחרינא אסור. דא"כ בהך דברכות בהך דזמורות איך אמרו בתר גנבא וכו' הא צורב' מדרבנן היה ועכצ"ל דס"ל הנך פוסקי' דהך דמ"ק לענין נידוי אתמר דיכול לנדות לכבודו אבל לא לענין ממון וכפי' ר"ת שם. ולכך לא העתיקו הפוסקים הך דינ' דצורבא מרבנן אלא בי"ד בהלכות נידוי ע"ש ולא בכאן כי אין נ"מ לענין ממון. ואין חילוק לת"ח לשאר אנשים. וא"כ קושי' הנ"ל במקומו. ודוחק לומר דהם תפסו ברשות ב"ד שנתנו להם רשות לתפוס דבגמ' לא משמע כן. ולכן אפשר לומר

דס"ל להרא"ש וסייעתו לחלק כמ"ש מהרי"ק בתשו' הנ"ל בתחלתו בין תפיסה לעביד דינ' לנפשי' והוא דאם תפס החפץ ולא בא תיכף לב"ד לומר כך תפסתי וכך יש לי עליו ודונו לי כתורה רק מחזיק החפץ בידו הוא בכלל עביד דינא לנפשיה ואינו מותר כ"א באופנים הנ"ל אבל באם תופס ותיכף בלי עיכוב בא לב"ד ואמר מילתא כצורת' כך וכך היתי תופס ועשו אתי כתורה וכדין הראוי זהו אינו כלל בגדר עביד דינ' לנפשי' כי לא עשה דין לנפשי' רק תפס בשביל זכות שלו ותיכף בא לב"ד ובכה"ג היה תפיסה של ר"פ ור"ה הנ"ל כי תיכף לאחר תפיסה באו לב"ד ואמרו תפסנו שלא יהיה בכלל מטלטלי דיתמי ואתם דונו כד"ת. ובאופן זה מותר. וכן בעובד' דמהרי"ק דכל טענת הקהל הי' משום קי' ליה וטעמא של קי' ליה הוא משום דעביד אינש דינ' לנפשיה כמ"ש בעה"ת וכמש"ל בקונטרס הספיקות. וא"כ אילו לא מצי למיעבד דינ' לנפשי' אף טענת קים לי לא שייך בי' דכיון דלעצמו בלי הודע תיכף לב"ד לא מצי לתפוס כלל ולכך פלפל מהרי"ק דשייך בי' תפיסה. וא"כ היה אפשר לומר דגם הריב"ש מיירי בכה"ג דבא תיכף לב"ד ואמר דתפס ואין כאן מחלוקח בין הנ"ל. אבל מ"מ צ"ע כי קשה עלי לחדש סברא מה דלא מצאתי מבואר במחברי' קדמונים נבוני מדע:

ג **אבל יחיד כנגד רבים וכו'**. יש לדקדק דהרא"ש בתשובה כלל ו' דין כ"ו הוציא דין זה מהא דאמרי' ת"ח עביד דינ' לנפשי' במילתא דפסיקא ופי' רש"י דפסיק ליה הדין ידין ומוציא מב"ח בע"כ וכו' ומכ"ש דדבר דידוע לרוב ציבור דהוי כמו ת"ח. וזהו לפירש"י אבל לפי דהרא"ש גופו בפסקיו הסכים לפי' ר"ת דבמילתא דממון אין יכולת לת"ח לעשות דינא לנפשיה רק מיירי בענין נידוי וכבר העליתי לעיל דכן מוכח במהר"ם ורבינו קלונימוס דאל"כ הא ר"ה מצי למיעבד דינא לנפשיה בכל אופן. וכן הטור והמחבר לא הביאו הך דינא דצורבא מדרבנן רק בי"ד הל' נידוי ולא פה בח"מ כלל ואם כן כשל עוזר ואין לדין הנ"ל ראי' וצריך לדחוק ולומר דעיקר הטעם של הרא"ש משום מנהג דכך נהגו לפסוק ע"פ ונתן הרא"ש טעם למנהגם דסמכו על רש"י ואם כן אף דדעת הרא"ש דלא כפירש"י מ"מ אלו שקבעו לדין שלהם ביתד קבוע מפי' רש"י אין למחות כי יש להם על מה שיסמכו וצ"ע:

ד **קודם שירדו לדין** הסמ"ע ס"ק ה' הביא בשם ד"מ דהקשה תשוב' מהרי"ק אהדדי דבשרש א' כתב דצ"ל מבני עיר ובשרש ב' כתב אעפ"י שאינו מבני עיר וכתב הש"ך בס"ק ט' דעיין במהרי"ק ובשרש א' פסק לענין עביד דינא לנפשיה צריך להיות דוקא מבני עיר. אבל לענין שהקהל נקרא מוחזקין פסק בשורש ב' דא"צ להיות מבני עיר וכו' עכ"ל. ותמהני הלא בשרש א' כתב דלא היה רשות ביד קהל ווירצבורג לנגוש שכנגדם

בעש"ג דאע"ג דנהגו למסרב במסי' לנגושו בגוים הוא משום דצריך לפרוע תחילה ואחר כך לירד לדין וכו' ונמצא שזה אין רוצה לפרוע כמאן דלא צאית דין וכו' אבל בנדון זה שכבר נפרד מהם ר' משה ונתפרדה חבילתן ובטל השיתוף פשיטא שאין הדין נותן שיפרע קודם ירידתן לדין דהא לא שייך לומר בכה"ג קדר' דבי שותפי כו' דהא לא סמכי עלי' וזה א"צ אריכות וכו' עכ"ל. הרי דס"ל דא"צ לשלם תחלה קודם ירידתו לדין הואיל ונפרד מהם וכו' ואילו בשרש ב' פסק להדי' אפי' יצא מהעיר מ"מ לא בטל הדין דצריך לשלם תחלה ואח"כ ירדו עמו לדין וא"כ מה שייכו' יש לתי' הש"ך בענין עביד דינא לנפשיה בזה. אך לענ"ד נראה דבנדון השאלה בשרש ראשון כך היה כשהיה ר' משה נפרד מקהל ווירצבורג גם יושבי ווירצבורג נפרדו זה מעל זה בענין מסים וכל מה שהיה ר' משה מחויב ליתן לפי דעתם לא היה בא לתוך תיבת הקהל וקופה של ציבור רק היה נחלק לבין היחידים לכל אחד חלקו וא"כ לא שייך תו כאן קדירה דבי שותפי דכיון דיכול כל אחד לתובעו על חלקו ואין כאן חשש התרשלות. וזה נראה כשנדייק היטיב בלישני' דכת' בנדון זה שכבר נפרד ר' משה ונתפרדה חבילתן ובטל השיתוף וכך פי' שנפרד ר' משה ונתפרדה חבילתן של בני העיר שכל אחד נפרד מעל רעהו וזולת זה הפי' אין טעם לכפל הדברים אבל לפמ"ש ניחא. ולכך כתב דהא לא שייך בכה"ג קדירה דבי שותפי כו' דהא לא סמכי עלי'. ולולי פי' הדברים צריכין ביאור דלמה לא נימא קדירה דבי שותפי ולמה לא נימא דכל א' יסמוך על חבירו. מ"ש כשר"מ דר שם או נפרד אלא ברור דכיון למ"ש ושפיר קאמר הואיל ונפרדו בני עיר זה מזה לא סמיך חד אחברי' ולא מקרי קדירה דבי שותפי. אבל כשבני עיר בשותפו' מה בכך שאותו הנתבע אינו בתוך העיר מ"מ קדירה דבי שותפי היא לגבי בני עיר וצריך ליתן משכון תחילה כמ"ש בשורש ב' ונכון:

ה **אין צריך ליתן משכון**. לא הבנתי טעמו דמה בכך דפטור ממסים כיון דקיי"ל דבכל דבר ריב בין יחיד לקהל צריך יחיד ליתן משכון משום קדירה דבי שותפי וא"כ מ"ש ת"ח ומ"ש אינו ת"ח ומהר"ם מריזבורק שכ' דין זה אפשר דס"ל כדעת האומרים דכל אדם א"צ ליתן משכון רק לענין מסים וא"כ ת"ח שפטור ממסים אף משכון א"צ אבל לפי דפסק הרמ"א דבכל דברים צריך ליתן משכון. א"כ מה הבדל יש בזה בין ת"ח לשארי אנשים ודוחק לומר דכמו דיש חשש התרשלות ברבים כן יש בת"ח דטרוד בגירס' דא"כ הא דתנן אם אילן קודם קוצץ משום קדירה דבי שותפי נחלק ונימא אם שייך לת"ח לא יקוץ קודם נתינת דמי' ולכן צ"ע:

סימן ה

א **אסור לדון בשבת וי"ט וכו'** בגמ' דביצה דף ל"ו ע"ב פרכינן אין דנין והא מצוה קעביד לא צריכה דאיכא דעדיף מיני' ופירשו תו' לשיטת רש"י דהקושי' רק למה קחשבו בין אלו שאסרו משום רשות אבל באמת אף דליכא דעדיף אסור. ור"ת פי' דהקושיא למה באמת יהיה אסור הא ישנו מצוה ומשני דאיכא דעדיף אבל אי ליכא דעדיף באמת מותר. וכן פיר"ת גבי אין מקדשין ע"ש ולפ"ז בא"ח סי' של"ט הביא רמ"א דעת ר"ת ופסק בעת הצורך יש לסמוך ואפי' בכניסה לחופה יש להתיר כשאין לו אשה ובנים דהוא מצות פ"ו וא"כ ה"ה לענין דין בעת הדחק שעדי' חולין בשבת וי"ט ונוטין למות דמותר לקבל עדות אף דהוי כדין ודוקא ב"ד הגדול שבאותו עיר דליכא דעדיף מנייהו ואדרבה דעת רמ"א בתשו' סי' קכ"ד דבדין רש"י ג"כ מודה לפיר"ת ע"ש. (כי נוסח' שלו בגמ' לא היה כנוסח' שלנו דדייק דרש"י לא פי' בקושי' הגמ' על אין דנין והא מצוה קעביד ולמה קחשב ליה רשות כמו שפי' על קושית גמ' גבי אין מקדשין. ואלו בנוסח' שלפנינו באמת פירש"י כן ע"ש) וגם באמת התם יש להחמיר טובא דמלבד חשש שמא יכתוב יש חשש קונה קנין בשבת ע"ש משא"כ כאן:

ב **אין דנין בע"ש וי"ט**. כתב הסמ"ע בשם הר"ן דוקא לדון אבל לקבל טענות ולפסוק אחר שבת שרי. ולא ידעתי למה כתבו בשם הר"ן כי הם דברי תו' ורא"ש והטור בא"ע סי' ס"ד דכתבו מה שנהגו האידנא לכנוס ביום הששי משום דאין לנו ב"ד קבועים ומי שיש לו עסק מקבץ שלשה ומסדר טענתם לפניהם וזה יכול לעשות אפי' בשבת. ואם כן כ"ש בע"ש כמו שנראה דהטור כתב שם דנשאת בכל יום וכאן פסק דאין דנין בע"ש אלא דהטעם שכתב' בשבת מכ"ש בע"ש. אלא דיפה תמה לכאורה בעל ש"ג בפ' ז"ב דע"כ יש גם צד שכנגדו לפני ב"ד דאיך ישמעו טענות א' בלתי חברו שמוע בין אחיכם כתיב ואם כן הא יש חשש דשמא יכתבו הטענות. וצ"ל דלא כסמ"ע דכתב דחוששין שיכתבו הטענות כי זה לא חיישינן רק שמא יכתבו הפס"ד וכ"כ רש"י להדיא בביצה ולא כתב דיכתבו הטענות ואם כן כיון שאין שומעין רק הטענות ליכא חששא כלל. ואעפ"י שהתו' כתבו דגם בד"נ יש חשש שמא יכתבו ואילו התם לא כתבו פס"ד לק"מ בד"נ הוצרכו לכתוב דברי מזכין ודברי מחייבין כמבואר במשנה ופשיטא דיש חשש כתיבה אבל בד"מ דא"צ לזה דהוא יכול לחזור מזכות לחובה כ"ז שלא גמרו הדין ליכא חשש כתיבה. אך מ"מ פקפק בעל ש"ג איך אפשר לקבל טענות בשבת איך יטענו בשבת מילתא דממון הלא הוא בגדר ממצוא חפציך וכו' וצ"ל לדבריו אף דבגמ' קחשבו למצוה ופריך מצוה קעביד ולפי' ר"ת בדליכא עדיף מיניה מותר לדונו מ"מ שם אפשר דכבר טענו מע"ש וא"כ לגבי

דיין הוי חפצי שמים אבל דיטענו בע"ד בשבת טענתם בדבר ממון הא חפצי רשות הוא. ונראה דבאמת אם היה המשפט כבר למתמול שלשם פשיטא דאסור אבל אם נתחדש עכשיו בשבת והוא צורך שעה היום דאפשר דלמחר ילמוד טענות שקרים וכדומה מותר בשבת דכמה דברים כה"ג התירו בשבת ולכך מותר לטעון ט"ב בשבת דבשבת בעל וא"כ לא היה אפשר לו לטעון מקודם וגם אם יתמהמה יתקרר דעתו והיא תלמוד לשקר לומר מוכת עץ אני וכדומה ולכך מותר לסדר טענותיהם בשבת. וכתב הסמ"ע דאף דיכולים לקבל טענות בע"ש מ"מ אין יכול לכוף לשכנגדו שיבא לב"ד וכדאמרינן אין מזמנין לא בע"ש ולא בעי"ט. וקשה לדבריו עדיין קושי' הר"ן במקומו איך נושאים בה' בשבת הלא למחר א"י לבא לב"ד ואי דיבא לסדר טענתו הלא א"י כי אם במעמד האשה כהנ"ל דשמוע בין אחיכם כתיב ומהיכי תיתי תבא היא לב"ד כיון שאינה מחויב' והיא תרצה שיתמהמה הדבר כדי לפייסו ולקרר דעתו בשביל חשש זה היה עיקר תקנה להנשא בד'. ולכן נראה בדבר שנתחדש בע"ש ולא היה אתמול והוא צורך שעה אף מזמנין וכופין לבא לב"ד לשמוע הטענות ולכן ט"ב שנתחדש היום לאחר בעילה ואין להמתין פן יקרר דעתו מזמנין והראיה הא דקי"ל אין מזמנין בימי ניסן ותשרי אם כן אף אשה לא תנשא לא בחודש ניסן ותשרי א"ו בכה"ג דהוא צורך שעה ולא היה אפשר לדון בו מקודם דנין וה"ה בע"ש וע"יט דבהדדי קתני ליה בגמרא בפ' הגוזל ע"ש:

ג **אין דנין בלילה** כתב הסמ"ע ס"ק ד' דיליף ליה דכתיב ביום הנחילו את בניו וכתיב ושפטו העם בכל עת חד לתחלת דין וחד לגמר דין. וכן הוא באמת שם סנהדרין דף ל"ד ע"ב עכ"ל. אבל הרמב"ם בפ"ג מהל' סנהדרין הל' ג' ז"ל אין מתחילין הדין בלילה מפי שמועה למדנו שהנגעים כדינים שנאמר ע"פ יהיה כל ריב וכל נגע מה נגעי' ביום אף ריבי' ביום וכו': והקשה הכ"מ דר' מאיר הוא דס"ל הך היקיש' ולר"מ אפי' גמר דין פסול בלילה אבל לדידן דקי"ל כרבנן לא ילפינן הך היקישא רק מן ביום הנחילו את בניו ומן ושפטו העם בכל עת דכך אמרי' בגמרא רבא רמי כתיב ביום הנחילו וכו' וכתיב ושפטו העם וכו'. אלא כאן תחלת דין וכאן גמר דין. ואמרי' מתני' דלא כר"מ דיליף ליה מהיקיש' דריבי' לנגעים דלר"מ אפי' גמר דין פסול. ותי' הכ"מ דבגמ' אמרינן ור"מ האי ביום הנחילו את בניו מה דריש בי' מוקי ליה לשלשה שנכנסו כו' שלשה רצו כותבין רצו עושין דין שנים כותבין ואין עושין דין כו' א"כ לפי דקי"ל הך דינ' בג' שנכנסו וכו' א"כ הך ביום הנחילו באמת לכך אתא אם כן מנ"ל דתחלת דין ביום ש"מ דמהך היקישא דר"מ ילפינן רק הואיל וכתיב ושפטו וכו' ש"מ דגמר דין אפי' בלילה כשר עכ"ל. ודבריו באמת אמתי' בכוונת רמב"ם אך עדיין לא נתישב דרבא דרמי קרא

ביום הנחילו וכו' וקרא דושפטו ומוקי ליה חד לתחילת דין וחד לגמר דין ולמה לא משני כפי האמת לשיטת רמב"ם מהיקיש' וקרא דושפטו וכו' כמו שכתב הרמב"ם וגם מנ"ל לגמ' דהך משנה דא' דיני ממונו' דקתני דיני ממונות גומרין בלילה דלא כר"מ דלמא אף ר"מ ור"מ גופי' לא יליף הך היקישא דמה נגעים ביום רק לתחילת דין הואיל וכתיב ושפטו העם וכו' כמ"ש הרמב"ם. והא דמקשינן לפסול סומין היינו בשתי עיניו דבעין א' אף דבאמת בנגעים פסול מ"מ כאן אתרבי מן ושפטו דסומא בא' מעיניו לא גרע מגמר דין בלילה כמו שכתבו הרי"ף והרא"ש ועכצ"ל כך לרמב"ם דס"ל הך היקיש' לתחלת דין ומכשיר בסומא מא' מעיניו לתחלת דין ש"מ דאתרבי מן ושפטו כמו גמר דין בלילה. וכן דעת הגהת מיימוני דכתב טעמו של רמב"ם דסומא בב' עיניו דפסול דס"ל כר"מ וכוונתו הקישא דר"מ ריבי' לנגעים והא דמכשיר בעין אחת ההוא בכלל ושפטו כו' דמכשיר גמר דין וכ"כ הלח"מ דסומא בא' מעיניו בכלל קרא ושפטו כו' דמכשיר גמר דין ע"ש. וא"כ יהיה הך משנה כר"מ נמי. ודוחק לומר דא"כ הך משנה בנדה כל הכשר לדון וכו' דפוסל מיתורא סומא בא' מעיניו כמאן אתי' כיון דגם ר"מ מכשיר דלפי משמעות הגמרא לא מטעם זה אוקמינן כרבנן ולא כר"מ. אך קושי' זו יש לדחות. דבלא"ה יש לדקדק דאם ס"ל לרמב"ם הך הקיש' א"כ אין היקש למחצה ונימא כהיקיש' דר"מ מה ריבי' שלא בקרובים אף נגעים שלא בקרובים והרמב"ם בהל' נגעים פוסק כל נגעים אדם רואה חוץ מנגעי עצמו הרי דמכשיר קרובים לראיית נגעים. ולכן נר' דהרמב"ם אזיל לשיטתו דס"ל בהל' סנהדרין פ' י"א הלכה ז' דבד"מ אב ובנו מונין להם שנים והראב"ד השיג דה"ל קרובים וכתב הכ"מ וי"ל שדעת רבינו כי פסלינן קרובים לדין היינו דוקא שעומדים שם בשעת גמר דין כשאומרים איש פלוני אתה חייב ואיש פלוני זכאי אבל קודם לכן נושאים ונותנים עמהם וכו' עכ"ל ואע"ג דהכ"מ נתן טעם לרמב"ם דלכך מכשיר בתחילת דין בקרובים משום דד"ת חד כשר צ"ל לאו דוקא דהא הך גי' היה לרמב"ם בברייתא דד"מ מונין לאב ובנו לשנים וא"כ יקשה לרבא דס"ל ד"מ בשלשה ד"ת לשיטתו אלא צ"ל לאו דוקא הך טעמא. וא"כ ר"מ דמקיש נגעים לריבים לפסול קרובים ע"כ לגמר דין מקיש דתחלת דין אף בריבים גופא קרובים כשרים וא"כ שפיר אמרינן דמתני' דלא כר"מ דל"ל דמודה ר"מ דגמר דין כשר בלילה רק כל היקישא לתחלת דין דא"כ דקרא מיירי בתחלת דין איך יליף לפסול קרובים בנגעים דהא הקיש' איירי בתחלת דין ואף בריבים כשרים קרובים. וע"כ דס"ל ר"מ דההיקש לגמר דין קאתי. ולכך הרמב"ם דס"ל כמסקנא דלא אתי' הקישא רק לתחלת דין באמת מכשיר קרובים בראית נגעים דל"ל מהקישא דריבי' כהנ"ל דאף בריבים כשרים קרובים בתחלת דין וא"ש ודוק: ואין להקשות לשיטת

הרמב"ם מה פריך הגמ' ולר"מ ביום הנחילו כו' ל"ל דילמא אף ר"מ ס"ל דמהיקש ריבי' הוה ילפינן רק לתחלת דין כמו לרבנן ולכך איצטריך ביום הנחילו וכו'. א"כ תרתי ל"ל אלא אף לג"ד דפסולי. די"ל קושי' הגמ' כך א"כ דלר"מ ההיקש לאו הן לג"ד והן לתחלת דין קאתי רק למחצה א"כ אף השתא דכתיב ביום הנחילו וכו' דמוכח אף לג"ד צריך יום מ"מ דילמא הא דהקישן הקרא ריבי' לנגעים לאו לג"ד הקישן רק לתחילת דין הקישן ונ"מ דאין קרובים פסולים בננעים ומנ"ל דנימא מקיש נגעים לריבים לג"ד דילמא מקיש נגעים לריבים לתחלת דין וא"כ אף קרובים כשרים וביום הנחילו קאתי לגמר דין. ומשני הגמ' ההיא לדר"י וכו' דשלשה שנכנסו לבקר וכו' וא"כ דקרא אתי לקבלת עדות ש"מ דלתחלת דין קאתי כמ"ש התו' להדיא שם ד"ה יום. ולכך כתיב אצל הנחילו דמורה על עדות (וכצ"ל לתו' שם) וא"כ דאתי יום הנחילו על תחלת דין ש"מ דריבים לנגעים קאתי על גמר דין לפסול בלילה וא"כ אף להיפוך מקשינן נגעים לריבים דג"ד דפוסל קרובי' וא"ש דדברי הגמ' מיושבים:

אך אין זה מעלה ארוכה לקושיא ראשונה דלמה קאמר רבא מהך קרא דביום הנחילו וכו' ולא מהך היקישא וקרא ושפטו כדברי הרמב"ם. ונראה דאם אמרינן כדעת הרשב"א וכ"מ לעיל בסי' ג' דס"ל לרבא דלא כר' אחי דד"ת חד כשר כפשטא דלישנא דגמ' ועיין מש"ל היה לנו תי' מרווח. דהא יש להבין באמת למה ס"ל לרבא דהיקישא דריבים לנגעים קאי על גמר דין ואיצטריך לדחוק דהך קרא ושפטו כו' לאתויי יום מעונן ולא דריש כפשוטי' דאתא להורות דגמר דין בלילה כשר דכיון דחזינ' לשיטת הרמב"ם אף לרבנן ס"ל היקישא ומ"מ דרשו רק לכתחלה ולמה דרשו ר"מ לגמר דין ובמה קמיפלגי. ונראה לומר דהתו' בב"ב הקשו לר"מ דפוסל דין בלילה מהיקיש' ל"ל קרא ביום הנחילו ולשיטת הרמב"ם לק"מ דלולי קרא ביום הנחילו ה"א היקישא אתא לתחילת דין וכן ביום הנחילו בניו לבד ג"כ ה"א לתחלת דין אבל השתא דאיתנהו לתרווייהו חד לתחלת דין וחד לגמר דין אתיא ובכולם צ"ל ביום וכמ"ש כי כך היה קושי' הגמ' דלמא ביום הנחילו לג"ד וריבי' לנגעים לתחילת דין ומנ"ל לפסול קרובים בנגעים ומשני הגמרא דקאי על ביום אתה מפיל נחלו' דקאי בעדו' כמ"ש התו' וע"כ איירי בתחילת דין והיקישא בג"ד ושפיר מקשינן נגעים לריבים לפסול קרובים. אבל הרמב"ן בחידושיו תי' דקרא אתיא להורות דאין עד נעשה דיין כדאמרי' ביום הם יכולים להנחיל כי לא תהיה ראיה גדולה משמיעה אבל בלילה הם א"י להנחיל שאין עד נעשה דיין וכתב דהא דאמרינן בכל דוכתי' אין עד נעשה דיין מהך קרא ילפינן. אבל הרשב"ם וכן התו' ס"ל דאין עד נעשה דיין נפקא לן מהך קרא ועמדו שני אנשים אשר להם הריב לפניהם דבעדים משתעי קרא

וקאמר שהם יעמדו לפני דיינים ולא שיהיו הם העדים דיינים משום דאין עד נעשה דיין. אך א"כ לכאורה קשה עדיין ביום הנחילו ל"ל ואי להורות דאין דנין בלילה בתחילת דין הא מהך קרא דועמדו מוכח דאל"כ איך יתכן דהעדים אינן יכולים להעיד הא לא תהיה ראיה גדולה מן שמיעה ואי אתה מוצא רק שראהו בשעה שא"י לדון ואי דנין אף בלילה אין כאן שעה במציאות שאין יכולים לדון והוי תמיד לא תהיה ראיה גדולה משמיעה ואין עד נעשה דיין היכי משכחת ליה וע"כ צ"ל דתחילת דין בלילה פסול ושפיר ישנו במציאות דראוהו בלילה. אך י"ל דלעולם בלילה כשר לדין אילו ראו שלשה באמת אף בלילה נעשים דיינים רק מירי ששנים ראו העדות וא"כ אף אם ראו ביום כיון דצריכין להעיד בפני השלישי הוי ליה עד המעיד ואינם נעשים דיינים כדאמרינן בשנים אפי' ביום כותבין ואין עושין דין. וקמ"ל הך קרא דאין עד נעשה דיין. אך זהו אם ד"ת בעינן שלשה אבל אי ד"ת חד נמי כשר לדון הדר' קושי' לדוכתא דאיך אפשר דשנים לא ידונו לא תהיה ראיה גדולה משמיעה (ואי אינם סמוכים בלא"ה א"י להיות דיינים ואין ענין לעד נעשה דיין דהא ד"ת בעינן סמוכים) והנה ר"מ דאמר אי מה ריבי' בג' יכול אף נגעים בג' ת"ל אל אחד מבניו ש"מ דס"ל מהתורה בעינן שלשה דיינים ודלא כר' אחי ופשוט וא"כ א"ש דר"מ ס"ל דאין עד נעשה דיין ילפינן ליה כפי' רשב"ם מהך קרא ועמדו שני אנשים וביום הנחילו אתא להורות דדין צ"ל ביום ולא קשה הא מהך דועמדו כו' ג"כ מוכח דעכ"פ תחילת דין צ"ל ביום דאל"כ לא תהיה ראיה גדולה משמיעה ואם כן ביום הנחילו ל"ל דהא ישנו במציאות בשנים שראו עדות וד"ת בעינן ג' דיינים וכיון דהם צריכין להעיד לג' ה"ל עד המעיד ואינו דיין וא"כ קשה ל"ל הקישא וע"כ אף על גמר דין דפסול בלילה ולכך ס"ל לר"מ דגמר דין נמי פסול והקישא לגמר דין אתא. אבל אנן דקי"ל כר' אחי וכמו שפסק הרמב"ם דד"ת חד כשר א"כ ל"ל דקרא דועמדו מורה דאין עד נעשה דיין כפי' רשב"ם דא"כ ביום הנחילו מיותר דהא מהך דועמדו מוכח דבלילה פסול תחילת דין דאל"כ לא תהא ראיה גדולה וכו' ושנים יכולים להיות דיינים ומהקישה נילף גמר דין וא"כ ביום הנחילו מיותר ועכצ"ל דלא כפי' רשב"ם דלא ילפינן כלל מהך ועמדו כו' דאין עד נעשה דיין רק מקרא ביום הנחילו כפי' הרמב"ן וא"כ שפיר אמרינן דהקישא אתא לתחילת דין וביום הנחילו אתי ללמד דאין עד נעשה דיין. ואילו לא הוה הקישא הוה דרשינן ביום הנחילו לכפשוט' דאין דנין תחילה בלילה ואין עד נעשה דיין לא הוה ידעינן ולכך תרווייהו צריכי. אבל לעולם גמר דין כשר דכתיב ושפטו בכל עת. והן הן דברי הרמב"ם ז"ל ולא קשי' מידי:

ומעתה גם דברי רבא נכונים דרבא ס"ל דלא כר' אחי כהנ"ל וס"ל דד"ת בעינן שלשה

וא"כ אילו דרשינן הקישא אף לדידן קשה תרתי ל"ל דגם רבא ס"ל דעד נעשה דיין נפקא לן מועמדו כנ"ל לר"מ ולכך ס"ל לרבא דרבנן לא דרשו הקישא ובהא נחלקו ר"מ וחכמים אלו דרשו הקישא ואלו לא דרשו דאילו גם חכמים דרשוהו במה קמיפלגי ר"מ ורבנן כמש"ל בקושיא דל"ל כמ"ש דפליגי אי חד כשר דלרבא לכ"ע חד פסול ד"ת ולכך ס"ל דנחלקו בעיקר דרש' הקישא. ולרבנן לא מקשינן כלל ולכך אמר רבא מהך ב' קרא ביום הנחילו ושפטו בכל עת ולא הזכיר כלל הקיש' דריבים לנגעים דלרבנן ס"ל לא אמרינן הקישא כלל. אבל לדידן דקי"ל דלא כרבא ס"ל לרמב"ם הך הקישא לעיקר מטעם שכתב הלח"מ דבספרי נשנה הך הקישא בלי מחלוקת. ועוד יש לומר בדרך יותר קצר ופשוט והוא דלתי' הרמב"ן דפי' דקרא ביום הנחילו אתי להורות דאין עד נעשה דיין וכך פירושו של מקרא ביום עידי צוואה מנחילין כי המה דיינים ובלילה אינם מנחילין כי א"א להם לדון ודבר זה לכאורה בלתי מובן וכי פסיקא לי' לקרא דעידי צוואה הן שלשה שנאמר בי' דביום הם מנחילין כי המה נעשו דיינים ואולי יהיו עידי צוואה רק שנים וא"כ אף ביום לא יהיו רשאים להיות דיינים כדאמרינן שנים אפי' ביום כותבין ואין עושין דין. וא"כ איך כתבה התורה סתם ביום ינחלו וידונו אולי הם רק שנים דאטו תלתא כתיב בי' בהך ענינא. אמנם צ"ל דדברי רמב"ן סובבים והולכים למ"ד דד"ת חד כשר כר"א וא"כ שפיר נכתב ביום לעולם אתה מנחיל דאין בעדים בפחות משנים והן הן דיינים (ומיירי מראוי להיות דיינים ולמ"ד ע"פ מיירי מומחי' כי לולי זה בלא"ה פסול וזה פשוט) דאפי' חד כשר לדון ומכ"ש שנים אבל בלילה לא דאין עד נעשה דיין ופשוט. וא"כ א"ש דר"מ דס"ל דד"ת צריך להיות ג' כהנ"ל וא"כ ל"ל דקרא ביום הנחילו אתי לדרש' דרמב"ן דקשיא איך פסיקא ליה דביום ידונו אולי העידי צוואה הם רק שנים ועכצ"ל דלא כרמב"ן רק אתי כפשוטיה דבלילה תחילת דין פסול וקשה א"כ הקישא ל"ל אלא להורות דאף גמר דין בלילה פסול וכן רבא דס"ל ד"ת בעינן שלשה ג"כ לא ס"ל כפי' הרמב"ן וא"כ א"א לחכמים דפליגי אר"מ דידרשו הקישא לתחילת דין דיקשה ביום הנחילו ל"ל וע"כ דלא ס"ל הקישא כלל. אבל לדידן דקי"ל דד"ת חד כשר כר"א וא"כ שפיר י"ל כסברת הרמב"ן דביום הנחילו מורה דאין עד נעשה דיין דביום ודאי ידונו אפי' הן שנים כמש"ל ושפיר אמרינן דרבנן אית נלהו הקישא רק אתי' לתחלת דין ולא קשי' ביום הנחילו ל"ל דאיצטריך להורות דאין עד נעשה דיין ולק"מ:

אך לפמש"ל בסי' ג' דאף רבא ס"ל כר' אחי דחד כשר בד"מ. נסתר מש"ל בישוב דברי רבא אף שמ"ש בישוב ר"מ דלמה הוא ס"ל דכל הקיש הוא בגמר דין נמי יש לו מקום ופנים בהלכה אבל בדברי רבא א"א לאמרו. והיה נראה בדרך אחר והוא דדעת רשב"ם

בב"ב דהך דעד נעשה דיין תלוי בהך דאמרינן גבי נמצא אחד מהן קרוב או פסול דכל העדות בטל דתלי' אי נתכוונו להעיד או לא אף זהו כמוהו דאם נתכוון להעיד הרי זה עד ופסול לדין אפי' ראהו ביום. והתו' ויתר מחברים השיגו עליו דהקושיא לא תהיה ראיה גדולה משמיעה במקומו ולכך העלו דלענין עד נעשה דיין אף בנתכוון להעיד אינו פסול לדון בראה ביום כי לא תהיה ראיה גדולה וכו'. ועיין לקמן סי' ז' בב"י. אך עדיין יש מקום טעות לומר בהפוך כמו לענין קרוב או פסול אף דראה הפסול והעיד בב"ד מ"מ כל שלא נתכוון להעיד אינו פוסל הכשרים ש"מ דלא קרוי עד הואיל ולא נתכוון לעדותו אף דהעיד בב"ד וא"כ נימא אף לענין זה כי אין עד המעיד פסול לדון אלא כשנתכוון להעיד דקרוי עד אבל כשלא נתכוון להעיד דאינו קרוי עד כלל אף דהעיד בב"ד אף לענין זה אינו קרוי עד דיכול לדון דמ"ש וכמ"ש הרשב"ם דזה בזה תלי' אמנם מהא דכתיב ביום הנחילו וכו' דהורה לנו התורה דבלילה א"א להנחיל כמ"ש הרמב"ן בחדושיו לב"ב הנ"ל ש"מ דבכל גוונא אפי' לא נתכוונו להעיד אין נעשה דיין דאל"כ אף בלילה יכולים להנחיל כשנכנסו לבקר כמבואר בגמ' וכמ"ש הרשב"ם. ועיין שם ברמב"ן דדעת רבו דביום בנתכוונו להעיד ואין שם עדים אחרים לא הוו דיינים וא"כ מכ"ש די"ל בהפוך דבלילה הוא דפסולים בנתכוונו להעיד אבל לא זולת ובהכי יתיישב מה שדייק הרשב"ם למה נאמר נכנסו לבקר ולא סתמא ולשיט' החולקים על רשב"ם לא מצינו ישוב על דקדוק זה אבל לפמ"ש אפשר ליישבו דקמ"ל אפי' לא נתכוונו להעיד רק לבקר מ"מ בלילה דלא שייך בי' לא תהא ראיה גדולה וכו' פסולין לדון ולא תטעה דכ"ז דלא נתכוונו אין כאן עדות. אך זהו לרבי דמחלק בין כוונו לעדות או לא גבי נמצא קרוב או פסול אבל לר' יוסי החולק וס"ל דעד הרואה פסול ואין חילוק בין כוונתו למחזי או להעיד א"כ אין כאן מקום טעות דמ"ש לבקר או להעיד או דמכשר בכלל או דמפסל בכלל. וא"כ ליכא למימר דקרא לכך אתא (ומ"מ בדברי ר"י יש ליישב כן דנקט לבקר להורות דלא נטעה כהנ"ל אע"פ דס"ל לר' יהודה אמר שמואל הלכה כר' יוסי מ"מ הך מלתא רב אמרה ואע"פ דהתו' הקשו כן היינו לרשב"ם דקאמר לדינא כן א"כ לא ה"ל לר"י לומר כן כיון דאיהו לא ס"ל. אבל כאן דנקט לבקר דלא נטעה שפיר י"ל כן דנקט לרב דס"ל הלכתא כרבי כנ"ל) והנה בסנהדרין דף ל"ט ע"ב מוקי רבינא דהוא בתרא ר"מ כר' יוסי ורבנן כרבי ע"ש. ולפ"ז א"ש דרבי מאיר ס"ל דל"ל הקיש' דריבים לנגעים אתי' לכתחילה. דביום הנחילו ל"ל. ול"ל דאתיא להורות דאין עד נעשה דיין דהא שמעינן ליה מועמדו וכו'. ול"ל כהנ"ל דה"א דוקא בנתכוון להעיד. דלר"מ דס"ל כר"י ליכא הבדל בין נתכוון לשאינו נתכוון כהנ"ל אבל אנן דקיי"ל כרבי דבעינן דוקא לאסהודי שפיר יש מקום לטעות כנ"ל

ואיצטריך קרא דביום הנחילו להורות בכל גוונא עד אינו נעשה דיין בראהו בלילה. ואם כן לאו מיותר ואמרינן דהקישא דריבי' אתא להורות על תחלת דין. ומעתה גם דברי רבא נכונים דרבא מוקי בדף הנ"ל פלוגתא דר"מ ורבנן בחוששין ללעז אבל לא פליגי כלל בפלוגתא דר' יוסי ורבי. וא"כ אי ס"ד דיש לומר ההיקש לתחלת דין מ"ט דר"מ ובהא לא יחלוק ר"מ וחכמים אלא ע"כ דרבנן לא ס"ל הקיש כלל ואם כן שפיר קאמר דרמי קרא ביום הנחילו את בניו. ושפטו העם בכל עת ולק"מ. דאנן קי"ל כרבינא דהוא בתרא דר"מ וחכמים פליגי בפלוגתא דר' יוסי ורבנן ושפיר י"ל כהנ"ל. ובהא י"ל מה דקשיא ליה לרמב"ם כמ"ש הלח"מ ובני שמואל מהך דפרק מצות חליצה דף ק"ד מחלוקת ת"ק ור' אלעזר אי חליצה בלילה פסולה או כשרה וקאמר הגמ' לימא דקמפלגי אי מקשינן ריבים לנגעים או לא לא דכ"ע לא מקשינן דאי מקשינן אפילו ג"ד נמי אלא קמיפלגי מ"ס חליצה כתחלת דין ומ"ס כסוף דין ע"כ. ולדברי הרמב"ם מה זו שהחליט הגמ' אי מקשינן אפילו גמ"ד נמי דהא רבנן מקשינן וס"ל דוקא לתחלת דין ולא לגמר דין כדעת הרמב"ם ובאמת אין זו כ"כ קושיא חזקה על הרמב"ם דבלא"ה הקשה הרשב"א בחידושיו על הגמ' דמה קאמר אי מקשינן אפילו גמר דין נמי ומה בכך דלמא באמת ס"ל לר"א דמקשינן ובאמת גמר דין ג"כ פסול בלילה וס"ל כר"מ דאף גמר דין צריך להיות ביום מהקישא דריבים לנגעים. והניחו בצ"ע ע"ש. וצ"ל בישובו דקושית הגמ' א"כ אדקמפלגי בחליצה ליפלגו בדינים דעלמא אי גומרין דיני ממונות בלילה או לא. א"ו דלא פליגי רק בחליצה וא"כ אף להרמב"ם ניחא דהגמ' ס"ל בס"ד דחליצה וודאי לג"ד דמי וא"כ קאמר בהך פליגי מ"ס מקשינן ריבים היינו אפילו על ג"ד ומ"ס לא מקשינן לג"ד רק לתחלת דין ולשון מקשינן לאו דוקא רק הרצון אי לגמרי מקשינן אפי' לג"ד. וע"ז קאמר הגמ' דלא ס"ד דא"כ. ע"כ דגם גמר דין פסול א"כ ליפלגו בדינים דעלמא כנ"ל. אך לפמ"ש י"ל בישוב קושית הרשב"א תי' נכון וחיליה דרמב"ם מהך דכבר העלנו לעיל דודאי בהך סברא אי ההיקש דריבים לנגעים לגמרי אף לג"ד או שהוא רק על תחלת דין לא יחלקו חכמים ור"מ רק ר"מ ס"ל דבשביל כך אף ג"ד פסול בלילה דביום הנחילו ג"כ ממעט לילה כנ"ל. ול"ל דאתא להורות דאין עד נעשה דיין דהא כבר נלמד מן ועמדו כנ"ל. אך לפי דעת רש"י והסכים עמו הרמב"ן וכן כתב הש"ע לקמן בסי' ז' סעיף ה' דאם הוזמנו להעיד אסורים לדון והרמב"ם נראה דלא ס"ל כן דפסק דאין עד נפסל לדיין רק בהעיד בב"ד. וא"כ לשיטתו קשה דילמא לכך איצטריך ביום הנחילו להורות דאפילו הוזמנו לעד מ"מ ביום אתה מנחיל ודלא כרש"י וסייעתו. אך לכאורה אין לזה מקום דהיכי רמיזי דאיירי בכה"ג דהוזמנו ואף דכתיב ביום הנחילו עדיין לא שמענו דאם באמת הוזמנו דיכולים

להנחיל אפי' ביום אך התו' בב"ב דף קי"ג ע"ב ד"ה אורעה כו' כתבו דהתורה ע"כ לא איירי אלא בקנין או לריב"ב דאמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין. ואם איירי בקנין ע"כ הם העדים המנחילים שקבלו הקנין דאי איכא עדי קנין אחרים עדים אחרים צריכין להעיד כי המה שקבלו הקנין וא"כ אין המה עדים ופשוט בלישנא דהן הן העדים והם נעשים ביום דיינים וא"כ הם שקבלו קנין הלא הם מזומנים והשתא באומר להם א"ע ס"ל לרש"י דהוו מזומנים ומזה הוכיח רש"י דש"מ אצ"ל א"ע ע"ש ברשב"ם ורמב"ן ומכ"ש בקנו מאתו וא"כ שפיר נשמע מקרא דאף דקבלו קנין והן מזומנים מ"מ ביום מנחילין ועושין דין ומוכח דלא כרש"י. אך עדיין אין בקרא הכרע די"ל כריב"ב וא"צ קנין ואמרינן בב"ב וגם בגמ' דגיטין דף י"ד ע"ב המחלק נכסיו ע"פ ר"א אומר א' בריא וא' ש"מ נכסים שיש להם אחריות בכסף ושטר וחזקה ושאין להם אחריות במשיכה וכו' ופי' רש"י על פיו ע"פ צוואתו מחלק נכסיו לבניו ולא כשאר מורשים שחולקים היורשים בשוה עכ"ל. מזה מבואר דלא ס"ל לר"א כריב"ב דלריב"ב המחלק נכסיו לבניו אפילו הרבה לאחד ד"ת מתנתו קיימת ופשוט (וע"ש בתו' דהעלו דגרסי' ר' אלעזר ולא ר' אליעזר ע"ש. ולפ"ז א"ש דגמ' ס"ד דבהך הקישא פליגי ת"ק ור' אלעזר אי מקשינן ריבים לגמרי אף לג"ד או לא וקאמר הגמ' לא דכ"ע ת"ק ור"א ס"ל דלא מקשינן לענין ג"ד דאי ס"ל לר"א מקשינן א"כ לכ"ע יהיה ג"ד פסול דהא בהך סברא אי ההיקש אף לג"ד או לא לא יחלקו חכמים ור"א כלל. ול"ל דלכך ס"ל דאף ג"ד פסול משום יתורא דביום הנחילו דהא איצטריך לאפוקי מדעת רש"י דבהזמינו אף ביום לא ידונו ול"ל היכי רמיזי דהא שפיר הדבר כמעט מוכרח דהא הם עדי קנין ול"ל כריב"ב דהא ר' אלעזר לא ס"ל כריב"ב כהנ"ל בשלמא ר"מ ס"ל כריב"ב וא"כ לא יוכרע מהקרא דאיירי בהזמינו וא"כ ביום הנחילו מיותר כנ"ל משא"כ לר"א וא"ש. ומיושב כל הקושיות ודוק:

מכל הנ"ל נראה דכיון דתחלת דין ילפינן מהקישא דריבים לנגעים דאין להכשיר בתחלת דין בהדלקת נרות כמ"ש הסמ"ע דהא פסולים לראיית נגעים וכבר השיגו הש"ך בס"ק ד' ובאמת לא מצאתי לדברי הסמ"ע סעד ועזר זולת בהלכות מגילה שהביא הב"י בשם מ"כ דהא קיי"ל סעודת פורים שאכלה בלילה לא יצא י"ח דכתיב ימי משתה ושמחה אם מדליק נרות בלילה הוי כעין יממא מותר לאכול בלילה הרי דזה נקרא יום דהא כתיב ימי משתה כו'. אבל גם לזה אין שרש בגמ' ועיין מ"ש שם:

ד **וי"א אם עברו וכו'** זהו דעת רשב"ם דיליף לי' מירושלמי סנהדרין וז"ל דנין ביום וכו' מנלן דכתיב ושפטו העם בכל עת ואית קרא לשעבר אלא אם טעו ודנו בלילה דיניהם דין וכו' עכ"ל ומזה יליף רשב"ם דינו והתו' בפ' מצות חליצה כתבו דהקושיא אינו מובן אלא

צריך להפוך דמתחלה אמר שאם דנו בלילה בטעות הוי דין וע"ז קאי הקרא ושפטו וכו' וע"ז פריך ואית קרא לשעבר הרצון וכי ידבר הקרא בעברו וטעו ועשו שלא כדין. ולכך חזר בו ומוקי לי' בג"ד דכשר בלילה כסוגיא דגמ' דידן. וא"כ ליתא לדינו של רשב"ם ועוד טעם אחר דאף דנימא כן ס"ל לירושלמי כיון דסוגי' דגמ' דידן מוקי לי' לג"ד בלילה דברי תלמוד שלנו עיקר. ועוד הקשו עליו מהך דפ' מצות חליצה דאמרינן לר"א חלצה בלילה פסולה משום דלתחלת דין מדמי לי' ולדברי הרשב"ם הא גם זה בדיעבד כשר. ונראה ליישב דבקרא דפ' יתרו כתיב ב"פ ושפטו את העם בכל עת א' באמירת יתרו לברר דיינים ואמר ושפטו וכו' ואח"כ במעשה שעשה כן משה ושפטו העם בכל עת ועל הך א"ש דכתיב ושפטו בקמץ ולא כתיב ישפטו דהתורה אמר דכך עשו דשפטו העם בכל עת זולת דבר קשה דהביאו אל משה אבל על ושפטו הראשון שאמר יתרו דפי' שישפטו כאשר יברר אותן משה כמ"ש רש"י וידונון א"כ אם לא נאמר ושפטו לשון עבר ה"ל למימר לשון להבא וישפטו בכל עת ולא בלשון עבר וע"ז משני דלכך כתיב בהך לישנא להורות דאי טעו ושפטו בכל עת אפילו תחלת דין דכשר. אמנם הא דילפינן דג"ד כשר ילפינן מן ושפטו העם בכל עת שני'. וא"ש דלא תיקשי תרתי ל"ל אלא חד לג"ד וחד לענין אם טעו ואין כאן סתירה לדברי תלמוד שלנו כלל. מה שהקשה הרמב"ן מפ' מצות חליצה ג"כ לק"מ דכיון דחליצה דמי לתחלת דין ומהתורה בעי דוקא יום א"כ הוי כאילו נכתב בחליצה שיהיה ביום וא"כ אף דבדין בטעה כשר מ"מ בחליצה כתיב ככה דכל מעשה באיש מעכב כמבואר במשנה וא"כ אף זו מן המעכבים. אף דבדינים בדיעבד כשר ולק"מ. ויש קצת ראיה לדברי רשב"ם מהא דטרח רבא בסנהדרין דף פ"ז ע"ב למצא בד"מ מחלוקת שהיה הזקן ממרא מחולק עם ב"ד הגדול שיהיה זדונו כרת וכו'. וקאמר מחלוקת בין ר"א לשמואל שהוא מחלוקת אמוראין ולא קאמר בפשוט בהך פליגתא דר"מ וחכמים שדנו גמר דין בלילה והוציאו ממון בפסקם ונתנו לבע"ד והוא קידש בו אשה לר"מ הוי גזל ולרבנן הוי ממון מעליא. א"ו דזהו בדיעבד לכ"ע הוי דינו דין. ומדר"מ בגמ"ד נשמע לחכמים בתחילת דין. ויש לדחות דהא הוא ביקש ליישב הברייתי' אליבא דר"מ עיי"ש:

ה **ואם ישבו סמוך למנחה קטנה מפסיקין** צ"ע דכאן סתם הרמ"א כן ובא"ח סימן רל"ב הביא דעת הרז"ה דאפילו סעודה גדולה מותר סמוך למ"ג וא"כ הא דתנן במשנ' לא לאכול ולא לדון היינו סמוך למ"ק ומ"מ תנן במשנה ואם התחילו אי"מ ש"מ אפי' סמוך למ"ק אי"מ ואיך סת' הרמ"א כאן וצ"ע:

סימן ז

א **הרי זה פסול לדון לישראל.** בכה"ג האריך דאיך היו שמעיה ואבטליון שלפי דעת רמב"ם בהקדמתו לספר מדע היו גרים גמורים וכן משמע בעדיות דוגמ' השקוהו סנהדרין זה נשיא וזה אב"ד ומזה העלה דהצבור קבלוהו עלי' לרוב חשיבות' ובקבולהו עליה מותר ע"ש שהאריך ולפי דבריו צ"ל אם קבלוהו חשובי עדה אע"פ שאין רוב צבור מסכימים הוי כקבלוהו עליה ויכול לדון דאטו בשמעיה ואבטליון הסכימו רוב ישראל בכל מקומות א"י וח"ל זהו מהנמנע אלא הואיל והסכימו סנהדרין וראשי חכמים וכה"ג בימים ההם הוה כקבלוהו כל ישראל עליהם אלא שאני חוכך דכי מהני קבלוהו עליו בד"מ דהרי יכול להפקיר ממונו וליתנו למי שרוצה ואף הוא יכול לומר הריני מתרצה לכל מוצא פיך אם ליתן או למחול וכדומה אבל בד"נ שאין רשות ביד אדם לומר הרגוני וא"כ פשיטא דלא שייך בי' קבלה וכי יכול אדם לומר הריני מכשיר קרוב או פסול ואם יחייב ראשי להריג' יקטלוני זהו אין בידו וכל טיבו של ב"ד הגדול בירושלים לדון ד"נ דין זקן ממרא ודכותיה וד"מ לא היו דנין ממש כלל וא"כ עדיין הקושיא איך יהיה מקהל גרים ראשי סנהדרין. ולכן צ"ל או דמלך שאני כיון דרשות ביד מלך להמית ולהרוג לתקון מדינה כמ"ש הרמב"ם בהל' רוצח ע"ש אף הוא אם רואה אדם גדול בתורה ומדע יכול למנותו לראש לדון אפי' ד"נ כי אתו דבר חוק ומשפט וכן אמרו דריש גלותא יכול ליתן רשות אפי' למאן דלא גמיר וסביר כולי האי והכל מטעם חוק המלך כמ"ש הריב"ש עיין לעיל ס"ג וא"כ שמעי' ואבטליון נתמנו מפי מלך כי בימיהם היה מלכי חשמנאים הכשרים ויכולים לדון בכפי' כי יד המלך היה עמם או שנאמר כי באמת אלו היה בא דיני נפשות לא היו דנים ולא נתמנו לכך רק למקבלי שמועה ובירור הלכה בתורה שבע"פ לעוצם חכמתם ובינתם ויראתם הקודמת ובזו היו נשיאים ואב"ד ולא לדון דיני נפשות וצ"ע:

ב **בשתי עיניו פסול** הסמ"ע נתן טעם דהוי כמו לילה וכתב הע"ש נתן טעם משום דמקשינן ריבים לנגעים ולא דק דהך מילתא דר"מ יחידאה הוא ואני תמה דהסמ"ע גופי' הביא דברי הרי"ף דלכך סומא באחת מעינו כשר משום הואיל וג"ד בלילה כשר הסומא ביום כשר והא הקשה הרז"ה דמה צורך לזה כיון דלא קיי"ל כר"מ להקיש ריבים לנגעים מה"ת לפסול סומא בחד עינו ותי' הרמב"ן במלחמתו דאף לרבנן מקשינן ריבים לנגעים רק דלכך דנין ג"ד בלילה משום דהתורה מיעטו מן ושפטו העם בכל עת כמו דמיעט לר"מ מן ושפטו העם יום מעונן אבל להך הקישא דסומא לא נתמעט ולכך נתן הרי"ף טעמו משום דסומא בא' מעינו נלמד מכ"ש דג"ד בלילה וא"כ אף הוא בכלל המיעוט דשפטו

העם בכל עת הרי דלענין סומים בשני עיניו הדרן להקישא כמ"ש הע"ש. והרמב"ן ז"ל דייק גם זה מדברי רש"י ע"ש וכן דעת הגהת מיימוני כמש"ל סי' ה' ס"ק ג' דכתב על מ"ש הרמב"ם סומא בב' עיניו פסול דהוא כר"מ וכוונתו דבזה הלכה כר"מ דמקשינין ריבים לנגעים ולא נחלקו בה חכמים על ר"מ כמ"ש הרמב"ן ואף דלהרמב"ם ס"ל דהיקש ריבים לנגעים אינו רק על תחלת דין היינו לענין יום ולילה דהיה התורה ממעט מן ושפטו וכו' אבל לענין סומא אמרינן לגמרי הקישו הכתוב. וזהו הכל כפמ"ש הע"ש וכן מסתבר דדוחק לדמות סומא ללילה דגזרת הכתוב מבלי לדון בלילה אפי' אור אבוקה מאיר כמש"ל וא"כ מה ענין זה לסומא ולכן כתבו התו' באמת אף דתחלת דין בלילה פסול מכ"מ סומא כשר דמה"ת לדמות זה לזה ולא מצינו חבר לסמ"ע רק בהרז"ה דס"ל דלא מקשינן ריבים לנגעים ומ"מ ס"ל דסומא בב' עיניו פסול וצ"ל סברת הסמ"ע דדמי' ללילה אבל זולתו לא מצינו לו ראיה במחברים ולכן צדקו דברי הע"ש ועיין באורים מה שנ"מ לדינא אם נסמא בין תחלת הדין לגמר דין:

ג **אלא מבן י"ח שנה** קשה דא"כ הא דתנן יש כשר להעיד ואינו כשר לדון ודחקינן ר"מ היא דפוסל בסומא מא' מעינו ולמה לא אמרינן בן י"ג שנה ומעלה שהביא ב' שערות דכשר להעיד ופסול לדין עד ח"י שנים ודיעה זו דס"ל כן כמ"ש הטור י"ל דס"ל כמ"ש התו' שם נדה דף נ' ד"ה ור"מ דה"מ לומר אוקימתא אחריני רק הואיל ובלא"ה מתניתין ר"מ דקתני כל הכשר לדון כשר להעיד ואילו רבנן הא סומא בשתי עיניו כשר לדון ופסול להעיד ולכך מוקי לי' ג"כ לענין סומא בחד עין כר"מ אמנם המחבר דתופס לעיקר דסומא בשתי עיניו אף לרבנן פסול א"כ קושיא הנ"ל במקומו דנימא הך עד בן ח"י שנים ולכן ברור דלישנא דטור ומחבר שאינו ראוי לדון היינו לתחלה אבל אם דן דינו דין כדמצינו ביאשי' גופי' שהחזיר מה שדן מן ח' שנים עד ח"י שנים ואיך לא מיחו בידו מתחלה חכמי ישראל כי מסתמא היה סר למשמעתם אלא הואיל ובדיעבד אינו מעכב לא הכניסו עצמן חכמי ישראל בכך למחות ע"י מלך וכן מצינו בשלמה שאמרו במדרש שכל שנותיו לא היו רק ב"ן שנים ומלך ארבעים שנה וא"כ כשמלך ושב לשפוט העם היה בן י"ב שנים א"ו דאין זה עיכוב רק לכתחלה וא"כ שלמה שאני שחכמת אלהים בקרבו. ואין להקשות א"כ איך מ"מ שפט יאשיה בן ח' שנים ושלמה בן י"ב דקודם גדלות לכ"ע פסול דהא ל"ק דכבר כתבו התו' בפרק בן סורר ומורה דף ס"ט ד"ה בידוע כו' דדורות הראשונים שהקדימו להוליד היה זמן גדלות שלהם מתחיל מבן ח' ע"ש ומצינו בימי דוד ושלמה שהקדימו להוליד כדדייק לי' הגמרא מן בת שבע אם שלמה ע"ש וכן מצינו באחז שהיה מוליד לחזקיה בן י"א שנה כי כשמת אחז היה בן ל"ו שנים ומלך חזקיה והיה בן כ"ה

שנים וא"כ מוכח דהיה אחז בן י"א שנים כשנולד חזקיה וא"כ אם היה בזמנים ההם הלידה מקודם אף גדלות מקודם ולק"מ:

ד **ואפילו לא הביא ב' שערות** הקשה הסמ"ע א"כ איך אמרינן כל הכשר לדון כשר להעיד הא איכא הך דלא הביא ב' שערות דכשר לדון ופסול להעיד כדלקמן בסי' ל"ד ותי' הסמ"ע דעל כל פנים יש בשניהם ענין פיסול קטנות לזה בפחות מי"ג שנים ולזה עד שיביא ב' שערות והדוחק מבואר. ולפי מ"ש התו' שם בנדה ד"ה כל כו' למ"ד אשה כשרה לדון א"כ איך קתני כל שכשר לדון כשר להעיד ותי' התו' ה"ק כל איש הכשר לדון כו' ר"ל דמיירי באותן שהם בגדר העדות והם כשרים לדון כשרים להעיד והיינו אנשים ולא נשים שאינם בגדר עדות וא"כ י"ל כן אף בקטנים דאמרינן כל הגדולים הכשרים לדון כשירים להעיד דהמה בגדר העדות משא"כ קטנים. אך לולא דמסתפינא כי הטור כתב דקטן שלא הביא ב"ש והוא יחיד מומחה דן יחידי ה"א דמעולם לא ס"ד בירושלמי דידון יחידי דאיך ידון יחידי קטן שאינו בגדר בר דעת כדאמרינן בפרק כל הגט גבי הכל כשירים לכתו' הגט אפילו חש"ו והא לאו בני דיעה נינהו ואם טעה קטן דשורת הדין דישלם מביתו וכי ישלם קטן הלא אפי' הזיק בידים פטור ופקח שבמלכים ביקש מה' ליתן לו לב נבון לשפוט ואיך ידון הקטן. ולכן נראה דירושלמי דאמר קטן כשר לדון היינו שישנו ב' גדולים עמו וא"כ ד"ת חד כשר כמ"ש הרמב"ם רק מדרבנן הצריכו ג' והן אמרו דאם הגיע לכלל שנים אף דלא היה לו ב"ש מ"מ יכול להצטרף כיון דיש שנים גדולים והוא חריף במדע וכהנה מצינו בירושלמי ברכות גבי זימון ג"כ דעתו דאם יש שנים גדולים דיכול קטן לצרף עמהם לזימון ויהיה שלשה לזימון ואף זה כיוצא בו. ויותר נראה דכוונת ירושלמי לא דידעינן ודאי דאין לו ב' שערות דזהו קטן לאין ספק רק מיירי בדלא בדקוהו אם הביא ב"ש. וקיי"ל במלתא דאורייי' לא סמכינן אחזקה אבל כיון דיש שנים גדולים וא' קטן א"כ הוא רק מילתא דרבנן וסמכינן אחזקה ויהיה זה הפי' או פשוט דידעינן ודאי דאין לו ב"ש היינו בהצטרף ב' גדולים עמו אבל שידין יחידי מה שהוא לפי שורת הדין ודאי קטן קשה לומר. ובזה היה ג"כ קושיא הנ"ל מיושב דאיך קתני כל הכשר לדון כשר להעיד הא איכא בן י"ג שנה שלא הביא ב"ש חדא דכיון דאיירי בישנו ב' גדולים עמו אף בעדות מצינו כה"ג דנאמן הקטן להעיד מה שראה בקוטנו כשיש גדול עמו כדלקמן סי' ל"ה ע"ש ועוד זהו הכל למ"ד חד כשר לדון והוי מילתא דרבנן אבל משנה דהתם הא מוקמינן ר"מ היא דס"ל מקיש ריבים לנגעים ולר"מ הא ד"ת שלשה דיינים כדאמר אי מה ריבים בג' וכו' כמש"ל בסי' ה' ע"ש וא"כ לא יוכל באמת הקטן לדון אף בצירוף שנים גדולים ולק"מ. אך בטלה דעתי באלף בטולים

נגד דברי הטור אך מ"מ הא קשיא לטור דכיון דקטן א"א לדונו כמבואר לקמן סי' צ"ו ע"ש וא"כ נימא התקוששו וקשו כמבואר בגמ' דסנהדרין ריש פ"ב ועיין מש"ל בסי' ג' בסופו דכל מקום שאין מציאות לדונו אף הוא א"י לדון ובשלמא אי איירי לדון בצירוף שני דיינים גדולים כבר כתבתי לעיל ס"ס ג' בשם התו' דבכה"ג כשאין דן לבדו לא שייך התקוששו וכו' אבל לשיטת הטור דדן יחידי קשה כנ"ל וצ"ל דהטור מיירי במטלטלין דכיון דהגיע לעונת פעוטות יכולים לדונו כמש"ל סי' צ"ו סעיף ב' ע"ש ואף הוא יכול לדון. אבל בקרקעי שאינם יכולים לדונו דהא אין מקחו מקח כלל במקרקע כמש"ל בסי' רל"ה ודאי דא"י לדון יחידי דהא יש התקוששו וקשו כנ"ל ובזה אפשר ג"כ לישב קושית הסמ"ע הנ"ל מהא דכל הכשר לדון וכו' דמיירי לדון יחידי ביחיד מומחה הן בקרקע והן במטלטלין משא"כ קטן דאינו יכול לדון יחידי בקרקע כנ"ל ולק"מ. ועכ"פ דין זה נראה לעיקר דבקרקע ודאי דא"י לדון יחידי וברור:

ה **אשה פסולה לדון** תו' בנדה דף נ' ד"ה כל הכשר כו' פלפלו התו' אי כשרה לדון ולבסוף דבריהם הביאו לשון ירושלמי וז"ל ובירושלמי פוסל אשה לדון אית דילפי מן ועמדו שני אנשים שני שני מעפ"י שנים עדים ואית דילפי מן וישארו ב' אנשים במחנה עכ"ל והבין מהרש"א דהתו' נמשכו אחרי דברי ירושלמי יומא פרק שני שעירי' דשם ילפינן הא דכתיב ועמדו שני אנשים בג"ש מן עפ"י שנים עדים וחד מ"ד יליף הך עפ"י שנים עדים בג"ש מן וישארו שני אנשים במחנה מה להלן אנשים ולא נשים וקטנים אף כאן. ולכך הגיה בתו' ואית דילפי על פי שנים שני שני מוישארו במחנה והנה שם בירושלמי קאמר מעתה אין האשה מעידה ואין האשה דנה. והיינו דמהך ג"ש ילפינן אין האשה מעידה אבל דנה לא למדנו רק הואיל ופוסל בעדות פוסל בדין ולכך הקשה מהרש"א דמה להם להתו' להביא פסול עדות מירושלמי הלא בגמרא דידן ר"פ שבועות העדות פוסלין נשים לעדות מהך ג"ש דשני שני דשני עדים ע"ש דהניחו בצ"ע. אבל האמת דהתו' נמשכו אחר לשון ירושלמי בפ' שבועות העדות דשם נאמר להדיא בלשון תו' מבלי צורך להגהה דהקשה ג"כ שני אנשים שני ל"ל וקאמר א"כ למה נאמר שני מופנה להקיש כו' נאמר כאן שני ונאמר להלן וישארו שני אנשים במחנה מה להלן אנשים ולא נשים וקטנים אף כאן אנשים ולא נשים וקטנים הרי למדנו שאין האשה דנה מעתה אין האשה מעידה. ר' יוסי כו' אמר נאמר כאן שני ונאמר להלן עפ"י שני עדי' מה להלן עפ"י שני עדים אף כאן עפ"י שני עדים וכו' עכ"ל הרי דגירסת התו' נכונה דילפי הך שני אנשים בג"ש מן וישארו שני אנשים במחנה וקאמר להדיא למדנו שאין האשה דנה וכו' ופי' דיש להבין דל"ל ג"ש דאנשים ולא נשים וקטנים פשיטא זהו מובן בלתי ג"ש דהא כתיב שני אנשים

וממילא ממועט ולא נשים וקטנים ובזה אין ספק כלל רק כל הספק אי הך קרא ועמדו שני אנשים איירי בעדים או בבע"ד משום דכל כבודה בת מלך וכו' כמבואר להדיא בגמ' ריש פרק שבועות העדות וא"כ מה יוסיף זה הג"ש מהך קרא וישארו שני אנשים למעט נשים זהו ידעינן בלאו ג"ש ועדיין לא יצאנו מידי ספק אי איירי בעדים או בבע"ד ולכך צ"ל דהג"ש כך דהך תי' ס"ל לודאי דאיירי בעדים כחד אוקומת' בגמ' דודאי איירי בעדים רק דג"ש הוא לפסול נשים וקטנים אף לדין ולכך ילפינן ג"ש מן וישארו שני אנשים במחנה דדרשינן בקלפי נשתיירו שהוברורו לדון דיני נפשות ולסנהדרי גדולה ובזו ודאי' נשים וקטנים פסולים אף כאן דכתיב ועמדו שני אנשים קמ"ל ג"ש דצריך לעמוד לדין לא לפני נשים ולא לפני קטנים וזהו הג"ש מה התם היו דיינים אנשים אף כאן דיינים שיעמדו לפניהם אלו שני אנשים יהיו דווקא שני אנשים לא נשים וקטנים וזהו עיקר הג"ש ולכך קאמר הירושלמי למדנו שאין האשה דנה מעתה אין אשה מעידה הרצון דג"ש למדנו דאין אשה דנה ומגופו של קרא והוא נאמר בלשון ירושלמי מעתה כלומר מזו עצמו דאין אשה מעידה דכתי' ועמדו שני אנשים ולא נשים וא"ש ולזה כוונו התו' והביאו הך דמהך שני אנשים במחנה ילפינן דאשה פסולה לדון והוא הענין המבוקש מאתנו בפלפלו בו ולכך לא הביאו הגמ' דידן דפרק שבועות העדות דשם מיירי הכל מענין עדות דנשים פסולים ואין זה מענין הנרצה ומכוון מדברי התו' לענין פיסול אשה לדין וברור שזה כוונת התו' בפי' ירושלמי וכן הן הדברים הנאמרים ממש קרוב לזה בעיר שושן והסמ"ע כתב עליו שהוא פי' זר והע"ש נמשך לאין ספק אחרי דברי תו':

ו **שתויי יין כו'** הרב בעל כה"ג הקשה דמבואר במדרש רבה פ' נשא שתה רביעי' יין אל יורה שתה רביעי' יין אל ידון וכתב דהגמ' שלנו חולק. וצ"ע דראי' התו' אין ראיה ברורה כ"כ לסתור דברי המדרש דכל ראי' התו' בסנהדרין דף מ"ב מהא דאמרי' דבד"נ לא היו שותים יין כל היום כולו משום קרא לרוזנים אי שכר העוסקים ברזו של עולם אל ישתכרו משמע דווקא ד"נ אבל לא ד"מ ומזה אין ראי' דוודאי בד"מ אי מלין דין דיכול אח"כ לשתות יין דקודם שיגמור הדין למחר בין כך יהיה סר יינו מעליו ויתיישב בדינו אבל בד"נ שהיה מלין דין עד למחר ומ"מ לא היו רשאים ביום ההוא לשתות יין אף דקודם ג"ד יהיה יינם סר מעליהם מ"מ לא ראוי להם להסיח דעתם רגע א' מלעיין במילתא אולי ימצאו לו זכות ולכך לא יהיו שות' יין לבלבל דעתם וזה מותר בד"מ אבל אם שתה יין שיהיה יכול לדון ולגמור דין בעודו יינו בקרבו ולא סר מעליו מנלן ולמה יהיה זה קל מאיסור והיתר הלא אין לך מקצוע יותר בתורה מדיני ממונו' שצריך ישוב ובקל הדברים מתחלפי' וצריך ישוב הדעת למאוד. ובכה"ג משמע דעיקר ראי' מהא דאמרינן אל יורה

משמע לדון מותר והמעיין בתו' משמע דאין זה ראי' רק התו' כתבו דמהך דאין יורה אין קושיא די"ל דווקא הוראה ולא דין אבל מ"מ אין ראי' משם. ולכן גם בזה צ"ל דס"ל לתו' לחלק דבשלמא בהוראה דיכול להורות לבדו וא"צ צירוף כלל אסור לשתו' אבל בדין דצריך שלשה וזה לא שכיח דכל שלשה ישתו וישכרו לא אסרו דשנים יזכירו אותו ואם יראו שדעתו בלתי צלול לרב יינו יזהירו אותו להמתין ולא ימהר לחתוך הדין. וזהו ההבדל בין ד"נ לד"מ דשם אפי' אחד מכל ב"ד של כ"ג לא היה יכול לשתות יין משא"כ בד"מ דמותר אבל יחיד מומחה דדן יחידי ודאי דאסור לשתות יין כמו חכם המורה. ובזו יובן דברי המדרש רבה הנ"ל דאוסר אף לדון וכן נראה נכון. שוב מצאתי בתשובת הב"ח ג"כ להחמיר מהך דרש דמדרש וכ"כ ר"י באגרת התשובה אלא שלא נחית לחלק בין יחיד דדן ועכ"פ יש להחמיר אם שתה כדי לשכר למנוע עצמו מהדין עד שסר יינו:

ז **אם ראוהו בלילה** כבר כתבתי באורים שדעת הב"ח ה"ה אם ראו בשבת וי"ט דהואיל דא"י לדון תיכף מחמת איסור דרבנן אין עד נעשה דיין והט"ז פקפק עליו דהואיל דבדיעבד אם דנו דיניהם דין שייך שפיר לא תהא ראי' וכו' וזה יש לדחות דא"כ לרשב"ם וסייעתו דס"ל בלילה ג"כ אם דנו אפי' תחילת דין דיניהם דין כמ"ש הרמ"א לעיל סי' ה' סעיף ב' ועמ"ש. איך אמרינן בגמ' בראוהו בלילה לא אמרינן תהא ראי' גדולה משמיעה. ועכצ"ל הואיל ולכתחילה אסור לדון לא אמרינן תו לא תהא ראי' גדולה כו' וה"ה בראוהו בשבת וי"ט אלא דהקשה עוד איך אפשר לדמות מה דפסל בתורה בלילה ודכוותיה לשבתות וי"ט דהוא רק מדרבנן כמו דבעדות דרבנן כגון קיום שטרות וכיוצא אמרינן עד נעשה דיין משום דלא עשו חז"ל בזה דבריהם כשל תורה א"כ י"ל ה"ה אם גוף עדות מילתא דאורייתא רק פסול לדון מדרבנן לא אמרו חז"ל ושייך שפיר בהו עד נעשה דיין כיון דחזי למידן ד"ת. והנה שמעתי אומרים בפי' דברי התו' בסוף פ"ק דמכות אשר אם פירושם נכון יש כאן ראי' לדברי הב"ח דסוף פ"ק הנ"ל דף ז' ע"א דאמרינן במשנה אמר ר"ע ור"ט אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם ומפרש הגמ' דהוו אמרו ראיתם שלם הרג או טריפה הרג דדילמא במקום סייף נקב הוה ופריך בבעול הערוה היכי הוה עבדי ומשני אביי ורבא אמרי ראיתם כמכחול בשופפרת והקשו התו' תימא ע"ז ומחלל שבת מא"ל וי"ל דלא שכיח כולי האי כי אם רוצח ובועל ערוה ועי"ל דא"ל ראיתם שהמחלל אינו טריפה דאם הוא טריפה וכו' ה"ל עדות שאי אתה יכול להזימן עכ"ל והקשה מהרש"א א"כ אף ברוצח ובועל ערוה נימא כן ול"ל לגמרא טעמא אחרינא וגם מדקדקים למה נקט התו' בלישנא בתירוץ השני ראיתם שהמחלל אינו טריפה והשמיטו עובד ע"ז דכללו בלשונם בקושיא והלא דבר הוא. ולכן נראה דלפי דקיי"ל טריפה שהרג

בפני ב"ד נהרג מפני דכתיב ובערת הרע מקרבך והוא גמ' דסנהדרין דף ע"ח ע"ש וכתב התו' דמיירי דראה ביום דאי בלילה הא אין עד נעשה דיין ואם כן ל"ל הן בעובד ע"ז והן ברוצח והן בבועל ערוה ראיתם שהעובר אינו טריפה והוי עדות שאי אתה יכול להזימן דהוה קשה איך אמר לא נהרג אדם מעולם דתינח הרג שלא בפני ב"ד הרג בפני ב"ד וראוהו ביום מה א"ל דמ"מ נהרג אף שהוא טריפה ולכך הוצרך התו' לומר דלא שכיח אבל מחלל שבת שפיר תי' התו' ראיתם שהמחלל דייקא אינו טריפה דאף דחילל שבת בפני ב"ד מ"מ הא כשראוהו מחלל שבת ראהו ע"כ בשבת והוי כראוהו בלילה כהנ"ל כסברת הב"ח וא"כ צריך הב"ד להעיד והוי עדים שאי אתה יכול להזימן כמ"ש התו' בסנהדרין הנ"ל וא"ש דדייקי רק מחלל ובאמת אלו היה מקום לתי' זה גם קושיא שנית של מהרש"א היה מיושב דהקשה דהתו' הקשו מקודם איך אמרינן דילמא במקום סייף נקב הא אזלינן בתר רובא ול"ל דר"ע חייש למעוטי דהא במקום דלא אפשר כ"ע מודים דלא חיישינן למועוטי ותי' תו' דהיה מרבים בבדיקות כל כך עד שהיו מכחישים זא"ז א"נ דהוה אפשר שהיה קרום של מוח מגולה ולא היה בו נקב ובא זה ונקרו. והקשה מהרש"א א"כ בהך דילמא העובד דלא שייך לבדוק ואם כן הוה לא אפשר ותי' דהוא קאי לשיטת ר"ת והוא דחוק דהתו' דחו לעיל פי' ר"ת אבל לפמש"ל ניחא דהוא אפשר אף במחלל שבת אם ראוהו ב"ד ואי קשה הא ה"ל ראה בלילה ז"א דהפי' אי אפשר דהתורה דצוה להרוג למחלל שבת היכי משכחת ליה ודבר תורה יכולים לדון בשבת והוי אפשר וא"ש ודברי הב"ח כמעט מוכרחי':

אך מלבד דזה דוחק דמה בכך דאם יראו הב"ד עובר דיהיה נהרג מ"מ שייך שפיר לא נהרג כמ"ש התו' דזה לא שכיח ואיך. שכיח זה דיעבור עבירה במזיד בהתראה בפני סנהדרין של כ"ג ושפיר קאמרו לא נהרג אדם מעולם דאין זה שכיח פ"א ביובל שיעשה התועבה בפני ב"ד גדול כזה והיה אפשר לומר להיפוך דעל קושי' מהרש"א הא אי אפשר ולא חיישינן למעוטי דיש אפשר אם הרג בב"ד ומ"מ שייך שפיר לא נהרג דמי יהרג בב"ד אבל בע"ז כתב קרא להדיא עפ"י שני' עדי' וכמו כן בנערה מאורסה לא תעשה דבר צעקה הנערה וכו' ע"כ דלא היה בב"ד דאיך יתכן צעקה הנערה וכו' וא"כ ל"ל אולי טריפה דעקרת מה שכתוב בתורה אבל במחלל שבת שפיר י"ל בפני ב"ד איירי התורה וכיון דיש מציאות אזלינן בתר מעוטי ודוק. אף גם דהא ר"ע הוא דאמר לא נהרג כו' דר"ע ס"ל דאזלינן בתר מעוטי' דמאן דאזיל בתר רובא בלא"ה ל"ל דחיישינן לטריפה וא"כ לר"ע הא ס"ל ב"ד שראו בא' שהרג הנפש דאין דיינים אף שראוהו ביו' דאין כאן הצלה לזכות וכתיב ושפטו והצילו העדה כמבואר בגמ'. ולכן נראה ליישב דברי התו'

בפנים אחרות והוא דבחולין דף י"א ע"ב ד"ה ודילמא וכו' במה דאמרו שם בגמ' דאזלינן בתר רובא דאל"כ דלמא הך דאסהידו בי' הוי טרפה וה"ל עדות שאא"י לה"ז הקשו התו' דלמא חובשין אוחו י"ב חודש וראינו אם חי ותי' התו' דשמא ס"ל טריפה חי' עכ"ל ולפ"ז אף כאן בתי' התו' דילמא המחלל טריפה דלא תיקשי נמי קושית התו' הא יכולין לחבוש למחלל יב"ח וע"כ ר"ע ור"ט ס"ל ג"כ דטריפה חי' ומבואר בגמ' דחולין דף כ"ז ע"ב דאף למ"ד טריפה חי' אבל מ"מ אינה יולדת דלאו הא בהא תלי' וכ"כ התו' בע"ז דף ו' ד"ה אלא למ"ד ע"ש ולפ"ז בנקבה אם תלד לאחר חילול אגלאי מילתא דהוי אינה טריפה בעת חילול שבת והוי עדות שיכול להזימם כמ"ש התו' גבי חי יב"ח וכבר פירשו המחברי' במ"ש בגמ' בזכר כל שחי יב"ח ובנקיבה כל שתלד דבזכר אין הלידה סימן דמי יימר דממנו הרה ואין אפטרופס וכו' ובפרט למאן דחייש למעוטי ולא אזיל בתר רובא ואין בו סימן רק שחי יב"ח אבל בנקיבה אף הלידה סימן ופשוט. וא"כ יובנו דברי התו' דהא העלו התו' בדבור שלפניו אף דחיישינן למעוטי מ"מ דהיכי דאי אפשר דצריכין אנו עי"כ לעקור מ"ש בתורה לא חיישינן אבל אם יש אפשרות לקיים מ"ש בתורה אפי' בדרך רחוקה ונפלאה כמ"ש התו' שהיה כל קרום של מוח מגולה וזה נקרו וכדומה מ"מ אפשר קרינן ליה וחוששין למעוטי ולפ"ז א"ש במחלל שבת שפיר י"ל אולי המחלל טריפה והוי עדות שאאילה"ז ואף דרובא אינם טריפה הא ר"ע חייש למעוטי כמ"ש התו' וא"ק א"כ לא אפשר ועקרת מ"ש בתורה מחללי' מות יומת הא לאו קושיא דאף דס"ל לר"ע ור"ט טריפה חי' וא"א לחבוש אותו יב"ח מ"מ טריפה אינו מוליד וא"כ יש מציאות ואפשרות לקיום ד"ת באשה שחללה שבת והרה וילדה אח"כ דהוא סימן שאינה טריפ' ונסקלת ומ"מ יפה אמרו דלא היה נהרג אדם מעולם דמלבד די"ל דכוונו לזכר שהוא בסתם מובן בלישנא דאדם אף גם נקיבה כמעט לא היה במציאות שתהיה נהרגת דבשלמא חבישה יב"ח כקושית התו' יש ביד ב"ד לחבוש ולברר האמת אי טריפה הוא או לא אבל הריון ולידה בבחירתה תלי' ואם עי"כ תבוא לכלל מיתה מהיכי תיתי תהיה היא שוטה כזו להזדקק לבעל אחר חילול שבת ולהתעבר ולהוליד אשר עי"כ תהיה נסקלת בב"ד וזולת זה היא פטורה אם תחי' אלף שנים ודבר זה כמעט בלתי מצוי אבל אין כאן עקירה למ"ש בתורה דעכ"פ ישנו באפשרות אם היה כך מעשה שנבעלה ונתעברה אח"כ כהנ"ל ולק"מ. אך זהו תי' מספיק לחילול שבת דנאמר בתורה סתם וי"ל דמתקיים באשה כנ"ל אבל בע"ז דכתב בקרא להדיא בפ' שופטים איש או אשה גו' וילך ויעבוד אלהי' אחרים וגו' וכן ברוצח דכתיב להדיא ואיש כי ירצח ומכ"ש בנואף ובועל ערוה דדיברה התורה בזכרים הנואפי' ופשוט וא"כ בהא ל"ל דילמא העוברים ההמה טריפה

הם דא"כ עקרת מ"ש בתורה דהתורה דיברה להדיא בזכרי' ובהם אין לידה סימן וא"כ אי חיישינן לטריפה ולמעוטי עקרת מ"ש בתורה וע"כ לא חיישינן במקום דלא אפשר וא"כ אין זה תי' מספיק בהנך עבירות דבהם גזירת הכתוב מבלי לחוש למיעוטי ולכך הוצרך הגמ' והתו' לומר בהו שנויי' אחרי' ובהך תי' דלמא טריפה הוה נקטו בלשונם רק המחלל דבזהו שייך שפיר כנ"ל ולק"מ מכל קושי' מהרש"א. גלל כן אין לדברי הב"ח ראי' ונראה כדברי הט"ז דאין לנו לבדות דין חדש מלבנו מה שלא נזכר במחברים. וכתב הב"ח דעידי קידושין וגירושין דדיני נפשות דנין בהו. ומכ"ש דלמאן דקטל גברא דלכהי' לעיני' דדנין בזה"ז כדלעיל בסי' ב' אף העד הרואה אף שאינו מעיד מ"מ אינו נעשה דיין אפילו לקבל עדות אחרים ולדון עליהם עכ"ל. ונראה מדבריו דפוסק כר"ע דבדיני נפשות עד הרואה אינו נעשה כלל דיין ותמהני למה פסק הוא נגד הרמב"ם במה דלא מצינו חולק בפוסקים להדיא נגדו כי התו' והרא"ש דהביאו הך דר"ע לא הביאו רק לפרש דבריו ולברר הדין אבל לא מצינו בדבריהם דיחשבו דהלכה כר"ע והרמב"ם בפ"ה מהלכ' עדות פוסק להדיא כר"ט דעד הרואה נעשה דיין אפי' ד"נ וע"ש בכ"מ דטרח ליתן טעם למה פסק הלכה כר"ט ולא כר"ע וא"צ לחפש בטעם כי רבא אמר סתם בסנהדרין דף ע"ח טריפה שהרג בפני ב"ד חייב ופי' התו' בראוהו ביום דלא תהא ראיה גדולה משמיעה וזהו כר"ט דלר"ע אפי' ביום אינם יכולים לדון וצריכין להעיד בפני ב"ד אחרים ואף המה ה"ל עדים ובעינן עדות שאי אילה"ז ופסק הרמב"ם הלכה כרבא דהוא בתרא ופשוט ונכון ולכך דברי הב"ח אין להם קיום במשפט:

ח **מיהו אם דנו דיניהם דין** הר"ב בעל חות יאיר סי' ג' ו"ד תמה לפי דעת הסמ"ע והש"ך דאם באים מעצמם לדון בפני ב"ד הוי כקבלוהו עליהם וא"כ מה קמ"ל דדיניהם דין פשיטא דהא ע"כ איירי דדנו בלי כפיה וא"כ הוה קבלוהו עליהם ולו יהיה דהם פסולים ממש מהני ואין ממש בכל תמיהתו דוודאי דעת השואל שם בתשובה ג"כ נראה כגון די"ל דמיירי דדנו ע"י כפי' וגם י"ל דדנו מתחילה מבלי נודע שהוא שושבינו או שונאו ואח"כ נתברר א"כ הקבלה בטעות וה"א לסתור דינו וקמ"ל דלא דבדיעבד דין ומכ"ש למאן דס"ל בתרתי לריעותא לא מהני קבלה א"כ כאן מיירי דקבלו בתרי דהוי תרתי לריעותא ולק"מ ופשוט:

ט **אין דיניהם דין**. הרב ב"י כתב דמדברי הרמב"ם משמע דמסכי' לדעת הגהת הרא"ש דאם דנו דינהם דין וכן הפרישה מסתפק בזה והרב בעל תשובת עבודת הגרשוני סי' ל"ג בסופו נמשך אחרי ב"י להכשיר לשיטת הרמב"ם בדיעבד. ואמת כי בספרו היד החזקה דבריו סתומי' מבלי הכרע אבל מ"ש בנדה בפי' המשנה כל הכשר לדון וכו'

דהקשה למה לא אמר דשונא פסול לדון וכשר להעיד ותי' דאינו פסול הקיים דכי יעבור אהבה ושנאה יחזור לכשרותו (ועיי' מהרי"ק שרש כ"א) ואלו ס"ל דבדיעבד דינו דין אין מקום לקושייתו דהא פסול דיעבד משמע ואיך ימנה אוהב ושונא דבדיעבד דינו כשר ולא חל עליו שם פסול א"ו דס"ל כדעת הרא"ש דבדיעבד פסול ונכונים דברי הטור דלא הביא דהרמב"ם חולק בזה אהרא"ש כמו שהקשה הב"י. ועיי' באורים שכתבתי בשם תשובת ח"י דאם בע"ד זה רוצה להכשיר שושבין של שכנגדו דאין חבירו יכול לעכב. ונר' לזה ראי' מדברי התו' בנדה דף נ' ד"ה ור"מ וכו' דהקשו למה לא אמרינן לאתויי אוהב ושונא דכשרי' להעיד ופסולים לדון ותי' דלא פסיקא ליה שהרי לכל עולם כשירים עכ"ל והדבר צריך ביאור דגם קרובים פסולים רק לאותן אנשים שהם קרובים לו ולא לזולתו ומ"מ נכלל בכלל כל הפסולים להעיד פסולים לדון כמ"ש הטור וכל מחברים ולכן נר' דמ"ש לכל העולם ר"ל אין אחד דפסול לו בשלמא קרובים לקרוביהם פסול בהחלט דאף דיכשרו הבע"ד יכול הבע"ד השני לעכב ויכול לערער שלא ידון לו קרובו ואם כן הפסול בהחלט. אבל אוהב ושונא אין כאן פסול בהחלט דאם ירצה שכנגדו להכשירו אין זה שהוא לו שושבין לעכב ואם כן אין זה פסול בהחלט שיכלול אותו בכלל פסול לדון דאין כאן פסול דמי שהוא פסול אין רשות ביד בע"ד אחד להכשירו בלי קבלת כל שני בע"ד וזהו פי' התו' דלכל עולם כשירי' הרצון אפי' לשושבין דהרי רשות ביד שכנגדו להכשירו כנ"ל ומדוקדק לישנא דתו' דהרי לכל עולם כשירים וא"ש. והנה יש לדקדק במ"ש דשונא פסול לדון דקשה קושית הגמ' אטו בדיין רשע עסקינן והא כתיב לא תשנא אחיך בלבבך ועכצ"ל כתי' הגמ' דראהו עובר על דבר עבירה אם כן קשה הא דקיי"ל סנהדרין שראו באחד שהרג הנפש או שאר עבירה שחייב עליה מיתת ב"ד אם ראו ביום הם נעשים דיינים ואיך אפשר הא ה"ל שונאים שראו שעשה עבירה גדולה כזו ואם שונא פסול לד"מ כ"ש לד"נ (ועיי' לקמן סי' ל"ג מ"ש בזה) וצ"ל דהא דאמרינן הרואה בחבירו דבר עבירה מותר לשנאותו היינו שיש לו בלא"ה תרעומת עליו מחמת דבר רשות וענין עה"ז רק מחמת זה אסור לשנוא אותו אבל ברואהו עובר דבר עבירה אז הותר לו הרצועה לשנוא אותו והא דאמרינן דשונא פסול לדון לא חזי לי' זכותו היינו בשונאו שהרע לו וטבע החומרי לשנוא ובזו אינו מניח לו להפך בזכותו אבל אם אין שונא לו מחמת ענין עה"ז רק מחמת ענין שמימי והוא שנאת הנפש וחפצי שמים בזו מותר לדון כי בזו מכל מקום יחפש בזכותו וידביק בדרכי ה' החפץ בהצדיק רשעים ומצדד למאד בזכותם. ולכך כשירים לדון דיני ממונת וד"נ אבל בשונאו מחמת שהרע לו רק כ"ז שלא ראהו עובר

עבירה אי אפשר לשנאתו מחמת איסור אבל כשראהו מותר לשנאותו אבל מכל מקום השנאה מסתעף מחמת ענין עה"ז ואז לא חזי לי' זכותו ופסול לדון:

י **משום אהבה ושנאה כו'** הסמ"ע בס"ק כ"ב כתב דוקא משום אהבה ושנאה אבל משום פסול קורבה אינו יכול להושיב דיינים דהתרומת הדשן בפסקים סימן רנ"ח כתב דכך המנהג אפילו קרובים מושיבים ב"ד וכתב אע"פ דיש לחתור אחר המנהג ידע מר דגדולי עולם ישבו בארץ מי ישנה מנהגם עכ"ל הרי דאף המהראי פקפק בזה אלא דלא רצה לשנות המנהג. ואני אומר מנהג גדולי ישראל תורה היא ויש להם על מה שיסמוכו דהרי ראי' מהרי"ק דמי שהוא פסול מחמת אהבה יכול להושיב דיינים אחרים מהך דאושפיזכניה דרב ה"ל דינא וא"ל רב פסילנא לך לדינא ואמר רב לר"כ פוק דייניה ש"מ דמותר להושיב דיין. וא"כ אף אנו נימא בהאי גבורא בכתובת פרק שני דייני בהאי גברא דהביא דורון לר"ע ושדריה לגבי ר"ן לדון דיניה וחשב ר"ן דהוא קרובו של ר"ע ולכך אקדמיה ליתו' ע"ש וקשה איך ס"ד דר"ן דהוא קרובו האיך היה ר"ע משלחו לקמי' ר"ן הא אין רשות ביד קרוב להושיב ב"ד כקושית מהרי"ק הנ"ל אלא צ"ל אף קרוב יכול להושיב ב"ד ומנהגן תורה. וכ"כ בעיר שושן להדיא. ואף בתשובת מהר"ם מינץ סי' י"ח כתב שא"י לסדר אף הוא חולק על מהרי"ק ודעתו דאף מחמת שנאה א"י לסדר אבל לשיטת מהרי"ק נראה מראי' הנ"ל דאין לחלק:

יא **המנדה כו'** דין זה למד הרב רמ"א מהך עובדא דפ' י' יוחסין דר"י שמתיה להאי גברא והדר אכריז עליה דעבדא הוא והסמ"ע פקפק דאפשר דכבר התיר נידוי אבל קודם לכן לא ובגמ' משמע דעדיין לא התיר נידוי דשדר לי' הזמנת' לקמי דר"ן ואמר מ"ט שמתיה להאי גברא. אבל בגוף הדבר והראיה אני נבוך דלכאורה משמע משם להיפוך דהא ר"ן שאלו מ"ט שמתיה מר וא"ל דציער שלוחא דרבנן והקשה המהרש"א בחדושי אגדות ל"ל הך ולא אמר שביזה אותו ומנדין על כבוד הרב ודחק משום ענוה תלה הדבר בבזיון צער שליח' דרבנן. אבל באמת אילו נידהו בשביל כך לא היה יכול לדונו אח"כ לעשותו עבד אבל הואיל ומחל על כבודו לרב ענותו ונידהו בשביל שציער שלוח' דרבנן א"כ אינו נוגע כלל לדבריו ויכול לדונו כחפצו ולק"מ. וא"כ אין כאן ראי' כלל ובאמת בד"מ הניח דין זה בצ"ע:

יב **השונאים זא"ז** דעת הנ"י דאם דנו דיניהם דין והב"ח תמה דמ"ש משונא לדון וכמ"ש באורים ובפרישה נר' דס"ל דהך קרא והוא לא אויב לו הוא רק אסמכתא בעלמא. ולא נראה כן מגמ' וכן תו' וספרי דהוא דריש לי' לדרש גמורה ולכן נראה כמ"ש כמה פעמים דס"ל לנ"י דמה בכך דשונאים זא"ז וכל אחד יעמוד בשמועתו לא יהיה אלא חד ג"כ

כשר לד"מ וא"כ מה בכך שעומדים בשמועתו ה"ג מכריע הוא החותך הדין ולו יהיה דהוי חד ג"כ כשר ומשא"כ קרא דלא מבקש רעתו איירי בדיני גלות כמ"ש רש"י שם להדיא בגמרא דבעי כ"ג וא"כ כששונאים זא"ז אין אחד מודה לחבירו אף שהאמת אתו וא"כ בצרי לי' מהמנין ובאמת בד"נ אף בדיעבד אין דיניהם דין ולק"מ אלא דקשי' לי' כנ"ל ת"ח ששונאים זא"ז היכי משכחת לי' וכי יהיו רשעים ויעברו על לא תשנא אחיך בלבבך ואי איירי דכל אחד טוען שראה בחבירו דבר עבירה ומותר לו לשנאותו כהנ"ל א"כ איך ישב עמו בדין הא אסור לו לישב עם איש כזה בדין כמ"ש בסעיף י' וצ"ע כי יש ליישב בדוחק:

יג **ס"ת אחר** עיין סמ"ע דביש ס"ת אחר בבה"כ אחר והוא הולך לבה"כ אחרת יכול להעיד וכן בדברי ריב על בה"כ והוא הולך לבה"כ אחר יכול לדון ולהעיד אלא שצ"ל דבה"כ ההוא מספיק להכיל לכל בני עיר לילך בתוכו ולהתפלל ולשמוע קריאת ס"ת דאל"כ איך יעיד על בה"כ ועל ס"ת הא כופין בני עיר זא"ז לבנות להם בה"כ ולקנו' ס"ת כדלקמן סי' קס"ג וא"כ אם יפסידו בני עיר זה הס"ת וזו הבה"כ אף שיש להם בה"כ אחרת ובתוכו ס"ת מ"מ כיון שאינו מספיק לכל בני עיר יהי' צריכים לסייע לכל בני עיר לבנות בית הכנסת ולקנות בו ס"ת ויצטרך הוא ליתן חלקו והרי זה משתכר כשיזכו בני עיר בס"ת ובית הכנסת ההוא ולכן צ"ל דבה"כ השני מספיק להכי לכל בני עיר ואין כאן חיוב לבנות בה"כ מחדש או לקנות ס"ת כיון שיכולים ליכנס לתוך בית הכנסת הנשאר ולשמוע מס"ת דשם מיהו אף כשיש עוד ס"ת בבית הכנסת הלזו שהולך בו הדיין דמשמע מן דברי סמ"ע דא"צ סילוק כלל דהא לא נהנה כלל דהרי יש ס"ת אחרת יש לפקפק כיון דקיי"ל ביו"ד דז' טובי עיר במעמד אנשי עיר יכולים למכור ס"ת לצורך בני עיר ע"ש ביו"ד סי' רפ"ב ואם כן יש לו מזה הנאה דנשאר ס"ת ביד בני עיר כדי לעת הצורך יכולי' למכור ומרווח משלו בכך. ואפשר הסמ"ע לשיטתו הולך דס"ל בדרישה ביו"ד סי' רנ"ב דאסור למכור ס"ת דרבי' לשום צורך אבל לפי מה דהעלו האחרונים שם שלא כדבריו דין זה צ"ע ובאמת בתשובת הרא"ש כלל ג' סי' י"ב משמע דבעי סילוק רק באין להם ס"ת אחר לא מהני סילוק אבל ביש ס"ת אחר מהני סילוק דהיינו שיחייב עצמו אף שימכרו הס"ת לצורך שהוא יתן חלקו לזה הצורך כאלו לא מכרו ולא היה להם ס"ת כלל וכן נר' ואף דמלשון הש"ע פה דסותם משמע דא"צ סילוק יש לומר דסמך עצמו אלקמן סי' ל"ז דשם משמע דמ"מ בעי סילוק וכ"כ הע"ש:

סימן ח

עובר בלא תעשה הטור העתיק לשון הרמב"ם עובר על לא תקים לך מצבה והקשה מהרי"ק והכ"מ למה לא העתיק הפסוק הנזכר בגמרא לא תטע לך אשרה ונר' דאמרינן בגמרא דע"ז דף נ"ב דר"ע ס"ל ע"ז של ישראל אינה אסורה עד שתעבד שנאמר ושם בסתר עד שיעשה לה דברים שבסתר ור' ישמעאל דס"ל אסורה מיד מוקי ליה דטעון גניזה ור"ע גניזה מנ"ל דכתיב לא תטע לך אשרה אצל מזבח וכו' מה מזבח טעון גניזה אף ע"ז טעון גניזה ואידך ההוא אצטריך למעמיד דיין שאינו הגון כו' ע"ש והרמב"ם פסק בהלכות ע"ז כר"ע דע"ז של ישראל אינה אסורה עד שתעבד ואם כן אצטריך ושם בסתר לכך והך קרא דלא תטע אשרה אתיא דטעון גניזה ואין כאן לימוד על המעמיד דיין בלתי הגון כי בהך נחלקו ר"י ור"ע כמבואר בגמ' ולכך הוצרך הרמב"ם להעתיק דרש דספרי דיליף ליה מפסוק לא תקים לך מצבה ופשוט:

סימן ט

א **שלא ליקח שוחד** בתשובת חות יאיר פלפל אי רשאין ליתן לדיין גוי שוחד היותו מצו' על הדינים שהוא אחד מז' מצות ואם כן אף לא תקח שוחד בכלל האיסור בהו ועובר משום לפני וכו' ולא העלה הרב הנ"ל דבר ברור והעולם נוהגין היתר משנים קדמוניות ואין שם על לב הנ"ל וצ"ל דס"ל דכל הטעם של שוחד דהוא חד דמקרבי' דעתי' גביה וזהו בישראל דקרובים אסורים לדון אבל בב"נ שכל הקרובים מותרי' לדון אין לך קירוב יותר מזה והכל יודעין שדעת האב קרוב לבן יותר מאדם אחר שנותנים לו אלף דינרים ומכל מקום האב כשר לדון בנו הב"נ אף ליתן שוחד להצדיק הצדיק וכו' מותר דמ"ש מקרובים. ואמת כי בגמרא לא מצינו בב"נ דקרוב מותר לדון רק להעיד ויש לחלק דעדות הוא מגזירת המלך וגבי ב"נ לא היה גזירת המלך ברוך הוא. אבל בדין שיש בו טעם דלא חזי ליה חובה אפשר דגם בב"נ אסור. אבל ראיתי בתשובת הב"ח סי' קי"א ותשובת הגאון מהר"צ ז"ל סי' נ"ה בענין בהמה הנרבעת מגוי דהסכימו דהוא עצמו יכול להיות עד ודיין ולא שייך בי' אדם קרוב וכו' אצל ב"נ ע"ש. וא"כ דיכול לדון על ממון עצמו אין לך שחד גדול מזה שהוא חד וכו' ומזה נראה דפשט ההיתר:

ב **כל דיניו שדן וכו'** הרב כה"ג כתב בשם מהרי"ט דהא דאמרינן דדינו פסול היינו כשדן דבר התלוי בשודא דדיינא ומסרוהו חכמים בידו לדון כפי דעתו ובזה כשלו חכמים מעשות אבל במה שדן עפ"י התורה והאמת והיושר מהיכי תיתי יבטל וחסדאין מילין. והרב הנ"ל האריך לפלפל דאם כן אין מקום לקושית הגמרא דפריך על קרנא דשקיל

אסתרא מזכאי וכו' והיכי עביד הכי והתנן הנוטל שכר וכו' ומה קושיא דלמא הא דנקט קרנא שכר היינו בדינים שאינם מדין שודא וכו' ע"ש ואין כאן קושיא כלל דכי אנו אומרים דמתחילה מותר ליטול שכר לדון דין שאין בו שודא ח"ו הלא ילפינן מקרא מה אני בחנם וכו' ובזו אין לחלק כלל רק אם עבר ונטל אשר קנסוהו חכמים לבטל מעשיו בזו דעת מהרי"ט דאם דן בלתי שודא דלא שייך לבטל מעשיו וקו' הגמרא על קרנא איך שקיל לכתחילה שכר והתנן הנוטל שכר וכו' והיינו דקנסוהו משום דעבר אדאוריית' מבלי ליקח שכר דין ובשל תורה אין הפרש ואיך עבר קרנא אאיסור תורה ופשוט ולא קשה מידי. אך מדברי הרמ"א באבן עזר דטרח לקיים הגט שנסדר מפי הרב הנוטל תשלומין משמע דסבירא ליה דלא כמהרי"ט דהתם בגט לא שייך שודא ומדבריו משמע דלא נחית לענין תחילת רק אם יש לפסול הגט עיין שם (ומה שכתב הרמ"א שם דגט אין צריך בית דין אמת דכן משמע בגמרא אבל בתו' בקדושין ד' ט' דבור המתחיל הא לא דמי כתבו גם כן דהגט הבעל כותב בבית דין ע"ש וכן מצאתי בתרגום יהונתן לתורה על פסוק וכתב לה ספר כריתות דכתב ליה בתרע בית דינא עיין שם ומזה בא מנהג דצריך בית דין בגט):

ג **מדבר שקר תרחק** בגמרא דסנהדרין יליף ליה מן לא תגורו לא תכניס דבריך ואילו בשבועות משום מדבר שקר תרחק וכן כתב הש"ע וצריך לומר דברור ביודע שנעשה עול להעני פשיטא דהיא בכלל לא תגורו וכו' אלא מיירי דהתלמיד חושב על פי הדין יש לפטור להעני אבל ברור דאמת עם עשיר דאיך יתבע העשיר משופע בנכסיו לרש אין כל ולעומת זה רגיל העני לכפור בעשיר כי למלא נפשו כי ירעב ואם כן יחשוב אשתוק ולכך נאמר מדבר שקר תרחק כי אין אמת כאמיתה של תורה כי שוא מחשבות בני אדם ויש עשיר מכחש וחומס ויש עני מדקדק בש"פ מבלי לעשוק חבירו ואם כן ברור דלכך נקט עני וה"ה לעשיר כמו שכתב מהרש"ל ועיין אורים:

סימן יא

אבל אין כותבין עליו כן בגמרא קאמר הטעם משום דקא בעי למיתב זוזא לספרא פירש"י דלא שרו ליה עד דיהיב זוזי דפתיחא לספרא. והתו' כתבו כשקורעין אותו משלם שכר סופר עכ"ל. ודייק הש"ג דהתו' לא ס"ל דמתירין השמת' בפה רק קריעת כתב פתחא דשמתא הוא התרתו. ודוחק דאיך יהיה ניתר נידוי מפי ב"ד של ישראל אם לא ע"י פה שהותר בפה מלא. ולכן נר' דס"ל לתו' אם מנדים אותו בשביל סרבנתו ואח"כ צאית דינא שביל דאינו משלם שכר סופר לא משהינן ליה בנידוי בשביל כך דלא בשביל זה נתנדה

רק מתירין אותו תיכף אך אם תובע שיקרע שטר פתיחא שלא יהיה עומד לימים רבים לבושתו ולקלונו שנתנדה מפי ב"ד אז צריך לשלם וא"ש ודוק:

סימן יב

א **שניהם חזקים**. עיין ב"ח שטרח הרבה להתנצלות חכמי דור וזמן שמעלימים עין מאנשים בעלי זרוע אף ששניהם אלמי' עיין שם מה שצידד לומר בפי' התו' ועיין בכה"ג מה שהביא בשם תשוב' מהראנ"ח ומה שנ"ל בישוב והתנצלות בעד חכמי זמן הוא כי רש"י פי' בע"ד קשה בעל מריבה מטריח הדיינים ועל מ"ש נמצא חזק רודפו פירש"י רודף הדיין להפוך הדין עכ"ל. מזה נראה דאין פירושו של קשה שהוא רשע ויש לדיין מגור שיזיק בדא"ה רק הוא בעל מריבה ולכך יכלכל הדיין ברב טענות של רמיה וכדומה עד שיעביר להדיין מדעתו לפסוק שקר וזהו שדייק רש"י שירדוף לדיין להפוך הדין. אבל לא שינטור לו איבה ויזיק אח"כ לדיין רק כל רדיפה יהיה שיבלבל לדיין להפוך הדין ולכך יש הבדל קודם שידע היכן הדין נוטה יש לו חשש זה אבל אח"כ קשה לבלבל כיון שכבר יודע הדין ואפילו רוח קשה לא יזיזו ממקומו ולכך בשני חזקי' לית כאן חשש דמ"מ יהיה הדין עומד על בורי' ועל תלו. אבל באיש זרוע דיש לו לדיין פחד דינטור לו איבה ויגרום לו היזק ויעליל עליו ודאי דאינו מועיל דהשני חזק דאם זה יגרום לו היזק מה יוכל השני לעשות ולא בנקל יוכל לסלק הזיקו וכבר אמרו נח להרע אלף פעמים מלהסיר הרע פעם א'. ולכך בזמנינו אשר בעו"ה גברו המוסרים וכדומה יכול לסלק עצמו בכל מקום אפי' שני חזקים:

ב **בעוברי עבירה** הב"ח הקשה מספרי דמבואר דאפי' יהרוג מ"מ אין למנוע מדין. וע"ש שדחק ונר' דלק"מ דמהרי"ו לא מיירי רק קודם שנזקק לדין רק דעת הרמב"ם והרשב"א בתשובה דבדיין קבוע אפילו קודם שנזקק לדין אין יכול לסלק עצמו בזה דעת מהרי"ו דהואיל דשכיחי היזיקא נהגו שלא למחות ולא לזקק עצמן כלל ולמנוע עצמן מדין אבל אם כבר נזקק לדין אף מהרי"ו מודה ח"ו שבשביל פחד או איזה מגור יסלק עצמו מהדין וחייב לדון ובזו איירי ספרי דאפי' יהרוג אין לסלק והיינו שכבר נזקק לדין ולק"מ. וכן מצאתי בתשובת שבות יעקב ח"א סי' רמ"ג דלאחר שיודע היכן הדין נוטה אסור לסלק מחמת פחד בשום אופן וכן הנכון:

ג **אתה זכאי כו'** כן כתבו כל הפוסקים רק בסמ"ג כתב וז"ל ה"ד גמר דין (רא"א רשאי לבצוע) איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב ואמרינן משמי' דר"ן בפ"ק דב"מ שאין זה גמר דין גמור עד שיאמרו צא תן לו כו' עכ"ל ומזה דעת הב"ח והש"ך ס"ק ה'

דס"ל לסמ"ג כ"ז שלא אמרו צא תן לו רשאים לבצוע ולא מיקרי ג"ד ולענ"ד לא נראה כן דקשה לומר דיהיה הסמ"ג חולק אתו' וכל מחברים ולא יזכירם כלל. וגם ה"ל לסמ"ג לבאר כן בהדיא כ"ז שלא אמרו כן דיש להם לבצוע. ולכן נראה דאף הסמ"ג ס"ל כדעת הפוסקים וכנראה מדברי הגמ' דאמרינן ה"ד גמר דין איש פלוני אתה זכאי וכו' וכמ"ש התו' שם. רק דקשי' לי' לסמ"ג קושי' התו' על רש"י דאם כבר אמרו איש פלוני אתה זכאי מה ביצוע שייך בזה ותי' התוס' דאולי יעיינו ס"ל לדוחק ולכך ביקש הסמ"ג ליישב זה והביא ראי' מהא דאמרינן בפ"ק דב"מ דאף דאמרו לו אתה חייב ופלוני זכאי מ"מ לא פרע דחושב אולי יעיינו עוד ב"ד בדינא וימצאו שטעו ונמנע בשביל כך לפרוע וא"כ דעדיין במחשבת הבע"ד שיש מקום לבטל הפסק עד שבשביל כך אמרינן חזקה דלא פרע א"כ אף זהו יש מקום לומר צאו ובצעו ועשו פשרה הואיל ואין הדין ברור כ"כ דהרי עדיין לבבו בספק אולי יבטלו הפסק ול"ק קושיא התוספ' ולכך אמרינן דאסור לומר כן אבל באמרם צא תן לו דאין כאן ספק כלל בלב שום חד דיבטלו הב"ד הפס"ד ולכך נאמן לומר פרעתי דלא נשאר שום ספק בלבו וא"כ אף זהו דנימא להם צאו ועשו פשרה לא שייך כאן כקושית התוס' דמה"ת יפשר כיון שנגמר הדין בלי ספק וא"כ נר' אדרבה דראי' הסמ"ג מהך דב"מ דכאן איירי באמרו איש פלוני אתה זכאי וכו' ואסור לבצוע ולא איירי כלל באמרו צא תן לו וכל כוונתו מהך דב"מ לראי' לדין שלו וליישב קושית התו' וזה ברור ולכך כתב דאמרינן בב"מ דאין זה גמר דין גמור ופי' א"כ שייך בי' ביצוע ולכך אסרוהו חכמים משא"כ באמרו צא תן לו לא שייך בי' ביצוע וזה ברור בכוונתו דליישב קושית התוס' בא והאחרונים ז"ל לא ירדו לכוונתו:

וכתב הש"ך בשם ש"ג דלפשר כשמודיעים לבע"ד טיב הפשרה ומדבר על לבם בפיוס בלי כפי' מותר עכ"ל ולפי מ"ש הרשב"א והאגודה והעתיקו הש"ע דאחר שאינו דיין יכול לעשות פשרה קשה דאחר שאינו דיין ודאי דא"י לכוף לפשרה כי מי שמהו לאיש שר ושופט. וע"כ ברצון הבע"ד שמדבר בדברי פיוסי' ושארי דברים עד שמרכיני' ראש לפשרה ודוקא אחר הא דיין לא וזה דלא כדעת הש"ג ודוחק לומר דהפי' באחר שדיברו בו הרשב"א ואגודה איירי בזה אופן דעשה ק"ס שמרוצה שיעשה ביניהם פשרה כטוב בעינו ובאופן זה לדיין אסור אבל כשמודיע טיב הפשרה אף בדיין מותר דמ"ש הא הק"ס שעושי' לאחר אינו בכפי' ומי הכריחם לכך ומ"ש שמרוצים ביודעים טיב הפשרה או שמרוצים בלי הכרח לקיים מה שיפשר הדיין. סוף כל סוף אין כאן כפי' והוא הדבר הנעשה ברצון בע"ד ומ"מ לדיין אסור ולכן דעת ש"ג צ"ע וכ"כ הב"ח:

ד **ויש חולקים** דעה זו הוא במרדכי ובכל ראיה שמביא המרדכי שם אין בו ראיה מכרעת שיש כח ביד ב"ד לכוף ליכנס לפנים משורת הדין. ועוד יש לדקדק בלשון המרדכי דכתב דאנן כייפינן לפני' מש"ה אם יש יכולת בידינו עכ"ל ולכאורה זה שתלה הדבר ביכולת או אינו ביכולת בלתי מובן דמה ענין זה לפשר אף בגוף הדין אם אין יכולת בידינו מה לעשות ובעו"ה מיום שגברו בעלי זרוע תש כח ידי ב"ד ואם יכולת ביד ב"ד לכוף לדין א"כ לשיטתו אף לפשר נכוף ומ"ש פשר מדין והב"ח פי' יכולת שהוא עשיר והמעיין במרדכי יראה דהך חילוק בין עשיר לעני נאמר אחר כך במרדכי ולא אמרה מקודם כנר' מלשונו שם ולכן נראה ברור כי מכל הראי' שהביא מרדכי הוא רק שנאמר בו לשון חייב והוא מורה על כפיי' והיינו כפי' במילי כמו שיש דיעות ביבמות וכתובות גבי כופין אותו להוציא. ואומרים לו חייב אתה לעשות כן. ואם אינך שומע אתה עברייין אבל לא נכוף אותו בשוטים ונידוי וכדומה כיון דאין שורת הדין כך עיין כתובות דף נ' גבי עשיתינהו ע"ש בתוספת שם מבואר דלפנים משורת הדין אין כופין רק במילי ע"ש. וזהו ההבדל שיש בין דין לפנים משורת הדין ולכך קאמר המרדכי אם היכולת בידינו לעשות הרצון שהוא גברא דצייתנא ושומע לקול ב"ד של ישראל מבלי לעבור על דבריהם אבל אם אין יכולת שאין סר למשמעתו ודברי ב"ד כדאמרינן בדברים לא יוסר עבד אין לכוף אותו בשוטי' ונידוי משא"כ בדין כופין בכל מיני כפיות וא"ש מעתה יש לומר דגם הרא"ש מודה לזה ואין כאן מחלוקת כלל:

ה **אסור לבקש צדדים וכו'** בב"ק דף מ' ע"ב פריך הגמ' על דשאל לחבירו שור בחזקת תם ונמצא מועד ונגח שומר משלם ח"נ ובעלים משלמים ח"נ ומוקמינן ליה דאקדים ב"ד ותפסי' ופריך הגמרא בעליו אמאי משלמי' ח"נ נימא ליה אי אהדרת' הוה מעריקנא לאגמא. ומשני לאו מעליה בעי לשלם ופריך הניחא דאי' ליה נכסי דלית ליה נכסי מא"ל. ומשני משתעבדנא מדר"ן כו' והקשה התו' מה טענה יש דהוה מעריקנא לאגמא א"כ היה עושה שלא כדין בשלמא לר' ישמעאל דס"ל ב"ח נינהו ניח'. קצת דלא הוה אלא מזיק שעבודו של חבירו. אבל לר' עקיבא דאמר שותפו הוה ליה גזל ועוד דב"ד ינדהו אם לא ישלם ביש לו ותירוץ שרוצה לומר מתוך דברים אלו שהיתי עושה היה הניזק נתפשר עמי בדבר מועט והיה מוחל לי כל היתרון וכו' ומזה משמע לכאורה דלא כש"ע דרשאי לבקש צדדים כדי לבוא לידי פשר. אך הת"ה פקפק בזה דאיך אפשר לחפש צדדים ברשע להכריח לחבירו שיפשר עמו ולכן תי' שני תי' או דהבעל טוען כן נגד השומר את עכ"פ גרמת לי הפסד דנגד הניזק הייתי עושה תחבולה להבריחו לשור עד שיתפשר עמי ואי דהוא עול ורשע מה איכפת לך אם אתחייב בדין שמי' או דנימא אף

דלא הייתי עושה כן מ"מ הניזק היה לו פחד אולי אהיה רשע ואהיה עושה כן וממילא היה בא ומתפשר עמי וא"כ השומר גורם לו היזק עכ"ל והיש"ש בב"ק השיב על זה דאיך ס"ד שיטעון הבעל שור בב"ד להוציא ממון מיד השואל בטענה שהיה עושה שלא כדין והיה חייב בד"ש והב"ד ישמעו בקולו ולא יגערו בנזיפה עד שיפסקו מחמ' זו שישלם לו השואל ממון בטענת רשע וזדון. ומכ"ש בתי' השני דהוא רק ספק בעלמא אילו היה הניזק נבעת מחמתו והיה מפשר או לא דבר זה הוא רק ענין מדומה ואיך בספק מדומ' כזה נוציא ממון מיד השואל ע"ש שהאריך ויפה הקשה אלא שגם הוא תי' בדוחק כי כתב דשאני התם דיש לבעל השור תערומת על השואל שלא שמרו להשור כראוי ע"ש ואין זה טעם דבשביל כך יהיה יוכל לילך בעקיפין ותחבול' רשע נגד הניזק ולהכריחו לפשר דהוא מה פשע ויש לישב בדוחק גדול. וגם מ"ש התוספ' דלר"י דס"ל ב"ח נינהו ניחא קצת נתקשו הת"ה וכן היש"ש דהא מזיק שעבודו של חבירו חייב בדיני שמים וכ"כ הרשב"א בחדושיו דגם לר"י קשה איך יבריח להשור באגמ' הא הוי מזיק שעבודו של חבירו ע"ש. ולכן נראה ברור דלפי קושית הגמ' דפריך הניחא אי אי"ל נכסי אי לית ליה נכסי מא"ל ולא מוקי לי' באמת דאיירי בדאית ליה נכסי ש"מ דסבירא ליה לגמ' דמסתמא איירי הברייתא בכל גווני מדלא מפליג כלל ולכך פריך בדלית ליה נכסי מא"ל דברייתא בכל גווני איירי הואיל ונשנית סתמא. וא"כ גם בזה י"ל דהא אמרינן בריש ב"מ לכך חשוד אממון לא חשוד אשבועה דאמרי' מלוה ישינה יש לו עליו וכו' ע"ש וא"כ אף כאן באם טוען הבעל על הניזק יש לי מלוה ישינה רק אין לי עדים וא"א להוציא מידו בדין אבל עכשיו שהזדמן ששורי הזיק לו אני אתפוס אותו לפרעון מלוה ישינה שלי ובאמת אילו הייתי טוען כן בב"ד לא הייתי נאמן רק הייתי מבריחו לאגמ' עד שלא היה יכול לגבותו בב"ד וקמי שמיא אני יוצא וחף אני מפשע ואתה השואל דהנחתו לתופסו הפסדת אותי במלוה ישינה שלי ולכך כתבו תו' שפיר דודאי לר' ישמעאל ניחא קצת דקושית הגמרא איך קתני סתמא דבעל השור משלם ח"נ מי לא עסקינן דטוען מלוה ישינה יש לי עליו על הניזק וא"כ אילו היה בידי הייתי מבריחו ואוכלו ואי דהוה מזיק שיעבודו וחייב בד"ש קמי שמיא גלי' דהנכון אתי דמלוה ישינה שלי בידו וכבר קיבל תשלומי נזקו ואת דאפסדת' עליך לשלם. ואיך קתני סתמא ולא מפליג דאיירי דוקא בשאין לבעל שור טענת מלוה ישינה על הניזק ומשמע דברייתא בכל גווני איירי כהנ"ל. אבל לר"ע הקשה תו' מה בכך דיטעון מלוה ישינה הב"ד לא יאמינו לו כיון דאין לו עדי' וינדוהו עד שיחזיר שורו לניזק וכו' ולכך תי' התו' דהייתי עושה כ"כ תחבולות עד שהיה מוכרח לפשר עמי למעט טרח' דבי דינא ולא קשיא הא יש כאן עול כהנ"ל דהא הוא

טוען מלוה ישינה יש לי על הניזק ואם כן קמי שמי' גלי' דהנכון אתי ומשום בית דין הא הייתי מטריחו עד שיפשר עמי בלי בית דין ואין כאן עול כלל וקושית הגמ' שפיר בין לר"י ובין לר' עקיבא איך קתני סתמא דבכה"ג דטוען מלוה ישינה אין לו לשלם ח"נ וא"ש וכן הנכון ופשוט לדינא דמי שיודע שיש לו מלוה ישינה על חבירו רק דאין לו בירור וחבירו תובע אותו ויודע כשיטעון בבית דין דיש לו מלוה ישינה אצלו דלא יהיה נאמן דיכול לעשות טצדקאו' ותחבולות לייגע חבירו עד שיפשר עמו ולהציל שלו במקצת ואין כאן עול דקמי שמיא גלי' ודברים מסורים ללב ונאמר בו ויראת כו' אבל כשאין לו טענת מלוה ישינה חס ושלום להתחבל ברשע ולייגע חבירו שיפשר עמו הרי זה רשע ואיש מדון וחמס:

[1] **ויש אומרים דוקא בשנים** פי' דוקא שני פשרנים בעינן וזהו כפי מ"ש הב"י וכ"מ בדעת הרמב"ם דכתב בפרק כ"ב מהל' סנהדרין דין ו' יפה כח הפשרה מכח הדין דשני הדיוטות שדנו אין דיניהם דין ויש לבע"ד לחזור בהן ואם עשו פשרה וקנו מידן א"י לחזור עכ"ל ודייק הב"י הואיל ולא כתב דאפילו אחד יכול לפשר דשנים שא"י לדון כבר כתב לעיל בכמה דוכתי ש"מ דוקא בעי שנים והקשה עליו דהא בגמ' אמרינן לימא תלתא תנאי בפשרה דר"מ סבר בשלשה ור"א בחד ורשב"ג בשנים ומשני אמר ר' אחי ברי' דר' איקא מ"ד שנים אפי' חד נמי והא דאמר תרי דכי היכי דלהוי עליה סהדי. ועיי' בכ"מ דדחק ואילו היה מקום לדברי מהר"א ששון בתשובה סי' ע"א דאם הבע"ד מכחישין לדיינים ואומרים שלא קבלוהו לדיינים דאין הדיינים נאמנים וצ"ל לדבריו אף דקי"ל לקמן בסי' כ"ג ס"א דשני דיינים נאמנים לעולם כשני עדים לומר לזה חייבנו ולזה זכינו ע"ש. דיש הבדל דהתם הם דיינים ואחר כך עדים מה שדנו ובאיזה אופן דנו ודיין נעשה עד לכ"ע אבל בזה ענין דהם צריכין ראשון להיות עדים דקבלו על עצמן לדיינים דאל"כ אין מקום לדיינים כלל ואחר כך יהיו דיינים א"כ הוי בכלל אין עד נעשה דיין. ואף דקבלוהו ביום ולא תהא ראיה גדולה משמיעה מ"מ הוי כהוזמנו לעד. דלדעת רוב פוסקים לעולם פסול לדון. וא"כ י"ל דקשה קושית תו' והכ"מ דבממ"נ כיון דקי"ל פשרה צריך קנין א"כ במה יפה כח פשרה מכח דין בממ"נ אי קנו אפי' בדין מהני בא' ומכ"ש בשנים דאין אחר קנין כלום ואי לא קנו אפי' בפשרה לא מהני אפי' בתלתא מה שבדין מהני וע"ש דדחקו ליישב אבל לפי הנ"ל ניחא דמיירי דקנו בפני הנך דיינים או פשרנים ולא היו עדים אחרים במעמד ההוא וא"כ בדין אף דקנו אינו מועיל דיכולים הבע"ד להכחיש והם אינם יכולים להעיד על הקנין דאין עד נעשה דיין כהנ"ל משא"כ בפשרה שפיר יכולים הפשרנים להעיד על הקנין דעד נעשה פשרן לכ"ע ולכך יפה כחו של הפשרה מדין וא"ש ולכך גם

הרמב"ם דהעתיק הברייתא דיפה כחה של פשרה מהדין הוצרך להעתיק בשנים דבאחד אף בפשרה יכולים להכחיש האחד. וע"א בהכחשה לאו כלום ואי דמודה דקבלוהו או דיש עדים אחרים אף בדין מהני קנין ואין כאן יפוי כח ולכך נקט הרמב"ם בלישנא שנים. אלא דגופו של דברי מהר"א ששון צ"ע כמ"ש תשובת פרח מטה אהרן שיש להשיב עליו ואעפ"י שכפי מש"ל יש לו פנים בהלכה ויש להליץ בעדו מ"מ הדין צ"ע לא זו לדעת הרמב"ם אשר כפי הנראה וכפמש"ל ס"ל אפי' בהוזמנו לעדים מ"מ בראו ביום עד נעשה דיין אף זו לשיטת החולקים מ"מ בכה"ג דאין מעיד על גוף דבר רק שנבחר מאתם לדון ביניהם אינו בכלל וגדר עד נעשה דיין והוא בכלל דיינים וכן נראה מתוך דברי התו' בפ' י"נ גבי שלשה שנכנסו לבקר חולה דפי' דיכולת בידם לדון בע"כ דהאב קיבל אותם לדיינים בדין ירושתו ואעפ"י שאין שם אלא הם וא"כ הם המעידים על כך ומ"מ נעשו דיינים לדון ש"מ דלא אמרינן בזה עד נעשה דיין. וא"כ משמע מתוך דברי הרמב"ם כמ"ש הכ"מ והקושיא הנ"ל במקומו ונראה ליישב דס"ל לרמב"ם מה קושיא לימא תלתא תנאי דלמא באמת יש תלתא תנאי דחד ס"ל תלתא משום דבעי תלתא דבקיאי בפשרה. כמ"ש תו' ומ"ד בשנים ס"ל כמ"ש התו' שם בד"ה תיסגי בתרי דצריך הכרע ובשנים הוה הכרע כמו בדין בשלשה דהא התם לא הוה רק דעת שנים אף דשלישי חולק וא"כ בפשרה דכולם מסכימי' למה לן תלתא בשנים שמסכימים סגי ולא צריך ב"ד שקול כמו בדין כיון דבעינן דעת כולם ומ"ד בחד ס"ל דלא צריך הכרעה וא"כ מה כ"כ תימא אי אמרינן דג' תנאי. אמנם נראה דס"ל לגמרא ליתד מוחלט דלא ס"ד דיהיה בפשרה צריכים יותר מן דין וזהו ס"ל לגמרא מהנמנע ור"א בר איקא לשיטתו דס"ל בדף ג' כשמואל דשנים שדנו וה"ה חד דינו דין ולכך כל הקושיא והפירוקא הכל לר"א בר איקא דלדידי' בשלמא ר"מ ס"ל בשלשה גבי פשרה הוא דאזיל לשיטתו דס"ל דדין בג' כש"ל בכמה דוכתי דר"מ ס"ל מקשינן ריבים לנגעים וכו' ומה ריבים בשלשה וכו' ש"מ ס"ל דיני ממונות בשלשה אבל אי נימא אף רשב"ג ס"ל שנים דוקא א"כ ברור דבדין דבעינן ב"ד שקול שלשה וא"כ כיון דרשב"ג ור"מ ס"ל הכי הלכה כמותן וכמ"ש הרמב"ם באמת דתרי ה"ל רבים נגד אידך החולק ור' אחי ס"ל דבד"מ סגי בחד בדיעבד ולכך איהו דחק דבאמת מ"ד בשנים בחד סגי ולאו דוקא שנים אבל אנן דקי"ל דלא כשמואל מה"ת לדחוק ולומר שנים לאו דוקא אמרי' דוקא בשנים משום דבעי הכרע ס"ל רשב"ג כן דבדין בעינן דוקא תלתא משום ב"ד שקול ובפשרה משום הכרע שנים ור"מ להחמיר להצריך תלתא כמ"ש תוספ' דבקיאי בפשרה וחכ"א חד ולא קשה מידי וכיון דרשב"ג ור"מ ס"ל דבעינן שלשה לדין הלכה כוותי' ובאמת לא קי"ל כשמואל וא"ש. ולכך פסק הרמב"ם כרשב"ג דהוכיח כן

מגמ' דאל"כ לא הוה דחיק ר"א בר איקא לפרשו דשנים לאו דוקא אלא ודאי זו ידע הגמ' דהלכה בהך כרשב"ג וא"כ הוה הלכה דלא כשמואל שנים שדנו שאין דיניהם דין. ולכך מפרשי ליה לשיטתו כהלכתא דס"ל כשמואל וא"כ מוכח דהלכה כרשב"ג. ועוד כיון דר"מ בעי ג' בפשרה ורשב"ג ב' הוי ליה דברי ת"ק דסגי בחד יחיד לגבם דשניהם מודים דל"ס בחד ולכך פסק כרשב"ג וכה"ג כ' הפוסקים בדוכתי טובי ודברי רמב"ם נכונים:

ז **אם נתן שטר עליו** דעת הסמ"ע בס"ק ח"י דדעתו כמ"ש באורים אם נתן שטר להתחייב כפי שיפסקו הפשרנים דמהני וראיה שלו כדלקמן סי' מ' דיכול להתחייב עצמו בשטר אעפ"י שאינו חייב לחבירו כלום. ואי משם ראיה א"כ אף באמר כן בפה בפני עדים ואמר אתם עדים יהני כדלקמן בסי' מ' וזהו לא שמענו מעולם א"ו דיש חילוק כשמתחייב עצמו בהחלט בלי תלי' בדעת אחר אז אפי' אמירה בעלמא מהני מכ"ש שטר אבל כשמתחייב עצמו בדרך ספק ותולה בדעת אחרים בזו בעינן קנין גמור דדמי' לאסמכתא עיין מש"ל בסי' מ'. ומכ"ש לשיטת רשב"א בתשובה סי' אלף ושלשים דבעינן קנין משום דהוי אסמכתא וא"כ מה יועיל שטר לסלק אסמכתא קנין דוקא בעינן ולכן דינו של הסמ"ע צ"ע:

ח **מחילה אין צריך קנין** וכשיש בידו שט"ח עיין באורים שמחלוקת הפוסקים בזה. ולפ"ז הא דקי"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול צ"ל בקנין ולא נשמע כן משום פוסק ובפרט לפמ"ש תו' בב"ב גבי ברתי' קריבתא דר"ן דאמרינן שתמחול שטר כתובת' דאיירי בקטנה ואי צריך קנין אין ק"ס מועיל בקטן כמ"ש לקמן סי' רל"ה ע"ש וצ"ל דוקא שהשטר בידו אז לא מהני מחילה דאמרינן אי איתא דהיה לבבו שלם למחול היה מחזיר לו שטרו משא"כ שהשטר ביד א' מהכ"ת לא נימא דהיה בלתי לבב שלם ולכך במוכר שט"ח לאחר שייך מחילה בלי קנין כיון דאין השטר בידו וצ"ע:

ט **י"א שאין הולכין בפשר' אחר הרוב** הכה"ג תמה למה כתב בלשון וי"א כיון דהתו' והמרדכי והרי"ו כתבו כן להדיא ולא מצינו חולקים ונראה דלפמ"ש התו' בדף ההוא שהוא דף ו' ד"ה תיסגי בתרי וכו' דבירושלמי מפרש דלכך פשרה בג' משום דצריך הכרע והיינו שהאחד יכריע אם יהיו שנים מחולקים זה בכה וזה בכה וכאמר אין ב"ד שקול דהג' יכריע ואילו צריך דעת כולם מה הכרע צריך ומ"ש ג' משנים או ארבעה כיון דבעינן דעת כולם ועכצ"ל דס"ל לר"מ דאף בפשרה אזלינן בתר רוב וא"כ אף החולקים אר"מ בהא לא מצינו דחולק ולכך כתבו בלשון וי"א כיון דמירושלמי משמע להיפוך:

י **דלא כאסמכתא** הש"ך בס"ק כ"ו כתב דדין זה צ"ע ויפה כתב דהא המחבר פסק לקמן בסי' ר"ז דלא מהני זה לבטל אסמכתא ודוחק לומר דכאן לא הוי אסמכתא גמורה דהא

איכא למ"ד פשרה א"צ קנין. וכי יחלקו בפלוגתא דאסמכת' קני וגם קנין מה מועיל למ"ד דבאסמכתא אף קנין גרידא זולת דקנו מיני' בב"ד חשוב אינו מועיל וע"כ צ"ל דזהו לאו אסמכתא גמורה היא וא"כ י"ל דכ"ע מודים דאמירה דלא כאסמכתא מהני. אלא דמ"מ מנלי' למחבר דוחק זה הא הרשב"א דכתב כן בתשובה הוא דס"ל כרמב"ן רבו הובא בב"י ס"ס ר"ז וכן דעת הגאון דבכל אסמכתא מועיל אמירה דלא כאסמכתא אבל לפי דקי"ל כרא"ש דלא מהני אמירה זו באסמכתא מנלן דמהני כאן אף דלא הוי אסמכתא גמורה כיון דלא מצינו לו ראי' בש"ס ומהכ"ת לחלק וצ"ע:

סימן יג

א **יכולים להשוות עצמן** י"א דא"צ לברור השלישי דין זה צ"ע כי בגמ' משמע להיפוך דקתני ד"מ בשלשה זה בורר לו אחד וכו' ומבואר דהך ד"מ בשלשה עלה קאי דפירשו איך הוא בג' דזה בורר לו א' וכן השני וכו' וכי בשיטה זו בממ"נ אם אין מושוי' בדעה פשיטא דבג' דהא צריכים הכרע דזה אומר לחייב וזה אומר לזכות ואף לשמואל דס"ל דשנים יכולין לדון פשיטא דאם אין מסכימים לדעת א' דצריך ג' ואי דמסכימין הא בשנים סגי ואיך קתני בשלשה וכן בגמ' שאל מאי שנא דעבדי הכי דבורר להם ז"א וז"א ואי כהנ"ל הלא עושי' מבלי להרבות בדיינים אם ישוו עצמן בדין א"ו דקבלו עליהם הבוררים שידונו דין תורה א"כ צריך שלשה כמו בשאר דיינין דע"י שלשה יצא המשפט לאורה ואף ששנים כוונו לדעה אחד אולי השלישי אומר טעם חדש שהיו כל השנים חוזרין ומסכימים עמו והסמ"ע נתן טעם דוקא דיינים דדנין בע"כ של בע"ד בעי שלשה אבל בבוררים שקבלו כל א' על עצמן לדון א"צ שלשה. ולדבריו ולטעמו א"כ כשהם התובע ונתבע קבלו לשנים דידונו ביניהם כפי הדין תורה אף הם א"צ ג' וזהו אינו דהא כתבו להדיא התו' סנהדרין ה' ע"ב ד"ה יפה כח וכו' דאף דאתו לבי תרי ואמרו להם דונו אותנו כמו שרגילים לעשות הדין צריך שלשה בדין ע"ש וא"כ ה"ה בבוררים בקבלהו לדון כפי הדין הנהוג דמ"ש ולכן גם טעם זה די"ל דכיון דקי"ל כר"א בר איקא לשיטת הרמב"ם דד"ת חד כשר רק משום יושבי קרנות. ובזבל"א לא חיישינן ליושבי קרנות דמסתמא יבררו בעלי תורה דא"כ אף כשהם בע"ד יחד בוררים לשנים יחד לדון ביניהם נימא סברא זו ומ"מ העלו התו' דבעינן שלשה. ולכן נראה דאין לדין זה שורש הלל כי מ"ש הדין הזה מתשובת מהרי"ו מלבד שכפי דעת מהר"א איירי מהרי"ו בקבלה לפשרה ולא לדיינים ע"ש סי' ל"א שהאריך אף גם אי איירי בדיינים פירושו שם כנראה מדבריו שקבלו בפי' שהם שנים לבד ידונו ביניהם. וא"כ אין אחר הקבלה כלום ולכך כל זמן שהם עושים

בדין אין להם להוסיף ועיין במפתחות שם דמשמע דאסור להערים כדי להרבות בדיינים ע"ש אבל בסתם שזבל"א וזבל"א וידונו כפי ד"ת ודין הנהוג ברור דצריך שלשה כמו אילו קבלו ב"ד ביחד לשנים וכן כתב הט"ז דהאי דינא ליתא וצע"ג:

ב **וכל מקום שא"י לחזור א"י להוסיף דיינים** משמ' לפ"ז כל שטען כבר דא"י לחזור אף להוסיף הדיינים אינם יכולים ובתשוב' שב יעקב הביא קושיא בשם שאירי הגאון המנוח מוהר"ר ברוך כהנא אב"ד ק"ק פיורדא דהא מקורו של דין דיכול להוסיף בדיינים למדו הרמב"ן בפי' לתורה בפ' דברים מספרי טרחכ' וכו' ראה חבירו נוצח בדין אמר הריני מוסיף בדיינים והא זה מיירי בשכבר טען כדאמרינן ראה חבירו נוצח בדין כו' וע"ש שחשב לתרץ ולחלק בין תובע לנתבע וכבר השיגו הגאון בעל שב יעקב אלא שגם תירוץ של השב יעקב דוחק למאד דפי' דבאמת לא היה טענתו להוסיף בדיינים מועיל דלאחר שכבר טען א"א להוסיף רק מ"מ טען הוא והרי זה טורח לדיין ע"ש וזה דוחק רב דאם נחשב לטורח מה שטוענים דבר אשר באמת אינם מועילים לדינא הרבה טענות יש בכל משפט ודברי ריבות מה שטוענים הבע"ד זה בכה וזה בכה ואינו נ"מ ומועיל לדינא לא יכילן היריעה ולמה בחר בטענה זו שאין כ"כ בטורח באשר יהיה הבע"ד מאריך בחביל' ראי' ודברי' של הבל שאין בו ממש. ועוד וכי דור המדבר דור דעה לא היו יודעים דבר חוק ומשפט שאין להוסיף דיינים לאחר שכבר טען בב"ד ומה היה זה טורח שהטריחו לב"ד לטעון דבר שאינו ועוד לפי דבריו יסתרו דברי הרמב"ן בתורה דס"ל לאחר שטענו א"י להוסיף לדברי רמב"ן בחדושיו דס"ל להדיא דיכול להוסיף כ"ז דלא כתב. אבל לכאורה אין כאן קושי' דמה בכך דכבר טענו וראה נוצח חבירו בדין מ"מ הא במקום שנהגו לכתוב כ"ז דלא כתבו יכול לחזור אף דכבר טענו וכמ"ש הרמ"א להדיא במקום שאין המנהג לכתוב א"י לחזור משמע הא במקום שנהגו לכתוב אף דכבר טענו כ"ז דלא כתבו יכולים לחזור ואף להוסיף בדיינים יכולים וא"כ בכי האי גוונא אייתי במדבר דעדיין לא כתבו דאז לא היה עדיין ב"ד קבועים שם אלא דא"כ יקשה להנך פוסקים דס"ל דאם טענו כבר אף דעדיין לא כתבו א"י לחזור א"כ הך ספרי דראה חבירו נוצח בדין דיכול להוסיף בדיינים איך מתוקמ' ודוחק דבאמת להך דיעה ליתא לדינא של רמ"א ותמיד יכול להוסיף בדיינים דא"כ לא ה"ל לרמ"א לסתום סתומים. ובפרט כפי הנר' מנ"י פ"ק דב"מ ובס' אסיפת זקינים להדיא הרמב"ן ס"ל כדעת רשב"א ור"ן דאם טען א"י לחזור אף דעדיין לא נכתב ע"ש. ואמת דהרמב"ן בחדושיו לב"ב פרק גט פשוט כתב להדיא כמ"ש דכתב אעפ"י שבירר לו אחד יכול לחזור עד ישיבתן בדין דהיינו שטענו בפניהם או עד לאחר גמר דין (והיינו כדעת הרי"ף דמ"מ אף שטען יכול לחזור) ומשכתבו א"י לחזור וכו'

וכן נ"ל גבי בירורין של ב"ד שאמרתי שיכולים להוסיף על שלשה עד שיכתבו כדאמרינן בספרי טרחכ' ראה בעל דינו נוצח בדין אמר וכו' מוספני עליכם דיינים ואעפ"י ששנו ד"מ בשלשה לומר שכופין לברור להם ז"א וז"א אילו אמר לפני רבים אני רוצה לדון מוסיפים שנים שנים והדבר צריך הכרע ומיהו ודאי אם קנו או כתבו בירורין אין להוסיף ואין לגרוע עכ"ל הרי דדעתו שם לדינא כהרי"ף דבעי דוקא כתיבה ולולי כן תמיד עד גמר דין יכול לחזור וא"כ אף קודם כתיבה יכול להוסיף בדיינים ובזו איירי הך דספרי ואין כאן פקפוק בדבריו. אלא דמ"מ קשה לדעת הרשב"א והר"ן דס"ל משטענו א"י לחזור כנ"ל וגם הרמב"ן כתב כנ"ל והדבר צריך הכרע הרי לא החליט הדבר ואיך פסקו הרמ"א להדיא בלי ספק ולכן נראה דכל טעמו של הוספה משום דיכול לומר לבית וועד או לב"ד הגדול קאזלינא ונתן הרמב"ן הטעם דכתיב צדק צדק תרדוף הלך אחר ב"ד יפה וזה שדרשו הגמ' וכמ"ש הרא"ש סוף פ' ז"ב בשם ר"ת דקאי על ב"ד הגדול ונראה מדברי רמב"ן שם בחומש דס"ל כרמב"ם דבית וועד וב"ד הגדול שווים הם דפתח בבית וועד ומביא קרא דצדק תרדוף דקאי על ב"ד הגדול וש"מ דס"ל דהיא היא וא"כ דהוי הוספה כמו לב"ד גדול קאזלינא פשיטא דאף דכבר טענו יכולים למימר לב"ד הגדול אזלינא כמבואר בגמ' דב"ק בפ' הגוזל מ"ש דלא פתחי' ליה דיכול לומר לב"ד גדול קאזלינא משפתחו נמי מצי אמר לב"ד הגדול ופי' פתחו היינו שטען לפניהם כמ"ש היש"ש שם. וא"כ אף הוספה כן רק לדעת הרשב"א והר"ן י"ל כי מצי למימר אף שטען לב"ד הגדול איזול היינו בב"ד של שלשה דדנין בכפי' בלי קבלת בע"ד אבל בזבל"א דקיבלו אותן וכבר טען א"י לחזור ולומר לב"ד איזול דכבר קבלו מרצונם אלו הדיינים לטעון ולדון בפניהם. ואיך יאמר לב"ד הגדול ניזול. וא"כ אף בהוספה של דיינים א"י לטעון דזהו הוי כמו ב"ד גדול ולאחר שקיבל אלו בזבל"א א"י לטעון כן. וא"כ אין כאן קושיא מהך דספרי דשם במדבר לא איירי כלל מב"ד שקבלו בזבל"א רק בב"ד של ג' שהיו דנין מעצמן בכפי' ובזו מבואר בגמ' דאף דטענו יכולים לומר לב"ד הגדול ניזול ואף להוסיף בדיינים רשאים דהיינו ב"ד הגדול כהנ"ל אבל בזבל"א א"י לחזור ואף בדיינים א"י להוסיף כהנ"ל. וזהו ספיקו של רמב"ן ז"ל שכתב והדבר צריך הכרע היינו בזבל"א דבהו איירי אי גם בזה יכולים להוסיף דיינים לאחר שטען דאפשר דא"י לחזור אבל בדיינים דעלמא אין כאן ספק כלל כמבואר בספרי ולכך יפה כתב הרמ"א גבי זבל"א דאם אין יכולים לחזור להרי"ף בכתיבה ולרשב"א והר"ן בשכבר טענו א"י להוסיף בדיינים כהנ"ל והספרי איירי בב"ד בלי זבל"א דיכול לומר לב"ד הגדול ניזול ואף להוסיף רשאים ולק"מ. ובהכי מיושב מה שהקשו להרי"ף וסייעתו דס"ל דקודם כתיבה בזבל"א יכול לחזור דהא אפי' בג' דדנו

בע"כ משטען א"י לחזור דהא גבי נאמנים עלי ג' רועי בקר אמרינן דיכול לחזור עד גמר דין משמע הא בכשרים משטען א"י לחזור דבכשרים אף דא"י לחזור סתמא מ"מ אי טען לבד"ג קאזלינא תמיד אף דפתחו ליה בדינא יכול לחזור כנ"ל. וכן הדין בזבל"א לדעת הרי"ף אבל אם כתבו א"י לומר לב"ד קאזיל וכן א"י להוסיף בדיינין כמ"ש הרמב"ן דהיא היא ודעת החולקים על הרי"ף ס"ל דזבל"א א"י לחזור בשטענו אפי' לב"ד הגדול וכן א"י להוסיף וזה מעליות' דזבל"א. וכן המעיין שם ברמב"ן בתורה כתב להדיא בג' דדנו בע"כ. וע"ז כתב דיכול להוסיף דאף דא"י לחזור לגמרי מ"מ מצי אמר לב"ד גדול איזול והיינו הוספה כמ"ש להדיא. אבל בזבל"א לא איירי. ולכך כתב בחדושיו דצריך הכרע. דנסתפק אי מצי לומר לב"ד הגדול ניזול כ"ז דלא כתב כהרי"ף או דא"י בשכבר טען הואיל ביררו להם מרצונם כרשב"א ור"ן ובזו ניחא נמי דבפי' התורה כתב הרמב"ן דאם כבר טען דא"י לחזור ואילו בחדושיו לב"ב כתב כ"ז דלא כתבו יכול לחזור אלא דיש לחלק בין חזרה לחזרה דחזרה לגמרי מבלי לציית כלל בזו א"י בשכבר טען אבל לב"ד הגדול קאזלינא יכול לחזור אם לא בזבל"א וכתב שטר ברורים לדעת הרי"ף אז א"י לחזור כלל אפי' לב"ד הגדול כנ"ל. ודברי רמ"א בזבל"א מדוקדקים לכל דעת. ומזה נראה פשוט דאפי' יש ב"ד קבוע בעיר דלא מצי לטעון לא אדון לפניכם רק בזבל"א כמ"ש הרמ"א לעיל סימן ג' סעיף א' ע"ש מ"מ יכול להוסיף בדיינים דהא מצי אמר לב"ד הגדול ניזול דבזו לא שמענו חילוק בין ב"ד קבוע לאינו קבוע והרמ"א לקמן בסי' י"ד ס"א כתב דבעו"ה אין לנו ב"ד הגדול אבל זולת זה לא שמענו דלא מצי אמר מב"ד קבוע לב"ד הגדול וא"כ הוספה בדיינים היינו ב"ד הגדול. והרמ"א כתב כאן דא"י לחזור היינו לומר לב"ד הגדול ניזול בזו א"י להוסיף אבל בב"ד קבוע דיכול לטעון לב"ד הגדול נילך אף להוסיף בדיינים רשאים וזהו דלא כמ"ש בתשובת שב יעקב דבב"ד קבוע א"י להוסיף בדיינים וזה אינו כמ"ש והרב בעל שב יעקב לא נחית לחלק בין חזרה בב"ד לחזרה דב"ד הגדול ולכך כתב כל מה שכתב:

ג **אפי' עד אחד מעיד וכו'** כ"כ הטור ובאמת הכי משמע שם לאוקומת' דרבין בשם רבי יוחנן בריש פרק זה בורר דמוקי לפלוגתא דר"מ ורבנן בזה פוסל דיינו של זה וזה פוסל עדו של זה דאיירי בעדים פסולים ודיינים כשרים ודיינים פסולים ועדים כשרים. דר"מ סבר מגו דפסלו לעדים פסלו לדיינים. ורבנן חולקים ש"מ אפילו במקום מגו לא מהימן לפסול לדיינים אף דאינו נגיעה כ"כ דהא איכא בי דינא אחריני כמבואר שם בגמ'. אבל קשה א"כ אוקומת' קמיית' דמוקי לרישא בפוסל דיינים של זה בערכא' שבסוריא ובפיסול עדיו בפסול משפחה למה לא מוקי גם רישא בכה"ג ותרתי צריכינן רישא

להודיע כח דרבנן דאפי' בדיינין דאיכא בי' דינא אחריני מ"מ אינו נאמן וסיפא אפילו בעדים מהימן לר"מ וכנ"ל לרבין אליבא דר"י ע"ש ומזה נראה לכאורה דלהך אוקומתא באיכא ע"א עמו לכ"ע גבי דיינים נאמנים דאין כאן נגיעה כיון דיש בי דינא אחריני. והך אוקומת' בערכאות שבסוריא הביאו הרמב"ם בפי' המשנה והר"א וכן הרמב"ן ומשמע דקאי להלכתא וכ"כ לחד לשון ברש"י דפליגי לר' דימי ר"מ וחכמים בצריך לברר ופירש"י דר"מ ס"ל הואיל וצריך עוד כת אחת כשרים וא"כ אין כאן נגיעה בכת זו כיון דיש לו כת עדים אחרים. וא"כ אף בדיינים כן דהא יש כאן דיינים אחרים דשכיחי במתא ותורה א' לכולן ודוחק לומר דלכך לא מוקי ליה רישא בדיינים כמו בעדים דס"ל דלא ה"ל למשנה למיתני בתרי בבא זה פוסל דיינו פלוגתא דר"מ ורבנן ובפוסל עדו וכו' רק ה"ל למתני כחדא זה פוסל דיינו ועדו של זה וח"א א"י לפוסלו דהוה פלוגתא בתרתי ומדמחלקינן בתרי בבא ש"מ דענינו של פיסול דיין אינו ענינו של פיסול העדים דבדיינים איירי בערכאות שבסוריא ודוחק:

ד **דהא בעינן שיהיו בע"ד עומדים וכו'** לקמן ס"ס י"ח כתב המחבר ב"ד פוסקין בד"מ שלא בפני בע"ד וכבר הרגיש בזה הסמ"ע ותי' דשם איירי דכבר טען לפני ב"ד רק קודם גמר דין נתן זה זכותו לאחר ובכה"ג בד"מ גומרין שלא בפני בע"ד וכמ"ש רשב"א אבל כאן דהב"ד הגדול לא שמעו כלל טענת' אין להם לפסוק שלא בפני בע"ד. והב"ח הקשה דהא לקמן איירי דנתן זכותו לאחר וא"כ מאותו אחר לא שמעו הטענות. ולכן מחלק הב"ח בין לכתחילה יש לפסוק אף בד"מ לפניו אבל בדיעבד אינו מעכב כמ"ש הרשב"א דוקא בד"נ דגלי לן קרא השור יסקל וכו' אבל לא בד"מ עכ"ל. והש"ך בס"ק ח' השיג דמה בכך דנתן זכותו לאחר סוף כל סוף טען הראשון ולא עדיף זה השני מגברא דאתי מחמתי' ולכך לא הוי רק גמר דין וזהו שמחלק הרשב"א דבד"נ אפי' בגמר דין צריך דוקא בפני בע"ד אבל בד"מ א"צ אבל לכתחילה הדין אף בד"מ בעי דוקא בפניו אפי' באי אפשר באופן אחר ע"ש ובאמת באותה טענה של הב"ח מהך דנתן זכותו לאחר דלקמן בסי' ח"י יפה תי' הש"ך דהא מ"מ שמעו הב"ד הטענות ומה איכפת לן שהוא בעודנו עוסקים בדין נתן זכותו לאחר. רק עדיין יש להקשות מהא דלקמן בסי' קכ"ד דנשים יקרות וכן בת"ח שוגרים להם סופרי דיינים ושומעים טענתם וע"פ טענתם פוסקים הב"ד וא"כ וכי לא יהיה הב"ד ששולחי' הטענות לב"ד הגדול כמו סופרי דיינים ולמה לא יפסקו הב"ד הגדול עפ"י שמועות הטענות מב"ד הקטן ועכצ"ל כדברי ב"ח דהיכא דא"א אף תחילת דין גומרים שלא שמעו טענות רק מפי שלוחים והתם א"א משום יקרא אבל כאן הא אפשר דב"ד הגדול שולחין לב"ד הקטן דעתם והם יפסקו בפני בע"ד. ויפה כתב הב"ח.

וא"כ יש לומר דאף בגמר דין אין לפסוק במקום דאפשר שיהיה בפני בע"ד דהא דמחלק הרשב"א בין ד"מ לד"נ הוא מהך דב"ק דף מ"ה דמשמע בד"מ גומרין דינו שלא בפני בע"ד ושם איירי במקום דא"א בלא"ה אבל לכתחילה בעינן בכל מקום בפני בע"ד ודברי הב"ח נכונים:

סימן יד

א **נעלה לב"ד הגדול כו'** תו' הקשו דבפרק ז"ב אמרינן בטוען לבית וועד ניזול אין שומעין לנתבע ואילו בב"ק פרק הגוזל אמרינן דאפילו הנתבע מצי לטעון לב"ד הגדול ניזול. ולכך נחתו התו' לחלק בין בית וועד לב"ד הגדול וכמ"ש באורי' ולרמב"ם דלא מחלק בין בית וועד לבית דין הגדול יש להבין קושית התו' ונ"ל דס"ל לרמב"ם הא דאמרינן בגמרא מ"ש דלא פתחו ליה בדינא דאין מקבלין שלא בפני בע"ד העדות משום דמצי א"ל לב"ד הגדול ניזול כי פתחו ליה בדינא נמי מצי אמר לב"ד הגדול ניזול ומשני דנקט דיסקיא מב"ד הגדול ופירש"י אגרת מב"ד הגדול ששלחו לב"ד דכאן לכופו לדין. וס"ל לרמב"ם דאין פירושו דבדיסקיא מבואר להדיא שצריך דוקא לדון בעירו. דא"כ עדיין קשה כי לא פתחו נמי איך מצי אמר לב"ד הגדול אלך הא הם צוו במכתבם שידון דוקא כאן ואליהם תשמעון ואיך ימרה פיהם ועכצ"ל דכך כתבו שיעשו לו כתורה או ידונו בעירו או אם ילך לב"ד הגדול ילך עכ"פ לא יחמיצו הדין. ולפ"ז ס"ל לרמב"ם באמת בס"ד דפריך כי פתאו ליה נמי מצי אמר לב"ד הגדול ניזול ה"מ להקשות הא אין לנתבע רשות לילך לב"ד הגדול רק עדיפי פריך מכח ממ"נ אם יש לו רשות אפילו פתחו נמי ואי אין לו רשות אפילו לא פתחו איך יטעון לב"ד הגדול נלך וע"ז משני דנקט דיסקיא וכנ"ל ולכך בלא פתחו מצי אמר לב"ד הגדול ואעפ"י דבעלמא אין הנתבע מצי לטעון לילך לב"ד הגדול בכה"ג דהמלוה והתובע התחיל בב"ד הגדול והביא משם דיסקיא שידונו הם או הב"ד הגדול א"כ הוא מורשה מפי ב"ד הגדול ואף נתבע מצי טעין אלך לשם כי כבר התחלת בגדולים ולא אדון בקטנים משא"כ בפתחו ליה דכבר סביר וקיבל לקיים צווי ב"ד הגדול לדון בעירו שוב א"י לילך לב"ד הגדול וא"ש אבל בלא הביא התובע דיסקיא מב"ד הגדול לכ"ע אין הנתבע יכול לילך לב"ד הגדול וא"ש.

ב **י"א שאם יש שני ת"ח כו'** ואע"פ שהוא קטן ממנו וכו' זהו דעת הסמ"ג וכבר תמה סמ"ע השמטת דעת הטור דס"ל אפילו בשוין א"י להשמט מב"ד לב"ד רק מצי אמר ניזול לב"ד הגדול וכ"נ דעת הרשב"א והא דכתב הטור בסימן ג' דאם אין הנתבע רוצה בג' שבירר התובע אז זבל"א וזבל"א כו' מיירי ג"כ דהנתבע רוצה דוקא ב"ד חשוב מזה

שבורר התובע דל"ל דאם הוא טוען איני רוצה בב"ד ג' שבררת רק אני אברר אחד ואתה אחד כדי שיהיה מחפש בזכותי יותר אז יוכל לטעון אפילו בב"ד שוים דא"א ליישב כן בלשון התו' ורא"ש ריש פ"ק דסנהדרין ע"ש. והנה שורש מחלוקתם הוא דהסמ"ג וכן המרדכי ילפי מהא דמוקמינן בריש פ' ז"ב זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד היינו ב"ד אחד כגון בי דינא דר"ה ור"ח דאמר ליה מה חסרתיך ופי' הסמ"ג דאף דר"ה גדול מר"ח והתובע בורר לו ב"ד של ר"ה מצי הנתבע לומר לבית דין דר"ח שהוא קטן ממנו אלך ומצי מעכב על התובע עד שיבררו שנים יחד ב"ד שלישי המרוצה לשניהם ומזו שורש דינם אמנם האחרונים בכלל השיגו על זה ופי' דאיירי דהתובע רוצה לדון לפני ב"ד של ר"ח והלוה רוצה לילך לפני ב"ד דר"ה דגדול ממנו ולכך מצי מעכב על התובע אבל לא להיפוך. ונראה דהסמ"ג והטור מחולקים בסברא דהתו' בריש פז"ב ד"ה כגון וכו' דפי' דר"ח היה דר מר"ה רחוק מג' פרסאות דבתוך גבול זה לא היה ר"ח דן לפני ר"ה רבו וס"ל לסמ"ג דמרחק יותר מג' פרסאות הוי יגיעה וטרחא כמו הרחק ממנו דקי"ל דאין הלוה יכול לכוף למלוה ואם כן ה"ה יותר מג' פרסאות דמה גבול יש תו וכיון דנפק משיעור תחומו של תורה שהוא ג"פ הרי זה בכלל דרך רחוק דיש בו מהטורח ויגיעה ואם כן הא דקאמרינן כגון בי דינא דר"ה ור"ח קשה היכי איירי אי דהם התובע והנתבע במקום של ר"ה והוא הנתבע ביקש לצייית דין לפני ר"ה והתובע ביקש שילך עמו לר"ח פשיטא דיכול הנתבע לעכב ומה צורך לומר הטעם מה חסרתיך אדרבה יש כאן חסרון לנתבע שיצטרך לילך ג' פרסאות ועד כאן אמרינן עבד לוה לאיש מלוה היינו ליזול לב"ד הגדול אבל לילך למרחוק לב"ד דזוטר היכי ס"ד וא"כ איך שייך מה אטרחית ואם רצון התובע לילך לפני ב"ד דר"ה פשיטא דאין ביד הנתבע להשמט ולומר אלך לפני ב"ד דזוטרא בהרחק ג"פ ובזו ודאי אמרינן עבד לוה וכו' כיון דהב"ד הגדול במקומו. ועכצ"ל דאיירי דשניהם התובע ונתבע במקומו של ר"ח ואם הנתבע רוצה לילך לב"ד של ר"ה עדיין אינו רשות דהא אין רשות לנתבע לומר לב"ד הגדול הולך אני ואף זה בכלל כיון דרחוק ג"פ. וצ"ל דהתובע ביקש לילך לדינו של ר"ה ונתבע רוצה לדון במקומו לפני ר"ח וקשה למה יטעון מה חסרתיך הא קי"ל דמלוה מצי להכריח ללוה שילך לב"ד הגדול אפילו בדרך רחוק ועכצ"ל כמ"ש הסמ"ג דוקא בדרך רחוק שאין ב"ד קטן סמוך לב"ד הגדול אבל בזמן שהם קרובים זה לזה יכול הנתבע לטעון אלך לפני ב"ד קטן ואין ביד המלוה להכריחו שילך לב"ד הגדול ושפיר קאמרינן מה חסרתיך דלו יהיה דהיה בעיר אחת ממש הייתי יכול לטעון אלך לפני ב"ד של ר"ח ומכ"ש שנחנו במקומו של ר"ח והטעם כמ"ש הב"ח הואיל והב"ד סמוכים זה לזה אין קפידא בב"ד קטן או גדול דכי יקשה מהם דבר הרי

יכולים לשאול פי ב"ד הגדול ולזכך ספקם. ובזה דברי הסמ"ג מוכרחים ובהכי ניחא ג"כ דהא י"ל לו דהפי' כן בגמרא מ"מ זהו לס"ד דמפרשינן זה בורר לו אחד היינו ב"ד אחד וצ"ל הך פי' אבל למסקנא דאמרינן אחד פי' דיין אחד וא"צ לאוקומתא זו מנ"ל הך דינא וכמ"ש קצת מהמפורשים אבל לפמ"ש ניחא דקשה ל"ל לגמרא לפרש בכה"ג ב"ד דר"ח ור"ה שאין שניהם שוין לוקמי המשנה בשני ב"ד שוים בעיר והמלוה אומר בב"ד זה ולוה אומר בב"ד אחר דפשיטא דאין התובע יכול להכריח לנתבע מכ"ש דב"ד דזוטר מינייהו. ועכצ"ל דבאמת המ"ל כן רק קושטא דמילתא קאמר דאפילו ב"ד דזוטרא מינייהו כגון ב"ד של ר"ה ור"ח אין התובע יכול לכופו לילך לפני ב"ד של ר"ה. וא"כ ע"כ מוכח דלדינא קאי דאי הוא רק ס"ד בעלמא לפרושי משנה ולמסקנא לא קאי קושיא הנ"ל במקומו דלוקמי בב"ד שוים דהא בלא"ה למסקנא ליתא ולפרושי המשנה כס"ד יותר מסתבר דאיירי בב' ב"ד שוים וא"ש. והטור לא ס"ל הך סברא וס"ל דהואיל ואינם רחוקים רק ג"פ לא שייך טרחא וא"כ איירי דהם במקום דר"ח והתובע אומר לילך לפני ר"ח והנתבע לפני ב"ד של ר"ה ואין ביד התובע לכופו דאין כאן טורח ויכול אף הנתבע לומר מה חסרתיך ולב"ד הגדול איזול אבל בב"ד ששניהם שוים ומכ"ש בב"ד זוטרא פשיטא דיד התובע על עליונה לומר לב"ד זה נלך ולשיטת הרא"ש והטור דמחלקים בין בית וועד לב"ד הגדול צ"ל דר"ה ור"ח לא היה לר"ה המעלה יותר מר"ח רק כמו בית וועד לסתם ב"ד ולא כמו ב"ד הגדול לסתם ב"ד וכן נראה מגמרא שם בריש ז"ב דאיירי הכל בבית וועד ולכך הוצרך הגמרא לומר מה חסרתיך דאי יש לר"ה מדרגת ב"ד הגדול אפילו חסרו טובא מ"מ מצי נתבע לכוף לתובע לילך עמו ובהכי ניחא דברי בעל התרומות בשער ג' חלק ח' דין ו' דפסק אם יש באותו עיר עוד ב"ד אחר שכמותו של אותו ב"ד שרוצה התובע לדון בפניהם מצי הנתבע לטעון אני אדון בפני ב"ד השני ומכ"ש אם ב"ד זה גדול הימנו כדאמרינן בהגוזל דמצי אמר לב"ד הגדול אזלינא. וקשה לי א"כ הא דאמרינן כאן כגון ב"ד דר"ה ור"ח וכו' איך יפרשו אי כפי' הסמ"ג הא הבעל התרומו' כתב דוקא לב"ד השוה יכול הנתבע לילך ולא לב"ד דזוטרא מיניה ואי כפי' הטור דהנתבע טוען אני אלך לפני ב"ד של ר"ה ג"כ קשה מה אריא דנקט הגמרא בכה"ג דהנתבע טוען לילך לב"ד הגדול הא אפילו לב"ד השוים מצי טען אני אלך לב"ד השני ושפיר מתוקמא המשנה זה בורר לו ב"ד א' וזה בורר לו ב"ד אחד דשניהם שוים ומה רבותא דטען אלך לב"ד הגדול. ולפי מ"ש ניחא דבאמת ה"מ לפרש כן רק קושטא דמילתא קמ"ל דאם רחוקים זה מזה ג"פ ולא יותר אף הנתבע מצי טעין לב"ד הגדול איזול משא"כ כשרחוק יותר כי דעת בעה"ת דבית וועד וב"ד הגדול חדא הוא כמ"ש לשם בסוף דין הנ"ל ומפרש הך

דהגוזל בעיר אחת אבל חוץ לעיר אפילו לב"ד הגדול אין הלוה יכול לכוף למלוה אבל אם הם רחוקים רק ג"פ יכול לכוף לב"ד הגדול לילך אפילו הנתבע. ודוקא ר"ה דגדול מר"ח אבל אם שניהם שוים כיון דרחוקים עכ"פ ג"פ ל"ל הטורח כל דהו כיון דשניהם שוים ישפטו במקומן. וכ"נ מתשובת הרמב"ן הביאו ב"י כנ"ל. והא דהקשו הגי"ת וכן ב"ש דבעה"ת הביא ראיה מהך דהגוזל דמצי אמר לב"ד הגדול ניזול דהוא מפרש ליה באותה עיר כמש"ל א"כ מנ"ל דמצי לטעון ניזול לב"ד דכוותיה דהא התם אמרינן לב"ד הגדול ניזול ולא נזכר ב"ד דכוותיה. נראה ליישב דס"ל לבעל התרומות לב"ד הגדול פי' ב"ד דכוותיה רק שהוא גדול לדעת של הנתבע שהוא אומר שהוא בטוח בהן ביותר שהם ביותר שלימים במדע והם יבררו הדבר יותר היטב. דל"ל ב"ד הגדול כמשמעו א"כ הא דאר"י אמר שמואל מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ומפרש מר עוקבא דמיירי דפתחו ליה בדינא דאל"כ הא מצי אמר לב"ד הגדול איזול וקשה מנ"ל למר עוקבא לפרש כן במילתא דשמואל דסתמא קאמר ולא הזכיר בדבריו חילוק בין פתחו כו' דלמא מיירי שמואל מאותו ב"ד הגדול שבעיר הן מקבלים עדים שלא בפני בע"ד וקמ"ל דבדבר נחוץ מקבלים שלא בפני בע"ד כנזכר שם אבל מיירי בב"ד הגדול שהן מקבלים (ומזה הטעם נראה הוכרחו התוס' והרא"ש ליכנס בחילוקים שונים בין הך דמצי אמר לב"ד הגדול איזול והך דא"י לומר לבית וועד איזול ולא תי' דמיירי בב"ק בב"ד הגדול באותו עיר כמ"ש הבעה"ת ובעל העיטור ז"ל בחד תי' משום דקשיא לי' כנ"ל מיהו י"ל דלשון דיסקא מב"ד הגדול לא משמע שהן באותו עיר) ועכצ"ל דסתמא דמילתא ברוב עירות יש ב"ד הרבה שוים אין א' גדול מחבירו וא"כ קשה איך אמר מקבלין הא מצי הנתבע לשמוטי מב"ד לב"ד אם זה בכה זה בכה וכן להיפוך. דדוחק דשמואל יאמר למילתיה דוקא בעיר שיש בו ב"ד גדול או בעיר שאין בו רק ב"ד אחד דסתמא קאמר וברוב עיר יש ב"ד הרבה שוים במעלתם וא"ש. דהוכיח הבע"ת דב"ד הגדול הנזכר בב"ק לאו דווקא רק ב"ד השוה לאותו ב"ד שקבלוהו לעדות וא"ש. ולכן לדינא נראה לענ"ד כדברי בעה"ת המכריע דבב"ד השוה לזה והן בעיר אחת יכול הנתבע לומר לב"ד זה אני הולך אף דהתובע רוצה לילך לב"ד השני אבל כשאחד קטן וא' גדול הימנו והתובע רוצה לילך לב"ד הגדול אין רשות לנתבע לומר לב"ד הקטן אלך והיא הכרעה בין דעות. ואם רחוק רק ג"פ בזו אף בשוים א"י לומר אלך ג"פ לב"ד אחר רק אם אותו ב"ד גדולים כמ"ש הרמב"ן בתשובה:

ג **וכ"ש אם אומר כתבו לי כו'** הקשה הסמ"ע דמה לשון כ"ש הא בכה"ג דליכא חשד א"צ לכתוב רק הטענות ולא הטעם כמ"ש הרמ"א גופיה בהגהה זו ע"ש דדחק. ובאמת על הטור לא קשיא כי הך סברא דבאומר כתבו לי אין כותבין רק הטענות ולא הטעם

לאו דברי הכל כי נראה כי התוס' ורא"ש לא ס"ל דאי ס"ל מה קושיא דבב"מ אמרינן כגון דא צריך לאודעו' דמשמע הואיל ויש לו מקום לחשוד ואלו בסנהדרין אמרינן בא ושאל לכתוב וכו' ומה קושיא התם כותבים הראיה. וכאן טעם הדין וכמו שבאמת באסיפת זקנים ובשארי דוכתי הביא סברא זו לחלק ולתרץ על קושית התו' א"ו דלא ס"ל דלשון הגמרא דסנהדרין כתבו לי מאיזה טעם דנתוני משמע דגם הטעם מודיעין וא"כ יפה כתב הטור וכ"ש. אבל על הרמ"א יקשה דהעתיק דברי הנ"י ג"כ. ולכן צ"ל דס"ל לרמ"א דלכתוב א"צ הטעם דממ"נ אם יבא לב"ד הגדול יבינו הטעם מדעתן אבל לומר לו הטעם צריכין לומר לו בפה דזהו ג"כ חשדא דהא חושש שהם העבירו עליו הדרך וטעו וא"ש לשון מאיזה טעם דצ"ל הטעם רק א"צ לכתוב בתוך הפסק. וא"ש וכ"ש דבכה"ג דשאל דפשיטא דצ"ל לו בפה כל הטעם וכ"כ הב"ח דבע"פ צ"ל הטעם. וכן נכון:

ד **כל הוצאותיו** והיינו אם יצא הנתבע מחויב בדין זה ריב"ש סימן תע"ה והביאו הד"מ והסמ"ע ואני תמה הא הך דצריך לשלם הוצאות שגרם מה שסירב יליף ליה רבינו מאיר מהך דצריך לשלם הוצאות דשטר פתיחא שכתבו עליו בב"ד כשהזמינו ולא בא וכי נימא דאם יצא זכאי דאינו מחויב לשלם שטר פתיחא מה שסירב בב"ד דבר זה לא שממנו וסתמא נאמר בכל מקום שאין מתירין לו נידוי עד שישלם שכר סופר עבור כתיבת פתיחא. ולענ"ד נראה ודאי אם נתברר שהתובע בא עליו בטענת שקר ותרמית א"כ אין לשלם דלא היה לו לתובעו אבל אם באמת התובע חשב דהדין עמו והדיין פטרו לנתבע בכח הדין מ"מ לא היה לו לנתבע לסרב ולגרום הוצאות לתובע ובזה חייב משום מזיק לחבירו וצריך לשלם. וזה נראה ברור אלא שלא מצאתי בזה דבר ברור בפוסקים.

ה **אין אומרים שישבע כו'** הקשה הסמ"ע דלמה לא יטול בשבועה כמו המקיף שדה חבירו לקמן סימן קנ"ח ס"ח דא"י לברר דישבע כמה הוציא. ותי' הסמ"ע דשאני התם שהוא להנאתו דהניקף ואין להניקף היזק וכל כיוצא בזה משא"כ כאן וכו' עכ"ל וא"כ לדבריו אם אי אפשר לברר הפסיד דאין נוטל בשבועה ואני תמה דחילוק הסמ"ע אין לו שרש בגמרא ובפוסקים ואם כל ניזק ונגזל נשבע ונוטל האיך לא ישבע זה ויטול דהוא גם כן ניזק דעל ידי סרבנתו גרם לו היזק ולמה יגרע זה דהוצרך להוציא ברשות בית דין והרי זה מוציא ברשות. והדבר הזה מקורו מתשובת הרא"ש ושם איירי דאפשר לברר לו ע"י בירור ושומת ב"ד ולכך לא ישבע דכל מה דאפשר לברורי ולידע ע"י שומא מב"ד מהכ"ת ישבע משא"כ כשאין אפשר לברר וא"א לב"ד לשום למה יגרע זה משארי דברים דכל מה שנעשה ברשות ישבע כמה הוציא ויטול ואם יש לחוש שהרבה בהוצאות מכפי

הצורך נם זה בכלל שבועה שלא הרבה יותר מכפי צורך ואין לנו לחדש דינים וחלוקים חדשים אשר אין להם שרש בגמרא ופוסקים קדמונים:

סימן טו

א **להפך בזכותו** דעת הסמ"ע דאין בזמנינו דין ת"ח לזה כמו גבי ליטרא דדהבא ולא כ"נ מהב"ח וכה"ג וכ"כ בתשובת שבות יעקב סי' קמ"ד. וכ"נ דבשלמא בליטרא דהבא נאמר המבייש זקן והיינו מומחא לרבים כדכתיב זקני עדה וזה בעו"ה אינו בזה"ז אבל צורב' מדרבנן שפירשו בחור חריף אנשים כאלה ת"ל שכיחים אף בזמנינו ובגמרא אמרינן להפך בזכות דצורב' מדרבנן ולא נזכר בזכות זקן. וח"ו להשפיל כבוד תורה ולומדיה ואדרבה בדור יתום בעו"ה חובה עלינו לסלסל ולרומם הוגי תורה ולעשות חיזוק ביותר כי מאז אשר חדלנו לחלוק יקר וכבוד ללומדי תורה לשמה כראוי מאז פסקו הוגי דת ה' על בורי' ותיפוק תורה כי אין משען ומשענה וחשבו כל אפי שוים כעם ככהן. ולכן יותר יש להתאמץ בזה וכל דכוותיה. ואעפ"י שאין ראיה זכר לדבר מתשובת מהרי"ק סימן כ"ה דכתב דראוי להפך בזכותא דצורבא מדרבנן והיה בזמננו:

ב **אבל אם קרובו כו'**. מקור דין זה מריטב"א שהקשה בהא דאמרינן בשבועות דשלח ר"י לר' נחמן עולא חברינו עמיתי בתורה וקאמרינן למה נ"מ שלח ליה לאקדומיה והקשה הא בפ' שני דייני אמרינן דר"נ אקדים דיניה דהאי גברא כי חשב היותו קרובו דרב ענן ואיסתם טענות של כנגדו ולכך לא אשתעי אליהו ז"ל תו עם ר"ע ע"ש. ותי' דת"ח עצמו יש להקדים דינו ואין כאן חשש סתימת טענה דהכל יודעים דראוי לקדם דינו בשביל התורה אבל קרובו לא דיש לחוש לסתימת טענת שכנגדו כעובדא הנ"ל. וכתב לדעת מורי הרב בת"ח אף דפתחו בדינא אחריני יש להקדימו משום ביטול תורה אבל קרוב דוקא בדלא פתחו ע"ש ותפס הרמ"א דעת רבו של הריטב"א לעיקר ופסקו בהגהה ואולם הב"ח וכן הכה"ג תפסו על רמ"א דס"ל הכי דהא לפי רבו של הריטב"א דאף בקרוב יש להקדי' עדיין קושי' הריטב"א במקומו וגם מנ"ל לרבו של ריטב"א הך חילוק דמנין ליה הראיה ולכן דעתם דאף רבו של הריטב"א לא אמרו אלא בס"ד לפי טעותו של ר"נ בהך דכתובות אבל באמת מודה לדינא של ריטב"א דאין משפט קדימה לקרובו של ת"ח ע"ש שהאריכו וכן התשובת שבות יעקב בסימן קמ"ד הסכים לדעתם וכתב דנוסח' מוטעת היה לרמ"א בב"י דפוס קראקי ע"ש. והמעיין בחדושי ריטב"א לכתובות יראה להדיא דרבו של ריטב"א וכ"כ בשם ר"ח אמרו להלכה דקרובו של ת"ח יש לו קדימה קודם דפתחו ליה בדינא. ולכן נראה דלריטב"א דס"ל לקרובו של ת"ח אין קדימה ואסור

להקדימו מפני דיש לחוש שיסתו' טענת בעל דין שכנגדו א"כ מה פשעו של ר' ענן דהיה אליהו ז"ל מסתלק ממנו ואי דשלח ליה סתם ונתן מקום לר' נחמן לטעות דיחשוב שהוא קרובו מה בכך הא אף לקרוב אין מהדין להקדימו וכי יעלה ברוח ר"ע ר"נ דהוא דיינא מובהק יטעה בזה ויקדים לקרוב נגד הדין ועכצ"ל דבאמת קרוב של ת"ח יש לו להקדימו קודם דפתחו בדינא ור"נ טעה להקדימו אפילו בפתחו ולכך נסתת' טענתיה שכנגדו כי ראה כי ר"נ נושא לו פנים נגד הדין ומ"מ לא טוב עשה ר"ע שנתן מקום טעות בדבריו שיחשוב ר"נ דהוא קרובו ועל כל פנים יקדימו בדלא פתחו בדינא וזהו נגד הדין ויצא משפט מעוקל ולכך נענש וא"ש. ואי קשה עדיין מנ"ל דגם בפתחו מקדימין לת"ח דלמא חד דינא אי' ליה לת"ח עם קרובו ור"נ דהקדים לקרוב של ת"ח בפתחו הא באמת שלא כדין עשה והך בשבועות דאמרינן לאקדומי היינו בדלא פתחו וי"ל דשם בשבועות אמרינן שלח ר"י לר"נ עולא בריה דרב עלעאי חבירינו עמיתי בתורה וכו' לאקדומי וקשה לו יהיה דאינו ת"ח כלל הא בר ת"ח הוא כדאמרינן בר רב אלעאי כו' הרי דאמר רב והיינו ת"ח וא"כ לו משפט קדימה מן ת"ח דאבא דהרי הוא קרובו ומי לנו קרוב ביותר מבן לאב ומה צורך לשלוח לו דעמיתי הוא בתורה. א"ו דיש הבדל דבת"ח עצמו מקדימין ליה ביותר אפילו בפתחו ליה בדינא משא"כ בקרוב לת"ח ולכך שלח ליה עמיתי הוא בתורה וא"ש. ולדברי ריטב"א קשה כנ"ל מה פשעו של ר"ע כיון דאין לקרוב משפט קדימה כלל. ודוחק לומר דחשב ר"נ הואיל ושלח ליה ר"ע דון להאי גברא מה טיבו של שליחות הזה בלא"ה ידונו והלא ר"נ היה דיין קבוע לדון כל דברי ריבות בין איש לרעהו א"ו דכוונתו להקדימו היותו קרוב ועשה אותו ר"נ לקיים דברי דר"ע ומבלי לעבור פיו וקסמך אמילתא דר"ע ודוחק. ולכן הואיל ודברי ריטב"א דחוקים ודברי רבו מבוארים היטב כמ"ש דברי הרב ודברי תלמיד לדברי הרב שומעין:

והנה יש להבין מה קשיא ליה לריטב"א ויתר מפורשים מהא דפרק שני דייני גזרות דאיסתום טענתא דילמא התם בשביל כך היה כי ידע הבע"ד האמת דאין זה קרובו של ר' ענן ומ"מ ראה כי ר"נ נשא לו פנים להקדים דינו ובשביל כך נסתם טענתו. ועיין בתשובת חות יאיר סימן הנ"ל. וצ"ל דחובה על הדיין כשמקדים דינו לומר לבע"ד הטעם למה עושה כך לסלק התלונה לומר עליו שמעות הדין וא"כ יפה הקשו אילו ידע הבע"ד שאין זה קרובו דר"ע כשאומר להם ר"נ הטעם היה לו לומר לו ולהוציאו מספק ולומר טועה אתה שאין זה קרובו ואי דגם הבע"ד חשב דהוא קרובו של ר"ע יפה הקשו א"כ אין כאן חשש סתימת טענות כלל:

ג **מקדימים דין יתום כו'** לדין ת"ח הקשה הכ"מ וכן הד"מ דהא ר"נ הקדים קרובו של ת"ח ליתום ומכ"ש דהדין להקדים דינו של ת"ח בעצמו. ותי' המפורשים וכן הלח"מ דזהו היה הטעם שהיה נסתם טענת הבע"ד כי ראה ר"נ נושא פנים להקדים לדין יתום שלא כדת (וגם בזה צ"ל כמ"ש דהיה ר"ן מודיע לבע"ד טעם ההקדמה משום דהוא קרובו דר"ע וכמש"ל בריטב"א) אך לפ"ז אין ראיה לדינו של הריטב"א ורבו די"ל אף בפתחו ליה בדינו מקדמים רק שם נסתתם טענתו מטעם אחר הואיל והקדימו ליתום וא"כ קשה על הרמ"א דהביא הך חילוק דריטב"א בין פתחו ללא פתחו וכאן הניח בסתם דברי הרמב"ם מבלי הגהה כלל. ואפשר לומר תי' אחר בדברי הרמב"ם דס"ל לרמב"ם ודאי כשיש ב"ד א' בעיר ובאי' היתום ות"ח אז ליתום דין קדימה ועשה דיתום אלים מעשה דת"ח ות"ח חייב למחול נגד היתום דלא שייך בי' מחילה אבל כשיש שני ב"ד בעירם וב"ד אחד פסולים מחמת קורבא לת"ח פשיטא דיש להב"ד השני להיזקק לדינו של ת"ח והיתום ילך לב"ד השני ומתקיימים שני עשה בשוה כי היתום הולך לב"ד זה והת"ח לב"ד אחר ולכך בעובדא דפרק שני דייני גזרות דהא היה רב ענן דיין קבוע ומתחילה בא לפני רב ענן לדון רק הואיל ופסלהו הלך לפני ר"נ ור"נ חשב כי הוא קרובו וא"כ אקדמיה מקמיה יתום ויתום ילך למשפט לפני ר' ענן וקיים ירא שמים יוצא ידי שניהם וא"ש. אך לפ"ז צ"ל לשיטת הרמ"א דהך דיתום קודם לת"ח לא למדו הרמב"ם מהך דעובדא דר"ע ור"נ רק ממקום אחר. דהא כאן צ"ל דסתימת טענתו לא היה בשביל כך דהא שלח ליה ליתום לב"ד אחר. ובהכי ניחא נמי דהשמיט הרמב"ם הך דינא דקרובו של ת"ח יש לו משפט קדימה משום דס"ל דהוא דין טעות של ר"נ כדעת הריטב"א הנ"ל וכמש"ל והא דאקדמיה ליתום לק"מ כמ"ש ששלחו לב"ד אחר. עוד אפשר לומר דהרמב"ם ס"ל אף דשניהם עשה דיתום ודת"ח מ"מ על הת"ח למחול נגד היתום וזהו מדת ת"ח נוחי דעת להקדים אומללים ולחזק לבבות כושלים והיא כבודם ותפארתם משא"כ היתום דלאו בר מחילה כמש"ל אך זהו לת"ח עצמו אבל לס"ד דקרובו של ת"ח יש לו ג"כ קדימה משום כבוד החכם א"כ לא שייך כאן מחילה דת"ח אינו פה למחול כבודו והקרוב אינו בגדר למחול כבוד קרובו ולכך יש לו משפט קדימה ליתום ולכך ר"נ דטעה כמ"ש הריטב"א והוא דעת הרמב"ם כמ"ש וחשב דיש לקרוב קדימה אף בזה יפה עשה שהקדימו ליתום כמ"ש אבל כיון דלא קי"ל בזה כר"ן דאין לקרוב קדימה משום סתימת טענה אף זהו להקדים ליתום ליתא דת"ח מחויב למחול נגד יתום כמ"ש. ועי"ל דהרמב"ם ספוקי מספקא במה היה טעותא דר"נ אי בשביל שהקדים ת"ח ליתום או שהקדים אף קרובו של ת"ח ולזה באמת אין קדימה ולכך חשש להחמיר שלא יהיה ח"ו

סתימת טענת בע"ד ויצא משפט מעוקל והשמיט דיש לקרוב קדימה וגם פסק להקדים ליתום לחוש לכל שני סברות. (ובאמת נראה דהרמב"ם דהשמיט הך דינא של קרובו ת"ח דס"ל דוקא ת"ח משום שלא יבטל מלמודו ולא קרובו או שלוחו דהא בזה לא שייך ביטול תורה ואין לדבריו מהא דאמרינן בנדרים דף ס"ב דמנלן דת"ח שרו ליה תיגרא ברישא דכתיב בני דוד כהנים מה כהן נוטל בראש אף ת"ח נוטל בראש ומייתי עליו וקדשתו לכל דבר שבקדושה לפתוח ראשון ולברך ראשון וליטול מנה יפה ראשון וקשה למה השמיט הך דסליק מיניה לפתוח דינו בראשון אלא ודאי דהעטרה לכהן יהיה בדבר שבקדושה ומה דבר שבקדושה יש בהקדמת דברי ריבות ולכך השמיטו הגמרא אבל לת"ח ילפינן על כל פנים בהיקש דלדבר שבקדושה יש לו משפט קדימה ולגבי ת"ח הוי הקדמת משפט דבר שבקדושה שלא יבטל מלמודו ובהכי ניחא הרמב"ם דס"ל וקדשתו דאורייתא כמ"ש בהל' כלי מקדש למה השמיט הך דכהן קודם במשפט לישראל בשלמא אינך מחברים י"ל דס"ל דהוי מדרבנן ובקצתם אמרו ובקצתם לא אמרו והא דהקשה המ"א סימן ר"א הא בגמ' אמרינן דאורייתא י"ל דס"ל ה"מ בזמן הבית וקרבן כדכתיב את לחם וכו' אבל לאחר חרבן בעו"ה בטלה קדושתן של תורה וכ"כ בהגהת מרדכי גיטין בשם ר"ת דבזה"ז אין קדושת כהנים דאין בגדיהם עליהם היינו אין ראוי לבגדיהם אבל לרמב"ם קשיא ולפי מ"ש ניחא דכל הקדושה הוא מבלי לבטל מלמודו וכ"כ הרא"ש בפי' לנדרים ע"ש. מיהו י"ל ג"כ הטעם דלכך לא כתבו מחברים הקדמת כהנים דאין כהנים כהני חוס רק כהני חזקה וכמ"ש מהרי"ו והמ"א ומה דהקשה הרב בעל ח"י בהשמטה הא סוקלין על החזקה וא"כ מ"ש כהני יחוס או כהני חזקה ע"ש ולק"מ דהא בגמ' העיד דד' אלפים עבדים נתערבו בכהנים ואליהו בא לטהר בני לוי כמבואר בג' דפ' י' יוחסין ורמב"ם סוף הל' מלכים ואם כן ברור דיש בהן מהתערבות דאל"כ מה צריך צירוף וא"כ אתרע חזקה דהא ה"ל בהו אינשי דליכא כהני וא"ש. אך מכל מקום הרמב"ם שהביא אפילו הלכתא למשיח סביר' ליה כמ"ש ודוק. והנה בתשובת ח"י הנ"ל דעת השואל דכל הקדימות הללו הכל אמורים בתובע אבל בנתבע לא כי מה תועלת יש לו בהקדמה ודעת הרב בעל ח"י ס"ל דאף לנתבע יש תועלת בזילותא דבי דינא ובלוי זמן בהמתנה. ובתשובת שבות יעקב סי' קמ"ד הסכים לשואל והביא ראיה מלשון רש"י יבמות דף ק' דמקדמינן לאשה מאיש פי' רש"י שהיא תובעת בעל דינה. ומלבד דהוא דקדוק קליש כנר' שם אף גם עדיין י"ל בת"ח שיש בו ביטול תורה כמש"ל בשם ריטב"א אף ת"ח הנתבע יש לו קדימה משום ביטול תורה. אמנם נראה לענ"ד ראי' מהך דשבועו' דשלח ליה עולא חברינו עמית בתורה וכו' למה נ"מ לאקדומיה אי נמי לשודא ופי' התו' בשם

ר"ת דשכנגדו היה גם כן ת"ח ולכך שלח ליה לשודא שיהיו שניהם בגדר א' ע"ש וזהו ברור דלא יחלקו הנך תרתי למשרי תיגרא או לשודא במציאות איך היה מעשה דגמ' מעשה ידע וחזי איך היה אם שכנגדו היה ת"ח או לא רק גמ' קאמר בכוונתו או שהיה בשביל קדימה או אם יקרה במשפט שודא בשביל כך שלח ליה אבל בגוף הדבר לא יתכן שיש בגמ' ספק ואם כן קשה מה צורך לשלח ליה שהוא ת"ח בשביל הקדמה הא בלא"ה יש קדימה מפני ת"ח שכנגדו ועכצ"ל דכשנגדו היה נתבע ולנתבע אין משפט קדימה וא"ש. והא דהקשו התו' שם דהמ"ל להפוכי בזכות ולק' הא אף שכנגדו הוא ת"ח די"ל דקושית התו' לשיטת רש"י דלא ס"ל שהיה שכנגדו ת"ח או שלא יהפך בזכות הנתבע שהוא ת"ח ושלח ליה שהוא גם כן ת"ח ואם כן חוזרים שניהם להיות שוים. ובזה יש אפשר ליישב קושית הריטב"א דהקשה הא הוי סתימת טענה דבשני ת"ח לא שייך סתימת טענה דידע הנתבע ת"ח שיש לחלוק כבוד לתורה וצ"ע:

סימן טז

א **ואיני רוצה לקבל שבועתו כו'** ואף על פי שכ"ז שמביא ראיה זוכה אף ע"פ שכבר נשבע לו חבירו. מ"מ אולי לא יהיה ראיה ברורה כ"כ ומ"מ כ"ז שלא נשבע יודה ויתפשר עמו וכיוצא בזה. סמ"ע וב"ח. ואפשר לצדד יותר בדבר ולומר דלא יבוא רק עד אחד ויהיה לו מורא דילמא אחר שישבע יהיה העד ובע"ד פוסלו לשבועה ועדות כמ"ש התו' להדיא בב"ב גבי נסכא דר"א ועיין לקמן ס"ס ל"ד ולכך לא ישבע משא"כ בשכבר נשבע אף כשמביא ע"א צריך לשבועה שניה מ"מ אין לו מורא מחמת פיסול דאף בלי שבועה השניה על הראשונה יכולים לפוסלו. אבל באמת לענ"ד א"צ לכל זה דהא מבואר לקמן סימן פ"ז ס"ק דאמרינן סורו נא מעל אהלי הרשעים האלה ופי' דקאי גם על התובע המשביעו דלא ה"ל להשביעו בשקר ע"ש בסמ"ע ואם כן צועק התובע אני ידעתי דלשקר ישבע ואף אני אקרא רשע ואהיה צריך למחול על שבועתו אהיה ממתין עד שאביא ראיה ויהיה מוכרח לשלם בלי שבועה ולא אהיה בכלל רשע ומכל מקום אזכה במעות ופשוט ולק"מ:

ב **מי שכנגדו חייב להגיד** עיין באורים מ"ש הסמ"ע וב"ח דאם יודע ביד מי השטר מונח חייב להגיד. אלא אם יודע ביד מי השטר רק יודע הוא בנפשו ששטר זה בטל ונמחל וכדומה ואם יגיד לבית דין ויראו הבית דין השטר לא יהיה נאמן בטענתו כי מגו לית לי' הואיל ושטר ביד אחר נראה מדברי הרא"ש דלא חל חרם עליו ואינו צריך להגיד בב"ד כי הרא"ש נתן טעם האיך יאכילוהו דבר איסור להגבותו ממון שאינו שלו וכדומה וזהו

לא שייך כאן דאצלו אין דבר איסור דהוא יודע בנפשו דהשטר חספא בעלמא ואם יאמר יוציאו בית דין ממון שלא כדין ויאכל חבירו דבר איסור וגזל והוא יפסיד. ולכן נר' פשוט דאין צריך להגיד בכח החרם:

ג **שיש בו זיוף כו'** הסמ"ע בס"ק ט"ז האריך כי הרא"ש חולק על הרשב"א וסבירא ליה דלאו דוקא שטוען שיש בו זיוף אלא הוא הדין בטוען שיש לו שאר טענות גם כן יש לו ליתן הטפסה לשיטת הרא"ש. ולא הבנתי לו יהיה כן כדבריו מכל מקום מה החרדה אם המחבר ישית ידו להכריע בין רשב"א ורא"ש דמחולקים בדין זה ולפסוק דבטוען מזויף הנכון כרא"ש אבל זולת זה הנכון כרשב"א. אבל באמת לאו דוקא שטוען ברור שיש בו זיוף רק טוען ליתן לו שטר אולי ימצאו בו זיוף או גרר וכדומה ובזו כתב הרא"ש ליתן לו הטפסה אבל אם מודה שהשטר כשר מבלי פקפוק ולית בי' גמגום כלל בעצם השטר רק מבקש העתקה לטעון עליו שיש בו תנאי ואינו כדין התנאי או נעשה כאסמכת' ואונם וכהנה יתר טענות היינו הך דאין נותנים לו טענות חבירו משום דיחפש בתחבולות לטעון על חבירו בדברי מרמה ומאי שאני על טענות ומ"ש על שטר גם בזה כל מגמתו לבוא עליו בטענת דברים ומודה הרא"ש ויפה כתב הש"ע וברור:

סימן יז

א **שניהם בעמידה לכתחילה.** אבל בדיעבד הדין דין ואף ע"פ דכתיב ועמדו וילפינן מיני' דצריכים בעלי דינים לעמוד היינו רק אסמכתא בעלמא והע"ש נתן טעם משום דעכשיו ליכא מומחים ומשמע בזמן דאיכא מומחי' אף בדיעבד מעכב וכבר השיגו הסמ"ע. אבל הב"ח הסכים להע"ש וכתב ודלא כמ"ש מהרו"ך. ואולם הש"ך בס"ק ד' כתב דאין דבריו מוכרחים. ואני אומר דדבריו של הב"ח מופרכי' דאם כן מה זה שטרחו הרא"ש ורשב"א לומר דהא דאמרינן בזבחים מה ליושב שכן פסול לעדות מלת פסול לאו דוקא דלשון פסול היינו דיעבד ולדעתו מה קושיא הא שם איירי בקרא דנילף בקל וחומר מיושב מחלל עבודה לזר ע"ש ודבר תורה דאיירי בסמוכים דוקא דקי"ל עירוב פרשיות כתיב פשיטא דפסול דיעבד ועוד כל הראיה דאינו מעכב בדיעבד מדחזינן דהכשירו ת"ח לכתחילה ואם כן לשיטת הב"ח צ"ל בב"ד מומחים אף תלמיד חכם צריך לעמוד דאל"כ עדיין הוכחתם שפיר דבדיעבד אינו מעכב אפילו במומחים ואם כן הא דאמרינן בזבחים מיושב ת"ח עדיין מצי למפרך מה ליושב שכן פסול לעדות בב"ד מומחים דגבי' אפילו ת"ח צריך לעמוד וכן התו' בפ"ב דסנהדרין ופ"ד דשבועות מבואר דאפילו בב"ד של סמוכים ת"ח פטור לעמוד דהקשו מת"ח על ינאי מלכ' דהוצרך לעמוד בבית דין

של כ"ג ע"ש. וראב"ש במרדכי דעתו דבאינם סמוכים אף מתחלה א"צ לעמוד כלל אבל בדיעבד כולי עלמא מודים אף בסמוכים א"צ לעמוד וכנר' למעיין במרדכי ודברי סמ"ע פשוטים וברורים. אבל מכל מקום נר' טעמו של הסמ"ע דהוא רק אסמכתא ולדבריו מתורה א"צ עמידה וזה אינו דא"כ הא דילפינן מהתורה דזר מחלל עבודה מקל וחומר דיושב איך פריך מה ליושב דפסול לעדות הא ד"ת כשר ובאמת בר"ן ורשב"א לא נזכר אסמכתא רק למצוה נאמר בתורה ועמדו ולא לעיכובא אבל ודאי דאורייתא היא ופשוט:

ב **ועמידה על ידי סמיכה מיקרי שפיר עמידה** הרב המ"א בא"ח סימן קמ"א וכ"כ בהלכות ר"ח תמה על רמ"א דהוציא דינו מן ריב"ש סימן רס"ו וריב"ש לא אמר אלא לגבי דיינים דצריכין לישב ועל זה קאמר דסמיכה הוי כישיבה אבל בע"ד דצריכים לעמוד וכן העדים דיהיה סמיכה כמו עמידה זהו לא שמענו מדברי ריב"ש כלל. ואדרבה מתו' זבחים דף י"ט ד"ה עמידה מהצד כו' דכתבו דהקורא בתורה יש לו לעמוד ולא לסמוך מוכח דלאו קרוי' עמידה והא דלענין ישיבה בעזרה סמיכה מותר משום דלא כתיב ביה עמידה והוא רק מכבוד השכינה וכתב דכן מוכח מסוטה דף מ' ע"ש. ומ"ש מריב"ש אין ראיה יפה כתב אבל מכל מקום אין לדחות דברי הרמ"א כלאחר יד חדא דאף לפי טעמו של המ"א דהואיל ואין ישיבה בעזרה אינו אלא מפני כבוד השכינה מותר בסמיכה דאין זה נגד הכבוד. ואם כן אף הא דצריכים לעמוד בב"ד מבואר בגמרא דסנהדרין דלכך צריך לעמוד דלא לפני ב"ד הוא עומד אלא לפני מי שאמר והיה העולם דכתיב ועמדו כו' לפני ה'. ואם כן אם במקדש ה' מקום שריית שכינה בי פומבי אשר ממש עין בעין נראה כבוד ה' התירו לסמוך מכ"ש בבית דין אף דכתיב אלהים נצב בעדת אל מכל מקום אין כל כך חיוב מורא שכינה כמו במקדש כנודע ופשיטא דסמיכה מות' ובפרט לפי מ"ש הסמ"ע דהך ועמדו אינו אלא אסמכתא כמו שכתבתי ועיקר הטעם משום כבוד שכינה דנצב למעלה מהדיינים והרי זה כמו ישיבה בעזרה דמ"ש (ובדרך זה אמרתי בדרוש דחז"ל דגזרו שמלך לא דנין אותו משום מעשה דינאי המלך וכו' ולמה לא אמרו כן בדרך כלל כל מלכים ולמה מלכי בית דוד דנין אותן ומה בכך דהמעשה קרה למלך ישראל מכל מקום מה נשתנה זה מזה אבל לפי מה שכתבתי ניחא דכל הקלקול שהיה כי ראוי היה למלך לעמוד בדין והמה הבית דין נשאו פנים למלך מבלי אומר לו לעמוד ועי"כ נענשו וחששו חז"ל כי יקרה זה תמיד כשיבוא המלך לדון ולכך תקנו שלא ידונו אותו. אך זהו אם מלך צריך לעמוד אבל אם המלך באמת אין צריך לעמוד תו ליכא למיחש כלל. והטעם דצריך לעמוד הוא כמש"ל וכמאמר שמעון בן שטח כי אתה עומד לפני ה' ואם הותר למלכי בית דוד ישיבה בעזרה אף לפני ב"ד מותרים לישב כהנ"ל דיותר

חמור ישיבה בעזרה מן מקום ב"ד ולכך במלכי בית דוד ליכא חששא הנ"ל דהם אין צריכין לעמוד ולכך לא תקנו בהם דבר ומותרים לדון ולדון אותם אבל מלכי ישראל דלא הותר להם ישיבה בעזרה אף בב"ד צריך לעמוד ואם כן חששו חז"ל שלא יקרה כעובדא דינאי מלכא ותקנו דלא דנין אותם ואתי שפיר) . שנית יש ראיה לרמ"א מתו' סוטה הנ"ל דעל זה דפרכינן קורא ויושב הא אין ישיבה בעזרה והק' התו' הא אמרינן בירושלמי דכהן גדול מותר לישב בעזרה ועוד קשיא מהך דפ"ב דזבחים דאמרינן התם כיצד קידש כו' עמידה מהצד איכא בנייהו כו' עכ"ל. ודברים אלו הם לכאורה מחוסר הבנה מה קשיא לזה מהך דירושלמי דכהן גדול מותר לישב בעזרה וכבר טרח בזה המהרש"א ליישבו וכל רואה בו יכיר הדוחק אבל מה שנראה לי בישובו הוא כך דס"ל לתו' דאף דכתיב לעמוד מכל מקום אף סמיכה בכלל עמידה כמו דחזינן בישיבה בעזרה דסמיכה קרוי' עמידה ואם כן הא דאמרינן עמידה מהצד איכא בנייהו ולת"ק עמידה גמורה בעינן בעבודה אבל אם נסמך לדבר אחר דהיינו סמיכה פוסל עבודה מנ"ל הא ועל כרחך צריך לומר משום דקשיא לי' ל"ל לעמוד ולשרת הא בלא"ה אין ישיבה בעזרה כמ"ש התו' בזבחים דף י"ט ד"ה וליתב ע"ש ולכך ס"ל דאי מהך דאין ישיבה בעזרה היה לסמוך מותר ומכשיר עבודה לכך נאמר לעמוד לשרת להורות דעמידה גמורה בעינן ולא סמיכה ולכך פוסל בעמידה מהצד. וזה ס"ל לתו' לסברא קיימת ולכך הקשה תו' שפיר דלפי ירושלמי דכהן גדול מותר לישב בעזרה עדיין קשה מנ"ל דעמידה מהצד פוסל והא דכתיב לעמוד ולשרת ולא שמעינן ממילא מכח דאין ישיבה בעזרה דבא הכתוב להורות דאפי' כהן גדול דמותר לישב בעזרה אם יעשה עבודה צריך לעמוד ולשרת אבל מכל מקום אין כאן הכרח לפסול סמיכה וא"ש. ומזה מוכח דסבירא להו לתו' דבכלל עמידה סמיכה בכלל לולי דיש הכרח כהנ"ל ואם כן אף לעדות וכהנה אף דכתיב ועמדו סמיכה בכלל עמידה. והנה עוד בה שלישית שנראה ראיה לרמ"א ממקום שבאו העוררים עליו בטענה ורמזו רמ"א כדרכו בקוצר לשונו והוא במה דילפינן בפ"ב דזבחים דזר מחלל עבודה מקל וחומר דיושב שאוכל ומ"מ מחלל זר שאינו אוכל אינו דין שיחלל ופריך מה ליושב שכן פסול לעדות מיושב תלמיד חכם וקשה ל"ל יושב ת"ח נימא קל וחומר מסמיכה דאוכל ומכל מקום מחלל עבודה דהא לענין עמידה בקדשים בעינן עמידה גמורה ולא מהני סמיכה זר שאינו אוכל מכל שכן דמחלל ול"ל שכן פסול לעדות דהא סמיכה כשר בעדות לשיטת הרמ"א (ושמעתי שנדפס בספר קטן יכונה אסיפת חכמים תי' על זה בשם רבינו הגדול מהור"ר אברהם ברודא ז"ל ה"ה דהא דסמיכה פוסל בעבודה הוא דאם לא כן ל"ל לעמוד ולשרת תיפוק לי' דאין ישיבה בעזרה כמש"ל ואם כן להס"ד

דזר אינו מחלל לא קשיא למה לי לעמוד דאצטריך למלכי בית דוד אם יעבדו עבודה דלא ישבו ובאמת אמרינן דאף בעבודה סמיכה מותר עכ"ל וברור דדברים אילו לא יצאו מפי גאון הנ"ל דהא בגמ' ילפינן תרי קראי על עמידה בעבודת קדשים לעמוד ולשרת והעומדים שם וכו' חד לכתחילה וחד לעכב דמחלל עבודה. והא דדייקי התו' למה לי קרא תיפוק ליה דאין ישיבה בעזרה הקושיא דלכתוב חד קרא ואנן ידעינן דהוא לעכב דלכתחילה בלאו הכי צריך לעמוד כי אין ישיבה בעזרה אבל על דמחלל עבודה ומעכב ודאי צריך קרא דמאין ישיבה בעזרה לא שמענו דאי עבר וישב ועבד דמחלל ופשוט והא דמפלפל הגמרא בזר ללמוד קל וחומר מיושב אין הכוונה אי זר מצי תחילה לעבוד דפשיטא דעובר בלאו כמבואר בגמרא וכל זר לא יקרב אליכם רק כל ק"ו אי עבר ועבד אי מחלל עבודה. ואם אף בס"ד דזר אין מחלל מכל מקום מוכח דסמיכה פוסל בעבודה דאם לא כן לכתוב חד קרא ואני אומר דאתיא לעכב דלכתחילה א"צ קרא כלל דאין ישיבה בעזרה ול"ל למלכי בית דוד דהא אנן איירי לכתחילה ולא לעכב וכי סלקא דעתך דבית דוד יעבדו לכתחילה עבודה ויעברו בלאו הא כתיב וכל זר וכו' ועל כרחך דסמיכה אינו בעבודת קדשים ונשתקעו הדברים ולא נאמרו) אך באמת אין כאן קושיא דהא דבעבודה לא מכשר סמיכה לאו דברי הכל היא רק נחלקו בו תנאים דהא אמרינן עמידה מהצד א"ב חד מכשיר וחד פוסל ועמידה מן הצד היינו סמיכה דחבירו מסייעו או דבר אחר שנסמך על הכלי או על הכותל לבל יפול ולולי זאת לא היה יכול לעמוד וזהו סמיכה וכ"כ להדיא הריב"ש בסימן רס"ו סמיכה אל העמוד לא מיקרי עמידה דהא קי"ל בפ"ב דזבחים דת"ק דר' יוסי בר"י סבירא ליה עמידה מהצד לא שמיה עמידה רצה לומר עמידה שאי אפשר בלי סמיכה וכו' עכ"ל ע"ש. ולפי זה אין כאן קושיא דה"ל למילף קל וחומר מסמיכה דהא הגמרא בעי למצוא לימוד דזר מחלל עבודה לכ"ע דהא לא מצינו שום תנא בעלמא דיחלוק ויאמר שזר שעבד שעבודתו אינו מחולל בדיעבד ואם כן איך ילמוד קל וחומר מסמיכה דמחלל בעבודה דהתינח לת"ק לרבי יוסי ב"י דסבירא ליה עמידה מן צד כשר והיינו סמיכה מאי איכא למימר וניחא לי' לגמ' למילף קל וחומר מיושב תלמיד חכם דהוא קל וחומר לכ"ע לכולי סברות ותנאי ולק"מ:

ומעתה אחר שבררנו שאין מזה קושיא לרמ"א נהפוך הוא דיש לרמ"א ראיה. דהתו' בד"ה מה יושב שאוכל כו' פי' כגון שאוכל במורם מקדשים ובכור. וברור דכוונתם לפי מ"ש ביומא בפ"ב דהקשו איך אפשר לישב ולאכול הא אין ישיבה בעזרה ולכך פי' כאן דאיירי באותן קדשים קלים הנאכלים לכהנים דוקא ומ"מ נאכלים חוץ לקלעים ומותר לישב באכילתן וקשה מה דוחקיה דהתו' בכך דע"ז יש להקשות דאיך יליף מה

יושב שאוכל ומ"מ אם עבד חלל דהאיך מותר לאכול ולישב חוץ לעזרה ואף עבודה דמכשר חוץ לעזרה וישב בה באמת כשר רק עבודה דהוא בעזרה וישב חילל דבעזרה לא הותרה לישב ולאכול ואיך נילף ק"ו ממקום למקום מן חוץ לעזרה לעזרה. ולא נימא כפשוטה דיושב לאו דוקא והק"ו מסמיכה דמותר לסמוך ולאכול אפי' בעזרה כמש"ל דסמיכה מותר בעזרה ומ"מ בעבודה מעכב דה"ל עמידה מהצד מכ"ש זר וכו' ול"ל תינח לת"ק לר' יוסי ב"י דמכשיר עמידה מהצד מא"ל. דמנלן לתו' דהך ק"ו אתיא לכ"ע דלמא באמת הוא רק לת"ק ור"י ב"י יליף ליה דזר מחלל עבודה כתנא דבי רבי ישמעאל דיליף ליה ק"ו מבעל מום ורבי משרשיא דיליף ליה ק"ו מיושב אמר למילתיה אליבא דת"ק דפוסל עמידה מצד דהכי קי"ל. וכן קשה על הגה"ת תו' שם דהקשו דה"ל למפרך מה ליושב שכן אסור בעזרה מה שאין כן זר וקשה דלמא הק"ו מסמיכה דמותר בעזרה ומ"מ אסור בעבודה כת"ק דריב"י ואליביה אתיא הך דרבי משרשי' ועכצ"ל דס"ל לתו' אי לא אמר רבי משרשי' הק"ו לכ"ע רק לת"ק קשה קושיא הנ"ל הא דיליף מיושב ת"ח נילף מסמיכה וזהו כשר בעדות וע"כ דאמר למילתא ככ"ע אף לריב"י ול"ל מסמיכה דאף זהו כשר בעבודה ולכך איצטריך למילף מיושב ת"ח כהנ"ל וא"כ דברי התו' נכונים הן בתו' הן בהגה"ה דל"ל דנתכוון לסמיכה דלריב"י מה א"ל. וא"כ דברי רמ"א מוכרחים דסמיכה כשירה בעדות. ואין לדקדק לסברת הרמ"א דס"ל סמיכה מיקרי עמידה לגבי עדים ולגבי דיינים מיקרי ישיבה וצ"ל דסמיכה משמש ישיבה ומשמש עמידה א"כ הא דפרכינן במגילה פ' הקורא כתיב ואנכי עמדתי בהר וכתיב ואשב בהר ומשני שוחה ולא משני סמוך היה לדבר דנקרא עמידה לפעמים ולפעמים ישיבה. די"ל דטעמא בעי למה היה משה סמוך מ' יום ה"ל לעמוד או לישב אבל הא דמשני הגמ' שוחה לא קשיא דכבר כתב מהרש"א דשוחה היינו כעין השתחויה לכבוד המקום ושכינת עוזו ומ"מ צדקו על כל פנים דברי הסמ"ע דנהי דנימא דסמיכה הוי כעמידה מ"מ אם העדים והדיינים נסמכים ודאי דלא מהני מכח בממ"נ כמו שכתוב הסמ"ע ודי דנימא דסמיכה בעדים לחוד במקום דדיינים יושבים מהני ומה שהקשה ב"ח והביאו הש"ך מגמרא דשבועות דישב כמאן דשרי מסאני דהוי עמידה לגבי קימה בפני ת"ח וישיבה לענין דיינים שצריך להיות בישיבה לק"מ דשם שני ענינים הם דמה טיבו ישיבת הדיינים לענין קימה בפני ת"ח אבל כאן מחד קרא נפקי ועמדו שני אנשים וכו' משמע עדים ובע"ד בשעת ג"ד יעמדו ודיינים ישבו הרי דהקפיד הכתוב שהדיינים והעדים או בע"ד לא יהיו באופן ובתכונה אחת רק זה קם וזה יושב וא"כ איך יתכן ששניהם יסמכו והרי הם על אופן

אחד והכתוב הקפיד להבדיל ביניהם בטיב ישיבתם ופשוט. אבל ישיבת הדיינים וקימה בפני ת"ח ענין נפרד הוא:

ג **מושיבים הת"ח וכו'** והקשו התו' בסנהדרין איך אמר שב"ש לינאי מלכא עמוד הא כבוד המלך הוי כמו כבוד ת"ח ותי' דיני נפשות שאני וא"כ אף ת"ח צריך לעמוד ולפי זה בעדות נשים דדיני נפשות דייניין ליה אף ת"ח צריך לעמוד מיהו צ"ל דזהו לאו מדינא רק חומר' בעלמא דמהכ"ת דלחלוק בין ד"מ לד"נ הא קרא ועמדו בד"מ כתיב רק דילפינן מיניה ד"נ מהקישא דמשפט א' יהיה לכם. דאל"כ קשה לתו' הא דפרכינן בזבחים מה ליושב שכן פסול לעדות ואמרינן מיושב ת"ח עדיין לפרוך מהליושב שכן פסול לעדות בד"נ וכו' אפי' ת"ח צריך לעמוד א"ו מדינא אף ת"ח בד"נ מותר לישב דעשה דכבוד התורה אלים. מיהו לפימ"ש רש"י בברכות פרק ג"ש דינאי המלך שהיה בימי שב"ש היה זה ינאי מלכ' הנזכר בקידושין דהיה צדוקי וא"כ לא היה שייך כאן כבוד המלך דקי"ל נשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה עמך וזהו צדוקי מ"ה אין כאן חלוקת כבוד ולק"מ.

ד **ואומרין לע"ה שב** בפ"ד דשבועות הקשה תו' דהא דפריך באשת ר"ה הא בגמר דין לכ"ע דיינים בישיבה דמה קושיא דלמא היתה יושבת בג"ד דת"ח בישיבה ותי' דיש לחוש לסתום טענתו והקשה המהרש"א ה"ל להניח לישב שניהם אשת ר"ה וכשנגדו ותי' מהרש"א דזהו הכל מותר בתחילת דין אבל בג"ד אין לישיב' שניהם ע"ש וזהו אינו במשמע בדברי הש"ע דמשמע אף בגמר הדין יש להושיב שניהם וצ"ל דעיקר כתי' השני דאשת ת"ח אין להושיב כמ"ש הר"ן ורא"ש ולהך תי' אמרינן אף בג"ד יש להושיב שניהם. ויותר נראה דבאמת כוונת הש"ע רק קודם ג"ד אבל בג"ד דשורת הדין לעמוד רק עשה דכבוד תורה דוחה מהכ"ת לישב לע"ה ובפרט בג"ד דלא שייך כולי האי סתימת טענה דהא כבר טענו:

ה **הדין עמו כו'** דעת הסמ"ע דאינו תלוי כלל בדעת התובע ונתבע רק יש לב"ד לכוף ע"ז ולא נראה כן במרדכי דכתב דהוי סתימת טענות וכתב ועוד שאומר בהדיא שמסתתמין טענותיו וכו' הרי דעתו דוקא כשאומר בהדיא אבל זולת זה לא ואעפ"י שמרדכי מדמהו לא' לבוש אצטלון בת ק' וכו' וא"כ שם אף דלא טען הבע"ד אומרים לו לבוש כמותו אין לדמות הדברים זה לזה דשם מה איכפת ליה אם זה ילבש כמותו אבל כאן כ"ז דלא מגלה טענתו דמקפיד י"ל דניחא ליה כדי שיפטור בפעם א' ולא יצטרך לדון זא"ז או שאחד יבוש מחבירו לטעון שקר כאמרם כי אין שניהם מתכוונים בקל לשקר אחד עד שבשביל כך אמרו מגו דבי תרי ל"א. וכן מה"ט אפשר דניחא לי' שישבו קרובים ואוהבים אצל נתבע כי הם ישרים ולא יסבלו שיטעון הנתבע טענת עול ומרמה. ומהר"ם

כתב דאין להקשות מהא דאמרינן בריש שבועות עדות וכי שנים באים לדון ולא שלשה באין לדון דלא קשה כלל וק"ל עכ"ל. ולדברי הסמ"ע שהב"ד מוחים אין כאן קל להבין לדחות הקושיא דהא באמת אין ג' באין לדון והתו' כתבו כל בעלי דינים רגילים לבוא ואי כהסמ"ע הלא הב"ד מוחים על זה א"ו דכל זמן דלא טוען להדיא אין הב"ד מוחים ורגילים לבוא. וכן בענין ישיבת קרובים ואוהביו אצל הנתבע כ"ז שלא מיחה וכ"כ הב"ח וקצת ראיה יש מהא דריש פרק כ"ג דאמרינן מעיד בפני המלך והקשו התו' דע"כ פי' דמעיד לבן מלך איך האב ידון בנו ותי' התו' דיושב בבית דין ואינו דן ולפי הסמ"ע הא הב"ד מוחים על זה דלא ישב קרוביו לשם ומכ"ש מלך לבן מלך דגורם סתימת טענות לכנגדו ביותר. ואף שיש לדחות דהתם א"א בענין אחר דזולת זה לא יעיד הכה"ג. מ"מ האמת יורה דרכו כמ"ש וכ"כ הב"ח ונכון:

ו **שומע מפי מתורגמין** דעת הב"ח דאם אי אפשר כגון שאין כאן ב"ד בעיר המכיר לשונם לעוזים יש לדון עפ"י מתורגמים וצ"ל הא דפריך בגמרא על רבא דאוקים מתורגמים להנך לועזי שלא תהא סנהדרין שומע מפי מתורגמים היינו כי בעירו היה ב"ד אחר דהבינו בטיב לשון לועזים ובזו נראה להבין דברי תשובת הגאונים סי' ק"ע בד"נ אין דנין ע"פ מתורגמים אבל בד"מ דנין עפ"י מתורגמים לחייב החייב ולזכות הזכאי ואם יצטרכו לעשות פס"ד על אותו דבר צריך להיות מורה עפ"י מתורגמי' שדנו אותו שאין הדיינים מכירין הלשון עכ"ל וכוונתם כשאין בעיר ב"ד אחר המבינים הלשון ולכך דנים בד"מ עפ"י מתורגמי' ולכך מסיימי' שאין הדיינים מכירין אותו הלשון הרצון שאין כאן דיינים אחרים המכירין הלשון שלהם. אבל בד"נ בכל זה פסול ואין אנו אחראין לדונם ואדרבה והצילו העדה כתיב. וא"ש הא דפריך על רבא מהנך לועזי אף דהיה בד"מ כי שם היה ב"ד אחר המכירין הלשון כמו שכתב' ואז אף בד"מ פסול כמש"ל. והכה"ג תמה על הגאונים והניח כמעט דבריהם בצ"ע ולפמ"ש ניחא ולק"מ מהך דרבא. וגם אין דברי הרמב"ם והטור סותר דברי גאונים ואין לזוז מדבריהם שכל דבריהם דברי קבלה:

ז **לא יאמר לו אין מחייבים ממון כו'** הסמ"ע ובדרישה דעתו דהרא"ש דס"ל דטוענין לו זכותו כשהוא לא ידע חולק אהך דין ובזה מיושב הקושיא דבסי' מ"ב כתב הטור בנמצא ריעותא בשטר דטוענים אעפ"י דלא טען הוא והקשה הרש"ל מ"ש מטענת ע"א ולפ"ז באמת הרא"ש והטור חולקים על ע"א. ודבריו דחוקים דלא משמע בטור שיש בזה בע"א מחלוקת וגם קשה לומר דירושלמי יחלוק זה אזה ובפרט ששניהם נאמרו בשם ר"ה. ולכן ברור כמ"ש ג"כ מדברי הב"ח וש"ך דאם הביא התובע ע"א אם יאמר בפני נתבע תיכף ע"א אינו נאמן הלא נותן אצבע בין שינו להכחיש הע"א ומתוך דבריו ילמוד לשקר

רק יאמר לו מה אתה אומר ראה הרי כאן עד שמעיד כן ואם יודה טוב ואם אומר שקר אתה אומר אעפ"י שלא ידע דע"א אינו נאמן מ"מ יכול הדיין אח"כ לפסוק כפי הדין דע"א א"נ כ' מה בכך שלא ידע הדין סוף כל סוף מכחיש לע"א אבל לפתוח לו ולשים אצבע בין שינו להכחיש ע"א אסור. וכן לקמן בסי' מ"ב דיש ריעותא בשטר דכתב שלשי' וניכר שגרר ועשה מן שלשה שלשים אם הנתבע טוען אינו חייב לו כ"כ אף שהוא אינו מרגיש הזיוף אנו טוענים לו כי מה יעשה שהוא אינו בקי בזיוף ותחבולת רמיה אבל אם הנתבע אינו טוען מעין אותו טענה כלל רק טוען שטר אמנה הוא זה וכדומה אין אנו טוענין שחייב רק שלשה כיון דהוא לא טען כלל וא"ש וכן הנכון ולק"מ:

ח **בע"ד שתבע חבירו כו'** הרמ"א עשה סמוכים לדין זה מהך דפ"ק דב"ב דאקיף רבינא לרוניא מד' רוחתא ואתא קמיה דרבא ואמר זיל פייסי' במה דאיפייס ואי לא דנינא לך כר"ה אליבא דר"י ודייק רמ"א למה באמת לא דן כן כיון שהדין כך כמ"ש התו' ש"מ דאין לדיין לפסוק יותר ממה שתבע רבינא. ופי' הסמ"ע ודאי אי ידע רבינא דהלכה כר"י ומכל מקום לא תבע רק דמי אגר נטירא פשיטא דאין לדיין לתבוע יותר דאין לך מחילה יותר מזו. אבל אי לא תבע יותר מחמת שלא ידע הדין בזו נראה ג"כ דעת הסמ"ע דאין לדיין לפסוק יותר וכ"כ הב"ח דרבינא לא היה יודע הדין לפי מחשבת רבא ומ"מ לא חייבהו לרוניא ביותר מכדי קני' בזול. והש"ך השיג על זה דהא לא ידע דלמחול ולמה לא דן רבא כפי הדין וכן לדידן למה לא ידון הדיין כפי זכותו באמת ומה יעשה התובע הזה שלא ידע הדין על בוריו. ויפה הקשה דאף דנימא דדעתם כמ"ש בכה"ג בשם תומת ישרים בשם הרב ר' יהונתן דהא דאמרינן פתח פיך לאלם היינו לנתבע ולא לתובע. חדא דלשון הרמב"ם וש"ע בסעיף ט' משמע דלא כר' יהונתן. ועוד בשלמא בטענה שהיה לו לטעון ולא טען בזו שייך אי י"ל פתח פיך או לא אבל במה שלא ידע הדין ולכך א"א לו לטעון פשיטא דיש לדיין לטעון ולכן נראה כדברי הש"ך והעיר שושן דטען סתם ולא נודע לדיין אי הוא מחמת טעות אי מכח מחילה. או וויתר שיש לו מלוה ישינה עליו כמ"ש הע"ש ולכך אין לדיין לדון ולחייבו לנתבע מספק והממע"ה דאולי מחל וידע הדין ועכשיו דחזר. וכן היה בעובד' דרבינא דלא חקר רבא לדעת אי ידע או לא ידע ומספק לא היה מחייב אותו לרוניא ביותר דלמא מחל. וצ"ל הא דכתבו התו' בסוכה פרק לולב הגזול גבי אשוו וזבינו ואי לא דרשינא כר"ט דרבינא פייס ומחל דכוונתם אולי מחל:

אך יש לספק בעם הארץ אי אמרינן כן דבת"ח שפיר יש לספק כמו רבינא דיותר חזקה דאין הדין ממנו בהעלם דבר משנימא דטועה אבל בע"ה יותר מסתבר לומר שטעה מנימא דנתפייס ומחל וצ"ע. אבל עם כל זה יהיה הפי' איך שיהיה הקשה הסמ"ע הא

רבא אמר אי לא תפייס אדון לך כר"ה אליבא דר"י ואמאי הא אסור לדיין לדון ביותר מכדי תביעתו ול"ל להפחידו אמר כן דהא התו' העלו דלא אמר להפחידו רק דינא קאמר. ותי' הסמ"ע בתורת קנס הואיל ולא ציית דינא ודוחק זה מבואר לכל ואין לו שחר ואף דגם בב"ח בתי' א' נראה כן מ"מ מהכ"ת לומר קנסא ואי לא ציית הלא יש לו כפי' הרבה כקושית התו'. ותי' שני תי' הסמ"ע מצד הדין א"ל כיון דאינו רוצה ליתן הפחות ה"ל כאילו לא תבעו בפחות אלא בא לפני דיינים ופסקו לו כדיניה עכ"ל ודברים אלו בלתי מובנים דלמה נימא סוף כל סוף הוי מחילה. ואי נאמר דכוונתו דלא על כך מחל לו שיהיה צריך לכוף אותו בב"ד וכ"נ דעת הש"ך מלבד דזה דחוק אף גם א"כ ה"ל להש"ע לבאר דאם אינו משלם בטוב רק ע"י כפי' דיכול לתבע ביותר ויכול הדיין לפסוק לו ביותר בתורת א"פ כעובדא דרבינא ורוניא דאם יסרב דיצטרך לשלם הכל. והנה הב"ח והש"ך תי' דלהפחידו אמר כן ואף דכתבו התו' דמסתבר דלא להפחידו אמר כן היינו בגוף הדין אי הלכה כר"ה אבל מ"מ יש לומר להפחידו דהא רבינא נתפייס בפחות. וגם זה דחוק דמ"ש דלא אמרינן דנתכוון להפחידו בדבר שאין הלכה כך משום דמהיכי תיתי ישקר והקצרה ידו לכופו בשמתא וכדומה לקיים פסק בית דין אף בזה הקושיא למה יפחידו בשקר דסוף כל סוף ישקר כו דהא באמת אי אפשר לדונו בכך ואם כן למה יפחידו בשקר. ואם אמרו בסעיף הקודם אי הבע"ד מתפאר ואומר יש ביכולת לתובעך יותר אלא שאיני רוצה לא יהיה הדיין שותק לבל יטעו ויחשבו שהדין עם הבע"ד מכ"ש דאין לדיין בעצמו לומר דבר שאינו עפ"י שורת הדין וליתן מכשול לשומעים דיקבעו הלכה דאף דתבעו בפחות רשות ביד הדיין לפסוק יותר. וצריך לומר לדבריהם בשלמא אי אין הלכה כר"י יש לומר שפיר איך אמר להפחידו ויתן מכשול להשומע דיחשוב הלכה כר"ה וכמ"ש בסעיף שלפני זה ול"ל דהא ירגיש השומע דהוא רק לפחד בעלמא דאי באמת הלכה כר"ה למה לא פסק באמת כר"ה. הא לא קשיא דיחשוב הואיל ומחל רבינא בפחות כמו שכתבו התו' אבל אם באמת הלכה כר"ה שפיר אמרינן להפחידו אמר ואין כאן חשש מכשול להשומע דיבין דהוא להפחידו דאי באמת הדין כן שיכול הדיין לדון ביותר ממה שתובע התובע. אם כן למה באמת לא דן רבא לרבינא ביותר הלא חיוב עליו להפך בזכותא דצורבא מדרבנן אלא דא"כ גם לדבריהם קשה איך היה פחד זה לרוניא הלא רוניא ירגיש דהוא רק לפחד דאי באמת הדין כך למה מחניף ליה רבא ואדרבה יש חלול השם בדבר דיחשוד לרבא דנושא לו פנים ומעביר על רבינא הדין. ולכן מה שנר' הוא משני אופנים דבאמת קושיא זו קשיא בממ"נ אם שורת הדין כן למה באמת לא פסק רבא כר"ה ולמה נשא פני רוניא ואם אסור לדיין לדון יותר מכפי

תביעת התובע איך אמר רבא שיפסוק כר"ה ושיקר במאמרו ולכן צ"ל דבגמרא נאמר אתא לקמיה דרבא ולא נאמר אתו לקמיה דרבא דמשמע דשניהם באו אלא דרוניא לבדו בא לרבא ושאלו הדין עם מי כי אין בדין זה כפירה והכחשה רק בירור הדין ולכך שאל לרבא שאלת חכם חיובא דהניקף כמה כי אמר לו כי רבינא רוצה אנר נטירא וא"ל לך ותן לו במה דנתפייס כי אולי בבוא לדין לא יתרצה בכך רק יטעון עליך סתם. וא"כ אדון לך שאתה חייב לשלם לו הכל. ולכך זיל ופייסיה וא"ש ומזה למד הרמ"א דאם תבעו בפחות דאמרינן דהוה מחילה וא"י הדיין לפסוק ביותר דאי אמרינן דיש רשות לפסוק יותר ממה שתבע משום דלא הוה מחילה דהוא מחילה בטעות דלא ידע הדין ואלו ידע הדין לא הוה מחיל א"כ אף דרבינא היה תובע רק דמי נטירא גזל ביד רוניא אם לא ישלם לו המותר כפי שורת הדין כל דמי מחיצה כר"ה ומה בכך דרבינא אינו תובע יותר הוא מחמת חסרון ידיעה ובין כך אין כאן מחילה ואם כן איך אמר רבא לרוניא לשלם רק דמי נטירא כתביעת רבינא ולא הצילו לרוניא מגזל לומר אינך יוצא ידי גזל עד שתשלם לו הכל ומה בכך שנתפייס בפחות הא הוא מפאת חסרון ידיעה. ועכצ"ל דהוי מחילה גמורה ולא אמרינן דהוה בטעות ולכך הורה לו אי יתפייס רבינא בדמי נטירה שיתן לו כי אם יחזור ויתבענו בבית דין ביותר יתחייב וא"ש: ועי"ל דלפי מ"ש הש"ך דהואיל ותובע בספק ואינו ברור שטועה בדין מספיקא לא מפקינן ממונא דאולי מחל או מוותר כנגדו מאיזה טעם וקשה הא החיוב ודאי והמחילה ספק וה"ל כא"י אם פרעתיך דחייב אם יטעון ליה הלה ברי שטעיתי ולכך מחלתי ואם כן קי"ל ברי ושמא ברי עדיף וצריך לומר דבכהאי גוני דלא ה"ל למידע לנתבע לא אמרינן אפילו בפרעון ברי עדיף ועיין מש"ל בסימן ע"ה שהארכתי בכלל זה. והנה רבא דאמר בבבא בתרא דף קל"ה גבי זה אחי זאת אומרת האומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר אינו יודע דפטור והקשו התו' בכתובות פ"ק ובכמה דוכתי הא שם לא ה"ל למידע וכתבו דבאמת הל"ל ולטעמך אבל רבא צ"ל דסבירא ליה דאין לחלק בין הל"ל או לה"ל למידע וכחדא חשיב ליה אי ברי ושמא ברי עדיף או לא ולא ס"ל לחלק בהך דה"ל למידע. ע"ש בתו' רפ"ק דכתובות ובבא בתרא ובפ' הפרה בתו'. ולפ"ז רבא לשיטתו וא"ל לרוניא זיל פייסיה אי לא יחזור בפיוסו ואי לא שיחזור בו ויאמר שלא ידע כדינו ולכך מחל והוי מחילה בטעות דנינא לך כר"ה ואי קשה וכי דינא הכי דיהיה נאמן לומר מחילה בטעות ז"א דרבא לטעמיה דרבא לא סבירא ליה לחלק בין הל"ל למידע או לא הל"ל ואם כן הוי א"י אם פרעתיך וחייב רוניא לשלם. ושפיר אמר דנינא לך כר"ה אבל עכ"פ נשמע דכ"כ דלא חזר אמרינן דמחילה הוי ולא תלינן בטעות אם כן ה"ה לדידן אף דחוזר בו דלאו כל כמיני' ואמרינן דמחיל מתחילה

ועכשיו דחוזר ואי דהוה ברי ושמא בפרעון הא לא ה"ל למידע ועל כל פנים נלמוד מהך דרוניא דסתמא אמרינן דדעתו למחילה ולא תלינן בטעות. ואם כן אף בחזרה אינו נאמן וא"ש. ובתי' השני הזה יישב למה דקשה מנלן לומר דבסתם אמרינן ידע ומחיל דלמא לא בסתם תלינן בחסרון ידיעה ואם כן הוי מחילה בטעות והא דרבא לא פסק לרוניא ליתן כר"ה משום דרבא לטעמיה דסבירא ליה מחילה בטעות הוי מחילה כמבואר בפ' א"נ דף ס"ז ואודיק חזיתן איילנות ופי' התו' בד"ה התם זביני כו' דרבא סבור במלתא דר"נ דמחילה בטעות הוי מחילה. ולכך מייתי ראי' מאיילנות ע"ש. אבל לדידן דאסקינן התם דאין ראיה מאיילנות ואף ר"ן ס"ל מחילה בטעות לא הוי מחילה אף בזה לא הוי טענתו טענה. אבל לפי מ"ש דלכך אמר ואי לא פי' דיטעון דהוי בטעות וכו' כנ"ל ש"מ דסבירא ליה לרבא דלא הוי מחילה (וצ"ל דבתר דשמעיה רבא שם בב"מ הדר בי' וכנ"ל דלא הוי מחילה) ומכל מקום כל כמה דלא טען פסק דיתן לו רק כדי תביעתו דמי קני' ודמי נטירות ש"מ דמסתם אמרינן ידע ומחיל לא דמחיל מחמת חסרון ידיעה וא"ש ודוק:

סימן יח

א **י"א דטוב לכתחילה כו'** וכתב הסמ"ע כמו שכתב' באורים דבד"מ לא חששו כולי האי. ונראה טעמו של דבר הואיל וד"ת חד כשר בד"מ ואם כן מה בכך דיכבוש דבריו מפני גדול ולא יאמרו דעתם הנראה הלא גדול לבד יכול לדון וד"ת כשר משא"כ בד"נ דצריך מנין ואם המה יכבשו דעתם אין כאן מנין דני'. וזהו אשר מוכח מדברי תו' סנהדרין דף י"ט ד"ה אבל מלכי ב"ד דכתבו הא דאין מושיבין מלך בסנהדרין היינו בד"נ דבהא שייך לא תענה כו' אבל לא בד"מ. וקשה א"כ מה פריך דף י"ח ע"ב והא אין מושיבין מלך בסנהדרין הא בד"מ לא שייך זה ושם איירי בד"מ כמ"ש התו' ד"ה מעיד כו' ומן מלך לא דן לא פריך כמ"ש התו' ד"ה והא אין וכו'. וצ"ע לכאורה אבל לפי מ"ש ניחא דהתו' כתבו דלכך לא שייך מלך לא דן דלבדו אין דן אבל בצירוף אחרים דן וא"כ כיון דאין מושיבין מלך בסנהדרין דהם לא יחלקו עליו א"כ הרי דעתו לבד דדעות שלהם כמאן דליתא דהם אין חולקים על המלך וא"כ חזר דינו לדון לבד והוא בכלל מלך לא דן דשייך בי' התקוששו וקושית הגמרא שפיר משא"כ במלכי ב"ד דיכולים לדון לבדו שפיר אמרינן דלא שייך אין מושיבין מלך משום לא תענה על ריב בד"מ דהוא דן לבדו ודוק ולכאורה קשה לפ"ז מה פריך בפ' אחד"מ כו' אמר רב אנא הוי במניינ' דבי רבי ובדידי אתחיל ופריך הא תנן ד"מ מתחילין מגדול ומשני שאני מנינים דבי רבי דכולהו מנינים מהצד מתחילין עכ"ל ולדברי הנ"י ורמ"א מה קושיא הא אף בד"מ יש להתחיל מהצד.

ולכן נראה וודאי לפרקי' להתחיל בד"מ מהצד אסור כי הוא זילותא לגדולים היושבים במנין אבל אם תמיד מתחילים מהצד ליכא זילותא לגדולים אשר שם כי הלא תמיד כך דרכם ולכך המקשן דלא ס"ל דתמיד היה רבי מתחיל מן הצד שפיר הקשה והתרצן השיב שאני מנינים דבי רבי דכולהו מנינים והיה דבר זה תמיד ולא שייך בי' זילותא וגם הנ"י כיוון לזה ולכך כתב אף בד"מ טוב הדבר להתחיל לעולם מן הקטן הרי דכתב לעולם ולא מן הפרקים דאם מתחיל לעולם לית לן ביה כתי' הגמ' ולכן הרמ"א שהשמיט לעולם יש כאן פקפוק ומ"מ ברור דגם לזה נתכון שיהיה לעולם מתחיל מהקטן:

ב **ואפשר דעתו לחלק כו'** עיין אורים שכבר כתבתי כי הסמ"ע הוכיח דע"כ צ"ל כן דאל"כ קשיא דברי הרשב"א אהדדי. ולכאורה צע"ג אמנם בלא"ה יש להבין בדברי הרמ"א חדא מה קשיא ליה דברי הש"ע אהדדי דכמו דאמרינן לעיל דנחתו אדעתא דעשרה כן פה אמרינן נחתו אדעתא דארבעה דהא אחד משלשה הראשונים אמר א"י ונשארים שנים ושנים דהוספה והרי לפי מ"ש בש"ע בהעתיקו לשון הרמב"ם נזכר להדיא דבעינן ארבעה יאמרו דעתם ולא סגי אם שלשה אמרו דעתם ושנים אומרים א"י והרי זהו הטעם דנחתו אדעתא דארבעה וכדעת ר"א בירושלמי כמש"ל באורים ס"ק ג' ואם אפשר דדעת הרמ"א כדעת מהרש"ל והסמ"ע שכתבתי באורים סק"ג דארבעה דנזכר ברמב"ם ל"ד ובתלתא סגי כדעת הת"ק הנזכר בירושלמי מ"מ מנליה לרמ"א להקשות דלמא לרמב"ם ולמחבר שנמשך אחריו דוקא ארבעה כדעת ר"א וכ"כ הב"ח וביותר יקשה מ"ש הרמ"א דרמב"ם ורשב"א מחולקים ולא מובן כלל מה חולק רשב"א ארמב"ם הא הך דינא דמוסיפים שנים בשלשה שאמר אחד אינו יודע משנה שלימה היא ומה מחלוקת שייך בזה. הא הך דינא הנזכר בש"ע וברמב"ם מבואר במשנה. אלא דבאמת גם בדברי הגאון מהרמ"ך שהביא הכ"מ בפ"ח מהל' סנהדרין שכתב שלא פי' רבותיו במשנה דיוסיפו שנים כמו הרמב"ם והוא כתב דמסוגית הגמרא דפריך על שמואל דאמר שנים שדנו דיניהם דין מהא דאם אחד משלשה דאמר א"י דיוסיפו ולא אמרינן דסגי בתרי ומשני הגמרא שאני הכא דאדעתא דתלתא יתבי מוכח נגד רמב"ם דה"נ דכיון דאדעתא דחמשה יתבי לא יכולי תלתא לגמור דינא עכ"ל ויש להבין הא באמת כתב הרמב"ם דצריך ד' לגמור הדין ולפי פשוטן של דברים דוקא ארבעה כפי' הב"ח וכדעת ר"א בירושלמי ומה הוא הפי' שפירשו רבותיו בדרך אחר. וצריך לומר בדעת הרמב"ם דאותו שאמר א"י יכול לחזור מדבריו ולזכות או לחייב בד"מ ולכך כתב הרמב"ם דחמשה נושאים ונותנים בדבר משום דאף הוא בכלל וכמ"ש שם הכ"מ ואם כן ס"ל דהא דמוסיפים בא' אומר א"י שנים ולא אחד הוא הטעם דאנו אומרים ע"י תוספת דיינים ופלפול בחכמה יתברר

לאחד ספיקתו ואף הוא יאמר דעתו בבירור וא"כ אם הוא ואחד שהוסיפו יאמרו להיפוך מן שנים ראשונים הרי כאן ב"ד שקול ולכך מוסיפין שנים ואם כן הרי נחתו אדעתא דחמשה וצריך האחד שאמר א"י לחזור מדעתו אבל אם לא חזר ועודנו עומד בדעתו לא מהני מה שכל ארבעה אומרים דעתם דהרי זה נחית לדעת חמשה ולא אמרו הוספה אלא שעי"כ יחזור מדעתו ויתברר לו ספיקא וכ"כ הרמב"ם להדיא בפי' המשנה דאפילו ארבעה אומרים זכאי כל זמן שא' אומר א"י יוסיפו עד שיחזור מדעתו ואולם בספרו חזר בו אבל רבותיו של רמ"ך תפסו זה הפי' לעיקר וזהו שכתב רמ"ך דה"נ כיון דאדעת' דחמשה נחית הרי דדייק אדעת' דחמשה ולא ארבעה משום דס"ל דאף ע"ד הראשון שאמר א"י נחית והרי כאן ה' ואם כן אין לו לגמור בתלתא דהיינו כדעת מהרש"ל וסמ"ע וה"ה לדעת הב"ח נמי קשה דעל כל פנים לא יועיל עד דיהיה דעת כל החמשה ודברי הרמ"ך מובנים וע"ז תי' הכ"מ דשאני הכא דמתחילה לא נאתו רק על דעת שלשה והוא החילוק שכתב רמ"א בהג"ה. והנה ודאי דבר פשוט כזו לא היה נעלם מעיני הרמ"ך רק דקשיא ליה בממ"נ אי אמרינן דהוה כאילו נחית אדעתא דשלשה כמו מתחילה שישבו שלשה לדון א"כ אף בשנים מזכים ואחד מחייב יהיה הדין נחתך בשנים דהא מתחילה נחתו אדעתא דכך דיהיה הדין נחתך אדעתא דרוב משלשה. ועכצ"ל דסבירא ליה דהואיל והוסיפו נחת אדעת' דחמשה ולכך צריך רוב מחמשה שהוא שלשה שיסכימו בדבר אחד כמו בנחית אדעתא דשלשה דצריך דיסכימו הרוב משלשה בדבר אחד. ואם כן יפה הקשה דאם נחית אדעתא דחמשה איך אפשר שיהיה שנים או אחד אומרים א"י הלא בנחית אדעתא דשלשה א"א שיהיה אחד אומר א"י אעפ"י דלשמואל ששנים שדנו דיניהם דין וא"כ ה"ה בנחית אדעת' דחמשה. וקושיא שלו קושיא חזקה לכאורה בדברי הרמב"ם ולייישבו צ"ל דס"ל להרמב"ם הא דאמרינן נחית אדעת' דשלשה ולא מהני בא' אומר א"י היינו לשמואל אבל לפי דקיי"ל דלא כשמואל דב' שדנו אין דיניהם דין א"כ אצ"ל כך ואמרינן אף דנחית אדעת' דה' מ"מ אדעת' דרובה נחית ולא איכפת לן אם הנשארים אומרים א"י והא דבג' וא' אומר א"י צריך הוספה בדיינים הוא משום דהדין בעי שלשה דיינים אם כן בא' אומר א"י כמאן דלית' דמי ואין כאן שלשה דיינים אבל במקום שיש שלשה דיינים זולתם לא איכפת לן אי הנשארים א"י וזהו שכתב הרמ"ך יפה פי' הרב כיון דאיכא שלשה שיודעים בד"מ. וזהו ברור בכוונת הרמ"ך וגם דעת רמ"א כך ולכך יפה הקשה דודאי דעת רשב"א לא קשיא אהדדי דפשיטא דסבירא ליה להרשב"א אם נחית אדעת' דה' וכדומה בעינן שכולם יאמרו דעתם ואם אומרים א"י דעת כולם בטל כדאמרינן בתי' לשמואל והא דסגי בהוספה בשלשה משום דתחילה לא

נחית רק אדעת' דשלשה כתי' הכ"מ וכמ"ש הרשב"א לת"ק הנזכר בירושלמי ואי קשה א"כ אם שנים מזכים ואחד מחייב יהיה הדין נחתך בב' דהא נחית אדעת' דג' כהנ"ל הא לא קשיא דבאמת ס"ל לרשב"א כן כמבואר בכ"מ וכמש"ל באורים. אבל המחבר דפסק כרמב"ם דצריכים כל שלשה להסכים לדעת אחד ועכצ"ל הטעם דנחית לאדעת' דחמשה ולכך צריך רוב מה' שיסכימו לדעה א' כנ"ל וקשה א"כ למה בא' מה' אומר א"י הדין קיים וצ"ל כהנ"ל דאף דנחית אדעת' דה' מ"מ אין נ"מ אם א' אומר א"י ודוקא בשלשה דלא נשארו דיינים דאוריית' איכא קפידא אבל בה' ויותר ליכא קפידא ולפ"ז שפיר קשה איך פסק המחבר לעיל כרשב"א דאם א' מט' אומר א"י דכל הב"ד בטל דהא יש כאן רוב ויותר משלשה דהם דיינים דאורייתא. ויפה הקשה וזהו שכתב ואפשר דעתו לחלק והיינו כמ"ש בכ"מ דאף לרמב"ם י"ל דנחי' אדעתא דתלתא אך אינו נראה והיינו מטעם שכתבתי דא"כ א"צ שיסכימו כל שלשה לדעת אחד כהנ"ל ודברי רמ"א ברורים. ולכן נראה יותר מסתבר לומר דס"ל לרמב"ם דאף דזה אומר א"י יכול לחזור ונושא ונותן בדין מ"מ לאו אדעת' דחמשה נחית מקרי דהרי כל זמן שלא חזר דעתו כלא היה וכתוהו יחשב. ומתחילה כשהוסיפו עוד שנים סביר וקביל שלא יחזור זה מדעתו וא"כ לא נחית רק אדעת' דארבעה ודעת הרמב"ם באמת דבעינן כל דעת ד' כר' אילא בירושלמי וכמ"ש הב"ח. ודלא כדעת הרמ"ך דס"ל דה"ל כנחית אדעת' דחמשה ונגרר בתרי' הרמ"א. רק ס"ל לרמב"ם דלא נחית רק אדעת' דארבעה ולרב אם גם אחד מארבעה אמר א"י באמת הדין בטל וכמו כן בעינן רוב מארבעה שיסכימו לדעה אחת כמש"ל בנחית אדעת' דחמשה ולכך בעינן לרמב"ם שיסכימו כל שלשה בדעת א'. וזהו הטעם של הרמב "ם דבעינן שיהיו שלשה מסכימין לדעה אחת. וא"צ לטעמו של הרשב"א בתשובה רק פשוט דהא נחית אדעת' דארבע וא"כ בעינן רוב מארבעה. ואם א' מארבעה אומר א"י ג"כ הדין בטל ודברי הרמב"ם נכונים ולק"מ:

ג **עד ע"א כו'** משום דיותר מזה לא מוסיפין דזהו שיעור סנהדרי גדולה והקשה בס' באר שבע אם כן איך אמרינן בהוריות דף ג' ע"ב מאה שישבו להורות אינו חייב עד שיורו כולם וכו' היכי משכחת לי' שיש יותר מע"א הא לא עבדינן סנהדרי גדולה במנין יותר מע"א. והניחו בצ"ע וכן הרב בעל משנה למלך הניחו בצ"ע. וי"ל דלפי מה דאמרינן בסנהדרין דף מ' דאם א' מהתלמידים אמר דיש לו ללמד זכות מעלין אותו ומשיבין אותו ביניהם ולא היה יורד משם כל היום כולו ואם כן כל אותו היום יש לו דיעה בהוראה כסנהדרין ומכל שכן ביש ממש בדבריו דאין יורד משם לעולם וכי ישב שם כאלם לא יפתח פיו ודאי דיש לו דיעה כאחד מהם לומר דעתו הנראה ולא בשבילו יאמרו לאחד

מב"ד של ע"א רד ואם כן הרי כאן תוספות במנין הורא' ואם שלשים תלמידים אמרו כן אף הם אינם יורדים והרי כאן בסנהדרין מאה המורים ובאים ושפיר אמרינן מאה שישבו להורות דבכה"ג מצינו מאה שמורים וכן יותר ולק"מ:

ד **ג' שישבו לדין כו'** אין השנים יכולים לגמור כו' בהגהת הרא"ש בפ"ק דסנהדרין הביא בשם א"ז שלשה שישבו לדין וסילק אחד את עצמו קודם שידע היכן הדין נוטה אין השנים יכולים לגמור הדין דלא עדיף משנים מזכים או מחייבים ואחד אומר אינו יודע וכו' עכ"ל ודייק הב"ח מדקאמר וסילק האחד עצמו קודם שידע היכן הדין נוטה הא כבר ידעו היכן הדין נועה ה"ל כגמר דין ויכולים השנים הנשארים לגמור הדין ע"ש. ואין כאן ראיה די"ל דלכך נקט הגה בלשונו דסילק עצמו קודם שידע היכן הדין נוטה דאטו ברשיעי עסקינן דיסלק עצמו הא אסור לדיין לסלק עצמו ולכך כתב קודם שידעו להיכן הדין נוטה ואז מותר לדיין לסלק את עצמו כדלעיל ריש סימן י"ב ע"ש. אבל באמת אי אתרמי ע"י איזה סיבה וכדומה או דעבר ועשה וסילק עצמו אחר כך מכל מקום אין הדיינים יכולים לגמור דיליף ליה מהך דאמר א"י ואילו דעת הא"ז לחלק היה מבארו להדיא ולא בדרך שלילה. וזהו היה דעת ב"י דהעתיק הגהת הרא"ש והשמיט בהעתקתו מלת קודם שידע להיכן הדין נוטה רק סתם וסילק האחד עצמו אין השנים יכולים לגמור וכו'. ואילו ס"ל בדוקא קתני האיך השמיט העיקר הדין א"ו דס"ל כמ"ש וברור. ומיהו אפילו לפי' הב"ח כבר כתב הב"ח דטעמא של הא"ז דס"ל אי ידעי היכן הדין נוטה היינו גמר דין ויפה כתב דהגהת הרא"ש שם בהגה נוקודם הביא על הך דמשנגמר הדין אי אתה רשאי לומר צאו ובצעו פירש"י שכבר אמר איש פלוני אתה זכאי כו' אבל בא"ז פי' שגמרו הדין ביניהם לגמרי. ולא מיחסר אלא איש פלוני אתה זכאי כו' ואם כן לפי' דקי"ל לעיל סימן י"ב סעיף ב' כפירש"י דג"ד היינו באומרים איש פלוני אתה זכאי וכו' ליתא להך דינא וא"כ אף לפירוש הב"ח לא קאי דינא דא"ז להלכה:

ה **ולענין או"ה כו'** הכה"ג נסתפק ברמב"ם דפסק פי"א מהלכות סנהדרין בד"מ הרב ותלמידו מונין להם כשנים אבל בד"נ מונין לו רק כאחד ע"ש לפי גירסתו. ונסתפק הכה"ג בכוונתו בתלמיד שאין צריך לסברת הרב כר"א ור' אסי אי בזה איירי הרמב"ם לחלק בין דיני ממונות לד"נ או מיירי בתלמיד שצריך אף לסברת הרב ומכל מקום בד"מ מונים כשנים. ולא הבנתי מה מקום ספק יש כאן הא בפרק ההוא הלכה י' פסק דתלמיד שא"צ לסברת רבו דן עם רבו בד"נ והיינו דמונין לו כשנים כמ"ש הכ"מ שם ויליף ליה מהך דרב שונה אדם עם תלמידו ודן דיני נפשות. ואם כן עכצ"ל הא דמחלק מקודם בין ד"מ לד"נ אם נמנה כאחד או שנים ש"מ דמיירי בהך תלמיד דאף לסברת הרב צריך ומכל

מקום בד"מ מונין שנים. וצריך להבין רבינו המחבר דתופס לעיקר דברי מרדכי איך השליך אחרי גיוו דברי רבינו רמב"ם מבלי זוכרו וצריך לומר דסבירא ליה דלא פליגי רק בגירסא בגמרא אבל לדינא לא נ"מ דהרמב"ם מפרש דאיירי שלמדו מקודם לא בעת שדן ובזה בד"מ מונין כשנים ומכל מקום בד"נ כאחד ואם כן הן הן דברי המרדכי דכשלמדו מקודם אף בד"מ מונין כשנים ואין נ"מ לדינא. אך לפי זה דגירסתו וכן העתיק הכ"מ ד"מ וטומאות וטהרות מונין כשנים והיינו שלמדו מקודם אבל בשעת הדין אין מונין כשנים אם כן אף טומאות וטהרות דמונין כשנים היינו באותו אופן דלא למד באותו פעם דמ"ש הא בחדא כללא כייל להו הברייתא ואם יש ביניהם הבדל לדינא לא ה"ל למתני כחדא ופשוט. ואם כן קשה על הרמ"א דגריר בתר דעת המרדכי וגי' ופוסק דבאיסור והיתר אפילו למדו באותו פעם מונים כשנים ולא כן דעת הרמב"ם ואין לנו להקל לפסוק כמרדכי במקום שהרמב"ם חולק ולכן יש להחמיר.

סימן כ

מפני שלא היו מצויים אצלי הקשה בכה"ג דהטור סותר דברי אביו בתשובה כלל י"ג סי' י"ט דהקהל שטענו שהיה להם זכות ביד א' מבני הקהלה במד"ה והשיב הרא"ש דהיה להם לומר כן לב"ד דבשלמא יורש במילתא דאביו לא ידע כלל ולא נודע לו מה זכות היה לו בו אבל בענין קהל גלוי ומפורסם וא"א שלא ידעו הקהל באותו הדברים שטוענין עכשיו והיה להם להזכיר הדברים באותו שעה ולומר יש לנו זכות וראיה וזהו מורה דוקא יורש אבל אינש אחרינא לא. וע"ש שדחק ונר' דבלא"ה הרגיש הבעל כה"ג אי ס"ל להרא"ש דוקא יורש מה צורך לו לומר דבמלת קהל הוא מפורסם וגלוי הלא בכל אדם זולתי היורש אמרין דאבד זכותו. ולכן נראה הרמב"ם דנתן טעם לכך אמרתי אין לי ראיה להיות שלא היה מצוי בידי ויש להבין מכל מקום ה"ל למימר יש לי ראיה במד"ה ואינו מצוי כמ"ש הרא"ש בתשובה הנ"ל וצ"ל דמה יועיל לו דברים כאלה והב"ד לא יאמינו לו ויחשיבהו לדברי' של הבאי והרוצה לשקר ירחיק עדותו ולכך חשב שתיקתו יפה כדבריו. אך זהו אם אין לו עדים שמעידים שיש לו זכות במד"ה אבל בעדים מעידים כן פשיטא דהיה לו לטעון כן בב"ד כי הב"ד לא יפסקו ולמה לו הטורח אחר כך לסתור הדין ואם יראו הב"ד כי יש לו ראיה במד"ה לא ימהרו לפסוק וימתינו כפי הזמן הראוי להשיג לו הראיה ממד"ה כהנ"ל. ואי לא טען כן פשיטא דאבד זכותו ואם כן א"ש דברי הרא"ש דבענין קהל כיון דנודע להם וגם ענין קהל פומבי וגלוי ומפורסם ואם כן לא ימלט שיש בני הקהלה היודעים מזה וה"ל לטעון בב"ד כך ולהביא בני העיר האומרים

כן ופשיטא דהיה הב"ד מחמיצין הדין הנ"ל ולכך דייק הרא"ש דענין קהל גלוי ומפורסם ולא יבצר שיהיה עדים לכך ואי דהעדים הם מבני קהלה הא מבואר שם בתשובם דקהל טוענים דשם מנהג לקבל מבני עיר עדות הנוגע למסי'. ואם כן לפי טענתם ה"ל להביא עדות הלזו וצדקו דברי הרא"ש וכן נכון וברור לדינא:

סימן כא

שהיה אנוס כו' כתב הב"ח בשם הסמ"ג ז"ל וכן הורו הגאונים וכן ראיתי בירושלמי דקידושין שטר סימפון (פי' שטר קידושין) והתנה אם לא אבא ביום פלוני למכנסך לא יהיה כלום אירע לו אונס רבי יוחנן אמר אונסא כמאן דלא עביד ר' לקיש אמר כמאן דעביד והלכה כר"י לגבי ר"ל עכ"ל. וכ"כ בהגהת מיימוני והקשה הב"ח הא ר"י ס"ל אף' ע"פ דקרהו אונס מכל מקום הוי כמאן דלא מקיים תנאו והקידושין בטילין. ואם כן כיון דקי"ל הלכה כר"י הדין להיפוך דאינו מועיל טענת אונס כלל והעלה דט"ס יש בסמ"ג וצ"ל במקום וכן ראיתי בירושלמי. אכן ראיתי בירושלמי והיינו דבירושלמי משמע להיפוך דאין מועיל טענת אונס ע"ש ותמה הש"ך הא גמרא ערוכה הוא זה בנדרים דף כ"ז דאי אמר אי לא אתא לבטלין זכות' וקרהו אונס לא בטילים. וכן הוא לקמן בש"ע סימן נ"ה ע"ש ומה צורך להביא ראיה מירושלמי ומכ"ש לגי' הב"ח דמביא ראיה מירושלמי להיפוך דקשה הא בבבלי מבואר כדעת הגאונים ומה נ"מ אם בירושלמי מבואר להיפוך ע"ש ולכאורה קושיא גדולה הקשה איברא דבלא"ה יש לתמוה על הרמב"ם על כפל הדברים דהך דינא דנזכר בנדרים הנ"ל והובא לקמן בסימן נ"ה הביאו הרמב"ם בפי"א מהלכות מכירה ודין זה נזכר ברמב"ם פ"ז מהלכות סנהדרין ויש לתמוה על כפל הדברים. והלא דבר הוא. אלא לפי גי' הב"ח בסמ"ג אכן כו' יש לפרש כך במה דהביא רמ"א בי"ד סימן רל"ב סעיף י"ב בהגהה דאם כל הל' יום לא היה אונס והיה יכול לבוא רק סמך שיבא במשלם השלשים יום וביום ל' בו ביום קרהו אונס דעת הר"ן דמכל מקום מיקרי אונס ודעת אגודה דלא מיקרי אונס דה"ל להקדים ביאתו ולא להניחו ליום אחרון ע"ש. ודעת הרמב"ם כהר"ן ולכך בפי"א מהל' מכירה העתיק הרמב"ם לישנא דגמרא ואם עכבוהו חולי או נהר מלבוא הרי לא יתנו ויש לפרש דכל הל' יום היה העיכוב מצד הנהר או חולשא כמו שצ"ל לדעת האגודה. ולכך בפ"ז מהלכות סנהדרין פי' הדברים ואם הביא ראיה שהיה אנוס באותו היום ואותו היום דייקא שבכל הימים לא היה אונס רק ביום אחרון היה אונסו וקמ"ל כהר"ן ודלא כאגודה דמכל מקום קרוי אונס ופטור מקנין. ועל זה הביא הסמ"ג דבירושלמי פליגי ר"י ור"ל אי מהני טענת אונס והיכי דמי

אי דנאנס מתחילה ועד סוף מ"ט דר"י יקשה ליה קושית הגמרא בנדרים מקרא מלא ולנערה לא תעשה דבר ועכצ"ל דלא היה אונס רק בסוף הזמן ובזו נחלקו ר"י ור"ל וס"ל לר"י דלא הוי אונס דה"ל להקדים ולא להיות ממתין עד תכלית הזמן כי פגעי בני אדם לשעה שכיחים. ואם כן מוכח דלא כהרמב"ם ור"ן ואפשר דהכ"מ דהביא מהך דירושלמי ראיה לדברי רמב"ם ג"כ נתכוון לזה להביא ראיה אפילו היה אנוס רק ביום אחרון דאם היה כל זמן באונס לית צריך ראי' כקושית הגמרא בנדרים ולנערה לא תעשה דבר. רק הכ"מ כנראה מב"י היה גורס רבי יוחנן אמר אונס כמאן דלא עבר בריש ולאבדלי"ת ופי' כאילו קיים התנאי דאפילו נאנס ביומא דמשלם הוי תנאי. ור"ל סבר כמאן דעבר דלא היה לו להמתין עד יום אחרון. ואם כן הלכה כר"י. אבל באמת גי' זו אין לו שורש ועיקר בירושלמי דס"ל לר"י דקדושין בטלים ור"ל סבר דקידושין קיימים וכמ"ש הש"ך ואף שראי' הש"ך מהא דר"י פקד לבנתי' למיעבד כרשב"ל דילמא יבא ב"ד ויסברו כר"ל ויבוא לידי ממזרין. ואם כן משמע דר"ל מבטל קידושין. יש לדחות אולי יקבלו קדושין מאחר ולר"י לא יחולו ולר"ל חלים קדושין אחרים מכל מקום מהא דקאמר לדעתיה דרשב"ל היאך צריך למיעבד וקאמר אי אתא יום פלוני ולא הוי כונסה לי לא יהיה עליך כלום עכ"ל. וזה מורה דהשאלה לר"ל דס"ל דאם ה' אונס הקדושין קיימים מה לעשות דאם כן יהיה קדושין תלוי' ויאמר דהיה אונס ולכך יעץ לכתוב התנאי בה דאם יהיה עובר אותו יום ולא יהא נשואה יהיה מאיזה טעם שיהיה קדושין בטילין. ומזה נראה ברור דהגי' כמ"ש הב"ח ויתר פוסקים עבד בדלי"ת ולא בריש ולר"י קדושין בטילין ולר"ל קיימין ואם כן יש מירושלמי ראיה נגד הרמב"ם. אך הש"ך כתב דמכל מקום אין מירושלמי הנ"ל ראיה כלל דשאני קדושין הואיל ואינה מתקדשת אלא מרצונה והיא לא נכנסה בקדושין אלא ע"ת שיהיה ביום מוגבל ואם כן מה בכך דקרהו אסון סוף כל סוף לא מתקדשת לו בכך אלא ע"ת זה משא"כ היכי שהוא מחייב עצמו אנן סהדי דאם ידע שיהיה אונס שלא התנה כך ויפה כתב כי כן נראה מדברי הר"ן בקדושין פ' האומר ע"ש. אך דברים אילו סותרים למ"ש מהרי"ו והביאו הרמ"א בי"ד סי' רל"ו ס"ו להלכה דאיש ואשה שקבלו חרם להנשא זה לזה בזמן מוגבל והעביר המועד אם היה אונס מכל מקום החרם חל אף דאין אשה משדכת אלא מרצונה ולמה יועיל טענת אונס להמשדך. ואמת כי הש"ך בנה"כ וכן כאן בספרו הש"ך נחית לחלק דהואיל ומתחילה נעשה השידוך סתם בלי תנאי אם כן מה בכך שהתנו אחר כך בתנאי בקביעת זמן מכל מקום שידוך ראשון לא נעקר ממקומו ע"ש. ואין זה מועיל ליישב דברי מהרי"ו דהא מהרי"ו כתב להדיא דבשעת ת"כ היה התנאי כך. ואם כן הת"כ בטל כשלא בא בזמן מוגבל. ואם השידוך

קיים מחמת שלא היה התנאי בעת השידוך יכוף הב"ד לקיים השידוך. אבל איסור ת"כ מה עבידתיה הא ת"כ היה על תנאי ומי הכריח לאשה או לאיש לעשות ת"כ וחרם. ואם כן המרי"ו שכתב שצריך התרה לת"כ עדיין קושיא הנ"ל במקומו ובפרט דכתב דאם מתיר הת"כ בב"ד דאינו אגוד בי' וקשה עדיין השידוך במקומו דלא היה בו תנאי ועכצ"ל דכל הנדון הוא מחמת איסור קבלת ת"כ והא זה נעשה בת"כ ומרצון שניהם בלי הכרח לשום אחד איש או אשה. ומ"ש ת"כ ומ"ש לעיל בקדושין הנזכר בירושלמי וכבר הודה הש"ך בנה"כ דדבריו בפי' מהרי"ו דחוקים ואינם סובלים דברי מהרי"ו דבריו ע"ש:

ולכן מה שנראה עוד בישוב דברי מהרי"ו שלא יהיו סותרים דברי ירושלמי דדוחק לומר הואיל ורבי יוחנן גופי' פקד לבניו לחוש לדברי ר"ל יש להחמיר באיסור שבועה כר"ל וספק איסור לחומרא הואיל ור"י פקפק בעצמו בדעתו ודוחק. ומה שנר' ובקיום גי' הספרים בסמ"ג וכן מוכח ולא אכן כגי' הב"ח וכמ"ש הב"י בכ"מ דיש להרמב"ם ראי' מירושלמי ודלא יקשה קושית הש"ך הנ"ל הא גמרא ערוכה היא הוא כך דיש כאן ספק במת חייב אם לא אבוא לזמן מוגבל תשבע אתה ואשלם לך והשני בא להוציא אם הוא טוען אנוס הייתי ולא היה אפשר לבא אך אינו מבררו בעדים שהיה אנוס אם נוציא ממון בספק דדלמא באמת כדבריו כן הוא שהיה אנוס ופטור. ובכל ספיקא דממון אין מוציאין מיד המוחזק והממע"ה ועל המוציא לברר שלא היה אונס ומכל מקום לא בא. ודבר זה לא מצינו לו ראיה בגמרא דנדרים דשם כל הפילפול אי אונס מהני ועל זה העלה פשיטא דכתיב ולנערה וכו' ומיירי הכל בידוע דהיה אונס אבל כשאין ידוע בעדים רק מפיו אנו חיים בזה יש מקום ספק בגמרא אמנם ס"ל דהא דפליגי בירושלמי ר"י ור"ל אם אונס מבטל התנאי או לא לא פליגי באונס המבורר בעדים. דיקשה למ"ד דאין אונס מבטל התנאי קושית הגמרא ולנערה לא תעשה דבר וסברת הר"ן וש"ך לחלק בין תנאי קדושין לשאר תנאים לא ס"ל כנראה דעת מהרי"ו הנ"ל ולכך ס"ל דבירושלמי מיירי בכה"ג דאין ביורר על אונס רק הוא הבעל צווח ככרוכיא אונס הייתי וסבר ר"י אונסא כמאן דעבר תנאי דלא מהימן לומר אנוס הייתי ולא חיישינן לאונס. כל כמה דלא ידעינן באונסא והולכין בתר רוב והרי זה כאילו עובר תנאי וקדושין בטילין ור"ל חושש להחמיר לקיים תנאו ואולי אמת אתו דהיה אונס וספק איסורא להחמיר ולכך קדושין קיימין מספק והלכה כר"י וצריך בירור לתנאו ואם לאו אפי' ממון מוציאין ממנו ולא מהני טענתו אנוס הייתי דהא אפילו איסור אשת איש מתירין בחזקה דלא היה אנוס ומכ"ש דמוציאין ממון שלו כ"ז דלא מברר אונסיה ולכך פסק הרמב"ם ואם הביא ראיה שהיה אנוס הרי זה פטור מקנין הרי זה צריך דוקא ראיה לאונסו וזולת זה מחייב לקיים

קנין שלו ולא אמרינן מספיק' לא מפקינן ממון והממע"ה וע"ז כתבו דראיית הרמב"ם מירושלמי מהך דר"י דהלכה כוותי' נגד ר"ל וא"ש ואין זה ענין כלל לגמ' דנדרים וזה מוכח דהסמ"ג וכן הב"י לא ס"ל לחלק סברת הר"ן הנ"ל דאם לא כן עדיין מירושלמי אין ראי' די"ל דלכך ס"ל לר"י דאונס אינו מועיל משום קדושין שאני כהנ"ל ואפילו אי מברר אונסא התנאי בטל ולכך פסק הרמ"א בי"ד סי' רל"ו כנ"ל כמ"ש מהר"ו ולא חש לסברת הר"ן הואיל והסמ"ג והב"י לא ס"ל. והנה בפרישה ביקש לפרש דהא פליגי ר"י ור"ל בירושלמי אי אונס מבטל תנאי ולא קשה למ"ד דאין אונס מבטל מקושית הגמרא ולנערה לא תעשה וכו' דפי' כך דהתנה דיבא תוך ל' יום לכניסה וכל ל' יום הללו היה אונס רק אח"כ כשעברו השלשים יום ועבר האונס ומ"מ לא בא לכונסה ולקיים תנאו בזו נחלקו דח"א דהא עבר אונס וא"כ אחר כך התנאי חל עליו ואם לא קיימו בטלו קדושין וח"א דכיון דהיה אז באותו זמן שקבע אונס בטל התנאי מכל וכל ואינו זקוק תו לקיים תנאו אף שעבר האונס. וכן פסק בסמ"ע ס"ק ד' מכח ראיה זו ואף הוא צ"ל דנמשך אחר גיר' כמאן דעבר ברי"ש ולר"י הקדושין קיימין אף שלא קיים התנאי מעולם דהאונס ביטל התנאי לגמרי משא"כ לפי שהעלינו לעיל דעיקר גי' כמאן דעבד דלר"י הקדושין בטילין מכח התנאי א"כ כיון דהלכה כר"י נהפך הוא דאם עבר אונס צריך לקיים תנאי ומייתי הפרישה חובה לנפשו אבל כבר בררנו לעיל פי' אחר בירושלמי כי פירושו דחוק דלא נזכר בירושלמי דלא בא לאחר שעבר אונס ועיקר חסר לדבריו. וא"כ אין כאן ראיה לא לכאן ולא לכאן. רק מסברא אפשר דדבריו אמת וכמשמעות לשון הרמב"ם הרי זה פטור מקנין. אבל במה שתמך יתידותיו מהך ירושלמי בפרישה נהפוך הוא:

סימן כב

א **מי שקיבל עליו קרוב או פסול כו'** כתב הש"ך בשם הגהת הרא"ש דוקא בקבל בב"ד הוא דלאחר ג"ד לא מצי לחזור. אבל קבלוהו חוץ לב"ד אפי' לאחר גמר דין חוזר אם לא קנו מיני' עכ"ל אבל הנ"י כ' דוקא בקבל חוץ לב"ד הוא דיש הבדל בין תחלת דין לגמר דין אבל בקבל בפני ב"ד קרוב או פסול אפילו קודם ג"ד א"י לחזור וכו' עכ"ל והרב הש"ך הכריע כהגהת הרא"ש דמוכח כן מירושלמי דאתמר על הך משנה נאמן עלי אבא כו' אמר לו נאמן עלי אביך קבל עליו בפני שנים יכול לחזור בו בפני ג' א"י לחזור בו שמואל אמר בשלא נטל מזה ונתן לזה אבל נטל מזה ונתן לזה אין יכול לחזור בו ור"י ור"ל אפי' נטל מזה ונתן לזה יכול לחזור בו עכ"ל וא"כ בקבל בפני שנים דהיינו חוץ לב"ד לא מבעיא לר"י ור"ל דאפי' נו"נ ביד לא מהני ויכול לחזור אלא אפי' לשמואל דוקא בנו"נ ביד

הוא דלא מצי לחזור אבל כל כמה דלא נו"נ ביד אף דנגמר הדין חוזר זהו שורש ראיה של הש"ך: ואני אומר לכאורה מירושלמי דברי הנ"י מוכרחים דהא הנ"י בפ"ק דב"מ הביא בשם הרשב"א ור"ן דדייקו מהך דירושלמי דאמר קבל בפני שלשה א"י לחזור בו דאם התחילו לטעון בפני ב"ד תו א"י לחזור בו דזהו הוי קבלה וכ"כ בנ"י בסוף ב"ב דדייקו מן ירושלמי דאם טענו בב"ד אף דלא כתבו שטר בירורין א"י לחזור. ולפ"ז א"כ דאמרינן בקבלו בפני ג' א"י לחזור היינו טענות ותביעות בעלמא איך אמרינן בגמרא דקודם ג"ד יכולים לחזור בו ול"ל דגמרא דידן פליג אירושלמי דא"כ נפל עזר של רשב"א ור"ן מהך דירושלמי כיון דגמרא דילן חולק אזה וס"ל דבקבלה יכולים לחזור ועכצ"ל דס"ל דגמרא דידן קאי אקבל שלא בפני ג' דבהא נחלקו שמואל ור"ל ור"י ובזה ס"ל לגמרא דידן דלאו דוקא נו"נ ביד אפי' בגמר דין א"י לחזור. אבל בקיבל בפני ג' לית מחלוקת וא"כ דעת הנ"י מוכרח דבקבל בב"ד אפי' קידם ג"ד א"י לחזור רק בקבל חוץ לב"ד הוא דיכול לחזור עד אחר ג"ד. אך זהו דוחק דמנליה לרשב"א כן דכיון דאנו באנו לידי מדה זו דהגמרא דידן חולק אירושלמי דבירושלמי ליכא מ"ד אם לא נו"נ ביד דא"י לחזור ובגמרא אמרינן אחר ג"ד א"י לחזור נימא דגמ' פליג אירושלמי בקבל בפני ג' דס"ל דבקבלה לחוד א"י לחזור ובגמרא דידן ס"ל עד לאחר ג"ד חוזר וגם לא מצינו דעת הנ"י בפוסקים דבקבל קרוב או פסול בפני ג' דאפילו קודם ג"ד א"י לחזור. ועיין בתו' ובראש"ש גבי עבדי גנבת וכו' דנסתפקו בגי' הגמרא אי צ"ל נשבע או ונשבע בוי"ו וקושר דבריהם אי הך שבועה דרמי' עליה הוי ג"ד או לא ע"ש והא הך שבועה קבל על עצמו בב"ד ובב"ד א"צ גמר דין. ועיין ברמב"ן ב"ב גבי עבדי גנב' כו' דמוכח להדיא אפילו בקבל בב"ד קודם ג"ד יכול לחזור. וקשה לומר דרשב"א ור"ן יחלקו אכל הני פוסקים: ולכן נראה דרשב"א ור"ן פי' דברי ירושלמי דאמר נאמן עלי אביך קבל בפני שנים וכו' הך קבל בפני שנים אינו מוסב על נאמן עלי אביך ואיירי בקבל קרוב או פסול רק הוא ענין נפרד דהא דקאמר נאמן עלי אביך הוא רק פסקא ממשנה כדרך הגמרא להביא קצת ממשנה ולומר הדין עליו מה שהוא כיוצא בו וכן בזה נאמן עלי אביך הוא פסקא ועל זה קאמר קבל בפני שנים פי' ב"ד כשרים אם קבל בפני ב' לדון לפניהם יכול לחזור אם לא כתבו שטר בירורין. אבל אם קבל בפני ג' כשירים לדון משהתחיל לטעון דהיינו קבלה א"י לחזור ובקבל בפני ב' דיכול לחזור נחלקו בו שמואל ור"י ור"ל אי יכול לחזור לאחר נו"נ ביד או לא ולא איירי כלל בזה בקבל על עצמו פסול וקרוב דבזהו אפילו בקבל בפני ב"ד קודם ג"ד יכול לחזור וזהו ההבדל בין קבל כשר לקבל פסול וא"ש:

וא"כ הדברים דברי הגהת הרא"ש לכאורה מוכרחים דאם בקבל כשירים חוץ לב"ד

לכ"ע כל כמה דלא כו"נ ביד אפילו לאחר ג"ד יכול לחזור ומכ"ש בקבל פסולים אלא דקשיא הא דשמואל דס"ל שנים שדנו דיניהם דין אף בקבל בפני שנים הוה כקבלו בב"ד וכמ"ש הש"ך ג"כ וא"כ ס"ל לשמואל דקבלה בב"ד חוזר אפי' לאחר ג"ד עד שיהיה נו"נ ביד ור"י ור"ל הוסיפו דאפילו בזה חוזר ואפי' דנימא דהם ס"ל דשנים הוי חוץ לב"ד. מ"מ בהא דבב"ד בעינן נו"נ ביד לא מצינו חולק אשמואל דמה דס"ל לשמואל בשנים כן הדין לדידן בשלשה ואלו אנן אסקינן בגמרא דלאחר ג"ד אינו חוזר ועדיין צ"ל דגמרא דידן פליג וכיון דאפלוג אפלוג ואין להביא ראיה משם ועוד בשמואל גופיה קשה מ"ש בשנים דיכול לחזור ומ"ש בשלשה דאין יכול לחזור הא לשמואל הוי שנים ב"ד כמו שלשה וכמ"ש הש"ך גופיה. ולכן ברור דהך מילתא דשמואל ור"י ור"ל אינו מוסב כלל על הך דנאמר מקודם קבל בפני שנים דזהו ענין בפ"ע וקאמר הירושלמי בפ"ע דבקבל כשר בשנים יכול לחזור והיינו קודם ג"ד וקבל בשלשה תיכף משעת קבלה דהיינו התחיל לטעון א"י לחזור כמ"ש רשב"א ור"ן וזה לדידן דס"ל שנים אינו ב"ד והך מילתא דשמואל אמר וכו' אינו מוסב על זה כלל כי אם קאי על המשנה כדרך ירושלמי ובמשנה קתני נאמן עלי אבא וכו' ר"מ אומר יכול לחזור ובזו אמר שמואל דס"ל אם נו"נ ביד ר"מ מודה דא"י לחזור ור"י ור"ל סברי דלר"מ לעולם חוזר. אבל לרבנן לכ"ע בג"ד אינו חוזר וא"ש דלא אדכר הך מחלוקת בפוסקים דהוא אליבא דר"מ והוא ענין נפרד וברור. ולא תקשה איך יחלקו אליבא דר"מ במה דלא נ"מ לדינא כיון דהלכתא כרבנן. דהא גם בגמרא דידן מילתא דרבא באתן לך מחלוקת ג"כ אין נ"מ לרבנן רק לר"מ. וכן לדעת המכשירים קבלה בתרתי לריעותא הא דאמרינן בגמרא בקבלוהו בחד הוא אליבא דר"מ ולא אליבא דחכמים ואף זהו דכוותי' לפרושי מילתא דר"מ. וא"כ אין מדברי ירושלמי ראיה כלל ואין לנו מקום לחלוק בין קבלוהו בב"ד או חוץ לב"ד רק לעולם קודם ג"ד יכול לחזור ולאחר ג"ד אין יכול לחזור והכי נר' וכמעט מוכרח מן סתימ' הפוסקים דלא חילקו כלל:

וכן יש לדקדק להנך דסברי בדור לי בחיי ראשי תמיד כל כמה דלא נשבע לא מיקרי ג"ד ובנשבע ודאי אפילו חוץ לב"ד לא מצי הדר כיון דעשה מעשה וכמ"ש הש"ך גופי' וא"כ קשה מה פריך בגמרא על דור לי בחיי ראשי הא תו ל"ל למ"ד באתן לך מחלוקת הא ענינו של זה לא כשל זה דבנאמן עלי אבא צריך להיות בקבלה בב"ד דוקא משא"כ בדור לי וכו' מהני אפילו קבלה חוץ לב"ד. וכן יש להוכיח מתשובת הרא"ש כלל נ"ו דין א' דפסק אם הבע"ד מכחיש לדיין שלא בררו ישבע ואם מודה שבררו לאחר ג"ד א"י לחזור וכן פסק בש"ע ס"ס זה ואי איירי בקבלוהו בפני ג' איך שייך בי' הכחשה וע"כ דקבליהו בפני חד ומ"מ פסק דאם הודה דא"י לחזור לאחר ג"ד ש"מ דאף בזה לא מהני חזרה.

ודוחק לומר דבאמת קבלוהו בפני ג' ותרי אזלו לעלמא ואינם פה להכחישו דכגון זה ה"ל לרא"ש בתשובה לבאר ולא לסתום בדבר שכל שורש הדין ויסודו תלוי בו והיה מקום לומר דאף הגהה לא אמרו אלא בנאמן עלי אבא לעדות ובזו שפיר יש לחלק דחוץ לב"ד אמירה דלי' לית ביה ממש אבל בקבלם לדון א"כ בקבלה זו הרי נעשי' ב"ד ובפרט שכבר טען לפניהם דהוי קבלה לדעת רשב"א ור"ן ונעשה ב"ד והם שגמרו הדין איך יחזור דהא הוי קבלה בב"ד. איברא בתשובת ריב"ש סימן שי"א בהשלישׁ מעות ביד דיין והוא קרוב והוא פסק הדין כתב הריב"ש חדא דלא הוי קבלה במסירת המעות בתורת שלישות בידו ועוד שאין קבלה בב"ד ולכ"ע אעפ"י דלא בעינן קנין מכל מקום בעינן קבלה בב"ד יפה. וזהו כהגהת הרא"ש. אבל מכל מקום נר' דלא אמרו הריב"ש אלא לסניף בעלמא כדרכו ע"ש. אבל מ"מ רוב הפוסקים שסתמו משמ' דאין חילוק ותמיד קודם ג"ד חוזר ולאחר כך אינו חוזר:

ב **דאיכא תרתי לריעותא כו'** כתב הסמ"ע דאם קבל אחד לדיין במקום שלשה לא הוי תרתי לריעותא וראיה שלו מתשובת הרא"ש כלל נ"ו דין ח' דכתב מי שקיבל עליו דיין ונגמר הדין אין יכולים לחזור בהם אע"פ ששניהם מתרצי' עכ"ל והרי הוי תרתי לריעותא חד במקום שלשה. והש"ך בס"ק ג' דחה ראיה זו דאפשר דמיירי בקנין ומכל מקום קודם גמר דין יכולים לחזור בששניהם מתרצים או דהיה יחיד מומחה והקבלה היה היותו קרוב ואיכא רק חד לריעותא או דהיה באמת אחר עמו והוי רק שנים בתלתא וקבלה בחד ריעותא מהני ע"ש שהאריך ולענ"ד יש לסמ"ע ראיה מתשובת הרא"ש כלל הנ"ל דין א' דפסק דאם היה שמעון מודה שקיבל ליעקב לדיין ביניהם שוב אין שמעון יכול לחזור דקי"ל לאחר ג"ד אפילו באתן לך הלכה כחכמים ואם כופר ישבע שהוא כדבריו ע"כ ואם כן שם ל"ל דהיה בקנין דאם כן מה אריא דא"י לחזור אחר ג"ד הא מקודם נמי והא כאן לא נתרצו שניהם וגם ל"ל דהיה אחר עמו. א"כ איך יכול להכחיש דלא ביררו וישבע איך יכול לישבע להכחיש שנים וגם ל"ל דהיה קרוב ומומחה לרבים דמלבד דהיה דוחק דה"ל להרא"ש להזכירו אף גם הא הרא"ש כתב דשמעון משיב לעולם לא בררנו ליעקב לדיין אם הורה ופסק כאיש לא נדרש ויעקב מודה לדברי ראובן מה זהו דהורה כאיש לא נדרש וכי יכול קרוב לדון בלי קבלה הל"ל דפסקיו אין ממש ופשיטא דיעקב מודה לראובן דאל"כ מהכ"ת לשפוט קרוב ואיך כתב כאיש לא נדרש הא הוא מומחה ויכול לדון בלתי נדרש רק הל"ל הוא קרוב וכל רואה יבחן ויכיר דלא מיירי הנדון ההוא דהיה מומחה לרבים וקרוב וא"כ מוכח בקבלה יחיד לדון לאחר ג"ד א"י לחזור ולא מיקרי תרתי לריעותא ומה שדייק הש"ך מלישנא דטור ורא"ש דכתבו קיבל כשר במקום שנים

ולא כתבו במקום שלשה אין זה דיוק כ"כ דהן מיירי הן שקבלוהו לעד והן שקבלוהו לדיין ובעדים א"צ רק שנים דתרי כמאה ולכך בחרו בלשונם לישנא השייך הן בעדים והן בדיינים ודברי הסמ"ע נכונים בסברא ג"כ וכן יש להוכיח מדברי התו' בסנהדרין דף ה' ד"ה דן כו' דהוכיח דיחיד מומחה דן אדם אפילו בע"כ דאי בקבלוהו מה ארי' מומחה אפי' אינו מומחה נמי וכ"כ הרא"ש וק' דלמא לעולם יחיד מומחה יכול לדון אם מרוצה אבל בכפי' לא רק תרתי לריעותא ליכא כאן כיון דהוא מומחה הוי כמו ג' הדיוט' דלא שייך בי' ריעותא ולכך מהני קבלה אבל בשאר יחיד לא מהני קבלה כמ"ש הש"ך דהוי תרתי לריעותא משא"כ מומחה ראוי לדון רק אינו יכול לכוף ואם קבלוהו עליו אין כאן תרתי לריעותא. ובהכי ניחא הא דהוכיחו תו' דג' הדיוטות יכולין לדון בע"כ כמו יחיד מומחה והקשה המהרש"א ומהר"ם לובלין מפשטא הל"ל דקתני ג' דנין ואי דווקא בקבלהו עליה מה ארי' ג' אפילו בפחות נמי וע"ש בדוחקם ולכאורה לק"מ דוודאי אף דג' א"י לכוף מכל מקום הואיל וראוי' לדון אין כאן ריעותא אם כן בקבל בינייהו קרוב או פסול מהני דליכא תרתי לריעותא וכמ"ש במשנה בהדיא משא"כ בפחות דאינם ראוי' לדון בקבל בינייהו קרוב או פסול לכ"ע פסול ולכך איצטרך למתני ד"מ בשלשה אבל לפי הנ"ל ניחא דא"כ ביחיד מומחה נמי י"ל כן דיחיד מומחה הוי כמו ג' הדיוטות וראוי לדון וליתא בכלל ריעותא ולכך קתני יחיד מומחה דן להורות בקבל קרוב דמהני וקו' מהרש"א ומהר"ם שפיר ומ"מ מוכח דינא הנ"ל מתו' ורא"ש וכן משמע מהא דג' רועי בקר כשרים בקבלה אף דהם כל א' רועה בקר והרי כאן תרתי לריעותא ג' פסולים כל א' רועה בקר אלא דשם פסול חד הוא לא שייך תרתי לריעותא כלל א"כ ה"ה אם קבל א' בג' דיינים וא"ש ומני' דאם קבל ג' קרובים לדון דהוי ג"כ חדא לריעותא כמו בג' רועי בקר דשם פסול חד הוא:

ג **ולעיל סי' י"ב וכו'** דעת הסמ"ע כמ"ש באורים לחלק דאעפ"י דאמרינן לעיל איש פלוני אתה חייב הוי ג"ד מ"מ חייב אתה ליתן אינו גמר דין דהוי כמסתפק אי החיוב ברור ובפרישה מבואר דזהו דעת נ"י ובאמת ז"א להמעיין בנ"י פ' מרובה דלא נחית לחלק רק בין צא תן לו לחייב אתה ליתן לו אבל לחלק בין איש פ' אתה חייב לחייב אתה ליתן לו זהו לא נראה כלל בדברי הנ"י. ואדרבה הוא הקשה מהא דאמרינן חייב אתה ליתן לו לא הוי פס"ד מהא דאמרינן בסנהדרין איש פלוני אתה חייב הוי ג"ד ואסור לבצוע ותי' לחלק בין חזרה לענין היתר לבצוע ולא תי' דיש הבדל בין איש פלוני אתה חייב ובין חייב אתה ליתן לו א"ו דאין חילוק לדעתו כלל. וכ"כ התו' וכמ"ש הש"ך ברם מצאתי בספר אסיפת זקנים לב"מ דהביא בשם תוספת הרא"ש לתרץ הא דאמרינן בסנהדרין

איש פלוני אתה חייב קרוי ג"ד ובב"מ אמרינן דאינו ג"ד דבב"מ איירי חייב אתה ליתן לו וזהו לא הוי ג"ד כמו שכתב הסמ"ע וא"כ מצינו לו להסמ"ע חבר אבל מ"מ יפה דיבר הש"ך דרוב פוסקים ס"ל דאין חילוק. והש"ך העלה לדינא דאפי' איש פלוני אתה חייב לא הוי ג"ד עד שיאמרו צא תן לו. ונשען ברוב על דעת הסמ"ג ועיין מש"ל בסי' י"ב ע"ש דאין כן דעת הסמ"ג כלל. ולכן אין לזוז מפסק הש"ע:

והנה דעת הרמב"ם דאפילו אמרו צא תן לו עדיין יכול לחזור עד שיוציאו ממון בפסקם. והסכים הש"ך לדעת לח"מ דיליף ליה מהך ירושלמי קבל בפני שנים יכול לחזור בו בפני ג' א"י לחזור ופליגי בשנים שמואל ור"י ור"ל דלר"י ור"ל אפילו נו"נ ביד יכול לחזור והיינו בקבל בשנים אבל בג' מודים דאם נו"נ ביד א"י לחזור אבל ודאי מקודם דיכול לחזור אפילו קבל בג' עכ"ל ודבריו דחוקים דכיון דלשמואל ע"כ בקבל בג' אפילו לא נו"נ ביד א"י לחזור דאל"כ מה הבדל יש בין שנים לשלשה וא"כ ר"י ור"ל דנחלקו על שמואל בקבל בפני שנים מהיכי תיתי לומר עוד פלוגתא דפליגי בקבל בפני ג' דסבירא ליה לשמואל דא"צ נו"נ ביד ולר"י ור"ל יהיה צריך נו"נ דוקא זהו פלוגתא חדשה מה שלא נזכר בירושלמי כלל דלא נזכר רק בקבל בפני ב' דשמואל סבירא ליה בנו"נ ביד א"י לחזור ולר"י ור"ל מ"מ יכול לחזור אבל מחלוקת חדש בקבל בפני ג' דלשמואל א"צ נו"נ ביד ולר"י ור"ל צריך זהו לא נראה ונשמע כלל בירושלמי ואם אמרינן נחית חד דרגא אם קיבל בפני ב' לא מהני נו"נ ביד קבל בפני ג' עכ"פ נו"נ ביד מהני. על זה אנו דנין מנלן כן ומי נתן דבר זה כנ"ל לשעורים דלמא בקבל בפני ג' שמואל ור"י ור"ל שפה אחת ודברים אחדים דא"צ נו"נ ביד כלל:

ומה שנ"ל דסבירא ליה להרמב"ם כדעת הרי"ף דבזבל"א וזבל"א דיינים כשרים לדון מ"מ אם לא כתבו שטרי ברורין יכולים לחזור עד לאחר ג"ד. וא"כ קשיא ליה לרמב"ם קושית הרמב"ן בתורה בפ' דברים בפסוק טרחכם דהא קתני נאמן עלי אבא כו' וסתמא דמשנה איירי בלא כתבו שטרי ברורין וא"כ מה אריא נאמן עלי אבא דיכול לחזור קודם ג"ד לו יהיה כשר גם כן יכול לחזור קודם ג"ד וע"ש דמראי' זו הוכיח הרמב"ן דבכשרים אף קודם ג"ד א"י לחזור אמנם לשיטת הרי"ף צ"ל בקבל פסולים ג"ד לאו דוקא רק עד שיהיה נעשה מעשה ע"פ פסקם משא"כ בקבלת כשרים בג"ד לחוד מהני. ודברי הרמב"ם מוכרחים. אך העלה הש"ך דרוב פוסקים חולקים ארמב"ם וצ"ל בישוב קושי' זו דלעיל בסי' י"ג הביא דעת הרי"ף וא"כ מה אריא רועי בקר או נאמן עלי אבא אפי' כשרים נמי דאיירי במקום שאין כותבין ובזה ס"ל לרמ"א לעיל בסי' י"ג אף לשיטת הרי"ף אם טען

א"י לחזור בכשרים משא"כ בפסולים לעולם חוזר עד לאחר ג"ד ועיין לעיל סי' י"ג ס"ב בהגהה ועיין מ"ש שם:

ד **ולענין עדות כו'** הב"ח הביא בשם ראב"ן כפי שנזכר בתשובת מהר"ם דפוס פראג בשמעון שאמר לראובן אשתך תהא נאמנת עלי אם לא פרעתי לה והיא אומרת שלא פרע לה פסק דהוי קודם ג"ד ויכול לחזור. ושפט הב"ח דהך דיעה של ראב"ן חולק אדברי הר"ם במרדכי דפסק כאן דלאחר שהעיד א"י לחזור דהוי כג"ד ואם כן הך דיעה בהגהת רמ"א במחלוקת שנוי' בין הרחב"ן והר"ם ע"ש ולענ"ד נראה דאין כאן מחלוקת ונר' לחלק דהטעם דאחר שהעיד א"י לחזור משום דהואיל והעד א"י לחזור בעדות דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד הוי גמר דין וא"כ בשלמא עד שהעיד לא פרע ואחר כך אפילו אמר נזכרתי שפרע לא מהימן דה"ל כיון שהגיד כו' אבל אשת ראובן כיון דאם ראובן אמר לא פרעתני ואחר כך נזכר ואמר פרעתני פשיטא דנאמן דה"ל בע"ד וכיון דקי"ל לקמן בסי' ק"כ דאם פרע לאשת המלוה דנפטר הלוה א"כ ה"ל בע"ד ואף בה דינא הכי אם אמרה לא פרע לי וחזרה ואמרה פרע לי נאמנת דהיא דינה כמלוה גופי' ופשוט וא"כ דיכולה לחזור מדבריה אף דלא חזרה לא שייך ג"ד דהא בידה לחזור וא"כ שמעון יכול לחזור ולא דמי לעד דעלמא דא"י לחזור בעדותו והוו ג"ד אבל אשה יכולה לחזור כהנ"ל דהיא כבעל דבר תחשב וא"ש דהוי קודם ג"ד ויכול לחזור ולק"מ:

ה **א"י לחזור כו'** בתשובת הרא"ש מסיי' אפי' ששניהם מתרצים והקשה הב"י מי מוחה ע"י ותי' משום כבוד הדיין והסמ"ע פי' דצריך מחילה גמורה. והש"ך פי' במקום שחב לאחרים וכעין זה תי' הבעל משנה למלך וכתב בעצמו שהוא דוחק ואני לא הבנתי מה קשי' ליה דודאי שניהם יכולים להתרצות לילך לדיין אחר אולי טעה אבל מ"מ דיין ראשון מתחילה בדין ישב לדון וא"כ ההודאה בפניו הוי הודאה ולא חשיב הודאה חוץ לב"ד דהא דיין מיקרי ואעפ"י שנתרצו מ"מ לא בטלה למפרע שלא יהיה נקרא דיין והודאה בפניו הוי הודאה ועדות שקבל כו' מקרי קבלה וא"י לחזור בו כיון שהגיד וכו' אבל אם חוזר קודם ג"ד אינו קרוי דיין כלל ועדות שקבל לאו שמי' קבלה ויכולים לחזור וכן הוא יכול לחזור מהודאתו דהוי חוץ לב"ד כמ"ש רשב"א לעיל בתשובה אבל לאחר ג"ד אף דנתרצו שניהם הדין לא בטל ועדות והודאה עדות והודאה מיקרי וזה נכון ותמהני מגדולי חקרי לבב שלא פי' פשוטה כזה:

ו **אבל אם כבר דן כו'** זהו כתב הרב ליישב דהמרדכי כתב דקנין מהני ולקמן בסימן כ"ו פסק הבעל התרומת והטור דקנין לא מהני ולכך נחית הרב לחלק בין קודם שכבר דן ובין לאחר כך. ואין כאן סתירה. והש"ך השיגו דהא המרדכי הביא ראי' מהך עובדא דבא

לפני מהר"ם בא' שאמר נאמן עלי אותו גוי וקנו מידים וכשהרגיש שהיה מטה דבריו ולקח שוחד רצה לחזור בי' ופסק מהר"ם דלא מצי הדר בי' עכ"ל ומזה ראיה לדברי הרי"ף דבקנו מיניה אפי' בתרתי לריעותא לא מצי הדר. עכ"ל והרי הרי"ף מיירי קודם ג"ד וכן מלשון הרגיש משמע דעדיין לא פסק הגוי הדין ובאמת לשון הרגיש אין כאן ראי' אדרבה דוק לאידך גיס' מניין ידע דבריו שבלבו של הגוי אם לא בשמעו הפסק וגם אומר שהרגיש שגוי מטה דין ולא אמר שגוי רוצה להטות דין אלא משמע שעשה פסק בהטיי'. ומ"ש שהמרדכי הביא ראיה מזה לדברי הרי"ף והרי"ף מיירי קודם ג"ד אין כאן קושי' דאם קנין מהני בתרי לריעות' אף קודם ג"ד מהני דאין אחר קנין כלום ואי לא מהני אפילו לאחר ג"ד נמי לא מהני דבזו לא מצינו חילוק בין קודם ג"ד לאחר ג"ד. ולדברי האומרים לא מהני לעולם לא מהני. איברא דהאמת נכון כמ"ש הבדק הבית דהך עובדא היה דהכשירו לגוי להעיד ולא לדון והש"ך השיג עליו דלשון מטה דין לא משמע להעיד ולא ראה רק תשובת מהר"ם במרדכי אבל אילו ראה בתשובת מהר"ם רונטינבורג דפוס קרימצו בכרך קטן סי' רמ"ה שם מבואר להדיא דקבל הגוי לעד ולא לדיין. והביא ג"כ ראיה לדברי הרי"ף ע"ש. לא היה פוצה פה לאלו. ודבריהם אמת בפי רבינו הב"י. אך מ"מ לדינא אעפ"י דאין מדברי מהר"ם ראיה כמ"ש מ"מ אפשר דדעת הרמ"א נכון בסברא דאם כבר פסק הגוי דא"י לחזור. דכל אסורים מבלי לדון לפני גוי הוא שלא לייקר שם ע"ז וא"כ כל האיסור לילך ולדון לפניו ולעשות גוים פלילים אבל אם כבר נעשה איסור ודן לפניו בקיום הפסק של גוי אין כאן איסור דעיקר איסור לעמוד לפניו דהא אפילו דנו כד"ת אסור וא"כ הוא שכבר עשה איסור בשביל זה לא יבטל הקנין במה שכבר עבר איסור ואין בו עכשיו איסור ולא במה דלמפרע עבד איסורא יתבטל הקנין. ואין זה בגדר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני דא"כ הל"ל בגמרא דאיכא בינייהו בין רבא ואביי וצ"ע:

ז **הריני משלם** כתב הסמ"ע הא אמר סתם איני נשבע יכול ליישב דבריו ולומר רצוני להפכה והקשה הב"ח הא אמרינן בגמרא איני נשבע פוטרין אותו אעפ"י דלא הזכיר התשלומין ולכך פסק דלא כמהרי"ך. והש"ך כתב בס"ק טו"ב דאין דבריו מובנים דהא בגמרא איירי בשבועה דאוריית' ואינו בכלל היפוך עכ"ל ומשום הא לא אריא דהא הך נשנה בברייתא אמר איני נשבע פוטרין אותו וא"כ קשה מהך ברייתא למר בר אשי דאמר אף בדאורייתא מהפכין איך קתני בברייתא דפוטרין אותו וא"כ יפה הקשה הב"ח. ומ"מ לדינא נראה כהסמ"ע דכיון דבלא"ה רבו החולקים על רש"י וסבירא להו אף באמר הריני משלם להדיא יש בו מהחזרה כ"ז דלא נשבע וא"כ אף דקי"ל כרש"י מ"מ במקום

דיכול ליישב דבריו ודאי דיכול המוחזק לומר קים לי וא"צ לשלם בלתי שישבע שכנגדו. וכתב הסמ"ע ומהרש"ל והב"ח ומהר"ם דיש לדקדק מטור דאם אמר הריני נשבע ויצא מב"ד שוב א"י להפכה. והש"ך כתב דאין דקדוק שלהם ברור בטור וכן המנהג בקהלות ישראל להפך אחר כך ואמת אתו דכך ראיתי ג"כ מורים בב"ד שבישראל אבל מ"מ אפשר דקדוקם בטור אמת כי הטור כתב זה לשיטת האומרים דאף דמחוסר מעשה מכל מקום מיקרי ג"ד אבל לפי שיטת הש"ע דבעי באמר לי דור לי בחיי ראשך דוקא נשבע וסבירא ליה קודם שנשבע לא מיקרי ג"ד וא"כ אף באמר הריני נשבע הרי תלוי במעשה וכ"ז שלא נשבע עדיין אינו ג"ד ויכול לחזור ואף להפוך יכול וכמ"ש הב"ח להדיא ע"ש ועכ"פ הדין ומנהגן של ב"ד בישראל נכון:

ח **דזה הוי גמר דין** הסמ"ע תמה כמ"ש באורים דה"ל לרמ"א להביא דבכל בבי הנזכרין בסעיף זה בדברי מחבר אם יצא מב"ד דאינו חוזר דהוי ג"ד. ובאמת זה תלוי במ"ש הרא"ש בסנהדרין בהך דנתחייב לו שבועה ואמר לו דור לי בחיי ראשך אי נשבע א"י לחזור דהוי ג"ד אבל קודם שנשבע יכול לחזור וכתב ולפ"ז בהך דב"ב עבדי גנבת כו' צ"ל ונשבע א"י לחזור ולא נשבע. והא דאמר בשבועת הדיינים אי אמר איני נשבע פוטרין אותו פי' ממהרין לפרוע דאע"ג דאמר איני נשבע יכול לחזור בו קודם שפרע ומתוך פי' רש"י דהתם משמע דאחר שיצא מב"ד אין יכול לחזור בו דמה שקבל בפני ב"ד ונפטר מאתם בלי חזרה הוי כג"ד ומסתבר הכי עכ"ל הרא"ש ויש כאן בדברי הרא"ש ב' פירושים אי דלמה דמסיק הרא"ש דהכי מסתבר כרש"י חוזר מכל מה שכתב לעיל ואף בדור לי וכן בהשבע וטול בשיצא מב"ד א"י לחזור אף שלא נשבע והגי' בי"נ נשבע ולא ונשבע וזהו דעת הב"ח ומהר"ם וא"כ הרא"ש סבירא ליה בכל מילי כרש"י ולפי' זה מתישב בטוב מה דהעלה הרא"ש בשבוע' פ' דיינים כרש"י ולא כר"ת וכתב דגרסינן בי"נ נשבע ולא ונשבע וכן משמע ברא"ש בפ' המפקיד ומכח זו תמהו על הב"י דכתב דהרא"ש סבירא ליה כהרמב"ם דהא מסקנת הרא"ש בכל מילי כרש"י והרב הש"ך ביקש ליישב דברי ב"י דהרא"ש גורס ונשבע כגי' הרמב"ם אבל לא סבירא ליה רק כפירש"י ומכל מקום גורס ונשבע דאיירי בעודנו עומד לפני ב"ד ולכך בעינן דוקא דנשבע. ודבריו בלתי מובנים דהא הרא"ש כתב להדיא בפ' הדיינים להיפוך דלפירש"י גורס נשבע דל"ל ונשבע ולא יצא מב"ד ה"ל שם בב"ב לאשמעינן רבותא טפי דביצא מב"ד אפילו קודם שבועה א"י לחזור:

אך זהו לפי מה דמפרשי הם בהרא"ש אבל מה נעשה לשיטת הטור ברמזים שבסנהדרין העתיק ראשון הך דינא דדור לי בחיי ראשך כתב כ"ז שלא נשבע יכול לחזור ולא חילק כלל בין יצא מב"ד ללא יצא מב"ד כלל ואח"כ העתיק דינו דרש"י באמר איני נשבע

רק הריני משלם וחילק בין קודם צאתו מבית דין יכול לחזור ולאחר כך א"י לחזור. ומזה מוכח להדיא דסבירא ליה בהך דדור לי אין חילוק בין יצא מב"ד ללא יצא. ובב"מ ברמזים לא העתיק כלל ובשבועות העתיק רק הך דינא דרש"י באומר איני נשבע ויצא מב"ד דא"י לחזור ולא מידי וכן בב"י הזכיר סתם ואדרבה כפי העתקתו הוא ונשבע. וכן בטור גופי' אחר שהביא דעת רש"י ושהסכים עמו הרא"ש כתב אם נתחייב שבועה והפכה אם נשבע שכנגדו א"י לחזור ואם לאו יכול לחזור ולא תלי' כלל ביציאה מב"ד והיינו הך בעבדי גנבת' בי"נ דאמר השבע וטול דלפי' גי' נשבע א"י לחזור לאחר יציאה מב"ד ונשבע ע"כ וכמ"ש הסמ"ע להדיא דלפירש"י כל הנך בבי דחדא מיניהו הוא הך דהיפוך שבועה ביצא מב"ד א"י לחזור ונשבע בע"כ וא"כ נראה ברור דסבירא ליה לטור בדעת אביו דמה דאמר בב"מ ופ' הדיינים נמשך אחר שיטת התו' והעתיק רק לשונם אבל הך דסנהדרין דידי' הוא שהוא הרא"ש הכריע בסברא כדעת רבים מפרשים וכמ"ש הש"ך בס"ק ח"י בשם רמב"ן וראב"ן לחלק דבכה"ג דמחוסר מעשה דעדיין טעון שבועה יכול לחזור בי' אפילו ביוצא מב"ד ולכך גו' ונשבע וכן בב"ב העתיק ונשבע ועיין במע"מ דכתב דנראה כסותר דבריו לפ' הדיינים אבל הטור סבירא ליה דשם לא העתיק רק דברי התו' אבל דעת עצמו הוא להכריע ועוד היה נראה לומר דלפמ"ש הרא"ש בפ' הדיינים אף לפירש"י הגירסא נשבע א"י לחזור בו ולא ואין יכול לחזור בוי"ו וצ"ל דהוי כאילו נכתב וי"ו ופי' נשבע בע"כ דאינו יכול לחזור בו אבל עדיין יש מקום לפרש נשבע פי' אם כבר נשבע א"י לחזור בו ואם לאו יכול לחזור ואין מוכרח לפרש דנשבע בע"כ רק סובל ב' פירושים משא"כ אם גרסינן ונשבע פי' ודאי דוקא דנשבע כבר אבל אם לא נשבע אינו נשבע בע"כ דישנו בחזרה והנה לכאורה להך גי' ונשבע יש להקשות מה פריך הגמרא מה קמ"ל תנינא נאמן עלי אבא וכו' וקשה דלמא הא קמ"ל דוקא ונשבע אבל קודם שנשבע אפי' שיצא מב"ד דהוי ג"ד חוזר. וצ"ל דזה פשיטא ליה לגמרא דבשבועה לית ג"ד בלא נשבע דמה ג"ד יש במה דהוא פסק אנפשי' בלי חיוב ב"ד כלל ואין כאן צורך כלל להודיענו אך לרש"י דס"ל אפי' בשבועה כשאומר איני נשבע הוי ג"ד וצ"ל דשם לא הוי ג"ד משום דמחוסר מעשה כגון דא צריך להודיע דיש הבדל הזה. וא"כ מה פריך הגמרא ולכך ס"ל להרא"ש דגרס' נשבע וא"כ אף דבאמת יש לחלק בין מחוסר מעשה לאינו מחוסר מעשה מ"מ במילתא דר' אבא אין כאן הכרע כמ"ש די"ל כך או כך וא"כ ל"ל דהא קמ"ל דהא עיקר כוונתו בלתי מבואר. וא"כ ס"ל לרא"ש דהגיר' היא נשבע אבל מ"מ באמת המכוון הוא שאם נשבע הואיל ומחוסר מעשה ולכך העתיק בפ' י"נ ונשבע דבאמת הפי' כך והא לא קשיא מנליה לרא"ש לחלק בין מחוסר מעשה כיון דמהך גי'

דב"ב אין ראיה. דהמעיין בהרא"ש סנהדרין יליף ליה הרא"ש מסברא ולא מכח ראיה. ונראה דנמשך אחרי שיטתו דבתרתי לריעותא בעי קנין אפילו אחר ג"ד והטעם כמ"ש הרמב"ן דגזים וא"כ אף בדור לי בחיי ראשך הוי גוזמא דהא זהו אינו שבועה כלל כמ"ש הנ"י וכ"כ שם הרמב"ן בחיי הקרן דהיינו בחיי ראשך. ומכ"ש גבי עבדי גנבת' בב"ב דהוי גוזמא כמ"ש הרמב"ן ועכצ"ל דוקא נשבע דאז לא שייך גזים כיון דהניחו לישבע (איברא דיש לדקדק מנ"ל לטור בהיפוך שבועה דלמא דוקא בהנך דגזים אבל בהיפוך מה גזים שייך) ויהיה איך שיהיה ברור דעת הטור כי הרא"ש חילק בין מחוסר מעשה לאינו מחוסר מעשה כלל וכן דעת הב"י ולכך יפה כתב כי דעת הרא"ש כרמב"ם דבעינן דוקא ונשבע וכן הבין הרמ"א ולכך לא כתב וי"ח על כל הנך בבי הנזכרים במחבר כי בזו במחוסר מעשה הרא"ש מודה. וכ"נ מדברי הש"ך בכוונת רמ"א. ומיהו לדינא נראה עיקר כמ"ש הב"ח דבקיבל עליו בב"ד ויצא משם הוי גמר דין כמ"ש ממש רוב מחברים והנ"י כתב דכן דעת הרי"ף נשבע וא"י לחזור ואולם מהר"ם לובלין תמה בכל נוסח' הרי"ף הגי' ונשבע. ולא עיין במלחמות ה' כי העיד הרמב"ן כי מתחילה כתב הרי"ף ונשבע כגי' שלפנינו וכך עלתה במחשבה תחילה לפניו אבל אחר כך העיד הרמב"ן כי סרט בידיו הקדושים למוחקו במקום ונשבע נשבע. ולכך כתב הנ"י כי דעת הרי"ף נשבע כי קריצת אצבעתים הטהורים מעשה. וא"כ לא מצינו ממש פוסקים מפורסמים החולקים כי אם הרמב"ם והסמ"ג והם לשיטתם אזלי דסבירא להו בכל פס"ד אין נ"מ בגמר דין וכל כמה דלא עבדי מעשה והוציאו ממון בפסקם יכול לחזור ולשיטתם מכ"ש בשבועה כ"כ דלא נשבע אבל לפי דלא קי"ל כוותם בזה אף בזה יש לומר משיצא מב"ד א"י לחזור ואחרי רבים ברוב פוסקים להטות:

סימן כג

א **בידו פס"ד** עיין אורים מ"ש בשם הש"ך בפס"ד שלא נזכר שם בע"ד כלל רק שדה פלוני שלך והלה טוען שלי היה הפסק ונפל ואתה מצאתו ודפסק הש"ך דאם אין הלה שפס"ד בידו מוחזק בחפץ ההוא שאינו מועיל נאמנות הדיין יותר מע"א. ואני תמה למה לא יזכה זה שהפס"ד בידו דהא נכתב לכ"ע בשעה שלא נסתלקו ואי דחבירו טוען שלי היה וממני נפל הא קי"ל לנפילה לא חיישינן אפילו לנפילה דרבים כמבואר בסוף גט פשוט ובשני יב"ש יש טעם אחר שם דכותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו או כמ"ש הרשב"ם שם פרעתי והחזרתי לך השטר ועיין לקמן סי' מ"ט ע"ש בזה באריכות

אבל לנפילה אפילו נפילה דרבים לא חיישינן ולכך ברור אם הפס"ד בידו דזוכה דבידו מה בעי הא לנפילה לא חיישינן:

ב **בשודא דדיינא** פי' רש"י שדיין ידון לפי שיקול דעתו הנכון עם מי כגון שני שטרו' מתנה יוצאים ביום אחד ידון הדיין למי היה דעת הנותן יותר קרוב' ולזה נתכוון והקשו התו' אם כן איך אמרו בהך ענין דלא מצי למהידר ולדון הא הך אומד הדעת דהיה לו מקודם יהיה לו עוד ולכך פי' הם שהדבר ביד הדיין ליתן למי שירצה בלי אומד דעת הנותן כלל ולכך א"א לחזור ולדון כיון שאינו תלוי בסברא כלל. ומזה הקשה הש"ך על הב"ח וש"ג דפי' דה"ה אם קיבלו אותו שידון לפי סברתו ואומד דעתו דא"י לחזור ולדון דהא הכי כתבו התו' להדיא דכה"ג יכול לחזור ולדון דאין הסברא משתנה עכ"ל ולא הבנתי קושי' דהא לפי' רש"י בשודא עכצ"ל דלא כתו' דאף בהך גוונא הדעת והסברא משתנה ולקמן בסימן ר"מ ס"ג סתם הטור והש"ע כדעת רש"י ועיין מ"ש לשם וא"כ דינו של הש"ג והב"ח אמת ויציב דמ"ש הך משודא:

ג **ובלבד שלא יסתור טענות הראשונות** וכתב הש"ך בס"ק ה' דאפילו בע"ד עדיין לא נסתלקו אם הם מכחישים לדיין לומר לא כך טענו אינו נאמן הדיין לומר כך טענו עכ"ל ולא נראה כן מדברי הריטב"א דהקשה למה משני הגמרא בשודא דדייני ולא תי' דמיירי דמכחישים הטענות ומשני דמסתמא איירי ביש כאן שטרי טענות' ע"ש ולפי הש"ך א"א לאוקמי בהכי דא"כ איך קתני בזמן שהבע"ד עומדים לפניו הדיין נאמן לזה זכיתי הא במכחישים הטענות אינו נאמן ואיך קתני לחלק בין עומדים לפניו לאינם עומדים אלא ברור בעומדים לפניו יש לדיין כל נאמנות הן בענין טענות והן בפס"ד שלו ודלא כש"ך:

ד **אבל שנים נאמנים ואפילו במקום דליכא שודא א"י לטעון להדר ולחזור ולדין דכיון דשנים נאמנים דכך דנו** כ"כ מהר"י בן לב והש"ך פקפק ע"ז בס"ק ח' דכל מה דאפשר לברורי ל"ל נאמנות דידהו וכפי מ"ש הש"ך בס"ק ז' הגי' שראה בראב"י דלכך כותבי' פס"ד בשנים שדנו אף דנאמנים הואיל באחד שדן צריך פס"ד. מוכח כהריב"ן לב דאל"כ הל"ל בקיצור דרוב משפטים ודברי ריבות אינם דברים התלוים בשודא וא"כ לולי הפס"ד יהיה צריך לחזור ולדון ויהיה אין קץ למשפטם. ולכך צריכים לכתוב וכן משמע בתשובת הרא"ש כלל ו' סי' ט"ו דבנדון שלו לא היה משפט התלוי בשודא ומ"מ פסק הרא"ש דשנים נאמנים לעולם כך פסקנו ולא הצריך הרא"ש לחזור ולדון אלא ברור כיון דשנים נאמנים דבר תורה א"צ לדון עוד דל"ל הטרחא דמה בירור יהיה עכשו כשיחזרו וידון מן מקודם הלא תרי כמאה. משא"כ ביחיד שדן דנאמנותי דילי' לא ד"ת רק מתקנה הואיל וקבלהו עליו בזו אמרינן הואיל ואפשר להתברר שיחזור וידון ל"ל נאמנות דילי' ופשוט:

סימן כד

א **אין נזקקין כו'** הרמב"ם השמיט הך דינא דנזקקין לתובע תחילה והגאון מהור"ר בועז ז"ל בקבעו לש"ס עין משפט תמה בגליון הש"ס על השמטה זו. והש"ס שנדפס מחדש באמשטרדם ופ"פ דמיין נדפס בעין משפט כי הרמב"ם מפרשו כפי י"מ של התו' דפי' נזקקין לתובע תחילה בחבלות והביאו הרמב"ם בהל' חבלות ובאמתלא דק המגיה ההוא כי הרמב"ם לא העתיק בהל' חובל ומזיק רק דאין נותנים זמן לחבלות והוא האמור בגמרא בפ' החובל להדיא אבל אם תבעו הנחבל והחובל טוען יש לי עדים שיש לי כנגדו בידך דהוא הפי' של נזקקין לתובע תחילה זהו לא נזכר ברמב"ם כלל ועוד אם כן ה"ל להביא בהעתיקו אין נותנים זמן לחבלות דבזילי נכסי נותנים דהא נהרדעי אמרו בזילי נכסי נזקקין. ויפה תמה הגאון מהור"ר בועז הנ"ל ורבים אומרים דהא מתחילה ביקש הגמרא לפרש קרא דמי בעל דברים להממע"ה ופריך הגמרא פשיטא ומשני אלא דנזקקין לתובע תחילה. ויש להבין מה פריך פשיטא דלמא קרא איירי בהך גוונא דהספק לב"ד בלא טענתם ואם כן הא איכא סומכוס דסבירא ליה דלא הממע"ה רק יחלוקו ואיצטריך קרא דמ"מ אמרינן הממע"ה וצ"ל דקושית הגמרא באמת קאי לסומכוס בממ"נ אי בספק כי האי הא באמת ל"א הממע"ה רק יחלוקו ואי בספק שאינו לב"ד פשיטא וע"ז הוצרך הגמרא לשנות דקאי לנזקקין לתובע כו' אבל לדידן דקי"ל כרבנן י"ל דפסוק מי בעל דברים כו' אתיא על הך ספק הנראה לב"ד דמ"מ אמרינן הממע"ה דלא כסומכוס ואין כאן ראיה כלל על הך דנזקקין לתובע כו' ולכך כיון דקי"ל כחכמים דפליגי אסומכוס השמיטו הרמב"ם. ודברים כאלה המה רק פלפולא בעלמא דא"כ כל מימרא דר"נ ורבה בר אבוה ונהרדעי יהיה הכל שלא אליבא דהלכתא וכאפס ואין ואדרבה אם כל הני אמוראים אמרו למילתיי' בסתם והוא אליבא דסומכוס ה"ל לקבוע הלכה כסומכוס כסוגי' בכל הש"ס וגם בסנהדרין דף ל"ה ילפינן הך דנזקקין לתובע מפסוק אשרו חמוץ כמ"ש רש"י ותו' שם ואם כן הך קרא אין לו ענין למחלוקת סומכוס ורבנן. ומה שנראה דיש להבין ל"ל קרא דאשרו חמוץ כו' כיון דנלמוד מקרא דאורייי' מי בע"ד יגש כו' ותרתי ל"ל. וצריך לומר דהא דאמרי נהרדעי דאי זילי נכסי נזקקין לנתבע ודאי דלא עינו מלבם כיון דהך נזקקין לתובע ילפינן מקרא מנ"ל לחלוק בסברא אשר אין זכר לסברא זו בקרא. אלא דהם ילפי מהך קרא אשרו חמוץ והך קרא להך אתא דדוקא דליכא פסידא לנתבע ואם כן הוא אינו חמוץ ואז אין לאשר אותו כי אם לתובע אבל במקום פסידא הוא הנתבע חמוץ דמגיע לו היזק ואף אותו יש לאשר ולחזק כושל ואף לנתבע נזקקין כמילתא דנהרדעי וילפי ליה מהך קראי וא"ש. ולפ"ז י"ל דסבירא ליה לרמב"ם דכל הני אמוראים אמרו

לדבריהם למסבר קרא. אבל לדידן לא קאי ולא נ"מ לדינא דהא לפי דברי נהרדעי בכ"מ דיש פסידא נזקקין לנתבע ג"כ דהוא חמוץ ג"כ. ואם כן אם התובע תבעו והנתבע טוען יש לי כנגדו בידו והדבר ניכר לב"ד דלאו לדחותו קמכוון ונכרים הדברים שאמת בפיו כמ"ש התו' להדיא ומכ"ש לשיטת המרדכי בריש ב"מ דמיירי דהודה התובע לנתבע בזה רק אין שומת' ידוע מתביעתו ע"ש איך יהיה הב"ד נזקקין לתובע להוציא מידו של נתבע קרקע או מטלטלין לפרעון אולי ימכרם או יתנם הוא התובע לאחר ואם אחר כך יבא הנתבע בתביעתו לא ימצא מקום לגבות כי קרקע או מטלטלין שלו נמכר ותביעתו מלוה ע"פ ואינו גובה ממשעבדי מה שאין כן אילו היה הב"ד מתון מבלי לגבות מהלוה עד שיברר בעדים איך ומה וכמה חייב לו היה מנכה תביעתו מן מה שבידו ליתנם להתובע ואם כי התובע אמוד ומוחזק לעשיר הלא אין אדם יודע מטמוניות של חבירו עד שלקמן בסי' ל"ז אמרינן שא"י להעיד מפני שמעמידו לפני בע"ח אעפ"י שהוא מוחזק לעשיר גבר עתיר נכסי מכל מקום אמרינן אולי רבו נושיו ואין ידוע לב"ד ועיין לקמן סי' ל"ז כמה חששות חששו גבי עדות וחששו שבשביל זה יעיד ח"ו עדות שקר מכ"ש דיש לחוש בכה"ג לפסידא דנתבע ואם חששו לזילי נכסי שהוא הפסד מועט מכ"ש לזה שיכול להיות שיפסיד הנתבע כל תביעתו. ולכן סבירא ליה לרמב"ם דר"נ לא אתא אלא לפרושי קרא מי בעל דברים דאתא לנזקקין לתובע תחילה ודבר תורה שעבוד' אפילו למלוה ע"פ דאורייי' הן קרקעו' והן מטלטלין כמ"ש הרשב"א בחדושיו בסוף קדושין ע"ש וכן הרמב"ן סוף ב"ב ואם כן אין כאן מקום פסידא דאף דימכור התובע אם אחר כך יביא הנתבע בירור שלו ולא ימצא אצל התובע יגבה מן לקוחות שקנאו חפצים שלו והרי הוא מוקדם לקונס ואין כאן פסידא כלל ולכך כתיב מי בעל דברים. וכן נהרדעי דביקשו לייישב קרא דאשרו חמוץ וכו' כנ"ל לא מצי לפרש בפסידא כה"ג דהא מדין תורה אין זה פסידא ולכך מפרשים ליה על זילי נכסי וזהו הכל למסבר קראי אבל עכשיו דקי"ל מלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי ומטלטלין לא משתעבדי כלל אפילו מיתמי אם כן בכ"מ יש פסידא לנתבע כמ"ש דאיך נוציא קרקע אולי ימכרן והוא באמת גברא דלית ליה ויפסיד הנתבע תביעתו ומכ"ש להגבות מטלטלין דאולי ימות ולא יניח קרקעות ומטלטלין אלו אין ביד הנתבע לגבות דלא משתעבדי הואיל והם של יתומים. ואם כן נפל הך דינא דנזקקין לתובע כו' בבירא דבכ"מ יש חשש הפסד ונותנים זמן להנתבע להביא ראיה כפי הנראה לב"ד ולכך השמיטו הרמב"ם. ועכ"פ נלמד מזה דודאי אם אין התובע מוחזק לאמוד ועשיר דלכ"ע אין נזקקין דהא זה פסידא יותר מזילי נכסי כמ"ש דאולי ימכרן וכו' כהנ"ל:

ב **משלי כ"כ.** הסמ"ע הביא בשם ד"מ שהביא בשם מרדכי דאם הנתבע טוען היה לי משכון בידך ונפחת והתובע מודה בפחת רק נחלקו כמה נפחת אפ"ה דינא דנזקקין לתובע תחילה ואמת שכ"כ המרדכי ריש ב"מ דהכי דייק ליה מפירש"י על נזקקין לתובע תחילה. ובאמת ברש"י בב"ק לא נזכר רק שהנתבע טוען שנפחת המשכון אצלו אבל לא כתב שהתובע מודה בעצם הפחת. וצ"ל דדייק ליה המרדכי מכח קושיא דאם אין התובע מודה עד זמן ל' יום פשיטא דנותנים לעולם ויותר מל' יום מהיכי תיתי ליתן ואפילו בזילי נכסי אין ליתן דאם כן אין לדבר סוף ולכך פירש הוא דמלוה מודה רק שהמה מחולקים בשיעור הפחת. אך באמת נראה דמרדכי פי' זה משום דאזיל לשיטתו דסבירא ליה אם תבעו חפץ או מנה ואין לו עדים רק חבירו מודה ואומר יש לי כנגדו תביעות אחרות צריך לשלם זה שמודה ועל תביעות אחרות יתבענו בב"ד ומביא ראי' בשם ירושלמי דתבעו קיתונא והוא הודה ליה רק אמר דיש לו דינר לתבוע בו ופסק ר"מ הואיל והודה בקיתונא יתן ליה ועל הדינר יתבענו. ולכך פי' ברש"י דפחת ענין נפרד הוא מתביעתו שחייב לו מנה ולכך נזקקין תחילה לשלם לו המנה ועל הפחת ידונו אבל לפי דעת רוב פוסקים החולקים בזה אמרדכי וסבירא להו כרבינו יואל שכתב שם המרדכי דיש לו מגו ויכול להחזיק והך דירושלמי איירי ביש לו עדים על הקיתונא באופן דל"ל מגו וכמ"ש הגה"ת מרדכי וכמ"ש הסמ"ע גופי' בס"ק ב' וכ"כ באורים אם כן אף הך דינא ליתא דאם מודה בפחת אם כן מודה דחייב כנגדו לנתבע למה ישלם יבררו טענתו. והמעיין במרדכי יראה דחד דינא מישך שייכי בדחבריה ואם הא ליתא הא נמי ליתא. ולכן התו' ורשב"א והרא"ש דהקשו על רש"י קשיא זו מהכ"ת ליתן זמן יותר ואין לדבר סוף ותי' דהב"ד יודעים דהיו עדים במעמד ההוא וכמ"ש הרמ"א ולא תי' דמודה המלוה בפחת כמ"ש המרדכי א"ו דלא סבירא ליה תי' של מרדכי כלל ולכך הוצרכו לכנוס בדוחק והיינו כמ"ש דאזלו לשיטתן דדין הראשון של מרדכי ג"כ לא סבירא ליה רק כרבינו יואל במקום דיש לו מגו יכול לתפוס מטענה לטענה ואם כן אף זהו כיוצא בו כיון דמודה בפחת מה בכך דהוי טענה אחרת סוף כל סוף הרי צריך בירור כמה נתבע חייב כיון דמודה בפחת וכמ"ש כי המרדכי גופי' תלה הדינים זה בזה ע"ש ויפה עשה הרמ"א שהשמיט דין זה בהגהה אף דהביאו בשם מרדכי בד"מ והסמ"ע לרב עיונו לא עיין בזה כל הצורך:

ג **צריך לשלם מיד כו'** הקשה הב"ח דמשמע כאן אף דידוע דיש עדים בדבר ואינם פה ולא זילי נכסי אין נותנים לו זמן יותר מל' יום שהוא זמן הקבוע בלא"ה ואילו לעיל סי' ט"ז ס"א פסק המחבר והוא מתשובת הרא"ש כשיודעים שהיו עדים בדבר והרחיקו נדוד

דנותנים לו זמן הנראה לב"ד. ונאמר סתם מבלי הבדל אם זילי נכסי או לא. ותי' מהרש"ל דאם אומר על אותו תביעה ד"מ תבעו בק' והוא אומר פרעתיך בפני עדים והם הרחיקו נדוד אז נותנים לו זמן כפי הנראה לב"ד מה שאין כן במודה לו בק' רק טוען יש לי עדים שחייב אתה לי ממקום אחר בזו אין נותנים זמן עכ"ל וצ"ל טעם לדבריו דבאומר פרעתי לך מנה דתביעה אם כן לדבריו אין שם תובע עליו ולא שייך נזקקין לתובע תחילה מה שאין כן במודה בהך תביעה רק יש לו תביעה אחרת אם כן מכל מקום על הך תביעה שם תובע עליו והרי זה בכלל נזקקין לתובע תחילה ודוחק. והב"ח תי' לחלק בין תביעה בשטר לבע"פ. והסמ"ע רמז בזה על הפרישה ואיננו כי חסר בדפוס. ואולי יש לחלק דבסתם דאין העדים פה אבל לא יודעין אם הרחיקו נדוד או לא אמרינן מסתמא יכולים לבוא תוך ל' יום ואין קובעים זמן יותר אבל כשידוע שהם בארץ רחוקה שא"א לבוא תוך ל' יום פשיטא דנותנים זמן יותר דל' יום מה עבידתא הא ידוע לנו דא"א לבוא תוך הזמן ל' יום. או יש לחלק דלעיל סי' ט"ז איירי בתובע דהנתבע דוחק על הב"ד שיגמרו דינו כי זילי נכסי והתובע אמר שהעדים במרחקים והב"ד יודעים מזה נותנים לו זמן כפי ראות עיניהם דיד התובע על עליונה בזה דנזקקין לתובע תחילה אבל אם הנתבע מבקש זמן אין נותנים לו זמן רק ל' יום דנזקקין לתובע ולא לנתבע:

כה בסימן הזה הרב הש"ך האריך בעוצם פלפול עמוק כדרכו לברר ולפרוק ולקרב ולרחק בזרוע עיונו בין דעת הפוסקים הראשונים והאחרונים ולהכריע ככהן שדעתו יפה ושפתי כהן ישמרו דעת ומי כמוהו מורה ובזמני חיבר שארי הגאון מהורר חיים יונה תאומים ז"ל קונטרס אחד על סימן זה והשיג בכמה דברים על הש"ך ואמת שבכמה דברים היטב אשר דיבר ואם כי הגאון אלוף נעורי המנוח מוהר"ר מאיר ז"ל בספרו ובחדושיו על בבא קמא ירד להציל וחשב לעשות לש"ך מסגרת מ"מ מעט אשר הציל. אלא להיות שהיה אב בחכמה ורך בשנים והרחיב פיו בלשון מדברת גדולות על רבינו הש"ך ולא חס על כבודו אשר באורו נראה אור לכל בני הגולה ומטובו חיינו. וכמו כן שם ידו להכריע בין הרים הגדולים רבותינו הקדמונים והרחיב פיו על הרי"ף ורמב"ן והרא"ש שמועה זו נאה וזו אינו נאה ולא בעוצם הראיה כי אם בסברות דקות וברוב פעמים אשר חשב לתשובה נוצחת היא נדחת במזרה ורחת וכאבק פורחת ובפרט שבדד ישב ולא העמיק הענין בדיבוק חברים ופלפול תלמידים כי אם ענה מלבו לבד והיה לו ללמוד מסימן הזה אשר עמקו בו שאמרו יחיד מומחה שטעה חייב לשלם כי הוא גרם לנפשו שלא היה לו לדון יחידי כי שכיחי הטעות באחד ומזה היה לו ללמוד שאין ליחיד להכריע בין פוסקים קדמונים כי אם בדיבוק ועד חכמים:

ובאמת החרשתי כי היה חכם גדול והלך למנוחתו מנוחתו כבוד רק שלא ילמדו ממנו אחרים לעשות במתכנתו ורע עלי המעשה ואין פתח זה פתוח לחכמי זמננו להכריע כי בעוה"ר משך עלינו חשכת השכל והטעות ומי לנו גדול מרבינו מהר"י קארו ז"ל אשר ממש מיום רבה ור' יוסף לא קם כיוסף הזה סיני ועוקר הרים זקן ויושב בישיבה ומכל מקום אמר בהקדמתו כי אין בידו להכריע בכח הראיה בין הפוסקים רק אחרי רבים בבנין ובמנין להטות וכך יפה לנו וגלל כן אף אני אשים לפי מחסום מבלי להאריך בסימן הזה בענין דיעות הפוסקים ז"ל רק אבא בקצרה מה שנוגע לדינא הנזכר במחבר והגהה ומה שנ"ל ליישב בקושיא שיש על הקדמונים ולמסבר טעמם ותו לא מידי כי מכיר אני מך ערכי וחלילה לי להכריע ולדחות שום דעת קדמון בקושיא ופירוקא רק בדרך שאלה וספק וה' יאזרני חיל למען כבוד שמו הגדול. והנה הרב הש"ך העתיק מתחלה דברי סוגית הגמרא ריש פרק אחד ד"מ ואני רואה כי עם כל זה מי שאינו מעיין בתוספות הרי"ף הרמב"ן והרז"ה והרא"ש לא ירד לסוף דעת הש"ך וסייעתו ואם כן העתקת דברי הגמרא ללא צורך וכל מעיין יעיין במקומו הגמרא ופוסקים השייכים לזה ואחר כך לו משפט הקריאה והעיון:

סימן כה

א **כל דיין שדן וכו'** עיין מ"ש באורים דעת הרי"ף והרז"ה והכרעת הש"ך ונראה אפילו למ"ש הרז"ה ואם כפאו לבע"ד ובע"כ נו"נ בשלו דחייב מתורת גזלן אין הפירוש דהדיין נו"נ ביד רק דע"י כפיה הוצרך הבע"ד שלא ברצונו לישא וליתן ביד הרי זה גזלן דסוף כל סוף היה אנוס ע"פ דיבור הדיין ומה ה"ל למיעבד. ובהכי ניחא במה דכתב לבסוף דבכל הני אין חילוק בין נו"נ ביד ללא נו"נ ולכאורה הא יש הבדל גדול דבזה חייב הדיין ההדיוט לשלם ובזה לא חייב לשלם א"ו דבכפי' א"צ לנו"נ של דיין ובלי כפי' אפילו נו"נ ביד פטור ולכך אין הבדל ופשוט ונכון מבלי להרבות במחלוקת והרב מהר"י כתב דהרז"ה במ"ש נו"נ ביד לאו דווקא ואורחא דמלתא נקט ואינו כי הפי' כמ"ש דהבע"ד נו"נ ביד מחמת כפי' הדיין:

ב **בדברי הפוסקים** עיין מ"ש באורים כי הש"ך נחלק על הנ"י דכתב במה דסלקא בתיקו אי פסק הדיין להוציא מיד מוחזק ה"ל טועה בד"מ וכתב הש"ך לשיטתו הולך דס"ל תפיסה לא מהני בתיקו אבל הפוסקים דס"ל דאף ביה מהני תפיסה אי פסק הדיין להוציא לא הוי טועה וראייתו מהך דאמרינן דעביד כר"א עביד ולכך אמרינן אי תפס לא מפקינן מיניה ועיין לקמן בסימן ק"ח ואם כן אף בזו דמהני תפיסה אף דעבד להוציא

עביד וראייה זו אין לו שרש דלהיפוך אמרינן הואיל ועביד כר"א עביד אף בתופס לא מוציאין מידו דקיי"ל עביד אינש דינא לנפשיה כמ"ש הבעה"ת (ועיין מש"ל בקונטרס התפיסות) אבל לומר הואיל ותפס לא מפקינן דאין להוציא ממון מיד מוחזק בספק לא יהיה הדיין דפוסק במלתא דספיקא להוציא מיד מוחזק טועה בד"מ דזהו כלל גדול בדין הממע"ה זו לא שמענו והיש טעות גדול מזה ומה שאמרו שם דעביד כר"א עביד היינו משום דהא לדינא כיון דקיי"ל כר' אבא דמתוך שאיל"מ ליתא לרב ושמואל דס"ל אין אדם מורישׁ שבועה לבניו כמ"ש התו' והרא"ש רק הואיל ונפק מפומי' דרב ושמואל ראוי לפסוק כוותי' ולכך אמרו הבו דלא לוסיף עליו ואם כן מאן דהורה כר"א כהלכה הורה פשיטא דאין דינו חוזר מה שאין כן כאן והש"ך הביא ראייה מתו' בב"ב דף ס"ב ד"ה איתמר וכו' דכתבו היכי דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וס"ל לדיין כחד מנייהו ועבד מאי דעבד עבד וכו' ע"ש ולענ"ד משם ראייה להיפוך דהתו' דייקו וס"ל לדיין כחד מנייהו ועבד כו' הרי דווקא דהדיין מכריע בשכלו ודעתו נוטה לחד מנייהו ולכך מה דעבד עבד כי מי ימחה בידו כיון דלבבו נוטה להכריע כחד אבל אי אין הדיין בגדר הכרעה דנימא דס"ל כהך ועבד כחד להוציא מיד מוחזק פשיטא דהוי טעות ולכך דייקו התו' וס"ל כחד מנייהו ולא כתבו סתם דעבד הדיין כחד מנייהו ולפיזה בתיקו בש"ס מי הוא זה אשר יאמר זך לקחי וכביר מצאה ידי להכריע במה דעלה בתיקו והאומר זה הרי זה שוטה וגס רוח ואם כן דאצלו גם כן ספק ומכל מקום הורה להוציא ממון מיד מוחזק הרי זה טעות מוחלט וטועה בדבר פשוט. וכן יש לדקדק עוד מדברי תו' דלא יקשו דיוקיה אהדדי דהתו' כתבו מתחלה היכי דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וס"ל לדיין כחד מנייהו ועבד מה דעבד עבד משמע דלכתחלה אף זה דס"ל בדעתו כחד מכל מקום אין לו להוציא ממון מיד מוחזק ולסמוך אסברתו ושכלו דאל"כ מה אריא מה דעבד עביד הלא לכתחלה יש לו לעשות כן והל"ל דיש לו לעשות כן אלא ברור דווקא בדיעבד יש לקיים פסק שלו אבל לא לכתחלה יעשה כן וכ"נ מתו' ב"ב דף ל"ב ד"ה והלכתא דמשמע דווקא דעבד וקשה א"כ איך סיימו התו' ואי מספקא ליה לדיין הממע"ה וקשה מה אריא דמספקא אפילו דס"ל כחידך הלא אין לו לכתחילה להורות להוציא מיד מוחזק ומה אריא דמספקא ליה ועל כרחך צ"ל דגם זה מירי מן דעבד דאי מספקא ליה ולא ס"ל להכריע כחד אף בדיעבד אמרינן הממע"ה ואי הוא עביד כאידך הוי טועה דכלל גדול הממע"ה ומהדרינן עובדא וזהו ברור בכוונת התו' ועל כן בתיקו דש"ס ודאי דמספקא ליה ואם כן מהדרינן עובדא דהמוציא מחבירו עליו הראייה ואפילו נימא דלא כנ"י היינו דטעה בד"מ לא הוי הואיל דאין הטעות מבורר דהדבר בספק אבל

בש"ה וודאי הוי דסוגי' דעלמא הספיקא דדינא הממע"ה ובמחילה רב מכבוד הש"ך שהפריז על המדה לומר אפילו טועה בש"ה לא הוי אך כל זה אם עדיין לא התפיס הדיין ביד בע"ד אבל אם התפיס אין להוציא מיד המוחזק למ"ד דמהני תפיסה בספיקא דתיקו ומכ"ש בזו שהי' ע"י ב"ד והבע"ד תובע לדיין וצריך לשלם מביתו לשיטת התו' ועיין מש"ל בזה:

ג **אע"פ שגרם להזיק לא נתכוין להזיק** פי' הסמ"ע וכן הב"ח דאפילו נו"נ ביד הואיל וטעה בד"מ פטור לשיטת הרי"ף ז"ל וכן הרמב"ם דהלך בשיטתו אבל הש"ך האריך בס"ק ד' להכריע כדעת הב"י דבנו"נ ביד לכ"ע אפילו טועה בד"מ חייב לשלם ולענ"ד אין הכרעתו מכרעת דמ"ש להביא ראייה ועזר מדברי תו' ומרדכי דכתבו להדיא דנו"נ ביד חייב אפילו טועה בד"מ אין כאן עזר וסמך דלשיטתם דלר"מ דס"ל דינא דגרמי אפילו הדר דינא מכל מקום חייב אם כן מיניה לרבנן בנו"נ ביד דהא קעביד מעשה ולא גרמי ומה דחייב לר"מ בגרמי וודאי דחייב לרבנן בקעביד מעשה בפועל משא"כ לשיטת הרי"ף וסייעתו דס"ל אפילו לר"מ דדאין בעלמא דינא דגרמי כאן אפילו טועה בד"מ מכל מקום פטור והטעם דאין כאן כוונה להזיק ומיאנס אנס אם כן י"ל אף בנו"נ ביד פטור דמ"ש הא לר"מ דדן ד"ג גרמי ועשה מעשה חד דינא איתי ליה ואם פטור בזו מכח אנוס אף בזו פטור דמ"ש איברא ברמב"ן במלחמות ה' פרק אד"מ מבואר כן דלהרי"ף בנו"נ ביד בטועה בד"מ חייב. אך הרב הש"ך ראה ראיה אחת ולא שתים כי לעומת זה הרשב"א בחדושיו לחולין פרק אלו טרפות גבי זיל אימא לי' לשלם דמי תורא למריה כתב להדיא לשיטת הרי"ף אפילו נו"נ ביד אי טעה בד"מ פטור ואם כן נפל הדבר הזה ברברבותא כי מי יכריע בין הרים גדולים כאלה הרמב"ן והרשב"א ז"ל. אמנם מכל מקום לפי הנראה נוטים הדברים בהרי"ף כהרשב"א כי אני מתגולל בעפר מתחבט ודן לפני רבינו הגדול הרמב"ן ז"ל דהוא בעצמו כתב במלחמותיו דהך מלתא דאמר ר"א אמר רב בבכורות ובב"ק על הך משנה טיהר את הטמא וכו' בשנו"נ ביד אין ענין להך תי' דרב חסדא דמשני בנו"נ ביד דאילו מישך שייכי בהדדי ה"ל לומר על תי' דר"ח וכן אר"א א"ר כדרך הש"ס בכל דוכתי אלא דר"א א"ר אמר למילתיה על משלם מביתו דלא תידוק מיניה ר"מ היא דס"ל ד"ג ור"ח אמר למלתיה על מה דקתני מה שעשה עשוי ולא מהדרינן עובדא כדתנן בפד"מ מחזירין וכו' ואמר דמיירי בנו"נ ביד ואז לא מהדרינן עובדא ע"ש שהאריך (וצ"ל לדבריו אם כן היכי מייתי הרי"ף ראיה דהלכה כר"ח הואיל ר"א אמר רב ס"ל כוותיה בנו"נ ביד הא לשיטת הרמב"ן אין זה ענין כלל להך דר"ח די"ל לענין תשלומין כ"ע מודים כרב דאי לא נו"נ ביד פטור אבל מכל מקום בטעה בשיקול הדעת אפי' לא נו"נ ביד לא

מהדרינן עובדא אם אפשר בחזרה כדעת אידך אמוראי' ומה ראייה יש ממלתא דרב ועיין בעיטור דכתב גם כן כמ"ש וצריך לומר כוונתו של הרי"ף דבלי ראיה נראה הלכה כר"ח דדוחק לאוקמי המשנה דד"מ מחזירין כהך גוונא דאוקמו שאר אמוראי רק כל הדוחק שלחץ אותנו לדחות דברי ר"ח מהלכה משום דסתמא קתני במשנה טימא את הטהור וכו' ונפרש בי' דאיירי בנו"נ ביד הא סתמא קתני ולזה כתב הרי"ף דאף דנדחים דברי ר"ח מכל מקום לא נמלטנו מדוחק הזה במשנה דהא סיים וישלם מביתו וזה ע"כ איירי בנו"נ ביד כמימרא דרב דאל"כ אין כאן אפילו גרמי ואם כן על כרחך צריך לומר דמשנה אייריי בכה"ג אם כן אין כאן דוחק לפרש כר"ח. ועוד להיפוך דלרב דורק דאיך קתני סתמא במשנה משלם מביתו ואייריי דוקא בנו"נ ביד איך נתן רבי מסדר משנה מקום לטעות דאולי נימא סתמא בכ"מ ישלם מביתו אמנם לתי' דר"ח בלא"ה מוכח דמשנה אייריי בנו"נ ביד דאל"כ לא קם דינא ובהא ליכא לטעות דסמיך אהך משנה דסנהדרין דקתני מחזירין וש"מ לחלק בין נו"נ ביד ללא נו"נ ביד ואם כן אף סיפא משלם מביתו אייריי בכה"ג משא"כ לולי תי' ר"ח לא ה"ל למסתם בסיפא דאין כאן שום הוכחה ממשנה אחרת דנימא דווקא בנו"נ ביד ונימא דסמיך עלי' וא"ש) ולפ"ז יקשה לכאורה הא דפריך הגמרא לרב ששת דס"ל טועה בד"מ לעולם חוזר מהך הלכה חמורך טרפון כו' בממ"נ לימא איהו לנפשיה אי לא נו"נ ביד למה ס"ד לר"ט לשלם דמי פרה הא אפילו לר"מ פטור לשיטת הרי"ף וזהו אין ענין כלל להך מלתא דר"ש ור' חסדא כמ"ש הרמב"ן ואי דנו"נ ביד היה כמימרא דרב דבהו חייב לשלם אם כן אף לר"ש דס"ל הדר דינא בטועה בד"מ מכל מקום בנו"נ ביד חייב לשלם לשיטת הרי"ף ואין כאן מקום קושיא לכאורה וצ"ל לדבריו כמו שנראה באמת מדברי הרמב"ן דכי אמרינן אף לר"מ לא הוי ד"ג ופטור בשלא נו"נ ביד היינו לפי המסקנא להרי"ף דפסק כר"ח ואם כן הן טועה בד"מ והן טועה בש"ה לעולם כ"כ דלא נו"נ ביד הדר דינא ולכך אף לר"מ לא מיקרי גרמי כיון דהדר דינא ובנו"נ ביד אף לרבנן בשיקול הדעת חייב ואם כן למסקנא אין נ"מ לדינא בין ר"מ לרבנן בזה. אבל לס"ד ולאידך אמוראי דס"ל טעה בש"ה אפילו לא נו"נ ביד קם דינא לר"מ דדאין ד"ג חייב לשלם וקושית הגמרא שם לס"ד דלא ידע דר"ח ש"מ ר"מ היא ומישב רב אליבא דרבנן בשנו"נ ביד ואם כן שפיר פריך לס"ד לר' ששת מהך עובדא דהאכיל ר"ט לכלבים כנ"ל דבס"ד לא ס"ל דמיירי בנו"נ ביד רק ר"מ הוא ומכל מקום חייב לשלם דכיון דקם דינא ולכך פריך לר"ש דס"ל הדר דינא. והא דטרח הרמב"ן ליישב קושית ר"ה גאון והרז"ה להרי"ף דמדפרכינן בב"ק ובבכורות ש"מ ר"מ היא ומשני רב בנו"נ ביד ש"מ לד"מ אפי' לא נו"נ ביד חייב לשלם והאריך הרמב"ן בישובו ע"ש ולא תי' בפשוט דע"כ

הסוגיא שם לא אזיל לרב חסדא דלר"ח מה קושיא הא ע"כ איירי בנו"ן ביד דאל"כ לא אמרינן מה שעשה עשוי ואם כן כיון דס"ל קם דינא יפה פריך דלר"מ ניחא דחייב דקם דינא ורב משני די"ל רבנן בנו"ן ביד אבל לפי דקיימ"ל כר"ח והדר דינא בשלא נו"ן ביד בזה אף לר"מ פטור כיון דהדר דינא ולק"מ להרי"ף כלל ומה צורך לאריכות של הרמב"ן. י"ל דעדיין קשה בס"ד דס"ל ר"מ היא משום דקם דינא תינח בכל הנך בבי טיהר את הטמא מא"ל דבזהו ודאי הדר דינא ולמה ישלם מביתו לר"מ ואם כן ע"כ אף בהדר דינא לר"מ משלם ולכך ליישב זה הוצרך הרמב"ן להאריך וליישב. זהו מה שנ"ל ישוב בדברי הרי"ף והרמב"ן ואם כן כל מעיין ישפוט כמה רב מהדוחק דנימא אי קם דינא אף הרי"ף מודה דלר"מ חייב לשלם אפילו לא נו"ן ביד דהא הרי"ף נתן טעם דלכך לר"מ פטור אף דדן ד"ג משום דגבי דיינא לא שייך דינא דגרמי דאל"כ אין לך אדם שבעולם שיהיה דיין ולפי טעם זה אף דקם דינא יש לפוטרו בשלא נו"ן ביד כיון דבדיינא לא שייך ד"ג ועוד דהא יש להבין במ"ש הרי"ף להוכיח דאף לר"מ לא משלם רק בנו"ן ביד וכתב ועוד דהא ר' חסדא נמי מוקי למתניתין בנו"ן ביד ולאו לדחויי לר"מ קא בעי כי אם בסברא דקושטא קא מוקי' ליה למתניתין וכו' ויש להבין וכי בשביל כך נימא דר"מ ס"ל בלי נו"ן ביד לא ישלם רק בהא ס"ל לר"מ ורבנן כחדא אם לא נו"ן ביד הדר דינא דבזה לא שייך מחלוקת ר"מ ורבנן ולכך ר"ח דביקש לשנויא דלא יהיה משנה דפ' ד"מ דקתני מחזירין להך משנה דבכורות דקתני מה שעשוי עשוי סותרים זה אל זה הוצרך לחלק בין נו"ן ביד ללא נו"ן ביד לענין קם דינא או הדר דינא אבל מה זה לענין תשלומין דבאמת לענין תשלומין באמת לר' מאיר משלם אפילו לא נו"ן ביד וצריך לומר בכוונתו דכך כוונתו דל"ל לר"ח לומר בנו"ן ביד נימא הך משנה מה שעשה שעשוי ר"מ היא וכיון דלר"מ משלם דין הוא שיהיה הדין קיים כיון דל"ל פסידא לבע"ד כמו שכתב הרי"ף ומשנה דסנהדרין דקתני מחזירין רבנן היא דאינו משלם ואם כן דאית ליה פסידא הדין חוזר ואין צריך לחלק בין נו"ן ביד או לא דהא להך שיטה בלא"ה צריך לומר משנה דסנהדרין רבנן היא דלר"מ אם משלם אינו חוזר והך משנה דבכורות לוקי כר"מ אליבא דהלכתא וכמו שכתב הרי"ף דמהיכי תיתי יהדר ר"ח לאוקמי משנה דבכורות דלא כר"מ מה דקושטא דדינא הלכתא כר"מ וע"כ צריך לומר דאף לר"מ בלא נו"ן ביד אינו משלם ואם כן הדר דינא ולכך הוצרך לאוקמי בנו"ן ביד וא"ש. ולפ"ז לפי הנ"ל דנימא דמודה הרי"ף אי קם דינא חייב לר"מ אפי' בלא נו"ן ביד עדיין קשה מה צורך בגמרא לכל הני שינויי דלא יהיה משנה דפ' ד"מ ובכורות סותרים אהדדי לשני דהא דבכורות ר"מ היא משורת הדין דקם דינא וכיון דקם דינא משלם מביתו לר"מ וליכא פסידא לבע"ד אבל הך דסנהדרין רבנן

היא ואם כן אף דשורת הדין דיהיה קם דינא מכל מקום יהיה הדיין פטור מלשלם לרבנן דלית להו ד"ג ומשום דפסידא דבע"ד עקרו רבנן ותקנו דיהיה הדין חוזר כמו שכתב הרי"ף להדיא ולק"מ מכל הני קושית בגמרא ואין צריך לשנויא טובא וע"כ צריך לומר דסבירא ליה להרי"ף לגבי דינא לא שייך ד"ג כלל ובין לר"מ ובין לרבנן בשלא נו"נ ביד אפילו קם דינא פטור ואם כן מוכח כהנ"ל כרשב"א וליישב דברי הרמב"ן צריך לומר דוודאי בשיקול הדעת אפילו קם דינא לר"מ כל כמה דלא נו"נ ביד פטור מד"ג והטעם דאנוס הוא במימריה דרחמנא ולכך אי הך דבכורות מיירי בש"ה אף לר"מ לא יתכן רק בנו"נ ביד אבל בטועה בד"מ לס"ד דקם דינא בזו יש לחלק בין ר"מ לרבנן דהא לא שייך טעמא דאנוס הוא דטועה בדבר משנה הטעות מבורר ואם כן לס"ד שפיר פריך הגמרא לר' ששת מהך דהלכה חמורך טרפון וכו' ולא קשה כנ"ל לדידך דסבירא ליה טועה בד"מ קם דינא ומי ניחא למה ישלם הא לא נו"נ ביד ולכ"ע פטור הא לא קשיא מידי דבס"ד דבד"מ קם דינא ודאי לר"מ אפי' לא נו"נ ביד חייב מד"ג ומתניתין ר"מ היא אבל לר"ש דסבירא ליה הדר דינא קשיא והא דמשני תרתי טועה בד"מ את ואת"ל בשקול הדעת טעית' מומחה לרבים את וכו' ולכאורה קשה דאי בשיקול הדעת אפילו בלי מומחה לרבים פטור כיון דס"ד דלא איירי בנו"נ ביד (דבנו"נ ביד אפילו בד"מ חייב כנ"ל) ואם כן אף לר"מ פטור ומכ"ש לרבנן וצריך לדחוק דמה דקאמר אי נמי בשיקול הדעת אין פירושו ש"ה דהא באמת טעה בד"מ כנודע רק כך פירושו ואי נמי בש"ה פי' דיש לטועה בדבר משנה הדין כמו בטועה בש"ה דקם דינא מכל מקום פטור משום מומחה לרבים ואם כן אף דאמרינן דאי נמי דיש לטועה בד"מ חד דינא עם טועה בש"ה דקם דינא מכל מקום בזו יש הבדל לענין ד"ג דבש"ה אנוס כנ"ל ואף לר"מ פטור מה שאין כן בד"מ אף דקם דינא מ"מ לאו אנוס הוא ומשלם לר"מ מד"ג ולכך הוצרך לומר מומחה לרבים אתה וכו' ובזו יש ליישב דברי הרמב"ן וכל מעיין להדיא יראה כמה רב מדוחק יש בשיטה זו ולדעת רשב"א דבד"מ אפילו נו"נ ביד פטור הכל מרווח ולק"מ דשפיר ידע בקושיא דאיירי בנו"נ ביד מכל מקום פריך בטועה בד"מ לפטור וא"ש. ומ"ש הש"ך דכן משמע מגמרא דר"ח בתי' שלו בנו"נ ביד אף על הך קושיא לר"ש מהלכה חמורך טרפון לשנויא קאתא מלבד דאין כאן ראיה דר"ח לא קאי כלל אמלתא דר"ש דבזהו ליכא מחלוקות וכ"כ רש"י ר"ח מהדר לעיל לשנויא מתניתין דן כו' ולא עליה דהך קושיא דר"ש קאי אף גם נהפך הוא דאי מלתא דר"ח אף לתירוצי' הך קושיא קאי ולומר בנו"נ ביד בטועה בד"מ אף דהדר דינא מכל מקום משלם אם כן היה לו להרי"ף להעתיק הך קושיא לר"ש מהלכה חמורך טרפון ושנויא דר"ח דעלה קאי ויצא לנו דין גדול כנ"ל ולמה השמיט הך

קושיא מבלי זכר לו א"ו דזה קושיא אין ענין כלל להך שינויא דר"ח כמ"ש רש"י וכיון דמהך קושיא מהלכה חמורך וכו' ופירוקא ליכא נ"מ לדינא השמיטו וסתם דינא כר"ש הטועה בד"מ חוזר סתם מבלי הבדל אי נו"נ ביד או לא והיינו כרשב"א וזהו כמעט ראיה מבורר מן השמטת הרי"ף הך קושיא לפירוקא. וגם הרמב"ן לא החליטו בדעת הרי"ף דכתב ובנו"נ ביד מודה אני דחייב וכן נראה מדברי רבינו הגדול הרי דלא החליטו רק נראה ולכן ברור דאין להוציא מיד מוחזק דיכול לומר קים ליה כרשב"א לשיטת הרי"ף ורמב"ם כי מסתברין דבריו כמ"ש:

ד **ויש חולקין** הוא דעת התוספו' והרא"ש וסייעתם דסבירא להו לר"מ דדן ד"ג אם טעה בד"מ ואי אפשר בחזרה אף דהדר דינא מכל מקום חייב לשלם מדיני דגרמי וכן להפוסקים כר"ח ואם כן טעה בשיקול הדעת ולא נו"נ ביד הדר דינא אם א"א בחזרה חייב הדיין לשלם מכח דינא דגרמי ועיקר ראייה שלהם דהא בגמרא דב"ק ובכורות ס"ד דמשנה דן את הדין לא איירי בנו"נ ביד רק הא מני ר"מ היא וקשה לר"מ מי ניחא טיהר את הטמא מא"ל הא וודאי הדר דינא ועכצ"ל דלר"מ אף בהדר דינא חייב מדינא דגרמי אם א"א בחזרה ולרבנן בנו"נ ביד כדמשני רב בנו"נ ביד והנה הרב הש"ך חולק על התו' ומילא את ידו מהר"י תאומים הנ"ל בקושיא וטענות ולא מצאתי בכל דבריהם דבר שיש בו מלאות ספק לדחות דברי התו' והרא"ש וללחום המושלים האלה. כי קוטר קושיא שלהם דאם כן הא דפריך לר"ש מהא משנה דבכורות בהלכה חמורך טרפון כו' בממ"נ הא שם נשנית ג"כ הך משנה דן הדין וכו' ישלם מביתו ויש לו שני אוקומתות או ר"מ היא או רבנן ונו"נ ביד ובהך אוקומתא דמוקמינן להך משנה דדן הדין נוקמי ג"כ להך משנה דר"ט השנוי' בצידה או דהא מני ר"מ היא ואם כן אף דהדר דינא מכל מקום חייב ר"ט כיון דא"א בחזרה או דמיירי בנו"נ ביד ואם כן אף דהדר דינא מכל מקום חייב כמו טיהר את הטמא הנ"ל ובאמת חדא בחברתה מיושב דהא כבר כתב הרמב"ן במלחמותיו דזה דוחק דיהיה ר"ט בעצמו מאכילו לכלבי' ולא שייך שם בנו"נ ביד (ואין להקשות איך נימא דזה דוחק הא לר"ח דסבירא ליה אפילו טועה בש"ה כל כמה דאין נו"נ ביד הדר דינא ואם כן איך אמרינן תרתי וכו' אי נמי טועה בש"ה מה בכך הא ר"ט לאו נו"נ ביד הוי ומכל מקום פטור ועכצ"ל לר"ח באמת ר"ט האכיל הפרה לכלבים ואם כן כיון דלאו דוחק לר"ח מהכ"ת נימא אנן דדוחק הוא הא לא קשיא דרמב"ן לשיטתו אזיל דסבירא ליה בנו"נ ביד אפילו בד"מ משלם. ואם כן יש לומר לר"ח כך תרתי לא כדאמרינן בגמרא להס"ד רק כך חדא דלאו נו"נ ביד אתה ואת"ל דנו"נ ביד וחייב אתה אפילו טעה בד"מ הן לשיטת התו' והן לשיטת הרי"ף מכל מקום מומחה לרבים אתה וכו') ואם כן דהך

דנימא דאיירי דר"ט נו"נ ביד לאו קושיא גם קושיא זו שהקשו דנימא ר"מ היא ג"כ לק"מ דבאמת הוי מצי לשנויי כך אבל מ"מ יקשה לר"א אמר רב דמשני בהך משנה דן את הדין וכו' בנו"נ ביד כדי דלא תהיה סתמא דמשנה כר"מ ועדיין יקשה עליו מה אהני ליה הא הך סתמא דמשנה הנשנית שם בעובדא דר"ט ע"כ ר"מ היא דר"ט לא היה נו"נ ביד ובהך מילתא דר"ש דטועה בד"מ חוזר ליכא פלוגתא כלל ואין עולה ברוח כלל דרב יחלוק בהא אר"ש וכמ"ש כל מחברים דמלתא דר"ש הלכה ברורה מבלי מחלוקת היא ואם כן יקשה לרב איך משלם ר"ט הא הדר דינא ועל כרחך צריך לומר ר"מ היא ואם כן לא הועיל בתי' דמכל מקום סתמא דהתם ר"מ היא ומ"ש הך סתמא מהך ובפרט דבהדדי קתני ולכך משני הגמרא די"ל תרתי קתני וכו' ואין כאן הכרח לומר ר"מ היא ולא קשי' מידי לרב וא"ש. אלא דלפ"ז צריך לומר דהמקשה דפריך לר"ש מהך עובדא דר"ע ולא מוקי ליה ר"מ היא ידע הך דרב דהך משנה דן הדין כו' אין צורך לומר ר"מ רק בנו"נ ביד ולכך פריך שפיר דר"ט לאו נו"נ ביד כמ"ש דאלו לא ידע הך דרב אם כן ע"כ דן הדין ר"מ היא מה פריך מר"ט הא נמי ר"מ היא ולא כן משמע בתו' בסנהדרין ד"ה מה שעשה עשוי כו' דכתבו בס"ד סבירא ליה בשעירבן הבעה"ב ולא החכם עד למסקנא ולפי מ"ש צריך לומר דגם המקשן ידע מזה דהך דדן הדין איירי בנו"נ ביד רק דלא סבירא ליה סברת ר"ח לחלק בזה בין הדר דינא לקם דינא. ואולי כוונת התו' לס"ד דב"ק ובכורות דלא ידע מהך דרב בנו"נ ביד אבל באמת הסוגיא בסנהדרין כבר ידע ליה למלתא דרב ושמע ליה וסבירא ליה:

ויותר נראה דסבירא ליה לגמרא הך עובדא דהאכיל ר"ט הפרה לכלבי' ואמירת הלכה חמורך טרפון וכו' מעשה רב והיה זה פומבי ומפורסם בבה"מ ולא יתכן דיהיה בו מהספק והחילוף ואם כן לא שייך לומר דיחלקו בו ר"מ וחכמים אי כך היה המעשה (וכן משמע בפ' אלו טריפות גבי הורו בטרפחת לאיסורא דהקשו התו' ורשב"א מהך עובדא הלכה חמורך טרפון ולא ס"ד לומר דהך תנא דאוסר בנטילת האם לפלוג אהך עובדא דזהו דוחק דיהיה מחלוקת תנאים במציאות כזה) ואם כן שפיר פריך לרבנן דלא סבירא להו דיני דגרמי הך עובדא דר"ט איך מתוקמא להו הא הדר דינא א"ו דקם דינא ואם כן אף לרבנן חייב כמ"ש התוספות ולא קשה מידי ותמהני מהש"ך ומהר"י דביקשו לדחות סברא זו של בעלי תו' דלר"מ אין חילוק ואפילו הדר דינא מכל מקום כל שא"א בחזרה חייב מד"ג בשני ידים והא הרי"ף סבירא ליה הך סברא וכתב דאי ס"ד לר"מ בקם דינא אפי' לא נו"נ ביד חייב מד"ג אפילו בד"מ נמי והיינו אע"ג דבד"מ הדר דינא מכל מקום יהיה חייב לר"מ ול"ק דלמא ה"נ דאם כן מה פריך הגמרא לר"ש מהך עובדא

דר"ט דילמא התם כר"מ ופשוט וכ"כ הש"ך בס"ק י"ד אות ב' אלא שהאריך ללא צורך כי הדברים פשוטים ועל כל פנים סבירא ליה להרי"ף לסברא מוחלטת דלר"מ דדן ד"ג אין לחלק בין קם להדר דינא או דבשניהם לא שייך ד"ג או דשייך בשניהם והרמב"ן במלחמותיו החזיק בעדו ואם כן כיון דהרי"ף והרמב"ן ותו' והרא"ש מסכימים בסברא מי הוא גבר אשר יאמר לא כן הוא ולהמרות פי ב"ד הגדול. ומה שטען מהר"י לשיטת התו' דלר"מ אפי' בהדר דינא חייב אם כן הא דאמרינן בקם דינא דוקא חייב היינו לרבנן ולא לר"מ אם כן למה לרבנן בזיכה החייב בשיקול הדעת דחייב ולמה במוחל שט"ח לחבירו פטור לרבנן דלית להו ד"ג וראיה זו נזכר במלחמותיו פעמים רבות והרב בעל מחבר ס' פנים מאירות בחידושיו לב"ק חשב דבאמת הא דאמרינן במוחל שטר דפטור לרבנן היינו לר"ח דסבירא ליה דיוקא נו"ן ביד בעינן ומלבד כל הלחץ ודחק שיש בדבריו אף גם אם כן אמימר דסבירא ליה דיוקא לר"מ מוחל שט"ח חייב ולא לרבנן אתי' כר"ח ה"ל לתו' ולהרא"ש לפסוק הלכה כר"ח כיון דאמימר בתראי סבירא ליה כוותי' וכן כל דבריו דחוקים ואין בהם ממש ומה צורך לדחוקים הללו ובפירוק הקושיא הזו מרווח. חדא די"ל סבירא ליה התו' כמ"ש הרא"ש בפ"ק דב"מ בשם גאון דהני זביני רעי נינהו מעיקרא דאיהו דאפסיד אנפשיה דהוי ליה לכתוב שטרא בשמיה ע"ש ולכך סבירא להו לחכמים לא קנסו למוחל דה"ל ללוקח להזהר בשלו ולכתוב שטרא בשמיה מה שאין כן כאן הקנס לדיין דלא ה"ל לדון יחידי אבל בלא"ה לק"מ דהא כתבו התו' דלכך המוכר שט"ח לחבירו יכול למחול לא מטעם מכירת שטרות דרבנן רק הואיל וגוף שיעבוד נשאר אצל המלוה ושעבוד נכסים הוא דמכר וכיון דמחל שעבודו ממילא נפקע שעבודו של נכסים ולפ"ז המוחל מוחל בשלו דשעבודו נשאר אצלו וזה הוא דמוחל ובשלו רשאי רק דעי"כ מסתעף לחבירו ההיזק דגם שעבודו נפקע והרי זה דינא דגרמי ולא מזיק בידים כי בשלו עשה ולכך למאן דלא דן ד"ג פטור אבל כאן בדיין דזיכה לחייב שאין לו בו שום יד ושייכות ובפיו הפסיד של חבירו ברור דמקרי יותר מזיק לרבנן ממוחל שעושה בשלו ולכך לא הקשו התו' רק משורף דהוא ג"כ בשל חבירו והרמב"ן דהקשה ממוחל לא סבירא ליה טעמו של התו' דנשאר שעבודו דלוה לגבי מוכר ולכך יפה הקשה. מיהו מ"ש הש"ך דבתו' חולין פ' אלו טריפות דף מ"ג בהא זיל אימא לרבא דלשלם דמי תורא למריה כתבו התו' אע"ג דטעה בד"מ נו"ן ביד הוי מזה מוכח דלא סבירא ליה כתו' ב"ק וסנהדרין דלשיטתם רבא דדן ד"ג אפילו הדר דינא חייב לשלם וא"צ לנו"ן ביד יפה כתב והרב מהר"י דחה אותו בדברים של מה בכך דכתב מה בכך דרבא דן ד"ג מכל מקום לא שמענו רבי אבא דאמר זיל שלי' דדן ד"ג והדברים אלו בטילים מעיקרא חדא כיון דרבא

דן ד"ג שוי' נפשי' חובה לצאת ידי תשלומין לחבירו במה דהוא דן לחבירו התקוששו וקשו וחובה עליו לראות חובה לעצמו במה דדן לאחרים ושנית מה דוחקי' לתו' לומר דרבא האכיל בידים ומה החרדה אם נאמר דר"א נמי סבירא ליה כר"מ דדן ד"ג והלא הלכתא כך ויפה לנו לומר כן משנאמר כ"כ הדוחק. אלא דבאמת חובה לטרוח ולייישב דברי תו' בתילין דלא יהיו סותרים לפשטת התו' בסנהדרין ובב"ק ולא מצינו בשום מקום חלוקת דעת בתו' ולא הביאו שום מחבר דיהיה דעת קצת בעלי תוספות ז"ל חולקים בדין זה ולכן היה נראה דבלא"ה תמה הרמב"ן אפילו נאמר דיהיה נו"ן ביד מ"מ הא רבא היה מומחה לרבים ופטור מתשלומין ומ"ש הרשב"א דאיירי דלא קבלוהו דחוק דוודאי לא מעצמו בלי שאלת חכם הורה רבא ומסתמא באו לפניו לשאול להורות דבר ה' זו הלכה וא"כ לגבי הוראת חכם איסור והיתר היינו קבלה כמ"ש רוב מחברים. ולכן י"ל דבאמת מדין פטור היותו מומחה רק לפנים מש"ה צוה ר"א לרבא לשלם כדמצינו בר"ח שהיה מומחה והיה פטור באמרו על מטבע מזויפת שהיא טובה ומכל מקום שלם לפנים מש"ה וה"ה זה דחד דינא אי' לי' ואם כן אף דמומחה פטור מדינא מכל מקום לפנים מש"ה חייב (ועיין לעיל סימן י"ב ס"ב דעת מרדכי דכופין על לפנים מש"ה ועיין מ"ש שם) . רק קשה א"כ תנחומין של הבל ניחם ר"ע לר"ט דאמר מומחה לרבים אתה ופטור כיון דחייב לפנים מש"ה ור"ט היה עשיר גדול ודאי היה עושה לפנים מש"ה וישלם ויאבד חמורו וצריך לומר דבדיין שאני לא החמירו בו לילך לפנים מש"ה דבזו וודאי שייך סברת הרי"ף דאם כן מי ירצה להיות דיין בשלמא מה שהוא מהדין בדינא דגרמי לא עקרוהו חכמים בשביל הך סברא לדינא וגם הא יש מומחים וקבלוהו דיכולים לדון אבל אי אמרינן דמכל מקום חייב לפנים מש"ה בזו וודאי אמרינן מי ירצה להיות דיין ובזה מקרה א' לכולן אפילו למומחה וזה פשוט וברור דלכך לא מצינו בזה דמומחה חייב לפנים מש"ה כמו במומחה הרואה מטבע והיינו מטעם הרי"ף. אך זהו בלא נו"ן ביד שייך הך טעמא מי הוא שירצה להיות דיין אבל בנו"ן ביד ודאי לא שייך טעמא דמי צוהו להכניס עצמו בזה להאכיל בעצמו לכלבים וכמ"ש מדברי הרמב"ן להרי"ף בנו"ן ביד חייב אפילו בטועה בד"מ דלא שייך הך טעמא דהרי"ף כהנ"ל ואם כן בזה לצאת ידי שמים חייב לפנים משורת הדין כמו ר"ח ואם כן דברי התו' בפרק א"ט ניחא דוודאי עוד י"ל כי אמרינן דאין בזו לפנים משורת הדין היינו בטועה בד"מ דלא דמי למראה דינר לשולחני כמ"ש כל מחברים והש"ך גופי' בס"ק זה דהטעות נגלה לכל ולא ה"ל לסמוך עליה כמו מראה דינר אבל בשיקול הדעת אפשר דגם כן חייב לפנים משורת הדין ומר"ט אין ראייה דכך א"ל תרתי טועה בד"מ ומומחה ואפילו לפנים מש"ה לית בי' ואם כן שם

קשיא לי' איך אמר ליה זיל שלים דמי תורא הא רבא היה מומחה לרבים וצריך לומר לפנים מש"ה ולכך הקשו התו' אם טועה בדבר משנה הוא ואם כן בתרתי טועה בד"מ ומומחה לרבים ודאי דלכ"ע פטור אפילו לפנים מש"ה כמו ר"ט דפטרו ר"ע מכל וכל והרי זה דומה לר"ט לגמרי ולכך משני התו' דהיה נו"נ ביד ובזו אף דהיה מומחה לרבים מכל מקום חייב לפנים מש"ה דלא שייך מי יהיה דיין כנ"ל ולא דמייא זה לר"ט דלא היה נו"נ ביד ואפילו לפנים מש"ה פטור וא"ש. ואפשר שלזה נתכוונו מ"ש הנ"י בפ' אד"מ בשם מפורשים דדרך צחות אמר לו זיל שלים כלומר ראוי להיות כן והיינו לפנים מש"ה דראוי לעשות כן לפנים מש"ה ודברי התו' נכונים. ובזה הרווחנו הקושיא לעיל דמה פריך הגמרא לר"ש מעובדא דר"ט דלמא ר"ט היה נו"נ ביד דאם כן חייב לפנים מש"ה ואיך ניחם ר"ע לר"ט דפטור דהא מכל מקום מחויב לפנים מש"ה ור"ט ודאי ילך בדרך טובים ולק"מ. והרב הש"ך חשב לתרץ על קושיא זו של התו' דטיהר הטמא דוודאי הדר דינא ואם כן מ"ט דר"מ דמשלם בדרך אחר והוא דגם התו' הקשו איך שייך בטיהר הטמא ישלם מביתו ותי' לצדדין קתני אם עירב טמא בטהור מרובה מה שעשה עשוי והכל טהור ואם בטהורים מעוטים הכל טמא וישלם מביתו ותי' זה לא נח ליה לש"ך לחלק בפרקים ולכן הוא מפרש דלס"ד טרם דתי' ר"ח בנו"נ ביד לא אמרינן כלל על טיהר הטמא שעירבן בפירות רק שבאו הלוקח ומוכר לשאול פי חכם אם פירות הללו טהורים הם ויקחם הלוקח ואי טמאים ימנע מללוקחן כי מה לו בטמאים והחכם אומר טהורים הם ולקחן הלוקח וכעת נתוודע שטעה החכם וטמאים הם מכל מקום הלוקח מחוייב להחזיק במקחו ואין לו על המוכר כלום רק הדיין צריך לשלם מביתו במה דהפסיד ללוקח זהו דה"א בס"ד אבל לר"ח דמוקי בנו"נ ביד א"א לומר כן ולכך הוצרך לאוקמי בעירבן עם הפירות זהו שרש דברי הש"ך וכבר צוח עליו ככרוכיא מהר"י הנ"ל ואם לא יפה עשה שיצא עתק מפיהו לדבר נגד כבוד הש"ך גדולות ולא נשא פני גבר שהוקם עול עולו של תורה מכל מקום בגוף הדבר היטב אשר דיבר כי מהיכי תיתי יהיה הלוקח מחזיק במקחו במקום שזה יעצהו לרוע ויתעהו בתוהו לא דרך ישרה שיבור לו אדם ומה ענין זה לדיין כלל ותמהני על הש"ך דהוא גופיה לקמן סימן ש"ו העלה דמומחה האומר מטבע טובה היה וע"פ לקחו המלוה ופטרו ללוה ואחר כך נמצאת מזויפת דהוי מחילה בטעות והמלוה חוזר על הלוה וחייב לשלם לו וא"כ מ"ש מטבע ומ"ש דהאומר על פירות טמאים טהורים הם והש"ך גופי' דימה אותו להדדי בסעיף ההוא:

והרב בעל פ"מ בחדושיו לב"ק חשב להליץ בעדו ולסייעו מדברי הר"ן בפ' אלו טריפות דנסתפק במוכר ספק טריפות בחזקת כשר אי יכול הלוקח לבטל המקח דיאמר המוכר

אייתי ראיה דטריפה היא ולפי דבריו מייתי חובתי' לנפשיה דהא אנן לא קיימ"ל כר"ן ופסקינן בסימן רל"ב סעיף י"ב דהמקח בטל דמום במקח הוא דאדעתא דהכי לא לקחה. ולעומת זה קיימ"ל לקמן סימן ש"ו טבח שעשה ספק טריפה בשחיטה פטור מלשלם דהמוציא מחבירו עליו הראייה ואמר אייתי ראיה דטריפה היא ואם כן אף כאן אילו הוי בגדר הספק כמו שחשב הרב הנ"ל היה המקח בטל דהוי מום במקח דספק ודאי לא לקח אבל הדיין פטור מלשלם כמו טבח הנ"ל דיאמר אייתי ראיה דטמא ודאי הוא ואנן איפכא תנן מה שעשה עשוי וישלם מביתו אלא דאין כאן ספק הלא סוגיין דעלמא כאידך תנאי והרי כאן וודאי איסור ואפילו הר"ן מודה דהמקח בטל ודמיא למראה דינר לחנווני ואין כאן דיין אלא יועץ ומה ענין זה לד"מ דיכול לקבל ג' רועי בקר אבל זה שסמך על עצמו בהוראה וטעה מה ענייננו לדיין לומר מה שעשה עשוי ועם כל הדוחק לא ידעתי א"כ לר"ח נמי נימא כן ומה דוחקיה לומר שערבן והש"ך כתב דלא שייך בזה נו"ן ביד ולא ידעתי למה לא שייך הא י"ל דלקח הדיין הפירות ללוקח וקבל תמורתן המעות ומסרן למוכר ועוד מתחלה ס"ל לדוחק לחלק במשנה ולומר מה שעשה עשוי יהיה על עירב בפירות מרובים ומשלם מביתו יהיה על עירב בפירות מעוטין ואחר כך אמר דלר"ח ע"כ צ"ל דאיירי בעירב בפירות דזולת זה לא שייך נו"ן וכן צ"ל לרב בבכורות דמוקי ליה בנו"ן ביד וא"כ אליבא צריכין לחלוק בין מה שעשה עשוי ובין משל' מביתו כמ"ש התו' בין עירב פירות מעוטים למרובים וא"כ מה דוחקו להש"ך כיון דלרב ולר"ח צ"ל כן אף לאידך נימא כן ומ"ש הך מ"ד מהך מ"ד ודבריו צריך עיון:

והיה אפשר להמתיק דברי הש"ך בקצת בפנים אחרת והוא דלקח הימנו פירות בחזקת טהורים ואחר כך שנתוודע לו שהם טמאים מאן לאוכלם והניחם עד שעי"כ נרקבו והוא תובע למוכר שיש כאן מקח טעות שהם טמאים ואם כן כשנרקבו בפשיעתו שמכר לו בחזקת טהורים נרקבו ובחזקתו והוא יחזיר לו מעותיו כנ"ל ופסק הדיין דבאמת טהורים וחשב לקיים מקחו וטעה א"כ מה שעשה עשוי וישלם הדיין מביתו דהרי טעה בדין ומה שנא דפטרו מדין בד"מ או מדיני א"ו על כל פנים פטרו וטעה והם קבלוהו לדיין ולק"מ. אבל לר"ח דאמר נו"ן ביד לא שייך כן דהא כבר לקחן מקודם והא לא קשיא היינו זיכה החייב דקמ"ל הן שטעה בדיני ממונות והן שהיה הטעות באיסור והיתר מכל מקום הואיל ועכשיו הסכסוך נוגע לד"מ קם דינא. אלא דעדיין יש לפקפק הא אף לר' חסדא י"ל כן דהלוקח לקח הפירות במשיכה וכדומה אבל עדיין לא נתן מעות והלוקח לא רצה לשלם מטעם היותן טמאים והוציא הוא ביד המעות מיד לוקח ונתנם למוכר וגם בלא"ה אין רצוני לחדש פירוש חדש בש"ס מה שלא מצינו לו חבר ודבר במחברים קדמונים

ברוך שבחר בהם ובמשנתם ולהיות כי הש"ך בירר לו דרך לעצמו בפי' טיהר הטמא וכו' ולא כמ"ש התו' בעירבן הבעה"ב בפירותיו תופס במושלם בקושית התו' שם בסנהדרין ד"ה שעירבן דהיינו מטמא ומדמע דבשוגג פטור ולכך פסק במורה על יין נסך שהוא יין כשר ועירבו בעה"ב עם שאר יין ונמצא נסך דפטור מלשלם אבל לפי דהעלינו דהנכון כפשט התו' ואם הבעה"ב עירב בפירותיו חייב הדיין ולא דמי למדמע דה"ל במזיד דשגגת תלמיד עולה זדון וסתם בעה"ב מערב פירותיו אף ביין כן הדין לשיטת התו':

ה **חוזר הדין כו'** לא מבעיא בשלא נו"ן ביד פשיטא דלדעת זו שהיא דעת הרי"ף והרמב"ם דחוזר דקיימ"ל כר"ח בשלא נו"ן ביד חוזר אלא אפילו בנו"ן ביד דבשאר אדם אינו חוזר כדתנן מה שעשה עשוי מכל מקום במומחה הואיל ופטור מתשלומין משום פסידא דבע"ד חוזר אם אפשר בחזרה וכתב הסמ"ע והש"ך דרמ"א שהביא לקמן בסעיף ג' דעת התו' והרא"ש החולקין דאפילו לא נו"ן ביד בש"ה אינו חוזר דלית להו דהלכתא כר"ח גם אדין זה פליגי ורמ"א לא כתב כאן די"ח דסמך עצמו אדלקמן וכ' הש"ך דלאו שפיר עביד ע"ש דכתב כאן סתם כדברי מחבר וה"ל להביא דעת חולקים ג"כ. והנה אפשר דס"ל לע"ש דאין מחלוקת שניהם תלוי זה בזה דכי בשביל דחולקים בזה ארי"ף וס"ל דאין הלכה כר"ח בשביל זה עדיין אפשר לפסוק הך סברא כרי"ף דבמקום שאין הדיין צריך לשלם תקנו חכמינו ז"ל שיהיה הדין חוזר אם אפשר בחזרה משום פסידא דבע"ד ולכאורה אין להם שייכות זה בזה וא"כ אף דרמ"א העתיק לקמן וי"ח דאין הלכה כר"ח מכל מקום כאן סתם ולא הזכיר דעת חולקים ואפשר דדעתו נוטה לפסוק בזה כרי"ף ורמב"ם משום פסידא דבע"ד. ואמת כי הרא"ש אחר שהעתיק דברי הרי"ף דפסק כר"ח בשלא נו"ן ביד מחזירין הדין אפילו בזיכה החייב שהוא מוחזק ומוציאין מידו משום פסידא דבע"ד כתב ומתוך זה הוצרך הרי"ף לומר כל היכי דפטור מלשלם מחזירין הדין משום פסידא דבע"ד ואין הדעת סובל דברים הללו וכו' והרבה להקשות ע"ז וכתב דלכך נראה כמפרשים דאין הלכה כר"ח וכו' ומזה נראה להדיא דס"ל להרא"ש דהך סברא דחששו לפסידא דבע"ד להחזיר הדין במקום דאין הדיין משלם תלוי בהך אי הלכה כר"ח או לא כמ"ש דהואיל דהרי"ף פוסק כר"ח הוצרך לומר סברא זו וכתב הואיל והוא הרא"ש ז"ל השיב על סברא זו לדחותה הכריע כמחברים דאין הלכה כר"ח ובזו אין ספק אלא דצריך טעם איך תלי' זה בזה אף דליתא לסברא זו למה לא נימא הלכה כר"ח. ולכאורה היה א"ל דס"ל להרא"ש מה הפרש יש לענין קם דינא או הדר דינא אי הדיין לקח מזה ונתן לזה או הבע"ד עצמו בצווי הדיין נתן לשכנגדו בשלמא לענין תשלומי דיין שפיר י"ל דבנו"ן ביד עביד מעשה ובשלא נו"ן ביד אין כאן אלא אמירה וגרמא בעלמא אבל

לענין קם או הדר דינא אין סברא לחלק ועכצ"ל סברת הרי"ף דהיא היא במקום שהדיין חייב בתשלומין הדין קיים דליכא פסידא לבע"ד ובמקום שהדיין פטור מתשלומין בשלא נו"נ ביד הדין חוזר משום פסידא דבע"ד וא"כ אי ליתא להך סברת הרי"ף אף בהא לא קיימ"ל ואין הלכה כר"ח ולעומת זה הרי"ף דפסק כר"ח הוצרך לומר סברא זו וזהו מה שנראה לכאורה. אך באמת א"א לומר כן דא"כ מודה הרא"ש דלר"ח דמחלק בין נו"נ ביד ללא נו"נ ביד הך סברא אמת ויציב רק דלא ס"ל כר"ח א"כ מה הקשה הרא"ש על סברא זו דל"ל לר"ח לומר דמשנה איירי בלא נו"נ ביד ליקמוהו במומחה דאינו משלם ולכך הדין חוזר דלימא הרא"ש לנפשיה דהא מודה הרא"ש דר"ח אי' ליה סברת הרי"ף ליתן טעם משום פסידא דבע"ד וא"כ הקושיא במקומה וע"כ צ"ל דס"ל להרא"ש דגם בדברי ר"ח אין הכרע לסברת הרי"ף משום פסידא דבע"ד רק י"ל הטעם כמ"ש הרמב"ן במלחמותיו דאם לא נו"נ ביד לא אלים דינא דנימא בי' קם דינא משא"כ בשנו"נ ביד דאלים דינא כ"כ דנימא קם דינא ע"ש א"כ עדיין הנ"ל במקומו דמה צורך היה לו להרי"ף דפסק כר"ח לומר הך סברא וגם הרא"ש דדחה לסברא זו עדיין ה"ל לפסוק כר"ח דהא לי' לי' שייכי'. ונראה דלכאורה מוכח דאין הלכה כר"ח מסתמא דגמ' דב"ק ובכורות דביקש לדייק מהך דתנן דן הדין וכו' וישלם מביתו כר"מ דדן ד"ג ומשני לעולם רבנן ונו"נ ביד וקשה בס"ד דמוקי לי' כר"מ תינח הא דקתני משלם מביתו אבל במה דקתני מה שעשה עשוי מא"ל הא קתני ד"מ מחזירין ועכצ"ל דמיירי בנו"נ ביד וא"כ אף לרבנן ניחא וצ"ל דסוגית הגמ' דלא כר"ח רק כר"ן ור"ש וא"כ כיון דסתמא דגמ' בב"ק ובכורות דלא כר"ח א"כ אין הלכה כר"ח ולכך להנצל מקושיא זו כתב הרי"ף סברתו דאם אין הדיין משלם ודאי הדר דינא משום פסידא דבע"ד וא"כ להס"ד דלר"מ דדן ד"ג אפילו בלא נו"נ ביד חייב הדיין לשלם א"כ וודאי דקם דינא ול"ל סברת ר"ח ועכצ"ל דמשנה דסנהדרין בטועה בד"מ כר"ש. אמנם למסקנא דשני רב בנו"נ ביד ואמרינן בקושטא אף לר"מ כן כמ"ש הרי"ף דבמסקנא אף לר"מ בעינן דוקא נו"נ ביד וא"כ שפיר י"ל בשלא נו"נ דהדיין פטור הדר דינא שלא יפסיד בע"ד ודברי ר"ח הם אליבא דהלכתא ומסקנא דאף לר"מ כל זמן שלא נו"נ ביד פטור מלשלם וא"כ אף הדין חוזר ולכן יפה הקשה הרא"ש על הרי"ף דמכח דפסק כר"ח הוצרך לומר הך סברא והך סברא ליתא וא"כ לית הלכתא כר"ח מכח האי סתמא דבכורות וב"ק וא"ש דתלי' זה בזה דאם אין הך סברא לית הלכתא כר"ח ולפ"ז הא שפיר דאי אמרינן דאע"פ דליכא פסידא מכל מקום הדין חוזר לר"ח ממילא נדחית הך דהלכה כר"ח אבל להיפוך אפשר לומר אף על גב דקיימ"ל דלא כר"ח ולעולם קם דינא מכל מקום במומחה דאינו משלם הדר דינא משום פסידא של

בע"ד וא"כ אף דהביא הרמ"א הך וי"ח דלא קיימ"ל כר"ח מכל מקום הך דינא דהואיל דמומחה פטור מתשלומין הדר דינא אינו מוכרח דלא קיי"ל וזהו היה סברת הע"ש. (אך באמת זהו הכל לשיטת הרי"ף דס"ל אף לר"מ אם הדר דינא לא משלם אבל לפי דעת התו' והרא"ש דס"ל אף דהדר דינא מכל מקום משלם א"כ הדר דינא איך יהיה משכחת ליה לר"ח דוודאי לא פליג ר"ח אדיני דגרמי ולכן באמת אין לסברא זו קיום לשיטה זו אבל מכל מקום אין כ"כ תמיה על הע"ש דבאמת אין כ"כ הכרח דתלי' זה בזה) . והנה הרא"ש הרבה להשיב על סברא זו של הרי"ף. אני איני כדאי להשיב אפס לכבוד רבינו הגדול הרי"ף ז"ל חובה עלי לצפצף כאגור ולא כמהר"י שדחה להרי"ף בדברים בעלמא מבלי הבחנת לפני מי הוא עומד לפני מרא דכולא תלמודא לא ירד בני עם אנשים כאלה השוכחים ערך עצמם ולא הבנתי מה החרי הגדול הזה מהטענות האלה כי מה שהקשה דה"ל לומר משנה דקתני ד"מ מחזירין לא אירי בנו"ן ביד לימא דאיירי במומחה דפטור מתשלומין וכיון דפטור הדר דינא משום פסידא דבע"ד ושני תשובות יש בדבר דוודאי מומחה בלי קבלה לא מהני ואם כן בד"נ לא שייך קבלה כי מי מקבלן ואם כן הא דמחלק במשנה בין ד"מ לד"נ לענין חזרת דין הא ד"מ גופי' דומי' ד"נ בלי קבלה אינו חוזר דהא אינו פטור מתשלומין ואם כן קם דינא וע"כ הוצרך ר"ח לשנויי תי' שלו ועוד בה שנית דהא בד"נ וודאי דעדיין לא נעשה מעשה דאל"כ איך שייך בי' חזרה ובזה מחלק משנה בין ד"מ לד"נ ש"מ דאיירי בד"מ ג"כ דלא נעשה מעשה עדיין דומי' דד"נ וא"כ איך יתרץ ר"ח דאיירי במומחה דמשמע הא אינו מומחה לא חוזר וזה שקר לדעת ר"ח דס"ל בלי נו"ן ביד לעולם חוזר הן מומחה והן אינו מומחה ואיך יאמר ר"ח תירוץ של שקר כיון דס"ל להלכה בלא נו"ן ביד לעולם חוזר ובנו"ן ביד א"א לפרש המשנה כמ"ש דלא שייך בד"נ אין מחזירין ולק"מ וכן מה שטען מהא דאמרינן בריש פרק קמא דסנהדרין דלכך טעו ישלמו משום נעילת דלת והקשה הרא"ש הא לרי"ף אילו לא היו משלמין היה הדין חוזר ומה נעילת דלת יש כאן גם בזה אינו טענה דבשלמא אם על הדיינים מוטל חיוב תשלומין אם טעו אף הם מיידק דייקי ביותר מבלי לקלקל את הדין אבל אם הם פטורים לא ידקדקו כלל וידונו ומי יחפש תמיד אחריהם אם יפה דנו ואף שימצא הטעות אולי בין כך ילך למדה"י או יבזבז נכסיו והיכן יתבע שלו ולא על זה ילוה מעותיו משא"כ כשהחיוב תשלומין על הדיינין כשטעו אף המה מדקדקים תחלה לבל יבוא לכלל טעות כלל. ובטענה השלישית דאמרינן האי מאן דבעי למידן ואי טעי לא לשלם לנקוט רשות מר"ג והקשה הרא"ש הא עי"כ הדין בטל לכאורה דבריו אין מובנים כי מה איכפת לי' לדיין אם הדין בטל או לא כל מגמתו לבל יצטרך לשלם אם יטעה כי המכשלה הזאת

שכיח ובן אדם עלול לטעות ונתנו לו עצה ליקח רשות מר"ג ואם עי"כ יהיה דין חוזר פשיטא דניחא לי' והוא מנוצל מדין שקר ולא בא תקלה ע"י ואדרבה אפשר שמכאן סמך לדברי הרי"ף כי מה זהו עצה הלא יותר טוב לי' לשלם לבל יהיה הוא גורם בנזקי חבירו כי עכ"פ הוא גורם שהיה חבירו נכשל במשפט מעוות ועיין מש"ל כי מחויב לפנים מש"ה כמו מראה דינר לשולחני. ואם כן מה זהו העצה שנתנו חז"ל בכך אבל להרי"ף ניחא כי ע"י נטילת רשות מר"ג ניצול מתשלומין ומכל מקום הדין חוזר ולא יצא מתחת ידו דבר בלתי מתוקן ואולי קושית הרא"ש בממ"נ אי רצונו שיהא הדין בטל ל"ל רשות מר"ג יהיה זהיר שלא יהיה נו"נ בידו ואם כן להרי"ף דפוסק כר"ח יהיה חוזר הדין ויפטר מתשלומין אלא שכל רצונו לקיים הפסק כי הוא זילותא לו שיהא דינו חוזר ואם כן יפה הקשה כי עדיין לא הועיל דאם יפטר מתשלומין יהיה הדין חוזר אך עיין מש"ל בזה דאין בזה קושיא להרי"ף ע"ש. ואני מצאתי עזר להרי"ף מהא דפ' עשרה יוחסין דתנן נאמן דיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי כ"ז שבע"ד עומדים לפניו ואחר כך אינו נאמן ופריך הגמ' להידר ולדייניה ומשני בשודא דדייני וקשה ה"ל לשנויא בפשוט דבאמת טעה בשיקול הדעת ואם כבר פסק אינו חוזר אבל אם לא פסק ויהידר וידייניה הרי הטעות מבואר ויצא הזכאי מקודם עכשיו חייב. ול"ל דקושיא לר"ח דסבירא ליה בלא נו"ן ביד הדר דינא דה"ל לגמרא לומר הניחא לרב ששת ולר"נ לר"ח מאי איכא למימר כדרך הש"ס ועוד אף הא דמשני לשודא לא אתא לכ"ע דלרב דלא סבירא ליה שודא מה א"ל אבל לסברת הרי"ף לק"מ דבממ"נ אם הדיין משלם מה איכפת ליה לבע"ד ומה טיבו של הכחשה אדרבה הדיין מחייב עצמו ואי אינו משלם הרי הדר דינא אף בשיקול הדעת דחששו לפסיד' של בע"ד ודברי הרי"ף כמעט מוכרחים:

ו **ושלשה הדיוטות דינם כיחיד מומחה ואם קבלוהו עליה הרי דינם כיחיד מומחה שקבלוהו עליה להרמב"ם כשיטתו ולהרא"ש ותו' כשיטתן.** וזהו דעת הרא"ש והטור אבל הש"ך בס"ק ט"ו האריך להכריע נגדם ולהסכים עם תשובת מהר"ם דפוס פראג דסבירא ליה דלא מהני בהו קבלה ומכל מקום צריכין לשלם ובכל הני גברי דקחשיב הש"ך לא מצאתי ממש עזר כנגד הטור והרא"ש דמ"ש הש"ך דדעת הרי"ף כמהר"ם מדלא מנה ששה בבות תמור דקחשיב בבי חמשה והוא ג' הדיוטות וקבלוהו עליו לענ"ד נהפך הוא דאילו סבירא ליה להרי"ף כמהר"ם ה"ל למנותו בבא בפ"ע דג' הדיוטות שדנו אפילו בקבלה חייבים לשלם דזהו לא נזכר בדברי הרי"ף בשום בבי דג' הדיוטות דיכולים לדון בע"כ ומכל מקום אם טעו ישלמו אפילו בקבלה דהא גבי יחיד מומחה דדן בע"כ פסק דקבלה פטור מלשלם ובג' הדיוטות נימא דחייב ה"ל למנות ולקבוע לו בבא

בפ"ע א"ו דסבירא ליה להרי"ף דהוא חד דינא עם יחיד מומחה וכללא הוא כל שבלא קבלה יוכל לדון בע"כ אם קבלוהו עליה פטור אם טעה ולזה מהני קבלה ולכך הואיל וקחשיב יחיד מומחה שדן בע"כ אם טעה ישלם ואם קבלוהו נמי מועיל הקבלה לפטור מתשלומין בטעה הוא הדין בג' הדיוטות דדנין בע"כ אם טעו ישלמו ואם קבלוהו עלי' מועיל הקבלה לפטור מלשלם טעות' והיא היא ג' הדיוטות או יחיד מומחה אין בהם הבדל כלל דמשוה יחיד מומחה לג' הדיוטות וא"ש וכ"כ הבדק הבית ומה שעיקר יסודו של הש"ך על הרז"ה דכתב בבי שלישי בי דיני דליתא מומחה כגון תלתא דחד בינייהו גמיר ולא סביר ולא נקט רשות מר"ג דלמאן דלא סביר לא יהבי רשותא וכו' הלכך כמה דלא סביר אע"ג דקבלוהו עליה בע"ד אי נמי גמיר וסביר ולא קבלוהו בע"ד אפילו אין גדול ממנו היינו מתניתין דן הדין כו' משלם מביתו ואוקמיה ר"י באינו מומחה ובפ"ק אוקמיה ר"א בדקבלי' עליה אלמא גמיר וקבלוהו עליה מחוייב לשלומי וכו' עכ"ל ומזה חושב הש"ך דעתו דבג' הדיינין דלית ביניהו חד גמיר וסביר דהיינו מומחה להרז"ה אפילו בקבלה חייב לשלם ולבבי לא ידמה כן דהא דכתב כמה דלא סביר אע"ג דקבלוהו כו' איירי ביחיד ולא בג' דהא כתב א"נ גמיר וסביר ולא קבלוהו וזהו וודאי איירי ביחיד ולא בג' כנודע. ועוד הראיה שהביא מהך דדן הדין וכו' דקתני משלם ור"א אוקמיה בפ"ק בקבלוהו עליה אין ראיה לג' שדנו דזהו ביחיד שדן מיירי כמבואר בגמרא בקושיא לר' אבהו דסבירא ליה דיחיד א"א לדון ע"ש ואם כן איך מביא ראיה מיחיד שדן לג' שדנו. ועוד דלסוף כתב ומנא תימרא דאפי' בג' דאיכא חד בינייהו דגמיר ולא סביר וכו' משמע דראיה מקודם לא איירי בג' דאל"כ אחר שכבר הביא ראיה התחיל ומנא תימרא ועוד כל מה שהאריך רז"ה בהך בבא להוכיח דיחיד מומחה בלי קבלה חייב לשלם מגמרא הוא אין ענין למ"ש דג' אפילו בקבלה צריכים לשלם אלא ברור דשיעור דברי הרז"ה לומר דלא תימא הואיל וג' הדיוטות דנין בע"כ אם טעו לא ישלמו וע"ז כתב הלכך כמה ר"ל כמו דלא סביר אע"ג דקבלוהו בע"ד דהא דן בע"כ דא"א לחזור בו כיון דקבלו אותו א"נ יחיד דגמיר וסביר דהא יחיד מומחה יכול ג"כ לדון בע"כ ומכל מקום בלי קבלה צריך לשלם אם כן ה"ה לג' הדיוטות אף דיכולים לדון בע"כ מכל מקום הם חייבים לשלם בטעו. ולכך הביא ראייה דיחיד בלתי מומחה בקבלה חייב לשלם טעות מהך דדן הדין וכו' ואוקמי' ר"א בקבלוהו וכן הביא ראייה מש"ס דיחיד מומחה בלי קבלה חייב לשלם טעותו וממנו תקיש על ג' הדיוטות ולכך כתב לבסוף ומנא תימרא דאפי' בג' דחד מינייהו גמיר ולא סביר כדין ב"ד וכו' דעד עכשיו כל ראיו' שלו ליחיד מומחה בלא קבלה והוא הקישן ולכך כתב ומנא תימרא דג' וחד בינייהו גמיר ולא סביר כדין ב"ד

שאינם מומחים הרי דלא נקט בלישנא כלל קבלה ואילו דעתו כש"ך דאפילו בקבלה צריך לשלם ה"ל לומר ומנא תימרא בג' וכו' וקבלוהו עליה דהוא עיקר חדושו וה"ל להזכירו ולא להיותו משמיט בדבריו העיקר ולהזכיר הטפל. וכן הראייה שלו דחייבים לשלם טעותם מהך דפ"ק דאמרינן אם טעו ישלמו משום נעילת דלת וכן מן הא דאמרינן מכתב היכי כתבינן לשלם מנתא דיליה הוא הכל ראיה דצריכין לשלם אם דנו בלי קבלה אבל דישלמו בקבלה אין מזה ראייה כלל וכמו שבעל עיטור מביא מזו ראיה אם דנו בלי קבלה אבל אם דנו בקבלה אין מזו ראיה כלל ופשוט ואם כן איך עזב רז"ה מבלי להביא ראיה על עיקר דינו אלא ברור כמ"ש דכל כוונתו רק לג' שדנו בלי קבלה ובזה כתב ומנא תימרא שאם דנו שמשלם טעותן וע"ז יפה הביא ראיה ומקבלה בג' לא איירי כלל והרמב"ן במלחמתו בהשיבו על רז"ה דכתב דצריכין לשלם אם טעו מדינא דגרמי כתב וכי מעצמו הוא עושה הלא קבלוהו בע"ד ואי נמי לא קבלוהו וגמיר וסביר או תלתא דאיכא בינייהו חד דגמיר למידן והתובע צוח לפניו לדון הא מצוה רבה קעביד ורחמנא אנסהו בו הרי דביחיד מומחה או ג' הדיוטות כתב דהתובע צוח ואנוס במימרא דרחמנא ולא הקשה ביותר עוד הא ג' אפילו נתרצו התובע ונתבע חייב בתשלומין לדעת הרז"ה ומה גרמי יש כאן שעושה ברצון שניהם. והרמב"ן דייק בהו דהתובע צוח אלא ברור דבקבלה לא מצינו להרז"ה וגם הרמב"ן לא סבירא ליה דישלמו הטעות רק בלי קבלה ולכך טען הרמב"ן דמ"מ הוא עושה לצוחת התובע להצילו מעושקו ואין זה גרמי וכן בעל עיטור בבא ב' דין ד' כתב שלשה הדיוטות ולא קבלוהו אם טעו בשיקול הדעת קם דינא ומשמע שם דמשלמין והביא ראייה מהך ראייה דרז"ה ואם לא ישלמו נועל דלת כו' ומיהא לשלם מנתא דיליה ובבא ג' דין ד' כתב שלשה בין מומחין ובין אינו מומחין וקבל עליה וטעו בשיקול הדעת קם דינא ופטור ולא הזכיר כלל שהרז"ה חולק כמו שהזכירו בשאר דוכתי וכן הש"ך גופי' כתב באות ה' בס"ק הנ"ל דמירושלמי דקאמר הטעם משום דהגיס לבו לדון יחידי לכך משלם משמע הא שלשה ובקבלהו עליה דלא שייך דהגיסו דעתם פטורים מתשלומין רק דהש"ך כתב עיקר דירושלמי אזיל לשיטתו דסבירא ליה ד"ג משום קנסא אם כן בשלשה שעשו כתחז"ל ולא הגיסו לבן מה קנסא שייך בהו אבל לדידן ליתא דברי ירושלמי ולא הבנתי דבריהם דהא הוא גופי' פסק לקמן בסי' שפ"ח כדעת ריצב"א דדינא דגרמי משום קנסא כנודע ואם כן אף בזו הדין דפטורים אם לא דנאמר כוונתו על נו"נ ביד דבזהו לא שייך ד"ג ובזהו בשלשה מחייב וזהו אינו במשמע מדבריו ודוחק לומר חילוק בינייהו או דבכולם פטורים כיחיד מומחה וקבלוהו עליה או דאם אינו בכלל זה בכולם מתחייבו וכמ"ש מדברי הש"ך גופי'. ומה שביקש הש"ך לדייק

מדברי רש"י סנהדרין דף ג' ד"ה אלא מעתה כו' דדייק רש"י דשלשה הדיוטות שטעו דמשלמין מדאמרינן מומחים פטורים מתשלומין משמע הדיוטות חייבים ודייק הש"ך עדיין קשה דהא איירי במומחה וקבלוהו עליה אם כן משמע הא ג' הדיוטות וקבלוהו עליה חייבים אין זה דיוק דבשלמא אי ג' הדיוטות שדנו בלי קבלה רק בע"כ מכל מקום פטורים מהטעות שפיר קשה למה קתני ויחיד מומחה שדן בקבלה פטור מתשלומין לאשמועינן רבותא טפי בג' שדנו אפילו בלי קבלה ופטורים בטעות ומכל שכן ביחיד מומחה וקבלוהו עליה דאית בי' תרתי לדון בעל כרחן רשאי וגם קבלוהו עליה אבל אם גם בג' שטעו לא מפטרי רק בקבלה אם כן מה שנא דקתני יחיד מומחה בקבלה ומה שנא דנקט ג' בקבלה מה שנא זה מזה אדרבה נח ליה למשנה למתני הכל ביחיד כמו רישא בדן הדין וכו' דמיירי ביחיד וקמ"ל דבמומחה אפילו ביחיד פטור ולא תאמר דגם בי' שייך דהגיס דעתו דאל תהיה דן יחידי כו' בכל אדם נאמר אפילו מומחה לכתחילה ועצה טובה כמ"ש התוס' סנהדרין דף ה' ד"ה כגון אנא כו' וקמ"ל דפטור. ואדרבה קצת יש לדייק מהא דפרכינן שם דף ו' מהך משנה דן את הדין כו' לר"א דאמר שנים שדנו אין דיניהם דין וצריך לומר הא דמשמע ליה דהך משנה יחידי איירי מדקתני דן לשון יחיד וזהו דוחק דשכיחי במשנה דנקט לשון יחיד וכל דברים הנאמרים בש"ס נאמר הכל לשון יחיד יהיה הדיין זהיר וכו' וכיוצא בו טובא וסובב על כל דיינים אבל לפי הנ"ל ניחא דזהו דסבירא ליה לגמרא לכלל דשלשה הדיוטות ויחיד מומחה חד דין אית ליה דמ"ש זה מזה ואם כן לס"ד דמשנה איירי בלי קבלה ומכל מקום קתני ויחיד מומחה פטור מלשלם אם כן ה"ה ג' הדיוטות דמ"ש וע"כ המשנה דקתני דן כו' משלם מביתו ביחיד הדיוט שדן מיירי ומשני הגמרא בקבלוהו עליה ויחיד מומחה פטור וה"ה ג' הדיוטות בקבלה וזה ברור לדינא כהרי"ף והרמב"ן והבעל עיטור והרא"ש והטור (ובפרט לפמ"ש גם דעת הרז"ה כן) ויחיד הוא הרז"ה לגביה. אמנם עדיין יש לחקור מה טיבה של קבלה זו אם סגי במה שבאים מעצמם לדון לפניהם בלי כפיה והכרח או בעינן קבלה גמורה בפה הריני מקבל על עצמי לקיים כל אשר תפסקו כי אמת הש"ך בס"ק י"ב הביא כמה פוסקים דבבאים מעצמם לדון הוי קבלה ובגי' הרי"ף אם קראך פטור מתשלומין וכן משמע בפרת ר"ט דהוה קבלה ומהכ"ת יהיה קבלה בפה כנ"ל אלא כמ"ש הואיל ומעצמו בא הבעל פרה לר"ט להורות לו טיבו של פרתו הוי כקבלה ולכך פטור כיחיד מומחה. אמנם לכאורה לפמ"ש הרא"ש הטעם דלכך בשלשה הדיוטות וקבלו עליה פטורים לשלם כשטעו וז"ל ואהני קבלה דפטירי דכיון דאי לא קבלינה עליה נמי דינייהו דינא ואהני קבלה למפטרם וכו' עכ"ל משמע כהנ"ל דבעי קבלה בפה מלא דאל"כ מה מילתא

עודף איכא בקבלה עד שנימא שתהיה מועיל לפוטרו מן תשלומין וכי בשביל שבאים מעצמן ולא המתינו על כפית ב"ד ויהיה טרחת ב"ד אנשים הללו שלימים הם לקבל על עצמן פסק ב"ד וכי בשביל שהם באים מעצמן ולא המתינו עד שב"ד כפו אותם וקבלו באהבה וברצון לשמוע מה שב"ד של ישראל אומרים יהיו נלקים ויפסידו התשלומין אם טעו הדיינים דבר זה רחוק מהשכל וברור לכאורה דהפי' מקבלה בפה ולא כנ"ל והך מילתא וודאי יתירת' היה ומהני לפטור מתשלומין כשטעו וכמ"ש הרי"ף ומתחילה עלה ברוחי דבלא"ה יש להקשות ברא"ש דאם כן לעיל כי אמר ביחיד מומחה שדן יחידי וקבלוהו עליה דפטור מתשלומין אם טעה נתן טעם הואיל הוא מומחה אינו ראוי לטעות אלא דמזליה דהאי גברא גרם. וקשה מה צורך לסברא זו שיש בו מהדחק (ועיין במעדני מלך שתמה על החפץ דיהיה המזל גרם לעות איש בריבו ולקלקל הדין) הלא הוא הטעם שנתן בג' הדיוטות דכיון דיחיד מומחה דן בע"כ אהני הקבלה לפטור מתשלומין כמו שכתב בשלשה הנ"ל ולכן היה מקום לומר דוודאי בקבלת יחיד מומחה טיבו של קבלה היינו שבאים מעצמם לדון לפניו בלי כפיה כגי' הרי"ף לעיל ביחיד מומחה אם קרו לך לא תשלם משמע רק בקריאה בעלמא לדון ביניהם סגי וכן מעובדא דר"ט בפרה כמש"ל דלא היה מסתמא רק ביאת בעל הפרה להורות לו כנ"ל וא"כ בזו ליכא מילתא עודף דנימא בי' אהני קבלה לפטור מתשלומין כהנ"ל ולכך צריך הרא"ש הטעם משום דמזליה גרם כי אינו עלול לטעות היותו מומחה מה שאין כן בג' הדיוטות בעי קבלה בפה מלא כי כאן לא שייך מזל גרם כי הם עבידי לטעות היותם הדיוטות ולא סבירי ולכך צריך קבלה בפה ובזו שייך טעמא של הרא"ש משום מילתא יתירת' כהנ"ל ובזה היה אפשר לקיים דברי מהר"ם והרא"ש כאחד דמהר"ם מיירי בסתם קבלה ולכך פסק אם ג' הדיוטות טעו צריכים לשלם הקבלה זו אינו מועיל לפוטרם אבל בקבלה בפה מלא כמ"ש הרא"ש מודה המהר"ם מטעמיה דהרא"ש דפוטרים מתשלומין ומר א"ח ומר א"ח ולא פליגי. איברא דזה דוחק דהרא"ש כתב על הנך ג' הדיוטות שדנו בקבלה ודינם כדין יחיד מומחה שדן האדם בע"כ וכי קבליהו פטור וכו' ולפמ"ש אין הדמיון שוה והבדל בינותם דבג' הדיוטות צריך קבלה בפה וביחיד מומחה קבלה גרידא שבאים מעצמם לשפוט סגי וא"ל דזה הדמיון הוא רק בענין פיטור מתשלומין ולא בענין הקבלה שמשתנה לפי הענין הנושא כנ"ל ולכן היה נראה בישוב הקושיא זו דבשלמא בג' אמרינן הואיל וקבלוהו מסתמא דעתם אף שיטעו יפטרו כי וודאי אסיק אדעתם שיטעו כי הם עלולים לטעות ולכך סתם קבלה הוי למחול אף שיטעו מה שאין כן במומחה דלא שכיח שיטעה אף דקבלוהו אמרינן הוי מחילה בטעות כי לא עלה ברוחם כלל שיהיה יחיד

מומחה לרבים טועה ולא אסיק אדעתא מילתא דלא שכיחא כזה ואם כן י"ל דלא יועיל הקבלה ולכך נתן הרא"ש הטעם אדרבה אם אינו עלול לטעות מזלך גורם או י"ל כך דוודאי בשביל קבלה לא היה סברא לומר דבשביל כך היה דעתם שאם יטעו שיפטרו רק הא בדף ג' פריך אלא מעתה שלשה הדיוטות שטעו לא ישלמו ופירש"י דהוה ליה כמומחין או כמ"ש התו' שלא יתרצו הדיינים לדון ומשני שלא תנעול דלת בפני לוי' הרי דלולי נעילת דלת היה סברא לפטור ג' שטעו אבל על יחיד מומחה דקי"ל שאם טעה בלי קבלה דצריך לשלם לא פריך הגמ' דכולי האי לא אמרינן ומי הזקיקו לדון יחידי ומכ"ש לפי' התו' דמה בכך דלא יתרצה נפישי שלשה הדיוטות ואם כן י"ל לא דמכח קבלה נפטרים רק שורת הדין דבלא"ה יש לפוטרם כקושית הגמרא רק משום נעילת דלת לא העמידו הדין על תלו ובקבלת הבע"ד לא שייך נעילת דלת דבשביל זה לא ימנע ללות דמי מכריחו לקבלו ברצונו כהנ"ל ואם כן חזר הדין לאיתנו דאם טעו יפטרו כקושית הגמרא וזהו בתלתא אבל ביחיד מומחה דאין שורת הדין כלל לפוטרו ואם כן אין הקבלה לחוד מספיק לפוטרו דמה בכך דנעילת דלת לא שייך בקבלה מכל מקום דל נעילת דלת מהכא לפי הדין יש לו לשלם ולכך הוצרך הרא"ש ליתן טעם אחר במזלו גרם כנ"ל וא"ש: וא"כ אפשר לומר דאף הרא"ש מודה בקבלה בעלמא סגי דסוף כל סוף ליכא נעילת דלת דאם חושש לטעות הלא אין איש מכריחו לקבל מעצמו ואם ידונו בכפי' הרי אם טעה ישלם אך זהו ברור כי זהו שייך בנתבע דמי הכריחו ליל לפני דיינים מעצמו בלי הכרח וכפי' והזמנה כראוי אבל בתובע לא הבנתי טיבה של הקבלה הלא הוא צריך לילך לב"ד ולקבול ולבקש דין על הנתבע ואם לא יבא מעולם לא ידונו ב"ד ביניהם. ואם כי הנתבע לא המתין על הזמנה ומעצמו באעמו לב"ד יוגרע כחו של התובע דאם הב"ד טועים ופסקו דאין בתביעתו ממש יפסיד הלא הוא לא עביד מילתא יתירת' הוא מוכרח לילך לב"ד לבקש דין על הנתבע ודוחק לומר הואיל והנתבע בא מעצמו בלי הזמנה וכפי' ואם כן אם יטעו לחייב לנתבע שלא כדין יפטרו כי הנתבע קבלו על עצמו אף לגבי התובע אמרינן כן להיות משפט השוה לכולם דזה דוחק דמה איכפת ליה לתובע אם הדיין ישלם לנתבע בטעותו או לא הלא אין לו בזה טובת הנאה ולמה בשביל כך ימחול זכותו דאם יטעו הדיינים לעות משפטו שלא ישלמו ולכן נראה ברור לחלק בנתבע אפשר דבקבלה לב"ד לבד לא משלמי כהנ"ל ודלא שייך נעילת דלת דמי מכריחו לבא בלי הזמנת ב"ד אבל בתובע וודאי דבעי קבלה בפה מלא כהנ"ל דאל"כ מה קעביד ולכן אפשר לומר עובדא דמהר"ם שהיה בקבלה סתם לדון אותו היינו בתובע ובזו וודאי דקבלה זו לא מהני לפוטרם ודוק.

ז **נהוג בו איסור** הש"ך הביא בשם הב"ח דה"ה שהיה מנהג בעיר להחמיר עפ"י חכם ומת החכם ובא חכם אחר ומיקל יכול לנהוג בו היתר עכ"ל. ולדידי צ"ע דמשמע מתו' ורא"ש ור"ן בריש מקום שנהגו שמנהג לאסור שנתייסד עפ"י חכם א"א להתירו בפניהם כיון דכבר קבלו על עצמן לאיסור והוא נתייסד עפ"י חכם ועיין בפ"ח לא"ח סי' תס"ח שהאריך ועמ"ש שם: וראי' הב"ח מהא דפ' כיצד משתתפין דאמרינן ר"י אוסר מחיצה תלוי' בשבת ופריך הגמרא שנעשה בצפורי להתיר טלטול ע"י מחיצה תלויה ע"פ מי נעשה דר"י היה ראש בצפורי ומשני אחר מות ר"י נעשה עפ"י ר"י בר יוסי דמתיר עכ"ל ומזה הוכיח הב"ח דינו דאעפ"י שהיו נוהגים להחמיר כר"י התירו אחרי מותו ריב"י ובאמת מזו אין ראייה כלל דבזמן ר"י לא קרה עובדא כלל בהך לטלטל ע"י מחיצה תלויה ואם כן לא שייך בי' מנהג כי לא הזדמן כלל עובדא בהך ולכך כס"ד דהך מעשה שטלטלו במחיצה תלוי' בשבת בצפורי היה בחיי ר"י פריך איך אפשר הלא ר"י מהמחמירין ולכך משני כי בזמן ר"י לא בא דבר זה כלל לידי שאלה ולא הזדמן עובדא כלל במחיצה תלוי' רק במותו בא הדבר שהוצרך לטלטל ע"י מחיצה תלוי' ונשאל הדבר מקדם ריב"י והיה הוא מן המתירין משא"כ אם הדבר נהוג עפ"י חכם להחמיר אין ביד חכם להתירו אם לא שהחכם טעה בד"מ וכדומה שהטעות מפורסם ואין בו ספק ואם כן הוי קבלה בטעות כמש"ל בשם תו' ור"ן ורשב"א בפ' מקום שנהגו ולכן דינו של ב"ח צ"ע:

ח **היה הטועה מומחה ב"ד כו'** דעת הסמ"ע בס"ק כ' דהיינו גמיר וסביר ולכך כתב הרמב"ם מלת ב"ד דלסברת הרמב"ם מומחה סתם היינו אפילו לא סביר רק גמיר לחוד ואם כן לעיל סעיף ב' דבמומחה וקבלוהו בטועה בש"ה דפטור מתשלומין אם אי אפשר בחזרה היינו אפילו לא סביר רק גמיר וכבר השיגו הש"ך בס"ק כ"ב דליכא למ"ד כך דכל כמה דלא סביר דיהיה לו דין מומחה בשום אופן ופשיטא דלכל מילי בעינן מומחה גמור דהיינו גמיר וסביר ומילת לב"ד דכתוב ברמב"ם או שהוא ט"ס או שהוא פי' לבד ואין בו קבלה או נט"ר והמדפיס טעה ונקרא כאלו הוא ר"ת לב"ד ונכון הוא לדינא אלא בענין מי שאינו סביר רק גמיר ונט"ר מר"ג הביא הש"ך דעת הרמב"ם בפי' המשנה ויתר מחברים דלא מהני ואין דינו דין כלל בלא קבלוהו עליה וכן דעת הרז"ה והטור והרא"ש חולק על זה דאף בזה מהני נט"ר כיון דגמיר והנה במרדכי פד"מ הביא ה' בבי ובבי ד' במאן דגמיר ולא סביר וקבלוהו עליה או נט"ר מר"ג וטעה בשיקול הדעת ונו"נ ביד הדין קיים וישלם מביתו ומזה משמע דיכול לדון בנט"ר מר"ג אף דלא קבלוהו ולא סביר וכתב הש"ך דמרדכי כתב כן דסבירא ליה הדעת הרא"ש דנט"ר מהני אפי' למאן דלא סביר ואין זה מספיק דלדעת הרא"ש והטור אף אם טעה אינו משלם ומנלן לחלק ולומר

דמהני להיות דינו קיים אבל אם יטעה מכל מקום לא יפטור מתשלומין דבר זה דחוק ומה שנ"ל בשנבין דברי הרמב"ם דכפי מה שהעלו בו הש"ך וכל מפורשים דסבירא ליה דלא מהני נט"ר מר"ג רק למומחה אם כן צריך להבין מה שכתב בפ"ב מהל' סנהדרין דין י"א אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מב"ד הרי זה מותר לדון יחידי ויש להבין מה דקתני בממ"נ אם אינו מומחה לא מהני נט"ר ואי הוא מומחה בלא"ה יכול לדון יחידי כמ"ש בעצמו. וכן יש להבין במ"ש בפ"ד הנ"ל דין י"ד כל דיין שנתן לו ר"ג רשות יש לו לדון בע"כ אעפ"י שלא רצו כו' וגם בזה יש לדייק דכיון דלא מהני נט"ר רק במומחה והוא יכול לדון בע"כ בלא"ה נט"ר למה והרב לח"מ שפט מזה דסבירא ליה לרמב"ם דיחיד מומחה יכול לדון אבל מכל מקום בע"כ אין יכול לכוף לדון לפניו ומכח זה השיג על הטור שחושב בסי' י"ג דגם דעת הרמב"ם דיכול מומחה לדון בע"כ באמת דבריו תמוהי' חדא בסוגיא דש"ס משמע כמ"ש התו' והרא"ש דיחיד מומחה דן בע"כ דאי בקבלה אפילו אינו מומחה נמי. וכן במ"ש אי קראך זיל ולא תשלם ואם לאו זיל שלים משמע דעכ"פ דדינו דין דאל"כ אי לא קראו הא אינם מחויבים לקיים דינו ומהכ"ת ישלם ודוחק לומר דיש חילוק בין קבלה לקבלה וזה דוחק. שני' הא ממש"ל בפ"ב אחד יחיד מומחה או דנט"ר מב"ד הרי זה מותר לדון מורה דחד דינא אית להו דאל"כ איך כללן הרמב"ם בחדא מה שהבדל רב ביניהם דזה א"י לדון בע"כ וזה יכול לדון בע"כ ובפרט שיש לעמוד במש"ל. ולכן נראה דלפמ"ש הרמב"ם בפי' משנה ריש פרק ז"ב דתחילה כתב דאפי' הדיוטות וקבלו בני אדם ע"ע דינם מקובל כו' ואם לא מינו אותו עליהם ולא קבלוהו אלא מאיליהם עמדו לדין או שמינו אותם מלך ושלטון וזקני קהל אם היו מומחין דיניהם דין וכו' ועניין מומחה שיהיה חכמים גמורים ויכולים לסבור ולהוציא דבר מתוך דבר כו' וכל איש שהוא כזה יש לו לדון אפי' יחיד אע"ג דלא נט"ר מר"ג ובלבד שיהיה מפורסם אצל בני אדם שהוא כן וזהו ענין מומחה לרבים ואם אינו מומחה אין דינו דין ואפילו נט"ר מר"ג שאין הרשות מועיל אלא למומחה אבל זה מומחה ולא נט"ר מר"ג אין לו רשות להכריח הבע"ד שיעמדו לפניו ואם דן לא יקבלו דינו אבל מומחה דנקט רשות מר"ג ידין בע"כ בין רצו או לא רצו וכו' עכ"ל ולכאורה הדברים סותרים דפתח דווקא בהדיוטות בעינן קבלה אבל יחיד מומחה דן בלי קבלה ואחר כך סיים דאפי' יחיד מומחה כ"ז דלא נקיט רשות מר"ג אין דן בע"כ והמעיין יראה סתירה מיניה וביה ונגד הגמרא ולכן ברור במ"ש הרמב"ם והוא שיהיה מפורסם אצל בני אדם שהוא כן וזהו ענין מומחה לרבים בזה מיושב הכל ויש כאן ג' בבי מי שהוא גמיר ולא סביר זהו אינו בגדר מומחה כלל ואפי' נט"ר מר"ג לא מהני לדון בע"כ ואי

גמיר וסביר רק לא מפורסם ואתמחי כן לבני אדם זהו נקרא מומחה וא"י לדון בע"כ אם לא נט"ר מר"ג אבל אם נתפרסם לרבים המחאתו זהו נקרא מומחה לרבים ויכול לדון בע"כ אפילו בלי נט"ר כלל וכן אמרו בגמרא ואם היה מומחה לרבים דווקא דן אפילו יחידי והמעיין בפי' המשנה יראה מבואר כמ"ש דהזכיר שלשה כללים אלו להדיא ובזה מובן ג"כ מ"ש פ"ב דין י"א אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מר"ג דפי' או שהוא מומחה שגמיר וסביר והוא מומחה רק אינו מפורסם לרבים ואתמחי בקיאתו וחכמתו רק נטל רשות מר"ג הרי זה דן יחידי בע"כ וא"ש אבל מי שאינו מומחה כלל דגמיר ולא סביר לא מהני נט"ר ולכך בפ"ד כתב כל דיין שנטל רשות מר"ג יש לו לדון בע"כ היינו מומחה שזה נקרא דיין כמ"ש הסמ"ע ריש סי' רק אינו מומחה לרבים ולכך צריך רשות וא"ש והמעיין בדברי הכ"מ יראה דגם הוא נתכוון לכך והאריכות בזה כמעט ללא צורך לולי ראיתי שהרב לח"מ וכן שארי מחברים לא דקו כ"כ בזה ולכך הטור בסי' י"ג דמיירי מיחיד מומחה וסמוך ואין לך מומחה לרבים ומפורסם יותר מסמוך אם כן וודאי דיכול לכוף ויפה תמה על הרמב"ם ע"ש ולק"מ ממ"ש הלח"מ ולפ"ז דיש הבדל לרמב"ם בין מומחה למומחה לרבים אם כן הא דקתני דן הדין וכו' ואם היה מומחה לרבים פטור מתשלומין דוקא במומחה לרבים וקבלוהו עליה הוא דפטור מתשלומין אבל מומחה סתמא אף דקבלוהו עליה דבהו איירי הך דדן הדין כו' מכל מקום חייב לשלם דאל"כ למה נקט מומחה לרבים ולא קמ"ל דאפילו מומחה סתמא פטור א"ו דבעינן דווקא מומחה לרבים ואם כן דבלי מומחה ורבים אפילו קבלוהו בע"ד מכל מקום חייב בתשלומין אם כן ה"ה בנט"ר מר"ג אם אינו מומחה לרבים נמי נהי דמועיל לדון בע"כ אבל לפטור מתשלומין אינו מועיל כמ"ש הריב"ש וכן יתר מחברים דאין נט"ר מר"ג עדיף מקבלת בע"ד בעצמו ואם בקבלת בע"ד בעצמו לא נפטר מתשלומין כ"ז שאינו מומחה לרבים ה"ה בנט"ר דמ"ש וזה ברור והן הן דברי המרדכי ז"ל דכתב בבא ד' כשאין הדיין מומחה דאף דקבלוהו בע"ד או נט"ר דחייב לשלם כשטעה דכוונתו דגמיר וסביר רק דאינו מומחה לרבים ויכול לדון הואיל וקבלו או נט"ר אבל מכל מקום חייב לשלם דאין כאן פטור רק במומחה לרבים וא"ש וכן הרמב"ם דפוטר בתשלומין במומחה איירי במומחה לרבים ולכך כתב היה הטועה מומחה לב"ד ולא קבלוהו וכו' ולא נט"ר וכו' דבשאינו מומחה לב"ד דהיינו מומחה לרבים כמ"ש הסמ"ע אפילו קבלת בע"ד ונט"ר לא מהני לפטור מתשלומין רק במומחה לרבים שהוא מומחה לב"ד בהו אי לא קבלוהו ולא נט"ר חייב בתשלומין וא"ש ומדוקדק לשונו למאוד וא"צ לומר דוחק הש"ך וזהו נראה כוונתו של הרמב"ם ברור:

ט **או שלא היה מומחה אבל קבלו וכו'** בזו לחלקו הרז"ה והרמב"ן דדעת הרז"ה כי מהני קבלה בדיין דגמיר רק לא סביר אבל לא גמיר כלל אשרה מיקרי ולא מהני קבלה והרמב"ן נחלק עליו דמ"ש זה מקבלת ג' רועי בקר וכתב הר"י ז"ל דנחלקו בהך דלעיל סי' כ"ב אי מהני קבלה בתרתי לריעותא וזהו הוי תרתי לריעותא לא גמיר וחד ולפי דבריו לדעת רמ"א לעיל דלא מהני קבלה בתרתי לריעותא אף בזו לא מהני ולא היה לו לרז"ה לכתוב סתם כי אם ה"ל לבאר דבקנין מהני דהא קנין מהני בתרתי לריעותא איברא דאין זה תרתי לריעותא דיחיד מומחה מותר לדון יחידי ואם כן אין כאן רק חד ריעותא דאינו מומחה וכ"כ הש"ך לעיל בסי' כ"ב ביחיד מומחה קרוב ועיין מש"ל סימן כ"ב ולכן אין מקום לדבריו אבל לא ידעתי מה צורך כי סבירא ליה בשלמא בקבלת ג' רועי בקר היינו שקיבל מה שידונו כפי שכלם ואומד דעתם ולא כפי הדין כי מה להם לד"ת הלא בחשכה יהלכו ולא נוגה עליהם אור תורה ולכך א"א לחזור לאחר ג"ד מה שאין כן כאן דמיירי הכל שקבלם לדין תורה כמבואר בגמ' ופוסקים ובאמת זה הגבר נעור מכל מדע וחכמה אין לך קבלה בטעות יותר מזה לומר לעץ אבי ולאבן הוא יורה ואינו מועיל בשום אופן ולק"מ. והנה דעת הרמב"ן דמכל מקום אם טעו חוזר הדין אפילו נו"נ ביד והש"ך הקשה למה בגמיר ולא סביר בחד מהני קבלה ואם טעה בשיקול הדעת קם דינא לרב חסדא כדאית ליה ולרב ששת כדאית ליה ולמה בהך קבלה לא יהיה קם דינא בטעה ואין כאן קושיא דהתם חסו חכמים על כבוד הדיין לבל יהא לבוז ויתבטל דינו וגם יש לו תואר דיין מה שאין כן כאן שאין לו תואר דיין ואינו דן רק מכח קבלה וקבלה בטעות הוא ולכן מהכ"ת לחלוק על רמב"ן בסברא בעלמא וכ"כ רמ"א לעיל סי' כ"ב כהרמב"ן מיהו זהו אם אמר בפי' לדון ד"ת אבל אם קבלו סתם נראה כהש"ך דאמרינן באמת לא קבלו לד"ת והרמב"ן מיירי בסוגיא דגמרא דאיירי הכל דאמרו דון לנו ד"ת אבל בקבלה סתם מודה ובהך ניחא מ"ש הנ"י ריש פ"ק דסנהדרין דבקבל יושבי קרנות וטעו שדינם דין ופטורים מלשלם דשם מיירי בקבלה סתם כמ"ש הנ"י הטעם דא"א לומר דלדון ד"ת קבלם שהרי הם א"י ד"ת והש"ך הקשה מהך דינא ולפמ"ש לק"מ וכן נכון:

י **אם נו"נ ביד כו'** נראה דא"צ שהדיין בעצמו יקח מזה ויתן לזה אלא אם הוא במקום ששורת הדין שנחתינן לנכסים למסרב פס"ד אם בצווי הדיין לקח שליח ב"ד הנכסים מיד הנתבע ונתנם לתובע כפי פסק הדין היינו נו"נ ביד דהא שליח ב"ד עפ"י צווי הדיין קעביד ושליחותא דידי' עשה ובכל התורה שליחו של אדם כמותו ואף זהו בכלל מ"ש דהדיין נו"נ ביד דמ"ש שליח ב"ד דעושה בשליחות ב"ד ומ"ש דעושה הדיין בעצמו ולא בא הרי"ף למעט אלא לאפוקי אם לא סירב הבע"ד כלל ונתנו במצות ופסק דיין בזו

סבירא ליה להרי"ף דלא הוי רק גרמא והדין חוזר דכיון דא"צ לשלם אבל אם הדיין צוה לשליח ב"ד לירד לנכסים וליטול בזרוע וליתן לשכנגדו היינו נו"נ ביד ובזה מיושב קושית הנ"י על הרי"ף דאמרינן האי מאן דדן דינא ואי טעה לא משלם לנקוט רשות מר"ג ל"ל הך לא ישא ויתן ביד דדוחק דגם מזה כשישא ויתן ביד רצונו לפטור דזה דוחק וכי הדיין מחוייב לעשות כך להיות נו"נ ביד ל"ל טורח הרשות וכן הקשה מהך דפרכינן אם טעו לא ישלמו ומשני א"כ אתה נועל דלת וקשה עדיין אתה נועל דלת דהוא יחשוש אולי יטעה הדיין ולא יהיה נו"נ ביד דהא לא שכיח ויפטר הדיין ואי דלא יחשוש לכך וילוה אותו מכל מקום אם כן איך יהיה חשש שיהיה מנמנע מלהלות אם אמרינן דהדיין יפטר מתשלומין כשיהיה נו"נ ביד דהא דבר דלא שכיח וקושית הגמרא במקומו (והר"י האריך בישוב קושיא זו וכמדומה שלא עמד על בוריה של קושיא זו כי קושיא זו של הנ"י קושיא עצומה היא לכאורה) ומכח קושיא זו חשב הרב הנ"י דפי' נו"נ ביד לאו דווקא אלא כל שנגמר הדין על פיו היינו נו"נ ביד וזהו דוחק אבל לפמ"ש ניחא דחוב על הדיין לכוף למסרב ואם כן אם יסרב יהיה צריך לכוף לבע"ד ע"י שליח ב"ד ולנחות לנכסים וליתן ליד בע"ד שכנגדו ע"י שליח ב"ד והיינו נו"נ ביד ולכך אמרו האי מאן דבעי למידן ואי טעי לא ישלם דלא סגי דצריך להיות ניזהר לירד לנכסים ע"י שליח ב"ד יטול רשות מבי ר"ג וכן מה שאמרו דבהא אם טעו דמשלם בנו"נ ביד ליכא תו נעילת דלת ג"כ לק"מ דהרי יודע בעצמו דלא ישמע לקול דיין עד שיהיה נחית לנכסיו ע"י שליח ב"ד והיינו נו"נ ביד וזה נכון ועיין לקמן עוד מ"ש ראייה לזה דע"י שליח ב"ד הוי נו"נ ביד ושלוחו של אדם כמותו:

יא **ואם א"א להחזיר ישלם מביתו דזהו דעת הרמב"ם** והקשה הש"ך וכן יתר מחברים דהא בגמרא אמרינן כל היכי דהדר דינא אף דא"א בחזרה פטור מלשלם וכן הקשו מנ"ל לרמב"ם הך דינא והכ"מ טרח להביא ראיה ולא עלתה בידו כמ"ש הש"ך בס"ק כ"ד. ולי נראה פשוט דסבירא ליה להרמב"ם קושית התו' דלר"מ לא אמרינן דאיירי בנו"נ ביד כס"ד בגמ' דבכורות וב"ק טיהר את הטמא מא"ל וצריך לומר כתי' התו' דלר"מ דדן ד"ג אפילו הדר דינא מכל מקום חייב לשלם כמ"ש התו' וקשיא לי' אם כן מה פריך הגמרא מעובדא דר"ט דהא הוי הדר דינא לימא ר"מ היא דהכי הלכתא וצריך לשלם אפי' בהדר דינא ולכך סבירא ליה לרמב"ם לחלק דכבר עמד הש"ך בס"ק כ' במ"ש הרא"ש דדיין חייב לשלם מתורת קנס הא הרא"ש סבירא ליה ד"ג דינא הוא ולא קנסא והעלה לחלק וכן נראה באמת כיון דנחית לדון ברשות ולא נתכוון להזיק לא שייך גרמי רק מתורת קנס וכן צריך לומר ברמב"ם דכתב דלכך פטור דאף דהזיק מכל מקום לא נתכוון להזיק

ולכאורה קשה כיון דדנין ד"ג מה איכפת לן בכוונתו אדם מועד לעולם והאומר על מטבע מזויפת דהיא טובה אע"ג דלא נתכוון להזיק ובשגגה אומר כן מכל מקום חייב מד"ג ולכך צריך לומר דאף דבעלמא חייב מדינא בדיין אינו אלא מתורת קנסא. וכבר נודע מ"ש בדוכתי טובא במילתא דשכיחי עבדי רבנן תקנתא וקנסוהו מה שאין כן במילתא דל"ש דלא תקנו ולא קנסו ואם כן לטעות בדבר משנה לא שכיח כלל ולא תקנו ולא קנסו ואם כן ליכא לדינא דגרמי אפילו לר"מ דהרי לא נתכוון להזיק. מה שאין כן בטועה בש"ה דשכיחא למטעי עבדי רבנן וקנסוהו לר"מ דדאין ד"ג ואם כן א"ש טיהר הטמא דאיירי בש"ה אף אילו הדר דינו מכל מקום חייב בתשלומין לר"מ דדן ד"ג משום קנסא כהנ"ל מה שאין כן בעובדא דר"ט דהיה הטעות בדבר משנה אילו הדר דינא אין כאן חייב תשלומין אפילו לר"מ דלא תקנו רבנן במילתא דל"ש כהנ"ל וא"ש דברי הגמרא ולק"מ. והן הן דברי הרמב"ם דבטועה בד"מ פוסק כיון דהדר דינא פטור מלשלם אבל בש"ה אם לא נו"נ ביד אף דהדר דינא לשיטתו דפוסק כר"ח במקום דא"א בחזרה חייב לשלם כיון דקיי"ל כר"מ דדן ד"ג ולק"מ מן גמ' ואדרבה לרמב"ם מהך גמ' ראיה ברורה לדינו. וכן נראה דהוא דעת התו' בע"ז דף נ"ח ע"ב ד"ה אדמקטורך כו' דכתבו דל"ל דבשביל שטעה בהוראתו צריך לשלם ויפסיד בגדיו דהא מוקמינן שם בסנהדרין בנו"נ ביד וכו' עכ"ל ולכאורה קשה דהא הך טעות דר"ל הוה טועה בד"מ ואם כן בממ"נ אם אפשר בחזרה דעדיין לא נשפכו המים ונתערבו במים האסורים בהנאה אף דנו"נ ביד כיון דהוה טועה בד"מ לעולם חוזר כמ"ש כל המחברים דבמלתא דרב ששת לית מחלוקת ואם אי אפשר בחזרה דכבר נשפכו או נתערבו כנ"ל אם כן מה בכך דמוקי ליה ר"ח לענין דחוזר הדין בנו"נ ביד מכל מקום לענין תשלומין אם א"א בחזרה הא קיי"ל כר"מ דדן ד"ג ולעולם משלם אפילו הדר דינא ואפילו לא נו"נ ביד ואי דעת התו' בע"ז כהרי"ף וסייעתו דסבירא להו אפילו לר"מ בשלא נו"נ ביד פטור מתשלומין לא ה"ל לתו' להביא סנהדרין דשם לא נזכר מענין תשלומין כלל רק אי הדר דינא וה"ל להביא גמרא דב"ק ובכורות דשם מוקי הגמרא לענין תשלומין בנו"נ ביד אלא לפי הנ"ל ניחא דמודו התו' כדעת התו' בב"ק דלר"מ אפילו בהדר דינא חייב לשלם רק ה"מ בטועה בש"ה אבל בטועה בד"מ לא מדפרכינן לר"ט אמאי חייב לשלם הא הדר דינא ולא מוקי כר"מ ש"מ דפטור כ"כ דלא נו"נ ביד וזהו היה בטועה בד"מ ולכך הביאו ראייה מן גמרא דסנהדרין ולא מן גמרא בכורות וב"ק דבסנהדרין מוכח דבלי נו"נ ביד אי הדר דינא פטור מתשלומין והיינו כרמב"ם הנ"ל (ובזו ניחא דכתבו דהתו' פסקו דלא כר"ח וכאן העלו התו' כר"ח דבעינן

נו"נ ביד דלפמ"ש אין זה ענין לדר"ח דלכ"ע טועה בד"מ דהדר דינא כל כמה דלא נו"נ ביד פטור מתשלומין ודוק):

יב **ויש אומרים דאפי' לא נו"נ ביד מה שעשה עשוי כו'** ודעת הב"ח להכריע כדעת הרי"ף דפוסק כר"ח דבלי נו"נ ביד הדין חוזר וכבר השיגו הש"ך ס"ק כ"ח דאין הכרעתו מכרעת נגד גדולי פוסקים ובתוכם הרז"ה ותו' ורא"ש איברא שגם הש"ך רוצה להכריע כדעת התו' ורא"ש וגם בזו אין הכרעתו מכרעת במקום הרי"ף והרמב"ן והרמב"ם וגם התו' גופי' בב"ק בחד תירוץ סוגיא דבכורות וב"ק אזלא אליבא דר"ח ואם כן הלכה כוותיה ומי יכריע למולם. וכן דעת התו' בע"ז דף ז' ד"ה הנשאל כו' כר"ח דבעינן דווקא נו"נ ביד ואם לאו חוזר אבל מכל מקום ספיקא דדינא הוא כמ"ש הרמ"א די"ח אבל בהך דיעות דפוסקים דלא כר"ח רק כאוקומתא דר"נ יש גופי' ספיקא טובא וצריך בירור ודקדוק היטב דר' יוסף משני על הא דתנן במשנה ד"מ מחזירין ובבכורות שני במשנה דן כו' מה שעשה עשוי כאן במומחה והך דבכורות באין מומחה ופריך והא קתני סיפא אם היה מומחה לרבים פטור מתשלומין ומשני ר"נ כאן ביש גדול הימנו וכאן באין גדול הימנו. הנה דעת רוב מחברים דר"נ לא פליג אר' יוסף רק פרושי קמפרש זולת הרא"ה דסבירא ליה דר"נ פליג אר"י וסבירא ליה דלעולם ביש גדול חוזר הן שהיה דיין הטועה מומחה או אינו מומחה וכן בשאין גדול לעולם אין חוזר אפילו היה הדיין הטועה מומחה דיטעון אדבורי קמאי קסמיך: והגאון מהר"י תאומים בקונטרס שלו הסכים עם הרא"ה דר"נ פליג אר"י וכתב ולא קשה לר' יוסף דמוקי שם בבכורות באין מומחה קושית הגמרא דקתני סיפא ואם היה מומחה פטור מלשלם הא הדין דחוזר דר"י דחק ומפרש סיפא באם א"א בחזרה פטור מלשלם וזהו סתירה לדברי עצמו דלפי' זה צ"ל באחד אם הוא מומחה ולא קבלו וא"א בחזרה חייב לשלם וקשה קושית הגמרא הא אינו קאי הוה הדר דינא דהא הוא מומחה וא"כ אין כאן דיני דגרמי ומה אריא מומחה בקבלה דהמשנה איירי בקבלה כנ"ל אפילו בלי קבלה פטור ועכצ"ל דר"י מוקי למשנה כר"מ ולר"מ אפילו הדר דינא חייב לשלם והוא דעת התו' ואולם הוא דעתו מסכים להש"ך. להכריע נגד התו' דבהדר דינא אפילו לר"מ פטור: ונשוב לגוף הדין דדעתו כרא"ה משום דאין טעם לדברי המחברים דיהיה ר"נ ור"י כחדא דאם המחזיר גדול בחכמה למה יוגרע כחו להחזיר הטעות הואיל דהטועה אינו מומחה ואילו היה הטועה מומחה היה מחזירו ועכשיו דאינו מומחה וכי בשביל זה יוגרע כח הגדול המעורר הטעות ומחזירו וגם סייע לדברי הרא"ה מרש"י דלרש"י דפי' בדברי ר"י דלכך באינו מומחה אינו חוזר דיטעון מי יאמר דטעיתה אולי דבריך הראשונים אמת ואילו יש כאן גדול האומר דברים האחרונים אמת

א"כ פשיטא דחוזר ואם כן מבורר דלר"נ אם יש גדול חוזר אפילו הטועה אינו מומחה ול"ל דר"נ ור"י אמרו דבר אחד זהו תמצית דבריו להכריע ואין בדבריו ממש נגד חכמי ישראל כאלה כי מה ששאל מה נשתנה אם היה הטועה מומחה וחכם או לא הלא סוף סוף המחזיר מומחה כבר בא הרא"ש ליתן טעם דאמת היה ראוי אף בשאינו מומחה להחזיר הדין רק חכמים ראו לקנוס לדיין הואיל והגיס לבו לדון יחידי והוא אינו מומחה ולכך תקנו שיהיה הדין קיים והוא ישלם מביתו ודברים אלו הם בדברי ירושלמי כנודע ומה שהקשה אם אין לדיין לשלם א"כ אף באינו מומחה יהיה הדין חוזר אין זו קושיא דלא נתנו חכמז"ל דבריהם לשעורים וכל תקנות חכמים היה על הרוב ולא חששו לדבר בלתי שכיח וזהו כל ורוב תקנות חז"ל דלא חששו למיעוט דמי יחוש לכל הדברים ואפשרות שיש בכל דבר והרז"ה נתן טעם דלכך באינו מומחה אין הדין חוזר דכיון דהוא מחוייב לשלם אם כן ליכא פסידא לבעל דין ולא תקנו חכמים שיהיה הדין חוזר. ולא קשה איפכא נימא דהדין חוזר ולא יהיה הדיין צריך לשלם. דיש לומר או דסבירא ליה גם כן סברת ירושלמי הנ"ל דקנסוהו גם כן הואיל ודן יחידי ואף זה כמוהו הואיל ואינו מומחה ראו חכמים כי טוב הוא לתקן דיהיה דינו קיים כשטועה וישלם מביתו למען יהיה בלתי מומחים מושכים ידיהם להיות דיינים ולא יהיה הדיוט קופץ בראש לדון דברי ריבים בשערי ישראל. וגם י"ל דסבירא ליה דוודאי קשה הדבר לבטל פס"ד ויהיה כחוכא ואטלולא היום כך ולמחר כך ויצחקו צעירים ואם אמרו בפ' חזקת הבתים דאיכא למ"ד אפילו נתברר הדבר בעדים וניכר טעות כעין ברור מכל מקום לא מהדרינן עובדא משום זילותא דבי דינא דיהיה דמיא לחוכא ואטלולא כמ"ש רשב"ם שם ומכ"ש הדבר בכה"ג ברק טעה בש"ה דהיה ראוי דלא ליהדר הדין רק משום פסידא דבע"ד לא חששו לכך ובטלו הפסק אבל במקום דאפשר לתקן שיהיה הדיין משלם וא"כ ליכא פסידא דבע"ד ומכל מקום לא יהיה זילותא לסתור הפסק ודאי דחששו לזילות' דבי דינא ולק"מ וא"ש ותמהני על הרב מהר"י הנ"ל שהשיב והשיג בדברים כאלה על רבותינו הקדמונים:

אמנם בגוף הדין של הרא"ה יש לתמוה דלדבריו ביש גדול אפילו המורה שטעה אינו מומחה חוזר אם כן הא דקתני דן הדין כו' מה שעשה עשוי דמיירי באין מומחה דהא קתני סיפא ואם היה מומחה וכו' איך אפשר שלא יהיה הדין חוזר הא ת"ל לא אלמן ישראל מן חכמים מובהקים ואם כן ודאי דיש גדול להחזיר דהא סתמא קתני אם יש גדול חוזר וכיון דהוא מכיר בטעות ויש גדול בישראל להחזיר פשיטא דחוזר וכי צריכים הטועה והמחזיר להיות בעיר אחת וח"ו דיהיה אבדה חכמים מישראל וכ"כ הרב מהר"ם בחדושיו לב"ק בשלמא אי אמרינן דכשטועה אינו מומחה אין מחזיר אפילו גדול הימנו

לק"מ אבל אי אמרינן לעולם חוזר קשה. והרב הש"ך בס"ק י"ד אות וי"ו דחק לשיטת האומרים דר"נ ור"י אמר למילתא בחדא מה דוחקיה דר"נ לומר הך דר"י ולחלק בין מומחה לאינו מומחה ולא אמר סתם סנהדרין איירי ביש גדול ובכורות באין גדול ומי הכריח לר"נ לחילוקו של ר' יוסף. ותי' הש"ך דהא משנה דבכורות דרישא מיירי בלי מומחה ואם כן מנא ידע דטעה ועכצ"ל דיש גדול המחזירו וקשה למה מה שעשה עשוי וצ"ל דבאינו מומחה אף ביש גדול קם דינא. ודברים אלו דחוקים בתכלית דכי בשביל דלא סביר רק גמיר לא יהיה יכול לעמוד על הטעות ובפרט שיחקור וידע דסוגין דעלמא כאידך מ"ד דהוי הטעות בשיקול הדעת. אבל לפמ"ש ניחא דכיון דאיירי שם בבכורות דן הדין כו' באינו מומחה אם כן יש גדול בלי ספק כלל דהא לא אלמן ישראל ת"ל מחכמים מומחים ואם כן אין יתכן דהדין קיים ועכצ"ל לר"נ באינו מומחה אפילו יש גדול אינו חוזר וא"ש ואם כן על הרא"ה דסבירא ליה דפליג אר"י קשה כנ"ל וצריך לומר דרא"ה אזיל לשיטתו דסבירא ליה כמ"ש הנ"י בשמו דר"נ סבירא ליה הך דר"ח לחלק בין נו"נ ביד ללא נו"נ ביד ובלא נו"נ ביד הוא דיש גדול מחזירין אבל בנו"נ ביד אפי' דיש גדול אין מחזירין ומוקי להך משנה דדן הדין בנו"נ ביד כר"ח ואם כן לק"מ הא יש גדול בישראל דמכל מקום אינו חוזר הואיל ונו"נ ביד אבל לדעת רוב מחברים ליתא להך סברא וכמ"ש מהר"י הנ"ל גופיה דלא נמצא לו לרא"ה בסברא זו חבר בפוסקים אם כן אף הך דינא ליתא ותלוי חד בחבריה וע"כ ר"ן ור"י כחדא קיימים. ומה שנסתייע מדברי רש"י כנ"ל לדבריו ברש"י יהיו דברי הרא"ש סותרין זא"ז דהא הרא"ש בראש דבריו כתב נראה כגירסת ופירוש רש"י והעתיק פירש"י אות באות מבלי שינוי כלל ובסוף העלה דכי קאמר ר"נ ביש גדול מחזירין היינו כשהטועה מומחה ואם לאו מכל מקום אין מחזירין והוא כדעת החולקים ארא"ה ויש כאן לדבריו סתירה מיניה וביי וגם רש"י לא הזכיר במילתא דר' יוסף כשיש גדול דחוזר אפילו באינו מומחה ולכן ברור דסבירא ליה בהא נחלק ר"י ור"נ ר"י סבירא ליה דלא תלוי כלל בחזרה אחר דטעון אותך קבלתי לדון ד"ת דהא מיירי הכל בקבלה אם כן יכול לומר על זה קבלתי אותך שתדון כפי דעתך ואותו אשמור לקיים כפי שכלך ואין אני משגיח בדברי שארי חכמי ישראל יהיו גדולים או רבים כי אותך קבלתי ואין אחר הקבלה כלום ואם הוא עצמו אומר שטע' יטעון מי יאמר ששכלך עתה שלם יותר מן הראשון ואולי האמת כפי שכלך הראשון וזהו באינו מומחה אבל מומחה שחוזר אין יכול לפקפק על חזרתו ולכך הדין חוזר והכל תלוי בדיין שנתקבל מבע"ד ולא באחרים כלל. וזהו סברת ר' יוסף אבל ר"נ חולק על סברא זו וסבירא ליה כיון דגדול הימנו אומר שטעה לאו כל כמיני' לומר לא עליהם אני סומך כיון שקבלוהו לד"ת ומי

שגדול בחכמה אליו תשמעון ולכך שורת הדין דחוזר רק באינו מומחה הטעם כמש"ל ברא"ש וברז"ה משום קנסא או זילותא דבי דינא ומכל מקום לדברי הכל לר"נ באין מומחה אפילו גדול אינו מחזיר אבל במומחה ביש גדול מחזיר. אך נבוכו המפורשים בדברי הרא"ש דמתחילה שינה ושילש בדבריו דהלכה כר"נ והיינו במומחה ויש גדול חוזר ולסוף דבריו הביא דעת הראב"ד דמומח' וקבלוה עליה אפילו יש גדול א"מ והביא ראייה מהך דאר"י למר זוטרא אם קבלך עליה לא תשלם ואם לאו זיל שלים ולמה לא החזיר דינו דהיה ר"י גדול ממ"ז ש"מ במומחה ויש גדול מ"מ אינו חוזר וכתב הרא"ש וכן נראה. והדברים סותרים והב"ח תי' דהך וכן נראה אינו לשון הרא"ש רק לשון הראב"ד והעתיקו הרא"ש לדברי הראב"ד אבל הוא לא סבירא ליה רק פסק כר"נ הגדול מחזיר וכבר השיגו הש"ך דזהו דוחק וא"א להלום בדברי הרא"ש ומדברי בעל פלפלא חריפתא נר' דנחית לחלק דבקבלוהו עליה הוא דסבירא ליה לראב"ד דאפילו יש גדול אינו מחזיר אבל במומחה ולא קבלוהו עליה הוא דיש לחלק בין יש גדול לאין גדול כמאמר ר"נ וצריך לומר לדבריו דבקבלוהו עליה יטעון מה לי בדעת שארי חכמים יהיו גדולים או רבים על דעתך סמיכנא וכמש"ל באריכות לדעת רש"י: (והנאני שראיתי שגם דעת הרב מסכים לסברתי שכתבתי ברש"י) והרווחנו בתירוץ זה קושית מהרש"א דהקשה למה לא החזיר ר"ע עובדא דר"ט דהא ר"ע היה גדול ממנו דלפמ"ש דבקבלו אין ביד גדול להחזיר ושם דבאה השאלה לפני ר"ט ה"ל כקבלהו עליה כמ"ש כל מחברים ובזו אין גדול מחזיר. אך גוף התי' אינו נח לי חדא דהא כתב הרא"ש להדיא דהלכה כר"נ והך סיפ' דבכורות דקתני דמומחה פטור לשלם איירי באין גדול להחזירו ולדעת התי"ט הא שם איירי בקבלהו עליה כמבואר בגמרא ורא"ש להדיא וא"כ אפילו גדול א"י להחזיר. ועוד עדיין קשה איך אמר ר"י למר זוטרא אי לא קבלוך זיל שלים ה"ל להחזירו דבלי קבלה גדול מחזיר. ולכן אין לדבריו קיום. והרב מהר"ם בעל פנים מאירות בחדושיו לב"ק האריך ותמצית דבריו דכיון דרב ששת פליג אר"ן וס"ל דאף כשיש גדול אינו מחזיר רק הא דתנן ד"מ מחזירין היינו בטועה בד"מ וגם ר' יוסף ס"ל תי' זה לכן פסק הראב"ד כר"י ור"ש ולא כר"ן. ודבריו תמוהי' חדא דהא מ"מ הרא"ש תמוה דמתחילה פסק כר"י ור"ן להדיא ואיך כתב דנראין דברי הראב"ד אשר פסק דלא כר"ן רק כר"י ור"ש. והרי דבריו סותרי' זא"ז אף גם לא הבנתי מה מוסיף או גורע בזה דכתב דר"ש ס"ל כר"י דהא ר"י אומר באינו מומחה אינו חוזר ע"כ כיון לטועה בש"ה דבד"מ בכל אדם חוזר כנודע במלת' דר"ש ואם כן ס"ל לר"י בש"ה לחלק בין מומחה לאינו מומחה עדיין קשה הך דבכורות דאיירי בש"ה איך קתני מומחה לרבי' פטור מתשלומין הא חוזר ובכל דברי

ר"ש אין כאן מעלה ארוכה לקושי' זו. ועכצ"ל דדחק ר"י ומפרש אם היה מומחה לרבים וא"א בחזרה פטור מלשלם כהנ"ל ואם כוונו לדוחק זו אצ"ל דר"י סבירא ליה הך דר"ש רק בלא"ה לר"י לחודיה לק"מ דהך דתנן ד"מ מחזירין היינו במומחה והך דבכורות באינו מומחה וסיפא במומחה באם א"א בחזרה פטור מתשלומין ולק"מ ואם כן גם מהך דמר זוטרא ל"ק למה לא החזירו ר"י דר"י לא סבירא ליה הך תי' דר"נ לומר ביש גדול חוזר ולגרמי' עביד ועיין מה שאכתוב לקמן בזה ולכן כל דבריו בלתי מובנים כלל ואין להולמן כלל ובפרטות בדברי הרא"ש דכתב דר"י ור"נ דברי שניהם עולים כאחד ולכאורה היה התי' יותר מרווח מה שכתב הרב מהר"י ואם הוא התפאר כאילו עמד על האמת ובירור בכוונת הראב"ד כבר קדמו הגאון חכם צבי ז"ל בתשובתו סימן נ"ג דחשב ליישב על קושיא דדברי הראב"ד בסנהדרין סותרים למ"ש הר"ן בפ"ק דע"ז בשם הראב"ד ורשב"א בברייתא דחכם שטימא וכו' דאם הטעות בשיקול הדעת אפי' גדול הימנו א"י להחזירו באיסור והיתר אע"ג דלענין ד"מ יכול להחזירו בא"ו א"י להחזירו רק בטוע' בד"מ וכו' ע"ש. וקשה הא אף בד"מ העלה הראב"ד דאין גדול יכול להחזירו ומכ"ש באיסור והיתר ומה זה דצריך לחלק בין ד"מ לא"ו. ולכך תי' דכי אמר הראב"ד דאף בד"מ אין גדול מחזירו היינו בנו"נ ביד דאלים כ"כ הוראתו דאפילו גדול אין יכול להחזירו אבל בלא נו"נ ביד דברי ר"ן שרירין וקיימים דגדול מחזיר ואין כאן שום סתירה בדברי הרא"ש וגם דברי הראב"ד נכונים דבא"ו אפילו לא נו"נ ביד דאז בד"מ הגדול מחזיר מ"מ בא"ו אינו מחזיר אם לא שטעה בד"מ וא"ש. ותירוץ זה היה נכון לכאורה אלא דקשה לי דא"כ צ"ל הך עובדא דמר זוטרא היה בנו"נ ביד ולכך לא החזירו ר' יוסף למר זוטרא כמ"ש הראב"ד ואם כן איך כתב הרא"ש אחר כך ואי לא קבלוהו ולא נקיט רשות מר"ג וטעה בש"ה מה שעשה עשוי וישלם מביתו אפילו לא נו"נ ביד כדאמר ר"י למ"ז ואי לא קבלך עליה זיל שלים עכ"ל וקשה מנלן דלא נו"נ ביד דחייב לשלם מהתם דהא הך עובדא היה בנו"נ ביד כמ"ש לראב"ד. ולכך י"ל חייב לשלם ומנלן דחייב לשלם בלי נו"נ ביד בלא קבלה עליה. ואף אם נשתוק מזה מכל מקום ברמזים כתב להדיא יחיד מומחה דדי בע"כ אפילו לא נט"ר מר"ג אם טעה בש"ה דינו דין וחייב לשלם אפילו לא נו"נ ביד ואם קבלוהו עליה או נט"ר מר"ג פטור מלשלם וקם דינא אפילו יש גדול להחזירו הרי דאפי' לא נו"נ ביד אין גדול מחזירו וכן הטור כתב ויחיד או שנים מומחים וקבלוהו עליה אפילו לא נט"ר מר"ג או אפילו ג' הדיוטות וטעו בש"ה פטורים מלשלם אפילו נו"נ ביד אפי' יש גדול מהם אין מחזירין וכו' הרי דכתב אפילו נו"נ ביד וכו' משמע דבלא נו"נ ביד פשיטא דאין גדול מחזיר ולכך לא הזכיר הך דינא דגדול מחזיר בשום פנים. וכלל

יחיד מומחה לג' הדיוטות בחד בבי ושם אין גדול מחזיר בשום אופן אפילו לא נו"נ ביד וה"ה ליחיד מומחה וזהו ברור ופשוט בדבריו ואם כן לא ידעתי איך עולה על לבם לפרש בדברי הרא"ש נגד הרמזים והטור דקי' לי' בשמועתו של אביו וידע מקורו של הראב"ד אי' מקומו ואיך נאמר אם דוקא בנו"נ ביד או בכל גווני. ותמול נחנו ולא נדע. וביחוד מהר"י הנ"ל תמה על הש"ך שלא פי' כמ"ש הוא ומה הוא התימה אם הש"ך דרך בדרך ישר וסלול של הטור ז"ל. וכן ברי"ו משמע להדיא דבכל גוונא אפילו לא נו"נ ביד ס"ל לראב"ד דאין גדול מחזיר וגלל כן כתב הש"ך דהרא"ש חזר מכל מה שכתב תחלה כר"ן והסכים להראב"ד דאפילו גדול אין מחזיר אך עדיין קושיא הנ"ל דהראב"ד סותר דבריו במ"ש בסנהדרין למס' ע"ז כהנ"ל במקומו וגם הדוחק מבואר דצ"ל דס"ל להרא"ש דר"י פליג אר"י וס"ל הך דבכורות באינו מומחה וסיפא אם יש מומחה איירי בא"א בחזרה כמש"ל ולא ס"ל הך דר"ן ביש גדול דמחזיר וקשה איך פסק כר"י במה דסתמא דגמרא דחי ליה ופריך מהך דקתני סיפא אם היה מומחה כו' ש"מ דלא סבירא ליה הך תירוץ דאיירי בכה"ג דא"א בחזרה ואיך פסק נגד סתמא דגמרא ובפרט דהלכה כר"ן בדיני. ומר' יוסף ומר זוטרא אין ראיה דר"י כגמריה עביד ועוד יש לתמוה על הרא"ש דכתב בע"ז פ"ק בברייתא חכם שטימא אין חבירו רשאי לטהר כו' ואם הודיעו לחכם השני שאותו חכם אוסר יכול שני להתווכח עמו ואם יכול להוכיח שטעה בדבר משנה יחזירהו ואם חלוק עליה בש"ה כו' וא"י להוכיח מתוך משנה או מתוך דברי אמוראים יאמר אני אומר כך אבל איני מתיר מה שאסרת מה שיצא מפיך לאסור וכו' וכתב הש"ך בס"ק י"ד אות ט"ו דדוקא בדבר משנה אבל בש"ה אין כח ביד חכם השני להחזירו ומשמע אפילו גדול הימנו מדלא חילק וצ"ל דס"ל כראב"ד דבא"ו אין כח ביד גדול להחזיר. ואילו בסנהדרין הוכיח דאף הגדול מחזיר מכל מקום אם אי אפשר בחזרה והוא מומחה פטור מלשלם דהא אמר ר"ע לר"ט פטור אתה שאתה מומחה לרבים וכו' ור"ע היה גדול ואילו הוה פרה חי היה אפשר להחזירו וכו' וקשה הא תרתי א"ל חדא טועה בד"מ וכו' ואם בש"ה מומחה לרבים אתה וא"כ בא"ו בש"ה אין כח ביד גדול להחזיר ומה ראיה מביא מן א"ו לד"מ דיש כח ביד גדול להחזיר ול"ל למסקנא דלר"מ אפילו הדר דינא חייב לשלם מדיני דגרמי א"כ ל"ל תרתי א"ל רק סתם פטור אתה מטעם מומחה אבל לעולם טועה בד"מ הוי ולא א"ל אי נמי בשיקול הדעת וכו' ובטועה בד"מ לכ"ע חוזר. דא"כ לא ה"ל לרא"ש לומר דר"ע גדול מר"ט דטועה בד"מ לעולם חוזר ואפילו אין גדול הימנו ואין בזה חולק כלל ועכצ"ל דרא"ש קאי אהך תי' ואי נמי טעה בש"ה וכו' וא"כ דברי הרא"ש סותרים ותמהני מהש"ך שלא הרגיש בזה. ולכן נראה דיש להבין בתו' דף ל"ג ד"ה כאן במומחה

כו' דהקשו הא דאר"י למר זוטרא אי קבלך עלי' לא תשלם כו' למה לא היה הדין חוזר דהא היה מומחה ותי' וי"מ דמומחה דהכא היינו סמוך עכ"ל ויש להבין דא"כ דרבי יוסף ומר זוטרא לא היו סמוכים איך אמרו ואם קבלוהו לא תשלם הא נאמר אם היה מומחה לרבים פטור וצ"ל דכי בעינן סמוך היינו שיהיה הדין חוזר אבל לענין פיטור מתשלומין אם הוא מומחה לרבים דיכול לדון יחיד בעל כרחו הרי זה פטור דהא דן ברשות חכמים אך לפי זה קשה מה פריך הגמרא לר"י דמוקי להך דדן הדין באינו מומחה מדקתני סיפא ואם היה מומחה פטור ש"מ דאינו חוזר דמה קושיא דלמא סיפא איירי במומחה לרבים דגמיר וסביר ובקי אבל אינו סמוך והדין קיים ומכל מקום פטור מתשלומין כעובדא דמר זוטרא. ודוחק לומר דקשיא לי' איך קתני סתמא אם היה מומחה לרבים דאף סמוך בכלל וסמוך הא הדין חוזר דמה קושיא המשנה איירי בהך מומחה דלי' בי' חזרה דאם חוזר פשיטא דפטור מתשלומין וגם בתי' דר"ן דביש גדול מחזירין גם כן קשה איך קתני סתמא ואם היה מומחה הא בגדול הימנו מחזירין וכהנה בשארי תי' בגמרא וכן הקשה הש"ך על התו' אלא שע"י קו' זו דחה לדברי תו' בשתי ידים ודוחק לומר דזה לא קשיא לתו' על הא דאמר לי' אי קבלוך לא תשלם למה לא החזירו ר"י די"ל באמת כך פי' לא תשלם דהדין חוזר רק הקושיא באמרו אי לא קבלוך זיל שלים אמאי הא הדין חוזר וכן משמע במרדכי דהקושיא הוא דאפילו לא קבלוהו ה"ל לחזור ולא לשלם. וליכא למימר כי יש בידו להחזיר הפסק היינו בקבלוהו ובהו מחלק ר"י בין מומחה לאינו מומחה אבל בלא קבלוהו אפילו מומחה א"י להחזיר כיון דדן בלי קבלה אינם מחוייבים הבע"ד לשמוע עוד לחזרתו דהא ר' יוסף מוקי למשנה דקתני ד"מ מחזירין וכו' במומחה וכי איירי המשנה בקבלוהו הא דומי' דד"נ קתני ומה קבלה שייך בד"נ (ועיין שכתבתי כן לעיל סק"ה בישוב דברי הרי"ף ע"ש) וע"ז תי' התו' דלעולם בלי קבלה א"א למומחה להחזיר רק ה"מ במומחה דאינו סמוך אבל במומחה דסמוך דנט"ר מב"ד והוי כנט"ר מר"ג א"כ הוי כמו קבלת בע"ד כנודע בכל דוכתי ולכך יש בידו להחזיר ואם כן משנה איירי במומחה דסמוך דומי' ד"נ ולכך יכול להחזיר אפילו לא קבלוהו דסמיכה היינו קבלה אבל מ"ז דלא היה סמוך ולא קבלוהו אין בידו להחזיר ולכך אמר לו זיל שלים. אבל בקבלוהו דיכול מומחה לחזור ופטור מתשלומין בזו אין חילוק בין סמוך למומחה דגמיר וסביר דמ"ש דהא א"צ לנט"ר דהא קבלוהו בע"ד ואם כן שפיר פריך הגמרא מהך דאם היה מומחה לרבים דהא שם איירי בקבלה כמ"ש רש"י ובזו ליכא לחלק בין מומחה דסמוך לאינו סמוך. ועיין בש"ך ס"ק י"ד הנ"ל אות ה' דכתב ג"כ סברות הללו לחלק בין קבלוהו ע"ש. איברא אף דלהמעיין במרדכי ריש פרק א' ד"מ יראה בעיני' דגם הוא כיון

למ"ש בכל הדברים מכל מקום דחוק לומר דהפי' לא תשלם הוא משום דהדין חוזר וגם סברא זו לחלוק בענין החזרת מומחה בקבלה או לא דחוק דאדרבה אם דן בעל כרחו שלא בקבלה וטעה למה לא יהיה סיפק בידו להחזיר אם לא שנאמר הואיל וחייב לשלם אין מחזיר כמ"ש מחברים וטעם זה לא משמע בתו' ולכן יותר נראה דס"ל לתו' כמ"ש כל מחברים דר"י ור"נ אמרו דבר אחד. ופי' המרדכי דהא דאר"י כאן ביש מומחה כאן בשאין מומחה מוסב גם כן במלתא דר"ן ואין פי' כאן שיש מומחה על הדיין טועה לבד רק גם על דיין המחזירו גם כן כאן שיש מומחה שדיין המחזירו הוא גדול והוא מומחה אז יש בידו להחזיר אבל כאן כשאין דיין המחזיר מומחה אף שגדול הוא אין בידו להחזיר ע"ש במרדכי. ואם כן קושית התו' למה לא החזיר ר"י למר זוטרא דהיה גדול הימנו והיה גם כן מומחה (וכן צ"ל במרדכי שם דהקשה דמר זוטרא היה מומחה דכוותנו ור"י היה גדול הימנו דהא סבירא לי' דר"י ור"נ לדעה אחת נתכוונו) וע"ז תי' התו' דמומחה דהכא היינו בסמוך ואין כוונת התו' על מומחה הטועה דמה סברא יש לחלק במומחה הטועה אם גמיר וסביר ולא נסמך או נסמך דהלא כל הטעם דלכך באינו מומחה אינו חוזר דלא ה"ל לדון יחידי ומשלם ומומחה דגמיר וסביר וקבלוה עליה הא אינו משלם והורשה לדון יחידי ופשיטא דחוזר רק בגדול המומחה המחזיר וזהו לא קביל עליה הבע"ד כלל ואם כן אף שהוא גדול בחכמה מכל מקום מי שמהו לשר ושופט שיבטל דין של זה מה שקבלוהו עליה ואם כן אין כחו להחזיר רק אם הוא סמוך מב"ד הגדול הרי הוא מורשה ונט"ר מב"ד הוי כקבלוהו ואז הוי ב"ד הגדול ויכול לבטל ולהחזיר ואם כן אתיא שפיר בזה לחלק בין סמוך לאינו סמוך וע"ז כוונו התו' דמומחה היינו בסמיכי היינו מומחה המחזיר ולא מומחה הטועה ולכך לא החזיר ר"י למר זוטרא דלא היה ר"י סמוך ור"י ור"ן סבירא להו דצריך מומחה גדול להחזיר ואותו מומחה צריך להיות סמוך וא"ש והמעיין יבחר בשני פי' הנ"ל והרב הש"ך לא העמיק פה כל הצורך. אבל יהיה בתו' הפי' מה שיהיה נראה דהראב"ד ס"ל כמ"ש דוודאי לא יחלוק הראב"ד דקיי"ל כר"ן דס"ל דגדול מחזיר ואי סבירא ליה דאין הלכה כר"ן ה"ל להרא"ש להביא דהראב"ד פסק כר"ח כהרי"ף ולא כר"ן אלא ברור דסבירא ליה לראב"ד כמ"ש דאותו גדול צריך להיות סמוך והראב"ד אמרו להלכה לדידן דבעו"ה אבדה הסמיכה דאין ביד גדול להחזיר דהא אין כאן סמוך והוכיח מדלא החזיר ר"י למ"ז ש"מ דלא היה סמוך ואינו מחזיר ור' נחמן איירי לדינא דמשנה ולתרוצי המשנה קאתא בזמן דהיו סמוכים ואז הגדול הסמוך מחזיר וא"ש ובזו יובנו ג"כ דברי הרא"ש דמתחלה העתיק סוגית הלכה ובירור דבריו בעומק הלכה והשיטה איך ומה והעלה הלכה כר"י וכר"ן דאמרו דבר אחד וכן הנכון באמת אבל

אחר כך כתב כללא דמילתא וכו' דחזר לברר הדין הלכה למעשה לדידן בבואו למידה זו במומחה ויש גדול הימנו אבל וודאי דאינו סמוך כי בעו"ה בטלה מבינינו הביא דעת י"מ דלא סבירא להו כראב"ד ואפילו באינו סמוך גדול מחזיר וכמש"ל בתי' הראשון בישוב דברי מרדכי ועיין עוד מש"ל בכוונת רש"י ע"ש. ואחר כך הביא דעת הראב"ד דהוכיח מדלא החזיר ר"י למ"ז ש"מ דאפילו גדול אינו מחזיר והיינו באינו סמוך ומיירי מדידן דלית לנו סמוכים וכתב דאין מועיל חזרה אפילו מגדול כמו בר' יוסף ור"ן אמר למילתיה בסמוך לדינא דמשנה דהיו סמוכים והסכים הרא"ש עמו וכתב וכן נראה שהוא כמעט דעת תו' ולכך לא הביא דעת התו' כדרכו תמיד של הרא"ש מבלי להשליך דברי התו' אחרי גיוו כי גם דעת התו' יש להסכים עמו וא"ש:

ובהכי ניחא דברי הטור ברמזים ובטור דפסק דאפילו גדול הימנו א"י להחזיר דכיון דליכא בעו"ה סמוכים בזמנינו ולא שייך הך דר' נחמן כלל. ואין לשאול למה העתיק הרא"ש מתחילה דברי ר"נ ודהלכה כמותו כיון דלא נ"מ לדינא הוא דהא בעו"ה פסקה הסמיכה דמלבד די"ל רהיטא דשמעתא ותוכן סוגית הגמרא קמפרש ואזיל וקמ"ל דר"י ור"נ אמרו דבר א' ואם כן הלכה כוותי' ודלא כר"ח דסבירא ליה אם לא נו"נ ביד לעולם חוזר וכוותי' פוסק הרי"ף ולכך קמ"ל הוא דר"י ור"נ בחדא שיטה קיימי והלכתא כוותי' ובפרט כר"נ בדיני ואם כן אפילו לא נו"נ ביד קם דינא ועוד הלא מזה דהלכה כר"נ למדנו דלענין מומחה דפטור מתשלומין א"צ סמוך רק גמיר וסביר ולא תימא דגם בזה בעינן סמוך ור"י ומ"ז סמוך היה ולכן כיון דהעלה הלכה כר"נ דגדול מחזיר ומכל מקום לא החזיר ר"י למ"ז ש"מ דלא היה סמוך ומכל מקום א"ל אי קבלך לא תשלם והדין מוכרח. וכהנה רבות נ"מ דמסתעף מזה וכאשר נכתוב עוד קצת ממנו אי"ה. ובהכי מיושבים דברי הראב"ד בפ"ק דע"ז דנחית לחלק בין ד"מ לאיסור והיתר שבא"ו אין גדול מחזיר דהראב"ד לפרושי ברייתא חכם שטימא אין חבירו רשאי לטהר קאתא דברייתא מיירי אפילו בסמוך וקשיא ליה בסמוך הא יכול גדול להחזיר ולכך חילק בין ד"מ לא"ו. אבל לדידן באמת א"צ לחלק ולכך הרא"ש אף דלס"ל בזה כהראב"ד לחלק בין ד"מ לא"ו לענין החזרת גדול כאשר הוכחנו לעיל מדבריו מכל מקום פסק בע"ז דבטעות בש"ה אין חכם השני יוכל להתיר מה שאסר חבירו ולא חילק בין גדול הימנו או אינו גדול דכתב דין זה לדידן ובעו"ה אין לנו סמוכים ונפל הך החזרת גדול בבירא וא"ש ולק"מ בכל הקושיא:

איברא דקושית הר"ן קשיא ליה לראב"ד איך פסק ואמר דבא"ו אין חוזר אפילו ביש גדול הא על הך טימא הטהור מוקי ר"י בנגע בשרץ ש"מ דאפילו בהך דהוא א"ו מכל מקום בעינן דוקא נו"נ ביד אבל זולת זה חוזר. והרב הש"ך בס"ק הנ"ל אות ט"ו ט"ז י"ז

י"ח האריך ותמצית דבריו דבאמת הא דקאמר ר"ח בנגע בשרץ לא משום דזולת זה חוזר הדין דודאי קם דינא רק הוצרך לומר נו"נ ביד דאל"כ אין הדיין משלם מביתו. וכתב דע"כ צריך לומר דר"ח מוקי כרבנן דאי לר"מ אפילו לאו נו"נ ביד נמי ודבריו אינם מובנים דמה ענין ר"מ ורבנן להחזרת דין הנ"מ דיש בין ר"מ לרבנן הוא לענין תשלומין אבל לענין חזרת דין אין כאן מחלוקת כלל ולכך ר"ח סבירא ליה כר"מ דהכי הלכתא ומכל מקום מוקי ליה בנו"נ ביד משום דזולת כן הדין חוזר אבל לומר דלכך מוקי ליה בנגע בשרץ משום תשלומין כיון דקי"ל כר"מ ומהכ"ת לאוקמי דלא כהלכתא והגמרא בב"ק ובכורות דחה כדרך תלמודא דאין להוכיח דמשנה כר"מ די"ל כרבנן בנו"נ ביד אבל ר"ח דאמר אוקומתא בקושטא בנגע בשרץ מה שאין צורך כיון דקי"ל כר"מ. ואפילו נימא דראב"ד סבירא ליה כהרי"ף דאף לר"מ בלי נו"נ ביד פטור מתשלומין מכל מקום הא העלה הרמב"ן להדיא דאם קם דינא אף הרי"ף מודה לר"מ חייב כקושית הגמרא בר"ט בשלמא אי קם דינא כו'. ובטימא הטהור הא לשיטת הראב"ד קם דינא ואין כח ביד שום חכם להחזיר ופשיטא דמשלם. ודוחק לומר דהרמב"ן אזיל לשיטתו דסבירא ליה בטועה בד"מ דהדר דינא אם נו"נ ביד חייב ה"ה לר"מ בקם דינא כמו שהוכחתי לעיל אבל לשיטת הרשב"א דכתבתי לעיל דאפילו נו"נ ביד פטור וצריך לומר דלא שייך ד"ג בדיין היותו אונס אף בקם דינא לר"מ פטור בשלא נו"נ ביד וכמש"ל באריכות סק"ג ולכך הראב"ד ורשב"א בחדא שיט' קיימי והר"ן דהקשה הוא לשיטת הרמב"ן אך עם כל זה דוחק דמשני בנגע בשרץ לא בשביל חזרת הדין מה דגמ' אייר בי' ועוד דא"א לומר דראב"ד ס"ל כהרי"ף ואפילו בקם דינא פטור לר"מ ואם כן ע"כ משנה דדן הדין בנו"נ ביד ואם כן א"צ תו לתי' דר"י ור"נ ביש גדול ומומחה להחזיר דהא ע"כ בלא"ה איירי בנו"נ ביד ומהכ"ת יהיה הדין חוזר ואם כן הלכתא כר"ח והא הראב"ד כתב בד"מ חבירו המומחה ממנו חוזר ומזכה והיינו כר"ן. דלר"ח בלא"ה אפילו אין חבירו מומחה ממנו כ"כ דלא נו"נ ביד חוזר ואם אמרינן דר"י ור"ן סבירא ליה ביש גדול מחזיר אפילו נו"נ ביד ולכך מוקי למשנה דדן הדין באין גדול אבל מודים דאיירי בנו"נ ביד דאל"כ אין כאן תשלומין עדיין הקושיא במקומו לאיזה צורך מוקי ר"ח בנגע בשרץ דאי משום תשלומין הא אף לר"ן איירי בכה"ג וא"צ זה לר"ח ואי לחזרה הא בא"ו א"א להחזיר כלל:

ותירוץ השני של הש"ך דלא סבירא ליה לראב"ד כר"ח רק כר"ש (וצריך לומר כוונתו כר"ן דבמילתא דר"ש לית פלוגתא וגם הוא הראב"ד כתב להדיא כר"ן) ולכך סבירא ליה לחלק לכאורה אין מספיק דמנ"ל לראב"ד חילוק זה ול"ל ברייתא חכם שטימא אין חבירו רשאי לטהר קשי' לי' דמשמע סתם אפילו גדול בחכמה הימנו. דעדיין קשה א"כ

ר"ח דסבירא ליה דאף בא"ו כל זמן דלא נו"נ ביד חוזר האיך מתוקמ' הך ברייתא חכם שטימא כו' דזהו וודאי לא איירי בנו"נ ביד דאיך חבירו יטהר וכן פריך מהך ברייתא דחולין ובנדה ולא ס"ד לומר דהך ברייתא בנו"נ ביד דוקא איירי ולא היה מקום לקושית הגמרא דהך עובדא בחולין ובנדה לא היה ט"נ ביד כלל. ועכצ"ל דסבירא ליה לר"ח או כמ"ש הר"ן דלא יתיר משום כבודו בלי ידיעתו או כמ"ש מהר"י תאומים ז"ל תי' שונים לחלק דשם איירי בדבר דתלוי בסבר' וכדומה אם כן אף לר"ן נימא כן דכיון דר"ח סבירא ליה כן ומנלן לחלק השוי' ולעשות מחלוקת בין אמוראין מה דלא מצינו או מוכרחים לומר כן ולכן צ"ל בישובו א' משנים או דסבירא ליה לחלק כי אמרינן אפילו בא"ו יש בו חזרה כ"כ דלא נו"נ ביד כדאמרינן בנגע בשרץ היינו אם המורה אינו מומחה ולא אלים כ"כ הוראתו וכחו דאיסורא ויש ביד חכם להחזירו ולכך דן הדין טימא הטהור דאיירי באינו מומחה לולי דנגע בשרץ כבר היה בחזרה אבל מומחה דהורה לאיסור הואיל הוא מומחה אלים כחו וחל הוראתו בכל עוז ואיסור כי הורה זקן להחמיר ואין ביד שום חכם להתירו ולכך ברייתא קתני חכם שאסר דהיינו מומחה ואין ביד חכם להתיר ויפה כתב הראב"ד אף דבד"מ סבירא ליה לר"ן ור"י אפילו מומחה שדן הגדול ממנו מחזירו אבל בא"ו אינו כן ואין להחזיר הוראת חכם מומחה ולק"מ. והר"ן והתו' בע"ז שם דף ג' ד"ה הנשאל דכתבו לר"ח אם לא ט"נ ביד אפי' בא"ו חוזר ולא חילקו בין הוראת מומחה לאינו מימחה צריך לומר דסבירא להו כדעת נ"י הובא לעיל סעי' א' דכל המגיע להוראה ומורה הוי מומחה לענין א"ו ואם כן טימא את הטהור ע"כ איירי בהגיע להוראה דאל"כ רבים חללים הפיל ופשיטא דאין ממש בהוראתו והא דמשלם צ"ל דלא קבלהו כמש"ל ומ"מ מוקמינן בנגע בשרץ ש"מ דאפילו במומחה חוזר אך כבר כתבתי לעיל דזה צ"ע להרב רמ"א ונ"י ודוחק לחלק במשנה וצ"ע ע"ש:

ועוד י"ל דבאמת לא ילפי' הך דינא דבא"ו אין ביד גדול להחזיר מכח הך ברייתא דחכם שטימא כו' דבזו י"ל כדאמרינן לר"ח כנ"ל רק לר"ן דסבירא ליה דגדול מחזיר קשי' ליה קושית מהרש"א ל"ל דאמר ר"ע לר"ט דפטור היותו מומחה לרבים תיפוק ליה דר"ע גדול מר"ט ומחזיר וכיון דהדר דינא פטור מתשלומין ותי' הש"ך מ"ש באות ג' בס"ק זו לא שמיעה ליה ולא סבירא ליה דהוא דוחק ומזה הכריחו דינם דבא"ו אין גדול מחזיר ועובדא דר"ט היה בא"ו ואם כן לר"ן מכח קושיא דר"ט צריך לחלק בין ד"מ לא"ו אבל לר"ח דלא סבירא ליה הך סברא דגדול מחזיר ואם כן ל"ק מר"ט ולא סבירא ליה לחלק בין ד"מ לא"ו כיון דלי' כאן הוכח' ומהכ"ת לחלק ולכך אוקמה בטימא הטהור בנגע בשרץ ולק"מ ולכך הר"ן להשיג עליהם החליט דהלכה כר"ח כדעת הרי"ף ולא הקשה

סתם מדר"ח נשמע לכל אמוראי כמש"ל דלר"ן צ"ל כן. וכן בחולין פא"ט דאמר ר"א זילו לרבא דלשלם דמי תורא ופירש רשב"א שם דהיה הטעות בשיקול הדעת ולכך קם דינא ואף דהיה מומחה מכל מקום לא קבלהו וקשה הא ר' אבא היה גדול ממנו למה לא החזירו ואף בשיקול הדעת לא קם דינא אבל לפי מ"ש דא"ו אין גדול מחזיר ניחא וגם זהו ראיה לראב"ד ורשב"א וא"ש:

ונשוב להנ"ל דדעת הראב"ד והרא"ש והטור וכן העתיקו רמ"א דבזה"ז אין שייך חזרה אפי' בגדול הימנו ואולם הסמ"ג יצא ודעתו דעת ג' דפסק מומחה דסמוך חוזר אבל אינו סמוך אינו חוזר ומ"מ פטור מתשלומין היותו מומחה וקבלוהו עליה כדאמר ר"י למר זוטרא אי קבלך לא תשלם ולא הזכיר כלל מיש גדול הימנו להחזירו והיינו רק מימרא דר' יוסף ולא דר"נ. ואחר כך העתיק המשנה דן את הדין וכו' וכתב דמוקי ליה בסנהדרין בקבלו עליה ובנו"נ ביד והיינו כר"ח והש"ך כתב שדבריו מגומגים ובאמת י"ל דפסק כר"ח וגם מחלק בין מומחה וכו' וגם איך פסק כר"י במה דגמרא פריך אר"י מדקתני סיפא ואם היה מומחה וגם עליה קושיא הנ"ל במקומו דמה פריך הגמרא מסיפא דקתני ואם היה מומחה וכו' דלמא מיירי במומחה בלתי סמוך דפטור מתשלומין ומ"מ אינו חוזר וכן הקשה הש"ך אתו', וכל מש"ל בישובו לאקאי לשיטת הסמ"ג. ולכן נראה דסבירא ליה לסמ"ג דודאי תי' דר"ח לחודיה לא קאי דאם כן אם לא ט"נ ביד חוזר קשה מר"ט דסבירא ליה כמ"ש רמב"ן דדוחק לומר דר"ט היה נו"נ ביד להאכיל הפרה לכלבים ואם כן עדיין קשה מה אריא דהוא מומחה אפילו אינו מומחה הא הדר דינא ואפילו נימא כתי' הגמרא ואי נמי טועה בש"ה את וכו' הא אף בש"ה כל כמה דלא נו"נ ביד הדר דינא ואם כן פטור ומש"ל בישוב דברי הרמב"ן בזה לא סבירא ליה לסמ"ג. ולכך סבירא ליה דר' יוסף תי' לחלק מומחה חוזר אינו מומחה אינו חוזר וע"ז הקשה הגמרא מסיפא אם היה מומחה לרבים וכו' וע"ז באו אמוראים לתרוצי מילתא דר' יוסף ר"נ מיישב ליה כאן *שיש* גדול הימנו וכו' ור"ח מישב ליה מילתא דר"י בנו"נ בידו היינו תרתי תי' דר"י ודר"ח *שייכי* בהדדי אם אינו מומחה לעולם אינו חוזר אפילו לא נו"נ ביד מטעם שכתב רש"י מי יימר דהאמת אתך עכשיו דלמא כמקדם אבל במומחה דל"ל הכי והיינו מומחה דסמוך אם לא נו"נ ביד חוזר אבל אם נו"נ ביד אין בו חזרה. ומעתה לק"מ דמהך קושית הגמרא מדקתני סיפא ואם היה מומחה כו' לא קשה הא מומחה חוזר דודאי הקשינו דלמא איירי סיפא במומחה דאינו סמיך רק י"ל דמומחה פטור מתשלומין הוא מתקנת חכמים כמ"ש הרי"ף דאל"כ ימנע לדון ולכן במומחה הראוי לדון ואליו יבואו כל ריב פטרוהו חכמים מתשלומין רק תקנה זו היה בזמן המשנה דהיה שכיחי סמוכים הדנים ואם כן מהכ"ת

יתקנו חכמים תקנה זו דבאינו מומחים כלל יהא חייב בתשלומין ובסמוכים הא א"צ לתקנה דהרי הדר דינא ובשביל מומחה דאינו סמוך לחוד וודאי לא תקנו סבירא ליה לגמרא דבזמן דהיה סמיכה נוהג ודאי אנשים כאלה שהיה מומחה לרבים היו נסמכים מפי ב"ד והיה הדין חוזר ואם כן לא בשביל זה מעוטי תקנו חכמים וגם מה בכך דימנעו לדון יבוא דברי ריב לפני סמוכים גמורים. ושפיר פריך הגמ' מדקתני סיפא ואם היה מומחה פטור מתשלומין ש"מ אפילו סמוכים אינו בגדר חזרה דאל"כ לאיזה צורך יחקנו על בלתי סמוכים. אבל ר"ח דתי' אפילו בסמוכים ישנו במציאות דאינו בגדר חזרה והיינו בנו"נ ביד ואם כן היה התקנה דרך כלל לכל מומחים הן סמוכים והן אינם סמוכי' בשאי אפשר להחזיר הדין יפטרו מתשלומין ובסמוכים ישנו במציאות בנו"נ ביד ול"ק מה תיקון יש לא יהיה נו"נ ביד דכבר כתבתי לעיל (בישוב דברי הרי"ף כפי' על ידי שליח ב"ד היינו נו"נ ביד וזהו מהצורך ממש בכל עת) וממילא הדין באינו סמוכים בלי נו"נ ביד דאינו בחזרה דפטור מתשלומין דהתקנה היה דרך כוללת כמ"ש ואם כן מתניתין דן הדין איירי בכל גווני הן בנו"נ ביד והן בלי נו"נ ביד ולכך קתני ואם היה מומחה פטור מלשלם דאיירי מומחה דלא סמוך ואינו בחזרה ומכל מקום לא קשה למה לא קתני הך בבא נמי דאם היה סמוך חוזר. דמיירי בכל גווני אפילו בנו"נ ביד ובהא אף בסמוך אינו חוזר. וכן י"ל דלכך הקשה מר"י מהך סיפא ואם היה מומחה ולא תי' דאיירי במומחה דלא סמוך דהוה קשה למה לא קתני נמי הך בבא דבמומחה דסמוך חוזר הדין למה השמיט המשנה הך דינא אבל לתי' ר"ח ניחא דמשנה איירי אפילו בנו"נ ביד ובזהו אפילו מומחה דסמיך אינו חוזר. ומעתה לא קשיא לר"ט מידי דלולי היה ר"ט מומחה אפילו לא נו"נ ביד אינו חוזר בש"ה רק הא דחוזר הואיל והוא מומחה וכך אמר ליה מומחה לרבים ומה לי אם יאמר לו דפטור מתשלומין או דישנו בחזרה והואיל וא"א למיהדר פטור היינו הך סוף כל סוף צ"ל לו משום מומחה וכ"כ הש"ך בישוב קושית מהרש"א וא"ש: ואם כן פסק הסמ"ג כר"י ור"ח ולכך פסק מתחילה סתם באינו סמוך לעולם אינו חוזר ולכך לא הדר ר"י למ"ז דלא היה סמוך רק פטור מתשלומין אם קבלהו כנאמר גבי מר זוטרא ובסמוך חוזר והיינו בלי נו"נ ביד אבל בנו"נ ביד לעולם אפילו סמוך אינו חוזר. ולכך דן הדין דקתני סתמא אם היה מומחה אפילו סמיך איירי בנו"נ ביד ואין כאן חזרה כלל אפילו לסמוך וא"ש ודוק. ומזה אף דבירר לעצמו ממש שיט' חדש' מכל מקום לדינא לדידן דל"ל סמוכים שוה כהרא"ש והטור דאפילו לא נו"נ ביד ואפילו יש גדול אינו חוזר דהא השמיט הך תי' של ר"ן בהחזרת גדול ומומחה דחוזר בלי נו"נ ביד היינו סמוך אבל אינו סמוך אינו חוזר ופטור מתשלומין והן הן כדברי הטור והרא"ש:

אבל הש"ך הביא דעת רבים מחברים החולקים אראב"ד וסבירא להו אף בזה"ז אם יש גדול מחזיר בלי נו"נ ביד ואפשר אפילו בנו"נ ביד נמי כיון דפסקו כר"נ ודלא כר"ח והן הן היש מפרשים שהביא הרא"ש ובגוף הקושיא מראב"ד דלמה לא החזיר ר"י למר זוטרא עיין מש"ל בכוונת דברי המרדכי אשר מיושב קושיא זו והנה הרב הש"ך תי' דלא היה אפשר בחזרה שהלך בעל דין למדינת הים וכדומה ולכך אמר לא תשלם אבל אי לא קבלו תשלם אע"ג דהדר דינא משום דינא דגרמי לשיטת התו' ולשיטת הרי"ף בנו"נ ביד כמ"ש הרי"ף להדיא. ואי קשה אם כן מנלן לגמרא להוכיח דיחיד דן בע"כ בלי קבלה ופירש"י מדאמר ליה תשלם ולא אמר הדר דינא דהא א"א בחזרה ואם כן חייב מד"ג ומכ"ש להרי"ף בנו"נ ביד דחייב כמ"ש הרי"ף בבא ה' דאי ליה רשות למידן ונו"נ ביד חייב מתורת מזיק ע"ש. תי' הש"ך בס"ק למ"ד בביאור דאם אינו יכול לדון בע"כ אם כן אף בקבלוהו עליה יצטרך לשלם דמה שקבלהו היה שיהיה דינו קיים אבל לא שיפטור מתשלומין ועכצ"ל דבלי קבלה דינו דין והיה ע"כ הקבלה לפטור מתשלומין ולכך אמר לא תשלם. ובסברא זו חשב הרב הש"ך סק"ל לישב פירש"י דפי' אם קבלך עליה לגמרי בין לדין ובין לטעות לא תשלם וחי לא קבלו טעותך ואמרו דון לנו ד"ת זיל שלים. והקשו התו' דאם כן מנל. בלי קבלה כלל שיכול לדון בע"כ דלמא התם אף דלא קבלוהו בין לדין ובין לטעות מכל מקום קבלהו לדון ד"ת ולכך פי' התו' אי לא קבלוך כלל רק דדן בע"כ עכ"ל ומיישב הש"ך דברי רש"י דאין כוונת רש"י דאמרו בפי' הרי אנו מקבלים אותך בין לדין ובין לטעות רק כוונת רש"י שאמרו סתם הרי אנו מקבלים אותך ואנו אומרים דעל כרחך היה כוונתם לדין וכן לטעות דאל"כ מה צורך לקבלה הא בלא"ה יכול לדון. ולכך לא ישלם אבל אם לא קבלוהו בסתם רק אמרו להדיא דון לנו ד"ת פשיטא דחייב לשלם. ודייק הגמרא דע"כ בלי קבלה יכול לדון בע"כ דאל"כ מנלן דקבלה סתם כוונתם לדין ולטעות דהא הוצרכו לקבלו דאל"כ אין לו לדון כלל עכ"ל הש"ך. ואין דעתי נוחה בדברים האלה כי מלבד דכבר כתבתי לעיל דאי טיב הקבלה הוא רק שבאים לפניו לדון כמ"ש הש"ך גופיה בס"ק י"ב בשם רוב מחברים א"כ איך שייך לומר דבשביל כך קבלוהו בין לדין ובין לטעות דאל"כ הקבלה ל"ל הא לית כאן מילתא יתירתה וכי בשביל שהיה נכנע לדברי הדיין ולא ביקש לסרב כי ידע שיש לאל ידו לכופו והלך ברצון הטוב יהיה הקבלה לומר דאף בטעות קבלוהו עליה זהו מהנמנע. אף גם אי לזה הוכחה היה כוונת הגמ' עד דדחיק מהך עובדא דמר זוטרא ה"ל להביא משנה שלימה דביחיד מומחה פטור מתשלומין בקבלה וקשה למה בשלמא אי בלי קבלה יכול לדון בע"כ אהני קבלה לפוטרו מתשלומין משא"כ אי לא מצי לדון בע"כ למה יפטור בקבלה מתשלומין

וכמ"ש הש"ך גבי מר זוטרא ול"ל דהא משנה איירי בנט"ר מר"ג כס"ד בגמרא על הך ברייתא דיחיד מומחה דן ביחידי דמה בכך דלא עדיף נט"ר מקבלת בע"ד בעצמו כמ"ש הש"ך בכמה דוכתי' ואי ס"ד בקבלת בע"ד חייב בתשלומין אף בנט"ר חייב וא"כ כל מה דמייתי ממר זוטרא ה"ל לאתויי ממשנה הנ"ל. וביחוד מ"ש הש"ך ליישב דברי רש"י בלתי מובן דהלא כל קושית התו' על רש"י במה דפי' אם לא קבלו עליך דפי' דון לנו ד"ת בזו הקשו ופירשו הם בסתם דלא קבלוהו כלל אבל על זה דפירש"י בקבלו בין לדין ובין לטעות לא הקשו התו' כלום ארש"י ובקושיא זו שהקשו לא תי' הש"ך כלום דאף הש"ך מודה בלי קבלה כלל יכול לדון ג"כ בע"כ ומזה הוכיח דבקבלה ע"כ כוונתם אף לטעות וא"כ מה דוחקה לרש"י לפרש לא קבלוהו שאמר דון לנו ד"ת ולא כפשוטה דלא קבלוהו כלל וכלל דמ"מ יכול לדון וא"כ הכרח הגמרא כפשוטה וא"צ לעשות הוכחה בדרך רחוק. ואין לומר דס"ל לרש"י אמת אף בלי קבלה יכול לדון בע"כ כהוכחת הגמרא אבל מכל מקום אי טעה אף בש"ה הדין חוזר כיון דדן בלי קבלת בע"ד אבל אם קבלוהו בפי' לדון ד"ת עכ"פ היה קבלה קם דינא רק הוא משלם מדיני דגרמי דהא אמרו לו לדון ד"ת ולכך ר"י דאמר לו זיל שלים ולא הדר דינא ש"מ דאמרו לו דון ד"ת וזהו היה הכרחו של רש"י לפרש כן. דא"כ עדיין אם קבלוהו סתם מנלן דהיה אף לטעות ול"ק ל"ל הקבלה הא לולי הקבלה היה דין חוזר בטעות אבל ע"י הקבלה הדין מתקיים וכי אחראים הם לומר דון לנו ד"ת. ועוד א"כ ר"י דמשני לקמן לחלק בין מומחה לאינו מומחה ופריך הא קתני סיפא אם יש מומחה פטור מתשלומין ש"מ דקם דינא מה קושיא הא דמשני ר"י במשנה ד"מ מחזירין בין לזכות וכו' איירי במומחה בלי קבלה כמש"ל דמשנה דומי' דד"נ בלי קבלה ולכך מחזירין משא"כ בבכורות דן הדין וכו' דאיירי בקבלה ולכך אין מחזירין ופטור מתשלומין היותו מומחה. ודוחק לומר דבאמת סוגית הגמרא לא ס"ל הך חילוק ולכך פריך על ר"י מהך סיפא דקתני ואם היה מומחה וכו' אבל מכל מקום צריכין לומר לר' יוסף גופיה דמשני כאן ביש מומחה וכו' איך מיושב ליה הך סיפא ואם הי' מומחה וכו' וכי ח"ו נעלם מעין חכמתו המשנה ולכך צ"ל דר"י סבירא ליה לחלק בזו דבדלא קבלוהו מחזירין אבל בקבלוהו קם דינא ובמומחה פטור מלשלם ולכך ר' יוסף דאמר אי לא קבלך ולר"י צ"ל דהדר דינא ולכך הוצרך רש"י לפרש במילתא דר"י אם לא קבלוך דאמרו דון לנו ד"ת אבל עכ"פ היה קבלה אבל בלי קבלה חוזר הדין וצ"ע. ועוד קשה לפי' רש"י דהקבלה היה ע"כ בין לדין ובין לטעות דאל"כ ל"ל הקבלה ומזה היה כל הוכחת הגמ' א"כ מה צורך לרש"י לפרש בפ' אד"מ דלכך מומחה פטור מתשלומין משום מזל דידיה גרים שזהו דוחק גדול כמש"ל בשם התי"ט הלא אינו פטור

רק בקבלה ואז הטעם כמ"ש דאדעתא דהכי נתרצו דאל"כ ל"ל קבלה ולשיטת הש"ך דברי רש"י סותרין זא"ז. ומה שנ"ל בישוב דברי רש"י הוא דקשי' לרש"י קושית התו' וראב"ד דכיון דר"י ס"ל הך דר"נ דגדול מחזיר למה לא החזיר ר"י דינו דמר זוטרא ולכך ס"ל לרש"י דלקמן דמוקי למשנה בדן הדין בקבלוהו עליה היינו בקבלה סתם דבאים לדון לפניו כמ"ש הנ"י ויתר מחברים ולכך ביש גדול מחזירין דל"ל אדעתא דהאי קבלתם ולא על אחר אפילו גדול הימנו דהא אין אומר ואין דבר וביאה זו לפני זה הדיין לא אלים כ"כ שלא יהיה רשות ביד אחר להחזירו ולכך אמרינן דגדול מחזיר ולפי דאיירי בביאה גרידא צריך טעם למה מומחה פטור דל"ל הואיל וקבלוהו בין לדין ובין לטעות דהא לח איירי בהך קבלה ולכך הוצרך רש"י ליתן טעם דמזליה גרים כהנ"ל וכן מורה המשנה דאיירי בקבלה סתם דומיא קבלת ר"ט במעשה דפרה דודאי לא היה קבלה בפה מלא רק דבאו לשאול דינם של הפרה כמ"ש כל המחברים. אבל בהך עובדא דמ"ז הא דלא החזירו ר' יוסף ס"ל לרש"י דהיה הקבלה בפה מלא שמקבלים אותו לדון וא"כ אין רשות ביד שום דיין אפילו גדול להחזיר כי אותו קבלו ואין לאחרים אתו ולכך הוצרך רש"י לפרש אם לא קבלך זיל שלים לא דלא קבלו כלל דא"כ היה ר"י מחזיר רק אמר לו דון ד"ת ואין ביד שום דיין להחזיר רק הואיל וא"ל דון לנו ד"ת צריך לשלם משא"כ אי א"ל בין לדין ובין לטעות או לדעת הש"ך כשאמרו סתם מקבלים אנו אותך ולא אמרו לדון ד"ת דווקא היינו בין לדין ובין לטעות פטור מתשלומין וא"ש. ומ"מ דייק הגמרא דיחיד מומחה דן בע"כ דהא כי אמר לו דון לנו ד"ת והוא טעה למה יהיה קם דינא הלא הוי קבלה בטעות כמ"ש הש"ך א"ו דאף בלי קבלה יכול לדון בע"כ ואם כן לא שייך קבלה בטעות דהא בלא"ה יכול לדון ולכך קם דינא וכ"כ הש"ך להדיא הך סברא דלולי דיחיד דן בע"כ הוי קבלה בטעות כשטעה בד"ת וא"ש דברי הגמרא ולק"מ ברש"י. ומודה רש"י דקבלה בבא לפניו לדון מיקרי קבלה רק דאז הגדול מחזיר ומכ"ש בשלא קבלוהו כלל ובהכי ניחא הא דמבי' הגמרא ראיה מהך עובדא דר' יוסף ומ"ז ולא מביא ראיה מעובדא דרבה ב"ח ור"ח דהוה קשיש מיניה טובא והוי ג"כ ממש כהך עובדא. דלפי הנ"ל ניחא דשם י"ל דלמא לא קבלוך פירושו דון לנו ד"ת וא"כ קשה קושית התו' דלמא בלי קבלה כלל א"י לדון בע"כ ולא קשה א"כ הוי קבלה בטעות שאמרו לדון ד"ת והוא טעה די"ל רבה ב"ח ס"ל כר' ששת דטעות בש"ה אינו חוזר כלל דאינו בנדר הטעות כלל וא"כ הו' דטעה בש"ה לא שייך קבלה בטעות ולכך דייק מעובדא דר"י דס"ל לקמן דאף בש"ה בשיש גדול חוזר ש"מ דהוא בגדר הטעות ואם כן פשיטא דיש כאן קבלה בטעות דהא אין זה ד"ת ואילו היה גדול מחזיר וע"כ מוכח כהנ"ל דיחי' מומחה דן בע"כ וא"ש ובזה

יובנו דברי רי"ו דכתב דהתו' ורש"י חולקים על ראב"ד הנ"ל דס"ל אפילו גדול אין מחזיר ומ"ש התו' י"ל דס"ל בפי' התו' כמש"ל במרדכי ואם כן ליתא לראיה של הראב"ד. אך לכאורה לא נודע מקומו של רש"י דחולק אראב"ד אבל לפמ"ש ניחא. דהא כל כוונת רש"י בהך פי' לתרוצי קושית הראב"ד דלמה לא החזיר ר"י וש"מ דס"ל בקבלה סתם יש ביד גדול להחזיר דלא כראב"ד וא"ש. מיהו מ"ש רש"י דאם קבלוהו להדיא לדון ד"ת אין אפילו מומחה פטור מתשלומין אם טעה כתב הש"ך דדעת הרמב"ם בפי' המשנה אינו כן ומסייע לו דברי ירושלמי דמוקי למתני' דדן הדין בכה"ג ומכל מקום תנן אם היה מומחה לרבים פטור מתשלומין וכן נראה מסתימת כל הפוסקים שלא חלקו בזה וכן משמע קצת מאסר את המותר דודאי בא לפניו רק להורות לו כדין תורה ומכל מקום פטור אם טעה וכן הנכון לדינא. והעלה הש"ך אפילו לדעת החולקים אראב"ד והרא"ש וס"ל דגדול מחזיר היינו בקבלוהו עליה להך דיין אבל בלא קבלוהו אפילו גדול אינו מחזיר. ונסתייע מדברי הרז"ה ז"ל ועיין מה שכתבתי לעיל בישוב דברי התו' בכוונת המרדכי שכתבתי שגם דעת המרדכי הוא כך אך זהו אם אמרינן מומחה דנקט ר"י היינו סמוך אבל לולי כן כמעט א' אפשר לפרש כן דא"כ הא דקתני במשנה ד"מ מחזירין ומוקי ר"נ ביש גדול יהיה כוונתו בקבלוהו עלי' א"כ אדקתני ד"נ אין מחזירין לפלוג וליתני בדידיה בד"מ בדלא קבלוהו דד"נ אין במציאות לומר קבלוהו עליה וכן נראה כמש"ל דזהו תלי' בסברות שנחלקו הרז"ה והרא"ש דלטעם הרז"ה דלכך באינו מומחה אפילו גדול אינו מחזיר דלי' לי' פסידא לבע"ד דהא צריך הדיין לשלם א"כ ה"ה במומחה ולא קבלוהו דצריך הדיין לשלם דאינו מחזיר משא"כ לטעם הרא"ש דהוא קנסא דלא ה"ל לדון יחידי ואם כן במומחה דהרשוהו חכמים לדון יחידי כדתנן ואם היה מומחה לרבים דן יחידי למה לא יהיה בחזרה עפ"י גדול. מיהו לדינא כיון דבלא"ה רבי' ס"ל באינו סמוך אינו בכלל חזרה אם כן בלא קבלוהו ודאי באינו סמוך י"ל כהש"ך דאין גדול מחזיר. ושלשה הדיו' בלי קבלה אין גדול יכול להחזיר כן העלה הש"ך בס"ק י"ד הנ"ל אות ט' וכן העלה באות יו"ד אפילו בשלשה וקבלוהו עליה. ויפה דיבר כמש"ל דאל"כ אין טעותם מתקיים לעולם דה"ל תמיד בישראל דיינים מומחים ובגמרא משמע דטעותם מתקיים כדאמרו אי טעו לא ישלמו. אך טעמו של דבר מ"ש הש"ך דאינם מרגישים הטעות דחוק כמ"ש מהר"י ז"ל וכמש"ל אך י"ל כמש"ל דיטעון אתכם קבלתי ואין אני משגיח בדעת שארי חכמים יהיה מה שיהיה כי הייתי סביר וקביל על דעתיכם וכמש"ל בפי' רש"י דסתם קבלה היינו אפילו לטעות ואם כי אתם אומרים בעצמכם שטעיתם לא אדונים אתם בדבר הזה ואולי דין הראשון נכון ומה שאתם חושבים לטעות הוא הנכון ונהפך הוא ופשוט.

אך בשלשה דיש ביניהו חד מומחה נחלקו הרז"ה והרא"ש אי חייבים בתשלומין ואי יש בהו מהחזרה דלדעת הרז"ה פטור מתשלומין וגדול מחזיר ודעת הרא"ש דחייבים בתשלומין וגדול אינו מחזיר. והש"ך כתב דהא דהרא"ש סבירא ליה דאינו מחזיר הוא דנמשך לדעת הראב"ד דלעולם אין גדול מחזיר אפילו ביחי' מומחה שדן אבל אי ס"ל כהחולקים על ראב"ד אף בזו לכ"ע גדול מחזיר. ולא ידעתי למה החליט הדין כיון דטעמו של הרז"ה דלכך גדול מחזיר משום פסידא וכאן דחייב בתשלומין להרא"ש אף חזרה ליכא לטעמו של הרז"ה:

והנה הרמב"ן הקשה להרז"ה מהך דפ' הכותב דדן דייני כר"ט ואמרינן אי טועה בש"ה הוי אינו חוזר וכו'. ותמה הרב מהר"י ז"ל וכתב דאין מקום קושיא כאן דהא שם אמרינן מטין איתמר לעשות כדברי ר"ע ולא כר"ט ולא מיקרי שיקול הדעת ולכך לכ"ע אינו חוזר. והרב מהר"ם בחדושיו לב"ק נתווכח עמו בזה אי מטין אתמר גרע מש"ה ובזה ודאי דהנכון כמהר"י הנ"ל אבל מכל מקום לא דיבר נכונה ברמב"ן הנ"ל. חדא די"ל רמב"ן סבירא ליה כריטב"א דפי' על הא דאמרינן שם לימא בהא קמיפלגא מ"ס הלכה כר"ע מחבירו כו' ופי' הריטב"א אף דבאמת הלכה אף כנגד רבו מכל מקום לא מיקרי טועה בד"מ דהא הך לא בפי' אתמר רק טועה בשיקול הדעת מיקרי ע"ש. וקשה אם כן איך אמר דאינו חוזר הא גדול מחזיר ועוד דאמרינן בס"ד לימא דבהא קמפלגי מ"ס דטועה בדבר משנה אינו חוזר וכו' וקשה מה בכך לו יהיה כן דאינו הבדל בין ד"מ לש"ה עכ"פ משנה שלימה שנינו ד"מ מחזירין וכו' וש"מ אי טעה בדיני ממון אי' בי' חזרה אם כן למה אינו חוזר פה דכיון דגם בש"ה אית בי' חזרה ויהיה טועה בד"מ כמו בש"ה סוף כל סוף אית בי' חזרה ומה תאמר דמיירי דגדול מחזיר כתי' של ר"ן אף כאן יחזיר גדול ומה בכך דטועה בדבר משנה כטועה בש"ה ולכך עכצ"ל דלא כרז"ה דבכה"ג אין גדול מחזיר בש"ה ושפיר אמרינן בס"ד דטועה בד"מ כש"ה הוא ופשוט וקושיא עצומה היא ומהר"י לא נחית להעמיק כ"כ: ואולם הרב הש"ך תי' על קושיא זו דהיו שלשה הדיוטות ולא היה ביניהם מומחה ולכ"ע אין גדול מחזיר ומהר"י טען עליה דלישנא האי דיינא משמע דיין קבוע ומומחה ובפרט במקום ר' יוחנן ור"ל ובאמת הלשון כן משמע. אבל נראה דכוונת הש"ך להתנצל בעד הרז"ה בממ"נ אי מלת דיין פי' כמהר"י דהיה קבוע ומומחה אם כן בלא"ה לק"מ די"ל דהיה מומחה ודן בלי קבלה ודעת הרז"ה דאף גדול אינו מחזירו הואיל ונתחייב בתשלומין ובאמת אילו הוה התם טעות בש"ה היה הדיין מחויב לשלם ולכך אמר עשיתו כשל תורה דהיה מחזיר הדין ופוטרו מלשלם עשיתו כשל תורה כטועה בד"מ דאילו בש"ה אינו חוזר וחייב לשלם. וע"ז סובב והולך כל שיטת הגמרא דלשם

ולק"מ. ואי אמרינן דאין לשון דיין פי' מומחה ואם כן אילו הוה דן מתורת מומחה דדן יחידי בע"כ ה"ל לגמרא לומר אם כן י"ל דהיו ג' הדיוטו' בלי מומחה ביניהם ואף בזה אינו חוזר ויפה תי' הש"ך ולק"מ ואף אם נאמר דלא נתכוון הש"ך לזה מכל מקום התי' בעצמותו נכון: ועוד הקשה הרמב"ן מהך דאלו טריפות דאמר לשלם דמי תורא למרא והא הוי בי תלתא דאין צריך לשלם דבשלמא להרי"ף ל"ק די"ל דהוי נו"ן ביד וכו' והרב הש"ך ביקש לתרץ דגם הרז"ה סבירא ליה דהוי נו"ן ביד וכבר העלה בס"ק א' דנו"ן ביד חייב הביא באמת חוב' לנפשי' דבס"ק א' כתב דר"ח דמשני בנו"ן ביד לשנויא הך קושיא דר"ט דאמר הלכה חמורך וכו' הא טועה בד"מ הוה ומשני דנו"ן ביד הוה ואפי' טועה בד"מ חייב לשלם ור"ע פטרו משום דהיה מומחה ש"מ דאפילו נו"ן ביד מומחה פטור מתשלומין וכמש"ל ואם כן הקושיא במקומו עומד רבא דהיה מומחה ואף דלא קבלהו הא לרז"ה בג' אין צריך קבלה ויפטור והרב מהר"ם בב"ק חשב להצילו והאריך בדברים וכל אריכ' דברים אין ענין כלל לישב דברים אלו אם לא שנחמר דכאן היה רבא כפאו להאכיל פרה לכלבים ובכה"ג אף הרז"ה מודה דחייב בתשלומין. ומלבד דגם זה מנ"ל כיון דהרשות למומחה לדון ולהורות אף בכפיה פטור אף גם אי לזו נתכוון הש"ך עיקר חסר בדבריו והוא מהר"ם האריך בתו' ורשב"א והכל אין ענין לקושיא זו רק מבלבל דעת המעיין והכל ללא צורך וענין כלל במחילה רבה מכבודו:

אמנם באמת הרמב"ן הולך בקושיא זו לשיטתו דסבירא ליה דכמו בדיני ממון בג' אין צריך קבלה לדעת הרז"ה אם יש בינייהו חד מומחה כן בדיני איסור והיתר חד מומחה אין צריך קבלה דבדיני איסור והיתר שוה יחיד המורה כמו בדיני ממון שלשה ולכך יפה הקשה אילו שלשה אין צריך קבלה בד"מ באיסור והיתר חד אין צריך קבלה ואיך היה מחויב רבא לשלם דאף דנימא כמ"ש רשב"א לשיטת הרי"ף דהיה שלא בקבלה. ולכך הש"ך דתי' דרבא היה חד לא תי' כלום לשיטת הרמב"ן ויפה הקשה לשיטתו וכ"כ מהר"י ז"ל אבל באמת הרז"ה לא סבירא ליה כן וסבירא ליה דבאיסור והיתר יחיד מומחה צריך קבלה וכמ"ש להדיא דר"ע דהיה פוטר לר' טרפון מטעם דהיה מומחה איירי דקבלוהו לר' טרפון הבעל הפרה ע"ש (ובאמת על זה היה יכול הרמב"ן להשיג רק לא היה כוונת הרמב"ן להתווכח עמו בדבריו רק לברר הדין ולכך פה הקשה עליו היותו מלתא דתלי בדיני ויש בו נ"מ ולכך הקשה עליו מראיה דגמרא וברור) ואם כן לא קשה מרבא דלא היה שם קבלה כמ"ש הרשב"א. ואם תשאל טעמו של דבר למה נשתנה זה משלשה בד"מ י"ל בשלמא בד"מ וכי מעצמן דנו בלי קבלת התובע הלא התובע קובל לפניהם ואם כן עליהם מוטל לדון בין איש לרעהו ולכך אפילו בלי קבלוהו פטורים אבל באיסור והיתר

בלא קבלוהו היינו דבעל הפרה לא בא כלל אצלו לשאול רק הוא מעצמו שלח שלוחו טריפה זה לכלב תשליכון דהוא אינו מחוייב כלל להיות נדרש ונמצא ללא בקשוהו ודרשוהו. ואולי ילך בעל הפרה למורי הוראות אחרים בישראל והם יורו לו מה לעשות ולכך זהו דאין בו קבלה משום צד ולא חיוב עליו כלל חייב לשלם בטעה מה שאין כן בד"מ דיש בו קבלת התובע והם מחוייבים לדון ולשפוט בין איש לרעהו וזהו נ"ל נכון ואחרי כל הפלפול הזה כללא דמלתא לדינא הדבר נר' בקצרה דאם לא נו"נ ביד פשיטא דיכול לומר המוחזק קים לי בהך דאפילו באינו סמוכים גדול מחזיר דהא בלא"ה דעת הרי"ף וסייעתו דלעולם מחזיר בשלא נו"נ ביד דהלכה כשנוייא דר"ח ולכן אפילו לא קבלוהו ואפילו ג' הדיוטות דהעלה הש"ך דאין הגדול יכול להחזיר כמש"ל באריכות מכל מקום הרי יכול לטעון קים ליה כהרי"ף וסייעתו. והכרעת הש"ך דלא כרי"ף אין מכרעת במקום שגדולי עולם כוותי' כמש"ל. אבל בנו"נ ביד פשיטא דאין יכול לטעון קים ליה כמ"ד דגדול מחזיר כיון דהרי"ף וסייעתו סבירא ליה דהלכה כר"ח ובנו"נ ביד אין מחזיר אפי' מומחה וגדול אין מחזיר. ולדעת הראב"ד והרא"ש ג"כ אין גדול מחזיר וכן משמע בתו' וסמ"ג ורמב"ן והנ"י דעכשיו דליכא מומחין אינו חוזר וא"כ מי יוכל לומר קים ליה נגד הך רברבות'. דממש בטילי במעוטא וג' דאי' בינייהו חד מומחה ולא קבלהו נראה ג"כ כהרא"ש והרמב"ן דחייב בתשלומין כיון דמסתבר טעמיהו ובתראי אינהו:

יג **ואין הדין חוזר.** ואם הדין כן בד"מ מכ"ש בא"ו שאינו יכול להחזירו אם חכם אחד טימא ואסר. ואם כן קשה על הרמ"א בי"ד סי' רמ"ב סעיף ל"א בהג"ה דפסק בש"ה יכול החכם השני לישא וליתן עמו עד שיחזור בו וכו' והן דברי הר"ן בריש פרק אין מעמידין דהשיג על הראב"ד דסבירא ליה בא"ו אין הגדול מחזיר והביא ראי' מהרי"ף דפסק כר"ח דאם לא נו"נ ביד חוזר וזהו אם פסקינן כר"ח אבל הרמ"א שהביא כאן דעת הרא"ש והראב"ד דפוסק כר"נ דאפילו לא נו"נ ביד אין חוזר. והוסיף לפסוק דאפילו גדול אין מחזיר כרא"ש וראב"ד ואם כן בד"מ מכ"ש בא"ו. ואם כן איך פסק דבא"ו יכול להחזיר וצ"ע לכאורה. והנה הרב הגאון חכם צבי בתשובה שלו סי' נ"ג תי' דאף דאפילו לא נו"נ ביד אינו חוזר מכל מקום מעשה מיהא בעי אבל כל זמן דלא נעשה מעשה ודאי דחוזר. ודבריו לא נראים כלל דהא אמרינן בגמרא לר"ט תרתי קאמר ליה חדא טעה בד"מ את ואם כן הדר דינא ופטור ואי נמי בש"ה דקם דינא מכל מקום מומחה את משמע דלולי דהיה מומחה היה חייב ולדברי מהר"צ אף בזה פטור לרבנן כיון דאילו לא האכיל הפרה לכלבים היתה מותרת והדר דינא דהא לא עביד מעשה אם כן אף השתא דעבידמעשה פטור לרבנן דמ"ש מטועה בד"מ דאמרינן דפטור מלשלם משום דאילו הוה פרה חי היה

הדר דינא ולדברי הגאון הנ"ל אף בשיקול הדעת הדין כן. וכן התוס' בב"ק והרא"ש כתבו דטימא הטהור אפילו לרבנן חייב בתשלומין דהוה כמו כהנים שפגלו במקדש דבדבורו קעביד מעשה ולדבריו אין זה דומה כלל לפגול דהתם תיכף כשמפגל א"א בחזרה ושפיר עקימת שפתיו הוה מעשה להיזק כמו דהזיק בידים דמ"ש אבל כאן כל כמה דלא עביד הבעל אחר כך מעשה לטמא אותו ולשורפו הרי הדר דינא הרי בעקימת שפתיו אין כאן מעשה הרי זה כמו טועה בד"מ. וביחוד מ"ש התו' והרא"ש דהא דמוקי בטימא הטהור בנגע בשרץ אגב אחרינ' דבל"ז לרבנן ג"כ חייב דהוי כמו פיגול כנ"ל ולדברי הגאון הנ"ל הא צריך מעשה דכל כמה דלא נגע בשרץ הדר דינא ול"ל דכוונתם דא"צ דהחכם המורה נגע בשרץ רק דבעל הטהרה טימא בשרץ. דאם כן מה משני הרא"ש דקושטא משום דר"ח נקט והיינו דלא דמי לכהנים שפגלו דא"א בחזרה משא"כ כאן דלר"ח דאפשר בחזרה ולא מחייבי לרבנן עד שיהיה נו"נ ביד. (והבעל פלפלא חריפתא הניח בקושיא דלר"ח ג"כ קשה מן כהנים שפגלו ולא הבנתי דבריו דמכיון דישנו בחזרה לא דמי' לפיגול דא"א בחזרה ולכך אצטריך לנו"נ ביד) וקשה עדיין א"צ לנוגע חכם בשרץ רק הבעל נגע בשרץ וג"כ א"א בחזרה דאיך יהיה טהור מה שנגע בשרץ ועכצ"ל דמ"מ אין כאן חיוב לרבנן דהואיל ואילו לא נגע הוה הדר בדיניה. וזהו ג"כ לר"ן ולכל אמוראי אלו כל כמה דלא עביד מעשה הדר דינא אין כאן דין חיוב לרבנן ולכן כל דבריו בלתי מובנים ושגגה מלפני השליט הזה:

ומה שנראה בישובו וגם מה שהקשה הש"ך כיון דהר"ן כתב דלא מלאו לבו למעשה נגד הראב"ד ורשב"א איך פסק הרמ"א בסתם דברי הר"ן מבלי זכר דעת הראב"ד ורשב"א. נר' דיש להבין במ"ש הרא"ש שם בע"ז בחכם שאסר והשני רוצה להתיר. יתווכח עמו ואם אי אפשר לברר טעותו מתוך משנה ואמוראים יאמר לו אני אומר כך אבל איני מתיר מה שאסרתו מאחר שיצא מפיך לאסור ושוי' חד"א עכ"ל ואם הפי' כמו דעת הלחם חמודות בפא"ט והש"ך בי"ד דאף דע"י הוכוח המורה מודה להשני שטעה מכל מקום אסור דשויה נפשי' חד"א קשה וכויח זה אם כן מה טיבו ומה תועלת יש בו כיון דהחכם השני יודע דאין לו ראיה ברורה ממשנה וגמ' אם כן לאיזה כוונה יפלפל עמו הא אף שיודה לו מכל מקום יהיה אסור ואם להעמידו על האמת ויושר שאם יבא עוד שאלה כזו לפניו שיורה בטוב זה אין מכוון בדבר זה לענין הורא' זו ולא על זה סובב והולך דברי הרא"ש. והרב בעל פנים מאירות בתשובה חלק ראשון סי' ב' ביקש ליכנס בחילוק בין שיקול הדעת לשיקול הדעת מה שתלוי במחלוקת אמוראים כמבואר בגמרא ומה שתלוי בדמיא מילתא למילתא ודבריו דחוקים כי לא ה"ל להרא"ש לסתום ומכ"ש הרמ"א דכתב

סתם שיקול הדעת דמשמע דהוא ש"ה הנזכר בח"מ והך ש"ה שכתב הוא מאן דכר שמיה. ולכן נר' דודאי במומחה שטעה דבעי גדול הימנו להחזירו דכתב הרא"ש הטעם משום דאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אא"כ גדול וכו' וודאי אם הוא בעצמו מכיר בטעותו שיכול לחזור בו וטובא מצינו בש"ס דהב"ד חזרו והתירו מה שאסרו דאותו ב"ד בעצמו יכולים לבטל דבריהם וכ"כ הרמב"ם בהל' ממרים ב"ד שגמרו דבר אין ב"ד אחר יכול לבטל דבריהם וכו' הרי שדייק ב"ד אחר אבל אותו ב"ד פשיטא דיכול לבטל וא"כ אם החכם מכיר שטעה א"צ ב"ד אחר להחזיר טעותו רק צ"ל הא דאמרינן דמומחה א"י לחזור אם לא מומחה אחר מחזירו הטעם כמ"ש רש"י דיטעון לאו כל כמיני' והיינו לא מהימנת לי באמרך שטעית' ואתה רוצה לחזור מפסקך וכ"כ רש"י להדיא לא ציית ליה הבע"ד להדר עובדא ואפילו אומר שטעיתי לאו כל כמיני' עכ"ל הרי דלא מהימן ליה הרי אילו מהימן ליה וציית ליה היה יכול לומר שטעה וא"כ לפ"ז בא"ו שאסר ואמר שטעה ורוצה להתיר פשיטא דנאמן דהא הבעל ציית ליה דאם רוצה להחמיר מאן מוחה אבל בציית פשיטא דנאמן ובפרט בא"ו דכי נחשד חכם לשקר ולהתיר האסור ואפי' ע"א בעלמא נאמן באסורים ומכ"ש החכם האומר שטעה ואם כן פשיטא דמותר והרי זה יותר מאילו בטלו הגדול ממנו. אך זהו במומחה הטועה אבל באינו מומחה דקיי"ל בד"מ אפילו מומחים רבים הגדולים ממנו מכירין כל טעותו מכל מקום מה שעשה עשוי משום קנסא או הואיל וחייב לשלם כמש"ל בשם הרז"ה והרא"ש א"כ אף במודה הוא שטעה אין משגיחין בו דאפילו אחר המחזיר אין יכול להחזיר מכ"ש הוא דאין לסמוך על חזרתו דאולי טעם ראשון אמת ועכשיו טועה כמ"ש רש"י וכל מחברים. ואם כן א"ש דבכורות דתנן טימא הטהור וכו' דאיירי באינו מומחה שפיר קתני מה שעשה עשוי דאפילו מכיר בטעות מ"מ הואיל ואינו מומחה א"א בחזרה. אבל במומחה והוא חוזר ואמר שטעה לכ"ע לענין איסור והיתר נאמן והדין חוזר. כמש"ל ואין כאן מחלוקת רק אם אינו חוזר רק גדול הימנו מחזירו בזו סבירא לראב"ד בא"ו אפילו במקום דבד"מ דגדול מחזיר דהיינו כמש"ל במומחה דסמוך לשיטת הראב"ד מכל מקום בא"ו אם אין החכם המורה חוזר בעצמו מדבריו אינו יכול להתיר דזה הבעל ששאל לחכם זה קיבל על עצמו כל מה שיאמר זה החכם ואם זה החכם אוסר שויה אנפשי' חד"א ואין מועיל התרה משום חכם. (וכך צ"ל שויה נפשי' חתיכה דאיסורה דהבעל שויה נפשי' דאיך יכול החכם לעשות חתיכה דאיסורה לאחר ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו אלא ברור דהבעל שוי' אנפשי' חתיכה דאסורה לאסור מה שהחכם יאמר לו) ודעת הר"ן לחלוק כמו דחכם עצמו יכול לחזור כן אם הוא אינו חוזר וגדול הימנו מחזירו ואומר שטעה דינו שהורה לאיסור בטל

ולא שייך חתיכה דאיסורה דהוי קבלה בטעות אבל אם הוא חכם מומחה דהיינו שהגיע להוראה ואיתמחי בדיני הוראה ובעצמו חוזר בהוראתו לכ"ע הדבר מותר מבלי פקפוק ולא נחלקו מעולם בדבר הזה. וכן הרא"ש דס"ל בסנהדרין כראב"ד דבזה"ז דליכא סמוכים אין כח ביד גדול לחזור בד"מ ומכ"ש בא"ו אך כל זה אם המורה עומד בשמועתו ואינו מודה בטעות אבל במודה שטועה כיון דלא שייך בא"ו איני מאמינך ולאו כל כמיניה כמו בד"מ ודאי דנאמן וחוזר לכ"ע. ולכך כתב דיתווכח עם החכם שהור' לאיסור ומיירי בחכם דייקא דהיינו איתמחי להוראה ואם יודה לו הרי זה מותר דכיון דהוא עצמו מכיר בטעותו אבל אם עמד בשמועתו יאמר לו אף שאני אומר כך איני מתיר מה שאסרת דשוי' נפשי' חתיכה דאיסורה דהיינו הבעל ששאל לזה המורה קיבל על עצמו הוראתו ואין כח ביד אחר להחזירו כמו בד"מ באם אין הגדול סמוך כמש"ל באריכות וא"ש. וכן ברמזים נאמר חכם שאסר אין חבירו יכול לחלוק עליו מכח סברא אם לא מכח משנה הרי דדייק לחלוק עליו דהיינו דהמורה עומד בדעתו מבלי הודאה שטעה וזהו שכתב לחלוק עליו אבל במודה שטעה מותר ולכך כתב לחלוק עליו וכן מדויק בלשון הר"ן מ"ש בשם הראב"ד הכל אם החכם השני יכול להתיר מה שחכם ראשון אסר. ובזה דעת הראב"ד לאסור אבל לא מיירי ממודה לו כלל וכן הרשב"א בפא"ט כתב הכל אם חכם השני יכול להתיר מה שחבירו אוסר אפילו גדול הימנו אבל בשזה החכם מודה לו לא קמיירי כלל ובהא לא פליגי כלל. והר"ן דטען עליהם מהך דדן הדין טימא הטהור דקתני מה שעשה עשוי היינו משום דסתמא קתני אפי' באינו מודה מכל מקום אוקמינן דוקא בנגע בשרץ אבל זולת זה חוזר לר"ן ועוד דבאינו מומחה מודה ואינו מודה כחד יחשב דמה נ"מ בהודאתו הלא אינו מומחה וכמש"ל דאמרינן אולי זהו מהטעות והוראה ראשונה נכונה והך דדן הדין וכו' אייריי באינו מומחה. ומה שהעתיק הר"ן לסוף לדינא דאם החכם מודה דמותר קושטא כתב ולא שזה תלוי במחלוקת הראב"ד כלל ומ"ש דלא מלאו לבו לעשות נגד הראב"ד קאי אהך דינא כשאין המורה מודה רק גדול הימנו מחזירו אבל במודה ליכא מחלוקת כלל ואי קשה הא ר' טרפון הודה לר"ע וא"כ לכ"ע במומחה חוזר ואם כן עדיין קשה אף דטעה בש"ה הא הדר דינא ופטור מתשלומין. הא לא קשיא דכיון דאינו מועיל החזרה בעצמו רק למומחה ואם כן צריך לומר דהיה מומחה לרבים הן הן דברי ר"ע בדרך כלל שאתה מומחה ופטור יהיה הטעם מאיזה צד שיהיה וכ"כ הש"ך בתי' על קושית מהרש"א דהא ר"ע גדול היה וגדול מחזיר ופשוט. ואם כן דברי הרמ"א בי"ד נכונים דכתב להדיא דהחכם השני יהיה נו"נ עמו עד שיחזור בו הרי דוקא בחזרה אז מותר דכיון דמודה המורה לכ"ע מותר ואף הראב"ד ורשב"א מודים בו אבל

אם אינו מודה וחוזר פשיטא דאסור דהא פסק כאן בח"מ דאין גדול יכול להחזיר בד"מ ומכ"ש בא"ו ובפרט דראב"ד מחמיר והר"ן לא רצה לחלוק למעשה ולכך דייק עד שיחזור בו ולק"מ. ודברי הרמ"א פשוטים ומדוקדקים היטב כסף צרוף מזוקק שבעתים וגם הרב מהר"י תאומים עמד בחילוק זה אם המורה בעצמו מודה רק שביקש לעשות בו מחלוקת ולתלותו בפלוגתא דרב נחמן ור"ח ולדבריו עדיין קשה על הרמ"א איך פסק נגד ר"ן ור' ששת ובפרט דהר"ן לא מלאו לבו למעשה אבל לפמ"ש ניחא דוקא אם אותו חכם חוזר אבל זולת זה לכ"ע אסור ואין זה נתלה כלל במחלוקת ר"ן ור"ח לענין א"ו דלא שייך לאו כל כמיני' וא"ש וברור:

אך אי קשיא הא קשיא מ"ש הרמ"א בי"ד סי' רמ"ב סל"ב דחכם שהתיר אין חבירו יכול לאסור כשחלה הוראתו של הראשון אם הטעות בש"ה דהא משנה שלימה טיהר את הטמא מה שעשה עשוי וישלם מביתו ופי' התו' והרא"ש לצדדין קתני דאם נתערב בפירות טהורים מרובים מה שעשה עשוי ואם בפירות מעוטים שע"י תערובות נאסרו כל הפירות צריך לשלם מביתו ולדברי הרמ"א מה טיבו של תשלומין פה הא מיירי הכל בטעות בש"ה ודינו שהתיר קם והרי זה מותר ואם כן תשלומין מה עבידתה הלא הכל מותר ואפילו אם נפרש כפי' הט"ז שם דצריך שיחול הוראתו מכל מקום הא עירבן בפירותיו ואם כן הרי חלה הוראתו דעשה מעשה עפ"י הוראתו ועירבן בפירותיו טהורים. ודוחק לומר דסבירא ליה לרמ"א הא דתנן מה שעשה עשוי וישלם היינו כשמודה שטעה אבל שם מיירי דהחכם עומד בדעתו ואומר שלא טעה ולכך חוששין לכבודו הואיל והטעות רק בש"ה. דזה דוחק דסתמא קתני דן הדין וכו' אפילו אינו מודה וכמש"ל ובפרט דמיירי באינו מומחה ולא נחשב הודאתו לכלום. ויותר טוב לומר דכאן דן הדין וכו' דמיירי באינו מומחה בלא"ה לא אלים הוראתו ולכך בטיהר הטמא יכול החכם השני לאסור והוא ישלם אבל שם איירי במומחה דחלה הוראתו וגם איכא פסידא לבע"ד דאינו משלם והואיל והוא הוראת מומחה אינו חוזר ומותר לכבודו דחלה הוראת מומחה והטעות רק בש"ה וסברא זו נכונה. אך לפ"ז צריך לומר סיפא דמשנה דקתני ואם היה מומחה לרבים פטור לא על טיהר הטמא קאי דהא במומחה הרי הוא טהור בטהרתו ותשלומין מה עבידת' וזה דוחק מיהו במרדכי ריש סנהדרין דיין דדן הדין כו' לא איירי במומחה מדקתני סיפא ואם היה מומחה ועוד מדקתני טימא את הטהור וטיהר את הטמא ע"כ באינו מומחה איירי וצריך ביאור מה הוכח' יש מזה ואי דמומחה לא שייך דטעה הא קתני סיפא ואם היה מומחה כו' ש"מ דמומחה טועה ועובדא דר"ט יוכיח. וצריך לומר כמ"ש דאיך קתני בטיהר הטמא ישלם הא הטהור בטהרתו במומחה כמ"ש

הרמ"א ועכצ"ל דלא איירי במומחה ודוק ואפשר לומר בצירוף שני תי' דוקא מומחה ואינו מודה שטעה אבל זולת זה הרי זה אסור ואם כן לק"מ דהמשנה נקט דמומחה פטור בכל גווני אפילו שמודה שטעה דאז הטמא טמא לבטל דינו ומכל מקום פטור מתשלומין הואיל והוא מומחה וצ"ע ועיין בחדושי לי"ד שהארכתי בזה בס"ד:

יד **הדין חוזר** וכתב הרא"ש דאפילו איתא לבע"ד ויש סיפוק בידו לשלם מכל מקום פטור ומחזיק מה שהוציא הדיין שלא כדין כי כך אמרו מה שעשה עשוי ודלא כמ"ש בעל עיטור בשם ר"ה גאון דביחיד אינו מומחה וקבלהו כל כמה דיש אפשר להוציא מיד בע"ד מוציאין אפילו נו"נ הדיין ביד רק באם אי אפשר אז אם הדיין נו"נ ביד חייב לשלם עכ"ל והבין הרא"ש דר"ה קאמר למילתא אטועה בש"ה וצריך לומר דבתשובה סבירא ליה לר"ה כהרי"ף דהלכה כר"ח בלי נו"נ ביד הדר דינא וסבירא ליה דהבע"ד משלם ואי ליתא לבע"ד או דאין לו מכל מקום הדיין פטור דהא הדר דינא אבל בנו"נ ביד דקם דינא צריך הדיין לשלם אם אין סיפוק ביד הבע"ד לשלם אבל כל כמה דאפשר להוציא מבע"ד לעולם הדיין פטור מתשלומין וצריך לומר דמ"ש הרא"ש בשם ר"ה גאון דסבירא ליה דהלכה כר"ן ור"ש וסבירא ליה דחייב לשלם אפילו הדר דינא אם א"א בחזרה מתורת ד"ג לר"מ זהו מהחזרה וחד אמר בילדותו וחד אמר בזקנותו כמ"ש זה פעמים הרבה בדברי הגאון. אבל הש"ך מיאן בזה ומפרש דר"ה אמר למילתא על טועה בד"מ דקי"ל לעולם חוזר ולכך סבירא ליה דאין לדיין לשלם כיון דטעה בד"מ חוזר אבל מכל מקום אם נו"נ ביד ואי אפשר להוציא מיד הבע"ד חייב לשלם הדיין מתורת מזיק כיון דנו"נ ביד ומסתבר כדבריו אלא לכאורה עדיין לא הועיל דמכל מקום דברי הגאון סותרים דלפי מ"ש הרי"ף ורמב"ן ורא"ש בשמו סבירא ליה כר"מ דמשלם מד"ג אפילו לא נו"נ ביד. אלא דבאמת ניחא דכי סבירא ליה לר"מ דמשלם היינו בקם דינא אבל בהדר דינא לא סבירא ליה דחייב אפילו לר"מ או דסבירא ליה כדעת החולקים אתו' או דסבירא ליה כרמב"ם כמש"ל בטועה בד"מ דלא שכיח אפילו ר"מ מודה בהדר דינא דאינו משלם מתורת דיני דגרמי וכן הנכון:

טו **אין הדין חוזר** הטור הביא בשם הרמ"ה דאם חייב לזכאי וטרם שפרע נתברר שטעה אפילו הטעות בש"ה לא מפקינן מיניה ואין מחייבים אותו לפרוע וראייתו מהך דז"ב דף כ"ט ע"ב בעובדא דקרו ליה עכברא וכו' דהיה ר"י בר"י מחייב להיורשים דסבירא ליה אין אדם עשוי שלא להשביע את בניו וע"פ פרעו פלגא ומת ר"י בר"י ור"ח פסק דאדם עשוי שלא להשביע את בניו ופטרם מלשלם הפלגא שנ"ח אבל פלגא שכבר פרע לא חייב ר"ח להחזיר דכבר הורה הזקן והיינו טעות בשיקול הדעת ול"ל חייב ר"ח גם

הפלגא הנ"ח לשלם דהא בטועה בש"ה קם דינא א"ו דמכל מקום אם עדיין לא פרע אינו מחוייב לפרוע והטור כתב דהרא"ש כתב על הך עובדא דר"י בר"י לא הוה טועה בש"ה כיון שלא נחלקו בו תנאים או אמוראים ור"י לפי סברתו מחייב ולא היה כח ביד ר"ח להוכיח שטעה אלא בסברא נחלק עליה ויראה מדבריו שאם היה הטעות בש"ה מיד כשפסק הדין אעפ"י שעדיין לא פרע קם דינא וחייב לפרוע ובהך הוי טעמא שלא היו מחולקים אלא בסברא ולכך מה שכבר הוציא ר"י א"א להחזיר אבל מה שעדיין לא הוציא אין להוציא כיון שר"ח חלוק על סברתו עכ"ל. והש"ך בס"ק כ"ט אות ב' ג' ד' האריך להשיג על הטור וכן בתשובת שער אפרים סי' קנ"א דמהכ"ת יפרע אם הטעות מבואר ומ"ש בפי' דברי הרא"ש ג"כ תמוה יציב' בארעא אילו היה טעות ר"י בר"י טעות גמור בש"ה היה הפסק שלו קיים ומחוייב לשלם והואיל ואין טעותו רק בסברא לא יהיה קם דינא ויהיה במה שלא פרע עדיין נפטר ולכך פי' הם דכוונת הרא"ש ליישב למה לא חייבו לר"י בר"י לשלם כטועה בש"ה דמסתמא לא קבלוהו מדאתא לקמי' ר"ח ולכך תי' הרא"ש הואיל ולא יכול לברר טעותו אין כאן חיוב תשלומין. ופי' זה לא נהירא דמה דוחק' להרא"ש לומר דלא קבלהו והא דבאו לר"ח הואיל ומת ריב"י ועוד אולי היה ריב"י ושנים עמו ואם כן אין כאן תשלומין וגם ריב"י ודאי היה לו רשות מרבינו הקדוש דהיה נשיא ומהני בא"י והוי כקבלה ומומחה ונט"ר פטור מתשלומין ואין צריך לכל הדוחק של הרא"ש. ול"ל משום דה"ל לריב"י לפרוע לפנים מש"ה דריב"י עביד לפנים משורת הדין בפ' אלו מציאות וכמש"ל בישוב דברי התו' בחולין דהא ריב"י מת ובניו אינם בכלל זה לעשות לפנים משורת הדין ומה שתי' עוד הש"ך דהרא"ש העתיק בפ' ז"ב לשון הרי"ף דכתב כן ליישב לשיטתו דפוסק כר"ח בלי נו"ן ביד חוזר ואם כן כאן דמסתמא לא היה ריב"י נו"ן ביד ולמה לא היה חוזר ולכך כתב דלא היה הטעות בש"ה גמור. ובזה אמת י"ל מה דקשיא דהרא"ש בז"ב כתב דהך לא הוי טעות בש"ה ואילו בפ' אחד דיני ממונות כתב כל שאין טענתו מבוררת מן המשנה או גמרא לא הוה כטועה בד"מ כי אם בש"ה כעין ההוא עובדא דהוי קרו ליה עכברא כו' דפליגי בי ריב"י ור"ח אף כל כיוצא בו שאין לברר טעותו מן הגמרא מפורש שטועה בש"ה מיקרי עכ"ל והדברים סותרים זא"ז ולפי דבריהם י"ל דהך בפ' ז"ב כתב לשיטת הרי"ף דפסק כר"ח אבל לדידיה דפסק דלא כר"ח א"צ לזה ואף בכה"ג מיקרי ש"ה ומכל מקום אינו חוזר אלא דכל זה דוחק. ולכן נראה דהרא"ש כתב על הא אטו אנן קטלי קניא באגמ' פי' אם חדשנו דבר מדעתינו שלא נמצא לא במשנה ולא בגמ' ודיין שלא ידע דברינו ופסק בענין אחר וכששמע הדברים ישרו בעיניו הוי כטועה בד"מ וחוזר אבל הדיין ההוא פשיטא שיש לחלוק על דבריהם וכו'

עכ"ל הרי נלמד דאם השני אומר הסברא והראשון מודה לו כשמעו הוי טועה בד"מ ואם הראשון אינו מודה לו אם סוגיא דעלמא כהשני הרי זה טועה בשיקול הדעת ואם כן א"ש דזהו אין אדם עשוי שלא להשביע את בניו הוא מילתא דתלי בסברא בעלמא ור"ח הוא דחידש סברא זו כמו דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו כן עשוי שלא להשביע את בניו ואילו היה ריב"י מודה לר"ח היה טועה בדבר משנה כמ"ש הרא"ש אך אילו היה עומד בדעתו היה טועה בש"ה כי סוגיא דעלמא כר"ח כמ"ש הרא"ש בפ' אחד ד"מ. ואם כן א"ש דכד שכיב ריב"י באו לפני ר"ח ור"ח חידש סברא זו בדעת של תורה דאדם עשוי שלא להשביע את בניו והיה ספק אולי אילו היה ריב"י חי היה מודה לר"ח ואם כן היה הטועה בד"מ כמ"ש הרא"ש ואם כן הדין חוזר או אולי היה עומד בסברתו והרי כאן רק טעות בש"ה וקם דינא ולכך הך פלגא דכבר נתנו א"א להוציא דיטענו אולי אילו היה חי היה עומד בדעתו והוי ש"ה וקם דינא ואין להוציא אבל הך פלגא דעדיין לא נתנו אין להוציא מיד מוחזק דיטעון אולי היה ריב"י מודה לר' חייא כסברתו והוי טועה בד"מ וחוזר ומהכ"ת אתן ולכך המוציא מחבירו עליו הראייה וזה שכתב הרא"ש דלא נחלק עליו רק בסברא ואם כן אפשר אולי היה מודה והיה טועה בד"מ וגם לא היה כח ביד ר"ח להוכיח שטעה עד שנאמר שברור שהודה לדבריו מכח ראייה רק אולי היה עומד בסברתו ולכך אין להוציא מה שכבר נתנו עפ"י הפסק של ריב"י וא"ש והם דברים ישרים ונכונים ולכך בפ' אחד ד"מ שביקש הרא"ש ליתן דוגמ' ומשל איזהו מיקרי ש"ה נתן זה אילו היה ריב"י עומד בשמעתו והיה חולק עם ר"ח היה מיקרי ש"ה דסוגי' דעלמא כר"ח כדלעיל דאמרינן דלכך אין להוציא הפלגא שכבר נתנו דאולי היה ריב"י חולק והוה ש"ה וזהו שכתב כעין ההוא עובדא דעכברא כו' דפליגי בי ריב"י ור"ח וכו' והיינו דדייק דפליגי דאילו פליגי הוה טעות ש"ה ולכך אין מחזירין פלגא דאמרינן דהוה פליגי ודברי הרא"ש ברורים ואין כאן סתירה דלמשל בעלמא נקט הך גוונ' דאמרינן דפליגי ומזה הוכיח הרא"ש דכה"ג הוי טעות בש"ה וא"ש:

ואני עשיתי סמוכים לדברי הרמ"ה בכוונת הרא"ש במה שנתחבט הרא"ש בפ' איזהו נשך בעובדא דכותאי דפליג בלי חבר' דאמר ר"פ כה"ג צריך לאודיעו דהקשו התו' ורא"ש מה אריא בכה"ג דנתרעם עליו שהעביר עליה דרך הא בכל דוכתי' אמרינן אם אמר כתבו לי מאיזה טעם דנתוני כותבין לו וע"ש מ"ש בזה ולכאורה לק"מ דשם מה צורך לכתוב לו הטעם דודאי שיהיה טועה בד"מ לא חיישינן דזהו לא שכיח כמ"ש כל מחברים ואילו טעה בש"ה מה יועיל דיברר טעותו הא קם דינא ואי דצריך הדיין לשלם הא ר' פפא מומחה היה והם קבלוהו דאתו לקמי' ואם כן פטור מן תשלומין ואם כן לולי לסלק

הלעז ותלונה אין צריך לכתוב לו הפסק והטעם מה שאין כן בהך דסנהדרין דאיירי בב"ד פשוט אינם מומחים ואם כן צריכין לכתוב דאם יברר דטועה בש"ה אף דקם דינא מכל מקום חייבים הדיינים לשלם ועכצ"ל כרמ"ה ואם כן שם בפא"נ דפלוג היין בלי חבירו ור"פ פסק דבטלה החלוקה וצריך להחזיר היין לחבירו אם יכיר שטעה בש"ה בזו לא קם דינא שיוציא שלו מתחת ידו כמ"ש הרמ"ה ויחזיק את שלו ואם כן הקושיא במקומו ולכך נתחבט הרא"ש ליתן טעמים אחרים לחלק: ומהא אין להביא ראיי' ממ"ש התו' והרא"ש דהא דפריך בב"ק ובכורות על הך דן הדין וכו' לימא ר"מ הוא מן חייב את זכאי פריך דלא נעשה בדבורו מעשה כמו מפגל ולכך לרבנן פטור ואי אמרי' דעפ"י פסקו צריך לשלם אפילו אם יהיה מבורר שטעה הרי זה נעשה מעשה עפ"י דבורו. די"ל דמ"מ כיון דמחוסר מעשה ואף דמחוייב לשלם מכל מקום באותו עת אינו תשלומין ולא הוי מזיק בידים רק גרמא דעדים שהעידו שקר הצריכו הבע"ד לשלם ולא יועיל שום דבר בעולם שימנע שיצטרך לשלם כי בחזרתן לא משגיחין כנודע ומכל מקום לרבנן דלא דנין ד"ג פטורים מלשלם כיון דבאותו עת שהעידו אין כאן תשלומין ואף זה כיוצא בזה דמ"ש דחייב הזכאי עפ"י פסקו או עפ"י עדותו אדרבה בעדותו א"א לבטלו בשום אופן ומכל מקום פטור לרבנן וכן הדיין שחייב הזכאי עפ"י פסקו ושפיר אמרינן דר"מ היא וא"ש דלולי זה ח"ו היה הטור טועה בדבר פשוט בדברי הרא"ש ותו' אבל לפמ"ש ניחא. ומכל מקום לדינא נראה כהרמ"ה ובפרט שלא להוציא מיד המוחזק אבל תמהני מהרב הש"ך דהסכים להרמ"ה ובסעיף א' השיג על התו' דסבירא להו דלר"מ אף בהדר דינא מכל מקום חייב לשלם מד"ג ועל קושית התו' דטיהר הטמא נכנס בתי' שונים בחדושי דינים כמש"ל באריכות ולדידי' חייב את זכאי מא"ל הא אילו בירר שטעה קודם תשלומין היה פטור מתשלומין אם כן הדר דינא ולמה אף דפרע יתחייב בתשלומין והוי כמו פרה דאמרינן אילו לא האכילו לכלבי' כנ"ל והקושי' במקומו. וברור דלשיטת רמ"ה עכצ"ל כשיטת התו' ורא"ש דמשנה ר"מ היא ולר"מ לעולם חייב בתשלומין אף דהדר דינא ואם כן דברי הש"ך סותרים אהדדי וצ"ע. וכתב הטור שלשה מומחים אפילו לא קבלוהו קם דינא ופטורים מלשלם והש"ך בס"ק כ"ט הנ"ל אות ה' כתב דלא נמצא כן בהרא"ש ע"ש שהאריך. ולפי דבריו דבשלשה סמוכים לכ"ע פטורים מלשלם כיון דהם דיינים מהתורה ע"ש בש"ך שהאריך והרא"ש כתב בפ"ק דסנהדרין דלא פלוג עבדי רבנן בין סמוכים לאינם סמוכים הואיל והם מומחים ע"ש אם כן הדין ברא"ש מבורר ויפה כתב הטור לשיטתו. והנה הש"ך הקשה על הנ"י דכתב בג' סמוכים אם נו"נ ביד חייבים והקשה הש"ך למה יגרע מנט"ר ולא על הנ"י לבד קושיתו כי אם על הסמ"ג נמי דפסק בסמוך

ולא קבלהו חייב לשלם וקשה נמי הא הוי כמו נטילת רשות מר"ג. ולכן צריך לומר דלא הוי כמו נט"ר ולא הטעם כמ"ש הש"ך משום דלא היה נט"ר מנשיא דהא כתב הרמב"ם להדיא בפ"ד מהל' סנהדרין דאין סומכין אלא ברשות הנשיא וגם אין לומר דקאי על ח"ל דשם לא מהני רשות נשיא דא"י דהא כתבו על ר"ט דאמר מומחה אתה דהיה בקבלה וקשה הא ר"ט היה סמוך ועובדא היה בא"י ולכן צריך לומר דבשלמא נט"ר אין בו תועלת כי אם זה לדון בע"כ ואי טעה לא ישלם וע"ז מתחילה כוונת הנט"ר וזולת זה ל"ל אבל סמיכה אין זה עיקר הכוונה רק שיהיה דן דיני קנסו' וילקה להעוברים על חייבי לאווין כנודע ולכך אין כאן פיטור מתשלומין כ"כ כמו נט"ר מיהו מ"ש הנ"י דג' סמוכים בנו"נ ביד חייבים היינו שלא בקבלה דל"ל מזל דידך גרם אבל בקבלה אפילו נו"נ ביד פטור ולכך לר"ח דקתני דן הדין וכו' בנו"נ ביד ומכל מקום קתני מומחה לרבים פטורים היינו בקבלה ובזה מיושב מה דהקשה מהר"י דהנ"י כתב זה בשם רמב"ן הא רמב"ן כתב במלחמותיו דהמ"ל עובדא דר"ט בנו"נ ביד רק דדוחק לאוקמי כך והקשה מהר"י א"כ איך השיב ר"ע מומחה את הא בנו"נ ביד חיי' ולק"מ דר"ט היה בקבלה כמ"ש מחברים וא"כ אף בנו"נ ביד והנ"י איירי בלי קבלה ולק"מ:

טז **ע"פ החרם** כתב הע"ש ה"ה אם צריכים ליתן קנס והש"ך בס"ק ל"ג השיג דקנס לא מיקרי אונס כדלקמן סי' שפ"ח ולא הדמיון עולה יפה דשם דאיירי במסור דמרשיע לעשות וודאי אין לו התנצלות בשביל אונס ממון דכל הון בוז יבוז לו מבלי לעשות רע ולכך אינו פטור כי אם באונס נפשות אבל כאן לשפוט בין איש לרעהו וכי מחויב ליתן קנס ולהוזיל מכיסו כדי לחשוך עצמו מהדין דבר זה לא שמענו וא"כ כל פעם ופעם יתן קנס לא יספיק לו הונו ולכן היטב אשר דיבר הע"ש וכן הסכים הגאון מהר"י תאומים בקונטרסו:

יז **לא ישלמו דמה ה"ל לעשות**. וכתב הש"ך בס"ק ל"ג בשם הראב"ן דג' הדיוטות שנבררו מקהל יש להם לדון ואם טעו לא ישלמו ודעת הש"ך בס"ק הנ"ל וס"ק ל"ד דוקא בלי נו"נ ביד אבל בנו"נ ביד חייבים ותמהני דהא הראב"ן בפ"א ד"מ פסק דהא דצריך לשלם היינו בנו"נ ביד אבל לא נו"נ ביד א"צ לשלם דסבירא ליה כהרי"ף דאפילו לר"מ בלי נו"נ ביד אינו חייב מד"ג וא"כ ע"כ הא דפטר ברורי הקהל מתשלומין היינו בנו"נ ביד דבלי זה כל דיין פטור וכן השיג מהר"י הנ"ל על הש"ך ומה שהק' הש"ך מה ה"ל לעשות לא שייך בנו"נ ביד דמי מכריח אותם לכך לק"מ לפמש"ל בכפי' ע"י שליח ב"ד היינו נו"נ ביד שלוחו של אדם כמותו ואם כן חובה עליהם לעשות כן לנגוש ולכוף וכמו שכתבתי לעיל באריכות והדברים ברורים:

סימן כו

א **אפי' נתרצו שני ב"ד וכו'** הקשה בכה"ג במה שמביא הב"י דברי רי"ו דכתב אם אחד מבע"ד רוצה לדון בערכאות אין שומעין לו וכתב רב אלפס בתשובה מנדין אותו ע"כ ומזה נשמע דבנתרצו שניהם יכול לילך לערכאות ועיין מ"ש ויותר נראה הואיל והביא ע"ז תשובת ר"א דמנדין אותו וא"צ לזה תשובת ר"א דפשיטא דאסור ומייקר שם עכו"ם אלא דמיירי באופן שהביא הבעה"ת תשובת ר' אלפס והיא היא התשובה שנתכוון אלי' רבינו ירוחם והיא התשובה אשר הביא דינו המחבר סעיף ג' ושם מיירי שא' קבל עליו בערכאות והשני רוצה לילך הואיל וחבירו קבל עליו ומ"מ פסק ר"א דאסורא קעביד וע"ש אם קנס עצמו לצדקה כיצד יתנהג עכ"פ אסור לו לילך בערכאות אף ע"פ שבע"ד שכנגדו תבעו בערכאות וזהו כוונתו של רי"ו אם אחד מבע"ד רוצה ר"ל שחבירו תבעו שם וא"כ אומר הואיל ותבעני שם אלך ואדון שם קמ"ל דמ"מ אין שומעין לו וזהו ברור בכוונתו כי יגיד עליו תשובת הרי"ף שהביא והיא התשובה הנזכר בבעה"ת שהביא הב"י ואם כי הלשון דחוק קצת הלא דרכו של רי"ו לקצר בלשונו ולכן מאוד צריך ישוב והתבונן' כמו שראיתי כאן ק"ק מינ"ץ וכן הוא בשארי קהלות אשכנז אשר תקנות הקהל בענין ח"כ שיש רשות לבע"ד לדון אצל המשפט ערכאות מי התיר להם זה דאף דאמינא דהואיל ותקנו הקהל הוי כאלו הסכימו כל בני עיר וקבלו עליהם הא אפי' כולם מרוצים אסור להתייקר שם ע"א וכתב רשב"א בתשובה ואעפ"י ששניהם רוצים לדון בערכאות והוא דבר שבממון אסור שלא הניחה התורה את העם שהיא לנחלה לו על רצונם שייקרו חוקת עכו"ם ודיניהם ולעמוד לפניהם אפילו בדבר שדינם כדין ישראל עכ"ל ואפילו נימא דדינא ח"כ הם דיני מלכותא דבר פרטי לתקנות המו"מ במדינ' ואינו בכלל שארי נימוסי ומשפטי טיב מדינה שחקק עליהם המלך וזהו ניחא שיש לב"ד של ישראל לפסוק כחק המלך ההוא כי כן יסד המלך וכן קבלו הבע"ד בכתבם תחיל' הח"כ שיהיה לו כל תוקף חק המלך אבל אין כל זה מועיל שיהיו הם מורשים לדון בערכאות דבר שאינו ברשותם וכי עדיף חק המלך מחקו של מלכו של עולם שהוא ד"ת הקדושה ומ"מ אעפ"י שהם דנים בכך אסור לדון לפניהם לכן בעו"ה רע עלי המעשה אפס אין כח לבטלו כי נשרשו בתקנה זו מבלי שומע ומי שיהיה כחו יפה יבטלו ויקבל שכר מאלקי המשפט:

ב **וסברא ראשונה נ"ל עיקר** הרמ"א הכריע בזה ולענ"ד צ"ע למאד כי אם בדין א"ה זכה שלא עפ"י הדין להחזיק ממון של חבירו מי התירו לו עפ"י ד"ת ולא מצינו מי שסובר כן רק מהרי"ק הביא כן בשורש קפ"ח בשם ר"י בר פרץ שאם מסר לחבירו בדין מלכות ואחר כך רוצה לתבוע לחבירו בדין מאותו תביעה אין נזקקים לו כיון שהניח דיני ישראל

ובחר בדא"ה שוב אין נזקקין לו מאותו תביעה דדינא דמלכות' דינא עכ"ל וזהו יסודו של דין זה. ומהא אין ראיה דהא כתב מהרי"ק שם להדיא דמהר"י בר פרץ סבירא ליה דינא דמלכותא דינא בכל דבר אבל כבר כתב מהרי"ק להדיא שם דלא אמרינן כן ורוב פוסקים חולקים ואעפ"י שרמ"א הכריע כן לקמן בסי' שס"ט דאמרינן דינא דמלכותא דינא בכל דבר היינו כמו שכתב הרשב"א בתשובה בדבר שחקק המלך לטובת המדינה אבל אם אמרינן דינא דמלכותא בכל דתי עכו"ם א"כ בטלת בכלל כל ד"ת ואיבינו פלילים. וח"ו לשוא אנו עמילים בכל הדינים ובחינת ספר' נלך ונבקר בדתי המלך נמוסי עם אשר חקק נשתקע הדבר ולא נאמר וצריך לומר דגם ריב"פ סבירא ליה ודאי כך היינו אם בא לדון בדין ישראל ח"ו לדון עפ"י חוק ודתי הגוים שחקק להם המלך ועין לקמן סי' ס"ח. אבל הוא שהלך בדיני גוים נתרצה לקבל עליו דינא דמלכותא וא"י לחזור בו וכ"כ מהרי"ק שם דאיכא למימר הואיל דהניח דיני דישראל ובחר בדא"ה גלי אדעתא שרוצה להיות לדון בפניהם ולכן משמע שם דר"ל אפילו לא הלך כלל בדא"ה רק השטר שכתב היה עשוי בדתי גוים הרי קיבל על עצמו דיני גוים. וכן כתב הב"י וגדולה מזו כתב מהרי"ק בשם מהר"י בן פרץ ונתכוון לכך. וא"כ אנן דלא קי"ל כך וח"ו לומר דכל שטר' העשוי אצל ערכאות ובנימוסי וטופסי של עכו"ם שיהיה מותר לילך בערכאות וכמ"ש מהרי"ק שם להדיא אף הא ליתא דמה"ת לחלק. ואף דנימא דסבירא ליה לרמ"א לחלק דסבירא ליה דלא אמרינן במעשה שטר הנעשה בדיני גוים שנתרצה לדיניהם רק בהלך לדון בפניהם הוא דאמרינן דנתרצה לדיניהם. מ"מ קשה מה בכך דנתרצה לו יהיה דקיבלו קנין לדון בפניהם מכל מקום הא יכול לחזור בו כמבואר בסעיף ג' ואין לך רצוי גדול מזה וצריך לומר דסבירא ליה לריב"ן פרץ כדעת בעה"ת וסייעתו דמהני קנין לדון בדיני א"ה וסבירא ליה ה"ה בעושה מעשה לכתוב שטר בדא"ה ובנימוסם הוי כקנין אבל לפי מה דקי"ל כהרא"ש וכ"כ המחבר בסעיף ג' דקנין לא מהני אם כן ה"ה בנתרצה והלך בערכאות דלא עדיף מקנין. וצריך לומר דרמ"א אזל לשיטתו סי' כ"ב סעיף ב' דאעפ"י שקיבל לדון בפני גוי יכול לחזור בו מכל מקום אם כבר דן לפניו לא יוכל לחזור בו. וכאן מיירי דכבר דן כמ"ש ונתחייב אבל כבר כתב הסמ"ע וכ"כ לעיל דהכל איירי בקנין אבל בלי קנין לא ידעתי למה לא יהיה יוכל לחזור דהא ממקום שלמד כן הרמ"א שם מבואר במרדכי דקיבל קנין דוקא ואעפ"י דקבל עליו פסול א"צ קנין בגוי שאני דהוי לעבור על ד"ת וע"ש בסמ"ע ובסי' זה ס"ק י"א והבו דלא לוסיף עלה דבלא"ה השיג הש"ך לעיל סי' כ"ב על רמ"א דאין לדבריו שרש במרדכי וכן העליתי לעיל בתומים כי צדקו דברי ב"ה בכוונתו המרדכי ע"ש וא"כ מהכ"ת להוסיף ולומר דאפילו בלי קנין לא יהיה יוכל לחזור בו ולכן

דין זה צל"ע מתחיל'. ואמת חשבתי כי בשביל כך אין נזקקים לו לא בשביל שנתרצה לדיני א"ה רק הואיל והלך חשכים וקלקל מעשיו לדון בדיני א"ה ולא טוב עשה בעמיו אין אנו אחראין לשמוע בקולו וכי אנו אחראין לרשעים המבזים דין תורה ומייקרים שם ע"ז. ועשיתי לזה סמוכים מדברי גמרא ב"ק דף צ"ב מנא הך מילתא קרי' חברך ולא ענך רמ' עליו גודא רבא דכתיב יען טהרתיך ולא טהרי מטומאתך לא תטהרי עוד עכ"ל ופי' המפורשים דמי שמסרב לילך בד"י דמותר לילך עמו בדא"ה והדבר דחוק קצת דמה צורך לראי' מהך פסוק הלא כל פסוקי תנ"ך מלאים מזה באשר לא שמעו לקל שרי ישראל נביאיה ושופטיה באו עליהם נכרים ויבוזו חילם ואויביהם פלילים ולמה בחר הגמרא בהך קרא אלא י"ל כמ"ש קרי' חברך לילך לד"ת ומאן הפל עליו גודא רבא לבלי שמוע בקולו אף שיחזור וירצה לשמוע בקול ד"ת אין שומע ומחיצה של ברזל מפסקת וגבה טורו וע"ז מביא ראיה מפסוק יען טהרתיך וכו' לא תטהרי עוד ואפס תקוה וכן בזה אין להזקק לטהרתו וחרטתו. וזה נראה דפי' כוונת רבינו ב"י דהבין דלכך אין נזקקין לו משום קנס דהלך בדיני גוים אין ב"ד אחראין לפקח בטובתו ובאיבוד ממון שלו ולכך כתב הב"י דלפי מ"ש המרדכי סוף ב"ק תשובת מהר"ם בעובדא דר"י ור' אפרים לא נראה כן שר' יואל קבל על ר"א בדא"ה להכריחו לד"ת ור"א מסר עליו והביא לכלל הפסד ופסק מהר"ם דאף דר"י עשה שלא כדין למאוד מ"מ חייב הר"א לשלם מה שהפסידו במסירתו דאפילו הוא מסור גמור לא הפקיעו ממון שלו ע"ש ואם כן הרי דאף שעשה שלא כדין מ"מ אין ממון שלו מותר ולא הפקירו ממון וא"כ מהכ"ת לא נזקק לו לפסוק לו אם חבירו רוצה להוציא ממון שלא כדת ויפה כתב הב"י לשיטתו דתשובת מהר"ם חולק אבל הרמ"א סבירא ליה באמת אין הטעם בשביל כך רק הטעם כמש"ל דנתרצה לקבל עליו דין ערכאות ולכך יפה כתב בד"מ דאין ראיה מדברי תשובת הר"ם במרדכי הנ"ל כי שם מסרו ולא ע"ז נתרצה שימסור ממון שלו ע"ש. ולכן לדינא צ"ע כמ"ש כי הרמ"א הולך לשיטתו מש"ל בסי' כ"ב ובהאי דלעיל לא בריר לן דינו כמש"ל ולכן אפשר אם כבר הוציא המעות בערכאות קשה לפסוק ולהוציאו מיד מוחזק בד"י כי יוכל לומר קים ליה וגם אפשר דבכה"ג לא מצי חוזר אבל כ"כ דלא הוציא מעות מיד מוחזק רק נתחייב בדא"ה קשה להוציא ממון מיד מוחזק אשר לא כדת ישראל והרי זה גזל גמור ומי הפקיר ממון שלו. וצ"ע מאוד כי אין לרמ"א על מי שיסמוך לפי דקי"ל דחוזר בקנין. ונראה אפילו לדעת הרמ"א היינו כשהגוי שפטו צדק לפי דא"ה ודינם שחקק להם המלך אבל אם עוותו משפט בקבלת שוחד וכדומה פשיטא דנזקקין ב"ד להציל הגזל דלא שייך לומר דנתרצה דכי נתרצה לדון דין כפי היושר בנימוסם ודתם כמ"ש הר"י בן פרץ דינ'

דמלכותא דינא אבל לא קבל אותם לקלקל משפט ועיין לעיל בקיבל קרוב או פסול ונודע שטעו חוזר ומ"ש שטעו בדינינו שם ומ"ש כי הם טעו בדיני מלכותא עכ"פ אין כאן קבלה כלל ויכול לחזור וזה ברור ופשוט. וכמו כן מ"ש הסמ"ע לדעת האומרים דנזקקים לו אם לא שגרם הפסד לבע"ד דה"ה אם הוציא כבר בדא"ה דאין ב"ד נזקקין לו יותר לא ידעתי מנא ליה הך דינא דכיון דהוציא בדא"ה וקיי"ל דהך תפיסה בדא"ה לאו שמיה תפיסה כלל כמ"ש כל הפוסקים וע"ס כ"ה בדיני קים ליה א"כ מה מהני דתפוס ע"י עכו"ם הא לא הוי תפיסה ולמה לא יזדקקו דייני ישראל לפקח אם גזל בידו להוציאו ממנו כראוי עפ"י ד"ת ולכן דינו של הסמ"ע לא נהירא כלל:

ג **ולהעיד שזה חייב** הסמ"ע הביא בשם ר"ש גאון דהיינו שיש ב"ד שאינו לוקח שוחד ואז מותרים לילך ולהעיד ותמה הסמ"ע בס"ק ט' למה סתם מור"ם כאן ולא כתב דבעינן שלא יהיו לוקחי שוחד ע"ש ובכה"ג הביא בשם מריב"ל צריך לעיין מה איכפת לן דלהוי מקבלי שוחדא עכ"ל ע"ש ונר' בקושי' הכה"ג דהא אמרינן בגמ' וכן לקמן בסי' כ"ח במקום שהם מוציאין עפ"י ע"א אסור להעיד בפני גוים שגורם שהם מוציאין ממון שלא כדין ואם כן אף בזו אם הם מקבלים שוחד המה יעוותו משפט ואם הם יעידו שחייב מנה המה יפריזו על המדה לומר שחייב קנס וישלם הוצאות לרוב אשר לא כדת והמה גורמים להוציא ממון שלא כדין כמו ע"א המעיד בפני גוים והדבר מבואר בתשובת ר"ש גאון דהביא ראי' מהך בר ישראל דידע סהדות' וכן הדברים שכתבתי דמדמה להדדי. ולכן נראה גם בתמיהת הסמ"ע ליישב דודאי אם נודע לנו בבירור שהם מקבלים שוחד פשיטא דאינם בחזקת דיינים של מלך והם גזלנים ומי ילך לפניהם למסור ישראל בידם כתוא מכמור. רק כל דברי הגאון הוא דצריך לידע דלא מקבלי שוחדא אבל בסתם אסור ונראה דדעת הגאון כדעת רי"ף לקמן בסי' ס"ח דצריך להיות נודע לנו דלא מקבלי שוחדא אבל בסתם הם בחזקת לוקחי שוחד ולכך אף פה מצריך שנדע דלא מקבלי שוחד אבל לדעת הרא"ש שם סי' ס"ח דסתמא אינם בחזקת מקבלי שוחד אף כאן כ"כ דלא ידעינן בבירור דמקבלי שוחד מותרים להעיד. ולכך הרמ"א דסבירא ליה לקמן סי' ס"ח כהרא"ש השמיט כאן דעת הגאון ואם ברור שמקבלים שוחד פשיטא וא"צ להודיענו כמ"ש דבזה לא דיבר הגאון דפשיטא דמי יעיד לפני חמסנים מעקלי משפט והדין וא"ש:

ד **אינו כלום כו'** כתב הסמ"ע ס"ק י"א דהמעיין בתשובת הרא"ש שכתוב אעפ"י שכתב בשטר לדון בדין א"ה לא כיון שלא יהיה שביעית משמטתו רק אם יהיה אלם יכול להכריחו לד"ת הרי דוקא שאפשר לפרש לשון השטר באופן שלא היה תנאי לעבור על ד"ת אבל בכתוב בפי' שמתחייב לדון עכ"פ לפניהם ויש לו זכות יותר בדיניהם מבדינינו

דא"כ לא הוי קנין דברים מודה הרא"ש לבעה"ת דיכול לדון בפני עכו"ם. וקשה על המחבר שסתם עכ"ל ולדבריו צ"ל דלא קשה הא מבואר בריש סי' דאפילו שניהם נתרצו אסור לילך בערכאות דג"כ מיירי או בלי קנין דהוי מתנה לעבור על ד"ת או דמיירי דאין לו זכות יותר בדיניהם ואם כן אף הקנין לא הוי רק קנין דברים וכ"כ הסמ"ע להדיא לעיל סי' כ"ב סעיף קטן ט"ו בקבל עליו הגוי לדון וכו' כמ"ש ע"ש. ואין אני מבין כיון דמודה דתנאי לא מהני דהוי מתנה לעבור על ד"ת מה יועיל קנין וזו לא שמענו מעולם המתנה לעבור על ד"ת דתנאו בטל שיועיל בו קנין מה מועיל קנין וכן מוכח בב"מ דף צ"ד מתנה ש"ח כו' דפריך בגמ' הא מתנה על מה שכתוב בתורה וכו' ולא קאמר הניחא דהא שמואל מוקי' לי' התם בשקנו מידו. ולדברי הסמ"ע אין הקושי' רק לר"י והל"ל הניחא לשמואל דסבירא ליה קנו מידו מיירי משנה אלא לר"י דאמר דאפילו בלא קנו מידו מא"ל אלא ברור דלענין זה להתנות על מה שכתוב בתורה אין הבדל בין קנין לאינו קנין ועיין ברמב"ם בפכ"ג מהלכות אישות וכפי מה שביאר בתשובה מוקי הך מילתא דרב ריש הכותב הלכה כרשב"ג ולא מטעמיה בנשואה וע"כ בקנו מידו דאל"כ ידו עדיף מידה כמבואר ומ"מ אמרינן דהמתנה עמש"ב תנאו בטל ע"ש בגמרא וברמב"ם ולכן דברי הסמ"ע צל"ע אבל מ"מ דקדוקו בדברי הרא"ש נכון הוא דטרח הרא"ש בכל התשובות ליישב הלשון ולומר שלא כוון לכך אבל משמע אי נתכוון לכך להדיא וא"א לפרש הלשון בסגנון אחר הוי תנאי וכ"כ גי"ת להדיא בשער ס"א. וקשה הא הוי לעבור על ד"ת כמבואר בריש סי' דאפי' נתרצו שניהם ועיין מש"ל בסעיף קטן א' בשם רשב"א ע"ש ואף דנימא דהא דדחק הרא"ש עצמו היינו דלולי כן היה חיוב על ב"ד של ישראל לפסוק לו כפי הזכות של דיניהם דזהו הוי תנאי ממון ולא איסור דלא אתי קר שם ע"ז ולכך טרח הרא"ש להסיב כוונתו באופן אחר וא"כ אף בד"י אין לו זכות זה ולכך נראה דפסק המחבר כן וסתם כי סבירא ליה כן בכוונת הרא"ש ומ"ש הטור בשם בעה"ת הא כגי' בעה"ת שלפנינו נזכר להדיא ההפוך דלא מועיל קנינו ותנאו כלל כמ"ש הב"י להדיא ולכך סתם כן בש"ע דלא כטור. ואמנם מ"מ בדברי הטור קשי' וצ"ל דודאי אי התנה כן בשעת שנפל ביניהם דברי ריבי' פשיטא דלא מהני תנאי וקנין לעבור ד"ת רק הוא כתב כן מתחילה בעת כתיבת השטר בק"ס לדון בדיני עכו"ם א"כ לא היה כוונתו לייקר שם ע"ז רק שבע"ד יעשה לו ברצון בלי צורך דיינא כלל כפי הדין ונימוס א"ה דרך משל שאם יעבור שביעי' שאף עפ"כ יפרע לו בדיני א"ה וכן בנתנו לו פקדון שיפרע לו אף שיגנב בדין א"ה וזה יעשה ברצון טוב וע"ז היה תנאו ואם אחר כך בהגיע זמן וחבירו ממאן לקיים תנאו א"כ כיון שמהדין נתחייב בכך רק ב"ד של ישראל אינם פוסקים לו א"כ הוי

כגברא אלמא דלית ליה דינא בד"י דמותר לילך בדא"ה ואין כאן תנאי לעבור על ד"ת בהחלט כי תנאו היה שחבירו יקיים דיני א"ה ברצון בלי צורך דין וריב כלל ואם הוא אחר כך ממאן הוי כגבר אלי' וא"ש וזהו בעת כתיבת השטר אבל אחר כך בשכבר התחיל המריבה ביניהם זה בכה זה בכה התרצו אפילו בקנין שידונו ביניהם גוים ולא מקדם בעת כתיבת השטר פשיטא דלא שייך בזה מ"ש והתנאי והקנין הוא בהחלט לעבור ד"ת ובטל מכל והיה לא תהיה כלל וכלל ולכך המחבר לעיל סי' כ"ב וכן פה לא הזכיר שהיה קבלה בעת השטר כנזכר בבעה"ת ובראי"ש רק אז בעת הדין פשיטא דאסור ואין כאן פקפוק כלל ויפה כתב דהכל בטל ויפה סתם כן י"ל אף לגי' הטור בבעה"ת אבל ברור שהמחבר לא חש ליה כלל ונמשך אחר גי' בעה"ת שלפנינו ששם הכל בטל ואסור מבלי חילוק כלל:

ה **וי"א שאין ב"ד מוציאין כו'** כבר כתב הב"י בספר ב"ה דלא אתפרש למה לא יוציאו בדיינים והסמ"ע כתב משום דהוי מצות עשה שמתן שכרו בצידו ואין ב"ד של ישראל כופין עליה ואין דבריו נראי' דחדא בצדקה כופין כדאמרינן ממשכנים על הצדקה ועיין בתו' דב"ב דצדקה שאני אף גם זהו הכל בצדקה דלא נדר אבל אם נדר ליתן לצדקה דקי"ל בפיך זו צדקה הרי עליו חיוב ואי קיימי עניים ואינם נותנים כל שעה ושעה עובר בבל תאחר כמבואר בגמרא דר"ה ובש"ע י"ד סי' רנ"ז הרי חיוב על ב"ד לכופו לבל יעבור לאו כל רגע וכן מבואר שם בגמרא דר"ה ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך וחשבינן בפיך זו צדקה בכלל הרי מבואר דכופין להפריש צדקה לעני' במה שנדר ומכ"ש בזה דאין כ"כ מתן שכר כי לא נדר לצדקה בתורת חמלה וחנינה לדלי' רק בתורת קנס אם לא ילך לערכאות. ודברי הסמ"ע תמוהים וכן מ"ש הב"ח דמצי אמר אתן לעניים בעיר אחרת ומתי שארצה גם זה לא נהיר' דהא כיון דלא פרט איזה עניים עניים הראשונים הבאים ליטול צדקה חייב ליתן להם ואם מסרב עובר בבל תאחר כמבואר בגמרא דר"ה פ"ק ובש"ע י"ד סי' רנ"ז ע"ש ופשיטא דכופין אותו מבלי לעבור על לאו דלא תאחר ולכן יפה תמה הב"ה. ואמת מתחילה חשבתי מ"ש הרי"ף אין ב"ד מוציאין ממנו הרצון דלא נחתינן לנכסים דבנדר לכ"ע שעבודא לאו דאורייתא ותקון עולם לא שייך כאן וכיון דלא נשתעבדו הנכסים אין יורדים לנכסיו ולא כתבינן אדרכתא כלל ולכ"כ אין ב"ד מוציאין ול"כ אין ב"ד כופין ודאי כופין לבל יעבור אבל אין מוציאין בירידת נכסיו אבל הדרינ' בי' חדא דהא מן הך קרא ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך נלמד כפי' לענין קרבנות וכן לצדקה דכתיב בפיך זו צדקה ואילו נודרי קרבנות ומאחרין להביאו קי"ל ממשכנים אותן כמבואר במשנה שקלים וכן הרמב"ם פי"ד מהלכות מעשה קרבנות ע"ש. ועוד הא דסיים

הרי"ף אלא מודיעין אותו הל"ל דמנדין אותו לקיים נדרו. ולכן התי' היותר נכון הוא כך דסבירא ליה להרי"ף כהך רבוותא דסבירא להו דאף בצדקה שייך אסמכתא ודלא כמ"ש בי"ד סי' רנ"ח ולקמן ח"מ סי' ר"ז. ואם כן לכאורה זו אסמכתא דתל' הדבר שאם ימנע לילך בערכאות שיפריש לצדקה וה"ל אסמכתא דדעתו היה לילך ומבלי ליתן ולא עלה ברוחו שב"ד ימנעהו. ואין כאן חיוב אך דבר זה בדעתו אם דעתו היה אז באמת לילך שובב בערכאות וקבע נתינת הצדקה רק בדרך קנס להחזיק ענין ההליכה אם כן הרי זה אסמכתא ועיין לקמו סי' ר"ז אבל אם באמת מתחילה לא היה ברוחו רמי' לייקר שם ע"ז והיה באמת דעתו לצדקה ליתנו ועשה כן לפייס דעת התובע שביקש ממנו התחייב' הלזה אבל באמת מאז היה דעתו ליתן לצדקה טרם ילך לפני עכו"ם אם כן הרי זה נדר גמור ומחויב ליתן ולכך היותו דבר המסור ללב איך ומה היה דעתו מתחילה אין ביד ב"ד לכופו דאולי יש בו משום אסמכתא ואין כאן חיוב כלל אבל הב"ד מודיעין אותו שחל הנדר עליו. אם כוונתו היה לשם נדר מוחלט ולא בתורת אסמכת' ואם כן הוא יבחין בלבו כיצד היה דעתו ואן היה לבו נוטה אז ודברים המסורים ללב וא"ש וזה שדייק שמודיעין אותו ואומרים לו שעליך לתת מדעתך מה שפסקת על עצמך הך מילת מדעתך לכאורה אין מובן אמנם כיון למ"ש כפי דעתך שהיה אז דעתך נוטה עליך מוטל לקיים הנדר וא"ש. ואם כן יפה עשה הרב המחבר שכתבו בלשון וי"א כי הא קי"ל לקמן בסי' ר"ז דאין בצדקה משום אסמכתא ואפשר דכאן שאני כי אנוס הוא ומ"מ הוא בלשון י"א וא"ש. אך מ"ש הרי"ף על זה שאמר שאם לא ילך לדא"ה שיתן כן לעניים שהוא הדבר השנוי במשנה חומר נדרים משבועה אמר סוכה שאני עושה לולב שאני נוטל בנדרים אסור ובשבועה מותר שאין נשבעין לעבור על המצות וזהו ששנינו כאן בנדרים אסור זה י"ל כמו זה שאמרנו שאם נדר לצדקה בקיום מצות חייב לאותו צדקה וב"ד מוציאין מידו עכ"ל. וכבר כתב הב"ה דמה שמפרש במשנה לא אתפרש כלל כפשטא דמשנה. ובאמת לכאורה דברי הרי"ף צ"ע כי לפי דבריו הא דאמרינן קונם סוכה שאני יושב לא שאוסר ישיבת סוכה להדיא בקונם רק אמר אם אשב בסוכה יהיה עלי קרבן ובאמת יושב בסוכה רק חייב להביא קרבן אם כן מ"ש נדר ומ"ש שבועה דהאומר אם אשב בסוכה שבועה שאפריש קרבן ג"כ ישב בסוכה ויפריש קרבן וגם בגמרא פריך מ"ש נדר משבועה ומוקי רבא בנדר באומר קונם ישיב' סוכה עלי וא"כ מיתסר חפצא על נפשי' משא"כ בשבועה באומר שבועה שלא אשב בסוכה ולפי' הרי"ף הא ליתא להך פי' במשנה כלל רק תלה נדרו בישיב' סוכה ומעולם לא אסר ישיב' סוכה על עצמו כלל. וראיתי ברמב"ם בפי' המשנה וכן בהל' נדרים שכתב באומר קונם ישיבת סוכה עלי אסור וכ"כ אם תלה בו

ואמר יהיה עלי קרבן אם אשב בסוכה יושב ומביא קרבן וגם בזו תמה התי"ט מה צורך לרמב"ם בזה לענין פירוש המשנה והא גם בשבועה שייך כן. ולכן היה נראה דקשי' להרי"ף במשנה דקתני קונם סוכה שאני עושה דאסור הא בהך לישנא אין כאן נדר רק באומר קונם ישיבת סוכה עלי ואם כן להיפוך הל"ל במשנה קונם ישיבת הסוכה עלי אסור ולא לשון הבלתי מועיל כי באמרו קונם סוכה שאני עושה אין כאן מקום לחול הנדר ולזו סבירא ליה כמו דכתב ר"ת והרא"ש ריש פ' המדיר דהאומר קונם עלי אם אישן ג' ימים אם אעשה דבר פלוני אינו נדר ואע"ג דהא יכול לישן ולא יעשה דבר פלוני הואיל והוציא שינה שלשה ימים הוי נדר של שוא ואינו חל ואם כן ה"ה להיפוך אם אמר אם אישן מהיום תוך שלשה ימים יהיה חפץ זה עלי קונם אינו נדר דהא הזכיר שינה ג' ימים והוי נדר של שוא ובהכי ניחא הא דפריך בשמעתי' דהמדיר שם ותתקשט ותאסור ולא מוקי לי' דתלתה קשוט' באכילת כל מיני פירות וזהו אף לר"י דאמר יקיי' היינו במין ממיני פירות אבל בכל מיני פירות אף לר"י א"א למיקם אפילו יום א' ומנ"ל להקשות אלא ודאי דתלונהו בהך אין הנדר באיסור קישוט חל כלל ולפ"ז ה"ה באומר אם אשב בסוכה שבועה שאפריש קרבן כיון דתלי' שבועתו בביטול מצוה והזכיר ביטול מצוה לא חל השבועה כמו בתולה בשינה דמ"ש ואף זהו כמוהו אמנם אם אמרו בלשון קונם אם אשב בסוכה הרי עלי קרבן בנדר חל דהא אינו כאן ברור דתלה נדרו בדבר שלא חל הנדר עליו דהא יש מקום בגוף ישיבת סוכה שיחול הנדר כגון שיאמר קונם ישיבת סוכה עלי. ואם כן אין כאן בהזכרת ישיבת סוכה בירור דבר שלא חל עליו הנדר ולא דמי להזכרת שינה שלשה ימים דשם אינו במציאות חלות הנדר משא"כ כאן ולכך נתלה בו הנדר וחייב וזהו שפי' הרי"ף במשנה קונם שאשב בסוכה היינו אם אשב בסוכה יהיה עלי קרבן וחייב בקרבן משא"כ בשבועה ופריך בגמרא מ"ש ולמה תלי' בנדר חל ולא בשבועה ומשני הגמרא שבנדר חל בפשוט באומרו קונם ישיבת סוכה עלי אם כן אף בתולה נדרו סתם מכל מקום הנדר חל דאין כאן תלוי' בדבר שא"א כמ"ש אבל בשבועה שא"א אף תלוי' בו לא חל ולכך הרמב"ם באשר כתב דקונם ישיבת סוכה חל בנדר כתב וכן באומר אם אשב בסוכה הרי עלי קרבן חייב בקרבן דהא בהא תלי' דלכך חל הואיל ויש במציאות לנדר לחול. משא"כ בשבועה ולכך הזכיר הרמב"ם הך תלי' דקרבן גבי נדר ולא גבי שבועה וא"ש ומזה יליף הרי"ף דאף דתלי' הנדר בדבר עבירה לילך לפני ערכאות חל הנדר דהא אפשר לקיים נדרו בעשותו רצון חבירו ולא ילך אתו בערכאות כמ"ש שאם אין התובע תובעו אין חיוב עליו לילך וא"ש ודברי הרי"ף ודברי הרמב"ם

עולים כאחד בלי הבדל ופי' זה היה ישר בעיני אילו מצאתי רמז ממנו בשום מחבר וקשה עלי לחדש פי' אחר:

סימן כז

א **משום לא תקלל חרש כו'** אמרינן בגמ' דסנהדרין דף ס"ו ע"א אזהרה למקלל אביו ילפינן מן דיין ונשיא וחרש. דמה לדיין ונשיא שגדולתן גרמה חרש יוכיח מה לחרש שכן חרשותו גרמה לו פי רש"י מתוך שהוא שפל הזהירה התורה מבלי לצערו דיין ונשיא יוכיחו וכו' ופריך הגמ' מה להנך שכן משונים ואסיק הגמ' דנפיק ליה מן אלקים לא תקלל דאינו צריך לדיין דיליף ליה מנשיא וחרש ואם אינו ענין לדיין תנהו למקלל אביו ואפילו למ"ד אלקי' קודש מ"מ מדכתיב לא תקלל ולא כתיב תקל ש"מ תרתי. וכתבו התו' ד"ה מאי לא תקלל כו' דמקלל חבירו ילפינן מן בנין אב דקללת אביו וחרש דל"ל שהן משונים דאב אין משונה וכו' עכ"ל והרמב"ם פכ"ו מהל' סנהדרין כתב למה נאמר חרש שאפילו זה שאינו שומע ואינו מדבר ולא נצטער בקללת זה לוקה על הקללה זו וכ"כ הטור והקשה הכ"מ והב"ח אדרבא הא אמרינן בגמ' מה לחרש שכן חרשותו גרמה לו הרי דיותר מסתבר לחייב על קללת חרש מן קללת כל אדם. ותי' הב"ח דבאמת קללת כל אדם לאסור ילפינן מבנין אב מאביו וחרש כמ"ש התו' רק א"כ דבאמת חייב על קללת כל אדם למה נאמר חרש אלא כמ"ש דאפילו חרש דלא נצטער בקללה מ"מ חייב. ויפה תי' הב"ח בכוונת הטור די"ל דס"ל כתו' דקללת אביו ילפינן מן אלקים לא תקלל והדר ילפינן קללת כל אדם מן בנין אב מאביו וחרש אבל אין זה עולה ישוב בדברי רמב"ם דכתב בהלכות ממרים פ"ה הלכה ד' דקללת אביו ואמו נלמד ג"כ מן לא תקלל חרש ולא מן אלקי' לא תקלל. וא"כ אין כאן בנין אב דאביו וחרש וגם קשה למה סותר דברי הגמ' דמשמע בגמ' דא"א למילף מחרש וצריך לומר דיליף מן אלקי' לא תקלל והוא כתב דיליף מן חרש ונראה ליישב דבלא"ה עמד הכסף משנה במה דאמרינן במס' שבועות דף ל"ו בסתמא דמקלל חבירו ילפינן מן מקלל חרש גרידא ואילו בגמ' דסנהדרין אמרינן דא"א ללמוד ממנו שכן חרשותו גרם ליה וצריך בנין אב וכן כתבו התו' בד"ה הנ"ל דגמ' דשבועות נראה כסותר. ולכן נראה לרמב"ם דהתו' הקשה נילף ממקלל חרש ומקלל עצמו דמוזהר מן קרא השמר לך ושמור נפשך ותו ל"ל שכן חרשותו גרמ' לי' דמקלל עצמו יוכיח וכו' וע"ש שדחקו וס"ל לרמב"ם במה שהקשה התו' בשבועות דף ל"ו הנ"ל ד"ה ושמור וכו' איך אמרינן מקלל עצמו דברי הכל חייב דכתיב שמור נפשך וכו' הא חובל עצמו דג"כ נכלל בשמור נפשך ומ"מ אמרינן בב"ק דף צ' דאית ביה פלוגתא דתנאי

וס"ל לרמב"ם בזה דבאמת הא דאמרינן דברי הכל אין פירושו דליכא שום תנא דחולק בזה רק הכוונה ר' מאיר וחכמים דפליגי במשנה בקללת אב ואם אם בעינן שם מיוחד דוקא וע"ז אמרינן דבהך לא פליגי וכן משמע להדיא שם ברש"י ועיי' מהרש"א אבל באמת מ"ד בב"ק דחובל בעצמו רשאי אף מקלל בעצמו ס"ל דרשאי כקושית התו' דמ"ש. וא"כ קושיא התו' הנ"ל דהא דאמרינן בסנהדרין דדרשינן מן אלקי' לא תקלל ולא אמרינן כקושית התו' ניליף מן מקלל חרש ומקלל עצמו ניחא דבגמ' ביקש לומר אוקומת' לכל תנאי דאין בזה באזהרת למקלל אביו ואמו חולק כלל ואילו הוה אמרינן דיליף מן מקלל עצמו הוה קשה הניחא למ"ד דחייב אבל למ"ד חובל בעצמו רשאי וה"ה למקלל מא"ל מנא ליה אזהרה למקלל אביו ואמו ולכך ילפינן מן אלקי' לא תקלל וכו' אבל בסוגי' דשבועות דקאי על המשנה דכ"ע מקלל עצמו חייב ואתיא כהך תנא בב"ק דהוא תנא דר"ע במשנה דחובל בעצמו חייב מן שמור נפשך וכו' וה"ה למקלל א"כ שפיר אמרינן דילפינן מחרש דל"ל מה לחרש שכן חרשותו גרמה ליה דהא מקלל עצמו יוכיח כקושית התו' וגם הרמב"ם בהלכות חובל ובהלכות סנהדרין פסק דחובל בעצמו חייב וה"ה למקלל עצמו א"כ שפיר ילפינן מחרש ולכך כתב בהלכות ממרים דילפינן מחרש וא"ש. וא"כ השתא דילפינן מחרש קללת כל אדם קשה למה נכתב באמת חרש וצ"ל לכ"ש אפי' חרש שאינו מצטער בקללה וכו' וכמ"ש הב"ח וא"ש:

ב **ואם היה דיין וכו'** מחייב רבינו הרמב"ם ואחריו נמשך המחבר מלקות אהך קללות הדיין דנפיק ליה מן אלקי' לא תקלל אף דהאי קרא אתיא נמי למברך השם דהיינו מגדף כמ"ש הרמב"ם להדיא בהלכו' עכו"ם מ"מ לא הוי לדעת הרמב"ם לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד כיון דבהך נפיק לדיין ליכא אזהרת מיתת ב"ד לא קרוי לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ועיי' בהלכות שבת במחמר אחר בהמתו מ"ש המ"מ לשם דלא הוי אזהר' מיתת ב"ד בכה"ג וא"ש ועיי' מהרש"א סנהדרין דף ס"ו דחשיב ליה לפשיטא דהוי אזהרת מיתת ב"ד ולא עיין במ"מ הנ"ל בהלכ' שבת ולק"מ ואפשר הטור דלא כתב אם מקלל דיין חייב שתי' כמ"ש הש"ע וכתב הסמ"ע בס"ק ה' דמשמע דלא ס"ל וכתב ועיי' בפרישה ולא זכינו לאורו בסימני' הללו דס"ל כנ"ל דהוי לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד וא"כ לית ביה מלקות וא"כ מה נ"מ לחייב שתי' הא לית ביה בקללת דיין מלקות. אך זהו דוחק דהא כתבתי באורים דנ"מ לענין פסול עדות וא"כ מה בכך דאין בו מלקות משום דניתן לאזהרת מיתת ב"ד בשביל כך מ"מ קרוי לאו שיש בו מלקות לפוסלו לעדות דאטו חומרו קולו וכמ"ש באריכות לקמן סי' ל"ד ע"ש ויותר היה נראה כי אני תמה כי משמע' הפוסקים דאף בזה"ז המקלל דיין עובר בלאו והא כל עיקרו מן אלקי' לא תקלל

ואלקים פירושו דיין סמוך ומומחה כדאמרינן להדיא בגמ' אלקים כתיב בפרשה ופי' סמוך וזה פשוט וא"כ אין כאן רק על קללת דיין סמוך ומומחה אבל דייני זמנינו אשר אין לנו סמוכים בעו"ה רק שליח' קעבדינן ומה ענין זה לקללה. ולכן נראה דהטור דהתחיל אסור לקלל דיין בא להודיענו שיש איסור והיינו לדיין מומחה אבל באמת בזמן הזה אינו כי אם לאו דכל אדם דאסור בלאו לקלל שום איש ישראלי ומכל שכן דיין אבל אין כאן חיוב שתי' דאין לנו סמוכים וזהו נר' ברור ונפקא מינה לענין פסול עדות כמ"ש באורים ותמהני שלא נזכר זה במחברי' כי לענ"ד הדבר פשוט ונכון. ודע הא דכתב הש"ע בשם או בכינוי נגרר אחר דעת הרמב"ם אבל הראב"ד בפכ"ו מהלכות סנהדרין חולק וכתב א"א אינו לוקה אלא בשם המיוחד והכי איתא בירושלמי עכ"ל והבין הכ"מ דנתכוון להך ירושלמי דאמרינן המקלל עצמו ומקלל חבירו בכולן עובר בלאו מהו ללקות חברייא אמרו אינו לוקה א"ל ר' יוסי למה שהוא לאו שאין בו מעשה והרי המימר ונשבע לשקר לאו שאין בו מעשה עכ"ל ומשמע ליה לראב"ד דהא דחברייי' אמרו אינו לוקה היינו בכינוי אבל בשם מיוחד לוקה ור"י הקשה דלא ה"ל ללקות בכלל אפי' בשם מיוחד דהא לי' ביה מעשה והם השיבו דאף במימר ונשבע לוקין בכה"ג וכתב הכ"מ דאין הפי' כך דאדרבא חברייי' אמרו דאין מלקות משום דלית ביה מעשה ור' יוסי הקשה כן מ"ט אי דלית ביה מעשה מימר ונשבע יוכיח דלוקין אעפ"י דלית ביה מעשה. ובאמת פשיטא דדברי הכ"מ בפי' ירושלמי הזה פשוטי' וח"ו לומר שנתכוון הראב"ד לירושלמי זה דלית ביה זכר ורמיזא לחלק בין שם לכינוי ולכן נראה ברור דנתכוון הראב"ד לירושלמי אחר ודברים ברורים והוא דבשילהי שבועות העדות על הך קושיא דתנן במשנה אל יככה ויברכך וכו' ר"מ מחייב וחכמים פוטרים ופריך הגמ' והא ר"מ לית ליה מכלל לאו אתה שומע הן ומשני הגמ' איפוך ר"מ פוטר וכו' ופריך הגמ' א"כ דבאיסור נמי ל"ל לר"מ מכלל לאו וכו' א"כ שתויי יין ופרועי ראש דבמיתה ונפיק לן מכלל לאו וכו' ה"נ דלית ליה והתנן ואלו במיתה שתויי יין וכו'. ומשני אלא לעולם לא תיפוך כי לית ליה בממונא אבל באסורא אית ליה ושאני סוטה דאיסורא דאית ביה ממון הוא כך היה גירסת ספרים קדמונים והקשה רש"י על גי' זו דא"כ רבנן דפטרי כאן אף באיסורי לית להו מכלל לאו כו' למה שתויי יין במיתה ולכך מחק רש"י גי' זו והתו' מקיימו הגי' ובקושית רש"י תי' דהא דפטרי רבנן לא דס"ל דלא אמרי' מכלל לאו אתה שומע הן רק ס"ל דאין מלקות בכינוי ובשם מיוחד אף רבנן ס"ל דלוקה וס"ל לסתמא דגמ' דלא כרב ינאי דאמר לעיל דלית בזה מחלוקת ע"ש בתו' ובמהרש"א ולפי' גי' ותי' זה הא רבנן חולקין אר"מ וס"ל דאינו חייב בכינוי מלקות א"כ ידוע ר"מ ורבנן הלכה כרבנן אבל לגי' רש"י לעולם איפוך

דר"מ פוטר דכאן הוי כעין ממון ופליגי אי כאן אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן א"כ ליתא להך. ואף רבנן מודים בזו בכינוי חייב אמנם מאן מוכח הירושלמי דבירושלמי נאמר להדיא על הך אל יככה וכו' ר"י בשם ר' יוחנן אמר ר"מ היא דאמר מכלל לאו אתה שומע הן והיינו כגי' ישינה דר"מ מחייב דס"ל מכלל לאו וכו' באיסור וזה קמ"ל ר"י דר"מ מחייב ולא תימא איפוך כס"ד בגמ' וזהו דלא כגי' רש"י דלרש"י ר"מ פוטר ולא ס"ל כאן מכלל לאו אתה שומע הן וזה ברור וא"כ דגי' ישינה מוכח אף הדין מוכח דרבנן דס"ל בכינוי לית מלקות והלכה כוותי' וזהו כוונת הראב"ד ולק"מ:

ג **אל יהי' פלוני ברוך אינו לוקה** היינו דקיי"ל כר"מ דלא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן ויש להבין לפי מ"ש רש"י שם דגי' דאיפוך דר"מ פוטר כי ל"ל ר"מ בממון אבל באיסורא אית ליה ופירש"י בשבועת עדות הוי איסורא דאית ביה ממון כמו סוטה וזהו בעדות אבל סתם המקלל חבירו לית ביה ממון כלל והרי זו איסור ומכ"ש מקלל לדיין והל"ל למימר מכלל לאו אתה שומע הן וצ"ל דס"ל לרמב"ם דלא כתי' רש"י רק כתי' תו' דבאיסור חמור ס"ל מכלל לאו אתה שומע הן אבל לא באיסור דבמלקות דהוי איסורא קל כמ"ש התו' ולפ"ז בקלל אביו ואמו אפילו מכלל הן אתה שומע לאו דהא התם יש בו איסור מיתה וצריך עיון דה"ל לרמב"ם בהלכות ממרים לבאר דבהו אפילו אל יברכך יש בהו מיתה ול"ל מה בכך דאיסור חמור בקללת אביו מ"מ הא לדעת הרמב"ם נפיק קללת אב באזהרה מן מקלל חרש ואין לנו להוסיף באזהרה כמו גבי חרש גופי' דהוא איסור קל ולא אמרינן ביה מכלל לאו כו' ה"ה אביו נמי דא"כ אף לאחר מיתה של אביו אין כאן אזהרה דחרש לאחר מיתה פטור ובאביו ואמו חייב:

ד **וה"ה המקלל המת פטור** הסמ"ע נמשך אחרי דברי ב"י וכ"מ שכתב דנפקי לן מדאצטריך קרא לרבות המקלל אביו ואמו לאחר מיתה דחייב ש"מ בעלמא אדם מת אינו בכלל איסור קללה וסיי' דבסמ"ג הביא ת"כ דדריש מה חרש בחיים אף כל אדם בחיים עכ"ל ורבי' ראו וכן תמהו דנעלם מרבינו הגדול גמ' ערוכה סנהדרין דף פ"ה היוצא ליהרג ובא בנו וקללו חייב אדם אחר פטור וקאמר הגמ' אעפ"י שעשה תשובה ועושה מעשה עמך מ"מ פטור משום דכתיב בעמך במקום שבעמך פירש"י הראוי להתקיים ולא שנגמר דינו אבל בנו חייב מידי דהוי לאחר מיתה וכ"פ הרמב"ם בפ"ה מהלכות ממרים ע"ש וא"כ השתא בעומד למות אעפ"י דעודנו חי פטור על קללתו מכ"ש במת לגמרי וצ"ע. ומה שיש בו מהישוב מהדוחק דגם בהך ברייתא דמביא סמ"ג קשי' ל"ל ילפותא מחרש הא כתיב להדיא בעמך כהנ"ל ודוחק לומר דהך ברייתא דת"כ פליג. ולכן י"ל דהא דהקפידה התורה מבלי לקלל חרש שאינו שומע ויודע ואינו מתבייש כלל

בקללתו ודאי דאין הטעם דקללתו ח"ו עושה רושם וחל על המקולל דהיה לא תהיה קללת חנם לא תבא ועיי' מכות דף י"א רק צ"ל טעם האיסור משום רוע לבב ושנאת חבירו והתורה מזהיר ואהבת לרעך וכו' וזהו כלל גדול לעיקרי התורה. וא"כ י"ל ודאי המקלל למת או לעומד למות מה רוע לבב יש כאן ומה זו שנאה או אהבה גם שנאתו וגם קנאתו אבדה ולכך פטור אבל המקלל חבירו בחשבו שהוא חי וטעה כי באמת כבר מת והוא לא ידע א"כ מחשבתו הרעה וזממו המגונה נעשה ויתחייב ולכך קאמר בת"כ דילפינן בנין אב מחרש מה חרש באמת חי אף חבירו צריך להיות חי באמת וכן יליף ליה רבינו הב"י מהא דאיצטרך קרא למקלל אביו ואמו לאחר מיתה דלא תימא מה מכה פטור אף מקלל פטור הרי בעלמא ילפינן מקלל מן מכה רק באביו ואמו רבי' קרא וא"כ המכה חבירו בחשבו שהוא חי ובאמת היה מת פטור אף מקלל כיוצא בו דהא מדמי' מקלל למכה וזהו מה שי"ל בישוב דבריו וצ"ע:

ה **אבל איסורא מיהא איכא** כתב הבדק הבית דמשמע דלא פליגי ר"מ ורבנן אלא לפוטרו ממלקות אבל איסורא איכא ויש לדקדק דא"כ בפ"א מהלכות נדרים דפסק הרמב"ם האומר לא קרבן לא אוכל לך מותר ופי' הגמ' להדיא דאפילו לא בחולם דמשמע לא יהיה קרבן אם לא אוכל אבל כשאוכל יהיה קרבן מ"מ מותר דלא ס"ל מכלל לאו אתה שומע הן וקשה הא איסורא מיהא איכא כמ"ש כאן ואיך התיר שם לגמרי וצ"ל דס"ל באיסור קל כגון נדרים ויש בו ממון ג"כ מותר לכתחילה ונדרים ס"ל כמ"ש הר"ן דהוה איסור שיש בו ממון דאסר חפצי' עלי' ואי קשה א"כ מנלן לחלק בין איסור קל לאיסור חמור דכל התי' זה הכריחו התו' דקשיא ליה מנדרים דלא אמרינן מכלל לאו וכו' ולשיטת הר"ן דהוי ממון בלא"ה לק"מ די"ל דהרמב"ם הכריח חילוק תו' דס"ל הא דנחלקו ר"מ וחכמים אל יככה וכו' מוסב במשנ' אשלפניו דקתני המקלל חבירו וכו' וכ"כ בפי' המשנה והא התם איסור דלית ביה ממון ועכצ"ל לחלק ורבנן אמרו פטור משמע אבל אסור דלא אמרו מותר ולכך פסק אסורא מיהא איכא ועיי' בחדושי לא"ה דשם כתבתי דס"ל לרמב"ם נדרים משבוע' ילפינן דכתיב כל אשר יבטא האדם ולא מהני דברים שבלב לא אמרינן מכלל הן וכו' ומיושב קושית התוספת וע"ש שהארכתי בזה:

סימן כח

א **כל מי שיודע וכו'** עיי' אורים מ"ש הסמ"ע דאם קיבל עליו בסוד שלא לגלות אזי בע"ד ההוא יתיר לו ואם הוא רק באמירה בעלמא. ודאי לא נתכוון מהרי"ו רק למילתא יתירת' אבל ודאי אם אינו רוצה או שאינו כאן דלא איכפת לן בקבלתו והב"ד גוזרים

עליו שיאמר דלאו כל כמיני' לכבוש עדותו אבל אם נשבע בפועל בדין שבועה שלא לגלות לשום אדם בזו יש חלוקים רבים אם נשבע שלא להעיד והוא ע"א אזי חל השבועה וצריך חרטה והתרה ואין כאן נשבע לבטל המצות דכיון דהוא ע"א אינו עובר על אם לא יגיד וכו' כמבואר בגמ' דב"ק דף נ"ו עיי' שם רק חייב מד"ש והרי זה גרע מחצי שיעור דאסור מהתורה ומ"מ כתב הר"ן ורבים מפוסקים דאינו בגדר נשבע לבטל המצוה ומכ"ש בזה דודאי חל אבל אם ישנו שני עדים אם נשבע שלא להעיד הל"נ לבטל המצוה ולא חל שבועתו אבל בנשבע שלא לומר לשום אדם ואף לב"ד להעיד א"כ הרי כאן כולל דמגו דחל לאמירה לשאר אדם חל נמי על אמירה לב"ד. ותלי' בהך שני תי' דכתבו התו' בשבועות דף כ"ד אלא הן כו' אי נשבע לבטל המצוה בשב ואל תעשה בכולל רק הזכיר להדיא ביטול המצוה אי חל בכולל או לא וע"ש ועיי' מש"ל בסי' ע"ג וע"ש:

ב **ויש לחבירו תועלת בעדותו** כתב הסמ"ע ואם ישנו לעדים שתבעו מנה לי בידך ואמר הן מ"מ אינם מחויבים הם להעיד דהא מצי לטעון משטה אני. ואי דצריך לישבע אף בלי עדים צריך לשבוע אי דיטעון להד"ם אף ביש עדים וטוען להד"ם פטור משבועה וכמ"ש הטור ריש סימן ל"ב עכ"ל ודבריו אינם מובנים דאי תבעו עפ"י עדים הללו א"כ אף דנאמן להד"ם ולא הוחזק כפרן מ"מ חייב לישבע דאינו חייב לו כמ"ש הב"ח להדיא בסי' ל"ב ע"ש משא"כ באין לו עדים והוא אינו טוען עליו טענת ברי אין כאן שבועה כלל והרי יש תועלת גדול בעדותו לחייבו שבועה כמו עד אחד וזהו ברור ועיי' מש"ל בסי' פ"א באריכות. והנה יש להבין הך דראוי להעידו ל"ל ואי דלמעט קרוב או פסול כמ"ש הסמ"ע הא מהך דיש תועלת בעדותו נשני' דמה תועלת יש בעדות קרובי' או פסולי' ודוחק לומר להחמיץ הדין ולכן נראה דאם הכשיר קרוב או פסול לעדות וא"כ הרי כאן תועלת בעדותו כמו עד כשר מ"מ הואיל וד"ת אינו בכלל עדות אין עליו חיוב להעיד ואם רצה נמנע מלהעיד ואינו בכלל עונש כלל ודבר זה מבואר בירושלמי סנהדרין פ"ק הלכה יו"ד וכן בשבועות אמר לע"א הרי את מקובל עלינו כשנים יכול יהיה חייב להעיד ת"ל והוא ראה או ידע את שהוא כשר להעיד לעדות התורה כו' עכ"ל וכן הביא הר"ן בשם הרמב"ן דפי' כן על המשנה דקתני והם יודעים לו עדות עד מפי עד מפי קרוב או פסול פטורים והקשה הרמב"ן מפי קרוב או פסול פשיטא הא תנא ליה רישא ותי' דקמ"ל אפילו הכשירו לקרוב או פסול מ"מ אינו בכלל חיוב והביא ראיה מהך ירושלמי הנ"ל וא"ש ודברי ירושלמי וביחוד דברי הר"י ורמב"ן זה היה בהעלם דבר מן הרב בעל שבות יעקב בח"א סי' קמ"ו שנכנס בזה בפלפול של מה בכך והדבר מבואר בספרים קדמונים ועיי' תי"ט משנה הנ"ל:

ג **בין שהוא לבדו** בטור כתב הטעם דכמו דשנים מחייבים ממון כן ע"א מחייב שבועה ואולי ישלם ולא ישבע ולפ"ז אפשר לומר בתבעו בק' והודה בחמשין ועד א' יודע שחייב לו ק' אינו מחויב להעיד דבלא"ה חייב שבועת מ"מ בחמשין שהודה ואין תועלת בעדותו וכ"כ הכה"ג בשם הרב ראב"ן חיים דכשחייב שבועה בלתי עדותו אינו חייב להעיד אלא דא"כ לדידן דפסקינן היסת א"כ אף בלי עד היה יכול להשביעו ואי ישבע לשקר אף נגד העד ישבע לשקר ודוחק לומר דשבועה בנק"ח חמיר ליה לאינש דמנלן הך סברא דמברייתא אין ראיה דשם בזמן הברייתא לא היה שבועת היסת ולכך ע"א חייב בדיני שמים דבכבישת עדותו לא היה מתחייב שבועה כלל אבל לדידן דאף דהעד כבש עדותו מ"מ נתחייב שבועה ואי לא נשבע פשיטא דפטור ואי נשבע הא חזינן דנשבע לשקר ומהכ"ת בסברא דקה וקלושה לחייבו וצ"ל דאיירי בתובעו עפ"י העד ולכך בכובש עדותו אין כאן טענת ברי ולא היה נזקק לשבועה כלל אבל בטוען ברי בזה"ז דפסקינן שבועת היסת אין כאן חיוב בידי שמים כלל על העד. אך מ"מ נ"ל דחוק דה"ל לפוסקים לבארו בפי' לכן נראה דאף דחייב שבועה בלא"ה מ"מ בוש הוא בפני העולם לישבע להכחיש העד דנראה כשקרן ובפרט לדעת האומרים לקמן סי' ל"ד דהנשבע להכחיש העד אח"כ הבע"ד והעד מצטרפי' לפוסלו לעדות ושבועה וא"כ פשיטא מחמת האי חששא ימנע לישבע להכחישו משא"כ בדליכא עד וא"כ דינו של ראב"ח ליתא דאף דחייב שבועה ואפילו ש"ד באופן שכתבתי לעיל מ"מ חיים העד להעיד ולזקוק שבועה להכחיש העד:

ד **וחייב בד"ש** כתב הש"ך בשם מהרש"ל דאם שכנגדו תפס ממנו מוציאין מידו ולא דמי למ"ש רש"י גבי אתנן אסרה התורה אפילו בא על אמו דאם תפס א"מ מידו הואיל וחייב בד"ש שם הטעם דפטור משום דבתרי קטלה לא קטלינן ולכך בשוגג ולא התרה אי תפס א"מ משא"כ בעלמא אפילו תפס מפקינן מיני' עכ"ל והמרש"ל הביא ראיה מהא דאמרינן בריש הכונס דעושה טמון בשל חבירו דחייב בד"ש וקאמר הגמ' דס"ד דאפילו בד"ש נמי פטור דיאמר דכסהו לבל יבא בם אש קמ"ל והקשו תו' הא קמי שמי' גלי' כוונתו ותי' דאפילו היה באמת כוונתו כך מ"מ חייב בד"ש דה"ל לאסיק' אדעתי' כן ע"ש והקשה מהרש"ל דלמא קמ"ל אי תפס דא"מ ובזו לא שייך קמי' שמי' גלי א"ו דמוציאין ובאמת ראיה זו איני מבין דלהס"ד בתו' דכי עשוהו בשביל להצילם מן האש באמת פטור א"כ אף דנימא דלא מהימן ליה איך ס"ד אם תפס חבירו והוא צועק לא לרעה נתכוונתי דיהיה תפיסת חבירו מספק מהני במקום שהוא טוען ברי איני חייב לדיני שמים כלום וחבירו טוען שמא ע"כ ס"ל ברי ושמא לא עדיף הברי היינו במוחזק בחזקת מרא קמא אבל זה שמוחזק וטוען ברי ולדבריו פטור בד"ש איך יועיל תפיסה ובפרט שאין התופס

יודע אם אמת ושקר וכי האומר איני יודע אם אתה חייב לי יכול לתפוס ולהחזיק ובפרט במקום שהשני אומר ברי שאיני חייב לך והלא כל עיקר שבועת היסת הוא שלא יחזיק בשל חבירו בשביל ספק מלוה ישינה כמבואר ריש ב"מ ואין זו צריך לפנים והבו דלא לוסיף עליה לומר דמהני ספיסה בחייב י"ש בברור אבל כשיש ספק אי חייב י"ש אף דלא מהימני' ליה מ"מ איך מועיל תפיסה בשביל י"ש מה דלא ברור לן אי חייב י"ש והוא צועק לא כי אין עלי חיוב בזו כיון דמדיני אדם פטור ודאי דלא מהני תפיסה אבל כשחייב י"ש בבירור גמור ואין לו שום אמתל' אפשר דמהני תפיסה. ולכן תי' התו' דאף דהאמת אתו חייב בד"ש ולפ"ז אפשר באמת מהני תפיסה ולכן לא הבנתי ראי' מהרש"ל ובתשובת שבות יעקב ח"א סי' קמ"ו החזיק בראיה מהתו' הנ"ל ומ"מ כתב להכריע דבמקום דחייב מדינא של תורה י"ש כגון שני עדים שכבשו עדותן דהם בעונש אליונ"ע אי תפס לא מפקינן ואין דבריו נראי' כי נהפך הוא כי ראי' מהרש"ל כבר כתבתי דאין כאן ראיה כלל אבל מ"מ לדינא נרא' כדבריו דהא כתב כן הריב"ש סי' שצ"ב בשם הרמב"ן דלא מהני תפיסה והסכים הריב"ש עמו וכן נראה לי ראי' מדברי רשב"א בחדושיו לב"ק דהוכיח דאם מודה בקנס פטור אפילו לצאת י"ש אינו חייב מהך עובדא דר"ג דהפיל שן טבי עבדו וא"ל ר"י דאין להוציא דכבר הודה בקנס ופטור ולמה לא הוציאו ר"ג לצאת י"ש וקשה מה איריא לצאת י"ש דנקט בלשונו אפילו בדיני אדם יוצא לחירות ועדיפא ה"ל להוכיח דהא עבד ה"ל כתפוס כמ"ש הראב"ד והביאו הרא"ש בפ"ק דב"ק ע"ש וכ"כ הרשב"א גופי' לעיל מזה בשם ראב"ד ועיי' לעיל סי' א' א"ו דתפיסה לא מהני ולכך כתב דה"ל לצאת י"ש ובעל שבות יעקב כתב דמלשון רש"י והא"ז שהעתיק מהרש"ל והיכי שתפס הניזק לא מפקינן מיני' מאחר שמחייב לצאת י"ש משמע דלא כחילק מהרש"ל אלא כל שמחוייב בד"ש אי תפס לא מפקינן ותמהני עליו וכי לא עיין ברש"י גופי' וכן בהגהת הרא"ש שמעתיק דברי הא"ז והלא הם כתבו סתם אי תפס לא מפקינן ולא נתנו כלל טעם לדבריהם וזהו הלשון הוא רק תוספת דברי' של מהרש"ל שנתן טעם לדבריהם אבל הם לא כתבו דבר וא"כ בנה כל יסודו על קו תוהו. וביותר צ"ע לי כי נראה לענ"ד כי התו' ורשב"א לא ס"ל אפילו בהך דקי' ליה בדרבה מיני' דמהני תפיסה דהא הקשו בב"ק וכן בסנהדרין דף ע"ב דלרבא איגנבו ליה דיכרי במחתרת ואהדרי ניהליה ולא קבלם דנפק מפומא דרב אפילו לא שיבר מ"מ קנאו הגנב הואיל ואין לו דמי' במחתרת ומתחייב בנפשו והא חייב לצאת י"ש ותי' דהם החזירו בטעות דסבורי' דהם חייבים להחזיר ואילו ידעו הדין דאין חייבים לא היו מחזירים עכ"ל וקשה לו דלא החזירו כלל מ"מ כיון שבא ליד רבא מי גרע מתקף משלהם ותפסן הלא זוכה בו מכ"ש שנתנו לו

מדעתו ולו יהיה דהוא נתינה בטעות סוף כל סוף בא לידי ורשותו יתפסן ובפרט שהם דברים השייכים לו ובגוף החפץ שטען עליו ודאי דיש בו תפיסה מעולה ועיי' לעיל סי' ד' ובקונטרס התפיסות ואמת בלשון התו' בסנהדרין יש לדחוק ולומר כי הגנבי' טרם שהחזירו שאלו לרבא אם שורת הדין שחייבי' להחזירו אז יחזירו לו ורבא לא ביקש לומר להם שחייבים כדי שלא לזלזל בכבוד רב וכיון שלא אמר להם כן אף המה נמנעו לתת לו כלל ולא הגיע לכלל תפיסה אך מלבד דזה דוחק אף גם לשון התו' בב"ק דף ע"א בד"ה אלו וכן הרשב"א בחדושיו לא משמע כן רק דהחזירו והיה בטעות דחשבו דמחויבים להחזירו ואולי י"ל כי אמרינן דתפיסה מועיל היינו לפי דקי"ל להלכה דלא כרב במחתרת דוקא בנטל כלי' והיה משברן אבל בעומדים בעין חייב להחזיר דהם ברשות בעל הכלים וא"כ אף אנו מוסיפין דאף דשיבר מ"מ אם תפס ל"מ דהרי יש עליו חיוב לשלם אבל לרב דס"ל דאפילו הכלים בעין מ"מ אינו מחייב להחזיר הואיל ולא היה לו דמי' א"כ אף אם תפס מפקינן דהא חזינן דאפילו כלים בעין של נגזל אינו מחויב להחזיר וא"כ רבא דחשש לדברי רב הואיל ונפק מפה קדוש אף בזו חשש שלא יועיל תפיסה לשיטתו דהיא היא וצ"ע. וגם ראיתי לענ"ד גמגום בדברי מהרש"ל דכתב אף בקי' ליה בדרבה מיניה דמהני תפיסה היינו בדלא נקטל כגון בשוגג או בזה"ז ע"ש משמע אילו נקטל לא מהני תפיסה ולא הבנתי דהא רש"י כתב כן אהך דחוסם פי פרה דלוקה ומשלם והרי לוקה דחייבי מלקות שוגגי' קי"ל כר"י דחייבים בתשלומין ואיירי באמת לוקה דהתרו בו ומ"מ משלם ואוקמינ' לצאת י"ש וע"ז כתב רש"י אי תפס לא מפקינן וכן מבואר שם בהגהת הרא"ש בשם א"ז על הך דלוקה ומשלם ואיירי במזיד ומ"מ אמרינן דאי תפס ל"מ כמבואר בהגהת הרא"ש וצ"ע ולכן לדינא בקים ליה בדרבה מיניה לעולם מהני תפיסה אפילו במזיד ואקטל ובשארי דוכתי לא מהני תפיסה כמ"ש מהרש"ל וכן הסכים בתשובת חות יאיר סי' מ"ד ע"ש לדינא ובאמת מצאתי עוד ראיה לדברי מהרש"ל דיש לחלק בין לצאת י"ש גבי קים ליה בדרבה מיני' לשארי דוכתי דהא אמרינן אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו מ"מ הואיל וחייב לצאת י"ש לתת לה קרוי אתנן. וקשה א"כ הא דפרכינן בפרק השוכר בע"ז בא עלי' ואח"כ נתן לה הוי אתנן ופריך הגמ' הא מחוסר משיכה וכתבו התו' אפי' דד"ת מעות קונות הא רבנן הפקיעו הקנין וקשה לצאת י"ש הא הוי קנין דהא מילט לייטינן עליו מי שפרע מדור המבול וכו' ואין לך לצאת י"ש יותר מזה וא"כ הוי אתנן כמו בבא על אמו אלא ודאי דהתם שאני דשורת הדין דחייב רק משום תרי קטל' איפטר בדין אדם משא"כ במחוסר משיכה וסברת מהרש"ל מוכרח:

ה **אדם רשאי להחרים כו'** נראה דהיינו שהוא עומד ומדבר בלשונו שהוא מחרים על כל מי שיודע לו עדות שיבא ויעיד וכן יכול להשביעין אבל שיצוו ב"ד להחרים בשם ב"ד על כל מי שיודע עדות אפשר דלא כי מה טיבו של ב"ד בכך והרי נראי' כעורכי דייני' ואפשר בשביל יתומים הואיל והם אבוה דיתמי או שאר צורך שעה אבל בסתמא לא כי מה איכפת לב"ד אם יביאו ראיה יפסקו. ולכך להחרים בשם ב"ד לא נראה ולכך דייק אדם רשאי וכו' ובזה מיושב קושית הב"י בסי' זה דהקשה דמשמע מדברי תשובת רשב"א בדוכתי טובי שיוכל להחרים בבה"כ על כל מי שיודע עדות שיעיד לו ואילו בסי' תת"ק כתב הרשב"א אבל להחרים בב"ד לא שמענו ולפמ"ש ניחא דדייק להחרים בב"ד הרצון שב"ד יתנו חרם לא שמענו כי מה איכפת להם והרי זה נראה כעורכי דיינים וא"ש וברור:

ו **ויש חולקים** וכן עיקר הסמ"ע בס"ק ו' תמה למה הכריע כיון דדעות מחולקים בפוסקים ואין כאן קושי' חדא דהרי הרשב"א והרא"ש בתשובה הסכימו לדעת זו הלא מהם תצא התורה ובאורם נראה אור אף גם לפי מ"ש לקמן בסי' ל"ו בראו מעשה וכוונו להעיד ובאו לב"ד והעידו אף דבאו מכח הכרזה דעת הש"ך לקמן דמ"מ מפסל עדות כשרים ועיי' מש"ל דעל כל פנים אם נתכוון שיבאו קרובים ויעידו לכ"ע נפסל עדות כשרי' דעשאן צירוף ועמש"ל שכתבתי ראיה ברורה ממשנה. וא"כ לדעת הרא"ש ותו' וסייעתם דאף דראו וכוונו להעיד כ"ז שלא באו לב"ד והעידו לא נפסלו עדות כשרים יאמר נא הסמ"ע איך נכריז ונכריח לקרובים שיבואו ויעירו ועי"כ נבטל כל עדות כשרים ואילו לא הכריזו לא היו הקרובים באים ולא היו נפסלים עדות כשרים אף שכוונו בראי' להעיד וע"י שאנו מכריח' אותם עפ"י החרם להעיד אנו מבטלים עדות הכשרים וגורמים הפסד לבע"ד שאף עדות הכשרים נתבטלה עי"כ וכן לא יעשה. ודעה ראשונה דס"ל דחל אקרובי' ס"ל כרמב"ם וסייעתו דבראי' לחוד אף דלא באו להעיד אם כוונו בעת ראיה להעיד עדותן בטלה וא"כ לא יועיל ולא יזיק ביאתן לב"ד דאם כוונו בעת ראיה להעיד בלא"ה עדות הכשרים להעיד בטלה. ואם לא כוונו אף דיבואו להעיד לא נפסל עדות כשרים אבל לפי דעת הרא"ש וסייעתו פשיטא דאין להכריז ולהזמין לקרובים להעיד דכל זמן שלא באים לב"ד להעיד אף דנתכוונו להעיד בעת ראיה לא נפסל ובבואם לב"ד יפסלו עדות הכשרים ופשיטא דהעיקר כדעה דקרובים אינם בכלל ובהא גם מה שהקשה סמ"ע בס"ק י"ט דלעיל סי' ט"ז פסק דאפילו הבע"ד צריך להעיד לק"מ אף דבלא"ה עיי' מש"ל בכוונת לשון הטור מ"מ גם לפמ"ש לק"מ דבע"ד אינו מגיע ע"י עדותו בטול

לשארי עדים דיקום דבר במקיימי הדבר הכתוב מדבר ועיין לקמן סי' ל"ו משא"כ כאן דע"י גורמים ביטול לעדות הכשרים לא אמרינן שיתכוונו להם הב"ד וא"ש:

ז **אבל אינו חייב לשלם כו'** עיי' באורים מ"ש הסמ"ע לומר דמ"מ מניחין אותו בנידוי ואין מתירין לו עד שישלם ומה שהקשה הסמ"ע דלמה נתחייב היסת ולא רצה לישבע מנדין אותו ולאחר ל' יום מתירין נידוי אפי' בלי שבועה ותשלומין י"ל דבשלמא התם אם הדין אתו דאינו חייב לחבירו מהכ"ת נכוף אותו להוציא ממנו על ספק משא"כ כאן כבר הקשו התו' אף שאמת העיד מ"מ הא הזיק בעדותו דקי"ל הפקעת הלואתו מותר ותי' התו' דבשביל כך אין מחייבי' אותו לשלם ממון אבל מ"מ לא טוב עשה בעמיו וכיון דנחנו מסופקי' אם אמת העיד או לא הואיל והוא עד והיינו מנדין אותו אין מתירין לו דאף לפי דבריו שלא כדין עשה עד שירצה חבירו בריצוי כסף כן י"ל לפי דברי הסמ"ע אך יותר נראה לחלק דכאן איירי שמעיד שראה שלוה לו וישראל כופר וא"כ אם האמת אתו לא הזיקו כלל. ולכך פטור מן תשלומין משא"כ במעיד שהודה בפניו באופן שבד"ת יכול לומר שלא להשביע הודיתי או משטה הייתי כדלקמן בסי' פ"א וכן אם טוען חבירו פרעתי ובד"י נאמן לומר פרעתי אף דהלואה היה בעדים. אבל בדא"ה לא שייך טענת השטאה והשבעה וכן טענת פרעתי הואיל והלוה בעדי'. הרי אף בעדותו שיאמר אמת העדתי מ"מ אם האמת כדברי ישראל השני הזיקו בממון ולכך ממון אין מוציאין ממנו דיטעון אולי לא פרעת באמת ולא הודית' מחמת השבעה והשטאה ואיך נוציא ממון בד"ג מספק מה דלא ברי הזיקו גלוי לכל. אבל מ"ע כשמנדין אין מתירין לו כלל נידוי עד שישלם ובזו איירי בי"ד דהעתיק לשון הרמב"ם ישראל המעיד כו' והוציאו ממנו ממון שלא כדין דייקא והיינו כמ"ש דאף דאמת בעדותו מ"מ הוא שלא כדין ולכך סתם ישראל המעיד ולא כתב ישראל אחד כמו כאן עד א' המעיד משום דשם בהך גווני דכתיבנא אפילו בשני עדים יתכן וא"ש. וגם הב"ח עמד בזה אלא דעתו בכה"ג מחייבים לשלם ממון גמור בלי נידוי מדיני דגרמי ולכך א"א לתרץ כן אבל זה אינו דלא ברור הזיקו כלל אולי הבע"ד משקר ובאמת חייב ואין להוציא בספק וכן מוכח מדברי הגהת מרדכי הביאו ד"מ סי' זה דכתב דאם יש לברר ששקר העיד או שיש עדים שכבר פרע לגוי חייב לשלם וכו' ויש להבין הך בבא שני' היכי איירי מה העיד האחד אם העיד שלא פרע היינו רישא ששקר העיד ואי העיד שלוה ולא ידע מפרעון א"כ לפי דברי הב"ח בלא זו חייב לשלם דבדינינו היה נאמן לומר פרעתי ואפילו דיאמר הע"א בשעת הלואה נתן לו נאמנות מ"מ נאמן במגו להכחיש העד ועיין לקמן סי' ע"א וגם מה דוחק' דמיירי בכה"ג דנתן לו נאמנות הל"ל רבותא טפי אלא ברור דמ"מ פטור בממון דיאמר אולי באמת לא פרעת עד

שיברר שפרע ולדברי הב"ח ה"ל להגהת מרדכי לאשמעינן רבותא טפי באופן דאפילו בלי בירור חייב לשלם ופשיטא דבבירור חייב לשלם אלא ודאי כמ"ש דוקא בנתברר ע"י עדים שלא פרע אבל לא בסתם וזה ברור בדברי מרדכי להמדייק דבריו ולק"מ:

ח **שיכול לומר אמת העדתי** יש לי קצת ספק אם ישראל יש לו על גוי שט"ח ועד אחד מעיד שפרוע הוא ובדיניהם שע"א נאמן הפסיד ישראל שטרו והעיד הוא בערכאות אם חייב נידוי דיטעון אמת העדתי בשלמא בגוי הרוצה להוציא ממון מישראל בזו אף דצועק האמת אתי חייב נידוי דבלא"ה הפקעת הלואתו מותר וא"כ איתרע חזקתו על כל פנים שלא היה לו להעיד ולכך כשישראל צועק שקר העיד מנדין אותו שהרי על כל פנים עשה שלא כהוגן ואיתרע חזקתו אבל בזה שבא ישראל להוציא מיד גוי ואם האמת כדברי העד הרי זה גזל גמור וקיי"ל גזל גוי אסור ויפה עשה שהעיד וא"כ איך נשמת אותו הוא צועק האמת אתי ועשיתי להציל חבירי מאיסור גזל ואיסור של תורה. ומה שהביאני לכלל ספק הזה הוא דקשי' לי במ"ש התו' בגמ' אבל תרי הא הפקעת הלואתו מותר וע"ש וקשה מה קושיא דלמא לא איירי בכה"ג דיש בו הפקעת הלואה ול"ל דקושי' התו' למה קאמר הגמרא אבל תרי לא הא אף בתרי יש במציאות לנדות אותן אם הגוי בא להוציא דהוי הפקעת הלואתו דא"כ עדיין לא נתיישב קושיא זו דאף דנימא כתי' התו' על הפקעת הלואתו עדיין יש אופני' טובי במקום דגם שנים אסורים להעיד וכמ"ש שיעידו שהודה ובד"י יכול לטעון טענת השטאה והשבעה או שראו הלואה ובד"י יכול לטעון פרעתי ומכ"ש לענין הפקעת הלואתו די"ל דגמ' קמ"ל אפילו במקום שיש גזל גוי מ"מ מנדין להע"א אם העיד אלא מזו נראה דס"ל לתו' דבכה"ג באמת אף לעד אחד שטוען אמת העדתי ולפרוש חברי מגזל נתכוונתי לא מנדין אותו וע"כ דמיירי בהפקעת הלוואתו ויפה הקשו התו' ז"ל וזו שהביאני לכלל ספק זה וצ"ע:

ט **וכ"ש שב' עדים יכולים להעיד** הוא לשון הרא"ש דמשמע אף לכתחילה מותרים להעיד ולא כן משמע בתו' דכתבו אע"ג דהפקעת הלואתו מותר מ"מ לא משמתינן להו הרי דלכתחילה אסור רק דלא משמתין להו וכ"נ מדברי הרי"ף דהשמיט ולא אמרן אלא חד וכו' וצ"ל דסמיך אמ"ש מקודם דע"א משמתינן ליה דהם מוציאין ממון על פי ע"א ובמקום דאין מוציאין עפ"י ע"א לא משמתינן ואילו ס"ל דתרי מעידין לכתחילה זהו לא נלמוד מדיוקא הנ"ל די"ל בחד משמתינן משא"כ בתרי אבל לומר דיהיו מורשים להעיד לכתחילה לא נשמע מהך דיוקא וא"כ ה"ל להרי"ף להביאו א"ו דס"ל דבאמת בתרי אין מותר להעיד לכתחילה כדעת התו' ולכן יש להחמיר.

י **וכן במקום וכו'** דברים אלו המה בגמרא אבל בי דוואר אינהו נמי אחד סהדא למומתא שדו ליה ויש להבין פשיטא דהא כל הנידוי הוא לסלק הזיקא ואם הם פסקו שישבע להכחיש העד מה היזק שיסלק לו ונראה דפי' כך דנימוס של בי דוואר שלא לפסוק עפ"י ע"א כי אם שבוע' אך בזו שהעיד קלקל הבי דוואר הדין ועוות משפט והוציא ממון עפ"י ע"א וה"א דחייב הע"א לסלק הזיקו דהא הבי דוואר הוציא הממון עפ"י עדותו אשר לא כדת ולכך קמ"ל דהוא פטור דכיון דנימוס הבי דוואר מבלי לפסוק כן לא ה"ל לאסיק אדעתי' שיקלקלו המשפט ולכן כדין העיד ואף שהבי דוואר קלקל המשפט אין לו בזה עון ופטור וטובא קמ"ל. ובהכי ניחא מה שהקשה הכה"ג על הרי"ף דהשמיט אבל בי תרי משום דנלמוד ממילא מדנתן טעם דע"א שמוציאין ממון עפ"י וכהנ"ל דמדיוקא נלמוד א"כ אף הך דבי מגיסת' ה"ל להשמיט דפשיטא דכיון דאין מוציאין ממון עפ"י ע"א דאין לחייבו דלפמ"ש טובא קמ"ל אפילו הבי דוואר קלקל המשפט מ"מ הואיל ונימוס הדת כן הוא פטור דהא סמך על דין שלהם:

יא **יכול להעיד** ואדם חשוב כתב הסמ"ע דעת הרא"ש אדם חשוב דלא יכול להשמט מעיד. ודעת הש"ך כדעת יש"ש דטעות נפל בדפוס בספרי הרא"ש וצ"ל לא יעיד והיינו לכתחילה אין לו להעיד אבל כשהעיד לכ"ע פטור מנידוי ותשלומין דהא הוא איבעיא דלא איפשט' בש"ס ולא מפקינן ממון מספק. והקשה הרב בעל כה"ג על הרמ"א בתשובה סי' פ"ח דפסק אדם חשוב שהעיד חייב לשלם והא ע"א דעלמא דעתו דאם העיד פטור מלשלם ומכ"ש באדם חשוב שהיה ראוי שיהיה פטור ולרב שקידת עיונו לא עיין כל הצורך דודאי כי אמרינן בע"א שהעיד דפטור היינו דיכול לומר אמת העדתי ואם כדבריו פטור דלא הזיק לחבירו כלל אבל בדיני חבלות שאף שהאמת אתו שחבל מ"מ בד"י פטור ובדא"ה חייב וכן בדיני שומרי' שאף שהיה שומר לנכרי בד"י אין להם דין שומרים ובדא"ה חייב והוא שהעיד בדא"ה שנעשה לגוי' שומר נתחייב בדא"ה בתשלומין א"כ הרי זה בכלל מסור ומזיק דחייב מד"ג ואי דלא מצי לאשתמוטי הרי זה מציל עצמו בממון של חבירו וחייב בתשלומין ובאופן זה איירי הרמ"א בתשובה הנ"ל כנר' למעיין שם ויפה פסק ולק"מ. וכתב הב"ח מדאמרינן אדם חשוב לא מצי לאשתמוטי ש"מ דמיירי דגוי תבעו להעיד לו דאל"כ איך שייך לא מצי להשמט ומ"מ דוקא אדם חשוב ש"מ אדם דעלמא אף בתבעו אסור להעיד ונכון אלא שיש לדקדק בגי' בש"ס שלנו האי בר ישראל דידע סהדות' לגוי ולא תבעהו מיני' ואזיל ואסהיד וכו' ש"מ דאי תבעהו מיני' פטור מנידוי ואמת כי ברי"ף נשמט הך מילת ולא תבעהו מיני' אבל הרא"ש הביאו וצריך לומר דפירושו של ולא תבעהו מיני' לא קאי לבסוף להעיד בב"ד רק לכתחילה לא תבעהו

שיהיה עד ויראה הדבר דאי תבעו מתחילה לזקק עצמו לראות ויהיה עד מותר להעיד כמ"ש הרא"ש והמחבר:

יב **אבל אם יש בו צד אפרושי מאיסורא כו'** ולהיות כי הש"ע סתם ולא חילק בין דבר איסור ששוה בכל כמו כל איסורי' ובין להעיד על איסור שאינו שוה בכל כגון להעיד על מקום שיש שם חזקת טומאה וימנעו הכהני' לילך שם לבל יטמאו עצמן וכדומה וכן בין דבר שיש בו בזיון גדול לבזיון קטן ולענ"ד יש בזה לדינא חילוקים רבי' ונ"מ גלל כן אמרתי לברר הדבר במקצת בתכלית הקיצור כפי האפשר. והוא דתו' בשבועות על הך דאמרינן אבל מילתא דאסורא מחוייב להעיד דכל מקום שיש ח"ה אין חכמה וכו' והקשה התו' הא במס' ברכות פרכינן בגמ' מן ולאחותו דהרי שהיה הולך וכו' אבל מטמא למת מצוה ואמאי נימא אין חכמה כו' ומשני הגמ' שאני התם דכתיב ולאחותו ונגמר מיני' שב ואל תעשה אפילו במילתא דאסורא אמרינן גדול כבוד הבריות. וחלקו התו' כאן בשבועו' איירי בבזיון קטן לילך לפני ב"ד דזוטרא מיני' אפילו בשב ואל תעשה חייב לילך משום דבר איסור אבל התם במ"מ וכדומה דהוא בזיון גדול בשב ואל תעשה גדול כבוד הבריות. ובזה מיושב קושי' התו' דהקשו בפ"ב דסנהדרין מה פריך הגמרא על כה"ג שמעיד הא הוי זקן ואינו לפ"כ והקשו דילמא דבר איסור די"ל בכה"ג דקדושתו רב לילך לב"ד הוי בזיון גדול דאף לדבר איסור אינו מעיד והרב בעל משנה למלך בהלכות עדות תמה דלמה השמיט דכה"ג מעיד לדבר איסור ולפמ"ש לק"מ דהוי אצל כה"ג בזיון גדול ועיין מש"ל אי גם הרמב"ם סבירא ליה הך חילוקא וק"ל. ועוד תי' התו' הואיל וחבירו עושה איסור במניע' עדותו ה"ל קום עשה ע"ש ונראה מכמה דוכתי דהתו' חושבים לתי' הראשון לעיקר לחלק בין בזיון גדול לקטן. וכן נראה מש"ע א"ח הלכות ציצית בהי' לבוש טלית בחול ונראה דאינה מצוייצת כהלכתו חייב לפושטו אף דהוה שב ואל תעשה דכבר הוא לבוש כמ"ש התו' ביבמות דף צ' וכ"כ המ"א שם וצריך לומר כמ"ש המ"א דזהו לא הוי רק בזיון זוטרא ולכך אפי' בשב וא"ת אסור וכן מ"ש בת"ה והביאו הש"ע י"ד סי' שע"ב דאם הגידו לכהן שמת בבית דצריך לילך ערום אף דהוא שב ואל תעשה כמ"ש הש"ך ונתקשה בזה החות יאיר בתשובותיו ובאמת לק"מ דהא זהו רק בזיון קטן דידוע דהולך בשביל טומאה וכמ"ש החות יאיר בעצמו שם בתשובה דלא הוי רק בזיון קטן וא"כ בשב ואל תעשה לא אמרינן גדול כבוד הבריות ולכך חייב להיות יוצא ערום ולק"מ. ולא הבנתי מ"ש הרב בעל חות יאיר בקושי' כי הדברים פשוטים וא"כ מוכח מדברי כולם שתפשו לעיקר כתי' התו' הלזה. והן אמת שדברי התו' שבועות הנ"ל ד"ה אבל כו' יש קושי' במה שהקשו הא דפרכינן בברכות ונילף מה דכתיב גבי

אבידה והתעלמת למעט זקן ואינו לפ"כ ומשני הגמ' ממון לאיסורא לא ילפינן והקשה התו' דהל"ל שב ואל תעשה שאני ותי' דבלא"ה שפיר משני וקשה הא התו' העלו דמצא שק או קופה הוי בזיון קטן ומ"מ בממון מותר ואם כן אילו לא הוי משני גמרא איסור מממון לא ילפינן רק בשב ואל תעשה הוי אמרינן אף באיסור בשב ואל תעשה ובזיון קטן יש למנוע וזה שקר דבבזיון קטן אף בשב ואל תעשה אמרינן אין חכמה וכו'. ולכן צריך הגמרא לומר איסור מממון לא ילפינן וקושי' גדולה היא והארכתי בזה בחדושי בתי' שונים ואיזה תי' לחדד התלמידים. וצריך לומר בדרך הפשוט וקצר דסבירא להו לתו' ע"כ הא דפריך הגמרא ונילף מיניה מן והתעלמת לאיסור דגדול כבוד הבריות. ע"כ לא על בזיון קטן פריך דמה קושי' הא חזינן דטומאת קרובים אינו דוחה כבוד הבריות והיינו משום דה"ל בזיון קטן כמ"ש התו' ד"ה הנ"ל להדיא ואם כן איך אפשר למילף מן והתעלמת להקל הא יש למילף מן טומאת קרובים להחמיר וחומרא וקולא לחומרא מקשינן ועכצ"ל דקושי' הגמרא ונילף מיני' עכ"פ לענין בזיון גדול דמותר לבטל מצוה משום כבוד הבריות דזהו לא שמענו גבי טומאת קרובים דהוי רק בזיון קטן. וע"ז משני הגמרא ממון לאיסור לא דמי ושפיר הקשה התו' דהל"ל שב ואל תעשה שאני דהא באמת בשב וא"ת ובזיון גדול כבוד הבריות וכו' וא"ש ועל כל פנים נראה דסבירא להו הך תי' לודאי דיש לחלק בין בזיון קטן לבזיון גדול וכן מוכח ממ"ש באסיפת זקנים בפ"ב דב"מ דף למ"ד דהוכיח הגמרא דוהתעלמת קאי על זקן ואינה לפ"כ דל"ל על כהן והוא בבית הקברות פשיטא ל"ל קרא הא אין עשה דוחה וכו' והקשו התו' הא הוי עשה ול"ת דאינו שוה בכל והביא בס' הנ"ל בשם הרא"ש ותו' שאנץ תי' דגם אבידה אינו שוה בכל דאין חיוב על זקן ואינו לפ"כ ע"ש ולכאורה הדבר צריך עיון דהא על זה אנן דנין אי והתעלמת קאי על זקן ואינו לפ"כ או לכהן בבית הקברות ואי קאי על כהן בבית הקברות אם כן אמרינן דזקן ולפ"כ מכל מקום חייב והוי שוה בכל אמנם ניחא דודאי הך בזיון גדול אין צריך להתעלמת דנילף מן ולאחותו כו' דמטמא למת מצוה ואי דשם הוי שב ואל תעשה הא אף באבידה הוי שב ואל תעשה וכי איצטרך לקרא והתעלמת' היינו בזיון קטן וע"ז קאמר הגמרא שפיר דל"ל דאתי לכהן ובבה"ק דהא ה"ל עשה וכו' ול"ל דאינו שוה בכל דהא גם אבידה אינו שוה בכל בבזיון גדול דודאי אף בלי קרא והתעלמת אינו מחויב לטפל בה ואם האבידה מונח במקום צואה ובדברים שיש בזיון גדול ודאי דאין צריך לטפל בה וא"ש ולפ"ז היה נראה דכאן בעד המעיד אם הוא בזיון גדול אפילו לדבר איסור אין לו לילך דהוי שב וא"ת. איברא דיש כאן מקום לצדד וליישב קושי' התו' באופן אחר והנה לפי דעת הרמב"ם לקמן בסי' רס"ג דהא דאמרינן באבידה והתעלמת זקן

ואינו לפ"כ היינו דחינו חיוב עליו להשיבו ויכול לסלק עצמו אם ירצה אבל מכל מקום יותר טוב שימחול על כבודו והוא לפנים משורת הדין ולפ"ז צריך לומר הא דאמרינן לא ליזול ולסהיד לב"ד דזוטרא מיני' וילפינן מן והתעלמת היינו דאינו מחויב לילך אבל ודאי לפנים מש"ה יש לו לילך וצ"ל הא דאמרינן כה"ג מעיד ופריך הגמרא והא כתיב והתעלמת ולא משני מעיד אם ירצה לאפוקי במלך שא"י להעיד כלל אפילו אם ירצה דמלך שמחל על כבודו אין כבודו מחול וזהו עדיף יותר מכל הני דחוקים שם מעיד לבן מלך ובפני מלך וצריך לומר דעיקר הקושי' סובב והונך על מה דאמרינן במשנה דהורי' דנשיא אינו בשמיעת קול דמלך לא מעיד ולא מעידין אותו הא כהן משוח ישנו בשמיעת קול דכה"ג מעיד ושפיר מוכח דחייב להעיד דאי אם ירצה ימנע מלהעיד אם כן אין חייב קרבן שבועת עדות דהא כתבו התו' ב"ק דף נ"ו ד"ה פשיטא דכל שאינו בכלל אם לא יגיד ונשא עונו אינו בכלל ושמעה קול אלה להביא קרבן שבועה ע"ש ואם כן מוכח דחייב להעיד וישנו בכלל אליו"ע ושפיר פריך. ולפ"ז י"ל בדבר איסור לא שייך גדול כבוד הבריות דכיון דרשות בידו למחול בדבר איסור חובה עליו שיהיה מוחל כי איך יקפיד על כבודו נגד כבוד המקום ואין זה דומה לממון כי יאמר מה איכפת ליה בשביל ממון חבירי אבזה כבודי ואהיה לקלון ולבוז אבל ברואה דבר איסור איך יקפיד על כבודו ברואו. כבוד שמים מחולל ודוד המלך אמר ונקלתי עוד מזה עמם אכבדה רק דא"כ למה במת מצוה בשביל כבוד הבריות נדחה איסורים של תורה. אך זה אינו דבשביל כבודו יכול למחול כבודו ולעשות לפנים מש"ה בשביל כבוד המקום כי לו יהיה רק לפנים משורת הדין בעלמא הא דעת המרדכי דכופין על לפנים מש"ה ועיין מש"ל סי' י"ב ואף החולקים כאן בכבודו נגד כבוד המקום פשיטא דיש לכוף אבל הנוגע לכבוד אחרים איך יכול למחול ועליו לחוס על כבוד אחרים וכבוד עצמו יכול למחול אבל לא כבוד אחרים וזו ג"כ אזהרת המקום לנהוג כבוד הבריות ומבלי לבזות צלם אלקים כדכתיב לא תלין וכו' כי קללת אלקים ומיני' ילפינן לבלי ילין כל המתים ולכך במ"מ דהמת לפנינו כאבן דומם חובה עלינו לחוס בכבודו כי אין בידינו למחול כבוד אחרים ולכך בשב ואל תעשה דוחה מצות עשה ולק"מ ולפ"ז אין כאן קושי' כמ"ש התו' מן מ"מ להא דאמרינן בדבר איסור ילך להעיד אפילו אינו לפ"כ והוא שב וא"ת דמה שהוא כבודו חוב עליו למחול משא"כ במת מצוה שהוא כבוד אחרים אין לו למחול כבוד אחרים כהנ"ל ולכך בשב וא"ת דוחה כבוד הבריות למצות עשה ולק"מ כלל. אמנם התו' ודאי הרגישו בזה רק דקשי' לי א"כ מה פריך שם בברכות על הא דאמרינן המוציא כלאים בבגדו פושטו אפי' בשוק דכל מקום שיש ח"ה אין חולקין וכו' מהך דולאחותו דמ"מ

דוחה הא י"ל בין כבוד עצמו כאותו דכלאי' שהוא הולך ערום לכבוד אחרים כמו מ"מ ע"כ צ"ל דליתא להך חילוקא ושפיר הקשו אבל נראה כי הרמב"ם נזהר מזה ולכך הוסיף לקח באמרותיו הטהורים ובזה הכל מיושב דז"ל בסוף הלכות כלאים הרואה כלאים על של חבירו אפילו היה מהלך בשוק קופץ עליו וקורעו עליו מיד אפילו היה רבו שלמדו חכמה כו' וכתב הכ"מ דדבריו הן ממש דברי הגמ' הרואה כלאים בשוק וכו' ולא נתן טעם במ"ש שהוא קופץ על חבירו להפשיטו ואפי' על רבו ולא העתיק לישנא דגמרא כפשוטה פושטה כדרכו של רמב"ם בכל המקומות פושטו דמשמע דהוא פושט בגדיו מעליו והולך ערום ולא שאחרים קורעים ממנו אמנם לפי הנ"ל ניחא דקשי' ליה איך פריך הגמרא מן מ"מ לרואה כלאים וכי לא שנ' ליה לגמרא בין כבוד עצמו לכבוד אחרים ולכך פי' הרמב"ם כוונת הגמרא במאמרם פושטו אפילו בשוק דאחרים פושטי' וקורעים הבגדים ממנו אפי' תלמיד לרב וא"כ היינו הך דמ"מ מבלי שנות ושפיר פריך הגמרא אהדדי ולק"מ ולפ"ז אין כאן צורך לומר הבדל בין זילותא רב' לזילותא זוטרא רק בין כבודו לכבוד אחרים ויפה פסק המחבר בא"ח גבי ציצית ובהל' טומאה לכהן יצא לחוץ ערום כי בכבוד עצמו הוא דורש וראוי וחובה עליו למחול בכבודו וי"ל אפילו בבזיון גדול כי קושי' התו' בלא"ה מיושב. וזה אינו כדברי המ"א דסבירא ליה בבזיון גדול אין לו להפשיט טלית שאין ציצית כשרי' אך לדינא ולמעשה נראה דמ"מ הך סברא לחלק בין בזיון גדול לקטן יש לו עיקר ופנים בהלכה והיא סברת קדמאי ולכן אין לזוז מיני' כיון שגם התו' הסכימו על ידו והוא כשנבין מ"ש הרמב"ם בסוף הלכות כלאים הנ"ל הרואה כלאים קופץ וכו' כבוד הבריות דוחה לא תעשה בתורה ולמה נדחית בהשבת אבידה מפני שהיא של ממון ולמה נדחית בטומאת מת הואיל ופרט הכתוב לאחותו וכו' עכ"ל וקושי' שני' של גמרא דפריך ונילף מיני' ומשני שב וא"ת שאני השמיט ולא זכרו כלל והדבר תמוה. וכמעט נלאו כל אנשי חיל למצוא ידיהם ומה שנראה לי כי קשי' ליה להרמב"ם קושי' עצומה דלפי התי' שב ואל תעשה דשמעי' הא בקום ועשה אין מ"מ דוחה שום עשה ולא תעשה איך אמרינן בסנהדרין דף ל"ו ותהא מ"מ דוחה שבת מק"ו ומה עבודה דדוחה שבת מ"מ דוחה אותה מכ"ש דמ"מ ידחה שבת וקשה איך אפשר לומר כן הא בקום ועשה אין חכמה וכו' ואין שום מצוה דאורייתא נדחית מפני כבוד הבריות דהיינו מת מצוה. ואמת כי התו' שם הקשו כעין קושי' זו ממש דנימא דיו מה התם שב ואל תעשה אף כאן שב ואל תעשה אך תי' אין מספיק דתי' מה עבודה שהיא קלה דוחה שבת מ"מ שהיא חמורה לא כ"ש שתהא עכ"פ כעבודה עכ"ל ותי' זה מספיק לקושית' לענין דיו אבל בגוף הדבר אין כאן ישוב דהא באמת אין מ"מ דוחה שום מצוה

בקום עשה ואיך נימא דתדחה שבת בקום עשה ובעבודה גופי' אם צריך לקצץ אבני מזבח לקבר מת מצוה דהוי קום ועשה ובגלל זה יתבטל העבודה וכל כיוצא בזה באמת אסור ואין דוחה וכללא הוא אין לך מצוה שדוחה אותה מ"מ בקום ועשה וגם תי' התו' בעצמו דחוק כנראה. ולכן נראה דהא התו' וכן הרמב"ן בתורת אדם הביאו גירסת קדמאי בגמרא דפריך מולאחותו וקאמר הגמרא דמנזיר שמטמא למ"מ ליכא למפרך דמה לנזיר שכן בשאלה ומהכהן ולמול את בנו ליכא למפרך שכן אינו שוה בכל. אלא כי פריך מפסח וע"ז משני הגמרא שב ואל תעשה שאני והנה יש להקשות א"כ דכל הקושי' מפסח הא יש לחלק דבעלמא אין כבוד בריות דוחה מצוה של תורה משום אין חכמה אבל פסח דהא אפשר לקיים כבוד הבריות לקבור מת מצוה ומכל מקום לעשות פסח דהיינו פסח שני שהוא תשלומין דראשון וכיון שיש בידו לקיים שניהם מקיימין שניהם וצריך לומר דא"כ במי שהוא טמא או בדרך רחוקה בפסח ראשון והוצרך לפסח שני והולך לעשות פסח שני מכל מקום אם פגע בו מת מצוה חייב לטמאות למ"מ וידחה פסחו והא אין לזו תשלומין כלל ושפיר פריך ונילף מיני' אך זהו אם אמרינן נשים בשני חובה כמו בראשון ואם כן הוי עשה ששוה בכל ושפיר קשה נילף מיני' אבל אם אמרינן דנשים בשני רשות ואם כן הוי פסח שני כמו מילה וטומאת כהן דאינו שוה בכל ולכך דחי' כבוד בריות ואי אפשר למילף מיניה ואם כן יש לומר הא דפריך הגמרא ונילף מיניה היינו למ"ד דנשים בשני חובה והוי שוה בכל אבל לפי דקי"ל נשים בשני רשות וא"כ אינו שוה בכל ול"ק ונילף מיני' וא"צ כלל לומר תי' הגמרא שב ואל תעשה שאני ולכך הרמב"ם דפסק בהלכות פסח דנשים בשני רשות א"צ כלל לתי' הגמרא לחילוק דשב ואל תעשה ולכך השמיטו וזה ברור ואם כן נפל הך חילוק דשב ואל תעשה בבירא ול"ק קושי' התו' דשם מיירי דהולך להעיד לדבר איסור דשוה בכל ואם כן אין כבוד הבריות דוחה אפילו בשב ואל תעשה ומלאחותו אין ראיה דהוה אין שוה בכל ואין להקשות עדיין איך ילף גמרא דמ"מ ידחה שבת הואיל ודוחה עבודה הא עבודה אין שוה בכל דכך הק"ו מה עבודה דאינו שוה בכל ומ"מ דוחה שבת דשוה בכל מכ"ש מ"מ דידחה שבת דחמיר מעבודה משא"כ בשב ואל תעשה אף עבודה גופי' אילו היה בקום ועשה אינו דוחה עבודה. אך מ"מ אם באנו לחזק גירסאו' הישיני' אף אנו צריכין ליישב מה שטען עליה הרמב"ן ומכח זה גזר למחוק דא"כ הא דפרכינן מדלגין היינו על גבי ארונות וכו' ומשני הגמרא בטומאת בית הפרס דרבנן ולא קמשני טומאת כהנים שאני דהוי לאו שאינו שוה בכל ונר' דסברת התו' אמת דבזיון קטן אפילו באינו שוה בכל אינו דוחה והראי' מטומאת קרובים כמ"ש התו' וכמש"ל דאינו דוחה פסח ומילה דאינו שוה בכל

הואיל והוא בזיון קטן וזהו הכלל ידע לגמרא והך דמדלגין הוי בזיון קטן כמ"ש התו' וא"כ איך היה אפשר לגמרא ליישב דלכך היו מדלגין משום דאיסור טומאת כהן אינו שוה בכל דהא כי הך בזיון קטן אף איסור שאינו שוה בכל אסור ולכך קושט' קמתרץ דאיסור בית פרס דרבנן ורוב ארונו' פתוחי' טפח וכו' וא"ש. וגי' הישינה יש לו קיום באמת וע"ז נתכוון הרמב"ם. ולכן היוצא לדינא בבזיון קטן אף בלאו שאינו שוה בכל אסור ואין כבודו נדחה כלל אבל בבזיון גדול יש להחמיר בלאו השוה בכל אפילו בשב ואל תעשה כי לפי' הרמב"ם אין הבדל בין שב וא"ת לקום עשה ולו שומעין להחמיר בשל תורה אבל בלאו שאין שוה בכל ובבזיון גדול ושב וא"ת אם כן לכ"ע שרי בין לשיטת הרמב"ם ובין לשיטת התו'. ולכך בציצית שהוא שב וא"ת ואינו שוה בכל יפה מחלק המ"א בין בזיון גדול לבזיון קטן וכן בטומאת הכהנים הואיל והוא בזיון קטן אף דאינו שוה בכל אסור להשהות וצריך לצאת ערום אך זהו הכל לפי הפשוט אבל לפמ"ש לעיל בדיוק לשון הרמב"ם הוא הכל בכבוד אחרים אבל בכבודו חייב לבטל הכל מפני כבוד שמים א"כ ליתא לדינא של המ"א בלובש טלית שאין לו ציצית כשרים אף דהוא בזיון גדול בפושטו חייב להסירו כי כבודו חייב למחול ויש להחמיר ואם הוא איסור דרבנן ודאי דנדחה מפני כבוד הבריות בכל גווני כדאמרינן הנח לבית פרס דרבנן וכ"כ הרמב"ם בהל' כלאים להדיא ע"ש והארכתי בזה הואיל היותו דין הנוגע לכללים רבים חשבתי לבררו בכל אופן ובדינים אשר מקורן מתו' ורמב"ם:

יג **צד אפרושא מאיסורא** הסמ"ע בס"ק כ"ח חולק אב"י שכתב להתיר אשה לבעלה אין צריך לילך ודעת הסמ"ע דמ"מ חיוב עליו לילך כי אם תקבל קדושין מאחרים לא יהיו נחשבים לכלום כ"כ דאינה בחזקת פנויה וסברא נכונה לכארה אלא דדעת רבינו ב"י אם באנו אנו לחוש לזה לומר דהכל הוי אפרושי מאיסורא א"כ אף בעדות ממון ילך דאם יחזיק זה בממון של חבירו ויקדש בו אשה הוי קדושין ואם הוא יעיד דאינו שלו כי שייך לחבירו לא הוי קדושין וכמו כן להיפוך וכך אמרו בסנהדרין דף פ"ז ע"ב דפלוגתא דר"א ושמואל אי שנים שדנו דיניהם דין הוי נ"מ לספק הרת ומיתת ב"ד בכה"ג דאם קידש בממון שדנו בו שנים ע"ש ואף זהו כמוהו אם יקדש בממון שנחלקו בו הבע"ד והוא יודע עדות מסתעף ממנו איסור כרת ומיתת ב"ד ואם כן אף בממון יעיד אלא דכל כמה דאין לפנינו אפרושי מאיסורא אין לו לבזות כבודו על ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ אף כל היתר אשה כן דאין כאן אפרושי מאיסורא לפנינו ולחוש לדברים המתיילדים לא חוששין מיהו אם רגלים לדבר שמסתעף ממנו דבר איסור כמ"ש בקדושין דחשש איסור לפניך י"ל לכ"ע מחויב לילך וכן מוכח מתו' ריש פרק כה"ג בסנהדרין דפריך הגמרא

כה"ג מעיד הא כתיב והתעלמת וכו' והקשו התו' דלמא מעיד לדבר איסור ותי' דלא הוי דומי' דמלך דאינו מעיד. ויש להקשות בתו' דבלא"ה צ"ל לפמ"ש לדעת הרמב"ם עיקר קושי' סובב על משנה דהוריות דכה"ג חייב קרבן בשמיעת קול עמש"ל בס"ק הקודם. ואם כן דכוונת הגמרא למשנה הנ"ל איך ישני כה"ג מעיד לדבר איסור דהא זה אינו בקרבן שבועת עדות דאינו חייב רק בעדות הנוגע לממון כנודע אבל בכובש עדותו בדבר איסור אין חייב קרבן ועוד י"ל בתו' דלמה ליה בתי' דומיא הלא פשוט דבדבר איסור אף המלך מעיד ואם כן לפלוג ולתני בדידי' ובחד בבא מלך וכה"ג במילתא דממון שניהם לא יעידו ובמילתא דאיסורא שניהם יעידו ומה הבדל יש ביניהם אמנם לפי הנ"ל ניחא דודאי גוף עדות בממון רק מסתעף מממון מילתא דאיסורא ולכך מעיד וקרבן שבועה יש בו כיון דגופו של עדות ממון וזהו בכה"ג אבל מלך מכל מקום לא יעיד דהוי עדותו עדות שאי אתה יכול להזימו דאם יזום ויתחייב לשלם הא מלך לא דנין אותו ושפיר הקשו ולכך תי' דומי' וא"ש ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם דבמשנה אמרינן דבמלך לא שייך קרבן בשמיעת קול דמלך לא מעיד ואולם הרמב"ם פסק בהל' שגגות דישנו בשמיעת קול והכ"מ טרח לישב מאין לו לחלוק אר"ע אבל גוף הקושי' לא תי' איך שייך שמיעת קול הא מלך אינו מעיד ולפי הנ"ל ניחא דודאי יש למצוא דמעיד בדבר ממון ומסתעף מיני' דבר איסור רק דהוי עדות שאילה"ז אך קי"ל בממון א"צ עדות שאילה"ז וא"כ עדיין מעיד אך הגמ' פריך אמשנה אחד ד"מ דקתני ד"מ בעי דו"ח אהא דתנן שטר שזמנו בשבת כשר ותי' הגמרא מהתורה בעי דו"ח רק חז"ל תקנו מפני נעילת דלת דא"צ דו"ח ומשנה נשנית קודם תקנה ובברייתא לאחר תקנה ולפ"ז א"ש משנה בהוריות הכל קודם תקנה ואם כן אין למלך להעיד דהוי עדות שאילה"ז ולכך אינו בשמיעת קול אבל הרמב"ם נגרר אחר ברייתא לאחר תקנה ולאחר תקנה א"צ בממון עדות שאילה"ז וא"כ שפיר מעיד במילתא דממון המסתעף ממנו דבר איסור כהנ"ל ושפיר ישנו בשמיעת קול ודוק:

יד **אלא אם כן הלך למד"ה וכו'** ובמרדכי כתב דראב"ן חולק והקשו הא לא מצינו בזה לראב"ן דבר ונראה הואיל וכתב ראב"ן בקבלת עדות שהיה כתוב בי' דאחד העיד בפי' והב' אמר אף אני כמוהו דפסול ואילו ישנו במציאות להכשיר לא הוי ראב"ן פוסל קבלת עדות דחזקה על ב"ד שעשו כהוגן והיה נחפז ללכת אלא ודאי דאף בכה"ג פסול לדעתו וא"ש ולפ"ז לדידן דמכשירין אם בא לפנינו קבלת עדות כנ"ל יש להכשירו דאמרינן חזקה שנעשה כהוגן ופשוט:

טו **ודלא כיש מכשירין** כתב הסמ"ע דהתו' והרא"ש ומרדכי וטור כתבו כר"ת דכל שראוי להעיד שולח עדותו לבית דין דכל הראוי לבילה כו' ולכך ראה מורי הוראה שלא רצו

לטרוח לתלמיד חכם לבא לבית דין ושלחו לו שיכתוב בכתב יד וישלחו לבית דין וכו' כי סמכו על רבינו תם ע"ש ואני תמה א"כ לשיטת ר"ת איך אמרו האי צורבא מדרבנן וכו' לא ליזול מה בכך יכתבו כ"י וישלחו לב"ד ומכ"ש לדעת האומרים דאפילו בדבר איסורא סבירא ליה לר"ת דינו אם כן איך אמרו בדבר איסורא אין חכמה ותבונה לכתוב בכ"י. בשלמא על הא דאמרינן דכה"ג אינו מעיד משום דהוא זקן ואינו לפ"כ לא קשי' דישלח כתבו לב"ד די"ל דכיון דאינו במציאות דיכול להעיד בפיו דהוי זקן ואינו לפ"כ מעולם אם כן אינו ראוי לבילה ואף כ"י אינו מועיל אבל בתלמוד חכם דהרי ראוי לעדות אצל בית דין הגדול ממנו אם כן ראוי לבילי' מיקרי וישלח כ"י אלא נראה דבלא"ה קשה כיון דקי"ל אין מקבלין עדות אלא בפני בע"ד מה יועיל כתבו ששלח לב"ד לו יהיה דהוי הגדה הא שלא בפני בע"ד הוא ודוחק לומר הואיל וקוראין הכתב בפני בע"ד הוי כמעיד לפניו דזה דוחק ואינו דומה ראית פנים דאינו מעיז לכתיבה שלא בפניו מעיז ומעיז. דאל"כ למה בשעדים רדופי' לילך למד"ה מקבלין שלא בפני בע"ד יכתבו העדים עדותן וילכו ואחר כך יקראו הב"ד באזני בע"ד כתיבתם ויהיה כמעידין בפניהם. אלא ברור דר"ת מיירי באופן דא"צ לקבל עדות בפני בע"ד כמבואר סעיף ט"ז ושם אופנים טובא ובזו מכשיר ר"ת להעיד עפ"י כתב אבל במקום דצריך להעיד בפני בע"ד לא יועיל כ"י עדים כלל. ובגמרא דאמרינן האי צורבא דרבנן לא ליזול איירי בכה"ג דצריך להעיד בפני בע"ד ולא מועיל כתב ולק"מ. ואם כן דברי הסמ"ע קצרים במקום שיש בו לבאר דכי נהגו לקבל עדות בכתב מת"ח היינו באופן שא"צ להעיד בפני בע"ד אבל במקום שצריך לא. ואם כן הוא הא דהביא בכה"ג דעת מחברים דנחלקו אי אף בדיני נפשות ודבר איסור הדומה לד"נ כמ"ש הרמ"א בתשובה אמרו ר"ת או לא לפמ"ש ליתא ממש במציאות בד"נ דהא ודאי צריך להעיד בפני בע"ד ואם כן מה יועיל כתבו. ואני הבאתי ראי' דלא שייך מילתא דר"ת בד"נ דהא אמרינן דף ס"ה בסנהדרין יצאו עדים זוממין דאין בהם מעשה דדיבור לא חשיב מעשה וקשה הא אף בהו מצינו מעשה דכתבו עדותן וישלחו לב"ד ודנו עפ"י כתבם ואין לך מעשה גדול מזה הכתיבה ועכצ"ל דשם מיירי בד"נ במקום שחייב על זדונו מיתה ולא מהני כתבם רק בע"פ ובזה ישבתי מה שדקדק מהרש"א שבועות דף כ"א ד"ה חוץ מנשבע וכו' דהביאו התו' ראי' דעדים זוממי' לית בהו מעשה מהא דיליף ר' יהודא מיני' לכל לאו שאין בו מעשה דלוקי' בריש מכות ודקדק המהרש"א למה לא מביא ראי' מהך ברייתי' דסנהדרין דמבואר בי' להדיא דלית מעשה בע"ז ע"ש דלפמ"ש ניחא די"ל בחייבי מלקות שוה לד"מ דמהני מפי כתבם וא"כ אין ראי' מסנהדרין דאיירי

בד"נ לחייב חטאת אבל ר"י איירי בחייבי מלקות דבד"נ ליכא מלקות ולכך מביא ראי' מהך ריש מכות דנ"כ איירי בחייבי מלקות וש"מ דלד"נ שוי' דלא כשר מפי כתבם:

חותכין כו' דברי' אלו הם מרמב"ם שכתב בפ"ג מהלכות עדות וז"ל ד"ת שאין מקבלין עדות לא בד"מ ולא בד"נ אלא מפי עדים שנאמר ע"פ שני עדים מפיהם ולא מפי כתבם. אבל מד"ס שחותכין ד"מ בעדות בשטר אע"פ שאין העדים קיימים כדי שלא תנעול דלת בפני לווין וכו' עכ"ל והאריך הש"ך בס"ק י"ד להחזיק כדברי רמב"ן שטען עליו בס' מנין המצות כי לדברי הרמב"ם שטר קנין וגיטין וקדושין ד"ת לא מהני חתימתן ובגמרא אמרינן שטרי קנין דאורייתא דכתיב שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום וכן בגיטין אמרינן עדים חותמין על גט מפני ת"ה ופריך הגמרא דאורייתא וכתב וכו' ומשני לא צריכ' אלא לר"א וכו' וזהו הכל מורה שהוא דאורייתא וע"ש שהאריך וכל טענות הרמב"ן באמת צריך ישוב ורבינו ב"י בכ"מ כתב דיליף לי' הרמב"ם מהא דסוף פ' ג' אחין דאמרו דלכך לא תקנו זמן בשטר קדושין דאם יהיה מונח אצל עדים זימנין דחזו בכתבא ומסהדי וה"ל מפי כתבם והקשו התו' הא בשטר לא שייך זה כדאמרינן גבי נשרף שטרו ולפי הרמב"ם לק"מ דבקדושין דהוא ד"נ לא מהני תקנת חכמים וחזר הדבר לשל תורה ולא מהני מפי כתבם משא"כ בנשרף שהוא ד"מ והוא תקנת חכמים דיועיל וכו' עכ"ל והדבר אינו מובן לכאורה דאם אנו באים לידי ד"ת כל שטר קדושין בטל לפי שיטתו דהוי מפי כתבם יהיה בו זמן או לא ומה טיבו של שטר קדושין פה ול"נ דרמב"ם ס"ל כדעת רמב"ן במלחמותיו פ' המגרש דאף ר"א דס"ל ע"מ כרתי מ"מ וכתב לה יש לו שני מובנים או בע"ח או בע"מ ורק יכתוב תורף הגט והא דמכשיר ר"א חתימת עדים שלא לשמה היינו כשמוסר לה בע"מ אבל אם באמת מוסר לה בינו לבין עצמה בע"ח אף ר"א פוסל שלא לשמה ע"ש וא"כ ס"ל לרמב"ם הא דמהתורה אף ע"ח כרתי והצריכה התורה עדים לחתימה לא מטעם בירור הדברים רק כך הוא הכשרו של גט שצריכים העדים לחתמו אם אין כאן ע"מ וזולת זה אין הגט כשר כי בזה נגמר הכתיבה כמו דלא יועיל אם אמר לה בע"פ בפני אלף עדים וב"ד הרי את מותרת לכל אדם אינה מגורשת עד שיכתוב אותו על גט ויתן לה כי כך הכשרו של גט ואף זו כמוהו דצריך חתימ' עדים על גט להכשרו של גט אם אין ע"מ. וכך רצון התורה שהכשרו של גט שאם עדים חתומים הרי הוא מספיק לגרשה וזולתו לא אבל אין זה ענין לעדות המועיל לברר הדבר וכן הדין בשטר קדושין דילפינן מן ויצאה והיתה ואילו אמר בפה באלף עדים הרי את מקודשת לי לא אמר כלום עד שיכתוב וימסור וכך הכשרו של שטר קדושין ושטר מכירת קרקעות דאילו אמר בע"פ שדי מכורה לך לא אמר כלום עד שיכתוב וכך הכשרו דכתיבה וחתימת

עדים בעינן ובזו יוכשר השטר לכל חפץ לקדש אשה ולמסיר קרקע וכך רצון הבורא בחפצו דוקא שטר לקנינים הללו ונגמר הכשרו של שטר בחתימת עדים. וזהו הכל לגוף הגט וקדושין בהגיע גט לידה והיא נבעלה לאחר אין לה עונש משמים כי קמי' שמיא גליא דהיא פנוי' ומגורשת וכן להיפוך בארוסה בשטר אסורה לכל אדם ויש לה חטא מות בזינתה עם אחר כי לה' הכל גלוי כי היא ארוסה וכן בקרקע אבל אם גט כריתות וקדושין ושטר מכירה לפני ב"ד ואין עמם עדים המעידים על גוף הדבר שראו שהגיע השטר ליד אשה או לוקח רק הם מבררים ע"י גט ושטרות שבידם חתום בעדים בזו אמרי' אם באנו לידי מדה זו שיסמכו ב"ד על זה כי הם כנחקרו עדותן בב"ד בזה אנן אמרינן מפיהם ולא מפי כתבם ואף שאמת אתם להכשרו של השטרות כנ"ל מ"מ הב"ד אין רשאי לסמוך בעדותם כי התורה צותה על ב"ד דאל יסמכו על עדים אם לא בשמעם מפיהם. והרי היא לנו ב"ד בחזקת א"א וכן בשטר קדושין בחזקת פנוי' וקרקע בחזקת מוכר עד שיעידו עדים ע"פ שהגיעו שטרות הנ"ל לידם ואז הכל כשר כי נעשו בהכשרו של שטרות אפילו לר"מ דס"ל ע"ח כרתי וזהו ד"ת לדעת הרמב"ם אבל מפני תיקון עולם תקנו חז"ל שיסמכו ב"ד על חתימת עדים בשטרות הנ"ל וא"צ עוד ראיה והשטרות ההם הם הראי' כנודע וזהו מתקנה ועיין הגהת מרדכי לקדושין בתשובת רבינו אביגדור הכהן כתב נמי לחלק בשטר קדושין שמקודשת בו מהני שטר בעדי' ד"ת אבל שטר ראיה שנתקדשה בכסף לא מהני עדים דהוי מפי כתבם ע"ש. ומעתה לא קשה מה דכתיב שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום שהוא לגוף קנין השטר והכשרו בחתימת עדים ובזו קונה השדה ואין ביד המוכר שוב לחזור אפילו נותנו בינו לבין עצמו אם מודה שנתנו לו כי השטר מוכשר כדינו משא"כ בלי חתימה אף שמודה יכול לחזור בו כי אין בו הכשר שטר וכן בגט דקאמרי עדים חותמים על הגט מפני ת"ה ופריך הגמרא דאורייתא הוא דלהכשרו של גט בעינן ע"ח לס"ד דר"מ היא ואין זה ענין לבירור הדבר ועדות לב"ד ולכך משני הגמ' דר"א היא דאמר ע"מ כרתי ואם כן א"צ ד"ת חתימה כלל אמנם חכמים תקנו השתא דתקנו דסומכים על עדות הגט ולא הוה מפי כתבם שיחתמו כי אולי ימותו ע"מ ובחתימה האשה מותרת כי כבר תקנו חז"ל לחתוך עפ"י עדות החתימה ולהאמין בב"ד כאלו העידו בע"פ והיה תקנת ר"ג לאחר שכבר תקנו דיסמכו על עדותן וקושי' הגמרא דאורייתא ידוקדק. וגם דברי הכ"מ נכונים דגוף שטר קדושין חתום בעדים כשר בהכשרו של קדושין והרי היא מקודשת בו אבל בבוא הדבר לפני ב"ד להחזיק אותה לא"א ולהורגה לא מפי חתימת עדים בשטר קדושין הב"ד חיי' רק צריכין לומר בע"פ בו ביום נמסר כדין עדות וא"כ זימנין דחזו בכתב' כי אין שטר קדושין עדות כלל לב"ד

רק הוא להכשרו דבו היא מקודשת וא"ש דבריו דבזהו בקדושין למקטל העמידו על ד"ת ואין כאן שיור מקום קושיא על הרמב"ם חוץ ממה שאמרו רבנן דאצרוך קיום כי עדים חותמים על שטר כמי שנחקרו עדותן בב"ד ולכאורה קשה הא ד"ת אינו במציאות כמ"ש דלא יסמכו הב"ד על שטר אם לא בבירור הראיה והיינו קיומו שעדי' אומרים כן בבירור שכך היה המעשה. אך אין זה כ"כ קושיא חדא דלא נזכר בגמרא להדיא ד"ת רק חכמים אצרוכו קיום וי"ל שני תקנות היו דור קדמון ואפשר בימי נביאים כנראה מפסוקי יחזקאל וכמ"ש מפורשי' להכשיר שטר ולא יהיה בגדר מפיהם ולא מפי כתבם ואז לא היו צריכין קיום כלל כי אם היה נסמכין על החזקה דלא יזיף ואח"כ כאשר רבו הפורצים תקנו ג"כ להיות צריך קיום ולכך לא נאמר במילתא דר"ל ד"ת רק סתם עדי' שחתמו וכו' אף גם י"ל דג"כ ישנו במציאות ד"ת והוא במסר לו שטר בעדים חתומים ועדים אחרים מעידים שלוה על שטר ומנה לו המעות והשטר הוא לסימן דכל זמן שאינו קרוע לא פרעו והלוה טוען פרעתיך והחזרת לי שטרי רק זה השטר מזויף וד"ת א"צ קיום. וא"ש אבל אין אנו צריכין לזה כמ"ש ובפרט אי נימא דגם כ"י של הלוה ד"ת א"צ קיום ועיין לקמן סי' מ"ו בלא"ה לק"מ דד"ת היה על כתב ידו של לוה דא"י לטעין מזויף וא"כ ה"ה לדידן דישנו לשטרות דלא מצי למימר מזויף מכ"ש דכ"י רק רבנן הצריכו דרך כלל קיום הן לשטר בעדים והן לכ"י ולק"מ זהו מה שנ"ל כפי הבנת רוב מחברים וכן רבינו הב"י דהשמיט הך מ"ש הרמב"ם אעפ"י שאין עדים קיימין דלרמב"ם אין עדות בשטר ד"ת מהני. ומה שפוסקין עפ"י שטר הוא הכל דרבנן אבל באמת אני אומר לבבי לא ידמה רק הרמב"ם ס"ל כמבואר לקמן סי' מ"ו כשאין כת"י יוצא ממקום אחר צריכין העדים לזכור כל ענין השטר וכתב דלמה כשכ"י יוצא ממקום אחר אפי' אומרים אין אנו זוכרים מכשירין השטר ונתן הטעם דאינם נאמנים דשמא חזרו ואמרו דאינם זוכרים בכוונה לבטל השטר ע"ש הרי דס"ל דאילו היה נאמנים אפילו אם כת"י יוצא ממקום אחר צריכין לזכור אלא שאין נאמני' וקשה תינח בעוד' חיים אבל במיתתן מה איכא למימר הא אין זוכרין בבירור וא"כ אתה פוסל כל שטרות שהעדי' מתו וכ"י יוצא ממקום אחר ועכצ"ל דמכח התקנ' הם כשירי' ועדיין קשה היכן התקנה הלזו נזכרת ברמב"ם א"ו דהן הן הדברים הנ"ל דס"ל לרמב"ם אף דבעלמא מפיהם ולא מפי כתבם מ"מ שטר מגזירת הכתוב דמועיל כמ"ש כל המחברים וס"ל לרמב"ם דמ"מ בעינן בשעה שהשטר בא לב"ד צריך שיהיה ראוי לבילה דהעדים יהיו זוכרים אז אבל אם אין זוכרים אז לא מכשיר השטר דהבו דלא לוסיף דרמב"ם לא ס"ל כר"ת כמ"ש הטור וס"ל אפילו ראוי לבילה פוסלי' להעיד מתוך כתב' רק בשטר חק התורה שיכשיר והיינו כשראוי להעיד

בב"ד כשהשטר נראה פעם ראשון בב"ד וא"כ הכשירה התורה הואיל וראוי לבילה. וזהו דנשתנה שטר מעדות בע"פ ולכן אף דקיי"ל בשטר לא שייך מפי כתבם מ"מ חרש פסול לכ"ע והיינו הטעם דעל כל פנים ראוי לבילה בעינן וס"ל להרמב"ם דבשעת ביאת השטר לב"ד ראוי לבילה בעינן ולכך בעינן זוכרים ומש"ה בשכת"י אינו יוצא ממקום אחר נאמנים אבל ביוצא אינם נאמנים ואוקמינן אחזקת דזוכרין אך זהו בעודנו חיים במתו מא"ל וצריך לומר באמת דבר תורה פסול רק מדרבנן שלא תנעול דלת כי מי יודע מה יולד יום וזהו לשון הרמב"ם חותכין דיני ממון בעדות שבשטר אעפ"י שאין העדים קיימים והא מד"ס שלא תנעול דלת דודאי כשהעדים קיימין לגבי שטר איקרי מפיהם דכך שורת הדין דגבי שטר יהיה נקרא מפיהם הראוי לבילה. ואם אמרו אין אנו זוכרין אינם נאמנים כהנ"ל ואם יש להם מגו ואומרים אין אנו זוכרים הא באמת השטר פסול אבל במות העדים ודאי ד"ת השטר פסול רק מתקנת חכמים. וזהו שכתב דבדיני קנסות וכו' אין דנין עפ"י השטר רק מפיהם היינו במות העדים דבחייהם מפיהם קרינן ביה דבשטר כ"ע מודו לשיטת ר"ת. וע"כ מוכרחים אנו לומר כן בדברי הרמב"ם דנתן טעם בכת"י יוצא ממקום אחר ואמרו אין אנו זוכרין דלא נפסל שטר משום דלא מהימני הא אילו שטר בידם ואי בעי שורפו מהימני וקשה למה הא ד"ת כל שטרות פסולים ומדרבנן הוא דכשירי ורבנן הא הכשירו אפילו מתו עדים ואינם זוכרים ולמה שינו חכמים תקנתם לומר בחיים צריך לזכור ולא במותו ואם עשו תקנה למה שינו בו אלא ברור דד"ת הוא להכשיר השטר כשזוכרים ולפסול שטר באינם זוכרים וחכמים ז"ל לא עקרו לדין תורה דמהכ"ת ישנו בו בלי טעם רק במות העדים דאיכא נעילת דלת תקנו להכשיר אבל בחיי עדים הניחו הדבר לד"ת וזה ברור ונכון בדברי הרמב"ם דלכך מצריך הזכרה דזהו ד"ת ובמות עדים עשו חז"ל תקנה וא"ש וזה הפי' נכון בלי פקפוק ברמב"ם. ומה שיש לדקדק בגוף הדין. של זכירת עדים מסוגי' דש"ס כתובות ויבמות הנ"ל עיי' מש"ל בסי' מ"ו:

יז **ואם העד ת"ח כו'** והרמב"ם כתב ואם הבע"ד ת"ח שפיר דמי כיון שהוא ת"ח יודע שלא יהיה העד מעיד אם לא שזוכרו ע"כ ומדבריו למדנו שסובר שלכך לא יעיד בהזכרת הבע"ד משום חשדא שיחשוד אותו בעל דין שאין מעיד מעצמו רק סומך אדיבורו אמנם בת"ח ליכא חשדא דיודע הוא שנזכר מעצמו והקשה הב"ח לפירש"י בהא דאמרינן ואי צורבא מדרבנן אפילו עצמו כי הא דר"א הוי ידע סהדותא לרב כהנא א"ל מי דכיר מר האי סהדותא א"ל לא ולאו הכי והכי הוה א"ל לא ידענא לבסוף אזכיר ר"א אסהיד ליה חזי' דהוי מגמגם א"ל מי סברית דעליך קסמכינא אנא הוא דרמאי אנפשאי ע"כ וקשה לפירש"י למה היה רב כהנא מגמגם הלא הדין דאם העד ת"ח הרי זה מעיד בשלמא לפי'

הרמב"ם ל"ק דזה הטעם בבע"ד ת"ח שאם יש לו ספק שואל ודורש וחוקר להעד אם סומך על דבריו או לא וכשהוא אומר דאינו סומך רק מעצמו זוכר הרי הדבר מבורר כמו שהיה שם מעשה דדרש ר"כ לר"א עד שנתברר הדבר דמעצמו זוכר אבל לרש"י קשה ע"ש ותמהני על הב"ח א"כ למה השיג על דינו של ב"י דכתב אפילו באינו ת"ח אם העד כאן והב"ד דרשו וחקרו והוא אומר שמעצמו זוכר הרי זה מעיד והב"ח השיג עליו הא לדעתו דכל טעמו של הבע"ד ת"ח דיחקור וידרוש ואם הב"ד עושי' כן ודרשו וחקרו וכי לא יהיה דרישה וחקירה מב"ד טוב כמו בע"ד עצמו. א"ו האמת דדין של ב"י הואיל ולא נמצא בשום מחבר וכן הוא הב"י גופי' השמיטו בש"ע ליתא דעיקר הטעם משום חשד ובכל דו"ח אינו זז החשד מקרב לב בע"ד א"כ גם לפי' הרמב"ם קשה אך י"ל כיון דר"א אמר מתחילה דאינו זוכר אף שהזכירו ר"כ וא"כ עלה מורך בלבבו אולי סומך עליו דהא אמר לא ידענא והרי לא נזכר מתוך דבריו ואמר לו ר"א דאח"כ רמי' אנפשי' אבל מ"מ מוכח דצורב' מדרבנן מעיד בזכרו הבע"ד למר כד"ל ולמר כדאית ליה דהא הוא ר"כ אמר מתחילה לר"א לאו הכי הוה מעשה ואילו אסור להזכיר מתחילה מה קסבר א"ו דצורב' מדרבנן מותר וא"ש ולק"מ ונראה דוקא הבע"ד בעצמו אסור להזכירו אבל אם הבע"ד מסר דבריו לב"ד לומר כך וכך שאלו כך וכך תזכירו כי כך וכך היה המעשה מותר דהא אחר מותר להזכירו והיינו אחר ומה לי אם דברי אחר נובעים מבטן הבע"ד או מאיש אחר ובהכי ניחא מה שכתב הטור בסי' זה דאם הבע"ד חולה ומבקש שיקבלו עדות בחייו כי הוא יזכיר לעדים לכוון הדברים והעדות ע"ש ולכאורה קשה הא אין הבע"ד רשאי להזכיר לעדים ודוחק לומר דמיירי בת"ח כמ"ש בכה"ג דהא הטור סתמא קתני אבל לפמ"ש ניחא דאם יקובל העדות בחייו וישמע שיש בדבריהם מהשכחה ימסור הדברים לב"ד או השליח ב"ד כך וכך שאל כך היה וכך היה ומתוך כך יהיו נזכרים ומעידים ובלא"ה הך הוא רק חומרא דרבנן וכמ"ש משום חשדא ולזות שפתים דהא באמת העדים נאמנים שהם זוכרים מעצמן רק משום לזות שפתים א"כ אין להחמיר בהו כלל ולדינא נראה ברור כמ"ש:

יח **אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וכו'** כתב כה"ג דאם העדים אינם מכירים להבע"ד הוי כמעידים שלא בפני בע"ד וראיה שלו מהא דאמרינן בסנהדרין דף ע"ט רוצח שנתערב באחרים הואיל ואין גומרין דינו אלא בפניו הך שלא בפניו מיקרי דאין מכירין מי הוא הרוצח ש"מ דהך מילתא שלא בפניו מיקרי והרב בעל שבות יעקב בסי' קמ"ח בח"א השיג עליו מהך דהקשה על רש"י בב"ק דכתב דמהא דכתיב עד עמדו לפני העדה למשפט ילפינן דאין גומרין דינו אלא בפניו והא ר"ע מפיק ליה להאי קרא

לדרשא אחרינא בבית דין שראו אחד הרג נפש אין בית דין דנין איתו כי אם בית דין אחר אלא וודאי טעם דבעינן לגמור הדין בפניו כדי שירחמו בית דין עליו ביותר והיינו הצלת העדה וא"כ היינו הך מילתא דרש"י ומילתא דר"ע חדא מילתא ומזה ס"ל לחלק בין גמר דין בפניו לעדות בפניו ותמהני מגאון שכמותו שבדה טעם מלבו וליתן טעם למשפטי תורה וכן לא יעשה. ולדבריו יאמר נא אם ב"ד רואי' רוצח אחד מרחמין ואם רואי' שנים לא ירחמו אדרבה יותר ירחמו מבלי לשפוך דם הרבה כי אם ימצאו זכות לאחד עי"כ יפטרו כולם כי מי יפטור ומי יתחייב ועוד וכי מרחמין בדין ואי לאפושי בזכות בלא"ה ב"ד מצווין ועוד מה צורך הגמ' לחלק בין שור לאדם דאדם בר טענות ושור לאו בר טענות הא באדם ירחמוהו ובשור אין כאן יותר רחמנות אם יראוהו כללו של דבר נשתקע ולא נאמר. ובגוף הקושי' לק"מ דעיקר קרא אתא לדר"ע רק דהל"ל עד עמד למשפט וכתיב עמדו להורות דבע"ד בעצמו צריך לעמוד וזה פשוט ושכיח בדרשת חז"ל. ולכן יש מקום לדין כה"ג ואין לדחותו בגילת' דחיט' מיהו צ"ל דמיירי לבסוף יכירו אותו ולכן יש להמתין אבל אם א"א להכירו הא הוי כמו עדיו חולי' דמקבלין שלא יפסיד עדותן והרי זה במכ"ש ופשוט:

יט **אעפ"י שהגידו בראשונה עפ"י החרם כו'** וכתב הסמ"ע ס"ק מ"ח ה"ה שהגידו בראשונה עפ"י השבועה דכל שלא בפניו אין מדקדקין כ"כ בעדות דברי' אלו צ"ע כי תשובת מהר"ם ארוך בנה יסודו מהך משנה השביע עליהם חמשה פעמים חוץ לב"ד וכפרו חייבי' על כל אחת ואחת מפני שיכולי' לחזור ולהודות ולענ"ד יש לחלק דהא יש להבין איך יכולים לחזור ולהעיד הא נשבעו לשקר ודל מהכא שבועת עדות לא יהיה אלא שבועת ביטוי או שבועת שקר ג"כ פסולים לעדות ואיך יעידו שנית והר"ן נתן טעם בהשביע עליהם בב"ד חמשה פעמים דאינם חייבים אלא אחת מפני שאינם יכולי' לחזור ולהוד' אין טעם משום כיון שהגיד וכו' רק הטעם משום דנשבעו לשקר ופסולים להעיד וא"כ אף זה כמוהו אלא דצ"ל לא מבעיא אי הפי' במשנה השביע עליהם חמשה פעמים היינו דמושבע מפי אחרים שאמר משביע אני עליכם אם יודעים לי עדות שתבואו ותעידו והם אינם אומרים דבר לא אמן ולא שבועה שאין אנו יודעים לך עדות רק כפירה סתם אין אנו יודעים לך עדות וא"כ זהו בכל השבועות אינו כלום כי לא הוציא שום אלה ושבועה מפיו ומה נפ"מ ליה בדבור של אחרים רק בשבועת עדות חדשה התורה שבועה זו דחייב קרבן שבועה בשמיעת קול אלה והוא כופר רק כי מהני כפירה בב"ד אבל חוץ לב"ד לא מהני כפירה והרי זה כמו שארי שבועת ואין כאן נדנוד שבועה כלל ולא נפסלו כלל בשבועה אלא אפילו נימא דהך השביע עליהם חמשה פעמים איירי בנשבע מפי

עצמו מ"מ נראה דלא מיירי בזה אופן דאמרו שבועה שאין יודעים לך עדות דא"כ איך נימא דיחזרו ויודו הא עברו שבועה כמ"ש הר"ן ואם כי חוץ לב"ד ליכא שבועת עדות שבועת ביטוי או שקר הוה ונפסלים אלא לא מיירי מזה רק דאמר שבועה עליכם שאתם יודעים לי עדות שתעידו לי ואמרו אמן ואח"כ אמרו אין אנו יודעים ואם אמרו כך חוץ לב"ד אין כאן מעילה בשבועה כלל כי לא אמרו רק אמן להעיד בב"ד והם באמת לא מנעו להעיד בב"ד רק חוץ לב"ד צחקו בו ואמרו אין אנו יודעים ופטומי מילי בעלמא ולכך אם יבואו לב"ד ויעידו לא עברו שבועה כלל אבל בכופרי' בב"ד מקום שראוי להעיד הרי עברו שבועה והיה אפשר לומר דאירי דהשביע בחוץ לב"ד שלא בפני עדים רק בינו לבין עצמן וא"כ קרבן שבועה הם נאמנים על עצמן משא"כ לפסול עצמן לעדות אינם נאמנים וא"כ יכולים לחזור ולבא לב"ד ולומר אך לשקר נשבענו והרי אנו מעידין ועדותן כשרה דלענין עדות לא מהימני לשוי' נפשי' רשיעי ואין נעשים חשודי' עפ"י עצמן אלא דמדברי הר"ן דפי' בב"ד משום שפסולים להעיד והיינו דשם יש עדים וקשה א"כ בחוץ לב"ד ה"ל לפלוגי אם ישנו עדים או ליכא גבי שבועה ולמה מחלק בין ב"ד לאינו ב"ד ולכן צ"ל כמ"ש. ועל כל פנים יהיה איך שיהיה צ"ל באופן דלא עברו שבועה אבל כאן דנשבעו להעיד אמת והעידו לדבריהם שקר הא עברו על שבועת שוא על כל פנים ואיך יוכשרו להעיד. וחפשתי ומצאתי בכה"ג שהביא בס' משפטי צדק כתב לתרץ קושי' זו דדעת מהר"ם הארוך ס"ל דאינו נפסל בשבועה דלהבא ושם איירי דנשבעו להעיד אמת ולא שנשבעו שהעידו אמת ולכך אינם נפסלים אך לפי דבריו לא היה לו להר"ם ארוך להביא ראי' מן משנה הנ"ל דשם אי נשבעו שאין יודעים עדות ה"ל שבועה שעבר וגם זה לא יצדק לישוב הרמ"א דפסק לקמן אפילו בשבועה להבא נפסל א"כ לא ה"ל להביא דעת מהר"ם וכמו כן מ"ש הסמ"ע דלא דייקי בשבועה הואיל והעידו שלא בפני בע"ד צ"ע דמנ"ל למהר"ם כן הך סברא קלושה ואם יעידו מהיפוך להיפוך איך שייך דלא דייקי ואדרבה שם במשנה אף דנימא דיש ראיה התם אמרו לא ידענו י"ל דלא זכרו אז ואח"כ נזכרו כמ"ש הר"ן דלית ביה משום כיון שהגיד וכו' ע"ש אבל שיעידו בשקר זו לא שמענו ובפרט כפמ"ש אין כאן ראיה מהמשנה כלל שוב מצאתי להגאון מהר"ג בתשובת עבודת גרשוני סי' ג' דהרגיש ג"כ בקושי' זו במשנה דה"ל פסולים לעדות מחמת שבועה ותי' דשבועת עדות חידוש הוא ומלבד דדבריו דחוקי' כנראה אף גם דהא הר"ן כתב דלכך בכפר בב"ד א"י לחזור ולהודות משום דהם נפסלים מחמת שבועת עדות ע"ש וש"מ דלא אמרינן שבועת עדות חידוש הוא אבל הדבר נכון כמש"ל דמשנה איירי דלא נפסלו לעדות מחמת שבועה ולק"מ וא"צ לכל דחוקו אבל מ"מ גם הא כתב שדברי מהר"ם

הארוך צ"ע. ולכן נראה מהר"ם ארוך איירי שנשבעו שיעידו באמת וא"כ הם שהעידו שלא בפני בע"ד יכולים לומר שקר העדנו ומ"מ לא עברנו ידי שבועה כי נשבענו להעיד אמת היינו במקום דחל עדות והוא לתועלת דהיינו בפני בע"ד אבל שלא בפני בע"ד כיון דאינו עדות אין זה בגדר עדות ולא הוה כאילו העדנו כלל והוא רק כאילו דברנו פטומי מילי וא"כ אינו בכלל שבועה שנשבענו להעיד אמת דהכוונה במקום שהעדות כשר ומועיל וזה נכון דכל מה דנוכל לתרץ דבריהם שלא עברו שבועה אנו מתרצים אבל אם נשבעו שהעידו אמת או שיאמרו האמת אף דהוי שלא בפני בע"ד אינם יכולים לשנות דבריהם דה"ל עוברי שבועות הן עדות או שוא ופשוט: וכן משמע מתשובת ריב"ש סי' ק"ח דאם העידו עפ"י חרם אעפ"י שהיה שלא בפני בעל דין אינם יכולין לחזור ולהעיד דכבר העידו עפ"י חרם ע"ש ומשמע שם דאם ישנו מילתם הם כעוברי חרם ע"ש וכן הנכון כמ"ש:

כ **או שהיו העדים חולים כו'** עיי' אורים שכתבתי בשם הסמ"ע דכתב דמה דכתב הרמ"א ואם היה הדבר נחוץ הוא ללא צורך דכבר נכלל בדברי המחבר ונראה דבלא"ה יש להבין במה שסיים הרמ"א וכן נראה ממה שפסק לקמן סי' ק"מ ס"י והיינו דשם מבואר דמקבלין עדות השוכרים שדרו בבית טרם בוא המערער לערער על המחזיק כדי שלא יפסידו עדותן אח"כ כשישלמו שכירות ע"ש ולכאורה לדבריו קשי' דברי הטור אהדדי דכאן דעת הטור כנראה במ"ש וא"א הראש הסכים לסברא ראשונה והיינו אפילו דבר נחוץ בעינן שלחו וכמ"ש הרא"ש דכיון דליכא פשיעה מבע"ד לא משגיחין בדבר נחוץ ואילו לקמן בסי' ק' מפסק הטור הך דינא דמקבלים עדות השוכרים ודברי הטור נראי' לכאורה כסותרים וצ"ל דשם יש פשיעת המערער למה הניח לחבירו לישב בתוך שלו ולא בא לב"ד ודין הוא שיפסיד שיקבלו עדות שלא בפניו וא"כ חזר הדבר מה מביא הרמ"א ראיה משם ומה נסתייע בזה ולכן נראה דהא בגמרא אמרינן קיבל' מיניה כגון שהיה הוא או עדים חולים או שהיו עדים מבקשים לילך למד"ה ושלחו לו ולא בא אר"י אמר שמואל מקבלין עדות שלא בפני בע"ד קיבלה מיניה כגון דפתחו ליה בדינא ושלחו ליה ולא בא אבל לא פתחו ליה מצי אמר אנא לב"ד הגדול קאזילנא. והרי"ף השמיט הך מילתא דשמואל ס"ל דפליג אמימרא קמייתא וס"ל להלכה כמילתא דר"י וכן המחבר נמשך אחריו ולא הביא הך דינא ויש להבין מנ"ל להרי"ף לדחות דברי שמואל ולומר דפליגי הלא יותר טוב דנמעט במחלוקת ונימא מילתא דר"י איירי בלא פתחו ליה בדינא ולכך צריך עדים חולים או רדופים לילך למד"ה משא"כ שמואל איירי בפתחו לו ולכך סגי בשלחו לחוד וצ"ל דס"ל להרי"ף דהא כל הטעם מן פתחו לי' הוא דזולת זה מצי אמר

לב"ד אחריני איזול וא"כ ודאי אף במילתא קמייתא ע"כ איירי בכה"ג דצריך לדון בפניהם דאל"כ מה יהני חולים הבע"ד יטעון מי שמכם לשופטים עלי ואילו שלחתם אולי הייתי בוחר בדיינים אחרים וכל כמה דאין מחויב לדון בפניהם אינו מועיל כל חשש איבוד עדות דלא אדוני' הם בדבר הזה ועכצ"ל דמיירי באופן דצריך נדון בפניהם ואם כן לא חידש שמואל רק דסגי בשלחו ליה וזהו חולק אמימרא קמייתא ופסק הרי"ף כמימרא קמא וכן נראה מדברי תו' ד"ה ושלחו דסלקא דעתך בקושי' לשמואל בשלחו לחוד סגי והקשה בס' פרח מ"א בשם מהריב"ל דאיך העלימו עין דהא במילתא דשמואל מבואר להדיא ופתחו לי' גם כן ודקארי ליה מה קארי ליה ולפמ"ש ניחא דהתו' סבירא להו דגם במימרא היו עדים חולים וכו' גם כן צריך להיות באופן שצריך לקבלם לדיינים כהנ"ל וא"כ לא חידש שמואל רק שלחו לו ויפה הקשו ובתו' כתבו שאני התם דפתחו ליה בדינא ודין גדול הוא זה ר"ל דאף דנתרצה לדון בפניהם פתחו ליה יותר עדיף כמ"ש ודין גדול הוא זה או בתו' חזרו מהך סברא וס"ל דלמימרא קמייתא מקבלין אפילו אין צריך ליילך ולדון בפניהם כמו שאכתוב וזה פשוט וא"כ לפ"ז למחבר דנמשך אחרי הרי"ף אף אם היה דבר נחוץ דלא בעינן ושלחו לו צ"ל באופן דצריך לדון בפניהם אבל לדעת האומרים דשמואל לא פליג א"כ בע"כ צ"ל דמימרא קמייתא איירי בלא פתחו וצ"ל דהואיל והדבר נחוץ להציל העשוק הם מורשים מחז"ל לקבל עדות אף שיטעון הבע"ד לא אדון בפניכם וכמ"ש בתי' התו' הנ"ל וא"כ א"ש דמחב' דהביא דעת הריף צ"ל דמיירי באופן שהוא צריך לדון לפניהם ולכך הרמ"א מביא תחילה הך דיע' דכל ששלחו וכו' ופתחו בדינא כו' דמקבלין והיינו דשמואל לא פליג כלל אמימרא קמייתא וא"כ צ"ל בחול' בכ"מ מקבלין ע"ז כתב הרמ"א וכן אם היה הדבר נחוץ וכו' דמקבלין בלי שלחו ולא פתחו דבזה איירי אף דמצי לטעון אילו שלחתם לא הייתי מקבל אתכם לדיינים וע"ז נתכוון הרמ"א ולכך מביא ראיה מן סי' ק"ס דשם אף דנימא המערע' פשע מ"מ יטעון לאו ב"ד דידי ומי קבע אתכם לדיינים לקבל עלי עדות אלא ש"מ להציל העושק מקבלין ולא מצי לטעון ואף כאן הדין כן ולא נסתייע רמ"א רק מזה הדין דלא מצי למימר לאו ב"ד שלי הם וא"ש:

כא **ואם היה הנתבע חולה כו'** הרמ"א הביא דין זה כאילו הוא מוסכם לכל הדיעות מבלי חולק ולדידי לא נראה כן כי נראה להדיא מדברי הרא"ש כי הא בהא תליה דאם אמרי' דאפילו בתובע חולה וכו' והדבר נחוץ מ"מ בעינן שלחו לו דאל"כ כל כמה דלא פשע אף דאפשר דימותו עדים ויפסיד מ"מ מזלו גורם אם הוא לא פשע א"כ אף הדין בנתבע חולה אף דיהיה לו הזיק גדול דיצטרך להמתין זמן רב עד שיגדלו יתומים ומי יודע אם לא בין כך יהיו הנכסים נפסדים והולכים ומה בכך הא לא פשע ומזלו גרם.

אבל לשיטת האומרים דאפילו לא פשע כלל דלא שלחו אחריו מ"מ הואיל ויש חשש להפסיד עדות מקבלין ולא אמרינן מזלו גורם למה לא נימא כן בנתבע חולה והיתומים קטנים ובין כך יקרה פסידות רבות וכי אין זה חשש יותר מעדים הולכים למד"ה שישובו תוך זמן שנה או שנתיים והשתא בשמת הנתבע שאמרו חז"ל אין מקבלין בפני יתומים קטנים תמה הרשב"א בחדושיו לב"ק דכי גרע זה מעדים רדופים למד"ה ותי' דאין יתומים יכולין לחפש אחרי זכותם והנ"י תי' בעדים רדופים למד"ה ישנו לבע"ד בעולם משא"כ ביתומים קטנים כמאן דליתא דמי ע"ש ואין תי' אלו מספיקים בשהנתבע חי בעולם ויש פסידה גדולה לבע"ד למה לא יקבלו וכן נראה להדיא בדברי הרא"ש דתלי' זה בזה וכן הביא ראיה דאי לא פשע דאין מקבלין ממה שכתבו דאין מקבלין כשהנתבע חולה ע"ש. הרי דס"ל דתלי' זה בזה וכן כתב הבדק הבית דלהרמב"ם משמע אפילו הנתבע חולה ויפה כתב דהוא ס"ל דלא בעינן פשיעת בע"ד ולא אמרינן מזלו גורם ולכן נראה ברור דהך דינא דנתבע לאו ד"ה הוא רק במחלוקת שנוי' ולכך המחבר דס"ל בחולה ועדים חולים אין צריך לשלח דלא בעינן פשיעה השמיט הך דינא דנתבע דס"ל לעולם מקבלין וצ"ע על רמ"א:

כג **אם פתחו ליה בדינא כו'** פי' הסמ"ע והן דברי הטור דהתחיל לטעון ותו לא מ"ל לא אדון לפניכם אלא לפני ב"ד אחר שבעיר הזאת ויפה כתב דכבר כתב לעיל הרב הרמ"א סי' י"ד סעיף א' בהגה דמכח מנהג אין לומר לב"ד הגדול ניזול וכמבואר שם באריכות אבל על הטור קשה דפסק לעיל סי' י"ד דמצי אמר לב"ד הגדול ניזול ולא הזכיר כלל תקנת רמ"א א"כ קשה איך כתב בסי' זה סתם בפתחו לי' בדינא הא בגמ' אמרינן כי פתחו לי' בדינא נמי מצי אמר לב"ד הגדול קאזלינא ותי' רבינא כגון דנקט דיסקא מב"ד הגדול הרי דלולי דיסקא אפילו בפתחו ליה מצי אמר לב"ד הגדול ניזול וא"כ קשה למה השמיט הטור הך דנקט דיסקא. וכבר עמד בזה הרב בעל כה"ג בהגהת ב"י סי' י"ד הנ"ל אלא שהוא הקשה כן אף לריב"ש סי' שנ"ד והמעיין בריב"ש סי' הנ"ל דכתב וז"ל כדאמרינן בב"ק פ' הגוזל בתרא דהיכי דלא פתחו ליה בדינא מצי נתבע למימר לב"ד הגדול ניזול אע"ג דהאי ב"ד נקיט רשותא למידן מב"ד הגדול והיכי דפתחו ליה בדינא לא מ"ל לב"ד הגדול אזלינא אלא צריך שיגמור הדין עפ"י הדיינים שהתחילו לדון בו כו' עכ"ל מזה נראה ברור דמיירי בדנקט דיסקא כדכתב אע"ג דהאי ב"ד נקוט רשותא למידן מב"ד הגדול וכו' ובזה איירי הריב"ש דסיים עלי' דבפתחו לא מצי למימר דניזול לפני ב"ד הגדול ולק"מ אבל בכור קשה וכ"כ הב"י דהרא"ש ז"ל השמיט הך תי' דרבינא בדנקיט דיסקא. וצ"ע כי דוחק לומר שהם מפרשים כך בגמ' דהקושי' כי פתחו ליה בדינא נמי

מצי אמר לב"ד הגדול ניזול פי' דהגמ' ידע הך דין ומקובל היה שמוע' זו בפיהם דאפילו פתחו נמי ס"ל לב"ד הגדול ניזיל דאל"כ מניין להקשות כן אלא דכך היה הדבר מסור בידם ומשני הגמ' כי אמרינן דמצי לומר לב"ד הגדול ניזיל אפילו בפתחו היינו בדנקט התובע דיסקא מב"ד הגדול ולכך אפילו בפתחו ליה מצי הוא הנתבע לומר הואיל וכבר התחלת בב"ד הגדול לשם נילך אבל בדלא נקט דיסקא אין רשות לנתבע לומר נילך לב"ד הגדול כשכבר פתחו בדינא ומילתא דשמואל אייריי בדלא נקט דיסקא ולכך מהני פתחו ליה לחוד. אך זהו דוחק מניין לבדות פי' אחר מה דלא פי' בו רש"י ויתר מחברים ואין זה דרכו של הרא"ש והטור. ויותר נראה דקשי' ליה לטור הא בנאמנים עלי שלשה רועי בקר וס"ל לר"מ יוכל לחזור בו וחכמים אומרים א"י לחזור בו מוקי ליה ר"ל בקודם ג"ד מחלוקת ור"י דאמר לאחר ג"ד מחלוקת איבעיא לן בגמ' אי אף בג"ד וגם בתחילת הדין מחלוקת או רק בג"ד מחלוקת. וקשה איך ס"ד דבתחילת הדין מחלוקת ולרבנן א"י לחזור השתא בב"ד דגמירי אמרינן אפילו טענו ופתחו בדין דהיינו תחילת דין יכול לומר לב"ד הגדול איזל מכ"ש ברועי בקר דיכול לומר לב"ד מומחים יודעי דת ודין ניזול ופשיטא דב"ד דגמירי הם בערך שלשה רועי בקר ב"ד גדול כמו ב"ד הגדול לגבי סתם ב"ד ויותר הם דאלו יודעים ואלו רועי בקר כל תושי' מהם נעדרו ואי אמרינן דבאמת לר"ל ולס"ד דגמ' באמת אי פתחו לי' בדינא לא מצי למימר לב"ד הגדול ניזל א"כ מה פריך הגמ' בפתחו ליה בדינא נמי דלמא לא ס"ל דמצי למימר כך כדחזינן דר"ל וס"ד דגמר' לא ס"ל (ודוחק לומר דהתם אייריי בעשו שטר בירורין על הנך ג' רועי בקר ולכך בב"ד דעלמא לא מצי למימ' לב"ד הגדול ניזול כמ"ש לעיל בסי' י"ג י"ד דבעשו שטר בירורין לכ"ע לא מצי אמר לב"ד הגדול ניזול דהא סתמא נאמר במשנה נאמני' עלי ג' רועי בקר ולא נזכר דעשו שטר בירורין וכן מוכח דרמב"ן בתורה ושאר פוסקים למדו וכתבו מהך משנה נאמנים עלי ג' רועי בקר ילפינן דבכשרים אפילו קודם ג"ד א"י לחזור ואי אמרינן דאייריי בכתבו שטר בירורין אין כאן ראיה כלל ועכצ"ל הואיל וסתמא קתני לא אייריי בשטר בירורין ועיין מ"ש במקומו) ולכן ס"ל לרא"ש והטור דודאי מנ"ל לגמ' להקשות אי הכי פתחו ליה נמי דמנלן כן כמו שכתב הכה"ג אלא משום דשמואל ס"ל בהך משנה נאמנים עלי ג' רועי בקר וכו' במחול לך פליגי אבל באתן לך כ"ע יכול לחזור בו והיינו משום דס"ל בשלמא מחול לך מחילה בדברים לבד נקני' כדקי"ל בעלמא מחילה א"צ קנין אבל אתן לך אין נקני' בדברים וצריך קנין גמור להתחייב ליתן לחבירו ולכך לכולי עלמא יכול לחזור בו ואם כן הוא הדין בבית דין של ג' הכשרים לשמואל בשלמא במחול לך יש לומר כי פתחו וטענו לפניהם קבלו אותם ואינו יכול לחזור אבל באתן לך קבלה מה הוי

הא אין כאן קנין פשיטא דיכול לחזור ולומר לא אדון לפניכם ואף שקבלם הלא אתן לך לא מהני קבלה וצריך קנין וזה ברור בסברא ואם כן א"ש דשם בב"ק שמואל דקאמר הכי בפתחו ליה בדינא מקבלים עדות לתובע שלא בפני נתבע ופריך הגמרא שפיר דאפי' פתחו מצי הנתבע לומר לב"ד הגדול איזול ואי דכבר קיבל וטען לפניהם הא לשמואל באתן לך לא מהני קבלה וכאן דהנתבע חוזר הוי כאתן לך וא"כ ודאי דיכול לחזור בו דכמו ברועי בקר אפילו לאחר ג"ד יכול לחזור באתן לך וה"ה בסתם ב"ד בקודם ג"ד דבדברים לא נקנה ומשני הגמ' דנקט דיסקא וכו' וא"ש וזהו הכל לשמואל אבל לדידן דקי"ל אפילו באתן לך בג"ד אינו יכול לחזור וס"ל אע"ג דבעלמא בעי קנין בקיבל ב"ד ר"צ קנין א"כ מיני' בב"ד כשרי' גמירי שמעת' אפילו קודם ג"ד רק טען לפניהם א"י לחזור בו כלל דקבלי' עלי' דהא לדידן אין חילוק בין אתן למחול מעולם ובב"ד מהני קבלה ולכך השמיט הרא"ש והטור דיסקא ולדידן דקי"ל כשמואל ליתא ודוק:

כג **אבל המביא עדים לפטור כו'** דין זה הביא הב"י בשם הר"ן וכתב עליו הד"מ וכ"כ הרשב"א בתשובה סי' אלף כ"א דהמחזיק בקרקע ומביא עדים על חזקתו מקבלין אותו אעפ"י שאין המערער לפנינו עכ"ל ולפ"ז צ"ל דאף דיש לו למערער חזקת אבות מ"מ הואיל והוא המחזיק ג"ש הוי המערער התובע והוא המחזיק הנתבע ולפ"ז לא הבנתי מ"ש רמ"א סעיף ט"ז בהגה ראיה מהא דלקמן סי' ק"ס דמקבלין עדות כשיש לחוש שיפסיד העדות דהא התם הוא מוחזק דאכל ג"ש ע"י שוכרי' ומהדין גובין שלא בפני המערער וצ"ל דהרמ"א בהגה חזר בו ממ"ש בד"מ וטעמו של רשב"א הוא משום דהוי כעדי' רדופי' לילך למד"ה כמ"ש הרשב"א להדיא בתשובה אבל לעולם כיון שיש למערער חזקת אבות הוא הנתבע ואין מקבלין עדות וכן הנכון:

כד **ואם היו נסמכים על העמוד וכו'** עיי' מש"ל בסי' טוב דאין לב"ח ראי' לסתור דברי הסמ"ע דהיכי דעדים ובע"ד נסמכים דבממ"נ חד לא יוכשר וכעת עיינתי ומצאתי ראיה לדברי הב"ח מדברי ר"נ דדייק מהא דאמרינן בשבועות דף למ"ד גבי אשת ר"ה דאמר ר"נ אפרח עלי בר אווזא כדי לקיים מצות קימה בפני אשת ת"ח ופריך בגמ' הא דייני בישיבה ומשני דיתיב כמאן דשרי מסאני ודייק מיניה הר"נ דא"צ לעמידת בע"ד רק בגמר דין דאי בכולו דין היכי עביד ר"נ הא בע"ד בעמידה וב"ד בישיבה וכאן א"א כדאמרינן בגמ' ול"ל כדסיי' מסאני דזה יתכן בגמר דין דהוא רגע קטנה אבל כל הדין א"א לעשות כך ע"ש וקשה לפ"ז הא דאמרי' בסנהדרין פרק כ"ג דאמר שמעון ב"ש לינאי עמוד על רגליך ויעידו בך והיה בתחילת דין כמ"ש התו' שבועות דף הנ"ל ד"ה שאם רצו כו' וכן בפרק כ"ג ע"ש וקשה איך עשה שב"ש אי לא קם הא צריכין לעמוד בפני מלך מכ"ש

דאשת חבר ובפרט שהיה ינאי כה"ג ג"כ כנודע ופשיטא דצריכין לעמוד בפני מלך וכה"ג והוא מצוה דאורייתא לנהוג בכבוד מלך וכה"ג כמ"ש הרמב"ם ואי קם הא לכ"ע דיינים בישיבה ול"ל כדסיים מסאני כמו ר"נ באשת ר"ה דהא שם היה תחילת הדין וכל קבלת עדות וזמן כזה א"א לעמוד כמ"ש הר"נ ועכצ"ל דצווהו לסמוך ועמוד על רגליך לאו דוקא רק שלא ישב וכדי לקיים מצות קימה אף הוא לא ישב רק סמוך וא"כ קיים מצוה קימה והידור כיון דהוא לא ישב רק סמוך כמו המלך ומ"מ לענין ישיבת הדיינים הוי סמיכה כישיבה וקיים שתיהן והא דלא עשה ר"נ כן באשת ר"ה דהתם אי צוה שתסמוך היה סתימת טענת לבע"ד שכנגדו כמ"ש התו' בד"ה והאמר מר וכו' אבל בינאי מלכא דהיה ד"נ וגם הכל יודעים דחייב כבוד המלך ליכא סתימת טענת כדאמרינן גבי ת"ח והיה מצוה לו לסמוך ואף הוא היה סומך וא"ש וקשה דל מהכא מצות קימה והידור מ"מ היו שניהם הבע"ד והב"ד על מתכונת א' שניהם בסמיכה והתורה אמרה ועמדו ב' אנשים לפני ה' אלו דיינים הורה לנו שלא יהיו שניהם על מתכונת אחד כמש"ל סימן טוב ועכצ"ל דליתא להך סברא דלגבי בע"ד קרוי עמידה ולדיינים ישיבה וא"כ ה"ה עדים ודיינים דמהך קרא דילפינן עדים ילפינן בע"ד ודברי הב"ח מוכרחים ודוק:

סימן כט

א **אחר שהעיד העד בב"ד כו'** עיין אורים שהבאתי מ"ש הסמ"ע דהטור והרמב"ם העתיקו דכ"ז שלא נחקרו עדותן מצי לחזור בו וכתב הב"י דכן נלמוד מדברי ירושלמי ותוספתא ע"ש ואני תמה איך העלים עין ולא זכר תחת לשונו הטהור דהתו' חולקים וסבירא להו דלא מצי לחזור אפילו במקום דבעי דו"ח ובתוך דו"ח דבפסחים דף י"א ד"ה זה ידע וכו' הקשו דבפ' בן סורר וכו' יליף הגמרא דאזלינן בד"נ בתר רובא מהא דמקיימינן דברי העדים בא' אומר בשנים בחודש וא' אומר בשלשה דזה יודע בעיבורו וכו' ולא אמרינן הני סהדי מכחשי אהדדי והקשו התו' דלמא בזו הטעם הואיל וכוונו ימי השבת ותירצו לולי דאזלינן בתר רובא וא' אומר בשנים בחודש וא' בשלשה ה"ל מכחשי אהדדי וכי הדר מכווני ליום השבת ה"ל חוזרין וכו' עכ"ל וכן סנהדרין דף מ"א ע"ב ד"ה שזה יודע כו' כתבו ג"כ כזה וכן בפסחים דף י"ב ד"ה באיזה יום כו' הקשו למה צורך לשאול לעדים באיזה יום מהשבת אפילו לא יכוונו ליום השבת כיון שכבר אמרו יום החודש ה"ל חוזרים ומגידים ע"ש ואלו סבירא ליה כטור ורמב"ם דתוך דו"ח יכולים לחזור אין מקום לכל דבריהם דהא הך באיזה יום בשבת ובאיזה יום בחדש הוא מן ז' חקירות השנוי' במשנה וכ"ז שלא נשלם החקירות הרי יכולים לחזור ולומר ועכצ"ל דלא

סבירא ליה הך וצ"ע. ובגוף קושי' התו' צ"ל לשיטת הרמב"ם והטור דמ"מ דייק הגמרא שפיר דאזלינן בתר רובא דאל"כ אף דאמר דמוכח דטעו מ"מ עכ"פ לא אמרו יום חודש ואם כן בצרו לי' ז' חקירות דאורייתא דמ"ש אילו לא אמרו כלל יום חודש הלא אין כאן עדות דבעינן שבע חקירות. ומ"ש דאמרו וטעו ולא אמרו כהוגן והוי כלא אמרו כלל ואם כן בצרו ליה ז' חקירות אבל השתא דאזלינן בתר רובא אם כן אף בלי אמירת יום השבת באמרם בשנים ובשלשה לחודש אמרינן עדותן מכוונת דעבידו דטעו אם כן הוי זו מן ז' חקירות דהוו כאילו כוונו דמ"ש משא"כ אילו בלי אמירת יום השבת לא הוי עדותן מכוונת אם כן הך יום שבת ויום החודש כחדא נחשב דזולת יום השבת יום החודש כמי שאינו נחשב דהא מכחשי אהדדי ואם כן בצרו ליה ז' חקירות דהן דאורייתא ולק"מ ודוק:

ב **כדי דבור כו'** עיין מ"ש באורים ונראה דיותר יש סברא לומר שיכול הראשון לחזור קודם גמר עדות שני דכולא חד סהדותא הוא ואם כן כ"ז שלא השלים השני הוי כאילו לא השלים הראשון דהא תרווייהו כחד חשבינן משנימא דאף דגמר העד השני עדותו רק דהוא תוך כ"ד דיהיה רשאי לחזור בו דהא גמר עדותו ובזה מיושב תמיהת התו' בשבועות דף ל"ב ד"ה אבל כפירה דהקשו דמה קמ"ל במשנה דיכול השני לחזור מעדותו תוך כ"ד פשיטא דאל"כ אין השני מתחייב על כפירתו דהא כבר כפר הראשון ועכצ"ל הטעם דיש עוד זמן שיהיה הראשון חוזר מכפירתו ויעיד ע"ש ולפמ"ש ניחא דזה ודאי דהראשון יכול לחזור קודם גמר עדות השני ואם כן השני שכפר ה"ל כאילו כפרו שניהן בב"א דהא ביד הראשון לחזור וכמ"ש תו' ד"ה בתוך כ"ד ע"ש אבל זה לא הוי ידעינן דאם כבר גמר השני עדותו דאף בתוך כ"ד יכולים לחזור דהא נגמר עדותו וקמ"ל דמ"מ יכול לחזור וטובי קמ"ל וק"ל:

ג **אבל בדבר שמוכח כו'** בבדק הבית וכן באסיפת זקנים הביאו בשם ריטב"א דהקשה בהא דאמרינן בגמרא לא מייתי אינש חובתה לנפשי' הא בלא"ה תוך כ"ד יכולים לחזור ותי' ה"מ מעצמן אבל הכא שחזרו מחמת אימותו של זה דשאל להם וכי אנא רמאי יש לנו לומר שאין חוזרים ומגידים אי לא דמסתבר דלא מייתי חוב' לנפשי' עכ"ל ומדבריו נלמד דאם העדים באים מעצמם להעיד בכח הכרוז וחרם וכדומה דא"כ לא שייך הך לא מייתי חוב' לנפשי' אפילו בתוך כ"ד א"י לחזור בכה"ג די"ל מחמת אימתו חזרו כמ"ש להדיא ועוד לדבריו הך עובדא היה בתוך כ"ד אם כן י"ל כי אמרינן מסתברא לא מייתי אינשי חובת' וכו' היינו כשחזרו תוך כ"ד דבלא"ה רשות בידם לחזור לולי הך חששא דאולי מחמת פחד חזרו אבל לאחר כ"ד בשביל הך סברי גרידא לא נימא דיהיו העדים חוזרים מעדותן מה שכבר העידו וכיון שהגיד וכו' אלא דצריך עיון כי סתימת הרא"ש והטור

ומחבר לא משמע כן ונראה בעין דלא סבירא להו הך דריטב"א כי בלא"ה יש לפקפק על קושיתו דהא מלישנא דגמרא משמע דשני עדים אמרו כן שהוא רמאי וקשה בממ"נ הא לא העידו בפ"א רק בזא"ז ואם כן כשהעיד עד ראשון ואמר רמאי איך שתק מרי בר איסק ואי באמת צעק וכי אנא רמאי וכו' והעד חזר בו ואמר לאו רמאי אמרתי ואם כן איך העיד השני ג"כ שהוא רמאי מה דכבר הזכיר לראשון וחזר בו ולישנא דגמרא משמע דתרתי העידו כן אלא צ"ל דעדות זו נתקבל שלא בפני בע"ד כי מחל על כך ומה שהוא לטובתו יכול למחול והם העידו שניהם בשוה היותו רמאי וכשבא אחר כך מרי לב"ד ואמרו לו כך העידו שאל לעדים בפני ב"ד וכי אנא רמאי וחזרו ואמרו דכוונו שאינו רמאי ומחמת הוכח' לא מייתי אינש כו' האמינו חז"ל לדבריהם וחזרתן וא"ש ול"ק קושי' הריטב"א דכאשר בא מרי בר איסק לב"ד כבר נגמר העדות ועברו כ"ד טובי ומ"מ מחמת הוכח' דלא מייתי אינש וכו' האמינו חז"ל לחזרתם אבל בתוך כ"ד פשיטא דלעולם חוזרין ולכן דינו של ריטב"א צ"ע דלא נראה להלכה כדבריו:

ד **ולא אמרו אין אנו יודעים** אבל באמרם כן לא יכולים לחזור ולומר יודעים והר"ן הקשה להך דיע' הא דקתני במשנה או שאמרו אין אנו יודעים לך עדות משביע אני עליכם ואמרו אמן חייבים הא בעת שבועה לא היו שוב ראוי' להעיד דכבר אמרו אין אנו יודעין לך עדות וכיון שהגיד וכו' וצ"ל דס"ל כמ"ש הר"ן דאיירי דתוך כ"ד נשבעו והיה רשות בידם לחזור ומה שהקשה אם כן הא דקתני סיפא כפרו שניהם כאחת וכו' להורות דתוך כ"ד יכולים לחזור הא מרישא שמעינן לי' י"ל דמרישא ידעינן דתוך כ"ד יכולים לחזור באמירה בעלמא שאמרו אין יודעין עדות אבל אם אמרו שבועה שאין יודעין לך עדות אפי' תוך כ"ד א"י לחזור כילחומר שבועה ה"ל לדייק כמ"ש הר"ן דלכך במקדש ומגרש תוך כ"ד לא כדיבור דמי לחומר הענין ע"ש ואף בשבועה כל העולם כולו נזדעזע וה"א דהוי כמקדש ומגרש קמ"ל בסיפא דמ"מ יכולים לחזור ולק"מ. וכתב הסמ"ע בשם תשובת הרא"ש לחלק כשאומרים אין אנו זוכרים לא מצו לחזור ולהעיד משא"כ באומ' איני זוכר עתה דייקא יכול לחזור ולהעיד עכ"ל והקשה הט"ז הא בכתובות בעובדא דר"א ידע סהדותא לר"כ הא אמר תחילה דלא דכיר ומ"מ כד אידכר העיד ולא עיין בהגהת הרא"ש דתי' דהא דאמר לא ידענא היה חוץ לב"ד רק ר"כ ור"א דיכרו אהדדי ולכך יכול לחזור ולהעיד. דחוץ לב"ד לא שייך כיון שהגיד כו' אך האמת עם הרב ט"ז דאין דברים אלו כלל בתשובת הרא"ש והסמ"ע לא עיין בגוף תשובת הרא"ש רק נמשך אחרי ד"מ ומזה בא לכלל שגיאה כי שם היה כך ששאלו לע"א אם יודע כמה שנים היה פלוני דר בבית והשיב לא נתתי ללבי באותו שעה כמה דר בו ובזו סבירא ליה לרא"ש דאין יכול

לומר אחר כך נתתי לבי וכך שנים היה דר בו כי הודה מתחילה בב"ד שלא נתן לבו ע"כ ומאין יודע אחר כך להעיד אבל אם אמר איני זוכר כמה שנים היה דר בו הרי לא אמר דמתחילה לא ידע רק דשכח יכול לומר אחר כך נזכרתי. אלא דיש להבין אם כן באומר איני זוכר יכול לומר נזכרתי אם כן מצינו בהשביע על העדים ה' פעמים בפני ב"ד דחייבים חמשה ק"ש כגון שאמרו שבועה אין אנו זוכרים אין אנו זוכרים וכו' ואחר כך הודו דזכרו אם כן חייבים על כל אחת ואחת דכל הטעם דאינם חייבים אלא אחת משום דאינם יכולים לחזור ולהודות כיון שהגיד וכו' ובזו הא יכולים כל פעם להעיד ולומר נזכרנו והרי כאן חייב ה' ק"ש וכ"ת ה"נ אם כן בדף ל"ב פריך הגמרא אימא דוקא בב"ד בעי שבועה ומשני הגמרא אם כן לאחת דכתב רחמנא לחייב על כל שבועה ושבועה היכי משכחת ליה דהא בב"ד אינם חייבים אלא אחת ולפי הנ"ל הא עדיין י"ל דוקא בב"ד ומכל מקום מצינו בכה"ג דאמרו אין אנו זוכרים דחייב על כל א' וא' בב"ד ואפילו נימא כי אמרינן דיכול לומר נזכרתי היינו ביש הפסק זמן מה בין מאמר שאינו זוכר למאמר נזכרתי אבל אם כמעט רגע חזר ואמר נזכרתי אין שומעין לו דמה היה בין רגע ששכח ונזכר מכל מקום קשה דלמא קרא בכה"ג שהשביעין בב"ד בהפסק זמן מה בין שבועה לשבועה ודוחק לומר כי אם נשבע שאינו זוכר לא מצי אמר לזכרתי דה"ל לדייק בשבועה ולרמי' אנפשי' ולמדכר וכמ"ש הרשב"א לקמן בסי' ל"ד בשבועה א"י לומר שכחתי ע"ש ובש"ך וכמ"ש סי' ל"ד וצ"ב דמלבד דגם בזה הר"ן חולק וכמש"ל (ולזה נתכוון המרדכי שהביא ראיה מהך משנה השביע עליהן ה' פעמים בב"ד דאם אמרו לא ידענו דא"י לחזור ולהעיד ולכאורה קשה דלמא התם הטעם דעבר על שבועה וחשידי לעדות כמ"ש הר"ן באמת אבל וודאי מסברא מהכ"ת לומר דיחזרו ויגידו הא אמרו לא ידענא רק די"ל דשכחו ועכשיו נזכרו ולזה מביא מרדכי ראי' מהך משנה דא"כ אף בשבועה לא יפסלי די"ל שכחו ומה ה"ל לעשות וש"מ דס"ל אף בשבועה י"ל שכחו) אף גם דכי כתב הרשב"א כן היינו בנשבע סתם ובזה דעת הרשב"א דה"ל לדייק טרם נשבע שיאמר אמת דרך משל נשבע שלא היה בידו משל חבירו א"י לומר שכחתי שיש לי בידי משל חבירו דה"ל לדייק קודם שבועה מבלי ישבע לשקר משא"כ בנשבע שאינו זוכר ובאמת אינו זוכר ובקושט' קמשתבע מה ה"ל לדייק. ולכן צריך לומר דהאומר אין זוכר אין בו קרבן שבועה דכי חייבה התורה ק"ש באומר דבר מוחלט לא ראיתי ולא ידעתי ששוב א"י מעולם להעיד לפי דבריו דהא אמר שלא ראה ולא ידע אבל באומר איני זוכר שאין מחליט מבלי להעיד לו שיבא יומו שיזכור ויעיד לו אף לפי דבריו אין כאן ק"ש והוי כאומר לא אהיה מעיד לך אלא בכלות שנה ושנתים וכי מחייב ק"ש ע"ז

ואף זה כיוצא בו דהרי בידו כל יום לבוא ולהעיד ולומר נזכרתי אם כן אין כאן כפירה מוחלטת ולא חייבה התורה ק"ש וצ"ע:

ה **ואפילו אמרו אין אנו יודעים וכו'** צ"ע כי משמע מתוך הסדר ולשון הרמ"א דמוסב אהך דלעיל שנתנו חרם בבה"כ ואמרו אין יודעים ונותנים אחר כך אמתל' נאמנים להעיד וזה אינו דהא זה הדין דייק ליה רבינו ב"י מהא דקתני במשנה השביע עליהם ה' פעמים בב"ד וכפר פטורין מלהביא חמשה קרבנות ה"ל למימר דאפילו כפר בלי שבועה ולבסוף השביען דפטור מק"ש דהא אין יכולים לחזור ולהעיד כיון שהגיד א"ו בנתינת אמתל' יכולים להעיד ע"ש ועדיין קשה אם כן אף בהשביען יכולים ליתן אמתל' ואם כן הרי יכול לחזור ולהודות וצ"ל דסבירא ליה להרב ב"י בשבועה לא מהני אמתל' דהוי ליה לדייק ולא להיות מהיר בשבועה ולא מהני אמתל' וזה ברור ואם כן כאן שנתנו חרם דהוי כחומר שבועה כנודע והם עברו ולא העידו ואמרו אמתל' מה מהני הא בשבועה לא מהני אמתל' כלל ובלא"ה בראי' רבינו ב"י מהך משנה הנ"ל יש לפקפק דהא רש"י פי' השביע עליהן ה' פעמים בב"ד וכפרו לא שהיו כופרים בין כל שבועה ושבועה רק לאחר ה' שבועות אחר כך כפרו ומכל מקום כתב רש"י בממ"נ אי הוה שתיקה כמו הודאה אם כן כבר א"י לחזור ולהעיד ואי לאו אין שבועה א"ש ואם כן איך יתני דכפרו קודם שבועה דהמשנה טובי קמ"ל דאפילו קדמו כל שבועות לכל הכפירות מכל מקום אינו חייב רק ק"ש א' ולדעתי הרב ב"י נגרר אחר לשון הרמב"ם בהלכות שבועות דמשמע מתוך דבריו דהיה בין כל שבועה ושבועה כפירה ומזה דייק דינו אבל לפירש"י אין כאן מקום דקדוק ולכן יש לומר עכ"פ בחרם אינו מועיל אמתל' ואפשר דלכך פירש"י בשתיקה ולא דכפרו להדיא לב"ד כמ"ש הרמב"ם או דאמרו אמן או שאמרו אין יודעים לך עדות משום קושי' הב"י:

ו **עדים שאמרו שקר העדנו כו'** לקמן סי' ל"ח כתב הטור בשם ר"ח עדים שאמרו שקר העדנו כתב ר"ח לא מבעיא שאין משלמין עפ"י עצמן אלא אפילו העדות שהעידו נכונה ומתקיימת דכיון שהגיד וכו' והקשו דהא הטור בסי' מ"ו סתם כדעת הרא"ש דעדים שאמרו כן מחויבים לשלם מדיני דגרמי כמ"ש בסעיף זה בש"ע ורבים מהמחברים חשבו דר"ח והרא"ש פליגי ולכן דברי הטור תמוהים וסותרים זא"ז והש"ך בסי' ל"ח התפאר שעמד על כוונת ר"ח דכל דברי ר"ח אינו אלא דברי התו' במכות דף ג' דאם אמרו שקר העדנו ואחר כך באו עדים והזימום ישנו בכלל הזמה דלא מהני להו מה שכבר בעצמם סתרו עדותן דאינם נאמני' ולכך כתב ר"ח לא זו דאין משלמין עפ"י עצמן מתורת הזמה ולא מתורת דיני דגרמי כי באמת לא הגיע הדבר לכלל תשלומין כי באו העדים והזימן

ונפטר הך שהעידו עליו אף גם שהעדות נכון וכשר כיון שהגיד וכו' ואם כן חל עליהם הזמה וכמ"ש התו' ועיין שם שהאריך ועם כל השבח הזה ששיבח פירושו אין בו מנ"ט לשבח. חדא דעיקר כוונת ר"ח ההולך לשיטתו דאם הוזמו אחר כך חסר בדברי ר"ח והזמה מאן דכר שמיה והל"ל והוזמו אחר כך וכל תכלית כוונתו נשמט. ועוד מה ביקש בזה דפטורים מממון פשיטא דכיון דלא הפסיד ומטעם הזמה כבר כתב הטור דלא שייך הזמה ע"פ עצמן וגם מה צורך לר"ח בזה אף דרש"י ויתר מחברים לא פי' כן בגמרא אבל הדין כ"ע מודים דמהכ"ת לא יחול הזמה כיון דעדותו בעצמותו כשר ואין יכולים לחזור דאל"כ לעולם לא יהיה הזמה תמיד יחזרו בהם ויהיה לגבי בע"ד עדות נכונה דכיון שהגיד והם לא יקבלו דין הזמה דבר זה לא מצינו מי שיאמר כן וכמ"ש התו' בפשט גמרא דקושי' הגמרא פשיטא ולכן נראה ודאי אם נתפוס אמת לדינא מ"ש בשם מ"ב לקמן בסי' נ"ה בשליש שהחזיר שטר שלא כדין דפטור משום דהוי גרמא דיש הבדל אם החזירו למלוה אף דיגבה בו מ"מ בשעת החזרה לא ברי הזיקו דאולי לא יבא לכלל גבי' אבל אם החזיר ללוה דתיכף נמחל שעבודו חייב מד"ג דהוי ברי הזיקו ואם כן אף כאן אם מעידים שקר שראובן חייב לשמעון אם כן בשעת עדות לא ברי הזיקו דמחוסר גוביינ' כמו בשטר הנ"ל ולכך פטורים ומזה איירי ר"ח אבל אם העידו שראובן פרע לשמעון על חובו והוא שקר בעת עדות תיכף נמחל שעבודו חייב מד"ג ולכך בתשובת הרא"ש כלל נ"ח ד"ו ששם מקור הדין איירי להדיא שכתבו פטורים ומחילה ללוה בשקר ולכך מחייב הרא"ש לשלם דברי הזיקו. אך גם זה לא נח דעתי בו דבגוף הדין של מ"ב לחלק כנ"ל יש בו פקפוק כמש"ל בסי' נ"ה ע"ש וגם אף דתשובת הרא"ש משמע כמ"ש מ"מ הטור העתיק דבריו לקמן בסי' מ"ו גבי שכתבו שטר שקר למלוה ולא ללוה. וגם מנ"ל לר"ח דין זה. ולכן נראה דהיה לר"ח פי' בגמרא דמכות דף הנ"ל דאמרינן עד זומם משלם חלקו ופריך הגמרא תנינא משלשין בממון וכו' ומשני כגון דאמר עדות שקר העדתי ופריך כל כמיני כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד וכו' עכ"ל וכבר עמד בזה הרמב"ן דמה קושי' כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד מ"מ לגבי עצמן נאמנים ומשלמין מד"ג ותי' דלשון זומם לא משמע דמ"מ אינו נכלל בשם עד זומם וכן נראה בדעת התו' לכאורה ע"ש ועיין מהרש"א דפי' ג"כ לישנא זומם לא שייך אלא להורות דיש לו דין כמו זומם דמשלם אעפ"י שלא הפסיד וע"ז פריך הגמרא הא באמת הפסיד ע"ש במהרש"א כי זהו כוונתו אבל זהו הכל דוחק כמ"ש התו' להדיא לכן נראה דסבירא ליה הא דקי"ל משלם מדיני דגרמי היינו בברור לן הזיקו בלי ספק כלל ולכן במסור אף שידעו שמסרו אם לא ידענו הזיקו בבירור אינו גובה למ"ד לא עשו תקנת נגזל במסור וכו' עיין לקמן סי' שפ"ו ושפ"ח ויותר מזה אמרו לעיל סי'

כ"ח בבר ישראל דמסהיד לגוי והוציאו ממון עפ"י אחד אשר לא כדת מ"מ פטור מלשלם דיאמר האמת העדתי ועיין מש"ל הוכח' מדברי הגמרא דאפילו העיד שהלוה ובדיניהם א"י לומר פרעתי מ"מ העד פטור מדיני דגרמי עד שיברר שפרע ע"ש ואם כן אף כאן אילו כאן עד אחד שמעיד שלוה ראובן לשמעון בניסן מנה ולוי העיד בשקר שראה ג"כ ההלואה ועי"כ הוציאו הב"ד ממון משמעון לראובן ועפ"י שני עדים הקימו הדבר ואם אחר כך הודה ע"א ששקר העיד מ"מ אין לשמעון עליו טענה מד"ג כי יטעון הא ע"א מסייע לי דאמר שלא הייתי מזיק לך כי באמת אתה חייב ומה בכך ששקר העדתי מ"מ האמת בגוף הדבר כי אתה חייב כמאמר הע"א והיינו הך דלעיל בסי' כ"ח דהעיד בדא"ה וגרם להוציא בע"א א"צ לשלם מד"ג כי לא ברי הזיקו אף כאן שהיה גורם שב"ד הוציאו ממון עפ"י ע"א מ"מ א"צ לשלם כי כמ"ש גבי בהעיד בדא"ה אמת העדתי ולא הזיקתך אף כאן יאמר כן דמ"ש בטוען ברי עפ"י עצמו שלא הזיקו הא קי"ל תבעהו עפ"י העד הוי טענת ברי ומכ"ש בזה אופן דאין לשמעון להוציא מלוי בטענת ספק במקום שע"א מסייע לו ואין הוא מנשבעים ונוטלים שיכחיש להעד וישבע ויטול וזה פשוט דמהכ"ת להוציא בדיני דגרמי במה דלא אתברר בבירור גמור לב"ד שהיה מוזק ממנו וכאן הע"א אומר שלא היזקו ולכן ברור אם הע"א אומר שבאמת לוה ראובן לשמעון אף שלוי שיקר בעדותו מ"מ לא ברירא הזיקו ואין להוציא מד"ג והוא נלמד מכ"ש ממש"ל גבי העיד בדיני של גוים ע"ש. אך אם העד השני עומד בעדותו שלא שיקר אבל לוי הודה שעדותו וגם עדות חבירו שקר אם כן פשיטא דלוי חייב לשלם חלקו שהפסיד אף גם חלק חבירו לדעת האומרים לקמן סימן ת"י בשנים שהזיקו וא"א להשתלם מהאי משתלמין מהאי ע"ש ובש"ך אבל אם גם השני העיד ומודה ששקר ענה באחיו וזה יודע בשקרו של חבירו כל א' משלם החצי כראוי אבל אם כל אחד מודה ששקר העיד אבל אין אחד יודע אם חבירו שקר העיד כי ד"מ לוי אמר שלוה בניסן וכן יהודה ולוי יודע בעצמו ששקר אמר כי לא היה שם בניסן כלל אבל יוכל להיות שיהודה היה במעמדו וראה ההלואה באמת וכן יהודה א"י אם לוי ג"כ משקר או לא כי א"י רק לעצמו שמשקר אם כן כיון דקי"ל כיון שהגיד וכו' וא"י לחזור מעדותו אם כן אין כאן חיוב ממון על העדים הללו כי בבוא ראובן לתבוע מלוי העד יאמר לא הזקתי אותך כי יהודה מעיד שהדבר אמת שאתה לוית משמעון ואם כי יהודה חוזר מעדותו ששקר העיד לאו כל כמיני' כיון שהגיד כו' ועדותו קיימת ואמת ואם כן לא ברי הזיקך שע"א מסייעני וכן בתובעו ליהודה יאמר הרי לוי מסייעני שלא הזקתיך ואם הוא חוזר לאו כל כמיניה כנ"ל והרי אין לשום אחד משפט תשלומין. ובזה יובנו דברי הגמרא שאמר עד זומם משלם חלקו דמשמע דמדבר בע"א

ולכך פריך הגמרא הא תנן משלשין וכו' ומשני באומר עדות שקר העדתי וקשה במה איירי אי דחבירו אומר האמת העיד למה ישלם כלל הא יש לו ע"א מסייע ואי דיודע שגם חבירו משקר אף דאינו מודה אם כן למה משלם חלקו לבד כולה בעי לשלם כיון דליכא לאשתלומי מהאי דהוא כופר ואמר שאמת העיד כנ"ל ואי דגם חבירו מודה ששיקר וכל א' יודע שחבירו ג"כ משקר כי היה מתחילה באיסטס אחת להעיד שקר א"כ למה קאמר עד זומם משלם חלקו ופרט בלשון יחיד ולא סתם עד"ז משלמין כדיוק הגמרא הנ"ל ומה זה שאמרו בלשון יחיד הלא הם שנים ועכצ"ל דכוונת המאמר בלשון יחיד כי אחד נפרד מחבירו כי הוא עד זומם לעצמו וא"י שחבירו משקר וכן חבירו בו ולכך פירשו בלשון יחיד כי כל אחד נידון בפ"ע ואין אחד יודע מענין חבירו וכל א' בפ"ע רק עד זומם ומשלם חלקו וע"ז פריך הגמרא האי דינא ליתא דהא יש לכל עד עד המסייע שאומר שלא הזיק לחבירו ואיך נוציא בד"ג ממון בספק במה דלא בריר לן היזקא בודאי כנ"ל ואם דגם השני מודה ששקר העיד לאו כל כמיני' כיון שהגיד וכו' והרי עדותו לגבי חבירו אמת ונכון ופטור וכן הראשון לגבי שני כמ"ש כי כל א' לנגד חבירו לעדות אמת יחשב ואין כאן חיוב תשלומין מד"ג וא"ש. ואם כן פסק ר"ח עדים שאמרו שקר העדנו היינו כוונתו כמבואר בגמרא שיש כאן ע"א המסייעו כי כל א' נאמן לגבי חבירו וכמ"ש ודברי ר"ח הם בנוים על דברי הגמרא משא"כ לקמן בסי' מ"ו דהביא הטור דעת הרא"ש הוא שכל אחד יודע בחבירו שמשקר כמבואר בתשובת הרא"ש כלל נ"ח ד"ו שאמרו שהיה ראובן משקם יין עד שחתמו בשכרות מה שלא ראו וידעו ע"ש. ואם כן כל א' מכיר בשקר חבירו וכן משמע לקמן לשון הטור אמנה היה והיינו ששני עדים האמינו וא"כ ברי היזקו וחייבים לשלם וכן נראה לדינא כי אין להוציא ממון בספק במקום שע"א אומר שלא הזיק ואין הוא מנשבעים ונוטלים שיטול ויכחיש העד ודוק:

סימן ל

א **שהדין מרומה צריך דו"ח להוציא דין לאמיתו** עיין לעיל סי' ט"ו דהעתיק הרמ"א דברי ריב"ש דא"צ דו"ח כמו ד"נ רק לברר הדבר כפי הענין בכל אופן ועיין בכה"ג שמביא דעת רבים מהמחברים דסבירא להו דצריך דו"ח גמורה וכן משמע פשטא דלישנא גמרא דמשני על הא דתנן אחד ד"מ ואחד דיני נפשות בדו"ח דאיירי בדין מרומה הרי משמע דצריך דו"ח כמו דיני נפשות ואני עשיתי סעד לדברים החולקים על הריב"ש מדברי התו' בב"ב דף ל"ב ד"ה אין וכו' דהקשו וא"ת ב' אומרים נתגרשה וב' אומרים לא נתגרשה בנשאת ואחר כך באו עדים אמאי לא תצא דהא בגרושה לא שייך דייקי ומינסבה דמעיזה

בפני בעלה ותי' יראה שמא יוזמו או יפסלו בגזלנותא עכ"ל והניח המהרש"א בשם אביו הקושי' בצ"ע דלמה הקשו מן נשאת ואחר כך באו עדים ולא סתמא אפי' באו עדים ונשאת אחר כך דסבירא להו לחכמים ג"כ ל"ת ע"ש ונראה הך סברא דדייקי אולי יוזמו ס"ד התו' בקושי' ג"כ דכיון דהיא יודע' בעצמה שלא נתגרשה תמיד יראה שיוזמו כי שקרא לא קאי אך הני מילי כשהעידו באיזה יום ובאיזה מקום נתגרשה אבל אי העידו סתם ולא אמרו הזמן והמקום מכוון דהא קי"ל עדי גיטין א"צ דו"ח כלל אם כן מה מגור יש לה מהזמה הלא אי אפשר להזימם כיון דלא אמרו באיזה זמן ואיזה מקום ואינו במציאות כלל להזימם ואם כן לא דייקי כלל אך בדין מרומה צריך דו"ח וזהו העלו כל המחברים בתשובתם כשיש הכחשה בעדים זה בכה וזה להיפוך הרי כאן דין מרומה דאחד מהם ודאי משקר ועיין א"ע סי' מ"ב ובב"ש ס"ק י"ד דהעתיק דאפילו אשה לבד מכחיש ה"ל דין מרומה וצריך דו"ח ע"ש. וא"כ דברי התו' נכונים דודאי אף בקושי' כבר עלה ברוח התו' לומר הך סברא דדייקי מפחד שמא יוזמו רק קושי' התו' תינח באומרים הזמן והמקום להדיא באינם אומרים דהא א"צ דו"ח מא"ל ולכך לא הקשו בבאו העדים ואח"כ נשאת די"ל דמיירי בבאו בבת א' והכחישו זא"ז כפשטא דגמ' שם וא"כ ה"ל דין מרומה וצריך דו"ח ואם כן יש בהו מתורת הזמה ואם כן דייקי שפיר דאולי יוזמו ולכך הקשו בנשאת מאחר באו עדים ג"כ ואם כן עדים שאמרו נתגרשה לא היה להם דו"ח כלל כי אז לא היה עדי הכחשה כלל ועיין מה שכתבתי באורים בשם הש"ך כי אין לב"ד לעשות דו"ח במקום שלא הצריכו חז"ל ואם כן שפיר קשה הא אין לה פחד מהזמה ולא דייקי ותי' התו' דיש לה פחד או יוזמו במקום דשייך הזמה או במקום דלא שייך כן יפסלו בגזלנותא אף דלא אתחזקו לה בהא מ"מ כיון דיודעת דהן רשעים ומשקרי בסהדותם ולכך דייקי וא"ש ודברי התו' ברורים וכן משמע תשובת הרשב"א שהביא שם א"ע סי' מ"ב בהג"ה סעיף ד' דבדין מרומה צריך לגמרי דו"ח ולכן דין זה צל"ע:

ב **ואם הכחשה בחקירות עדותן בטלה** וזהו דלא כדעת הרמב"ן בתשובה שהשיב לרבני רעגנשפורג כמ"ש בתשובה ובעה"ת סי' שער כ"ט ח"ד דאף בחקירות כשרה ורוב הפוסקים חלקו עליו והנה הגאון בעל תשובת שב יעקב סי' י"ד לחלק א"ה התפאר שמצא ראי' ברורה לדברי הרמב"ן מהא דפרכינן בפרק אחד ד"מ בהא דתנן שטר שזמנו בניסן בשמיטה יבאו עדים ואמרו עמנו הייתם העדים והשטר כשר דאמרינן אחרוהו וכתבוהו ופריך הגמ' אי ס"ד ד"מ בעי דו"ח אם כן האיך אמרינן שמא אחרוהו וכתבוהו ומשני הגמרא ד"ת בעינן דו"ח רק משום שלא תנעול דלת מפני לוין תקנו חז"ל דלא בעינן דו"ח וכתב הוא אי אמרינן אי הוכחשו בחקירות פסולים דהניחו אדאורייתא עדיין

הקושי' במקומה כיון דתקנת חכמים לא נעשה רק על תחילה אבל אי כבר הוכחשו לא תקנו אם כן מאוחרין אמאי כשרים היכי מתרצין למילתא דשטרי ולא נימא זייפא הוא כמו שפירש"י בקושי' הגמרא כיון דהוכחשו על אותו יום שכתבו בשטר א"ו דהתקנה היה אפילו בדיעבד אי הוכחשו לא מפסלו בד"מ וכו' עכ"ל ושינה בדבר זה בתשובתו כמה פעמים וכל דבריהם ממש בלתי מובנים כי לא זו לדברי הראב"ן דקושי' הגמרא משום דהוי עדות שאאילה"ז לק"מ כמ"ש הוא בעצמו אף זו גם לפירש"י אין כאן נדנוד קושי' דלדברי רש"י הפי' כך בשלמא אי אמרינן ד"מ א"צ דו"ח והטעם דמה לנו לחקור העדים חזקה קושטא קמסהדי ומהכ"ת יעידו לשקר רק בדיני נפשות משום ושפטו העדה והצילו העדה ולכך מרבין בחקירות אולי ימצאו דבר שיסתרו זא"ז או יאמרו א"י ועי"כ יהיה ניצול וכמו ששקדו מאוד כמ"ש במכות ראיתם טריפה הרג וכו' ופי' ר"ת דעי"כ היה מבולבלי' בעדותם ולא נהרג אבל בד"מ אמרינן חזקה עדים אמת מעידים ולכך לא בעינן דו"ח ואף ביש מקום פקפק בעדות אמרינן חזקה עדים קושטי קאמרי רק אחרוהו וכו' וכדומה כדי שנחזיק אותם לעדי אמת וכשרים אבל אי אמרינן דגם בד"מ צריך דו"ח אם כן ע"כ אין הטעם משום ושפטו וכו' דמה דזכות לזה חובה לזה וע"כ משום דחשדינן דעדים משקרי ולכך הצריכה התורה דו"ח אשר עי"כ ברב החקירות יתברר האמת אם כן בשריעות' לפנינו דעדים אומרים בו ביום עמנו הייתם איך נחפש למצוא דרך לקיים הכשרן מה שאין הכשר' ברור ואולי ישקרו ולא הם בחזקת כשרות עד בשבע חקירות כי הן הנותנ' עדות שבאמת דבריהם וכאן נהפך הוא שע"י העדות אין דבריהם מכוונים כי באותו יום הנכתב בשטר לא ראו הלואה כלל ואיך יחפשו ב"ד לתקן דבריהם וקושי' הגמרא שפיר ומשני הגמרא כך הוא ד"ת אבל משום נעילת דלת תקנו חכמים להעמיד העדים בחזקת כשרות ולומר דודאי אמת מעידים וא"צ דו"ח ולכך בכה"ג אנן אוקמינן ליה בחזקת כשרות דכך היה תקנת חכמים להעמידן בחזקת כשרות דקושט' קא מסהדי ואמרינן אחרוהו וכתבוהו משא"כ במכחיש' זא"ז בחקירות הרי כאן ודאי א' דמשקר ואם כן איך נימא אוקמי בחזקת כשרות וקושט' קמסהדי הא ודאי חד משקר ולכן עדותן פסולה וזה פשוט וברור ולדבריו יאמר הא בהזמה אף הרמב"ן מודה דפסול כמבואר בטור סי' ל"ה ובכל הפוסקים ובהך ענין בשטר שנכתב בשמיטה הא היו עדים מזימין אותם ולכ"ע פסול ואיך מכשרינן השטר ואמרינן אחרוהו אלא כיון דתקנת חכמים להעמיד העדים על חזקתן ולומר דקושטא קמסהדי אנן מתרצין דבריהם בכל אופן ואמרינן אחרוהו ולא ק"מ ואם יטעון אם כן אף בעדות בע"פ כשמכחישין זא"ז בחקירות דהיינו באיזה יום נימא אחרוהו או טעו כמ"ש שם בתשובה דברים אלו אין

בהם ממש דהא בעדות בע"פ איירי דהשני עומד ומכחישו ואמר לא כי אתה אומר בניסן אני אומר באייר איך שייך אחרהו הא אין עונה ואפילו בשטר אי אמר בזמנו כתבתי לא שייך תו אחרהו מכ"ש דעומד פא"פ בב"ד ומכחישין זא"ז ומ"ש נטען אולי טעו גם זה ליתא דאם הוא טעות דעבידא למטעו פשיטא דטענינין כמ"ש דכל שנוכל ליישב דבריהם מיישבן ובאמת אין כאן הכחשה ואם אינו איך נטען במה דלא עבידי דטעו ומ"ש התו' במוקדם דאמרינן טעו בשנת המלך עיין לקמן סימן מ"ג איירי בטעות דעבידי למטעי או בשאין כת"י יוצא ממקום אחר ויש להם מגו אבל זולת זה לא אמרינן כן מעולם ועיין מש"ל בסי' מ"ג ולכן כל דבריו אין בהם ממש לדינא ולא ירד לכוונת רש"י על בורי' כי אלו ירד לא היה כותב בזה ושגגה יצא מלפני השליט הזה:

ג **עדותן בטלה** ואם שנים אמרו בב' לחודש ואחד אומר בד' בחודש וכתב הרמב"ם בפ"ב מהלכות עדות ד"ג היה העדים מרובים שנים כוונו עדותן בדו"ח והשלישי אומר א"י תתקיים העדות בשנים ויהרג אבל אם הכחיש את שנים אפילו בבדיקות עדותן בטלה עכ"ל וזהו לדין הנאמר בד"נ ואפילו בבדיקות עדותן בטלה אבל בד"מ בבדיקות לית כאן פיסול אבל אם הכחישו בחקירות כמ"ש בזו יש מקום ספק דבחקירות והוכחשו חוזר דין ד"מ להיות שוה לד"נ וכבר עמדו בזו הספק גדולי חקרי לבב בתשובת רבינו ב"י בשאלות קידושין שאלה יו"ד ע"ש:

והנה דעת חכם אחד שם בתשובה דכי אמר הרמב"ם היינו בבאו בבת א' אבל אם העד המכחיש היום בא אח"כ אין דבריו כלום כיון שכבר נתקבל עדות הראשונים. ולכאורה לפי מה שהקשה הלח"מ על הרמב"ם מהא דאמרינן בפרק היו בודקין אם אחד אומר איני יודע תתקיים העדות בשאר ואמרינן כמאן דלא כר"ע ופרש"י דר"ע דס"ל דשלשה מעידים אין בהם הזמה עד שיוזמו שלשתן וא"כ בשלישי האו' א"י לית כאן הזמה וכל העדות בטלה דהוי עדות שאאיל"ז והתו' פירשו דהשלישי האומר א"י הוה כמו אילו נמצא קרוב או פסול לר"ע הא בשלשה אפי' מאה ונמצא ביניהם קרוב או פסול כל העדות בטלה ולכל אלו הפי' כיון דקי"ל וכן פסק הרמב"ם דבשלשה ונמצא א' מהן קרוב או פסול כל העדות בטלה וכן אין נזומין עד שיוזמו כולן אפי' הם מאה וא"כ הך דינא ליתא ואיך פסק דאם אחד אומר א"י תתקיים העדות בשנים הנשארי' וצ"ע לכאורה כי דבריו סותרי' זא"ז ותי' הלח"מ דגמ' איירי בהעידו בבת א' ולכך הוי עדות אחד ואם אומר א"י בטלה כל העדות אפילו הן ק' משא"כ הרמב"ם מיירי דלא באו בבת א' והעד השלישי או' א"י לאחר כ"ד מן עדות השנים ולכך אין מבטל באומרו א"י עדות ב' הראשונים זהו תמצות דבריו ע"ש. ולפי פירושו דמיירי הרמב"ם שהשלישי העיד לאחר כ"ד ומ"מ במכחיש

לשני' עדותן בטלה הרי מבואר דלא כדעת החכם הנ"ל דאפילו בזא"ז מבטל העדות אבל באמת תי' הלח"מ דחוק דא"כ גוף הדין הנאמר בגמ' דבבאו בבת א' דאפילו א' אמר א"י כל עדות בטל אפילו הן מאה למה לא זכרו הרמב"ם כלל וכי כך דרכו להשמיט דין הנזכר בגמ' ולכתוב דין אחר שחידש מלבו וגם איך סתם ולמה לא פי' ההבדל דהא יש מקום לטעות בדבריו אפי' באו כאחד והדוחק מבואר א"צ אריכות. ולכן נראה דרמב"ם מפרש בגמרא דלא כר"ע כך דשם במכות במשנה מחולק ר"י עם רבי אליבא דר"ע דס"ל מה שנים נמצא א' מהן קרוב או פסול עדותן בטלה אף השלשה ורבי אמר אימתי בזמן שהתרה בו אבל לא התרה לא ובד"מ שיילינן אי למחזי וכו' כמבואר בגמ' ומשמע דר"י אליבא דר"ע דרישא לא ס"ל כרבי לחלוק בין התרה ללא התרה וצ"ל במה פליגי ונראה דבזה פליגי דהא דמקשינן שלשה לשנים אם מקשינן לגמרי בהיקש מוחלט בלי שינוי כלל א"כ מה שנים אם נמצא אחד קרוב או פסול הא עדות הא' הנשאר אין כלום דמה יועיל ואפי' לא התרו בו השני ולמחזי בעלמ' אתא אף בשלשה הדין כן דהא מקשינן להדדי לגמרי אבל ר' ס"ל דלא לגמרי מקשינן דבשלמא בשנים בנמצא קרוב לא שייך ביטול להשני דע"א כמאן דליתא אבל שלשה דנשארו עדות להעיד לא נפסלו מחמת השלישי דהיה קרוב או פסול רק כשהיה בצירוף דלהעיד בא אבל זולתו דלא היה צירוף לא מבטל עדות הנשארים וע"ש במכות בתו' דף וי"ו ד"ה אמר רבא כו' ותראה בירור הדברים כמ"ש בלי ספק והארכתי בזה בסי' ל"ו ע"ש: וא"כ אף בזו אי אמרינן דלגמרי בלי הבדל כלל מקשינן שלשה לשנים א"כ מה שנים ואחד אמר א"י כל העדות בטלה אף בשלשה אי אמר האחד א"י כל העדות בטלה אבל אי אמרינן דלא מקשינן בזו לשנים דשם הטעם דלא נשאר עדות א"כ אף בזו כן דבשנים וא' אומר א"י לא נשאר עדות הראוי להזמה משא"כ בשלשה הרי כאן שנים הראוי' להזמה ועל השלישי אין דין קרוב או פסול כמ"ש רש"י רק הוי כמאן דליתא ולכך אין פוסל בצירופו להשני' וזה פשוט וא"כ א"ש הא דאמרינן דלא כר"ע היינו ר"י אליבא דר"ע החולק על רבי וס"ל לגמרי מקשינן ואפילו למחזי אתו פוסל העדות ש"מ דלגמרי מקיש ואף זהו כמוהו באומר א"י דפסול כל העדות אבל הברייתא כרבי דס"ל אי למחזי אתו לא פוסל העדות וש"מ דלא לגמרי מקשינן וא"כ אף בזו כשר וא"ש וכן צ"ל לפי' התו' דהא דאמרינן דלא כר"ע היינו ר"י אליבא דר"ע דלרבי דלמא בהא דקתני דא"י דעדות הנשאר כשרים היינו באומרים למחזי קאתו דאין כאן צירוף לבטל אליבא דרבי ועכצ"ל דהיינו אליבא דר"י בדר"ע וכן פי' הרמב"ם ולכך הרמב"ם דפסק בפ"ה מהל' עדות לחלק בין למחזי או לאסהודי כרבי א"כ הך ברייתא קם להלכה ופסקו הרמב"ם דאם הג' אומר א"י תתקיים העדות בהנשארים

ונכון הוא. וא"כ נכרים ונראין הדברים כמ"ש החכם הנ"ל דעל כל פנים בעינן דוקא בהעידו כולם בבת א' זה בתוך כ"ד של חבירו ואין לפקפק כמ"ש התו' שם במכות ד"ה אמר רבא כו' לחלק דכי בעינן שיעידו תוך כ"ד היינו בהזמה דהא באמת שקרו ולא ראו הענין כלל וצירוף עדותן בב"ד מתחיל מאז שהעידו ולכך בעינן שיעידו תוך כ"ד אבל בנמצא קרוב או פסול דבאמת ראו המעשה כאחד אז מתחיל הצירוף וא"כ לא נ"מ אם העידו בתוך כ"ד או לאחר כ"ד ע"ש וכן הוא דעת הרמב"ם בפ"ה מהל' עדות ע"ש וא"כ לכאורה אף בזו י"ל כן דהא באמת ראה רק שיש כאן הכחשה בחקירות או בבדיקות בד"נ א"כ משעת ראי' מתחיל הצירוף ולא נ"מ אם העידו תוך כ"ד או לאח"כ אך זו אינו דמלבד דיש לחלק בגווני טובי בין הנושאים האלה. אף גם הא דהוצרכו התו' לומר חילוק זה היינו דאזלו לשיטתן דס"ל דאפילו בקרוב ופסול שראה כאחד ולהעיד נתכוון מ"מ לא נתבטל עדות הכשרים אם לא שבא הפסול והעיד בב"ד ולכך הוצרכו לחילוק הנ"ל אבל לשיטת הרמב"ם דאפילו לא בא קרוב או פסול לב"ד להעיד כלל מ"מ אם כיון לעדות בשעת ראיה בטל כל העדות א"צ לחילוק התו' הנ"ל דפשיטא אפילו בא זמן טובא אחר שהעידו הכשרים נתבטל כל העדות דלו יהיה דלא העיד כלל בב"ד רק היה בשעת ראיה נתבטל ופשוט אבל בהך דהכחישו זא"ז בחקירות תלוי הכל בבא לב"ד דפשיטא ברואה העדות ואינו בא לב"ד אף דבלבו להעיד ליום ולמקום אחר לית לן ביה כל זמן שאינו מכחישים בב"ד וכיון דבעי העדה בב"ד חזר דינו כמו לענין הזמה דצ"ל מעידים בבת א' ואין להבדל בינותם. וכן מורה הסברא. אך אם באו בבת א' דפוסל בד"נ אי גם בדיני ממונות פוסל בזו ספק כהנ"ל ואף כי רבינו הגדול ב"י בתשובה הנ"ל החליט לדינא דלא שייך רק בד"נ ולא בדיני ממונות מ"מ לבי נוקפי כי מנין לחלק במה דלא מצינו ראיה ברורה לזו בגמ' לחלק ובהכחשה בחקירות הרי שוה דיני ממון לדיני נפשות ולמה סתם רבינו הרמב"ם ולא ביאר הדברים דבד"מ ליתא להך דינא ואפילו הוכחשו בחקירות וגם אולי לא אמרה רבינו ב"י רק בנדון שנשאל עליו בענין קדושין וכל דבריו להחמיר שם ולהחמיר דין קדושין כד"נ ולכך גם בזו החליט הענין להחמיר כחומר הנושא אבל בד"מ להכשיר העדים ולהוציא הממון ע"פ מן המוחזק בדבר שאין ברור כשמש קשה והממע"ה. ואין להקשות הא דאמרינן בר"ה ובסוף פרק כל הנשבעין בעדות החודש אחד אומר גבוה שלשה וא' אומר חמשה הרי עדותן בטלה ומצטרפין לעדות אחרת ופרשינן דאם בא עוד עד ואמר ה' הרי אלו שנים תרי ואין דברי של האומר ג' כלום דאין חד במקום תרי וקשה מה בכך הא הך גבוה ה' וכו' ה"ל חקירות כמבואר שם בגמרא ובהא אם אחד מכחיש שנים כל העדות בטל ול"ל דהא השלישי בא לאח"כ

בשכבר עבר כ"ד כהנ"ל דמה בכך דשנים ראשונים באו בב"א והכחישו זא"ז והוכחש הא' מפי הא' ומה יועיל אח"כ ביאת השלישי לאחר זמן להכשיר דכיון דא' המכחיש בא תחיל' וכבר הכחיש לאחד ואיפכ' שפיר אמרינן דאם באו שנים שאינם מכחישים זא"ז תחיל' כבר נתקבל עדותן ולכך אם בא השלישי אח"כ להכחישן לא משגיחין בו כלל אבל כאן נהפך הוא דהא המכחישים זא"ז באו תחילה והשלישי שבא לעשות צירוף לא עדיף מאילו בא תיכף לב"ד וזה פשוט די"ל דהא כתב הרמב"ם בפ"ב מהלכות קדוש החדש דד"ת עדות קדוש החודש א"צ דו"ח כלל רק מפני בייתוסין ימ"ש תקנו חכמי' דו"ח וא"כ ד"ת א"צ דו"ח כלל רק מכח תקנה ודאי אמרינן בהכחישו אפילו בחקירות אין דבר של אחד במקום שנים ולא דמי לד"נ ולד"מ דבעי ד"ת דו"ח כהנ"ל וזהו דלא כדעת הרב לח"מ דדעתו בפי' הרמב"ם דס"ל אף בעדות החדש בעי דו"ח ד"ת וביקש להסיב שם כוונת הרמב"ם לפי' אחר ולפמ"ש הדבר מוכח בבירור מהנ"ל. ונראה טעמו של דבר דלא צריכי בעדות החודש דו"ח ד"ת הוא משום דלאחר שנתקדש התודש אין מועיל הזמה כלל על עדים המעידים בעדות החודש ואפילו קודם שנתקדש החודש מאיימי' על עדי הזמה ורואי' לבלבל דעתם כדי שיתבטל הזמתן כמ"ש הרמב"ם סוף פרק ג' מהלכות ק"ה וא"כ למה לן דו"ח דכל עצמותו הוא כדי שיהיה בו הזמה וכאן לא בעינן זו ולכך לולי תקנת חכמים מפני בייתוסין לא היה צריך דו"ח כלל וצ"ע וא"כ עדיין הדבר בספק. אמנם נראה אף כי מסתימת דברי הרמב"ם משמע דבחקירות שוה הדין בד"מ לד"נ וגם לא מצינו ראיה לזו בש"ס מ"מ לדינא נראה כמ"ש רבינו ב"י דהא ודאי אם שנים אומרים לוה והשלישי מכחיש לגמרי ואמר לא לוה וכן בד"נ שנים אומרים הרג והשלישי אומר לא הרג דאפילו העידו תוך כ"ד מ"מ מודה הרמב"ם דאין דבריו של א' במקום שנים וכן מוכח מגמר' דסוטה דאמרינן במשנה אחד אומר נטמאת וכו' דס"ד שם בגמרא דמיירי בבאו בבת אחת ומ"מ קתני סיפא שנים אומרים נטמאת ואחד אומר לא נטמאת אין דבריו של א' במקום שנים ולא היתה שותה וכ"כ הרמב"ם בהל' סוטה והל' עגלה ערופה שכתב באו שנים אחר שהעיד האחד והכחישו ואמרו לא ראית הרי הן כשנים המכחישים ב' והיה עורפין הרי מבואר דאילו באו כאחד והכחישו לעד האומר ראיתי הרוצח לא משגיחין ביה ועורפין דהואיל ובאו כאחד אין דין תורת שנים על עד אחד המעיד דהא יש לו תיכף מכחישין א"כ מבואר דבהכחשה מודה הרמב"ם דבטל א' נגד שנים רק צ"ל לשיטתו לחלק דבשלמא במכחיש כל העדות א"כ היחיד המכחיש אינו בגדר העדות כלל והוי כמכחיש קרוב או פסול לשני כשרים ומה יועיל ואף זהו ע"א לגבי שנים הוה כקרוב או פסול אבל במעיד גוף הדבר כמו הנך שנים

רק מכחיש אותם באחד מן החקירות א"כ ה"ל צירוף והוי כמו קרוב או פסול המבטל כל עדות ולפ"ז נראה לדינא דהאמת כדברי ב"י דהא כתב הבעל תרומות בשער כ"ט ח"ד דרמב"ן נחלק עם הרמב"ם אם עדים שהוכחשו בחקירות בד"מ כשרים או פסולים וכתב הבע"ת וראיתי כי חכמי לוניל הכריעו דלא מצטרפי כדעת הרמב"ם ולא מטעמי' דידיה וכו' דאילו שתקו ולא אמרו באחד בתשרי הלוהו רק הכחישו ואמרו לא באחד בניסן הלוהו. אי אתה מודה דע"א בהכחשה לא מהימני' ולא הוי דינו אפילו כע"א ואפי' בשבועה לא מחייב והשתא דאמר בתשרי הלוהו מחשיב עד קמא עד א"ו דעד ראשון לא חשיבינ' לי עד והוי דינו כע"א דאתא לשבועה עכ"ל הרי דטעמם משום דאילו הכחישו להדיא הוי הכחשה ובשביל התוספת לא מהני כלל להכשיר עדותו ולפ"ז בשלשה אם שנים אומרים בניסן וא' אומר לא כי אלא באייר כל טעמו לפסול בהכחשה משום דאנן אמרינן דהוי כהכחשה להדיא והא באחד המכחיש לשנים אין דבריו של אחד במקום שנים. וא"כ אף תוספת כלא נחשב והוי כהכחשה לחודא ואינו דהא מהך טעם לחוד פוסלים בהכחשה ולולי כן אפילו א' המכחיש א' היינו אומרים דכשר כרמב"ן רק אנן פוסלים משום דהוי כהכחשה לגמרי וזה לא שייך באחד במקום שנים וא"ש כי העיקר כמכריעו כמותו וזהו ברור ולכך הרמב"ם דלא ס"ל כהכרעתם ולא כטעמם כלל סתם הדברים דאפילו בד"מ פוסל משא"כ לדידן דקי"ל כהכרעה הנ"ל וזה ברור לדינא וא"כ פשיט' דאם שנים מכחישים זא"ז בחקירות ובא אחד מהשוק להצטרף עם העד אחד דמהני וה"ל חד לגבי תרי כנ"ל ופשוט:

ד **של שמן היתה עדותן בטלה** וכתב הסמ"ע דאפי' שבועה א"צ אפילו תובע שניהם הואיל והוי הכחשה בדרישה עדותן בטלה לגמרי ועיי' פרישה עכ"ל ולא זכינו לפרישה על סימני' הללו וחבל על דאבדן ונרא' דנמשך אחרי דברי ב"י דכתב לרמב"ם הואיל ויין ושמן הוי בכלל דרישה א"כ עדותן בטלה לגמרי בלי שבועה והאמת כן בדברי הרמב"ם אבל לדינא תמהני דהא כבר כתבנו כי חכמי לוניל הכריעו כרמב"ם ולא מטעמי' וכו' וסיימו בדבריהם להדיא בא' אומר בניסן וא' אומר לא כי אלא בתשרי דעד קמא לא חשבינן ליה לעד והוי דינו כע"א דאתא לשבועה עכ"ל הרי דפסקו להדיא דצריך שבועה ומי יבא אחרי הכרעתם ודוחק לומר דהם מיירי בכה"ג דזה אומר לא כי כי אם בתשרי אבל עד האומר בניסן הלוהו לא אמר לא כי על הלואת תשרי וא"כ העד דתשרי ממש לית ליה הכחשה ולכך חייב שבועה אבל אילו גם זה המעיד על הלואת ניסן היה אומר ל"כ על הלואת תשרי אין כאן שבועה כלל כדעת הרמב"ם דמלבד דזה דוחק גדול דסתמא דמילת' משמע מכחישין זא"ז דהיינו כל אחד מכחיש את חבירו אף גם מה זה שכתב

דחכמי לוניל הכריעו כרמב"ם ולא מטעמי' וכן כתב הב"י מה נ"מ אם הוא מטעם אחר סוף כל סוף הדין דין אמת ועוד מנלן דילמא גם טעמו של רמב"ם הוא משום כך ולכך פסק בהכחשה בחקירות עדות בטל מטעם חכמי לוניל הנ"ל ומנלן דהוא לא מטעמו אלא ברור דלטעם חכמי לוניל דהוי הכחשה ואיך יצרפו א"כ עכ"פ יש כאן עד א' המעיד אמת יהיה איזה שיהיה ויש כאן ש"ד דביטול העדות לית כאן רק מכח הכחשה ועכ"פ עד א' מעיד אמת וחייב שבועה משא"כ הרמב"ם דכתב בטלה דמשמע כל העדות ואפילו שבועה אינו זוקק כמ"ש הב"י וסמ"ע וע"כ דלאו מטעמ' חכמי לוניל ס"ל רק פשוט דנתבטל העדות לגמרי ויפה כתב הבעה"ת דהם לא שוים עם הרמב"ם בטעם ויש נ"מ ביניהם לענין שבועה כמ"ש וזה ברור בכוונתו וא"כ הלכה כחכמים המכריעים ובפרט שנראה שגם בעה"ת מסכים עמהם ולא נשאר ספק. ואפילו אנו נפקפק לומר קים ליה כרמב"ם (ועיי' לעיל קונטרס התפיסות) מ"מ בהך נידון חביות של יין ושמן כיון דבלא"ה דעת רש"י דאינו דרישׁ' כלל רק משום דאינו רק ע"א ורבו החולקים על הרמב"ם פשיטא דאין כאן טענת קים ליה כלל וחייב שבועה ואין לפקפק דכיון דאיכא א' דמשקר מה בכך דהשני אומר אמת הא הוי כנמצא אחד מהן קרוב או פסול דכל העדות בטלה דהא כבר כתבו התו' סנהדרין דף ל"א ד"ה שבית שמאי וכו' דהיכי דמכחשי אהדדי לא שייך זו ועיין מש"ל בסי' ל"ו ע"ש ולכך ברור דחייב שבועה:

ה **והוא תובע שניהם** המחבר השמיטו דנמשך אחר דעת הנ"י דכיון דעבידי למטעי בין שחור ללבן מה צורך לתבוע שניהם וכ"כ הסמ"ע אבל הרמ"א נמשך אחרי דברי הטור דכתב והוא תבעו שניהם וחתרו האחרונים למצוא טעם הגון למה צריך תביעת שניהם ודבריהם דחוקים ולכן נר' ברור דס"ל להטור דאף דאמרינן בין מנה שחור למנה לבן לא דייקי מ"מ שני מיני' הם כמו חיטין ושעורי' דהא ר' יהודא ס"ל דבין חיטין לשעורי' לא דייקי כמבואר בגמ' דב"ב דף נ"ו ע"ש ואילו במנה שחור ולבן סבירא ליה דדייקי ואף שהתו' שם ביקשו ליישבו ולחלק בחילוק אחר מכל מקום הטור לא סבירא ליה רק סבירא ליה דעדיף ומובדל יותר מן חיטין ושעורי' דצריך הבחנה יתירה לדייק בינם וא"כ עכ"פ לא גרוע והם שני מיני'. וצריך לומר דאף על פי דעדים לא דייקי אבל המלוה דייק דהא אמרינן בין חיטין לשעורין לאו אדעת' דאינשי ואילו הרא"ש כתב בשמעת' דשאלה ושכורה דלכך טענו בחיטין והודה בשעורי' פטור דבין חיטין ושעורי' לא טעו אלא דיש הבדל בין עדים לבע"ד וכמו שכתב הרא"ש דבין שאלה לשכירות טעו ועדים ודאי אם א' אומר בשאלה וא' אומר בשכירות דדייקי אלא דיש הבדל בין עדים לבעל דבר. וא"כ קשה ליה לטור קושית הבעה"ת דהא הוי כטענו בחיטין והודה בשעורי' דפטור מהכל ומ"ש

הבעה"ת לתרץ דשאני הכא דכופר ואומר להד"ם אין תי' זה אלא למאן דס"ל כרמ"ה וסייעתו דלכך הודה בשעורי' פטור דיכול לטעון השטאה וכדומה וזה לא שייך כאן דהא אמת הוא שהלוהו מנה אחת אבל לפי דס"ל להטור כהרא"ש דהטעם משום דהוי מחילה א"כ אף כאן הוא תובע דרך משל מנה שחור וא' מעיד כדבריו ועד השני אמר מנה לבן א"כ אנן אמרינן הואיל ותובע שחור אחולי מחל על מנה לבן והך עד שאמר מנה שחור שקורי משקר והאמת כדברי האומר מנה לבן ועל זה מחל במחילה ומה בכך דעבידי דטעו גם בחיטין ושעורי' עבידי דטעו ומ"מ פטור משעורים ולא אמרינן דהתובע טעה בין חיטין לשעורים ואף שחור ולבן כיוצא בו ולכך צ"ל דתבעו שניהם ואם כן לא שייך מחילה כלל וא"ש והנ"י דסבירא ליה דא"צ לתבוע שניהם היינו דסבירא ליה כרמ"ה דטעם משום השטאה אבל לשיט' הרא"ש דהטעם משום מחילה צריך תביעת שניהם ונכון וברור:

ו **אם המקומות קרובים שאפשר לראות מזה לזה** זהו דעת הטור וסבירא ליה בהא דאמרינן בגמרא א' אומר בדיוט' עליונה ואחד בתחתונה עדותן קיימת משום שאפשר לראות מזה לזה ואם כן לא שייך בי' הזמה כמ"ש הכי להדיא אמנם הריב"ש נתן טעם משום דבין דיוטא עליונה לדיוטא תחתונה לא זכירי אנשי ואם כן לפי דבריו אפילו אינם רואים מזה לזה ג"כ אין כאן הכחשה ויש להבין לפי שיטתו הא דאמרינן מכות דף ה' באו שנים ואמרו במזרח הבירה פירש"י טרקלין גדול ובאו עדים ואמרו הלא במערב הבירה עמנו היתם אם יכולים לראות זה לזה אין כאן הזמה ואם לאו הרי זו הזמה הרי משמע כדעת הטור דאילו לדעת הריב"ש מה הזמה שייך בזה הא לא מדכרי ועבידי דטעי ודוחק לומר בין דיוטא תחתונה לדיוטא עליונ' טעו ובין מזרח למערב בטרקלין גדול לא טעו ומדכרי רוח' הטרקלין אם מזרח אם מערב ודבר זה רחוק ולפימ"ש המהרש"א בפ' היו בודקין דאף דאמרינן באחד אומר בב' בחודש וא' אומר בג' אמרינן דטעו בעיבורא דירחא אבל אם אמרו בב' והוזמו עמנו הייתם בב' לא אמרינן דטעו הואיל ואין כאן עדות על ג' ע"ש י"ל דבזה אומר במזרח וזה אומר במערב באמת טועים אבל לגבי הזמה כיון דליכא עדות על מערב לא אמרינן דטעו ולק"מ אך כתבתי לקמן דל"נ כמהרש"א אחר כך מצאתי בתשובת מהר"ר בצלאל אשכנזי ז"ל סי' ה' שהביא דברי הריב"ש והביא עליו דברי הר"ן שכתב גם כן דברי ריב"ש וסיים הואיל וטעו ולא דקדקו כ"כ בד"מ ע"ש ומזה דייק הרב המוסמך הנ"ל הא בדיני נפשות לא אמרינן ולא דייקי ואם כן לק"מ דשם איירי בד"נ ודייקו וה"ל הזמה אלא דקשי' ליה לדעת הטור אם כן כלל החקירה באיזה מקום יש בו ב' פרטים פרט אחד באיזה עיר אם בסורא או בנהרדעי כדאמרי' שם במכות ופרט

שני אף בסורא באיזה מקום אם בעלי' או בית או אם היה בבירה גדולה אם במזרח או במערבה ועל שניהם יחול הזמה פרטית כי העדים לא ידעו באיזה צד היה בו ביום ואם בבית או בעלי' אבל ידעו שבו ביום היה בעיר אחרת וכן להפוך שבאמת היה בו ביום באותו עיר אבל ידעו שלא היה באותו חדר כל היום הוא אומר בבית והם ידעו שהיה בעלי' וכן להיפוך ואם כן קשה הא דטרחינן בסנהדרין דף מ"ם ע"ב דלא מצינו שמנה חקירות ולהך ברייתא דמנה שמנה חקירות אמרינן דשאלינן ליה באיזה יובל וזהו דוחק כמבואר שם בגמרא להדיא ולא אמרינן דשאלינן ליה ב' שאלות פרטיות באיזה מקום באיזה עיר ובאיזה בית אם בחדר או בעלי' וכדומה בטרקלין אם במזרחו או במערבו והרי כאן שמנה חקירות וקשי' זו לא לבד לשיטת הטור אף גם לשיטת הריב"ש דהא כבר בררנו דבדיני נפשות לא אמרינן דטעו ואמת אם אמרינן כדעת הר"י בי רב הובא בתשובת מהרלב"ח סי' קל"ו קל"ח דלא אמרינן טעות בשנים א"כ י"ל שפיר טעמו אפילו בד"נ וזהו בא' אומר בדיוטא עליונה וא' אומר בדיוטא התחתונה אבל בשנים אומרים במזרח הבירה ליכא למימר דלמא טעו ובמערב הבירה היו דבשנים לא תלינן הטעות ושם מבואר דשנים אומרים במזרח הבירה וכו' ואם כן גם מהך דבאיזה מקום דניימא בי' שמנה חקירות לק"מ דכל החקירות דילפינן מקרא צריך להיות אפילו בע"א ולאו דוקא בשנים (וכך צ"ל לדעת מהרי' בי רב דהא אמרינן בגמרא דלכך לא חשבינן בהמה בשעה דהא אדם טועה וכו' וקשה הא בשנים לא אמרינן וצ"ל דכי כתב קרא אף על אחד כתיב) ואם כן באיזה מקום נמי בע"א הא י"ל דטעו ולית בי' הזמה ולכך לא חשבינן ליה אבל לפמש"ל דהעיקר כדעת מהרלב"ח דאף בשנים כאחד אמרינן שטעו קשה וצ"ע:

ז **אפילו אמר האחד מנה וכו'** זהו כרשב"א דאמר ב"ש ובית הילל נחלקו בכת אחת וב"ה סבירא להו יש בכלל מאתי' מנה ויש לדקדק דגם הרמב"ם בהל' עדות פסק כך ואילו בהלכות נזירות פסק מי שהיה שני כתות עדי' כת א' אומר נזיר ב' וכת א' אומרים נזיר חמש הרי זה נזיר שתים דיש בכלל חמש שתים מדכתב דין זה בשני כיתות ולא בכת אחת וע"א אומר שתים וע"א אומר חמש ש"מ דפוסק כהך תנא דנחלקו ב"ש וב"ה בב' כיתות אבל בכת אחת נחלקה עדותן ודלא כרשב"א וצ"ל דסבירא ליה לרמב"ם דהא על כל פנים בזה אומר שתים וזה אומר חמש יש עכ"פ הבדל והפרש רב בינותם ואם כן ה"ל בבדיקות שנחלקו בו וכן משמע בירושלמי סנהדרין פרק היו בודקין ובנזיר דזה הוי כמו אחד אומר בסייף וא' אומר באירין דהוי בדיקות ולכך במילתא דממון לא נ"מ דשם הוכחשו בבדיקות כשרים ולכך אמרינן יש בכלל ק' אבל שם בנזירות דלא שייך נעילת דלת ואם כן בעינן דו"ח ובמקום דבעינן דו"ח אם הוכחשו בבדיקו' בטלה כמו ד"נ דמ"ש

וכמ"ש כל הפוסקים ואם כן בע"א אומר בב' וע"א אומר בה' הוי כאילו נחלקו בבדיקות ובטלה עדותן ולכך מצריך ב' כתי עדים וא"כ מ"מ חדא קיימי ואין כאן הכחשה כמו לרשב"א לב"ש וא"ש והא דצריך בעדי נזירות דו"ח צ"ל דגם בזו שייך הזמה דאם היה נזיר ושתה יין חייב מלקות אם כן אף הזוממים חייבים מלקות ואם כן בעינן דו"ח כדיני נפשות ודוק:

ח **וישבע ש"ד על מאה** עיין אורים כי מזה נלמד דעד שנצרף כבר לתשלומין אין יכול לזקוק עוד אותו לש"ד והדבר צ"ע מנ"ל לטור זה ואף כי יש לומר הטעם בממ"נ הוא מעיד על ר' ומנה הוצרך הנתבע לשלם בצירוף עוד עד המעיד על ק' אם אתה אומר שישבע להכחיש העד של ר' והוא ישבע ששקר העיד איך נוציא ממון עפ"י עדותו שישלם ק' בצירוף ואם אמרינן שאמת העיד והוא לשקר נשבע איך אנו מכניסי' עצמינו שיהיה הוא הנתבע נשבע לשקר ויטילו עליו שבועה ואם אמרינן דודאי לאמת ישבע איך נוציא ממון בעדותו של עד שוא ולכך טוב שנוציא ממון כפי הצירוף ולא משביעין אותו. וכן יש קצת דמות ראי' ממה שאמרו בדיש ב"מ בפירכא דר"ח קמייתא מה לע"א שאינו בתורת הזמה משא"כ שני עדים ישנו בתורת הזמה וקשה הא גם ע"א ישנו אם היה מעיד על ש' ואחד מעיד על ר' והוזמו צריך לשלם ר' כי ע"י עדותו פסקו הב"ד בצירוף לשלם ר' ואם כן בעדותו שמחייב שבועה יש בו תורת הזמה ואם כי אינו חייב בהזמה על ק' הנשאר שמטיל וזוקק ע"י כך לשבועה אף בשני עדים דר"ח קמייתא דתבעו בק' ועדים מעידים בחמשין ועי"כ גורמים שבועה על חמשים הנשארים שכופר וליכא עדים אם יהיה מוזמים הלא אינו משלמי' רק חמשים שהעידו ולא היה עליו שבועה רק תשלומין ועל חמשין הנשארים שזוקקים לשבועה אין כאן הזמה. ואם כן שוה הוא כמו ע"א ועכצ"ל דעד אחד בכה"ג אינו זוקק לשבועה כלל כיון שמקצת עדותו נצרף לממון ולכן מעולם אין בעדות ע"א הזוקק לשבועה שייך דין הזמה לא מיני' ולא מקצתו כלל אך עם כל זה אין זה ראי' ולא טעם ברור וצ"ע כי יש לדחותו בכמה אנפי ובפרט לפי דעת החומרים דאם נשבע להכחיש העד יוכל אחר כך העד להצטרף עם אחר לפוסלו לעדות ולשבועה ולא אמרינן בממ"נ אם הוא נשבע ומהימן ליה איך נאמין אחר כך לעד לפוסלו ומכ"ש דיוכל העד להעיד על מנה הנשאר דלא נשבע עליו ואמת כי הרמב"ן מרא דהך דינא סבירא ליה באמת דאין מצטרף לפוסלו עיין לקמן סי' ל"ד ומ"מ יש לחלוק ולכן צל"ע ומ"מ לא מצאתי בשאר פוסקים שום חולק בזה על הטור ובקולו נשמע החזק או רפה. ומ"ש בעל כה"ג דהתו' בפ' הכותב דף פ"ח ד"ה היכי סמוך וכו' מורים דחולקים בזה אהטור וסבירא להו דאפילו ע"י צירוף מ"מ זוקק לשבועה ודבריו בלתי מובני' דהא

שם אמרינן בעד אחד מעיד שנפרע כתובתה דאי פקח הוא פרע לה שנית באפי סהדי אחריני וסמיך סהדא קמא לסהדא בתרא ומחייבי שבועה ופריך הגמרא איך סמוך סהדא קמא לסהדי בתרא והקשו התו' הא אמרינן בסנהדרין הלואה אחר הלואה מצטרפים עכ"ל ודברי התו' צ"ע לכאורה כאשר כבר עמד עליהם המהרש"א ולא תי' כלום דאם הלואה אחר הלואה או פרעון אחר פרעון מצטרף דהיינו דבין שניהם אמרינן דנפרעת ק' אין כאן עוד שבועה דהא כבר נצרף לממון ואם כן מה פקחות הוא להטיל ש"ד עלי' הא אין כאן חיוב שבועה כלל עפ"י עד וצ"ל דכל כוונת התו' להקשות על לשון הגמרא ופירש"י דאמרינן האיך סמוך סהדי קמאי לסהדי בתראי דמשמע דא"א לצרפ' כלל וכ"כ רש"י להדיא דתשבע להכחיש כל עד ועד ותטול מנה שלישי' וע"ז הוקשו התו' שפיר דהא ליתא דהא מצטרפי' לפרעון ואם כן אין מחויב לפרוע לה מנה שלישי' כלל רק ה"ל להקשות הא אין כאן חיוב שבועה כמ"ש דכבר נצרפו לממון אבל לשון הגמרא ופירש"י לא משמע כן ואני חשבתי ליישב פירש"י ולישנא דגמרא דהא בסנהדרין פז"ב פליגי רב ונהרדעי אם הלואה אחר הלואה מצטרפין או לא מצטרפין ולא איפסק שם בגמרא הלכתא כמאן ואם כן הרשות ביד הדיין אי עביד כחד עבד כמבואר לעיל סי' כ"ה ע"ש ואם כן איך אמרינן אי פקח הוא כו' מה חכמה יש כאן דיפרע לה באפי חד סהדא אם תכפור בו ותבא לפני דיין שיורה כרב ולא כנהרדעי יפסיד מעותיו ויצטרך לפרוע לה פעם שלישי' כמ"ש רש"י ואם כן מה חכמה יש בזו ומה פקחות הניח מעותיו על קרי צבי ותלוי בדעת אחרים איך ירצה הדיין לפסוק וא"ש אבל עכ"פ אין מדברי התו' שמץ ראי' דלא סבירא ליה כטור דשם בצירוף אין כאן שבועה כלל ולכן לדינא מי יורה נגד הטור אף דדבריו צ"ע:

ט **ומגלגלין עליו ת"ש הנשאר** הא דלא אמרינן דמחויב הוא לישבע על ת"ש ש"ד בלי גלגול מכח ר"ח קמייתא דהא העדים מחייבים אותו בת"ש והוא היה כופר בכל וכתבו הסמ"ע וכן הב"ח דסבירא ליה לטור דע"י צירוף לא אמרינן מילתא דר"ח קמייתא דוקא במעידים על חמשים שראו כאחד ולא בצירוף הלואה אחר הלואה וכבר תמה הש"ך מנלן הך סברא ובימי חורפי חשבתי לומר עד שמצאתיו אחר כך בט"ז לח"מ כיון דהך דר"ח קמייתא נלמוד מק"ו פיו שאינו מחייבו קנס מחייבו שבועה עדים שמחייב' קנס אינו דין שיחייבו שבועה ועדים בצירוף אינו מחייב קנס דלד"נ מדמינן ליה ואם כן לא שייך ק"ו דר"ח ולכך לא מחייב שבועה והא דבסעיף ה' אמרינן שהוא מוחזק כפרן ומשלם ק"ק משום דמחויב שבועה מדר"ח קמייתא וכו' והא התם היה צירוף שני עדים שם הוי הודאה אחר הודאה אבל הכל במנה אחד משא"כ כאן איירי בהלואה אחר הלואה

בשני מלי' ולכך לא אמרינן בי' דר"ח קמייתא זהו תורף דברי ט"ז וכך עלה במחשבה לפני בימי נעורי והדרני בי חדא דגם הודאה אחר הודאה לא שייך בדיני נפשות דכל עדות מיוחדת פסול ועוד אם כן עדים שאינם יודעים בחקירות באיזה יום ובאיזה שעה דקי"ל דכשרים בד"מ לא יהיה זוקקים לשבועת ר"ח קמיית' דהא אינם יכולים לחייב קנס דהא בעינן בי' דו"ח כהנ"ל ואם אמרו א"י בטלה עדותן ועכצ"ל דק"ו ומה פיו שאינו במציאות וגדר כלל לחייב קנס משא"כ עדים דישנו במציאות וגדר לחייב קנס אם יעידו מכוון ובדינ' הכשר לד"נ ודיני קנסות והרי עכ"פ חמורים עדים מפיו ואם כן כ"ש הוא שיהיו מחייבים שבועה אף במקום דלא שייך חיוב קנס דעל כל פנים יש בהם צד חמור מפיו ועוד הא במסקנא שם לא ילפינן ק"ו מפיו רק מע"א רק שלא תאמר מה לע"א שכן על מה שמעיד נשבע אמרינן פיו יוכיח אבל הק"ו הוא מע"א וזהו שייך אפילו בעדות מיוחדת ולכן יותר נכון דודאי לדינא אף בצירוף שייך דר"ח קמיי' רק כאן איירי שאין התובע טוען ברי שאתה חייב לי אלף ותק' רק תובעו עפ"י עדים הללו שהעידו שהלוה בזמנים מיוחדי' וכן מורים הדברים מ"ש ואם העידו סתם דנין כמכחישין ואם התובע טוען בזה יום הלויתיך כך ובזה יום כך ומביא עדים מסתמא מביא עדים על תביעתו כפי דבריו וכפי טענתו ואף שיש לדחות זה מ"מ נכרים דברים אמת שאין התובע טוען ברי רק תובעם עפ"י העדי' הללו ואם כן לא שייך ר"ח קמיית' כמ"ש הש"ך להדיא באין טוען ברי בכה"ג לא שייך ר"ח קמיית' כי על מה ישביעו על ת"ש הנשאר הא אין כאן טענת ברי דהוא התובע א"י והעדים כבר צרפנו עדותן לפרעון ת"ש ואם כי על ת"ש הנשארים הוי כאילו אין עדות ואף טענת ברי ליכא ועל מה ישביע ולכך הצריך שבועה ע"י גלגול דנשבעין אפי' על טענת שמא ולק"מ ויותר טוב לפרש כן משנחדש דינים בדוים אין להם שרש בש"ס ופוסקים ראשונים ז"ל:

י **וכן אם העידו סתם דנין הדבר כמכחישין להקל שהממע"ה** דין זה צריך ביאור קצת ומוכרח אני להאריך בו במקצת כי דברים אלו כתבו הרמב"ן הביאו בעה"ת שטר ס"ו חלק ב' ויליף לה מהא דפרכינן בז"ב לרב דסבירא ליה הלואה אחר הלואה אינו מצטרף משום דמנה דמסהיד האי לא מסהיד האי הודאה אחר הודאה נמי נימא אמנה דמסהיד האי לא קמסהיד האי וקשה מה קושי' בשלמא בהלואה אחר הלואה א"א לומר דמעידים לחד הלואה משא"כ בהודאה אחר הודאה הא י"ל דמעידים בחד מנה שהודה וחזר והודה אלא ש"מ לבטולי סהדותא מהדרינן לכן הדין הממע"ה ע"ש ומזו נראה בבירור אילו עדים אלו העידו על פרעון שנים אומרים בא' בניסן פרע ת' ושנים אומרים סתם פרע ת"ק אמרינן דאין כאן הכחשה ואלו שהעידו סתם כוונו ליום אחר והרי נפרע המלוה

תת"ק זהובים וזה פשוט וברור דכל טעמו משום הממע"ה ומדין זה יליף הסמ"ע באחד אומר חבית של יין ואחד אומר של שמן אף שלא אמר לא כי רק סתם אמרינן דאהך חבית מסהיד ומכחיש להו דדנין בסתם כמוכחשין להקל ע"ש סק"ח והרב הט"ז השיג עליו דהא דברי הש"ע נראי' לכאורה כסותרים זא"ז דבסי' כ"ט ס"א כתב הש"ע והן דברי הר"ן כל שאנו יכולים לכוון דברי העד שלא תהא עדותו מוכחשת יש לנו ליישב ולכוון דבריו כשם שיש לנו לתרץ דברי ב' עדים הנראים מכחישי' זא"ז כדי שתהיה עדותן מכוונת וכ"כ הרמ"א סי' זה ס"ב כ"מ שנוכל לישב דברי העדים שלא יהיו מכחישין זא"ז מיישבי' וכאן כתב דבסתמא דנין כמכחישין ולא מיישבי' דהממע"ה ותי' הט"ז דוקא בהך הודאה אחר הודאה ודכוותי' לא אמרינן דהכל חד מנה דאף אם הם שני מנים אין כאן שום חשש פיסול לעדים ומה נ"מ להו אם היה מנה א' או שתים ולכך אמרינן ב' מנים היה והממע"ה וכן בעובד' דרמב"ן שנים אומרים ת' ושנים אומרים ת"ק אף דנימא שהם מכחיש' זה את זה מ"מ כולם כשרים דהא הכחישו זה את זה בבדיקות ובבדיקות לא נפסלו העדים ולכן דנין כמכחישים אבל במכחישין זא"ז בחקירות זה אומר בב' בחודש וזה או' בג' דיש כאן פיסול לעדים אילו לא מיישבים דבריהם טרחינן לישב דבריהם כדי שלא להוציאן מחזקת כשרות. ואם כן ליתא לדינו של סמ"ע גבי חבית יין ושמן דהוי הכחשה בדרישות בזו לא דנין סתם כמכחישי' ולכאורה הטיב אשר דיבר. אך קשה לי איך מביא הר"ן בתשובה הנ"ל ראי' דמיישב דברי העד שלא יסתרו דבריו זא"ז כמו דמיישבי' דברי שני עדים כהנ"ל דמה ראי' יש בשלמא בשני עדים אם נחשב לסתירה אחד מהן משקר והרי הוא ספק פסול אבל בעד שהגיד ורוצה לחזור אף דנימא דיש סתירה לדבריו הראשוני' אין לו שום חשש פיסול רק דאין שומעין לדבריו האחרונים דכיון שהגיד וכו' אבל לית כאן חשש פסול והוצאות מחזקת כשרות כלל ועוד כפי מש"ל בסי' כ"ט וכן אכתוב עוד לקמן בהבנת תשובת הרא"ש דלפי דקי"ל קודם שנחקרה עדותן בב"ד יכול העד לחזור אפילו לאחר כ"ד ודלא כתו' בפסחים וסנהדרין אם כן באומר בשני בחודש וא' אומר בג' בחודש ואחר כך אומר באיזה יום בשבת ובזו כוונו עדותן ששנים אומרים בשוה יום מימי השבת אם כן הרי חוזרים ממה שאמרו בימי חודש כי כוונו לימי השבוע והוי תוך זמן חקירה ויכול לחזור רק הואיל מ"מ לא כוונו לחודש בצרי להו ז' חקירות דהוא ד"ת דצריך לומר על כולם והרי זה גרוע שאילו אמרו א"י על יום החודש דפסול דבעינן ז' חקירות וכמש"ל ועיין מה ש"ל בישוב דברי הרא"ש אבל עכ"פ העדים בעצמן לא נפסלו בזו כיון שחוזרים ואומרים ביום שבת בשוה ואם כן לשיטת הט"ז קשה עדיין למה מיישבי' דברי העדים באומרם א' בשני בחודש וא' בג'

ואמרינן דטעו בעבור' דירחי ולא דנין כמכחישין ומ"מ לא שייך פיסול בגוף העדים כיון שחזרו ואמרו יום השבת בשוה הרי חזרו תוך זמן שיכולים לחזור והעדות יפסול דבצרי להו חקירות כמש"ל והקושי' במקומו ובזו הסברא י"ל הא דדייק בפ' בן סורר דאזלי בתר רובא מהך דשנים ושלשה בחודש ולא מהך דשנים ושלשה שעות דשם י"ל לא מטעם מדאזלינן בת"ר רק להחזיק העדים בכשרות כמ"ש בט"ז אמרי' אפילו ליכא רובא ולכך דייק מהך דשנים בחודש בזו לא מיפסלי עדים דהדרי בכמה בשבת וק"ל. איברא בגוף הדין של הר"ן שהחליט ליישב דברי העדים יש לפלפל מהא דאמרינן בפסחים דף י"ב דפריך רבא לאביי דאמר מאן דאמר שלשה בסוף שלשה ומ"ד ארבעה תחילת ד' איך דייקינן בהך סהדא למקטול נפש נימא איפכא מ"ד שלשה תחילת שלשה ומ"ד ארבעה סוף ארבעה והוי עדות מוכחשת וכן הקשו התו' שם גבי אחד אומר בשנים וכו' וכן בגמרא דסנהדרין דף ס"ט הוכיח הגמרא דאזלינן בד"נ בתר רובא מדתלינן דאמרו דטעו בעיבורו של חודש והתורה אמרה ושפטו העדה וכו' אלא ש"מ דאזלינן בתר רובא והרי בדברים אלו נפסלים העדים ואחד מהן משקר ומכל מקום אמרינן איך דייקינן בהך סהדא ולא אמרינן אוקמינן בחזקת כשרים ואיך כתב הר"ן דמיישבים דברי העדים שלא יהיה נראה כמכחישין ואעפ"י שכפי הנראה מדברי התו' בפסחים דף י"ב וסנהדרין פרק היו בודקין פירושו של הדברים איך דייקינן בהך סהדא כו' הקושי' דראוי לב"ד לחקור ולשאול לעדים לעמוד על כוונתם ולידע בבירור מה כוונתם אי לתחילת השעה או לבסוף שעה ולא לקטול מסתמא נפש' מכל מקום באמת משמע לר"מ א' אומר בשלשה ואחד אומר בחמשה עדותן בטלה ולא מיישבים דבריהם זה כיון לסוף שלשה וזה לתחילת חמשה ואם כן אין כאן הכחשה דשיעור הזה אדם טועה לר"מ אלא ודאי דלא מיישבים ודנין בסתם כמכחישין וגם בהך דפרק בן סורר ומורה דאמרי' איך דייקינן בהני סהדי וקטלינן מספיקא אין פי' דשיילינן ליה דא"כ לא הוי משני מידי רק הפי' איך מישבין דבריהם מספיקא ולא אמרינן מספק המה כמוכחשין ול"ל דוקא בדיני נפשות אמרינן כן דכתיב ושפטו העדה וכו' ולא משגיחין בהכשר עדים וכדומה אבל בד"מ מקיימינן דברי העדים דהא דכל הראי' הר"ן בתשובה סי' ל"ד שממנו מקור הדין שמיישבין דברי עדים יליף מהך דשני בחודש וג' בחודש דאמרינן דטעו בעבור' דירחא וזהו אפי' בד"נ ועוד לפ"ז בדיני ממונות אם אחד אומר בג' וא' אומר בה' יהיה עדותן קיימת כי נימא הך דאמר בשלשה סוף שלשה והך דאמר חמשה היינו תחילת חמשה ויש לנו לישב דברי העדים בחקירות שלא יהיו נפסלים כדעת הט"ז ולא נמצא בשום מחבר שיכשיר ויחלק בטעות שעות בין ד"מ לד"נ וכן הרמב"ם בהל' עדות העתיקו סתם בלי הבדל

ובפרט לפי מש"ל דיכול לחזור תוך כ"ד וכ"ז שלא נחקרה עדותן אם כן ע"כ הפי' בגמרא ואילו דייקינן לא שהיה הב"ד חוקרין כדמשמע בתו' שם ד"ה זה ידע וכו' רק הכוונה דה"ל לומר שכך כוונתם ומכחישים זה את זה וכמ"ש רש"י שם ולא שיהיה חובה על ב"ד לחקור דאילו פי' שיהיה הב"ד חוקרים קושי' התו' במקומו אף בא' אומר בב' וא' אומר בג' בחודש אף דרוב טועים בקביע' החודש עלינו לשאול ולברר האמת ול"ל כתי' התו' דרואי' שהם מכוונים יום השבת אם כן מנ"ל למילף דאזלו בתר רובא ותי' התו' דה"ל חוזר ומגיד ליתא כמ"ש דהא לא נגמר החקירה עדיין ועכצ"ל דהוכחת הגמרא באמרו ראשון בכמה בשבת ואחר כך בכמה בחודש נימא דחזרו מן שבת והם יכולים לחזור ויש כאן הכחשה ואם כן קושי' התו' במקומו נשאל הטעות א"ו דאין על הב"ד לחקור ביותר רק קושית הגמרא דנימא דהם מוכחשים ולא נקטול מספק ואם כן בטעות בקביעי דירחא אזלינן בתר רובא וא"ש ומזה מבואר הכל אפילו במקום שהם פסולים מכל מקום מספיקא לא מחזקינן בחזקת כשרות. ולכן היה נראה ברור דלעולם דייקינן לבטל העדים דהממע"ה וכמ"ש הרמב"ן ואחד ד"מ ואחד דיני נפשות ודמים תרתי משמע רק הנ"מ בדבר שאין הרוב טועים בו אבל בדבר שהרוב טועים בו כי האי בקביעי דירחא לא הוי כלל בגדר הטעות ואפילו בד"נ מיישבים דבריהם מכ"ש בד"מ והא דדייק רבא דלמא זה אומר בתחילת שעה וזה בסוף שעה היינו דאין כאן הרוב בעדים שזה וזה יאמר בשעה מכוונת ובחינות וכוונת בני אדם משתנים אך צ"ע בהא דלעיל סי' כ"ט דאמרו בדברי עדים פי' דחוק נגד כוונת הגמ' וצ"ע והא דכתב הר"ן דמיישבים דברי העדים היינו בדבר שהוא מצוי לטעות ואזלינן בתר רובא וכן מבואר בתשובה ההוא בסי' ל"ד דכתב והתחיל דעל כל הדברים שהעדים מצוין לטעות אין בו משום חוזר ומגיד וכו' הילכך כל שאנו יכולים לכוון דברי העד יש לנו לכוון דבריו הראשונים כשם שיש לנו לתרץ דברי שני עדים וכו' הרי להדיא דמיירי בדבר שהעדים מצוין לטעות ולכך מייתי ראי' מן מהך דידע בעבורו של חדש והוא דג"כ אזלינן בתר רובא ואין לשאול הא בד"מ לא מהני רובא דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב כבר כתבנו לעיל בקונטרס התפיסו' דהעיקר כמ"ש התו' בסנהדרין דברוב גמור הולכין אף בד"מ אחר הרוב וזהו רוב גמור ולכך בהך דרמב"ן דליכא רוב' דנין כמכחישין כמו דאמרינן גבי ד"נ איך דקו רבנן וכו' והביא הרמב"ן ראי' מן הודאה בתר הודאה אף דהוא ממון בעלמא דנין בספיקא להקל ולא תימא בממון דקל דנו בו ליישב דבריהם והיינו היכא דליכא רובא ולכך יפה כתב הסמ"ע באחד אומר של יין וא' אומר של שמן דדנין כמכחישין כיון דאין כאן רוב המסייע ליישב דבריהם אמרינן דהם כמכחישין אך עדיין לבי נוקפי בהא דאמרינן בשטר שזמנו בא'

בניסן בשמיטה וכו' ריש פרק אחד ד"מ וכן בשטר מאוחרי' דאם נכתב באחד בשמטה והוזמו אנו מיישבים ומכשירים השטר ואמרי' אחרוהו ואני תמה שנים שהעידו בא' בניסן לוה ר' ושנים אומרים ת"ק ולא אמרו באיזה יום אנו אומרים דכוונו לא' בניסן ההוא והרי הם מוכחשים וסהדי שקרי נינהו ולא אמרו דהם כוונו ליום אחר ואם אומר בא' בניסן הלוה ושנים אומרים עמנו הייתם אנו מתרצים דבריהם לומר אחרוהו וכי לא נקל לומר על אמיר' סתם בלי הזכרת יום דהם חושבים ליום אחר משנאמר במה שכתבו באחד בניסן דהיה מקדם והם אחרוהו על ניסן ואפילו נימא הזמה שאני דהא חידוש הוא מה חזית וכו' ולכך אין לך בו אלא חדושו כשהוזמו בפי' אבל אם י"ל אחרוהו לית ביה דין הזמה דתינח לענין הזמה אבל כשהוזמו שלא בפני עדים דלא הוי אלא הכחשה ומיפסל השטר למה לא נימא דדנין כמכחישין ויפסל השטר ולא יגבה בו כלל כמ"ש הרמב"ן וקשה עלי למצוא בו חילוק והפרש נכון וברור ובפרט כי לא שכיח שיאחרו השטר כי אין לאחר שטר לכתחילה וכמ"ש כל הפוסקי' ועיין ראב"ן פ"א ד"מ ולכן היה נראה לכאורה כדברי הט"ז דבמקום דצ"ל דעדים נפסלים אמרינן ומיישבים דברי העדים ולכך אמרינן איחרוהו וכתבוהו והא דפרכינן כשיש מחלוקת בשעות איך דייקינן בהנך סהדי וכו' ופסולים העדות מספק י"ל התם שאני דתרתי לא אמרינן לומר בדבריהם פי' זה נתכוון לתחיל' שעה וזה לבסוף שעה ועם כל זה עדיין אין עדותן מכוונת עד שנאמר כי טעו בשעה כולי האי לא טרחינן ליישב דבריהם לומר זה אמר בכה וזה אמר בכה ומ"מ טעו משא"כ אחרוהו אין כאן רק דבר א' וזה צ"ע אף כי בדברי ריב"ש סי' תע"ד ג"כ משמע כדברי הט"ז דשם בפי' מש"ל בסי' כ"ט ס"ק ז' לא נראה דנימא דרוב טעו בדברים אם הם מתנאי' פטומי מילי. ומ"מ סברא הנ"ל לחלק דחוק בעיני והנה ראיתי דברי התו' בפסחים דף הנ"ל ד"ה לרבי מאיר דכתבו בהא דאמרינן יהבינן לי' כל טעותא דאמרו עמנו הייתם מתחילת שעה א' עד סוף שעה חמשית והקשו התו' מה בכך דלמא המעשה היה בסוף ה' ועדים של הזמה טעו וסברו כי שעה ד' הוא ה' ולכך אמרו עמנו הייתם ונהי דהכחשה מיהא הוי שהעד שאמר שתי שעות א"א לטעות עד סוף ה' מ"מ הזמה לא הוי וכו' ע"ש משמע מדבריה' הא אילו תרווייהו מעידים בשלשה שעות דהם טועים אף סוף שעה חמשית אפילו הכחשה לא הוי ועדותן קיימת דמיישבי' דבריהם כמ"ש התו' וקטלינן גברא וקשה הא בגמרא אמרינן להדיא איך דייקינן בהך סהדא ומספיקא לא קטלינן ואמרינן מאן דאמר שלש כוונתו לתחילת שעות ואף בזו הם שאמרו שלש נימא דכוונתם לתחילת שלש ולר"מ אין אדם טועה כי אם שתי שעות חסר משהו ואם כן לא אפשר כי אילו לפחות אמרו כל שעה ד' עמנו הייתם והרי עדות מוכחשת. ולולי

דברים רמב"ן הנ"ל הייתי אומר לחלק בין כשעד אחד מוחלק עם חבירו אז לא טרחינן ליישב דבריהם אבל בשני כתי עדים כי כל מה שאמר כל כת הוא מאומת מפי שנים ואיך נימא שהוא שקר ושניהם אמת עפ"י העדים ולכך טרחינן ליישב גבי שטר שזמנו בא' בניסן בשמיטה הואיל ושנים מעידים על הלואה לא מחזקינן השקר בשנים וכן גבי שנים אומרים בשני שעות או בשלשה שעות אילו שניהם שוים בדיבוריהם היינו אומרים דכוונו סוף שלש שעות ודייקינן לכוין דבריהם כדי שלא יהיו שנים מוכחשין והדבר המאומת משנים לא אמרינן דמשקרי וטרחינן ליישב דבריהם וא"ש הכל. אך זהו שלא כדברי הרמב"ן ז"ל דכתב כאן בשני כתי עדים שנים אומרים ר' ושנים אומרים ש' דדנין בסתם כמכחישין ולא טרחינן לישב דבריהם ולומר דכוונו כל אחד בזמן נפרד ומוגבל ולא ביום אחד והוא הביא ראיה מהך דהודאה אחר הודאה מצטרפין ושם הוי בע"א ואיך מביא ראיה מע"א לשני עדים ועכצ"ל דליתא לחילוק זה ובטלה דעתינו נגד דעת הרמב"ן. ולכן היה נראה לחלק באופן אחר והוא כמו שאמרו בעד אחד שיש לו הכחשה מעד אחר דיש הבדל אם באים כאחד או זא"ז וכן הדבר בשני עדים אם העידו שני עדים בב"ד ונתקבלה עדותן בהכשר מבלי ערעור ופקפוק הרי הוחזק עדותן בב"ד לכשרות ולכך בבא אח"כ הזמה עליהם טרחינן ומיישבין דברי עדים ראשונים מבלי להוציא מחזקתן חזקת כשרות כי כבר הוחזק בב"ד עדותן ולא מבטלין חזקתו רק בראי' ברורה שאין בו ספק ולכך לא מהני הכחשה כלל ואמרינן דאחרוהו בשטר דהוי כנחקרה עדותן או טעו בשעות וכדומה אבל אם תיכף בעת הגדת עדות נולד ספק וגמגום בעדותן ויש בו צד הכחשה א"כ לא אתחזק עדותן בב"ד כלל וכל ספק שנולד בו הרי הוא כאילו לא העיד כלל ובשעת הגדת עדות בב"ד בעינן דבר ברור. ולא טרחינן כלל ליישב דבריהם והרי הוא עדות מוכחשת ומספיקא לא מפקינן ממון ולא קטלינן ליה אם לא בדבר שהרוב טועים בכך כמש"ל לדעת הר"ן וכמ"ש בעבורו דירחא וא"כ הדבר כמ"ש הסמ"ע אבל מ"מ צ"ע:

יא **הרי אלו מצטרפין** וכתב הסמ"ע ה"ה עדות מיוחדת שזה ראה מבית פלוני וזה ראה מבית פלוני פשיטא דמצטרפין ואני מסופק אם זה דמצטרפין הוא מדרבנן משום נעילת דלת כמו שלא הצריכו דו"ח כלל אי אף מדאורייתא כשר בד"מ דבשלמא בד"נ בעינן עדות גמור ואפילו הודה הבע"ד והב"ד יודעים שהרג הנפש אינו נהרג אלא בעדים גמורים בזו שפיר אמרינן דעדות מיוחדת לאו שמי' עדות דבעינן שיראו כאחד משא"כ בד"מ דלא איברי סהדי אלא לשקרא ואם הבע"ד מודה א"צ עדות מה נ"מ בעדות מיוחדת סוף כל סוף הרי כאן שני עדים מאמתים הדבר והב"ד רואים שהאמת כך בלי ספק ובהכי

ניחא מה שטען הסמ"ג על הרי"ף והרמב"ם דפסקו בד"מ להכשיר עדות מיוחדת כריב"ק והא בגמרא דגיטין פ' השולח פריך סתמא דגמ' מרבנן דאין עדותן מצטרפת עד שיראו כאחד דלפמ"ש לק"מ דבגיטין דדבר שבערוה בעינן שנים אפילו שניהם מודים וגזרת הכתוב להצריך עדים א"כ חזר הדין כמו ד"נ ושפיר י"ל דעדות מיוחדת לא שמי' עדות משא"כ בד"מ דאין צריך אלא לברר האמת ודוק:

יב **כשתבעו שני מנים** עיי' סמ"ע ס"ק כ"א דאם הודאה היה קודם להלואה א"צ לתבוע שני מני' די"ל דהודה לו קודם שהיה מלוה לו ואח"כ הלוה לו ודייק כן מדברי הרא"ש והנ"י ע"ש. ונראה ראי' לדבריהם מגמ' דפריך לרב מ"ש הלואה אחר הלואה דלא מצטרפי דאמנה דמסהיד האי לא מסהיד האי הודאה אחר הודאה נמי נימא ומשני בדוחק כגון דסמיך סהד' קמא לסהדי בתרא וקשה מנלן דרב בעי שיעידו דוקא אחד מנה דלמא מודה רב דמהני צירוף אפילו מעידים אתרי מנה רק רב מיירי דהתובע לא תבעו אלא חד מנה ולכך בהלואה אחר הלואה אין מצטרפין דהא הוא המלוה מכחיש לחד כמ"ש הש"ע משא"כ בהודאה אחר הודאה דאין כאן הכחשת התובע אלא ודאי סברא הנ"ל אמת וא"כ קשה למה אמר רב הלואה אחר הודאה פסול הא ג"כ אין כאן הכחשת תובע די"ל דעל מה שילוה לו אח"כ הודה לו כנ"ל ובהכי ניחא דפריך מ"ש הלואה אחר הלואה ומ"ש הודאה אחר הודאה דמה קושי' כי אמר רב כשהוא ודאי מנה מיוחדת אבל בהודאה אחר הודאה דא"ל חד מנה הוא מספיקא לא אמר רב דהא מהך דייק הרמב"י דסתמא דנין כמכחישין מהך קושי' הגמ' כהנ"ל ומנ"ל להגמ' להקשות ודוחק דזהו הכלל נודע כבר להגמ' דסתמא דנין להקל והממע"ה אבל לפמ"ש ניחא דאם בספק סבירא ליה לרב דמחזיקינן בחד מנה הלואה אחר הודאה נמי ולכך משני הגמ' דסמיך סהדא קמא לסהדא בתרא וכו' וזהו אינו במציאות בהודאה קודם הלואה דמנא ידע סהדא קמא שיהיה מלוה לו אחר כך ושהיא היא הלואה שהודה עלי' מקדם ואי דלבתר הלואה אמר לו שהיא שהודה לו מקדם א"כ דל הודאה ראשונה מזה הודאה בתרייתא עיקר וה"ל הודאה אחר הלואה ואין כאן במציאות כלל לומר שהיה הודאה קודם הלואה (ולא דמי לקושית הגמ' היינו הודאה אחר הלואה דשם הקושיא תרתי ל"ל משא"כ כפי מ"ש אינו במציאת כלל דהודאה קמייתא אינו מעלה ומוריד כלל והעיקר הודאה בתרייתא והוא הודאה אחר הלואה) אך עם כל זה נראה לדינא בהא בהלואה אחר הודאה כדעת הטור דבעי אפילו בהודאה אחר הודאה תבעו שניהם ועל כל פנים הלכה כדבריו בהלואה אחר הודאה דהא קשה דבגמ' פריך לרב הודאה אחר הודאה נמי נימא אמנה דמודה בהך לא מודה בהך הרי דמספק לא אמרינן דיהיה חד מנה ויצטרך לשלם ובזו קי"ל כרב

כקושי' הגמ' דמה דלא קי"ל כרב היינו משום דקי"ל דמצטרפי' אפי' בשני מנים אבל הך קי"ל דמספיקא דנין להקל ומזו יליף הרמב"ן הנ"ל דסתמא דנין כמכחישין להקל מהך דהודאה אחר הודאה כנ"ל וא"כ כשהוא אין תובע אלא אחד למה נאמר דיש כאן מנה אחת שהודה וחזר והודה נימא כקושי' הגמ' דלמא מנה דהודה לזה לא הודה לזה והרי תובע לא תבע אלא א' ואין כאן צירוף דהוא מכחיש לע"א ואפשר לפי מש"ל בשם הט"ז י"ל ג"כ כאן דהואיל ותובע לא תבע אלא אחד ואם נימא דהוא שני הודא' א' מעיד בשקר א"כ לא דנין כמכחישין אבל כבר בררתי לעיל כדעת הסמ"ע ובפרט כאן מוכרחים אנו לומר להרמב"ן דדייק מהך דאמרינן הודאה אחר הודאה אין מצטרפין לרב דאמנה קמודה להאי לא מודה להאי דמספק דנין להקל וקשה מה ראי' שם אין כאן ספק דהא התובע תובע שניהם מנה שהודה בפני זה ומנה שהודה בפני זה והרי לדברי התובע שני מני' ושני הודא' ואיך יצרפו לרב הא הודאת בע"ד לחובתו כק' עדים שהם שני מנים בשני הודאות ולא מצטרפי לרב ול"ל דא"כ יש לתובע מגו על מנה אחד דמצי לומר שני הודאות מנה א' הם דה"ל מגו להוציא וגם רוצה לתבוע יותר כמש"ל בדיני מגו ע"ש אלא צ"ל דרב סתמא קאמר ומנ"ל לגמ' להקשות דלמא מיירי דלא תבעו רק חד מנה א"ו דמ"מ מידי ספיקא לא נפקא ואין להוציא ממון בספק והוא הדין כדברי הטור דאפילו בהודאה אחר הודאה בעינן תביעת שני' ולדעת החולקי' צ"ל דאינו מצוי לומר הוא תובע רק מנה אחת והוא הודה וחזר והודה דנימא שיהיה על שתי הלואות ותלינן דוקא בדבר המצוי תמיד והוא מצוי שיודה על מנה אחת פעמים הרבה בהזדמן ומה שדקדקנו מדברי הרמב"ן צ"ל דדייק מה פריך הגמ' דילמא מילתא דרב איירי דהתובע אין טוען כלל רק תבעו עפ"י עדים והוא א"י כלל כי כך משמע לישנא דרב מדלא נקט בלשונו כלל אמירת התובע ש"מ דאיירי דלא תבעו רק עפ"י עדים הללו אבל בתבעו רק א' תלינן בדבר המצוי וא"כ הוא כל איש נבוב ילבב דהך בשקדמה הודאה להלואה דנימא דהודה לו על מה שילוהו הוא דוחק גדול ואינו מצוי כלל ולא שכיח אפילו לפרקים ממש וא"כ ה"ל במקומו דאין להוציא מספק בתבעו רק חד דאמרי' שני מנים הם והוא התובע מכחיש לחד והלכה כדברי הטור והממע"ה וכתב הסמ"ע בשם הד"מ ומהרי"ק ע"א וע"א מכחישו אם יכול להתברר ע"א נאמן עכ"ל ופירושו של סמ"ע זה אין לו שורש ועיקר והנכון כמ"ש הש"ך דע"א אומר בעל מום הוא והשני מכחישו אותו עד שאמר בעל מום הוא נאמן דהרי הוא אומר פשוט בגדיך וארא לך המום ואם הוא אין רוצה הראשון נאמן וכן הוא להדיא בגמ' דקדושין דף ס"ו ע"ש. והש"ך ביקש לדחות דין זה כי לא נאמר דין זה אלא לענין איסור דע"א נאמן באיסורין אבל לא בממון ולכך השמיטו הפוסקים ואין דבריו מובנים

לי דודאי אי אמרינן דבשביל הך סברא שלח ואחוי יהיה אותו עד נאמן כבי תרי להוציא ממון בזו ודאי צדקו דבריו דאם נאמן באיסורין במקום שע"א נאמן לא נאמין אותו כבי תרי להוציא ע"פ ממון אבל שגם לענין ממון יהיה כע"א לחייב שבועה ואעפ"י שעד א' מכחישו מ"מ הואיל והוא טוען פשוט בגדיך והוא אין רוצה דברי העד השני כמאן דליתא והרי כאן ע"א לחייב שבועה לא ידעתי חילוק בין ממון לענין איסור דכמו דע"א נאמן באיסורין כן נאמן בממון לחייב שבועה דמ"ש לחלק ולכן אם ע"א אומר גדול הוא וע"א מכחישו והוא או' הניח לבדוק ויראו בך סימנים העד א' נאמן וזוקק לשבועה וכדומה נ"מ טובי לענין קנין עבד במומי. איברא דלכאורה יש לפקפק דהא שם בגמ' דייק רבא מהך ברייתא דקתני בעל מום פוסלו ביחיד ובן גרושה וחלוצה פוסלו בשנים דע"א אינו נאמן בדבר שבערוה אפילו שתק דהאי בעל מום ביחיד היכי דמי אי דמכחיש ליה מי מהימן אלא דשתיק ומ"מ קתני בן גרושה פוסלו בשנים ודחי אביי לעולם דמכחיש לי' ובעל מום מהימן דקאמר שלח ואחוי. וא"כ לרבא דדייק מהך ברייתא' בדבר שבערוה אפילו בשתק אין נאמן ש"מ דלא ס"ל סברת אביי דאל"כ מנלן להוכיח דינו וא"כ לדידן דקי"ל כרבא לגבי אביי ליתא להך סברא שלח ואחוי וזו הטעם שהשמיטו הפוסקים כי אפשר דס"ל כמ"ש דרבא ואביי מחולקי' בהך סברא והלכה כרבא. וצ"ל לתו' ומהרי"ק דהעתיקו הך דינא דס"ל ודאי בסברא זו לא יחלקו אביי ורבא כלל רק רבא ס"ל דברייתא לא איירי בבעל מום כזה שאפשר להראות דא"כ איך קאמר בברייתא בעל מום פוסלו בעד א' הך פיסול אינו משום לתא דע"א כלל רק הואיל ועומד להתברר ולא תליא כלל בפיסול דע"א אלא ודאי דאיירי בעל מום שאינו עומד להתברר בקל והיינו נכפה לזמני' מתחלפי' עתים חלים עתי' חולה והרי הוא בעל מום להקרבה כמבואר במשנה בכורות והרמב"ם בהל' ביאת מקדש ע"ש ואחד אומר ידעתיו וראיתיו היותו בעל נכפה והוא שותק והיינו פוסלו ע"י ע"א ולא שייך שלח ואחוי כי מי יודע הזמן ואימת יקרה לו החולשה הנ"ל. ואביי דחק ומוקי לי' במום פשוט שיכול להתברר אבל לדינא לא פליגי ומזה ג"כ ראיה קצת דלא כש"ך שביקש לתלות הדבר הואיל וע"א נאמן באיסורין דא"כ אין כאן דיוק לרבא דאיירי בכה"ג ואי דתלה פוסלו בע"א דהיא היא הואיל ופוסלו בע"א אמרינן דמחויב לברר ר"ו דלא תלי' בזה:

יג **טעו בעיבורא דירחא** כתב הסמ"ע לאחר רובו של חודש לא תלינן הטעות בעיבורא דירחא דהכל יודעים כבר הקביעות וכתב הרא"ש בתשובה כלל מ"ה סי' כ"ה על גט שכתב בו כ' לחודש ד' בשבת והוא כ"א לחודש וכתב הרא"ש דכ"ש הוא ומה בדיני נפשות אזלינן בתר רובא ואמרינן דטעו בקביע' דירחי כ"ש בנידון זה דכתב בי' ברביעי

בשבת וא"א להיות אותו יום רביעי אלא בכ"א לחודש וכו' ואע"ג דהוא לאחר רובו של חודש הכא אין חילוק דע"כ טעו דהרי דבריהם מכחישין זא"ז אם רביעי הוא כ"א לחודש ואם הוא כ' אינו רביעי ובימי שבוע לא עבידי אינשי דטעו עכ"ל ויש להבין דבריו מה זה דכתב דכאן יותר יש לומר דטעו הואיל וכתבו יום רביעי הא גם שם בדיני נפשות ג"כ עכצ"ל דכוונו לימי שבת דהוא א' מז' חקירות ואם הוכחשו בו או אמרו א"י בלא"ה עדותן בטלה וכן כתב הרמב"ם להדיא אפילו כוונו לימי השבוע וגם מ"ש להכשיר אחר רובו של חודש הואיל ואמרו יום רביעי הוא יותר קשה דע"כ בדיני נפשות אמרו יום מהשבת שהוא א' מז' חקירות וכוונו עדותן בו ומ"מ לאחר רובו של חודש לא אמרינן דטעו מקביעת חודש והרי עדות מוכחשת ולמה מכשיר הרא"ש ודוחק לומר בכתיבה אינו מדקדק כ"כ כמו באמירה בב"ד דזהו דוחק דמנליה לרא"ש זה ובפרט בנושא החמור איסור א"א וצ"ל דסבירא ליה להרא"ש כמ"ש התו' העתקתי לעיל כמה פעמים באומרי' אח"כ ימי השבוע הרי חזרה מן יום החודש רק תו' ס"ל דאינו יכול לחזור בו כיון שהגיד וכו' ואני בררתי לעיל תוך דו"ח יכולים לחזור ולענין הגט אין צורך לזה ואף התו' מודים דהא עדים שחתמו בגט החתימה משוי' ליה כנחקרה עדותן בב"ד וא"כ כ"ז שלא חתמו הגע אינו כנחקר עדותן ויכולים לחזור אלא אף דיכול לחזור בדיני נפשות מ"מ בצרי לי' חקירות כמש"ל אבל בגט דאינו מעכב אם לא כתב בי' בכמה בחדש ודאי דמצי לחזור בו וכשאמרו ימי השבוע חזרו מן יום החודש וא"כ דברי הרא"ש שפיר ומה בד"נ אמרינן דאזלינן בתר רובא וטעו בקביע' דירחא אף דשם אין מועיל אמירת ימי השבת הן לדעת התו' דלא מצי לחזור בו והן לפמ"ש דבצרי לי' חקירות וא"כ הרי י"ל דלא טעו רק חזרו ובצרי ליה חקירות מ"מ תלינן בטעות מכ"ש בגט הן דאמרינן דחזרו ממנין החודש לימי השבוע כמ"ש התו' וכאן מצי לחזור לכ"ע כמ"ש ואין פיסול אי בציר לי' ימי החודש והן אי אמרינן דטעו אין כאן פיסול וא"כ מכל צד כשר ולכך אף לאחר רובו של חודש הכשיר הרא"ש דאף דאמרינן דלא עבידי למטעי מה בכך הא אמרו רביעי בשבת וא"כ הרי כאן חזרה מיום החודש דשניהם א"א להיות כמ"ש הרא"ש וכיון דחזרו הגט כשר משא"כ בד"נ דלא מהני חזרה כלל לכ"ע וכמ"ש ולכך לאחר רובו של חודש דלא שכיחי למטעי או דאמרינן דחזרו ואי לא חזרו רק אמרינן דטעו דע"כ הטעו' לפניך או בשבוע או בחודש ויותר מצוי הטעות בחודש אפי' לאחר רובו מדנתל' בטעות ימי השבת כמ"ש הרא"ש מ"מ הואיל ולאו רובא מטעי לאחר רובו ה"ל כאילו לא אמרו ימי חודש דאין להעמיד בדבריהם באמרם ד' דפרושו חמישי וא"כ אף דבאמת טעו מ"מ בצרי לי' חקירות ולכן פסול וא"ש ודברי הרא"ש נכונים ולפ"ז אף בדיני ממון כן אם הכחישו בחדש לאחר רובו

של חודש או קודם ובשני ימים דאמרי' בתרי עבורי לא טעו ואמרו ימי השבת הרי חזרה לפמש"ל דקודם שנחקרו יכולים לחזור ועדותם מכוונת מיהו לדידן דקי"ל דא"צ דו"ח לא מהני חזרה אפילו תוך דו"ח וצ"ל אם אמרו ימי השבוע תוך כ"ד וכמש"ל בסי' כ"ט אפי' תוך כדי דיבור של העד השני עיין לעיל ואין כאן הכחשה כלל ועדותו כשרה מיהו צ"ל ראשון ימי החודש ואח"כ ימי השבת דאל"כ איפכא הוי חזרה מן ימי השבת לימי החודש והרי הוא עדות מוכחשת והא דהכשיר הרא"ש בגט אף דמסתמא נוסח היה ברביעי בשבת בכ' לירח פלוני דהתם בממ"נ אי הוי חזרה לחודש א"כ אין כאן מוקדם דאמרי' באמת חזרו העדים וכתבו זמן כך וכך ניתן הגט ואין כאן מוקדם ואם תזנה בכ' דין שלא תיהרג והרא"ש כתב שיגרא דלישנא דבאמת אמרינן דטעו בזמן דהא טעות מוכח כמ"ש ואי דהוה כלא אמרו ימי החודש מה נ"מ בגט דכשר אי בצרו לי' חקירות אבל באמת אף דנימא דלא טעו מ"מ ישנו כאן חזרה מכל צד והרי גט כשר ודוק ועיי' לקמן סי' מ"ג מ"ש בזה. מיהו אני חושש הא דאמרינן בתר רובא דירחי לא טעו אינשי אם הכוונה בוודאי לא טעו או הכוונה דאין כאן רוב הטועים וא"כ קושי' הגמ' במקומו איך מספיקא נקטול נפש וא"כ כשהנתבע מביא עדים וטעו לאחר עיבורו של חדש יש לספק וכמו כן בעידי קדושין המכחישי' דאפשר להחמיר אמרינן אפילו לאחר רובא של חודש דמספיקא לא נפקא אולי טעו מיהו במהרש"א סנהדרין פ' היו בודקין משמע דודאי לא טעו דכתב דלכך פירש"י באיזה חודש כ' לחודש דיהיה דבר שיחול בו הזמה דלאחר רובו של חודש לא טעו אינשי ואי מספקא לן עדיין אין בו הזמה להרוג העדים דאולי טעו ומספיקא לא קטלינן ול"ל דאין נ"מ בהזמה לענוש העדים דעכ"פ העדות מוכחשת היא דבפסחים דף י"ב ד"ה לרבי מאיר משמע מתוך דברי התו' דהזמה דוקא בעינן ולא הכחשה וצ"ע. ואם שני עדים אומרים בב' לחודש ושנים אחרים אומרים בג' לחודש אי אמרינן דבריהם קיימין דטעו בעבורא דירחי או לא אמרינן כן רק בע"א אבל לא בשנים עיי' בתשובת מהרלב"ח סי' קל"ו וקל"ח שנחלקו בו מהר"י בי רב רבו של רבינו הגדול מהרי"ק ומהרלב"ח ועיי' מש"ל בישוב קושי' באיזה מקום אמנם מדברי מהרש"א הנ"ל נלמוד וכן מהרש"ל דתלינן הטעות. בשנים ואפילו שנים אמרו כן יכולים לומר טעינו בעיבורא דירחי וכן מוכח מתשובת הרא"ש סי' מ"ה הנ"ל דהביא ראיה לגט שכתוב בכ' לחודש במקום שהיה ראוי להיות כ"א כתב דאמרינן דטעו בעבורא דירחי וכתב אעפ"י דלאחר עבורו של חודש לא אמרינן דטעו ולא כתב דלא אמרי' כן בשנים ש"מ דס"ל דטעות בשנים אמרי' וכן משמע לקמן בסי' מ"ג בשטר שכתב ברביעי בשבת ע"ש דפלפלו הפוסקים אי אמרינן דטעו לאחר רובו של חודש ואין זכר דהטעות בשנים לא אמרינן.

והנה המהרש"א יצא לדון בדבר חדש באם הוכחשו אפילו שנים מול שנים אמרינן דטעו אף דהמה שנים הואיל ואיכא ע"א שאמר המעשה נעשה בג' אבל בכת שאומרת בב' בחודש והוזמו לא אמרי' דטעו ובג' היה המעשה דאין כאן שום עדות המעיד שנעשה המעשה ביום ג' לחודש ובזה מישב דיש הזמה באמירת באיזה יום לחודש אף קודם רובו של חודש כשיבאו המזימי' דלגבי הזמה לא טענינן דטעו ולכך הקשה רש"י דלאיזה צורך השאלה מאיזה יום בשבוע והוצרך לתרץ כדי שיתנו אל לב לדקדק ביותר ולא תי' כמהרש"ל משום טעות דחודש וכן הביא ראי' מתו' במ"ש בפסחים דף הנ"ל דהקשו כיון דכבר אמרו באיזה יום בחדש למה צורך לומר באיזה יום בשבת ולא תי' כדי שלא יתנצלו לומר טעינו בקביעות החודש ש"מ דבלא"ה אין נאמנים לומר כן. והנה לפי הטעם שנתן דלכך לא תלינן הטעות בשנים לומר מה שאמרו בב' לחודש באמת היה בשלשה בחודש רק טעו בין חודש מלא לחסר כי אין כאן עדות על יום ההוא שנעשה בו המעשה משא"כ אחד אומר בב' וא' אומר בג' שעד ההוא אומר שהיה בג' וקשה עליו מדברי התו' בפסחים הנ"ל ד"ה לר"מ דהקשו באחד אומר בב' ואחד אומר בג' והמזימי' אומרי' עמנו הייתם עד סוף שעה ה' למה יהיה מוזם נימא דהמעשה היה בה' וכו' והמזימי' טעו בין ד' לה' ולדברי מהרש"א אין כאן קושי' דהא על המעשה שיהיה נעשה בשעה ה' אין כאן שום עד המעיד כלל וזה אומר בב' וזה אומר בג' אבל מעולם לא אמרינן דהיה נעשה בה' אבל אם יש פתחון פה לומר כסברת מהרלב"ח דבשלמא בא' אומר בשנים ואחד בשלשה הרי הטעות לפנינו דחזינן וא"כ חוששין אף דטעו יותר והיה המעשה בשעה ה' דהרי חזינן דטעו משא"כ בשלא נפל הכחשה בעדים ואומרים שפה אחת אף דבאו מזימים לא אמרינן דטעו ולזו הסברא נוטה דעת מהרלב"ח ואולי אפשר לכוונו בדברי המהרש"א אך עם כל זה לא הבנתי איך יתכן דברי הגמ' שם סנהדרין דף מ' דאמרינן שמנה חקירות לא אשכחן ופריך הגמ' בכמה בשעה הניחא לאביי דאמר אדם טועה ולא כלום אבל למ"ד אדם טועה חצי שעה מא"ל ולדברי מהרש"א עדיין צריך חקירה בכמה בשעה דאם יכוונו עדותן יבואו לכלל הזמה דלא תלינן ביה הטעו' כמ"ש המהרש"א בימי חודש ולא ידעתי מקום לחלוק בסברא בין טעות דשעות לטעות דקביעת החודש ובפרט דמהרש"א כתב זאת להבין קושית התוס' והיא גופי' קשי' מנ"ל לומר חילוק זה ולהקשות קושי' ונראה דמהרש"א אזיל לשיטתו דבהך גמ' גופיה הניח בצ"ע דמה קושיא הא אדם טועה חצי שעה וכו' מ"מ נ"מ בשאלה וחקירה בכמה בשעה לענין יהבינן ליה טעות' כדאמרינן בפסחים הנ"ל דאם אמר בשעה שניה א"כ צריכין המזימים לומר לר"מ עמנו הייתם שעה ראשונה ושני' ושלישית כמבואר בגמ' הנ"ל אבל אם היו הב"ד חוקרין בכמה בשעה

והם היו אומרין בחצי שעה שני' היה המעשה אין הזוממין צריכין לומר עמנו הייתם כי אם מתחילת חצי שעה ראשונה עד חצי שעה שלישית דיותר משעה לא קטעו לר"מ וכן לר"י בערך הזה דס"ל אדם טועה ב' שעות ותי' המהרש"א דקושית הגמ' דהיא גופה קשי' למה אמרינן שם בפסחים דנותנים כל טעות' עד סוף שעה שלישי' ולא עד חצי שעה שלישית דיש לחקור העדים בכמה בשעה ולפ"ז לק"מ דשם העדים מכחישים זא"ז אבל כבר הודה המהרש"א דתי' זה דחוק למאוד וממש אין לו קיום באמת כלל. ומה שנ"ל לישבו ודאי לרש"י דנתן טעם דלכך שאלינן בכמה בשבת כדי להרבות בחקירות ולא נתן טעם כמ"ש מהרש"ל דלא יאמרו טעינו בעיבורא דירחי ותי' מהרש"א דיהבינן ליה כל טעות' אינו מספיק דאדרבא בשביל כך מרבי' לחקור באיזה יום בשבת כדי שלא נצטרך בבואו הזמ' ליתן להם כל טעות' (וכמו שהקשה המהרש"א גופי' גבי בכמה בשעה ע"ש אם לא דנימא דס"ל למהרש"א הא דמרבינן לחקור היינו כדי להציל הרוצח אבל לא להמית עדים רק בעינן עדות שאתה יכול להזימן ולכך ס"ל למהרש"א אם אמרו בא' בחודש מה צורך לימי שבוע אי דיהיה עדות שיוכל להזימן הא מ"מ הוי במציאות אם יהבו לי' טעותא ואם דלא יצטרכו המזימין לומר עמנו הייתם בא' וב' בחודש בממ"נ להציל הרוצח באמרם עמנו הייתם בא' לחודש ג"כ לא קטלינן מספיקא דאולי לא טעו והרי כאן עדות מזומם ואי כדי להמית העדים לא על זה הניחו מתחילה לחקור כדי להמית העדים ושפטו כתיב ואי קשה באמת אי אומרי' בא' לחודש הרג והם אומרי' עמנו הייתם בא' לחודש למה לא מישבי' דברי ב' כיתי עדים כמו שמיישבי' בי' שני עדים המכחישים זא"ז דהא באמת הקשה התו' כן בשני עדים למה מישבי' ותי' דהואיל חוזרים ומגידים ימי השבוע וא"כ השתא קי"ל דלא מתקני ימי השבוע כלל וגם הזוממי' אינו יודעים מימי השבוע דאל"כ א"צ לימי החודש וא"ש דברי מהרש"א משא"כ לקמן בשעות דמתקני' דברי עדים אף דאין להם סעד וצ"ל דבזה לא קשה קושי' התו' א"כ שפיר מישבים דברי ב' כתות כמו דמישבין דברי ב' עדים ושפיר הקשה מהרש"א ודוק.
ומעתה י"ל הא דתי' מהרש"א דעל יום שלא אמרו עדים לא אמרינן דטעו היינו דאף דנימא דמישבי' דברי עדים מ"מ על יום שלא אמרו אין מישבין באופן דנקטול הרוצח אבל מודה דמ"מ אין המזימין נהרגים דטוענים ביום שאח"כ נעשה וא"כ א"ש דלאיזה צורך נחקור יום השבוע ואי דאמרו אולי נעשה ביום שלאחריו בזה לא קטלינן רוצח דהא ע"ז לא העידו ואי דאף המה אינם נהרגים מ"מ לא בשביל זה תקנו לחזור כדי להרוג רק כדי להציל וא"ש ול"ק מקושי' התו' דקושי' התו' רק להציל וזהו אמרינן אפי' לשעה שלא אמרו העדים ודוק) אפילו יאמרו המזימי' עמנו הייתם ביום א' לבדו יהיה כאן

הזמה וזהו מקושי' מהרש"ל כמ"ש דלכך חוקרים באיזה יום בשבת כדי שלא צריכין ליתן להם כל טעותם ומ"ש המהרש"א בתי' שני דלא תלינן הטעות בשנים כבר בררנו דליתא וא"כ אין לנו שיור רק תי' מהרש"א דקושי' רש"י באמרם בכמה בחודש לאחר רובו של חודש דתו ליכא לומר טעו למה צריך החקירה באיזה בשבת אך עדיין אין זה מספיק לכאורה דילמא באמת החקירה באיזה יום בשבת הוא באומרם יום בחודש קודם לרובו של חודש וצ"ל דס"ל לרש"י דהך ז' חקירות ילפינן מקרא א"כ לעולם צריך ז' חקירות יהיה באיזה זמן שיהיה ותמיד אם אמרו על חקירה אחת א"י עדותן בטלה כי בד"ת לא יפול שינוי וא"כ קושי' רש"י תינח באמרה קודם רובו של חודש לאחר רובו מא"ל ולכך צריך רש"י ליישב דכדי שיתנו אל לבו בהזמה ע"ש והנה כתבו התו' שם בסנהדרין דף מ"א ע"ב ד"ה אחד וכו' דמעלות השחר עד הנץ החמה הוא שיעור שעה ראשונה וחצי שני' ומ"מ האומר שעה שני' י"ל דנתכוון לאחר הנץ החמה כי אין אדם בקיאין ואף דבאמת השיעור מעלות השחר עד הנץ החמה הוא שעה ומחצה מ"מ המוני עם אינם בקיאים בזה וחושבים רק לשעה כי תיכף אחר עלות השחר היום אפל ולילה נחשב בעיניהם ע"ש וצ"ל לדבריהם דלא יקשה א"כ למה אמרינן בפסחי' הנ"ל דאם באו זוממים על האומר בשעה שני' ראיתי דצ"ל עמנו הייתם מן שעה ראשונה עד סוף שעה שלישי' למה צריך שעה ראשונה הא שעה ראשונה ודאי קודם הנץ החמה ובין קודם הנץ ללאחר הנץ לא טעו דז"א דמספיקא לא נקטול אולי העד ההוא כי היה בקי בטיב השעות ולא נפתה אחרי דעות המוני עם ובאמרו שעה שני' כוונתו לחצי שעה שנייה שהוא עדיין באמת קודם הנץ ובכלל חשש ספק לא קטלינן ולפ"ז האומר בשעה ראשונה ראיתי' א"צ העדי' זוממין לומר עמנו הייתם רק מעלות שחר עד הנץ החמה דהא שעה ראשונה ודאי היה קודם הנץ ואין כאן טעות מן קודם הנץ החמה ללאחר הנץ ופשוט ולפ"ז א"ש דליכא למימר דהתורה הורה לנו ח' חקירות דמה שהורה לנו התורה צריכין להיות בכל עת וזמן כמו שפירשנו ברש"י בשאלת באיזה בשבת וא"כ אף בשעות כן א"כ האומר בשעה ראשונה נעשה מה צורך עוד לחקירה בכמה בשעה דהא כתבו התו' דבעיני המוני עם מן ע"ה עד הנץ החמה לשעה אחת יחשב וא"כ אף שנשאל אותם והם יאמרו בשעה ראשונה בחצי הראשון מ"מ צריכין זוממים לומר עמנו הייתם מע"ה עד הנץ דבחצי שעה טועה ואצלם הכל לשעה יחשב לרב אפילתו כהנ"ל ובחצי שעה טעו וכן באומרם בחצי חלק השני מן שעה ראשונה אולי טעו והוא בחצי חלק הראשון כי בחצי שעה מהמוגבל טועי' ואצל המוני עם אין כאן הגבלה מע"ה עד הנץ רק שעה. וא"כ צריכין לומר עמנו הייתם מן ע"ה עד הנץ החמה ואם אין אנו שואלי' על כמה בשעה

רק אומרים סתם בשעה ראשונה היה ג"כ אין זוממין צריכין לומר יותר רק עמנו הייתם מן ע"ה עד הנץ החמה וא"כ החקירה בכמה בשעה הוא ללא צורך ולא יועיל ואם הורה לנו התורה ח' חקירות צריכין להיות בכל עת וזמן באיזה אופן שיהיה כמו שהוכחנו ברש"י לענין ימי השבת וא"ש. אך בתוספת דפסחים ד"ה באיזה יום דתי' דלכך חקרינן באיזה יום מהשבוע בשביל אם א' אומר בב' וא' אומר בג' לחודש וכו' ש"מ דאם העדים אומרים בשפה אחת א"צ לחקירה ההוא ש"מ דס"ל דא"צ להיות כל ז' חקירו' צורך בם בכל עת וזמן רק די שיש בו צריך בהזדמן ולכך אמרו שיחקרו כל ז' חקירות וא"כ ליתא למ"ש בשיטת רש"י והקושי' הנ"ל במקומו וכן קשה לדעת הרמב"ם אשר דעתו דלא כתו' וסבירא ליה דמעלות השחר עד הנץ החמה אינו בכלל י"ב שעות דיממא רק שייכים לי"ב שעות דלילה והאומר שעה ראשונה ראיתי פירוש מתחילת הנץ החמה ואם כן נסתר כל הנ"ל ולא שייך סברת התו' כלל לומר בין קודם הנץ לאחריו לא טעו אינשי והאומר בשעה אחרונה בלילה שהוא לשיטת הרמב"ם אחרי ע"ה לא שייך מה שכתבתי לעיל לשיטת רש"י דזה לא מצינו בגמרא דלא טעו אינשי ואפשר מן קודם ע"ה לאחר ע"ה טעו אינשי ומה דלא מצינו בגמרא אין לנו לחדש ואם כן אליבי' הקושי' ביותר ובמקום אחר הארכתי וברתי השיטה המחוורת ולכן נראה דסבירא להו לתו' ולרמב"ם חקירה דכתיב בקרא לבל יהיה עדות שאילה"ז לא יהיה סובב והולך דנצטרך ליתן להם כל פעם טעותם ואין זה בגדר החקירה מדוקדקת והתורה אמרה ודרשת וחקרת היטב נכון הדבר אבל ודאי צריך שיהיה במציאות על כל פנים זמן מהזמנים שיהיה החקירה וההזמה חל מבלי צורך ליתן להם כל טעותם ובזו דברה התורה וחקרת היטב נכון הדבר ואם שבקצת זמן צריך להזמה ליתן להם כל טעות' אין זה קפידא כי הוא לפי שינוי העדות וההגדה אבל עכ"פ יש במציאות שיקרה פעם הגדה שיחול עפ"י החקירה מז' חקירות ההזמה תיכף בלי נתינת כל טעות (ולזה נתכוון מהרש"ל דפי' דבעינן בא' בשבת שלא יאמרו טעינו בקביעות החודש ולא נעלם ממנו דיהבינן ליה כל טעות' רק אין זה בכלל נכון הדבר) ולפ"ז באיזה יום בחודש יש בו במציאות ולאחר רובו של חדש לא צריך לכל טעות דלא טעו בעיבורא דירחי באיזה שעה ישנו במציאות באומרי' שעה ראשונה שהוא מתחילת ע"ה עד הנץ החמה ואם המזי' ג"כ אומרים כן א"צ עוד למיתב להו טעות' כי לשיטתם מע"ה מתחיל יממא וכבר נודע בין יממא ללילה לא טעו אינשי ואם כי באומרים שעה שניה וכו' צריכין ליתן להם טעות לית לן בי' אבל אם נאמר דהתורה הוסיפה בחקירות שמנה והוא בכמה בשעה בא תמיד ליתן כל טעותם אם להקדים או לאחר ואינו שום זמן מהזמנים במציאות שיהיה בזו הגדת עדים מבלי להצריך לזוממין שיאמרו כל טעותם

ואם כן אין זה בגדר החקירה היטב ודרישה נכונה ולכך שפיר אמרינן כיון דאדם טועה וכו' א"א להכניס זו בכלל מנין החקירות אבל זה לא יתכן לשיטת הרמב"ם דסבירא ליה כמ"ש כי שעה ראשונה פי' אחר הנץ החמה אמנם נראה ליישב אליבייהו ג"כ בסברא כנ"ל דבעינן שיהיו הז' חקירות במציאות לפי ענין ההגדה שיחול הזמה בלי צורך לנתינת כל טעותם כי בלא"ה יש כאן לכאורה קשי' גדולה בהא דביקש הגמרא להוסיף במנין החקירות והוא בכמה בשעה דהא שהיום נחלק לי"ב שעות או חלקים אינו לא קרא ולא גמרא ולא יחייב אותו הטבע והחקירה רק הוא הסכמי בעלמא שהיו התוכנים מסכימי' לחלק היום בזמנים מתחלקו' ומוגבלי' וחלקו אותו לי"ב חלקים וקראוהו שעות ועוד היום אנו מחלקים שעות אלו לחלקים רבים שלישי' רביעי' עד שבאמת היום נחלק לשלשי' או ארבעים חלקים ואם כן הא דהורה לנו הקרא במנין החקירות באיזה שעה לא נתכוון הקרא דוקא לחלק י"ב מן היום כי מי גזר זאת וכי י"ב שעות דאורייתא רק הכוונה באיזה חלק וגבול מהיום שנעשה בו הדבר עד שנשער זמנו בדקדוק מבלי איחור והקדם. ופירוש באיזה חלק מהיום ואיזה שיעור מוגבל מהיום אם חלק י"ב או חלק כ"ד מהיום והוא פשוט ולפ"ז באיזה שעה ובכמה בשעה א"א למנותו בב' חקירות במנין כי מה שנא דתשאל מתחילה אם נעשה הדבר באיזה חלק מי"ב חלקי היום או תשאל באיזה חלק מכ"ד חלקי היום או שלשים וארבעים ואין זה אלא להקטין החלקים ביותר בירור אבל אין כאן ב' חקירות כי תיכף בשאלך באיזה חלק מהיום עד שאתה שואלו באיזה חלק מי"ב חלקים שאל נא במקומו באיזה חלק מכ"ד או שלשי' או ארבעים חלק מחלקי היום נעשית כפי גדר החלוקה ומה זו של ב' חקירות והדבר צ"ע לכאורה ולכן ברור כי כמו באיזה יום מהשבוע הוא חקירה מיוחדת כי הוא מוגבל בטבע מיום שלאחריו כי זריחת השמש ועריבתו מגביל בין יום לחבירו ולכך שאלה באיזה יום משבת הוא שאלה טבעית וכן היום הטבע מחלקו לשני שעות גדולות דהיינו שני חלקי היום דהיינו קודם חצות היום ולאחר חצות היום דחמה מחלקו בזו במזרח ובזו במערב וזהו שהיום נחלק בשני שעות טבעי ומוחש לראות והן שני שעות טבעי דהיינו ב' חלקים אבל לחלוק חצי היום קודם חצות וכן מחצי היום לאחר חצות לששה שעות זהו שעות הסכמי ותוכל להרבות בם בחלקים כפי הרצון אם רב או מעט ואם כן ברור מה שרמזה התורה בז' חקירות על איזה שעה אין פי' שעה הסכמי' רק שעה טבעית היינו אם קודם חצות היום או לאחר חצות היום כי זהו מוגבל ומוחלק בטבע כמו יום א' מחבירו ולא כוונה התורה על שעה הסכמי שלא היה אז כלל רק הואיל ואחר כך התוכני' חלקו היום ביותר דקדקו לי"ב חלקים הסכימו החכמים להרבות בחקירה ותמור אשר נשאל להם על שני שעות

טבעית יותר נשאל בדקדוק באיזה חלק מי"ב חלקים וכל המרבה לחקור בדקדוק יותר מצומצם הרי זה משובח ואם כן קושי' הגמרא שפיר דיש כאן ב' חקירות א' דנחקור באיזה שעה טבעי דהיינו אם קודם חצות או לאחר חצות כמו שנחקור באיזה יום בשבת כמ"ש דהכל חדא ואחר כך נשאל בחלק קודם חצות כמה מהחלק בו לפי הסכמי' לחלקו לחלקים לששה וכן באומרו אחר חצות נשאל ג"כ באיזה שעה מחלקי הסכמה לאחר חצות וזהו יותר טוב בחקירה משנשאל על כל היום באיזה חלק הסכמה רק יותר טוב להקטין חלקים דהיינו ראשון בין חלק קודם חצות לחלק אחר חצות ואחר כך בחלק הקטן ההוא כמה שעות בו כי כפי יותר קטנות הענין וחלקים יתמעט הטעות ואם תשאל על כמה שעה מכל היום יותר יקרה הטעות משתשאל על חלק ממנו דהיינו בכמה בשעה בחלק חצי היום ולכך יש כאן שני חקירות וכמו דשאלינן באיזה יום מהשבת ואחר כך באיזה שעה ולא אמרינן דבכל השבת יש קס"ח שעות נשאל באיזה שעה מן קס"ח שעות נעשה אלא דזה אינו כי ראשון נשאל בחלק הטבעי ואחר כך בשעות בו וכן הוא בחלק הטבעי בין קודם ללאחר חצות כמו בין יום לחבירו וזהו ברור ולכך משני הגמרא דהא מטעי קטעו ובשלמא בטעות התורה דהיינו קודם חצות ולאחר חצות שפיר אמרה תורה וחקרת היטב וא"צ ליתן לזוממים טעות' כי הוא שיעור מוגבל כאמרם כאן חמה במזרח וכאן החמה במערב וישנו במציאות שיחול הזמה מבלי נתינת טעות ומה שאמרו חכמים יהיבי' ליה טעות' מתחיל' א' עד ה' עדיין לא הגענו לחקירה של תורה דהחקירה הוא כל חצי היום בחקירה א' ואף הזוממים אמרו עליו עמנו הייתם. והחקירה של תורה הוא מוגבל וא"צ למיהב כל טעות' אבל אם נאמר דגם זה מתורה לחקור על חלקי שעה טבעים באיזה חלק מחצי היום כנ"ל וזהו בכמה בשעה בזו לעולם צריך למיהב כל טעות' ולא יש במציאות שאין בו חשש איחור והקדם ואין זה מכוונת התורה שכתבה וחקרת היטב נכון הדבר כמש"ל ולכך אינו במציאות והוא אמת לאמיתו וה' האיר עיני בהבנת דברי הגמרא במה שנלאה המהרש"א למצוא התרתו. ואחרי שבררנו כן חזרנו להנ"ל כי מכאן ראיה ברורה שלא כדברי המהרש"א דאפילו בשנים המכוונים עדותם יכולים לומר אחר כך בבא עדים להזימן טעינו כפי הטעות המצוי וצריך הזוממים ליתן להם כל טעות' כהנ"ל וכן מוכח מהתו' ב"מ דף ע"ב ד"ה שטרי כו' שהקשו מוקדמין למה צריך לגזירה שמא יגבה וכו' הא עדים פסולים דהקדימו בשקר ותי' כגון דאמרו דטעו בין מלא לחסר ולא מפסלי ועיין לקמן בסי' מ"ג בש"ך שהאריך דבכה"ג אפילו כת"י יוצא ממקום אחר נאמנים ולדברי מהרש"א הא בהוזמו אינם נאמנים טעינו בין מלא לחסר ומוציאין אותו לקטלא ובלי הזמה כשאומרים כן יהיו נאמנים להכשיר עצמן דבר זה אין בו ממש

כלל ומה שדייק מהרש"א מתו' דהקשו למה צורך לחקיר' באיזה יום וכו' ולא תי' כדי שלא יאמרו טעינו בקביעי דירחי לא הבנתי דבריו דהא התו' סבירא להו להדיא בקושי' דכיון דכבר אמרו בכמה בחודש מה שיוסיפו לומר באיזה יום ה"ל בגדר כיון שהגיד וכו' ואם כן אם לפי דבריהם באמרם בכמה בחודש ויבואו מזימים אין עדותם בטילה די"ל טעינו וכו' רק ע"י מה שאמרו אחר כך בכמה בשבת בזו חל הזמה לבטל העדות ואף הם אינם נאמנים להוסיף דבר לבטל העדות וכיון שהגיד כו' קרינ' בי' והגדה זו אינו מעלה ומוריד כלל לגרום ביטול לעדותו הגע עצמך עדים שהעידו בב"ד ולפי עדותם לא יחול בו הכחשה והזמה ולאחר שנגמר עדותן באי' להוסיף דבר שיחול בו הכחשה והזמה וכי יש ממש בדבריהם לגרום ביטול לעדות הא כיון שהגיד כו' ומה שאומרין אחר כך כלא יחשב וכאילו אומר חוץ לב"ד שלא בגדר עדות כלל ואף זה כמוהו דמה יתן ויוסיף אמירת השבוע לבטל עדות ובפרט באמירה זו דאין להם לומר יום אחר דלא היו שומעין להם כמ"ש התו' ואם כן תו אין באמירה זו ממש דהא הם מוכרחים לומר יום שיכוון לימי חודש ואם יאמרו יום אחר אין שומעין להם ואם כן אף לבטל העדות בהזמה אין שומעין להם דהוי כמו חזרה ומעולם לא שמענו בעדות דאם יאמרו דבר אחר דאין נאמנים ויהיו נאמנים לבטל העדות ולכך תי' התו' בסותרים דבריהם ועי"כ מהדרינן לומר דטועים כמש"ל וזה ברור ומדויק בדברי התו' ולק"מ. והנה עוד עלינו חקירה בדיני עדות דאם הכחישו עצמן בשעות עדותן בטלה כמו ביום כמבואר במשנה אם כן חובה עלינו לחקור כמה שעות ביום אדם טועה ואם תלינן הטעות בשנים למען ברר הדברים להלכה. כתב הרמב"ם בפ"ב מהל' עדות א' אומר בשני שעות וא' אומר בשלשה עדותן קיימת שאדם טועה שעה אחת וכבר תמהו עליו דהא רבא אמר אליב' דר"מ דפסק הרמב"ם כוותי' אדם טועה ב' שעות חסר משהו כי זה שאמר בשני שעות כוונתו לתחילת שעה שניה וזה שאמר בג' כוונתו לסוף ג' ע"ש וביותר קשה כי בהלכות חמץ נתן הרמב"ם הטעם דלכך תולין כל חמש ולפי מ"ש בתשוב' שלו ע"ש בכ"מ דכך היה סובב עיקר כוונתו חשש פן יטעה בין חמש לשבע הרי דסבירא ליה דאדם טועה ב' שעות וכאן בהל' עדות כתב שעה אחת ומה שנראה לי בישובו ודאי אם נודה לסברת מהר"י בי רב בתשובת מהרלב"ח דחושב במ"ש התו' דלא אמרינן טעות בשנים אפילו בשנים אומרים כאחד מ"מ לא שייך בהו טעות דהכזב לא יפול בו הסכמה ויותר יש לומר הטעות בב' אם אין מסכימים כאחד כגון שזה טעה מלקמי' וזה מלבתרא כיון שאין בו הסכמה הרי הדבר עלול לטעות ע"ש. ואם נימא כן יש ליישב דברי הרמב"ם כך דודאי מהר"י הנ"ל הרגיש בעצמו דאם לא אמרינן הטעות בשנים איך חששו בחמץ

לטעות מה שהוא נמסר לאלפים ורבבות ומ"ש הוא דחמץ לכל מסור כבר השיג עליו מהרלב"ח ע"ש. אמנם לפי מ"ש הרמב"ם בפי' המשנה למס' פסחים דשעה ששית אסור מדרבנן ושעה חמשי' אסור לר' יהודה משום יום מעונן גזירה שיטעה בשעה אחת ולא הזכיר כלל בגוף שעה של ששי' שהוא אסור מפני טעות וצ"ל דסבירא ליה טעות בשש הוא הטעות היותר מצוי מטעות בכל השעות ואפילו נימא אין אדם טועה ולא כלום מ"מ בשעה שש דהחמה במקצוע בקל יפול בו הטעות בחשבו כי כבר נטו צללי ערב ולכך החליט הרמב"ם דשש ודאי אסור מבלי זכר דאדם טועה דשעה זו ודאי מצוי יותר לטעות מן כל השעות וא"כ ל"ק דאף דבעלמא לא אמרינן הטעות בשנים הכא בשעה שית אמרינן כי נטיית השמש גורם הטעות כמ"ש אך זה הוא על שעה שש אבל לר"י דאמר תולין כל חמש משום טעות שני שעות מוכח דאמרינן טעות בשנים ואם כן אף לר"מ אמרינן דבזהו לא יחלקו ר"מ ור"י ולפ"ז א"ש דרבא דאמר לר"מ אדם טועה ב' שעות הוא להס"ד דסבירא ליה לרבא דלכך לר"י תולין כל חמש לא משום טעות רק כדי ללקוט עצים ואם כן לא אמרינן הטעות בשנים ומשש ל"ק כמ"ש דבקרניית' קאי אם כן ל"ל כקושי' התו' דלמא לר"מ אינו טועה יותר משעה ומעשה שהיה בתחילת שלש וזה טעה מלקמי' וזה מלבתרא דהא לא אמרינן טעות בשנים כמ"ש התו' אבל למסקנא דהדר רבא וקאמר אלא וכו' דאף בשעה ה' דתולין לר"י הוא מחמת טעות ולא קשה שבע חמה במערב וכו' דחששו ליום מעונן ואם כן מוכח דאמרינן הטעות בשנים אם כן מהכ"ת להרבות בטעות ואמרינן באמת כקושי' התו' דהמעשה היה בתחילה ג' וזה טעה שעה מלקמי' וזה מלאחריה וכן לר' יהודה מעשה שהיה בפלגא דארבעה וזה טעה שעה ומחצה לקמי' וזה לאחריו ולכך אחד אומר בחמש ואחד אומר בשבע עדותן בטל' שבחמש חמה במזרח וכו' ולא בדקינן אם היה אז יום מעונן או שנודע לנו שהיה יום ההוא יום מעונן שעדותן קיימת כדאמרינן הכא אלא דביום מעונן אף המה לא יאמרו בחמש ובשבע כי מניין יהיו יודעים להבחין ולשער חלקי השעות כי בזמן ההוא לא היה המעשה תחבול' בני אדם במראה אופנים וכלי' מכלי' שונים לדעת חלקי השעות כאשר ממש עוד היום בכל ארצו' המזרח לא שכיח כלל כלים דהמה רק מבחינים בשיעור חלקי שעות כפי זריחת השמש מעל האופן עד הגיע לקו חצי יום וזהו יחלקו לחלקים ששה ובהם ענין השיעור הנ"ל והגבלה ואם יהיה יום מעונן מי חכם ויבין את זאת לשער חלקי השעה בכוון ומכוסה פני השמש ואם כן אין כאן חמש ושבע כלל וביום מעונן בלי ספק שיאמרו על החקירה באיזה שעה א"י ולכך לא נאמר שם ביום מעונן כי אינו ממש במציאות שיאמרו שיעור והגבלת שעה בו ביום ואם כן לפ"ז א"ש דאף דלר"י אדם

טועה רק בשעה ומחצה מ"מ ביום המעונן אין כאן הבחנה בעלמא לומר בדקדוק שעה שתים או שעה ומחצה ולכך תולין כל חמש ולזה פריך הגמרא אי הכי בארבע נמי כיון דאין כאן הבחנה וגבול ביום ההוא אשר כסו פני העבים את השמש א"כ בארבע נמי ומשני הגמרא ד' זמן סעודה לכל וא"ש דהשתא קי"ל דטעות בשנים אמרינן לר"מ דאינו טועה רק בשעה א' ובחמץ הואיל והוא יום מעונן חששו לשתי שעות וביותר והן הן דברי הרמב"ם דגבי עדות כתב הרמב"ם דטועה רק בשעה ובחמץ כתב דטועה בשני שעות. אך תי' זה דחוק חדא דעדיין מנ"ל דאמרינן הטעות בשנים ודלמא ביום מעונן שאני דהטעות מצוי ותלינן הטעות בכל אדם משא"כ כשאינו יום מעונן דניכר לכל במהלך וזריחת השמש שיעור היום אפשר דלא טעו שנים כמ"ש כי הכזב לא יפול בו הסכמ' אלא אף דנסבול זה הדוחק מ"מ מעיקרא דדינא פירכא כי לא נראה דברי מהר"י בי רב ודברי מהרלב"ח נכונים וכ"כ מהרדב"ז כי לומר זה טועה מלקמי' וזה טועה לבתרי' לא אמרינן כי אם זה טועה לאחר היה בלי ספק הסיבה לרב זהירת היום עד שנראה כאילו כבר בעצם היום וכן להיפוך כשזה מקדים ע"כ הסיבה משום עכירת היום ואפילת האויר שחשב עודנו לא עלה השמש בגבורתו ואיך יתקיימו שני הסיבות כאחד שזה מקדים וזה מאחר אבל שיסיכמו שניהם בטעות אחד הוא אפשרי שהסיבה הגורם לזה גורם לזה. לכן נראה לומר דצריכין להבין במ"ש התו' בשית יומא בקרנייתא קאי א"כ למה תנן אחד אומר בחמש ואחד אומ' בשבע דעדותן בטלה נימא דהמעשה היה בשית וזה טעה בשעה א' לקמי' וזה לבתרי' וכתבו דאי אמרינן דלא אמרו הטעות בשנים לק"מ ויש להבין מה קושי' דלמא אע"ג דבשית יומא בקרניית' מ"מ לאו רובא דאינשי טעו רק יש טועים ויש אינו טועים ולא אזל בתר רובא וא"כ בשלמא בחמץ דהוא ספק איסור הואיל ומחצה ומחצה דטעו ולא טעו וספק שקול וספק של תורה להחמיר דהא שבע אסור מן התורה משא"כ בעדות דמספיקא לא קטלינן נפש' רק הטעם משום דרוב טעו כדאמרינן בגמרא דסנהדרין אבל בשבע וחמש כיון דכאן חמה במזרח וכאן במערב משום דקאי בי קרניית' לאו רובא קא טעו ומספיקא לא קטלינן ולכך מחזיקינן כעדות מוכחשת ועדותן בטילה כקושי' הגמרא בפ' בן סורר אך באמת אין התלונות הקושי' על התו' רק על הגמרא דפריך לר"מ דסבירא ליה בעדות אין אדם טועה ולא כלום וכו' או חצי שעה ניכול עד סוף או פלגא דשית וכו' וקשה ג"כ כמ"ש דילמא הא דסבירא ליה לר"מ דאין טועה יותר מחצי שעה היינו רובא דאינשי לא טעו ביותר אבל יש בני אדם שטועין ביותר ולכך בעדים דבעינן רובא דמספיק' לא קטלינן אין אדם טועה רק חצי שעה ויותר מזה עדותן בטילה דליכא רוב הטועים משא"כ בחמץ אף דהוא יותר מחצי שעה מ"מ איכא

דטעו ואיכא דלא טעו וספק איסור לחומרא ולכאורה אין מקום לקושי' הגמרא וצ"ל דהא דפריך שם בגמרא בסנהדרין ודייקינן דצ"ל דרוב טעו היינו למסקנא דקי"ל כרבא דפריך איך דייקינן בהך סהדא וכו' ונקטול מספיקא וכו' אבל אביי דסבירא ליה מ"ד שלש פי' בתחלת שלש ומ"ד בשתים בסוף שתים ש"מ דסבירא ליה דאף מספיקא קטלינן נפש' כל כמה דנוכל ליישב דברי העדים שלא יהיו מוכחשים אמרינן דאל"כ קושי' רבא במקומו מי ירד לסוף דעת העדים דלכך נתכוונו ולפ"ז לאביי שפיר פריך הגמרא אי ס"ד דהות ספק אי טעו או לא טעו אף בעדות הוה אמרי' מספיק' דלא טעו ליישב דבריה' לבל יהיו מכחישים זא"ז וע"כ דרובא לא טעו אם כן קשה בחמץ נמי ואם כן אף קושי' התו' שפיר ולפ"ז הני מילי לאביי אבל לרבא דסבירא ליה מספיקא לא קטלינן ולא מיישבין דברי העדים שפיר י"ל כמש"ל דשית יומא בקרניית' והוא דבר ספק שקול ולכך בחמץ אסור ובעדות עדותן בטילה וי"ל כמ"ש וא"צ לתי' התו' דלא אמרינן הטעות בשניהם אך זהו בספק איסור אכילה דאיכא ספק של תורה אבל בספק שריפת חמץ כדאמר רבא דנתנו חכמים שעה ללקט עצים כיון דקי"ל הבודק צריך שיבטל אם כן אין כאן איסור תורה דבביטול בעלמא סגי רק מצות ביעור דרבנן כנודע בפוסקים ואם כן אילו יש כאן ספק א"צ להחמיר מחמת שריפה דרבנן ואם כן מ"נ בטעות לו יהיה דטעה ואם יגיע שית ילקט עצים וישרוף בסופו ואי דשית יומא בי קרניית' ויטעה וישרוף בסוף שבע תמור דחשב דהוא בסוף שית מה בכך עכ"פ אין כאן רק חשש ביטול מצוה דרבנן וכל ספק דרבנן לקולא ועכצ"ל דרוב טעו ואם כן אף בדרבנן צריך להחמיר כיון דהוא רוב דטעו ואם כן קשה למה א' אומר בחמש וא' אומר בשבע עדותן בטלה דלמא הוי בשית כקושי' התו' ושית יומא בקרניית' רובא טעו וצ"ל דטעות בשניהם לא אמרינן וזהו הכל להס"ד דרבא דסבירא ליה דנתנו חכמים ז"ל שיעור שעה ללקוט עצים ואזיל רבא לטעמי' ולכך סבירא ליה לר"מ אדם טועה ב' שעות אבל למסקנא דהדר רבא מהך תי' דנתנו חז"ל שיעור ללקוט עצים רק סבירא ליה משום יום המעונן וא"כ תו אין צ"ל דלא אמרינן הטעות בשנים רק י"ל כמ"ש דשית יומא בקרניית' איכא דטעו ואיכא דלא טעו ולכך גבי עדות בעינן רובא ואם כן מהכ"ת להרבות בטעות אמרינן לר"מ אדם טועה שעה והאי שעה מלקמי' והאי שעה אבתרי' כהנ"ל וכן לר"י כנ"ל שעה ופלגא זה שעה ופלגא מלקמי' וזה שעה ופלגא מבתרי' והא דלר"י תולין כל חמש ולא אוכלין עד פלגא דחמש הוא הטעם דיום המעונן חיישינן טפי כמש"ל בראי' מן המשנה וברורתי הדברים בישוב הרמב"ם לשיטת מהר"י בי רב ולכך אמר רבא אלא וכו' דהדר בי' מכל הנ"ל וסבירא ליה דאינו טועה רק לר"מ שעה ולר"י שעה ופלגא ולכך פריך הגמ' אי הכי דחוששין ליום המעונן

בד' נמי וכו' כהנ"ל וא"ש ודברי הרמב"ם נכונים כמש"ל דתלינן הטעות בשנים ובחמץ דיום מעונן חוששים לשני שעות כהנ"ל וא"ש ודוק. היוצא מזה מכל הנ"ל דאם אחד אומר תחילת שעה שני' ושני אומרי בסוף שעה שלישית מהני עדותן דאמרינן דעובדא היה באמצע דהיינו בתחילת שעה שלישית וזה טעה מלקמי' וזה מבתרי' ואם כן לדינא אין נ"מ בין דעת התו' ובין דעת הרמב"ם כלל דמ"ש אי אמרינן אדם טועה ב' שעות ולא אמרינן הטעות בשנים או אמרינן אדם טועה שעה א' ולעומת זה אמרינן הטעות בשנים ואם כן לדינא לא נ"מ כלל בשום אופן אך לפי מ"ש כשמביא הלוה עדי פרעון ואחד אומר בשלש פרע וא' אומר בחמש מצטרפין דכל קושי' הכא איך דייקינן בהך סהדא וכו' ומספיקא לא קטלינן וכן לא מוציאין ממון בספק אבל להחזיק אמרינן מ"ד שלש כוונתו לסוף שלש ומ"ד חמש כוונתו לתחלת חמש והן רק טעות שעה א' ואפילו אחד אומר בשתים וא' אומר בחמש יש להכשיר לעדי פרעון אם אנו אומרים כך כוונתם אם כן אין כאן טעות רק ב' שעות והן לדעת התו' דטועים ב' שעות והן לדעת הרמב"ם י"ל דעובדא דפרעון היה בתחילת ארבע והטעות הוא בשנים ואם כן הממע"ה וכן א' אומר בחמש וא' אומר בשבע לדעת הרמב"ם דהטעות בשניהם ואולי היה המעשה בשש והוא בקרניית' והוי ספק והממע"ה וזה ברור לדינא אף שלא מצאתי במחברים כי לא דברו בו כל הצורך להיותו בלתי מצוי דאין דו"ח בד"מ:

יד **החזיק כו'** כתב הסמ"ע אם העיד אחד שבפניו ובפני ע"א שמת נתן לו לפלוני מתנה בניסן וא' אומר שבפניו ובפני ע"א נתן לפלוני בתשרי והעד השני מת אין לו כלום דהוי כב' שטרות על שדה א' ואם כן ביטל השני את הראשון ועל המתנה שני' אין כאן רק ע"א והפסיד רי"ו והביאו ד"מ וצ"ל דוקא שהיה המתנה ראשונה בפני שנים וגם בשעת המתנה שני' היה עודנו חי דאל"כ למה יש ביטול בהשני אדרבא אמרינן ליפוי כח נתנו דידע דעל מתנה ראשון ליכא אלא ע"א בתחילתו או מת ואין כאן בירור ולכך חזר ונתנו בפני ע"א לברר הענין משא"כ כשהיו שני עדים ממתנה ראשונה קיימי' א"כ ודאי לבטל בא אבל לא הבנתי מה צורך דהיה המתנה שני' בפני שנים כיון דאחד מת ומה מעלה או מוריד זה ונרא' דלזה נתכוון רבינו ב"י שכתב שלא הבין דבריו:

טו **מצטרפין** כתב הסמ"ע דמיירי דלוה טוען דהיה פורעו ב"פ מנה ודברי שני עדים אמת אבל אם אומר דלא פרעו אלא חד מנה הרי הודה דחד סהדי בשקרא מסהיד ולא ה"ל רק חד עד ומלו' משתבע ש"ד ושקול עכ"ל וצ"ל דמיירי מתחילה קודם שידע מעדותן של עדים הודה דלא פרעו רק מנה דאי לאחר עדותן הא יש לו מגו דפרעתיך שני' והא סהדי וא"כ במודה נאמן על מנה בשלמא בתובע דבעינן תבעו שנים משום דה"ל מגו להוציא

אבל כאן הלוה מוחזק ועיין לקמן סי' פ"ב ושם הדין מבואר יותר דהלוה נאמן בכה"ג במגו ולכן השמיט המחבר ורמ"א ולא כתבו כן כאן כמו לעיל דהנתבע טוען שניהם:

טז **אבל אחרים כו'** כתב הסמ"ע דאפילו שמע שני עדים העידו בב"ד ונחקרה עדותן כראוי אין לומר עדותו בב"ד דהוי עד מפי עד והט"ז חולק דדוקא כששומע ע"א מעיד אבל שני עדים למה לא יעיד והנכון אתו כי לדברי הסמ"ע קשי' א"כ עדים הרואים שטר שנמחק או נשרף איך יעידו עליו בב"ד ומהני עדותן הא כל טיבו של שטר דהוי כנחקרו עדותן בב"ד ואם הם שמעו בע"פ העדות ונחקר' עדותן לא יוכלו להעיד בב"ד איך יהיה מהני עדותן בב"ד על שטר וכ"ת הכי נמי א"כ הך מי שנמחק שט"ח דמעיד עליו עדים וביחוד הך דב"ק בשורף שטרו של חבירו כו' דפריך אי איכא עדים ליסהדי עדים וכו' דמוכרח דמהמני קשי' לי' ואמת כי בהרז"ה בפ"ג דיבמות בשמעתי' מפני מה לא תקנו זמן בקדושין כו' כתב עדים דחזו שטרא ובאים לב"ד להעיד לא מהני דה"ל מפי כתבם אבל צריך ישוב לשיטתו סוגי' דגמרא הנ"ל וצריך לומר דכוונתו אם יבא לב"ד ויעיד כמעיד עפ"י עצמו ולא זכר השטר אז אינו מועיל דהוי מפי כתבם אבל אם בא לב"ד ואמר כך ראיתי בשטר וא"כ הוי רק עדות על טיב השטר באמת כשר ובשטר קדושין חששו דיאמרו עדות עפ"י עצמן ולא דכך ראו בשטר קדושין ולכך לא תקנו דיהיה שטר קדושין מונח אצל עדים וע"ש ועיין מש"ל סי' מ"ו אבל על כל פנים מוכח דאם העידו כך ראינו כתוב בשטר דמועיל וא"כ מ"ש דראו השטר או שמעו בע"פ עדים מעידים בב"ד ולכן אין לדברי הסמ"ע שרש ועל כל פנים מוכח אף לדעת הט"ז דעד אחד בשטר ונשרף אין העדים יכולים להעיד שכך ראו דזה הוא כשומע ע"א מעיד בב"ד דלא יכול להעיד דהוי כעד מפי עד וצ"ע ולקמן נאריך בזה ביותר:

יז **והעידו בב"ד שלישי** לא ידעתי למה צריך ב"ד שלישי די שהעידו כן בשני ב"ד הרי אלו יכולים להעיד על מה ששמעו דגבי דיינים שקבלו העדות לא שייך עד מפי עד כמ"ש בסמוך דעד ודיין לא מצטרף משמע הא דיין יכול להעיד וכמ"ש הסמ"ע וצ"ל דבאמת יכולים להעיד רק כשהם צריכים להעיד בפני השלישי א"כ ה"ל עדים ואין עד נעשה דיין משא"כ כשיש כאן כל הג' ששמעו העדות כל א' בב"ד שלו אין צריכין לעדות והרי הם דיינים משא"כ בשנים שצריכין להעיד ואין עד נעשה דיין:

יח **בין מילתא דעבידי לגלויי** זה דעת הריב"ש בסי' קנ"ה קפ"א קפ"ג שנחלק בזה עם הרשב"ץ ולא קשה הא אמרינן בפ' המפקיד בשמעו בו שמת כ"ע דמורידין קרוב וכו' ופי' התו' דמיירי בע"א וע"כ הטעם משום דעבידי לגלויי הא כתבו התו' כתובות דף ק"ז ד"ה ששמעו כו' דלירד ולמכור באמת אין מורידין קרוב עפ"י ע"א רק לירד ולא למכור

אין כאן כ"כ דררא דממין וכ"כ בא"ז בשם הריטב"א בפ' המפקיד והא דאמרינן לקמן סי' מ"ח ס"ב דאפילו קרוב נאמן לומר זהו פלוני לכתוב עליו שטר והטעם משום דהוא מילתא דעבידי לגלויי התם עדיין לא ברירי לן דהוא מילתא דממון ויש כאן רק חשש בעלמא אולי אחר הוא משום הכי סמכינן עלי' במילתא דעבידי לגלויי ע"ש וכן משמע בריב"ש סי' קפ"א ועיין מש"ל בזה:

סימן לא

א **המכחישי' וכו'** כתב הש"ך בס"ק א' דחכמי בריסק ז"ל נסתפקו באם עד א' אומר לוה ושני מכחישו אי נימא ג"כ דאין מצטרפין יחד לעדות א' דחד מינייהו משקר או לא הואיל ולא הוכחש מפי שנים עדים והנה הש"ך הכריע מדברי הר"ן והרמב"ן דפסולי ע"י צירוף ויפה הכריע כי כן נראה מדברי הראב"ן דף י"ח ע"ש ג"כ וכן מדברי התו' אבל מ"מ נראה כי יש לחכמי' הנ"ל מקום לסמוך כי נראה כי דעת רש"י ורמב"ם כוותייהו דהא שם בפרק כל הנשבעין פריך הגמ' לר"ח דאמר סהדי שקרא ל"ל מהא דתנן א' אומר גבוה ג' וא' אומר גבוה ה' מרדעות עדותן בטלה ומצטרפין לעדות אחרת מאי לאו מאי עדות אחרת ממון אמר רבא עדות אחרת של ר"ח דאחר מצטרף עמו דה"ל תרי ואין דבריו של חד במקום שנים עכ"ל וזהו לפי דאמרינן בהדי סהדי שקרא ל"ל אבל לפי דקי"ל כר"ה דכשרים לעדות אחרת דזו באה בפ"ע וזו באה בפ"ע א"צ לתי' זה רק י"ל כפשוטה דכל א' מצטרף לעדות אחרת ובזו הקשו התו' בר"ה דף כ"ד דפירש"י על הך דמצטרפין לעדות אחרת כאוקומתא דרבא לעדות אחרת של ר"ח והתוס' הקשו דזהו דוחק וכוונתם דזהו תי' הגמרא לר"ח אבל לפי דקי"ל כרב הונא א"צ לפירוש הזה וכן קשה קושי' התו' על הרמב"ם בפ"ב מהל' קדוש החודש דין ה' אחד אומר גבוה ג' וא' אומר גבוה ה' מרדעות אין מצטרפין ומצטרף אחד מהן עם ב' שיעיד כמותו וכו' עכ"ל הרי דמפרש כפירש"י והקושיא מהתו' במקומו ונראה ליישב דבריהם דלפי דעת חכמי הנ"ל דבעד אחד המכחיש זא"ז ס"ל ר"ה דאפילו בצירוף יכולים להעיד הואיל ולא הוכחשו מפי שני עדים א"כ מכ"ש לר"ח דמחמיר וס"ל דאפילו בפ"ע א"י להעיד פשיטא דבכה"ג דיכול הוא להעיד בפ"ע דאם לר"ה מעידים בצירוף מכ"ש לר"ח בפ"ע וא"כ לשיטתם מה פריך הגמ' מן אחד אומר גבוה ב' וכו' דמצטרפין לעדות אחרת הא אין כאן הכחשה רק מע"א ולשיטת חכמים הנ"ל לא שייך בהו פסול ואין מקום לקושי' הגמ' וצ"ל דבלא"ה יש לדקדק הא דמשני רבא לעדות ר"ח דהא רבא לא צריך להך שנויא דהא רבא ס"ל בפ' חזקת וכו' כר"ה וא"כ לדידי' לק"מ וא"צ לתי' הזה ומ"ש התו' בד"ה בהדי

וכו' דרבא אליבא דר"ח משני ולי' לא ס"ל דחוק כנודע א"ו דהך לשון מצטרפין לעדות אחרת אין פירושו דשניהם יחד יעידו דא"כ הל"ל כך ומעידין עדות אחרת אלא ברור דפי' שכל אחד מהן מצטרף עם השני אחר הכשר שלא היה בהכחשה זו וכן פירש"י להדיא על מילת ומצטרפין וכך היא בתוספתא לר"ה א' אומר גבוה שלש וא' אומר גבוה חמש מרדע' אין מצטרפין זע"ז אבל מצטרף הוא עם אחרים עכ"ל הרי הדבר כמ"ש והגמ' קיצר בברייתא כדרך הגמ' ומ"ה העיקר כמ"ש ולפ"ז להס"ד דלא מיירי באותו עדות ר"ח רק לעדות אחרת דממון ע"כ מוכח דלא כחכמי בריסק דאי כדבריהם למה אמרינן דדוקא מצטרפין אבל ביחד לא יעידו למה הא לא נפסלו כלל כיון שלא הוכחשו מפי ב' עדים ועכצ"ל דליתא לסברת חכמי בריסק ואפילו בא' מול א' ג"כ מיפסל להעיד ביחד אבל לצרף כשר וא"כ תיובתא לר"ח דליכא לחלק בין הכחשה לע"א לשנים בס"ד וא"כ רבא דידע קושטא דדינא הנ"ל בא' המכחיש א' לא נפסל כדעת חכמים הנ"ל אף דס"ל כר"ה מ"מ לא ה"ל לפרש בעדות אחרת דא"כ אף הם ביחד יכולים להעיד. ולכך משני לאותו עדות ר"ח וא"כ שפיר קתני דאין יכולים להעיד ביחד דהא הם מכחישים זא"ז אבל כשיצרף לאחר עמהם ה"ל חד לגבי תרי אבל לעדות אחרת אפילו שנים ביחד יכולים להעיד ולפ"ז רבא דמשני לאותו עדות ר"ח לדינא קמשני אף דס"ל כר"ה משום דלעדות אחרת אפילו ביחד יכולים להעיד וא"צ צירוף לאחר וע"כ יפה עשה רש"י וכן הרמב"ם דהעתיקו הך ומצטרפין לעדות אחר היינו לעדות החודש כאוקומתא דרבא אף דקי"ל כר"ה משום דאילו לעדות אחרת אפי' ביחד יכולים להעיד וא"ש. וכן מורים דברי רש"י ורמב"ם בהך דא' אומר נתגרשה וא' אומר לא נתגרשה דאמרינן תרווייהו בא"א הם מעידים דלא פירש"י בהן דמיירי דמחולקים בקרוב לו או לה ש"מ דסתמא ג"כ אמרינן דאם נשאת תצא וכ"כ הרמב"ם להדיא פי"ב מהל' גירושין מי שהיתה בחזקת פנויה ובא א' ואמר א"א היא ונתגרשה וא' דאמר לא נתגרשה אם נשאת תצא שהרי הוחזקה א"א עפ"י דבריהם ולא כתב כלל דברי הר"ן דצ"ל שניהם יודעי' בגירושין רק מחולקים בקרוב לו ולה ש"מ דבכ"מ אמרינן כן וכ"כ הב"ש בסי' קנ"ו בא"ע דלרמב"ם בכ"מ תצא וא"כ דלא כר"ן דע"א בהכחשה לא מיפסל כלל והוא הדבר שכתבתי וא"כ יש לחכמים הנ"ל רש"י ורמב"ם דמסייעים ותמהני מהרב הש"ך דהביא ראיה מר"ן ולא הביא מתו' דהשיגו על פי' רש"י לעיל וס"ל דבאמת אמרינן לאותו עדות ל"ד רק ה"ה לעדות אחרת א"כ ל"ל כמ"ש והדבר מוכח מן הגמרא דאפילו בעד א' שהכחיש אחד אמרינן דפסול כהנ"ל כיון דהך מצטרפין צ"ל דלאו דוקא ולדינא כיון דש"ע א"ע סי' קנ"ז העתיק בלי חולק דינו

של הר"ן בא' אומר נתגרשה דאם חולקים בגוף הגירושין דאם נשאת לא תצא ש"מ דס"ל לדינא דאף בע"א יש הכחשה ופסול והכי קי"ל:

ב **שהרי בודאי כו'** כתב הב"י כתב במשרי' נ"ב ח"ו אם אינם מכחישים זא"ז אלא במקצת עדות ובקצת אינם מכחישים נתקיים אותו קצת ע"כ וכתב עליו הכה"ג גמ' היא בפ' חזקת הבתים זה אייתי סהדי דאבהת' היא ואכלה שני חזקה וזה אייתי סהדי דאכלה אותן שני חזקה אמרינן נהי דאתכחוש בשני חזקה באבהת' לא אתכחש וכשרי' לר"ה ויפה כתב בזה אלא שאני תמה על הראב"ן דף י"ח דכתב בא' אומר מנה וא' אומר מאתי' דלא מפסל שום א' מהן הואיל וה"ל בדיקות דאי מיפסלו א"כ בשנים או' מנה ושנים מאתים נמי א"כ הא דקתני בהך דלב"ה גובה מנה ור"ה ור"ח דלא כמאן דאפילו ר"ה פסל להו בחד לוה ומלוה והכא חד לוה וחד מלוה וכו' אלא צ"ל דלא מיפסלי וכו' ע"ש ולכאורה קשה הא כמה דלא אתכחש בהך דהוא של אבותיו מודה ר"ה דכשר וכאן נמי על מנה לא אתכחש רק על מנה השניה יש הכחשה זה אומר לוה וזה אומר לא לוה ובהו י"ל דהוי עדים מכחישים אבל על הך מנה לא אתכחש וביותר יש לתמוה במה דקאמר היינו חד מלוה ולוה דהא אמרינן בגמ' להדיא חד מלוה ולוה ושני שטרות זה במנה וזה במאתים הממע"ה ונוטל רק מנה ואף כאן כת זו אומרים מנה וכת זו אומרים מאתים ולכן צ"ל דנתכוון הראב"ן לקושי' התו' שם בפז"ב דף ל"א ד"ה ב"ש דהא על מנה כולם מעידים רק נחלקו במנה הנוספת וא"כ על מנה יש כאן ד' עדים ונמצא א' מהן קרוב או פסול כל העדות בטלה וא"כ כל העדות בטל וס"ל לראב"ן תי' ראשון של תו' דב"ש ס"ל כר"י דבד"מ תתקיים עדות בשאר וכן שארי תי' לדוחק רק ס"ל דאף לב"ש דאמר בא' אומר מנה וא' אומר מאתים דנחלקה עדותן לא מטעם פסול רק דס"ל דאין העדות מוכשר עד שיעידו בשוה דכתיב עפ"י שני עדים דמעידים בשוה וא"כ יפה הקשה אילו שם פסול בהו א"כ למה גובה מנה בהא אף ר"ה מודה דס"ל כחד מלוה ולוה בחד שטר' דהא כולם מודים ומעידים על מנה וה"ל כנמצא אחד מהן קרוב או פסול דכל עדות בטל ולא דמי כלל להתם בב"ב בהא דאמרינן באבהתא לא אתכחש דהתם לא העידו רק כת אחת ומוקמינן בחזקת כשרות כר"ה אבל אילו העידו כל הד' עדים אף באבהתא לא היה מועיל דה"ל א' מהן קרוב או פסול וכן בשני שטרות דאין כל ד' עדים מעידים על כל שטרות רק ב' בזו וב' בזו ולכך כשר משא"כ במנה מעידים כל ד' כתות (ובאמת היה יכול הראב"ן להקשות לאחד אומר מנה וא' ר' לב"ה דסבירא לי' כשר למנה רק עדיף לי' להקשות מכ"ע אפילו לבית שמאי דמודה בשני כיתות עדים דגובה מנה וזה מבואר בכוונתו שם) ולכן נראה דלזה נתכוון רבינו ב"י בכוונת משרי' דטובא קמ"ל דודאי אם

במה דלא הוכחשו אין כאן כל ד' עדים פשיטא גמ' ערוכה היא. וכן פסקינן לקמן בסי' קמ"ו להדיא רק מיירי דעל אותן מקצת עדות שלא הוכחשו כל ד' עדים מעידים וא"כ הרי יש כאן מקום לפסול כסברת הראב"ן דה"ל נמצא א' מהן קרוב או פסול וכן תי' התו' לחד תי' דלכך כשר לב"ש דס"ל דאין טוענין בבדיקות משום דס"ל כר"י דס"ל בד"מ תתקיים העדות בשאר א"כ לדידן דקי"ל כרבי והכחשה בחקירות דמיפסל בהו כל עדות בטלה אולם הוא רי"ו ס"ל כתי' התו' דבהכחשה לא אמרינן נמצא א' מהן קרוב וכו' ולכך מכשיר העדות במקצתו שלא הוכחש אף דמעידים כל העדים עלי' ודבר גדול דיבר בזה הרי"ו וטובא קמ"ל עד שאני נבוך אי הלכה כמותו כיון דהתי' לחד תי' וכן הראב"ן לא ס"ל כוותי' ועיי' מש"ל סי' ל"ו בפרט דין הלזה ביתר עוז ופנים מסבירות בהלכה:

ג **וישבע על השאר** בנק"ח כבר השיג הש"ך על סמ"ע בזה כמ"ש באורים וגם תי' הש"ך דוחק דמיירי דלית ליה קרקע דלא ה"ל לסתום ולבאר ועיי' בזה לקמן סי' פ"ח אבל לענ"ד ברור שנעלם לשעה מהרבנים האלה דברי הרמב"ם בהל' אישות פרק ט"ז דכתב היא אומרת בתולה הייתי וכתובתי ר' והוא אומר אלמנה אין לה אלא ק' וישבע הבעל בנק"ח שאלמנה נשאה כדין מ"מ והשיגו הראב"ד דה"ל שיעבוד קרקעות ותי' המ"מ דהרמב"ם סתם דבריו לאחר תקנת הגאונים דמטלטלים משתעבדי א"כ תו לא הוי שטר שעבוד קרקעות וכו' עכ"ל ועיין לקמן סי' פ"ח דכתבתי דכן דעת הרא"ש בפ"ב דכתובות וא"כ כמו דסתם שם ונמשך אחרי תקנות גאונים כן סתם פה דעכשיו ב"ח גובה ממטלטלין דיתמי וחל שעבודא עליהן ולק"מ בשום פקפוק איברא מ"ם לפקפק ולפלפל בגוף הדין הזה עיי' בסי' פ"ח כי שם בררתי באריכות דין זה ועכ"פ אין כאן קושי'. ונסתפק הרב בעל גי"ת בשני שטרות שסכומם וזמנם ושעבודם שוה והוא המלוה תובע שניהם והלוה כופר בשניהם דפסקינן שישלם אחד אי מחויב לישבע על השני כיון דאחד מהם ודאי שקר ולא דמי לגדול ולקטן דשם אולי הגדול אמת ע"ש ודבריו בלתי מובנים ומה מקום ספק יש כאן וכי אמרינן דודאי הלואה שקר רק אנן אמרינן כת אחת פסולים לעדות בממ"נ וא"כ ליכא כאן עדות וה"ל כתביעה ע"פ וא"כ כשהוא המלוה תובעו בב' שטרות כל א' בק' והוא כופר בכולן ה"ל תבעו ר' והעדים מעידים על ק' דשטר אחד ודאי כשר וה"ל ר"ח קמייתא וחייב ש"ד בלי פקפוק כלל ונרא' דאי נשבע ואח"כ באו עדי השטר שנשבע עליו להד"ם והעידו שאמת היו כותבים שנעשה פסול לעדות ולשבועה ע"פ דהא זה הוי כבאים בפ"ע ומעידים דמעידים שנשבע לשקר וע"ז לית הכחשה משום עד דמה שב"ד אין מוציאין עליו ממון הוא דהואיל והמלוה הוציא ב' שטרות ה"ל כהודה דיש בשטר שלו כת א' פסולים ואין להוציא ממון מספק אבל בשביל הודאת המלוה לא נפסול

העדים והם דמעידים ששקר העיד למה לא יפסול הא זה ענין בע"פ וכמ"ש לקמן בסי' ל"ד דאם נשבע להכחיש העד יכול העד אח"כ לצרף ולפסול אוסו דאף דנאמן בשבועה נגדו לגבי ממון מ"מ לא איתרע סהדות' ורואה אני הדבר במכ"ש לענין פיסול העדות. דהוה כזו באה בפ"ע ולכן יש לי ספק אם הכת החתומים על שטר של ר' חיים והוא מודה שהלוה רק טוען פרעתי אם נאמן במגו דלהד"ם דאולי ירא להכחיש דאם ישבע ויבואו העדים יהיה פסול ע"פ משא"כ בטוען פרעתי ונשבע אין כאן הכחשה מעדים וכה"ג כתבו התו' בפ' חזקת גבי נסכא דר"א ובפרט אי אמרינן כדעת הראש מגו להכחיש פסולי עדות ג"כ לא אמרינן ועיי' מש"ל בקונטרס המגו. ואיברא יש סברא להיפוך דכל הטעם שלא נאמן לומר על שטר פרעתי משום שטרך בידי מה בעי וזה לא שייך כאן דחשב הא שטר יש בו עדים פסולים. אך זהו באמת אינו דעדיין לא יפה עשה שהניח שטרו בידו וכי ידע הוא שיוציא שניהם כאחד ואולי יוציא זא"ז וכדומה ולכן לדינא צ"ע כי נ"ל דלית ליה מגו אם יש לחוש שיבאו העדים ויכחישוהו אמנם גם בגוף הדין הא דקי"ל אלו באים בפ"ע ומעידים אם רוצים להעיד על אדם מוחזק לכשרות שהוא גזלן וכדומה מפסולים אי נאמנים דהא הם בספק עדות שקר רק ר"ה ס"ל דאוקמינן בחזקת כשרות ואמרינן דכשרים היו וה"מ לעדות אחר אבל כאן שרוצים להוציא איש זה שהוא בחזקת כשרות מחזקתו אנן נימא מה חזית דאזלת בתר כשרות דעדים ניזיל בתר חזקת כשרות דאיש ההוא ונימא דעדים היו פסולים דהא יש בהו ספק פיסול ולא נוציא אותו מחזקתו ועיי' בתו' ור"ן פ"ב דכתובות בהך אלא ערעור דגזלנותא תרי ותרי נינהו וצ"ע שוב ראיתי בתו' דכתובות דף כ"ב ד"ה תרי ותרי וכו' דכתבו בשני כיתות המכחישות זא"ז שהרי אם כת אחד מאלו מעידה על אדם אחר שהוא פסול לר"ח דחשיב ליה סהדי שקרא לא היו נאמנים אע"ג דאין אדם מכחישן וכו' הרי דכתבו להדיא דוקא לר"ח אינו יכול להעיד על א' שהוא פסול משא"כ לר"ה איברא דצ"ע בטעמא ואולי התו' בקושיא מילתא דפסיקא נקטו דלר"ח פשיטא דאינו יכול לומר שהוא פסול אבל לר"ה לא ברירה כ"כ ותו' בקושיא נקטו מילתא דברור וצ"ע:

ד **וי"א דטוב לו שישרוף הקטן וכו'** עיי' אורים שכתבתי דכל דברי הסמ"ע הם אמורים עם הספר לבדק הבית לרבינו ב"י והסמ"ע לא ראה אותו וכוון לדעתו. אלא בלא"ה יש לתמוה איך יכול להטיל שבועה שלא יש בידו גדול הא אין כאן טענת ברי כלל ואף שראהו בידו דלמא רגע אח"כ שרפו וא"כ דליכא טענת ברי איך יטיל עליו שבועה וצ"ל דזהו הוי רגלים לדבר שלא שרפו הואיל וראה מתחילה בידו מסתמא יגנוז אותו לתובעו בו שנית בב"ד אחר והוי כמו סלע שראה שנפל משנים וכמו תיבה פרוצה דקי"ל דיכול

להשביע אף שאין טענת ברי לגמרי מ"מ מחמת רגלי' לדבר יכול להשביע וא"כ המחבר דלא ס"ל לקמן בסי' ע"ה הך דינא דתיבה פרוצה ע"ש וס"ל דאין כאן חיוב שבועה רק בטענת ברי להדיא השמיט הך דינא דשבועה כאן דליכא ברי משא"כ הרמ"א אזיל לפי דפסק לקמן בסי' ע"ה דיכול להשביע וא"כ א"ש דכתבו בלשון וי"א דבמחלוקת שנוי לקמן סי' ע"ה ונראה לומר דאפילו אם שורפו ברגע שטוען עליו בב"ד רק הוא קודם שבועה נמי שפיר דמי דמה בכך דשורפו לאחר טענת הלוה עליו סוף כל סוף אין לו עליו רק שטר אחד ולא יבא לכלל פסידא ובזה מובנים דברי הטור דכתב אם הוא פקח יתבענו בב"ד זה בגדול ובב"ד אחר יוציא השני וטען עליו הב"ח אן חכמתו הלא יטיל שבועה וכי ישבע לשקר אבל לפי מ"ש ניחא דעכ"פ לא מפסיד וקרוב לרווח ורחוק להפסד דאולי לא יזכור בו הלוה ולא יטעון עליו השבע לי הרי יגבה בב' שטרות בשני ב"ד ואם יהיה לוה נזכר ויטעון עליו השבע לי לא מפסיד דהרי יכול תיכף לשרוף הקטן ויגבה בגדול ולא יפסיד כלום מה שא"כ אי אמרינן דלאחר הטענה אינו מועיל שריפה יפה הקשה הב"ח דהא מפסיד בזה שאין שורף הקטן קודם בואו לב"ד דאם יעיל עליו שבועה ודאי דיודה האמת דיש לו שני שטרות קטן וגדול שם הוא ולא יגבה אלא הקטן ומפסיד ולכן ברור כמ"ש:

ה **שלא ישביעוהו הלוה כו'** נראה דוקא בבא לתבעו ראשון בשטר גדול בר' והלוה כופר שפיר י"ל דררא דממון וכפירת ממון דאם יהיה מראה לב"ד השטר מן ק' לא יצטרך לשלם רק ק' ובמה שגונזו מפסיד ק' דצריך לשלם ר' והוי תביעת ממון ויכול להשביעו אבל בהוציא שטר קטן מן ק' תחילה א"כ מה יטעון הוציא השטר מן ר' אין כאן אף לפי טענתו כעת הפסד ממון דעל כל פנים יתחייב לשלם ק' ואין כאן טענת ממון רק חשש שאולי עתה כובשו כעת ומחר תהיה תובע אותי בו ואפסיד זהו רק חשש בעלמא ועכשיו אין כאן דררא דממון כלל והשתא בתובעו בגדול נסתפק הרא"ש אי יש כאן חיוב שבועה רק הטור הכריע דחייב שבועה והיינו הכל בתובעו בגדול דהוי עכשיו דררא דממון כמ"ש אבל בתובעו בקטן תחילה אין כאן שבועה כלל והבו דלא לוסיף דלדעת הרמב"ם בכל גווני ליכא להשביעו וגם אילו ס"ל לטור דבכ"מ יש להשביעו ה"ל לכתוב סתם כשמוציא שטר אחד יכול להשביעו וכו' אבל הוא לא כתב רק כשמוציא גדול וכן הנכון והא דנתן הטור עצה שישרוף הקטן ולא נתן עצה שיגבה בשטר קטן תחילה ואין כאן שבועה חדא דמ"מ יוכל להחרים סתם ומי יהיה מייעץ לו לעבור ספק חרם ועוד אין זה עצה לגבות בקטן אולי בין כך יפסיד הלוה נכסי' ולכן לדינא נר' כמ"ש. וכתב הסמ"ע דלדעת הרא"ש בב"ד אחד אין מגבין לו בקטן אף שכבר גבה בגדול כ"א בב"ד

אחר ואין להקשות לפי מה דהעלו כל הפוסקים דפלוגת' דרבוותא הוי כתרי ותרי ולקמן בסי' רס"ח הביא רמ"א דינו של ת"ה דהיכי דתפס כחד מרבוותא ואחר כן תפס כאידך רבוות' החולק מ"מ אמרינך אם כבר נפסק הדין קם דינא ולמה לא אמרינן ג"כ כאן קם דינא דהא התם ודאי דהוא תופס במעות בממ"נ בגזל מ"מ אמרינן קם דינא והטעם משום מחילה או הפקר ב"ד כמש"ל בסוף קונטרס התפיסה ולמה לא נימא ג"כ כאן דקם דינא וה"ל מחילה והפקר ב"ד וצ"ל אחד משני התירוצים או דשם הוא אף בפעם השני מוחזק ולכך אין מוציאין מידו די"ל קם דינא והוי מחילה אבל כאן שבא לב"ד בשטר השני לגבותו אין הב"ד מגבוהו דמי יאמר דקם דינא ומספיקא לא מוציאין ממון או די"ל בשלמא התם בשהב"ד פסקו לו מתחילה דזכה בתפיסתו מתורת קי' ליה ידעו הב"ד דהיא מחלוקת רבוותא ומ"מ פסקו א"כ הוי מחילה או הפקר ב"ד הפקר דהא ידעו דיש בזה ספק ומ"מ פסקו הדין אבל כאן דאילו ידעו הב"ד מתחילה כשבא לגבות בשטר גדול שיש עוד שטר קטן בידו לא היו פוסקין כלל לגבות בשטר גדול א"כ לא שייך קם דינא דהוא פסק בטעות ולא היה מחילה כלל ולא הפקר ב"ד וק"ל. וכתב הגי"ת אם שני מלוים ושני לוים ומלוה אחד הקנה שטרות בכו"מ להשני או ששניהם הקנו לאדם אחר וא"כ יש כאן מקום לומר דהוי כחד מלוה ושני לוים מ"מ אזלינן בתר גוף המלוה והוי כב' מלוים ואני לא ידעתי טעמו ומנלן דין זה כיון דהוא בעל שני שטרות ומוציא מן אחד שלא כדין מה איכפת לן אם מתחילה היה שני מלוין ול"ל דיטעון אי שתקת דלא שמענו טענה זו בשום מקום להוציא כי אם להחזיק שיטעון אי שתקת כדי להוציא מיד המוחזק לא שמענו ואולי בחד מלוה וב' לוין כיון דבלא"ה הוא תיקו בש"ס עד שאמרו אי גבה בזא"ז יכול לגבות א"כ י"ל כשאין מתחילה מלוה אחד לא אמרו אבל נראה בשני מלוים ולוה אחד אם השטרות הם נקנים לאחד לא אמרי' דגבי דהרי במלוה ולוה א' לכ"ע לא גבי דבממ"נ חד שטרא שקרא ניהו וא"כ אף הבא בכחן כיון שהוא יש לו ב' שטרות איך יוציא בב' שטרות וחד ודאי שלא כדין ולו יהיה דאינו אלא ספק הממע"ה:

סימן לב

א **אבל עובר על מדבר שקר תרחק** כן הוא בנ"י ולא הבנתי הא עובר על לאו דאורייתא לפני עור לא תתן מכשול דהכשיל לעדים להעיד שקר בב"ד ולעבור על לאו דל"ת ואפילו נימא דסבירא ליה לרמ"א כמ"ש בי"ד סי' קנ"א דלא עבר רק בקאי בתרי עברי דנהרי אבל אם איסור מצוי להם במקום אחר לא קעבר משום לפני עור מ"מ הא כאן דלא העידו אלא בשכירות ומי היא אשר ישכירם ויתן להם ממון לעבור פי' ה' וצ"ע לכאורה ואפשר

לומר דהא דקתני חייב בד"ש היינו לשלם לחבירו כמ"ש הש"ך דאינו יוצא ידי שמים עד שישלם כי חבירו יש לו תרעומות עליו ודבר חק ומשפט שהזיקו וע"ז קאמר דאם הדבר בעצמותו אמת אין לחבירו עליו תרעומות וא"צ פיוס לחבירו כי אם שעבר נגד חבירו על מדבר שקר תרחק ועל זה לא מחייבים לי' אפילו בד"ש לשלם ממון לחבירו רק צריך לפייסו שימחול לו על שעבר מדבר שקר ודברי הנ"י בלשון שלילא נאמר דאם הדבר אמת א"כ לא גרם רעה לחבירו רק עבר נגדו מדבר שקר תרחק וע"ז לא נאמר שבשביל כך יתן לו מעות ולכך פטור ועבד איסורה אבל הך לאו דלפני עור וכו' לא שייך לחבירו ואין ענין לתשלומים כלל דאף דיתן כל הון מ"מ הכשיל לעדים שהעידו בשקר ומה עבידת' דחבריה בזה ואין זה ענין כלל להמתחייב בד"ש לחבירו כי זהו מה שיש בינו לבין העדים שהכשילן בדבר איסור אבל לחבירו אין לו פתחון פה זולת הך איסור מדבר שקר וכו' דזה שייך לחבירו דגרם להוציא ממון ממנו על דרך כיזב ושקר וצ"ע:

ב **וכן אם לא שכרן כו'** הש"ך בס"ק ג' תמה דאמרינן בקידושין דף מ"ג האומר לשלוחו צא הרוג הנפש השליח חייב והמשלחו פטור שמאי הזקן וכו' אומר חייב ומוקמו לה מה חייב בד"ש ופריך אלא ת"ק דפטר אפילו מד"ש אלא דינא רב' ודיני זוטא איכא בנייהו ע"כ הרי מבואר דאפי' שליח בעלמא יש למשלחו עונש בידי שמים רק הוא דינא זוטרא ואין זה קושי' דפירוש של דינא רבה היינו דנחשב כאילו הוא עושה מעשה וכו' העונש שיש להעובר יש עליו והשופך דם העונש שיש לו כן יש למשלחו וכמו דילפינן מקרא אותו הרגת בחרב בני עמון דהיה לדוד עונש בד"ש כאילו הוא שפך דם אוריה וזהו דינא רבה ודינא זוטרא היינו דיש לו עונש אבל לא כמו העושה מעשה וכאן דאמרי' מתחייב בד"ש היינו לשלם לחבירו והעד שקר גופי' שהעיד שקר אין לו עונש רק שמחויב לשלם ואפי' עד זומם משלם ואינו לוקה והיינו דינא רבה דהוא בעונש כ"כ כמו אילו העיד שקר בעצמו דג"כ מחייב בד"ש לשלם לחבירו וירצוהו ואף השוכר כן והיינו דינא רבה ולכך נתקשו בו הא בדינא רבה פטור דקי"ל כהך תנא כמ"ש הנ"י ראי' דהמשלח הבער' ביד פקח משלח פטור ולכך מחלק בין אומר לשוכר דבזהו לכ"ע בד"ש חייב כמו העד בעצמו ולק"מ וכן נראים הדברים בתשובת חות יאיר אלא שדברים שם מעורבים ומבלבלים הכוונה למעיין שם ודברים ברורי' כמ"ש. וזהו לפי דברי הנ"י והתו' דהביאו ראי' מהך דשלח ביד פקח אבל לפי דברי חדושי רשב"א לב"ק יש לומר באופן אחר דרשב"א דייק לי' מדקתני שוכר ש"מ הא בדברים לא וכתב דל"ל דלכך נקט שוכר דקמ"ל דמ"מ בדיני אדם פטור פשיט' דהוא רק גרמא בעלמא עכ"ל וקשה מה פשיטא ליה הא לחד אוקומת' בקדושין דלב"ש חייב המשלח אפי' בדיני אדם דה"ל שני כתובי' וסבירא

ליה מלמדין ואם כן הא בשוכר לכ"ע אמרינן דחייב דקעביד מעשה ומה פשיטא ליה כ"כ אלא דסבירא ליה לרשב"א בשלמא כשהשליח עושה מעשה גמורה שהרג הנפש וכדומה בזו יש מקום לומר שמשלח ג"כ חייב ומכ"ש שוכר אבל עד שקר בעצמו לא עביד מעשה רק גרמא בעלמא ולרבנן דלא ס"ל כר"מ דלא דנין ד"ג פטור ואפילו לר"מ דעת התו' וריצב"א דהוא רק מדרבנן וא"כ בזו ודאי הבו דלא לוסיף שנתחייב המשלחו דזהו ודאי לא ברי הזיקו והוי גרמא בעלמא דאף דשכרן מ"מ אולי יכפרו בשעת האיום וחיקור הדין ולא יעידו ולא יכוונו עדותן אם כן אין כאן אלא גרמא ובזו לכ"ע פטור ולא ס"ד לחייב בדיני אדם וזהו ברור בכוונתו וכן משמע בסמ"ע ס"ק ג' במ"ש ועוד העדים כו' וא"כ אף בזו י"ל דכאן הואיל ובלא"ה הוא רק גרמא בעלמא בזו בעינן שוכר אבל בעלמא דהוא היזק גמור ומוחלט אפילו אומר חייב ולכך קתני השוכר עדי שקר וכו' ולא קתני השוכר להזיק חבירו כו' אלא דקמ"ל בעדות דלא הוי אלא גרמי דגרמי מ"מ בשוכר חייב בד"ש וטובא קמ"ל ולק"מ. אמנם מדברי התו' והנ"י דלמדו זאת מהשולח הבער' ביד פקח ש"מ דסבירא ליה אפילו בנזק גמור פטור מד"ש היינו לשלם כי הוא דינא רבה כמ"ש ונכון הוא ולדעת הריטב"א דסבירא ליה באמת אף פיתה בדברים חייב צ"ל דסבירא ליה דזהו שישלם לחבירו לאו דינא רבה מקרי ודינא רבה פי' בד"נ שיהיה עונשו כאילו שופך דם אשר עונשו קשה למאוד ולארץ לא יכופר דם כו' וכל אילי נביות לא יספיקו לו אבל לשלם ממון עונש זוטרי מיקרי ולכן לא ידעתי מ"ש הש"ך עזר כנגדו מהך דנחש דהיה לו לטעון דברי הרב ודברי התלמוד דשם היה עונש רבה כי נענשה למאוד כנאמר בקרא וניטל ממנה כל הדרה ובעונש רבה מבואר בגמרא לחכמים פטור ועוד כבר נכנסו התו' בחלוק דלכך משלח חייב דנחנו נצטונו לבל נגרום רעה לחבירנו והוא בגדר ואהבת לרעך כמוך וכדומה אזהרות בתורה מבלי לגרום רעה לחבירו אם בגופו אם בממונו ואדרבא הזהירה התורה לעזור לחמור שונאו ולבל יתעלם מאבידתו ואם כן איך יהיה ידו במעל לגרום רעה לחבירו אבל הנחש עדיין לא נצטוה כלל. אך על זה יש לפקפק דמצינו במדרש רבה פ' נח דהלכות בן נח דחייב ע"י שליח ולא קשי' מי איכא מידי דכיון דבישראל עכ"פ אסור כמ"ש התו' בכמה דוכתי' אם לא שנאמר דלנח נאמרה אזהרה זו ולא בימי אדם ודחוק איברא חטא אדם היה באכילה או שאר הנאה כמו דכתיב נחמד למראה וכבר אמרינן שם בקדושין הכל מודה בנהנה בחלבי' ועריות דאין שליח לד"ע דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ואף זה כמוהו וגם נראה דאף למ"ד בד"ש יש שליח לד"ע והיינו משום דשלוחו של אדם כמותו היינו אם משלח בר חיובא ונצטוה בו ואם כן כיון דשליחו כמותו היינו הוא דעביד איסורא אבל אם הוא לא נצטוה

מה מהני שליח כמותו לו יהיה דהוא עביד איסורא וזה ברור ולכך וכי נצטוה הנחש מבלי לאכול מעץ הדעת רק אדם וחוה ואם כן מה בכך דבד"ש לא שייך דברי הרב שם לא שייך שלוחו וכו' וא"ש. ונראה דדוקא בשוכר אבל מי שיש לו משרת בשכר ונוטל פרס ממנו וארוחתו תמיד ומצוה לו שיעיד שקר אין זה בכלל שוכר אף דהוא כשכיר יקוה פעולתו מ"מ הואיל ולא פרט לו שכר בזה לא מקרי שוכר והראי' הא דילפינן משלח חייב בד"ש מן דוד גבי אוריה שצוה ליואב לשום אותו בראש הלוחמי' אף דיואב היה על הצבא ונוטל פרס מהמלך ולחסד המלך יוחיל להמשיך עליו חסד ובקצפו חמת המלך מ"ה אלא הואיל ולא קצב לו בשביל כך פרס ושכר אינו בגדר השוכר וכן התם ילפינן מקרא על כל דבר פשע לחייב בשליחות יד על עבדו ושלוחו וקשה שלוחו מנ"ל דילמא דוקא עבדו שהוא בא בשכרו אלא כמ"ש ובתשובת ח"י משמע דביקש לומר דגם שלוחו היינו בשכר וזהו דוחק כמבואר בגמרא שם איברא הדבר ברור לחלק כמ"ש ובאמת לולי דמסתפינא הייתי אומר הך השוכר עדי שקר דנקיט שוכר ולא פתה לא איירי שעשוהו שליח להדיא לומר לך והעיד רק אמר להם אם תרצו להעיד תקבלו כך וכך שכר אם כן אין זה בגדר השליח' דלא אמר להו לכו והעידו רק אם תעידו הא לכם שכר וכן אמרו בריש המדיר ופרנס לאו שליח' קעביד ומשני דאמר כל הזן אינו מפסיד ועיין שם ברש"י ולכך בעינן דוקא שוכר ולא אומר ומה שהביאני הוא דברי המדרש רבה פ' נח דיליף מקרא שופך וכו' מיד איש אחיו השוכר את אחרים להרוג את חבירו ואחר כך יליף מקרא דמו ישפך אפילו בהורג ע"י שליח ונתקשו בו היפ"ת וכל מפורשים למה נקט מתחילה השוכר ולא השולח אלא כל א' ענין בפ"ע דשוכר לא אמר ליה בתורת שליחות הנ"ל רק אם תהרוג תקבל פרס ושולח הוא בתורת שליח' לך הרוג פלוני ולכך צריך תרתי קרא ואם המשפט בדא"ה כהנ"ל בסי' כ"ו דאתי בגבר אלם ושכר לגוי' שיעידו שקר אפשר לומר דחייב בדיני אדם כיון דלפי מה דפסק לקמן רמ"א בסי' קפ"ב דהיכי דשליח אינו בר חיובא אמרינן בי' שלוחו של אדם כמותו אפילו בדבר עבירה ולא מצינו שגוי מצווה על עדות שקר אם לא שנאמר שנכלל בכלל דינים שב"נ מצווה וזהו לא אפשר לדון דין אמת רק עפ"י עדים ואם אין עדים הם מוזהרים שלא להעיד שקר וכזב וגם כיון דקי"ל אין שליחות לגו לא שייך בהו שלוחו של אדם כמותו וכמ"ש הש"ך לקמן בסי' קפ"ב באריכות:

סימן לג

א **חוץ מאוהב ושונא כו'** בכה"ג הביא בשם הרדב"ז וסותר דבריו בתשובה מח"א לח"ב דבח"א ס"ל דמשרתי הבית כשרים להעיד דלא גריעי מאוהב ושונא ואולם בח"ב פוסל להעיד ע"ש. ובאמת ח"ב מרדב"ז אינו בידי לעיין בי' אבל לכאורה יש קצת ראי' לדבריו הא דפרכינן בב"ב דף כ"ט ע"ב פריך הגמרא לר"ה דאמר שלשה שני חזקה בעינן רצופות ופריך הגמרא תנן חזקת הבתים שלשה שנים והא בתים דביממא ידעי ובלילה לא ידעו וכו' ומשני הגמרא שיבבי ורבא משני כגון שוכרים וכו' וקשה מה כל החרדה הזה הלא יוכלו לבא משרתיו אוכלי שלחנו שהם לא משו מתוך הבית כדרך המשרתים ומשמשים והם יעידו שדר בו תמיד רצוף יום כלילה ומה צורך לחפש אופן העדות אלא ש"מ דהני הם נוגעים בעדותן ואם כן אף דעכשיו כשבאו להעיד אינם בביתו ומאוכלי שולחנו מ"מ כיון שבשעת החזקה ג"ש היו הם אוכלי שולחנו ה"ל תחילתו בפסלות ובהגדת עדות בעינן תחילתו וסופו בכשרות כמש"ל סי' ל"ז ע"ש וזהו שמץ ראי' לדברי הרדב"ז אך עם כל זה כיון שלא מצאנו בזה להראשונים אין לנו לחדש דין מכח ראי' וקושי' שערי תירוצים לא ננעלו ולהיפוך מצאתי ראי' מדברי הרמב"ם בהל' גזלה פ"ד דין ז' דכתב היה שם לקיטו ושכירו של בעה"ב אין נשבעים ונוטלים ואין הנגזל יכול להיות נשבע שהרי לא היה בביתו כו' ואין משביעין את הגזלן מפני שהוא חשוד על השבועה וכבר בררתי לקמן בסי' צ' דבריו דמאין בא שבועה לגזלן הא אין כאן טענת ברי דהנגזל אן יודע ורגלים לדבר לא ס"ל לרמב"ם דיכול להשביעו ואפילו אמר לי אבא ס"ל להרמב"ם פ"א מהל' טוען דאינו יכול להשביעו אפילו היסת וצ"ל דשבועה בא ע"י טענת שכירו ולקיטו דהוה תובעו עפ"י עד דס"ל לרמב"ם אפילו אינו טוען ברי רק עפ"י העד יכול לזקוק אותו לשבועה וכן העליתי לקמן בסי' צ' ע"ש ואם כן ע"כ מוכח דשכירו ולקיטו הם כשרים להעיד דהא ס"ל לרמב"ם דע"י פסול להעיד כמו אבא א"י להטיל שבועה רק עפ"י עד כשר להעיד וכ"כ המחבר לקמן סי' ע"ה וע"ש במחבר וברמ"א ובש"ך ובמ"ש שם וזהו ברור וש"מ דס"ל לרמב"ם דשכירו ולקיטו הם כשרים להעיד וזהו לענ"ד ראי' שאין עליו תשובה וכן עמא דבר:

ב **ושונא וכו'** כתב מהרש"ל בתשובה סי' ל"ג דהרודף אחר חבירו להורגו וכדומה הוי חבירו שונא גמור וזה פסול להעיד דהוא שונא גמור ומוחלט וכתב בכה"ג דרבים מן מחברים הספרדים נ"ע דהסכימו בדין עם המהרש"ל והנה ראי' מהרש"ל אמורה שם וכן בספרו חכמת שלמה דאמרינן הרוג יציל ופי' התו' דה"ל שונא והקשו בתו' ישינים מה בכך דה"ל שונא הא שונא כשר להעיד ול"ל לר' יהודה פריך דאמר שונא פסול להעיד

דאיך מצינו הורג נפש דמיקטל דנרצח מציל דמה קושי' דלמא ר"י כרבי ס"ל דבעי התרו בי' ולרבי לא קשה הרוג יציל כמ"ש רש"י להדיא ועל זה תי' המהרש"ל דשונא כזה דחבירו נוטל נפשו ברור לי' לגמר' דשכנגדו חשוד להעיד שקר וה"ל שונא גמור דהוא פסול להעיד לכ"ע ובאמת תי' זה דחוק לחדש דין חדש אבל הרב מהרש"א בסנהדרין פ"ק תי' כס"ד דמהרש"ל בקושי' הגמרא להך דפירוש הרוג יציל לר' יהודה ע"ש ולא כתב כלום בקושי' המהרש"ל דמה קו' לר"י דלמא כרבי ס"ל דבעינן דוקא התרו וכו' ואני מוסיף להקשות דא"כ דהקושי' הרוג יציל הוא לר' יהודה הא דפי' התו' במכות על קושי' נרבע יציל היינו נרבע לרצונו דהוא רשע והקשו הא לרבא מ"מ כשר לעדות דפלגינן דבוריה ע"ש וקשה מה קושי' דלמא קושי' הגמרא לר' יהודה לדבריו נרבע יציל כנ"ל לדבריו הרוג יציל ומעתה ל"ל פלגינן דבור' דהא ר' יהודה לא ס"ל הך דפלגינן דבוריה וס"ל דהוי רשע ופסול לעדות כדאמרינן יבמות דף כ"א דלא פלגינן דבור' והאומר הרגתי את פלוני אינו נאמן דה"ל רשע ולא פלגינן דבור' כלל ואמת על זה היה נראה תי' ברור דכי אמרינן דבעינן התרו בו אבל לא התרו בו אין מצטרפין היינו אי בעינן התראה אבל אי א"צ התראה כלל ולא מיירי התורה על פי שנים עדים שיהיה העדים מתרים בו א"כ ודאי דלא נ"מ אי התרו אי לא התרו כיון דא"צ התראה ומכ"ש אי לא היה כלל התראה פשיטא דהכל מצטרפין לפסולו ולא שייך התרו בו כיון דלא בעינן התראה כלל וע"ש במכות במהרש"א במ"ש בתו' בד"ה לאסהודי כו' דכתב להדיא כמ"ש ואדרבא דעתו נוטה יותר ממה שכתבתי ע"ש ואמרינן שם מכות דף ו' ע"ב רבי יוסי אומר השונא נהרג מפני שהוא כמועד ומותרה ומוקמינן ליה כריב"י דס"ל חבר א"צ התראה וכו' ע"ש ואם כן קושי' הגמרא לריב"י איך שונא נהרג הא הרוג יציל ול"ל דלא התרה בו דהא לריב"י א"צ כלל התראה ולא היה שם התראה כלל ומה ענין התראה פה הא לא היה התראה כלל ול"ל דלמא ריב"י סבירא ליה כרבנן דפליגי אר"י וסבירא ליה דשונא מעיד דז"א דהא כל טעמן של חכמים דפליגי אר"י דלא נחשדו ישראל על כך שבשביל שנאה יעיד על חבירו בשקר ואם לריב"י נחשד השונא שיזיקו ויהרוג אותו בשביל שנאתו וישפוך דם נקי איך לא נחשוד שיעיד שקר ואם כן לריב"י ודאי שונא פסול להעיד והקושי' בגמרא הרוג יציל לריב"י וא"ש ואם כן הך קושי' התו' מהא דהא אמרינן פלגינן דבור' קושי' נכונה ול"ל דהקושי' לר' יהודה דלא סבירא ליה פלגינן דבור' דדילמא ר"י כרבי סבירא ליה ולר"י בר' יהודה אין כאן קושי' דהוא אפשר דסבירא ליה פלגינן דבור' כחכמים שם ביבמות וקושי' התו' על נכון אלא דיש בו פקפוק אם כן הא דאמרינן בסנהדרין דף כ"ט דריב"י מפיק לי' מהך קרא והוא לא אויב לו וכו' שני ת"ח ששונאים זא"ז וכו'

דאין יושבים בדין הא לריב"י איצטרך למעט שלא יעיד דעד כאן לא דרשינן הך קרא לשני ת"ח היינו לרבנן דסבירא להו שונא מעיד ואייתר הך קרא והוא לא אויב ודרשינן להך שני ת"ח אבל לפמ"ש לריב"י שונא פסול להעיד אם כן הא איצטרך לכך כדאמרינן שם להדיא לר' יהודה דלא אויב לו קאי לבל יעיד ומנ"ל הך דב' ת"ח וכו' וא"ל דלריב"י מסברא אמרינן כמ"ש דאם נחשד להרוג איך לא יחשוד לשקר בעדותו. דא"כ גם לזה דלא ידון אותו לא איצטרך ואייתר ליה ולא מבקש רעתו דדרשינן שלא ידונו ואפשר לומר דבאמת לריב"י א"צ קרא כלל לא לדיין ולא לעד רק לריב"י חד קרא לגופי' אתא דנהרג אם הוא שונא דמקראי אחריני דכתב רש"י שם לא שמענו רק דאינו גולה וכתיב הך קרא להורות דנהרג וחד קרא לשני ת"ח דאין יושבים בדין וצ"ע. דאפשר לדחות הך סברי שכתבתי דאם נחשד להרוג איך נימא דלא נחשוד להעיד שקר דעדיין י"ל מסתמא כל ישראל בחזקת כשרות ואמרינן דלא יעיד מחמת שנאתו שקר אבל התם הרי שור טבוח לפניך דחזינן דהאיש ההוא נהרג בפתע פתאום ורגלים לדבר דעשה כן לשנאתו אבל בעדות דלא חזינן ריעות' מהכ"ת נימא דישקר בעדותו בשביל שנאה. ויהיה איך שיהיה מ"מ הן למהרש"א והן לפי מ"ש קשה קושי' המפורסמת במ"ש התו' במכות וסנהדרין דאין לפרש במ"ש בגמרא נרבע יציל ג"כ שהוא שונאו הואיל והרביעו שלא ברצונו והוא דומי' דפריך הרוג יציל דא"כ איך קאמר ר"י בסנהדרין פלוני רבעני לאונסו הוא ואחר מצטרפין להורגו הא ה"ל שונאו וכו' ע"ש וקשה כיון דכל הקושי' הרוג וכו' הוא לר"י או לריב"י כמ"ש אבל לפי דקי"ל כרבנן דשונא כשר להעיד באמת לא קשה מידי אין כאן קושי' מר' יוסף דאמר מילתא אליב' דהלכתא דס"ל דשונא כשר להעיד והיה נראה ליישב דברי מהרש"א והוא בשניישב ג"כ קושי' מהרש"ל דמה פריך לר' יהודה דלמא ר"י ס"ל כרבי בזמן שהותרו בו וכו' די"ל מהרש"א ס"ל דסתמא דתו' לא סבירא ליה כפי' ר"ח כהן במכות דאמרינן דשאלינן לי' למחזי או לאסהודי דלכשרי' שאלינן רק סתמא דהתו' ס"ל כפי' הרמב"ם וכל הפוסקים ממש דלפסולים שאלינן וכ"כ התו' גופיה בסנהדרין דף ט' ד"ה בזמן כו' וגם ס"ל למהרש"א דדעת התו' כדעת הנ"י דלאו דוקא לרבי התרו בו רק העיקר אי כוונו להעיד וכ"כ התו' להדיא בסנהדרין דף הנ"ל ד"ה בזמן כו' דלרבי א"צ התראה ובכוונה לחוד סגי וכבר כתבו התו' שם במכות דאף דאמרינן דאין הצירוף פוסל רק עד שיעיד בב"ד היינו למסקנא דילפינן מן יקום דבר אבל בס"ד לא אמרינן כן ע"ש וא"כ אף אילו ר' יהודה ס"ל כרבי מ"מ קשה הנרצח יציל דכי ידע הוא דתיכף יומת כרגע וחשב דעוד יחי' יום יומיי' ויבא לב"ד ויעיד לנקום נקמתו וא"כ דכיון להעיד הרי פוסל כל עדות וכבר כתבו דיש לזה במציאות דהנרצח מעיד כמ"ש כ"מ זה בשם המרדכי

וא"כ כל רוצח שהרג נפש ומת טרם בוא להב"ד אין להרגו מספק כלל דאולי כיון הנרצח להעיד עליו בב"ד ועי"כ נפסלו כל העדות ומספיקא לא קטלינן נפשא והצילו עדה כתיב ואי נימא דאיירי קרא באמת דבכה"ג דבא הנרצח לב"ד ושאלינן ליה ואמר דלא כיון דהוא דוחק דיהיה קרא מיירי בכה"ג דוקא והמקשן לא ס"ל כן דאלו ס"ל המ"ל כשהרגו מאחוריו והמתרץ באמת ה"ל ליישב כן רק כיון דמשיב דקרא לאו בכל גווני מיירי ניחא ליה לשנויא דאיירי בשהרגו מאחוריו דזה שכיח יותר אך הא תינח בהך קושי' הרוג יציל אבל בהך קו' נרבע יציל ל"ל דהקושי' לר' יהודה די"ל דלמא כרבי ס"ל ובנרבע דעודנו חי וקיים בב"ד שפיר י"ל דשאלינן ליה אם כיון להעיד או לא ואין כאן מקום קושיא וא"צ לדוחק רחוק ממציאות שרבעו מאחוריו רק דשאלינן ליה כמו דשאלינן ליה לשארי קרובי' ופסולים כשהיו במעמד כשעשה מעשה וא"כ אם נפרש בגמ' נרבע יציל ג"כ משום שונא ליכא למימר דהקושיא לר' יהודה דהא י"ל ר"י כרבי ס"ל ועכצ"ל כפי' מהרש"ל דשונא כזה שעשה לו תועבה גדולה כזו ורבעו לכ"ע פסול וא"כ המשך התו' על נכון דעל הרוג יציל פי' להדיא משום דה"ל שונא והיינו לר' יהודה דל"ל דילמא כרבי ס"ל דמה בכך דילמא באמת הנרצח כיון לעדות כנ"ל אבל על נרבע יציל כתבו התו' דל"ל דג"כ הפי' כמו בהרוג משום שונא דאם נפרש כן גבי נרבע עכצ"ל כפי' המהרש"ל דשונא כזה לכ"ע פסול דל"ל דהקושי' לר"י דבנרבע שפיר י"ל ר"י כרבי ס"ל והנרבע חי ואומר שלא כוון עדותו וא"כ דמוכח לפי' זה דלכ"ע הקושי' שפיר הקשו מהך דר' יוסף דס"ל דנרבע כשר להעיד ולכך פי' באמת על נרבע פי' אחר וא"כ על הרוג יציל א"צ תו לפי' מהרש"ל רק הקושי' לר"י כנ"ל וא"כ גם קושי' הנ"ל מיושב דהקשו אם הפי' נרבע יציל לרצונו משום דה"ל רשע דהא פלגינן דבורא ול"ל דהקושי' לר' יהודה דס"ל לא פלגינן דבורא דהא לר"י י"ל כרבי ס"ל ומה בכך דהוא רשע אם אומר שלא כיון לא נפסל העדות כהנ"ל בכל הפסולים ואם הקושי' לר' יוסי דילמא ר"י ס"ל כחכמים דפלגינן דבור' וא"ש הכל בלי קושי' כלל זהו מה שנראה ליישב בכוונת מהרש"א ועכ"פ המהרש"א יודה דכך עלה במחשבה לפני התו' סברת מהרש"ל דשונא כזה פסול לכ"ע וא"כ מה דוחקי' דנימא באמת ס"ל לתו' כן גבי רוצח אף דגבי נרבע מוכח מדר' יוסף דלא אמרינן כן כהנ"ל מ"מ ברוצח שרוצה ליטול נפשו אפשר דאמרינן כן אך מ"מ לדינא לו יהיה דהפשט בתו' כמו שכתב מהרש"ל מ"מ הא תו' תי' עוד תי' ופירושים שונים על הרוג יציל משום טריפה או בהורג קרובו ומדחתרו למצוא פיסול בנהרג ש"מ דס"ל דאף שונא כזה לא נפסל דאל"כ מה דוחק לפרש בקרוב או בטריפה הלא כולם פסולים וכן המרדכי תופס לעיקר זה הפי' דה"ל טריפה וכן דעת רבים מהמחברים וכן נראה דעת הש"ך לקמן סעיף טו"ב וא"כ

לא קאי תי' הלזו בתו' וגם דינו של מהרש"ל לא קאי וכך יפה לנו מבלי לחדש דין מם דלא מצינו לו רמז בש"ס ואדרבא יש לפקפק דהא דפרכינן בגמ' לרבנן דמכשירי' שונא להעיד קרא דלא אויב לו מה דרשו ביה לימא דאתיא לשונא כזה הרודפו עד לנפשו. ודוחק לומר דזה מסתבר עד שא"צ קרא והנה הרב בעל כה"ג עמד בדברי מרדכי בפ' גט פשוט בשמעתי' מילאו בקרובים שכתב מה שנהגו בכתובה לחתום שני שושבוני' באויר שני שיטין שיש בין הכתובה לחתימת עדים דאין לפוסלו דניכר הדבר דלמלוי חתמו ועוד שהרי כוחבין שושבוני' וכו' עכ"ל ונתקשה בו הא קי"ל דאוהב זה שושבינו כשר להעיד וא"כ מה פסול יש בחתימת שושבינים ולכך ביקש לכנוס בדוחק ולומר דלאותו עדות שהוא בו שושבין ודאי פסול ולדידי איפכא מסתברא דהא הם מעידים בין איש לאשתו ולשניהם שושבין וא"כ אהבתו בשוה ואין כאן חשש פיסול ואף שיש לדחות זה מ"מ בלא"ה אין לנו לחדש דין מה דלא נזכר בגמ' ופוסקים ראשונים והמרדכי דטרח להעמיד המנהג מה לו לדוחק הזה הלא י"ל דמנהג הוא עפ"י המשנה דשושבין כשר והרוצה לחדש דין ולחלק עליו הראיה אבל ברור דכוונתו דתמיד חותמים השושבינים וכך המנהג מבלי שנות ועל הרוב הם קרובים לחתן ולכלה ופסולים מחמת קורב' וא"כ יש כאן חשש פיסול ולכך נתן הראבי' טעם הנ"ל דניכר למלוי חותמים וגם כותבים שהם שושבינים וליכא למיחש למידי ולכך חותמים תמיד השושבינים מבלי הבדל קרוב או רחוק ולית כאן חשש וע"ז סובב כוונת המרדכי אלא שקיצר וכן הוא בעיטור להדיא וז"ל אבל בכתובה נהגו להחתים קרובים וקטנים בכ"מ לפי שכתובה דבר פומבי הוא ופעמים שהשושבינים קרובי חתן וכלה חותמין לשם כשר ואין העדות כשרים נפסלים בכך עכ"ל והביאו ב"י סי' מ"ה מחודשי' ט' ע"ש והוא הדבר של מרדכי שנתכוונו שניהם לדבר אחד וברור זה מקצר וזה מבאר ולולי דמסתפינ' הייתי אומר שדעת חכמים אלה הואיל וסתם הגמ' פריך מהך דהרוג יציל דס"ל הלכה כר"י דשונא פסול ומה שהביאני לידי זה מהר"ם בפ' ז"ב דפסק בשטר שחתם עליו חתנו דצריך לברר שראה שטר קודם שנעשה חתנו כמו בגזלן ותמה הב"י דהא אמרינן להדיא סוף פ' מ"ש דוקא בגזלן דחשיד לזייף אבל קרובים גזרת המלך וא"צ שיהיה שטר מוחזק בב"ד וצע"ג וצ"ל דס"ל למהר"ם זהו לרבנן דס"ל לא נחשדו אוהב ושונא להעיד שקר ואף קרובים לא נחשדו אבל לר"י דאוהב נחשד מכ"ש קרוב והא אפילו אבי חתנו אמרי' דלא גרע מאוהב ושונא מכ"ש בחתנו להדיא והוי אוהב דנחשד לשקר והוי כמו גזלן והגמ' בב"ב ובריייתא אתיא הכל לרבנן דס"ל לא נחשדו וכו' אבל לפי דקי"ל כר"י ליתא זה ואף קרובים נחשדו כמו גזלן ודוק:

ג **וי"א דשלישי בראשון פסול** הוא דעת ר"ת ומביא ראיה מן דברי ירושלמי דאמר משה מעיד לאשת פנחס משמע הא לפנחס אינו מעיד ש"מ דס"ל ראשון בשלישי פסול ושמעתי אומרים בשם אבי אמי ה"ה הגאון המפורסם מהורר ליב צינץ ז"ל שיש לדחות ראי' ר"ת די"ל דירושלמי לא כיון כלל לקורב' דשלישי בראשון רק ס"ל כדעת רבה וכן כתב רש"י בחומש דאלעזר לקח מבנות יתרו ממש וא"כ היתה צפורה אשת משה דודתו של פנחס והיה משה פסול להעידו דה"ל ראשון בשני חד בעל אבל לאשת פנחס קמ"ל דמעיד דה"ל תרי בעל וכדעת הרא"ש וסייעתו בסעיף ד' ואם כי דברי פי חכם חן מ"מ המעיין ברא"ש יראה דבהא אי ראשון בשני תרי בעל כשרים נחלקו בו בבלי וירושלמי ולדעת ירושלמי פסול רק הרא"ש פוסק כתלמוד דידן וא"כ א"א לפרש בירושלמי דכיון לקורב' כזו דא"כ לשיטתו אף לאשת פנחס פסול דה"ל תרי בעל וע"כ דכיון לקורב' דג' בראשון ובלא"ה מבואר שם בירושלמי דור שלישי מהו שיעיד לאשת ראשון משמע הא לראשון גופי' פסול ובזה לא שייך מ"ש:

ד **וי"א דקורבי אם כו'** הש"ך האריך בזה ותמה על הרמ"א דנראה מלשון העתקתו דנ"מ לענין קדושין דאם קידש בפני קרובי' מצד אם דיש לחוש לקידושין ולהצריכה גט ודעת הש"ך דלשון הרמב"ם כך דכל מה דאינו מפורש בתורה ונלמוד ע"י י"ג מדות קראוהו מד"ס כמו שכתב גבי קדושין בכסף אבל מ"מ אין הבדל ביניהם לדינא כמו מה שמפורש בקרא להדיא ולא על הרמ"א תלונתו כי אם על המ"כ שהביא הב"י בא"ע סי' מ"ב דשם מבואר לדעת הרמב"ם חוששין לקידושין וכ"כ הכ"מ שם ע"ש איברא בגוף הדין מנ"ל לרמב"ם לומר הא דאמרינן בגמ' אבות אבות ב' זימני אם אין ענין לקרובי אב תנוהו לקרובי אם דהוא אסמכתא בעלמא מנ"ל זה ונראה דהא אמרינן שם במשנה אמר ר' יוסי זו משנת ר"ע אבל משנה ראשונה דודו ובן דודו וכל הראוי ליורשו ופי' הרמב"ם בפי' המשנה דהך ראוי ליורשו לא נשנית במשנה ראשונה רק חוזר לדברי ר"ע וכן הסכים המהרש"ל בח"ש ע"ש ובתי"ט וס"ל לרמב"ם דודו ובן דודו היינו מאב וכמ"ש הנ"י דדעתו דוכל ראוי ליורשו במשנה ראשונה נשנית כתב דאיצטרך דלא תימא דודו ובן דודו הוא רק מאב הרי ס"ל דלישנא דודו ובן דודו פי' מאב וא"כ הלא סוגי' בכל הש"ס אם הגמ' מביא איזה ילפותא מקרא לחד תנא קא מקשה הגמ' ואידך האי קרא מה עביד ליה וכאן דדרשינן אבות תרי זימני חד לקורבה דאב וחד לקורבה דאם ה"ל להקשות לר' יוסי דס"ל במשנה ראשונה הך דשתי אבות ל"ל ומה דריש ביה אלא ברור דדייק ליה בלשון המשנה זו משנת ר"ע אבל משנה ראשונה אמרו דודו כו' ויש להבין אם דור שקדמו לר"ע למדו דאינו פסול רק דודו ובן דודו איך חולק ר"ע על רבותיו ודור שקדמהו בזמן ומעלה.

ואי דנחלק ר"ע וס"ל לא כך למדו רבותינו אשר היו בימים ראשונים ובאמת פסלו כל הפסולים ששנה ר"ע א"כ הל"ל זו משנת ר"ע אבל חולקים משנה ראשונה מה טיבו הלא ר"ע לא ס"ל כלל ומה שייך משנה ראשונה א"ו דבאמת משנה ראשונה אמת ואף ר"ע מודה בה דכך היה נשנית מתחילה רק זהו דין תורה אבל ס"ל לר"ע דחכמים אח"כ הוסיפו לפסול קרובי אם וקרובי אישות והן קרובים אשר נשנו במשנה ור' יוסי פליג וס"ל דלא נתקן אח"כ משום תקנה רק כפי שנשנית במשנה ראשונה כך היה מבלי שינוי וא"ש פי' המשנה זו משנת ר"ע שהוסיף על משנה ראשונה אבל משנה ראשונה לא כן היה וס"ל לר"י דלא תקנו חכמים ז"ל אח"כ כלום ולשון המשנה מדויק וא"כ צ"ל דהך אבות אבות תרי זימני הוא אף לר"ע אסמכתא בעלמא לפסול דהא ס"ל דמשנה ראשונה נשנית לד"ת ובאמת בד"ת קרובי אם כשרים וא"כ לא מצי הגמ' להקשות לר"י דס"ל כמו משנה ראשונה אבות מה דריש ביה דהא אף ר"ע לא נחלק במשנה ראשונה לד"ת כלל וא"ש. ותמהני מהש"ך שהחליט בקדושין מבלי לחוש להם במקדש בפני קרובי אם או קרובי אישות הלא גם הרז"ה דעתו דלא מוכרח בגמרא אי אין הלכה כמשנה ראשונה והגמ' רק דחה אולי אין הלכה כר"י דמשנה רק כר"י דברייתא אבל אין הדבר מוכרע וא"כ איך ניקל כ"כ ואף שהרמב"ן חולק מ"מ אין ראי' הרמב"ן מכרעת דכל ראי' שלו מאמוראי בגמ' דאמרו קרובי אם לא יעידו ובאמת הם אמרו לא יעידו משום דמספקא להו כמו דמספקא לר' יוסף אי הלכה כר"י במשנה אבל מנ"ל שהיה הדבר ברור אצלם ואם היה אצלם ברור למה היה ר' יוסף מסופק ופשיטא דיש להחמיר באיסור א"א כהרז"ה וסייעתו ואולי ס"ל להש"ך דאף למשנה ראשונה הרבה מקרובי אם נפסלים דדודו ובן דודו אף מאם כמ"ש הנ"י אך זהו דחוק ויש ראי' מן ירושלמי דיליף ר' יוסי דדיינים אינם יכולים להיות קרובי' לנרצח דא"כ הם גואלי הדם וכתיב ושפטו עדה וכו' וקשה הא גואל הדם אינו אלא קרובי אב קרובי אם מנלן והא כללא הוא כל הפסול להעיד פסול לדון אלא ודאי ר' יוסי לשיטתו אזיל דס"ל כמשנה ראשונה ודודו ובן דודו היינו מאב והן הגואלי דם ולכך שוו דיינים לעדים וא"ש. ולכן ברור דיש להחמיר כדעת הרז"ה ורמב"ם ואפילו לדעת הש"ך דנלמוד מן י"ג מדות מ"מ אין כאן השגה דבעי גט דהא כן מבואר בעיטור אות קבלת עדות בשם רב האי גאון דילפינן מהא דאמרינן בפ"ק דקידושין דיוצא בשאר אברים צריך גט שחרור הואיל ומדרש חכמים ופי' ר"ת דהואיל ואינו ידוע להמוני עם דיוצא בראשי אברים לכך החמירו דבעי גט שחרור ואף זו אין ידוע לכל דקרובי אם פסולים ולכך בעי גט לבטל קדושין ומעתה ל"ק מקדושי בכסף דזה ידוע לכל וצ"ל אע"ג דלא קי"ל כהך הכרעה וס"ל כר"ע דאפילו בשן ועין צריך גט שחרור הסברא מ"מ

לא זז וא"כ דכך דעת בעל עיטור ור"ה גאון איך מלאו לבו של הש"ך להקל ואין ספק דאשתמוט מיני' דש"ך דברי העיטור הנ"ל ועייו מש"ל סי' ל"ו. והנה יש להבין ברמב"ם לפי' המשנה דס"ל דהך וכל ראוי ליורשו ר"ע אמרו מה זה בא ללמדנו אם ס"ל באמת כמ"ש הברטנורא דאחי אמו דאין יורשו מעולם כשר להעידו דזה לא שמענו ולהדיא כתב הרמב"ם האח ואחות בין מן אב ובין מן אם בניהם זה לזה הוי שני ואין כאן גדר ירושה כלל ואפילו נימא דלא כברטנורא הנ"ל ונאמר הואיל והוא יורש אחי אמו ופסול לו אף אחי אמו פסול לו וכן משמע בנ"י מ"מ מה נימא באחי' מן האם שהן ובניהם פסולים ואי נימא דלאחר המשנה פסלוהו חז"ל לאלו דבר זה אין לו שרש ועיקר כלל דאי' איפא נזכר ואן היה התקנה הא ואי נימא דלא למעט הפסולים הנזכר במשנה דאלו מבואר בהם הפסול הן ובניהם רק להוסיף בא וכל הראוי ליורשו ואף זו לא הבנתי מהו הוא הדבר שמוסיף ועוד א"כ בן בן בנו לא יעיד לו אם בנו ובן בנו מתי' הלא הוא היורש ומצי למימר בדוכתי אחריני במקום אבו' דאבא קאתינא ולא כן דעת הרמב"ם דמכשיר להדיא דה"ל ג' בראשון ודוחק לומר דחזר בו בספרו מפי' המשנה וס"ל דבאמת לר"י נשני' כפי' רש"י ובפי' המשנה ס"ל באמת דלמה דלא קי"ל כמב"א דמכשיר באבוה דאבא אפי' ע"ס כל הדורות פסולים דמ"מ יקשה מב"א הך משנה איך מפרש לי' וצ"ע ואולי פי' כל הראוי ליורשו היינו שיש לו בן מן ישראלי' אפי' ממזר דכמ"ש ביבמות כל שיש לו בן מ"מ ואמרי' לאתויי ממזר ואף בזה הואיל וראוי ליורשו פסול לעדות ולאפוקי מי שיש לו בן מן שפחה אף שנשתחררה מותר להעידו הואיל ואינו ראוי ליורשו ואינו בנו וצ"ע. וגם עשיתי סמך לדברי הרמב"ם מהא דאמרינן ביומא בעגל כל מי שהיה בעדים והתראה בסייף ואמרו שם האומר לאביו וכו' אבי אמו ואחי אמו ובן בתו הרגו בני לוי וקשה איך יתכן בלי עדים הא לא היה בסייף רק במגפה ובעדים מי היו העדים אם אחרים איך הרגו הם לקרובים הא בעינן יד עדים בראשונה עד שאמרו נקטעה יד עדים פטור ואי הם היו עדים באמת איך אפשר להעיד על קרובם לא ימותו כתיב ועכצ"ל דקרובי אם לית בהו פסול ד"ת ובחדושי הארכתי:

ה **ולא לאביה כו'** הנה בזו הפיסול יש דעות שלשה דעת הב"ח ומהרש"ל דוקא לאבי' הוא דלא יעיד אבל לאבי אביה שהוא אבי חמיו כשר להעיד אפילו לדעת ר"ת והרא"ש דסבירא להו לפסול שלישי בראשון וראיה שלהם מהך דכתב הטור אות כ"ג אבל אבי חמיו כשר להעיד לו וסבירא ליה לדוחק דסתם הטור נגד הרא"ש ור"ת אלא ודאי בזה כ"ע מודים דאפלוג דרא והסמ"ע דעתו ודאי לר"ת והרא"ש סבירא ליה דג' בראשון פסול אף אבי חמיו פסול דהא יש עם אשתו ראשון בראשון ועם אבי' שני ואבי אבי' שלישי

והא דהכשיר הטור היינו לשיטת הרמב"ם והרי"ף דמכשירין ראשון בג' ודעת הט"ז אפי' לדעת הרי"ף והרמב"ם פסול דבעל באשתו אינו נכנס במנין ראשון בראשון וכמו דהיא עם אבי אבי' ראשון בשני כן בעלה דבעל כאשתו והראי' דאחי חמיו פסול כדתנן אחיו הן ובניהם וחתניהם ואיך יכשיר אביו ויפסול אחיו ומ"ש הסמ"ע לחלק בין אתפלוג דרא הוא דוחק ולכן סבירא ליה דבאמת פסול לכ"ע ובטור נגיה כמ"ש הב"י אבי אבי חמיו אלו הן השלשה דעות שנחלקו בדין הנ"ל ונראה דודאי דעת מהרש"ל וב"ח להכשיר אפילו לדעת ר"ת ליתא לענ"ד חדא דקשה מ"ש הב"ח בשם מהר"ש ז"ל דא"כ הא דאמרינן בירושלמי משה מעיד לאשת פנחס הא אהרן גופי' מעיד לאשת פנחס ומ"ש הב"ח ליישב דקמ"ל דהא לפנחס גופי' אפי' משה דודו פסול להעיד דחוק דז"ל ירושל' דור שלישי מהו שיהיה מותר באשת ראשון משה מהו שיעיד לאשת פנחס וכו' ואם כן אף דניישב בהך איבעיא דמשה וכו' בהך איבעיא דור שלישי באשת ראשון בכאן הקושי' מה אריא דור שלישי הא אפילו דור שני מותר באשת ראשון וגם תרתי למה לי וע"כ דלא תימא משה ופנחס אבל עמרם פסול דהוא דור אחר דור ועיין מ"ש עוד מזה ואם כדברי מהרש"ל הא אהרן מעיד ומכ"ש עמרם והעיקר דהא איבעיא הוא ואיך שייך תי' של הב"ח בלשון איבעיא בשלמא אי סתמא דירושלמי קאמר דינא משה מעיד לאשת פנחס שייך שפיר למעוטי דמש' פסול לפנחס גיפ' אבל לשון איבעיא איך בעי על דור שלישי אם לא פשוט ליה דדור שני פסול וכדומה שהשואל ההוא היה מהרש"א מרא דכולא תלמודא שנית אף אם נסבול דוחק הב"ח מה יאמר בטור אות ה' דכתב הטור ראשון בראשון אמרינן תרי בעל כאשתו ובן בנו ראשון בשני לפיכך שנים אחד נשוי אם ואחר נשוי בת בנה או בת בתה כשר להעיד זה לזה לדעת הרא"ש ז"ל והיינו דה"ל תרי בעל והרא"ש מכשיר בראשון בשני ב' בעל וקשה מה אריא דנשא נכד אשתו דה"ל תרי בעל אפילו נשא נכדו לגמרי דהוא רק חד בעל מ"מ כשר דהוא אבי חמיו או אבי חמותו ולמה תלה הדין בשני בעל והוא ראיה שאין לדחותו כלל ונשוב לדעת הסמ"ע שדעתו באמת לשיטת התו' ורא"ש אבי חמי' פסול רק לשיטת הרמב"ם והרי"ף דמכשירין ראשון בג' בזו כשר ובזו מקיים הגי' בטור אבי חמיו כשר היינו לשיטת החולקים אר"ת וכן מצאתי בהגהת הרי"ף בשם ריא"ז ז"ל דאבי חמי' כשר להעיד והיינו כסמ"ע ולא קשי' מהנ"ל אמנם עדיין קושי' לשיטתו מהא דכתב הטור דאם אחד נשא האם ואחד נכדה דכשר לדעת הרא"ש אבל משמע להחולקים פסול וצריך ישוב הא חורגו לבדו תנן ועכ"פ ממעט חתנו ואיך ס"ד למיפסל' ותי' הב"ח דלהרי"ף דסבירא ליה גיסו לבדו היינו למעוטי בנו וחתנו שיש לו מאשה אחרת אף גם חורגו לבדו פי' לאפוקי חורגו דחורגו אבל בנו וחותנו ממש פסול

ודעת הב"ח דדעת הרמב"ם לא שוה בזה עם הרי"ף וסבירא ליה דבחורגו לבדו אין הפי' למעט חורגו דחורגו רק הרי"ף סבירא ליה כן אבל דעת תשובת עבודת הגרשוני וכן הוא בתשובת חות יאיר לו לשמו דגם הרמב"ם שוה בזה עם הרי"ף וסבירא ליה דלא אתא חורגו לבדו למעט רק חורגו דחורגו וכן נראה הדבר בטור לכאורה דכתב סתם זה נשא האם וזה בת בנה כשר לדעת הרא"ש משמע דאין שום רבוות' מסייע ואילו הרמב"ם סבירא ליה כוותי' הל"ל לדעת הרא"ש והרמב"ם אך בפי' המשנה מבואר כמ"ש הב"ח דעל גיסו לבדו פי' לאפוקי בנים שיש לו מאשה אחרת ועל חורגו לבדו פי' דבן וחתן חורגו כשרים להעיד ע"ש. וזהו כדברי ב"ח והנה לא זו לשיטת מהר"ג דקשה איך כתב דאבי חמיו כשר והיינו לדעת הרי"ף ורמב"ם הא אפילו נשוי נכד אשתו פסול נשוי נכדו יכשר לו יציב' בארעא וכו' אף גם לשיטת הב"ח קשה לומר דיסתום הטור ויכתוב מה שהוא לדעת הרא"ש והרי"ף החולק פסול ודעת הרמב"ם לא נזכר כלל בטור דחולק ארי"ף ועכשיו יסתום כוותי' ויכתוב כשר לדעת הרמב"ם במקום שהרי"ף ורא"ש חולקים והקצרה ידו של הטור לכתוב דלדעת הרמב"ם כשר משא"כ לדעת הרי"ף כמש"ל כשר לדעת הרא"ש לאפוקי דעת הרי"ף וכאן יסתום דלא כרי"ף ודלא כרא"ש ואין לו מובן כלל. ומה שנ"ל אם נקיים הגי' אבי חמיו כשר דבלא"ה יש להבין במ"ש הטור אות חית בעל אם אמו כשר לו ע"כ הוא להרא"ש דסבירא ליה גיסו לבדו לא על בנים מאשה אחרת בגיסו וה"ה בחורגו לא על חורגו דחורגו ואם כן קשה הא דכתב באות ה' לפיכך (פי' הואיל וראשון בשני תרי בעל לא אמרינן) א' נשא האם ואחד בת בתה מותרים להעיד לדעת הרא"ש דקשה מה איריא לדעת זו של הרא"ש בעל בת בתה דהוי תרי בעל הא אפי' לבת הבן בעצמה מותר להעיד דחורגו לבדו תנן והוי לגבי בת הבן בעל אם אמו דכשר ואם כן מה קאמר לפיכך הואיל ותרי בעל כאשתו לא ולכך כשר להרא"ש וזה אינו דלא תלי' כלל בבעל כאשתו דאפילו לנכד אשתו מותר להעיד וצ"ע ליישב בדוחק ומה שנראה הוא דבכה"ג בהגהת ב"י אות ד' הביא בשם המ"מ לחלק דהוא מעיד לבן גיסו ובן גיסו לא יעיד לו ע"ש ועיין במרדכי דג"כ רוצה לחלק בין פסולים דזה מעיד לזה ולהיפוך לא אלא דהוא נתן טעם משום דמה שקנת' אשה קנה בעלה אמרינן אבל לא להיפוך ע"ש אבל עכ"פ מודה דאין זה כלל לומר דהואיל הוא פסול לו אף להיפוך נמי איברא דצריך טעם לדברי המ"מ למה הוא יעיד לבן גיסו ובן גיסו לא יעיד לו וצ"ל דסבירא ליה כרמב"ם דקרובי אישו' הוא רק מדרבנן ואם כן הא דאמרינן אשה כבעלה ובעל כאשתו הוא הכל מדרבנן ואסמכו' אקרא וצ"ל דהטעם דתקנו חכמים כך משום דאי יעיד לבעל אתא למיחלף ויעיד לאשתו ואשה בבעל מתחלף וכך הטעם וגזירת חכמים ז"ל בכ"מ

גזרה הא אטו הא ואף זו בכיוצא בו ואם כן צדקו דברי המ"מ דהוא לבן גיסו יעיד דכאן לא שייך למיחלף דמה נימא אם הוא יעיד אתא למיחלף ואף אשתו תעיד והיא דודתו באמת דהא אשה לאו בגדר עדות ואין כאן חשש כלל משא"כ בן גיסו לא יעיד לו דאם יעיד לו אתא למיחלף להעיד לאשתו ג"כ והיא פסול' לו דהיא דודתו ונכונים דברי המ"מ בטעמן וכפי הנ"ל בטעם גיסו כן י"ל בטור לענין חורגו דחורגו לבדו דקתני היינו דהוא מעיד לבן חורגו נכד אשתו דאפלוג דרא ול"ל אם הוא יעיד אתא לאחלופי ואף אשתו תעיד דזה אינו במציאות דאשה לאו בת עדות משא"כ בן חורגו לא יעיד לבעל אם אביו או אמו דאם יעיד לו אתא למיחלף להעיד לאשתו בעדות שהוא שייך לה וזהו באמת פסול דהיא זקנתו באמת וזו הסברא נכונה וישרה וא"ש הכל באות ה' דכתב הטור מותרים זה לזה דייקא הוצרך הטור לומר דזה נשא אם וזה נכדה מותרים דהוי תרי בעל הא נכדה גופי' אסור להעיד לו דגזרה דיעיד לאשתו שהיא זקנתו אבל באות ח' נאמר בעל אם אמו כשר לו היינו שהוא הבעל יכול להעיד לנכד אשתו דאם הוא מעיד לא יאמרו דאשתו ג"כ תעיד דאינה בגדר עדות ויובן ג"כ מ"ש באות כ"ג אבי חמיו כשר לו דלא נקט מעיד לו רק כשר לו והרצון דהוא מעיד לאבי חמיו וכמ"ש הרמב"ם אינו מעיד לאבי' ומיניה דייקינן הא לאבי אבי' יכול להעיד וכמ"ש הסמ"ע וזהו ניחא דכאן ליכא למימר דאם הוא יעיד אף אשתו תעיד דאינה בגדר העדות ובאמת אבי חמיו אינו מעיד לבעל נכדו דלפעמים יטעו ויכשירו עדות אף לאשתו דבעל כאשתו והיא נכדו ופסול ובהכי ניחא מ"ש לעיל בטור דכתב באות ה' דמעיד לחתן חורגו הא אפילו לחתן בנו ממש מצי להעיד כי לפמ"ש לא יכול הוא להעיד לחתן בנו מגזירה דיעיד לאשתו אבל בחורגו יכול להעיד דאף דיעיד לאשתו אינו אלא חורגו וכולי האי לא אמרינן דתרי בעל כאשתו לא אמרינן לדעת הרא"ש דלא גזרו רבנן כולי האי וא"ש והוא דרך חריף ונעים.

ויש לסברא זו סמך ועזר מגמרא דקאמרינן כי הוינ' בי עולא איבעיא לן אחי חמיו בן אחי חמיו בן אחות חמיו מהו א"ל תנינא אחיו ואחי אביו ואחי אמו הן ובניהם וחתנם וקשה דקארי ליה מה קארי וכי נעלם מאתם משנה שלימה במקומו ח"ו אלא זהו היה מקום ספק דיודעים הם היו במשנה דהוא לא יעיד לחתן אחיו וזה נכון דאתא למיחלף דיטעה ויעיד לאשתו והיא בת אחיו אבל אם חתן אחיו יעיד לו אין כאן מקום לטעות דאשת חתן אחיו אינה כלל בגדר העדות ופשט' ליה מאלו הקרובים דקתני במשנה כך פי' דפסולים זה לזה וזה לזה דאל"כ היה מפרש המשנה רבים פסולים דנפקו מכללא וסתמא דמשנה משמע דהם פסולים זה לזה וזה לזה דאל"כ לא הוה המשנה סותם כ"כ והוה קתני אלו לאלו וסתמא קתני משמע בכל צד זה לזה וזה לזה ושפיר קפשטו אך

זהו לקרובים השנוי' במשנה להדיא כוונת המשנה לפסול זה לזה וכן להיפוך אבל מה דלא נשנה במשנה כגון חמיו וכדומה אלא נפקא מכללא סברת הגמרא קאי לחלק כמ"ש וזהו מוכרח כי אילו לא היה סברא זו פשוט אצלם מהכ"ת לשאול לספק ולחלק כנ"ל מה שפסולו במשנה מבואר אלא ודאי דידעו בחמיו וחורגו חילוק הנ"ל ולכך באו לבית הספק אולי בכל הקרובים אמרינן כן או לא ופשיטא ליה כי כל מה דנשני' במשנה ודאי פסולים זה לזה ואין ללמוד פסולי קורב' זה מזה ובפרט בתקנת חכמים בזו תקנו ובזו לא תקנו וא"ש. ובהכי ניחא קושי' רש"י ותו' שם במשנה דאלו הן הקרובים דחורגו מיותר דהא קתני ליה בעל אמו ע"ש דתי' בדוחק ולפמ"ש ניחא דדינו של זה לא כשל זה דבבעל אמו שיעיד ליכא גזירה כמו בחורגו שיעיד בבעל אמו כהנ"ל וא"ש. אך עם כל זה שטרחתי הוא אם נקיים נוסחאות טור אבי חמיו אבל יותר נכון להגיה כמ"ש הב"י והוא כדעת הט"ז אבי אבי חמיו אבל אבי חמיו לכ"ע פסול אפילו למאן דמכשיר ראשון בג' וכן יש קצת ראי' מן פי' משניות של רמב"ם דשאל למה מנה במשנה אביו ולא מנה בנו ע"ש וקשה הא כל השנוי' במשנה הם ובניהם וחתנם בכלל הפיסול ואיך ימנה בנו דחתנו ג"כ בכלל פיסול וזה אינו דהוי אבי חמיו ודוחק לומר דה"ל בנו לבדו דאז ה"א אף בנו כשר ולכן נראים הדברים כמ"ש הט"ז וזהו מסתבר בסברא:

י **דגר שנתגייר כו'** בב"י נסתפק אי לידתן בקדושה והורתן שלא בקדושה ג"כ מעידין זה לזה ותמה הש"ך הא קי"ל דחייבים עליהם משום אשת אחי' ואם כן הם אחי' גמורים ד"ת ואיך ס"ד דיעידו ויפה תמה והדין עמו אבל להליץ בעד רבינו הגדול הב"י י"ל דסבירא ליה כרמב"ם דקרובי אם מדרבנן והיינו דגזרו אטו קרובי אב וזה בישראל דיש במציאות לקרובי אב אבל בגר דליכא במציאות כלל לקרובי אב אף לקרובי אם לא גזרו כלל ואדרבה הניחו כן כדי להבדיל בין גרים לזרע עמוסי':

יא **אעפ"י שהניחה לו בנים כו'** הרב בעל כה"ג תמה על הרשב"ם בב"ב פרק י"נ בהא דתנן היה יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו ומתה בתו כו' ופירשב"ם ולא היו לו בנים ממנה ע"ש וכן הנ"י העתיק הך כמו רשב"ם ומזו נראה לכאורה דפסקו הלכה כר"י דאם הניחה בנים דפסול להעיד ולק"מ דהא בעירכין דף י"ז ע"ב דר' יהודה דריש ואם מך הוא עד שיהיה במכותו מתחיל' ועד סוף ופריך הגמרא אלא מעתה והוא עד נימא נמי עד שיהיה בכשרותו מתחילה ועד סוף וכ"ת ה"נ והתניא היה יודע עדות עד שלא נעשה חתנו כו' ומתה בתו כו' הרי דפריך הגמרא מהך ברייתא לר' יהודה ולר"י אם היה לו בנים ממנה פסול וע"כ צ"ל דמיירי דאין לו בנים ממנה וכ"כ התו' להדיא שם ד"ה עד

שלא נעשה חתנו כו' דמיירי באין לו בנים דמוקים ליה הכי כר' יהודה ע"ש ולזה נתכוון הרמב"ם והנ"י בלי ספק ופקפוק:

ח **מיהו אם נפסק הדין וכו'** עיין מ"ש באורים פי' הדין הזה כפמ"ש הש"ך ונכון הוא בכוונת הבעל עיטור אלא שדין זה צל"ע לענ"ד כי ודאי בלא"ה יש לדקדק במ"ש העיטור דעביד לחזק דבריו דהא לא נחשדו קרובים להעיד שקר ולכך קי"ל בא לפנינו שטר והוא חתנו רק הזמן קודם שנעשה חתנו מ"מ השטר כשר ולא אמרינן דילמא עכשיו זייף זמן שטר והקדימו כמו דאמרינן בגזלן ואם כן זהו שהעיד בהיותו קרוב הלא לא נחשד שעדותו שקר רק גזירת המלך לבל יועיל עדותו ואם כן עכשיו שנתרחק ובטל גזרת המלך מה נ"מ דעביד לקיים דבריו הראשונים הלא גם דבריו הראשונים באמת נאמרים רק ארי' דרביע עליו גזרת המלך אך זה יש ליישב דודאי אילו לא היה גזרת המלך לפסול לקרובים לא היו נחשדים לשקר אבל עכשיו מלכו של עולם פסלוהו אף הם אינם שמים על לב לדקדק בעדותן כי חושבים עדותן מה נחשב ואומרים בדדמי ועכשיו שהוכשרו עבידי לחזק דבריה' הראשונים ומתחילה היה עדותם שלא בדקדוק ולפי זה צ"ל דאף באמת הב"ד לא ידעו שהם קרובים מ"מ מיירי דהעד חושב שהב"ד יודעים שהם קרובים ולא ישגיחו בעדותן ולכך אינם מדקדקין בעדותן כנ"ל משא"כ אם יודעים שהב"ד א"י הרי מדקדקים כי הב"ד יפסקו על פיהם ולהעיד שקר בכוונה ותרמית לבב הא לא נחשדו כן צ"ל בישובו ועם כל זה נראה דתלי' בפלוגתא דרמ"ה ומהר"ם ארוך בעדים שהעידו שלא בפני בע"ד למ"ד דלא מהני שלא בפני בע"ד אי יכולים לחזור ולהעיד בב"ד בפני בע"ד ולדעת הרמ"ה כפי שהביאו בשם מחברים א"י להעיד וכן הסכים מהרש"ל בתשובה סימן י"א בפשיטות והטעם דעביד לחזק דבריו הראשונים ואם כן אף בזו י"ל כן אבל לדעת מהר"ם ארוך דיכולים לחזור ולהעיד ולא אמרינן דיהיו מחזיקים דבריה' אף בזו לא אמרינן כן וכן מצאתי להדיא בתשובת רמ"א סי' פ"ו דכתב לסברת מהר"ם ארוך עדים שהעידו כשהיו נוגעים בעדותן וחזרו להעיד כשנסתלקו מנגיעתן דכשר ולא אמרינן דעבידי לחזק את דבריה' הראשונים ע"ש ואם כן אמר בנגיעה דיש לחוש שהעידו שקר מ"מ לא אמרינן עביד לחזק דבריו מכ"ש הדין בקרובים דלא נחשדו מעולם לשקר כלל ולכן ברור דהעיטור סבירא ליה כרמ"ה הנ"ל ומהרש"ל דאם העידו שלא בפני בע"ד דא"י לחזור ולהעיד לפני בע"ד אבל לפי דסתם הרמ"א לעיל סימן כ"ח סעיף ט"ו בפשיטות כדברי מהר"ם הנ"ל אם כן אף בזו כשרים להעיד ואין שרש לדברי העיטור וצ"ע כי דוחק לומר תרתי הואיל וכבר נפסק הדין וגם עבידי לחזק דברי' הראשונים כולי האי לא אמרינן לסתור הדין דמנ"ל זה וקי"ל כל זמן שמביא ראי' סותר הדין:

ט **ויש מי שמכשיר** כתב הסמ"ע הואיל ואין הצואה לתועלת לש"מ רק לבניו עכ"ל מדבריו נראה דמיירי במתנת ש"מ בכולו או מצוה מחמת מיתה דבהנך אם עמד חוזר ואם כן אין לש"מ נ"מ בכל עדותן בצוואה דהרי בידו לחזור אבל באמת לא הבנתי למה באמת חולק הרא"ש על הגאון ופוסל הצוואה הא אין לש"מ נגיעה ועסק כלל בעדותן והשתא קרובי נרצח יכולים להעיד לרוצח הואיל ואין לנרצח כלל תועלת בעדותן מכ"ש זה דלא נ"מ לש"מ כלל דהרי בידו לחזור ואי דנימא דיש נחת לש"מ בהרבה לאחד וממעט לאחד יותר יש נחת לנרצח כי יעידון ברוצח ליקח נקמתו ממנו כי ידוע כי יחם לבבו למאוד. ואילו היה הדבר מפורש ברא"ש החרשתי ואין לחפוש ולדקדק בסברות נגדו אבל באמת נראה ברור כי הגאון והרא"ש אזלו לשיטתן כי מיירי במתנ' ש"מ במקצת וקנין דלא מצי למיהדר כלל ואם כן הוא חובה לש"מ ואם כן פסולים לגבי ש"מ רק לגבי יורשים הגאון אזל לשיטתו כמ"ש הרא"ש בפ"ק דמכות דקי"ל כר"ל עדים הקרובים לזה לא נתבטל עדותן לגבי רחוקים ופלגינן דבורא. ואם כן אף בצוואה אף דלגבי ש"מ נתבטל ואי עמד חוזר ואין בעדותו של עדים מועיל נגדו מ"מ אי שכיב ולא הדר לגבי בניו הוו רחוקים ונאמנים שהרבה לזה ומיעט לזה בצוואתו כי פלגינן דבורו כר"ל והרא"ש אזיל לשיטתו דסבירא ליה כהרי"ף דלא פלגינן דבור' בכה"ג ונתבטל כל העדות ולכך סבירא ליה דכל הצוואה בטלה. אבל במתנת ש"מ בכולו דלא נ"מ כלל לש"מ בעדותן מהכ"ת לחלוק על גאון בלי ראיה ברורה ומכרעת כנודע ולכן צל"ע כי נראה להלכה ולא למעשה דצוואת ש"מ בכולו לכ"ע לא נתבטל עדותן לגבי יורשים ואין לנו להרבות במחלוקת הפוסקים:

י **או אם טען שפרע כו'** עיין ש"ך שהביא דעת רי"ו והוא דעת רמב"ן במלחמותיו דיש לו שטר והעדים מעידים שפרע ותמה כה"ג למה השמיטו הטור. ונראה דלכך לא פי' כן הראב"ד דבזה אופן מהכ"ת דיהיו כשרים הא יפטור הלוה ואיך יתבע הערב ובהא לא ס"ד דנימא פלגינן דבורם דיהיה הלוה נפטר והערב חייב דמהכ"ת נעשה כן להפסיד לערב ולכך פי' להיפוך דמעידים דלא פרע ואם כן שפיר הוה ס"ד דנפלוג דבורם לחייב ללוה בעדות העדים ולפטור להערב דלגבי הערב העדים פסולים ויטעון ערב פרעתי קמ"ל דלא פלגינן דבורם דסבירא ליה בנותן מתנה לב' בני אדם נפסל כל מתנה דלא פלגינן דבור' ולכך דהעתיק דין דהראב"ד דלא פלגינן דבורם לחייב הלוה ולפטור לערב מכ"ש דלא פלגינן לחייב הערב ולפטור ללוה וא"צ להביאו כלל:

יא **קרובי נרצח ואפילו נרצח עצמו יכול להעיד** סמ"ע וש"ך. ודע דהרא"ש בתשובה כלל נ"ו הביא דקרובי נרצח א"י להעיד אבל קרובי יורשי נרצח יכולים להעיד וכבר עמד בזה הרב המובהק מהרי"ט בחלק ח"מ סי' פ' ונלחץ מאד לחקור מה טיבו של נגיעה

ומה הבדל יש בין קרובי נרצח לקרובי יורשי נרצח עיין שם כי לא העלה דבר ברור ואני תמה למה השליך הרא"ש תי' תוספות בכמה אנפי בהא דהרוג יציל אי משום דהוי ליה שונא או משום דהוי ליה טריפה או משום דה"ל קרוב דלכל תי' אלו אין קרובים פסולים ובחר בתי' א' בתו' דה"ל בעל דין ויותר נראה תי' אחריני לעיקר כי תו' בסנהדרין וביבמות לא הזכירו תי' לזה כלל וכן המרדכי בשם ס' החכמה כתב רק הטעם דה"ל טריפה וגם אני מסופק אפי' נימא הפי' הרוג יציל דה"ל בע"ד מכל מקום קרוביו לא ידעתי אם יפסלו כיון דלא שייך נגיעה כלל וגם בילקוט פ' מסעי הביא בשם ספרי זוטא וז"ל עד ועד לרבות בעל דין ועיין בספר זית רענן שחיבר נר ישראל בעל המ"א שפיר' ג"כ דהנרצח דהוא הבע"ד כשר להעיד וזהו סיוע דהפי' הרוג יציל אין פירושו משום דה"ל בעל דין או כמהרש"ל הנ"ל ברישׁ סימן דשונא כזה פסול לכ"ע. ולכן נראה דהוא הרא"ש הביא בספ"ק דמכות בהא דעדים הקרובים לערב ורחוקים מלוה דאמרי' בטלה עדותן דהקשה הראב"ד דהא אמרינן בסנהדרין פלוני בא על אשתו מצטרפין להורגו ולא להורגה דפלגינן דבוריה ותי' הראב"ד דלא אמרינן בקרובים פלגינן דבור' דעדות שבטלה מקצתו בטלה כולה רק בבעל דבר עצמו לא שייך כלל עדות דכתיב יקום דבר במקיימי דבר ואין שייך כלל בטלה מקצתו ע"ש והרא"ש סייעו מהא דאמרי' בסנהדרין מהו דתימא אדם קרוב אצל אשתו לא אמרינן וקשה הלא משנה שלימה היא דאדם קרוב לאשתו ואפילו לבנה פסול ומכ"ש לה אלא דה"א אדרבא הואיל והיא קרובה נימא עדות שבטלה וכו' אבל שנימא דהיא כגופו ממש לא אמרי' ולכך קמ"ל ולמדנו מזה התי' דהוא יכול לומר פלוני בא על אשתי דהוי כגופו אבל אם אחיו אומר פלוני בא על אשת אחי ה"ל קרוב ועדות שבטלה כו' אבל בראב"ן מבואר דאפילו בזה בעדות קרובים נמי פלגינן דבור' וצ"ל בקושי' הראב"ד דלמה לא פלגינן בעדים הקרובים לערב דיש הבדל דשם י"ל פלוני זינה עם אשה ולא אשתו ומתקיים כל העדות משא"כ כאן כמ"ש הרא"ש בתירוץ הראשון ע"ש ולשיטתו קשה הנ"ל איך אמרינן ס"ד אדם קרוב אצל אשתו לא אמרינן הא משנה שלימה היא וצ"ל או כתי' התו' דה"א הואיל ונאמן לאחרים יהיה נאמן לאשתו ג"כ וזה דחוק דיהיה ס"ד דאדם יהיה נהרג ע"פ קרוב ויותר נראה לומר דכך הפי' מהו דתימא כפי' הראב"ד ולכך אדם קרוב אצל עצמו דהוא בעל דבר אבל לגבי אשתו לא שייך בע"ד רק קרוב ובקרוב ה"א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה קמ"ל דלא דאף בקרוב פלגינן דבור' כיון די"ל זינה עם אשה ולא עם אשתו כנ"ל וא"ש. עכ"פ נראה מדברי התו' דלא סבירא להו הך פי' הראב"ד הואיל ונכנסו בדוחק ליישב הך אדם קרוב אצל אשתו לא אמרינן כהנ"ל וגם במכות דפי' נרבע יציל היינו לרצון והקשו התו'

הא דפלגינן דבורא וקשה מה קושי' כלל דברי הגמרא דפלגינן דבור' היינו משום דכתיב יקום דבר במקיימי דבר וא"כ הבעל דין אינו נכנס כלל בגדר העדות אבל קושי' הגמרא היה בס"ד דלא ידעינן מהך דיקום דבר כמ"ש התו' שם להדיא א"ו דלא סבירא להו לתו' הך סברת הראב"ד ואם כן הך דינא אי קרוב יכול לומר פלוני בא על אחותי אי פלגינן או לא תלי' במחלוקת הפוסקים ועיין מש"ל יותר מזה בס"ס ל"ד ע"ש. ועתה נשוב בענין זה דיש להבין איך מעיד הנרצח הא ע"כ איירי דעודנו בלתי טריפה ועוד תקוה להחיות דאל"כ אין כאן עדות דה"ל שאי אתה יכול להזימן ואם כן אם יתרפא ויבדר ליה סמא וחי הלא הרוצח צריך ליתן לו שבת רפוי וכדומה ואם כן הרי כאן נוגע בעדות ובכל צד נגיעה אפילו בדרך רחוקה ונפלא לא יעיד עיין לקמן בסי' ל"ז ועיין סמ"ע מ"ש ס"ק כ"ה ואם כן איך יועיל עדותו על רוצח אך פלגינן דבור' לגבי רוצח מהני עדותו ולגבי נפשי' לא ולא שייך כאן עדות שבטלה מקצתה כי הוא אינו בגדר עדות כלל כמ"ש הרחב"ד והרא"ש הנ"ל (ועיין לקמן סי' ל"ז סעיף כ"ו מ"ש שם בדברי תשובת הריב"ש) ולכך יכול להעיד לכ"ע אבל קרובי נרצח שיעידו פלוני רצח את אחי בזו באנו למחלוקת הראב"ד וראב"ן הנ"ל דכאן הוא נגיעה כמ"ש דאעפ"י שהם מעידים כשכבר מת הנרצח ואין כאן רפוי ושבת מכמה טעמים משום דה"ל קים ליה בדרבה מיני' מ"מ בשעת ראיה לא ידעו דימות ואולי יתרפא וה"ל קרוב ובעינן תחילתו וסופו בכשרות כדלקמן ע"ש ולשיטת הראב"ד לא אמרינן פלגינן וכו' בקרובים ועדות שבטלה כו' ולדעת הראב"ן ותי' אמרינן וכאילו אמרו פלוני הרג נפש ולא אחי ואם כן כשרים. ואם כן הרא"ש דסבירא ליה כראב"ד פוסל קרובי נרצח אבל מרדכי סבירא ליה כתו' וראב"ן ולכך מכשיר קרובי נרצח אך זהו אם הם קרובים לנרצח אבל אם לנרצח רחוקים רק לבניו קרובים פשיטא דמותרים להעיד לכ"ע דלית כאן נגיעה כלל דבממ"נ כל זמן שהיה הנרצח חי ויש לחוש שיצטרך לשלם לו רפוי וכ' הא לנרצח אינם קרובי' ויורשיו מה עבידת' כיון דהוא חי ובמותו כבר בטל שבת ורפוי כהנ"ל ואם כן אין כאן שום צד נגיעה ליורשיו ולכך יעידו ודברי הרא"ש ברורים וכלל דנרצח וקרובי יורשי נרצח כשרים להעיד לכ"ע וקרובי נרצח באנו למחלוק' הראב"ד וראב"ן ותו' ובמקום שקונסי' לרוצח ליתן ממון כופר נפש ליורשים ואם הנרצח חי א"צ ליתן והעדים פסולים מחמת קורבה לנרצח אבל לא לבניו יכולים להעיד ולא שייך דבעינן תחילתו וסופו בכשרות דבממ"נ לנרצח גופי' אין כאן הנאה ונגיעה כלל דהא אין לו כלום ולבניו לא היו מעולם קרובים ואם כן לא שייך תחילתו וסופו בכשרות ובזה יובנו דברי מרדכי בפ' ז"ב דכתב דמסתברא דקרובי נרצח יכולים

להעיד כיון דכבר מת אחיו ולא נ"מ אלא ליורשים ולכאורה קשה הא בעינן תחילתו וסופו בכשרות ולפמ"ש ניחא ודוק:

יב **או קרובים לדיינים פסולים משום דהדיינים לא יקבלו הזמה עליהם כו'** פי' אעפ"י דבדיני ממונות לא בעינן עדות שאילה"ז מ"מ ראוי' להזמה בעינן והנה הרב הש"ך תמך בזה יסודתו בהררי קודש והאריך בסעיף קטן ט"ו לומר דגם בד"מ בעינן עדות שאילה"ז ופסק אומר דאם אחד אמר איני יודע בחקירות עדותן בטלה רק מסתם אמרינן אף דלא אמרו יום החודש בב"ד אמרינן מסתמא יודעים וכל דבריו אף כי האריך אין בהם ממש דאם כדבריו דלכך בא"י פסול משום דהוי עדות שאילה"ז אם כן אף באינו אומר כלל מה בכך דיודע בלבו אם אין אומר בב"ד באיזה יום מ"מ הא אם יבאו המזימין לא יוכלו להזימו כיון דלא העיד בב"ד היום ומה נ"מ במה שבלבו וכי על זה יפול הזמה ולקמן בסי' מ"ג סעיף י"ט עדים דאין זוכרים באיזה יום בחודש דיכתבו בשליש ראשון וכו' והרי עונים ואומרים דאין יודעים באיזה יום בחודש והוא אחד מ"ז חקירות ומ"מ שטר כשר ואמת דהש"ך סבירא ליה כהרז"ה דבשטר לא בעינן הזמה איברא רבים מפוסקים חולקים והש"ך גופי' דעתו דבעינן בי' הזמה לענין פיסול עדות עיין לקמן בסי' ל"ד וז' חקירות בעינן באיזה שבוע ובאיזה יובל ואע"פ שאמרו אמש הרגו כמ"ש הרמב"ם בפי' המשנה וכ"כ הריב"ש דלא קי"ל כר"י דגזרת הכתוב לז' חקירות כי עי"כ יתברר האמת כמ"ש הרמב"ם ומי הוא מהעדים בזה"ז שיודע באיזה שמיטה ובאיזה יובל רק כך לבריאת עולם והרי זה כאומר אתמול היה דבעינן ז' חקירות כמ"ש אלא בד"מ אין צריכין לדעת כלל ז' חקירות. ומה שטען הש"ך למה הכחשה בחקירות פסול מלבד הטעם שנתנו חכמי לוניל בהכרעתם בין הרמב"ן והרמב"ם כמש"ל סי' למ"ד ושם מבואר הטעם דהוי כאומר לא כי לא לוה והרי כאן הכחשה ותוספת של העד דאמר דהיה הלואה ביום אחר אינו מועיל ע"ש ומזו ראיה ברורה דבעצמם לא בעינן עדות שאילה"ז אלא אפילו לדעת הרמב"ם יש בו טעם אחר דבחקירות עבידי לדקדק ואם כן הוי הכחשה גמורה משא"כ בבדיקות והגע עצמך זה אומר חבית יין וזה של שמן דהוה לדעת הרמב"ם הכחשה בחקירות ועדותן בטלה מה הזמה שייך בהו ועכצ"ל דהואיל והוא בגוף העדות מדייקי היטב ולכך שייך בהו הכחשה לבטל עדות ואף בחקירות זהו הטעם ומ"ש למה אין דיינים יכולים להיות קרובים לעדים דלא יקבלו הזמה הא לא בעינן בד"מ עדות שאילה"ז אין כאן ראיה דודאי אין אנו משגיחין אם באמירת עדות יש בהו שיכול לבא זוממין או לא ולכך אפילו באומרם א"י כשרה אבל מ"מ בעינן דאם כוונו היום ובאמת באו זוממים שיהיה בב"ד מוכשר לקבלן ולא יהיו הזוממים כאן ואין שומע ולקתה מדת

הדין ותצא משפט מעוקל כי ישנו בב"ד זוממין ואין מקבלין ולכן אין ענינו כלל להאומר א"י וכל דברי הש"ך ברור שבילדותו כתב כי ח"ו לחלוק על רוב פוסקים שהעלו דבאומר א"י עדותן כשרה ופשוט. והנה עיין מ"ש באורים בשם הש"ך דהשיג על הד"מ והסמ"ע ויפה השיג והוא טענה דאין עליו תשובה אבל מ"ש להשיג על הרב הב"י דסבירא ליה דטריפה הוי פסול הגוף יש להליץ בעד רבינו הגדול דסבירא ליה דמסתבר אף דתו דפי' בפ' היו בודקין דלר"ע דאמר נמצא א' מהם קרוב או פסול כל העדות בטל אף בא' אומר א"י הוי כנמצא קרוב ופסול ובטל כל העדות היינו בבאים לב"ד והעידו דיש כאן פיסול הואיל ואומרים אינם יודעים אבל אם לא באו לב"ד כלל אפילו לר' יוסי לא מסתבר לומר אם ג' עומדים ושנים יודעים יום החודש וא' א"י דיפסול כל עדות הא אין בו פסול רק לא מוכשר לעדות דהוי אילה"ז ואם כן לעולם לא יהרגו הב"ד נפש עד שיבאו כל העומדים שם דאולי שכח אחד היום ולא היה בקי אז במנין השמיטות והיובל ונפסל עי"כ כל עדות וצ"ל הואיל ולית בהו פסול בעצמותן רק לא מוכשרי לעדות הואיל ואינם ראוים להזמה אבל בשביל כך לא נפסלו שארי העדים ולפ"ז אף בטריפה בכה"ג שיהיה בעת עדות ולא בא לב"ד ופסולו מחמת שאין ראוי להזמה למה יופסלו ע"י שארי עדים הכשרים וראוים להזמה ואם כן קשה מה פריך בגמרא הרוג יציל דה"ל טריפה הא בשביל כך לא יופסלו שארי עדים דהא אין כאן פסול בעצמותו וה"ל כאינו זוכר ז' חקירות ועוד אף דנניח זה מ"מ נראה דמשמעות הגמרא הרוג יציל וכו' כל הקושי' הללו נאמרו בבית מדרשו של אביי ורבא כדאמרינן כי אתא לקמיה דרבא וכך צ"ל בתו' דהקשו לפי' נרבע יציל דה"ל רשע הא רבא ס"ל פלגינן דבורא ומה קושי' דילמא הקושיא לר' יוסף דלא ס"ל פלגינן דבורא הך דר' יוסי איך מתוקמ' נרבע יציל אלא דס"ל דכל הסוגי' כאן לרבא כנראה מגמרא ורבא ס"ל פלגינן דבורא וקשה א"כ איך פריך הרוג יציל דה"ל טריפה הא בסנהדרין דף ע"ח פליג רבא ורב אשי עדי טריפה שהוזמו ס"ל לרבא נהרגין וא"כ עד טריפה יכול להעיד ורב אשי הוא דפליג וס"ל דאינו בזוממי זוממין וא"כ מה פריך הרוג יציל ופי' דהוי טריפה הא לרבא לק"מ ועל כל פנים ה"ל לגמרא לומר הניח' כדרך הש"ס אלא דצ"ל דטריפה הוי פסול בגופו דהא איכא ס"ד התם דהרובע את טריפה פטור דה"ל כמשמש מת ואף ddחי הגמרא הטעם משום דנהנה אבל זולת זה כמת יחשב ואינו כלל בגדר איש ואינו בר עדות ושפיר פריך הגמרא הרוג יציל והא דקאמרינן עידי טריפה הו"ל עדות שאי אתה יכול להזימן היינו כשהעידו היו בריאי' ואחר כך נטרפו וכאשר באו זוממי' כבר נטרפו וקמ"ל דעדות זוממי' אין בהם הזמה דה"ל עדות שאי אתה יכול להזימן ובזו נחלקו רבא ור"א. ודברי רבינו הגדול יש להם קיום. כן י"ל להליץ בעד רבינו

ב"י אבל מ"מ נר' לדינא כהש"ך ובפרט דקי"ל דטריפה כשר לעבודה כמבואר במשנה דבכורות ולמה לא יהיה בגדר האיש להעיד ודוק. שוב ראיתי דיש כמעט ראיה ברורה לדעת הב"י דהא כתב המרדכי דאם אין נרצח טריפה יכוללהעיד וכגון דהשקהו סם המות שימות ולא נקבו בני מעיים כמ"ש מהרדב"ז בסי' רל"א או שהכהו ואמדוהו למית' ומ"מ אינו טריפה וקשה בממ"נ אי הוא כ"כ בחזקת מת עד שאפילו שמעון שהרג לראובן יהרג בב"ד אפילו בעודנו ראובן חי א"כ פשיטא דעדים אין בהן תורת הזמה דיאמרו גברא קטילא הוא כמו טריפה כיון דהב"ד מחשיבין אותו לודאי מת והורגים הרוצח עבורו ואי דאין כ"כ בחזקת מת ולא שייך גברא קטילא קטלו א"כ ברור דאין ממיתין לשמעון עד שמת ראובן דלמא לא ימית ויבדר לי' סמא וחי וא"כ איך ישפכו דם וזה ברור ונכון ואם כן עדיין ראובן שיעיד ששמעון הרגו אין עד שיכול להזימו דאימת יאמרו לו עמנו היית ושקר אמר' על שמעון כל זמן שראובן חי אין להמיתו דאולי חי יחיה ואם כן גם שמעון לא ימות בב"ד ולא גרם לשמעון מיתה ואיך יהרג הוא ואם ימות מה יעשו בו לאחר מיתה ואטו בתרי מיתות ימותו ואם כי יבאו זוממים אז כבר יהיה טריפה כי הסם כבר ניקב למעי' וא"כ קטלינן לשמעון אף דהוא חי הואיל והוא ודאי טריפה ואפשר להרוג גם לראובן כשהוזם מלבד דזה דוחק דיהיו הורגי' לשמעון כל זמן היותו חי אף שהוא טריפה ואולי יקרה לו נס כמ"ש היש"ש דלאו כל טריפה מתים אף גם א"כ אז העדים אינם בגדר הזמה כיון דמעולם לא יהיה נהרג ראובן כי אם שיהיה טריפה וא"כ אינו בזוממי וצ"ע ומזה נראה דס"ל אפי' אינו בגדר הזמה אינו פוסל שארי עדות רק הטעם משום דטריפה אינו בגדר חי להעיד ואינו בר עדות ודוק:

סימן לד

א **ואצ"ל אם חייבים עליה מיתת ב"ד כו'** נראה כל לאוי' שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דקי"ל דאין לוקין עליה מ"מ נפסל דזהו אינו לקלות האיסור רק מחמת חומר האיסור וכמו כן לאו הניתק לעשה דאינו ניתן למלקות כי חיוב עליו להוציא ולבטל האיסור ובאמת אי ביטלו או לא קיימו כפי דעת ר"י ור"ל חייב מלקות וא"כ אין זה לקלות הענין ובזה נפסול ודאי לעדות לחומר איסורו. אבל לאו שאין בו מעשה דקי"ל אין לוקין עליו והוא לקלות הענין הואיל ולא עביד מעשה פטרו התורה ממלקות כי לא עבד איסור בפועל בזו לא נפסל לדעת הרמב"ם מהתורה כי אין האיסור כ"כ חמור. ובזה שקטה תמיהת בעל כה"ג בהגהת ב"י אות כ"ו וקושי' בעל המשנה למלך בפ"ד מהל' מלוה דתמה למה עדים שחתמו שטר שיש בו רבי' יפסלו אף דיש בהו מעשה בחתי' מ"מ ניתן להשבה

ולפמ"ש הכל נכון ולק"מ ועיי' מ"ש עוד בזה. ואם הוא לאו דלא לקה מחמת התראת ספק כפי המ"כ שהביא בב"י א"ע סי' מ"ב משמע דג"כ לא נפסל לשיטת הרמב"ם ע"ש וצ"ל דמיירי בדבר שאין לאו מפורש בתורה דדבר המפורש בתורה ס"ל לרמב"ם דקי"ל כר"י דהוי התראה עיין בהל' שבועות והלכות סנהדרין להרמב"ם. ובזה אני מסופק לו יהיה דלא התרו בו כלל מ"מ נפסל ולמה יגרע זה ודוחק לומר דשם ישנו במציאות למלקות משא"כ גבי התראת ספק דאינו במציאות ולהן דין זה צל"ע:

ב **מפני שהם סוברי' מצוה קעביד** וכתב הב"י בשם ריי"ו דאיכא רבוותא דפסקו כר"פ דלא אמרינן סברי מצוה קא עבדי ופסולים לעדות מיהו אינם נפסלים אלא פסול דרבנן ותמה הב"י בממ"נ אי מפסלו ולא אמרינן הם סוברי' מצוה קעבדי אף מהתורה נפסלי' ועיי' ב"ח שדחק ולא ידעתי מה קשי' להו דהא כתבו הרמב"ן והרשב"א דכל צורכי מת הוה מלאכה שא"צ לגופיה וכתב רשב"א בשבת פרק האורג דהא דאמרינן דאין קבורת מת מצוה דוחה שבת הכל לר' יהודה דמחייב במלאכה שאצ"ל דלר"ש בלא"ה מותר דבר תורה דהוי מלאכה שאצ"ל וא"כ ריי"ו ס"ל כדעת הר"ח והרא"ש דפסקו הלכתא כר' שמעון דמלאכה שאצ"ל פטור ואינה אלא איסור דרבנן וא"כ קוברי המת לא עבדי מלאכה של תורה ולא מפסלו רק מדרבנן ופשוט ושגגה הוא בידי השליטי' האלה:

ג **וי"א שאינו נפסל כו'** עיי' מ"ש הסמ"ע דהריב"ש הכריע דבנשבע שלא לאכול ואכל נפסל אבל להיפוך לאכול ולא אכל לא מיפסל עיי' בש"ך שהביא בשם תשובת מ"ב דהלכה כדברי המכריע ואני תמה דהא כל טעמו של הריב"ש דהואיל דאין בו מעשה אין בו מלקות וכיון דאין בו מלקות לא נפסל לדעת הרמב"ם וזהו הכל למאן דלא פסל כלל אם עבר לאו שאין בו מלקות אבל לפי דעת הי"א בסעיף ב' מ"מ מיפסל מדרבנן אף בזו מיפסל מדרבנן רק מהתורה לא מיפסל ולכך לא קתני במשנה שבועות ביטוי דבמשנה לא קחשיב רק פסולי ד"ת ולא דרבנן כנראה שם במשנה אבל באמת מדרבנן מיפסל והריב"ש דלא הזכיר זה אפשר דלא ס"ל כהך י"א אבל לפי דהעלה רמ"א דמדרבנן נפסל אף בזה על כל פנים מדרבנן נפסל. ודוחק לומר הואיל בלא"ה רבי' מפוסקים ס"ל דבכל שבועות דלהבא לא נפסל אפילו בקום ועשה וא"כ מצטרפים הנך פוסקים דס"ל בלאו שאין בו מעשה אפילו מדרבנן לא מיפסל דזה לא משמע בדברי ריב"ש ולדינא צ"ע. והנה בגוף הדין דס"ל דלאו שאין בו מעשה לא נפסל לשבועה יש לדקדק מהא דפרכינן בריש פ"ק דב"מ נימא מגו דהוא חשוד אממון חשוד אשבועה וקאמר הגמ' לא אמרינן והביא ראיה מהא דמשביעין אותו שבועה שאינו ברשותו ומשני התם דמי קא יהיב ופריך הגמ' והא עבר על לאו דל"ת וקשה מה קושי' בשלמא בחוטף בטליתו דעביד מעשה גמור

דנוטל של חבירו בזו שפיר אמרינן החשוד על לאו חשוד על שבועה משא"כ לאו דלא תחמוד דהא מתחילה בא לידו בהיתר בתורת שמירה רק עכשיו נמנע מלהשיבו לבעליו כי חומדו מה לאו שיש בו מעשה יש בו. ולכך לא נפסל לשבועה ומשביעין אותו ואף דנדחוק דפקדון בחזקת המפקיד קיימא ואם הקדישו מקודש ובשעה דיהיב דמי' לחבירו נגמר העושק והוי כמעשה מה נימא בהא דפריך שם בכופר בפקדון דפסול לעדות היכי דלא שייך אשתמוטי קמשתמיט ואמאי הא לא עבר על לאו שיש בו מעשה דבהתירא בא לידו וערשיו דכפר בו וכן הא דקי"ל מלוה ברבי' דנפסל משעת שימה אפי' היה הלואה מקדם ואף דלא כתב כלל והרי היא דיבור בעלמא. ובכל דיבור לאו כמעשה חוץ מנשבע ומימר ומקלל בשם. ולכן נראה לומר דמודה הרמב"ם ברשע דחמס דחמור דכתי' להדיא בתורה אפי' בלאו שאין בו מעשה פסול דכיון דחזינן דחומד ממון וכן משמע תשובת מהרי"ק שרש קכ"ו דבחימוד ממון לא בעינן מלקות ע"ש וצ"ע:

ד **או אנוס הייתי** עיי' בש"ך דפי' בשם מהרש"ל דהיינו דהיה אנוס לישבע לשקר. אבל אם נשבע לפרוע לזמן פלוני ועבר הזמן ולא פרעו מ"מ אינו נפסל דאולי לא היה לו מעות באותו זמן ע"ש ויש כאן פקפוק דלפמ"ש הש"ע לקמן בסי' צ"ח סעיף למ"ד אם נשבע לפרוע לחבירו בזמן והגיע זמן ואין לו לפרוע אין מסדרין לו כלל והוא מחויב למכור חלוק ומכנסים שלו ויתפלש בעפר אפס ישלם כדי לקיים שבועתו וא"כ אנו רואין שהגיע זמן וכל מטלטליו בביתו ובגדיו עליו מבלי שנות וא"כ איך שייך דהוא אנוס עיי' לקמן בסי' הנ"ל שכתבתי כי נראה כי יש פוסקים רבים ובכללי הריב"ש החולק ע"ז וס"ל דאין מחויב למכור בגדיו ושפיר הך דינא דלעיל שייך אבל לפמ"ש הש"ע לקמן קשה ודוחק לומר דאף דשורת הדין כן מ"מ בעיניו נעשה כהיתר ולא נפסל בשביל כך דזה דחוק דהיה לו לשאול פי מורה כיון דידע דנשבע בפועל ואם ישאל המורה כתורה יורה לו ואם יסרב אשם בראשו ולכן צ"ע ועיי' מש"ל בסי' צ"ח:

ה **החולק עם הגנב כו'** דין זה כתבו הריב"ש בא' שהעידו עליו שחלק עם הגנב שגנב בבית ישראל והיה מוכרח להחזיר מה שגנב עפ"י ב"ד וכתב הריב"ש דלא מיפסל לעדות וראיה דהאומר לשלוחו צא וגנוב מיפטר המשלח ע"ש ולדידי צ"ע דהתם לענין מלקות או לענין תשלומי כפל וכדומה אבל על כל פנים עביד איסורא שלקח וסייע לגנב ומבואר לקמן סי' שס"ט דעובר על לפני עור ואעפ"י שאין בו מלקות הא העלינו לעיל בדבר חימוד אף על לאו כזה מיפסל וכמ"ש הסמ"ע גבי טבח ס"ק ט"ז להדיא והעתקתיו באורי' אלא אף בלי זה הא בידו ממון של חבירו מהנגזל ולוקחו בידו לעכבו הרי הוא רשע דחמס ולא ידעתי הבדל בין כופר בפקדון דבהיתר בא לידו ומ"מ הואיל וכופרו פסול וזה לקח

ממון חבירו באיסור וכופר בו ואינו מחזירו יהיה כשר לעדות הא של חבירו בידו בגזל גמור ויותר רשע דחמס מן כופר בשל חבירו מה שהוא אצלו בהלואה ובפקדון במקום דלא שייך אשתמוט ובזה ל"ש אשתמוטי דהא לוקחו משל גנב באיסור ועיין לקמן סי' שנ"ט ס"ח איזה עושק ע"ש. ולכן נראה או דעובדא דריב"ש היה שם שחלק עם הגנב לאחר יאוש בעלי' והוי יאוש ושינוי רשות ואע"ג דמ"מ מחויב לשלם דמיו הואיל וידע מ"מ אין כאן משל חבירו בידו להדיא או דשם בעובדא של ריב"ש לא היה תו הגזילה בידו דהא היה מחזירו ואע"ג דאמרינן דאם מחזיר בכפי' ב"ד לא מהני היינו בגנב וגזלן דאיסור שלהם משום ל"ת ולזו לא מהני חזרה בכפי' אבל כאן שכל עיקר פסולו דמעכב ממון של חבירו בידו מבלי תת לו אם מוחזר יהיה באיזה אופן עכ"פ אין בידו דבר של חבירו כלל וא"כ חוזר לכשרותו אבל כל זמן שלא החזירו ועודנו מעות של חבירו בידו ומעכבו לענ"ד פסול לכ"ע דגרע מכופר במלוה וצ"ע:

ו **שכתבנוהו ואחרנוהו כו'** משמע מדברי הסמ"ע היינו בשטר הלואה וכתב בו דאקני דשטר כשר הוא אבל בשטרי מקח וממכר או בשטרי הלואה ולא כתב בו דאקני א"א לומר מאוחר ונראה דתליה במחלוקת הרז"ה ורמב"ן דדעת הרז"ה בריש ר"ה דעדים יכולים לומר טעינו בשנת מלך אפילו כת"י יוצא ממקום אחר ואפילו בטעות שאין עדים מצוים לטעות כלל כי יוכלו לומר ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו והרמב"ן חולק וס"ל דוקא כשאין כת"י יוצא ממקום אחר או בדבר שמצוין לטעות ועיין לקמן סי' מ"ג ס"ח בהג"ה ובמש"כ הש"ך ובמ"ש שם וא"כ לשיטת הרז"ה מעולם אפילו ליכא חשש מאוחר אין כאן פיסול בעדים דאפי' אמרו כתבנו בזמנו דהרי יכולים לטעון טעינו בשנת המלך ותמור דהיה לנו לכתוב בשנה ראשונה למלך כתבנו בשנת שלשה וארבעה וכדומה ואין כאן אפשרי ומציאות להזמה כלל הא לא נחקרו עדותן בב"ד כלל על דקדוק הזמן וזהו נראה טעמו של הרז"ה דס"ל בשטר לא שייך הזמה מעולם והיינו הוא הטעם דלשיטתו אזיל דס"ל דיכולים לומר לא חתמנו על זמן ולא נחקרו עדותן בב"ד כלל על הזמן וא"כ מה הזמה יש כאן וא"ש לשיטתו אמנם הרי"ף ורמב"ם ס"ל כמו דעת הרמב"ן דאינם נאמנים לומר טעינו כהנ"ל וא"כ שפיר שייך בהו הזמה ולק"מ. ועיי' מ"ש עוד בדברי הרז"ה אבל זהו יש לו פנים בהלכה ת"ל:

ז **אם יש עדים שחתמו כו'** כתב הסמ"ע ס"ק כ"ב הא דלא הוו עדים אלו עדי הזמה דאיירי דאמרו דראו שחתמו ולא השגיחו אז בזמן ומקום הנכתב בשטר ההוא כלל ולכך לא הוו עדי הזמה והט"ז תי' דמיירי בשטר קנין וא"כ אף דראו השטר נכתב יומו בניסן והם חתמו באייר י"ל דלמא הקנין נעשה בניסן וכתבו יום הקנין וגם זה דוחק דהא סתמא

נאמר ברמב"ם וש"ע מבלי זכר דהוא שטר שיש בו קנין אבל לא הבנתי מאי קשי' להו כלל דהא אין כאן הזמה אלא שיעידו בגופן של עדים אבל זולתו הוי הכחשה וא"כ שטר שנכתב בניסן ועדים אחרים מעידים שבאייר כתבוהו אין כאן הזמה בגופן של עדים רק בענין השטר וה"ל הכחשה תרי מול תרי אלו עדי שטר אומרים נכתב בניסן ואילו תרי אומרים לא כי באייר נכתב ואין כאן פסול לעדי השטר דאלו באין בפ"ע ואלו באין בפ"ע ולכך מצריך שיעידו העדים על עדי שטר שהם עמנו היית' בניסן וכיון שהעידו בגופן של עדים הו"ל הזמה וחידוש שחדשה התורה דאחרונים נאמנים ולא הראשונים ומפסלי בהזמה וזה פשוט וברור. ולכך טרח בירושלמי בהא דתנן שטר מוקדם פסול למצוא דרך מי מודיע ולא אמר שעדים אחרים העידו שחתמו מקודם אלא דא"כ הו"ל תרי מול תרי ואין כאן פיסול בבירור ופשוט:

ח **נפסלו למפרע כו'** קשה עדיין למה נפסלו למפרע מיום חתימת השטר שהוא בניסן דילמא אחרוהו וכתבוהו והא דהעידו בב"ד בזמנו כתבנו זהו שקר ואם כי גם בזה נפסלים ששקרו בב"ד ואמרו בזמנו כתבנו מה שהוא שקר והיה מאוחר מ"מ אין להחזיקן בפסול אלא מעת שהעידו כן בב"ד כי כתבוהו בזמנו ואז נעשו רשעים להעיד שקר אצל ב"ד אבל למה נחזיק אותם לפסולים למפרע מיום זמן שטר שהוא בניסן כי נימא כשרים היו באותו שעה ואחרו השטר ועכשיו נפסלו להעיד שקר שנכתב ונחתם בזמנו ואחרי זה מצאתי קושי' זו בט"ז בסי' מ"ג שלא במקומו אך תי' שלו מגומגם אשר כמעט כוונתו נסתרה ואין מובן לי ואפשר לכוון בדבריו דמהכ"ת ישקרו ויאמרו בזמנו כתבנו אם באמת אחרוהו והשטר והן כשרים למה להן לשקר וימנעו האמת אלא ודאי שלא נכתב כדין ולחפות על פיסול השטר וזייפתם אומרים בזמנו כתבנו וזהו דוחק דנימא בשביל אומדנ' קלה כזו שיהיו העדים פסולים למפרע ויפסול השטר ואולי בכיון אומרים כן לבטל השטר או שארי טעמים הואיל ואין לאחר השטר בתחילה וכדומה מהטעמים. ולכן יותר נראה דודאי דוחק לומר שהשטר מאוחר הוא וחזקתו שבזמנו נכתב וכ"כ ראב"ן באריכות דאין לומר דהשטר מאוחר הוא. וחזקתו דנעשה בזמנו רק כדי שלא לפסול העדים ולהוציאן מחזקת כשרות אמרינן דחוקים רבים ואמרי' דהשטר מאוחר וכדומה אפס לבל יפסלו עדים וישארו בחזקת כשרות וזהו אם ישארו בכשרותן אבל באומרים בב"ד בזמנו כתבנו והוזמו על כל פנים מעכשיו נפסלים דהא משקרי' בב"ד ומוציאין כזב מפיהם בב"ד ישראל ויש נ"מ בו לדינא דאם יש לו שובר מכ"ט באדר דאם הוא מאוחר השובר כשר לבטל השטר דע"כ קודם לניסן נכתב ואם בזמנו השובר אינו מבטל השטר וכהנה יותר וא"כ דעכ"פ נפסלים העדים רק כל הנדון אם למפסלם למפרע

מניסן או מעת עדות ב"ד תו לא אמרינן דוחק דהיה מאוחר ואמרינן דרוב שטרות נכתבים בזמנם ולכך פסולים למפרע כיון דעכ"פ העדים נפסלים להבא וצ"ע. איברא בגוף הדין הזה דאם באו עדים שראו השטר הנכתב בניסן באייר דאנו לא פוסלין לעדים אלא מזמן אייר דאומרים באייר זייפו השטר וכתבו הזמן בניסן לזה אני תמה דהא כל הטעם משום דמחזיקין העדים בחזקת כשרות דאמרינן השתא דאיתרע ולא מיפסל למפרע והרב המחבר בי"ד סי' פ"א בגביטת שנעשו מבהמה הנמצאת טריפה פוסק כשיטת הרשב"א דאם ברור שהוגלד פי המכה דודאי היה שלשה ימים קודם השחיטה מטריפין למפרע דכיון דיצאה שעה אחת מחזקתה וא"א לומר עכשיו נטרפה תו לא מהני ליה חזקתה ומטריפין למפרע ועיי' בחדושי רשב"א ריש פ"ק דחולין שהאריך בזה ולמדו מן כתם וא"כ לפ"ז כיון דמאייר ואילך ודאי נפסלו ולא מצינן למימר השתא דנפסלו רק נפסלו מאייר וא"כ הרי יצאו מחזקת כשרות ונפסלים למפרע כמו בהמה הנ"ל דנטרפה למפרע והשתא בהמה דאיכא רוב מ"מ הואיל ויצאה רגע א' מחזקת כשרות מחזקינן למפרע מכ"ש באלו ובפרט דחזקת ממון מסייע דאיך טציא ממון עפ"י עדות ועיי' פ"ח י"ד סי' א' בשוחט ששכח הלכות שחיטה דג"כ מדמה להך דינו של רשב"א דהואיל דיצא רגע א' מחזקתו וא"א לומר ברגע א' נעשה טריפה אנו מחזיקין למפרע ומכ"ש בזו דודאי מאייר נפסל דנפסל אותם למפרע ועכ"פ יהיה בחזקת ספק מבלי להוציא ממון דהא איתרע חזקתם לדעת הרשב"א והרי"ף והרמב"ם אפשר דלא ס"ל שיטת רשב"א הנ"ל רק כדעת הרא"ש דאפילו הוגלד פי מכה מ"מ בגביטת שנעשו קודם שלשה ימים אין להטריפם דאמרינן בג' ימים הוטרפה ולמפרע כשרה ואף זה כיוצא בו בכל אופן אבל המחבר תפס בי"ד סי' פ"א בשיטת רשב"א קשה ודוחק לומר דעד זומם חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו ואילך שנתברר פסולו אבל לא מספק וצ"ע כי מנלן זה דאולי הרי"ף והרמב"ם לא ס"ל כרשב"א:

ט **מיום שנודע כו'** הר"ן הביא בשם הרז"ה וכ"כ הרז"ה להדיא דבעדות בשטר לא שייך הזמה ופי' הב"ח דהיינו דאין עונשין העדים לא בממון ולא במיתה וכדומה אבל מ"מ העדים נפסלים והעדות בטל והש"ך בס"ק י"ג הסכים עמו אעפ"י שהר"ן לא הבין כן ברז"ה וכתב דא"כ יהיה הרז"ה נגד הש"ס ריש פרק אחד דיני ממוטת וא"כ גם הרי"ף יכול לסבור כהרז"ה ודלא כהר"ן דכתב דהרי"ף חולק ארז"ה ע"ש ואני לא הבנתי דבריהם דאיך אפשר לכוון דבריהם בכוונת הרז"ה. דהא הרז"ה כתב דעדי קיום ודיינים יכולי' להיות קרובים לעדי שטר דכל הטעם דדיינים צריך להיות רחוקים מעדים כדי שיהיה בגדר לקבל עליהם הזמה ובשטר לא שייך הזמה א"כ לא שייך דדיינים לא יקבלו הזמה

על עדים קרובים ואילו כדברי הב"ח הא עדיין שייך הזמה לפסול השטר והעדים ולדעת הש"ך דהוכיח מפרק אד"מ הוי זו בגדר עדות שאתה יכול להזימן וא"כ הדיינים לא יקבלו הזמה לפסול לקרוביהם לעדות ולשבועה ומ"ש זה מזה ויותר מזדקקים לענוש קרובם ממון משיהיו נזקקים לפסול קרובם לעדות ושבועה וכדי בזיון וקצף וא"כ עדיין בטלה הזמה דהוא עיקר הזמה לדעת הש"ך בשטר וגם הסברא דחוקה דמ"ש דלענין עונש ממון לא שייך בשטר הזמה וע"ש לענין פסול עדות דנימא ביה הזמה ומ"ש הב"ח ראיה מן הזמה שלא בפניהם דקי"ל הזמה לא הוי אבל הכחשה הוי לא הבנתי ראיה דבאמת העדים כשרים דקי"ל זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה רק העדות בטל דהוי הכחשה וכן משמע בטור סי' ל"ח דהוה רק הכחשה לבטל העדות שהעידו עליהם אבל לא לפסול העדים ולכן יפה הבין הר"ן בהרז"ה דאין בהם הזמה כלל אפי' לפסול העדים רק השטר בטל כאילו הוכחשו ולכך הם הדיינים הקרובים לעדים יקבלו הזמה דמה איכפת להו בשטר אם העדים לא נפסלו. ומה שהקשה הש"ך על הרז"ה מריש פרק אד"מ נראה מדבריו דנמשך אחר פי' תורת חיים והראב"ן דקושית הגמ' דה"ל עדות שאי אתה יכול להזימן אם אמרינן ד"מ בעינן דו"ח ואיך אמרינן שטר שזמנו באחד בשמיטה כשר דאחרוהו ה"ל עדות שאילה"ז ובזה קושי' הש"ך הא להרז"ה בשטר בלא"ה לא שייך הזמה. ואמת אם אמרינן להרז"ה כמש"ל בס"ק ה' דלכך לית ביה שטר הזמה דיכולים לומר טעינו בזמן אף באין מצוים לטעות א"כ אין מקום לקושי' הש"ך דודאי בס"ד דד"מ בעי דו"ח לא יוכלו העדים לומר טעינו בשנת המלך ולא יוכלו לומר על זה לא חתמנו דכיון דבעי דו"ח והזמן הוא גדר דו"ח הוא מעיקרי העדות וע"ז נשען כל העדות וזולתו אין בו ממש כלל ומאי דצריכין לדקדק בהו למאוד ולא שייך ע"ז לא חתמנו משא"כ לפי דקי"ל דלא בעינן בד"מ דו"ח א"כ אין זה מעיקר העדות ושטר שאין בו זמן כשר ושפיר יכולים לומר לא חתמנו רק על גוף העדות ובזה טעינו כי לא דקדקנו על בורי' ולק"מ כי דברי הרז"ה למסקנא ולא לס"ד. איברא אפילו נימא דאין זה כוונת הרז"ה רק נראה דהרז"ה אזיל לשיטתו דהקשה בפ"ג דיבמות איך מכשירין שטר הא ה"ל מפי כתבם ותי' כי מיפסל מפי כתבם על עדות אבל הלוה יכול להעיד מפי כתבו והם נעשים שלוחי' ללוה והם שלוחו של לוה וה"ל כאילו לוה כתב השטר ואין כאן מפי כתבם וא"כ אף לענין הזמה אם באנו אנו להזים העדים כי לא צוה הלוה ולא עשו שליחתו א"כ בטנה העדות וחזר הדבר לפי כתבם ואין כאן גדר העדות כלל והגע עצמך עדים שהיו מעידים עפ"י כתבם לא שייך בהו הזמה וא"כ אף זהו לענין פיסול ועונש עדות לא שייך שליחות של לוה וכי אנו פוסלים הלוה הלא אנו פוסלים הם ואיך נפסול אותם והם לא העידו כלל

רק כתבו חוב של לוה ומועיל הזמה לבטל שטר דאנו אומרים לא היה בשליחות הלוה אבל איך שייך ביה הזמה כיון שאינו בגדר העדות כלל רק בגדר כתב הלוה וזה ברור ונכון לענ"ד בטעם הרז"ה ומה שטען עליו הש"ך מהך סוגי' דריש פרק אד"מ נר' דמכחן סיוע להרז"ה ומזה למד דינו דודאי לפי פירש"י כמש"ל בריש סי' למ"ד דאין הקושי' בגמ' כמ"ש הראב"ן דה"ל עדות שאי אתה יכול להזימן רק הקושי' דבשלמא אי בד"מ אין עדים צריכין דו"ח א"כ אמרינן סתמא דמילתא עדים קושט' קאמרי ומה דמצריכין דו"ח בד"נ משום הצלה דכתיב והצילו העדה ולכך כל כמה דנוכל ליישב דברי עדים שלא יהיו הם מוכחשים או זוממין מיישבי' אפילו בדוחק ולכך אמרינן האי שטרא מאוחר הוא. אבל אי בד"מ ג"כ בעינן דו"ח ש"מ דחשדינן לעדים דמשקרי ולכך בעינן דו"ח לברר האמת א"כ כשיש כאן הזמה למה טרחינן ליישב ולא אמרינן סתמא דנין כמכחישין ולא יאחרו השטר רק זייפהו זהו הפי' ברש"י כאשר כתבתי לעיל בריש סי' למ"ד וזהו הקושי' חל אף להרז"ה דמה בכך דלא שייך בשטר הזמה עיקר הקושי' מדחזינן דהצריכה התורה בד"מ דו"ח ש"מ דלא מחזקינן דעדים אמרו קושטא ואף בשטר אף דא"צ לקיים בהו כאשר זמם ולא חידשה התורה בו דין זומם כמש"ל הטעם מ"מ סברא הנ"ל לא זזה מן מקומו דחזינן אף בד"מ אין עדים בחזקת כשרות לומר ודאי קושט' קאמרי וא"כ אף בשטר אין בחזקה זו דודאי קושטא קאמרו דמ"ש וא"כ קושי' הגמ' דילמא שטר זייפא הוא וזה פשוט ונכון. והנה הא דלא פי' רש"י כראב"ן דהקושי' מן דהוי עדות שאילה"ז ממקומו מוכרח דהא פריך בגמרא ולמה לא פריך ממשנה שט"ח מאוחרים כשרים ומשני הא עדיפי דאפילו בא' בשמיטה דלא שכיח דזייפי וכו' ופירש"י א"כ קשה לומר דאיחרוהו על א' בשמיטה וקשה לפי' ראב"ן דהקושי' דהוי עדות שאילה"ז דאם יבואו עדות ויאמרו עמנו הייתם יאמרו השטר מאוחר וא"כ יותר דשכיח לאחרוהו והוא מצוי יותר אין בו הזמה דנטעון לעדים אחרוהו וא"כ הקושי' מן שטרי מאוחרין דשכיח האיחור יותר קשה מן שטר שזמנו בא' בשמיטה דל"ש האיחור דבמה דשכיח ודאי דלא יחול הזמה דנטעון להו דבר שכיח וקושי' הגמ' במקומו וצ"ע על ראב"ן ות"ח לישב סוגי' הגמ' לפירושם ולכן פי' רש"י דאין הקושי' מן דהוי עדות שאילה"ז רק הקושי' דלית לן למימר מאוחר וא"כ יותר הקושי' מן שטר שזמנו ב' בשמיטה דשם ודאי לית לן לטעון מאוחר ולהכשיר השטר כיון דלא שכיח בהו האיחור וא"ש. אך הא גופא קשי' על הגמ' עדיין ה"ל להקשות מן שטרי מאוחר וכו' ולא להקשות קושי' רש"י דיש לנו לומר דלא אחרוהו רק ה"ל להקשות קושי' הראב"ן דהא ה"ל עדות שאילה"ז והעדות פסול ואף דאמת דאחרוהו מ"מ כל עדות בשטר בטל דה"ל עדות שאילה"ז ועכצ"ל בשטר

לא בעינן כך דבשטר בלא"ה לא שייך הזמה דהוא רק כאילו כתב לוה כהנ"ל וכמ"ש הש"ך באמת לדעת הרז"ה אין זו קושי' ולכך הוצרך הגמ' להקשות כפירש"י דאין לנו להכשיר השטר ועדיפא פריך מברייתא ודוק ודברי הרז"ה מוכרחים. ולשיטת הרי"ף ורמב"ם י"ל דס"ל ג"כ כפירש"י ומ"מ י"ל דבלא"ה יש לדקדק לפירש"י דכל הקושי' הוא הואיל והצריך התורה דו"ח בד"מ ש"מ דיש לחוש אולי העדים משקרים כהנ"ל וא"כ יש להבין אף דמשני בתר תקנה משום נעילת דלת לא בעי דו"ח מ"מ חיישינן לשקרא ד"ת וא"כ איך מכשירין מספק השטר ולא פסלינן וצ"ל הואיל דתקנו לבל נצריך דו"ח לא בעי לעשות תרי דסתרי אהדדי ולומר דנפסול השטר מספק דא"כ אף אתה תצריך בכ"מ דו"ח. וא"כ י"ל דודאי גם בס"ד ידע דמשום נעילת דלת לא בעי דו"ח ולכך לא פריך קושי' הראב"ן דידע הגמ' דנשנית לאחר תקנה רק קושי' הגמ' כמ"ש דמ"מ יש לפסול מספק כפי' רש"י וכמ"ש ולכך מתרץ לאחר התקנה לא פלוג עבדו רבנן וכמ"ש ודוק. ויש להרז"ה עוד מעט ראיה מכרעת לדבריו חדא הא דס"ד כתובות דף י"ח ע"ב דאפילו בכת"י יוצא ממקום אחר דנאמנים לומר העדי שטר אנוסי' מחמת נפשות היינו א"כ בטלה עדות השטר דה"ל עדות שאי אתה יכול להזימן וא"כ ד"ת דאף ד"מ בעינן דו"ח עדות בשטר היכי משכחת ליה אם יזימן יאמרו אנוסין ע"י נפשות היינו ודקארי ליה מה קארי לי' ועוד מהא דפליגי שילהי יבמות ר"ט ור"ע אי עדי נשים צריכין דו"ח ולא זו לדעת משאת בנימין ומהרש"ל דעדות קדושין לאוסרה לעלמא לכ"ע בעינן דו"ח וכן דעת הרבה מחברים כנזכר לעיל בב"י סי' למ"ד ועיי' א"ע סי' י' בב"ש וקשה א"כ הא דאמרינן בפ"ג דיבמות מפני מה לא תקנו זמן בשטר קידושין וקאמר הגמ' טעמא ע"ש כללו של דבר בשטר קדושין. לא היו כותבין זמן וקשה כיון דבעינן דו"ח איך יכשיר עדותן בלי זמן הא מחוסר ליה דו"ח ואין כאן עדות שיכול להזימה כלל ואפילו נימא דלא כמ"ב המהרש"ל דאף עדי קדושין א"צ דו"ח מ"מ לישנא דגמ' מפני מה לא תקנו זמן בקדושין משמע דהוא דבר ידוע ואין בו מהספק ותקנה קדומה דלא היה בו זמן וקשה לר' טרפון דס"ל בעדי נשים דו"ח בעינן הא צריך זמן וזה לא נראה כלל דבהא בתקנת זמן בקידושין יחלקו ר"ט ור"ע דבר זה מהנמנע דשאל מפני מה לא תקנו זמן ואי לר"ט בעינן באמת זמן דילמא באמת אף לר"ע בעינן זמן משום חיפוי דבת אחותו. וגם קשה כיון דא"כ ד"ת בגט בעי זמן ואי אין בו זמן הגט בטל דהא ד"ת בעי דו"ח רק ס"ל לר"ע דמפני תקון עולם בטלו לעדי נשים דלא יהיה צריך דו"ח ובגט הא הצריכו לכתחילה לכתוב זמן משום בת אחותו ומשום פירות א"כ לא חשו לתקון עולם דהא באמת הוצרכו זמן וא"כ חזר הדבר לדין תורה דצריך זמן ודו"ח ואם לאו הגט בטל ולמה באמת קי"ל דאם ניסת בלי זמן

דבדיעבד הגט כשר דל מהכ' תקנת חכמים מ"מ דין תורה היכי אזיל ודוחק לומר כיון דבשאר עדי נשים בטל לדו"ח אף זהו בכלל הביטול דהא בהא לא בטלו כלל ועוד קשה א"כ דמהתורה גט פסול בלי זמן דלא הוה בי' דו"ח א"כ איך הכשירו רבנן ושרו א"א לעלמא ועכצ"ל כתירוץ הגמ' בכמה דוכתי דכל המקדש וכו' ואפקיעוהו רבנן לקדושין וא"כ קשה הא דתקנו זמן משום שמא יחפה ופי' רש"י דיתן עכשיו גט ויאמר דנתנו לה מקודם ול"ל לשקר יאמר האמת דנתנו לה עכשיו ומ"מ הקדושין בטלים למפרע ולהאי חיפוי לא חששו חז"ל כמ"ש התו' בשמעת' דבטלו מבוטל ע"ש וצ"ע דמה חיפוי לשקר שייך בזה ול"ל דלר"א דע"מ עיקר וע"ח הם רק לראיה דהיו ע"מ אף מהתורה א"צ דו"ח וע"מ ידעו זמנו וזהו דוחק דמ"מ הם עדות וה"ל מזויף מתוכו ועוד להרי"ף דקי"ל אף ע"ח כרתי אף לר"א מה א"ל וצ"ע ואולי ס"ל כשיטת החולקים בפירש התו' שמא יחפה להחזיר גרושתו וזהו לא שייך בהפקעת קדושין דמ"מ נשואה דרבנן היא ואם זינתה תחתיו מ"מ אסורה לו ועיי' בהרא"ש. ולכן ס"ל להרז"ה דבשטר לא שייך הזמה כלל ואף דו"ח בכלל דא"צ וא"כ לא קשיא כלל מכל הנך דבשטר לא בעינן דו"ח כלל ויש להרז"ה סמוכים גדולים בראי' מוצק לסמוך ונראה אף לרמב"ם החולק ארז"ה כשנדייק מ"ש דאינם נפסלי' אלא משעה שהעידו בב"ד שזה כת"י ואמרו בזמנו כתבנו ולכאורה הך שיעידו בב"ד שזה כת"י מיותר ואין ענין כלל לזה ואטו לא אפשר שכת"י יוצא ממקום אחר ומ"מ אמרו אין בזמנו כתבנו ואי דס"ל דאינם נאמנים לפסול השטר ואמירתם בזמנו כתבנו אין בהם נאמנות כי אולי אומרי' בכוון לפסול השטר ולאו כל כמיני' אם לא בשאין כת"י יוצא ממקום אחר וא"כ הם שאומרים זה כת"י ובזמנו כתבנו יש להם מגו דא"כ עדיין קשה באומרים כן דנפסלו למפרע מיום שראו עדים השטר ביד מלוה וכל השטרות שהיו נחתמים מן העדים בין כך פסולים וסתמא הוא אפילו כת"י יוצא ממקום אחר ואמאי ג"כ נימא שבכוונה אומרים כן לפסול השטרות ההם ולא כל כמיני' ובהא ליכא מגו אלא ברור דלא אמרינן כמש"ל הואיל והם פסולים מעכשיו לא מוקמינן ליה בחזקת כשרות והדר' הקושיא לדוכתא למה הצריך הרמב"ם שיעידו בב"ד שזה כת"י אלא ברור דאף הרמב"ם ס"ל בעדות בכתב לא שייך הזמה ודין הזמה לא הוי בעדות שבכתב כי אם בעדות שבע"פ אך כשאין כת"י יוצא ממקום אחר רק העדים מעידים על כת"י דקי"ל על מנה בשטר הם מעידי' וביאר הרמב"ם דצריכים לזכור העדות בע"פ בו ביום ובאותו מקום היה הלואה פלונית וא"כ פשיטא דיש בו תורת הזמה דמ"ש משארי עדות בע"פ ולכך כשחל עליהם הזמה אז ונפסלו אף למפרע נפסלו מיום כתיבת זה השטר דהא איתרע חזקת כשרותם דחתמו בשקר ועכשיו דנפסלו מחזיקין פסלות

למפרע מיום שנודע שהיו שקרנים וכזבנים בשטר ועיי' מ"ש בקושית הרשב"א לעיל משא"כ בכת"י יוצא ממקום אחר דא"צ לעדותן בע"פ כלל בכתב לא חל הזמה וא"כ לא קשיא משטר קדושין וגיטין דאין בו זמן דבממ"נ אם כת"י יוצא ממקום אחר לא צריך הזמה ודו"ח כלל מפי כתבם ואי כת"י אין יוצא ממקום אחר הרי צריכין עדים להעיד בע"פ ואז פשיטא למ"ד דבעי דו"ח דהב"ד חוקרין ודורשין אותו כי אז עדותן הוי עדות בע"פ וצריך דו"ח ולק"מ. ודו"ק כי נראה נכון ומדוקדק היטב בדברי הרמב"ם דהצריך שיבואו עדים ויעידו על כת"י דאז שייך ביה הזמה אבל כשיוצא ממקום אחר הוי מפי כתבם ולא שייך כלל הזמה. וכן משמע מתו' כתובות דף י"ט ע"ב ד"ה אר"ש דהקשו מהא דאי עדים אומרים דאמנה הוא דנאמנים אף דשטר מקויים מהלוה דמודה שכתבו והקשה מהרש"א דהא בזה לא שייך הזמה דיאמרו עדים לא כת"י הוא זה ומה איכפת לן בהודאת הלוה אבל אם דעת התו' כרז"ה לק"מ דצ"ל הא דאמרינן אין מזימי' העדים אלא בפניהם לא קאי על שט"ח דלית בהו הזמה כלל רק אמרינן בעלמא אין מזימין אלא בפניהם וא"כ אף הכחשה ליכא אלא בפניהם וא"כ בשטרות אין שינוי בדין כמו בשארי דוכת' בד"מ ולא חילקו בו חכמים וכמו דבד"מ בעינן הכחשה בפניהם כן בשטרות אף דלית ביה הזמה וא"כ קושית התו' שפיר דאף בלוה מודה כן דמה נ"מ דלא שייך ביה הזמה הא בכל השטרות לא שייך הזמה ולק"מ ודוק וזהו לא נראה לומר דהואיל ד"ת א"צ קיום א"כ חל בהו הזמה להיות נפסלים ד"ת לעדות דזה לא שמענו בדעת מחברים כמ"ש הרמב"ם עד שיעידו שהוא כת"י ועיין לקמן סי' מ"ו בעדים מכחישים כת"י לכ"ע ד"ת בעי קיום ודוק:

י **אחד המלוה ואחד הלוה כו'** והשמיט העדים משום דעדים אינם נפסלים דלא משמע להו האיסור והקשה ב"ח הא כתבו התו' שהמלוה ברבית דקתני במשנה איירי בפסול דרבנן דאפילו ברבי' קצוצה לא מיפסל אלא מדרבנן משום דלא משמע להו האיסור כיון דמדעתי' קיהיב הרי אעפ"י דלא משמע להו האיסור מ"מ מיפסלו עכ"פ דרבנן וא"כ אף העדים יפסלו מדרבנן ע"ש שהאריך וכן בתשובת פ"מ סי' ק"ה הקשה לב"י דס"ל כדעת הנ"י דלוה ברבית פסול מדרבנן דלא משמע להו האיסור ומ"מ מדרבנן פסול א"כ אף העדים יפסלו ואני איני מבין דבריהם וכי כלל הוא זה שרבנן פסלוהו לכל העובר איסור תורה ולא משמע להו האיסור שפסול מדרבנן וא"כ ה"ל למשנה לנקוט בקיצור כל העובר איסור אעפ"י דלא משמע להו פסול דרבנן אלא ברור שאין לדמות גזרת חכמים זה לזה וקצת מהעבריינים שפסלוהו אם עוברים איסור שאיסורו ד"ת אף דלא משמע להו וקצת דלא היה פוסלין כפי עוצם חכמתם ובינתם בדינים ותקוני הענין לצורך זמן ולכן אין כאן

קושי' וגזרה שוה דנימא הואיל ופסלוהו למלוה ולוה דלא משמע להו האיסור שיהיו נפסלים גם עדים או מרב כדומה ואין לנו לדמות גזרות חכמים זו לזו בשום אופן ולק"מ:

יא **וי"א דבא"ר אינו נפסל אלא המלוה ולא לוה** ויש להקשות הא דא' רבא סנהדרין דף כ"ח לוה ברבי' פסול ופריך הגמ' הא אנן מלוה ברבי' תנן ומשני מלוה הבאה ברבי' וקשה מה קושי' הא המשנה איירי ברבי' דרבנן בע"ש התו' דכל פסולים השנוי' במשנה הם פסולים דרבנן וברבית דרבנן באמת הלוה כשר ורבא דפסל לוה ע"כ איירי ברבי' קצוצה. ועוד דמשני מלוה הבאה בר בי' ואפילו לוה בכלל הפסול וצ"ל לדברי רמ"א היינו רבי' קצוצה וא"כ קשה אין קחשיב משנה פסולי דאורייתא דאי רצון המשנה למנות פסול דאורייתא טובא ה"ל לאשמעינן עד זומם מועלי שביעית מחללי שבת גזלני' וכל אינך דכוותי'. ומזה נראה דהיה לנ"י ראיה ברורה דס"ל דאף ברבי' תורה המלוה אינו פסול רק מדרבנן וא"כ שפיר פריך המשנה דקחשיב כל פסולי דרבנן אף מלוה ברבי' קצוצה קחשיב וא"כ קשה לחשוב לוה נמי ומשני שפיר מלוה הבאה ברבי' ואף לוה באמת בכלל והכל איסורא דאורייתא ומ"מ אינו אלא דרבנן ולכן צ"ל באמת להגהת רמ"א דהביא דעת וי"א דאינו פסול בא"ר צ"ל דמלוה בר"ק ג"כ אינו פסול רק מדרבנן ולא של תורה כלל וא"ש והרמ"א קיצר במקצת במקום שהיה לו להאריך ותמהני מתשובת פני משה ח"ב סי' ק"ה דכתב דמהך מילתא דרבא ה"ל קושי' להנ"י ונהפוך הוא דמזו ראיה להנ"י דאף בר"ק אינו פסול רק מדרבנן:

יב **משום דקסבר מצוה קעביד. כו'** יש לתמוה במ"ש תו' סנהדרין דף כ"ה ע"ב ד"ה דעיקרא כו' הקשו למה חמסנים פסולים מדרבנן יפסלו מדאורייתא דהא אמרינן לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו משמע מן התורה אף דיהיב דמי עובר לאו דלא תחמוד וכו' ע"ש ולא הבנתי קושיתם דמה בכך דטועים מ"מ נעשה להם כהיתר וטועים הם בדין וא"כ אף דבאמת טועים מ"מ אינם נפסלים כמו העדים ברבית דלא מפסלי אף דעוברים על לאו של תורה וא"כ ה"ה בהך דלא תחמוד אף דד"ת עוברי' מ"מ כיון דלא משמע להו אינם נפסלים. ודוחק לומר כי הך סברא תליה בפלוגתא דר"ה בריה דר"י ור"פ בקוברי מת בי"ט דר"ה אכשרינהו בשביל כך אף דעבדי איסורא משום דטועים הם ונדמה להם להיתר דמצוה קעבדו אבל ר"פ דפסלוהו ש"מ דלא מהני תי' זה להכשירם בעברם איסור תורה וא"כ הא דקי"ל דכל דנעשה להם כהיתר אינם נפסלים כמו עדי רבי' וכדומה היינו לפי דקי"ל הלכתא כר"ה בדר"י דקוברי מת כשרים לעדות אבל לר"פ אף עדי רבית פסולים דלא איכפת לן אם עוברים ונעשה להם כהיתר או לא וא"כ קושי' התו' דהא זה דהוסיפו עליהם לפסול החמסנים מדרבנן ברייתא היא וא"כ קשי' לר"פ למה

אינם פסולים מהתורה ולא יהיו צריכים הכרזה וכדומה ואי דנעשה להם כהיתר הא ר"פ לא ס"ל הך סברא כי חדא דהא לישנא דתו' לא משמע דהקשו כן רק לר"פ ועוד דתו' דייקו מהך ברייתא שטר שיש בו רבית דעדים אינם נפסלים דנעשה להם כהיתר וא"כ עדיין קשה לר"פ הך ברייתא שטר שיש בו רבית הא מפסלי עדים ואי אמרינן לר"פ תי' אחר שכתבו התו' אף לר"ה בריה דר"י נימא תי' כן ומנ"ל לתו' לומר דעדי רבי' לא משמע להו ואינם נפסלים ולכן צ"ע לכאורה ולכן מה שיש לתרץ הא דאמרינן דלאינשי נעשה להיתר אין זה כלל מוחלט דאטו לא יש אנשים בעלי תורה וכדומה דיודעים שהוא אסור איסור תורה וא"כ עשית לכל העולם עמי הארצים שדיני תורה נעלם מהם ואם הוא ספק אם ידע איסורו ומ"מ עברו או דלא ידע ואשם איך נוציא ממון מספק וצ"ל הואיל ויש לו חזקת כשרות אוקמינן בחזקתו דסתמא דלא ידע ואילו ידע לא היה עובר עליו רק זהו אי לא איתרע חזקתו אבל כיון דרבנן פסלוהו לחמסן והוא עבר א"כ הרי איתרע חזקת כשרותו מדחזינן לו דעבר באיסור דרבנן וא"כ חזר הדבר לשל תורה דאולי ידע ועבר הרי זה ספק פסול מהתורה כך קושי' התו' דעל כל פנים ה"ל להיות ספק פסול של תורה שלא להוציא ממון עפ"י עדותו אפילו בלי הכרזה כדין פסול תורה וכן שארי נ"מ שיש בין פסול תורה לדרבנן וקושי' התו' שפיר אבל במקום דנוכל לומר דאף מדרבנן כשר דאוקמינן ליה בחזקות כשרות אמרינן דטעה וכשר לכ"ע שוב מצאתי סברא בתשובת פ"מ ח"ב סי' ק"ה דעבר איסורא דרבנן תו ל"ל אוקמי לי' בחזקתו חזקת כשרות ואיתרע חזקתו וכן מסייע ליה סברא דעבר איסורא דרבנן חשוד לשבועה אף שהוא איסור תורה ש"מ דאיתרע חזקת כשרותו ונחשד לאיסור תורה וא"ש:

יג **שלא ברצון הבעלי' כו'** כתב הסמ"ע ס"ק ל"ב דאינם נפסלים מד"ת דעוברים לאו דל"ת דבלא דמי משמע להו וכן האמת עכ"ל בשם התו' וסותר דברי הש"ע לקמן בסי' שנ"ט ס"י. ודברי עצמו שם ס"ק י"ד דכתב להדיא דאע"ג דעובר על לאו ל"ת דאורייתא מ"מ הואיל ולאינשי לא משמע לא נפסל והשיג על הע"ש דכתב דמהתורה אינו עובר ולכן דבריו פה צל"ע וכ"כ מ"ש הכ"מ בפ"י מהל' עדות על מ"ש הרמב"ם העובר על גזל של דבריהם כגון החמסנים וכו' וכתב הכ"מ דלא תחמוד בלא דמי משמע וכן האמת וצ"ע הא כתב הרמב"ם להדיא בפ"ק מהלכ' גזילה אפילו המרבה רעים על חבירו למכור לו שלו בדמי' עובר על לאו דל"ת ע"ש ולכן צ"ל אף דמהתורה אסור מ"מ לאינשי לא משמע ולא נפסלו כהנ"ל והא דנקט הרמב"ם בלשונו גזל מדבריהם היא כי מהתורה אינו בגדר איסור גזל עד שיצטרך להשיב כדכתיב והשיב את הגזילה רק הוא לאו מיוחד בפ"ע שעובר עליו אבל אם קנה הכלי אין מחויב להחזיר ולא נתקו התורה להישבון

והרי זה כמו שארי לאוין אבל חכמים עשוהו מדבריהם כגזל וא"כ כופין אותו להחזיר הכלי שחמד כדין גזלן וכל תורת דין גזלה עליו ולכך הואיל וחכמים קבעוהו שיהיה בכלל גזלה פסלוהו להעובר וחומד כדין גזלן אף דבלי דמי משמע להו בלאו דלא תחמוד כו' וא"ש גזל מדבריהם ולק"מ ודברי הסמ"ע וכ"מ צ"ע:

יד **ואם נודע שלקחו אפילו פ"א כו'** נסתפק הרב"י בכ"מ כשנודע שהיו לוקחים פ"א אם הם פסולים ד"ת או מדרבנן דמור' התירה לנפשיה שהוא עוסק במלאכות המלך וראוי לו ליטול שכר ודעתו נוטה שהוא פסול מהתורה עכ"ל ומדברי התו' בסנהדרין דף כ"ה ע"ב ד"ה סתם גבאי כו' דכתבו דאתא לאשמועינן אע"ג שהחזיר הנבאי והמוכס פסול דלא דמי לשאר גזלן וכו' ולא תי' בפשוט דנעשה להם כהיתר ולכך פסולים מדרבנן א"ו דלא סבירא ליה הך סברא וכ"ז שלא החזיר פסול מדאורייתא רק עיקר פסול מדרבנן בשהחזיר וכן נכון. ובפרט לפמש"ל בישוב דברי התו' גבי לא תחמוד דאף דיש לספק אולי טועה ומורה היתר דכיון דעכשיו פסולים מדרבנן הרי הוא בחזקת פסול דאורייתא דאיתרע חזקתו:

טו **הרי זה בחזקת שאוכל מהקוביא כו'** להיות כי דברי הסמ"ע ס"ק מ' קצת מגומגם במ"ש הנאת גוף וגם מ"ש הואיל ונתגדל במעות איסור דברים אלו דחוקים וא"צ לענין זה לכן אמרתי לברר הדברים ביותר ואם כי נראה כי גם הסמ"ע כיון עליהם והוא דבגמרא אמרינן רמב"ח אמר הטעם דלכך משחק בקוביא פסול משום דהוי אסמכתא ור' ששת אמר משום דאינו עוסק בישובו של עולם והרמב"ם פ"ו מהל' גזילה פסק משחק בקובי' הרי זה גזל מדבריהם והקשה המ"מ א"כ למה צריך טעם בהלכות עדות לפסול משחק בקובי' הואיל ואינו עוסק בישובו של עולם הא בלא"ה גזלן מדבריהם פסול לעדות וכן מוכח בגמרא דנ"מ בין רמב"ח לר"ש ביש לו אומנות בלי זה דלרמב"ח מ"מ פסול ונראה לישב דהאמת כפי' המ"מ דיש לרמב"ם ראיה מהך דפרק השואל דלא יעשה מנה גדולה נגד קטנה משום קובי' ש"מ דקובי' אסור רק סבירא ליה לרמב"ם דמדרבנן אסור וסבירא ליה כמ"ש הרמ"א בהגה ס"ג דבפסולי רבנן בעינן רשע דחמס ומשחק בקובי' אינו רשע דחמס כי אין נעשה בשביל חימוד ממון ואדרבה על הרוב יותר מפסידי' מאשר מרוויחים ורובם שירדו מנכסיהם עי"כ וכל מגמתם רק לנחת בעלמא ולבלות זמן כאשר הנסיון יום ביומו מעיד על זה ואם כן אין כאן רשע דחמס ואין כאן פיסול אך במי שאין לו שום אומנות רק בזה השחוק אם כן ברור שמשחק בשביל חמדת ממון כי לחמו הוא והוי רשע דחמס ופסול בגזילה דרבנן אבל אם אסמכתא לא קני' א"כ הוי גזל של תורה וא"צ חימוד ממון וכל גזלן ומשחק בקובי' אפילו אינו עושה בשביל חימוד ממון פסול

וא"ש. דסבירא ליה לרמב"ם ודאי בשביל שאין עוסק בישובו של עולם אין טעם לפוסלו ואם כן כל הטיילים ובטלנים יפסלו לעדות רק כך הפי' רמב"ח סבירא ליה אסמכתא לא קני' ואם כן הוי גזל של תורה וא"צ רשע דחמס ולכך אפילו יש לו אומנות פסול אבל ר"ש סבירא ליה אסמכתא קני' רק הוי גזל מדרבנן וא"כ בעינן רשע דחמס ולכך בעוסק בישובו של עולם אינו רשע דחמס ומיכשר אבל באינו עוסק ואין לו אומנות רק זה הרי זה בחזקת שאוכל ממנו וה"ל רשע דחמס ופסול וכ"פ הרמב"ם דהוי גזל מדבריהם ומיפסל לעדות כשאין לו אומנות דהוי רשע דחמס וזה ברור וגם הסמ"ע נתכוון לזה אלא שלשונו בלתי ברור ומגומגם בזה כמ"ש. וכתב הסמ"ע לדעת הרמב"ם אפילו יש לו מה להתפרנס רק אין מספיק למחייתו פסול דהרי זה אוכל מהקובי' והוא רשע דחמס ואם יש לו מעות שאוכל הימנו אעפ"י שאינו מתעסק בו מ"מ כשר אבל לדעת רש"י וטור עיקר טעם לא בשביל גזל רק הואיל ואין עוסקים באומנות אין להם יראת חטא (והסמ"ע כתב לשון הטור דממון קל בעינו ולדבריו קשה לעדות אחרת מה שאינו ממון יוכשר אבל לפי' רש"י דאינם יראי חטא א"ש) וא"כ בשיש להם ממון שאוכלים הימני מ"מ פסולים ולהיפוך אם יש להם קצת אומנות דעכ"פ יודעים ענייני וטיב מו"מ כשרים ותמה הסמ"ע על הרמ"א דלא הביא כלל דעתם וסתם כמחבר ולא הזכיר עוד נ"מ שיש אם משחק תמיד עם הגוי בקוביא דלרמב"ם לא מיפסל דהא אין כאן איסור גזל של דבריהם אבל להטור ורש"י מיפסל דסוף כל סוף אינו עוסק בישובו של עולם. אבל הרמ"א סתם כאן וסמך עצמו על מה שכתב לקמן בסי' ש"ע ס"ג ע"ש וכתב דפשט המנהג דלא כרמב"ם ולית בי' גזל רק מפני שאין עוסקים בישובו של עולם וממילא מובן כל הנ"מ של הסמ"ע ובפרט דאם אין לו אומנות דאפילו משחק עם גוי פסול ע"ש:

טז **אין מוסרין עדות לע"ה כו'** הב"י תמה על הטור שהשמיט דעת אביו הרא"ש דסבירא ליה דאנן מקבלין עדות מע"ה כדי שלא ילך ע"ה ויבנה במה לעצמו ועיין בב"ח במ"ש ויותר נראה דהואיל עכשיו רוב ע"ה בקיאים ועוסקים בדרך ארץ ואם כן כשיש א' שאין בו דברים הללו אין לקבלם דלא שייך האי טעמא שיהיו בונים במה לעצמן כיון דרוב ישנן בדרך ארץ ולא איכפת לן ביחיד וכ"כ המג"א בא"ח סי' קצ"ט ס"ק א':

יז **א"צ הכרזה כו'** לפמ"ש הסמ"ע לקמן ס"ק נ"ה בשם נ"י דלאותו עדות שהוא נפסל ע"י א"צ הכרזה אם כן יש להבין ל"ל הטעם שאין זה כשארי פסולים הצריכים הכרזה הא בכל פסולים איכא כן וצ"ל כפי מ"ש הר"ן בפ"ב דקדושין דהנוטל שכר להעיד לא לבד לאותו עדות נפסל אלא לכל עדות שהעיד אח"כ נפסל דהוא בחזקת שנוטל שכר להעיד עד שיתברר שלא נטל שכר וא"כ לק"מ דה"א לעדות שהעיד אח"כ יצטרך הכרזה

למען ידעו שהוא בחזקת שנוטל שכר ולא יקחוהו לעדות כי כן לא יוכלו לברר שלא נטל שכר ויפסל העדות וקמ"ל דמ"מ לא בעי הכרזה דהואיל ואין פסולו ברור ויש בו תקנה להחזיר וכל פסולו אינו אלא קנס חז"ל והרמ"א קיצר דה"ל להעתיק דעת הר"ן דגם העדות להבא פסולים ועלה הוה ליה לכתוב דאין צריך הכרזה. וגם משמע מזה הואיל ואין בגדר הפסול אם היה שלשה עדים וא' מהן נטל שכר עדות השנים הנשארים כשרים דלא הוי כנמצא א' מהן קרוב או פסול וכן כתב הריטב"א פ"ב דקדושין ואם ראובן נתן שכר ללוי להעיד לו בדברי ריבות שיש לו עם שמעון והעיד לוי לטובת שמעון וחובת ראובן נראה דעדותו כשרה דהאי אייתי חובתה לנפשו והפסיד שכרו ולא יהיה חוטא נשכר וגם אם לא כן אתא לערומי:

יח **אסור לקבלו** והקשה הסמ"ע הא אמרינן בפרק זה בורר דבר חמא קיבל כרגא דר' פפי לכולה שתא בשביל דהיפך בזכותו ותי' בשם הרא"ש דר"פ בלא"ה פטור ממס עכ"ל והקשה הכה"ג לעיל סי' ט' מה טובתו של ב"ח דקיבל כרגא הא זולתו היה ג"כ פטור ואי נימא דמ"מ היה פורע מס ממידת חסידות ואם כן עדיין קשה איך שבקי' ר"פ לחסידותי' להיות נהנה בשל אחרים במקום לזות שפתים דשוחד דאסור כמ"ש הרמ"א ועוד הקשה לפי מ"ש הרמב"ן לקמן בסי' קס"ג דכרגא דמלכא שהמלך מטיל על איש פרטי אף ת"ח חייבי' וראי' שלו מהך כרגא דר' פפי וא"כ לשיטתו קשה קושי' הנ"ל איך קיבל ר' פפי מב"ח ונראה דהך דין של רמ"א דאסור לקבל דורון ממס ל"ק דלא שילם ב"ח מכיסו רק השתדל אצל המלך לפוטרו וא"כ א"ש כיון דמהדין היה פטור ממס רק המלך עלל עליו ליתן והוא השתדל לפוטרו א"כ מה הנאת ממון ומה מדת חסידות יש כאן בלא"ה חובה על ב"ח לראו' להשתדל מהמלך ולהקל מעלילות המלך שלא כדת. וגם קושי' הרמב"ן מיושב דהוא דקיבל על עצמו להשתדל אצל המלך לפוטרו ובשביל כך אין המלך מטיל יותר על שארי בני ישראל כמ"ש הרמב"ן להדיא וא"כ זה נהנה וזה לא חסר. ויותר נראה דהרמב"ן והרא"ש אזלו לשיטתן בהא דאמרינן בפורע חוב של חבירו שלא מדעתו דמ"ד דפטור יליף ליה ממודר הנאה מחבירו פורע את חובו אפילו בב"ח דוחק ותורם שקלו אפי' בגזבר הממשכן דהוי מבריח ארי וא"כ אמרו באיסור נדרים דהוא איסור חמור של תורה מכ"ש דאמרו בכאן שהוא רק נראה כשוחד או הטלת שכר על דינו דודאי יותר קל מנדרים וקונמ' ופשיטא דמותר ולכן להרמב"ן הפי' דבר חמא קיבל כרגא היינו דפרע להמלך המס בשביל ר"פ בלי שאמר לו ר"פ לפרוע וא"כ הוי פורע חוב של חבירו וזהו מותר במודר הנאה וכ"ש בזה ולק"מ אבל הרא"ש אזיל לשיטתו לקמן בסי' קכ"ח דחייב לפרוע ואסור במודר הנאה בב"ח דוחק כמ"ש הטור להדיא לקמן. וא"כ אף בדין

אסור ולכך הוצרך הרא"ש לומר דת"ח פטור מהמס והוא השתדל אצל המלך וא"כ לא עשה כלום כמש"ל וכל אחד אזיל לשיטתו ולענ"ד אמת נכון הדבר ולמדנו מזה כלל שלא תמוט כל שבנדרים מותר ולי' ביה משום הנאה אף בדין מותר בפרט לאחר שדן דליכא כאן חשש שוחד רק נטילת שכר על הדין או שוחד מאוחר וזהו אינו כיון דבנדרים מותר ודוק:

יט **לסיבת יסורים כו'** לא הבנתי מה ענין דין זה להלכו' עדות דבעדים לא שייך דין זה כלל דהא עדות צריך להיות בב"ד ובממ"נ אם יודעים הב"ד דאנוס הוא איך יקבלו עדותו או וכי יאנסהו הב"ד של ישראל ח"ו ואם לא ידעו הב"ד דאנוס הוא איך נאמן לומר אח"כ אנוס הייתי כיון שהגיד כו' ואם יש עדים אחרים ג"כ ה"ל תרי לגבי תרי כמבואר לקמן סי' מ"ו ע"ש ובגוף הדין הנזכר בתשובה של מהרי"ק דאיירי באחד שהודה ע"י יסורים שעשו לו ערכאו' שיש לזה מעות אצל חבירו בפקדון וביקשו להטיל שבועה על חבירו דה"ל כטענת ברי הוגד לו מפי אחר וע"ז השיב מהרי"ק דאין זה כלל נחשב לטענת ברי כי מה שאמר בערכאות היה עפ"י יסורים ואין בו ממש והוי רק טענת שמא אבל אין ענין זה לעדות כלל. ומקומו בהל' טוען ונטען ואולי דמיירי דקיבל על עצמו כל מה שיעידו בערכאות והעידו עפ"י יסורים כדרכם להכות לעדים הנחשדים בעיניהם וקמ"ל דאין בהם ממש כי לא ע"ז קיבלם ודוחק:

כ **עבד וכו'** הרמב"ם נתן טעם דעבד פסול לעדות דכתיב כאשר זמם לעשות לאחיו מה אחיו בני ברית כו'. והקשה הכ"מ וביותר האריך בו הלח"מ הא רבנן ס"ל ב"ק דף פ"ח דהחובל בעבדים חייב בכולן דכתיב איש ואחיו יחדו ועבד אחיו במצות ופריך הגמ' א"כ עבד יהיה כשר לעדות ומשני ק"ו מגזלן ואשה ע"ש וא"כ הרי מבואר דלפי דקיי"ל כרבנן עבד בכלל אחיו רק אתמעט מכח ק"ו ונר' דקשיא ליה לרמב"ם קושי' התו' דממזר יהיה פסול לעדות מק"ו מגזלן ומה גזלן שכשר בקהל פסול לעדות מכ"ש ממזר וא"ת מה לגזלן שכן מעשיו גורמי' אשה תוכיח וכו' ותי' התו' לא שמיע ולא ס"ל לרמב"ם ולכן ס"ל לרמב"ם דודאי לא יועיל ק"ו לגרועי קרא דכיון דכתיב לאחיו וממזר אחיו הוא א"כ לא יועיל ק"ו לגרועי קרא והא דמועיל בעבד הטעם וודאי אילו אין לנו פי' על אחיו רק פי' אחיו במצות ודאי דלא היה מועיל ק"ו לגרועי קרא רק יש כאן עוד פי' על אחיו אחיו בברית רק סתמא דמילתא אמרינן פירושו של אחיו היינו במצות אבל כאן דיש ק"ו מסתבר לומר דפי' של אחיו היינו בברית ונפק העבד מהך כללא דעדות והקרא וק"ו אתיא כחדא וכל מה דנוכל להשוות שתיהם עבדינן וא"ש אבל בשאר דוכתי דליכא ק"ו דרשינן אחיו כפשט' אחיו במצות רק כאן מכח ק"ו צריכין למדרש לאחיו על הך ילפותא

ולק"מ וא"כ באמת אתמעט עבד מקרא דלאחיו דמק"ו מוכח דפי' של אחיו היינו אחיו בברית העתיקו הרמב"ם כן ולק"מ:

כא **מומר שחזר וכו'** עיין באורים שהעתקתי לשון הסמ"ע והש"ך כתב בס"ק כ' דלפ"ז דוקא במומר לע"ז שייך דין זה וז"א דבכל עבריינים אמרינן דמיד שקיבל מסממא יקיים דמהרי"ק יליף דין זה מהך דהנושא נשים בעבירה נודר יורד ועובד ומגרש וא"כ שייך זה בכל עבריין ע"ש ובאמת לשון הרמ"א מורה כדברי הסמ"ע וכן בתשובת מהרי"ק הנ"ל לא נזכר שם רק בענין מומר ובאמת מה שכתב הש"ך דהא מהך ראיה נודר יורד וכו' משמע דאמרינן כן בכל עבריין נהפך ומשם אין ראיה כלל דהא הנושא נשים בעבירה אעפ"י שקיבל על עצמו שלא ליקח עוד נשים האסורות לו מ"מ אסור לעבודה עד שיעשה נדר בפועל ש"מ דחשדינן ליה שלא יקיים קבלתו עד שידור כי על זה שיחלל נדרו לא נחשד הרי דלא מהני קבלה ואיך נאמין בעבריין על קבלתו אלא ודאי צריך דבר מוכיח וניכר לכל שחזר ולכך בכהן בקבלה לחוד אין כאן דבר הניכר שחזר ולכך בעינן נודר בפועל דהוא דבר המברר שחוזר כמ"ש כי לא נחשד בזה וגם במומר לע"ז שיבדיל עצמו מתאות עה"ז והמון חוגג של גוי' הוי מעשה הניכר דחוזר כמ"ש הסמ"ע והרי זה כנודר הנ"ל וא"ש. ובפרט כי בלא"ה אין זה מהך דנודר ראי' גמורה והיא רק סמך בעלמא דבשלמא התם אף דנושא נשים הפסולים לו דבר תורה אינו נפסל מעבודה ונשיאת כפים כי לא נתחלל קדושתו בזה רק חכמים קנסוהו והם אמרו והם אמרו בנודר שישוב לכשרותו אבל ברשע הפסול לעדות ד"ת אל תשת כו' איך נכשרוהו בקבלה בעלמא ומכ"ש במי שרגיל ונשקע בעבירה ולכן מהנודר הנ"ל הוא רק סמך בעלמא ועיקר הטעם כמ"ש הסמ"ע דנכרים הדברים שהם אמת והבו דלא לוסיף כי במומר גופי' בהגהת מרדכי פרק אלמנה ניזונ' תשובת מהר"ם ב"ב משמע דאפילו במומר לע"ז צריך תשובה גמורה ואעפ"י שבאמת הנדון דשם נכרים הדברים שהיא תשובה של רמי' מ"מ הראי' שהביא מהר"ם מן הנך עובדי' דפז"ב ומיהא דגנב קבא כו' משמע בכל מומרים לא מהני בקבלה רק בתשובה גמורה ניכרת שאין בו רמי' כלל ולכן במומר לע"ז גופי' צ"ע ונמסר לפי ראות עיני ב"ד:

כב **קודם שהכריזו עליו כשרה** עיין אורים דכתב הסמ"ע בשם הנ"י דלאותו עדות שנפסל בשבילו א"צ הכרז' וכתב הש"ך בס"ק כ"ב דקשה דהנ"י לא כתב כן אלא בס"ד דפריך הגמרא בהך דאמר לדידי אויף ברבי' ותיפוק ליה לוה ברבי' פסול לעדות והק' הנ"י הא ה"ל פסול דרבנן ובעי הכרזה ומשני דלאותו עדות א"צ הכרזה אבל למה דמשנינן פלנינן דבורא דאין אדם משים עצמו רשע ופלגינן דבורי' לא משכחת ליה להאי דינא וכו' וצ"ע

לאיזה צורך כתבו הב"י וד"מ וסמ"ע דין זה עכ"ל ולא זכיתי להבין דבריו דאם כוונתו דאינו במציאות כלל לק"מ דטובי איכא עדים שחתמו בשטר בשכר בי"ט שני של גליות דפסולים לכ"ע מדרבנן ואפילו רשע דחמס מיקרי כשעושה בשכר ואם כן זולת דעת הנ"י לא שטר ההוא מיפסל דהא הוא פסול דרבנן ולא היה להם הכרזה אבל לדעת הנ"י כיון דבאותו עדות נפסלים א"צ הכרזה והשטר פסול וכן כיוצא בזה כאשר נכתב עוד איזה דברים לדוגמא ואם כוונת הש"ך דלמסקנא לא קיי"ל דין זה זהו דוחק כיון דבקושי' הנמרא מוכרחין אנו לומר כן מהכ"ת נימא דבמסקנא חזר בו ואילו דין זה בנ"י לחוד החרשתי הלא דין זה מוכרח בתו' ב"מ דף ה' ד"ה בלי דמי שהקשו איך ישבע שאינו ברשותו משום שמא נתן בו עין הא עכ"פ הוא בכלל חמסן דפסול מדרבנן וקשה הא בעי הכרזה ולא נפסל אלא צ"ל דלאותו עדות שנפסל לא בעינן הכרזה. וכן בפרק איזהו נשך דף ע"ב ד"ה שטר וכו' דהקשו הא עדים פסולים ותי' ברבי' דרבנן וכתבו ומ"מ לא נפסלו מדרבנן משום דלא מרוויחי' כו' עכ"ל משמע הא מרוויחים דנטלו שכר בשביל כך וכדומה היה השטר פסול וקשה הא לא היה להם הכרזה ועכצ"ל דלאותו עדות א"צ הכרזה והיינו כדעת הנ"י והרי ג"כ נ"מ כמ"ש. וכן יש עוד נ"מ כשהוא מעיד ששחק עם א' בקוביא וכן שנים אחרי' מעידים כן וא"כ לא שייך אין אדם משים עצמו רשע דביש שני' אחרי' מעידים כן לא אמרינן זו וכמ"ש התו' בסנהדרין דף ט' ע"ב ד"ה לרצונו וכו' וכן במכות דף ו' מ"ש ולפ"ז בטלה כל עדות דה"ל נמצא אחד מהן פסול דכל העדות בטלה רק הא לא היה לו הכרזה אבל לפי הנ"ל דלאותו דבר א"צ הכרזה א"כ ע"י השחוק ההוא נפסל דלאותו דבר א"צ הכרזה וה"ל כנמצא קרוב או פסול וכהנה טובי נ"מ. איברא אף שכתב כן הנ"י והוכחנו דגם התו' ס"ל כן מ"מ לאו ד"ה היא ויש בו מחלוקת הפוסקי' דהרי הרשב"א בחדושיו לב"ק בסוף פרק הכונס הקשה קושי' התו' על שבועה שמא עיניו נתן בה דהא מ"מ פסול מדרבנן בכלל חמסני' ותי' דלא ה"ל הכרזה ולא מיפסל וא"כ מבואר דס"ל דאפילו לאותו עדות שנפסל בעבורו צריך הכרזה. וכן על הך קושי' התו' בפ' א"נ בשטר שיש בו רבי' דהקשו התו' הא עדים מפסלים הביא הריב"ש בסי' תק"ב תי' בשם יש מפורשים דאיירי ברבי' דרבנן ולא מפסלו מדרבנן הואיל ולא ה"ל הכרזה ע"ש ש"מ דס"ל דאף לאותו עדות שנפסלו צריך הכרזה וא"כ כיון דיש כאן מחלוקת רבוותא יכול המוחזק לומר קים ליה כהנ"ל בקונטרס התפיסות ולהך רבוות' דס"ל דלאותו עדות ג"כ אין נפסל קשה מה פריך הגמ' ותיפוק ליה דה"ל רועה הא על אותו רועה לא הכריזו דהא באמת לא היה רועה שלו בשלמא להנ"י י"ל ג"כ דזה ידע דהוא רועה ומסרו לרעות

ה"ל כלאותו עדות אבל להחולקים קשה וצ"ל כמ"ש כה"ג לקמן בסי' צ"ב דלמיפסל לשבועה א"צ הכרזה דשם לא שייך פסידא וצ"ע ודוק:

כג **או שבא על אשתו כו'** כתב הסמ"ע בשם תשובת רשב"א סי' אלף רל"ו דאם אמר אשתך זנתה עמי פלגינן דבורי' די"ל אשתך זנתה מבלי עמו ובין אם אמר אני זניתי עם אשתך דא"א למפלג דבורו ע"ש ויש להבין למה השמיטו המחבר כאן ובא"ע באומר שזניתי עם אשתך דנאמן לאוסרה כמבואר שם סי' קט"ז ולא חילק כלל בין כשאומר אני זניתי עם אשתך או להיפוך אשתך זנה עמי ודוחק לומר כי דין זה של רשב"א תלוי במחלוקת הראב"ן והראב"ד שכתבתי לעיל סי' ל"ג גבי קרובי נרצח ס"ק י"א והן שני תירוצים האמורים בהרא"ש ספ"ק דמכות אי פלגינן בלישנא דאמרינן אשתך זנתה ולא עמי או דבלא"ה דהוי בע"ד ואינו בגדר עדות והרשב"א נר' דס"ל כתי' ראשון והוא שיטת הראב"ן והתו' שכתבתי לעיל ולכך מחלק דתלי בלשון אבל לשיטת הראב"ד בכל מקום פלגינן דבורא דהוי בע"ד וזהו פשוט אך כי קשה דהמחבר השליך אחר גיוו דברי התו' ורשב"א וראב"ן מבלי תת זכר למו. ולכן נראה דיש לדקדק בתשובת הרשב"א שם דכתב דל"ל אף באומר אני זניתי עם אשתך יש לומר פלגינן דבור' באונס דהא אונס לא משכחת ליה דאין קישוי אלא לדעת ובאנסוהו גוים הא יהרג ואל יעבור. ואח"כ הקשה מהא דאמרינן בפ"ב דיבמות באומר הרגתיו דפלגינן דבורא ומה פליג בלישנא שייך שם ותי' די"ל באונס או בשוגג כו' ע"כ וקשה א"כ באומר אני זניתי עם אשתך נימא ג"כ דבשוגג זינה עמה או דאומר מותר או אשתו ואשת חבירו עמו בבית סבור שבא על אשתו ובא על אשת רעהו והיא יודעת. או חשבתי פנוי' היא וכהנה שארי שגגות ולכן צ"ל דרשב"א קאי על מילתא דגמ' כנראה שם דבגמרא אמרינן הוא ואחר מצטרפין להורגה וע"ז קאמר רשב"א דהגמ' מיירי באומר אשתך זנתה עמי דאל"כ איך שייך למפלג דל"ל באונס דהא אין קישוי אלא לדעת ול"ל כמ"ש דהיה שוגג דהא אם אנו דנין אותה להרוג ע"כ דהיו עדים והתראה שהתרו בה אל תבעל כי א"א אתה וחייב מיתת ב"ד והוא העד המעיד על התראה איך אפשר לומר דהיה שוגג והוא השומע ומעיד על התראה אבל שם ביבמות באומר הרגתיו לענין להשיא אשתו שפיר י"ל דאומר הרגתיו בשוגג (והא דקאמר רבי יהודה לא תנשא היינו באומר מזיד הייתי והא דמפליג רבי יהודה בין הרגתיו לאומר הרגנוהו דהיינו הייתי עם הורגי' ולא מחלק בין אומר שוגג או מזיד הייתי דקמ"ל אפילו באומר סתם הרגנוהו מפרשינן לי' דכוונתו שהיה עם הורגיו וכמ"ש התו' שם דף כ"ה ע"ב ד"ה באומר כו' ע"ש) וא"כ לפ"ז לדידן דאין עסקינן בחיוב מיתה רק לדונו בפיסול הואיל ועבר עבירה של תורה א"כ שפיר י"ל דפלגינן דבורו דלא היה מזיד ולא היה

התראה רק היה שוגג והיא מזידה ופלגינן דבורי' ולכך השמיטו המחבר בכל דוכתי כי לדידן דלא בעינן התראה י"ל שוגג היה והיא מזידה ואעפ"י שדעת התו' סנהדרין דלא אמרינן פלגינן דבורא דרבעו לאונסו רק אמרינן דרבע לאחר אבל לא לו ובאונס אף שאומר ברצון לא אמרינן מ"מ התו' יבמות ספ"ב וכתובות בשמעת' אנוסי' היינו וכן הרא"ה והריטב"א כולם ס"ל דאף בהא פלגינן דבור' ועיי' מש"ל סי' מ"ו ע"ש. ואפילו אומר אני זניתי עם אשתך פלגינן דבור' ואמרינן דשוגג היה הוא ועוד לפי מ"ש הרשב"א בתשובה הנ"ל ול"ל דזינה עמו באונס הא אין קישוי אלא לדעת ול"ל דאנסוהו גוי' הא עדיין נעשה רשע דיהרג ואל יעבור וצ"ל הואיל דעבר על מצות קדוש השם מ"מ פסול הוא ואפשר דס"ל דאף אין בו מלקות מ"מ מדרבנן מיפסל הואיל ועבר על קדוש השם להיות נהרג ואל יעבור אבל לפי מ"ש הרמ"א בא"ע סי' מ"ב ס"ה דאונסי' כשרים להעיד דאעפ"י דעוברים על מצות קדוש השם אינם נפסלים א"כ ליתא להנ"ל ואין מקום לדבריו וא"ש ודוק:

כד **או שרבע שורו הוא ואחר מצטרפין לפוסלו** הטור העתיק ג"כ דין זו ותמהו עליו רבי' הא דעת הראב"ד כפי מ"ש הרא"ש בשמו ספ"ק דמכות וכן הראב"ד בהשגות דהא דקאמרינן פלוני רבע שורי אדם קרוב אצל ממונו לא אמרינן היינו דאינו כבע"ד אבל מ"מ נוגע הוא וכי היכי דאין מועיל עדותו לגבי שור ה"נ לענין האדם הרובע אינו נאמן דעדות שבטלה מקצתו כו' ואף אדם פטור. והרא"ש הסכי' עמו בספ"ק דמכות ואיך שם הטור אחרי הדלת זכרונם והניחו בצ"ע ומה שנ"ל דס"ל לטור בזמן דהיו דנין לדיני נפשות. א"כ העדות נוגע לשור ואילו היו שנים כשרים מעידים היה השור נהרג וא"כ לעדותו נוגע לענין השור רק דאנן פסלינן לעדותו הואיל ונוגע בממון א"כ כיון דאנן מבטלין עדותו ה"ל עדות שבטלה מקצתו בטלה כולו ואף לגבי אדם אין ממש בעדותו אבל עכשיו דלית לן בעו"ה דיני נפשות וא"כ אין כאן ענין מעדות לגבי שור דהא אינו נהרג ומותר באכילה לכ"ע וא"כ מה טיבו של עדות לגבי השור ועוד כיון לענין השור בעינן ב"ד סמוכין לקבל העדות ואנן הדיוטות א"כ כל מה שמעיד בענין השור הוי כמעיד חוץ לב"ד כמ"ש כל המחברים לענין מודה בקנס דבזה"ז כל הודאה אפילו בב"ד הוי כמודה חוץ לב"ד הואיל וליתנהו סמוכים ואף לענין השור כלל הענין כאלו מעיד חוץ לב"ד ואינו בגדר עדות כלל משא"כ לאדם הרובעו לפוסלו בב"ד הוי עדות דבזה שליחת' קעבדינן וא"כ לא שייך עדות שבטלה מקצתה בטלה כולו דהא לענין שור לא בא לגדר עדות כלל. וא"ש דהשמיט הטור דין זה דלא נשנית אלא בזמן דהיה דיני נפשות נוהג והיה ב"ד של סמוכים משא"כ בזה"ז ובב"ד של הדיוטות וא"ש:

כה **להעיד וכו'** דין זה צ"ע דא"כ דהבע"ד גופי' יכול להעיד מכ"ש קרובים וקשה על זה מסוגיא בגמ' דשבועות דף ל"ז דבעי הזיד בשבועת פקדון והתרו בו מי מחייב מכות וקרבן וקאמר רבה ע"ז דהוה כפירת דברי' ופירש"י דאותן עדים המתרים הרי הם יכולים להעיד ולא תועיל כפירה וקשה מה קושי' דלמא הם קרובים למפקיד אבל רחוקים לנפקד ולכך להלקותו נאמני' כמו שנאמנים לפוסלו אפילו בע"ד בעצמן ולא שייך כאן נוגע אבל א"י להעיד להשיב הפקדון דה"ל קרובים וכן י"ל המפקיד וע"א מתרים בשבועתו דנאמנים להלקותו כמו לפוסלו דמ"ש וחפשתי ומצאתי בחדושי הר"ן לשבוע' דהביא קושי' זו בשם הראב"ד וממש כל התי' שם סובבים דלא פלגינן דבורא והר"ן הוסיף דהוי נגיעה דהוא מחמת פחד שיבואו ויעידו עליו להלקותו יודה וא"כ ה"ה כאן דמחמת פחד שלא יהיה נפסל לעדות ושבועה צריך לעשות כל אפשרי ואמת כי דברי הר"ן צ"ע דאטו לא איירי בשבועת פקדון שהוא כופר בכל כמשמעות לשון המשנה דאין כאן שבועות דיינים רק הוא נשבע מעצמו וא"כ מה פחד יש לו מי מכריחו לשבועה אם ירא מחמת עדים ישתוק ולא ישבע כלל ומ"מ לא ישלם דכופר בכל פטור ויהיה איך שיהיה מ"מ קושי' הנ"ל במקומו ואין כאן תי' רק מה שכתב הר"ן דקושטא דהמ"ל כן אלא דלא ניחא ליה לומר כן דאמת דאפילו בכשרים נמי חייב כמסקנת הגמרא ותי' זה צריך עיון דלא קי"ל הכי אלא משום דסלקא בתיובתא מהך דקתני בברייתא שבועת עדות אין לוקה ש"מ דשייך בי' מלקות ולפי הנ"ל אין כאן תיובתא דשם איירי בעדים קרובים למפקיד כקושי' ואין ספק דיש בו מלקות ואין כאן תיובתא ולכן צ"ע ומה שנ"ל לפמ"ש בשיטה מקובצת לב"מ קושיא בשם ראשונים לפי דקי"ל חיישי' שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו א"כ הכופר בפקדון אמאי פסול דילמא יש לו עליו תביעה מלוה ישינה ולכך כופר ואי דאמר דאין לו מ"מ אין נפסל עפ"י עצמו ותי' הרמב"ן דמ"מ אין ספק מוציא מידי ודאי ולא מהמנינן ליה מכאן ולהבא על עדותו ושבועתו. ובשם שיטה תי' דכיון דכפר בעדים וידע דב"ד יפקו מיניה כיון דיש עדים אינו נאמן לומר דידי חטפי ויצטרך לשלם א"כ ע"כ במה שכפר הוא בתורת גזלן ע"ש והנה כאן ג"כ קושי' איך אפשר לחייבו מלקות על שבועתו אף דעדים מעידים דיודעים דהיה בידו פקדון חבירו אולי מלוה ישינה יש לו עליו מימים ימימה בשלמא קרבן שבועה דחייב י"ל דמודה דכך היה ומתחייב ע"פ עצמו אבל איך יתחייב מלקות ולא שייך תי' דרמב"ן דאם יש ספק א' מאלף לא מלקינן לי' ואין זה דומה לפסול אותו מכאן ולהבא ועכצ"ל כתי' השיטה הנ"ל וזהו ביש עדים רחוקים ממפקיד דמצי ב"ד לאפוקי ע"י אבל בכה"ג שהם קרובים למפקיד אין ב"ד משגיחין בעדותן להוציא הפקדון ועדיין קושי' הנ"ל במקומו אולי מלוה

ישינה ודוק. ואין להקשות דילמא מיירי בגזל מב' שותפים ונשבע להם והם מעידים עליו דנאמנים כפי פסק בדיעה זו והם מעידים ג"כ שאין להנשבע עליהם שום מלוה ישינה דזה אינו דמלבד די"ל דעדות זו שמעידים שאין לו עליהם מעולם מלוה ישינה ה"ל עדות שאי אתה יכול להזימן אף גם כל שותף יכול להעיד בשלו ולא בשל חבירו א"כ ה"ל עדות מיוחדת כאילו זה מעיד דנשבע שחרית שקר וזה מעיד על ערבית ומכות דמי' לד"נ ומיפסל עדות מיוחדת ודוק אבל עכ"פ דין זה צ"ע כי פשטא דגמ' לא משמע כן ועיי' לקמן סי' צ"ב מ"ש בזה עוד באריכות:

כו **ובלבד שלא יהיה לו הנאה בעדותו כו'** עיין מה שכתבתי באורים במ"ש הש"ך על הסמ"ע שכתב דלא כמרדכי דלא שקיל מידי דאין כאן הכרח מדברי מחבר והנה הש"ך הביא תשובת הריב"ש סי' של"ט השיג בזה על המרדכי דמה בכך דאמר לדידי הלוה ברבית ונתתי לו הרבי' מ"מ הא פלגינן דבור' ואמרינן דהלוה ברבי' אך לא לעד המעיד ואם כן מה נגיעה יש כאן והרב הש"ך האריך לדחות לדברי הריב"ש בשני ידים ועיקר דבריו כי פלגינן דבור' היינו דאינו נוגע בעדות אבל כשנוגע לא פלגינן דאמרינן דכל עדות שקר. והאריך בזה ואני אומר יש לריב"ש עמודים גדולים לסמוך והוא הרשב"א בתשו' הביאו הב"י סי' זה דכתב דהא דבר בינותם העיד לדידי אוזיף ברבי' איירי שהיה בא להעיד בב"ד עכשיו עד שלא העמידו בדין על החזרת הרבים וכו' ע"ש ולדעת המרדכי הא ע"כ איירי דלא שקיל מידי או דמחל לו הרבית וא"כ מה העמדה בדין יש כאן ומה טיבו של החזרה זו הא לא נתן או נמחל אלא ודאי סבירא ליה כדעת הריב"ש דאפילו יהיב מ"מ פלגינן דבור' והואיל ולא תבעו בדין על הרבי' ה"ל כאילו סילק עצמו כדקי"ל בפסול בממון לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות ומ"ש סילק ומ"ש פלגינן דבור' היינו סלוקו. ונוסף על זה הא כתב הראב"ן במס' סנהדרין גבי פלגינן דבורא דף קי"ב כתב במלוה ולוה ברבי' בעדים דאם אחד מהעדים קרוב למלוה או ללוה לקרוב לא מהני עדותו ולרחוק מהני דפלגינן דבורו ואם הוא רבי' קצוצה ותבעו הלוה למלוה להחזיר לו אעפ"י שבעדותו של אותו קרוב ללוה נפסל המלוה אינו מחזיר הרבי' דפלגינן דבורו וכשר לפוסלו אבל אינו כשר להרוויח לקרובו ע"ש והדבר מבואר להדיא בראב"ן כריב"ש דמ"ש הבע"ד בעצמו או קרובו לשיטת הראב"ן דלא סבירא ליה סברת הראב"ד כנ"ל. וחד דינא אי' ליה והרי מצאנו חבר רב קדמון לדברי הריב"ש ובאמת מתחילה קשי' לי מה בכך דפלגינן דבורו ואין נאמן להוציא הרבי' מ"מ אם נפסול אותו עפ"י עדותו והוא ירצה לחזור לכשרותו הלא אין לו תקנה עד שישוב הרבי' כמש"ל סעיף כ"ט וא"כ בע"כ יחזיר ללוה הרבי' למען יחזור לכשרותו א"כ עדיין הוא או קרוביו נוגעים בעדות ואפי'

בדרך רחוק ונפלא קיי"ל דלא יעיד אמנם אחר כך ראיתי בראב"ן דכתב בנדון בזה לא תלי' תשובתו בהחזרת הרבי' כי אם די שילך למקום שאין מכירין ויחזור אבידה וכו' וא"ש. ולכן נראה דתלי' בהך פלוגתא שכתבתי לעיל כמה פעמים והם ב' תי' של רא"ש בספ"ק דמכות דלתי' הראב"ד דלא סבירא ליה פי' פלגינן דבורו דאמרינן לוה ברבי' רק לא לו רק סתם הוא בע"ד ואינו בגדר העדות אבל מ"מ אמרינן דלו יזיף א"כ יפה טען הש"ך הא הוי נוגע בעדות ויש ראי' לדברי הש"ך ממקום שהביא הריב"ש גופי' בהא דפרכינן בב"ב ולסלקו בי תרי ולסהדי דהקשו הא בעינן תחילתו וסופו בכשרות ותי' הואיל והם בע"ד אינם בגדר עדות ולא שייך תחלתו בפיסול גבייהו וקשה אם כן למה ליה סילוק כלל הא פלגינן דבורא ולעצמו אינו עדות כלל ולגבי אחרים יעיד אלא ברור כדברי הש"ך דכל כמה דהוא נוגע לא שייך פלגינן דבורא. וא"ש דצ"ל דלא שקיל מידי וזה ראי' ברורה אבל לתי' השני דגם בע"ד בכלל עדות רק דאמרינן לוה ברבי' ולא לו. ועל הך דלסלקו בי תרי ל"ל הך תי' דזהו רק תי' לשיטת הראב"ד רק צ"ל תי' אחר כמ"ש לקמן סי' ל"ז תי' הרבה בזה א"כ צדקו דברי הריב"ש כיון דאנן אמרינן דהוה כמעיד לאחר לוה ולא לו העבודה אין לך סילוק גדול מזה דהא אין לו זכות בזה ומה נגיעה יש כאן. ולכן הרשב"א שבררתי בס"ק כ"ג דס"ל כתי' ה"א בהרא"ש וכן הראב"ן סבירא ליה להדיא כן כולם סבירא להו כדעת הריב"ש והמרדכי נמשך אחר דעת הראב"ד והרא"ש ז"ל וכן כתב הרמ"א ז"ל דאין לנו לפסול גברא מספיקא ולכך בעינן דלא שקיל מידי. ואם כבר עמדו עמו בדין על הרבי' לכ"ע כבר נעשה בע"ד ואין יכול להעיד עליו אחר כך בשום אופן וברור:

כז **ה"ז ספק פסול** כבר העלו רוב הפוסקים ומכללם התו' בכמה דוכתי ובכתוב' דף כ"ג ע"ב אנן אחתינן כו' דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן ומהתורה אמרינן אוקי תרי לגבי תרי ואוקי גברא בחזקתו חזקת כשרות רק דרבנן החמירו הואיל ושנים פוסלים אותו ולכן יש לי ספק בשנים אומרים שהוא גזלן מדבריהם ושנים מכחישין אי מיפסל דהא התו' העלו שם ד"ה הנ"ל בשנים אומרים בן גרושה ושנים מכחישין מותר לאכול בתרומה דרבנן דהואיל וספיקא דרבנן במילתא דרבנן אמרינן מותר. ואם כן אף זהו כמוהו כיון דתרי ותרי רבנן וגוף הפסול דרבנן תרתי דרבנן לא אמרינן ובזו יש ליישב במה שעמדו מהרש"ל ומהרש"א בתו' גבי שלשה שישבו לקיים שטר וקראו על א' ערעור וכו' ופרכינן אי ערעור דגזלנות' תרי ותרי וכו' ופי' התו' דשנים אומרים גזל ושנים אומרים לא גזל הרי הוא כשר והקשו הם ז"ל הא עכ"פ תרי ותרי ספיקא דרבנן כמ"ש הרא"ש ולפמ"ש ניחא דשם איירי לענין קיום שטרות והוא עדות דרבנן דמתורה א"צ קיום דהוי כנחקרה עדותן

בב"ד. ואם כן אף דהוי ספיקא דרבנן בתרתי דרבנן מכשירינן וקיום שטרות הוי תרתי דרבנן ושפיר כתבו התו' דהוי כשר. והרא"ש דכתב דהוי ספיקא דרבנן היינו דסבירא ליה דאין לחלק בין עדות לעדות דכיון דלשארי עדות דאורייתא פסולים מדרבנן אף לקיום יש לפוסלו דאין לחלק בין עדות לעדות אבל התו' לא סבירא להו זו שפיר כתבו דהוי כשר לקיום ולכן במ"ש דגוף הפיסול דרבנן תרתי דרבנן לא אמרינן וכשר לכל עדות. ובהכי ניחא מה דקשי' לן דלפי דכתבו התו' דהואיל דתרי ותרי ספיקא דרבנן ותרומה דרבנן אמרינן אנן אחתינן ואנן אסיקינן וקשה אם כן רבה ור"י דסבירא להו בפ"ג דיבמות דתרי ותרי ספיקא דאורייתא ולפי דעת רוב מחברים וכן דעת התו' בב"ב דף ל"ב וכן דעת הר"ן בפ"ב דכתוב' והרא"ה והריטב"א לכתוב' עמדו רבה ור"י בדבריהם ולא חזרו וסבירא להו תרי ותרי ספיקא תורה. אם כן הך מתניתין בפ"ב דכתובות מעלין לכהונה עפ"י ע"א איך מתוקמ' דבין אי נימא כאוקומת' דס"ד דפליגי בזילותא דב"ד ובין אי פליגי לצרף מ"מ אין כאן אוקומת' רק דאיירי בתרי נגד תרי ואם כן למ"ד דתרי ותרי הוי ספיקא של תורה הך משנה איך מתוקמ' וצ"ע לכאורה. אלא ודאי דהא דהוצרכו התו' לומר דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן היינו לישב לישנא דגמרא דקאמר דאמרי תרי דהוא בן גרושה ובן חלוצה ואתו תרי והכחישום ואם כן קשי' ליה לתו' אי תרי ותרי ספיקא דאורייתא מה בכך דתרומה דרבנן מ"מ הא הוי ספיקא של תורה ולכך הוצרכו לומר דתרי ותרי ספיקא דרבנן כמ"ש הר"ן ג"כ אבל באמת הנך אמוראי דסבירא להו ספיקא דאורייתא לא מפרשו למשנה דאתו תרי ואמרו דהוא בן גרושה רק דהוא בן חלוצה דהוא פיסול דרבנן ואם כן הוי תרתי דרבנן חלוצה ותרומה דרבנן ומותר והגמרא דקאמרי בן גרושה הוא למסקנא דקי"ל תרי ותרי ספיקא דרבנן. וא"ש ומזה נתברר בבירור דבתרתי דרבנן מוקמינן בחזקת כשרות ואם כן נראה בפסול דרבנן יש להעמידו בחזקת כשרות וכן נראה להלכה. והיכי דנחלקו רבוותא אי הוה פסול לעדות או לא הוי ג"כ כתרי לגבי תרי ולא אמרינן אוקמי חזקות כשרות ומידי ספיקא דרבנן לא נפקי ובתשובת פני משה סי' ק"ח נסתפק אי דמי לתרי תרי ונתן טעם לחלוק ולומר בשלמא בתרי ותרי איך נימא אוקמי גברא בחזקת כשרות דא"כ על כל פנים שני עדים משקרין והם פסולים ויוצאים מחזקת כשרות ואם כן סוף כל סוף אתה מוציא בני אדם מחזקתן משא"כ במחלוקת הפוסקים אין כאן ריעות' בחזקת כשרות לשום אדם אף דנימא דהדין כהך דמכשירין ואוקמינן בחזקת כשרות וחלוקו אין מספיק דבשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה העלו התו' והר"ן דלא מוקמינן בחזקת פנויה משום דתרי ותרי הוה ספיקא דרבנן וכפמ"ש הר"ן דאיירי דאמרו זרק לה קדושין כת זו אומר' קרוב לה וכת זו קרוב לו

ובזו אין כאן ריעותא לחזקת כשרות לשום כת דעבידי דטעו כמ"ש הר"ן להדיא דמהך טעמא לא הוי כנמצא א' מהן קרוב או פסול דעבידי דטעו וכמ"ש לקמן בכללי מגו ע"ש ומ"מ הוי ספיקא דרבנן ומוציאין אותה מחזקת פנוי' וה"ה לפלוגתא דרבוותא וראיה לדין זו דהא העלו התו' שם כתובות דף כ"ו דף כ"ב כ"ג דחזקת פנויה וחזקת כשרות חד דינא אית ליה דאם אמרינן בתרי ותרי אוקמינן בחזקת כשרות ה"ה דאמרינן בחזקת פנוי' ומבואר בקדושין בפוסקים ובברא"ש ועיין ברא"ש גבי שטר אירוסין שנכתב שלא לשמה דכתב הרא"ש וכיון דפלוגתא דרבוותא הוא עבדינן לחומרא ולא אמרינן אוקי הנך לגבי הנך ואוקי בחזקת פנויה אלא ברור דהואיל והוי תרי ותרי לא אמרינן אוקי חזקתה והיינו חזקת פנויה והיינו חזקת כשרו' דמ"ש כמבואר בתו' דהכל חד דינא אי' להו ודבר זה מוכרח ומבואר ונעלם ראי' זו מן פני משה ואדרבא בזו אפשר יותר להחמיר דהוי ספק חסרון ידיעה:

כח **כיון שלקה כו'** כתב הש"ך ס"ק ל"ג דפסול מחמת רשעות שחזר בתשובה יכול להעיד מה שראה ברשעתו דלא בעינן בזה וסופו בכשרות עכ"ל והחליט הדבר בפשיטות ולענ"ד נראה בהיפוך דמרדכי נתן שני טעמים למה בפיסול ממון לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות וטעם א' משום דבידו לסלק עצמו כל עת וטעם ב' דאין זה פסול לכל אדם כמו קרובים רק לזה שנוגע בממון עכ"ל והנה לטעם הב' דפירושן של הדברים דכיון דיכול להעיד לאחר וכיון שנסתלק הרי הוא כאחר בפסול מחמת רשעת לא שייך האי טעמא דהרי הוא פסול לכל עולם יותר מקרובים דפסול רק לקרובים וזה פסול לכל עולם אך לתי' ראשון י"ל ג"כ ברשע דהרי בידו כל רגע לחזור מרשעתו אך באמת עיקר כתי' השני דכ"כ הרמב"ן בחדושיו לב"ב ובלא"ה תי' הראשון צריך ביאור דהא בהיה יודע לו עדות כשהיה חתנו ואחר כך מתה בתו דפסול הואיל ולא היה תחילתו בכשרות ג"כ קשה למה הא בידו לסלק ולגרש אשתו כל רגע ואשה מתגרשת בע"כ וכמעט לא ידעתי לו פתר אם לא דנימא דדעת המרדכי כדעת הרמב"ם דקרובי אישות הוא רק מדרבנן וצ"ל דגזרו רבנן אטו קרובים גמורים דאורייי' וא"כ כיון דבקרובים גמורים א"א לסלק ולבטל הקורבה ופסול כשתחילתו בפסול ד"מ ראה עדות כשראובן קרובו חי ואף שמת עכשיו וליורשים נתרחק הקורבה מ"מ הואיל ותחילתו בפיסול ולא היה בידו לבטל הקורבה אם כן אף דבקורבי אישות יכול לבטל ומהדין שלא יפסול אי תחילתו בפיסול מ"מ כיון דעיקר הפסול היה אטו קרובים דאורייתא חד דינא אי' להו כמו דשם מעכב תחילתו בפיסול אף בזו מעכב דכל הגזירה היה הא אטו הא ואם כן לפי דעת רוב המחברים דלא סבירא ליה כרמב"ם וקרובי אישות פסולים גמורים מהתורה כמו שארי קרובים

אם כן אין מקום לתי' הראשון כלל ויש ראיה ברורה מהא דפי' רש"י בכתובות במשנה עדים שאמרו פסולים היינו משחק בקובי' ופי' הרא"ה דהואיל דהוא פסול דרבנן והם אומרים היינו ועשינו תשובה לא שייך אין אדם משים עצמו רשע וכתב בשם רי"ן מגאש דאפילו בפסול גזלן דאורייתא נאמנים כשאמרו שעשו תשובה ולא שייך אין אדם עושה עצמו רשע ע"ש. וקשה אם כן בגמרא דאמרינן דפליגי בעדים שאמרו פסולים היינו וכו' וכת"י אינו יוצא ממקום אחר לר"מ אינם נאמנים וחכ"א נאמנים ופריך הגמרא מ"ט דר"מ בשלמא פסולי עדות מלוה גופי' מידק דייק והרגישו התו' אם כן לרבנן אמאי נאמנים וכתבו התו' דאפילו מלוה ע"פ לא הוי דבעינן תחילתו וסופו בכשרות ע"ש ולשיטת הרא"ה ורי"ן מגאש מה בכך הא עכשיו חוזרים בתשובה כמ"ש התו' גופי' דעכשיו הם בכשרות ואם כן הלא בפסול רשעות לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות ול"ל דהרא"ה ורי"י מגאש לא סבירא להו כתו' ובאמת הוי מלוה ע"פ אף לרבנן ולא נחלקו ר"מ וחכמים רק לענין דיהיו נאמנים לבטל השטר שנכתב בפיסול דהא אינו כי דברי התו' המה מוכרחים ולא לחנם כתבו התו' דאפילו מלוה ע"פ לא הוי לרבנן דאל"כ אין כאן מגו דמזויף דא"כ הוי גם מלוה ע"פ בטל דהא יאמרו להד"ם והענין מזויף והם אינם רוצים להפסיד כ"כ למלוה רק כל מגמתם לבטל השטר ועיין לקמן בכללי מגו. ודברי התו' מוכרחים בגמרא ואם כן אף להרי"ן מגאש צ"ל כן ומוכח דאף בפסול רשעתו בעינן תחילתו בכשרות ועוד לדעת הרי"ן מגאש הא דאמרינן בפז"ב לדידי אוזיף ברביתא נאמן לפוסלו ופריך הגמרא והא ה"ל רשע וקשה מה קושי' דלמא פירושו אוזיף לי ברבי' ועשיתי תשובה ונאמן בכך במגו דהיה אומר סתם אוזיף ברבית' ולא לדידי וכמ"ש רי"ן מגאש להדיא דנאמן ואם כן אינו רשע עוד ויכול לפוסלו ול"ל בקושי' הגמרא דא"כ ה"ל לגמרא לומר כן ולא לומר סתם אוזיף ברבית דהא השתא דמשני אדם קרוב אצל עצמו כו' ג"כ צריך לומר דקאמר לא שקיל מידי כמ"ש המרדכי וכנ"ל דלא יהיה נוגע אף דלא נזכר בגמרא ואם כן אף בזו נימא דאמר דעשה תשובה א"ו דלא מהני דהא תחילתו היה בפיסול וכן יש לדקדק מדברי רב יוסף דקאמר פלוני רבעני לאונסי נאמן לרצוני אינו נאמן משום דה"ל רשע וכו' וקשה לפלוג בדידי' בהכל לרצון רק אמר שעשה תשובה וכשר להעיד ומכ"ש נשמע דאם נעשה באונס דנאמן דלא היה מעולם רשע וה"ל לומר הכל בלרצונו דבלא תשובה אינו נאמן ואם עשה תשובה נאמן ודוחק לומר דקמ"ל באונסו דנאמן ולא אמרינן דה"ל שונא כס"ד דתו' במכות ועיין מש"ל ריש סימן ל"ג דלאינך תי' בתו' מא"ל א"ו דלא מהני אף בעשה תשובה כיון דתחילתו היה ברשעות ופיסול ואין לדקדק אם כן איך אמר רבא אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים רשע לעצמו ולכך אפילו ברבעני לרצונו מעיד איך

אמר רבא סתם הא באומ' עשיתי תשובה יכול לעשות עצמו רשע לדעת מהריב"ן מגאש הנ"ל ואם כן נאמן ועדותו בטל דה"ל תחילתו בפיסול ואיך יאמר רבא דלרצונו ג"כ נאמן להורגו. אלא ע"כ דבאמת לא בעינן תחילה בכשרות ולכך הדין הוא דאף בכה"ג נאמן דיש לומר דרבא לא אמרו למימרא בפ"ע רק לדחות דברי ר' יוסף דכללא אמר לרצונו ה"ל רשע וע"ז אמר רבא דאינו דישנו במציאות דאין משים עצמו רשע. ולא נחית רבא לפרטי דינים כי רבא לא אמרו אלא לחלוק אר' יוסף ואין דקדוק זה כדאי לדחות ראי' ברורה שכתבתי וכן יש קצת ראיה מהך דפ' החובל דיליף דעבד נפסל לעדות מק"ו דגזלן ואשה ואי אמרינן דבגזלן לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות אם כן אף עבד נמי דדי לבא מהדין להיות כנדון ופשוט ואילו עבד אף שנשתחרר א"י להעיד מה שראה בעבדותו כדלקמן סי' ל"ה סעיף ז' שבתי וראיתי כי אולי ראי' הש"ך מהא דכתב הרא"ש בסוף פ"ב דגיטין בשם הרמ"ה דשליח הגט שהיה רשע בשעת קבלת הגט וחזר בתשובה דכשר להביא הגט לאשה דכיון דעשה תשובה לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות וכ"פ הטור והש"ע בא"ע סי' קמ"א ע"ש. אך משם מוכח להיפוך דהא הרא"ש נתן טעם דלכך כשר מידי דהוה פתיח ונסתמא ואלו בהך פתיח ונסתמא גופי' לא מכשירין בעלמא רק בשליחות הגט כמ"ש התו' בגיטין דף כ"ג ד"ה הוא הדין כו' וכ"כ הרשב"א ואילו ברשע שחזר בו כשר לכל עדות לא ה"ל לרא"ש לדמותו לפתיח ונסתמא דאינו כשר אלא בשליחות הגט אלא האמת כן הוא ומקרה אחד לשניהם דאינם כשרים רק לשלוחות הגט וכן מצאתי אח"כ בתשובת מהרי"ן לב ח"א בחידושי דינים אחר כללי מגו שכתב ג"כ בהרא"ש כמ"ש רק בשליחות הגט וכן מצאתי בתוספתא דסנהדרין פרק חמישי דהיה יודע עדות כשהיה סוחר שביעית ואח"כ חזר פסול היה יודע עדות עד שלא נעשה סוחר שביעית ונעשה סוחר שביעית וחזר בו כשר הואיל ותחילתו וסופו בכשרות הרי דאפילו בפסול רשעות דרבנן בעינן תחילתו וסופו בכשרות מכ"ש בגזלן תורה ותוספתא הנ"ל היה בלי ספק בהעלם דבר מהרב הש"ך באותו שעה שוב ראיתי שהש"ך גופי' ס"ס ל"ה חזר בו ודעתו נוטה דפסול רשעות בעינן תחילתו וסופו בכשרות:

סימן לה

א **אחר יג"ש גמורות** הרב הש"ך בס"ק א' הביא דהלח"מ נסתפק מי שנולד באמצע היום בר"ה אי נעשה בן י"ג שנים בערב כאשר תחיל ליל ר"ה או עד שיגיע אמצע יום ר"ה דהוא הדבר שנסתפק בו התו' ודעת רבי אלחנן דמונין שעות לגדלות כמו דמונין שעות לקדשי' ולכך נסתפק בו הלח"מ הנ"ל והרב הש"ך הכריע והסכים לדעת הב"ח

דא"צ למנות שעות וכ"כ המ"א והט"ז בא"ח והנה באמת כבר כתבתי בחדושי לא"ע בזה באריכות וכוונתי בראי' לדברי המשנה למלך מהא דפי' רש"י ביבמות דף ל"ד ד"ה מתוך י"ב שהאשה באה לכלל גדלות בת י"ב שנים ויום א' וזכר בן י"ג שנים ויום א' ומשכחת ליה שנולדו הזכרים בא' בתשרי ושנה שאח"כ נולדו הנקבות בא' בתשרי ואם כן בשעה א' שניהם הזכר ונקבה באים לכלל גדלות וחל איסור נידות ואשת איש ואשת אח ואחות אשה כאחת ע"ש וקשה הא א"א לצמצם שיהיה נולדים הכל ברגע אחת ואם כן עדיין לא משכחת ליה בבת אחת ועכצ"ל דלא אזלינן בתר שעות כי אם בתר יום ומי שנולד בתחילת ר"ה ומי שנולד בסופו בהגיע תחילת ליל ר"ה הכל נעשו כאחד גדולים והיא ברש"י ראיה שאין עליו תשובה איברא לגי' התו' שם א"צ לומר כלל שגדלות הזכרים ונקבות באים כאחד וכן אין צריך להיות כל האחים כאחד כי איירי דקידש ע"י שליח וזו היה גי' רבינו אלחנן ולכך שפיר י"ל דהגדלות תלוי בשעות אמנם נראה להכריע מהא דכתבו התו' נדה דף מ"ט ד"ה א"א כו' דפי' בשם ר"ת על הא דפליגי אי תוך הפרק כלפני פרק או לאחר פרק דאיירי ביום אחרון של שנת י"ב ויום א' לנקבה וי"ג ויום א' לזכר ואותו יום איקרי תוך הפרק דלר"י הוי זמן הבאת שערות מתחילת היום ולר"ש בסופו זהו לשון התו' אבל לשון הרא"ש דפליגי ביום אחרון של שנת יב"ש לנקבה וי"ג שנה לזכר ואותו יום קרוי תוך פרק והרב בעל מעדני מלך ביקש להגיה ברא"ש יב"ש ויום א' כדי שיהיה דבריו עם התו' כאחד אבל אין הגהתו נכונה דהא בהטור והרמ"א סי' קנ"ה בא"ע כתבו ג"כ בלשון הרא"ש וכי גם בהו נגיה וניזול הס מלהזכיר וכ"כ הכ"מ שם דהתו' והרא"ש נחלקו בזו ולכאורה הדבר תמוה במה נחלקו ומהו טיב מחלוקתם אבל נראה כי בלא"ה יש להבין דברי התו' דפי' דנחלקו ביום שלאחר יב"ש ויג"ש וקשה הא דקתני יג"ש ויום א' היינו דלא תימא יום א' בשנה חשוב שנה וקמ"ל דבעי י"ג שנים שלימות אבל כיון שנשלמו הי"ג שנים הרי הוא גדול ומ"ש יום א' לאחר יג"ש או ימים הרבה כבר עברו שני קטנות ואם כן איך נקרא ליום ההוא שלאחר שכבר שלמו יג"ש תוך הפרק והגע עצמך בת ג"ש ויום א' ראוי' לביאה פי' בששלמו ג' שנים שלימות ראוי' לביאה ומה נ"מ אם הוא יום שלאח"כ או ימים הרבה לא שמענו בשום דוכתי חילוק בו ומהכ"ת לכנות לזה היום תוך הפרק הרי כבר עברו ימי קטנות אלא צ"ל דשם בתו' נדה נמשכו התו' אחר דעת רבינו אלחנן דבעינן שעות ואם כן הוא שנולד סוף היום ועברו י"ג שנים והגיע תחילת היום משנת י"ד שנה עדיין אינו גדול עד סוף היום דהגיע השעה שנולד בו אבל מ"מ בו ביום נעשה גדול ולכך איקרי אותו היום תוך הפרק דבו ביום יגיע לגדלות בלי ספק ולכך אם תיכף בהגיע תחילת יום נראו בו שערות וסימני

גדלות סבירא ליה לר"י הואיל והיום ההוא הוא יום גדלות עבידי סימנים לקדמי ואתי' איזה שעות וסימנים משוי ליה לגדול דלאו שומא נינהו אבל אם לא נראו בודאי סימנים רק דנסמוך אחזקה אין לו חזקה עד שעה ההוא שנולד בו דאין כאן עדיין גדלות דנימא בי' חזקה שהביא סימנים ור"ש סבירא ליה הואיל ולא הגיעו שעה שנולד הוי כלפני זמן ואפילו נראו בו שערות אמרינן שומא נינהו כמו אילו נראו בתוך יג"ש כדאמרינן תוך הפרק כמו לפני פרק וא"ש. וזהו הכל לשיטת רבינו אלחנן אבל הרא"ש והטור והרמ"א סבירא להו כדעת החולקים דלא בעינן שעות ולכך א"א לפרש על יום שלאחר י"ג שנים שלימות דאז הוא גדול גמור ותוך פ' קרי' לי' בתומי' כנ"ל ולכך הוצריכו לפרש על יום אחרון של משלם יג"ש והוא תוך פרק דכשיעבור יום ההוא הוא בשני גדלות ובו ביום נראו בו שערות וסימנים וסבירא ליה לר"י דהואיל דהוא יום אחרון לימי קטנות עביד סימנים דמקדמי דהא איכא למ"ד דאפילו תוך הזמן כלפני זמן וסבירא ליה דעבידי השערות להקדים ולבוא זמן רב לפני גדלות ור"י לא סבירא ליה כן רק ביום דמשלם זמן קטנות ור"ש חולק דכל זמן דלא נשלם ימי קטנות כל שערות שיש להן הם בחזקת שומא וא"ש ולכך העתיקו ביום אחרון של יג"ש וא"ש ומזה ראיה נכונה וגלויה דסבירא ליה לרא"ש וטור ורמ"א דלא כרבינו אלחנן ומי יבא אחרי הכרעתם וכן ברור לדינא. ומה שהקשה בעל משנה למלך מגמרא דנדה דף מ"ח דפריך מאן דאמר לעירוכין מ"ט לא אמר ליוצא דופן פירש"י כל אלו דמנה בפרק יוצא דופן וקשה מה קושי' דלמא מונה הכל דומי' דבתי עיר חומה דבעינן שעות וכן בעירוכין בעינן ג"כ שעות משא"כ הנך דמנה בפרק יוצא דופן י"ל דלא בעינן שעות נר' ליישב דהא קתני שש שבעבד עברי ובזו ודאי לא בעי שעות דהגע עצמך אם נמכר בחצי יום יעבוד ששה שנים ועוד חצי יום זהו לא שמענו והקרא אמר ובשביעית יצא לחפשי ואם כן ל"ל דדייק אשעות וא"ש ועוד הארכתי בחדושי לא"ע ביותר:

ב **בחזקת גדול כו'** נראה דאם היה לו ולד מאשתו הרי זה בחזקת גדול דקי"ל קטן אינו מוליד וכ"כ הרמב"ם בהל' גזלה דקטן אינו מוליד וכן בהל' ממרים דזמן בן סורר ומורה משעה שראוי להוליד דקטן אינו מוליד וכ"כ הכ"מ בסידור חליצה ע"ש אלא שיש קצת לתמוה על הרמב"ם דבהלכות אישות כתב הבת שילדה הוי כסימני גדלות ולא כתב נמי דבן שהוליד דהוי כגדול דלפי דפסק בכמה דוכתי דקטן אינו מוליד. ואולי לענין איסור קדושין ואיסורי תורה אין זה סימן גמור דמי יאמר דממנו נתעברה אשתו אולי זנתה עם אחר ואע"ג דרמב"ם כתב דהא דחייבה התורה במכה אביו ולא חיישינן דלמא לאו אביו היינו משום דחזקה דאורייתא ואזלינן בתר חזקה היינו התם אמרינן רוב בעילות אחר

הבעל אבל כאן על זה אנו דנין אם הוא קטן ואין בעילתו ראוי להוליד אם כן ליכא כאן רוב דהלא אין כאן בעילה המוליד ובפרט דחזקת כשרות דלא קעבדה איסור א"א ג"כ ליכא דאם הוא קטן אין בקידושין ממש ואין כאן איסור א"א אם לא בדרך רחוק ביבם קטן שבא על יבמתו דקנאה והרי היא א"א גמורה אף שהוא קטן וזהו לא שכיח. אך זהו דוחק והעיקר דסבירא ליה הואיל וליכא כאן רוב בעילות כמ"ש אין להחזיק הולד בודאי ממנו דנימא דהוא גדול. ולכן ברור אף דלענין איסור אפשר סבירא ליה לרמב"ם דלא הוי ולד סימן לגבי עדות ממון ודאי הוי סימן ואם היה לו ולד הרי זה גדול וברור:

ג **דעל כתב של אלו כו'** משום דבאלו מצוי ורגיל בהם ויש לי בזו ספק אם אין מעיד שמכיר בטביעת עין לחתימת אחיו רק בפניו חתם וזולתו אינו מכיר כת"י רק זה חתם בפניו מה דינו דאם נימא דאינו נאמן דבשלמא באמרו שבקי בכת"י אחיו ומכירו בטוב ורגיל בהו לא חיישינן לטעות דהא רגיל בי' משא"כ באמרו שבפניו חתם ואינו מכירו בטב"ע י"ל אולי טעה ואין עדות לקטן אם כן י"ל מנלן להרא"ש לחלק בין אחיו לשארי כל אדם והא דמביא ראיה מן ירושלמי דאמר על זה כתב ידי אבי וכו' בלבד דברים שהוא רגיל בהם התם י"ל בפשיט' דלא אתא לאפוקי שארי בני אדם רק דאתא לומר דוקא דמעיד זהו שאני מכיר בטב"ע כי רגיל אני בחתימתו אבל אם אין רגיל בחתימתו רק שאומר בפניו חתם א"נ וצ"ל דסבירא ליה להרא"ש דסתמא קתני במשנה ומשמע אפילו במעיד שבפניו חתם ואם כן י"ל להיפוך דבזה דלא תליא כלל ברגילות רק מה שראה בעינו מה הבדל יש בין אחיו לשארי כל אדם והסברא נותנה דבזה אין הבדל אלא שלא מצאתי כן מבואר לשום מחבר ולבי נוקפי בזה ומ"ש הסמ"ע דלמה כתב בלשון וי"א והש"ך כתב דבדק הבית כתב ולא משמע כן מסתימת שאר הפוסקים. וא"צ לזה כי מבואר ברא"ה וריטב"א לכתובות להדיא דה"ה לאחרים רק אורח' דמילתא נקט אלו דרגיל בהן ע"ש:

ד **אפילו הוא לבדו** עיין סמ"ע ס"ק י"א וי"ג דסבירא ליה דלדעת המחבר שנמשך אחרי דעת הרמב"ם גם בעדות הינומא יכול להיות לבדו וא"צ אחר עמו והש"ך כתב דבא"ע סי' צ"ו כתב המחבר להדיא דבעי אחר עמו ע"ש ודברי שניהם אין מובן לי כלל דנראה מדבריהם דקטן לבדו נאמן בהינום' לדעת המחבר וזהו לא עלה בשום דעת פוסק דאיך אפשר להוציא ממון עפ"י ע"א ובמשנה קתני אם יש עדים וכמ"ש הריב"ש ועוד וכי לא יכול הבעל להכחישו ואפילו הוא גדול מתחילה ועד סוף הלא בעל יכול להכחיש אותו ואם אינו בגדר שיעבוד קרקעו' יכול להטיל עליו שבועה להכחיש העד אבל ח"ו שנוציא ממון עפ"י ע"א ולכן ברור לכ"ע צריך להיות ב"ע וע"פ שנים יקום הדבר רק אי

כל שנים יכול להיות קטנים שהגדילו או א' צריך גדול מתחילה ועד סוף בהינומא בזו יש חילוק בין דעת התו' והרא"ש ורמב"ם דלדעת התו' צריך להיות אחד גדול מתחילתו דהואיל שיש גדול עמו עלה קאי אף על הינום' ולרמב"ם דלא קאי על הינום' יכולים להיות בהינום' אפי' שנים קטנים מתחילתן רק עכשיו הגדילו הואיל ורוב נשים בתולות נשאו' אבל מכל מקום צריך שיהיו שנים ולכך המחבר בא"ע כתב והוא שיש אחר עמו ולא הזכיר גדול מתחילתו עמו וכן הרמ"א דכתב גבי תחומין אפילו לבדו הוא לאפוקי דשם בעינן שנים אבל לא מיירי כלל אם בעי גדול מתחילתו ועד סופו:

ה **אם כותי וכו'** בגמרא אמרינן דלא דייק והעלה הש"ך בודאי לענין עדות דאורייתא אין צריך רק לענין עדות קיום הנ"ל דלא בעינן מתחילתו וסופו בכשרות מ"מ אמרינן דלא מהימן כותי דלא דייק ועיין בש"ך דהעלה בענין אונסי' בחזר לכשרותן מה דינם ועיין בסימן ל"ד מ"ש שם ומבואר בא"ע סי' מ"ב ס"ה דאנוסי' שהמירו מכח אונס לא נפסלים אע"ג דעברו על מצות קדוש השם וקשה מן תשובת רשב"א סי' אלף רל"ז דשם משמע דאף דאנסוהו גוים לזנות עם אשה ה"ל רשע דמוכרח ליהרג ואל יעבור וצ"ע:

ו **שוטה וכו'** הרמב"ם נתן טעם שאינו בכלל מצות ותמה הלח"מ ת"ל דלאו בני דיעה נינהו ולא הבנתי קושייתו הא קיי"ל דחש"ו שכתבו הגט וגדול עומד ע"ג יש להם דיעה ליכתוב לשמה ש"מ דיש להם דיעה ומילף ילף ואם וכן כשמעיד שנתקדשה אשה בפניו וגדול עמו למה לא יוכשר אם כשר לכתיבת הגט איך לא יכשר לעדות קדושין ולכך ל"ל הטעם דלאו בני דיעה נינה ופשוט:

ז **חרש פסול וכו'** עיין ב"י וכ"מ שכתבו דאפשר דילף ליה הרמב"ם מדכתיב ושמע וכו' ולא עיינו בתוספתא דשבועות פרק שבועות עדות דילף ליה ת"ק ושמע פרט חרש שא"י לשמוע אם לא יגיד פרט לאלם שא"י להגיד ואם כן ש"מ דחרש דפתח בי' היינו מדבר ואינו שומע ור"ע יליף מדכתיב ודרשת וחקרת יצא חרש שאינו בכלל דרישה וחקירה וכו' ע"ש והן הן דברי רמב"ם דצירף דברי הת"ק לר"ע יחד בחד כללא ולכך כתב צריך שיעיד בפיו או שיהיה ראוי להעיד בפיו ויהיה ראוי לשמוע הדיינים ואיום שמאיימין עליו והיינו דו"ח ופשוט:

ח **אשה פסולה** כתב הרמב"ם פ"ט מהל' עדות ה"ב נשים פסולים לעדות שנאמר עפ"י שני עדים לשון זכר ולא לשון נקבה עכ"ל ותמה הכ"מ דהשמיט ראי' הגמרא דאמרינן ועמדו שני אנשים בעדים הכתוב מדבר אנשים ולא נשים וגם הראי' שהביא הוא אינו נח שהרי כל התורה בלשון זכר נאמרה עכ"ל וקושי' גדולה הקשה והתרתו קשה למאוד זולת מה שאמרתי בלימוד ישיבה דודאי מה זה דנאמר שני עדים ואיך יכתוב התורה

שתים יניח התורה לשון זכר ויכתוב לשון נקבה דבר זה לא ניתן לומר כלל וצריך לומר דהא בירושלמי שם שבועות הקשה סתם שעירים שנים שנים ל"ל אלא שיהיו שניהם שוים ה"נ עדים סתם עדים שנים שנים ל"ל וכו' וא"כ קושי' זו קשה לרמב"ם ג"כ ל"ל שנים כלל אלא לכך נאמר שנים להורות לשון זכר שנים ולא שתים היינו לשון זכר ולא לשון נקבה ולכך נכתב קרא שנים ולא קשה הא תורה בלשון זכר נאמרה דכל מילת שנים מיותר. אך יש ליישב קושית ירושלמי דגם כאן נכתב שנים לשני' שוים והיינו דהא דאמרינן בגמרא אנשים ולא קטנים והקשו הא לאו בני דיעה ל"ל קרא. וצריך לומר דהא מצינו באיזה דברים שיש להם דיעה כגון זה כת"י של אבא דנאמנים דהימנו רבנן ועכצ"ל דבזה דעתם שלימה דאל"כ איך ס"ד דיהמנהו רבנן בדבר שאינם בר דעת וצ"ל דבהך מילי דלא בעי דיעה רבתי יש להם דעתא קלישתא והימנהו דרבנן ואם כן לולי דמיעטה התורה להדיא קטנים ה"א בכה"ג דיש להם דיעה אף בד"ת נאמנים דרך משל לקיים שטר במה דצריך מהתורה קיום וכל כיוצא בזה ולכך מיעט הכתבו אך אף דלא מיעט התורה לא היה עולה הדעת דיהיה קטנים לבדם נאמנים דהא חזינן אפילו במילתא דרבנן לא מהימן קטנים לבד דאין דעתם כל כך שלם לסמוך עלייהו לבד רק שיהיה גדול עמו כמבואר לעיל דחזינן דזה האמת דהא הגדול אומר ג"כ והוא דברים שא"צ דיעה מרובה בזו קטן נאמן אבל שיהיו שני עדים קטנים בזו א"צ מיעוט כלל דלענין זה לא סמכינן על שכלם בשל דרבנן ומכ"ש בשל תורה רק דה"א כשיש גדול עמו דיכול להעיד בשל תורה כמו בשל דרבנן ולמעט זו כתבה תורה שנים שיהיה שניהם שוים או שני גדולים מתחילתו או קטנים מתחילתו. וא"כ ליכא תו למימר דקטן יעיד אם יש גדול עמו דהא בעינן שניהם שוים ושפיר איצטרך קרא. ואם כן הקושי' הנ"ל במקומו מנלן למעט נשים דכל התורה מדבר בלשון זכר ואי דאייתר שנים הא צריך למעט קטנים כמ"ש אך לפ"ז דשנים ממעט קטנים אייתר אנשים למעט נשים דודאי סברת חוץ הוא יותר יש לדרוש באנשים למעט קטנים מן מיעוט נשים כדחזינן בכל תורה כתיב איש ואיש כי יעשו כו' ונשים בכלל וקטנים ממעטים. אך בממ"נ אם אנשים נדרוש על קטנים אייתר שנים על נשים ואי שנים על קטנים אייתר אנשים על נשים ואם כן א"ש הא דאמרינן ועמדו שני אנסים בעדים או אינו אלא בבע"ד כשהוא אומר אשר להם הריב הרי בע"ד וכו' וקשה איך ס"ד בע"ד אם כי אנשים ל"ל דלענין בע"ד לא שייך למעוטי נשים אבל לפי הנ"ל ניחא דודאי מהכ"ת למדרש אנשים ולא נשים יותר מסתבר לדרוש אנשים ולא קטנים כהנ"ל רק דא"כ שנים ל"ל ואתיא למעוטי נשים ובממ"נ אתמעטו נשים. וע"ז אמרינן דילמא לעולם שנים למעוטי קטנים כהנ"ל דבעינן שיהיה שנים שוים ועמדו

שני אנשים בבע"ד איירי ובזה שפיר ממעטינן קטנים דקמ"ל דאין קטן בגדר בע"ד דתנן אין נשבעין על טענת קטן וקמ"ל דאין טענתו טענה ולזה קאמר אשר להם הריב בבע"ד וע"כ אנשים בעדים וא"כ בממ"נ אי הך למעוטי קטנים כדמסתבר כהנ"ל שנים למעוט נשים וא"ש ולא קשה מנ"ל אנשים למעוטי נשים דילמא למעט קטנים כמו בכל התורה והן הן דברי הרמב"ם ז"ל דכתב דאנשים למעט קטנים ושנים למעט נשים ודברי רמב"ם מיוסדים בתכלית הדיוק והנכון:

ט **דלא שכיחי אנשים** הרב בעל שב יעקב חלק א"ע סימן ג' כתב אילו לא דמסתפינא לומר נגד הרמב"ם הייתי אומר דנשים כשרות להעיד מדינא דהא בב"ק דקתני המשנה בני חורין ובני ברית (עיין אורים) וקעביד הגמרא צריכת' דעבדים ל"ל חייס וגוים אינו בני מצות הא אשה דיש לה חייס והיא בכלל מצות מעידה. ולא ידעתי מה זה דחידש הלא דברים אלו אמורים כהווייתן בתרומת הדשן סי' שנ"ג במקומו דיש פתחון פה לומר כן אבל דחה אותו. והאמת דאף הרמב"ם לא אמרה אלא דלכך נאמרה במשנה לדחות לב הטועים אבל ח"ו לומר במסקנ' דאשה כשרה ואם כן הא דתנן שבועת עדות אינה נוהגת בנשים הא נוהגת בנזקין ויש עלי' קרבן שבועה וגם הא דעבד פסול הוא מק"ו דאשה וגזלן ואם אשה כשרה נימא דיו אלא ברור דפסולה והא דלא קתני במשנה ג"כ למעט נשים (עיין ביש"ש דמשמע דמפרש הא דקתני והנשים בכלל הנזק היינו למעט עדות נשים לנשים ע"ש ולא ידעתי מנ"ל זה) משום דאין נשים שכיחי בארוות סוסי' וח"ו שיהיו נשים במקום משכן גוים ועבדים הפרוצים וכ"כ הוא בעצמו ונכון:

סימן לו

ה (כאן חסר בכתבי רבינו וחבל על דאבדן)

לא נתכוונו כו' הש"ך הקשה על הרמ"א הא אפי' נתכוון אינו פוסל כו' ויסודן תשו' ריב"ש שהביא גם כן בשם רבוותא אך יש ליישב דהנך רבוות' וריב"ש ס"ל דדוחק לומר במסקנא לר' יוסי לא יהיה מחייבים להרוג הרוצח והנואף רק בהורגו מאחוריו וכדומה רק ס"ל במסקנא דמשנינן יקום דבר חזרינן מכל התי' ואמרינן כללא במקיימי דבר היינו עדים ולא בעלי דינים יהיה הרוצח או נרצח אין בעל דין מבטלי' עדותן כלל וזהו דעתם וסברתם וכן כתבו התו' בסנהדרין דף ט' דבהך תי' יקום דבר חוזר מכל התי' שלפני זה וכך סבירא ליה הם. ואם כן מזה נשרש דינם והרי הדבר במחלוקת שנוי' דלפרש"י אין לזה ראיה רק על הנתבע שהוא כמו רוצח ועושה הדבר אבל בנגיעת ממון שהם כמו תובעי' ובגדר נרצח לא שייך עושי דבר ומכ"ש בעובדא דהריב"ש מה עושי דבר שייך

בשמעון ומבטל עדות אך באמת אף בנתבע יש כאן פקפוק דלפי דהעלו התו' ורא"ש וסייעתם דבעינן לכ"ע אפילו לר"י באי' לבית דין שיעידו והיינו דכך פי' בגמ' יקום דבר במקיימי דבר פי' שבאים לבית דין ויעידו אבל אלו אין באים לבית דין להעיד ע"ש ואם כן לפי זה ליתא לכל דבריהם ולא אתמעט בעל דין כלל רק הטעם הואיל ואינו בא לבית דין ואילו באמת בא לבית דין ומעיד מבטל העדות דבמקיימי דבר אין הפי' כלל כמ"ש הם דה"ל בע"ד רק הפי' דצריך לקיים עדותם ולהעיד בב"ד ומזה יליף הגמ' דצריכין לבוא בב"ד ותרתי בעינן כמו שהאריכו בזה ואם בא לב"ד מבטל העדות וא"כ נתבע אם כוון עדותו וחתם בשטר דה"ל כנחקרה עדותן בב"ד כמ"ש דה"ל תרתי כיון ומעיד בב"ד הרי זה מבטל עדות ומכ"ש נוגע בממון דה"ל תובע וזהו שנראה דכתב הרמב"ן בב"ב על רבוותא דיש לו עליהם פקפוק ודקדוק כי הרמב"ן ס"ל לדינא כתו' דתרתי בעינן וא"כ צ"ל יקום דבר כפי' התו' וכשל עוזר שלהם והם וריב"ש צ"ל דס"ל כרמב"ם דלא בעינן מעיד בב"ד ולכך מפרשי יקום דבר לאפוקי בעלי דינים וא"כ הרי כאן חולקי' מצדי צדדים. אך לפ"ז הראב"ד כפמ"ש הרא"ש ספ"ק דמכות בשמו באריכות דס"ל דלכך האומר פלוני רבעני לרצוני נאמן להעיד אף דמשים עצמו רשע אין הטעם כמ"ש פלגינן דבורא ואמרינן לא רבעו לו כלל או שרבעו לאונסו רק הטעם דהוא בע"ד ואינו בגדר עדות כלל שנאמר בו עדות שבטלה מקצתו והביא ראיה מן יקום דבר במקיימי דבר א"כ לכאורה צ"ל דאף הוא מפרש הך יקום דבר כריב"ש וסייעתו ולא כפי' התו' דיקום דבר בא להורות דצריך לבא לב"ד וכמ"ש דלפי' זה אין כאן ראיה למעט בעלי דינים שלא יהיה בגדר עדות וא"כ קושי' לדברי הרא"ש דהוא בפסקיו וכן בתשובה כלל ס' ד"א הסכים להראב"ד ומביא לו עזר מה דאמרינן מ"ד אשתו לאו כגופו וכו' ע"ש והיא ס"ל להדיא כדעת התו' דבעינן הגדה בב"ד ומפרש יקום דבר כמ"ש התו' שיגיד בב"ד ואין פי' כלל למעט בע"ד וא"כ דברי הרא"ש נראי' כסותרים זה את זה. איברא גם בראב"ד קשי' ליה לפי דבריו האומר פלוני רבעני לכך ה"ל עד דהוא אינו בגדר עדות לעצמו דהוא בכלל בע"ד ומקיימי הדבר ולכך יכול להעיד על חבירו הרובע ולא אמרינן לשיטתו הא ה"ל מקיימי דבר ואיך יעיד על חבירו וצ"ל דזהו אינו רק למעט דעל עצמו לא שייך עדות אבל על חבירו התובע יכול להעיד וא"כ צ"ל לדבריו דהך תי' שרבעו מאחוריו קאי דאם שני עדים ראו שרבעהו לרצונו הרי הוא רשע ע"פ כמ"ש התו' ולגבי חבירו לא שייך יקום דבר דהרי יכול להעיד לחבירו באמת וא"כ קשה יציל וצ"ל תי' הגמ' קאי וכ"כ הראב"ד להדיא כשם שאין ההורג פוסל לעדים וכו' ש"מ דהכל קאי על ההורג ולא על הרוג א"כ לחבירו אפילו רוצח יכול להעיד דהא אמרינן בפ"ב דיבמות דאומר הרגתיו

יכול להעיד דפלגינן דבורו והיינו לפי' הראב"ד דעל עצמו אינו נאמן דה"ל בע"ד אבל נאמן שנהרג להשיא אשתו ולפ"ז אם רבע לחבירו והוא קרובו יכול לבטל כל העדות דהרי מעיד דרבע לחבירו ולגבי עצמו ה"ל בע"ד ולגבי חבירו הרי זה עד ואם הוא פסול ה"ל כנמצא קרוב או פסול. ולפ"ז ערות אביך לא תגלה דאמרינן בבא על אביו עסקינן אף די"ל ברבעו מאחוריו מ"מ איך אביו נהרג הא הוא ה"ל לגבי אביו קרוב ופסול רק זה אפשר לדחוק ולומר דלר"י באמת אביו פטור והוא חייב ברבעו מאחוריו ואין האב עד. אבל מהא דכתבה התורה בבא על כלתו ואשת אביו וחמותו דשניהם הם במיתה וצ"ל דהיה התראה בשניהם קשה לר"י הא ה"ל קרוב ומבטל כל העדות ול"ל דרבי יוסי לשיטתו דס"ל במשנה ראשונה דודו ובן דודו וי"ל קרובי אישות מדרבנן דא"כ ר"י אמר שמואל דפוסק הלכה כר"י ובסנהדרין אמרינן דר"י א"ש הלכה כר"י דברייתא ולא כר"י דמשנה לדידי קשי'. ואפילו נימא כשיטת הרמב"ם דקרובי אישות לכ"ע דרבנן ועיי' מש"ל סי' ל"ג מ"מ קשה דל קורב' מהכא הא ה"ל רשע למות עפ"י שני עדים כמ"ש התו' דמה בכך דאדם קרוב אצל עצמו הא העדים משוי' ליה רשע וא"כ לגבי האשה ה"ל עד פסול ופוסל כל העדות ואיך משכחת ליה מיתה בשניהם. ואפשר לומר דהא בלא"ה צ"ל במ"ש התו' מכות ד"ה נרבע כו' דפי' נרבע לרצונו דה"ל רשע והקשו הא פלגינן דבוריה ותי' דהיכי דאיכא שני עדים זולתו ה"ל רשע ור"י בכור שור תי' דהקושיא נרבע קרוב וי"ל למה נייד ר"י בכור שור מתי' ראשון של תו' וגם דקארי לי' מה קארי פשיטא מחמת דהוי עדים זולתו נעשה רשע. וצ"ל דהא דקרוב ופסול פוסל שני' היא משום היקש שנים לשלשה וכיון דבשנים אין אדם משים עצמו רשע ה"ה בשלשה אין משים עצמו רשע לפסול הצירוף דהא כל עצמותו של צירוף להשוות הכל כעדות אחת וכאילו הכל רק שני עדים ובשנים אין משים רשע וצ"ע ודוחק גם דוחק לומר דמיירי בסומי' שאין מכירים כלה וחמותה דא"כ כיון דבקרא צ"ל כן אף בנרבע הל"ל כן ולא לשנות במאחוריו ובזה י"ל לשנוי מה דקשה בתו' בסנהדרין דף מ"א ד"ה א"נ דהקשו לימא לפסול בעדות באנו דמה קושי' דילמא מיירי דכבר פסול הוא וכ"כ התו' דף פ"ו ד"ה גניבה כו' וגם קשי' דילמא מיירי דהוא הבועל אינו חבר וי"ל דהיה שוגג והיא חבירה ומזידה והיא אסורה לבועל כמ"ש התו' סוטה והוא לא נפסל אלא דס"ל להתו' מה ביקש בגמ' דנייד מתי' ראשון דזינתה עם בועל ראשון וכך יפה לתלות הקלקלה במקולקל משנרבה ממזרים בישראל אלא דהנך תי' מחולקי' בסברא אי אמרינן דלר"י וריב"י ס"ל כוותי' דהא א"צ התראה וכמש"ל בריש סי' ל"ג ע"ש בעי דוקא ביאה לב"ד או לא ותי' ראשון משני דזה הבועל שינה פעמים וקשה א"כ ה"ל רשע ומבטל כל עדות ואיך תהרג י"ל דבעי דוקא

לבוא לב"ד כהנ"ל ותי' השני ביקש לאוקמי אפילו דנימא דא"צ לבוא לב"ד וא"כ ל"ל דהיה רשע דא"כ כל עדות בטל ולכך משני בקרובי' וא"כ ל"ל דהיה חשוד מעיקרא וקושי' התו' שפיר וגם ל"ל דהיה בשוגג דא"כ עדיין י"ל דנבעלה לבועל ראשון ודוק. ודאי זולת דברי הראב"ד י"ל דגזרת הכתוב במקיימי דבר דעושים התועבה אינם בגדר הזה לפסול בצירוף שלהם עדים אחרים הן שמעידים על עצמו והן על אחרים ואף דאם הוא כשר יכול להעיד מ"מ בפסלו אינו מבטל עדים אחרים וכך הוא גזרת הכתוב בכלל אבל לפי דעת הראב"ד דיליף מזה דבע"ד אינו בגדר עדות דלכך אמרינן במקיימי דבר דבע"ד אינו בגדר עדות כלל ולכך אם מעיד על עצמו וחבירו אמרינן לגבי עצמו לא הוי עדות דהוי בע"ד לגבי חבירו הוי עדות וש"מ דמקיימי הדבר לא קאי על חבירו הקושי' הנ"ל במקומו ולהדיא כתב הריב"ש בתשובה הנ"ל סי' קנ"ה וז"ל דמקשינן בגמ' הרוג יציל וכו' ומתרצינן במקיימי דבר הכתוב מדבר כלומר באותן שאפשר להיות עדים אם הן פסולין הם פוסלים אחרים בצירופם אבל הבע"ד עצמו לא חל עליו שום מדות כלל כדי שיצטרף עם אחרים ולפוסלן בצרופו וכל שיש עדות שלם בלעדיו עושין על פיהם כו' עכ"ל הרי במקום שאפשר להיות עד אם הוא פסול מבטל שאר עדות וא"כ להעיד על אשת אביו וכלתו וחמותו הרי יכול להיות עד דיכול לומר זניתי עם אשה ופלגינן דבורו וא"כ כיון שהוא ראוי להיות עד עכשיו דהוא פסול מחמת קורבא ומחמת רשעת מבטל כל עדות וקושי' חזקה היא לכאורה וצ"ל דגם הראב"ד ס"ל כשיטת התו' וסרא"ש דבעינן בא לב"ד והעיד ול"ק מכל הנ"ל איך משכחת ליה דמשכחינן בשלא בא לב"ד וא"כ צ"ל ג"כ כמ"ש התו' דיקום דבר אתא במקיימי דבר היינו אותן שבאו לב"ד וא"כ הקושי' הנ"ל מה שכתבתי לרא"ש ג"כ קשי' ליה דאיך מפרש מקיימי הדבר היינו בע"ד הא מפרשינן לי' כמ"ש התו' שיבאו לב"ד ויעידו. והיה נראה לכאורה דודאי א"צ קרא לומר דצריכין לבוא לב"ד להעיד כמ"ש בתשובת מהר"ם אלשקר סי' ט"ו בשם חדושי ר"ן ורשב"א ז"ל דהוא הסברא דמה מעלה ומוריד המחשבה אם כוון לבו להעיד או למחזי וכי המחשבה לבדו מבטל עדות אם לא בעושה מעשה דבא לב"ד ומעיד אז מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו דהרי בא לב"ד והעיד ע"ש וא"כ א"צ קרא אך זהו לרבי דס"ל דתליא בכוונה אי להעיד או לראות אבל לר"י דס"ל דבאמת אין נ"מ בכוונה אפילו ראה העדות בעלמא נתבטל שפיר י"ל בראיה לחוד אפילו בלי ביאה לב"ד נתבטל ולכך איצטרך קרא יקום דבר וא"כ י"ל הא דפריך רובע הורג יציל היינו לר"י דאליביה לא אמרינן זולת קרא דצריך לבוא לב"ד ולכך משני יקום דבר וכמ"ש התו' דצריך לבא לב"ד אבל לרבי א"צ יקום דבר לכך וצ"ל דקאי על בע"ד שאין בכלל עדות והאומר רבעני לרצוני נאמן דלגבי

עצמו אינו בכלל עדות ולא אמרינן עדות שבטלה מקצתו כמ"ש הראב"ד אך זהו דוחק. ויותר נראה דתרתי שמעינן מיניה דאין הפי' במקיימי דבר לאפוקי שאינו בא לב"ד דא"כ אם רוצח בא לב"ד ורצונו להעיד על עצמו ודאי דמבטל העדות א"כ לא יהרג אדם דיבא רוצח ויעיד בב"ד אלא ודאי דמהך יקום ממועט רוצח ורובע רק כיצד ממועט דכתיב יקום דפי' במקיימי דבר ר"ל עדים שרגילי' לבא לב"ד להעיד ולקיים העדות בהו איירי קרא אבל בע"ד שאין דרכו לבא לב"ד בהו לא איירי קרא ואינו בגדר עדות כלל דלא מיירי ממנו התורה וזהו דברי הראב"ד דכתיב יקום לאפוקי בע"ד דהתורה לא דברה אלא באנשים הרגילים לקיים סענין אצל ב"ד ולא בע"ד דאין דרכו בכך ומ"מ ילפינן מיניה דצריכים העדים לבוא לב"ד מדתליא התורה ענין העדות מי דהוא קרוי עד לומר ביה עדות שבעלה מקצתו ומי שאינו קרוי עד לומר בו כו' בזה במי שרגיל לבוא לב"ד להעיד ש"מ דעיקר העדות בביטולו ובקיומו תלי בהגדה בב"ד דאל"כ לא היה התורה תולה ההבדל בין עדים לבע"ד בזה דאין רגיל לבוא בב"ד וברגיל כיון דלא נ"מ בהגדה לב"ד אלא ש"מ דעיקר הפסול וביטול עדים היינו בהגדה לב"ד ותרתי שמעינן מיניה. ונראה דגם הריב"ש נתכוון לזה והדרני ממש"ל דס"ל להריב"ש דתי' יקום דבר קאי גם על קושי' הרוג נרבע יציל ואעפ"י שלשונו מורה כן דכתב דמקשינן התם בגמ' נרבע יציל הרוג יציל ומתרצינן יקום דבר במקיימי דבר הכתוב מדבר וכו' עכ"ל וא"כ פשוט לשונו דמוסב התי' על כל קושי' מ"מ נראה דהוא מעתיק רק בקיצור לישנא דגמ' אבל כוונתו דאינו רק על רובע והורג דהא כתב כלומר באופן שאפשר להיות עדים אם הם פסולים פוסלים אחרים בצירופן אבל הבע"ד עצמו לא חל עליו שום עדות כדי שיצטרף וכו' עכ"ל ואיך שייך זה בקושי' נרבע והרוג הא נרבע יכול להיות עד כדאמרינן פלוני רבעני הן לרצונו והן לאונסו מצטרף להעיד אלא ברור דס"ל דהך יקום לא קאי רק על קושי' רובע הורג יציל אבל נרבע באמת כשלא רבעו מאחוריו מציל אלא דס"ל יקום הדבר במקיימי דבר היינו כמ"ש במי שאפשר להיות עד יצא בע"ד שאי אפשר להיות עד אינו בגדר עדות ונרצח ונרבע יכולים להיות עדים דאינם נוגעים כלל כמ"ש המרדכי דיכולים להעיד וכמ"ש התו' דהקושי' דס"ל טריפה ורשע ע"ש. אבל בד"מ הן תובע ונתבע והן שום נוגע כיון שאינו בגדר עדות דהמה בגדר בע"ד אינו פוסל כשרים וס"ל בדיני נפשות יש הבדל בין רוצח לנרצח אבל בד"מ הכל הן תובע והן נתבע נוגעים ואינו בגדר עדות וא"ש וזהו מה שנראה ברור בכוונת הריב"ש. ועכ"פ לפי דעת רש"י דמפרש בעושי דבר יש הבדל דאם נגנב משל בני עיר ס"ת הלא בני עיר לא מקרי עושי דבר משא"כ הגנבים הם עושי דבר כמו רובע והורג וכן לפי מ"ש בכוונת דברי הרא"ש דממועט רובע ורוצח

שאין רגילים לבא לב"ד והיינו העושה התובע והגנב אבל נגנב ותובע בא לב"ד ולכך ס"ל לרא"ש בתשובה הנ"ל דנוגע בס"ת של עיר פוסל אחרים בצרופין דה"ל כמו נרצח וא"ש ובפרט לפי מ"ש הרא"ש והוא דעת הראב"ד דאם העיד רבע שורו לא פלגינן דבורו דנימא דהוי בעל דין כמו בא על אשתו דאדם קרוב אצל ממון שלו לא אמרינן וה"ל עדות שבטלה מקצתו וכו' דלא הוי בע"ד הרי דלגבי ממון שלו לא אמרינן דאינו בגדר עדות דאילו אינו בגדר עדות לא הוי אמרינן עדות שבטלה מקצתו אלא ברור דלענין ממון לא ס"ל להרא"ש והראב"ד דנימא הוי בע"ד רק דוקא מה שנוגע לגופו אבל לא לממון וע"ש מבואר דהך נמצא קרוב או פסול דמבטל כל העדות הוא ג"כ מטעם שבטלה מקצתו ע"ש דחד דינא אי' לי' וא"כ ברור דלהרא"ש וראב"ד גבי ממון לא אמרינן דה"ל כבע"ד לענין שלא יבטל כל העדות ומאוד תמהני מהריב"ש והש"ך איך העלימו עין מדברי הרא"ש והראב"ד הזה. דבזה מבואר להדיא דלא כוותי' ועיי' מש"ל סי' ל"ז ע"ש. ומכ"ש לפי תי' הראשון של הרא"ש דלא ס"ל כדעת הראב"ד וס"ל הטעם דפלגינן דבור' דאמר אנסו או רבעו לאחר אבל אם אי אפשר לומר כן כהנ"ל בסי' ל"ד בשם רשב"א אין יכול להעיד על אחר וה"ל עדות שבטלה מקצתו בטלה כולו כמש"ל בסי' ל"ד באריכות שהוא דעת התו' וראב"ן ולא אמרינן הך סברא יקום דבר דה"ל בע"ד שהוא סברת הרחב"ד ואינו בגדר עדות כמ"ש הריב"ש וא"כ כל דינא דריב"ש ליתא ולכן הך דינא דריב"ש אפילו בנתבע צ"ע ומכ"ש בתובע דיש כחן ממש רוב פוסקים החולקים ולכן היטב אשר כתב הרמ"א ומשה אמת הואיל דאין כוונתו להעיד כי לא רצה להכניס עצמו במחלוקת גדולי חקרי לבב הנ"ל ומקום עמוק בפוסקים כמ"ש. ואין להביא ראיה לדברי ריב"ש לשיטת הרמב"ם וסייעתו דבראיה לחוד נתבטל העדות בכלל א"כ איך אמרינן בני עיר שנגנב ס"ת שלהם אין מביאין ראיה מאנשי אותו עיר משמע הא מאנשי עיר אחרת מביאין הא מ"מ אין מביאין דהא בני אותו עיר ג"כ ראו וא"כ מה יועיל עדות בני עיר אחרת הא ה"ל נמצא קרוב או פסול וכל העדות בטלה בשלמא לשיטת התו' והרא"ש י"ל דבני אותו עיר לא יעידו בב"ד ולא הוי ביטול אבל לרמב"ם קשה ודוחק לומר דמיירי דבני עיר כולם למחזי אתו דהא סתמא קתני אלא לריב"ש ניחא דהני נוגעים לא מבטלים עדות כשרים דזה יש לדחות דברייתא גוף הדין אתא להודיע דאנשי אותו עיר פסולים להעיד וממילא ידעינן דאף אחרים שראו אין יכולים להעיד כי נפסלו בצירוף בני עיר ועיקר הדין והפסול קמ"ל דבני עיר פסולים:

[1] **ואם הזמין כו'** עיין מ"ש באורים שהסכימו הסמ"ע וש"ך וט"ז לדברי מהר"ש חכים ע"ש אבל אם אמר שנים מכם ולא פרט בשם מי ומי המה דעת מהר"ש חכים והסמ"ע

דה"ל כאילו ייחד כשרים ואין עדות פסולים מבטלו והש"ך חולק דמ"מ פסולים בכלל דהא סתמא שנים מכם אמר ע"ש ונראה דיש קצת ראיה לדברי הסמ"ע מהא דאמרינן גיטין דף ס"ו דהאומר לשלשה וה"ה יותר שנים מכם יכתבו גט לאשתי והיה אב ובן בתוכם לא נפסל האמירה ויכתוב אחד מהם עם רחוק דאב ובן פסולים והביאו הטור והש"ע א"ע סי' קמ"א וקשה הא סתם שנים מכם אמר דילמא נתכוון לקרובים יחד והגט בטל ועכצ"ל הואיל ואמר שנים מסתמא כיון להכשרים בגט וא"כ אף כאן באומר שנים מכם תעידו מסתמא כיון לשנים הכשרים לעדות וא"כ ה"ל כהזמין כשרים ואין עדות הפסולים מבטלו ונכון הוא ואמת דאפשר לחלק דהתם אמר שנים מכם כתבו נתן להם הברירה מי ומי שירצה מכם יכתוב וע"כ אנו אומרים שלא ירצו האב ובן כדי שלא לפסול הגט אבל כאן דאמר שנים מכם והפי' שנים מכם שירצו אם הפסולים אומרים אנו רוצים ולאסהודי אתינא למה לא יבטלו העדות הא לא הזמין הכשרים דהפסולים יאמרו נתן לנו להעדים בכלל הברירה ואף אנו בכלל הברירה וא"כ אין כאן יחוד לבטל הצירוף ומ"מ זה דחוק דמסתמא לא נתן הברירה שירצו פסולים ולא כשרים וראיה מהך מכרעת עכ"פ שיותר דעת נוטה כסמ"ע. ואין להקשות מה הקשו התו' והרא"ש דלא מצאנו ידינו ורגלינו בגיטין הנעשה במעמד קרובים ופעמים קרובים הם מכוונים להעיד ע"ש ומה החרדה הזאת הא אין עדי הגט חותמים בלי צווי הבעל לחתום ואין לך הזמנה יותר מזה שאמר לעדים אתם פב"פ חתמו גט זה וא"כ תו אין עדות פסולים מועיל כלום לבטל דאין לך הזמנה גדולה מזו וצ"ל דהתו' לשיטתן דס"ל דע"מ כרתי וא"כ אף דעדים חותמים צריכים ע"מ בפ"ע להעיד על מסירת גט ועדי מסירה אין דרך להזמין ושפיר הקשו הא ישנו שם קרובים ונתבטל ע"מ ואין בגט ממש ואפילו לר"מ דעת התו' דמ"מ בעי שנים במסירה דאין דבר שבערוה וכו' וקושי' התו' שפיר דאין כאן ע"מ כלל דבטלה בצירוף קרובים וא"כ לפ"ז י"ל דהרמב"ם לשיטתו דס"ל אף ע"מ כרתי אבל ע"ח כשר לכ"ע אפילו לא מסרו בעדים רק נתנו בינו לבינה וא"כ מה בכך שנתבטל ע"מ הא ע"ח לא נתבטל דהא הזמינם ולק"מ מגט ומקידושין אין כ"כ קושי' דהא היא בחזקת נשואה לבעל ויושבת תחתיו וסוקלין על החזקה וברור דעיקר קושי' התו' מגט כמו דבמס' מכות לא הזכירו התו' רק מגט ולא זכרו קדושין כלל ומגט לק"מ לרמב"ם ולכך ס"ל דא"צ לבוא לב"ד ובראיה בעלמא סגי וא"ש:

ז **לא נתבטל כו'** דברים אלו כתבו הרא"ש ודעת מהר"י בי רב לפרש אפילו אמרו לאסהודי באנו מתחילה בשעת מעשה רק כיון דלדעת הרא"ש תרתי בעינן בא לב"ד ומעיד ג"כ וזה אינו בגדר לבא לב"ד ומעיד הואיל שבא ע"י הכרזה והש"ך חולק עליו דמה

בכך סוף כל סוף הרי כאן תרתי כיון להעיד ומעיד בב"ד ולכך מפרש הוא דלא ידעינן אי כיון להעיד רק כשבא לב"ד מעצמו להעיד אמרי' מסתמא להעיד בא אבל כשבא ע"י כח הכרוז אין כאן הוכחה ואמרינן מסתמא למחזי בא והא דנתן הרא"ש טעם שלא היה כוונתו אלא בראוי להעיד אף דאין הענין תלוי כלל בכוונתו היינו דלולי כן היינו אומרים מסתמא הואיל והזמינם יודע בוודאי שכוונו להעיד עכ"ל ולא על מהר"י בי רב חולק הש"ך כי אם אדברי הש"ע דכתב להדיא אפילו נתכוונו להעיד והעידו לא נתבטלו כו' ולדברי הש"ך הא בנתכוונו נתבטל בבירור ולכן תמהני אם חשב לומר פי' לדברי הש"ע מה שמבואר בו ההיפוך והלך המחבר אחר דעת רבו מהר"י בי רב וכן נכון כי דבריו בזה דחוקים דמה הכרח יש כאן הואיל והזמין כל עדים הן קרוב או רחוק שיבאו ויעידו דידע שכוונו הקרובים להעיד ועוד הלא אפילו הרואה בלתי כוונה להעיד יכול להעיד ועדותו מתקיימת וא"כ מה ראיה הואיל וקראן להעיד לו דידע שמתחילה באו להעיד ואין לו מובן כלל בפרט לפי מה שהעלתי לעיל דע"כ סתם קרובים ג"כ לאסהודי באו דאל"כ דסתמא למחזי אין נאמנות להם לבטל עדות הכשרים ולמלט קרובים מדין מיתה ועונש כמש"ל ולכן נראה ברור כדעת מהר"י בי רב והיינו דס"ל להרא"ש כי אמרינן בהעיד הקרוב בב"ד מבטל כל עדות היינו בבא מעצמו לב"ד להעיד אז הוא בכלל מקיימי דבר אבל כשבא מחמת הכרזה דטועה הוא וחושב דצריך לבוא אין זה בגדר מקיימי דבר הואיל ולא בא מעצמו לב"ד דאל"כ מעולם לא יתנו חרם על עדות דאולי יבאו פסולים ועי"כ יתבטל העדות והב"ד גורמים ביטולו של עדות ועוד דא"כ עדיין קשה רובע הורג יציל ול"ל דאינם באים לב"ד דהא צריכין לבוא לב"ד לקבל כל העדות בפניהם והועד בבעליו כתיב ואם הם אצל ב"ד ויעידו והן אומרים אמת כפי עדים כי חי לא יכחיש החי הרי נתבטל כל העדות לר"י דהא תמיד באי' לב"ד ומעידים ועכצ"ל הואיל וביאה זו ע"י קריא' ב"ד לא שמי' ביאה לב"ד להעיד (מיהו לפי מש"ל בדברי הרא"ש דהפי' במי שרגיל לבוא לב"ד בזו דברה התורה ע"ש יש לדחות ראיה זו קצת) וה"ה בעדים הבאים להעיד לא מחמת עצמן רק לקול הכרוז לא שמי' ביאה מיהו ס"ל להרא"ש ה"מ שאין הבע"ד בעצמו קורא אותן להעיד בב"ד אבל הוא בעצמן קוראן לבוא לב"ד להעיד הרי הוא בעצמן עשאן צירוף. ולכך כתב הרא"ש בלשונו דהבע"ד לא קראן כלל דלא נתכוון אלא בראוי להעיד וא"ש. ובזו יש להבין משנה בשבועות דף ל"ה שבועה שאין יודעים לך עדות והיה קרוב או פסול ביניהם הרי אילו פטורים והקשו התו' מה קמ"ל הא כבר תנא ליה נוהג בכשרים ולא בפסולים וקרובים ותי' התו' דהיה ג' ואחד מהן קרוב או פסול ואף הם נתבטלו. והקשה התו' עדיין מה קמ"ל הא משנה שלימה היא

במכות דאם נמצא א' מהן קרוב או פסול נתבטל כל העדות. וע"ש דדחק ולפי הנ"ל ניחא דודאי לשיטת התו' דתרתי בעינן פירושו והיה ביניהן דכבר העיד הפסול בב"ד ולכך אלו פטורים להעיד דאף דיעידו עדותן נתבטל דאל"כ הא בראיה לחוד לא היה ביטול בעדותם. א"כ ה"א הא הפסול לא העיד רק מכח שבועה שהשביעו וא"כ אין כאן ביטול ודמי' לחרם שמכריזין שכתב הרא"ש וא"כ ה"א דכשרים חייב להעיד וקמ"ל המשנה דהואיל דאף לפסול השביע בפי' שיבא ויעיד הרי עשהו בקריאתו צירוף ולכך אף דהעידו מכח שבועתו מ"מ נתבטל עדות כשרים ולכך פטורים מק"ש וטובא קמשמע לן המשנה ולק"מ והרי יש לכל דינים הללו הנאמרים ברא"ש ממש ראי' ברורה ממ"ש וממשנה ונכון:

ונראה ברור כי מ"ש המחבר ואם הזמין הוא סיום סוף דברי הרא"ש מה שסיים בסעיף א' וי"א דתרתי בעינן כו' וע"ז קאי ואם הזמין וכו' והכל בדברי הרא"ש כמ"ש באמת בדברי הרא"ש והוא הכל לדיעה שני' אבל לדעת ה"א דעת הרמב"ם דבכוון להעיד אף דלא באו לב"ד מיפסל העדות לא שייך האי דינא כלל דמה בכך דבאו מכח חרם או לא באו כלל סוף כל סוף נתבטל העדות בשעת ראיה והרב הש"ך ביקש לצדד אף לדעת הרמב"ם דאף הרמב"ם מודה דסתמא של דברים הם למחזי אם לא בבואם לב"ד להעיד ולכך אם באו מכח הכרזה אין כאן ראיה ואין צריכין חקירי' אי להעיד או למחזי ונמשך הכל לשיטתו בפי' דברי הרא"ש אבל לפי מ"ש דאין הפי' כן בהרא"ש א"כ א"א לומר כי בדברי הרמב"ם דכי נחלק דברי הש"ע בדבר א' לשני פירושים לדעת הרא"ש פי' כך ולדעת הרמב"ם פי' כך ובפרט כי לא מצאנו דין זה ודכוותי' ברמב"ם ובפוסקים ומנ"ל למחבר לחדש דין ברמב"ם מה דלא שערו הקדמונים בלי ראיה ורמז כלל ולכן ברור דהכל שייך לשיטת הרא"ש ואין לדקדק לשיטת הרמב"ם דס"ל לא בעינן תרתי א"כ הא דתנן שבועת עדות אין נוהג בקרובים דאין תועלת בעדות שלהם הא יש במציאות תועלת גדול דבממ"נ אם אמרינן סתם שלהם לאסהודי א"כ מלוה שהביא עדים כשרים שהלוה מנה והכשרים אומרים לב"ד שקרובים היו במעמד וכמש"ל בשם הש"ך דנכון דכשרים צ"ל דהיה שם במעמד הענין קרובים וא"כ הב"ד פוסלים כל עדות והוא השביע לקרובים שיבאו לב"ד ויגידו למחזי קאתו שהם נאמנים ויתקיים העדות ויוציא ממון עפ"י כשרים ואם אמרינן סתמא למחזי א"כ י"ל דהלוה השביען שיבואו ויעידו שהיו במעמד והיו מכוונים להעיד ויתבטל העדות ויהיה לו מגו על סטראי וכדומה הואיל ואין כאן עדות והרי תועלת גדול בעדותן ובפרט למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי ואפילו השביע עדי סתירה חייבי' ק"ש וכ"ש נדון כזה דהוא ודאי ממון גמור ע"י עדותם ובכבישת עדותן

מפסיד. ולשיטת התו' ניחא דכל כמה דלא באו לב"ד לא נתבטל העדות ואין ביד הבעל דין להכריחם שיבאו ויבטלו עדות הכשרים כי יפה עושים שאינם באים לב"ד ועדות הכשרי' בהכשרו וקיומו ולק"מ אבל לרמב"ם כבר נתבטל בעת הראי' ובואן לבית דין הוא לברר האמת ולדעת אם נתבטלו עדות כשרים או לא שפיר קשה כנ"ל ואפשר לומר דבזה יתיישב קושי' התי"ט פרק ד' דשבועות דהקשה ל"ל קרא למעט קרובים ופסולים מק"ש הא אין תועלת בעדותם ומסברא ידעינן דלא מחייבי ולפי מ"ש טובא קמ"ל בכה"ג דיש תועלת רב בעדותן להוציא ולהפסיד ממון ומ"מ גזרת הכתוב דאין בהם קרבן שבועה ולק"מ. אך זהו נראה לי לדוחק דלמה באמת יפטרן התורה משבועה כיון שיש תועלת ע"י עדותן ואם האמינם התורה לזה שיאמרו למחזי או לאסהודי למה לא יהיה עליהם עונש אי יכבשו עדותן וגורמים איבוד ממון לחבירו ואם עליהם עונש אם לא יגיד כו' אף ק"ש יתחייבו ולכן הנכון כקושי' התי"ט כמ"ש אם קיבל על עצמו קרוב כהנ"ל בריש סי' כ"ח וזה נכון דאין בו כח להעמיס על העד על עדות ועונש אם לא יגיד במה שהתורה פטרתו ולא צוה. ולא אדון הוא בדבר הזה אבל מ"מ מה שדקדקנו ברמב"ם יש להבין אפשר לומר כיון דאין צריך לומר העדות בב"ד בגוף הדבר אם לוה או לא לוה רק אם היה שם למחזי או להעיד וא"כ אין זה בכלל ק"ש דאין מעידים כלל בגוף העדות. אך לפמ"ש התו' סנהדרין דף ל"א ד"ה שבית שמאי וכו' דאם הכחישו הפסולים לכשרים בגוף עדות זה אומר מנה וזה אומר ר' לא נתבטל עדות כשרים א"כ הם צ"ל עדותן בב"ד ג"כ כדי שיתברר אם מכוונים לעדים הרי יש כאן ביטול לכשרים ואם יכחישו הרי קיום כמ"ש התו' הרי תועלת גדול בעדותן וצ"ל דהרמב"ם לא ס"ל כהך תי' של התו' רק כאינך תי' של התו' וכן לפמ"ש בישוב דברי הר"ן ורא"ה וריטב"א בשמעתי' שנים אומרים לא מת וכו' בס"ק ג' צ"ל ג"כ דלא כתו' דהא מכחשי אהדדי ומ"מ אף לענין א"א אינם נאמנים או כפי מש"ל דלרמב"ם אם היה בעת הראי' כשרים אף דקודם הגדה נפסלו לא נבטל העדות דהכל תלי בראי' וא"כ אין כאן קושי' התו' מהך דב"ש כמש"ל. וא"כ א"צ להגדתן בגוף העדות וא"ש וצ"ע. ויש להבין ברא"ש דהעתיק קושי' התו' לשמואל דס"ל כר"י איך תמצא גיטין וקדושין בקרובים שהיו שם וקשה מה קושי' לר"י דילמא לר"י באמת בגיטין וקדושין היה מזמין עדים וא"ל דהקושי' ממעשה בכל יום דהא אנן לא קי"ל כר"י ואם לדינא פריך לר"י דילמא היו מזמנים עדים והרא"ש הא ס"ל דהזמנה מהני ואפשר לומר בשנדייק לשון הרא"ש דכתב כיון דיחד עדיו לאו כל כמיני' להפסיד לזה ממונו עכ"ל מורה לשונו דוקא במילתא דממון דהוא רק לברר שקר וא"כ הוא מייחד והדברים בעצמות אמת אין כאן ביטול ואפשר מתורת תנאי ונאמנות אבל במילתא דאסורא לא

מהני הזמנה ובפרט בדבר שבערוה דבעי עדות אף דשניהם מודים וגזרת הכתוב א"כ מה מועיל זימון להכשיר מה דמבוטל ע"י עדות קרובים ושפיר הקשה הרא"ש כן בגט וקדושין. אך צ"ע כי לא מצינו זה למחברים לחלק בכך וכ"כ הרמב"ן דגם גבי איסור מהני עיי' מ"ש בב"ב פרק י"ג ע"ש ולכן יותר נראה כי מהני זימון לרבי דס"ל דיש הבדל בין למחזי או לאסהודי והיינו דס"ל דלא מבטל עדות הכשרים רק ע"י צירוף ולכך בזימון בטל הצירוף דהא מייחד להיותם נפרדים מאתם ואינו חפץ בם והוי כאילו באו למחזי דהוא לא ביקש מאתם עדותן ולא הוי לאסהודי דהא הוציאן מכלל עדות ולכך כשר אבל לר"י דס"ל אפילו למחזי ואין להם צירוף כלל בטלה כל עדות א"כ מה יועיל זימון סוף כל סוף ראו העדים ומי יטה עיניהם מראות וכל תכלית הזימון דהוי כאילו באו למחזי דאין כאן עדות וא"ש דלר"י לא מועיל זימון להכשיר:

ח **שעדות הרחוק כשרה** והנה דעת זו היא להרי"ף ז"ל והסכים עמו הרמב"ן ז"ל כמ"ש הרא"ש בשמו ויש להקשות לפי מה שאומר לעיל הסמ"ע וכמ"ש דלשיטת התו' דפי' בשני אחי' שראו דלפעמים דלא ידעו זה מזה ויבאו לב"ד להעיד ש"מ דס"ל דלא כרי"ף דאפילו לא ידעו זה מזה עדותן כשירה וא"כ הרמב"ן דס"ל כתו' דבעינן תרתי ש"מ דס"ל כתי' התו' על הך קושי' מה יעשו ב' אחי' וכו' וא"כ איך פסק כהרי"ף בזה ודבריו סותרים זא"ז לכאורה. ואפי' אם נדחוק כמ"ש הש"ך הבאתי אותו באורים ס"ק חי"ת דאם רחוק א' רואה הקרובים אף דשאר רחוקים לא ידעו מודה הרי"ף דמבטל מ"מ אני מסופק בשלמא אם רואה קרוב לבע"ד או פסול שפיר י"ל אם אחד ראה אותו הוא מצרף עמו ונפסל והוי כעד פסול והשני שראה האחד ההוא מצרף עמו ונפסל ג"כ וכן עם אלף אבל בשני אחים דכל א' בפני עצמו כשר רק צירוף השני אחים משוים ליה הפיסול ואם אח זה לא ידע מהשני מה פיסול יש כאן ואפילו השלישי מהשוק שרואה אותן לא שייך עליו שנצרף לפסול ואף הוא פסול דהא כ"ז שלא נצרפו אחי' אין כאן פיסול כלל. ולא שייך על שלישי משוק דנעשה כמוהו לפסול. ולכן בשני אחים דין שלו צ"ע. ולכן יותר נראה כמש"ל נגד דעת הסמ"ע דלרבי צריכין לדעת זה מזה כמ"ש הרמב"ן רק לר"י א"צ והקו' לר"י מה יעשו ב' אחי' כמש"ל באריכות ועוד אני מוסיף דבלא"ה יש להבין הא דקאמר רבי אחד ד"מ ואחד ד"נ ואימתי בזמן שהותרו וכו' מה יעשו כו' דמשמע דר"י לא ס"ל הך חילוק בזמן שהתרו וכו' ומנלן זה דילמא ר"י לא ס"ל רק בד"נ אבל מ"מ מודה דבעי התראה כקושי' רבי מה יעשו שני אחים וכו' ואיכן נרמז דגם בזה פליג ר"י כדאמרינן בגמ' ובכל דוכתי דלר"י אפילו למחזי פסול אנה נזכר דר"י פליג בזה באמת לא מצינו רק דר"י לא ס"ל כן בד"מ אבל דיפסול אף למחזי לא מצינו לר"י ובאמת תו' סנהדרין הנ"ל

ד"ה בזמן הביאו דעת הרשב"א דס"ל באמת כן שר"י מודה בזה לרבי וצ"ל לפי מ"ש התו' במכות ד"ה אמר ר"י דר"י מחלק בין ד"מ לד"נ אף דגם בד"מ כתיב עפ"י שנים ושלשה עדים כו' משום דבד"נ בשנים וא' מהן קרוב או פסול עדותן ודאי בטלה דע"א אינו כלום לשום דבר ואף בשלשה מקשינן כן משא"כ בד"מ אם נשאר ע"א הרי קם לשבועה וצ"ל לרבי דס"ל אף בד"מ דס"ל דאין הפי' מה שנים דודאי אין ע"א מועיל דהא מועיל לשבועה רק כך מקשינן דבשנים הסברא דצירוף הפסול מבטל העדות דהא הפסול יש לו גרם ויד בעדות דזולתו לא היה רק ע"א וטובי' שנים מע"א וא"כ דהוא עד גמור ראוי שבצירפו יתבטל כל עדות אבל בג' דנשארים עדים כשרים זולתו ואין תועלת בעדותו כלל וה"א כלא היה יחשב ולא יועיל צרופו לבטל דמה צורך יש בו וקמ"ל להקישו לשנים דמ"מ בטל וזהו שנחלקו בו רבי ור"י וא"כ אף זו בו תלי' דלר"י דמדמהו לגמרי לשנים מה שנים דא' פסול והשני אין בו מועיל כך אמרינן בשלשה וא"כ בשנים אפילו לא כוונו להעיד עדותן בטלה דעכ"פ אין כאן רק ע"א ובזו מקשינן שלשה אבל רבי לא ס"ל ההיקש כך דהא אף בד"מ מקשינן רק ההיקש כמ"ש מה שני' מסתבר דהפסול מבטל ע"י צירוף שלו עדות הכשר אפילו לשבועה כהנ"ל ובזו אמרינן אף בשנים ה"מ בכוון להעיד אבל בלי כוון להעיד אף בשנים לא נתבטל ע"א לזקוק שבועה ואף בשלשה דין כן. וכמו דההיקש בד"מ אף בד"נ הדין כן דכי נחלק בהקישי' וכמו דדרשינן הקרא גבי ד"מ כן בד"נ דס"ל לרבי דאין ההיקש לומר לגמרי כמו שנים רק לענין סברא כמו דכאן מסתבר הביטול אף בשלשה כן וא"כ א"ש דהך מחלוקת בין ר"י לרבי אי בד"מ ג"כ או רק בד"נ מישך שייך לאידך מחלוקת אי מהני למחזי או לא וא"ש. ובזה יש ליישב דברי רש"י דפי' על רבא דקאמר והוא שהעידו תוך כ"ד על נמצא אחד מהן קרוב או פסול והקשו התו' א"כ מה פריך הרוג יציל וכו' ונראה ליישב די"ל דגם רש"י ס"ל סברת התו' דלכך מחלק ר"י בין ד"מ לד"נ אף דבתרוויהו כתיב עפ"י שנים וכו' משום דשם אין ע"א כלום כהנ"ל רק דעדיין קשה כיון דבד"נ ווודאי פסול נילף ד"מ מד"נ מהקישא דמשפט אחד וכו' כמ"ש התו' ולכך פי' רש"י דהצלה שאני וכה"ג אין למדין ד"מ מד"נ דבד"מ לא שייך הצלה דמה דזכות לזה תיבה לזה אבל בהך קושי' דהא בד"מ כתיב ג"כ עפ"י שני עדים ס"ל לרש"י כתו' ולפ"ז לר"י אפילו העידו לאחר כ"ד נפסלו דהא לגמרי לשני' מדמה ובשנים אפי' העיד הפסול לאחר כ"ד מ"מ הא אין כאן רק ע"א ומה נ"מ בעדותו ואף שלשה כן דלגמרי מדמינן וא"כ פשיטא אפילו לאחר כ"ד נתבטל העדות. אך לרבי דיליף הקישא לענין ביטול וצירוף כמ"ש שפיר י"ל אם העיד לאחר כ"ד ליכא צירוף ולכך רש"י מפרש לי' מילתא דרבא דס"ל להלכה כרבי וכדאמר רבא אי למחזי וכו' והביטול מחמת צירוף

ולכך בעינן תוך כ"ד אבל קושי' הגמ' הרוג יציל וכל הנך קושי' הכל אליבא דר' יוסי ולדידיה פשיטא דאפילו לאחר כ"ד אינו מועיל להכשיר ומ"מ בטלה ולק"מ:

ובזו יש להבין במ"ש מהרש"א בסנהדרין תו' הנ"ל דהקשו התו' דר"י אמר שמואל פוסק כר"י וממילא עד הרואה בעלמא מיקרי עד ואילו גבי עד נעשה דיין פוסק דלא מיקרי עד עד שיהיה מוזמן לעד ותי' רשב"א דר' יוסי ס"ל ג"כ כרבי דבעי התראה דהא ס"ל עד שיהיה שני עדים מתרי' בי' ור"י דס"ל הלכה כרבי יוסי היינו בדיני ממונות לא מיפסל כלל העדות אבל בהא לא ס"ל דעד הרואה יחשב עד רק אף דלא בעי התראה בד"נ דלא קיי"ל בהך כר"י מ"מ צ"ל לאסהודי והקשה מהרש"א א"כ ה"ל להתו' לשנויי בקצרה דר"י פוסק כר"י הייט למעט בד"מ דאינו מבטל עדות כלל אבל בד"נ ס"ל כרבי דבעינן למיסהד דעד הרואה אינו עד ול"ק אהדדי ולפמ"ש ניחא דאם אמרינן במשנה דר"י פליג אף על הך בזמן שהתרו בו וצריך לומר דמה שייכי' זו לזו וע"כ כמ"ש דתלי זו בזו אם מקשינן לגמרי או לא וכמ"ש ואם כן תו ליכא למימר דשמואל ס"ל בהך כר' יוסי ובהך כרבי דלפמ"ש הדבר תולה זו בזו ואי אפשר להרכיב אתרי רכשי. ולכך פי' רשב"א דהך אימתי הנאמר במשנה לאו דברי רבי אלא ד"ה היא ואף ר"י מודה בו ואין מקום לסברא הנ"ל שכתבתי דתלי' זה בזה כלל (ורשב"א אפשר דס"ל תי' אחר בקושי' התו' דגם בד"מ כתיב עפ"י שנים כמ"ש המפורשים תי' אחר עיי' בספריהם) דהא ר"י מודה בו וא"כ שפיר י"ל בהא כרבי ובהא כר"י ולק"מ. וגם במכות ד"ה שמואל כו' דסיימו התו' דלפעמים לא ידעו האחים זה מזה ואפילו אירע לאחר כ"ד מ"מ עדותן בטלה וכו' והקשה מהרש"א דמנ"ל זה דכל מה שכתבו בד"ה אמר רבא כו' להוכיח דלא בעי כ"ד היינו אם אמרינן בראי' לחוד סגי אבל לפי דהעלו דבעי עדות בב"ד י"ל אפילו בהך נמצא קרוב או פסול צריכין להעיד תוך כ"ד ואין מכל דברי התו' ראיה לדחותו אבל לפי הנ"ל ניחא דרבי דטען כן לר"י מה יעשו שני אחים לדברין ולר"י הא מקשינן שלשה לשנים בהחלט ובשנים אפילו לאחר כ"ד העדות בטל כמ"ש ואף בשלשה כן וא"כ לר"י שפיר כתבו התו' דלר"י מה יעשה בשנים אחים דאפילו להעיד תוך כ"ד לא צריך לשיטתו וא"ש. ולפ"ז אף דינו של הרי"ף דצריך הכשר לידע בפסול תלי' בזה דלר"י דלגמרי מקשינן שלשה לשנים ובשנים אפילו לא ידע מה בכך סוף כל סוף אין כאן רק ע"א בד"נ ולאו כלום הוא ואף בשלשה הדין כן דלגמרי מקשינן רק לרבי דס"ל ההיקש לסברא לבטל העדות בצירוף בזו שפיר אמרינן דבלא ידע ליכא צירוף דהלא לא לגמרי מקשינן דמה שנים דנשאר אחד דאין בו ממש כהנ"ל והדבר פשוט ונכון וא"כ א"ש אף זו מהטענה של רבי לר"י לדבריך דס"ל רק בד"נ משום דלגמרי מקשינן (א"כ אף בלא ידעו נפסלי'

וא"כ מה יעשו שני אחים וכו' דלפעמים לא ידעו זה מזה ומ"מ לשיטתך פסול א"ו דלאו לגמרי מקשינן ובאמת צריך הכשר להכיר בפסול ואין כאן חשש בשני אחים וא"ש. וגם בדברי התו' יש לכוון כן ודלא כסמ"ע אך י"ל בלא"ה ישוב נכון לדברי הרמב"י דיש לדקדק מה דוחקו של התו' לומר בשני אחים שלא יהיו יודעים זה מזה וגם בהא דפריך הרוג יציל הוא לס"ד ובתי' יקום דבר היינו ביאתן לב"ד פי' אחר מה דלא פי' בו רש"י ולמה לא אמרינן דבאמת לרבי בעי הגדה בב"ד כמ"ש הרמב"ן בחדושיו לב"ב. והנ"י והב"י לעיל בסי' ז' דמסתבר דבעי הגדה לב"ד דמהיכי תיתי לפסול במחשבה בעלמא להעיד כל העדות אם לא בבואם באמת להעיד וזהו הכל לרבי דמצריך כוונה להעיד שפיר י"ל איך במחשבה בעלמא יפסול העדות אבל לר"י דס"ל בראי' גרידה מיפסל לא שייך הך קושי' ובאמת א"צ לבוא לב"ד כיון דבראי' לחוד מיפסל והא ה"ל ראיה ולכך לר"י שפיר פרכינן במשנה מה יעשו שני אחי' דלשיטת ר"י א"צ להעיד בב"ד וגם קושי' הגמ' הרוג יציל מיושב דהכל לר"י ולדידי' אין צריך לבוא לב"ד אבל לרבי צריך לבא לב"ד כיון דבעי כוונה להעיד במחשבה בעלמא לא מיפסל עד דיבא באמת להעיד וא"כ ל"ק לא מצאנו ידיה בגט שקרובים הם מכוונים להעיד דלרבי באמת ביאה לב"ד בעינן. ולק"מ וא"צ לכל הדחוקים אמנם התו' שלא תי' כן משום דהם הקשו לר"י ג"כ דהא גיטין לד"נ מדמינן ולר"י איך מוכשר גט במעמד קרובי' ולכך הם ז"ל הוצרכו לומר דאף לר"י בעי הגדה בב"ד אבל הרמב"ן ז"ל כנראה מחדושיו לב"ב לא הקשה כלל לר"י רק לדידן ממעשי' בכל יום אבל לר' יוסי ז"ל לא הקשה כלל די"ל באמת לא היו מניחים קרובים בגט ובקידושין ואין כאן קושי' ממעשים בכל יום לשיטת ר"י דלא קיי"ל כוותי' או דהיו מזמינים העדים כשרים כמ"ש שם. או דס"ל כפירש"י דלכך בד"נ פוסל לר"י משום דבעי הצלה וא"כ אין בגיטין בכלל ד"נ דהתו' דסברי דהוי כד"נ משום דגם בהו אין ע"א נאמן כלל בשום דבר כמו ד"נ כמ"ש התו' להדיא ולפירש"י לא יתכן כן ולא קשה לר"י וא"ש די"ל כמ"ש דלר"י א"צ להגדה בב"ד משא"כ לרבי וא"כ דינו של הרי"ף לרבי קאי ודוק:

ט **ונאמן לומר שלא הכיר כו'** עיי' אורים שכתב הסמ"ע דוקא באומר מעצמו אבל אין הב"ד שואלין אותו והש"ך הקשה כי הנ"י הביא בשם בעל מתיבות דאי ליתנהו לסהדי מכשירין לשטרא דאמרינן דלא הכיר והכי מוכח נמי מדברי הרא"ש דהקשה על הרי"ף דה"ל לגמ' לומר דשאלינן לעדים עכ"ל והנה המעיין ברא"ש דהביא ראי' לסתור דברי הרי"ף מבה"ג דכתב בשטר שחתם עליו פסול דמכשרינן דאמרינן רווחא שביק ש"מ דוקא מה"ט אבל זולת זה פסול ומזה מוכח דס"ל להרא"ש בדברי הרי"ף בדליתנהו טענינן דלא הכיר דאל"כ מה קושי' הא שם העד לפנינו ליתא ואיך נטעון שלא הכיר ולכך

אמרינן דלא היה שם צירוף כלל וע"כ כמ"ש דלרי"ף טענינן וכמ"ש בעל המתיבות הנ"ל: אך ממה שטען הרא"ש על הרי"ף דה"ל להגמ' לומר דשאלינן אם הכירו משמע להיפוך דאם סתמא אמרינן הם לא הכירו בפסול מה לנו לשאול וכי אנו אחראין לבטל העדות וכל כמה דלא אמרו דהכירו עדות כשר בשלמא דשאלינן למחזי כו' הוא כיון דבאי לב"ד אמרינן מסתמא באים להעיד ונתבטל העדות לכך הב"ד. חוקרין לברר ולהכשיר העדות כדאמרינן מה יעשו בשני אחי' וכו' ולכך חקרינן להכשיר העדות אבל לבטלו לא שמענו דיהיה הב"ד חוקרי' בכך. ולכן היה נראה לחלק דודאי אי עדים לפנינו ולא אמרו שלא הכירו אמרינן מסתמא מכירין אותו דאל"כ ה"ל למימר אין אנו מכירין ולכך הקשה הרא"ש דה"ל לשאול אותם אבל בליכא לעדים לפנינו טענינן דלא הכירו ולכך יפה טען מבה"ג ל"ל למימר הטעם משום רווחא שביק תיפוק ליה דאמרינן לא הכיר בפסול אלא דקשי' לי א"כ דסתמא באין העדים לפנינו אמרינן לא הכירו לשיטת הרי"ף איך נאמנים העדים לומר הכרנו לבטל עדותם תיפוק ליה כיון שהגיד וכו' כקושי' התו' גבי למחזי וכו' ותי' התו' לא שייך כאן דהא אמרינן סתמא כאילו לא הכירו ואם נימא באמת דאין הכשרים נאמנים לבטל עדות והא דאמרינן דקרוב או פסול מבטל עדותן איירי ברגיל או ידוע לנו דהם קרובים ופסולים שהם גלוי לעדים א"כ מה הקשה הרא"ש דנשאל לעדים שאלה זו מה טיבו או דבלא"ה כשר או דלא מהני שאלה כיון דבקיאים ורגילים בהו ודוחק לומר דקושי' הרא"ש על הרי"ף בממ"נ אי סתמא דמכירין א"כ נשאל לעדים ואי סתמא דאין מכירין הקושי' מבה"ג דלישנא דהרא"ש לא משמע כן אבל עכ"פ מ"ש ברא"ש נראה נכון דיש לחלק בין אם הם לפנינו או לא וגם מדברי הרא"ש נראה דה"ל למישאל לעדים כמו שעען באמת על הרי"ף והסמ"ע ליישב דברי הרי"ף בא שלא יחול עליו קושי' הרא"ש כתב דאין על הב"ד מוטל לשאול דכיון דהוא לפנינו ואין אומר דאינו מכירו ודאי מכירו ואין לב"ד לשאול אותו ולכן צ"ע כי הרא"ש כתב דה"ל לשאול. ונראה הא דאמרינן דמסתמא לא הכיר היינו בקרובים של מלוה ולוה אבל בקרובים דעדים דקרובים זה לזה אמרינן מסתמא הכירו זה את זה דכי אין אדם בקי בקרובותיו ומסתמא ידע ובהכי ניחא דהרא"ש טען על הרי"ף מן בה"ג דכתב דאמרינן רווחא שביק וכו' ולא אמרינן דלא הכיר ולא הקשה מדברי הגאון שכתב אח"כ בשטר שיש בו ג' עדים ושנים קרובים זה לזה דאמרינן רווח' שביק ולא אמרינן ג"כ דילמא לא הכיר והך מילתא דגאון כתבו הרי"ף ז"ל בעצמו בהלכותיו ואי נימא דאיירי דרגיל ביה כמ"ש הב"י סימן נ"א אף בהך דבה"ג י"ל כן וכמ"ש הש"ך. וכבר נראה דהמעדני מלך הרגיש בזו ודעתו דמילתא דגאון היינו בה"ג וזהו נראה לעין כל דהוא דחוק אבל נראה ברור דשם בדברי

הגאון נאמר דשני עדים קרובים זה לזה ובזו ודאי רגיל ובקי ואין לטעון דלא הכיר וסתמא דאדם בקי בקרובותיו ולכך דייק קרובים זה לזה אבל בדברי בה"ג נאמר קרוב או פסול משמע קרוב למלוה או ללוה ובזו דעת הרא"ש להרי"ף דאמרינן סתמא דלא הכיר בו מה לו בקרובים של אחרים ויפה דייק וא"ש:

י **ויש מי שחולק וכו'** הוא דעת הרא"ש ויש להבין להרא"ש דס"ל תרתי בעינן וכו' א"כ אף לרבי קשה מה יעשו שני אחים דהא צ"ל להרא"ש דהקושי' מה יעשה בשני אחים דלא ידעו זה מזה וא"כ עדיין קשה דלא ידעו בשעת ראיה זה מזה דמהכ"ת דקדקו לדעת אם אחיו ג"כ רואה וכמש"ל וכן יבאו לב"ד כדי לקיים ובערת הרע מקרבך וכו' והיה נראה כי ס"ל לרא"ש כי בעת ראיה שמים ללב מבלי לכוון להעיד כי חוששים אולי קרובים ג"כ רואה ובכאן נותנים ללב לבל יכוונו להעיד לבל יבטלו העדות אבל לב"ד כיון דעליהם מוטל להעיד אין חוששין לחקור כלל אם העידו קרובים או לא. והולכים לב"ד אך זה דוחק ויותר נראה כי ס"ל להרא"ש דהשאלה מה יעשו בשני אחים אין שאלה כלל בד"מ רק בדיני נפשות כי מה איכפת לן אי יתקלקל העדות בד"מ אבל בד"נ השאלה דלא יבוער הרעה מקרב ארץ וס"ל הא דא"ל למחזי או לאסהודי היינו בד"מ אבל בד"נ בעינן דוקא התראה כדעת התו' במכות וא"כ לק"מ אם שניהם יכוונו להעיד ולא ידע אחד מחבירו דהא בעינן להתרות והרי ישמעו התראה. וכך ראי' רבי דאי ס"ד דלא בעינן התראה מה יעשו וכו' דלא ידעו כלל זה מזה וא"ש דהא דאמרינן בגמ' אבל למחזי מה יעשה בשני אחים כו' אף דזהו בד"מ ושם לא שייך מה יעשה וכו' כמ"ש בלא"ה צ"ל להרא"ש דס"ל מחמת ובערת הרע וכו' באים להעיד וזהו לא שייך בד"מ אלא היא לשון מושאל דמה יעשה וכו' צ"ל התראה וא"כ ש"מ דבעי צירוף וא"כ אף בד"מ אמרינן כן דעכ"פ בעי צירוף וזהו מה שאפשר לומר בדברי הרא"ש איברא דלשון הרא"ש שכתב מה יעשה וכו' כי כל הרואה דבר ערוה מחויב להעיד לקיים ובערת הרע וכו' הילכך שיילינן ליה ואם יאמר שבשעת מעשה לא כוון להעיד העדות קיים הרי דמיירי מן ד"נ ומ"מ אמר דאם אמר בשעת המעשה דלא כוון להעיד ולא אמרו דהתרו ולא התרו לא משמע כמ"ש וס"ל כדעת התו' ונ"י דהתראה ל"ד ולכן צ"ע כי אמת מ"ש בתי' הראשון צ"ל בתו' סנהדרין הנ"ל דס"ל לרשב"א דאף ר"י ס"ל דבעי בד"נ התראה וקשה לפי' א"כ מה פריך הגמ' הרוג יציל וכו' הא אף לר"י בעי התראה. ודוחק לומר דהא דכתב רשב"א לרבי יוסי הואיל וס"ל עד שיהיו שני עדים מתרים בו לא נפסל העדות עד שיהיו הפסולים מתרים ולא סגי מה שהכשרים מתרים ופסולים בצדם שומעים ההתראה היינו דכתיב יקום דבר במקיימי דבר ופירשו אותן עדים שעדותן מתקיימת בב"ד דהינו התרו בו דמהני לר"י

אבל לא התרו בו דאין עדותם מתקיימת בב"ד אינו קרוי מקיימי דבר ואין עדותם מועיל לבטל העדות בצירוף. וא"כ בקושי' טרם דחדית ליה הגמ' יקום דבר וכו' אמרינן באמת לר"י א"צ התראה ולכך פריך הרוג יציל וכו' וכל זה דוחק ואין לנו לחדש פי' אחר בגמ'. וצ"ל דכך קושי' הגמ' הרוג יציל דבלא"ה דחוק דנימא לר' יוסי אין הרוצח נפש נהרג אם לא כשהרגו מאחוריו ולא מצינו זה בשום דוכתי דר' יוסי יסבור כן ולכן צ"ל דודאי באמת לר"י דבעי התראה לק"מ רק קושי' הגמ' למה לי' לרבי דמייתי ראיה מן מה יעשה שני אחים די"ל דבאמת אם נעשה מי יוכל להועיל וכך גזרת המלך ולא הביא ראיה דע"כ בעינן התראה דהרוג יציל וכו' וע"ז משני די"ל דהרגו מאחוריו וכו' ולכך מביא ראי' מן שני אחים וכו' וא"ש אך עדיין קשה דילמא המשנה ביקש להביא רחיה דהתראה דוקא ולא סגי בהא דאמרינן למחזי או להעיד כו' ולכך לא מביא ראיה מן הרוג וכו' די"ל דשאלינן אי למחזי אי לאסהודי והם אין מכוונים להעיד כמ"ש כל המפורשים ועדים אין הכרח דבעי התראה דוקא ולכך אמר מה יעשו שני אחים וכו' וכל אחד לא ידע מחבירו ויכוונו להעיד ויבואו לב"ד ויעידו ולא ידע אחד כלל מן השני ועכצ"ל דבעי התראה דוקא וא"כ כל אח ידע בשני דהא שומע התראתו. ואין מקום לקושי' בגמ'. וצ"ל כמש"ל דבזה דבעינן כוונה להעיד מיושב השאלה מה יעשו ב' אחי' כו' דלא חיישי' שיכוונו להעיד כהנ"ל וא"כ עדיין אין כאן ראיה דבעי התראה דוקא ושפיר פריך דה"ל להקשות הרוג יציל. ובהא מיושב קושי' המהרש"א במה דכתבו התו' בסיום דברי רשב"א והא דאמרינן היכי אמרינן לרבי קאי וכו' דהתראה לאו דוקא וכו' ולא בעינן אלא שנתכוונו להעיד וכו' עכ"ל והקשה מהרש"א מה ענין זה לתי' הרשב"א אף לתי' ר"י צ"ל כן ולפמ"ש ניחא דפשיטא דלרבי קאי רק ענין התו' דהא דאמרינן התרו בו ל"ד וזה אין מוכרח לפי' ר"י די"ל בד"נ בעינן התראה רק בד"מ שאלינן אי למחזי וכו' אבל בד"נ בעי התראה וכ"כ התו' להדיא במכות אבל לפי' הרשב"א עכצ"ל דהתראה לאו דוקא דמנלן לרבי זו דמהקושי' מה יעשו ב' אחי' אין הוכח' רק דשאלינן אי לאסהודי. וכו' ול"ל דזה אין מספיק דדילמא יכוונו האחים בלתי נודע א' מחבירו דא"כ מה פריך הגמ' הרוג יציל וכו' ועכצ"ל דבאמת התראה לאו דוקא ושפיר פריך הרוג יציל ודברי התו' מוכרחים וברורים ודוק ומ"מ סברא זו צ"ע בהרא"ש:

יא **כיון שהעיד הפסול עמו בב"ד** ופי' הש"ך דהוא לדיעה שניה אבל לדיעה קמייתא א"צ להעיד בב"ד ולדבריו כל מ"ש הרמ"א בזה הוא רק כפל דברים ממה שכתב מחבר בתחילת סימן ולא לחנם כתבו רמ"א שנית ולכן נראה דס"ל לרמ"א דודאי דברי הרי"ף והסכים עמו הרמב"ן הם כדאי להורות כמותו כי מ"ש הרא"ש אין כ"כ ראיה ברורה

לדחות דברי הרי"ף רק ס"ל כסמ"ע הנ"ל כי דברי התו' דהקשה למ"ד דבעי שיעיד בב"ד איך שייך מה יעשו ב' אחי' וצ"ל דלפעמים לא ידעו זה מזה זה סותר לדברי הרי"ף וכמש"ל באריכות וא"כ יפה פסק רמ"א דאם לא הכיר בפסולו לכ"ע לא מיפסל הכשר עד שיעיד בב"ד אף דלעיל יש ב' דעות דבממ"נ לדעת התו' דס"ל כתי' הנ"ל דלפעמים לא ידעו א"כ בלא"ה כ"ז שלא העיד בב"ד לא נתבטל ולדעת הרמב"ם דלא צריך להעיד בב"ד א"כ בלא"ה ל"ק מהך דב' אחי' וא"צ לתי' התו' דלפעמים לא ידעו וא"כ חזרינן לדינו של הרי"ף כיון דאין ראיה מוכרע נגדו ואמרינן כל שלא הכיר בפסולו לא נתבטל העדות. וא"כ לכל הדיעות לא נתבטל העדות וזהו שכתב רמ"א כיון שהעיד דאם לא העיד לכ"ע עדות כשר וא"ש. ונראה ברור דאם היה האשה במעמד העדות ואעפ"י שכוונה להעיד מ"מ אינה בגדר קרוב או פסול דיהיה כל עדות בטלה דהיא אינה בגדר עדות כלל ולכך הקשו מגיטין וקידושין מקרובים ולא שיש שם במעמד נשים והראיה דהקשו נרבע יציל ועיין בתו' בדחוקים לרצונו או קרוב ולא הקשו בפשוט אשת איש בחנק וכן כל העריות ה"מ לי' הרי יש כאן אשה ונשים פסולים לעדות וע"ז ממש ל"ש מאחוריו דמשכבי אשה כתיב א"ו דנשים אינם בגדר עדות כלל ולא שייך לומר נמצא קרוב או פסול דאינו בגדר ועמש"ל בדברי הריב"ש דבעינן הראוי להעיד רק מחמת פסלותו נפסל. וכתב בכה"ג בהגהת הטור אות ד' בשם רבינו ב"י בתשובה דאם היה פסול דרבנן אינו מבטל שארי עדות ואני חפשתי ולא מצאתי בתשובה הנ"ל לב"י דבר כזה ולא דכוותי' רק מה שפלפל שם אי הוה פסול דרבנן ולא נתבטל שאר עדות היינו דלא היה לו הכרזה ואף הוא אינו פסול אבל בהיה לו הכרזה ודאי דמבטל כל העדות וע"ש סימן יו"ד ותראה בבירור כדברי' הנ"ל וראי' מדברי ריטב"א בפ"ב דקדושין דנסתפק בהנוטל שכר להעיד דאמרו חז"ל דעדותו בטל אי מבטל כל העדות שהיה בצירופו והעלה דלא הואיל ואינו פסול גמור הא אילו היה פסול גמור מדרבנן פוסל כל העדות וכן הנכון וברור לדינא מבלי פקפוק:

סימן לז

א **הנאה כו'** עיין אורים במ"ש הסמ"ע על הע"ש דכתב נוגע לא יעיד דאדם קרוב אצל עצמו והש"ך כתב דרצונו לתרץ קושי' במה דאמרינן דבשביל שלא יהיה לוה רשע יעיד עדות שקר דהא גם בזה רשע דמשקר בעדותו אלא הטעם דהוי קרוב לעצמו אבל לאמת הדבר כבר תי' הרמב"ן דבזה הוא בעיני עולם לרשע וזה אינו אלא נגד הש"י ע"ש. ואני לא הבנתי דבריהם כי נראה דברי הע"ש הן דברי רבוותא שהביא הרמב"ן וריב"ש נמשך אחריהם לעיל סי' ל"ו דלכך בנוגע לא מיקרי תחילתו בפיסול משום דה"ל בע"ד ואינו

בגדר העד והוי כמו רובע הרוג וכו' דלא איקרי מקיימי דבר ולכך אינו מבטל שאר עדות דהוי בע"ד ולא איקרי מקיימי דבר ואינו כשאר פסול וזהו הטעם בענין אדם קרוב אצל עצמו שכתב הראב"ד עיין לעיל סי' ל"ו דהוי בע"ד ולא מקיימי דבר וא"כ היא היא ואילו הטעם משום דחשדינן ליה לשקר הרי הוא כגזלן החשוד לשקר וה"ל כשארי פסולי עדות אבל הם כללהו בכלל במה שאמרו אדם קרוב על עצמו והטעם משום דה"ל כבע"ד כמ"ש הראב"ד ואף זהו כמוהו בנגיעת ממון ה"ל כבע"ד וא"כ הן דברי הע"ש והרמ"ן דלא תי' כן דהרמב"ן לא סבירא ליה הך סברת רבוותא ועיין מש"ל סי' ל"ו באריכות ולכן תמהני מהש"ך דבסי' ל"ו הסכים להריב"ש ותמה על הרמ"א כהנ"ל וכאן לא שם ללבו דהן הן דברי הע"ש ועיין עוד מש"ל בסי' ל"ד מזה באריכות:

ב **ישלם דמי' כו'** עיין באורים שהעתקתי דברי סמ"ע לקוח מדברי גמ' דתו ליכא חשש נגיעה ע"ש. ואין להקשות לדעת הרמב"ן ובעה"ת דסבירא ליה עשה שדה אפותקי לב"ח ונמצא שאינו שלו אין בעל אפותקי חוזר אם כן ניחוש דילמא שדה זו שמעיד עשאו לבעל חוב אפותקי והוא מכר אחר כך קרקע לאחר שלא באחריות ואם כן כשתהיה השדה ביד שותף ויבא בעל אפותיקי לטרוף אותו יחזור השותף שיש לו אחריות על הלוקח שלא באחריות והרי אינו רשע כלל דכולם נפרעו חוץ מזה שלא באחריות ולגבי זה לא מקרי רשע כמבואר בגמרא. משא"כ אם יקחו המערער לא ימצא בעל אפותיקי מקום לגבות דאינו חוזר על הלוקח שלאחריו אפילו נמצא אינו שלו לדעתם ז"ל וכן קשה לדעת התו' דסברי דחוזר בנמצא אינו שלו עדיין בבוא ב"ח להוציא מיד השותף דג"כ מעיד כמ"ש הסמ"ע ועיין אורים ס"ק ג' ובזו קשה ג"כ כמ"ש דבזו אם טרפו ב"ח מוקדם כ"ע מודים דאין אפותיקי גובה משאר נכסים. וצ"ל דכמו דאמרינן לגבי לוקח שלא באחריות דלא הוי לוה רשע וכו' דאמר סברת וקיבל וה"ה באפותקי מפורש אם הך שדה שעשה לו אפותיקי נמצאת אין שלו ומכ"ש נטרף בחוב מוקדם לא נקרא לגבי בעל אפותקי לוה רשע וכו' דסביר וקיבל לקבל רק שדה זו באפותקי. וכ"כ בבעה"ת שער מ"ג ח"ב ע"ש. וזהו דלא כדעת הגי"ת דדעתו דגם הטור סבירא ליה כרמב"ן דאפותקי ונמצאת אינו שלו דאינו חוזר רק דסבירא ליה דניח' ליה דלא יהיה לוה רשע וכו' וזה אינו דלהך סברא עכצ"ל דאפילו לוה רשע לא מיקרי דאל"כ קושי' הנ"ל במקומו. ושגגה יצא לפני שליט הזה. וצריך לומר במקבל אחריות נגד שותפו שלא יכתוב בו דאקני דאל"כ דילמא לב"ח ראשון לא כתב דאקני והיה לו שדה שקנה אחר כך ומכרוהו אחר שקיבל אחריות לשותפו לאחר שלא באחריות ואם כן ישאר השדה ביד שותף בא ב"ח וגובהו והוא השותף גובה מיד לוקח שלא באחריות כי יש לו שעבוד דאקני משא"כ אם יקחו המערער

לא יהיה סיפוק ביד ב"ח ראשון לגבותו מיד לוקח שני שלא באחריות כי ה"ל דאקני ולא שעבד לגביה דאקני והרי הוא לוה רשע. ולכך צ"ל דלא כתב לשותפו דאקני ואם כן אף הוא א"י לטרוף מן לוקח הנ"ל ומיקרי לגביה לוה רשע. אך עדיין אינו מיושב דדלמא בין ב"ח ראשון ובין קבלת אחריות לשותף קנה שדה אבל לא מכרה רק אחר שקיבל נגד שותף אחריות ואם כן הוא השותף גובה ממנו אפי' בלי דאקני כי אחריות שלו קודם לקנינו והב"ח מוקדם לא יכול לטרוף. ודוחק לומר דלא שכיח שימכור קרקע לאחר שלא באחריות כי מי יזבן וישדי זוזי בכדי ובשביל כך קי"ל אחריות אפילו במקח וממכר ט"ס וכמו כן לא שכיח שיתן לאחר במתנה דאין בו אחריות דגם זה ל"ש. וזה דוחק דהא אמרינן אפילו בדרך רחוקה ונפל' לא יעיד. ולכן נראה כי בזה כיון רבינו הטור דכתב שמחויב לקבל על עצמו נגד השותף שאם יטרפו הימנו לסלקו במעות ע"ש. ותמהו הב"ח והפרישה מה רצה לומר בזה ותי' שלהם דחוק. אבל ברור דקשי' לי' מ"ש ולכן סבירא לי"ה דאיירי דמקבל על עצמו אחריות נגד שותף לסלק משעבדו במעות ולא שיהיה לו אחריות גמור לגבות מן משעבדי רק הוא מתחייב שישלם לו מכיסו במעות אבל לא יטרוף משעבדי וא"כ תו ליכא למיחש דאם מכר שדה כנ"ל שלא יכול ב"ח מוקדם לגבות ממנו דה"ל דאקני אף השותף א"י לגבות משעבדי ואם כן עדיין ה"ל לוה רשע לגבי שותף ואם יש לו מעות ישלם לב"ח ראשון וא"ש ואין כאן נגיעה כלל בשום צד אבל בקיבל אחריות סתמא יש לחוש לנגיעה כמ"ש ודברי הטור מדוקדקים כסף צרוף מזוקק שבעתי':

ג **חלק שותף בלבד וכו'** כתב הב"י בשם רשב"ם דאם חלקו השותפים ובירר כל אחד חלקו הרי זה מעיד על של חבירו והביאו הסמ"ע לעיל ס"ק ה' ולי נראה דהא הוי כעדים הקרובים לערב ורחוקים ללוה דמ"מ א"י להעיד דאמרי' עדות שבטלה מקצתו בטלה כולו והקשו הא פלגינן דבור' ותי' חד תי' דשם אמרינן פלוני רבע ולא לו ע"ש משמע היכי דאי אפשר למפלג כאומר אני זניתי עם אשתך אמרינן עדות שבטלה מקצתו ואינו נאמן כלל ואף זה כמוהו דכמו דעדותו בטלה לגבי נפשי' כן בטלה לגבי שותפו כמו העדים הקרובים לערב ורחוקים מלוה או להיפוך אמנם לדעת הראב"ד והרא"ש דאמרו מה שהוא נוגע לעצמו הוי בע"ד ולא שייך בו בטלה מקצתו וכו' ומחלק בין בע"ד בעצמו ובין קרוביו שפיר י"ל דינו של רשב"ם אלא דהא מפרשי הראב"ד והרא"ש דאדם קרוב אצל שורו לא אמרינן ובטלה כל עדות ע"ש הרי דנגיעת ממון לא הוי בע"ד דנימא בי' דאינו בגדר עדות וה"ל בטלה מקצתו כו' ודוחק בין מה שמעיד לטובתו הוי בע"ד ומה שמעיד לחובתו של ממון שלו כי לא נשמע כן ברא"ש ע"ש ועל כל פנים לדעת תי' ראשון

שהוא דעת התו' וראב"ן כמש"ל סי' ל"ג ול"ד ליתא לדין זה של רשב"ם וצ"ע ואפשר דרשב"ם סבירא ליה דבני אדם הרחוקין מזה וקרובי' לזה פלגינן בתרי גברא ואף זה כיוצא בו אבל לפי דקי"ל לקמן בסי' נ"א דלא אמרינן כן ליתא לדינו וצ"ע:

ד **אעפ"י שהגזבר מחלק כו'** השך בס"ק יו"ד האריך להשיג על רמ"א דמה בכך דטובת הנאה אינו ממון מ"מ הרי יש לו הנאה ממנו ויש בו צד נגיעה ובעדות קי"ל כל שיש צד נגיעה אפילו בדרך רחוקה ונפלאה לא יעיד וע"ש שהאריך כי מ"ש ריטב"א למ"ד טובת הנאה ממון דאין מעיד קושטא דמילתא קאמר דסבירא ליה טובת הנאה ממון אבל באמת אף דאינו ממון אינו מעיד והאריך. ואפשר שיש בטענתו דברים נכונים אלו אנו באי' לדון שהגיזבר בעצמו יעיד בזו יש פתחון פה להש"ך לטעון כמ"ש דהא יש כאן צד נגיעה אבל בקרובים לא הבנתי דבריו דהא קרובים לא נחשדו לשקר רק גזירת הכתוב לא יומתו אבות וכו' וא"כ בשלמ' הגיזבר אף דאין כאן ממון מ"מ יש כאן נגיעה אולי יעיד שקר בשביל נגיעה אבל קרובי' לא נחשדו לשקר ובשלמא אי הוי ממון אם כן לגזבר הוי ממון וש"פ והרי זה בכלל לא יומתו אבות דאין הקרובים יכולים להעיד אבל כיון שטובת הנאה אינו ממון אם כן לא שייך בקרובים גזרת המלך דהא אין כאן לא זכות ולא חיוב בממון קרובם ואי דיש נגיעה להגזבר קרובם זהו אילו החשש דיעידו שקר אבל הקרובים לא נחשדו לשקר כלל. ולכן צדקו דברי רמ"א דכתב שקרובים יכולים להעיד דבזהו ליכא פקפוק אבל בגזבר עצמו יש לספק אולי כש"ך ואם העידו דבר שיש לגזבר הנאה גמורה בו דעת הריטב"א דמ"מ ההקדש חל וינתן לגזבר אחר דפלגינן דבור' ועיין לקמן בסי' נ"א מ"ש בזה:

ה **כל היכי וכו'** זהו שתי' התו' במה דפריך הגמ' בפ' חזקת אי אי' ליה ארעא היכי מעמיד בפני ב"ח הא על דידי' הדר ואי לית ליה מה נ"מ והקשה תו' הא נ"מ היכי שיתעשר ויבא ב"ח עליו משא"כ כשיגבה מהך קרקע שמכר שלא באחריות מי יחזור עליו ותי' התו' דבשביל כך לא נחשד לשקר בעדותו כיון דהשתא לא נ"מ בי' וזהו הדין שהביאו המחבר והקשה הסמ"ע דלפי דמשני דניח' ליה דלא להוי לוה רשע וכו' אין כאן נ"מ בדין זה ותי' אם ידעינ' דאינו מקפיד היותו נקרא בשם רשע. וכבר השיגו הש"ך דמי יודע זאת אולי על דבר א' מקפיד ועל א' אינו מקפיד והוא דבר המסור ללב. ותי' הש"ך דידוע דאין לו עליו רק חוב ניזיקין ואם כן לגבי ניזיקין לא שייך דלא להוי לוה רשע וכו' דלא לוה ממנו דבר עכ"ל וזהו יותר דחוק חדא דכבר אמרו מי יודע אם חייב או אינו חייב הלא אין אנו יודעים מטמונים שלו ואילו אפשרי לדעת לא הוה הגמרא פריך דלמא מעמידו לפני ב"ח ה"ל לשנוי דידעינן דלית ליה כדמשני דידענ' דלית ליה קרקע ועוד דכיון דחייבה התורה

לשלם נזקין אם לא ישלם הרי הוא לוה רשע כו' כמו מלוה ואדרבה זהו החמירה התורה לשלם במיטב. ונראה כגון שהיה חייב לשנים ואין לו רק קרקע אחת והוא אגבי' מרצונו לב"ח אחד ובא השני וטען אני מוקדם לחובך והגיע הדבר לעדים שיעידו מי הוא מוקדם דאיירי במלוה שחתום עליו עד גזלן ואם יש עדים שראו אותו קודם שנעשה גזלן הרי זה יכול להעיד ושטר כשר ואם לאו פסול. והרי הוא מן העדים או דבאמת האחד מוקדם רק השני טוען מחלת לי בפני עדים שאהיה מוקדם לגבייתך. והוא הלוה אחדמן העדים וכדומה שאין זמנו של שטר ניכר וא"כ הרי הוא יכול להעיד דמה נ"מ לו אם זה יגבה או זה יגבה הלא חייב לשניהם רק יש נ"מ דאם יגבה זה שמרצון הגבה לו אם כן לא שייך בי' שומא הדר' אבל בבא שני לגבותו בב"ד הרי בי' שומא הדרא. רק עכשיו אין לו מעות ומה שומא הדר' בי' רק אם יתעשר וכן אם אשה אחת לקחה ממנו שדה בגבי' ב"ד ועכשיו היא מחולק עם א' שנשאה כי היא אומרת שהתנה עמה שלא ירש אותה והוא מכחיש והב"ח הזה עד ויש נ"מ לו דאם התנה כן א"כ נכסי' ביד אשה שומא הדר' ואם לא התנה כן קי"ל באינסבא שומא לא הדר' רק זהו הכל אם תשיג ידו להדר השומא ואם אמרינן דבשביל כך לא יעיד שקר הרי זה מעיד ועוד יש נ"מ לדינא דגמרא דכתובה אינו גובה ממטלטלין אפילו מיניה דבעל וב"ח גובה ואין לו רק שדה אחת ונחלקו בקדימה האשה וב"ח כהנ"ל כי האשה טוען שמחל לה השעבוד והכל לאחר גירושין דאין בהו קורבא כהנ"ל והוא רוצה להעיד דהדין עם בעל חוב כי לא מחל לה ולו משפט קדימה ולהכחיש עדים ובאמת אין כאן נגיעה לשעתו כי מה איכפת ליה אם תגבה בכתובה או ב"ח אך יש נ"מ אם יתעשר ויהיה לו מטלטלין אם יהיה האשה באה בכתוב' לא תוכל לגבות ואם תגבה היא אז השדה והב"ח ישאר יגבה הוא מן מטלטלין והרי כאן נגיעה ועכשיו דהוא תקנת הגאונים לגבות אף לכתובה במטלטלין מ"מ ודאי יש נ"מ בין דינא דגמרא לתקנת גאונים בכמה דברים כמש"ל וגם אם התנה שתגבה לפי הדין ולא לפי התקנה והרי נ"מ לו אם יתעשר אמנם כיון דעכשיו לית ליה לא הוי נוגע והרי הוא יכול להעיד. ועוד יש נ"מ טובי כי מזה תקיש על הדומה לו:

ו **אם ישאר בידו כו'** נראה דמלוה שיש לו ערב ולערב נכסים מרובים אף שאין ללוה כלום יכול להעיד דמה נ"מ לו אם לא ימצא מקום אצל הלוה יגבה מהערב ולא שייך כאן לומר כדאמרינן גבי קבלן דלא ניח' ליה ליזיל בדינא ודיינא דבשלמא קבלן ניח' ליה דיהיה ללוה נכסי' ויגבה מלוה ממנו ואין כאן צורך לגבות ממנו ואף הוא א"צ לילך כלל לדינא משא"כ כאן המלוה ע"כ צריך לילך לב"ד לגבות מלוה ומה נ"מ אי קובל בב"ד על לוה או על ערב כשאין נכסים ללוה. ואי הטורח דצריך ראשון לחזור אולי נמצא נכסים

ללוה בשביל זה לא נימא דיעיד שקר והראיה דהא סתמא אמרינן דאי אית ליה קרקע אחרת מעיד ומשמע אפילו אותו קרקע לקוח רק מאוחר להלואתו דהא סתמא אמרינן דאית ליה קרקע אחרת מבלי חולק כלל. ואעפ"י שיהיה מוכרח ראשון לחקור אחרי נכסים ב"ח של לוה אי אית ליה או לית ליה ואחר כך לירד לנכסי משועבדים ומ"מ נאמן להעיד וה"ה לערב דנכסים משועבדים ג"כ רק כמו ערבים כנודע ולכן ברור דמעיד ביש לו ערב:

ז **ערב קבלן וכו'** רשב"ם פי' בגמרא דאמרינן קבלן אמרי לי' מעיד שקיבל המעות מיד מלוה ונתנו לידו של לוה וכו' עכ"ל ותמה הש"ך דא"כ אין דינו ממי שירצה יפרע דמיפטר הלוה מיניה דמלוה דהא לא קיבל מידו וקבלן הוא הלוה אצל המלוה וכת' הש"ך דתמה אם יצאו דברים אלו מן רשב"ם. ובאמת כבר קדמו המרדכי בפ' גט פשוט דתמה כן והנה בגמרא דגיטין דף מ"ט ע"ב דאמרינן ותיפוק ליה דערב דכתובה לא משתעבד ומשני בקבלן ופירש"י שהתפיס מטלטלין לה בכתובתה והיא מסרתו לידו בתורת קבלנות והחזירתן לבנו עכ"ל והקשו התו' ג"כ בד"ה בקבלן דלפי פיר' זה ה"ל נו"ן ביד ואמרינן בפ' גט פשוט דבנו"ן ביד אין למלוה על לוה כלום וכתבו ושמא היינו שלקח המעות מיד המלוה ונתנם ליד לוה וכו' עכ"ל ובכוונת דברי התו' נאמרו פי' רבים עיין במפורשים ואם נטה אוזן לפי' מהר"ם מלובלין דחילק דשם בכתוב' היה לאשה עסק עם בעלה ואם כן נקרא קבלן אבל נו"ן ביד אירי דהלוה לא היה לו עסק כלל עם מלוה רק עם קבלן ואם כן יאמר הלוה למלוה לאו בע"ד דידי ואם כן לק"מ על רשב"ם דכאן מיירי דעיקר הלואה היה מדובר הלוה עם המלוה רק הקבלן קיבל אחר כך המעות ואם כן לא נקרא רק קבלן אך באמת לא נראה פי' מהר"ם רק הפי' בפשט' בשלמא בכתובה שכתב לה הבעל כתובה ונתחייב לה רק שמסר לה מטלטלין ולא מסר לה בתורת פרעון כי לאו זימנא רק למשכון אתפסהו ואם כן היא עליו רק ש"ש כדין משכון ומ"מ לא פקע שעבודו ואם כן אם היא נתנו לאביו ואביו נתנם לו אין כאן שומר שמסר לשומר כי לא פשעה בשמירתו ואדרבה אפילו בעודנו בידו המשכון ברשותה כמ"ש לקמן סי' ע"ב במלוה שהפקיד המשכן ביד לוה ואם כן פשיטא דהוא חייב ואולם גם אביו חייב דתטעון אני מסרתי משכוני בידך ואתה מעלת בשמירתך ונתת אותם ליד בנך פשיטא דחייב מדין שומרים אבל בלוה לגבי מלוה כל זמן שלא קיבל מעות מיד מלוה במה נתחייב לו ולכך אין למלוה על לוה כלום כי אם על קבלן. ואם כן קושי' הש"ך נכון אך תי' זה דתו' ברש"י נראה דחוק כמ"ש התו' בעצמן ולכן נראה כי רש"י ורשב"ם סבירא ליה כרמ"ה הובא בטור סי' קכ"ט דהא דאמרינן בנו"ן ביד אין למלוה על הלוה כלום היינו דוקא בקבלן

אבל בערב אעפ"י שנו"נ ביד לא נפטור הלוה כיון דקאמר בלשון ערבות לשעבודה דלוה נמי קא מכוון עכ"ל מבואר מדבריו הואיל והזכיר לשון ערבות לא נפטר הלוה דנתכוון לשעבדו אבל מ"מ מודה הרמ"ה דיכול לתבוע מן הקבלן דהוא עיקר הלוה דהא קיבל המעות מיד המלוה רק דהואיל דהזכיר לשון ערבות נתכוון שיהיה גם הלוה בכלל החיוב ושעבוד וזה מורה לשונו בביאור דקאמר הואיל והזכיר לשון ערבות לשעבוד הלוה נמי אתכוון דעל זה אתכוון נמי והוא הטפל אבל עיקר שעבודו בקבלן שקיבל מידו המעות. וזהו דעת רש"י דסבירא ליה לרש"י דע"כ איירי דהבעל נתן צררי לאשתו בכתובה דאל"כ לא חל קבלותו כמ"ש הרשב"א והביאו המ"מ בפכ"ה מהל' מלוה ע"ש. ולכך פי' רש"י דאמת דנתן והוא קיבלן רק דמיירי דאמר לשון ערבות אם כן יש לאשה שעבוד עליו ועל בעלה ולא נסתלק בעלה הימנו וא"ש. דהוא קבלן ומ"מ הבעל בכלל שעבוד. וכן נר' ברור מתפרשים דברי רשב"ם דקשי' ליה דבברייתא קתני ערב מעיד ואם כן איך ס"ד דקבלן נמי מעיד הא ערב קתני ועוד דסבירא ליה כתו' ורשב"א הביאו המ"מ פכ"ו מהל' מלוה ה"ב ע"ש דאם יש ללוה רק זיבורית אף הקבלן א"ל ליתן לו רק זיבורית אף דיש לו בינוני' ואם כן קשה לי' קושי' התו' למה איכא דאמר א"מ מה נגיעה יש כאן אם לא יהיה ללוה רק זיבורית מ"מ לא יחזור עליו דאף הוא לא יתן לו בינוני' ולכך פירשב"ם דבאמת איירי דנו"נ ביד רק אמר לו בלשון ערב ואם כן שפיר י"ל דהא דקתני בברייתא ערב דכוונתו לזה שהרי אמר לשון ערבות. ובזו ודאי כיון דהוא עיקר הלוה ודאי דגובה ממנו בינוני' אף דאין ללוה רק זבורית דהא הוא עיקר הלוה ואין הוא נגרר אחר הלוה רק הלוה נגרר אחריו דהוא עיקר בשעבוד והלוה נטפל לו כדמשמע מלשון הרמ"ה לעיל ואם כן שפיר יש כאן נגיעה וא"ש וברור דלכך נתכוונו שניהם ואין כאן קושי':

ח **והוא שתשאר למוכר כו'** וזה שרוצה להוציא השדה מיד לוקח שני פי' רוב פוסקים שטוען שדה זו גזולה דאי ב"ח הא טוען לוקח שני יש ב"ח ביד המוכר הנחתי לך מקום והראב"ד מפרש דב"ח בא על לוקח שני רק דהוא אפותקי ולא מצי לדחותו לב"ח ש"ך ס"ק י"ח. ותמה על הכ"מ שלא ביאר דברי הראב"ד להדיא ולא ידעתי למה בחר בראב"ד כי נראה טעמו של ראב"ד דמפרש ליה כך ולא פי' כפשוט' דבא בטענה גזילה דדעתו כדעת התו' ובתו' צ"ל כן דהא התו' ב"ב דף מ"ו ע"ב ד"ה לוקח כו' העלו דלא חיישינן לב"ח כלל ובזה אין ללוקח פחד כלל רק מחמת גזילה וזה ברור דלשני גזילות לא חיישינן כמ"ש כל מפורשים וכ"כ התו' בלשונם כדחיישינן לחד נגזל הרי דוקא לחד חיישינן וקשה אם כן יעיד לוקח ראשון ללוקח שני אפילו דלית ליה ארעא דהא מוציאין מיד לוקח שני בעדי גזילה ותו לא חיישינן עוד לגזל ואם כן במה יפסיד הלוקח ראשון מקחו

לב"ח לא חיישינן ולגזילה ג"כ לא חיישינן דלא יגזול פעמים. ועכצ"ל דבאמת זה אין בא בטענת גזילה להוציא מיד לוקח שני רק מטענת חוב והא דלא יטעון הנחתי לך מקום דהוא אפותקי ואם כן חושש לוקח ראשון לחשש גזילה ולכך א"מ אם לא ביש לו קרקע אחריתי ולפי' התו' הראב"ד מוכרח לפירושו אך באמת יש קצת דקדוק בתו' דלא זכר כלל בלשונם דהטורף הוא אפותקי (ואם נאמר כדעת הע"ש ריש סימן דנוגע פסול להעיד דה"ל קרוב ולא דמשקר י"ל דאף לשיטת התו' בא זה להוציא מיד לוקח שני בטענת גזילה ומ"מ חושש הלוקח ראשון אולי שדה שלו גזולה דאף דלב' גזילות לא חיישינן מ"מ הוא ידע דזה המערער מלוקח שני בטענת גזל שקר הוא דהא רוצה להעיד ששקר הוא וא"כ אין זה מהחשבון רק חושש לאמת גזילה ולא קשה בממ"נ אם אמת שזה טוען בשקר למה לא יעיד הא אין כאן חשש דמשקר זה אינו דמ"מ בע"ד היא וגזירת הכתוב כמו קרובים וכמש"ל) ונר' דסבירא ליה לתו' והוא דאי' ליה ארעא אחריתי אין פי' דיש למוכר קרקע ב"ח רק הלוקח שני לקח שני שדות והטורף לקח ממנו שדה אחת כדי חובו ונשאר לו עוד שדה כדי שדה של לוקח ראשון דהשתא אין ללוקח ראשון שום חשש דאם ילקח ממנו שדהו הרי שעבודו קיים אצל לוקח שני. ואם כן א"צ לומר באפותקי דהא כל ב' שדות הן ביד לוקח שני והוא גובה אחת. ונראה דראב"ד על לישנא דרמב"ם קאי דמפרש להדיא דנשאר שדה ביד מוכר ולכך הוצרך לומר אפותקי ונראה דהתו' סבירא להו דוקא דאי' ליה ארעא אחריתי היינו כמ"ש ביד לוקח נשאר עוד שדה דאי ביד מוכר עדיין יש חשש נגיעה דהוא חושש אם יטרוף שדה מיד לוקח שני ילך לוקח שני לטרוף השדה ב"ח שביד המוכר ואם אחר כך תצא השדה מיד לוקח ראשון וילך הוא על לוקח שני לטרפו לא יכול לטרוף ממנו רק הקרן אבל לא השבח דשבח אינו גובה מנכסי' משועבדי' וכשהוא ביד לוקח שני דאגביהו המוכר מדעתו היינו מכירה גמורה וה"ל נכסים משועבדים ואפשר דאפילו בגבוהו ב"ד מ"מ ה"ל נכסים משועבדים דסוף כל סוף הגיע לו בהחלט תמור דמיו וא"כ יפסיד שבחו משא"כ אם לא ילקח השדה מן לוקח שני ויהיה נשאר ב"ח ביד המוכר כשתצא שדה שלו מתחת ידו בחזקת גזילה יטרוף קרן ושבח. והרי זו נוגע בעדותו אבל אם נשאר עוד שדה ביד לוקח ולא ביד מוכר הרי זה מעיד דאין כאן חשש לשבח דמ"מ לא גבי' שבח. ולכן יש מקום לומר דוקא דאית ליה ארעא עוד ללוקח. אבל מ"מ דחוק דא"כ אף ביש ללוקח עוד קרקע וגם למוכר יש קרקע לא יעיד מטעם שכתבתי וזהו לא נזכר בגמרא ואדרבה דמשמע יותר שיש נכסים יותר מיכשר עדותו ולפמ"ש לא כן הוא. ואפשר לומר דלא נחשד דבשביל הך שבח יעיד שקר דהוא אין דבר מוחלט דאף דהוא ביד מוכר הא המוכר יכול כל שעה למוכרו

ואם כן עדיין לא יגבה שבחו ואם כן איך יעיד שקר במה דלא ברירה ליה אך לפ"ז אין מקום לקו' התו' שם בב"ב דהניחו בקושי' למה קתני מעיד ללוקח שני ולא למוכר אם נשאר קרקע בידו דלפמ"ש רבותא קמ"ל אפילו ללוקח דיש חשש נגיעת שבח הנ"ל מ"מ מעיד מטעם שכתבתי ומכ"ש במוכר דליכא כאן חשש מחמת שבח ולק"מ ולכן אפשר לומר לדעת התו' דאם גבאו לוקח שני מחמת שנטרף ממנו השדה הן בגביות ב"ד והן בגבי' המוכר מעצמו מ"מ הלוקח ראשון טורף ממנו השבח דשורת הדין לגבות שבח ממשעבדי רק מפני תקון עולם לא גבי' וגבי גבי' מחמת טירפה לא שייך תיקון עולם כי לא לקחו מרצונו רק בגבי' לחובו ולכך לוקח ראשון גובה שבח וצ"ע דין זה. ובגוף קושי' התו' דלמה לא נאמר מעיד למוכר יש לומר דודאי התו' העלו דלא חש לב"ח י"ל ודאי מלוה לא חש כלל אפילו למלוה ע"פ המוקדם כי טרם שלוה ללוה חוקר ואולי יש מלוה ע"פ מוקדם הימנו ויהיה קודם לשעבודו ולכך חוקר בכל דבר אבל לוקח אינו חוקר בשעת לקיחתו כי אם יש מלוה בשטר מוקדם לקנינו דזהו יגבה ויטרוף מקחו אבל על מלוה ע"פ אינו חוקר כי הלא לא יכול לטרוף ממנו ומלוה ע"פ אין גובה ממשעבדי ולכן כשנטרף שדה מלוקח שני אף דנשאר ביד מוכר קרקע מ"מ הוא חושב דלמא יש מלוה ע"פ מוקדם ומלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ויגבה זה שדה ולכך מעיד שיהיה השדה ביד לוקח שני וממנו א"י להוציא מלוה ע"פ מוקדם דאינו גובה ממשעבדי וא"כ מה מועיל שישאר שדה ביד מוכר וכמו כן במעיד למוכר אף שישאר שדה בידו כי חושש למלוה ע"פ אפילו טובא כקושי' התו' כי על זה לא חקר כלל אבל אם נשאר עוד שדה ביד לוקח שני הרי זה מעיד דמלוה ע"פ אינו גובה כלל ומלוה בשטר לא חיישינן כלל כמ"ש התו' דאי חיישינן אין לדבר סוף אלא דלא חיישינן דזה חוקר בעת הקנין ואילו שמע ממלוה בשטר לא היה קונה וא"ש. משא"כ במלוה דחוקר אפילו אחר מלוה ע"פ בשעת הלואה. ואם כן ליכא למיחש ולכך ביש ללוה ארעא אחריתי מעיד דליכא למיחש למלוה ע"פ טובי ולק"מ ואפשר התו' לא סבירא להו דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ולכך לא תי' כזה ודוק. ולפ"ז יש לנו לדינא בין פי' התו' והרשב"ם נ"מ לדינא דאם בא מערער על לוקח שני בטענת גזילה לדעת רשב"ם א"י להעיד אם לא נשאר קרקע אחריתי דחושש לוקח ראשון אולי יבא ב"ח ויטרוף ממנו אבל לדעת התו' וראב"ד כמש"ל מעיד אפילו לית ליה קרקע אחרינ דהא לתרי נגזלי' לא חיישינן ולב"ח לא חיישינן כלל ודעת התו' נראה עיקר דהא הסכים הרא"ש והגהת הרא"ש לפי' תו'. ואף שכתב הנ"י כדעת רשב"ם מ"מ התו' וראב"ד ורא"ש רובא נינהו ומ"מ תמהני שלא נזכר דין זה בפוסקים לשיטתם. ולכן אפשר לומר דסבירא להו לתו' דחוששין לב' נגזלי'

ואם כן אף דמוציא מיד השני בתורת ובטענת גזל מ"מ הלוקח ראשון חושש אולי גזולה שדה שלו ג"כ ואעפ"י דהתו' שם כתבו להדיא בלשונם כדחיישינן לחד נגזל גבי לוקח וכו' דמשמע רק לחד נגזל חיישינן ולא יותר היינו בס"ד דפשיטא דלא חיישינן לטובי דא"כ מה יועיל ארעא אחריתי דילמא אף זו גזולה כמ"ש התו' גבי ב"ח ועכצ"ל דלא חיישינן רק לחד גזל. אבל לפי תי' התו' דכל זמן שאחריות שלהם קיים שוב אין חוששין י"ל דאפילו לתרי נגזלים חוששין מ"מ בדאי' לי' ארע' אחריתי ליכא תו חשש כמ"ש התו' ולעולם חוששין לתרי נגזלים. מיהו בראב"ד דפי' דוקא אפותקי מוכח כמ"ש וכן בתו' צ"ל כן וליתא מ"ש דלפמ"ש התו' דבאחריות שלהם קיים תו ליכא חשש אומרין חוששין לתרי נגזל דא"כ עדיין הוה התו' מצי למימר דחוששין לב"ח א"ו בלוקח ראשון ולוקח שני לא נשאר אחריותו קיים דהא כשיטרוף מן לוקח שני תיכף יקח לוקח שני זה שדה ב"ח ואין כאן אחריותו קיים דהא לא נשא' ב"ח כלל דיש הבדל אם הוא ביד מוכר ב"ח אז נקראת אחריותו קיים משא"כ כשהיא ביד לוקח השני דיש לו נ"מ לענין שבח וגם השני נח לו והראשון קשה או אפשר לגבי לוקח אי אפשר לומר הך סברא דבאחריותו קיים אינו חושש כמו גבי מלוה דהא בלוקח שדה שלו קיים ועדיין אחריותו קיים אלא צ"ל ע"כ דלוקח שאני דבשלמא מלוה דעתי' אזוזי כמ"ש מהרש"א ובזוזי הרי סילק לו ולכך כשישאר שדה אינו חושש דאולי יסלקו בזוזי משא"כ בלוקח דדעתי' אקרקע ולכך לא שייך בי' אחריותו קיים ואם כן קושי' התו' מן ב"ח גדול שפיר דהא בי' לא שייך אחריותו קיים. משא"כ במלוה וערב אף שיקח שדה מהלוה הא עדיין שדה נשאר ויש כאן אחריותו ופשוט. ולכן נ"מ גדול לדינא. ועוד נ"מ אם לוקח ראשון אין לו אחריות לפירשב"ם מכל מקום א"י להעיד לשני בדלית ליה ארעא אחריתי דאם יבא ב"ח יכול לומר כלך אצל לוקח שני המאוחר ממני ואם אין כאן לוקח שני שיצא בחזקת גזולה הב"ח עליו הדר אבל לתו' דאינו חושש כלל לב"ח להעיד שקר רק מחמת גזלן והא אין לו אחריות וקי"ל כר"ז דאינו חוזר אפי' באינו שלו והיה אפשר לומר דלרשב"ם דלא קשי' ליה מן מלוה וערב קו' התו' כמו שכתב מהרש"א דסבירא ליה דלנגזל לא חיישינן כלל דלא שכיח כנודע ולב"ח חדא חיישינן והא דלוקח ראשון אינו מעיד ללוקח ב' דלקח נגזל מיד לוקח ב' והוא הראשון חושש לב"ח כמו שכתב הרשב"ם ובשנשאר קרקע מעיד דלב' ב"ח ל"ח ובמלוה וערב דבא נגזל ליקח אם נשתייר קרקע מעיד דלמה יחוש הא לנגזל לא חיישינן ולב"ח ג"כ אין לחוש דהא הוא ב"ח ושני ב"ח ל"ח דשני ב"ח קלא אי' להו זה איש מלא חובות ואם כן כשחייב לו תו ליכא למיחש ולק"מ איברא דעת רבינו

מהרש"א אינו כן ואפשר דסבירא ליה דהא סתמא קתני בלוקח א"מ אפילו בא בטענת ב"ח ודוק:

ט **וכן לוקח שני וכו'** ואם לוקח ראשון שלא באחריות יכול השני להעיד מכל מקום אפילו בדלית ליה קרקע אחריתי כ"כ הרשב"ם. ונראה ודאי לדעת התו' דלא חיישינן לב"ח אם כן אם נטרף מיד ראשון באיזה אופן שיהיה מ"מ השני מעיד דליח חשש אבל לשיטת רשב"ם דחיישינן לב"ח אם כן יש חילוק אם נטרף מהראשון בחוב דהיינו אפותקי אז יכול להעיד דלתרי חובות לא חיישינן אבל אם נטרף מהראשון בטענת גזל א"י להעיד דדילמא המוכר חייב לאחר ועשה שדה של לוקח ראשון אפותקי ואם כן אם יהיה השדה ביד לוקח ראשון אין לבעל אפותקי וכן ללוקח ראשון שלקח שלא באחריות על לוקח שני כלום משא"כ אם תצא מיד לוקח ראשון בגזל' כשיבא בעל אפותקי והקרקע היה גזולה הרי זה חוזר על שאר נכסי לוה כדלקמן סי' קי"ד להדיא וא"כ יפסיד נכסיו והרי זה נוגע ונר' דהרשב"ם דלא מחלק כך אפשר דסבירא ליה כשיטת הרמב"ן דאף בזו אינו חוזר על שאר נכסים באפותקי ואם כן אינו נוגע כלל אבל לפי דקי"ל בסי' קי"ד דחוזר נר' לדינא כמ"ש בלי פקפוק:

י **אא"כ נשאר כו'** הקשה הע"ש מה בכך דנשאר דילמא שדה הנשארת גזולה וא"כ יבא לוקח ראשון לטרוף הימנו והאריך ושרש דבריו לשני גזלנים לא חיישינן והסמ"ע כתב דהוא טעם רחוק והש"ך כתב שדברי הע"ש נכונים ובאמת לשיטת התו' דלא חיישינן לב"ח כלל רק לגזילה א"ש דלשני גזלנים לא חיישינן כמש"ל וכן מבואר ומוכח בתו' כמ"ש וא"כ תצא שדה בת חורין מידו לב"ח לא חיישינן ולגזל' ג"כ לא חיישינן תו דכבר יצאה שדה מלוקח ראשון בגזולה. אך עדיין דבריו צריך תיקון דאיך סתם הטור אולי גבה מהראשון בחוב היינו אפותקי וא"כ חושש לשדה הנשאר בגזלה ויהיה הלוקח חוזר עליו וצריך לומר דאף זה הוי כמו גזל דכיון דעשהו לשדה אפותקי ומכרה הוי כמו גזול ומה"ט אמרינן לקמן סי' קט"ו דגובה אפילו שבח יותר על קרנו דיאמר קרקע שלי משובח. וכמו דלתרי גזילות לא חיישינן דכולי האי ודאי קלא אית ליה ה"ה אפותקי ומכרה וגזל הוי כב' גזילות ולא חיישינן. וא"ש אך זהו לדעת התו' אבל להרשב"ם קשה דהא אליביה לחוב נמי חיישינן א"כ דילמא הך שדה הנשאר יבא ב"ח מוקדם ויטרפנה ויחזור לוקח ראשון לטורפו ממנו ובזו אין מקום ישוב לדברי הע"ש. והפרישה והב"ח כוונו כאחד לומר בשלמא לוקח ראשון מעיד שקר כדי שתהיה אחריותו קיים כי שדה של לוקח שני הוא אחריותו אבל לוקח שני אין השדה שטורף ראשון נקרא אחריותו כי לוקח ראשון אחריותו עליו וזהו דוחק דמנ"ל לרשב"ם לומר סברא זו ולהכשיר עדות הלוקח דהא מ"מ

מוגרע כחו עי"כ כי כל זמן שלוקח מוחזק בשדהו אין לו מורא מב"ח כאשר יבא יאמר הנחתי לך מקום ועכשיו כשיבא ב"ח יחזור עליו כי מקום שהניח לו חלף עבר ולמה לא נקרא זה אחריותו ואפילו נימא כדעת מקצת חכמים הובאו בע"ש דמיירי דלוקח שני לקח שלא באחריות מ"מ אינו מספיק דאם יבא ב"ח ויטרוף שדה זו ב"ח והרי יחזור לוקח ראשון עליו ויצא נקי משדהו והרי כאן נגיעה גדולה ולכן לא הועילו חכמים ההם שפי' שלא באחריות ויותר מה שיש לתמוה הוא במהרש"א דפי' רשב"ם הוכיח דינו דגם לב"ח חיישינן דאל"כ הל"ל לוקח שני מעיד ללוקח ראשון בדאית ליה ארעא אחריתי כמו בלוקח ראשון לשני א"ו דהגמ' אייר אפילו בלוקח ראשון שלא באחריות ומ"מ א"מ שמעמידו בפני ב"ח וא"כ להיפוך לוקח שני מעיד ללוקח ראשון אפילו בדלית ליה קרקע ואנו מצטערים להבין דברי רשב"ם כמ"ש למה יעיד שני לראשון אפילו בדאית ליה קרקע עד שעשה הימנו טענה להרשב"ם והקו' לתו' ואם התו' לא ס"ל הך סברא שכתבנו בטור דאפותקי שם גזילה היא הלא אין מקום לדין זה. ובלא"ה אף לפירשב"ם ל"ל כמ"ש מהרש"א דקשי' ליה למה לא קתני איפכא לוקח שני מעיד ללוקח ראשון וכו' דא"כ לר' פפא דס"ל אפילו שלא באחריות אם נמצא אינו שלו חוזר עליו יקשה ליה הך ברייתא כקושית מהרש"א למה לא נקט איפכא ול"ל דאם לוקח ראשון שלא באחריות הרי זה מעיד אפילו לית ליה קרקע דזה אינו דאם יטרפנו נגזל הרי זה חוזר עליו והרי זה נוגע בעדות ול"ל דלא פסיקא ליה דאם יבא ב"ח אפותקי על ראשון ולא נגזל הרי זה מעיד דא"כ אף בכה"ג אף לוקח ראשון שלא באחריות מעיד לשני דאם בא ב"ח לטורפו מה יחוש שיבא ב"ח עליו הא לשני ב"ח לא חיישינן וכבר בא ב"ח על השני ואם יבא עליו נגזל הא זבין שלא באחריות ואין לו כלום על השני אם כן הקושי' לר"פ במקומו וצ"ל דלאו קושי' וצ"ע למהרש"א דהניח קושי' זו על התו'. ועל כל פנים חזרנו להנ"ל דקושי' הנ"ל ממש אין לו פתר ובאמת בטור הייתי אומר תי' יותר מרווח מכל והוא דודאי הנך חששות חששות רחוקים נינהו ואינם כדאי לומר שבשביל כך יעיד שקר רק בלא"ה הוא כמו בע"ד דהא יש לו שעבודו על כל נכסים של מוכר המאוחרים לקנינו ושעבוד הוי קצת כשלו ואם כן למ"ד למפרע גובה ועיין בתו' פרק הספינה דעלה ברוחם דיכול למכור השעבוד כמו קנין קרקע ואם כן איך יעיד על שלו ואם כן די שהקילו במקום דליכא חשש נגיעה אבל במקום דיש חשש נגיעה והוא ג"כ שעבודו לא הכשירו עדותו ואם כן בלוקח שני ללוקח ראשון זה הטורף אינו לוקח שעבודו דכי יש ללוקח שני שעבוד על לוקח ראשון ואם כן בשלמא בדלית ליה קרקע דהנגיעה ברור לפניך דתיכף ילך הראשון ויטרפו מידו אינו מעיד אבל בנשאר לו שדה ב"ח דאינו נגיעה לפניך רק מפני חשש

בעלמא והטורף לא לוקח שעבודו כלל ולכך מעיד. אך זהו ניח' לשיטת הטור ויש נ"מ בין תי' זה למש"ל בדברי טור בישוב תי' של ע"ש דאם גבה מן לוקח ראשון בעל חוב שלא באפותקי רק שדה של לוקח שני במד"ה דגובה מלוקח ראשון כנודע אם כן לא שייך כאן מש"ל שני גזילות דהא ראשון חוב גמור אבל לפי תי' זה מ"מ יעיד דלא נלקח שעבודו וא"ש. אבל אינו מתיישב לשיטת רשב"ם דסבירא ליה דלוקח ראשון שלא באחריות מכל מקום אינו מעיד לשני אעפ"י דשם אינו רק נגיעה בעלמא ולא שעבוד כלל דהא הוא שלא באחריות וצ"ע. ומה שנ"ל ישוב לשיטת רשב"ם הוא כך דסבירא ליה לרשב"ם בקושי' התו' דניחוש לב"ח גדול דחששות הרבה על שני שדות לא חיישינן דידניחוש חשש על שדה א' שבידו אבל שניחוש חשש על שדהו וגם על שדה הנשארת כולי האי לא חיישינן וקשי' ליה לרשב"ם למה לוקח ראשון מעיד ללוקח שני ביש לו קרקע בת חורין מלבד דיש לו טענ' לענין שבח כמש"ל אף גם הא כללא בעדות דאמרינן השני נח לי וראשון קשה ממנו כמבואר בגמרא ולקמן בסעיף שאח"ז ואם כן אם ישאר הקרק' ביד לוקח ב' יהיה קרקע ב"ח ביד מוכר משא"כ אם מוציאו ב"ח מיד לוקח שני הרי לוקח שני חוזר על ב"ח וכשיבא נגזל עליו הרי צריך לטרוף מן לוקח שרי וזה קשה לו כנ"ל ולכן סבירא ליה לרשב"ם הפי' מעיד ללוקח שני ולא קאמר בשביל לוקח שני אלא דלוקח שני צועק ויודע דזה הטורף בשקר הוא רק הוא אינו נאמן על עצמו. ולכך הלוקח ראשון מעיד לו לסייע דבריו וכן כתב הרשב"ם ראובן שמכר שדה לשמעון וליהודה הרי שמעון מעיד ליהודה ולא קאמר לראובן המוכר ואם כן אף שימנע הראשון עדותו אין כח ביד יהודה לחזור על ב"ח שביד ראובן המוכר דהא הוא גופי' העיד בב"ד שיש כאן עלילה על ראובן ובשקר טרף והאמת עם ראובן ואם כן אין לו משפט טריפה על ראובן ואם כן אין כאן צד נגיעה לשמעון דהקרקע ב"ח נשארת ביד מוכר כמקדם אף דלא יעיד וא"ש. ולפ"ז אף בהיפוך דאם ב"ח בא על לוקח ראשון והלוקח ראשון צועק בשקר טורף הרי ביד לוקח שני להעיד דאף דלא יעיד הלא אין כח ביד ראשון לטרוף מהשני דהא מודה דבשקר טרפו וה"ל כלוקח שלא באחריות אך יש כאן חשש דאולי שמעון לוקח ראשון חייב לאחרים ויבאו ב"ח שלו ויטרפנה מידי יהודה בשעבודו של לוקח ראשון ואי דהודה שמעון דשלא כדין טרפו אין בהודאתו ממש לחוב לב"ח שלו כנודע במקום שחב לאחרים ועין סי' מ"ז ולכך אינו מעיד אבל בנשאר קרקע אחריתי הרי זה מעיד דהרי יש להם מקום לגבות ואי דנימא אולי גם על קרקע זו יבאו ב"ח דראובן הא אמרינן שני חששות דראובן חייב ושמעון חייב ושדה שלו משועבד וגם של ראובן משועבד שני חששות ל"א ובפרט חשש רחוק כזה ולכך מעיד וא"ש. אך עם כי הסברא נכונה מכל

מקום קשה להולמו בכוונת רשב"ם דכתב סתם דלוקח ראשון יגבה מן לוקח שני מבלי זכר כלל דב"ח שלו יגבה ממנו תמורתו. ולכן חפשתי ולא מצאתי ישוב בדברי רשב"ם כי אם זה דהתו' כתבו דלא חיישינן כלל לב"ח וצ"ל הטעם דאילו הוה ב"ח מקדם הוי אתי ולא המתין למוכר וללוקח שני כ"כ זמן וכדומה. רק הרשב"ם דס"ל דחיישינן לב"ח הוא הטעם דלוקח ראשון חושש לב"ח ולכך מעיד להעמידו לפני ב"ח וחושב הא דלא מקדמי ואתא משום דגם ב"ח שמע וידע דקרקע השני גזולה ביד לוקח שני ואם יבא לטרוף יאמר לו לוקח ראשון כלך אצל שני ואם יטרוף מהשני ויטריח מהב"ד באדרכתא וטירפא אחר כך יבא הנגזל בטענתו ועדותו ויהיה כל הטירפא ואדרכתא לריק כי לא היה מעולם של ראובן המוכר ויצטרך הוא לבוא שנית על הלוקח ראשון בטרח' דבי דינא ואדרכתא וטירפא חדשה ולכך בושש ואיחר לבוא לגבות עד שיהיה הנגזל גובה שדה גזולה שלו מיד הלוקח שני ואז יבא הוא לגבות חובו מלוקח ראשון בלי כושל ולכך חושש לוקח ראשון ומעיד להעמיד שדה ביד לוקח שני בשביל ב"ח הנ"ל אבל לוקח שני כשבא על לוקח ראשון נגזל אינו חושש לבעל חוב כי אילו היה חוב היה מקדים לבוא וליכא למימר דידע ששדה גזולה דהא לוקח ראשון שדה שלו גזולה וזה הבעל חוב בנא"ה אין לו לטרוף רק מלוקח שני ולכך אין כאן חשש ב"ח ולכך באית ליה קרקע אחרת מעיד וליכא למיחוש לב"ח וזהו התי' יותר נכון מכל התי' שנאמרו בזה לענ"ד ונכון ואם כן בבא ב"ח אפותקי על לוקח ראשון אין לוקח שני מעיד דאולי יהיה שדה שנשאר גזולה. אם לא כפמש"ל דגזולה לא חיישינן כלל לדעת הרשב"ם ודוק:

יא **שלא באחריות כו'** עיין בסמ"ע וש"ך וב"ח דיש כאן חילוף נוסח' בטור כי נוסח' הסמ"ע כך ואעפ"י שמכרה שלא באחריות ושמעון הלוקח מכיר שזו שדה היתה של ראובן ושל אבותיו מעולם וכו'. ומזה משמע תרתי בעינן שלא באחריות ומ"מ בעינן שיכיר דאל"כ עדיין יש לחוש שיעיד שקר בשביל שלא יהיה ללוקח עליו תרעומת ונוסח' הב"ח וש"ך בטור כך ואעפ"י שמכרה שלא באחריות או באחריות ושמעון מכיר שזו שדה וכו' ולפי נוסח' זו כשמכרה שלא באחריות א"צ להכיר בו שהיא בת חמורו כלל דבשביל תרעומת לא נחשד לשקר רק במכרה באחריות דאז יש חשש דאם יהיה המערער טורף דיצטרך לשלם לו ולזה קאמר דמיירי במכיר וכו' ואם כן אינו צריך לשלם ושני נוסחאו' הללו הם שני תי' בתו' ב"ב דף מ"ג ד"ה מפני וכו' ע"ש. והנה הסמ"ע והפרישה קיימו בטור נוסח' ראשונה ויפה עשה דהא הטור מסיים דלכך לא יעיד משום דמעמידה מפני ב"ח וניח' ליה דלא יהיה לוה רשע ולא ישלם בתי' זה אינו נותן טעם בקיבל אחריות והלוקח מכיר למה לא יעיד אי מפני ב"ח קשה קושי' הגמרא אי דאית ליה ארעא עליה

דידיה הדר ואי דלית ליה מה נ"מ ול"ל דניחא ליה דלא להוי רשע דהא גם גבי לוקח הוי לוה רשע ואי סבירא ליה לטור בקיבל אחריות טעם אחר יש דלא יעיד כמש"ל בדברי התו' לא ה"ל לטור לסתום כולי האי וה"ל לפרש. אבל בנוסחא הראשונ' בטור ניחא דמיירי הכל מן שלא באחריות. והב"ח הרגיש בזה ופי' אחריות דכתב הטור היינו אחריות דעלמא ולא אחריות דאתא מחמתיה והדוחק מבואר דהטור כתב סתם אחריות ויהיה כוונתו על אחריות דעלמא ולא דאתא מחמתי' אנה איפוא מצינו אחריות בסתמא בזו בטור ובשארי פוסקים שיהיה הפי' כמ"ש הב"ח רק בנוסח' הסמ"ע הקשו דהא כתב הטור במכר פרה וטלית דאפילו אינו מכיר מ"מ מעיד הואיל ולית ליה אחריות והא על כל פנים ה"ל תרעומת וקושי' זו לא על הטור לבד כי אם על התו' דתי' לחד תי' דמיירי במכיר דאילו אינו מכיר י"ל דמעיד שקר דלא להוי תרעומת אם כן מה פריך הגמרא גבי פרה וטלית וגמרא משני לר"ז באינו מכיר רק דא"ל להכי זבני שלא באחריות וכו' הא מ"מ ה"ל לאוקמי במכיר דאל"כ הא א"מ דניחא ליה דלא להוי תרעומת והש"ך כתב דבאמת התו' לא כתבו תי' זה רק לרווחא דמילתא ובאמת לא קאי וא"צ להשיב ע"ז דיהיה דברי התו' כדברים שאין בהם ממש ח"ו לומר כן. ולכן נראה דידוע דעשו חז"ל תקנת שוק במטלטלין ולא אצל קרקע בלוקח מגזלן והטעם מבואר דקרקע דרך אדם לחקור ולדרוש אם כן ה"ל לידע שהיא גזולה ואם לא חקר אפסיד אנפשי' אבל במטלטלין אין דרך לדרוש ולחקור ואפי' בחקירה לא יעמוד תמיד על הבירור ואם כן מה ה"ל למעבד וכי כל פעם שיקח שמלתו לעורו יחקור וידרוש זמן מה ולכך עשו בו תקנת שוק ואם כן א"ש דהא כאן מיירי דאין המערער טוען עליו שראובן המוכר גזלה רק שקנאה מגזלן ואם כן בשלמא בקרקע יש ללוקח תרעומת על המוכר כי בלי ספק חקרת ודרשת אם היא גזולה או לא ועל הימנות דידך קסמכינ'. וכעת נתוודע שלא דרש וחקר ומכר שדה גזולה משא"כ במכירת מטלטלין שאין לדרוש כלל והוא בעצמה לא גזלה רק קנאה מה"ל למעבד הלא בשביל כך תקנו תקנת שוק דא"א למידע ואיך יהיה תרעומת וזה ברור ונכון והא דלא מוקי ליה הברייתא בכך דבשדה א"מ דהוי ליה תרעומ' משא"כ בפרה דלר"ש קשי' ליה הא מעמידה בפני בע"ח ודחוק ליה לומר דלא היה ליה מעולם קרקע ולאביי קשי' ליה לישנא דאחריותו וכו' וכן י"ל בסמ"ע ס"ק ג' ג"כ ודוק. אמנם יש לדקדק דשם דף מ"ד ד"ה אלא דכתבו התו' הא דאמר שמואל המוכר שדה שלא באחריות אינו מעיד שרצה להעמיד בפני ב"ח מכ"ש באחריות. משמע דתו' לא סבירא ליה הך תי' דלא להוי על' תרעומ'. דהא שמואל בשדה איירי ואם כן מדקאמר טעמא שרוצה להעמיד ולא קאמר דלא להוי על' תרעומת ש"מ דאיירי בלוקח מכיר שהוא שדהו וקשה אם כן

באחריות מעיד דל"ל דחוזר עליו דהא מכיר ול"ל דרוצה להעמידו לפני ב"ח דמה נ"מ ואי דלא להוי לוה רשע הא גם לגבי לוקח יהיה לוה רשע אם יטרפנו הב"ח ומ"ש דהא מכרו באחריות. ולכאורה משמע דהתו' חזר בו וסבירא ליה לעיקר דא"צ לידע שהוא שדהו. אמנם לפמש"ל בריש סימן בכוונת הטור דיש לחוש דילמא היה לו קרקע שקנה אחר ב"ח ראשון ומכרה אחר שלקח זה שדה והמכירה היה שלא באחריות ולכך אי יעמוד השדה יבא ב"ח ויטרפנה מיד לוקח דשדה אחרונה א"א לטרוף דלא היה לו דאקני ולכך טורף מיד זה הלוקח והלוקח הזה טורף מן שדה זו אחרונה דאצלו לא הוי דאקני ואם כן שניהם נפרעים ואינו בכלל לוה וכו' ולגבי אחרון לא נ"מ דזבין שלא באחריות. משא"כ אם תצא שדה זו מיד הלוקח בערעור דגזלה אם כן כשיבא ב"ח ראשון מאין יטרוף דהא דאקני לא משתעבד וא"ש דאין מעיד אך יש לדקדק מה פריך הגמרא דלמא דאקני כתב ליה לפמ"ש הרמב"ן דהך לקח ומכר לאלתר אין שייך בקרקע ע"ש. ועיין מש"ל סי' קי"ב ע"ש וא"כ י"ל דמיירי דלקח באחריות רק במכיר בו בת חמורו כמ"ש התו' לחד תי'. ובשדה מ"מ לא מעיד דמעמיד בפני ב"ח ולק"מ בממ"נ אי א"ל וכו' דהא גם באחריות ה"ל לוה רשע די"ל חשש כמ"ש אבל במטלטלין הא לקח ומכר ואי דחיישינן דאקני כתיב ליה א"כ אזדא הך חששא דכתבתי והקושי' בממ"נ אי א"ל ליה וכו' ולק"מ ואין לומר אפותקי כמ"ש התו' דהא בלקח ומכר לא שייך אפותקי כמש"ל וי"ל ודוק אך לפי זה אין לדינא נ"מ בין דעת הסמ"ע וגי' שלו לגי' הב"ח וש"ך דבין הכיר בו ובין לא הכיר א"מ ובהכיר בו וביש בו אחריות ג"כ א"מ ואין כאן לדינא נ"מ כלל:

יב **ולא יהיה לוה רשע כו'** התו' כתבו שם ד"ה אי דאי וכו' דהמ"ל כגון שעשהו אפותקי לב"ח המוקדם ואם כן לעולם דאית ליה ארעא אחריתי רק דאם הקרקע ביד לוקח הבעל אפותקי גובה הימנו והוא הלוקח יצא נקי דזבין שלא באחריות משא"כ אם יקחנה המערער יבא בעל אפותקי הואיל וגוף אפותקי גזולה ויטרוף מידו שאר נכסים ויש לדקדק הטור דכתב להדיא דאעפ"י שיודעים אנו שיש לו נכסים הרבה מלבד זה השדה י"ל שמא עשהו אפותקי וכו' ואם כן למה ליה הטעם משום לוה רשע הלא הקיצור דילמא עשאו אפותקי כקושי' התו'. ונראה דא"כ אם בו ביום שלקח מכרו דל"ל לוה בנתים דאטו בירושלים יתבי דכותבין שעות וא"כ אין הב"ח יכול לגבות הימנו יעיד ול"ל כקושי' הגמרא דלמא דאקני כתב ליה לב"ח וזהו שייך בסתם שעבוד אבל איך שייך אפותקי על מה שיקנה ודבר שלא בא לעולם שכתב שלא יהיה לו שעבוד רק מה שיקנה כי מי יודע אם יקנה ואיך שייך אפותקי על מה שלא קנה ומי יפזר מעות על קיר נטוי כזה ודבר זה לא שמענו ואם כן הל"ל מעיד ולכך קאמר הטעם משום לוה רשע. והתו'

יפה הקשו דהמ"ל דבאמת לא איירי שמואל כה"ג שקנה ומכר לאלתר דהא גבי פרה וטלית אין אנו צריכין לזה לפי דמשני דלא היה לו קרקע מעולם ע"ש אבל הטור כתב כן לדינא דאפילו בכה"ג אינו מעיד וא"ש:

יג **שקנאה מגזלן פי'** הסמ"ע ראובן הוא גזלן ושמעון קנאה ממנו והוכיח דינו בפרישה מהא דכתב הרמב"ן הביאו הטור דכל הנך איירי בדלית בי' תקנת השוק או שראובן בעצמו קנאה דאי ראובן גזלה הא חייב לשלם מפני תקנת השוק וחוזר על ראובן וקשה ל"ל הך תיפוק ליה דלא ניחא ליה דלא לקרי' גזלנא אלא ש"מ דבמטלטלין לא שייך זה ודבר זה אין לו טעם ואדרבא יותר נראה דפסול לעדות דאם העידו עליו שגזל או שהפקידו פרה וטלית בידו ומכרו ושלח יד במלאכת רעהו פסול לעדות. והב"ח כתב דבאמת הרמב"ן לא סבירא ליה סברת הטור דלא מהימן משום דלא ניחא ליה. וזה יותר דחוק לעשות מחלוקת בין הטור ורמב"ן במה שהטור העתיק דברי רמב"ן בלי חולק. ובאמת אין כאן קושי' דבאמת ה"מ הרמב"ן לומר דלכך לא מהימן משום דלא ניחא ליה רק דא"כ במי שהוחזק בב"ד לגזלן ונפסל וימים רבים אחר כך עשה תשובה והוכשר בב"ד ועכשיו מכר פרה וטלית לשמעון ובא לוי לערער שאז בהיותו המוכר גזלן לקח ממנו הפרה בגזל' ומכרה לו והוא ביקש לפסול עדים הללו ואם כן מה ניח' ליה דלא לקריא גזלנא אז היה מפורסם לגזלן והוחזק בב"ד בכך ועכשיו דעשה תשובה ואם כן מה"ט נאמן להעיד ולכך קאמר הרמב"ן טעם אחר משום תקנת השוק מ"ה אין נאמן להעיד דיש לו הנאת ממון ולק"מ וגם אי טען המערער ששמעון לקחו מבן גזלן שאבי ראובן גזלן אם כן מחמת דלא ליקריא גזלנא מעיד דזו לא שמענו שיהיה נוגע בשביל דלא לקרי לאביו גזלן אבל בשביל תקנת השוק ג"כ אינו מעיד דכיון דירש מאביו אחריות נכסים אם כן אם יצטרך לשמעון הלוקח לשלם הדמים מתקנת שוק הדר עליה דיורש הגזלן ויהיה מוכרח לשלם ולכך פסול ולכן הדבר פשוט. וא"צ לדחוקים רבים.

יד **יכול ראובן כו'** הגי"ת וכן הש"ך וקדמם הפרישה הסכימו בדעת רמב"ם דסבירא ליה במטלטלין כר"פ דאף דמכרה שלא באחריות אם נמצא אינו שלו חוזר עליו דוקא בשדה אמרינן עביד אינש דזבין ארעא ליומא אבל לא במטלטלין ונכון הוא אלא דהרב הש"ך כתב דיליף ליה הרמב"ם מדפריך הגמרא בפשיטות והאר"פ נמצאת אינו שלו ולא קאמר הניחא ש"מ דר"פ קאי להלכתא וגם מדקאמר ור"ז אמר משמע דשייך להך דאילו תי' בפ"ע הל"ל ר"ז אמר ולא ואמר ר"ז. ודברים אלו אין בהם ממש. דהא כתב הרמב"ן דאם איירי בגוונא דשייך בהו תקנת שוק צ"ל או דהמערער טוען ללוקח אתה גנבת ממני והמוכר מעיד שממנו לקחו או שטוען שהמוכר לקחה מגזלן ע"ש. וקשה

מה פריך הגמרא שלא באחריות נמי הא נמצא אינו שלו חוזר עליו דהא סתמא דמילתא איירי בדברים שיש בהן תקנת שוק וא"כ המערער צריך לשלם ללוקח דמים שנתן עבורו ומחזיר לו החפץ וראובן המוכר פטור אם טען שקנאן מגזלן ואם כן מה יחזור עליו בדמים שקיבל ממנו הא סבר וקיבל המעות מיד המערער ומכ"ש לאידך גוונא דהמערער טוען שהלוקח גזלה הימנו ולא נודע כלל שלקחו מראובן רק ראובן בא להעיד שלקחה הימנו א"כ אילו שתק הלא לא היה הלוקח יכול לחזור עליו דהא אין כאן עדים שלקחו הימנו דאילו יש עדים אין כאן מקום לערעורו של מערער וגם אי טוען שלקחו מראובן הרי הודה דשלא כדין טרפו המערער ממנו דהא המערער טען שהוא הלוקח גנבו ולא ראובן המוכר כמ"ש הב"ח להדיא וא"כ אין מקום לקושי' הגמ' ועכצ"ל דקושי' הגמ' לא קאי כלל על מכר פרה וטלית די"ל כהנ"ל רק קושי' הגמ' על מילתא דשמואל במוכר שדה שלא באחריות דקאמר אינו מעיד מפני שמעמידה תיפוק לי' דבלא"ה נוגע אף שהוא שלא באחריות דנמצא אינו שלו חוזר וכו' וע"ז קאי הנך תי' דר"פ ור"ז וא"כ דכל שקלא וטרי' הכל בשדה ממילא אין מקום לכל דקדוקי הש"ך דהא הקושי' הוא משדה ופשוט. אבל עם כל זה י"ל מזה יליף הרמב"ם דכיון דכל השקלי' וטרי' בגמ' הכל בשדה די שנימא דפליגי בשדה דהא בזה סובב כל הפלפול בגמרא אבל במטלטלין לית כאן מחלוקת ואף ר"ז מודה לר"פ ולא מפרשנן במחלוקת. (ובחדושי אמרתי דהיה לרמב"ם הוכח' דבפרה וטלית לכ"ע בעינן שיכיר בת חמורו כר"פ דקשי' ליה לרמב"ם קושי' הרמב"ן הא הלוקח מקבל דמי חפץ מת"ה וא"כ יחזור המערער על המוכר ואין לך נגיעה גדול מזה ותי' הרמב"ן לא ס"ל לרמב"ם דהא סתמא קתני בברייתא וסבירא ליה לרמב"ם דלא קשה מידי דהא זה בא לערער על לוקח שקנה חפץ שלו הגזולה וראובן וע"א עמו באין להעיד שאין גזולה ושקר דיברו עדים כי יודעים שלא היה חפץ זה מעולם של המערער רק של לוקח וכן כתב הרמב"ם מעיד שהיא של לוקח וא"כ אף אילו שתק ראובן והיה המערער מוציא חפץ מיד לוקח ונתן דמיו הא הלוקח מכיר ג"כ שהיה של ראובן ובשקר טען המערער אם בא הוא להוציא מן המוכר המעות הרי כאן ע"א שהיה מצורף לראובן המוכר ולוקח ג"כ מכיר הרי כאן שני עדים מעידים כדברי המוכר ואין כח ביד המערער להוציא מעות מיד מוכר שיש לו שני עדים ולוקח אין נוגע בעדות דהא כבר יצא חפץ מתחת ידו וכבר קיבל מעות שלו וא"ש. אך קשה איך סתם הברייתא מעיד תינח כשלוקח מכיר וה"ל עד בשאינו מכיר מא"ל ואיך סתם הברייתא דלעולם מעיד כשאין לוקח מכיר לא שייך כל הנ"ל וצ"ל דבאין הלוקח מכיר בלא"ה בלתי טעם תקנת השוק א"י להעיד דהא נמצא אינו שלו חוזר עליו במטלטלין לכ"ע א"כ ודאי הרי זה נוגע גדול ועכצ"ל בלא"ה דמיירי

במכיר וכו' כתי' הגמרא במילתא דר"פ וא"כ אף קושי' דתקנת שוק ליכא דלגבי מוכר ה"ל תרי עדים דגם לוקח מעיד וא"ש ובזה יש ליישב מש"ל דלפי' התו' דצ"ל בלא"ה במכיר בה דאל"כ ה"ל עלי' תרעומ' דא"כ מה פריך הגמרא לקמן והא נמצא אינו שלו וכו' בלא"ה צ"ל דאיירי במכיר וכו' כהנ"ל ולפמ"ש י"ל דודאי ידע הגמ' במכיר והיינו כי הוא איש אמונים ולא עולתה בו (ועיי' במהרש"א שפקפק על הרשב"ם דפי' דהלוקח אומר שעדי המערער שקרי' הם) אבל א"י עדות ברורה להכחיש עדי המערער ולכך יפה פריך והא נמצא אינו שלו חוזר ול"ל דמכיר ומודה שהוא שלו מה נ"מ דילמא רוצה להעמידו לפני ב"ח דלא ישגיח בהודאתו ול"ל דמקבל הלוקח מעות מן מערער בתורת תקנת שוק וליכא כאן חשש נגיעה דל"ל דאיירי באופן דאי' ביה תקנת שוק דא"כ קושי' הרמב"ן במקומו א"כ ראובן נוגע ולוקח מגזלן דחיקי' ליה דמשמע לי' לגמרא דטוען הוא בעצמו גזלה כמ"ש מחברי' ועיי' טור ועכצ"ל באופן דלא שייך תקנת שוק וא"כ המוכר נוגע מפני שמעמידו בפני ב"ח של לוקח ומשני גמ' במכיר בה וכפירשב"ם דיודע בבירור דעדי' שקרי' וא"כ הרי כאן שני עדים ואין המוכר צריך לשלם למערער וכמש"ל ולעולם דאיירי במילתא דאיכא תקנת שוק ודוק. ובזה גם פקפוק מהרש"א על רשב"ם מיושב ויש להרמב"ם ראיה וסמך גדול להשען עליו ודוק'. ואין להקשות מה מהני במכיר בה בת חמורו דילמא הלוקח חייב לאחרי' ויבאו ויתבעו דמי פרה וטלית מן המוכר דחייב להם מדר"ן והודאה של לוקח לית ביה הימנותא במקום שחב לאחרים וכ"כ לעיל ס"ק יו"ד ע"ש וא"כ המוכר חושש לזה ולכך מעיד להעמידו ביד לוקח. ודאי לשיטת התו' לעיל ס"ק ח' דלא חיישינן לב"ח כלל א"ש אבל לשיטת רשב"ם ונ"י דס"ל חיישינן לב"ח קשה. ואמת לפי מ"ש דקושי' הגמ' לא קאי אברייתא כלל דהא מקבל דמי' רק לשמואל ל"ל מפני שמעמידה לפני ב"ח ת"ל דחוזר עליו א"כ שפיר משני דמכיר בה וכו' ולא קשה הא עדיין יש לחוש דחושש לב"ח א"כ קאמר שמואל בקיצור דחושש לב"ח שלו. אבל לפי פשוטן של דברי' דהקושי' על ברייתא יש לדקדק זה וצ"ל דס"ל לשיטת הרשב"ם דמדר"ן יכול למחול עיין לקמן סי' מ"ז ופ"ו וא"כ במכיר בה הוי כמחילה ודוק. ואין לפקפק לפי מ"ש הש"ע לקמן בסי' קכ"א ס"ט דשליח דמשתבע אינו עד ואפילו יפטור הלוה את השליח משבועה מ"מ הוי נוגע ופי' הסמ"ע דחיישינן בשביל האי הנאה דמחל לו מעיד שקר וא"כ אף כאן נימא בשביל האי הנאה דמחל לו ואמר בב"ד דמכיר שהוא בת חמורו ומוחל על תביעה שלו במוכר אף הוא המוכר מעיד שקר די"ל דשם שפיר נחשד הלוה דמאמין לו בשביל שיעיד שקר דאילו לא היה עושה כן היו מחויב לשלם שנית למלוה כי אין שליח נאמן והשליח היה נשבע לו ומה היה עושה בשבועתו בין

כך היה צריך לשלם אבל כאן מה איכפ' ליה אם יגבה המערער יחזור על המוכר ויקבל דמיו לכן לא נחשד בכך ודוחק כמש"ל דיש לו תועלת ממון ולכן יותר נכון דמיירי דאמר מקדם בפני עדים דמכיר בת חמורו קודם שבא המערער וע"ל סי' קכ"א או דיש הבדל אם מאמין לו בלי טעם רק אמר איש אמונים הוא וחזקה לא ישקר בזו יש לחוש ע"י טובת הנאה כי האי יעיד שקר אבל בנותן טעם כי ידעה ורואה שכך הוא באמת לא חיישינן וכן משמע קצת שם בש"ע ההבדל וע"ש מ"ש הרמ"א וסמ"ע וש"ך ומ"ש שם ודוק. שוב מצאתי בחדושי רמב"ן לב"ב דכתב להדיא דהך מכיר בה בת חמורו איירי קודם שיצא ערעור דאל"כ דילמא בשביל כך הודה כדי להכשירו לעדות:

טו **במקום שהמערער וכו'** יש לדקדק דא"כ דאיירי דאמר שמוכר קנאה מגזלן וא"כ אף דמקבל דמי' מן המערער מפני ת"ה מ"מ אין ביד המערער לחזור על המוכר דגם הוא לקח' וא"כ מה ארי' דנקט בריש סעיף זה דמכרה שלא באחריות אפילו באחריות מעיד דהא אין כאן נגיעה דלוקח יחזור עליו דהא לוקח אינו נותן החפץ עד שיקבל דמים וא"כ מה טיבו של חזרה היא כיון שקיבל מעותיו וכן יש להבין בתו' שם ד"ה אלא וכו' דכתבו שמואל בשדה שלא באחריות אינו מעיד מכ"ש באחריות אבל הך ברייתא בפרה וטלית דמעיד איירי דווקא שלא באחריות וקשה ג"כ אף באחריות מעיד דאינו נוגע כלל בשלמא על הגמ' ל"ק מה דוחקא לפרש הך ברייתא דמכר פרה וטלית וכו' בשלא באחריות ונכנס בדחוקים רבים דידענו דלא היה לו קרקע מעולם ולא אמרינן כפשוטא דהכל מיירי באחריות ואיירי שהמערער אומר שמוכר קנאה מגזלן ולכך בפרה וטלית דאית ביה תקנת השוק הרי המוכר מעיד דאין נוגע דלא יחזור הלוקח עליו שמקבל מעותיו מיד מערער וזהו שאין אחריותו עליו כי מה אחריות יש לו על עצמו הא הלוקח מקבל מעותיו אבל מכר שדה דלית ביה ת"ה אין מעיד דאחריותו עליו ואם יטרוף המערער יחזור הלוקח עליו והרי הוא נוגע והפי' מרווח הא ל"ק די"ל דא"כ מה קמ"ל בשדה דאין מעיד פשיטא הלא הוא בע"ד גמור ומוחלט דאם נלקח הוא הבעל דין גמור ועוד אדמחלק בין פרה וכו' לשדה לפלוג בדידי' בין במקום דשייך ת"ה ובין בדברים דל"ש ת"ה כגון פרע בחובו וכדומה דאין מעיד דיחזור עליו דהא אין לו דמים מן המערער וא"כ יהיה זה דין דשדה במכ"ש דבקרקע ודאי ל"ש ת"ה וא"כ א"ש (מיהו י"ל דאיירי שלא באחריות ומ"מ בשדה א"מ דנמצא אינו שלו מ"מ חוזר והכיר בו בת חמורו לא איירי אבל בפרה וטלית יכול להעיד דמה יחזור עליו בדמי המקח הא זה צריך הנגזל לשלם מת"ה והוא א"צ לשלם דקנא' מגזלן וא"כ מעיד וא"ש ול"ק מה קמ"ל בשדה דטובא קמ"ל דאף שלא באחריות חוזר עליו כר"פ וא"כ לא היה צריך לגמ' לר"פ

לאוקמי בכה"ג ולתי' התו' דצ"ל תמיד במכיר בו דאל"כ הא ה"ל תרעומת א"כ לק"מ דהא אף בשדה אין משלם דמכיר אבל לתי' השני קשה וי"ל דזה הוכח' לרמב"ם דר"פ ור"ז לא נחלקו ומודה ר"פ לר"ז בשדה וא"כ א"ש דל"ל בשדה שלא באחריות דהא באמת אין אחריותו עליו ובאחריות מה קמ"ל גם י"ל דמילתא דשמואל דמעמידו בפני ב"ח קושט' הוא וא"כ עדיין בפרה וטלית יקשה למה יעיד דל מהכא דאינו חייב באחריותו מ"מ הא מעמידו בפני ב"ח. ובזו יובנו דברי התו' בד"ה כגון שלקח ומכר לאל' המ"ל אפילו בית ושדה וכו' ויש להבין תינח המקשה אבל הגמ' מתרץ שלקח ומכר לאלתר איך הבין הך דשדה וכי ח"ו מילי דכדי אמר ודברים בטלים מעיקר' אמנם לפי הנ"ל ניחא דודאי המתרצן ס"ל כר"פ אף בשדה וא"כ מוקי ליה כמ"ש דבשדה לא יעיד דחוזר עליו משא"כ בפרה דמקבל דמי' מנגזל רק דקשה חשש מעמידו בפני ב"ח היכן אזלא וע"ז משני דלקח ומכר לאלתר וא"כ ליכא חשש דב"ח רק הנ"ל דחוזר עליו וא"ש והגמ' הק' דילמא דאקני דס"ל כר"ז א"כ ל"ל כהנ"ל כמ"ש וע"כ החשש מחמת מעמידו בפני ב"ח וא"כ קשה דילמא דאקני וכו'. אך קשה דלפ"ז דלא ס"ל הך אוקומתא א"כ קשה מ"ש קרקע ומ"ש מטלטלים וכתבו התו' שפיר דהמ"ל כן וא"ש ודוק כי דברים נכונים הם בפשט הגמ' לקח ומכר לאלתר וכו') אך על התו' וש"ע יש לדקדק כנ"ל וצ"ל דלא פסיק' ליה לתו' ולש"ע דלפעמים אף בכה"ג מ"מ אין מעיד כגון דמכר הפרה וטלית בכ' והוקר' ועמדה בלמ"ד וכעת המערער בא לגבותו ואין נותן דמים מחמת ת"ה רק מה שנתן עבורו ולא יותר כנודע אמנם המוכר שקיבל אחריות צריך לשלם כפי ששוה כעת שעת טירפא כמבואר לקמן סי' קט"ז ע"ש וא"כ צריך לשלם המוכר יו"ד מכיסו והרי זה מעיד להעמיד ביד לוקח ויפטר מכל תשלומין ולכך אינו מעיד אבל אם באמת בעת הטירפא אינו שוה יותר הרי זה מעיד אפילו באחריות. וא"ש ומ"מ לא קשה למש"ל דקושי' הגמ' בנמצא אינו שלו דחוזר לא קאי על מטלטלים דמקבל מעותיו מת"ה אין נסתר ממ"ש כאן דשם דלא קיבל אחריות רק דס"ל לר"פ דהוי כמקח טעות ואין לו רק דמים שנתן עבורו ולא יותר דהא הוי מקח טעות ולא קיבל על עצמו אחריות ובהכי ניחא במ"ש התו' עיין לעיל סק"ח דהלוקח אינו חושש כלל שיבא ב"ח דמוכר ויטרוף שדה ולכאורה קשה לר"פ למה לנו אחריות כלל עד שאמרו אפילו במו"מ אחריות ט"ס דלא שדי אינש זוזי בכדי כל זה למה לב"ח לא חייש ונגזל בלא"ה חוזר עליו כנ"ל. ולפמ"ש ניחא דקבלת אחריות הוא אם יתייקר ויבא נגזל לטורפו דיטול כל דמי שדה ואף זה בכלל לא שדי אינש זוזי בכדי דיטרח בו וימתין זמן רב עד שיתייקר ויצא בפח נפש ודוק:

טז **ויכול יהודה וכו'** והרמב"ן מפרש כמה גווני דלא שייך בי' ת"ה ע"ש בטור ועוד י"ל דמערער מביא ב' עדים שהיא שלו וא' קרוב לראובן וא"כ אין המה בעדותן יכולים לחייב לראובן להחזיר דמים דלגבי ראובן ה"ל קרובים וראובן ואחר עמו באי' לפסול עד השני שאינו קרובו וא"כ אין לו רק ע"א וכל העדות בטלה וא"ש:

יז **שגזל כו'** עיי' אורים במ"ש כי נחלקו רבינו יונה ור"י בפיו ויש להבין לפמ"ש ר"י דאיירי דידוע לנו שיש לו עדים שיכול לזכות בשדה דא"כ ע"כ הב"ד שמעו דברי עדים דאל"כ היינו קול בעלמא וא"כ איך אמרינן בגמ' על קושי' ובהנך סהדי דמפקו מלוי ליפקה מיהודה ומשני משום דשני נח לו וראשון קשה. וא"כ שעדים שלו מספיקים אפילו להוציא מיד יהודה מכ"ש שהם מספיקים לעכבו ביד לוי שלא יגבהו יהודה וא"כ יערער בב"ד שלא יתנו ליד יהודה בכח עדותו. והב"ד ע"כ צריכין לשמוע בקולו דהא יש לו עדים ומה נגיעה יש כאן הרי יכול לעכבו בעדותו: ודוחק לומר דהב"ד ידעו מן העדים עד מפי עד וא"י לפסוק עפ"ז והעדים עצמן הם במד"ה דמ"ש דזה הוי רק קול בעלמא דכל עדות חוץ לב"ד לא שמיה עדות והוא רק אמירה וקול בעלמא והיינו הך דרבינו יונה. וצ"ל דס"ל לר"י עדות שנתקבל שלא בפני בע"ד אין דנין ע"פ והב"ד דקיבלו עדות שלא בפני לוי ויהודה אין מועיל לעכב גבי יהודה כיון דהיה שלא בפני יהודה ועכשיו לגבותן בפניו א"א דכבר הלכו למד"ה. ולפ"ז מוכח כדעת האומרים דעדות שנתקבל שלא בפני בע"ד אף דאינו מועיל מ"מ חוזרים ואומרים בפני בע"ד ולא אמרינן דעבידי לחזק דבריהם הראשונים דאל"כ הא לא מהני עדותן כלל ואיך יחזור שמעון בעדים ההמה לגבותן מיד לוי ופשוט ועיי' מש"ל בסי' כ"ח וסי' ל"ג ס"ח ע"ש. ולפ"ז לפי דעת הרמ"א דמקבלין עדות שלא בפני בע"ד בדיעבד מהני א"כ הקושי' הנ"ל במקומו ועכצ"ל כפי' רבינו יונה דלר"י אם נתקבל עדות על כל פנים מהני שלא יוציאו ב"ד מיד לוי ליתנם ליהודה:

יח **שאפשר שנוח לו וכו'** בגמ' פריך ובהאי סהדא דמפיק ליה מלוי ליפוק מיהודה ומשני הגמ' דשני נח לו וראשון קשה ממנו וא"א כגון דאיכא סהדי לזה וסהדי לזה ואמרו חכמים קרקע היכי דקם תקו' וכו' והנה נ"מ בין ב' תי' אם עדות של שמעון מספיקין להוציא אפילו מיד יהודה דגם יהודה טען שקנאו מראובן הגזלן מוקדם לקנין לוי א"כ בעדי גזילה של שמעון שראובן גזלה אף מיהודה מוציא הרי זה מעיד לפי תי' שני אבל לפי תי' ראשון דשני נח לו וכו' מ"מ אינו מעיד והטור כתב תי' ראשון דבכל גווני אינו מעיד. והפרישה ס"ל דנ"מ להיפוך ג"כ אם ידוע שיהודה נח ביותר מן לוי שהוא אלם לא שייך ה"ט אבל תי' זה שייך ולכך הקשה דלמה הביא הטור רק תי' ראשון והשמיע תי' השני ומתרץ וכ"כ בסמ"ע ס"ק מ"ו דאף זה בכלל השני נח לי דלגבי לוי יש לו עדים

המועיל ולגבי יהודה אין עדים שלו מועילים כלל דה"ל סהדא לגבי סהדא. וזה דוחק לכוונו בלשון השני נח לי אלא באמת השני נח לי וכו' הם דברים הנמסרים ללב ואפילו ידוע לנו שיהודה איש טוב ולוי אלם מ"מ אפשר לגבי דידי' לוי יותר נח כי יש לו עליו איזה כפי' במסתרי' שמוכרח לשמוע בקולו משא"כ יהודה דיש לו איזה טינא או להיפוך שיש לו איזה פחד מיהודה שאין יכול לירד עמו בתכלית הדין וכ"כ הרמב"ן בחדושיו לב"ב דא"צ לידע נחות' דלוי אלא משום חששא וכו' וז"ל הרמב"ן והאי בעל קרקע הוא ואיהו דקאמר נגזל הוא ושמע מיניה דכה"ג נמי חיישינן עכ"ל ורבים נתקשו בהבנתו וכוונתו פשיטא דהוכיח דלא כר"ח דבעי שיהיה מוחזק יהודה לגברא אלמא דהא פשוטן של דברים דמביא יהודה עדי' דלוי גזל שדה שלו רק שמעון בא לפסול עדיו ואמרינן דאינו נאמן דשקורי משקר וקשה א"כ דעדים של יהודה אמת הרי לוי אלם דהא גזל שדה ויהודה אינו אלם דלוי גזלן עפ"י עדים ויהודה נגזל עפ"י עדים וא"כ איך נימא דשמעון שקורי משקר רק עושה כן בשביל שיהודה אלם נהפך הוא וזהו דבריו והאי ר"ל לוי בעל קרקע שמוחזק בקרקע ואיהו ר"ל יהודה נגזל הוא והרי לוי אלם וא"כ ש"מ דאף בכה"ג חוששים וא"ש ודוק: ודלא כר"ח דס"ל דוקא בידעינן דיהודה גברא אלמא ע"ש וא"כ הטור נקיט הך תי' וא"כ בכל ענין לא יעיד מיהו ברמב"ם משמע דמן הסתם אמרינן השני נח לי אבל אם הוא מוחזק לאלם לא אמרי' השני נח וכו' דהא נתן הטעם בעוד השדה ביד ראובן הגזלן דלכך אין שמעון מעיד דאפשר דבעדים שמוציא מיד ראובן אי אפשר להוציא מיד יהודה אבל במכר השדה ללוי נתן טעם דלכך לא יעיד משום דאפשר דשני נח לי. ונראה דס"ל דאין יהודה טוען שלוי גזלה ממנו להדיא רק שלקחו מגזלן וכדומה או שקנינו קודם כמ"ש התוס' וא"כ שפיר יתכן בו שאינו גברא אלמא ולכך נתן טעם מפני שהשני נח לי משא"כ בעודנו ביד ראובן וראובן גזלן איך שייך נח לי הא הוא הגזלן שגזלו מידו ולא היה בידו למחות ולכך נתן טעם תי' אחר. אמנם המחבר נמשך אחרי דברי הטור ודברי רמב"ן וכן עיקר דדילמא אז היה אלם ועכשיו לא ודוק. ובחדושי אמרתי לכאורה יש ראיה דהך תי' עיקר דאל"כ מה דוחקא הגמ' לדחות תי' של ר"ש במכר פרה וטלית ולומר פי' אחר ומ"מ צ"ל דידענו ביה דלא היה לו קרקע מעולם והכל מכח קושי' דאחריותו עליו ושאין אחריותו עליו לא יתכן לתי' ר"ש דהא י"ל באמת כמ"ש התוס' בד"ה דוקא מכר כו' וכ"כ הרא"ש דאף בקרקע שייך יאוש ותי' דוחק דבקרקע אין רגילים להתייאש רק דזה וודאי דיאוש מתורת הפקר נגע א"כ אם במקום שחב לאחרים א"י למכור וליתן ולימחול אף להפקיר אינו רשאי וא"כ אף יאוש שלו אינו דהא מתורת הפקר נגע בו ומה נ"מ בכוונתו אם מסיח דעת ממנו או לא אין אדם מייאש דבר שאינו

שלו ואם ליתן מתנה אין רשאי איך רשאי לייאש וזה פשוט דמה איכפת לן ביאושו במקום שחייב לאחרים והב"ח אינו מייאשן ואינו בגדר יאוש כלל וא"כ א"ש בקרקע א"י להעיד ואע"ג דהוי יאוש כקושי' התוס' מ"מ אמרינן דרוצה להעמידו בפני ב"ח ולגבי ב"ח לא מהני יאוש ויבא הב"ח ויוציאו ממנו. משא"כ במטלטלין פרה וטלית דאין ב"ח גובה ממנו וא"כ שפיר שייך ביה יאוש דלגבי לנפשי' שייך יאוש ולגבי ב"ח לא שייך דאין ב"ח גובה מן פרה וטלית כדאמרי' באמת בגמ' באוקומתא דאין ב"ח גובה מן פרה וטלית וא"כ ישוב ר"ש נכון ודיוק אחריותו ואין אחריותו נכון ומדוקדק היטב ומיושב קושי' התוס' והרווחנו הדוחק דאצ"ל לר"פ במכיר בה בת חמורו ובזבנ' שלא באחריות לא שייך לוה רשע וכו' וא"צ לומר כן בברייתא וא"ש הכל אלא ודאי דסתמא דגמ' ואביי ס"ל לתי' ראשון עיקר דשני נח לי וכו' ותי' שני דאית ליה להאי סהדי דוחק מקושי' הרשב"ם דמה בכך דארעא היכי דקם הא אנן אסקינן ואנן אחתינן ותי' רשב"ם דחוק וא"כ ל"ל הך תי' דבאמת דבקרקע שייך יאוש רק דמעיד שקר להעמידו בפני ב"ח דקשה ובהך זכותא דמפיק מלוי לפיק מיהודה ול"ל שני נח לי וכו' דזהו שייך אם הוא גובהו לעצמו אבל אם מעמידו בפני ב"ח והב"ח יפיק לנפשו מה איכפת ליה אם יהיה לב"ח טורח מועט או מרובה סוף כל סוף יציל את שלו ואם הוא בטורח ולא בשביל זה מעיד שקר דהא ידיו מסולק הימנו והוא ראיה גמורה לכאורה. אך יש לדחותו דהך תי' במכיר בת חמורו ולוה רשע וכו' צ"ל בלא"ה במילתא דשמואל וא"כ מה דוחק לומר כן בברייתא וזהו ראיה דלא כרמב"ם דלשיטתו במטלטלין אף לר"ז צ"ל במכיר וזהו אינו בהכרח למילתא דשמואל אך הא דבלא"ה יש להבין דגמ' דמשני דמית גזלן ואין כאן מקום לפרוע א"כ ל"ל לגמרא דאיירי ביאוש ושינוי רשות וא"כ קשי' קושי' התוס' והרא"ש הא גם בקרקע שייך יאוש ולא מוקי ליה בלי יאוש כלל רק כבר כתבו לקמן בסי' שנ"ג ס"ג הש"ך דעת ד"מ וב"ח וסמ"ע דסתם חפץ אינו שוה יותר מכפי דמי' שקנאו ומכ"ש כאן דהא בלא"ה לא איירי בכל גוונא א"כ י"ל דאיירי בהך גוונא שאינו שוה יותר מכפי דמי זבינא. ולכך במטלטלין מעיד דמה נחשוד אותו אף אם יהיה נשאר ביד לוי לא יכול להוציאו בכל עדים בלתי ממון דהוי ביה תקנת שוק ומיד גזלן לא אפשר להיות נפרע הממון דהא מת ואם צריך ליתן ממון מנ"מ בו לא בשביל כך יעיד שקר משא"כ בשדה דאין בו תקנת שוק ומוציאו מיד לוי בלתי ממון וא"כ נוגע גדול ויש לחשוד דבשביל כך יעיד שקר. ועכצ"ל דזהו ס"ל לגמרא דמ"מ נוגע הוא אם מוציא גוף החפץ אף דצריך ליתן תמורו דמים מ"מ טובת הנאה זו שיש לו גוף חפץ שלו ממון גמור מיקרי ושוה פרוטה והוי נגיעה לענין עדות דבנגיעה כל דהו מיפסל ולפ"ז קו' הנ"ל במקומו דודאי האמת כמ"ש הד"מ וב"ח וסמ"ע

דסתם חפץ בשעת גבי' אין שוה יותר מכפי הקנין ומהכ"ת נימא דנתייקרו ע"ש וא"כ א"ל כמ"ש דבפרה מעיד הואיל ואתייאש ואין מעמידו בפני ב"ח אפילו דידענא להדיא דשעבד לו מא"ק וא"כ יגבה ב"ח מ"מ לא נחשד דישקר בעדותו דמה נ"מ הא הב"ח לא יגבה רק שיתן דמים מתקנת השוק ול"ל דטובת הנאה בחפץ דזהו לגבי בעל החפץ אבל לגבי ב"ח מה אדם רוצה בשלו שייך פה וגם הלוקח מסלקו בזוזי דהא אתייאש בעל החפץ והוא אין לו רק תביעת דמים והרווחנו דא"צ לומר דלא היה לו קרקע והדבר מוכרח ודוק: ובהכי ניחא מה דקשי' לי לפמ"ש התוס' והרא"ש דגם בקרקע שייך יאוש רק דלא שכיח דמייאש והגמ' אורחא דמילתא נקיט הא אי שמעינן דמייאש אף בשדה שייך א"כ הל"ל לפוסקים וטור לכתוב בדין זה בגזל שדה ומכרה ושמעינן דמייאש דמעיד כמו בפרה וטלית. לשיטת התו' והרא"ש ואיך שם זכרון דעתם תחת הדלת ולפמ"ש ניחא דהם לא אמרו רק בס"ד אבל למסקנא דיש סברא שרוצה להעמידו לפני ב"ח. א"כ לעולם אינו מעיד על שדה דמה בכך דמייאש מ"מ רוצה להעמידו לפני ב"ח דהוא לא ישגיח ביאושו כמ"ש ומזה מוכח כתי' בתרא דאילו השני נח לי וכו' הא זה לא שייך גבי ב"ח כמ"ש. אמנם יש ראיה להיפוך דתי' בתרא עיקר דגמ' פריך נהי דמגופי' מייאש מדמי' מי מיאש ומשני דמית גזלן ולא הניח נכסים יקשה מה קו' ומה צריך לדוחק הלזה נימא דמיירי דלוי קנאו מראובן הגזלן ויהודה בא להוציא שהוא קנאה ולא לוי כמ"ש התוס' ושמעון יש לו עדים שראובן גזלה ולכך בשדה אינו מעיד ול"ק בהאי סהדא דמפיק מלוי ליפוק מיהודה די"ל כתי' הגמ' שני נח לי וכו' אבל פרה וטלית מעיד דבממ"נ גוף החפץ אפילו מיד לוי א"י להוציא דה"ל יאוש ושינוי רשות ואי הדמים מן הגזלן שהוא ראובן הלא בזה אין נ"מ אי הוא של לוי או של יהודה שניהם קנאו מראובן ובשניהם הכל הולך אל מקום אחד לגבות מראובן הגזלן ומה נ"מ בו אלא ודאי דגמ' לא ס"ל הך תי' לעיקר וא"כ בכה"ג אפי' בשדה מעיד וצ"ל דאיירי בכה"ג דבעדים שלו א"א להוציא מיד יהודה וא"כ בפרה וטלית נמי וצ"ל דמית גזלן וכו' ובאמת על הטור שכתב הך טעמא דשני נח לי וכו' וכתב דבפרה וטלית א"א למצוא דמעיד כי אם במת גזלן וכו' והקושי' מבוארת דלהך שינוי יש מציאות בפרה וטלית להעיד אפילו בעוד הגזלן חי או מת והניח אחריות נכסי' ומה שי"ל הוא כך דקשי' מה דפריך מדמי' מי מייאש הא מגזלן לא מצי מפיק דגזלן אף דיבאו עדים דגזלו יטעון דהחזרתי לך דקיי"ל הגוזל בעדי' א"צ להחזיר בעדים וא"כ ה"ה דיכול לטעון לקחתי אח"כ ממך במיגו דהחזרתי לך ואי דיש כאן עדי' דלוי קנאו ממנו או אפי' בלי עדי' רק לוי לבד אמר שקנאו ממנו א"נ לומר החזרתי דהא צריך לישבע להכחיש העד שאמר לקחתי ממך והוא חשוד עפ"י עדים שגזלו והרי הוא גזלן

וא"י לישבע וכשנגדו נשבע ונוטל מ"מ אף דיש כאן עדים ולוי הלוקח נמי מ"מ מי ימר דהוא הפרה וטלית של שמעון שגזלה דילמא פרה וטלית אחר הוא וזהו שגזל כבר החזיר ואם ראובן מודה הרי נאמן במגו דלקחו וצ"ל דמראה לעדים והן ה"ל עדים וראה דמכירי' דהיא היא הפרה וטלית שגזל משמעון ולפ"ז לק"מ דהא העדים של שמעון עכשיו אינ' במדינה מצוי' כמש"ל דאל"כ מה כל החרדה יבואו עכשיו בב"ד ויתבעו בב"ד קודם שמוציא יהודה ומה לו כל החרדה להעיד בב"ד אם באמת או בשקר וצ"ל כמש"ל דעדים שלו הם במדינת הים ולפ"ז כשיבאו עדים אחר זמן ויהיו מעידים דגזל ראובן עדיין לא ייכל לגבות עד דיהיה שמעון מראה לעדים פרה וטלית ויכירו שהיא היא הגזולה ואם בין כך יאכל לוי הפרה ויבלה הטלית עד שלא יהיו העדים מכירין בטב"ע כי זהו הגזולה יפסיד ומי מעכב ע"י כי אין ביד ב"ד למחות כ"ז שאין לשמעון עדים פה ואף כשישנו לעדים מה נ"מ ללוי בהן הא קנאם ביאוש ושינוי רשות וא"כ אף בזו שייך ביותר זה נח לי והשני קשה לי כי בטוח הוא שמעון בלוי שלא יכבשו ולא יאכל הפרה ויבלה הטלית כדי שיוכל להראתו לעדים כדי שיהיה עדי ראיה ועי"כ יוציא מיד ראובן הגזלן משא"כ ביהודה אינו בטוח ואולי בין כך יאכלו ויאבדו ובבוא עדים אם אין כאן ראיה לא ייכל להוציא מיד ראובן הגזלן דבר כי יש לו מיגו דהחזרתי ואין כאן ראיה דזהו הפרה וטלית שנמכר ללוי וביותר שייך כאו השני נח וכו' וא"ש ולק"מ. ומהא בגמרא למסקנא דפריך פרה וטלית נמי והוצרך לשנויא בדוחק דלית ליה קרקע למה לא משני בפשוט דמיירי דלוי דבא להוציא משמעון הוא בטענה שראובן קנה מגזלן ויש לו עדים דגזלן ההוא גזלה ממנו ובא ראובן להכחישם ולומר דהיה לזה שקראהו גזלן מעולם ואם כן אוקי תרי לבהדי תרי והקרקע בחזקת שמעון ואם כן לכאורה אין חשש דרוצה להעמיד בפני ב"ח דאם יבוא ב"ח דראובן לטרוף משמעון יטעון שמעון דילמא הך סהדי אמת דהיה של יהודה וא"כ מה טיבו של ב"ח דראובן לזה רק י"ל דיקח הרשא' מיהודה ויבא ממ"נ או לטרוף מכח יהודה או מכח חוב דראובן אבל בפרה וטלית ליכא למיחש דיבא ב"ח בהרשא' מיהודה דהא אף אם אמת דהיה של יהודה הרי צריך יהודה לשלם דמים מפני ת"ה ומה תועלת יש בזה לב"ח דבלא"ה מצי מסלקי בזוזי נמי ראיה הואיל דגמ' לא משני כן דס"ל לדוחק לאוקמי בכה"ג דאי' סהדי למר ולמר ותי' הראשון השני נח לי עיקר ודוק:

יט **ונתייאש וכו'** הש"ך ס"ק כ"ז הביא בשם רשב"ם דאם מכרה באחריות לא שייך ביה שינוי רשות והתו' העתיקו מבלי חולק ותמה הב"ח למה לא הזכירו הפוסקים כלל הך דינא ובאמת נראה דרשב"ם לא אמרו אלא לס"ד דלא איירי דמית גזלן וכיון דיש לי'

ללוקח על מי לחזור כמ"ש התו' והנ"י בשם ר"י בן רא"ש מוציא מיד הלוקח. אבל לפי המסקנא דאם המוכר חי או שהניח נכסים בלא"ה אינו מעיד רק דמיירי דמת ולא הניח כלום וא"כ אף הלוקח אין לו על מי יחזור כלל וה"ל שינוי רשות שלו במקומו בכל אופן דבמת גזלן פקע אחריות שלו ולכך לדינא כאן אין נ"מ בדין זה וזה פשוט. אך מ"מ לקמן סי' שנ"ג בהל' גזילה ה"ל לפוסקים להזכיר דין זה דבאחריו' לא שייך שינוי רשות ונוטל החפץ מיד הלוקח וכל הפוסקים סתמו כמ"ש הש"ך וגם קשה לומר דרשב"ם יחדש דין חדש כזו מסברא כל דהו במה שאין לו ראי' בגמ' וזכר בפוסקים ראשוני' ולכך נראה דאף הרשב"ם לא אמרה למסקנא די"ל מה ביקש רשב"ם בזה אלא דקשי' ליה רב ששת דמוקי לה להך ברייתא. בזה אופן איך נעלם ממנו קושי' אביי אחריותו עליו ואין אחריותו עליו איך יפרש והלא צריך לפרש לשון הברייתא וגם קשי' ליה קושי' תוס' והרא"ש הא אף בקרקע שייך יאוש ולכך סבירא ליה דבהא נחלקו ר"ש ואביי דר"ש ס"ל סברא של הרשב"ם דבאחריות הואיל הלוקח דיכיל לחזור על המוכר הרי רשות מוכר מעורב בו והוי כאילו עדיין ביד מוכר ולא נקרא שינוי רשות בהחלט כיון שעדיין רשות מוכר מעורב באחריותו וכמ"ש ר"י בן רא"ש בנ"י ע"ש ואפילו מת אחר כך גזלן מכל מקום מתחילה בעת מכירה היה רשות מוכר מעורב בו תו לא הוי שינוי רשות וכ"כ המפורשים רק לפ"ז אפילו בלא קיבל אחריות להדיא לר"פ דסבירא ליה בנמצא אינו שלו דחוזר אם כן עדיין רשות מוכר מעורב כהנ"ל לשלם דמיו ועדיין אינו נקרא שינוי רשות אך בפרה וטלית לא שייך דבלי אחריות יהיה רשות מוכר מעורב דבממ"נ אם בא לחזור על המוכר אין יכול לתבוע רק הדמים שנתן בעבורו כמש"ל והך מקבל מן הטורף מתקנת השוק ומה שהכלי עודף על דמי זבינא א"י לחזור על המוכר שלא באחריות ואם כן הוי שינוי רשות גמור דהא אין כאן אחריות דמוכר מעורב בו כלל אבל בשדה דלי' בי' ת"ה אם כן אף דזבין באחריות מכל מקום לר"פ עכ"פ יכול לחזור עליו בדמי זבינא ואם כן דאחריות מוכר עדיין אגוד בי' לא מיקרי שינוי רשות כי עדיין רשות מוכר בו. ואם כן א"ש הלשון בברייתא בפרה וטלית אין אחריותו של מוכר עליו דהא מכרה שלא באחריות ומחמת דין של ר"פ נמצא אינו שלו כו' הא דמי זבינא מקבל מת"ה מהטורף ואם כן הוי שינוי רשות ולכך מעיד אבל בשדה אחריותו של המוכר עליו אף דזבין שלא באחריות מדינא דר"פ דהא אין מקבל דמים כלל מן הטורף ואם כן לא הוי שינוי רשות וגובה אותו מהלוקח ולכך א"מ וא"ש ולק"מ. וגם הקושיא לוקמי ביורש מיושב דביורש לא שייך כן וא"כ שוה קרקע לפרה וטלית וכך היה דעתו של ר"פ אבל אביי דהקשה לר"ש אחריותו וכו' ולא קאמר הניחא לר"פ וכו' ש"מ דבזה נחלק דאביי לא סבירא ליה הך סברא דהואיל דאגיד

בי' המוכר באחריות דלא יהיה שינוי רשות כלל ושפיר פריך דלשון אחריותו עליו לא מתוקמה. וא"ש ולא היה לתי' לשון הברייתא כאגרתא דלא מיקרי ח"ו כי נחלקו בסברא הנ"ל. וא"כ לדינא דהדר בי' גמרא מכח הך קושי' ש"מ דסבירא ליה כאביי וליתא לדינא של רשב"ם כלל במסקנא ולכך לא נזכר בפוסקים כי אף הרשב"ם לא אמרו להלכה. ויש להבין במה דקאמרינן דה"ל יאוש ושינוי רשות לדעת הרמב"ם והמחבר לקמן בסי' שנ"ג ס"ג דביאוש ושינוי רשות במקום דלא שייך תקנת השוק דחייב הלוקח ליתן דמים לנגזל אם כן הך גמרא דכאן איך מיושב הא נוגע בעדות שיהיה לו המעות ביד הלוקח וכבר עמד בזה הש"ך לקמן בסי' שנ"ג ס"ק ה' וכתב ודוחק לומר דהתם איירי דידוע שאין שוה יותר מכפי מה שלקחו ואם כן שייך בי' תקנת השוק כיון שלקחו מגנב בלתי מפורסם וא"צ ליתן דמים ובאמת הך י"ל דאינו דוחק דסתמא דמילתא אינו שוה יותר. אך הא קשי' ותמהני על הש"ך שלא עמד בו דהגמרא פריך ונוקמי ביורש למ"ד רשות יורש כרשות לוקח דמי וכאן קשה הא איך אפשר ביורש הא חייב ליתן דמים לנגזל ואם כן איך יעיד ותקנת השוק לא שייך ביורש דמה תקנה יש בזו וצ"ע לדעת הרמ"א וסמ"ע וב"ח לכאורה ומה שנ"ל הוא כך דבלא"ה קשה על הרמב"ם דבב"ק דף קי"א ע"ב אמרי' על הך משנה הגוזל והניח לבניו פטורים לשלם וקאמר רבב"ח זאת אומרת רשות יורש כרשות לוקח דמי וכו' וקשה למה פטורים מלשלם לו יהיה דה"ל שינוי רשות הא הדמים מחויבים לשלם ולכן נראה דהרמב"ם יליף ליה דינו מהך דאמרינן שם ב"ק דף קי"ד בנוטלו מוכס' חמורו ונתן לו חמור אחר אם נטל יחזיר משום דיאוש כדי לא קנ' ובאיסור' בא לידו ועיין תוס' דף ס"ו דנתקשו בו הא ה"ל שינוי רשות ומכח זה חלקו אם יאוש קודם לש"ר או אחר כך וע"ש וזה לא יתכן לרמב"ם דהא הרמב"ם סבירא ליה דאין חילוק בזה כנודע ולכך סבירא ליה לרמב"ם אם באיסור' בא לידו אף דהוי שינוי רשות מ"מ בעינן דעת אחרת מקנה וזה המקנה לו מקנה באיסור דהא כל כמה דלא קני הלוקח הרי הוא יאוש גרידא והרי הוא באיסור א"כ הואיל באיסור בא לידו חייב לשלם דמים ולכך קתני מחזיר דחייב לשלם דמים ולכך הרמב"ם בהל' גזילה כשמעתיק הך דינא דנטלו מוכסן וכו' ופסק דמן הדין הרי אלו שלו נתן טעם דאינו ידוע ודאי שהיא גזלה ועיין לקמן סי' שס"ט סמ"ע ס"ק ח' ע"ש ואם כן י"ל הנ"מ היכי דהוא דעת אחרת מקנה ואם כן באיסור נקנה כמ"ש אבל היכי דזוכה ממילא והקנו לו משמים כגון ירושה במות אביו תיכף בא לרשותו וה"ל ש"ר לא שייך באיסור' בא לידו ואף הרמב"ם מודה דאין משלם דמים דהרי כשהגיע לרשותו הרי מותר להדיא ול"ק הן מהך דב"ק והן מהך ונוקי ביורש כי לגבי יורש מודה הרמב"ם דאין לו לנגזל דמים וא"ש. ולפ"ז יש כאן מקום

לומר לישב דברי הרשב"ם ולומר מה דכתב דלקח לוי פרה וטלית שלא באחריות לא היה כוונתו כמ"ש התו' והנ"י דאם היה באחריות לא קרוי ש"ר רק סבירא ליה כרמב"ם הנ"ל ואם כן קשי' ליה לרב דסבירא ליה בב"ק דף קט"ו בהוכר הגנב דאין ללוקח דמים מן הנגזל מפני ת"ה דיש ללוקח לחזור על המוכר ואם כן כאן הא הוכר הגנב דלוי ידע ממי לקחה ואם כן קשה איך יעיד הא הלוקח צריך ליתן לו דמים ואי משום תקנת השוק הא בהוכר הגנב לא תיקנו ת"ה דל"ל דרב סבירא ליה יאוש כדי קני דא"כ קשי' ולוקמי בגזלן וע"כ דהך ברייתא כהך תנא דיאוש כדי לא קני ולכך מפרש בשלא קיבל אחריות ואם כן לא מצי הלוקח לחזור על הגנב כלל וא"כ שייך בי' ת"ה ואין לו דמים מן הלוקח כמ"ש לדעת הרמב"ם והא ל"ל דלמא כך הקושי' דגמ' ונהי דמגופיה מייאש מדמים מי מיאש דה"ל דמים מן לוקח והקושי' היא לרב דזה דוחק דא"כ ה"ל לגמרא לומר הניחא לר' יוחנן וכו' ועוד דא"כ מה פריך ולוקמי ביורש הניח' וכו' דילמא הך מ"ד לא סבירא ליה כרב וא"כ אצ"ל דמת גזלן כי כל קו' הגמרא ולוקמי היינו הואיל בלא"ה איירי במת גזלן אבל אי לא איירי בכך לק"מ ועוד למה מחלק בין שדה לטלית ה"ל לחלק בטלית גופי' בין מת לחי וממילא ידעינן דבשדה דלא שייך ת"ה דאין מעיד בשלמא השתא ל"ק דקמ"ל שלא כדעת התוס' די"ל אף בשדה שייך יאוש אבל בענין זה דאף דהוי בר יאוש מ"מ לולי ת"ה לא היה מעיד זה לא שייך וודאי בשדה. אלא ע"כ דקושי' על הגזלן ולא על הלוקח דצריך ליתן לו דמים. ואם כן קשי' ליה לרשב"ם לרב מא"ל ולכך מוקי ליה שלא באחריות והא ל"ק לפלוג באחריו' ושלא באחריו' די"ל כמ"ש התוס' דבאחריות לא שייך שינוי רשות ואף דאין האמת כן מ"מ יש לטעות כן וזהו נראה לענ"ד נכון דיותר טוב שנסבל דוחק בפי' רשב"ם משנימא כי סבירא ליה לרשב"ם דין חדש מה דלא שערו קדמונים ואין לו עוזר וסומך מדברי חז"ל דנימא באחריות לא שייך ש"ר וצ"ע:

כ **אבל אם בא להעיד שהוא של ראובן וכו'** אין להקשות דילמא רוצה להעמידו לפני ב"ח שיבא ויאמר מה נ"מ לי בהודאה שלך במקום שחב לאחרים אין נאמן בהודאתו משא"כ אם הקרקע ביד יהודה אף ב"ח א"י לגבות וצ"ל דכיון דהודה והעיד בב"ד דהוא של לוי אם יבא ב"ח דשמעון ויקח אותו מיד לוי עליו חיוב אם יש לו לפרוע מכיסו ללוי כי לוי נלקה בשבילו כי ב"ח לקח הימנו שדהו וא"כ עדי' ק' קושי' הגמרא אי דאית ליה ארעא אחריתי עליה דידי' הדר ואי ל"ל מה נ"מ דהא גם לגבי לוי מיקרי לוה רשע ולא ישלם דזה לקח הימנו שדהו בחובו ולפי הודאתו אין לו משפט דמים הללו ופרע במה שאין שלו ועדין לוה רשע הוא וצ"ע והעיקר דקאי להתי' דהשני נח לו ובזו לא שייך להעמידה לפני ב"ח דמה נ"מ לו אם יהיה לב"ח נח או קשה וכן מוכח בתוס' ד"ה כגון

כו' דכתבו דהוי מ"ל כגון דאמר דראובן מכרה ללוי דלכאורה קשה דזהו להך תי' השני נח לי אבל לתי' השני אין מספיק ולפ"ז לק"מ דלהך תי' בלא"ה לק"מ די"ל דמעמיד בפני ב"ח ולא מהני הודאתו וכל הקושי' להך תי' השני נח לי דזה לא שייך לגבי ב"ח דמה נ"מ לו אם יהיה לב"ח נח או קשה כמש"ל וא"כ שפיר הקשו כיון דהכל הוא להך תי' הל"ל בקצרה וא"ש ובזה יש להבין מה דקאמר שם ולוקמי בגזלן דלכאורה תמוה סיפא איך מוקי' מ"ש שדה מ"ש טלית ודוחק לומר דסבירא ליה יאוש כדי קנה דא"צ להחזיר אבל לפי הנ"ל ניח' דהקושי' ולוקמי בגזלן ואמר דהקרקע של לוי כס"ד בגמרא ולכך שדה י"ל דמעמיד בפני ב"ח משא"כ מטלטלין דאיירי כדלקמן דלא היה ליה שדה מעולם ואם כן לא שייך להעמיד בפני ב"ח. וכל זה משום דדחוקי ליה לומר דאיירי דמית גזלן וזהו הכל לתי' כגון דאית ליה סהדי וכו' אבל לתי' השני נח וכו' דלא שייך זה בלא"ה לק"מ דלא צריך לאוקמי כנ"ל דמת גזלן דהא שניהם אומרים שבא מכח ראובן ואם כן לעולם צריך ראובן לשלם וכל הקושי' הוא רק להך תי' ועמש"ל בס"ק י"א ולפי הנראה זהו סותר לדברי טור ודוק. והנה אם מביא זה העדים וזה העדים ומתחילה בשהביא יהודה עדים היה ראובן פוסלו בב"ד כי לא נודע לב"ד שהוא נוגע וכעת בא ראובן בעדים שלו ועכשיו צועק יהודה אף עדים שלי כשרים דמה שהיה פוסלו מתחילה עכשיו ניכר שהיה לטובתו שם ברשב"ם דף מ"ד ע"א שני סברות אי הואיל דנפסלו א"א להחזיר להביאם או יכול להביאם רק שם עכ"פ לא זו דאם כבר יהיה קרקע בידו יהיה היכי דקיימא תיקום אף גם אם לא יהיה בידו יהיה עכ"פ יחלקו משא"כ אם יטול אותו יהודה טרם שיש לו עדים יהיה יהודה מוחזק ומדברי תוס' ד"ה כגון כו' שהקשו על הלשון בגמרא דאמר בהאי זכותא וכו' ולא הקשו באמת דה"ל לשנוי' כך דאית ליה עידי גזלה ולא עידי חזקה כמ"ש רמב"ן באמת וכן טובי יש דעדים שלו קרובים ליהודה ורחוקים ללוי. אבל לפי שכתבנו ניחא דמה בכך עדיין לא יחרוך רמי' צידו אם הוא כעת יפסול עדי יהודה אם אחר כך יבא בעדים שלו לטרוף יבא יהודה בעדים שלו ולא יועיל כלל מה שפסלן ויזכה יהודה בשדה דעדים שלו אינם כלום נגד יהודה. ולכך הוצרך הגמרא לשנוי' דאיכא עדים לזה וכו' דאף דיהיה עדי יהודה אחר כך חוזריה לכשרותן מ"מ יש לו תועלת במה שפסלן תחילה ואפשר הרמב"ן דהקשה זו וממאן לפרש כן הוא דא"כ מה פריך הגמרא מדמים מי מייאש הא כל הקושי' הוא לכאורה רק להך תי' דאי' סהדי למר וכו' אם כן כשבא שמעון אחר כך להוציא בעדים שלו עדים של יהודה חוזרים לכשרותן נגד שמעון דה"ל נוגע ואם כן לא יהיה יכול להוציא מעות מיד המוחזק דיטעון אולי אמת כעדים של יהודה ולא עשיתי לך דבר ויהודה אינו טוען שראובן גזלה הימנו

רק לוי ואם כן אין מקום לקושי' הגמרא אבל כבר כתבתי לעיל ס"ק י"ח בטור די"ל קושי' הגמרא קאי להך תי' השני נח ע"ש ולק"מ. ובזה אפשר לישב מש"ל על הרמב"ם דמה פריך הגמרא ולוקמי ביורש הא מחויב לשלם דמים די"ל קושי' הגמרא להך שינויא דאית סהדי לזה ולזה ואם כן בשלמא קרקע בחזקת בעלים ואם כן נוטל מחצה וכן בכלי דניתן לחזרה אי רשות יורש לאו כלוקח דמי אבל אי כרשות לוקח דמי ואם כן הכלי שלו רק צריך ליתן דמים א"כ ידחה היורש ויאמר האמת עם עדי יהודה ולאו בעל דברים ודוחק לומר דיכתבו הרשאה כי בגזל קשה ליכתוב הרשאה מדיני הגמרא כנודע ואילו הוי אמרי' דבדר' נתן יכול למחול י"ל הקושי' בפשוט שקושי' הגמרא ונימא דהודה דהוא של יורש ולכך בשדה א"מ דאולי מעמיד בפני ב"ח אבל במטלטלין אף בלי הודאתו א"י לגבות גוף מטלטלין רק הדמים ויכול למחול אף שחב לאחרים ולא שייך מעמיד בפני ב"ח משא"כ אי רשות יורש לאו כלוקח אם כן גוף החפץ שלו ולא שייך בי' מחילה רק צריך מתנה גמורה ואם הוא חייב לב"ח כשעבוד מא"ק לא יכול ליתן ואין מועיל מתנתו וא"ש ודוק:

כא **בכל ענין יכול להעיד כו'** כתב הנ"י שמעינן מהא דנוגע בדבר יכול להעיד לחובתו דהכא נהי דמעיד דלאו יהודה היא ה"ל נוגע בעדות אי אסהיד דלוי הוא מקבלין מיני' עכ"ל הרנב"י ע"ש וכ"כ לעיל בריש סי' הסמ"ע וכן הש"ך בפשיטות כאילו אין חולק וראית הנ"י אעפ"י דודאי לחובתו הודאת בע"ד כק' עדים דמי מ"מ איך יהיה עד לגבי יהודה הא הוי בעל דבר ונוגע ואינו בגדר העד ומזה הוכיח דהוי עד. וכן משמע מהך דלעיל בש"ע סעיף ו' דשותף אם אמר דבר שהוא לחובתו וחובת שותפו הרי זה נאמנים להעיד ש"מ לגבי שותף הוי עד אמנם הנה יש כאן חולקים ה"ה הרא"ש בתשובה כלל ו' סי' כ' דאם בני העיר העידו שא' מהן נפטר מן מס הואיל בני עיר הם מפורעי מס אינם יכולים להעיד לא לזכות ולא לחובה דאין החילוק בין עדות הפסול פסול לכל עולם וחלקם יכולים לוותר בהודאתם וכו' עכ"ל הרי מבואר דלחוב עצמו רשאי לא מתורת עדות דהודאת בע"ד כק' עדים ויכול לחייב עצמו אעפ"י שאינו חייב אבל לא שיהיה בגדר העדות כדי שיועיל עדותו לגבי אחרים. ובאמת שבתי וראיתי כי הרא"ש אזיל לשיטתו ותלי' במחלוקת גדולים כי בזבחים דף ע"א נתן רש"י טעם דלכך שור שהמית או שנרבע עפ"י בעלים פטור ממיתה משום דה"ל מודה בקנס וכן נראה מדברי רש"י סנהדרין דף יו"ד דשור שנרבע עפ"י בעלים בדליכא עדות על פלוני שרבעו דאמרינן מיגו דפלוני נהרג אף שור נהרג דשור פטור ולא פי' הטעם אבל בזבחים מפורש משום מודה בקנס ואם כן מוכח דלחובתו יכול להעיד בממון דאל"כ תיפוק לי' דהוא נוגע בממון

והוא פסול מחמת נגיעה אלא הואיל והוא לחובתו נאמן ולכך צריך לומר משום מודה בקנס והתוס' אף דהשיבו שם על רש"י מטעם מודה בקנס מכל מקום העלו שם דאם הבעל ואין אחר עמו בשביל כך אינו נהרג דהוא גזרת הכתוב שמע מיניה דלולי כן אינו נוגע ולכך ביש אחר עמו משמע דנהרג וזה הכל לראיה דלחובתו מעידים. אך הראב"ד בהשגות בהלכות עדות והרא"ש ספ"ק דמכות כפמש"ל בס"ק ל"ד כתבו דהאומר פלוני רבע שורי דלא פלגינן דבורא ואמרינן מדאינו נאמן לגבי שור אינו נאמן לגבי אדם נמי ועל כרחך הטעם דאינו נאמן לגבי שור משום דהוא נוגע דלטעם התו' הא באמת בישנו אחר עמו נאמן על השור ולטעם רש"י דהוי ליה מודה בקנס איך שייך עדות שבטלה מקצתו הלא אין כאן ביטול עדות כלל רק מתורת קנס ואיך שייך בטלה מקצתו. ועל כרחך צריך לומר דלכך הוי עדות שבטלה מקצתו משום דהוי ליה נוגע ובעל דין ואינו בגדר עדות ולכך בטלה מקצתו וזהו ברור ברא"ש וראב"ד ולכך הרא"ש אזיל לשיטתו ופסק בתשובה הנזכר לעיל דנוגע בדבר א"י להעיד לחובתו גם כן והיינו כמו שכתב' דיליף לי' מהך דשור ולענ"ד אף רש"י סבירא ליה כן דהא התו' הקשו על רש"י בזבחים דאם הטעם משום מודה בקנס מה מהני דאם אמרינן פלוני רבע שורו מגו דמהני לפלוני מהני נמי לשור דמה בכך מ"מ מודה בקנס הוא דודאי רש"י ס"ל דעד לא מיקרי דהוא נוגע רק דל עדותו מהני הודאת בע"ד כק' עדים ויכול לחייב עצמו ולזה נתן רש"י טעם משום דה"ל מודה בקנס וא"כ בשום צד א"י לחייב השורי אבל באומר פלוני רבע שורי דהוי עדות לענין פלוני לא פלגינן דבורא אף לענין שור הוי עדות גמור אף דהוי נוגע מ"מ כיון דהוא לחוב והוא לענין פלוני עדות אף לגבי שור הוי עדות ולא שייך מודה בקנס כיון דהאי מתורת עדות וא"ש. וכמעט נראה ראיה לדברי הרא"ש מסוגי' דקידושין דף ס"ב דאמרינן נרבע שורו עפ"י ע"א או ע"פ בעליו ודייק הגמרא והבעל מה קאמר אי דהודה לו היינו ע"פ בעלי' וקשה עדיפא ה"ל להקשות אי דהודה לו להדיוט נמי אסור והרי הוא יוצא להסקל ולא מנה במשנה רק אסורים לגבי מזבח לחוד ועכצ"ל דאין נאמן להרוג שור אפילו בצירוף עד כשר עמו ומדברי רמב"ם דאף דפסק בהלכו' עדות דאף השור יסקל דלא פלגינן דיבורא ובהלכות איסורי מזבח משמע דעפ"י בעלים אפילו בעליו שני' אין נהרג אין הכרע איך דעתו די"ל דס"ל כרא"ש ומ"מ ס"ל הואיל לגבי פלוני הוא כעד אף לגבי שור הוי עד כמש"ל לפי' רש"י ובאמת אם באנו לדון מהשכל קשה עלי לצייר האומר רבע שורי יהיה בגדר עדות הואיל הוא לחובתו לולי מטעם מודה בקנס ואחיו האומר רבע שורו אף שהוא לחובתו אין נאמן דכי יכול קרוב להפסיד ממון קרוב לא יומתו כתיב. וכן בדברי הגמ' יש לתמוה כן וכן במ"ש הסמ"ע וש"ך ברישׁ סי'

זה דנוגע מיפסל משום דחשוד לשקר הא אי ידעינן דאמת העיד הרי הוא בר עדות דזה וודאי דהודאת בע"ד כק' עדים רק הכל מיירי לענין עדות וא"כ הוא יכול להעיד אילו אינו משקר וקרוב שלו דודאי אינו משקר כלל כנודע דהוא רק גזירת המלך לא יכול להעיד הוא אצלי רחוק בסברא ועכ"פ לדעת הרא"ש וראב"ד דא"י להעיד כלל אפילו לחובתו מוכח כדעת הע"ש דהוי בעל דבר ונוגע ולא משום חשש דישקר דמה שקר שייך בחובתו. ופשוט והם הש"ך וסמ"ע דחו לע"ש בשני ידים ונדחה חזר ונראה כי גדולי פוסקים ס"ל כוותי כמש"ל וכמ"ש כאן. ובדקדוק הנ"י מהך דינא דפריך כיון דמסהיד דלוי וכו' מלבד דיש לדחות דכאן אין נגיעה גמורה רק חשש רחוק וכיון דאודי דלוי הלא אסתלק החשש ואגלאי מילתא למיפרע דלחנם חשדהו דישנו בו נגיעה לו והרי זה כשר מתחילה ועד סוף אף גם הא כתב רשב"ם להדיא דס"ל דמסהיד דהך שדה של לוי ולאו דיהודה איהו וא"כ כשאמר דהוא של לוי נסתלק וכשמעיד אח"כ דלאו יהודה הרי כשר להעיד דכבר נסתלק והא קי"ל בפיסול ממון לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות וא"ש ולק"מ ולכן הך דינא להעיד לחובתו במחלוקת שנוי' והוא ספק עצום בפוסקים וצ"ע:

כב **שיסתלק עצמו כו'** הא אי נסתלק אף להעיד יכול דבפיסול ממון לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות והש"ך כתב דרבים חולקים כמ"ש מהר"ם דהא דפריך ולסלקי תרי מנייהו ולדייניהו היינו לדיינים דעכשיו דהמה דיינים ואז הם מסולקים משא"כ שראו הדבר בעת שהמה נוגעים הוי תחילתו בפיסול. והרא"ש כתב בתשובה כלל נ"ה דמהך דשותף דיכול להסתלק ולהעיד ש"מ דלא כמהר"ם והש"ך דחהו והוכיח דהתו' הקשו הך קושי' דהא הוי תחילה בפיסול על קושי' ולסלקו תרי ולא הקשו מקדם על שותף שיכול לסלק אלא דמשותף ל"ק דאיירי בעדות שראה אחר הסילוק. ע"כ וזהו דוחק דא"כ מהכ"ת יפסול ואי כמ"ש הרשב"ם דס"ל דהסילוק הוא קנוני' זהו הוא דוחק וכי ידע שיבא ערעור ויראה עדות המועיל לטובת השותפים ועוד אם כבר נסתלק שותפין קרי' ליה עד דאמר שמואל שותפין מעידים זה לזה וכי בשביל שהיה עמו שותף משנים קדמונים עודנו שם שותף עליו הא בבוא המערער אין כאן שותפין אלא ברור בעת הערעור היה שותף רק כדי להכשיר העדות מסתלק רק מ"מ עדיין י"ל דלק"מ משותף די"ל דראה העדות שהעדים פסולים זה עשרים שנה ואז לא היה הקרקע שלהם ואח"כ לקחוהו בשותפו' ובעת בא זה לערער ועדים הנ"ל עמו יכול לסלק ולהעיד על פסלותם דכיון דנסתלק הוי תחילתו וסופו בכשרות ולק"מ משותף ולכך לא הקשו התוס' משותפים אמנם המעיי' בתשוב' הרא"ש יראה דכתב דגמ' פריך על שותף מהך דבני עיר וכו' ואמאי ליסלקו וכו' ומשני שאני ס"ת וכו' ש"מ דיכול לסלק ולהעיד ואילו כוונתו פשוט להוכיח מהך דשותף דמסלק

ומעיד לא היה צורך להביא קישי' הגמרא ופירוק' רק תחילה מימרא דשמואל דשותף מסלק ומעיד אלא ברור כוונת הרא"ש כך דודאי סברא לומר אפילו אצל דיין לא יועיל סילוק דמ"מ דעתו היה קרובה לכך קודם סילוק ותו לא חזי' חובה וזה תליא בקירוב דעת והא אמרו בשני דייני גזירות להדיא גבי ריב"י וכדומה שהביאו להם מתנה ולא רצו לקבל ומ"מ לא רצו לדון דמקרבי להו דעתי' ואין לך סילוק מעיקרא מזה שלא רצו לקבל כלל ומ"מ קרוי קירוב דעת מכ"ש ביש לו בו חלק באמת רק עכשיו שמסלק נפשו די"ל תו עכ"פ דעתו מקרב' וזהו יותר אפשר מעדות דשם לא נחשד לשקר בשאין להם נגיעה דהרי כבר נסתלקו משא"כ דיינים דדעתם קרובה והרי זה כאוהב ושונא דכשרים לעדות מה"ט ופסולין לדון מה"ט ואף זהו כאוהב דהיה להם חלק בענין העיר ופשוט. ולפ"ז קשה מה פריך הגמ' על שמואל דאמר שותף מעיד מבריית דאין דנים בדייני עיר ואמאי ולסלקו וכו' ופי' רשב"ם אלא דחיישי' לקנוני' וקשה מה קושי' דילמא לקנוניא לא חיישי' ובשלמא בשמואל דהוי תחילתו וסופו בכשרות מותר להעיד אבל כאן איך יעידו הא תחילתם בפיסול וכן דיינים דהא תחילתם בפיסול ותו לא חזו חובה כמש"ל אבל לקנוני' לא חיישי' ולק"מ ועכצ"ל דאין קושי' הגמ' מן קנוני' דמהכ"ת לחוש כך רק הגמרא ס"ל דעיקר מה דקמ"ל שמואל אף דהיה תחילתו בפיסול וע"ז פריך מהך דבני עיר דלא מהני סילוק הואיל ותחילה בפיסול ומשני שאני בני עיר וכו' אבל בעלמא מהני סילוק בעדות אף דתחילתו בפיסול וזהו הוכחת הרא"ש ולזה נתכוין באמת וא"כ מי יחלוק עליו בסברא ובפרט שמסתברין דבריו. כי לישנא וליסלקו בי תרי משמע דקאי על עדים דל"ל על דיינים והא דנקט בי תרי ולא תלתא משום דלשמואל פריך וס"ל שנים שדנו דין א"כ ה"ל לומר ולסלק חד הא לשמואל אפילו אחד יכול לדון כמ"ש התוס' דלשמואל שנים ל"ד ואפילו חד נמי אלא דמודה שמואל דמתחילה בעי תלתא כמ"ש רש"י ב"ד חצוף שעוברי' על תקנת חכמים וא"כ עדיין הל"ל תלתא אלא ברור דקאי על עדים דעל דיינים ל"ל הסילוק הא יש דיינים הרבה בעולם ומהכ"ת יסלקו אבל על עדים שפיר פריך דמאין יהיו להו עדי' בעיר אחרת א"כ טוב שיסלקו הם ויעידו משלא יסלקו ויפסידו כל בני עיר. והנה יש ראיה מהך דלעיל דפריך וכיון דמסהיד דלוי היא איך מצי מפיק מיניה וקשה מה קושי' אמת עכשיו אומר של לוי היא ומבטל זכותו דיש עליו כי לקחה מראובן דגזלה הימנו מ"מ בשעת ראיה שראה לבטל עדות יהודה היה נוגע כי קודם שהעיד בב"ד שהוא של לוי היה נוגע להוציא שלו מיד לוי כמבואר בגמ' וא"כ כבר נפסל עדותו על יהודה ואף דאח"כ מעיד כשנסתלק ואין כאן נגיעה ה"ל תחילתו בפסול. וזהו כמעט ראיה שאין עליו תשובה וגם הא דסתם הגמ' דבפרה וטלית מעיד

לבטל עדי יהודה ה"ל לחלק דאם העדות שמעיד מול יהודה היה באותו זמן קודם שמכר ראובן הגזלן אותם ללוי או אפילו מכר רק היה עודנו חי א"כ א"י להעיד אף שהם ביד לוי ומת גזלן דהא ה"ל תחילתו בפסול. ואיך קתני סתמא מעיד א"ו בממון אם השתא כשר תו לא משגיחין כלל אם היה תחילתו בפיסול מיהו זהו יש לדחות ולומר דמיירי דמעיד דהעדים פסולים שהם גזלנים וכדומה וא"כ מה תחילתו בפיסול וכאשר ראה שדתן ואבירם הם רשעים וכי ידע שיהודה יביאם לעדות מה שנוגע לו וא"כ לא יוכל להעיד ברואה א' דעובר על עבירה לפוסלו דאולי יביאו א' להעיד נגדו שחייב לו מנה וכדומה ועכשיו דיהודה מביאם הלא כבר נסתלק נגיעתו וה"ל תחילתו וסופו בכשרות, וכן י"ל לעיל גבי שותף דמעיד בכה"ג וא"צ במש"ל דראה העדות מימים ימימה ע"ש. אך הא מ"מ קשה מנ"ל להגמ' להקשות וכיון דאסהיד וכו' מנ"ל דאיירי בכה"ג דפוסל העדים דילמא מיירי בגוונא אחרית' כמ"ש הרשב"ם להדיא וא"כ לק"מ ודוחק לומר דס"ל לגמ' דע"כ איירי בכה"ג בפסול עדים דאל"כ איך קתני דבפרה וטלית סתם מעיד הא קשה כמ"ש אולי יודע העדות קודם שמת גזלן ועכצ"ל דאיירי בפסול עדים ושפיר פריך וא"ש אך קל המעי' מבחין בשכלו כמה רב מהדוחק יש בזה. ומבוארים הדברים כמ"ש דלא בעינן תחילתו בכשרות ותמהני מהמחברים שלא הזכירו ראיה זו וגם לפי דעת מרדכי והסכים הש"ך עצמו עמו לעיל סי' ל"ד דהאי דקאמר לדידי אוזיף ברבית' דנאמן לפוסלו היינו דלא שקיל מידי דאל"ה נוגע בעדות יש לפקפק מ"מ בעת ראיה שהלוה וקצץ עמו היה נוגע דאולי יקח ממנו. מיהו זהו יש לדחות ועיין מש"ל בסי' ל"ד בהא דבע"ד וכן שני נגזלין יכולים להעיד הא בעת הגזילה היו נוגעים דנטל שלהם ולכן נראה ברור כיון דרבוותא שהביא הרמב"ן וריב"ש עיין לעיל סי' ל"ו מ"ש בזה ורמב"ן גופי' בחדושיו וכן התום' בכמה דוכתי מסכימים כן וכן הרא"ש וממש רוב פוסקים סבירא להו כן ודאי דאין לומר קים ליה כנגד רוב פוסקים הנ"ל. אך אם קרוב של הנוגע שנסתלק אחר כך יכול להעיד בזו יש דעות דלדעת רבוותא דסבירא להו דלכך מהני סילוק משום דהוי בע"ד ואין בע"ד בגדר עדות אם כן קרוביו א"י להעיד אבל לדעת האומרים דבפסול ממון א"צ תחילתו בכשרות אף קרוב יכול להעיד וכ"כ הרמב"ן להדיא הך חילוק בחידושיו ולכן דין זה צל"ע כיון דהרא"ש וראב"ד מסכימים לדעת זו וכן הריב"ש כמש"ל בסי' ל"ו באריכות. ובלא"ה דעת מהר"ם לחלוק על הכל כמ"ש ואם כן הבו דלא לוסיף ובזה לא מצינו בגמרא וכן בלשון מחבר ראיה נגדו ולכן בזו ודאי דמצי למימר קים ליה ודוק:

כג **שהנאה להם שיתעשרו העניים וכו'** ק"ק דהא שנים אלו נותנים כפי קצבתן כפי שאמרו מקדם אבל שאר בני עיר אין נותנים רק מגרעים מחמת המנה ההוא לפי ערך

מסכום קצבתן כמ"ש דהם העדים אומרים אנו ניתן דבר הקצוב משמע דאידך אינם נותנים ואם כן מה יתעשרו עניים בזה וכי בשביל דבר מועט שלהם שנותנים עוד קצבתן יתעשרו וצ"ל דודאי אם אינם פוסקים כפי קצבתן הם נוגעים דאנו אומרים אין לבם לנדב צדקה ומעידים להרויח. אבל איפכא ג"כ נימא דבני עיר יהיה נדבנים בצדקה ולמי יתן הלא ענייי עיר קודמים לענייי עיר אחרת ואף שאין חיוב עליהם הואיל יש להם ואם כן אף המה יתנו מכל מקום ובזה יתעשרו עניים. וזה דוחק ויותר נראה דהיינו עשירות השומח בחלקו ואין נצרך לבריות ועי"כ שמגיע לעניים מנה ההוא אין צריכין לקבל כ"כ צדקה מבני עיר זהו עשירות שלהם דאין מצפים כ"כ למתנת ב"ע ואין עיניהם תלויות להם ביותר והיינו עשירות. וזהו הרווח' לעני' ונכון. והנה הרשב"ם פירש במה דאמרו וליתבו שנים מה דקיץ להו ומשני כיוון דרוויח רויח ופירש הרי יש להם מעות ולמה יתנו כ"ז שאין צריכין וצ"ל אעפ"י דהקושי' הוא שיקצבו להם ליתן מ"מ לשנה אחרת ירוויחו וכ"כ הב"י בלשון רשב"ם ואפילו יתנו עתה לבסוף מרוויחים הן. והקשה התו' יקצבו על נפשם ליתן לעולם. ואין זו קושי' דכל קושי' הגמרא ולחייבו שנים דבר הקצוב דבלא"ה אם לא יועיל עדותן ג"כ מחויבים ליתן דבר קצוב ואם כן מה מזיק להם אם יתחייבו ליתן כך להועיל שיוכשר עדותן לכל בני עיר ומשני הגמרא שפיר דמ"מ נוגעים דאם יקבלו בתורת צדקה ליתן כל שנה אם עניים יהיה להם מחסורם אין רשאים לקבל צדקה וירוויח בזה ואי דיקבלו על עצמן ליתן מ"מ אף דאינם בגדר לקבל צדקה רק בתורת מתנה זה אינם רוצים לעשות כי אם לא יעידו מה שנותנים הוא בדרך צדקה ונפטרים מצדקה עי"כ ואי יתנו בתורת מתנה עדיין לא יצאו ידי חיוב צדקה שמוטל על כל איש ישראל לקיים ויהיה נפסדים בכפליים וא"ש:

כד **לא ראינו אינו ראיה** הרב הש"ך האריך בזה לקיים מ"ש בריש הלכות שחיטה במ"ש האגור כי לא נהגו לנשים לשחוט כי לא ראינו מעולם נשים שוחטים וכתב עליו הב"י לא ראינו אין ראיה וכתב הש"ך שם מהך דהכא דבמקום מנהג לא ראינו הוי ראיה וכאן האריך בזה ואני איני מבין בזה דבריו דודאי במקום דהדבר תלוי וידוע דיש מקומות שנהגו כך או כך או דיש מחלוקת בפוסקים שפיר הוי לא ראינו ראיה כגון בסבלונות דיש מקומות דחוששין לקדושין ומקומות דאין חוששין וידוע בזה כדאמרינן בגמרא ובפוסקים והם העידו שלא ראו מקום הזה לחוש בסבלונות לקדושין אמרינן בזה לא ראינו הוי ראיה וכן בעירובין יש מחלוקת פוסקים בתנאים זה א' להשלים וזה שלא להשלים אמרינן הואיל ולא שמענו מסתמא דעתם כהך תנא. אבל שם דאין כאן פקפוק

אי שוחטים נשים והוא אמר הואיל ולא ראיתי לשחוט ש"מ דמנהג כך היכי נחדש מנהג מה דלא ידענו שיש מקומות דנהגו כך ויפה טען הב"י ודוק וצ"ע:

סימן לח

קיצר במקום שהיה לו להאריך וכו' ולכן נבאר קצת מ"ש הטור ופרטי דינא הזמה במקצת ונדקדק בו מה שיש בו צורך להבינו כתב הרמב"ם בהל' עדות פח"י דין ב' עדים שבאו ואמרו ראינו זה שהרג הנפש או לוה מפלוני מנה ביום פלוני ובמקום פלוני ואחר שבדקו באו שנים אחרים ואמרו ביום זה ובמקום זה היינו עמכם ועם אלו כל היום ולהד"ם לא זה הרג את זה ולא זה הלוה את זה הרי זו הכחשה וכן אם אמרו להם איך אתם מעידים כך הלא ההורג או הנהרג או הלוה או המלוה עמנו היה ביום זה במדינה אחרת הרי זו עדות מוכחשת וכו' אבל אם אמרו אין אנו יודעים אם הרג זה את זה ביום זה בירושלים כמו שאתם אומרין או לא הרגו ואנו מעידים שאתם עצמכם עמנו הייתם ביום זה בבבל הרי אילו זוממין ונהרגים או משלמין הואיל והעדים שהזימום לא היה משגיחים על עצמו של עדות כלל אם אמת ואם שקר עכ"ל מבואר דעת הרמב"ם דאם אמרו על עדים עמנו הייתם ביום פלוני וגם הבעלי דברים עד שהעידו דגוף המעשה ג"כ א"א להיות נעשה ביום ובמקום הזה אין כאן הזמה רק הכחשה ודעת התי"ט וכן הלח"מ כתב דטור חולק וסבירא ליה דכל המעידין בגופן של עדות ואומרים אתם עמנו הייתם אעפ"י שאמרו גם הבעלי דברים עמנו היו ומכחישין גופו של עדות מ"מ ה"ל הזמה וכתב לח"מ דלא מצא לרמב"ם סמך ועזר מגמ' ונר' דיש לו לרמב"ם ראיה מהא דפרכינן הרוג יציל נרבע יציל ומשני שרבעו מאחוריו והרגו מאחוריו וכבר תמהו המחברים מה פסול יש בנרבע ונרצח שיהיה בגדר הפסול שיבטל כל העדות ואפי' דנדחוק בנרבע דפי' מרצונו מ"מ בהרוג מאי איכא למימר דכבר כתבנו לעיל בסי' ל"ג בסופו ראיה מן ספרי זוטא דנרצח בעצמו יכול להעיד וגם י"ל דמשני שרבעו מאחוריו והרגו מאחוריו וא"כ יש לתמוה דא"כ לר"י ור"י אמר שמואל פוסק כוותי' לעולם לא יהרג רוצח ורובע רק באם שהרג מאחוריו ורבעו מאחוריו אבל מלפניו לא יהרג ודבר זה דחוק ועיין מש"ל בסי' ל"ו מזה ולכן נראה דשמעתי קושי' בשם שארי הגאון מהורר חיים יונה תאומים ז"ל על הרמב"ם דא"כ האומר פלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפין להורגו הא ה"ל עדות שאי אתה יכול להזימן דאם יזימו ויאמרו עמנו הייתם אתם אם כן אף על גוף המעשה מעידים שקר היה והבעל דבר עמנו היה ואם כן אין כאן הזמה רק הכחשה ולא יש בעדותו מקום לחייב דה"ל עדות שאי אתה יכול להזימן וקושי' ראויה הוא לחכם

לבב ואמת כי יש לדחות כיון דקי"ל פלגינן דבורא ואמרינן לא לו רבע כי אם לאחר וה"ל כמעיד בב"ד פלוני רבע ולא לו ואם כן אם עדים אומרים עמנו הייתם אין כאן הכחשה בגוף עדות דיכול להיות דמ"מ הרובע רבע איש אחר דהא פלגינן דבורא ואמרינן לאיש אחר רבע. ואי קשה תינח ברבעני לרצוני רבעני לאנסי מה א"ל דלא פלגינן דבור' כלל והראי' דר' יוסף סבירא ליה לא פלגינן דבור' אם אומר רבעני לרצוני ומכל מקום לאונסי סבירא ליה דנאמן להצטרף ש"מ דגבי' לא פלגינן דבור' אמת כן נראה אבל ראה מצאתי לאחד קדוש מדבר הרב רדב"ז בתשובה ח"א סי' רל"א דכתב גם על פלוני רבעני לאונסי דפלגינן דבור' והוי כרבע לאחר ולכך כתב ברצחני דא"א למפלוג דבור' דהרי שור שחוט לפניך באמת לא מהימן וצריך תלמוד דהא ר"י אמר רבעני לאונסי נאמן ואיהו לא סבירא ליה כלל פלגינן דיבור' וצ"ל דגם לר"י סבירא ליה פלגינן דבור' רק סבירא ליה אדם משים עצמו רשע כמו דאמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים לענין ממון כן לעשות עצמו רשע ואם כן באומר רבעני לרצוני אף דפלגינן דבור' ואמרינן דהוי כרבע לאחר מ"מ הודאת פיו ה"ל כק' עדים לעשותו רשע ואיך יעיד הא ה"ל רשע ורבא פליג וסבירא ליה דאין משים רשע לעצמו אבל אף ר"י סבירא ליה פלגינן דבור' כן צ"ל בדברי הרדב"ז ואם כן כל הנ"ל שפיר ולק"מ אבל עם כל זה דחוק דמשמעות כל מחברים דגבי לאונסו לא פלגינן דבורו כלל והקושי' במקומו ומה שיש לתרץ דודאי אין עדים צריכין לומר עמנו היית' ביום זה במקום אחר כי אף אם אומרים ביום זה באותו מקום היינו עמכם כל היום לא זז מאתכם וראינו כי לא ראיתם שהרג פלוני את פלוני ה"ל ג"כ הזמה דמ"ש במקום אחר ומ"ש באותו מקום וכן אמרו בגמרא אם אמרו שראו במזרח הבירה ואמרו חכמים אם יכולים לראות מזה לזה כו' ועיין לעיל סימן למ"ד מ"ש ועיין תשובת מהרי"ן לב ג"כ מבואר דאף באופן זה שייך הזמה דמ"ש ופשוט ובגמרא אמרינן נרבע יציל ומשני שרבעו מאחוריו ולפ"ז באומר פלוני רבעני ביום פלוני ובמקום פלוני שפי' יש בו הזמה דעדים יאמרו עמכם היינו במקום ההוא כל היום ההוא ולא זז ידינו מידכם פנים אל פנים כל היום עד שא"א שרבע אותו לפניו ואמת כי אפשר כי רבעו מאחוריו ואם כן יכול להיות כי המעשה אמת שרבעו אבל מכל מקום אתם אומרים שקר שראיתם אותו רובע כי מלפניו א"א עמכם היינו פא"פ ומאחוריו הלא א"א לראות אותו ושקר אתם דוברים וא"ש והוי עדות שיש בו הזמה ולק"מ. אך זהו למסקנא דמשנינן ברבעו והורגו מאחוריו אבל בס"ד דלא עלה ברוח המקשן לומר כן ודאי דאין הנרבע והנרצח יכול להעיד דה"ל עדות שאילה"ז ומבואר בגמרא דסנהדרין פרק היו בודקין דשנים אומרים בכמה בחודש ואחד אומר א"י לר"ע כל עדותן בטלה דה"ל נמצא א' מהן קרוב או פסול הרי דהואיל דזה

הוי עדות שאילה"ז באומרו א"י מבטל כל עדים (ועיין לעיל סי' למ"ד דכתבתי דרמב"ם סבירא ליה דהך לר' יוסי אבל לרבי אינו מבטל שאר עדות ולכך פוסק דאינו מבטל שאר עדות ע"ש אבל לר' יוסי ודאי דמבטל שארי עדות) ואם כן ה"ה בנרצח ונרבע דהוי עדות שאילה"ז ושפיר פריך הגמרא הרוג נרבע יצילו דהא הוי עדות שאילה"ז כקושי' הנ"ל ואם כן כל עדות בטלה ומשני הגמרא כשרבעו והרגו מאחוריו ואם כן שייך בי' הזמה כמש"ל ואף הוא אינו מבטל עדות ואם כן אף ברבעו מלפניו והרגו אין בו פיסול לבטל העדות וא"ש ודוק ודברי הרמב"ם מוכרחים ונכונים (ובתשובת מהריב"ן לב טען על הרמב"ם דהא בב"ק דף ע"ג קאמר מיפוך והזמה הרי דעדים מזימין ומכחישין ונ"ל דהא בלא"ה מוקי שם דעמד בדין אם כן י"ל דעדים דאמרו הפיל שינו ואחר כך סימא עינו לא דהעידו דראו כך רק בב"ד היו עדים מעידים בזה ויצא פס"ד ליצא לחירות ולשלם דמי עין ובאו עדים ואמרו היינו בשעת מעשה והיה להיפוך ומה נ"מ בעדים הללו שהעידו כך בבית דין שקר העידו. וגם אתם שאומרים ביום פלוני שמעתם מבית דין פס"ד לא הד"ם עמנו הייתם ביום פלוני אם כן אין זה הכחשה והזמה כאחד כי הכחשה אינו בגופו של עדות שיכול להיות שהם אמת מעידים כי כך העידו רק סהדי ההמה שהעידו כן בבית דין מוכחשי' והזמה ההוא בגופן של העדים ההמה שהם העידו שקר וענינו של זה לא כשל זה ולק"מ אך י"ל אם כן אף בג' כתות גם כן יתכן בזה ומה ראיה הכחשה תחלת הזמה דילמא שאני התם דלא היה הכחשה בגופו של עדות כמו הזמה ויש ליישב אבל יותר נראה היכא אמר הרמב"ם כן היינו אם מכחישים ללא צורך ב' עדים אומרים הרג והם מזימים והוסיפו לומר שפלוני חי ומה צורך לזה ומה מועיל זה אלא דהמה גם כן מכוונים להכחשה ומי יאמר הזמה עיקר דילמא הכחשה עיקר אבל במקום שיש תועלת בהכחשה כהך ראשונים אמרו הפיל שינו וסימא עינו ואם יזימו לבד לא יצא עבד לחירות ולא יתחייב האדון כלום ולכך אמרו בהיפוך היה שיצא לחירות ומתחייב אדון דמי שן וכה"ג לא בטלה הזמה וא"ש ויש לרמב"ם ראיה דבאמת מה דוחקיה לאביי לומר במיפך והזמה ולא הוי דומי' דרישא ולדחות דין רבא אלא דאביי קשיא ליה אם בג' כתות איירי ל"ל סימא עין והפיל שן דמשלם דמי עין לרב ולא נקט הברייתא בפשוט כת ראשון מעיד סימא עין וכת שני מכחישין לא סימא עין וכת ג' מזימין לכת ראשונה משלמין כל דמיו לרב. וגם כי נשמע ממנו הכחשה תחלת הזמה ומה יתן ומה יוסיף דמעידין שן ועין ולכך קאמר אביי במיפך והזמה ואם כן בשלמא בכה"ג הוי הזמה דאיצטרך הכחשה כמ"ש להוציא לחירות ולחייב דמי שן אבל אם הדבר רק בסימא עין לא היה לו למזימין צורך כלל להכחשה ולא הוי הזמה כדינו של רמב"ם ודוק ובחידושי הארכתי ואם כן אף הא

פלוני רבעני ל"ק דשם לא סגי בלא"ה דאמר כן וצ"ע. כתב הטור עדות ראשונים בטל והן מחייבים לשלם ממון אם הוזמו בעדות ממון ופשוט ואם הבעל דין אומר כדברי העדים אף שהוזמו מכל מקום פטורים מלשלם מתורת עדים זוממין דהא הוא מודה לדברי עדים וזה פשוט ומבואר במסכת בבא קמא דף ע"ה ע"ב דהיכי דאמר בפני הנך עדים גנבתי וטבחתי ומכרתי דאין בהו הזמה דהרי מודה לדברי עדים ונחלקו שם רבנן וסומכוס אי הוי עדות שאילה"ז דלא הוי עדות או הואיל וסייעו קמסייע הוי עדות וכת' הישׁ"ש פרק מרובה דהלכה כת"ק. וכתב דוקא בכה"ג שהגנב אמר מתחלה בפני פלוני ופלוני גנבתי דשפיר קרוי עדות שאי אתה יכול להזימן אבל אחר כך הודה לדברי עדים שפיר יוכל להזימן אף שמודה להם. וזהו פשוט דאי לא תימא הכי כל אחד יפטור עצמו לגבי קנס ויודה לדברי עדים אלא כעין שפרשתי עכ"ל ונראה דודאי העדות כשר לד"ה דבשעה שהעידו בבית דין היה עדות שיכול להזימן. א"כ נתחייב בזו רגע ומה יהני שהודה אחר כך לפסול הגדת עדים דכבר העידו והוכשר עדותן בב"ד ונתחייב עפ"י עדותן ואם כן פשיטא דלא מיקרי עדות שא"י להזימן וזהו נכון אבל מכל מקום נראה דהוי בגדר שלא חל בו הזמה דהא מכל מקום מודה הוא שבפניהם נעשה המעשה ואיך יחול בו הזמה דבשלמא לענין עדות שאילה"ז שפיר אמרינן דכבר הוכשר עדותן ואין בהודאתו לפוסלן אבל מכל מקום איך שייך ביה הזמה כיון דהודה דאמת מעידים ובזו לא ידעתי חילוק אם אמרו קודם או אחר כך. ואפשר לומר דלא לבד בדיני קנסות שהוא מילתא דממון אף גם בכל דבר אם הבע"ד שהעידו עליו מודה שאמת כדברי עדים אין כאן הזמה דהזמה קנס הוא ואם הבע"ד מודה איך יקנסו אותן הוא אומר אמת אתם והזמה חידוש הוא ודי כשאין הבע"ד מודה להם ואפשר למימר דוקא במילתא דממון דהקנס הוא לו אם כן הרי הודה דאמת העידו אבל בדיני מלקות ומיתה לא משגיחין בהודאתו ומכל מקום מפקינן לקטלא או למלקות עפ"י שני עדים יקום דבר וכן נ"ל מדברי התו' מכות דף ה' ד"ה וכן לענין קנס דטרחו התו' לחלק למה אם אמרו בחד בשבת טבח ומכר והמעשה הי' ע"ש הוי הזמה דעדיין לא הוי בר חיובא ואם אמרו גנב בשבת ובאמת גנב בע"ש דהוי בר חיובא וכן בין ד"נ לד"מ ולא אמרו בפשוטה בד"נ ודיני קנסות דבעי דרישה וחקירה אם כן לאו בר קטלא הוא דאולי יודה בפני פלוני וכו' רצחתי נפש וה"ל עדות שאילה"ז ומכ"ש בד"ק משא"כ בד"מ דלא בעי דו"ח כמ"ש התו' ועדות שאי אתה יכול להזימן כשר א"כ הוי ודאי בר חיובא אלא דבד"נ לא שייך זה וכמ"ש התו' שם לרש"י בד"נ כל רוצח יערי' להודות ואף בזו קשה יערים בפני פלוני ופלוני רצחתי נפש. ואין להביא ראיה להיפוך מדברי תו' ריש מכות ד"ה מעידין דהקשו איך מחייבים לגלו' הא יכול לומר מזיד

הייתי ותי' כיון דשתק הודה וקשה למה לא תי' דאמר להדיא שוגג הייתי ואין גולה ע"פ עצמו רק ע"פ עדים אלא ודאי דא"כ לא שייך ביה הזמה דהא מודה הוא לדברי עדים וזה משמע ראיה דאף בחייבי גלות אם מודה לי' בי' הזמה אך בלא"ה אינו נראה דהיה עדות שאילה"ז אף דקדים להודות אם לא הזכיר עדים כלל. דאל"כ הא דפליגי במודה בקנס ואחר כך באו עדים אם הוי הודאה הא הוי עדות שאילה"ז אלא הואיל ולא אמר בפני פלוני ופלוני חל הזמה על עדים דמה בכך דטבח ומכר מכל מקום לא בפניכם נהיתה וזה ברור. וצ"ל דהא שתירצו דשתק ולא דהודה דשוגג היה הוא אליבא דרש"י דסבירא ליה בדף ה' דהכלל כל עונשים כאלה הוי בכלל קנס ומודה בקנס פטור וא"כ אף בגלות פטור אם אין עדים מחייבים אותו כי אם מפיו ה"ל מודה בקנס ולכך פי' דשתק אבל מכל מקום מוכח כמש"ל מדברי התו' דוקא בקנס ממון אמרינן כן ולא בשארי דברים. ואפשר לומר דהרמב"ם סבירא ליה בכל דוכתי אמרינן כן דהרמב"ם פסק אם העידו באחד שחייב מלקות ולקה ואחר כך הוזמו לוקין ואינו בכלל הרגו אין נהרגין ע"ש ריש פרק עשרים מהל' עדות. ותמה הכ"מ הא לא שייך בי' דאיתא בחזרה או עונשין מהדין שכתבו התו' ריש ב"ק גבי ממון ומ"ש לחד תי' דלכך הרגו אין נהרגין דה' אנה ליד ב"ד דמסתמא חייב מיתה ג"כ במלקות נימא כן דהרי היה בלי ספק מחויב מלקות. ולכן היה אפשר לומר דסבירא ליה לרמב"ם הא דהרגו אין נהרגין דהוא נגד הסברא והשכל הוא כך דאם הבע"ד מודה לדברי עדים שאמת העידו ושקר מזימין אותם אינם נהרגין כמש"ל דאם סיוע קמסייע לית בי' משום הזמה לעולם וע"ז חידוש הוא בלא"ה וזה תמיד עד שיוצאים לקטלא יש ביד הבע"ד לומר אמת העידו ואין כאן הזמה דאיך יהיה שייך הזמה הא מודה לדבריהם וליכא קנסא. ולפ"ז בשלמא בעוד הבעל דין חי אמרינן אילו אמת אתם היה מודה ולא היה מניח לקטלא נפשות כאלה וכיון שמכחיש ועדים אחרונים המזימין כדבריו ולכך יוצאים לקטלא אבל אם כבר נהרג אמרינן אולי אם היה חי וראה נפשות הללו לקטלא היה חוזר והודה לדבריהם כי מה שלא היה מודה היה שלא ביקש להחזיק עצמו רשע אבל אם היה רואה שעי"כ יבואו נפשות הללו לקטלא היה מודה לדבריהם להצילם מהרג ומספיקא לא מפקינן לקטלא ושפטו והצילו העדה כתיב וזהו טעם הגון ונכון למאוד ולכן במלקות שהוא חי ומכחיש לעדים מה בכך שלקה כבר מ"מ הרי הן מוזמין ולכך לוקין. אבל מכל מקום קשה מנל' לרמב"ם דין זה דבמלקות אף דלקו לוקין דמסברא אין דרכו של רבינו הרמב"ם לחדש דין ונראה דאמרינן סנהדרין דף מ"א לריב"י דאמר חבר א"צ התראה אשת חבר דמקטל' היכי משכחת ליה דיכולים לומר אנו לאוסר' על בעלה באנו ולא למקטל' ואם כן ה"ל עדות שאילה"ז ומשני כגון שזינתה

וחזרה וזינתה ופריך לימא לאוסרה על בועל באנו ומשני שזינתה עם קרובותי' והקשו התו' אכתי מצי אמרו לפסלו בעדות באנו ותי' דא"כ הל"ל פלוני בא על נערה מאורסה עכ"ל וקשה אם כן לריב"י לא מצינו כלל חייבי מלקות דתמיד יאמרו עדים לפסול לעדות באנו וה"ל עדות שאילה"ז ול"ל דהתרו בו דהא לריב"י כל טיב התראה דאולי לא ידע שיש בו איסור ואם כן אף לפסלו לעדות צריך התראה דאל"כ אולי אין יודע שהוא אסור ולא מיפסל לעדות כמ"ש הרמב"ם לעיל בסי' ל"ד וצריך לדעת שיש בו מלקות דאם עבר עבירה שאין בו מלקות לא נפסל דלא חמירא ליה כ"כ כמ"ש הרמב"ם ודוחק לומר דאי אתה מוצא לריב"י שום חיוב מלקות אם לא שנפסל בב"ד לעדות ולשבועה דא"כ גם תו' לא פריך מידי ועיין מש"ל בסי' ל"ו ליישב דברי (התו') אלא ס"ל לרמב"ם הא דאמרינן דאין עדים נענשים משום דיאמרו אנו לא לכך נתכוונו מה בכך סוף כל סוף גרמו בעדותן להרוג כמ"ש התו' סנהדרין דף ט' ע"ב ד"ה עדי אב וכו' ע"ש אלא דהא באמת הם לא עשו דבר דהא לא נהרג רק התורה קנסהו למחשבתם הרעה כדכתיב אשר זמם לעשות דייקא וכאן הרי מחשבתם לא היה לרעה ולכך ליתי בי' הזמה אך זהו שייך בחיוב מיתה דבממ"נ אם הרגו אין נהרגין וקודם שהרגו הא לא פעלו דבר רק אנו באים לעונשם על מחשבה והם צועקים לא באנו לרעה אבל במלקות דבאמת היה לוקה אם כן הם חייבים מלקות במה שעשו וגרמו לו מלקות אף המה ילקו. ואם כן לא תלי' במחשבתם כלל אם כוונו לכך כיון שדיבור' היה פועל רע שלקה וא"ש. ומחייבי מיתות ל"ק לריב"י איך יתחייב דילמא לפסול לעדות ול"ל באמת לר"י בר יהודה בעי התראה דהא אמרינן השונא נהרג לריב"י משום שהיא כמועד ומותרה דסבירא ליה חבר א"צ התראה עיין מכו' סוף פ"ק וקשה הא ה"ל עדות שאילה"ז דעדים יאמרו לפסול לעדים באו. די"ל דאילו לפסול למה העידו דעבר איסור מיתת ב"ד ה"ל להעיד דעבר איסור מלקות ומה להם לשקר כולי האי א"ו דלהורגו נתכוונו אבל במלקות שפיר קשה כנ"ל ומזה מוכיח הרמב"ם דינו כנ"ל אמנם בתו' צ"ע דהקשו לימא לפסלו לעדות קמכוון ש"מ דלא סבירא ליה הך סברא דה"ל למפסלי' בחייבי לאוין קשה מה הועיל תי' זה דהיה לומר פלוני בא על נערה מאורסה והא אמרינן במכות הנ"ל שונא נהרג מפני שהוא כמועד הא לא היה לו התראה ומשנינן כנ"ל וקשה יאמרו לפוסלו לעדות באנו כנ"ל ומ"ש ברמב"ם לא שייך בתו' וצ"ע. דאף דנימא דהתו' אזלו לשיטתן דסבירא להו בסנהדרין דף ט' ד"ה עדי אב דאם יודעים העדים דחבר א"צ התראה ושהוא חבר לא מהני מ"ש לפוסלו לעדות באנו ואם כן י"ל דשם איירי בכה"ג מ"מ קשה דא"כ איך משני בגמרא דזינתה וחזרה וזינתה מה דבהך תי' עדיין קשה מהך דמכות שונא נהרג וכו' וצ"ל תי' שני ואם כן אף כאן ה"ל

לשנוי' וצ"ע ועיין בסי' ל"ו מ"ש בדברי התו' הזה יש לכוון בו איזה ישוב ואפשר נראה יותר לומר דודאי צ"ל הא דפריך אלא אשת חבר לריב"י היכי מיקטל' ולא אמרינן באמת לא מיקטל' ומי הכריח לגמרא לומר אוקומת' טובי וצ"ל דקושי' הגמרא הוא לר' פפא דמוקי לעיל דף ח' ע"ב דמשנה מוציא ש"ר ר"מ אומר בג' וחכמים אומ' בכ"ג באשה חבירה ובהא פליגי דרבנן סברי כריב"י ומיקטלא ולכך בכ"ג ולכך פריך איך משכחת ליה הא עדים יאמרו לאוסרה באנו ולית כאן חיוב מיתה דהוי עדות שאילה"ז ה"ל לומר כר"מ בג' ועיין תו' שם ד"ה באשה חבירה וזה פשוט עד שאני תמה על מהרש"א דהקשה דהל"ל דעדים מעידים במות בעלה דהא על הך משנה דמוציא ש"ר קאי וכדתניא שם בברייתא תבעו ממון בג' תבעו נפשות בכ"ג והיינו הבעל וכ"כ רש"י שם להדיא ד"ה ר"פ וכו' וזהו פשוט דבמת הבעל רק אנו באים לדון אם היא חייב מיתה לא נקרא מוציא ש"ר רק הוא בכלל שארי דיני נפשות ואינו ענין למוציא ש"ר ופשוט ולק"מ ולפ"ז י"ל דודאי מן הך דמכות השונא נהרג וכו' וכן בעלמא לא קשי' ליה לתו' דלמא לפוסלו לעדות באו די"ל כמש"ל בדברי הרמב"ם דה"ל להעיד שעבר על חייבי לאוין ול"ל הא נחלקו ר"מ ור"י בסנהדרין דף כ"ז אי עבר על דבר קל אי הוה פסול לדבר חמור וסבירא ליה לר"י הוזם בד"מ כשר לד"נ ואם כן הם שרוצים לפוסלו לגמרי אמרו דעבר על דבר שיש בו ד"נ הא לא קשי' די"ל ריב"י כר"מ ס"ל ולא כר"י אבל בהא דאשה חבירה שפיר פריך התו' דל"ל כמ"ש דה"ל לומר דעבר על חייבי לאוין דא"כ מוכח כר"מ סבירא ליה ר"פ דמוקי למשנה דחכמים אומרים בכ"ג היינו באשה חבירה וכו' צ"ל דחכמים סבירא להו כר"מ ולא כר"י דאל"כ קשה דילמא לפסול לעדות וקשה אם כן הא דשם בדף כ"ז טרח ר"פ למצוא סתם משנה כר"מ בהא וטרח ומצא מהך כל עדות שהאשה כשרה וכו' והלא משנה ראשונה היא וחכמים אומרים בכ"ג ולר"פ ע"כ סבירא ליה דהוי פסול לד"נ ואם כן מדשנאה בלשון חכמים יחיד ורבים הלכה כמותו כנודע אם שנאה בלשון חכמים דהלכה כוותי' יותר מסתם ולכך תי' התו' דה"ל לומר הוא זינה עם נ"מ וכו' ואם כן אף דסבירא להו לחכמים בהא כריב"י דחבר א"צ התראה בהא דחשוד לד"מ דחשוד לד"נ אפשר דלא סבירא להו כוותי' ובאמת לפמ"ש התו' דף ט' ד"ה עדי אב בלא"ה הוה תו' מצי לשנויא דאין כ"כ הכרח מהך משנה דמוציא ש"ר די"ל דאיירי דידעו עדים דהיא חבירה וא"צ התראה ע"ש אלא דעדיפי משני התו' אפילו להך אוקומת' דאמרינן בגמרא דעלה קאי כמ"ש וכמ"ש התו' שם דף ח' ד"ה באשה חבירה וכו' ע"ש ודוק. ומ"מ העלינו לדברי רמב"ם ראיה נכונה במה דסבירא ליה במלקות אף אם לקה כבר העדים לוקין וכן יש לו ראיה מן משנה מעידין אנו בפלוני שחייב מלקות מ' ונמצאו זוממין ר"מ מחייב

פ' משום דסבירא ליה לאו דלא תענה הוא מיוחד ואינו שייך להך ועשיתם לו כאשר זמם לכך לוקה בשביל זה מ' ובשביל זה מ' וח"א אינו לוקה אלא מ' דלאו לא תענה הוא אזהרה של ועשיתם לו וכו' דלא ענש אא"כ הזהיר וקשה למה נחלקו בסכום המלקות אי מ' או פ' ולא נחלקו בזו דאם נלקה זה שהעידו עליו דלר"מ דלאו לא תענה אין לו ענין כלל להך דועשיתם וכו' אם כן ודאי לוקה ארבעים מהך לאו דל"ת דמה נ"מ בלאו דל"ת אם כבר נלקה או לא אבל לחכמים דסבירא להו דהך ל"ת מוסב על ועשיתם וכו' ושם נאמר לעשות ולא כאשר עשה אם כן אינו לוקה כיון שכבר נלקה וליפלגי בהא א"ו דסבירא ליה דאף לחכמים בהא לוקין ולכך לא נחלקו רק בסכום המלקות וא"ש שוב ראיתי כי יש להרמב"ם הוכח' מהך דריש מכות דאמרינן בפלוני שנעשה בן גרושה וחלוצה דסופג מ' וקשה ג"כ קודם שנגמר הדין אין בהם עונש ולאח"כ שנגמר הדין בב"ד דהוא בן גרושה הרי הוא נעשה המעשה דמה להם לעדות עוד כבר יצא דבר מפי ב"ד ואיך ילקה ואין לומר דהיו מעידים דנטל מעות לפדיון בכור ועכשיו דנעשה בב"ד לאיש זר חייב להחזיר כל מה שלקח ועדיין לא החזיר ואם כן לא נעשה מעשה קרינן בי' דא"כ אף המה העדים מחויבים לשלם מעות שהזיקו לו שהוצרך להחזיר המעות פדיון וכל היכא דאיכא מעות ממון משלם מילקא לא לקי א"ו דמלקות חייבים אף דכבר נעשה המעשה משום לאו דלא תענה ודברי הרמב"ם מוכרחים אך קשה מכל מקום איך פריך הגמרא מה"מ ומשני כתיב לו ולא לזרעו ל"ל קרא אשר זמם לא אמרינן כשכבר נעשה להך שנוי' בתו' דאין עונשין ולא משום דליתא בחזרה וצ"ל דודאי לא נצרכה קרא אלא לפלוני ממזר או מצרי וכדומה דצריך לגרש אשתו ועדיין לא גירש אשתו והרי עדיין לעשות ודברי רמב"ם מוכרח ודוק. והנה בממון רוב פוסקים הרמב"ם ותו' ריש ב"ק וחדושי רשב"א לב"ק וכ"כ בשם הרמב"ן סבירא להו דאף דשילם מ"מ הם העדים חייבים לשלם. אמנם הריטב"א חולק והקשה כפי מ"ש הנ"י בשמו בהא דאמרינן דעדים מעידים דאכל ג"ש בשדה והוזמו משלמין דהוזמו אימת קודם ג"ד הא אין חייבים עד שיגמור הדין ואי נגמר הדין הא הרי הוא מוחזק בשדהו וה"ל כאשר עשה ותי' דמיירי דאין יושב בתוך השדה ומחוסר מעשה להורידו לתוך שדהו עכ"ל והקשה הרב בעל משנה למלך דקושי' שלו עדיין קשה במעידים שהפיל שן עבדו והזימו דמשלמי' הא כשנגמר דין העבד תפוס בעצמו והרי הוא ב"ח והרי כבר עשה ואין זה קושי' דהא עדיין צריך גט שיחרור ואם כן עדיין לא נגמר המעשה ואעפ"י דמקרי תפוס כמ"ש הראב"ד ועיין בריטב"א לקדושין פ"ק מ"ש בזה מכל מקום הא כתבו התו' בכתובות ריש פרק נערה שנתפת' ע"ש דלכך לא מיקרי הילך וגבי' בעבד שהפיל שינו הואיל מחוסר גט שחרור ואם כן עדיין לא מיקרי

כאשר עשה ולק"מ ואין להקשות עכ"פ מה פריך הגמרא ב"ק דף ע"ג ע"ב ועוד דמי כל העבד לרב בעי לשלומי מה קושי' דלמא הך ברייתא סבירא ליה דא"צ ג"ש ואם כן הוה כאשר עשה די"ל פי' בגמרא רק להגדיל התמיה הא שורת הדין לשלם הכל לרב ואף דנימא לפטור מכח אשר עשה על כל פנים חיוב' לגבי רב איכא ואיך ס"ד לומר בהיפוך לשלם לעבד ומהא דמשלם דמי עין לעבד בדאפכינ' ל"ק דהא אם נפטר הרב היינו כאשר עשה די"ל דאיירי דהעבד תפס כמ"ש הלח"מ לקמן ודוק. מיהו בלא"ה לק"מ כי סבירא ליה לריטב"א היינו היכי שנתקיים כל העדות כגון אמרו פלוני לוה ק' ופרעו כל ק' אבל אם פרע רק חמשים הרי לא נתקיים כל העדות וכן כאן הא דמי שן ועין לא נתקיים עדיין ומה בכך שענין חירות נתקיים וגם לריטב"א ראיה ממש"ל דה"ל סתם ג' כתות מכחישות בסימא עין לחוד אם יצא לחירות דאל"כ הא נתקיים העדות ובחידושי הארכתי. ולשיטת הריטב"א מתורץ מה שקשה למה לא מוקמינן סיפא כמו רישא דכת ראשונה לא הוזמה ובג' כיתות ומ"מ אין הוכחה דהכחשה תחילת הזמה לפי מ"ש התו' בכתובות תרי ותרי וברי וברי אי תפס ל"מ ואם כן י"ל דעבד תפס דמי עין ולכך כשבאו עדים שאחר כך סימא עין והכחישו לראשונים ופסקו הב"ד הדין עם עבד דתפס ונמצאו זוממין משלם דמי עין לרב ואם כן לא שייך הכחשה תחילת הזמה כיון דנגמר הדין כוותייהו ולא השגיח בראשונה והוי כזוממין דרישא דלעולם האומר כן מוחזק ולכך אומר להחזיק שלו וברישא האדון מוחזק דלריטב"א ניחא דלמה ישלמו הא הכל ביד עבד עצמו ודמי עינו ול"ל דתפס ודוק. אך הא קשי' לשיטה זו מהתורה דאף בד"מ בעינן דו"ח וא"כ מדות שאילה"ז פסול אם כן לא יועיל ללוה עדי פרעון או שובר דה"ל מדות שאילה"ז דאימת יוזמו קודם ג"ד אינם חייבים ולאחר ג"ד שהלוה פטור הרי כבר נאמר אשר עשה ואין כאן הזמה כלל במציאות ואם כן לא הוי עדות מעולם ולולי קושי' הריטב"א הנ"ל הוה אמרינן להך שיטה דאף בממון אמרינן ולא כאשר עשה אף דאפשר בחזרה כמ"ש התו' מ"מ כבר נעשה מעשה שנתן לזה מעות ונתקיים כאשר עשה ואם יחזירו מעשה אחריתי היא על כל פנים הך מעשה נתקיים משא"כ בג"ד שלוה פטור מה מעשה נעשה הלא תפוס ועומד מאו מקדם ופסק ב"ד לא איקרי בזה מעשה ובזו ודאי אמרינן דהא אפשר בחזרה ולבטל פס"ד והרי הוא מחויב ועומד. אמנם לפ"ז אין מקום לקושי' הריטב"א הנ"ל מהך דשדה ואם כן קושי' הנ"ל במקומו. ואמת אם נימא כמ"ש הש"ך לעיל סי' ל"ד וכאן בסוף סימן ביותר ביאור בקיום דברי הרז"ה דסבירא ליה בשטר לא שייך הזמה והקשה דבגמרא דסנהדרין ריש פרק אחד ד"מ משמע ד"ת אף בשטר צ"ל עדות שאתה ילה"ז ותי' דמ"מ יש בו הזמה לפסול להעדים ולכך הסכים עם הב"ח ולפ"ז לק"מ דכי אין

עדים נעשים זוממין עד שיגמר הדין היינו עונש אבל לפסול לעדות אף דהעידו הזוממים קודם שנגמר הדין מ"מ הרי ראשונים פסולים לעדות דהא העידו בשקר והם רשעים וכ"כ הריב"ש להדיא בסי' רס"ו דלענין לפסול לעדות בהזמה תיכף אף שלא נגמר הדין פסולים ואם כן אף בעדי פרעון משכחת הזמה בבא מזימין קודם שנגמר הדין דמ"מ נפסלים לעדות והרי הם בגדר עדות שאילה"ז וכל קושי' הריטב"א מהא דקתני משלמין תשלומין ליכא לשיטתו זהו מה שי"ל לפי סברא הנ"ל אך אין דעתי נח בזה דבשביל כך דנפסלו מיקרי עדות שאתה יכול להזימן בד"מ (דבד"נ אפילו במלקות לא אמרינן כמו שהוכיח התו' ריש מכות מהך גמרא הנ"ל דיכולים לומר לאוסרה על בעלה באנו ומכ"ש בפסול) וכמדומה מהך שמעתי' דמרובה דאמרינן אי הוא אמר בפני פלוני ופלוני טבחתי ומכרתי ה"ל עדות שאילה"ז הואיל וסייע להו ובטלה עדותן תיובתא דודאי אם הוזמו נפסלים לעדות ומה נ"מ לן אם הוא מסייע להם או לא סוף כל סוף הרי לפנינו עדים שהעידו שקר והתורה האמינה לאחרונים ופשיטא דפסולים לעדות אפילו אלף בע"ד אין יכולים להכשירן לעדות ופשוט ואם כן הרי הוא עדות שיש בו הזמה. ועכצ"ל בשביל כך לא שייך בי' שיכול להזימן כי לא נפסלו בשביל עונש רק חשדינן ליה דמשקרי ואם ידוע דאינם משקרין באמת כשרים ואין זה שייכים להזמה כלל. ואם כן קושי' הנ"ל לריטב"א במקומו וצ"ע. הנה הך דיעה דכתבתי דלרמב"ם דסבירא ליה דיאמרו לפסול לעדות באנו אינם לוקי' ולכך כתבתי דקשי' ליה לרמב"ם כל חייבי מלקות לריב"י איך משכחת ליה צריך ג"כ לימוד למה לא יהיה בכלל והצדיקו את הצדיק שכתב הרמב"ם בפ' כ' הלכה חי"ת ואעפ"י שכתב הרמב"ם שם וארבעה דברים אלו מפי קבלה הן דמשמע זולתו לא ולכך כתב אבל אם העידו שאכל בב"ח הרי אלו לוקין וע"ש בכ"מ דגם הוא היה נלקה אילו לא הוזמו מ"מ הא כתב בפרק כ"א דין ה' עדי קינוי וסתירה שהוזמו לוקין וע"כ הטעם משום הצדיקו הצדיק דבאו לאוסרה על בעל'. ואם כן הוא הדין בבאין לפסלו נמי אלא ראה זה ראיתי להרמב"ן במלחמותיו בסנהדרין בשמעת' עדים שהוזמו בגנב נפש ומכרו דאמרו בגמרא כיון דהוא הגונב נפש לא מילק' דה"ל לאו שניתן לאזהר' מיתת ב"ד אף העדי' לא לילקו והקשה הרז"ה הא עברי על לא תענה ותי' הרמב"ן דלא שייך בי' והצדיקו הצדיק דלא כלום עבדי וקשה הא עדיין ע"י העדות דגנב מ"מ מיפסל לעדות וכמש"ל בסי' ל"ד דלאו הניתן לאזהרת מיתת ב"ד נפסול דמה שאין בו מלקות הוא לחומר ענין ע"ש ודוחק לומר דמיירי דכבר פסול ועומד הוא זה דזה דחוק דגמ' יהיה מיירי בסתמא בכה"ג דפסול ועומד הוא וכן משמע מקושי' התו' הנ"ל פ' היו בודקין וכן מ"ש התו' שם דפ"ו ע"ב ד"ה גניבה וכו' ושמא צריכי היכא דמיפסל מעיקרא וקאי

משמע מדברי התו' דלא תי' זה בעיקר קושי' דהא מצי למימר לפוסלו לעדות באנו דזהו דוחק רק התו' כתבו הא דקאמר הגמרא להלקותו באנו ולא קאמר לפוסלו באנו הוא דמילתא פסיקא נקט דאפילו אם הוא פסול וקאי מ"מ י"ל להלקותו אבל בגמרא ודאי דזה דוחק לומר בכה"ג ועיין בתו' ותראה להדיא כמ"ש. וצ"ל דכי אמרינן הצדיקו הצדיק וכו' היינו במה שא"א לקיים הזמה כגון בבן גרושה או מחייב גלות וכדומה ד' דברים שמנה הרמב"ם אבל בהעידו לפסול דמקיים הזמה דאף הם נעשים פסולים אם כן דנוכל לקיים הזמה לא אמרינן דילקה כל שיש מקום לקיים כאשר זמם ואיצטרך קרא והצדיקו וכו' להיכי דא"א לקיים הזמה ממש דהא אפילו בבן גרושה לולי קרא היינו אומרים דיעשה ג"כ בן גרושה מקרא דכאשר זמם ואם כן בפסול עדות הדין ברור לדעת הרמב"ן והוא הנכון וגם לרמב"ם י"ל כן ולק"מ אלא דעדיין צריך ישוב למה כתב הרמב"ם הך דינא בהל' עדות פרק כ"א הלכה ט' עדים שהעידו שגנב ושנים העידו שמכר והוזמו איזה כת מהן נהרגת שגניבה היא תחילת חיובו של זה למיתה למה לא פרט דהיינו כשהיה א"א לומר לפסול אותו נתכוונו דאל"ה נימא לפסול לעדות נתכוונו כקו' התו' ול"ל דסבירא ליה לרמב"ם כמ"ש התו' דל"א לפסול נתכוון דהא העלינו לעיל ברמב"ם דסבירא ליה הך סברא. ובאמת מתחיל' חשבתי דבלא"ה הקשו לרמב"ם דלמה פסק כר' יוחנן ולא כחזקיה דקי"ל חזקיה ור"י הלכה כחזקיה והיה נראה דהא גם מהרש"א ומהרש"ל עמדו במה שכתב רש"י במה דקאמרי בעדי מכירה כ"ע ל"פ דחייבין רק כי פליגי בעדי גניבה ופירש"י דחזקי' סבירא ליה כר"ע דאמר דבר ולא חצי דבר והקשה ל"ל כך ולא אמרינן דהואיל דסבירא ליה דלוקין עדי גניבה אם כן סבירא ליה להלקותו נתכוונו ועיין במהרש"א וי"ל דלרש"י קשה קושי' התו' נימא לפוסלי נתכוונו ואי דהתרו בו לקטל' אם כן איך יאמר חזקי' דפטורים הא התרו ותי' התו' דחוק להם ולכך פי' רש"י דחזקי' סבירא ליה כר"ע דבר ולא חצי דבר וא"כ מה בכך דהתרו לקטל' מ"מ חצי דבר הוא וכמ"ש מהרש"א להדיא דקושי' התו' הוא רק לרבנן ולא לר"ע ע"ש ולכך פי' רש"י דחזקי' כר"ע וכן דעת הרמב"ם וכיון דקי"ל הלכה כרבנן אף בזו הלכה כר"י ואיירי דהתרו לקטל' ולא שייך דנימא לפסול נתכוונו כמ"ש התו'. אך אף שיש לומר כן בפירש"י מכל מקום בדברי רמב"ם א"א לומר כן דהא צריכין להבין איך אפשר לומר דעדי גניבה התרו בו לקטל' כמ"ש התו' הא על גניבה אינו חייב עד שימכור ואם כן א"א בשעת גניבה להתרא' מיתה דהא ה"ל התראת ספק אם תמכור תחייב מיתה ואם לא ימכור לא יחייב והתראת ספק לא שמיה התראה וזהו התראת ספק בלי פקפוק וצריך לומר דהתו' כתבו כן לר' יוחנן ור"י סבירא ליה במכות דהתראת ספק שמיה התראה ושפיר כתבו התו'

דל"ל דהתרו בי' לקטלא בהתרא' ספק דא"כ מ"ט דחזקי ול"ל דילמא חזקי' סבירא ליה לא שמיה התראה אם כן אין זה מעין מחלוקתם פה רק ה"ל לחלוק בעלמא אי הוי התראה אי לא דכאן לא נחלקו כלל וגם מהכ"ת לומר פלוגתא בין חזקי' לר"י ובהכי ניחא קצת דברי מהרש"א דלא הקשו התו' כן במילתא דחזקי' ודוק. ודברי התו' נכונים אבל ברמב"ם אף דסבירא ליה התראת ספק שמיה התראה מכל מקום ל"ל דעדי גניבה התרו בו דהא מכל מקום סבירא ליה דההתרא' בדיני נפשות צ"ל תוך כ"ד ואם כן איך אפשר דיתרה בשעת גניבה תיכף קודם שמכר ולא הוי תוך כ"ד ואם בתוך כ"ד של גניבה מכר הן הן עדי גניבה והן עדי מכירה ואם לא היה תוך כ"ד אשר כמעט בלתי אפשר במציאות שיהיה תוך כ"ד אין כאן התראה לחייב מיתה רק צ"ל דבאמת עדי גניבה אין מתרי' רק עדי מכירה דהוא התראת וודאי ותוך כ"ד ואם כן אין מקום להנ"ל. ולכן צ"ל דהא דפסק הרמב"ם כר"י ולא כחזקי' משום דכבר פלפלו התו' בב"ק פרק מרובה וכן הרז"ה למה סבירא ליה לחזקי' דעדי גניבה לוקי' הא ה"ל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ותי' שלהם דחוק כנראה למעיין לכן סבירא ליה לרש"י ורמב"ם דחזקי' כר"ע סבירא ליה דבר ולא חצי דבר ואם כן ע"כ אנו צריכין לחייבו מלקות דא"א לפוטרו מחמת שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אדרבה חומרו קולו דאם אתה מזקיקו למלקות הרי כאן חיוב מיתת ב"ד דלא הוי חצי דבר קי"ל להלקותו נתכוונו משא"כ אם אתה פוטרו ממלקות הרי אין כאן חיוב מיתת ב"ד כלל דה"ל חצי דבר ופטור לגמרי ואם כן א"א לומר דפטור ממלקות משום לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דהא אין כאן מיתת ב"ד כלל ולכך סבירא ליה לחזקי' דלוקה וא"ש ואם כן דחזקי' כר"ע יפה פסק הרמב"ם כר' יוחנן וכרבנן. ובזו צדקו דברי המ"מ דכתב בפ"ט מהל' גניבה בטעם הרמב"ם דסבירא ליה דלכך בגונב נפש איט לוקה דה"ל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד וקי"ל אין לוקין ואין טעם זה מספיק דהא אף חזקי' סבירא ליה דלא לוקין על לאו שניתן וכו' ומכל מקום סבירא ליה בזה לוקה וכמ"ש התו' והרז"ה ולפמ"ש ניחא דכיון דקי"ל כרבנן לא אתיא מילתא דחזקי' כלל. ובהכי ניחא דבסתם משנה דאלו הלוקין דקחשיב ואזיל כל הני דבמלקות לא מני הגונב נפש מישראל. ואף דרש"י ותו' כתבו דלא מנו אלא הנך דאי' בי' חידוש לשיטת חזקיה חידוש גדול יש בו דניתן לאזהרת מיתת ב"ד ומכל מקום לוקה אלא ש"מ דהלכה כר"י ודוק. ומכל מקום הך דלעיל קשה הא י"ל דלפסול לעדות נתכוונו וצ"ל דסבירא ליה לרמב"ם דכיון דבאו עדי גניבה ומכירה כא' מסתמא הכל כחדא לקטלא נתכוונו וכמ"ש הרמב"ם הלשון שגניבה היא תחילת חיובו וכו' והא דאמרינן לחזקי' להלקותו היו מכוונים היינו כמ"ש דאם נימא דלא כוונו רק לקטלא אין כאן קטלא כלל דה"ל חצי

דבר דחזקי' כר"ע סבירא ליה ולכך אמרינן להלקותו נתכוונו משא"כ לר"י הכל כעדות א' נחשב והרי כאן קטלא ולא אמרינן כלל לפוסלו או לשארי דברים נתכוונו דהכל בחד עדות נתכוונו וצ"ע. כתב הטור אין מזימין העדים אלא בפניהם אבל מכחישין אותם אפילו שלא בפניהם והנה הריב"ש בסי' רס"ו דעתו דמ"מ העדים פסולים והש"ך בסי' זה השיגו ודבריו אין בהם ביאור כל צורכו כי כתב דריב"ש מביא ראיה מן עדים שיכול לפוסלן שהם גזלנים אפילו שלא בפניהם ודחה הש"ך דשאני התם דמעידים על גופן של עדים שהם גזלנים משא"כ הכא ולא הבנתי דבריו דמ"ש דאומרים דגזלו וחמסו ומ"ש דהעידו שהעידו בשקר וכזב כי עמם היו ביום ההוא ומי יתן ואבין ההבדל. ואדרבא זהו עיקר טעמו של הזמה הואיל והוא בגופן של עדים כמ"ש הטור ובאמת כבר קדם הרב מהרלב"ח בקונטרס הסמיכה להשיג על הריב"ש ודעתו לומר אעפ"י שלדעת התו' ורמב"ן יכולים להעיד אפי' שלא בפניהם דגזלו וחמסו לפוסלם מכל מקום בהזמה לא אמרינן כן דהזמה חידוש הוא ואין לך בו אלא חדושו והרב מהרי"ט בחלק א"ה סי' ל"ז מגן בכל כחו בעד הריב"ש וכתב דכי אמרינן עד זומם חידוש הוא היינו לענוש ראשון ממון אבל לפוסלם מה זו חידוש מ"ש דאומרים גזלו או אמרו העידו שקר. וגם בזה לא זכיתי להבין דבריו דהא על זה דיהיה עד זומם נפסל למפרע אמרינן עד זומם חידוש הוא והרי מיירי לענין פסול ואי נימא כמ"ש התו' דהואיל דלדבר אחד חידוש לכל מילתא אמרינן חידוש אם כן עדיין טענת מהרלב"ח במקומו דסוף כל סוף אין לדמותו לשארי פסולים ועוד דהרי התו' כתבו להדיא בסנהדרין וב"ק דלדידן דקי"ל בעדי הכחשה זו באה בפ"ע ומעידה הוי אף פסול עדים חידוש דמ"ש הזמה מהכחשה אדרבא בב"ק ס"ד בתו' דעיקר חדושו הוא לענין פיסול ולא לענשו ממון וכדומה דבזה בדין שיהיו אחרונים נאמנים. ואמת בעובדא דריב"ש דעד אחד מעדי קדושין הוזם שפיר יש מקום לדברי מהרי"ט דחד לגבי תרי ודאי דאין בו חידוש כלל כדאמרינן בגמ' איכא בנייהו חד לגבי תרי וכו' ויפה כתב הריב"ש בלי פקפוק לדינא אלא שמדבריו משמע אפילו בתרי דהוי חידוש מ"מ נאמנים לפוסלן אפילו שלא בפניו דבר זה יש בו טענה כמ"ש מהרלב"ח ונראה לומר דבסברת הריב"ש ומהרלב"ח נחלקו הראבי"ה וריב"א דראבי"ה הוכיח מהך דהזמה שלא בפני עדים נהי דהזמה לא הוי הכחשה מיהא הוי דאם קבלו עדים שלא בפני בע"ד דהוי עדות בדיעבד וריב"א השיב דכיון דאין בו הזעה רק הכחשה והוא הנוגע לבע"ד ולא לעדים והם בפנינו בפני בע"ד מקרי עיין בהגהת הרא"ש ויש להבין לראבי"ה איך מביא ראי' הא טענת ריב"א טענה מעליא היא לכך י"ל דראבי"ה סבירא ליה כדברי הריב"ש דהוי הכחשה לפסול לעדים לגמרי ואם כן הא הוי שלא בפני בע"ד אלא ודאי

דבדיעבד שלא בפניו מהני וריב"א לא סבירא ליה דינו של ריב"ש ולכך ס"ל דאין משם ראיה כמ"ש וזהו נראה ואין להקשות דהא נראה להיפוך דכיון דראבי"ה סבירא ליה דבדיעבד עדות שלא בפני בע"ד מהני ומוציאין ע"פ ממון מיד הנתבע וכדומה אם כן למה לא יהני לעשות עדים זוממין להוציא מאתם אשר זממו כפי הדין הא בדיעבד מהני ועכצ"ל דע"ז חידוש הוא ובעי דוקא בפניו ואם כן אף לענין פיסול חידוש הוא כמש"ל דפיסול בעדים זוממין חידוש הוא כמו בכל דבר. ולכן יש פתחון פה לומר דהוכחת הראבי"ה דהא סתמא אמר ר' אבוהו דהזמה שלא בפניהם הכחשה מיהא הוי ואם כן לר"ח דסבירא ליה בהכחשה סהדי שקרא ל"ל ושניהם פסולים אם כן אף אלו עדים זוממים פסולים והא הוי שלא בפניהם ובדעת זו אין כאן חידוש כמ"ש התו' דלר"ח אין כאן חידוש לפסול. ואם כן ודאי פסולים וקשה למה וצ"ל דשלא בפניו מהני קבלת עדות זולת הזמה דיש בו חידוש ודוחק לומר דר' אבהו אמר למילתי' רק כדעת ר"ה ולא כדעת ר"ח אך זהו מהדוחק דיהיה הראבי"ה נתכוון לדעת זו וכגון דא ה"ל לומר וגם מה בכך אם ר' אבהו אמר למילתי' אליבא דר"ה דקי"ל כוותי' דלא נפסלו עדים בהכחשה ולכן ברור כמש"ל דסבירא ליה לראבי"ה כדעת הריב"ש והוכחתו שפיר ורק סבירא ליה לראבי"ה כי אמרינן קבלת עדים שלא בפניו הוי עדות היינו במילתא דממון אבל במילתא דקנס דדמיה לד"נ ודאי דבדיעבד בעי בפניו דהא אמרינן בסנהדרין ברוצח שנתערב ברוצחים דאין גומרין הדין אלא בפני בע"ד ולכך פטור אף דהוי דיעבד גמור ואם כן ה"ה קבלת עדות כנודע ולכך להעניש לעדים דקי"ל עדים זוממין קנסא בעי דוקא בפניהם ולא מהני שלא בפניהם אפילו בדיעבד אבל לפסול לעדים דהוא משורת הדין דכיון דהם רשעים נפסלים להעיד ואין זה בגדר קנס בזו בדיעבד מהני קבלת עדות והוכחת הראבי"ה על נכון וברור בכוונתו. ולפי זה לפי דהעלו רוב הפוסקים דלא כראבי"ה ליתא לדינא של ריב"ש ותלי' במחלוקת כמ"ש הרמ"א לעיל ס"ס כ"ח ע"ש. אמנם נראה גם להך דיעה דבדיעבד פסולים יש לצדד דיש להבין באמת למה תפסו התו' והרמב"ן בפשיטות לדינא דבפסול גזלנותא יכולים להעיד אפילו עדים אינם לפנינו למה וכי חבין לאדם שלא בפניו ואין לך קבלת עדות לחוב יותר מזו ומנ"ל זה הדין עד שהחליטו הדין בלי פקפוק ואין להם ראיה מהגמ' ואדרבא לפי שיטתם צ"ל במה דקאמרי פסולי עדות הם היינו קרובים בנשותיה' ומתו ואילו נאמר דלא מהני שלא בפניהם א"צ לכל זה וצ"ל דודאי אילו היו העדים מצוים פה פשיטא דמקבלין דוקא בפניהם אבל כיון שאין העדים כאן כדאמרינן בגמ' אילו הוי קמן וכי' הרי דמיירי דאינם לפנינו כלל ואם כן התובע שרוצה לגבות בשטרו והנתבע מביא עדים לפסול את העדים בגזלנותא הוי כמו שהנתבע מביא עדים

לפטור את עצמו דמקבלין עדות שלא בפני בע"ד ואף זהו כמוהו דהא עי"כ נפטר הנתבע מתשלומין ולכך מקבלים עדות שלא בפניהם דהתירו חכמים במקום דא"א לקבל שלא בפניהם לטובת הנתבע ואף זו כמוהו ולכך סבירא ליה להדין בפשוט בלי פקפוק כלל דאם מעידים שהעדים גזלנים דנאמנים לפסול עדים שלא בפניהם דהיינו לבטל שטר דה"ל כעדים רדופים לילך למד"ה וזהו הטעם דבריהם ואם כן אף לפסול אותן בזוממים אמרינן כן ולא שייך חידוש הוא דהא זהו רק מתקנה להציל העשוק ואמרו חכמים לקבל שלא בפני בע"ד ומ"ש גזל ומ"ש עדות שקר סוף כל סוף הוא להציל העשוק ולכן ברור להך סברא אין הבדל כלל. ולפ"ז במקום דלא שייך זה כגון לבטל שובר של נתבע דלא התירו כלל לקבל עדות שלא בפני בע"ד כדלעיל סי' כ"ח אף לפסול עדים בגזלנותא אין מקבלים שלא בפני עדים ומכ"ש לקבל הזמה לפסול העדים ולומר שקר העידו וכן לענין קדושין ודאי בזו לא התירו חכמים לקבל עדות שלא בפני בע"ד וא"כ נראה דה"ה לפוסלם בגזלה לא מקבלים שלא בפניהם כלל וכ"ש בהזמה. ומדברי תו' כתובות דף כ"ב ד"ה תרי ותרי יש ראיה דהזמה שלא בפניו מכל מקום עדות הראשונים שהוזמו בטל לגמרי כי התו' פי' אי ערעור דגזלנותא תרי ותרי נינהו וא"כ אינו פסול ואיגלאי מילתא למפרע דלא נתבטל מושב ב"ד לקיום ואי ערעור דפגם משפחה והיינו שהוזמו גלוי מילתא בעלמא והן כשרים למפרע וקשה דקארי ליה מה קארי השתא בתרי מול תרי סבירא ליה דלא נתבטל המעמד וכי ס"ד בהזמה דאין בדברי ראשונים ממש אבטל המעמד וכי עדיף הכחשה במקום שיש חזקה מהזמה אפילו במקום דאין חזקה סוף כל סוף דברי ראשונים נתבטל לגמרי ומה צורך לחזקה ולכן נר' דפי' הזמה שלא בפני עדים וא"כ אין כאן רק הכחשה ומכל מקום עדות ראשון נתבטל אם כן ה"א הואיל ואין לזו חזקת כשרות ואינו רק הכחשה בטל הצירוף דעדיין שם פסול עליו דהא אינו רק הכחשה וע"ז קאמר הגמ' דכיון דהם מזימין ומה בכך שאינם כאן והוי רק הכחשה מכל מקום גילוי כשרותו איכא ולא בטל הוועד וא"ש ודוק. ואמת בדברי הרז"ה והר"ן סוף פ"ב דכתובות דטרחו למה קרוב נאמן לקיים ידי קרוביו וכתב הרז"ה דגבי שטר לא שייך הזמה כלל והר"ן כתב דלא שכיח ע"ש בר"ן שהאריך ולכאורה אין כאן חשש הזמה דאם אין עד החתום לפנינו אין כאן הזמה כלל ובהעד לפנינו מה קאמר אם הוא כת"י א"צ לקיום קרובו ואם אומר דאינו כת"י פשיטא דלא יהני קיום קרובו לחייבו בהזמה אם הוא מכחישו וכי נאמן קרוב עליו ומכ"ש לפי דעת האומרי' בטוענים מזויף בעי קיום דברי תורה ואם כן מה חשש יש כאן א"ו דהזמה לפסול העדים מהני אפילו שלא בפניהם ועדיין החשש אולי יוזמו שלא בפניהם ויהיה הזמה על פי קרובים וזהו סיוע לדברי

הריב"ש אבל גם לפמ"ש ניחא דהכל לענין ממון דהוי כמו עדים רדופים לילך למד"ה וכיוצא בו. אבל לא לפסול לענין קדושין כי לא מצינו כן ומהרלב"ח באמת תמה אף לענין גזל למה יקבלו שלא בפניהם וכתב דבטלה דעתו נגד דעת הראשונים ולפמ"ש ניחא בטעמא ולק"מ. והנה הרב הש"ך דעתו אף לפי דעת הריב"ש לחלק ולומר לפסול לעדות מהני אפילו הזמה שלא בפניהם דאין זה נ"מ כלל לעדים אבל לפסול אותם לשבועה ויהיה שכנגדו נשבע ונוטל לא ויש בו מהסברא אבל לפמ"ש דהוי כעדים רדופים וכו' אין לחלק דלא מצינו בפוסקים דמחלקי כן גבי פסולים דגזלנותא וצ"ע:

ודע דאף לדברי הריב"ש דהזמה שלא בפניו מהני לפסול העדים היינו מטעם דהא העידו שהוא רשע והיו מעידים בשקר אבל מכל מקום דין הזמה לא שייך בהו דהא אמרינן להדיא דהזמה שלא בפניהם לא הוי הזמה ונ"מ דלא נתבטל שאר העדות דמשום דהם פסולים לא נתבטל שאר עדות כשרים דקי"ל נמצא א' בהן קרוב או פסול כל עדות בטלה היינו דוקא שהיו ביחד בשעת ראי' כמש"ל בסימן ל"ו באריכות וכאן הרי זה הוזם ולא היה מעולם בצירופם בעת ראיה. ואם כן מחמת זה אין לפסלו רק דגבי הזמה חידוש הוא מה שאמרו דאם הוזם מקצתן בטלה כל העדות כשהעידו בב"א וכמש"ל וזהו מדיני ותנאי הזמה אבל בזו אין כאן גדר הזמה כלל דהזמה שלא בפניהם לא הוי הזמה רק אנו רוצים לפסול העדים דהם שקרנים ורשעים להעיד והרי זה רק כשארי קרוב או פסול ואין כאן ביטול לעדות כשרים וזה ברור. ולכך צדקו דברי ריב"ש בסי' הנ"ל דכתב דעד אי הוזם ואע"ג דהוה שלא בפניו מכל מקום לענין זה מהני לפוסלו וכתב וא"כ לא נשאר רק ע"א בקדושין וקי"ל ע"א בקידושין לאו כלום הוא והקשה מהר"י בי רב ומהרלב"ח ע"ש בקונטרס הסמיכה הא אפילו ע"א ליכא דהא בזוממין עדות שבטלה מקצתו בטלה כולו ומהר"י בי רב ביקש ליישבו דאיירי שם דלא העידו בתוך כ"ד וכבר השיגו מהרלב"ח דמשמע דברי הריב"ש להיפוך וגם לא היה הריב"ש משליך דברי הרמב"ם והטור אחר גיוו מבלי זכר דעתם ובפרט כי בלא"ה צידד להקל שם וע"ש שדחק בישובו ולפמ"ש לק"מ ודברי הריב"ש מזוקקים דלענין פיסול מהני שלא בפניהם אבל לית כאן תורת הזמה דנאמר דבטלה כולו והרי זה כשאר קרוב או פסול וא"ש וברור לדינא. כתב הטור וכן הרמב"ם עדים זוממין א"צ התראה וזהו מבואר בכמה מקומות בגמרא ועיין מש"ל בסימן כ"ח באורים בשם הריטב"א דהקשה הא מאיימין על עדים ואין לך התראה יותר מזה ותי' הריטב"א דזהו אין אומרים באיום שאם יהיו זוממין שיהיו נענשים כאשר זממו לעשות ולפי דבריו לא היה לטור צורך להעתיקו דכל כוונתו לפסול כמ"ש הרמ"א ובפיסול א"צ התראה ואי שלא יהיו שוגגים בזו האיום מהני לכ"ע וצ"ל דנ"מ לענין תפוס

הקנס וכו' כמ"ש בריש סימן ויש לדקדק במה דקאמרה הגמ' נתרי בי' אימת אי קודם מעשה משתלין בשעת מעשה פירשו וכו' דאיך שייך ביה התראה לפי מה דקי"ל ופסקו הרמב"ם פי"ב מהל' סנהדרין דצריך שיתיר עצמו למיתה ואפילו אמר יודע אני אין מועיל עד שיאמר על מנת כן אני עושה להתחייב מיתה וזהו התרת עצמו למיתה ואם כן בעדים זוממין בשעת מעשה איך שייך שיאמרו העדים על מנת כן אנו מעידים לחייב מיתה וא"כ הרי אמרו שמעידים בשקר ואין כאן עדות כלל ואם אמרו יודעים אנו שהאמת אתנו והרי אנו מחייבים עצמנו אם נהיה נמצאים זוממין להתחייב מיתה אין זה בגדר התרת עצמו למיתה כי לפי דבריהם לא פעלו און והרי זה גרע מאם השיב יודע אני כן ומכל מקום אני עושה דאינו בגדר התראה המועיל ודוחק לומר דכל הסוגיא דגמרא שם בכתוב' פרק אלו נערות אזלי שלא אליבא דהלכתא למ"ד דא"צ להתיר עצמו למיתה. וצ"ל דזה ידע הגמ' דהתראה הנ"ל דצריך להיות בכל שארי חייבי מיתות א"א להיות בעדים זוממין כמ"ש רק על כל פנים יהיה בהו התראה כל דהו שהוא להבחין בין שוגג למזיד כמ"ש הרמב"ם שם פי"ב מהל' סנהדרין ע"ש. וע"ז קאמר הגמ' דגם התראה זו א"א מטעם דקאמרו שם וזהו דוחק ויותר נראה הא דבעינן דיתיר עצמו היינו בחייבי מיתות דבזה אמרינן דבעי דילפינן מקרא יומת המת וכו' אבל בחייבי מלקות א"צ להתיר עצמו ושם בכתובות איירי לענין מלקות דאמרינן דלכך ממון משלם מילקא לא לקי משום דלית ביה התראה וניחא לן למקנסהו בממון מבמלקות וע"ז קאמרינן משום דא"א וכו' והכל למלקות וזהו נכון ויצא לנו דין דבמלקות אין צדיך התיר עצמו ולא ילפינן מד"נ:

והנה כתב הרמב"ם בהל' עדות פרק כ' דין ד' ואין לעדים זוממין שגגה לפי שאין בה מעשה לפיכך א"צ התראה עכ"ל והבינו הכ"מ ולח"מ דפי' דאין לעדים טענה שהם שוגגים ובשביל כך יפטרו מחיובם דמכל מקום הם חייבים ותמה הכ"מ דלדעתו יליף אותו הרמב"ם מהא דאמרינן אשתלין והקשה דלמסקנא לא קאי וגם אין להם מעשה אין לו מובן כלל ובאמת דברי הרמב"ם כפשוטיה תמהני מחכמים הנ"ל שהעלימו מזה עין דהוא ברור דפי' עדים שהעידו בשוגג שחשבו למותר או שגגו וטעו בעדותן ועל פיהם נהרג איש והם עכשיו מכירים שגגתם יכול יהיו חייבים קרבן חטאות כמו שארי שגגות בחייבי כריתות ומכ"ש בשגגה בחייבי מתות ב"ד ולזה קאמר הרמב"ם דאין בהם שגגה הרצון דין שוגג להתחייב חטאת וקאמר הטעם מפני שאין בהו מעשה ולכך פטורים מחטאת ודבר זה ברייתא בתורת כהנים והוא גמ' סנהדרין דף ס"ה ע"ב וכן בכריתות פ"ק יצאו עדים זוממין שאין בהם מעשה פרש"י בשם ת"כ יכול אני מרבה שוגגי חייבי מיתות בית דין לחטאת איזהו עדים זוממין וכו' ר"ל ועשה יצאו עדים זוממין שאין בהם

מעשה והדבר מבואר ברמב"ם כמ"ש שאין להם שגגה שאין בהם מעשה והוא לשון ברייתא דת"כ כנ"ל. אך מה שכתב הרמב"ם דלכך אין צריך התראה כבר תמה הראב"ד בהשגות דמה בכך וכי בשביל שאין בהם מעשה לא יהיו צריכים התראה מגדף יוכיח ומה שיש ליישב או דסבירא ליה לרמב"ם דכיון דעיקר התראה להזכירם אולי שוגג הם כמ"ש בהל' סנהדרין ואם כן אף דקאמר רבא שם בכתובות דלאחר מעשה א"א להתרות בם דהא לא מצי למיהדר ופירש רש"י כיון שהגיד כו' מכל מקום קשה נתרי ביה לגבי עצמן שאם יהדרו ויאמרו שוגגין היינו הרי אלו חייבים קרבן חטאת שגגה דלגבי נפשם לחטאות נאמנים ואם כן היה לנו להיות בע"ז התראה אשר טיב התראה בלא"ה להבחין בין שוגג למזיד ואם כן גם טעם אביי שם מי איכא מידי דאינהו בעי קטיל בלי התראה וכו' לא שייך בזה דעל כל פנים יהיה התראה לברר זדונם ושגיונם אבל באשר שאין בהם שגגת חטאת ואינם בני קרבן כלל אם כן אין כאן תועלת וצורך כלל בהתראה כדאמרינן בגמרא וא"ש מ"ש לפיכך אין צריך התראה. או י"ל בזה קצת כמ"ש הלח"מ דהא שם בסנהדרין פריך הגמרא והא עקימת שפתים הוי מעשה בדבר שאינו בלב ומשני שאני ע"ז דאיתנהו בראי' ופירש"י כל חיובם שאמרו שראו וראי' ליה ביה מעשה וזהו דוחק ולכך מפרש דהא כל חיובם שאמרו מה שלא ראו כלל. א"כ לא נעשה מעשה מעולם ואנו דני' אותם על אותו זמן שאמרו שראו ובאותו זמן לא היה דבר מעולם כי לא ראו כלל ואין כאן העדר מעשה בעולם יותר מזו ואם כן היינו הטעם שאמרו בגמרא הם בעי למקטל גברא בלי התראה וכו' כי כל חיובם שאמרו שראו מה שלא ראו ולא היה התראה כלל ועיין לח"מ דמפרש קצת כן אבל גם הוא כתב דהוא דוחק ע"ש. ויותר נראה דסבירא ליה הא דאמרינן בכתובות הדר אמר אביי לאו מילתא דאי ס"ד ע"ז צריכין התראה כו' מי איכא מידי דאינהו קטיל בלי התראה כו' אין זהו טעם דלכך א"צ התראה דהא הם בעי למקטול בלי התראה א"כ הא דפרכינן מה לעדים זוממין דיש בהם צד חמור דאין צריך התראה מה צד חמור יש בו כיון דהוא טעם לקיים אשר זמם וכל ענין עונש עדים זוממין לקיים בהם כאשר זמם ואף התראה בכלל אלא סבירא ליה דאין זה טעם דכמה דברים דשינה התורה בעדים זוממין מכפי שהם חשבו לעשות רק אביי הוכיח הדין דאין צריך התראה דאל"כ איך סתמה התורה ועשיתם לו כאשר זמם הא אין בהו כפי אשר זמם דהא צריכין התראה א"ו דאין צריך התראה אבל מכל מקום אין זו טעם להתורה והוא חומר בע"ז ולכך פרכינן מה לע"ז שאין צריך התראה ואם כן י"ל דברי הרמב"ם דפי' מה שאנו אומרים שאין בהם מעשה אף דהוי עקימת שפתים הטעם כך דכל חייבי חטאת הוא בעושה הדבר אז החיוב כרת ומיתת ב"ד חל ולכך בשוגג צריך חטאת כי בעשותו נגמר

העונש כרת ומיתת ב"ד אבל עדים זוממין אף דבפיהם שקרו וזהו מעשה בזו אין חיוב כרת ומיתת ב"ד רק חיוב מיתת ב"ד נגמר כשהב"ד גומרין דינו של הבע"ד ע"פ עדותן אז נתחייבו הם מיתה ואילו באים זוממין קודם שיגמר הדין לא היה מתחייבין מיתה ואילו מצאו ב"ד זכות או היה הבע"ד ברח לא הם עדים בחיוב מיתה. ואם כן בשעת מעשה שהעידו אין כאן בירור לחיוב מיתה ואין כאן מעשה לחיוב חטאת כי אז עדיין לא נעשה חיוב בבירור ואחר כך הם יושבים דוממים ואין כאן מעשה להתחייב חטאות כי אין על העדאת שקר חיוב חטאת רק על גרמת חיוב מיתה לבע"ד וזהו לא נגמר אז ולא ברור חיובו וזה ברור ונכון ואם כן אף התראה סבירא ליה לרמב"ם דלא שייך דבעי התראה תוך כ"ד לחיוב מיתה דהחיוב מיתה לא נגמר בעדותן רק אחר כך כשהב"ד גומרין דינו וכבר חלפו שעות רבו' והרי זה גרוע משארי התראת ספק דסבירא ליה לרמב"ם דהוי התראה דשם הספק ברשותו משא"כ כאן ביד אחרים אולי יבאו מזימין תיכף וכדומה וזה ודאי דאין בו התראה ואם כן א"ש ודברי הרמב"ם ברורים שכתב שאין בו מעשה דאז לא נגמר המעשה ולכך כתב דגם התראה לא שייך בי' וזה ברור ולכך אמרינן דחומר הוא בע"ז שאין בו התראה דהא דאין בו התראה הוא לספיק' חיובם וה"ל למפטור כהדין בכל ה"ס בכה"ג וכאן חייבה תורה וזה לענ"ד ברור ופשוט ונכון וצ"ל לשיטת הרמב"ם הא דפרכינן מן עדים על מגדף ולא מחלק הגמרא כמ"ש דשם אין המעשה תיכף נגמר וכמש"ל דבאמת בעדים זוממין יש לתרץ כן רק מה נימא באינך מקלל ומסית והא דאמרינן במסקנא עדים זוממין ישנו בראי' היינו כמ"ש התו' בב"מ פרק השוכר וכו' דהוא לתרוצי דהא ע"ז הוי כמו בחסימה בהנהגה בקול דע"י קול איתעבד מעשה וכאן נמי ע"י אתעבד מעשה גמור ועיין תו' ב"מ דף צ' ד"ה ר"י וכו' ע"ש ולכך קאמר הגמרא דאיתנהו בראי' כי אין הב"ד פוסקים על דבורם לבד רק מאמינים הב"ד להם שראו הדבר וא"כ הראי' ג"כ גורם המעשה ודוק. או יותר טוב לומר דהגי' בגמרא לא היה לרמב"ם שכן ישנו בראי' כי בלא"ה שינוי גירס' יש בשיטה זו כמ"ש התו' והמעיין יבחר בפי' הזה אבל מ"מ מה שכתוב מתחיל' דאין בו שגגה הואיל ואין בו מעשה הוא אמת כמ"ש ואין בו ספק ומקום הניחולי להתגדר. כתב הטור וכן הרמב"ם אין העדים נעשו זוממין שיהא לוקין או משלמין עד שיזומו כולם אעפ"י שהעדות מתקיים אפי' בב' אין חייבים עד שיזומו כולם והוא שהעידו כולם בתוך כ"ד אבל אם יש ביניהם הפסק יותר מכ"ד אז נחלקו העדות והשנים שהזימו נענשים והאחרונים שהיה הפסק ביניהם ובין דברי הראשונים כ"ד אין נענשים אע"פ שכל העדות בטלה ובזה השיגו הראב"ד דכיון דהיה הפסק בתוך העדים בכ"ד למה בטלה כל העדות וגם מה זה שאין האחרונים נענשים מה

עונש יקרה להם והרב הש"ך בסי' ל"ו התאמץ בכל כחו לדחו' דברי הרמב"ם בשני ידים וכתב אילו הי' הרמב"ם ראה השג' הראב"ד הי' מודה לו ולא ידעתי מה יאמר בדברי טור שראה דברי הראב"ד ולא חש ופסק בפשיטות כרמב"ם והיה אפשר לומר כי בלא"ה יש להבין איך השמיט הטור דברי של הראב"ד מבלי זוכר לו אמנם באמת הלח"מ תי' על הך קושי' דמ"ש הרמב"ם דאין אחרונים נענשים פשיטא מה עונש יקרה להם ותי' הוא דאיירי דהוזמו ג"כ ומ"מ פטורים דיאמרו אנו חשבינן דהוא גברא קטילא דהא כבר אמרו עדים ראשונים דחייב מיתה ולכך העדנו כי חשבנו היותו גברא קטילא ע"ש והוא אומר כן מסברא והדבר מוכרח בדברי הנ"י דכתב לא בא השלישי וכו' אלא לעשות דינו כיוצא בו פי' וא"י לומר כבר העידו השנים ונתקיים העדות בהם ואפי' הוזם לא ישלם אלא אעפ"י שלא היה צריך אם העיד תוך כ"ד דינו להתחייב אם הוזם כיוצא באלו עכ"ל הרי מבואר דוקא אם העיד תוד כ"ד הוא דאם הוזם השלישי דנהרג אבל אם בא אחר כך אינו חייב והדבר מבואר כמ"ש הלח"מ ומה צורך בו הסברא דכיון דמבואר כן בספר למחברים ז"ל. ואם כן לפ"ז דאין הכת השניה חייבים אף שהוזם א"כ אם הוזם כת ראשונה אין דנין עפ"י עדות כת שני' דהא ה"ל כת שני' עדות שאילה"ז דאף דיוזמו פטורים הם דיאמרו אנו לא ידענו דראשונ' יהיו זוממי' וגברא קטיל' קטלנ' כמ"ש הנ"י והלח"מ ואם כן צדקו דברי הטור בבירור דכתב בהוזם כת א' דכל העדות בטלה דכיון דכת שניה אינם נענשים ה"ל עדות שאילה"ז וזה ברור לדינא אך זהו דוחק דצ"ל דברי הטור סובבים בד"נ וקנסות דבעי דו"ח ואם כן בעינן עדות שאילה"ז אבל בד"מ דקי"ל לא בעי דו"ח ואף שאילה"ז בעדות א"צ כמש"ל בכמה דוכתי באריכות אם כן ליתא להך טעמא. ומכל עקום אין דברי ש"ך ברורים דדחה לגמרי דברי הרמב"ם דבדיני קדושין וכדומה דבעינן דו"ח דברי הנ"ל אמת ויציב בלי פקפוק:

אמנם זה כמעט א"א לכוון בדברי הרמב"ם שכתב הטעם מפני עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וזהו אין הטעם לפמ"ש ומ"ש הב"ח ופרישה דהוי כנמצא קרוב או פסול לא מובן דהא לא היו בעת ראית עדים דהא הוזמו ואם כן אין כאן ביטול מחמת קרוב ופסול כמש"ל רק הביטול מחמת גזירת הכתוב ע"פ שנים ושלשה לבטל כל העדי' בהזמה וכיון דלא העידו כ"ד מה צירוף יש להם לא ראו ולא העידו כאחד ויפה תמה הש"ך וכן דעת הרב המוסמך מהר"י בי רב. ונראה דיש להבין מה כל חרדה שחרדו ברמב"ם במה דכתב דאין האחרונים שלא הוזמו נענשים דפשיטא מה קמ"ל מה עונש יקרה להם. וכי סגי לא להו דכתב הרמב"ם להוציא מלב הגאון מהרי"ץ גאות גאון קדמון שפי' כפי מ"ש הנ"י בשמו בפי' המשנה דבא הכתוב להחמיר על הג' לעשות דינו כיוצא בו אעפ"י שלא

הוזם נהרג כאילו הוזם דאילו הוזם פשיטא ואינו נקרא נטפל לעבירה ע"ש. וא"כ בא הרמב"ם להוציא מלבן של צדיקים הנמשכים אחרי מהרי"ץ גאות הנ"ל וכתב דאותם שלא הוזמו אינם בגדר עונש אך נראה כי באמת לכאורה דעת מהרי"ץ גאות זר וקשה להבין דהשלישי דלא ידע שאלו הם רשעים שקרנים ובתומו הלך והעיד כפי האמת יהיה נלקה ויהיה נקטל הואיל ושנים העידו בשקר מה ה"ל למעבד ודבר זה אינו עולה בדעת כלל. ולכן ברור דסבירא ליה למהרי"ץ גאות דהא בעינן שיראו זא"ז ואם לאו הרי כאן שני עדות. ואם כן השלישי שבא לב"ד ונטפל להם היינו שאומר שראה אותם במעמד העדות דאל"כ דלא ראה אותן אין כאן עדות אחת ואין נטפל להם כמבואר שם במשנה ספ"ק דמכות ע"ש ולפ"ז דהוזמו השנים בעמנו הייתם ולא היו בכלל במעמד העדות אף הג' שיקר דאמר דראה אותם במעמד העדות והא לא היו כלל במקום ההוא ביום ההוא ואם כן אף דאין הזמה על השלישי דאין העדים אומרים עמנו היית כמו שאמרו על ב' הראשונים מכל מקום הוחזק לשקרן עפ"י דהעיד דראה אותם במעמד העדות וזה שקר לפי העדים ואם כן שפיר הוי נטפל לעדים דנטפל לעושי עבירה ואשמה בראשו דאמר שקר מוחלט דראה אותם ואילו לא שיקר ואמר שלא ראה אותם לא היה מצרף עמם ולא היה נקרא נטפל עמם והוא דאמר שקר דין שיטול שכרו וכך ענשו של בדאי וא"ש ואין דברי מהרי"ץ גאות כ"כ מהזרות. ובלמוד הישיבה אמרתי דלכך יליף ר"ע מהך עפ"י שנים ושלשה תרתי דרשות דיהיה השלישי הנטפל נענש כמותם וגם מה שנים נמצא א' מהן קרוב או פסול עדותן בטלה אף שלשה וכו' וקשה תרתי מנ"ל אלא דודאי עיקר קרא בא להחמיר והיינו לעשות דינו כיוצא בו רק לפמ"ש בדברי הרי"ץ גאות זהו בשנים ושלשה אבל בארבעה ל"ל דאם הזימו לשנים עמנו הייתם ולא הזימו לשנים האחרים ושנים אחרים אמרו שראו לשנים הראשונים במעמד העדות אם כן הרי כאן עדות מוכחשת שנים מול שנים המזימין אמרו עמנו היו במקום פלוני ואלו אומרים היו במעמד העדות. ולפ"ז קשה עדים ל"ל להור' אפילו ארבעה ויותר דהא אינו במציאות ולזה קאמר דעוד בא להורות הקישא דנמצא א' קרוב או פסול וה"א ארבעה לא וקמ"ל עדים וא"ש:

ולכן נראה דגם הראב"ד פי' בדברי הרי"ץ גאות כמ"ש ולכך חשב דא"א לומר דכתב הרמב"ם ואין אחרונים נענשים לאפוקי מדעת מהרי"ץ גאות דהא ע"כ לא איירי הרמב"ם דאחרונים אמרו ראינו אותו בעת העדות לראשונים דא"כ אין כאן הזמה כמ"ש דה"ל תרי מול תרי דהא הרמב"ם איירי בב' כיתות ועכצ"ל דאינם אומרים כן א"כ ליכא למ"ד דיהיו נענשים ויפה טען איך ס"ד דיקרה להם עונש ומה עון פעלו. אבל עם כל זה נראה ברור

בדעת הרמב"ם דכיון דכתב להדיא בפ"ד מהל' עדות דין ב' דבזמן שמקצתן רואין אלו את אלו הרי הוא עדות אחת להזמה ואם לאו הרי הן שני עדות ואם הוזם כת אחת עדות שניה מתקיימת א"כ כאן מיירי דא' מהכת שניה אמר שראה לכת ראשון והשני מהכת שני ראה אותו דה"ל צירוף כדאמרינן דמקצתן ראו אלו את אלו דהיינו כמ"ש ראובן ושמעון כת א' ולוי ויהודה כת אחרת ראה לוי לכת ראשון והוא יהודה ראה ללוי ואין מועיל מה שכת ראשון הנזומים אומרים שראו לכת השניה כי אטו אמירה דלהם מידי ממשא הא באמת לא ראו כלל דהא לא היה שם ומכ"ש לפמ"ש דהרמב"ם סבירא ליה כהרי"ף דצריך הכשר לידע בפסול ואם לאו אין כאן צירוף ואם כן ה"ה בראי' הנזומין צריך הכשר לראותו דאל"כ אין כאן צירוף דמ"ש וזה ברור ואם כן הא דקאמר הרמב"ם דאין כת שניה נעשים היינו אפי' א' מהן דס"ד דהשלישי שאמר שראה השנים ענש יענש דשקר לפני ב"ד העיד ונטפל לרשעים וידו היה במעל אתם לשקר וכמ"ש בדעת הרי"ץ גאות קמ"ל דלא ואמר אין נעשים כלל אפילו הג' אבל אמר שבטלה כל העדות כי כך הדין דהא הג' לפי דבריו ראה השנים ואם כן לפי דבריו ה"ל נמצא א' מהן קרוב או פסול דהא לפי דבריו היו במעמד ואם לא היו שם כאשר הוא האמ' דעפ"י שנים המזימין יקום דבר אם כן הרי מעיד שקר בב"ד ואמר שראה מה שלא ראה ופשיטא דראוי שעל כל פנים מבוטל עדותו ודי דלא יהיה לו עונש במה דשיקר בב"ד ואם עדותו בטלה אף עדות הרביעי בטל דהא הג' ורביעי היו בצירוף אחד ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולו כה"ג בודאי ובפרט שהרביעי אמר שראה לג' במעמד עדות אם כן כשהיו ביחד בעת ראיה וראו זא"ז הרי כאן ודאי עדות אחת כמו בקרוב או פסול ופשיטא דבטלה כל העדות דמ"ש מקרוב או פסול ויפה כתב הרמב"ם דה"ל עדות שבטלה מקצתו וכו' ודברי הרמב"ם נכונים ואין בהם פקפוק ולכן יפה פסק מהר"י בי רב בעובדא שלו בויכוח עם מהרלב"ח ומהרדב"ז ומהר"ם אלשקר בעדות על קטנה שהיה קדושין שלא מדעתה דא' הוזם ופסק מהר"י בי רב הואיל ולא העידו תוך כ"ד דלא נתבטל שארי עדות והם טענו עליו כי המעשה נעשה במצרים אתרי' דרמב"ם ע"ש ולפמ"ש כיון דלא העידו האחרים שראו להעד המוזם במעמד העדות אף הרמב"ם מודה דלא נתבטל עדותם וצ"ע להם ודברי הנ"ל שרירין וקיימין לדינא כתב הטור העידו על אחד שגירש אשתו ובאו לחייבו ליתן כתובה והוזמו חייבים לשלם כפי טובת הנאה והאריך וכן כתב הרמב"ם ואעפ"י שכתב הרמב"ם ומשלמין דמי טובת הנאה זו דמשמע דאם אמדו דאשה היושבת תחת בעלה כתובה בק' אין שוה למכור אלא למ"ד נותנים לבעלה הל' ולא יותר וכן הבין הלח"מ ברמב"ם ולפיכך נתקשה בו דהא אדרבא הם גרמו לבעל לשלם כל הק' ואם

כן הפסידו לו הע' ומחויבים לשלם הע' ולא הל' כי מה ששוה בטובת הנאה לא גרמו לו היזק ולכן צ"ל מ"ש הרמב"ם ומשלמין דמי טובת הנאה זו ר"ל מה שביקש הלוקח להרוויח בשביל שנותן לה המעות תיכף ויש לה טובת הנאה ממעות וזהו הנקרא דמי טובת הנאה וזהו ישלמו העדים ואם כי דוחק בלשון מ"מ יותר טוב משנימא דחוקי' אחרים רחוקי' מהדעת:

ויש לתמוה במה דאמרינן בגמרא דכתובות שילהי פרק הכותב ובא"ע סי' ק' דאם אין לה עדי גט והוא אומר גרשתיך ונתתי לך כתובה דנאמן במגו דלא גרשתיך דהא מכל מקום מחויב ליתן לה כפי טובת הנאה דאילו אמר לא גרשתיך היתה מוכרת בטובת הנאה כתובה שלה וכעת דאמר פרעתי לה מפסדת כתובתה לגמרי וחפשתי ומצאתי באסיפת זקנים לב"מ דכתב באמת אף דנאמן מכל מקום במותו גובה האשה מיתומים הכתובה ואם כן עדיין תוכל למכור כתובתה בטובת הנאה דאם תתאלמנה תגבה אלא דאין זה מספיק דאם אומר לא גרשתיך אם ירצה לגרשה יצטרך ליתן לה כתובתה ואם כן דמי זבינא יותר דיש כאן גבי' הן בגרושין והן במיתה משא"כ באומר באמת גרשתיך ופרעתי אין כאן פתח תקוה רק כשתתאלמן ודמי' מועטים מיהו מהיכי תיתי יגרשנה הא אין לה עליו שאר כסות ועונה כלל ושום חיוב גבר לאשה דהא היא מודה דגרשה וה"ל טענו בחיטין וכו' כמ"ש התו' במכות וכתובות אם כן מהכ"ת יגרשנה מה איכפת לי' בה וא"ל דכל כמה דאגיד' בי' לא יהיבנן ליה אחריתי דזה דחוק כיון דאין לה שום חיוב עליו ואם כן א"ש ועכ"פ תמוה על המחברים למה לא זכרו הדין דעכ"פ במותו תגבה כתוב' וזהו ברור והקשו התו' דלחייבו לאשה שאר כסות ועונה ותי' דאומר' גרשתני ואם כן מחלה לבעלה וכו' ולא ידעתי אם תי' זה עולה לפי פי' הרא"ש והרמב"ם דאומדים אם היא רגזנית ותהיה נח להתגרש הלא היא בדילה ממנו לגמרי ואין לה עליו שום תנאי כתוב' וא"כ מה איכפת ליה כלל אם אגיד' בו או לא ומה נ"מ בכעסה ורצונה ומה לו ולה ויש לדחות. אך קשי' לי על התו' בממ"נ אם הך דשאר כסות אינם שוים כ"כ כמו הפחת מטובת הנאה דכתוב' אם כן מה קושי' דישלמו לאשה שאר כסות הא הם לא כוונו להפסידה דבעדותו היה מגיע לה כל כתובתה והפחת עולה יותר מדמי שוי' של שאר וכסות ואם כן איך ס"ד שתתבע מאתם אשר רצו להפסידה אדרבא הם כוונו להמציא לה יותר וע"כ דאמדינן דהוא שוה יותר מן פחת הנ"ל ואם כן עדיין קשה למה ישלמו לבעל שהזיקו לו בפחת כתובה הא למול זה היה מרוויח בעדותם דנפטר עי"כ משאר כסות ול"ל דאף דלא העידו היתה אומרת גרשתני דא"כ אף כתובה היה מוכרח לשלם דבלי עדים אם אומרת גרשתני נאמנת לכתובה לפי דעת הרמב"ם ומחבר בא"ע

סי' ק' וכן הוא דעת התו' במכות שמעתי' הנ"ל. ואין לומר דאין לבעל ריוח בפיטור שאר כסות דהא לא טוב לו היותו לבדו ויקח אחרת ויתחייב לה שאר כסות ומה נ"מ דא"כ במעידים על עיקר כתובת' ישלמו הכל לבעל ולא טובת הנאה דהא צריך לפי עדותם ליתן לה מאתים ואי דבלי עדותם ג"כ היה מתחייב ר' בספק דזהו לא נפטור בעדות' דיקח אשה אחרת כי לא יהיה לבדו ויצטרך ליתן לה כתובה ג"כ והרי יתחייב שנית בספק אם ימות או יגרש ר' ור' הראשונים דפרע לאשתו ע"י הגדת עדים נפסדו לגמרי ויש ליישב ודוק. כתב הרמב"ם פ' כ"א מהלכ' עדות דין ד' העידו על פלוני שהפיל שן עבדו ואחר כך סימא עינו הוזמו משלמין לאדון דמי עין ודמי עבד והשיגו הראב"ד דהא בפ"ד מהל' חובל כתב הרמב"ם דכל זמן דלא נתן גט שחרור לעבד אין משלם לעבד דהוא איבעיא דלא אפשוט ותי' הכ"מ הואיל ואי תפס העבד חייב לשלם אף הזוממין חייבים לשלם להרב דהרי היה מקום שהיה יכול להגיע לנזק אם היה העבד תופס והרב הלח"מ כתב עליו שהוא דוחק ע"ש ובאמת לא הבנתי דהא אין עדים זוממין חייבים עד שיגמר הדין וכי יגמרו הב"ד הדין שאם תפס העבד שיזכה הלא סתמא פוסקין דיצא זכאי ואם כן מה נגמר הדין שייך בזה ועוד קשי' לי מה שכתב הרמב"ם אחר כך בדין ח' בשלשה כתי עדים שהעידו במועד שאם לא באו רצופין וכו' דשני כתות ראשונים פטורים ובהלכ' נזקי ממון כתב דהוא ספיקא אי אמרינן ליעודי תורא או ליעודי גברא. ואם כן אם באו כל שלשה כתות ביום א' למ"ד ליעודי תורא הרי הוא מועד ואי תפס הניזק נ"ש אין מוציאין מידו ואם כן אף העדים חייבים לשלם ולפ"ז כתות הראשונים חייבים דלא מצו למימר לא ידענו כמבואר בגמרא דלמ"ד ליעודי תורא ב' כתות הראשונים חייבים וכת האחרונה פטורה ועיין לח"מ והוא כתב דה"ל להרמב"ם לכתוב דאי תפס ואין זה קושי' דאין מדרך הרמב"ם לכתוב כל הדינים כרוכלא אבל כגון זה ה"ל לכתוב אפילו בלי תפס ראשונים חייבים אם העידו רק ביום א' הואיל ואי תפס לא מפקינן מיניה אף המה מחויבים תיכף לשלם. ואם כי יש לדחות דסבירא ליה לרמב"ם כדעת התו' שם בב"ק פרק כיצד. דודאי אי העידו ב' כתות ראשונים מקדם הם פטורים ואחרון חייב דהא שמעו עדותן רק הגמרא ס"ל דע"כ איירי דהעידו כתג' מקדם ע"ש. אך כל זה דוחק בדברי הרמב"ם והנה הרב הלח"מ תי' דאיירי באמת דתפס העבד והדוחק מבואר דעכצ"ל דתפס קודם שבאו העדים והעידו דאל"כ עדיין מהיכן ידעו עדים דהעבד יתפוס. וזה דוחק ולכן נראה ברור דכך הפי' ברמב"ם העידו שנים שהפיל שן עבדו ונתן לו גט שחרור כי יצא בו לחירות. ואחר כך סימא עינו ונמצאו זוממין בכל הרי זה משלם דמי עבד ודמי עין לרב דכיון דנתן לו גט שחרור לפי דבריהם היה מחויב לשלם דמי עין בלי פקפוק והרמב"ם סתם ולא

הזכיר גט שחרור דסמך עצמו על מ"ש בנזקי ממון דכל כמה דלא נתן גט שחרור אין לעבד תביעה ברבו ולכך סתם אבל באמת הדבר מבואר דמיירי באופן שהרב צריך לשלם דמי עין והיינו במעידים דנתן לו גט שחרור ולא כתב להדיא דנתן לו גט שחרור דהא הוא ספיקא ובאמת אם לא נתן לו והעבד תופס מכל מקום חייב לשלם ולכך סתם אבל הדבר מבואר כמ"ש ואין כאן כוונתו רק להודיע ענין זוממין אבל מכל מקום הפי' כך דהעידו דנתן לו גט שחרור והא דדייק הגמרא בגיטין דף מ"ב ע"ב מהך דתנא הפיל שינו וסימא עינו דיוצא בשינו ומשלם דמי עינו דאעפ"י דמעוכב ג"ש מכל מקום הרב חייב ומוקי ליה כתנאי ולא משני דנתן לו גט שחרור הטעם משום דקתני יוצא בשינו ומשלם דמי עינו ואי דנתן לו ג"ש מה יוציא בשינו פשיטא הא שחררו רק הל"ל משלם דמי עינו דיוצא פשיטא דנתן לו ג"ש אע"כ דאיירי דמהדין יוצא בשינו ולכך חייב דמי עינו וע"כ דלא נתן לו ג"ש וזה פשוט וא"צ לדוחק כלל ולחדש דין בהזמה אם תפס דאין מוציאין דיהיו העדים חייבים אפילו לא תפס וארווח לן בזו הקושי' שהקשה הלח"מ ברמב"ם דכתב אחר כך העידו שסימא עינו ואחר כך הפיל שינו והוזמו ואחר כך נמצא הדבר בהיפוך שהאדון הפיל שינו ואחר כך סימא עינו משלם דמי עין לעבד והקשה הלח"מ מה בכך שהיה ההיפוך אפי' נימא דהך הפלת שן וכו' היה קודם לזמן עדותם מ"מ עדיין לאו בר חיובא הוא כ"כ דלא עמד בדין אם כן הם חייבים בהזמה ע"ש ולפמ"ש דאיירי דנתן לו ג"ש לק"מ דכך הפי' דהם העידו שסימא עין ונתן לו בשביל כך ג"ש ואחר כך הפיל שינו ונתברר להיפוך שכבר הפיל שינו ראשון ובשביל כך נתן ג"ש ואחר כך סימא עין עבדו ופשיטא דזוממין פטורים מדמי עבד דהא בעת עדותם כבר נתן לו גט שחרור ולק"מ. והדבר נכון וברור כי לא נחית הרמב"ם בפרקים אלו רק להודיע דין הזמה אבל ממקומו נלמד דצריך גט שחרור ואם כן כך איירי עדותו כמ"ש סימא עינו ובו יצא לחירות והיינו באופן המועיל ששחררו בג"ש ולק"מ ודוק כי לענ"ד ברורים הדברים בכוונת הרמב"ם. אמנם ליישב דברי רמב"ם דכתב העידו סימא עין והפיל שינו ובאו עדים והזימן ואח"כ נמצא כו' דמשלמין דמי עין לעבד דהקשה הכ"מ דל"ל לרמב"ם ואח"כ הא קי"ל כרבא הכחשה תחילת הזמה והלח"מ הוסיף כיון דבכלל מאתי' מנה אף אביי מודה י"ל דאיירי כהך תי' דעבד תפוס וא"כ קושי' לח"מ לא קשה דאין כאן בכלל מאתים מנה דהא הב"ד פסקו ככת שניה דאמרו עין לבסוף הואיל דעבד תפוס וס"ל בתרי ותרי תפיסה מהני (ובפרט לרמב"ם דס"ל ת"כ אין מוציאין מידו) ופשיטא דהוי הכחשה תחילת הזמה אבל גם קושית כ"מ ל"ק דס"ל במה דאמרו הכחשה תחילת הזמה אלא שלא נגמרה היינו אם הזמה מוסיף על הכחשה דשנים אומרים הרג ושנים אומרים לא הרג הדין אם הרגו

גואל דם אין לו דמים דאולי האמת כהאומרים הרג והזמה מוסיף שגואל דם חייב מיתה וזהו שלא נגמרה אבל אם אין הזמה מוסיף כבר נתבטל העדות ע"י הכחשה ומה יועיל הזמה ואם כן כאן דעבד תפוס נתבטל עדות ראשון שאמרו שן לבסוף מכל וכל ואם יחזור הרב לתפוס בלא"ה זוכה כקושי' הכ"מ ואם כן לא שייך תחלת הזמה כיון דכבר נגמרה ודוק מיהו לשיטת ר"י בן לב שכתבתי לעיל דהקשה איך אפשר לומר אפכינא אם כן הרי הזמה והכחשה כא' וי"ל דסבירא ליה לרמב"ם לאחר כ"ד הכחישו ואין הכחשה כדאי לסתור הזמה שקדם ומכל מקום דמי כולו אינם משלמים דעכ"פ הם מעידים דהוא בן חורין ועמם הדין א"כ איפכא ל"ל דתקשה קושי' הר"י בן לב ולפרש בג' כיתות לא ביקש הרמב"ם כי תפס דרך קצרה ומה לו להרבות בכתות אם יוכל לפרש הדין בשני כיתות ופשוט דוק. כתב הרמב"ם שם פכ"א מהל' עדות דין ט' עדים שהעידו שגנב נפש מישראל והעידו שנים אחרים שמכרו בין שהוזמו עדי גניבה בין שהוזמו עדי מכירה כל כת מהן שהוזמה נהרגת שגניבה היא תחלת חיובו של זה למיתה משמע אף דעדי מכירה לא הוזמו כלל מכל מקום עדי גניבה חייבים ואע"פ דקי"ל אין עדים זוממים נהרגים עד שיוזמו כולם וכאן לא הוזמו כולם מכל מקום דכיון דיכולים להעיד חצי דבר ה"ל עדות בפ"ע והא דלא אמרינן כן גבי שלשה כיתות בשור שנגח דאם הוזמו כת ראשונה דתחייב דאתחלתה דמועד הוא דשם אף על גב דאמרו דהיה מתכוונים לייעדו מכל מקום יש תועלת בעדותן לחייב ח"נ לבע"ד אבל כאן אין תועלת רק להורגו ולכך מחייבים מיתה וצ"ע סברא זו דסוף כל סוף נתכוונו לייעדו ומה בכך דאיכא בלא"ה תועלת בעדותן ונר' דהתו' ב"ק דף כ"ד ע"ב ד"ה במכירן לא סבירא להו כן דהקשו דנוקמי בנגח שור של הפקר ושל גוי וכדומה ואם כן אין המעידים על נגיחה ראשונה יכולים לומר לחייב ח"נ באנו דאין כאן חיוב וקשה מה קושיא אם כן אם נמצא אף כת א' בלבד יהיו זוממין כמו עדי גניבה בנפש ולמה קתני בברייתא הוזמה כ"א הוא והן פטורים (שוב מצאתי כן ביש"ש לב"ק והנאני שזכיתי לכוון דברי גדול) אלא ודאי דאיירי במקום דמחייבין ח"נ בעדותו ולק"מ אלא ש"מ דהתו' לא סברי כן וכן באמת משמע דברי הגמ' שם סנהדרין דאמר עדי גניבה ועדי מכירה בנפש שהוזמו חזקי' אמר אין נהרגין ור"י אמר נהרגין וברור דקאי למסקנא דאי בס"ד דפליגי בחצי דבר מה איריא שהוזמו בפשיטות הל"ל דלחזקיה אם העידו כן לא ה"ל עדות כר"ע ולר"י הוה עדות כרבנן ועכצ"ל דלמסקנא קאי דודאי הוה עדות רק פליגי בהזמה וכ"כ מהרש"א וקשה עדי מכירה דנקט ל"ל הא בעדי מכירה לא נחלקו כלל כמבואר בגמרא רק בעדי גניבה והל"ל בקצרה עדי גניבה שהוזמו אלא ברור דאין כאן מציאות לחייב על הזמת עדי גניבה וזה ברור ולכן מסתבר כדברי התו'

ודעת הרמב"ם צ"ע. כתב הרמב"ם מוציא שם רע על אשתו שהביא עדים שזינתה והביא אביה עדים והזימום הרי עדי הבעל נהרגים וכו' בגמ' אמרו ואין משלמין ממון ופירש"י דה"א לפרוע לה כתובה דהא ביקשו להפסידה מכתובה ואם כן ישלמו כתובה בטובת הנאה ולכך קאמר דאין משלמין דהא קים ליה בדרבה מיני' וקשה אם כן הא דאמרינן חזר הבעל והביא עדים והזימו לעדי אב עדי האב נהרגים ומשלמין ממון לבעל ופירש רש"י וכן הרמב"ם משלמין קנס מפני שנגמר דין הבעל לשלם קנס בעדותן והוי ממון לזה ונפשות לזה ולמה לא ישלם לבעל כפי טובת הנאה שרצו להפסידו בכתובה כי באמת שזינתה הבעל פטור מלשלם כתובה ויוצאת שלא בכתובה אבל לפי עדים שהזימו חייב ליתן לה כתובה ואם שלא תגבה רק בזמן גבי' מכל מקום הא שוי' ממון בכפי טובת הנאה דהא אמרינן בהעידו שגירש אשתו וחייב לשלם כתובה והוזמו שאין משלם כל הכתובה רק שמין הכתובה כמה שוה למכור והנשאר משלמין לבעל ש"מ דהך כתוב' שויה מידי ואם כן זהו שרצו להפסיד הבעל דמה ששוה הכתובה למכור זהו ממון שמפסיד הבעל ע"י ולמה לא ישלם כלל להבעל הא הוי הפסד לו בטובת הנאה וצ"ע. ואולי י"ל דקשי' לי' לרש"י קושי' המרדכי בב"ק הא דאמרינן דא"א לה למכור כתובה לבעל דאסור לשהות בלי כתובה שלא תהיה קלה בעינו להוציאה דתמכור לו ע"ת דאם ימות שלא יהיה לה כתובה ואם יגרשנה יצטרך לשלם לה כתובה ואם כן לא שייך שתהיה קלה בעינו להוציאה ולכן סבירא ליה לרש"י דע"ז לית קונה ואין הכתובה שוה כלום כי כבר כתבו התו' דמיתה שכיח בנשים יותר מבאנשים רק עיקר קנין משום גירושין אבל אם באמת בגירושין יצטרך לשלם לה כתובה אין שוה כלום ואם כן אף כאן בשלמא בעדים מעידים עליה שזינתה ולולי העדים לא היה בגדר מוציא ש"ר דצריך להביא עדים ואם אין לו עדים אין כאן מוציא ש"ר שפיר יש לאשה טענה דהיו מפסידים לה כתובתה שתוכל למכור בטובת הנאה דהרי יכול להוציאה בגט ואם כן יש כאן קוני' ולכך נתן רש"י טעם קים ליה בדרבה מיניה משא"כ שהאב מביא עדים והוזמו לא הפסידו לבעל דאף עכשיו דלפי דבריהם חייב לה כתובתה אין הכתובה שוה דהא אם היה כדבריה' היה הבעל בגדר מוציא ש"ר וא"כ אין יכול לשלחה כל ימיו ואין כאן קונה דלמיתה לא חיישינן ואם כן אף לפי דבריהם איך הכתובה של בעל בגדר ממון דזבין בפריטי ולכך אין משלמין ודוק וצ"ע. והא לא קשי' לרש"י עדי בעל איך ס"ד שישלמו כתובה הא אף בלי עדותם כיון שהבעל טוען לא מצאתי בתולים והטוען פ"פ מצאתי נאמן להפסידה כתובה ואם כן בלי עדותו היה כתובתה נפסדת די"ל דטוענת תחתיו נאנסתי או מ"ע אני ונאמנ' דקי"ל הלכה כר"ג והם מעידים שזינתה ברצון. כתב עוד הרמב"ם שנים שהעידו פלוני בא על

נערה מאורסה והוזמו נהרגין ואין משלמין בא על בתו של פלוני והוזמו נהרגין ומשלמין קנס לאבי' ע"כ לשון קנס מורה על ק' סלעים. ותמה הלח"מ הא אילו לא העידו כלל פשיטא דאין הבעל חייב בק' סלעים דאינו חייב עד שהביא עדים ויהיו ניזומין כמ"ש הרמב"ם גופי' בהל' נערה פ"ג ועוד הבעל משלם כשהוזמו ולמה ישלמו עדים וכי יקח האב מהבעל ומעדים והניחו בצ"ע ויפה הקשה אבל נראה דקשי' לי' לרמב"ם תשלומין זו מה טיבו ואי כסף כתובה הא סבירא ליה לרמב"ם ארוסה ל"ל כתובה ודוחק דמיירי בכתב לה ואם כבר נשאת רק מעידים שזינתה כשהיתה ארוסה וכן צ"ל לרמב"ם דמפרש לי' במוציא ש"ר ולענין ק' סלעים ואינו בגדר מוציא ש"ר עד שיבעל כמ"ש הרמב"ם בהל' נערה אם כן כתובה שלה והוי ממון וכסף לחד ולכך מפרש לי' כך דהביא בעל עדים שזינתה והזימן האב ואם כן זוממין אלו נהרגים וחייב הבעל ליתן ק' סלעים וחזר הבעל והביא עדים אחרים שזינתה וגם אלו הזימן האב וא"כ זוממין אלו נהרגין וחייב לשלם קנס ק' סלעים שכבר נתחייב בהן הבעל לאב והם רצו להפסידו לאב בעדותן השקר וא"ש ולק"מ וקיצר הרמב"ם כדרכו להעתיק רק לשון הגמ' והדבר מובן מעצמו:

סימן לט

א **או שהודה בפני עדים כו'** כתב בהגה"א פז"ב הא דמהני קנין בהודאה היינו שקנו מידו שיתן עד זמן פלוני אבל אם אמר סתם הנני מודה לך בקנין בפני עדים שאני חייב לך לא ידעתי על מה יחול הקנין הואיל ולא מקנה לו עתה שום דבר סמ"ע. וזהו לפי הגי' שלפנינו וכן נראה שהוא גירס' הב"י דסיימו הג"ה ולא אמרינן דאהני שלא יוכל לומר פרעתי בפני פלוני ופלוני והלכו למד"ה. וא"כ מסיק הדין דלא מועיל קנין בהודאה אבל לפי מ"ש הב"ח נראה דהיה גירסא אם לא דאמרינן דמהני שלא יוכל לומר וכו' וא"כ אף הג"ה במסקנא לא החליט דאינו מועיל דאולי הוא לענין דאינו נאמן בפרעון. אמנם הרב ב"י בספרו בדק הבית תמה על בעל הגהות דלמה לא יועיל קנין לשעבד נכסים מה שלא היו משועבדים במלוה ע"פ. ותי' הרב הב"ח דגם זה אין צריך לקנין דאף במלוה ע"פ הנכסים משועבדים דקיי"ל שעבודא דאורייתא. ודבריו דחוקים חדא דא"כ אף בשעת הלואה אם נתן שעה קודם הקנין המעות דכבר נשתעבדו נכסים א"כ על מה יחול הקנין אח"כ. ועוד דכיון דעכשיו הפקיעו חז"ל שעבוד למלוה ע"פ ותקנו דמע"פ אינו גובה ממשעבדי מה נ"מ אם יש שעבודא דאורייתא סוף כל סוף עכשיו פקע שעבודא ובקנינו חוזר וניעור בשיעבוד של תורה לחול. ולכן נראה ברור דהגהת הרא"ש הלך לשיטתו דכתב בכתובות ריש פרק אעפ"י אהא דאמרינן קנו בפני שנים אצ"ל כתבו דאתיא דלא

כשמואל דסבירא ליה אחריות ט"ס הוא דלשמואל צ"ל כתבו דשמא אינו רוצה שיגבה ממשעבדי וכו' עכ"ל וצ"ל דדעתו כדעת הנ"י ויתר פוסקים דסבירא להו אעפ"י דסתם קנין לכתיבה עומד לא אמרינן כי דעתו על משעבדי ולכך דלא מהני קנין לגבות משעבדי ואם כן איך יכתוב דהוי אחריות ט"ס ולכך סבירא ליה דלא אתי' לשמואל ואם כן אף הא דאמרינן הודה בפני שנים וקנו ממנו אצ"ל כתבו היינו למ"ד אחריות לאו ט"ס הוא אבל למ"ד אחריות ט"ס הוא אין לכתוב כמ"ש שם דא"כ אחריות ט"ס והא קנין אינו לגבות בו ממשעבדי לדעתו. ולפ"ז שפי' תמה הגהת הרא"ש על מה יחול הקנין דכיון דבקנין ובכתיבה לא נשתעבדו נכסים דהא אתיא למ"ד אחריות לאו ט"ס הוא ולא קשה קושית הב"י דהא חל על נכסים משועבדים דהא לא נשתעבדו הנכסים ואחריות לאו ט"ס ושפיר תמה אבל לפי דקיי"ל אחריות ט"ס הוא. וגם בקנין נשתעבדו נכסים ולכך קיי"ל אפילו לדידן דקי"ל אחריות ט"ס דקנו ממנו כותבין אם כן שפיר קאי סברת הב"י דהא חל הקנין על השיעבוד נכסים ולק"מ ויפה עשו כל הפוסקים שהשמיטו הך דינו של הגהת הרא"ש:

ב **גובה מנכסים משועבדים כו'** הרב ב"י נתן טעמא דשעבודא דאורייתא והרב הש"ך האריך בס"ק ב' דהוא ספיקא דדינא כי מצאנו חולקים גדולים חקרי לבב שחולקים ודעתו להכריע בהך סברא אלא שלא מלאו לבו להכריע נגד הנך רבוותא ואני כבר כתבתי כי לא להכריע באתי ולא איש דברים כאלה אנכי. אך לא ידעתי אם מנין הראוי הוא לומר עליו קים ליה כי הרי"ף והרמב"ם והרמב"ן והרשב"א וריטב"א והש"ך לא ראה חדושי רשב"א לקדושין ולכך לא הביאו אבל שם מבואר כי קי"ל שעבודא דאורייי' וכן הביא שם בשם ראב"ד דמפרש הא דאמרי' במס' קדושין הלכתא מלוה ע"פ גובה מיורשים דשעבוד' דאורייתא סוגי' דגמרא קאמרה ולא ר"פ דר"פ אמר לטעמיה בסוף ג"פ משום נעילת דלת דשעבוד' ל"ד וסתמא דגמרא קאמר הטעם משום שעבוד' דאורייתא לא מטעמיה דר"פ וכו' הרי בביאור דהראב"ד סבירא ליה שעבודה דאורייתא וכמ"ש הש"ך גופי' דכן כתב בהשגות בהל' עירוכין ומה שנראה מתשובת הראב"ד בבעה"ת שער ס"א דסבירא ליה כר"פ דשעבודא ל"ד אין כ"כ ראיה דהתם נראה לברר ולדחות דברי הטוען דטען עליו שעבודא ל"ד והשיב אם כן אף במלוה בשטר ל"ד ע"ש וכ"כ הרא"ש ומה שהקשה עליו הש"ך נברר דלק"מ וכ"כ הישו"ש וכן כתב הר"ן בפ' שבועתהדיינין דקיי"ל שעבודא דאורייתא וכ"כ הטור להדיא לקמן בסי' פ"ח דקי"ל שעבודא דאורייתא ואם כן אף דנימא דתוס' ומרדכי ועיטור חולקים צא וחשוב כיון דהרי"ף והרמב"ם ורמב"ן ורשב"א וריטב"א ורא"ש והטור והר"ן והראב"ד והיש"ש כולם הסכימו כא' דשעבוד

דאורייתא הלא אחר רוב כזה ודאי להטות ולא שייך קים ליה אלא דבאמת לא מצינו בתוס' ברור דסבירא ליה להלכה דשעבוד' ל"ד דהא הם מפרשים רק בדברי ר"פ דלא יהיו דבריו סותרים בב"ב דאמר שעבודא ל"ד להך דאמר בקידושין ש"ד ולכך העלו דכן עיקר כר"ח דמודה ר"פ דמלוה כתוב' בתורה הוי ש"ד אבל בשאר מלוה שעבודא ל"ד וזהו הכל במילתא דר"פ אבל בשביל זה אין כאן ראיה דהלכה כר"פ דר"פ ודאי סבירא ליה של"ד כדאמרינן פריעת ב"ח מצוה וכו' דמזו דייקי וכמ"ש הש"ך דסבירא ליה שעבוד' ל"ד אבל אנן לא קי"ל כר"פ בזה והלא הרמב"ן וריטב"א ורשב"א כולם מפרשים במילתא דר"פ דסבירא ליה שעבוד' ל"ד ואין בזה ספק אצלם כלל רק העלו דאף דאמת כן בדברי וכוונת ר"פ מ"מ אין הלכה כמותו דקי"ל כר"י ור"ל ע"ש שהאריכו וכמו דסבירא ליה לרמב"ן וסייעתו כן י"ל בתוס' דהא התוס' לא הזכירו כלל מפסק הלכה רק הם פי' מילתא דר"פ דלא יהיו דבריו סותרים אבל בשביל זה אין כאן פסק הלכה וכן תוס' מהרי"ד לא דיבר כלל מענין פסק הלכה רק מפרש דברי ר"פ ע"ש אדרבא משמע מדברי פי' ר"ת בב"ב דף קכ"ה ד"ה לטעמי' דפי' הא דהקשה הגמרא על ר"נ דסבירא ליה גבו קרקע אין לו מהך דיתומים שגבו קרקע בחוב אביהם ב"ח חוזר וגובה מהם ומשני הגמ' טעמא דבני מערבא קאמר וליה לא סבירא ליה דר"נ באמת סבירא ליה אם גבה קרקע או מעות יש לו מכח הך דיתומים שגבו קרקע ע"ש ולא סבירא ליה כפי' רשב"ם דלמסקנא אמרינן טעמא אחריני איתי בי' משום דשם משתעבד מדר"נ ואם כן מוכח ע"כ דהך יתומים שגבו קרקע תלי' ג"כ בהך אי שעבודא דאורייתא דאי אמרי' זהו אף למ"ד שעבוד' ל"ד אם כן איך פריך מיניה מהא על הך דר"נ דאמר גבו קרקע אין לו דהא י"ל ר"נ סבירא ליה שעבודא ל"ד ולכך גבו קרקע אין לו כמבואר בסוף גט פשוט. ומ"מ סבירא ליה דיתומים שגבו קרקע וכו' דזהו לא תלי' כלל בשעבודא דאורייתא ועכצ"ל דגם הך תלי' בשעבודא דאורייתא ושפיר פרכינן אהדדי. ואם כן כיון דהך דינא קי"ל דיתומים שגבו קרקע ש"מ שיעבודא דאורייתא ונראה דלזה ראיה כיון הרשב"א לקידושין דכתב דמהא דרבא דסבירא ליה דיתומים שגבו קרקע ש"מ דש"ד דבסיף גט פשוט מוכח דתלי' אי שיעבודא דאורייתא ובאמת שם לא נזכר דבר כלל מהך מימרא אלא דכוונתו דבגמרא אמרינן הך דגבה קרקע יש לו תלי' בש"ד ובגמרא הנ"ל בפ' י"נ פרכינן אהדדי ש"מ דאף זו תלי' בהך שיעבודא דאורייתא דאל"כ לא פריך הגמרא מידי ודוחק לומר דכל קושי' בגט פשוט הוא לרבה דלדידי' תלי' הך דגבה קרקע בש"ד דהוא סבירא ליה אי קדים סבתא וזבין וכו' אם כן אי לאו ש"ד אינו טורף אבל ר"נ י"ל דלא סבירא ליה הך טעמא כמ"ש התו' שם דיש עוד טעמים ואם כן אין כאן ראיה זה דוחק. ואם כן ע"כ מוכח דסבירא להו לתוס' דקי"ל

שעבודא דאורייתא כרבא ור"נ. ואם כן לא קי"ל כר"פ וכן בעיטור לא נזכר רק תי' התוס' דלא קשה ר"פ אהדדי אבל לא מצינו דיסבור להדיא דשעבודא ל"ד. ובאמת לפי מ"ש הש"ך לחלק בתו' בין מלוה הכתובה בתורה לשארי מלוה יש להבין הא דפריך הגמרא בב"ק דף מ"ג לר"נ לוקמי כגון שגבה קרקע דמה קושי' דילמא הא דסבירא ליה גבה קרקע לי' לי' משום דסבירא ליה שעבודא ל"ד וגם אין דרך לפרוע בקרקע כמ"ש התוס' שם ולכך סבירא ליה דאין לו אבל בניזקין דסבירא ליה ש"ד באמת מודה דגבה קרקע יש לו ושם מיירי בנזיקין ולק"מ דלכך גבה קרקע יש לו דכמש"ל דגמ' תלי' הך דגבה קרקע בש"ד או לאו וצ"ל דסבירא להו לתו' דאין מלוה הכתוב בתורה עדיף מן מלוה שנכתב שעבודו בפי' בשטר. וכמ"ש הרשב"א בגיטין דבכה"ג הוי כעין מלוה הכתובה בתורה וכן כתב בקידושין וכך דייק ליה הלשון מלוה כתובה בתורה ככתובה בשטר ש"מ דבשטר הוי ש"ד והיינו כשנכתב השעבוד בפי' וכ"כ הש"ך גופי' וכן מוכח מתו' ב"ב דף קכ"ו ד"ה ואין הבכור וכו' דהקשו ר"פ אהדדי דפסק הלכתא דאין בכור נוטל במלוה פי' גבו קרקע משמע דשעבודא ל"ד ור"פ סבירא ליה בפ"ק דקידושין דש"ד והניחו בצ"ע וצריך תלמוד לכאורה מה קושי' הא התו' העלו בסוף ב"ב ובקידושין דמלוה הכתובה בתורה הוא דסבירא ליה לר"פ ש"ד אבל בשארי מלוה סבירא ליה שעבודא ל"ד. אלא דסבירא ליה לתו' אם נכתב בשטר הוי חד דינא עם מלוה הכתובה בתורה ואם כן עדיין קשה למה סבירא ליה סתם גבו קרקע אין לבכור הא בהניח אביו שטר שיש בו שעבוד נכסים מפורש מודה דש"ד וקושי' התוס' שפיר והתו' ב"ב דף קכ"ה ד"ה לטעמייהו דכתבו ועי"ל דלרבה אפילו אי זבין לא הוי זבינא מ"מ הוי ראוי ולכאורה אינו במציאות דהוא סבירא ליה שעבודא ל"ד וברור דנתכוונו אי נכתב אחריות בפי' ומשמע דבזה לכ"ע ש"ד אך קשה לפי תירוץ זה מה הקשו התוס' ר"פ אהדדי הא י"ל שעבוד דאורייתא ומכל מקום אינו גובה דהוי ראוי כמו שכתבו לרבה וצ"ע. ולפ"ז לא הבנתי מ"ש כל מפרשים וכן הש"ך גופי' דר"פ סבירא ליה דלכך אינו גובה מיתומים קטנים משום דיתמי לאו בני מצוה נינהו אזיל לשיטתו דסבירא ליה שעבוד' ל"ד וזה הסכימו כולם אם כן בשטר שיש בו שעבוד נכסים בפי' דהוי ש"ד יגבה מנכסים של יתומים קטנים וכ"ת ה"נ מלבד דזה דוחק דהא סתמא קתני. אף גם מה פריך בערכין על ר"פ מהך דקתני שום יתומים והוצרך לאוקמי בגוי שקיבל בדין ישראל ולא תי' כפשוטה דמיירי בשמבדו בפי' ועיין בריטב"א ובלא"ה קשם להך חילוק בין מלוה הכתובה בתורה אם כן בהך מלוה גובה מיתומים קטנים דהא בזה ש"ד אם כן לוקמי הא דקתני שום יתומים בתוב הכתובה בתורה נזקין ערכין פדיון הבן וכדומה. ולכן ברור דלא סבירא ליה להך דיעה טעמא דר"פ דאמר יתמי

דלאו בני מצוה נינהו משום דשעבודא ל"ד רק אפילו למ"ד דאורייתא אמר כן והיינו דסבירא ליה הא דשעבודא תורה הוא דעיקר חיובו על הלוה דמצוה עליו לפרוע ואי לא רצה הרי כופין אותו כדאמרי' בכתובות ונכסיו אינון ערבין ולכך גובין ד"ת מנכסיו אבל יתומים קטנים דלאו בר מצוה נינהו אם כן כל היכי דא"א לגבות מבע"ד אף מהערב א"א לגבות כלל ולכך לא נחתינן לנכסים כיון דהמה גופי' פטורים ולאו בני מצוה נינהו אף נכסים שהם ערבים פטורים כדאמרי' בבכורות גבי מת האב עד שלא חלקו ע"ש. ולפ"ז זהו דלא כהסכמת כל מחברים דסבירא להו דר"פ סבירא ליה שעבודא ל"ד מהך דסבירא ליה פריעת ב"ח מצוה וכו' והרב הש"ך כל ראי' שלו למיפסק שעבודא ל"ד מהך דפריעת ב"ח מצוה וכתב דראי' הרמב"ן ברורה דמזה מוכח דר"פ סבירא ליה שעבודא ל"ד מכח זה דחה דברי הרי"ף ומחילה מכבודו דלא עיין כל הצורך דלדעת התוס' לחלק בין מלוה לנזיקין בלא"ה צ"ל דר"פ דאמר אין גובה מיתומים אין הטעם משום דסבירא ליה שעבודא ל"ד והנה כשל עוזר והדבר קשה בממ"נ. ועוד אני מוסיף כמעט ראי' ברורה דאם אין אתה אומר כך דש"ד כמעט לא מצאנו ידינו ורגלינו בבה"מ דהא בפרק יש בכור נחלקו ר"מ ור' יהודה אם חלקו עד שלא נתנו דסבירא ליה לר"מ פטורים ור' יהודה אומר כבר נתחייבו נכסים ואמרינן דפליגי בדלית רק ה' סלעים ופליגי אי האחי שחלקו כלקוחות ומלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות ע"ש הרי דקי"ל אם אחים' שחלקו הן כלקוחות אין מלוה ע"פ גובה מהם. וקשה אם כן בכל היורשים שיש על אביהם חוב ע"פ וחלקו נכסים לא יהיה מלוה ע"פ גובה מהם ואין שום ב"ד מעולם נתכוון על לב כאשר יחלקו יורשים ששוב לא ישלמו מלוה ע"פ בשום אופן דהא קי"ל האחים שחלקו כלקוח' הן ועיין בחדושי רמב"ן דטרח למצוא טעם למה פסקינן בבא ב"ח דבטלה מחלוקת אף דקי"ל כלקוח' הן ע"ש שנתן טעם דעל תנאי כך חלקו שלא יפסיד אחד הכל והנשארים יאכלו ויחדו ולא נתן לב ליתן טעם דמלוה ע"פ לא יהיה לו לגבות כלל מן יורשי הלוה כשחולקים הא קי"ל לקוחות הן ואם במלוה הכתובה בתורה אמרינן דלא גובה מאחי' שחלקו הואיל כלקוחות דמי מכ"ש בשאר מלוה ע"פ. ומה יענו כל בתי דינין בישראל (וברמב"ם בפי' המשנה דכתב ר"י ור"מ חולקים אי כלקוחות או כיורשים ופסק הלכה כר"י אף דפסק במ"א כלקוחות י"ל דזהו יש ברירה או אין ברירה ספק הוא ולכך בדרבנן יש ברירה ואם כן הוי ס"ס אולי אתה הבכור משלך אני גובה ואם לאו דילמא יש ברירה ויורש אתה ופרע חוב אביך וסבירא ליה כתו' בס"ס מוציאין ממוחזק ובזה י"ל קושי' התו' דהקשו איך סבירא ליה לר"י כיורשים הא ס"ל אין ברירה ומיושב) ולכן ברור דסבירא ליה הא בלא"ה יש להקשות במה דמסקינן בבכורות דר"מ ור"י נחלקו אי חלקו נכסים

דכ"ע אי' לי' ה' שקלים ולא ה' חצאי שקלים וקמפלגי בפלוגתא דר"פ ודרב אסי פי' רש"י או דכ"ע אית להו דר"פ דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות רק סבירא ליה לר"י דלא כר"א דאמר אחין שחלקו מחצה לקוחות או דסבירא ליה כר"א רק לא סבירא ליה לר"י כר"פ. וקשה לדידן דקי"ל כר' יהודה דנתחייבו נכסים כמ"ש הרמב"ם והטור י"ד הלכות פדיון בכור ע"ש וקי"ל אחי' שחלקו כלקוחות דמי אם כן ע"כ לי' לן דר"פ וסבירא לן מלוה ע"פ גובה מן לקוחות וקשה הא קיי"ל כר"פ דאין מלוה ע"פ גובה מן לקוחות. ועכצ"ל דכך הפי' לפי שיטת הרמב"ן וסייעתו דסבירא להו ר"פ סבירא ליה בכל מקום שעבודא ל"ד רק מפני נעילת דלת כך פי' בדר"פ קמפלגי ר"מ אית לי' דר"פ דשעבודא ל"ד ואם כן שורת הדין מן היורשים שלא לגבות כלל רק מפני נעילת דלת אבל לקוחות הניחו' על דין תורה שלא לגבות אם כן אף אחי' שחלקו הניחו על ד"ת שלא לגבות ור"י לי' לי' דר"פ רק סבירא ליה דלכך גובין מיורשים דסבירא ליה ש"ד והיה מהדין לגבות אף מלקוחות רק הואיל לית ליה קלא חסו חכמים על תקנת לקוחות לבל יגבה מהן בע"פ וזהו בלקוחות דעלמא אבל אחין שחלקו מה תקנה יש בהן ומה יש לחוש בהו ומה יש לחוש לפסידא יתמי דאכלו דלאו דידהו וכו' ולכך גובה מהן ולכך סבירא לר"י נתחייבו נכסים וכן קי"ל ולכן אף דחלקו יורשים מכל מקום מלוה ע"פ גובה מהן דלא שייך בהו תקנה וחזר הדין לדין תורה ש"ד וא"ש וזהו מורה ברור כדעת הרמב"ן דש"ד דהא דאמרי' בקידושין במילתא דר"פ ש"ד לאו ר"פ אמרה כי אם סתמא דתלמודא הוסיף כן בדברי ר"פ אבל ר"פ סבירא ליה לאו דאורייתא וא"ש דאמרי' בדר"פ פליגי וזה ברור. ובמהרש"ל ב"ק הניח בצ"ע למה פסקינן כר"י כיון דקי"ל כר"פ וקי"ל כלקוחות ומעדני מלך וכן מהרש"ל תי' בדוחק דסבירא ליה אוקומתא מה דלא נזכר בגמרא וזהו דוחק ולפמ"ש הכל ניחא וא"צ לדוחק מהרש"ל דלאו דוקא בדר"פ דלפמ"ש ניחא בדר"פ. ואין לומר דילמא לעולם שעבודא ל"ד רק הא אמרי' מפני תיקון עולם שלא תנעול דלת תיקנו לגבות מהיורשים והיה ראוי אף בלקוחות שיתקנו לגבות מפני נעילת דלת רק מפני דלית לי' קלא לא תיקנו וה"מ בלקוחות דעלמא אבל בלקוחות דיורשים ודאי דחיישי' לנעילת דלת ולכך אף שחלקו אחים והם באמת כלקוחות מכל מקום מלוה ע"פ מפני נעילת דלת גובה והא דאמרי' בבכורות דאין גובה מאחין שחלקו אי כלקוחות דמי היינו שם במלוה הכתוב בתורה דלא שייך בי' נעילת דלת כמ"ש התוס' בקידושין וזהו הטעם דאינו גובה במלוה ע"פ מאחין שחלקו. אך זה אינו דא"כ הא דאמרי' בבכורות בס"ד דכ"ע אית להו דר"פ מלוה ע"פ אינו גובה מן לקוחות וקמפלגי בדר"א אי אחין שחלקו כלקוחות דמי וכו' וקשה דל מהך דהוי כלקוחות לא יהיה אלא יורשין גרידא הא טעמא

דמלוה ע"פ גובה מיורשים משום נעילת דלת ובזו לא שייך נעילת דלת כמ"ש התוס' ואם כן לא יגבה ול"ל דהוא מלוה הכתוב בתורה וש"ד ואף דאמרינן שם דכ"ע מלוה הכתוב בתורה לאו כמלוה בשטר היינו פי' שלא יהיה כשטר גמור לגבות אף משעבדי אבל מכל מקום בזה הוי כמלוה בשטר דהוי ש"ד לגבות מיורשים (וכן צ"ל לתו' דסבירא ליה דר"פ פסק הלכתא דמלוה הכתובה בתורה הוי כשטר דש"ד וקשה הא סתמא הגמרא אומר בבכורות דכ"ע מלוה הכתובה בתורה לאו ככתוב בשטר דמיא וצ"ל כמ"ש דשם מיירי לענין טריפת לקוחות וכאן מיירי לענין טריפה מיורשים ואף כי הוא דבר דחוק מכל מקום כן צ"ל בפי' תוס' ובזו כל מעיי' יראה כמה רב מדוחק יש בפי' הזה ולכן תמיה על הש"ך שקילס פי' זה כאילו אין בו פקפוק ודוחק כלל) דא"כ איך שייך שלא יגבה מיורשים שחלקו ש"ד להיכן הלך ומה תקנת לקוחות שייך כאן כמ"ש דמה נ"מ אי אי' לי' קלא או לא וכמש"ל דגבי יורשים לא שייך זה כלל והשתא במלוה דליכא ש"ד אמרי' גבי מהך לקוחות מכ"ש במלוה דיש בהו ש"ד וכי יהיה מגרע גרע לפי סברא זו ואם כן אף דאיכא לדרב אסי מכל מקום ודאי גובה וזה ברור וע"כ צ"ל דלעולם שעבודא ל"ד מכל מקום גובה מיורשים משום לא פלוג דכי היכי דאמרי' גבי שארי מלוה דגובה מיורשים משום נעילת דלת כך אמרו בכל מלוה אפי' במלוה כתוב בתורה אבל מלקוחות לא גבה וקשה אם אמרי' לא פלוג בין מלוה למלוה עדיין קשה איך אמרו שם דאי איתא לדר' אסי דאחין שחלקו כלקוח' לא גבה למה הא במלוה דעלמא גבי מאחין משום דלא שייך בי' קלא לי' ליה כמש"ל אף במלוה כתוב בתורה יגבה ואף דלא שייך בי' נעילת דלת הא מוכרח דאמרי' בי' לא פלוג וכל היכי דמלוה גמור גובה אף מלוה הכתוב בתורה גובה אלא ודאי דזהו ליתא דכללא דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות אפי' מאחין שחלקו אף דלא שייך בהו טעמא דלית ליה קלא ואפי' במלוה הכתובה בתור' דלא פלוג ולכך שפי' אמרי' דאם חלקו אין מלוה ע"פ טורף ואם כן הדר הקושי' לדידן איך גבינן מכל יורשים שחלקו ש"מ כמ"ש דס"ל ש"ד ולק"מ ואין צורך כלל לומר לא פלוג וא"ש ואם כי זה לענ"ד ראיה ברורה גם זו ראיה כמ"ש דקשה לשיטת הרי"ף והתוס' דסבירא ליה לר"פ על כל פנים במלוה הכתובה בתורה ש"ד קושי' הנ"ל איך אמרי' במסקנא דר"מ ור"י בדר"פ או בדר' אסי קמפלגי ואם כן דקי"ל כר' יהודה וכרב אסי דאחין שחלקו לקוחות ע"כ צ"ל דלא סבירא ליה לר"י כר"פ ואם כן איך קי"ל כר"פ ול"ל כמש"ל דלא סבירא ליה כר"פ דהטעם משום נעילת דלת רק משום ש"ד דהא לפי דבריהם אף ר"פ סבירא ליה במלוה כזה ש"ד ואם כן איך אמר בדר"פ פליגי מה דר"פ גופי' סבירא ליה כן ואיפכא הל"ל במסקנא דר"מ דלא כר"פ ור"י כר"פ דלר"פ במלוה כזה הוי ש"ד אף מאחין שחלקו

גובה כמש"ל. ובאמת כמעט לא ידעתי לו פתר רק דנימא בדוחק דודאי מסתברא כמש"ל דאף דאחין שחלקו כלקוחות מכל מקום מלוה ע"פ שגובה מיורשים ולא מלקוחות לא שייך זה דהא לא שייך בי' לי' לי' קלא והדר דינייהו כיורשים. או י"ל דלא פלוג עבדינהו הואיל מן שארי לקוחות לא גבי' אף בזה אינו גובה דאין לחלק בין לקוחות ללקוחות כמו שאמרו דאפילו ידע לוקח להדיא מהחוב מכל מקום לא גבה ממנו אף דלא שייך בי' לית ליה קלא ואף זו כיוצא בו ואם כן י"ל הא דקאמרי' קמפלגי בדר"פ אין הפי' אי סבירא ליה כר"פ דכ"ע כר"פ סבירא ליה רק פליגי אי מלתא דר"פ שייך אף בהך לקוח' משום ל"פ או בהך לקוחות לא שייך דהא ש"ד ותקנת לקוחות לא שייך כאן ור"מ סבירא ליה לא פלוג ולכך לא נתחייבו נכסים ור"י ס"ל דגבי הך לקוחות לא אמרי' כן ולכך הכי קי"ל וכן מצאתי שתי' המהרש"ל כן אך זהו דוחק גדול כנראה לכל מעיין ובפרט לפי' התוס' דלא פי' כן בבכורות דהקשו ר"י איך יחלוק על משנה דהמלוה חבירו בעדים אינו גובה ממשעבדי ותי' ר"י לטעמיה וסבירא ליה מלוה הכתובה בתורה גבי' ממשעבדי ע"ש הרי דלא מפרשים כמ"ש ואם כן ע"כ צ"ל דסבירא להו לתוס' דלא קי"ל כר"י דאמר נתחייבו נכסים דר"י לטעמיה דסבירא ליה לקמן הוא ובנו לפדות הוא גובה ממשעבדי אבל לפי דקיי"ל כת"ק שם לא קאי להלכתא מילתא דר"י וקי"ל כר"מ זהו מה שצ"ל לתוס' ואם כן אנן דקי"ל כרמב"ם והרא"ש והטור והש"ע דהלכתא כר"י דאמר נתחייבו נכסים קשה כמש"ל בשם מהרש"ל ומעדני מלך ואם כן ברור כמש"ל דר"פ סבירא ליה שעבודא ל"ד ור"י לא סבירא ליה רק ש"ד. וזהו מה שי"ל גם כן במה שטען הש"ך על הרמב"ן ורשב"א וסייעתם דסבירא להו דאמת ר"פ סבירא ליה שעבודא ל"ד רק אנן לא קיי"ל כר"פ וטען הש"ך הא ר"פ בתראי הוא והלכתא כוותי' ולפמ"ש ניחא דהא אסקינן שם בבכורות דר"י סבירא ליה דלא כר"פ דהא קי"ל כלקוחות דמי וע"כ דלא סבירא ליה כר"פ והיינו כמ"ש דס"ל ש"ד וא"ש:

אך קשה קושי' מהרש"ל בישו"ש דאיך אמרי' דר"י סבירא ליה או כר"פ או כר"א הא לקמן אמרי' דר"י סבירא ליה הוא לפדות ובנו לפדות בנו קודם ואמרי' דמיירי דאית ליה ה' משעבדי וה' ב"ח ור"י סבירא ליה מלוה הכתוב בחורה גובה ממשעבדי ואם כן איך אמרי' כאן בדר"א מחולק הא סבירא ליה דגובה ממשעבדי ובאמת קושי' זו יש להבין בתוס' שם בכורות דף מ"ח ד"ה דכ"ע כו' דהקשו דאי אית ליה דר"פ ודר"א היו פטורים הא רבי יהודה ס"ל מלוה הכתובה בתורה גובה ממשעבדי לקמן גבי הוא ובנו לפדות ועוד הקשה דאיך נימא דר"י לית ליה דר"פ אם כן יסבור ר"י דמלוה ע"פ גובה ממשעבדי וליכא למ"ד דסבירא ליה הכי ותי' התוס' דהא דאמרי' ר"י ל"ל דר"פ היינו

בהך מלוה הכתובה בתורה וסבירא ליה לר"י דגובה ממשעבדי וכו' עכ"ל והתוס' פתחו בשני קושי' ותי' רק קושי' אחרונה דעדיין קושי' ראשונה אינה מיושבת דאיך אמרי' דפליגי או בדר"פ או בדר"א דאיך אפשר לומר דסבירא ליה כר"פ רק דלא סבירא ליה כר"א הא לקמן מוכח דסבירא ליה דאפי' ממשעבדי גובה ואם כן אף דר"א יכול לסבור ונראה לומר דודאי י"ל דרבי יהודה לא סבירא ליה מלוה הכתוב בתורה גובה ממשעבדי והא דנחלקו לקמן בהוא ובנו לפדות מי קודם י"ל דלמ"ד ש"ד מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר כדלקמן סי' ק"ד ע"ש ואפילו כבר גבה כמ"ש המ"מ ואם כן י"ל דהוא היה לו נכסים שקנה קודם שהיה עליו מלוה בשטר וגבה מלוה בשטר ואחר כך כשנולד לו בנו בכור לפדות קנה נכסים ובמלוה בשטר לא נאמר דאקני. ואם כן אם יגבה מהך נכסים לפדיון עצמו כשיבא פדיון בנו יהיה מלוה בשטר קודם לו ויזכה הוא המלוה בשטר ואין לו שיור לפדיון בנו ולכך פודה תחילה מהך נכסים שקנה אחר כך את בנו דהוי קנה אחר שלוה משניהם וכל הקודם לגבות זכה ואחר כך פודה עצמו מנכסים שהיו לו כבר כי מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר כיון דסבירא ליה לר"י ש"ד ות"ק סבירא ליה ל"ד ואם כן אף דמלוה ע"פ מוקדם מכל מקום מלוה בשטר מאוחר קודם ולכך לא יגבה מהך נכסים המשועבדים למלוה בשטר ולכך פודה עצמו תחילה מנכסים שקנה אחר כך. ואם כן לק"מ רק בקושי' התוס' שפיר הקשו דא"כ הא דאמר ר' ירמיה אוקומת' שלו לקמן דסבירא ליה לר"י מלוה הכתוב בתורה טורף ממשעבדי לאיזה אוקומתא אמרו אי להך אוקומתא דסבירא ליה כר"פ ולא כר"א אם כן מוכח דסבירא ליה דלא טרף ממשעבדי דאל"כ אף אי אית ליה דר"א נתחייבו נכסים ואי הך אוקומתא דסבירא ליה כר' אסי ולא כר"פ אם כן הא אפילו מע"פ גובה ממשעבדי ואיך אמרי' לקמן דוקא במלוה הכתובה בתורה ולכך תי' תוס' דהך אוקומתא לקמן אתיא כהך דסבירא ליה לר"י כר"א ולא כר"פ ופי' דלכך לא סבירא ליה כר"פ משום מלוה כתוב בתורה טורף ממשעבדי והיינו הך אוקומתא ולאידך אוקומתא דסבירא ליה כר"פ ולא כר"א אמרי' כמש"ל דלא אייתי במשועבדים גמורי' רק ר"י אמרה למילתיה למסקנא דקי"ל כר' אסי וצ"ל בר"פ פליג וא"ש. אבל לשיטה הנ"ל כפמ"ש דסבירא ליה במה שאמרו בדר"פ פליגי היינו דסבירא ליה ש"ד אם כן הך אוקומתא דלקמן כמאן מתוקמי אי כהך דפליג בדר"פ מה ענין זה לר"פ הא סבירא ליה דגובה מנכסים משועבדים ואם כן אין זה ענין למילתא דר"פ דאמר למילתיה בשאר לוים ולא בכתוב בתורה ולהך אוקומתא דסבירא ליה כר"פ ולא כר"א פשיטא דלא מתוקמא דהא סבירא ליה להדיא דאין גובה ממשעבדי וגם להך אוקומתא אין כאן אוקומתא כלל בהך דבנו והוא לפדות דהא לפמ"ש סבירא

ליה כר"פ היינו דשעבוד' ל"ד כמש"ל וא"כ לא שייך הישוב שכתבתי לעיל בדברי התוס' אך י"ל דזה סבירא ליה לגמרא אי פליגי בהך דחלקו נכסי' במלוה הכתוב בתורה וכו' תרתי ל"ל דפליגי אחר כך בהוא לפדות כו' אלא דבהך בנו לפדות פליגי אי הוי כמלוה בשטר וכאן ר"י לדבריו דר"מ קאמר לדידי ככתוב בשטר דמי אם כן אפילו כלקוחות דמי גובה לדידך דלא סבירא לך אודי לי עכ"פ דיורשים הם או דמלוה ע"פ עכ"פ גובה מאחי' שחלקו אף דהמה לקוחות כהנ"ל דלא שייך בהו תיקון עולם כהנ"ל וא"ש. ועיין מש"ל סי' קי"ז מזה ישוב אחר ועמש"ל סי' מ"ט ובהכי ניחא דקשה הא מצל אוקומתא אחרינא דאביו לא פדה אותו ומת אביו וחלקו נכסים ונכסים שלו הלכו לטמיון ושטפו נהר ואחר כך שנולד לו בנו קנה נכסים ואם כן אם יפדה עצמו מנכסיו כי לא יוכל הכהן לגבות מאחין כל זמן שיש לו נכסים לא יוכל הכהן לגבות פדיון בנו מנכסי אחים כי מה נ"מ להם בפדיון בנו אבל כשגובה מנכסיו לפדיון בנו יבוא אחר כך כהן בפדיונו לגבות מנכסי אחיו כי נתחייבו נכסים ושלו שטפה נהר וזהו לר"י דסבירא ליה כיורשים אבל התנא קמא סבירא ליה כלקוחות ואם כן אין יכול לגבות מאחיו כי מלוה על פה אין גובה מלוקח ולכך הוא קודם אלא דא"כ קשי' תרתי ל"ל היינו חד פלוגתא לכך מוקי ליה במלוה וכו' ור"י לטעמיה דר"מ קאמר וא"ש כללו של דבר הארכתי בזה קצת להיות כי מקצוע גדול בד"מ ויתד גדול שהרבה דינים תלוי בו אי ש"ד או לא ולענ"ד בררתי דברים אלו על בורים ואין לזוז זיז כל שהוא לומר דשעבוד' ל"ד ואחרי רבים להטות כמש"ל ובמח"כ תורת הש"ך שאגב רהיט' כתב בזו בלי עומק העיון ברם אף דקי"ל ש"ד היינו בקרקעות אבל במטלטלין משמע ברוב פוסקים דלא משתעבדי ד"ת ולכך לא גבינן מיתמי ואין בהם דין קדימה וצ"ל הטעם אף דעיקר קרא דילפינן ש"ד הוא מקרא יוציא אליך העבוט והוא במטלטלין ועיין בחדושי רמב"ן לב"ב ובחדושי רשב"א סוף קידושין דמשמע באמת ד"ת במטלטלין נמי שייך שעבודא אבל לא כן משמע דעת רוב הפוסקים וצ"ל דהואיל לא סמכי דעת' דמלוה אמטלטלין דהא יכול להבריחן ולהשמיט אותן ואם כן מתחלה לא אדעת' דכך הלוה כלל ואנן סהדי דהוי כאילו מחל השעבוד בעת הלואה ולכך בזה במטלטלין ד"ת לא משתעבדי משום דמחל לו על שעבודן ולא סמך דעתו עליו כלל וזה ברור. ואם כן גם בקרקע דניידי דג"כ יכול להבריחן כמו מטלטלין אם כן גם בזו לא סמכ' דעתו וחוזר הדבר להיות דינם שוה עם מטלטלין דמחל עליהן בעת הלואה ולכך אף דקי"ל ש"ד עבדים אף דהוקשו לקרקעות מכל מקום לענין ש"ד דינם כמו מטלטלין דמ"ש הא שורת הדין דאף על מטלטלין יחול השעבוד כמו בקרקע רק הואיל ויכול להבריחן פקע שעבוד ואם כן אף בעבדים הדין כן ועיין נ"י ריש פרק הגוזל

קמא ומעתה אין מקום לקושי' הש"ך בדברי הרא"ש ומהרש"ל דפסקו בדוכתי טובא ש"ד ובריש ב"ק כתב הרא"ש דאין גובין מעבדי דיתמי דשעבוד' לאו דאורייתא ומזה הקשה הש"ך דיש סתירה בדבריהם ולק"מ דסבירא להו בעבדים שעבודא ל"ד אף דבקרקעות דלא ניידי ש"ד וא"ש. וכן צ"ל בתו' ב"ק דף י"ב ד"ה אנא דכתב ר"י דלכך סבירא ליה לר' נחמן דלא גבי מעבדים דהוי מילתא דרבנן דשעבוד' לאו דאורייתא. ולפי מש"ל בשם ר"ת דסבירא ליה לר"ן גבה קרקע יש לו ואם כן ע"כ דסבירא ליה ש"ד כמבואר בגמרא וכמש"ל ואם כן קשי' דברי ר"ן אהדדי א"ו כמ"ש דכאן לענין מטלטלין דניידי אף דהמה כקרקעות מכל מקום שעבודן ודאי לאו דאוריי' דלא משתעבדו רק במה שסמך דעתו עליו (ובזו דהא סבירא ליה לר"ן שעבוד' ל"ד לכך סבירא ליה גבו קרקע אין לו ישבתי בחדושי קושי' התו' ב"ב דף קכ"ד ע"ב ד"ה נהרדעי דאיך לטעמיה הא ר"ן סבירא ליה אין לו די"ל דלמה סבירא ליה אין לו הואיל ושעבוד' ל"ד ואם כן נהרדעי סבירא להו גובין מעבדים שם בב"ק ש"מ דש"ד אם כן שפיר סבירא ליה דיש לו משא"כ לרבה דסבירא ליה אף דבני מערב' דסבירא להו ש"ד מכל מקום גבו מעות אין לו לא יתכן לנהרדעי דפסקו גובה הכל אבל לר"נ ניח' דהוא תלי' בש"ד והם סבירא להו ש"ד דסבירא להו גובין מעבדים ודוק) . ועוד נ"ל דבעבדים ודאי שעבוד' לאו דאורייתא דהא קליש שעבוד' דהא יכול כל רגע לשחררו ומפקיעו מידי שעבוד' וצריך להיות דגופו גמור אינו קנוי לב"ח דאל"כ איך יכול לשחררו ואם כן כיון דבידו לשחררו לא חל שעבודו עליו ד"ת דאין כאן שעבוד גמור וכמו שאמרו במכירת שטרות דלאו מכירה גמורה הואיל ויכול למחול ואף זהו במכ"ש גבי שעבוד דאיך יחול שעבוד גמור הלא ביד הלוה לשחררו כל רגע מה שאין כן בקרקע דאי אפשר ואפילו להקדישו קדושת דמים לא חל הקדשו ואם כן הרי כאן שעבוד גמור מה שחין כן בעבד דיכול לשחררו כל רגע אין כאן מקום לחול שעבוד כלל ועיי' בחדושי רשב"א לגיטין דף מ' במ"ש בשם ר"ת ותראה כי כני' דברי ולכך בעבדים ודאי שעבוד' ל"ד וזה ברור בסברא ודוק:

ג **ואם יש עדים שקנו כו'** הסמ"ע הקשה דלקמן בסי' מ"ג סעיף ט"ז כתב הש"ע אבל אם לקח מיד בקנין אפילו לא חתם אלא לזמן מרובה כשר משמע כדעת הרא"ש דבעי דוקא חתם לבסוף אבל אי לא חתם לבסוף לא מהני קנין. והנה בדרישה סי' מ"ג הוסיף להקשות על הטור דנמשך אחרי דעת הרא"ש דכתב בב"ב אי ידעת' יומי דאקנייתא כתבו יומא דאקנייתא ומוקדם לא הוה כיון דנכתב השטר עדים מפקי לקלא משעת הקנין וכו' משמע דעכ"פ בעי כתיבה לבסוף אבל אי לא נכתב כלל לא מהני קנין לגבות משעבדי ואילו בסי' נ"א הביא הטור בשם הרמב"ם דע"א חתום בשטר וע"א בקנין שאמר שלא

בא המלוה אצלו ושאל ממנו לכתוב לו השטר מצטרפי' למלוה בשטר הרי דקנין אעפ"י שלא נכתב מהני וגם בסי' ע' כתב דבקנין חשיב מלוה בשטר וכן בסי' פ"ח בהודאה בנו"ן שיש בו קנין וכפר בנו"ן בע"פ לא הוי מודה במקצת כלל דאותן נון של קנין הוי כמלוה בשטר ש"מ דקנין לבדו בלי שטר הוי כמלוה ע"פ ולכן תי' דיש הבדל דהא כל טעמו דבעי כתיבה לבסוף משום דהואיל דלא נכתב חיישינן דעדים שכחו מלהוציא קול משעת הקנין אם כן אם העדים לפנינו ומעידים דהוציאו קול מעת הקנין הרי זה מועיל לכ"ע דהא העידו דהוציאו קול אבל אם אינם לפנינו חיישינן אם לא נכתב בסוף אולי שכחו להוציא קול ולכך בעי כתיבה לבסוף ואם כן הא דלא הצריך הטור בדוכתי' הנ"ל כתיבה לבסוף איירי בעדים לפנינו ואמרו שהוציאו קול. ומיהו סיי' בדרישה דהוא דחוק דה"ל להרא"ש להזכיר זה ולחלק כן בין כשהעדים לפנינו או לא. ואני מוסיף לשאול אם מיישב הסמ"ע הך קושי' מה יאמר מ"ש הטור בא"ע סי' קי"ד בכותב לזון בת אשתו דכתב הטור בקנו ממנו או דכתב לה שטר גובה ממשעבדי הרי דבקנין לבד גובה ממשעבדי אפילו בלי שטר ולמה הא בעינן כתיבה לבסוף ושם לא נזכר כלל אי עדי קנין לפנינו או לא והיא קושי' שאין בה פירוקא לדעת הסמ"ע ובגוף התי' של הסמ"ע לא הבנתי דאי מיירי הרא"ש דאין עדים לפנינו מנא ידעינן הקנין ואי דעדים אחרים מעידים שראו קנין פשיטא דלא גבי ממשעבדי דהא מבואר לקמן סעיף ה' דבאחרים מעידים על הקנין נאמן לומר פרעתי אפי' תוך זמנו ואם כן איך יגבה מלקוח' ואפילו לדעת הסמ"ע דסבירא ליה בכמה דוכתי' במקום דלא איתרע לא טענינן ללקוח' פרעתי מכל מקום הא כאן איתרע דאין שטר לפנינו דהא הוא הטעם דנאמן לומר פרעתי ת"ז הואיל ואיתרע דאין שטר לפנינו ומכ"ש לגבות מלקוח'. ואם כן דודאי מודה הסמ"ע אף דמודה הלוה אין גובה מלקוח' ובכה"ג חיישינן ודאי לקנוני'. וע"כ מיירי הרא"ש דעדים עצמם מעידים על הקנין רק לא הספיקו לכתוב וע"ז אנו דנין אי הוי כמו שטר לגבות מן משעבדי ואם כן ל"ל דברי הסמ"ע דהא העדים מעידים על הקנין. ובאמת מתחיל' חשבתי דאין טעם הרא"ש כטעם הנ"י דבטיל קלא כשלא נכתב לבסוף רק יש לחוש לפרעון הואיל ואיתרע ולא לקח שטר מעדים ולכך שם בא"ע דהוא בתוך זמנו מכשיר קנין לחוד דליכא למיחוש לפרעון וכמו כן בסי' נ"א דכיון דיש ע"א בשטר בלא"ה א"נ לומר פרעתי לשיטת רמב"ם אך מכל מקום ההיא דסי' פ"ח קשי' דדוחק לומר דאיירי בתוך זמנו וגם מה איריא עדי קנין עדי הלואה גרידא והוא בתוך זמנו א"י לכפור ולא מיקרי מודה במקצת וגם קשה לי לומר דאי איתא דסבירא ליה להרא"ש דבעי דוקא שיהיה נכתב לבסוף כדעת הנ"י ה"ל לטור להזכירו להדיא ולומר כי רבו החולקים כמ"ש הש"ך בסי' מ"ג וכי דעת אביו

כך כדרכו בכל מקומות ולכן נראה ברור או דמעקר אות אחת בהרא"ש ומה שכתוב ברא"ש לפנינו ומוקדם לא הוי דכיין דנכתב השטר עדים מפקי לקלא משעת קנין כך צריך להיות ומוקדם לא הוי כיון דנכתב השטר דעדים מפקי לקלא משעת קנין. ואם כן כך פי' דבשלמא בלי נכתב שטר כלל אין כאן חשש מוקדם דהא גובין עפ"י עדי קנין והם אומרים אימת נעשה וראו הקנין אבל כשנכתב השטר לאח"כ זמן מרובה ונכתב בתוכו זמן מוקדם זמן הקנין יש פתחון פה לומר דמוקדם הוה דנכתב בו שקר מוחלט דהשטר נכתב בתשרי וכתבו בו ניסן וזהו דברי הרא"ש ומוקדם לא הוה כיון שנכתב השטר דודאי אי לא נכתב לק"מ אבל כיון שנכתב יהיה חשש מוקדם וע"ז משני דעדים מפקי לקלא משעת קנין ואם כן לא כתבו שיקרא דאמת דנכתב בתשרי אבל מכל מקום הואיל וקול יוצא מניסן יפה עשו שכתבו מניסן. וכן י"ל בטור ומחבר שכתבו לקמן בסי' מ"ג ואם לקח בקנין אפילו לא חתמו אלא לזמן מרובה כשר דאין כוונתם דבעי דוקא חתמו אלא כוונתם לרבותא דבלי נכתב אין כאן חשש מוקדם אבל בנכתב זמן מרובה אחר כך ה"א חשש מוקדם קמ"ל דלא. או י"ל דבלא"ה יש להבין בהרא"ש דכתב דאעפ"י דנכתב השטר אחר כך זמן מרובה מכל מקום עדים מפקי לקלא מעת קנין והוא בב"מ בשמעתי' מצא שטר שיש בו אחריות וכו' דפריך הגמרא איך כותבים שטר ללוה בשאין מלוה עמו ניחוש דלמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ומשני בשטרי אקנייתא ופי' הרי"ף שטר שיש בו קנין והשיג הרא"ש דמה חילוק יש בקנין נלא קנין כיון שכתב בשטר פלוני לוה מפלוני מנה נשתעבדו נכסים אף בלי קנין דש"ד וכו' ואי משום קלא שיכולים הלקוחות להזהר עדים החתומים על השטר מפקי לקלא ולא הקנין עכ"ל שם ולכאורה נראה דבריו סותרים דהא בב"ב פסק דמשעת קנין נפק קלא אף דנכתב השטר לאחר כך זמן רב וכבר עמד בזה הרב המובהק בעל ספר בני יעקב. אבל באמת לק"מ דז"ל הרא"ש שם בב"ב דעדים מפקי לקלא מזמן קנין דסתם קנין לכתיבה עומד הרי דיהיב טעמא למה נפיק קלא מזמן קנין הואיל ולכתיבה עומד והטעם דעדים מוכנים כל רגע לכתוב שטר דהא אצ"ל כתבו וכל רגע שיבא לתבוע שטרו יכתבו ויתנו לו והרי זה כאילו השטר כתוב דכל רגע זמנו הוא ולכך מוציאין קול דהוה כנכתב השטר וזהו שדייק דלכך מוציאין קול הואיל ולכתיבה עומד ואם כן עיקר הקול הוא שטר רק הואיל וכל רגע עומדים ומוכנים לכתוב הרי מוציאין קול כאילו כבר נכתב ואם כן בב"מ יפה טען הרא"ש על הרי"ף דמה יועיל קנין יותר משכבר נכתב השטר דהא השטר נכתב רק אנו חוששין משום קלא דלא יזהרו הלקוח' ואעפ"י שכבר נכתב השטר מכל מקום הואיל דאין להם למסור השטר ביד מלוה אין מוציאין קול כמ"ש הרא"ש שם ואם כן אף קנין ליכא קלא

דכל עצמותו של קנין דיש לו קול דהוי כאילו נכתב שטר ואם בשטר גופי' ליכא קול הואיל ונמסר ללוה ולא למלוה אף קנין ליכא קול וזהו מאמרו עדים החתומים על שטר מפקי לקלא ולא הקנין דהא דאמרינן בעלמא דעדי קנין מפקי לקלא הוא דהוי עדי שטר דהם יכולים לכתוב כל רגע. אבל במקום דשטר גופי' שנכתב ל"ל קלא מכ"ש קנין וזהו ברור בכוונתו. ואם כן אף הנ"ל יש לפרש כן שזהו שיעור דבריו ומוקדם לא הוי דכיון דנכתב השטר הרצון דהא בידם לכתוב שטר בכל רגע ועת ועומדים לכתוב השטר א"כ עדים מפקי לקלא משעת קנין וזהו שסיים דסתם קנין לכתיבה עומד והיינו כמ"ש דהוי כנכתב שטר ומוציאין קול ובאמת אם נתעצלו ולא כתבו שטר בשביל כך לא בטל קלא לדעת הרא"ש רק כוונתו כיון דעומד להיות נכתב כל רגע הם תיכף מוציאין קול כדמוכח מדברי הרא"ש בב"מ וזהו ברור ואין לנו להרבו' במחלוקת פוסקים:

ד **שלא יחזירו למלוה ע"פ מלוה בשטר וכו'** לשון זה הוא לשון רמב"ם ויש לדקדק דלמה יהיב הך טעמא דא"כ בשטר שמפורש בו שאין לו אחריות מותרי' לכתוב הא בלא"ה כל שלא אמר להם כתבו אין בעדותן ממש והוי כלא היה דה"ל מפי כתבם וכמ"ש רמ"א אחר כך בהגה סעיף ג' בשם רשב"א ואם כן אפילו בלי אחריות אסור לכתוב. ודוחק לומר דבאמת הרמב"ם לא סבירא ליה הך דינו של רשב"א וסבירא ליה כהך יש אומרים דהביא רמ"א דאם נתקיים דדנין ע"פ. וצ"ל או דרמב"ם לשיטתו דסבירא ליה דכל שטרות ד"ת פסולים דהוי מפי כתבם אפילו אומר הלוה כתבו רק חכמים הכשירו מפני תקנה כמש"ל בסי' כ"ח ואם כן היא גופי' צריך טעמא למה בטלו חכמים הך דמפי כתבם באומר כתבו ובלא אומר כתבו לא בטלו ולזה נתן טעם דבלי כתבו אף זולת הטעם דמפי כתבם אין לעדים לכתוב שלא יחזרו מלוה ע"פ לשטר אם כן לא תקנו וחכמים והניחו על ד"ת ואם כן פשיטא דפסול דה"ל מפי כתבם אבל באומר כתבו דהם מורשי' לכתוב תקנו חז"ל לבטל מפי כתבם ושיהיה עדותם מועיל. או י"ל דהך טעמא מוסב על מה שכתב דאפילו אמר כתבו צריך להמלך בו שנית ובזה לא שייך טעם דמפי כתבם דהא אמר להם כתבו ולכך נתן טעם הואיל הוא ענין דמשוי' ליה ממלוה ע"פ מלוה בשטר צריך ישוב הרבה ואפי' אמר להם יש בידו וצריכים להמלך בו. אבל כתבו בלא"ה צריכין לומר משום מפי כתבם ובסך תי' ריחא דאמרי' דצ"ל כתבו וחתמו וק' לשיטת הרמב"ם דמ"מ צריך להמלך בו א"כ אמירה זו כתבו מה צורך יש בו אם לא יצוה ליתן אחר כך הרי לא יתנו השטר אף דאמר להם כתבו ואם יצוה שיתנו השטר לידם מה צורך היה לצווי מתחיל' כתבו הא אמר לבסוף ליתן ולפי תי' זה יש לומר דכל שאמר להם כתבו יצא מתורת מפיהם ולא מפי כתבם ואם כן אף דמוחה אחר כך בעדים מבלי לתת השטר

למלוה דלא ניח' ליה דיהיה עליו מלוה בשטר ואין לעדים ליתנו ליד המלוה ולא גבי ממשעבדי מכל מקום אם שכחו העדים העדות ומסרו שטר הנ"ל ליד ב"ד דנין ע"פ לענין עדות בע"פ דלא מצי לטעון להד"ם וכדומה דכל דאמר כתבו נפק לי' מתורת פי כתבם וה"ל לענין זה שטר. ולתי' ראשון י"ל דסבירא ליה אף דימלכו אחר כך בלוה מכל מקום אין להם לכתוב שטר מתחיל' קודם שצוה לכתוב משום דהוי מחזי כשקרא. וסיוע זה למ"ש המ"מ והביאו המחבר לקמן בסעיף י"ג עיין שם מ"ש:

ה **צריכין להמלך בו** הוא דעת הרמב"ם דפי' במה דקאמרי בפ' אעפ"י כתבו וחתמו והבו ליה צריך לאמלוכי בי' על שטרי הלואה והראב"ד השיגו דשם איירי בכתוב' או כיוצא בזה במתנה אבל לא בשטרי הלואה וכתב הש"ך בס"ק ד' דהרמב"ם יחיד בדין זה ולא מצאנו לו חבר דמ"ש הב"י דמוכח כן מתשובת הרא"ש כלל נ"ז דסבירא ליה אף בשטרי הלואה בקנין אם מוחה שלא לכתוב אינו יכול לכתוב וראי' מדקאמר לא צריך לאמלוכי בי' ואם אינו יכול לחזור המלכה זו מה טיבו ודייק הב"י דאם כן מוכח דמפרש הא דאמרינן שם בגמרא איירי הכל בשטר הלואה דאי לא איירי שם רק משטרי מתנה דלמא אף בהמלכה וחזרה בקנין דוקא במתנה אבל לא גבי הלואה וכתב הש"ך דאין ראי' די"ל מכ"ש יליף אי במתנה יכול למחות מכ"ש בהלואה ואיני מבין כלל לשונו בשום אופן דמה כ"ש יש הא דעת הרשב"א בתשובה אלף ל"ד סבירא ליה דוקא במתנה יכול לחזור אחר קנין ולא בהלואה וכן כתב הש"ך גופי' בסעיף קטן י"ג דכתב כן המרדכי בשם ר"ת לחלק בין מתנה להלואה אם כן אין כאן כ"ש ואמת אפשר לומר דסבירא ליה להרא"ש אף דאיירי שם במתנה דבזו צריכין להמלך בו דדלמא אין רוצה ליתן לו מתנה אבל בשטר חוב מהכ"ת לא יתן שט"ח כיון שלוה מעות ולכך א"צ המלכה אבל בקנין דגם במתנה א"י לחזור מגוף המתנה רק החזרה משטר בזו סבירא ליה דשוה לשט"ח דמ"ש דהא גוף המתנה נקנה כמו דתייב לו ולכך ילפינן זה מזה אבל אין מזו תפיסה על רבינו ב"י אם לא סבירא ליה הך סברא לחלק. וכן מורים דברי הרא"ש בפרק אעפ"י דהקשה למה צורך להמלך בו וכי אדם האומר לחבירו הולך חפץ לפלוני צריך לימלך בו ותי' הרא"ש דאיכא רגלי' לדבר שרצונו שימלכו בו מדלא הקנה מיד בק"ס ותי' זה שייך ג"כ בשטרי הלואה דה"ל להקנות דהוא יותר עדיף דא"צ העדים לכתוב דוקא ביומו ולא היה צריך לומר כתבו אלא ודאי דרוצה לחזור. וחד טעמא שייך בתרווייהו ולק"מ:

ו **וי"ח ואומרים דאי משך וכו'** דעת הש"ך בס"ק ו' דדעתם דחיישינן דלמא אי הוה קמן היה מברר דפרע בעדים וכדומה אבל אם אינו מברר א"נ לומר פרעתי דאל"כ כשמת הלוה אמאי גבינן מיתמי נטעון פרעתי ודבריו אינם כי באמת להך שיטה אם מת הלוה

אין גובים בעדי קנין מיתמי דטענינן פרע וכן הוא משמע להדיא בר"ן דלדעת זו אי משך לאחר זמן ומת לוה לא כתבינן ואף שאין כאן בירור כלל וכל ראי' הרמב"ן מהך דמצא שטר הנפק דלא יחזור דחיישינן לפרעון וסבירא ליה לרמב"ן דה"ה הך דלא נכתב קנין והא התם אפילו אין ללוה שובר ועדים יכול לטעון פרעתי ואם כן אף בזו הדין כן. וכן הרשב"א דכתב דאם פרע איהו אפסיד אנפשי' דלא לקח שובר ולפמ"ש הש"ך הא אדרבא אמרינן דלקח שובר או שהיו עדים בפרעון ולכך אין לכתוב אלא ברור דסבירא ליה דאם טען פרעתי נאמן כמו בשארי מלוה ע"פ כל כמה דלא נכתב שטר. ובאמת אי מת לוה לא גבינן מיתמי דטענין פרע אביהם:

ז **טפי מל' יום כו'** הקשה הש"ך דהא מבואר בר"ן דהנך ס"ל דאפילו סתם הלואה לל' יום ה"ל כתוך זמנו דאינו נאמן לומר פרעתי ולכך תוך ל' יום כתבינן דהא אינו נאמן לומר פרעתי אבל לדעת החולקים דהואיל דלא קבע זמן אפילו בתוך ל' באומר פרעתי נאמן אף תוך ל' יום לא כתבינן שטרא רק בקבע לו זמן והוא ת"ז ואם כן המחבר דסתם לקמן סי' ע"ח כדיעה זו לא ה"ל לכתוב הך דינא דאי משך טפי מל' יום ויפה הקשה. דכן מבואר בר"ן ומה שנראה בישובו דסבירא ליה למחבר אף לדעת זו צריך איזה זמן מוגבל בין הקנין ובין אי בא לכתוב לו שטר דחיישינן דלמא פרעו ושהה בנתיים דאי לא שהה מהכ"ת ניחוש לפרעון ואם כן שלקח היום בקנין ומחר בא לכתוב ניחוש לפרעון דבר זו רחוק מדעת דא"כ כמעט נפל הך דינא דסתם קנין לכתיבה עומד בבירא ממש וכמעט רגע יטעון פרעתי. וכן כתב הר"ן בשם גאונים אבל אי משך מילתא ולא תבעי לי' לא יכתבו הרי דכתבו אי משך מילתא ומשמע דבעי המשכה קצת ואם כן לא נודע גבול להמשכה זו יום או יומיים או יותר וסבירא ליה למחבר דהוא כפי שאמרו חכמים דעד ל' יום עבידי דלוי' ולא פרעו ואם כן אין המשכה זו ריעותא כיון דסתם הלוואה ל' יום חשב דיפרעו תוך ל' יום ואם כן מה לו לטרוח לעדים שיכתבו לו השטר הוא חשב בכלות ל' יום יפרענו ולכך לא בא לתבוע השטר מיד עדים אבל בעברו ל' יום ולא תבע אם כן אמרינן מסתמא באמת פרע דאל"כ הרי ראה דעברו ל' יום ולא פרע אם כן ה"ל לתבוע מן עדים השטר. ויותר נראה דקשיא ליה למחבר לפי מ"ש הסמ"ע וכ"כ הפוסקים דלמה אמרינן בקובע זמן אין אדם פורע תוך זמנו וגבי סתם הלואה ל' יום זמנו משורת הדין אדם פורע ונתן הסמ"ע הטעם בשלמא בקובע הרי גילה דעתו מתחילה דצריך הוא למעות עד אותו זמן ולכך אמרינן אין אדם פורע תוך זמנו אבל בהלואה סתם אף דהוא זמן שקבעו חז"ל מכל מקום הוא לא גילה דעתו שצריך למעו' עד סוף ל' יום ולכך אם יש לו מעות פורע בתוך זמן וקשה אם כן מה הקשו התו' והרא"ש בריש ב"ב באלמנה

למה תשבע הא אין אדם פורע ת"ז ולא ניתן כתוב' לגבות מחיי' וקשה מה קושיא הא שם חז"ל תקנו שלא יהיה כתובה ניתן לגבות מחיי' אבל גילוי דעת אין כאן בשום אופן והרי זה כמו סתם הלואה ל' יום. וצ"ל בלא"ה חששא רחוקה דיפרע על שטר בלי שובר ועדים רק אמרינן דהואיל דאית ליה זוזי ואמר כי היכי דלא לטרדן דאולי בין כך יוציא המעות לדבר אחר עביד דמהימן למלוה ופרעו אפילו בלי שובר וזהו אם הזמן שיכול לנגוש אותו אם כן ממהר לפרוע אפילו בלי שובר על שטר אבל ת"ז מה טיבו של נחיצה זו ושפיר הקשו התו' דזה פחות שכיח משיפרע אדם תוך זמן המוגבל דמהכ"ת יפרע בלי שובר וזהו נכון ואם כן אף כאן הא יש כאן עדי קנין ומהכ"ת יפרע בלי עדים ושובר וגלות אוזן עדי קנין שפורע ובשלמא בהגיע זמן פרעון הא נחוץ על הפרעון אבל כשאין זמן פרעון אינו נחוץ ולא פרע בלי שובר וכמ"ש דהרי זה כמו שאמרו במלוה ע"פ דאיט פורע תוך זמן שגבל והרי זה במכ"ש דלא יפרע על שטר ועדי קנין בלי שובר אם אינו נחוץ לפרוע כי יש לו עוד זמן וא"ש ודוק:

ח **י"א דאם נתקיים דנין על פיו** הרב הש"ך בס"ק ט' האריך לחלוק על דין זה כי לא קאי לדינא כלל ולא היה דעת מהר"ם בזה כלל. והנה יהיה דעת מהר"ם איך שיהיה נראה כמ"ש התו' כתובות דף כ' ע"ב בהך דמעיד אדם על עדותו בשטר והוא שזוכרה דיניח כת"י בב"ד וה"ל שטר ותי' התו' דכל שנכתב שלא מדעת שניהם אין לו דין שטר והקשו התו' דאמרינן מחאה בפני שנים אצ"ל כתבו הא הוי מפי כתבם ולפי מה שפירשתי דעדות מיהא הוי כ"ז שזוכר אתי שפיר (פי' לפי' ר"ת דסבירא ליה אם עדים זוכרין יכולים לומר עדותן בכתב הואיל וראוי לבילה א"ש) מיהו בלא"ה מתרץ ר"י דלגבי מחאה הקילו וכו' ועוד אר"י דלא בעינן דעת שניהם והכא היה יכול להניח שטרו לב"ד אם היה כתוב כתיקון שטרות אבל הכא מיירי שאין כתוב כסדר שטרות רק זכרון דברים בעלמא עכ"ל וכן יבמות דף ל"א ע"ב ד"ה דחזו כתבו על הך קושי' דימסור שטרו לב"ד ועוד דהתם לא הוי שטר אלא שכותב לזכרון דברים בעלמא ולא שייך נעשה כמי שנחקר' עדותן בב"ד ואר"י דשמע מר"ת דנוהגים עכשיו ששולחין עדותן בכ"י לב"ד ולא קרינן בי' מפיהם וכו' עכ"ל ולפי תי' זה מבואר דכשנכתב בנוסח שטר אף דלא אמר כתבו יכול למוסרו בב"ד וב"ד דנין עליו. וזהו מ"ש הרמ"א דאם נתקיים דנין על פיו היינו בדכתב בנוסח שטר וזהו היא תי' א' של תו' וא"צ לחפש דעת מהר"ם דהא מבואר כן בתו'. איברא דהרב הש"ך נמשך אחרי דברי ד"מ בסי' כ"ח דהך תי' של ר"י דמועיל כשנכתב בנוסח שטר הוא הכל לשיטת ר"ת דס"ל עדים הראוי' להעיד לא קרינן בי' מפי כתבם אבל לפי דקי"ל לעיל בסי' כ"ח כרש"י דלא כר"ת לא קאי הך דינא להלכה והאריך בזה. ואני

לא הבנתי דבריהם דמלבד דלא משמע כן בתו' הן ביבמות דכתבו סתמא דכשנכתב בלשון זכרון דברים לא שייך נחקרה וכו' דמשמע הא נכתב בנוסח שטר ה"ל כנחקרה ואחר כך וארי' ששמע מר"ת וכו' משמע דהך תי' מקדם לא קאי לפי' ר"ת כלל דאילו קאי לפיר"ת דוקא ה"ל ראשון להביא דעת ר"ת ואחר כך לומר זה הדין ולא להיפוך. וביותר משמע בתו' כתובות דלא הזכירו דעת ר"ת כלל להדיא רק בלשון שלילא. אף גם דעיקר תי' התו' לחלק ולא תי' כמש"ל דאם לא אמר כתבו אין מועיל אפילו נכתבה בלשון ונוסח שטר הוא מקושי' דמחאה אצ"ל כתבו ואילו לפיר"ת הא כתבו התו' דל"ק ממחאה כמ"ש התו' להדיא דלפי מ"ש דעדות מיהא הוי כ"ז שזוכר א"ש והיינו כמ"ש לפיר"ת ואם כן איך יתרץ התו' לפי' ר"ת הא לפיר"ת לק"מ כמ"ש התו' להדיא ודוחק לומר דביקש לתרץ איך יועיל מחאה אם עידי מחאה מתים דודאי אינם זוכרים דהא התו' לא הקשו זה ואדרבא כתבו לפיר"ת דאם זוכר הוי עדות ולק"מ ולא פקפקו בזו אם מתים העדים כנ"ל וא"כ איך יתרצו אחר כך תי' בסתם מה דלא קאי רק לפי' ר"ת ומקדם אמרו דלפי' ר"ת בלא"ה לק"מ. אך אם נניח כל זה עדיין אין דבריהם בעצם מובן דמה ענין זה למחלוקת רש"י ור"ת דבממ"נ אם כעת כשהעדים מביאים כתב הזה לב"ד זוכרין העדות אם כן מה איריא שהם כותבין בלשון שטר אפילו כתבו בנוסח זכרון דברים הא ראוי לבילה מיקרי לר"ת כיון דזוכרים ואי איירי שבעת שנמסר השטר לב"ד אינם זוכרין העדות כלל אם כן אף לר"ת לא יוכשר דהא אין כאן ראוי לבילה כלל דהא אינם זוכרים כלל והרי הם כחרשים. ואם נאמר דמה בכך דעתה אינו זוכר מכל מקום כשכתבו אז הוי כנחקרה עדותו בב"ד ולא נ"מ אם עתה אין זוכר. אם כן דאנו באנו לידי מידה זו דמה שכתבו אז בנוסח שטר הוי כנחקרה עדותן לב"ד אם כן זהו אף לרש"י כשר דכי לא יודה רש"י דשטר כשר ולא הוי מפי כתבם וצ"ל או דגזרת הכתוב או מתקנת חכמים כמ"ש לדעת הרמב"ם עכ"פ שטר כשר ואם אתה עושה מזה שטר דנימא כנחקרה עדותו בב"ד אף לרש"י כשר ואי אין אתה עושה ממנו שטר לרש"י ולא הוי כנחקרה עדותן אף לר"ת פסול דאז לא הוי כנחקרה עדותן ועכשיו אינם זוכרים ולא ראוי לביל' מיקרי. ובלי ספק דמהתו' ב"ב דף מ' ד"ה מחאה כו' מזה למדו דבריהם דשם הקשו התו' ג"כ איך יועיל מחאה בלי אמירת כתבו הא הוי מפי כתבם כל שלא אמר כתבו וכתבו ורש"י פי' בחומש שלא ישלחו עדותן בכתב לב"ד ותי' דהוא תקנת חכמים ועוד אר"י ששמע מר"ת שנוהגי' לשלח עדותן בכתב ומה שנאמר ולא מפי כתבם היינו באילם שאינו ראוי להגדה וכו' והא דאמרינן בכתובות כותב אדם עדותו על השטר ומעיד עליו אפילו לאחר כמה שנים והוא שזוכרה צ"ל דאין מניח כת"י בב"ד וכו' ומזה משמע לא זו דקושי' מן

מחאה אינו לפי' ר"ת אף גם הך קושי' מן כותב אדם עדותו וכו' הוא ודאי רק לר"ת דהא לרש"י העלו התו' כל שלא אמר כתבו אין לו דין שטר רק במחאה הקילו וע"כ דקושי' לר"ת וש"מ דלר"ת אפילו אינו זוכר כשר. ומזה למדו דבריהם לחלק בין פי' ר"ת לרש"י וסבירא ליה לרמ"א וש"ך דהא דאמרינן כמי שנחקרה עדותן בב"ד היינו כאילו מסרו אז שטרם לב"ד אבל לא כאילו העידו אז בע"פ לב"ד דהא לא העידו כלל ולכך לרש"י שורת הדין דאף זה פסול דמה בכך דמסרו אז שטרם לב"ד סוף כל סוף הוי מפי כתבם רק באומר כתבו מכשר או מגזרת הכתוב או מתקנת חז"ל או מטעם הרז"ה דכיון דאמר לוה כתבו הרי הן שלוחיו של לוה והוי כאילו לוה בעצמו כתבו ומה מפי כתבו שייך בלוה. אבל בלי אומר כתבו ודאי דהוה מפי כתבם אבל לפי' ר"ת הוי כאילו אז נמסר לב"ד ואז הוי כתיבה מעליא דאז היו זוכרים וראוי לבילה קרינן בהו ולכך כשר. אך זהו דוחק גדול דפי' כאלו נחקרה בב"ד היינו כאילו העידו ולא כאילו מסרו הכתב לב"ד דהא א"י לחזור מעדותן משום כיון שהגיד וכו' וכן הם נעשו זוממין עפ"י עדותן בשטר במקום שא"א לומר שטר מאוחר הוא וש"מ דהוי כמעידים על פה ולא בכתב דאל"כ מה טיבו של הזמה בכך ולכן דבריהם דחוקים. ומה שעמדנו בדברי תו' ב"ב נראה דלק"מ דשם בב"ב לא נחתו התו' לחלק בין כתוב בלשון ונוסח' שטר ובין שכתוב רק זכרון דברים דמ"ש ומי קבע לנוסח שטר ומ"ש שכותבים בלשון זא"ז מי חקק לנוסח שטר לומר דוקא בנוסח זה צריך לכתוב ואם כן שם הקשו התו' ממחאה דאצ"ל כתבו דמה מהני הא כל שלא אמר כתבו לא הוי שטרא והוי מפי כתבם רק דלא תימא מנלן זה דילמא אף בלי כתבו הוי שטר שלא שייך בי' מפי כתבם והא דבעינן לומר כתבו היינו כמ"ש הרמב"ם שלא יהיה עליו מלוה בשטר בלי רצונו והסכמתו. ולכך הוכיחו התו' דהא רש"י פי' מפי כתבם שלא ישלחו עדותן בכתב לב"ד וקשה למה לא הא כשכותבים ה"ל שטר והב"ד דנין ע"פ דלחלק בין נוסח לנוסח לא סבירא להו התו' בב"ב דמ"ש כמ"ש ואם כן למה לא ישלחו עדותן בכתב לב"ד הא ה"ל שטר אלא דכ"ז דלא נאמר להם כתבו אין לו דין שטר ומפי כתבם מיקרי ואם כן הקושי' במחאה. ותי' לרש"י מפני תקנה התירו חכמים אבל לר"ת לק"מ די"ל באמת כל שטר כשר אפילו לא נאמר כתבו ובאמת מותרים לשלוח לב"ד ואי קשה אם כן באילם נמי ישלחו שטרו לב"ד זה אינו כי התירו ואמרו דשטר לא הוי מפי כתבם היינו בראוי אז בשעת כתיבה לביל' ואם כן כשכותב הוי כנחקרה בב"ד אבל באילם שאין ראוי לביל' בעת כתיבה לא מכשר שטרו שחתם כדקי"ל דאילם א"י לחתום שטר דראוי להגדה בעינן ולכך א"י לשלח. וא"ש דלר"ת אמרינן כל שטר שנכתב הוי שטר גמור ונחקר בב"ד ולכך יכולים לשלח חוץ אי לם דאין ראוי להגדה לא הוי

שטרו כנחקרה בב"ד ולכך א"י לשלח (ובזו ניח' דכתבו לר"ת דאוקמי ולא מפי כתבם באלם ולא פי' דאיירי שכתב דבריו ואין זוכר כלל מדבר ההוא ומוסרו לב"ד דהוי מפי כתבו דאינו ראוי לבילה. אבל לפי מ"ש ניחא דהא בתחילה כשכתבו היה לי דין שטר ומכשר ולכך צריך לאוקמי באילם וא"ש) וע"ז הקשו לר"ת בכותב עדותו על שטר מה צריך לזכירה הא אמרינן לפי' ר"ת אף שלא אמר כתבו הוי דין שטר וא"כ יניח שטרו בב"ד משא"כ לרש"י כל שלא אמר כתבו אין לו דין שטר ולכך בעינן זכירה והק' שפיר לר"ת ותי' דאיירי דאין שלוח כת"י לב"ד וכו' ע"ש ודברי התו' ברורי' וזהו הכל אם אמרינן דאין חילוק בין לשון ונוסח שטר לשאר לשון זכרון דברי' אבל להך תי' דיש חילוק ושטר שכתוב בנוסח שטר לא בעינן כתבו בזו אין לומר דאזלא לפי' ר"ת לחודה דמ"ש רש"י מר"ת אי הוה כנחקרה אף לרש"י מועיל ואי לא אף לר"ת אין מועיל ולא שייך לתי' זה לומר מ"ש דא"כ לרש"י ישלחו עדותן בב"ד בכתב דהוי שטר דהא אמרינן כשאין כתוב בלשון שטר לא הוי שטר כלל וא"כ פשיטא דהוי לרש"י דלא ס"ל ראוי לבילה פסול אבל כשנכתב בנוסח שטר דאמרינן לר"ת הוי שטר וכנחקרה עדותן ול"ק מן מחאה אף לרש"י י"ל כן דלא תקשי מן מחאה ואי נימא לרש"י תי' אחר על מחאה מתקנת חכמים אף לר"ת נימא כן ולא מצאנו דבר מכריח או סברא לחלק כלל בין פי' ר"ת לפי' רש"י ולכן ברור והאמת עד לעצמו דהך חילוק אליבא דדברי הכל נשני'. ודברי הש"ך אינם מובני' ותי' בדברי התו' בב"ב הדברים נכונים כמ"ש. ולא זו בתו' לבד מוכח להך תי' אף גם ברא"ש הן בפסקיו פ' הספינה והן בתשו' כלל נ"ז דהקשו דאם חוזר בשטר מכר הא לית ליה ריעות' בי' ואם כן יש לכתוב בע"כ וקשה הא הוי מפי כתבם דבשלמא אי צוה להם לכתוב כיון שכתבו בשליחתו לא הוי מפי כתבם כמ"ש הרמב"ן עדים שעשו שליחתן וכו' דהוי מפי כתבם אבל כשמוחה ואם כן מבטל השליחות איך יש לכתוב אלא ודאי דלענין מפיהם לא צריך לאמירה דילי' ולכן הרשב"א דלא סבירא ליה הכי וסבירא ליה דכל שלא אמר כתבו הוי מפי כתבם לא הקשה בקדושין קושית הרא"ש דנכתוב בעל כרחך רק מה נ"מ ליה ולמה יחזור ע"ש. ועיין מ"ש בסמוך גבי קנין אי בעינן שליחות הלוה. וכן משמע בריו"ו נתיב ד' ח"א דכתב בדלא צוה לעדים לכתוב אין לו דין שטר ונאמן לומר פרעתי הרי דוקא לומר פרעתי אבל לא להד"ם משום דה"ל כעדות בע"פ. וכן ברשב"א גופי' אשר העתיקו הרמ"א בדיעה קמייתא דה"ל כפנקס בעלמא רבו להקשות בו בסתירה שיש בדבריו כי בתשובה זו אלף ר"ט דמיירי שכתבו עדות על אשה שנתקדשה כתב הואיל ולא נאמר להם כתבו הוי כפנקס בעלמא ואילו בתשובה אלף קמ"ט דכתבו שטר הודאה בלי רצון הלוה וכתב הרשב"א הואיל ונכתב בלי כתבו אין

לו דין שטר ויכול לטעון פרעתי משמע ברור שם להד"ם א"י לטעון. וכמו כן עמד רבינו הגדול מהרי"א בא"ע סימן מ"ב בסתירה גם כן על תשובה אלף רי"א דכתבו ג"כ שלא מדעת וכתב רשב"א דיש לב"ד לחקור אם הוא כת"י עדים דמשמע הא נתקיים מהני וחילק הב"י בין ממון לקדושין דבממון מודה רשב"א דמהני אבל לא בקדושין ואמת כי תמהו על הב"י בזה כמ"ש מהר"א ששון ועיין ב"ש דמה הבדל יש ונר' דאפשר דסבירא ליה לרשב"א בתשובה כדעת הר"ת ולר"ת אמרינן מסתמא זוכרים העדים וכן מוכח מתו' כתובות הנ"ל דהקשו במחאה דאצ"ל כתבו הא הוי מפי כתבם וכתבו דאם אמרינן דהוי עדות אם זוכר א"ש וצ"ל הא עדיין קשה למה כתיבת מחאה אם עדים זוכרים יעידו בעצמן ואי דיזכרו מתוך כתב זהו אף לרש"י כשר דכן מבואר בגמרא וצ"ל דאם העדים אין במדינה לר"ת אמרינן מסתמא זוכרים ומכשירין כתב מחאה דהוי ראוי לבילה. ואם כן אף בהודאה הנ"ל הנזכר בתשובה הנ"ל אמרינן מסתמא עדים זוכרים ולכך לא פסק רשב"א דיהיה בטל רק לענין פרעתי וכל זה בממון אבל בקדושין אף דעת ר"ת דלא מהני מפי כתבם וכמ"ש בגמרא דיבמות דה"ל מפי כתבם וכ"כ המרדכי ועיין מש"ל סי' כ"ח ואם כן אין כאן מקום להכשיר כלל דגבי קדושין לא שייך דינו דר"ת וא"ש ויפה דיבר הב"י ובחנם ערערו עליו סוף דבר נשמע דאפילו הרשב"א משמע דבממון מהני ומכ"ש לאינך רבוותא ולכן בחנם תקע עצמו הש"ך להלכה לדחות דין זה. ועוד נדבר אי"ה בפרטי' מקומות הרבה שיש ראי' לדין זה והרב הש"ך הכניס עצמו תמיד בדחוקים כי לא ישר בעינו דין זה אבל האמת עד לעצמו וא"צ לדוחק כלל:

ט **תחזיר לי מעותי כו'** בתשובת הרא"ש בסוף כלל נ"ז הביא דעת ר"ת דבכל שטרות הן במקח וממכר והן הלוואה אפילו קנו יכול למחות בכתיבה אלא דיכול לטעון כיון דאתה מוחה בשטר החזיר לי מעותי ובזה שומעין לו וסיים נמצא שאין נפקותא במה שאומר ר"ת שאין לכתוב שטר בלא רצון המקנה אלא בקנין מתנה ומכר ויתבטל המקח עכ"ל ומדברים אלו למדנו שני דברים אחד דאם אין מחזיר מעותיו העדים כותבין בע"כ שטר ולאו כל כמיני' שלא יחזור מעותיו וימנע לעדים לכתוב וכגון דא לא משגיחין במחאה שלו דאל"כ הא יש נ"מ גדול בשטרי הלואה לדעת ר"ת והחולקים אם אין מחזיר מעותיו שכלה המעות ואבדו וכדומה לדעת החולקים העדים כותבים שטר והרי זה גובה משעבדי ולדעת ר"ת אין לו שטר וצריך לרדוף אחר הלוה לגבות מעותיו ואין לו שום שעבוד נכסים כלל אלא ברור דס"ל דאם אין מחזיר לאו כל כמיני' למחות והעדים כותבין בע"כ וא"כ ליכא נ"מ דאי מחזיר מעות אף לדעת החולקים מי מעכבו לפרוע ולכן אין נ"מ רק במקח שרוצה להחזיר מעות ולבטל מקחו דלר"ת רשאי ולהחולקים לא. ועוד

למדנו מזה דאינו נאמן לומר פרעתי אחר מחאתו דאי נאמן הרי כאן נ"מ גדול דלדעת ר"ת כיון שמיחה יוכל לטעון פרעתי אבל לדעת החולקים דלא משגיחין כלל במחאתו והם כותבין לו שטר איך יטעון פרעתי שטרו מה בעי ביד המלוה ופשוט א"ו דאף לר"ת אינו פורע כל זמן הזה בלי עדים ובירור ולאו כל כמיני' למחות בעדים לכתוב ולטעון אח"כ פרעתי. וזה ברור ובכה"ג הביא דנחלקו בזה המבי"ט וצרור הכסף וכמ"ש הנכון עם בעל צרור הכסף דא"י לומר פרעתי וכן מוכח מדברי הרא"ש והרב בתשובת חות יאיר סי' ר"ל כתב ג"כ דכן דעתו נוטה דא"נ לומר פרעתי אלא דקשה לו לפסוק בלי ראי' ולא הרגיש שכבר קדמוהו הצרור כסף והמבי"ט לעמוד בזה וכי יש כאן מדברי הרא"ש כמ"ש ראי' ברורה דא"נ לומר פרעתי דאל"כ הא נ"מ טובי. שוב עיינתי בתשובת מבי"ט וראיתי כי טעמו די"ל כדעת האומרים בכל קנין נאמן לומר פרעתי ואיירי דנמשך הזמן כהנ"ל וא"כ בכה"ג מודה:

י **אבל העדים אין רשאים לכתוב כו'** הש"ך דייק מזה אפילו שיהיה לזכרון אין יכולים לכתוב ומזה חזק דינו דלא הוי עדות כלל כשנכתב שלא מדעת הלוה ואין מזה הכרע דהכוונה להיותו מלוה בשטר וע"ת זה לוה. אמנם כתב הרא"ש בתשובה כלל ס"ה דין ג' עדים דכתבו דראובן הודה בחשבון שחייב סך מה לשמעון וראובן טוען כי כתבו שלא מדעתו וכתב הרא"ש הואיל ונכתב שלא בהסכמתו שטר זה אין גובין משעבדי דאין בו קנין ואינו שטר הלואה אלא הודאה בעלמא כו' ולענין זה הוי עדות מעליא לקיים כל מה שהודה בפני עדים עכ"ל ומזה הביא הב"י ראיה דסבירא ליה להרא"ש אפילו נכתב שלא בהסכמת הלוה מכל מקום עדות הוי כמו עדות בע"פ ועיין לקמן סימן ס"א כי הביאו המחבר לדין זה בקצרה ע"ש והרב הש"ך להיותו מחליט כמש"ל דכה"ג לא הוי עדות כלל התאמץ לדחות ראיה זו וכתב דהכא שאני דהואיל דהלוה אין מכחיש כתבם ע"ש סק"ב ודבריו אינם מובנים כלל דמה בכך דמודה סוף כל סוף השטר חספא בעלמא לדעתו ואין לנו לדון אלא ע"פ הודאתו א"כ איך כ' וממשעבדי לא גבי דלית ביה קנין הא הוא חספא בעלמא וגם סיו' מיהו לענין זה הוי עדות מעליא לקיים מה שהודה בפניהם הא אין בעדותם תועלת לא מעלה ולא מוריד הא אם יודה מעצמו מה צורך לעדותו ואם יכפור נאמן דשטר חספא בעלמא אלא ברור דסבירא ליה דהוי שטר לענין זה דלא יוכל לומר להד"ם כשארי עדות ב"פ וכדעת התו' הנ"ל וכמש"ל לדעתו ודברי הש"ך אינם מובנים כלל:

יא **לא היו קבועים כו'** כתב הנ"י בפז"ב דוקא במודה מעצמו בלי תביעת בע"ד ולכך אין שם דיינים עליהם אבל במודה ע"י תביעה בפני ג' וכו' הרי זה ב"ד גמור ויכולים

לחייבו וכל שיכולים לחייבו הרי זה ב"ד גמור וכותבים לו שטר עכ"ל והק' ד"מ וב"ח הא כל שהזמינו הוי תביעת התובע ומכל מקום בעינן דקבעי דוכתי' וכו' ותי' הש"ך דכוונתו אם אין הכחשה וסכסוך כלל ביניהם רק בא לב"ד ע"י הזמנה והודה א"כ אין כח ב"ד בזה ולכך בעינן כל תנאים הללו אבל אם היה ביניהם הכחשות וסכסוך רק ע"י הב"ד נתחייב ואם כן דכיון דהב"ד היה מחייבים אין צריך קביעות וכל הנ"ל ודייק נ"י דינו מדנקט לישנא אודייתא ולא סתם וכן למה לא נזכר גבי פסק דין דבעי הזמנה אלא דסבירא ליה לחלק ע"ש ונכון כתב שלזה נתכוון הנ"י אלא שהאריך בס"ק ח"י וכ"ג דגם דעת הרמב"ם ומחבר וממש רוב פוסקים סבירא ליה בזה כדעת הנ"י ולענ"ד ז"א ואין כך רהיטא דשמעתין דהרי"ף בב"מ הקשה דהא דאמרינן צא תן לו או חייב אתה ליתן לו אין כותבין הא קיי"ל דעדות בב"ד או הודאה בב"ד כמלוה בשטר דמי ותי' ה"מ היכי דלא צאי' דינא אבל צאי' דינא ונפק מב"ד אדעתא דציית וחזר ואמר פרעתי נאמן וכו' עכ"ל ופי' בו הרמב"ם וכן במה"ת שער י"ב ח"ב וז"ל היכי דלא צאי' דינא כלומר שלא קיבל דינא עד דשלחו אחריו והביאו בהכרח וכן מבואר ברמב"ם ואם כן צ"ל הא דאמרינן בב"מ צא תן לו היינו הכל בלא הזמנה אבל אם הזמינו באמת א"נ פרעתי והוי מלוה בשטר וכותבין ואם כן לא זו דדיוק של הש"ך מהא דלא נזכר בב"מ גבי פס"ד החילוק בין הזמינו ללא הזמינו ליתא דהא עלה דהך מחלק הרי"ף בכה"ג אף זו דע"כ הך בב"מ אייריי אף דיש לו אתו דין ודברים ונתחייב בב"ד דאל"כ איך ס"ד שם לחלק בין צא תן לו לחייב אתה ליתן לו והטעם דאשתמוטי קמשמט עד דמעיינא בדינא ואילו אין כאן הבדל וסכסוך כלל ולא נתחייב בדין רק פיו ענה בו מה עיון יש פה ומה פתח תקוה יש כאן שיפטרו ב"ד אם הוא בעצמו בלי טענה דין ודברים כלל מחייב ועכצ"ל דהוא בדרך טוען ונטען ונתחייב בב"ד וכצ"ל ברמב"ם אף דכתב לשון ואמר לו הנתבע הן אין פי' דלא טוען כלל נגדו רק ע"י דבריו נתברר שהתביעה אמת וכן הוא במאמרו דאל"כ מה ס"ד לחלק בין צא תן לו לחייב ופשוט וא"כ דמיירי בכה"ג ומכל מקום מחלק הרי"ף ורמב"ם ובעה"ת בין הזמינו דנקרא לא צאי' דינא ובין לא הזמינו דהוא צאי' דינא דהיינו דבא מעצמו בלי הזמנה והדבר מבואר להדיא דלא כנ"י ואודייתא לאו דוקא ה"ה בפס"ד ונראה דהנ"י לא מפרש בהרי"ף צאי' דינא כהרמב"ם ובע"ת רק סבירא ליה דבאמת הרי"ף לא הקשה כלל מהך דאודיית' דשם י"ל דאיירי דכתבו קודם שיצא מב"ד כנראה שם בנ"י וכן הרא"ש לא הזכיר כלל מהך דאודיית' רק כל קו' הרי"ף מהך דב"מ דאמרי' עמד בדין הוי כמלוה בשטר לגבות משעבדי ואיך יטעון פרעתי וע"ז תי' צאי' דינא והיינו כפי' הראב"ד הביאו הבע"ת שם דאינו מסרב ואומר דישמע לקול ב"ד אבל היכי דנפק מן ב"ד ואמר דאין

שומע בקולם בזו חזקה דלא פרע ואמרינן דגובה ממשעבדי אבל לא איירי כלל לחלק בין הזמינו ללא הזמינו דכיון דב"ד פסקו דברי ריבים ביניהם א"צ הזמנה וא"ש כמ"ש דעת הנ"י וזה ברור ואם כן דברי הנ"י במחלוקת שנוי' ולפי דעת הרמב"ם ובע"ת ליתא לדינו והמחבר נמשך אחרי דברי רמב"ם אין מקום לדברי הנ"י ודברי הש"ך שיהיה דעת זו דברי הכל לא נראה וגם הלח"מ פי' בהרי"ף צאי' דינא כמ"ש הנ"י ולכך תמה על המ"מ שכתב דקרובים דברי הרמב"ם לדברי הרי"ף ונעלם ממנו בעה"ת הנ"ל ופשוט:

יב **שלא יעירימו שניהם לחייב איש אחר** וכתב הסמ"ע אפילו למ"ד עבחז"ל וליכא חשש מוקדם מכל מקום חיישינן דילמא משנה שמו כדי להפקיע מב"ח שלו או דלא ניח' ליה למלוה אם באמת אין חייב לו והב"ד הם כותבים לנוכח דחייב לו ולא ניח' לי' דליפוק עליו קלא ודבריו דחוקים הן בתי' אחרון ומכ"ש בתי' ראשון דבממ"נ אם נודע לב"ח שזה הלוה חייב לו מה בכך דמשנה שמו מכל מקום יתבעהו ב"ח ואם לא נודע מי מוח' בידו דמעלים החוב מב"ח בגוונו אחריתי ובאמת לפמ"ש המ"מ וע"ל סי' מ"ט דלכך בלי קנין צריך להכיר המלוה דלמא דהואיל דשורת הדין דאין כותבין שטר ללוה בלי מלוה אולי יבא איש אחר ויאמר אני המלוה כדי שיכתבו והשטר לא יגיע לידי מלוה אמת רק בזמן מאוחר והרי זה שטר מוקדם ואם היה סברא זו נראה לק"מ אף א"א עבחז"ל דאין כאן הטעם משום מוקדם רק דכיון דבעי כאן הזמנה לדין וזהו צריך להיות ע"י תובע ואם התובע אינו כאן ואיש אחר מעלה שמו על שם התובע אם כן באמת אין כאן הזמנה ואף כח ב"ד אינו לעשות מהודאתו מלוה בשטר ואם כן כשיבא כתב הודא' זו לב"ד יגבה בו ממשעבדי וזהו שלא כדין דהא באמת לא הוזמן הוא מהתובע האמיתי אך מעיקר' דדינא אני נבוך בסבר' זו וכן בסברת המ"מ דמהכ"ת מערי' הקצור קצרה ידו לילך לעדים ולעשות קנין ובזו כותבין לכ"ע ואין בו חשש מוקדם וטורף ממשעבדי בלי פקפוק ומה לו להערמה זו בכדי וה"ה כאן יקנה בפני ב"ד ויאמר כתבו ותו ליכא פקפוק ולכן נראה דיש כאן חיוב למלוה דרך משל ראובן נתן פקדון לשמעון ושמעון מסרו ללוי ונאבד וא"כ שמעון חייב כשומר שמסר לשומר אם אין רגיל להפקיד ולהלות לו דאין מחזיקו לנאמן ומה עושה לוי הולך עם שמעון לב"ד ומעלה שם שמעון ראובן והב"ד כותבים איך דהזמין ראובן ללוי שיש לו בידו סך מה בפקדון או בהלוא' ולוי הוד' ואם כן נפטר שמעון בפשיעתו דכיון דרגיל ראובן להאמין ללוי כאשר נתברר במעשה ב"ד ועי"כ מפסיד ראובן ולוי אינו חושש בהודאתו כי בלא"ה גבר' דלית ליה וגם ראובן לא יתבעו כי יודע ראובן שאין לו בידו כלום ועי"ל ראובן העיד על שטר שלוה פלוני מפלוני בלוד ביום פלוני וזה יודע שמעון כי ראובן נתייחד לעד להעיד על שטר ומה עושה הולך

בו ביום בירושלים לב"ד עם לוי ומעלה שמו ראובן והב"ד כתבו שביום ההוא בא ראובן והזמין ללוי בדין וכך הוד' לו ואם כן אם יוציא הנ"ל שטרו יהיה נפסל דהרי ראובן מוזם ע"פ ב"ד שהעידו שבו ביום היה ראובן בירושלים ולא בלוד ושפיר קאמר שיש כאן ערמה לחייב איש אחר וע"ל סי' מ"ט מ"ש בזה ביותר:

יג **ואפילו הם של פקדון כו'** בטור כ' אם הם מטלטלים שהמודה חייב באחריות משעה שהוד' כותבין אעפ"י שלא לקח בקנין והרבה הלח"מ והב"ח להשיב והיותר נכון נראה להגיה בטור שהמוד' אין חייב באחריות ופי' דהתנה בפקדון שיהיה פטור מדין שומרים או איירי בדברים שאין בהם דין שומרים אם כן כותבין דהא אף אם יכתבו יהיה נאמן פרעתי במגו דנאנסו ואי דיהיה צריך לישבע כמ"ש הנ"י הא אף בזה א"צ שבועת תורה דהא לא קיבל דין שומרים והיסת בלא"ה צריך לישבע ואם כן מותר לכתבו ולית כאן חשש ונכון וברור:

יד **שאין כאן לחוש כו'** נראה הא דכותבין בקרקע היינו שהוד' שקרקע שלו מעולם או שמכרו לו ולא היו עדי' בעת ומעמד המכירה אבל אם היו עדים אין לכתוב דאולי יגבה תחילה בעדים דהמוכר שטרו בעדי' גובה ממשעבדי ואחר כך יגבה בשטר דשובר גבי לקוח' ליכא ועיין לקמן סי' מ"א וסי' קי"ז ע"ש וזה ברור ותמהני מהמחברים שלא דברו מזה כלל:

טו **אבל שנים שבאו לדין כו'** כתב הסמ"ע דאעפ"י דנאמן לומר פרעתי מכל מקום אי מודה דלא פרע גובה ממשעבדי דמעשה ב"ד יש לו קול וכמ"ש הטור וכן דעת הרמב"ם ומחבר ולבבי לא ידמה הן דהך מילתא בלא"ה דוחק גדול כמ"ש הש"ך דאיך לא נטעון ללקוחות פרעתי ואיך הוי הודא הלוה הודא' לחוב לאחרים רק התו' והרא"ש היו מוכרחים לתרץ כן קו' הרי"ף דאיך אמרינן דנאמן לומר על פס"ד פרעתי הא אמרינן לעיל בשעמד בדין ה"ל כמלוה בשטר לגבות ממשעבדי ולכך הוצרכו לחלק ולומר דאף דהוא נאמן מכל מקום לגבי לקוחות לא חיישינן כלל לקנוני' ותי' הרי"ף והרמב"ם לומר דהך איירי בלי הזמנ' והך דלעיל איירי בהזמנה לא סבירא להו דיהיה בפס"ד נ"מ בהזמנה כדעת הנ"י דהא קבלו לדיינים וכן מוכח בתו' גיטין דף ל"ז ד"ה שטר דהקנ' לר"י דסבירא ליה דאחריות נכסי' אינו משמט אם כן הא דאמרינן לעיל קנס אונס וכו' משעמדו בדין משמט הא עמד בדין גובה משעבדי וע"כ התם דלא נכתב פס"ד דאל"כ ודאי אינו משמט וע"ס ס"ז סמ"ע ס"ק ל"א ובלא נכתב פס"ד לכ"ע נאמן לומר פרעתי ומכל מקום סבירא ליה דגובה ממשעבדי אבל הרמב"ם וסייעתו דסבירא להו לחלק בין הזמנה או לא תו אצ"ל הך דוחק לחלק בין לוה ללקוחות ובלא"ה לק"מ מהך דעמד בדין דהא הרי"ף

מתרץ ליה דאיירי בהזמנ' ואילו סבירא ליה הך חילוק של תו' בין לוה ללקוחות לא היה צריך לדחוק ולומר בפס"ד יש הבדל בין הזמנה מה דלאנזכר בגמרא רק גבי אודיית' וכמ"ש הש"ך ס"ק ח"י רק הא לק"מ דלעיל בעמד בדין מהני היינו לגבות מלקוחות אלא ברור דלא סבירא ליה הך חילוק כלל ולכך המחבר לא הביא כלל דמ"מ גובה משעבדי וכן מורה לשון הרמב"ם דכ' בד"א שהודא' בב"ד הוא כמלוה בשטר וכו' כשלא קיבל וכו' וק' הא מלוה בשטר לגבות הוא תמיד רק הל"ל בד"א דא"י לומר פרעתי דבזה יש הבדל בין שלחו ללא שלחו אבל מלוה בשטר הוא תמיד אלא ודאי דז"א דאף משעבדי א"ג בשלא שלחו וזהו דעת הרמב"ם אבל דעת הרא"ש והטור לא ס"ל חילוק הרי"ף בין הזמינו ללא הזמינו ולכך הרא"ש דדרכו תמיד להעתיק דברי הרי"ף בכ"מ והשמיט תי' הרי"ף בין צאי' ללא צאי' והביא רק תי' התו' וש"מ דלא סבירא ליה סברת הרי"ף דאילו סבירא ליה היה מעתיקו וכן הטור אשר כ' בשם הרמב"ם התחיל ב' שבאי' לדין כו' והוא באמצע דבריו ובם התחיל ודילג הרא"ש דבריו בד"א וכו' בשלא קיבל וכו' אלא דהך לא סבירא ליה לחלק בפס"ד בין הזמנה ללא הזמנה רק סבירא ליה חילוק התו' וזה ברור והסמ"ע תפס בזה החבל בתרי ראשי'. והנה הש"ך כ' כאן סקכ"א ובסי' ע"ט ס"ק למ"ד האריך דטעה הסמ"ע בהבנת דברי הטור והרא"ש דמהכ"ת אם הוא מודה שפרע למה לא נטעון ללקוחות ומה יועיל הודאתו והאריך בראי' מהרבה מחברים דלא סבירא להו סברא זו ולכך פי' הוא דמיירי בלקוחות שקנה שדה אחר שהוד' בב"ד שלא פרע ודבריו בלתי מובני' דאמת דיש דיעות רבות במחברי' דלא סבירא להו כן ונראה לדעתם אפילו נודע שלא פרע מכל מקום אין גובה כלל מלקוח' ולא ניתן ליכתוב דלית ליה קלא והא דאמרינן עמד בדין אית ליה קלא איירי בשלחו לו וכו' כמ"ש הרי"ף ולכך כ' הרמב"ם סתם דאין נעשה מלוה בשטר אלא בשלחו דזולת זה לא ניתן לכתוב ולית ליה קלא אבל ברא"ש וטור אין דרך לומר כ"א דלא חיישינן לקנוני' הואיל ולא איתרע דאף לדבריו דהודה היום דלא פרעו ומחר מכר קרקע עדיין יטענו הלקוח' דילמא אחר כך פרעו וכי בשביל דהוד' אז דלא פרעו יחויב להאמין דלא פרעו משם והלא' עדיין אולי פרעו מאז והלא' ועדיין צריכים לומר דלוה קאמר דלא פרעו והוא הדבר דמפי הלוה אנו חיי' לגבות מלקוחות בלי חשש קנוני' והש"ך כ' דכ"כ הב"ח ולא עיין כל הצורך בב"ח דהב"ח כ' להדיא דאם באנו לחוש לקנוני' אף אותן שקנה אחר שהודה לא יוכל לגבות דחיישינן שפרעו אחר כך וזה פשוט וא"ל דנתכוון הש"ך לדברי הט"ז דהוד' דלא פרעו ואמר לו המלוה אל תפרעון אלא בעדי' ואחר כך קנו הלקוחות דל"ל בפרעו דזה היינו ידוע דלא פרעו והרא"ש והטור תרי גווני נקטי בידוע שלא פרעו או שמוד' שלא פרעו ואי בכה"ג

היינו ידוע שלא פרע דהחיוב מתחיל מעת הודא' בב"ד ומאז אי אפשר דלא פרעו וזה ברור ופשוט. וראיתי בתשובת מהרי"ט ח"ב ח"מ סי' מ"ו דעמד ג"כ בזה מה יהני הודאתו לגבי לקוחות ופירש הוא כך הא דהודאה חשובה כמלוה בשטר דוקא לטרוף ממשעבדי כגון דאתברר דלא פרע או שהודה דלא פרע ובשביל כך כתבו לו ב"ד שטר וכיון דיש שטר בידו גובה משעבדי ולא זכיתי להבין דבריו דא"כ מה דוקא לטרוף משעבדי הא בכל מילי הוי שטר ואי דבאמת ס"ל כדעת הראבי"ה כמ"ש הטור דעתו בלי חולק דאף אם נכתב פס"ד יכול לטעון פרעתי עדיין הקושי' במקומו דנטעון ללקוח' פרע ואיך יכתוב הטור דעת ראבי"ה שסותר לתחילת דבריו דלפי פי' מהרי"ט צ"ל דס"ל בפס"ד אין נאמן לומר פרעתי ועוד דא"כ צ"ל דלעיל בב"מ דמשני בעמד בדין היינו דכתבו פסק א"כ א"צ לכל הטורח ומנ"ל דפס"ד ב"ד גובה משעבדי אפילו ל"ל פרעתי והא דאמרינן לעיל היינו ביש פס"ד בידו ולא גרע משאר שערות ובאמת בריטב"א ואסיפת זקנים לב"מ הביא בשם קצת רבוותא אבל אין זה תי' הרא"ש כמבואר שם ולכן אין לזוז מדברי הסמ"ע דלא חיישינן לקטני' במקום דליכא ריעות' ומי צוה ללקוח' להכניס עצמם בתגר הזה לקנות כיון ששמעו הקול דהודה דחייב. ומה שהקשו בטור דכתב בסי' ע"ט דאם סירב נגד פס"ד דאין נאמן לומר פרעתי וגובה משעבדי משמע לולי הסירוב אין גובה משעבדי אין כאן קושי' דודאי אם אין הלוה לפנינו ובא לגבות מלקוח' לא טריף דהא טענינן לי' פרוע אם אין הלוה מודה דלא פרוע אבל בסירוב חזקה דלא פרע וסתמא אפי' בלי הודאת לוה ואפילו אינו בפנינו גובה וזה פשוט. והא דכתב הטור הך דינא דסירב לא מפירוש הרי"ף דמשני דצאית דין ולא צאית דאי היה הרא"ש מפרש כך היה מביאו רק ס"ל כמש"ל בפי' הרמב"ם וזהו לא סבירא ליה אבל הך דינא דסירב כתבו הרא"ש בפ' קמא דב"ב במשנה דכותל חצר שנפל ע"ש. ולפ"ז דהעלינו ברור אפילו לקוחות שקנו אחרי הודאתו שלא פרע מכל מקום אילו היה חוששין לקנוניא לא היה אפשר לגבות רק דלא חוששין כמש"ל וכמ"ש הב"ח גופי' ואם כן לא הבנתי דברי ב"ח דדעתו אם הודה בב"ד בניסן שחייב ושוב הודה באייר שלא פרע שאין המלוה גובה מנכסים שקנו בסוף ניסן אף דהוא מאוחר לגוף הודאה רק גובה מנכסים שקנו מאייר ואילך לאחר הודאה שני' ולא הבנתי טעמו בממ"נ אם אתה חושש לקנוניא לא יגבה משום לוקח כמש"ל ואם לאו ואמת דלא נפרע הא מן הודאה ראשונה מתחיל שעבודא. והב"ח כתב שכן נראה בדברי הראב"ד שהביא בעה"ת שער י"ב ח"ב ואני חפשתי בדברי הראב"ד שם בקשתיו ולא מצאתי דבר כלל כי הראב"ד כתב העמדה בדין לאלתר כמלוה בשטר מפני שיש לו קול ודוקא ביש עדים שלא פרעו מן העמדה בדין או חייב מודה או שהשביעו שבועת אין לו וכו' או

שסירב בכל אלו כותבים למלוה בלי דעת לוה ואם טען אחר כך פרעתי לא אמר כלום שהוא בשטר הן לפרעון והן למשועבדים. ועד"ז מתיישב מה שאמר ר"ז מתחלת דבריו שנאמן לטעון פרעתי ובסוף דבריו כשאמרו צא תן לו שאין נאמן לומר פרעתי עכ"ל הרי דלענין משעבדי קאמר לאלתר הוי כמלוה בשטר ודייק לאלתר דלא חל מזמן הודאה או כתיבה רק לאלתר כשיתברר שלא נפרע בד' אופנים שכתב גובה למפרע לאלתר מזמן העמדה בדין וכתב דגם בד' אופנים הנ"ל כותבין ואם טען אחר כך פרעתי א"נ וכו' הרי דלענין משעבדי לאלתר הוי השטר אבל לענין שיכול לטעון פרעתי בעי דוקא כתיבה אבל קודם כתיבה נאמן דפרע וזהו דהתחיל לענין קול דהיינו משעבדי וזהו אין צריך כתיבה ולטענת פרעון הצריך כתיבה וזהו ממש דלא כב"ח ודלא כש"ך דאף דנאמן לומר פרעתי מ"מ הודאתו מחייב שהוא המלוה טורף ממשעבדי. ומ"ש הראב"ד דעד"ז מתיישב תחלת דברי ר"ז וכו' פי' דר"ז אמר מתחלה יצא ואמר פרעתי נאמן ולבסוף אמר בא לכתוב אין כותבין משמע דא"כ פרעתי דאל"כ יכתבו מכל מקום יהיה נאמן בפרעתי ולכך כתב דלפמ"ש הוא דאם נכתב פסק שוב אין נאמן דמסתמא דייקי וידעו דלא פרעו א"ש וזהו פשוט ולכך יש לתמוה על הגי"ת שנתקשה בזה ולא מצא ליה פתר ע"ש. עכ"פ מורין דברי הראב"ד דלא כב"ח וכן מורין דברי הטור והרא"ש ואין לחדש דין חדש שאין לו טעם. ועדיין קצת ספק להרא"ש וטור דסבירא להו בעמד בדין אע"פ שהיה ע"י הזמנה מכל מקום כ"ז שלא נכתב פס"ד נאמן לומר פרעתי אי סבירא ליה גם כן באודייתא הדין כן או לא דבאמת לכאורה משמע הואיל הרא"ש הקשה על הך דבא לכתוב וכו' מהך דאמרינן עמד בדין גובה משעבדי ולא הקשה מן אודיית' אלא דשם ודאי דכל כוונה היה לעשות שטר משעבדי דאל"כ מה ביקש ממנו שהזמינו לב"ד אבל ביש להם סכסוכים אמרינן בשביל כך בא לב"ד לברר סכסוך שלהם אבל לא ס"ד שיכתבו שטר ופסק אך מלישנא דטור דכתב על הא דכתב הודאה בפני שלשה כותבין והא דהודאה בפני ב"ד הוי הודאה היינו לטרוף משעבדי משמע דעלה קאי וגם בהך נאמן לומר פרעתי ואף דסמ"ע ס"ק כ"ד כתב דהוא ענין נפרד ולא מוסב על למעלה מכל מקום זהו דוחק ואין הלשון מהטור סובלו והסמ"ע הוכיח לומר כן לשיטתו דחשב דהטור ורמב"ם לא פליגי כלל אבל כבר כתבתי דליתא ובלא"ה האריך הש"ך לקמן בס"י ע"ש לברר מרוב פוסקים דאפילו בהודאה פשוט' בהך אודיית' כל זמן שלא נכתב אין לו נאמנות שלא יהיה יכול לטעון פרעתי ולכן אף ברא"ש וטור נימא כן ולא הקשה מאודיית' די"ל דשם כותבין תיכף קודם שיצא מב"ד אבל מהך דמשני לעיל בשעמד בדין ולא משני שיש בידו פס"ד ש"מ דלית ליה פסק כלל ושפיר הקשה וכן יפה טען הש"ך לקמן סי' ע"ט דלא היה לו

למחבר לסתום כרמב"ם בשלחו לו דלא יהיה נאמן לומר פרעתי אפי' בלי פס"ד כי רוב פוסקים לא ס"ל כן והטור והרא"ש לא סבירא להו כן כמ"ש ועכ"פ ספיקא דדינא איכא ויכול המוחזק לומר קים לי' דנאמן:

טז **שמא פרעו** הך לישנא דרמב"ם אין מדויק דודאי סבירא ליה לרמב"ם אפילו באותו שעה שבא לכתוב ידעו הב"ד דלא פרעו מכל מקום אין כותבין דהא לרמב"ם אודייתא ופס"ד בחדא כלל איתנהו ובתרווייהו בעינן שלחו לו ואי לא שלחו לו אין כותבין ובהודאה בדלא שלחו לו הא אמרי' דאין כותבין אפילו באותו מעמד שהודה בפני ב"ד ואז ודאי לא פרע דסתמא אמרינן בגמרא האי אודיית' זימנין כתבינן וכו' אלא ש"מ דלעולם לא כתבינן וכן מוכח ממ"ש שם הרמב"ם דין ו' דבקיאי דעת ספרד כשהודה לו בב"ד אומר לו אל תפרענו אלא בעדים ולמה לא ישאלו מב"ד לכתוב להם אז תיכף כשהודה וא"צ לכל ויהיה להם שטר לא יוכלו לומר פרעתי בפני פ' ופ' והלכו למד"ה וכדומה אלא דלעולם אין כותבין וכן כתב הש"ך גם כן בס"ק כ"ה וכן כתב ע"ש ואם כן אף בפסק דין ??? דינא הכי דאפילו נודע דלא פרע אין כותבין וכ"כ הסמ"ע ס"ק כ"ו והשיג על הע"ש והש"ך ביקש ליישב דברי הע"ש לשיטתו דסבירא ליה לרמב"ם חילוק בין הודאה לפס"ד וכאן איירי ג"כ בהודאה וזה אינו כשטר. אבל מ"מ לכ"ע אפילו ידוע דלא פרעו מכל מקום אין כותבין ואם כן יש לדקדק בטעם שנתן הרמב"ם שמא פרעו הא אפילו ודאי לא פרעו מ"מ אין כותבין וצ"ל דס"ל לרמב"ם דודאי בגמרא אמרינן האי אודייתא זימנין לא כתבינן בדלא שלחו לי' וכו' משמע לעולם לא כתבינן כנ"ל אפילו נודע שעדיין לא פרעו ואילו בב"מ אמרי' הואיל דנאמן פרעתי לפיכך אם בא לכתוב אין כותבין דמשמע הטעם משום חשש פרעון ולרמב"ם הודאה ופסק חד דין יש להם ולכך פי' הרמב"ם דעיקר תקנה היה שלא לכתוב משום דלרוב אין כותבין תיכף ואם כן איך יכתבו אולי פרעו ולכך תיקנו שלא לכתוב וכיון דכבר תיקנו מבלי לכתוב אם כן אף דנודע דלא פרע מכל מקום לא כתבינן הן מטעם לא פלוג והן כיון דסתמא אין כותבין אם כן הוא שבא לב"ד לא על דעת כן שיכתבו בא דהא סתמא אין כותבין ואם כן אין להם לעשות ממלוה ע"פ מלוה בשטר כהנ"ל וכדמשמע בגמרא דלכך אין כותבין אודיית':

יז **ואפילו למ"ד וכו'** זהו כתב רמ"א ליישב מה שהקשה על הטור דהביא דעת ראבי"ה דנאמן לומר פרעתי וכתב דאין כותבין פסק שמא פרע מה בכך הא נאמן דפרע אפי' נגד פס"ד ולכך תי' הוא דאיכא זילותא דבי דינא ומחזי כשקרא ובאמת על הגמרא לק"מ די"ל דמפרש הא דאמרינן בא מלוה לכתוב לא על פס"ד קאי רק על אדרכתא דזהו ודאי אינו נאמן דכיון דסירב עד שיכתבו לו אדרכתא אבל פס"ד באמת כותבין וכן נראה מפירש"י

ולכן עיקר הקושי' בטור ולכך מתרץ רמ"א דחיישינן לזילותא דבי דינא והקשה הסמ"ע הא הטור אף דפסק בסי' ל"ט כראבי"ה דנאמן על פס"ד דפרע מכל מקום כתב בסי' ע"ט שאם בא לב"ד לכתוב לו שאין כותבין שמא פרעו ויבא לגבות הימנו פעם שנית בפס"ד שבידו עכ"ל הרי דסבירא ליה דאין נאמן לומר פרעתי ותי' הסמ"ע דאולי יטעון להד"ם ויהיה מוחזק כפרן. ולטעם זה אפילו ידוע דלא פרע מכל מקום אין כותבין דעדיין יש לחוש כמ"ש דיטעון להד"ם ויוחזק כפרן וכבר השיגו הש"ך ובאמת אף דאמרי' בסי' ס"ט דחוששין שמא יטעון להד"ם היינו במילתא דלא רמי' עליה כמו דחתם עצמו אסוף מגילתא ומצאו אחר וכתב עליו אבל כאן איך ישקר ויאמר להד"ם במעשה רב כזה בפסק ב"ד ומוציאין מלקוחות דקלא אית ליה כמ"ש הטור ולכן נראה דלק"מ דודאי עיקר תקנה היה שלא לכתוב פס"ד אף דנאמן לומר פרעתי משום טעמא דרמ"א שמא כבר פרעו ואיכא זילותא אבל עכשיו דתיקנו שלא ליכתוב יש כאן איסור מוסף מבלי לכתוב אם לא נודע להם אם פרע או לא דאם בא לפנינו פס"ד אמרינן חזקה על ב"ד שעשו כהוגן ומסתמא לא כתבו עד דאתברר להם דלא פרע דהא אין לכתוב משום זילותא ואם כן אם טוען הוא דפרע מקדם אינו נאמן דאנן סהדי דנתברר לב"ד דלא פרע דאל"כ איך היו כותבין ואם כן יהיה חייב לשלם ויהיה נלקה ואפילו מגו דפרע אחר כך לא יועיל דהוי מגו במקום חזקה אלימתא דב"ד עושין כהוגן ואם כן הטור בסי' ע"ט מלתא אלימתא נקט דלא זו דיש כאן זילותא אף גם דאינו נאמן לומר פרעתי מקדם ואם כן יפסיד דיבא לפרוע בכפלים וגם קמ"ל הך דינא דאין נאמן לומר דפרע מקדם אפילו במגו דהוי במקום חזקה אלימתא וטובי קמ"ל ולק"מ אבל כשנודע שלא פרע מקדם לשיטה זו מותר לכתוב כדמשמע בגמ' דלכך אין כותבין משום חשש פרעון הא בידוע דלא פרע כותבין לשיטה זו ועיין עוד מה שאכתוב בסמוך לדעת שיטה זו:

יח **אם יש בידו פס"ד כו'** לשיטת הרמב"ם ע"כ איירי דהיינו בשלחו לו וכו' דבלי שלחו אין כותבין כלל וכמש"ל אפילו יודעים שלא פרע אין כותבין ואם כן אטו בב"ד טועין עסקינן שהעבירו הדיי וכתבו במקום שלא היה להם לכתוב ועוד פשיטא דנאמן פרעתי כיון דנכתב שלא כדין והרי הוא כחרס ואי איירי בשלחו לו דאז כותבין אם כן קשה מה איריא דיש בידו פס"ד אפילו ליכא פס"ד הא מב"ד לחוד הוי כמלוה בשטר לשיטת הרמב"ם וא"נ לומר פרעתי כמ"ש דהודא בב"ד הוי כמלוה בשטר וכמש"ל וכן הק' הש"ך ולא תי' דבר ונראה דקמ"ל אם בידו פס"ד ול"נ בו אם היה ע"י הזמנה דהיינו שלחו לו או לא קמ"ל דאמרי' חזקה דעשו כהוגן ולולי שהיה שלחו לו לא כתבו לו ולכך א"נ לומר פרעתי אף דטען לא שלחו אחרי ודוחק. ועוד נראה דהרמב"ם סבירא ליה דמב"ד

הוי כמו קנין ראי' שלו מהא דאמרי' בפ' חזקת דף מ' דקנין כמב"ד דמי וע"ל סי' ע"ט בש"ך מ"ש שם בזה ואם כן כמו דאמרינן לעיל בס"ה דאם אין עדי קנין לפנינו רק עדים אחרים מעידים שראו הקנין ואין בידו שטר איתרע טענתו ונאמן לומר פרעתי אף כאן כשאין ב"ד שפסקו לפנינו רק עדים אחרים מעידים שכך נפסק ואין בידו פס"ד איתרע דבריו דלמה לא לקח פסק מב"ד דהרי כותבים לו ולכך נאמן שפרע דמ"ש מקנין הא הגמרא מדמו להדי' ולדעתי אפילו אותו ב"ד מעידים על הפס"ד אם שהה זמן שהיה לו ליקח פס"ד ואין ידוע אם היה לו פס"ד או לא נאמן לומר פרעתי דהא הך דא"נ לומר פרעתי במב"ד הוא מהך דר"י הטוען אחר מב"ד לא"כ וכמ"ש הרמב"ן בחדושיו לפ' חזקת ובמלחמות בשמעתין דטוען ואולי דעת הרי"ף ורמב"ם ורוב מחברים הא דקי"ל הטוען אמב"ד לא"כ היינו במקום שאין כותבין אבל במקום שכותבין ואין כתובה בידה הפסידה ונל"פ וא"כ אף זו כיוצא בו דמ"ש דכיון דב"ד כותבין פס"ד והוא אין מרא' פס"ד איתרע דמ"ש מכתובה דהא הכל מב"ד וכמו דאמרו שם הפסיד אף בזו כיוצא בו ולכן צריך דוקא פס"ד אבל אם אין בידו פס"ד ומתחיל' נכתב לו פס"ד ודאי פרעו כמו גבי כתובה ומכ"ש כשאין ב"ד כאן רק עדים אחרים וזה נ"ל ברור לדינא:

יט **ואם לא אמרו לו נאמן לומר פרעתי כו'** דין זה ודאי לא קאי לשיטת הרמב"ם ומחבר דבלא שלחו אין יכולין לכתוב כלל ומה מהני אמירה כמש"ל ואפילו נודע שלא פרע ואי שלחו לו איך יהיה נאמן פרעתי במה שלא ידע מנתינת הפס"ד הא בשלחו לו לחוד ומעשה ב"ד בלי פס"ד כלל אין נאמן לומר פרעתי ודעת תשובת מיימינו' דכתבו כן הוא דלא כרמב"ם רק כשארי מחברים דסבירא להו דלעולם כ"ז שלא נכתב פס"ד נאמן לומר פרעתי ואם כן אף הוא יטעון פרעתי ולדעתם לעולם כ"ז שלא אמרו לבע"ד אין להם לכתוב ולכך טענתו טענה שלא ידע שכתבו פס"ד אבל לרמב"ם קשה ובפרט דס"ל בשלחו לו כותבי' א"כ איך יטעון לא ידעתי שכתבו לו הא סתמא כותבי' ומ"ש באומר לשנים כתבו או קנין בפני שנים וכי יכול לומר לא ידעתי שתכתבו לו שטר ופרעתי בלי שובר ואף זו כיוצא בו דהא ה"ל כאומר להם כתבו דהא הם מורשים לכתוב ולכן לשון הרמ"א אין מדוקדק דמשמע דחוזר על דברי הרמב"ם ומחבר וליתא רק הוא לשיטת החולקים על מחבר:

כ **וי"ח וכו'** פרעתי נגד פס"ד נראה ברור דמודה ראבי"ה בשטר הודאה בתלתא ושלחו לו דאמרינן בגמרא כתבינן דאין נאמן לומר פרעתי דהא אמרינן שם הוד' בפני ג' ולא קנו מידו וכו' זימנין כתבינן ומשמע דהוי כאלו הודה בב' וקנו מידו וכן אמרו בב"ב דף מ' שהקנין כמעשה ב"ד דמי ואילו אף במעשה ב"ד נאמן לומר פרעתי איך תלי' תניא בדלא

תניא וכן מורה לשון ראבי"ה שכתב דלכך נאמן פרעתי דאין זה דומה לשטר העומד לעדות ולראי' אלא פס"ד כותבין מפני שאין הדיינים נאמנים לומר לזה זכינו וכו' ש"מ דוקא בפסק אבל הודאה גמורה הא עומד לעדות ולראי' כמו הודה בפני שנים ואמר להם כתבו ופשוט אלא שהסמ"ע ס"ק כ"ו כתב ומדברי מור"ם נראה בהג"ה דמשוה כתב הודאה לפס"ד ובהג"ה הביא דעת הראבי"ה דנאמן לומר פרעתי ואם כן חשב דאף על הודאה קאי וזה אינו רק באמת כבר כתבתי דכל מ"ש בסעיף ט' איירי בפסק דין ולא בהודאה דאל"כ לא שייך הבדל בין חייב לצא וגם כפל הדברים ברמב"ם ומחבר מורים להדיא כן ופשוט. והנה הרמ"א ביקש ליישב הקושי' שיש בטור דפסק דאין כותבין ופסק כראבי"ה ותי' דחוששין שמא כבר פרע ואם כן איכא זילותא לב"ד ועיין מש"ל בישוב דהטור כתב לקמן בסי' ע"ט דחוששין שמא פרע ויהיה צריך לפרוע שנית ולולי דברי הרמ"א היה אפשר לומר דאף ראבי"ה מודה דלא שכיח שיפרע נגד פס"ד מבלי קרוע פס"ד או לקיחת שובר רק מ"מ אי טען אין מוציאין מידו דהממע"ה אבל במת ולא טען לא טענינן ליתמי דהוי מילתא דלא שכיח ולא טענינן ליתמי וחייבים היתומים לפרוע ולכך אמרו בגמ' וכן הטור דאם בא לכתוב אין כותבין דאולי יפרע וימות ויפול קמי יתמי ויהיו היתומים חייבים לפרוע שנית ולזה נתכוין הטור בסי' ע"ט דכתב דיצטרך להיות פורע שנית היינו במת לוה ונפל קמי' יתמי דלא טענינן להו מילתא דלא שכיח. ובזה יש ליישב ג"כ מ"ש ראבי"ה דפס"ד אינו עומד לעדות רק לכך נכתב שאין הדיינים נאמנים לומר לזה זכינו וכו' והקשה הב"י בב"ה הא שני דיינים נאמנים והא דאמרינן אין דיין נאמן לזה זכיתי היינו בע"א ולפמ"ש י"ל דלכך כותבין דחיישינן למיתה וכבר כתבו התוס' ביומא ובגמרא למיתה דחד חיישינן ולמיתה דתרי ל"ח ואם כן בשלמא אילו אף דיין א' נאמן לא הוי צריך לכתוב כלל אבל כיון דאין ע"א נאמן ואולי ימות חד ונהגו לחתום בפסק רק שנים מגו שלשה ועוד אותו שאמר לחוב ושנים רבו עליו לא צריך לחתום לדעת ראבי"ה כמש"ל בדברי המבי"ט. וגם לא יאמר עדותו כיון שהוא נגדו ולכך חותמי' הפסק אך זהו דוחק אבל מ"ש בישוב דברי הטור דליתמי לא טענינן אפשר ונראה בסברא ובלא"ה רבו החולקים על זה ויש להבין איך סתם הטור כראבי"ה דנאמן לומר פרעתי נגד פס"ד מבלי הזכרת חולק במקום דנראה דהרא"ש חולק דהא נתן טעם לכך בעמד בדין יכול לומר פרעתי דהא אפילו בשטר היה נאמן לולי הטעם דמ"ל שטרך בידי מה בעי וזהו שייך בעמד בדין בלי פסק דין אבל בישנו בידו פס"ד עדיין יטעון שטרך בידי מה בעי ונראה דהטור הוכיח דע"כ הא דכתב הרא"ש דבשטר לכך אינו נאמן משום שטרך בידי מה בעי כוונתו אבל כאן הן שלא נכתב והן שנכתב

לא שייך הך טעמא כמ"ש הראבי"ה דלא נתכוין זה ליטול הפסק לעדות רק לדעת איך נפסק הדין וכיון דלא ניתן לראי' לא שייך שטרך מה בעי בידי. דאל"כ מה קשי' לי' לתוס' ורא"ש מהך דעמד בדין דילמא התם משום דכתבו לו פס"ד ואי דאין כותבין דלימא איירי דידעו דלא פרע אלא צ"ל דסבירא ליה דאף בפס"ד נאמן לומר פרעתי ואם כן אף דנימא בפס"ד מכל מקום צריכין לחלק בין משעבדי לטענת פרעון אם כן תי' בקצרה דיש לחלק בין טענת פרעון לטענת גביות מלקוח'. ומהא דסבירא ליה לטור כראבי"ה מוכח מש"ל דסבירא ליה דגובה מלקוחות אפי' לא אתברר דלא פרע רק ע"פ הודאת לוה ולא חיישינן לקנוני' דאל"כ הא דטרחינן ב"מ דף ט"ז ע"ב לפרש הא דתנן וכל מעשה ב"ד יחזיר בשטרא חלטתא וכו' ולא כפשוטה במעשה ב"ד היינו פסק ב"ד ויחזיר דהא בלא"ה נאמן לומר פרעתי ואי דיגבה בו מלקוחות אף דיחזירו א"א לגבות כי אם דיברר דלא פרע ואם כן מהדין לגבות כיון דבאמת לא נפרע ודאי דמן התובע נאבד ואי לא יברר הא לא מצי לטרוף ועכצ"ל דבהודאתו לבד יטרוף מלקוחות וכיון דנפל איתרע וחיישינן לקנוני' ולכך לא יחזיר והוא ראי' מוכרעת למש"ל. ודלא כש"ך והא לא קשי' אם כן בס"ד דר' ירמיה דהקשה לר' אבוהו מהך דתנן כל מעשה ב"ד יחזיר דמשמע לי' כל מעשה ב"ד ור"א הוא דהשיב לי' לא כל מעשה ב"ד שוים וכו' דקארי לי' אם כל מעשה ב"ד אם כן אף פס"ד בכלל ואמאי יחזיר הא איכא פסידא דלקוחות כמ"ש דלפי ס"ד דסבירא ליה אפילו הנפק יחזיר ש"מ דסבירא ליה דלא חיישינן לפרעון דאי פרעו קרע לי' רק דילמא כתב ללות ולא לוה ולכך בהנפק יחזיר ואם כן מכ"ש פס"ד דלא חיישינן לפרעון ובתר דשני באמת לא כל מעשה ב"ד רק שטר אדרכתא אבל פס"ד לא יחזיר מטעם שכתבתי מיהו לפמ"ש דמודה הראבי"ה ביתמי דלא טענינן להו כנ"ל בלא"ה לק"מ דמ"מ אין מחזירין אולי יתבע בו ליתמי אלא דהרמ"א ויתר אחרונים לא סבירא להו מ"ש בזה. והנה ע"ש כתב דנוהגין כהך דיעות והש"ך כתב להיפך ונראה דאם הוא ע"י הזמנה פשיטא דאין נאמן לומר פרעתי דלדעת הרמב"ם ומחבר אפי' לא נכתב הוי כשטר ומכ"ש כשנכתב ולכך מנהג דאין נאמן לומר פרעתי כי רוב פסקים הנהוגי' הם באין ע"י הזמנה ושליח ב"ד מזמין אותם פעמים ושלש אבל אם הם שלא בהזמנה אם כן כיון דלדעת הרמב"ם ומחבר לא ניתן לכתוב כלל אם כן פשיטא דאין להם תורת פס"ד ויכול לטעון פרעתי וכיון דלדעת הרמב"ם וטור וראבי"ה נאמן לומר פרעתי מי יוציא מיד מוחזק נגד סברת הנך רבוותא גדולים חקרי לבב:

כא **חוששין לענין טריפת לקוחות אבל מיניה דלוה גובה** כ"כ הגהת הרא"ש והק' הש"ך דאם לא אמר להם כתבו הא הוי מפי כתבם וכתב בשלמא הגהת הרא"ש סבירא ליה

כר"ת אבל הש"ע קשה ולשיטתו אזיל דתלי הך דינא במחלוקת רש"י ור"ת אבל לפי משי"ל אף רש"י י"ל דכל שכתב בנוסח שטר לא הוי מפי כתבם לגבי לוה ועוד י"ל דהא ודאי ברור דאמת מסהדי רק גזרת המלך דלא לסמוך על כתבם וא"כ ה"מ בדידעינן ודאי דלא אמר להו כתבו והוי בבירור מפי כתבם אבל אנן לא ידעינן והלואה ודאי אמת דהא לא משקרי ומהכ"ת נימא דילמא לא ידעו להפסיד למלוה במקום שברור לנו כי הנכון אתו וכי נחפש טצדקאות להפסידו בממון מה שידענו שהנכון אתו משא"כ לגבי לקוחות אף שהאמת אתו שהודה והוא חייב והלוה לו באמת מכל מקום אין כאן מלוה בשטר לשעבד הנכסים של לקוחות אילו לא אמר כתבו ואם כן הרי דבר בספק וחוששין מבלי להוציא מספק כי לא נודע עם מי האמת משא"כ לגבי לוה ידענו בלא"ה הדין עם מלוה רק מגזירת המלך מבלי להאמין ודי שנימא בידעינן ודאי ולא לחוש מספק:

כב **ויהיה בידכם וכו'** לפי דבעת כתיבה שקר הוא ומחזי כשקרא והקשה הב"י הא קי"ל למחזי כשקרא ל"ח ותי' דגבי חתימה חיישינן והש"ך האריך להקשות דהא אפי' נחתם השטר מ"מ לא חיישינן למחזי כשקרא כדדייקינן מהך דשטר שלוה וכו' בפ' הכותב דאיירי אפילו נחתם וכן אמרינן שם בתוס' וברא"ש דאם האשה אמרה כתבו שאני נשבעת ומסרו ביד שליש ליתן לי כשאהיה נשבעת דשפיר דמי למה דקי"ל דלמחזי כשקרא ל"ח ולכן תי' הטעם משום דחיישינן כאן לערמה דאולי יפול מידם או יהיה נגנב ועדיין אין תי' שם מספיק דאיך יכתבו פטורים על שבועה שלה קורם שנשבעת אולי יפול מידם או יהיה נגנב ומ"ש זה מזה הא בגמרא מדמי' להדדי אך לא ידעתי איך העלים עין ממ"ש התו' בכתובות דף כ"א ע"ב ד"ה האמר ר"פ תי' בשם ר"י דלכתחילה ודאי חיישינן אבל בדיעבד כי הך דלוה בו וכו' דכבר נכתב שטר וכן גבי האי איתתא דאתחייב שבועה דהוי דיעבד דהיה צריכה לחזור לב"ד לא חיישינן ואף זו אין לכתחילה גדול מזה לכתוב שטר בלי ידיעת הלוה כלל וכן משמע מתוס' בב"מ דף י"ב ע"ב דהקשו איך כותבין שטר ללוה בלי מלוה הא חיישינן לשקרא ותי' כיון שהוא כותב חובתו לא שייך למחזי כשקרא ע"כ הרי דאם המלוה אומר לכתוב טובתו יש למחזי כשקרא ודוחק לומר דקושי' התוס' הוא למ"ד דסבירא ליה חיישינן לשקרא הך משנה דכותבין שטר ללוה וכו' איך מתפרש לי' ואהא תי' שלהם קאי אבל באמת לפי דקי"ל ל"ח לשקרא בלא"ה לא מקשה מידי דהא י"ל הך מ"ד סבירא ליה דנשנה בשטרא אקנייתא דמשעבד בין ילוה ובין לא ילוה דהא אפילו לא מטו לידו כלל זוכה וכמש"ל ואם כן אין כאן שקרא דהא משועבד לו תיכף בהחלט ועכצ"ל דלאביי פריך וש"מ דלכ"ע חיישינן לשקרא דאל"כ דילמא אביי סבירא ליה כמסקנא וא"ש ועיין לעיל סעיף ב' שעשיתי לדברי המ"מ סמוכים מדברי

הרמב"ם. אלא הא קשיי' דמנ"ל הך דינא דהמ"מ דכל לימודו הוא מהך קושי' דקתני במשנה אין כותבין שטר למלוה עד שיהיה לוה עמו פשיטא ולזה מתרץ דקמ"ל אפילו אמר כתבו ויהיה בידכם מכל מקום אין כותבין וכו' והרמב"ן בחידושיו תי' דקמ"ל אפילו קנו מיד הלוה מכל מקום כל שלא היה הקנין בפני המלוה לא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד ולכך אם בא מלוה נכתוב אין כותבין לו ואם כן קשה המחבר שסתם לעיל סעיף ד' כרמב"ן דקנין שלא בפניו לא אמרינן בי' לכתיבה עומד אם כן אין כחן ראי' לדינו של המ"מ ואיך כתב כאן בסתם כהמ"מ ואולי נראה דקשיי' תרתי ל"ל אין כותבין שטר למלוה בלי לוה ואין כותבין שטר ללוקח בלי מוכר אלא ודאי בהך אין כותבין שטר ללוקח בלי מוכר לא שייך דינו של המ"מ דהא כשכותבין השטר מדעת לוקח יכולים לכתוב לכ"ע אפילו לא כתבו בתוך שטר שכבר נתקבל המעות דמי זבינא כדלקמן סי' רל"ח ואף שזהו חובתו של לוקח נמי שמחויב ליקח השדה שלו דהא מרצונו נכתב. ועי' לקמן סי' רל"ח בסמ"ע ס"ק ח' ע"ש. ולפ"ז שפיר מצי למימר כתבהו ויהי' בידכם עד שיבא המוכר וליכא כאן למחזי כשקרא דהא כתבו התו' בב"מ הנ"ל דחובתו לא שייך מחזי כשקרא ואף זהו חובתו שמוכרח ליקח השדה משא"כ בשטרי הלואה דאין חובתו של המלוה כלל שפיר י"ל כהמ"מ דאפילו בכה"ג אסור דמחזי כשקרא ולכך קתני תרתי במשנה חדא לדינו של המ"מ וחדא לדינו של הרמב"ן. ונראה דהרמב"ן דכתב שם בחדושיו לב"ב הך תי' גם על הך בבא דאין כותבין שטר למלוה וכו' אזיל לשיטתו דסבירא ליה דגם בהלואה אם נכתב מדעת המלוה צריך להלות מעות וא"י לחזור ואם כן גם זו חובתו כמו בשטר מכר אבל לפי דקי"ל כרשב"א כש"ל בסעיף י"ז ע"ש שפיר סבירא ליה כן. ובאמת אף דנפרש במשנה כדברי הרמב"ן יש לדינו של המ"מ הכרח מן תוספתא דקתני כותבין שובר לאשה אעפ"י שאין בעלה עמה ואין כותבין שובר לבעל בשאין אשתו עמו וכאן קושי' הנ"ל פשיטא במקומו ול"ל תי' הרמב"ן הנ"ל דחדא בשובר אצ"ל דמיירי בקנין דגבי שובר לא קשה ודילמא כתב בניסן וכו' דהא קי"ל כשמואל המוכר שט"ח וכו' כמבואר בגמ' דב"מ ועי' לקמן סי' ס"ה ועוד למה לא יכתבו לבעל אם אשה עשאה קנין דאף דלאו לכתיבה עומד הא מבואר לעיל סעיף ג' בהג"ה בכשמוחל דבר לחבירו אצ"ל כתבו ואם כן ודאי דיש לכתוב ועכצ"ל כפי' המ"מ ודינו מוכרח ואפשר דלכך פי' הרמב"ן פירושו ולא פי' כדברי המ"מ אף דסבירא ליה כי דינו של המ"מ אמת מכל מקום סבירא ליה המשנה ע"כ לא נתכוין לכך דא"כ ברישא דמשנה דקתני כותבין שובר לאשה אעפ"י שאין בעלה עמה ה"ל לומר אין כותבין שובר לבעל וכו' ולמה נטיר עד סיפא גבי הלואה ומקח א"ו ברור דלא נתכון המשנה לכך רק להודיע דקנין שלא בפני מלוה לא לכתיבה

עומד וזהו לא שייך בשובר ובתוספתא נתכווין למ"ש המ"מ ולכך קתני לי' בשובר ודין שניהם מוכרח במשנה ובריייתא. אך עם כל זה נראה יותר דסבירא ליה לרמב"ן דלא כמ"מ וסבירא ליה למחזי לשקרא לא חיישינן כסברת הש"ך הנ"ל דיש להבין ברמב"ן שתי' על הך דקתני אין כותבין שטר ללוקח ושטר למלוה משום דארישא קאי דבקנין כותבין וקמ"ל למלוה אין כותבין דלא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד כל שנעשה שלא בפני המלוה ע"ש וקשה תינח לרב אסי דמוקי לי' למתניתין בשטרי אקנייתא אבל אביי דסבירא ליה עבחז"ל ולא מוקי למשנה בשטרי אקנייתא אם כן לא איירי כלל בקנין סיפא דאין כותבין ללוקח ומלוה מה קמ"ל. ודוחק לומר דאף לאביי סבירא ליה דמשנה בכל גווני איירי הן בקנין והן שלא בקנין וקמ"ל בסיפא בהך גוונא ביש בו קנין דזהו דוחק גדול לכן נראה דודאי הא דלא סבירא ליה תי' המ"מ משום דסבירא ליה כמ"ש הש"ך דלמחזי כשקרא לא חיישינן ואם כן שורת הדין דאם אומר לעדים כתבו ויהיה בידכם שרי רק ה"מ לר"א אבל לאביי דסבירא ליה דלכך כותבין שטר ולא חיישינן דלמא כתב ללות משום דעדים בחתומי' זכין לו וכי אמרי' עדים בחתומים היינו אם בשעת חתימה אמר להם הלוה חתמו ואם כן הם זוכין בחתימה אבל כשחתמו רק לטופס בעלמא ובעת חתימה לא צוה לוה לחתום פשיטא דאין עדים הללו זוכין בחותמים כי בעת החתימה לא היה בציוי הלוה כלל ופשיטא דיש חשש מוקדם בשטר כזה דלא שייך בי' בחותמיו זכין לו ואם כן אתיא המשנה כך כותבין שטר ללוה כשאין מלוה עמו משום עבחז"ל ואין כותבין למלוה שיאמר כתבו ואם יבא הלוה להתרצה תנו לידי דאסו' כי אולי לא ימסרו ליד מלוה תיכף ביומו והוי מוקדם דעבחז"ל לא שייך כאן וא"ש ולכך לא הקשה אלא לר"א דסבירא ליה דלא אמרי' עב"ח זכין לו רק דאיירי בקנין ואם כן סבירא ליה דיכול המלוה לומר כתבו ואם יבא הלוה ויקנו תנו השטר לידי דמ"ש הרי כאן קנין ולמחזי כשקרא לא חיישינן ולזה תי' בקנין י"ל דלא אמרינן סתם קנין כו' רק בקנין בפניו. וא"ש ודוק ואם כן עכ"פ תרתי לא אמרינן דאם עשה קנין שלא בפני המלוה ואמר המלוה כתבו ויהיה בידכם עד שיצוה הלוה דודאי מותר דכולי האי לא חיישינן חדא דאין כאן מחזי כשקרא דגוף הדבר אמת דהלוה ונשתעבדו נכסים ומה בכך דלא עמד לכתיבה מכל מקום השעבוד חל דאל"כ איך כותבין ללוה הא ה"ל מוקדם ואם כן מה מחזי כשקרא ועוד הא הך גופא יש בו מחלוקת אי מחזי כשקרא ודינא דרמב"ן כבר חלקו הרשב"א והרא"ה אם כן מהכ"ת לומר שניהם ולא מצינו זו בשום מחבר דהחמיר כולי האי חוץ הסמ"ע. ולפמ"ש אי דינא דרמב"ן אמת ליתא לדינא דהמ"מ ואם כן איך אפשר שניהם וזה ברור ולכן ל"נ דבריו. מיהו בגוף הדין אני נבוך קצת ל"ל הטעם משום דמחזי כשקרא

תיפוק ליה כל שטר שנחתם ונכתב שלא ברצון הלוה ה"ל מפי כתבם כמש"ל באריכות רק בצוה הלוה ה"ל בשליחות הלוה או גזירת הכתוב כמש"ל ואם כן אם השטר נכתב שלא בידיעת הלוה הא ה"ל מפי כתבם והרי הוא כחרס בעלמא ומה יועיל שיאמר הלוה אחר כך כתבו ומה יועיל זה להכשיר למפרע הכתב ולעשותו כשר ומ"ש שעה אחר כך ומ"ש זמן רב אחר כך ואם כן לעולם יוכל להכשיר שטר שאין בו ממש והוא כחספא. ולכן מזה סיוע להנ"ל דאצ"ל כתבו להכשיר גוף עדות כל שנכתב בנוסח שטר רק צ"ל כתבו מבלי לעשות נגד רצון הלוה שאין רצונו במלוה בשטר וכמש"ל ואם כן אף אחר כך כל שהוא ביומו והוא נתרצה בשעבודו כשר וזה אפשר הרמב"ן דלא סבירא ליה כן כמש"ל כדמשמע בכמה דוכתי בספרו לא פי' כדברי המ"מ דזהו א"צ להודיענו כלל וזה נ"ל ברור. ואם כן הש"ך לשיטתו דלא סבירא ליה דכשר בלי כתבו לענ"ד בחנם השיג על המ"מ ועכ"פ הש"ך החליף שיטתו דכאן דעתו שלא כהמ"מ לולי חשש ערמה ואילו לקמן בסי' מ"ח ריש סימן דעתו כרש"י אפילו תורף בלי חתימה אין לסופר לכתוב ומכ"ש לחתום בלי צווי הלוה ועיי' מ"ש שם:

כג **או שכתב בשטר בהדיא שהנכסים יהיו משועבדים מעכשיו כו'** הש"ך בס"ק מ' הניח דין זה בצ"ע כי אף שכתבו הר"ן בפ"ב דכתובות מכל מקום גם דינו של הר"ן צל"ע כי הר"ן כתב על מ"ש רש"י בפ"ב דכתובות דף י"ט ע"ב ד"ה עדים כו' ואמרו אמנה היה דברינו לא הלוהו כלום אלא כתבנו לו לכשיצטרך ילוה לו וזה שעבד לו נכסים מעכשיו אפילו ילוה לאחר זמן דלא מוקדם הוא לטרוף שלא כדין עכ"ל ומזה למד הר"ן אם שעבד לו מעכשיו כשילוה כותבין אפילו בשטרי דלאו אקנייתא אפילו אין מלוה עמו ומכאן למדנו דין זה עכ"ל ותמה הש"ך בשלמא רש"י מיירי דמסר לו שטרו מיד ולכך כשמשעבד לו נכסים מעכשיו כשילוה מהני דליכא חשש מוקדם אבל יש בו משום איסור משום אל תשכן וכו' אבל בשאין מלוה עמו ואין מוסר לו שטר כלל מי שמעת ליה. ואפשר לומר דכוונת הר"ן שאין מלוה עמו י"ל שלא מסר לו מעות רק מכל מקום השטר נמסר ביד מלוה עכ"ל ומ"ש בר"ן א"א לומר דמה ביקש הר"ן בזה הא לא סבירא ליה כרש"י דאף דניתן השטר ליד המלוה אם לא ראו המעות דלא מהני רק סבירא ליה ככל הפוסקים דסגי אם נמסר ליד המלוה ואין אנו אחראין לדעת נתינת המעות וכמ"ש הנ"י בשמו דאפילו אמר לעדים להדיא זכו בשביל המלוה מהני ומכ"ש ליד המלוה ממש. אמנם בגוף קושיתו נראה דיש להבין במ"ש הרא"ש פ"ק דב"מ בהשיגו על הרי"ף דפי' שטר אקנייתא היינו שטר שיש בו קנין דמה חילוק יש בין קנין לאינו קנין כיון שכתב בשטר פ' לוה מפ' מנה נשתעבדו נכסיו של לוה למלוה דש"ד אף בלי קנין ואי משום

קלא עדי שטר מפקין לקלא ולא הקנין אלא היינו טעמא דר"א וכו' משום דלא נפק קלא עד שימסור שטר ביד מלוה וכו' הלכך נראה כפירש"י דפי' דמקנה לו נכסים בין ילוה ובין לא ילוה יגבה מאותו היום ודבר תימא הוא זה שאדם ישעבד נכסיו קודם הלואה ומחמת זה יוציא הקול משעת כתיבה עכ"ל. ויש להבין דבריו דמה דכתב דמה נ"מ בקנין כיון שכתב בשטר וכו' נשתעבדו נכסיו דש"ד דתינח אם הלוה לו מעות אבל כל החרדה שחרדנו משום שמא כתב ללות ולא לוה ואם כן כיון שלא קיבל הלה מיד מלוה מעות וגם לא הגיע השטר עדיין ליד המלוה במה ישעבדו נכסיו הא אין כאן שעבוד כלל ובדבר זה עמד ראש משפחתי הגאון המפורסם מהר"ם שיף בחדושים על ב"מ והניח דברי הרא"ש בצ"ע. ואין לומר דקושי' הרא"ש דמה פריך בגמרא בכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו וניחוש כו' דילמא מיירי דלוה אמר לעדים כתבו שאני חייב לפ' המלוה מנה ואם כן באמירת פיו מתחייב והרי כאן שעבודא דאורייתא אף באמת לא לוה כלל ומזה הוכיח הרא"ש דמ"מ אין כאן קול לגבות מלקוחות דחדא דא"כ איך כתב הרא"ש דלכך אין גובה משעבדי דאע"פ שצוה הלוה לכתוב השטר אין דעתו שיחול השעבוד עד שיבא המעות לידו הא אייריי לפי קושיתו דמודה דכבר חייב ומכ"ש שאין לומר דקושי' הרא"ש דה"ל לאוקמי משנה דעדים ידעו דכבר הלוה לו מעות דמלבד דלא משמע כן לשון הרא"ש וגם דוחק לאוקמי בכה"ג דכל קושי' דלמא כתב ללות ולא לוה דסתמא של שטר ללות ולא שכבר לוה אף גם דלא שייך מ"ש דאין רצונו עד שיקבל מעות דהא לפי קושיתו מקובל ועומד. ועוד הא הרא"ש ס"ל כשיטת ר"ת לקמן סי' מ' ולא כרמב"ם דאמר חייב אני לך מנה בשטר אילו מועיל עד שימסור שטר לידו אבל באמירה דחייב לו והוא באמת אין חייב לו אינו משתעבד אף דהזכיר לשון שטר ועיי' מש"ל סי' מ' ובב"י ואם כן כאן הא כל החרדה שהחריד הגמרא דיש לעדים לחוש דלמא לא לוה ולכך יכבוש השטר תחת ידו עד שילוה לו המלוה וא"כ במה ישתעבד בהודאתו הא אילו מודה ואין תחת ידו מעות אינו מתחייב בשטר וגם התי' של הרא"ש דכתב דמתחייב עצמו בין ילוה ובין לא ילוה ביותר צ"ע ברא"ש וברש"י דבמה יתחייב וכי באמירה יתחייב לשלם במה שלא לוה ועכ"פ בעינן שטר דמטי ליד מלוה ובאמירה בעלמא אף דהזכיר לשון שטר לא יתחייב כלל כמ"ש ודוחק לומר דבמסקנא סבירא ליה לרא"ש תרתי דמשעבד עצמו בין ילוה ובין לא ילוה ומ"מ בקנין דכיון דמשעבד בקנין ודאי חל שעבודא דזה דוחק דלשון הרא"ש לא משמע כן רק אקנייתא דמשעבד עצמו בין ילוה ובין לא ילוה ולא הזכירו כלל הן רש"י והן הרא"ש דמיירי בקנין (ועיין לקמן סי' מ' דכתבתי דמדברי הנ"י משמע דסבירא ליה ברש"י כן) ולכן נראה ברור דסבירא ליה לרא"ש דודאי אף ר"א

דחולק על אביי מכל מקום מודה בגוף הקנין ושעבוד מה דאינו נוגע לקול כ"ע סבירא ליה עבחז"ל דהן הן עדים המשוי' הקנין ושעבוד וראי' של הרא"ש מהד דכתובות דף צ"ד ע"ב דאמרינן לר"מ כתב לזה ומסר אחר כך לזה למי שכתב ראשון קנה והקשה המהרש"א לר' אסי דסבירא ליה דלא אמרינן עבחז"ל אם כן אף דכתב לזה כל זמן שלא הגיע לידו לא קנה ואם כן אף לר"מ יקנה השני דהא הגיע ליד השני טרם שהגיע ליד הראשון ע"ש דהניחו בצ"ע וצ"ל דקושייתו הוא דילמא הא דקתני מסר לזה היינו שמסר לראשון ביום שלאחריו דמוכח מתוכו לר"מ ולמי שכתב תחלה לא מסר וקמ"ל דל"א עבחז"ל ואי קשה בלא"ה לזה שכתב ומסר יומיי' אחר כך ה"ל מוקדם לפסול ז"א דהיא גופי' קמ"ל דלא אמרינן עבחז"ל ולמי שמסר תחילה קונה ואם כן ה"ל מוקדם לפסול. ולכך סבירא ליה להרא"ש דודאי לר"מ דסבירא להו עדי חתימה כרתי לכ"ע עבחז"ל דכך הוא שורת הדין וכ"כ המהרש"א ב"מ דף כ' ד"ה שובר כו' דמה שכתבו התוס' שם דהוא רק תקנת חכמים שיהיה עבחז"ל היינו לר"א דסבירא ליה ע"מ כרתי אבל לר"מ שורת הדין כך ואם כן בשורת הדין לא יחלקו ר"א ואביי (וכצ"ל במהרש"א ב"מ דאילו אף לר"מ סבירא ליה לר"א דלא אמרינן עבחז"ל אם כן מנ"ל דסבירא ליה לאביי דעבחז"ל לר"מ משורת הדין הא חזינן דרב אסי לית ליה ואם כן דילמא אף אביי לית ליה מהדין רק סבירא ליה מהתקנה כמו דסבירא ליה לר' אלעזר ומנ"ל לומר דאביי סבירא ליה לר"מ מהדין תורה עבחז"ל ולהרבו' במחלוקת אלא צ"ל מכח הנ"ל מוכח דגם לר' אסי לר"מ דסבירא ליה ע"ח כרתי ודאי עבחז"ל ואם כן מכ"ש לאביי ומהרש"א חזר בב"מ ממ"ש בכתובות ודוק) . ואף ר"א סבירא ליה עבחז"ל ולכך סבירא ליה לר"מ כתב לא' ומסרו לא' לזה שכתב ראשון קנה דעבחז"ל לר"מ לכ"ע ואם כן קשה ליה לרא"ש ר"א דסבירא ליה לר"מ דוקא בשטרי אקנייתא אבל בלי שטרי אקנייתא אין כותבין למה הא לר"מ ודאי עבחז"ל בגוף השעבוד ואם כן כיון שכתב פ' לוה מפ' מנה נשתעבדו נכסים דה"ל חייב מנה בשטר ואי דלא מטי עדיין ליד המלוה השטר הא ה"ל עבחז"ל בגוף השעבוד ועכצ"ל דסבירא ליה לר"א אמת דעבחז"ל בגוף השעבוד רק מכל מקום הואיל ולא הגיע השטר ליד מלוה ולא קיבל מעות לא מפקי לקלא ובזו נחלק עם אביי אם אי' לי' קלא ואם כן אף קנין נמי ולכך תי' דמשעבד נכסיו בין ילוה ובין לא ילוה והשעבוד חל כיון דיש שטר ובגוף שעבוד עבחז"ל והיותו דבר תימא מפרסמין הקול ולכך אי' לי' קלא וא"ש. וכן יש לומר מה שהקשו קושי' עצומה לרש"י דבעי דוקא נתינת מעות איך אפשר וכי לא יהיה בהגיע שטר ליד המלוה כ"כ טוב כמו לאביי עבחז"ל דמהני בעדי שטר לבד ואיך לא יועיל לר"א בהגיע השטר ליד מלוה ועיין באסיפת זקנים

שגדולים חקרי לבב עמדו בקושי' זו ולפי הנ"ל ניחא דסבירא ליה לרש"י במה נחלקו ר"א ואביי דהא מוכח מהך דכתובות לכ"ע דעבחז"ל רק אביי ס"ל משעת מסירת שטר עדים מוציאין קול והיינו מסירת שטר דהא עבחז"ל ור' אסי סבירא ליה כל כמה דלא מקבל הלוה המעות אין מוציאין קול ולכך סבירא ליה לר"א דלא מהני עבחז"ל ומיני' אף בהגיע שטר ליד מלוה כ"כ דלא נתן מעות לא מהני דמ"ש אם לא שכתב בין ילוה בין לא ילוה דמשתעבד דהוא דבר תימה כמ"ש הרא"ש ולכך מוציאין קול ואף אם הוא משעבד נכסיו מעכשיו ג"כ הוא דבר תימה ומוציאין קול אפילו לא קיבל עדיין מעות כמ"ש רש"י בכתובות וא"ש. והרב בעל משנה למלך פח"י מהלכות גזילה הקשה למה צורך לרש"י לומר דמשעבד נכסיו מעכשיו דלא יהיה בגדר מוקדם הא בלא"ה נמסר השטר ליד מלוה וא"צ לראות נתינת המעות ומכח זה ביקש לומר אמנה שאני לכ"ע אפילו למ"ד עבחז"ל ונעלם ממנו דרש"י סבירא ליה בכל דוכתי דלא סגי במסירת שטר רק צריך בנתינת מעות ג"כ וכן מוכח ממה דפי' רש"י ריש ר"ה למלכים לשטרות דראו הלואה בתמוז וחתמו שטר בכסליו ולא ידעו איזהו מוקדם דקשה בממ"נ אי מסרו ביום כתיבה השטר למלוה מה נ"מ דלא הגיעו לידו תיכף המעות ואי לא מסרו מה בכך דכבר נתן המעות מקדם ותמוז קודם הא כל שלא נמסר השטר ביום כתיבה אף דנתן המעות מכל מקום פסול כמ"ש בש"ע ועכצ"ל דסבירא ליה לרש"י דאף דנמסר השטר ביום הכתיבה למלוה לא מהני אם לא נתן המעות ויש עדיין חשש מוקדם ולכן נראה לכאורה דגם התוס' סבירא להו כן דהרבו להקשות שם בזה על רש"י ולא הקשו קושי' זו בממ"נ כמ"ש ויש לדחות כמ"ש בחדושי באריכות. וא"כ דס"ל לרש"י כן יפה למד הר"נ דה"ה בלא הגיע השטר עדיין ליד מלוה מהני שעבוד מעכשיו דהא בגוף השעבוד לכ"ע עבחז"ל כמש"ל והרי נכסיו משועבדים מעכשיו כמו בהגיע ליד מלוה ובזו אין חילוק וכמו דיש לו קול בהגיעו ליד מלוה מחמת מילתא דתמי' כמ"ש כן מוציאין קול בהיותו ביד עדים דמ"ש דעבחז"ל לכ"ע ועיין לקמן סי' ס"ה אי"ה כי נברר הדבר זה עוד בכל סוגי' דשם בב"מ דלא יקשה על סוגי' זו כלל ע"ש. אך אף שטרחנו להעמיד דברי הר"נ בדברי רש"י על בורי' מ"מ לא ה"ל לרמ"א להעתיקו להלכה פסוקה כי מש"ל בדברי רא"ש ורש"י דאף ר"א ס"ל עבחז"ל לאו דברי הכל היא דלא משמע כן בשארי פוסקים וביחוד הרמב"ן כפי מ"ש בע"ת וכן בס"פ המגרש בישוב הקושי' להרי"ף דפסק ע"ח כרתי ופסק כשמואל דשני שטרות ביום א' שודא דדיינא ותי' דכיון דקי"ל כר"א דלא אמרינן עבחז"ל אף לר"מ אמרינן שודא דמה בכך דנכתב כא' מכל מקום הא לא זכה עד דמטי שטרא לידו ותלי' במי דנמסר לו תחילה הרי מבואר דאף לר"מ לא אמרינן כלל עבחז"ל אפילו לגוף הקנין

והשעבוד ולכן יפה טען הש"ך והך דינא הוא תלוי במחלוקת הפוסקים וספיקא דדינא ובפרט כי נראה כי אמרי' דאף ר' אסי סבירא ליה בגוף השעבוד עבחז"ל היינו לר"מ דע"ח כרתי ואם כן דין הוא שיהיה עבחז"ל כמש"ל בשם מהרש"א ולכך שם גבי אמנה הוא דקאי על מילתא דרב דר"א ואינך כולהו לתרוצי מילתא דרב אתי' דאמר שם האומר אמנה הוא א"נ ומוקמינן לי' בעדים ורב ס"ל דהלכה כר"מ בשטרות. אבל לפי דעת ר"א דע"מ כרתי אם כן אף לאביי אינו משורת הדין רק מכח תקנה כמ"ש התוס' זהו ודאי דלא אמרינן לרב אסי כלל דמהכ"ת נימא לגביה תקנה דהא סבירא ליה דבעינן מסירה לידו ובהכי ניחא מה דקשי' לשיטת הר"נ ברש"י למה מוקי ר"א הך דכותבין שטר ללוה בשטרי אקנייתא דהוא דחוק ורחוק במציאות לפירש"י דיתחייב עצמו לשלם אף דלא ילוה וכמ"ש הרא"ש דהוא דבר תימא וכו' ולא פירש דמיירי דמשעבד מעכשיו אף דילוה לאח"ז כמ"ש שם בכתובות דודאי לומר דכן באמת הפי' בגמרא שטרי אקנייתא בין לא ילוה תיכף רק לאחר זמן מ"מ ישתעבדו נכסיו למפרע דא"כ במצא שטר הקנאה בשוק למה יחזיר דלמא לא לוה כלל (וא"ש וב"ש טעו בזה) ול"ל דכותבין שטר למוכר קשי' לי' אולי לא יתנו ללוקח עד תשרי ובין כך ימכרנו לאחר ואתי הך לוקח ומפיק שלא כדין ומה בכך דשעבדו מניסן מ"מ גוף השדה לא קנה וכבר קנאו אחר ולכך צ"ל באקנייתא דיהיה השדה מוחלט לו בין יתן עבורו מעות או לא ובדין טריף מניסן דהא לפי שכתבנו בגוף הקנין אף לר"א עבחז"ל וכדין נוטל שלו ואי דלא ידעו להזהר הא במשעבד מעכשיו ה"ל קלא כמ"ש. אבל לפמ"ש ניחא דמוקי למתניתין כותבין לכ"ע אפילו לר"א ואליבי' לא שייך עבחז"ל כלל לשיטת רב אסי. ועיי' לקמן סי' נ"א דרבים פוסקים הלכה כר"א ע"מ כרתי וע"ש מה שיש לדקדק אליבי' איך כותבין שטר ללוה הא צריכין להיות ע"מ ע"ש מ"ש בזה:

כד **וכתבו לו** מכאן דייקי הב"ח וסמ"ע והש"ך דהטור בעי ג"כ קנין בפניו דאל"כ לאו לכתיבה עומד וק"ק לפי מ"ש הטור כהרא"ש דהך שטרי אקנייתא אינו שטר של קנין וכמש"ל רק שכתב לו בין ילוה ובין לא ילוה ועיין מש"ל דלא קשה להרא"ש במה יקנ' דסבירא ליה לענין קנין לכ"ע עבחז"ל אם כן אין לדין זה ראי' מהמשנה כלל דכל ראי' של הרמב"ן מהא דאמרינן אין כותבין שטר למלוה בלי לוה דקשי' פשיטא וכמש"ל ומוקי לה דקאי אירשא דמיירי בקנין ולשיטת הרא"ש הא לא איירי בקנין כלל רק דאמר דמשתעבד בין ילוה או לא ילוה וא"כ פשיטא דבעי כתבו ואף דנימא מסיפא אין כותבין שטר ללוקח וכו' דשם במכירה ומתנה מודה הרא"ש דבקנין לחוד כותבין דהא תיכף ניקנה השדה ולא מצי לחזור בו כלל אפילו נתנו השטר בידו של המקנה כמ"ש הרא"ש

להדיא בתשובה הנ"ל כלל ס"ו ע"ש. וכ"כ הטור לקמן ס"ס ר"נ במתנה בקנין תיכף ניקנה ועיין פרישה דכתב ג"כ בזה דבמכירה מודה הרא"ש מ"מ דוחק דמשנה כותבין שטר לעלוה ושטר למוכר יהיה בב' גווני וגם לכאורה מוכח מהרא"ש בפ' הספינה גבי זכו בשדה לפלוני וכתבו לו השטר חוזר בשטר וכו' דהקשה הרא"ש הא אמרינן לעיל סתם קנין לכתיבה עומד ותי' דמכל מקום מצי לחזור בו וקשה מה קושי' הא לשון זכו בשדה לפלוני וכתבו לו משמע דאין הפלוני לנוכח דאם לא כן הל"ל זכו בשדה לזה כנודע משפט הלשון ואם כן לאו לכתיבה עומד וכן בפ' חזקת דייק מהא דאמרינן בפ' אע"פ כתבו וחתמו והבו לי' קנו מיני' צריך לאמלוכי ודייק לאיזה צורך נאמר וכתבו הא סתם קנין לכתיבה עומד וקשה דלמא איירי שלא בפניו ומזה לכאורה משמע דהרא"ש לא סבירא ליה כרמב"ן וזהו דעת הב"י והע"ש בטור אף דכתבו לקמן סי' רל"ח בשם רמב"ן מכל מקום סבירא ליה להטור גופי' כדעת אביו אך י"ל דברי הע"ש ממה שכתב לעיל דלא ברירי' ליה ודוק:

כה **ולא יזכה המלוה עד שמ"י הלוה** דין זה צל"ע כי רמ"א העתיק מדברי הטור שכתבו סי' זה ולא לחנם השמיטו רבינו המחבר כי צ"ע אם כן דאם אמר קנו ותנו אותו בידי אין למלוה זכי' בו וזהו ששנו כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו כי יאמר קנו ותנו אותו בידי וכ"כ הרא"ש להדיא בתשובה כלל ס"ו דין ג' בסוף התשובה על מ"ש הרמב"ם לוה שהשליש שטרו ולא פי' ומת דלא יתן אותו השליש ללוה דבהלואה כיון דתנן כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו חיישינן שמא לא לוה והרמב"ם מיירי בקנין דבלי קנין אין כותבין שטר בלי מלוה כנודע וא"כ הדרא קושי' המחברים על הרי"ף לדוכתי' דהא דעת הרי"ף בשטר קנין בעי מטי לידי' וראייתו מהך דמצא דייתקי קשורה על ירכו דלא יתן וטענו עליו דור שאחריו מהא דמצא שטר הקנאה בשוק יחזור דהא שעבד נפשי' ואמאי הא לא מטו לידיה ולכך פירשו דהך דייתיקי איירי במתנת ש"מ כמ"ש המחברים ועיין ריב"ש סי' קס"א שהאריך בזה ואם כן עדיין הקו' במ"ע דאיך נחזיר שטר הקנאה בלי ידיעת ורצון הלוה דילמא אמר כתבו ותנו בידי ואם כן אין למלוה זכי' בו כלל ומאתו נפל ול"ל דלא שכיח דהא אדרבא כך סדרן של לוים כותבין שטר ללוה בשאין מלוה עמו והיינו בשטרי קנין והא חששו בנפילה לדברים רבים בלתי שכיחי' הואיל ואיתרע בנפילה ומכ"ש בזה דכך שנינו כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו וכך הסדר כמ"ש התו' והרא"ש בכמה דוכתי ועיין בתוס' בשמעתא דשודא דדייני בכתובות וב"ב גבי ע"א בכתב דחששו להדיא דכותבין שטר ללוה וכו' וכן אמרו בשני יב"ש דאין מוציאין זה על זה משום דכותבין שטר ללוה וכו' ע"ש סוף ב"ב ומכ"ש בזה דנפל ועוד דאם אמרינן כן

נסתר קושי' שלהם על הרי"ף ולמה קמו האחרונים ובטלו דברי הראשונים והיא היא. ובאמת מדברי הטור והרא"ש אין ראי' ול"ק להו מידי דהם פי' שטרי הקנאה שכתב לו בין ילוה ובין לא ילוה ולא פי' בשטר קנין כמש"ל ואם כן שפיר אמרינן דאם אמר קנו ותנו אותו בידי אין למלוה זכי' בו עד דמטי לידי' כדעת הרי"ף וסייעתו ולא קשה כלל מהך דמצא שטר הקנאה דשם פי' אחר דהקנה בין ילוה ובין לא ילוה והא דפסק הרא"ש בהך דהיה דייתיקי קשורה דבמתנת ברי זכה המקבל לא מהך ראי' דמצא שטר הקנאה וכו' רק סברא בעלמא דקנין להקנות איך יוכל לחזור לאחר שעסוק באותו ענין ואמרו חוזר בשטר ואין חוזר בשדה כמ"ש הרא"ש בתשובה הנ"ל ולא הביא כלל ראי' מהך דמצא שטר הקנאה רק מהך דחוזר בשדה וכו' וא"ש אבל לדידן דקיי"ל כרוב מחברים דפי' שטר הקנאה היינו שטר קנין אם כן איך אפשר לומר כהנ"ל דאיך אמרינן מצא שטר הקנאה יחזיר והיא קושי' תלמידי הרי"ף ז"ל ועיין בבעה"ת שער נ"ב בסופו ותראה כדברים האלה להדיא דהך דינא תליא במחלוקת הרי"ף ודור שלאחריו דקשי' לי' מהך דמצא שטר קנין וכו' ע"ש והדבר ברור כמ"ש וכ"כ הנ"י להדיא דמ"ש רש"י בין ילוה או לא ילוה היינו קנין סתם רק סבירא ליה דקנין סתם היינו בין ילוה או לא ילוה וכ"כ יותר מפורשים עיין בא"ז ואם כן דה"ל בין ילוה או לא ילוה ולכך מותר לכתוב ללוה ש"מ דמלוה זוכה בו אף דלא ילוה לו וזה פשוט. ואמת כי גם בתשובת הרא"ש הנ"ל יש לפקפק איך פי' כרמב"ם דסבירא ליה דלכך שטר שנמצא ביד שליש לא יחזיר משום כתב ללות וכו'. הא הרמב"ם סבירא ליה בפי' שטרי אקנייתא כרי"ף ואם כן קשי' לי' מהך דמצא שטר הקנאה וכו' אך אין זה כ"כ תימא אם הרמב"ם סבירא ליה כדעת רבו הרי"ף דבעינן מטי לידו ומתרץ הך קושי' דמצא שטר אקנייתא בדחוקים רבים כמ"ש מחברים עיין אסיפת זקנים מ"ש שם. אבל לפי שהעלו האחרונים מכח הך ראי' דלא כרי"ף נסתר הנ"ל ואולי יש לומר דמה דכתב הרמ"א ולא יזכה המלוה וכו' פי' בשטר דודאי מחויב לשלם ונשתעבדו נכסים מכח קנין אבל מכל מקום השטר אין מחויב לתת לו והרי זה כמ"ש חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה ולכך בנמצא יחזיר כיון דגוף הלואה מחויב לשלם לא חששו בנפל. אך דוחק דלא ה"ל לרמ"א לסתום כ"כ והרב בב"י בב"ה כתב על זה והכא אעפ"י שקנו מידו כיון שאמר תנו אותו בידי אינם רשאים ליתנו למלוה שלא גמר להשתעבד לו עד שילוהו ואם נתנהו למלוה מקודם שויה ליה עולה עכ"ל וכן באמת מורה לשון הטור ורמ"א ולכן צ"ע כי יפה עשה הרב מחבר שהשמיטו ועיין מ"ש עוד מזה לקמן בסי' נ"ה אי"ה. ואפשר דמ"מ מחויבים ליתן ללוה אף דנתחייב בין ילוה

ובין לא ילוה מ"מ דילמא היה תנאי אתו שלא יתחייב רק שעבודו יחול תיכף ואם יהיה בידו יש לו מגו דקלתי' או פרעי' משא"כ אם אינו בידו ולכך המוצא יחזיר דל"ל מיגו:

כו **זכה בחלקו כו'** הרב הש"ך השיג על דין זה דבלא"ה הך דינא במחלוקת שנוי' בבעה"ת שער נ"ב ואפילו הר' נתן ב"ם דס"ל הך דינא שם היינו בלא אומר לעדים שימסרו דוקא לידו אבל בהתנה שיתנו דוקא לידו נראה שם דמודה הר"נ ב"ם ג"כ דלא מהני רק לזה שנתן זוכה ולא השני אם לא שאמר לו שגם בעד חבירו יזכה דהיינו זיכה לו ע"י אחר שפי' הר"נ ב"ם הנ"ל עכ"ל. והנה באמת על המחבר אין לו תלונה כלל דכל דינו של הר"נ ב"ם הוא הכל על דרך ושיטת הרי"ף בקנין בעינן מטו לידו וכמ"ש שם להדיא ולכך אם אמר תנו בידי במה יזכה השני הא לא מטי לידו וכמ"ש שם באריכות. אבל לפי דקיי"ל כשיטת האחרונים החולקים על הרי"ף וסבירא להו דלא בעינן מטי לידו כלל אפילו בקנין הלואה וכמש"ל דכן מוכח מגמ' א"כ פשיטא דלא בעינן מטי לידו כלל והא דכתב דנתן לאחד מהם ולא קאמר אפילו תחת ידו ממש דהא לא בעינן מטי לידו היינו דהוא המתחייב חי ואם כן כ"ז ששטר בידו יש לו מגו דאי בעי' קלתי' לומר לא נתחייבתי לו כלל וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל ס"ו הנ"ל אבל כשהוא ביד אחר לא שייך מגו ולק"מ למחבר אבל על הטור דסבירא ליה כמ"ש מקודם דבקנין בהלואה בעי מטו לידו וכמש"ל אם כן יש מקום לקושי' הש"ך כי מטו ליד אחר מה מהני לגבי שני. ובלא"ה אין כאן קושי' על הש"ע אפילו נימא דבעי בקנין מטו לידי' מכל מקום לא גרע ממתנת ש"מ ודייתקי דבעי' זכי' ואם קשור על יריכו לא יתן וכמ"ש הר"נ ב"מ ראי' מזו והמחבר פסק לקמן סי' ר"נ סעיף כ"ה דבנתן לבני אדם הרבה מתנה דאם זיכה לאחד דנתקיים מתנתו נגד כל היורשים דגילה דעתו שרוצה בקיום מתנה ע"ש סמ"ע ס"ק ע"א והר' נתן ב"מ יליף זה מזיכה לו ע"י אחר ואם כן כמו שהדין שם כך הדין כאן ודברי מחבר ברורים מכל צד ולא ה"ל הש"ך להעמיד דבריו על רבינו מחבר אמנם הטור דהשמיט לקמן בסי' ר"נ פירש הר"נ ב"ם על הך דזיכה לו ע"י אחר וכתב שם פי' רשב"ם וראב"ד ולא שת לבו לפי' הרמב"ם כמ"ש הסמ"ע קשה ולכן נראה ברור דמ"ש חייב עצמו לשנים בקנין היינו בחיוב גמור בין ילוה ובין לא ילוה וכן מורה לשון חייב עצמו היינו בהחלט בתורת מתנה ולא בתורת הלואה וכן מורה לשון זכה בו היינו במתנה גמורה דנתחייב להם בהחלט בין ילוה ובין לא ילוה וכן הוא בבע"ת שטר נ"ב שממנו מקורו דהכל במתנה ואם כן בהך שטר אקנייתא מבואר דלא יכול לחזור בו אפילו לא מטי לידי' כהנ"ל ואם כן פשיטא דזכה בו רק כ"ז שהוא תחת ידו אי' לי' מגו משא"כ ביוצא מתחת ידו לית ליה מגו כלל וזה שדייק הטור וכיון שיצא השטר מתחת יד החייב זכו בו שניהם ולא כתב

כיון שזכה האחד זוכה ג"כ השני דהא לדעת הב"ח והש"ך הטעם דאחד זוכה בשביל חבירו ולמה כתב כיון שיצא השטר מתחת יד של המתחייב א"ו דעיקר הטעם לא לא מחמת זכי' דהא ממילא זכה רק כל זמן שהוא תחת ידו יש לו מגו אבל כיון שיצא מתחת ידו יהיה באיזה אופן עכ"פ ל"ל מגו וזוכה בו ולכך תלה הטעם דיצא מתחת ידו וזה ברור ומדוקדק בדברי הטור ולדעת הב"ח וש"ך עיקר חסר בדברי טור:

כז **לוה שבא לב"ד כו'** הקשה הש"ך דכאן סתם המחבר כרשב"א ואילו לקמן בסי' רל"ח הביא דעת הרמב"ן דא"י לחזור ולק"מ כי כתבו הרבה טעמים לחלק בין מכר להלואה ועוד כמ"ש דבשלמא במכר הא המוכר אין יכול לחזור אף הלוקח א"י וכמ"ש הרמב"ן כיון שקנה זה נתחייב זה בחליפין אבל בהלואה דהא הלוה יכול לחזור ולשלמו כל שעה ואם כן אף המלוה יכול לחזור בו דאל"כ לקתה מדת הדין וגם לא קרוי חלופיו דהא יכול לחזור בו הלוה ופשוט. וכן הוא דעת בעה"ת בשער מ"ח ע"ש והנה הרשב"א הביא ראי' לדבריו ממס' קדושין דף מ"ז דנחלקו אי מלוה לחזרה ניתנה ולולי שאמרו דמלוה משעה שניתנה להוצאה ניתנה היו אומרים שניתנה לחזרה אלמא לכ"ע מיהא קודם שנתן המעות יכול לחזור בו וכו' עכ"ל והב"ח השיג דאין זה הטעם משום מלוה להוצאה דלכ"ע מלוה להוצאה נתנה רק נחלקו אם המעות בעין אם הוא עדיין ברשות מלוה או ברשות לוה ויפה תי' הש"ך דמכל מקום הך דסבירא ליה שלא להחזרה ניתנה הטעם משום להוצאה ניתנה וקמה ברשות לוה ואם כן די דנימא דחולק אהך מאן דאמר אם כבר הגיע ליד לוה אבל מקודם לכן מודה אך מכל מקום צריך לומר דמה שכתב הרשב"א בלשון להוצאה ניתנה אינו כל כך מדוקדק וכוונתו לתשמישו ניתנה דהא בשואל קורדם גם כן א"י לחזור בו והתם הדרין בעינ' ומה לשון להוצאה ניתנה אלא כוונתו לתשמישו והנאת הלוה והשואל ניתנה וזכה בו ואידך חולק וסובר מה בכך דניתן להנאתו הואיל והוא בעין חוזר ואם כן פלוגתא רחוקה לא אמרינן כ"כ ואם לא הגיע כלל ליד לוה ודאי דמצי לחזור. והנה הש"ך כתב דא"צ להביא ראי' מהך דמלוה ברשות בעליו וכו' רק מהך דשאל קורדם דא"כ למ"ד דלא בקע בו יכול המשאיל לחזור בו אף דנתחייב תיכף באונסין ונשתעבדו נכסיו מ"מ יכול לחזור ואפילו מאן דפליג הטעם דתקנו משיכה גבי' אבל לולי כן היה חוזר ומכ"ש בהלואה. ותמה על הרשב"א דהביא ראיה מהך דמלוה ולא מהך דקורדם עיין שם. ואגב רהיטא כתב כן דסבירא ליה נשתעבד נכסים משעת אונסין פי' משעה דחייב באונסין והיינו תיכף בשעת שאלה ולא כן הוא דלא נשתעבדו רק משעת דקרה אונס באמת אבל מקדם לא נשתעבדו נכסים ולכך תי' על א"י אם שאולה מתה או שכורה מתה דה"ל א"י אם אני חייב לך ולא א"י אם פרעתי דכל כמה דלא

נודע הפשיעה והאונס לא נתחייבו הנכסים ולא נשתעבדו כלל ועיין נ"י ב"ק בר"פ הגוזל בתרא השואל חמור וכו' ובב"מ בשמעתי' דשאלה ושכורה ועיין במ"מ פ"א מהלכות שאלה דכתב להדיא כן בשם רשב"א דקי"ל דנשתעבדו נכסים רק משעת אונסין ועיי' לקמן ש"ך סי' רצ"א ס"ק מ"ד ע"ש ולחד לישנא בכתובות בפ' אלו נערות דרבא פליג וסבירא ליה משעת משיכה נתחייבו נכסים י"ל דסבירא ליה באמת דבלאו תקנה רק מתורה א"י לחזור וכדעת ר"א דסבירא ליה מעל וכמ"ש התוס' במרובה דף ע"ט ד"ה תיקנו כו' דג' מחלוקת יש ע"ש אלא דמהא אדרבא ישראי' ואין מקום לדחיות הב"ח במה שכתב דהא באמת קיי"ל דלאו לחזרה ניתנה דקשה דהא דאמרינן שם במלוה לחזרה קמפלגי ופריך הגמרא אלא הא דאר"ה השואל קורדם בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנאו נימא כתנאי אמרה לשמעתי' וקשה מה קושי' דילמא הא דסבירא ליה במלוה דלא ניתן לחזרה משום דנשתעבדו נכסים ולכך קנה וזכה בחליפיו משא"כ בקורדם דלא נשתעבדו נכסים ואין כאן חילופיו ולכך מצי הדר בי' ואין מקום לקושי' הגמרא אלא ברור דליתא לסברת הרמב"ן והיא ראיה גדולה ואצ"ל דמהך דסבירא ליה ניתן לחזרה ש"מ לאידך מ"ד בדלא נתן עדיין המעות דמודה די"ל באמת כדחי' הב"ח דהך מ"ד דסבירא ליה לא ניתן לחזרה אף קודם שלוה ומסרו לידו א"י לחזור אבל לפמ"ש היא ראי' ברורה דאל"כ אין מקום לקושי' הגמרא. איברא למ"ש הגי"ת ניחא דיש לחלק דבשלמא בשטר דנשתעבדו נכסים הוא דסבירא ליה לרמב"ן דנתחייב זה בחליפיו כמ"ש הרמב"ן להדיא אבל התם לא ומ"ש הרשב"א והביאו הש"ך דגם בהך דקידושין ה"ל שעבודא דאורייתא ואפי' בע"פ יש לומר דהא כל אוקומתא שם דאמרינן במלוה ברשות בעלי' לחזרה פליגי ולא אמרו סתם מלוה להוצאה ניתנה קמפלגי הוא דא"כ רב אתיא כתנאי כמ"ש הרשב"א להדיא בחדושיו ואם כן כל אוקומתא דפליגי ברשות בעליו לחזרה הכל לרב ורב הא סבירא ליה שעבודא ל"ד דמלוה ע"פ אינו גובה מיורשים ואם כן שפיר מ"ל לחזרה קמפלגי ולמסקנא הא אמרי' בדבר אחר ואוקימתא אחרינא פליגי ולכן יפה כתבו דלדינא יש לישב אי לא נימא כרמב"ן ואמת שאני מצאתי ראי' לדברי רשב"א דודאי לשיטת הרמב"ן הדין ברור דאם מכר לו מטלטלין צמר וכדומה במנה והוא עשה לו שט"ח במנה ההוא דכיון שנתן שטר קנה הוא הצמר לדעת הרמב"ן וכ"כ הש"ך רק כתב מכל מקום אותו צמר אינו מחויב ליתן רק איזה צמר שירצה ואם לא סיים לו הצמר פשיטא דברירה בידו לתת לו מאיזה צמר ברשותו אבל אם סיים לו הצמר או שאין לו צמר אחר ברשותו לא הבנתי מ"ש הש"ך דיכול לתת לו צמר אחר לשיטת הרמב"ן דהא כל טעמו של הרמב"ן דכיון שזכה בשעבוד הקרקע שנשתעבדו לו נכסים הוי כאילו מכר לו קרקע או מטלטלי

דכיון שזכה בו נתחייב בדמיו ואף זו נתחייב בדמיו השתא דאתינא דשעבוד קרקע הוי כמו הקנה לו קרקע עצמו אם כן אם שיעבד לו קרקע בעד מטלטלין ידועים ה"ל ג"כ קנין כאילו החליף לו קרקע בעד מטלטלין דקי"ל דקונה ואף זו כיוצא בו דהא לרמב"ן שעבוד קרקע וקרקע עצמו כחדא נינהו וכל ראי' הש"ך דלא אמרינן כן הוא משום דגבי שואל קורדם משמע דמצי למהדר אבל כבר כתבנו דאין משם ראי' דהא שם ליכא שעבודא כלל וכמש"ל אם כן הדין אמת דגוף החפץ ניקנה בחליפין לשיטת הרמב"ן וכ"כ המבי"ט סי' רי"ז להדיא בח"א ע"ש ולפ"ז בהא דאמרינן ב"מ דף ע"ז ע"ב רשב"ג אומר מלמדין אותו שלא יחזור בו כיצד כותב לו אני פלוני מכרתי שדה פלוני בעד אלף זוז לפלוני ונתן לי מהם ר' זוז והריני נושה בו ח' מאות זוז ופירש"י כיון שעשאם מלוה ה"ל כאילו נטלם והלווום וקרקע ניקנית בכסף ע"ש תקשה ל"ל הא דכיון דזקף ח' מאות במלוה נשתעבדו לו נכסים דש"ד כמש"ל הש"ך אפילו במלוה ע"פ ואם כן הוי כאילו נתן לו קרקע ואף הוא בחליפיו נתחייב וקנה מדין החליף קרקע בקרקע וכן בס' אסיפת זקינים הביא תשובה ארוכה בשם הרי"ף דהא דבעינן שמוכר יכתוב כך ללוקח משום דבמה יקנה דהא ליכא כאן כסף ולכך המוכר כותב וקרקע ניקנה בשטר וקשה הא ניקנה בזקיפת מלוה של לוקח ה"ל שעבוד קרקע וכקרקע דמי וניקנית קרקע לנגדו. וכן הריטב"א בב"מ תמה במה הא אין כאן כסף ולא דעתו לקנות בשטרו של מוכר ולא תי' בפשוט דבזה דזקף החוב ונשתעבדו לו נכסיו מול זה ניקנה לו הקרקע. וכתב הש"ך דאם נשתנה הענין כגון שבין כך מת הלוה וכדומה דיכול לחזור לכ"ע דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא הלוהו ומכ"ש באם נודע שאינו בטוח דבלא"ה יכול לעקל המעות תוך הזמן ומכ"ש כשהוא בידו. וכן אם לי' לי' קרקע כלל לא שייך נשתעבדו נכסיו דהא לית ליה ומטלטלין לא חל עלייהו שעבודא לכ"ע א"י לכופו:

סימן מ

א **אעפ"י שלא היה חייב כלום וכו'** כתב הש"ך בסק"א אבל אם הודה בטעות דחשב דחייב ואינו חייב ונתברר בעדים או שהוד' לו המלוה שאינו חייב לו הרי זה פטור וכו' ויפה כתב אלא דהיה לו לבאר במ"ש שהוד' לו המלוה שאינו חייב לו דהיינו דהוד' ג"כ דהודאתו בטעות היה אבל אם לא הוד' רק שלא היה חייב מה בכך הא יוכל להתחייב אעפ"י שאינו חייב כלל רק ברור מ"ש הטור אם נתברר הדבר בעדים או שהוד' לו המלוה שאינו וכו' היינו דמודה ג"כ שהיה הודא' בטעות אבל זולת זו לא ולאו כל כמיני' לומר טעיתי אם לא שיש לו מגו ואף בזו נחלקו לקמן סי' פ"א ופשוט אלא שהסמ"ע בדרישה

רצה לפרש במ"ש הטור או שהוד' המלוה היינו לשיטת רש"י אבל לשיטת ר"ת לא מהני מ"ש דמלוה מוד' רק מוכרח להביא עדים ולכך לא כ' בע"ת דנמשך אחר שיטת ר"ת רק דאתברר בעדים ומזה נראה דהבין במ"ש הטור אם הוד' היינו שלא הוד' רק דאינו חייב לו אבל לא אמר דטעה ולכך תלה אותו במחלוק' רש"י ור"ת וסבירא ליה לשיטת רש"י כל שאינו חייב א"י להתחייב בלי קנין אף דלא טעה ומלבד דעדיין לא הועיל דבממ"נ אם פי' בעדים דאמרו דידעו דטעה ובטעות הודה זה יתכן אף בהודאת בע"ד דמוד' דהודה בטעות ואי לא אמרו העדים כן דידעו מהטעות רק דידעו דאינו חייב לו זה אינו מועיל לשיטת ר"ת כמש"ל אף גם דברור דגם לרש"י אם הוד' דרך הודא' שחייב לחבירו מנה והוא באמת אינו חייב לו כלום דמ"מ מתחייב אם לא היה טעות בדבר דאל"כ מה הביא ר"ת ראי' לפי' שלו מהך דירושלמי מודים ר"י ור"ל במודה שחייב לחבירו מנה בחזקת שחייב לו ונמצא שאינו חייב לו דפטור הא אדרבא מכאן סיוע גדולה לפי' רש"י דלפי' ר"ת צ"ל דירושלמי מחולק עם בבלי דבש"ס דילן ר"י מחייב ושם בירושלמי ר"י פוטר ואילו לשיטת רש"י הרי כאן שלום בתלמודים דכאן בגמרא לא נחלקו אלא בטוען המלוה באמת אתה חייב לי ובהא מחייב ר"י אבל אם באמת נמצא דאינו חייב לו לכולי עלמא פטור כמו שכתב בדרישה והרי מירושלמי ראי' מכרעת לרש"י אלא ברור דמוד' רש"י בזה דחייב ולכך מביא ראי' מירושלמי דפי' דבריהם היינו בידוע שאינו חייב אבל וודאי לדינא מוד' רש"י דהודא' בע"ד כמו מאה עדים דמי וכן צ"ל דאל"כ מ"פ הגמרא מהך כ' לכהן שהוא חייב ה' סלעים חייב ליתן וק' ולר"י מי ניחא הא כאן הכהן מודה דאינו חייב כלום זולת הפדיון ואם כן כיון דבנו אינו פדוי למה יתחייב ליתן ולפי הנ"ל לא נחלקו ר"י ור"ל כלל אם מודה דאינו חייב כלום ואם כן הקו' לכ"ע. וכן משמע מהך אודיי' דאיסור גיורא וש"מ שהוד' ב"ב דף קמ"ט דמשמע בלי קנין כלל דאי בקנין פשיטא דמהני ומה מספקא ליה ופשיטא דאם עמד דאינו חוזר כיון דהיה מתנת ש"מ במקצת בקנין ובפרט שאין ראיה מרב מרי דיש לומר דאיסור גיורא עשה קנין בכל אופן המועיל ועכצ"ל דלשון אודיית' אינו סובל כלל לשון קנין ואם כן הדבר מוכרח וכן הביאו כל הפוסקים ראי' מהך דאיסור וברור דסבירא ליה לרש"י בהא כר"ת ולכך הטור דכ' דין זה לרש"י הוא איידי דאירי בהודא' מפ' דאם הוא הודא' בטעות לכ"ע לא מהני וכ"כ הב"ח ונכון והא דלא מפרשו הרי"ף ור"ת הא דירושלמי דהיינו דסבר דחייב ונמצא דאינו חייב ולכך לכ"ע פטור ואין כאן סתירה לגמרא דידן דא"כ מ"פ מהך על הנושא אשה ופסק לזון בתה וכן בפרק אעפ"י על התוספת כתובה דשם ליכא טעות כלל א"ו דלא מיירי בטעות ואמת כי העיטור מפרש לי' בטועה ועל סי' ס' דנפרש בי' משנ"ל בדעתו אבל אם

אמר בלשון חיוב הריני מתחייב עצמי לתת לך כך וכך ולא בדרך הודא' בזו יש מקום ספק אן דעתו של רש"י נוטה כי לפי מ"ש הש"ג בשם ריא"ז אם אמר הריני מחויב ליתן לך מנה אע"פ שמסרו בשטר חתום אם אינו חייב לו אינו כלום עד שיהיה קנין עכ"ל והביאו הש"ך סק"ב וכן משמע בתוס' כמ"ש הדרישה שכ' לשיטת ר"ת ואין לתמוה איך ישתעבדו מטלטלין בשטר כו' ש"מ דלרש"י ל"ק זה והיינו משום דלס"ל דין זה ול"ק אם כן ערב דסבירא ליה לתו' תרתי קאמר הודא' ומשתעבד נפשי' וק' אם כן ר"י דמוקי לי' כר' ישמעאל עדיין קשה למה במשעבד נפשיה יתחייב הא לא מצי משעבד נפשי' במה שלא חייב ולשיטת רש"י לא נחלק ר"י בזה י"ל דבזה ידע תי' הגמרא דאית' לשעבודי אבל לענין הודא' דאנן אמרינן באמת חייב רק טעמא דר"ל דפוטר דמצי למימר משטה הייתי זהו סבירא ליה לגמרא בס"ד אף הערב יכול לטעוו מה שאמרתי שאני ערב משטה הייתי בך ומה איכפ' לי במה שלוה ממך ואף כי זה דוחק מנ"ל להגמרא להקשות דבשלמא דבמקום דשעבוד חיוב מועיל אם כן גם הודא' מועיל ולכך בערב דאילו היה מתחייב לערב מועיל ה"ה להודא' דלא גרע מחיוב חדש משא"כ התם דאילו התחייב אינו מועיל אף הודא' אינו מועיל ול"ק לר"ל דשם אפילו הודא' אינו מועיל מ"מ י"ל כן דמשמע להו לגמרא דהנך ב' פלוגתא לא תלי' זב"ז דאל"כ עדיין ה"ל לפלוגי בערב שלא בשעת מ"מ לחוד דהא בהא תלי' אלא ש"מ את"ל דלא משתעבד מכל מקום סבירא ליה הודא' מהני ואם כן ר"ל דלא כר' ישמעאל וא"ש ועיין מש"ל לדעת רש"י בסק"ג אך אעפ"י שכן דעת הריא"ז מ"מ ק' לומר כן שיהיה דעת רש"י כן במסקנא דרש"י כ' בכתובות שטרי אקנייתא דכ' בין ילוה בין לא ילוה ומשמע מלשונו דלא היה בקנין כלל ובמה יתחייב אם לא ילוה ואפילו אם נדחוק דמיירי בקנין מה נימא לאביי דסבירא ליה עבחז"ל במה יחול השעבוד השתא לרש"י במוסר שטרו לידו ואומר אני חייב לך מנה לא מתחייב ואם כן לא חל שעבוד' עד שעת מתן מעות מכ"ש בישנו ביד עדים דלא חל שיעבוד ואיך שייך עבחז"ל וכן במ"ש רש"י בכתובות בשטר אמנה הבאתי לעיל סי' ל"ט דמשתעבד מעכשיו אם לא ילוה עד לאח"ז ג"כ ק' במה חל שיעבוד הא אין כאן מעות כלל ובמה יחול חיובו ושעבודו תיכף ול"ל דמיירי בקנין אם כן אין להר"ן ראי' דכה"ג כותבין ולי' בי' משום מוקדם בדלית בי' קנין ועמש"ל סי' ל"ט ועוד עדיין ק' במה דאמרי' שם לאביי דאית ליה עבחז"ל שטר שנפל למה לא יחזיר ואי דכ' ללות ולא לוה הא עבחז"ל ופי' רש"י אע"ג דבעינן מטו לידו היינו מטו לידו דעכשיו נמסור לידו וק' מה קו' הא חיישינן דעושה קנוני' ואמרי' דאף דמצוה למסרו ביד מלוה דילמא לא ילוה כלל כי מהכ"ת ילוה על שט"ח מוקדם ושמעו רבנן ומפסדו לי' רק מצוה למוסרו בשביל קנוני' ואם כן ל"ש

עבחז"ל דהא ל"נ מעות כלל והשתא במטו לידו שטר חיוב מתחילת כתיבה סבירא ליה לרש"י לשיטתו דלא משתעבדו אם לא קיבל מעות מכ"ש בהגיע לידו רק לבסוף ולא לוה כלל דליכא שעבוד כלל ויטרוף של"כ אלא ברור דכיון דמסר לידו שט"ח הרי הוא משעבד נכסיו מעצמו אעפ"י שלא קיבל כלום וא"ל כי רש"י לשיטתו דסבירא ליה אין כותבין שטר ללוה אפי' מלוה עמו עד שיראו נתינת המעות והך שטרא אקניית' באמת פי' תרתי קנין ובין ילוה ובין לא יטה ומעבחז"ל ל"ק די"ל דסבירא ליה כמ"ש תו' דהיה רק תקנה ואין טעם לתקנה והא דלא עשו תקנ' כשמלוה עמו דא"צ לראות הלוא' דזה נח ללוה לעשות שילוה בפני עדים אם הוא שם בלא"ה אבל שיבא תמיד לפני עדים לקבל שטרו קשה עליו ולכך תקנו תקנה זו דזה הכל דוחק וכן מורים דברי תוס' כמש"ל דכ' לר"ת מסייעי' דברי ירושלמי כהנ"ל וק' אדרבה סיוע לרש"י דירושלמי איירי במתחייב ולא במוד' כמ"ש מהרש"א שם ולרש"י לכ"ע מודים דלא מתחייב והן הן דברי ירושלמי ואין כאן סתירה בשני תלמודים אלא ברור נראה דוודאי במתחייב בשטר אשר נעשה בעדים דהם משווי' שיעבוד פשיטא דיוכל להתחייב ואם כן לרש"י דסבירא ליה דלא נחלקו ר"י ור"ל בזה לכ"ע חייב כדמוכח מהך דעבחז"ל הנ"ל אם כן שפיר ק' בגמרא יהא משמע דלכ"ע חייב ובירושלמי לכ"ע פטור איך יהיה מחלוקת בב' תלמודים מהיפך להיפך משא"כ לר"ת דנחלקו בגמרא דידן אין כאן תימא דשם מודים ר"י ור"ל ובגמרא נחלקו דזה שכיח מתחילה הוד' ולבסוף נחלק וא"ש ודוק ובזה אין מקום ספק וכי יש ספק בכותב כת"י ואין עליו עדים אם סבירא לרש"י דהוא אלים לחייב במה שאינו חייב כיון שהוא רק כת"י בעלמא ועיין תוס' ס"פ ג"פ דדעתם בהלווא' בלי עדים אין כאן שעבוד דאורייתא הרי דלא אלים במעשה עדים לשויה שעבוד נכסים ומכ"ש לחייבו ומהכ"ת כיון דברש"י אצ"ל כן דהא לרש"י פליגי בהודאה מהכ"ת נימא דבכת"י יתחייב דהא תו' גופי' כ' לפי' ר"ת במה יתחייב וכו' ואם כן ברש"י דאצ"ל כן ומערב יוצא אחר חיתום ל"ק אף דבתרתי פליגי כמ"ש א"כ פשיטא דלא יתחייב אבל לר"ת דפליגי במתחייב א"כ אפי' בכת"י יוכל להתחייב אע"פ שאינו חייב דלר"ת צ"ל דפליגי בכת"י דהא הגמ' מדמה לערב ש"מ דאין לחלק בין סתם שיעבוד לשיעבוד ערב וערב לאחר חיתו' היינו בכת"י חייב אני לך דאל"כ הוי משתעבד ושעבודו בעדי' וזהו נרא' מה שיש הבדל בין רש"י ור"ת וכ"כ הרא"ש להדי' בפי' ר"ת דלא איירי בהודא' אלא שכ' לו בכת"י וכו' וע"ז כ' ואין לתמוה איך מתחייב בשטר זה הא אין מטלטלין נקנה בשטר וכו' ודייקו בשטר זה והיינו כת"י שהוא שטר גרוע אבל לא שטר בעדי' דאלימו וזהו דוקא לר"ת דלרש"י באמת י"ל בכת"י בחיוב לא משתעבד וא"ש וכן מצאתי בחדושי מהר"ם שיף דפי' דאין

לתמוה הוא על שטר גרוע כת"י ונכון וברור וי"ל טעם דס"ל כמ"ש תוס' בב"ב דבכת"י בלי עדי' לכ"ע שיעבוד ל"ד ולכך קשי' לי' איך ישתעבדו מטלטלין וכו' משא"כ בשטר הא משעבדו קרקעות וקרקעו' הם נקני' בשטר וזהו עיקר שעבודו ודוק וא"כ י"ל גם בריא"ז הנ"ל דכוונתו בכת"י אבל לא בשטר בעדי' וכן משמע בטור שהביא מחלוק' רש"י ור"ת הכל בכת"י וזה ברור ודלא כב"ח דס"ל דלא נחלקו רש"י ור"ת כללי וחתרו למצוא נ"מ בדוחק ולענ"ד ברור כמ"ש דיש הבדל בכ"י ולא בשטר גמור וזה בדרך התחייבות ולא בדרך הודא' דבדרך הודא' אפילו בכת"י מתחייב לרש"י דהא בכתב לכהן ולתי' רש"י איירי בכת"י גרוע מ"מ מתחיי' לר"י אעפ"י שאינו חייב והא דמביא תוס' ראי' מירושלמי ולא אמרינן לרש"י איירי בכת"י ולכך אף לר"י פטור דא"כ ל"פ מיני' שם בירושלמי ר"פ אעפ"י על תוספ' כתובה דשם הוא בעדי' ופשוט:

ב **הוו עלי עדי' וכו'** באומר הוו עלי עדי' או הריני חייב לך מנה בשטר אין כאן שעבוד קרקעות וכמ"ש הש"ך אך ק' לכאורה לשיט' זו דהא בגמ' פרכינן מהנושא אשה וכו' ואמרינן מאי לאו בכה"ג והייט לשיטת הרמב"ם דאמר חייב אני לך לפסוק בשטר וק' א"כ למה גובה ממשעבדי ואי דכ' לה בהדי' אין כאן קו' וכן הק' גי"ת שער ס"ד וצ"ל דס"ד כמו דאמרי' במוכר שדהו בעדי' גובה ממשעבדי משום דאי' לי' קלא ול"ש בי' מאן דיזיף בצנעה יזיף ואף זו ליכא כאן בצנעה וא"ל קלא ולכך גובה ממשעבדי כ"כ תוס' גיטין דף נ"א הך סבר' ע"ש ויותר נרא' דהא דקתני סיפא מתו וכו' היא נזונית מנכסי' משועבדי' פי' יש במציאות דנזונית ממשועבדי' אבל בנותיה' אינו במציאות כלל והיינו דגבי בת אשתו יש במציאות בשקט מידו אבל לבנותיו אין שייך קנין כדאמרי' שם בגמ' אבל ל"א דוודאי נזוני' ממשעבדי רק יש במציאות ואפשרי שניזון ממשעבדי אבל מסתמא גבי' רק מן המחוררי' היינו באומר א"ע וכ"כ תוס' שם בכתובות דף ק"ב ד"ה הכא דכ' להדי' ומשני בשקנו מידו כלומר דבלי כתיבה יכולי' לגבות מן המחוררי' והכא כך אירע הדבר שקנו לה עכ"ל והיינו כמ"ש דיכולות לגבות ממשעבדי וכ"מ ברמב"ם פי' המשנה וע"ש מהרש"א וע"ל מ"ש בסי' ס':

ג **או שכ' לו כו'** הנה המרדכי הובא בהגה"א כת' לפי' רש"י דפי' בשלא חתם תימא במאי משתעבד לימא משטה אני בך וכו' הלכך פי' ר"ת דכל הסוגי' דמודה דלא חייב לו כלום ובא להתחייב ודקאמר מנה בשטר היינו שחתם שטר גמור להתחייב בו אעפ"י דלא היה חייב וכו' עכ"ל ומזה רצה הב"ח ללמוד הא לא חתם בשטר אע"פ שמסרו בעדים לפי' ר"ת אינו כלום דהא זה הדחק שלחצו לזוז מפי' רש"י כנראה במרדכי ע"ש והש"ך השיגו דמהכ"ת לפי דקי"ל ע"מ כרתי ומסרו בפ"ע אפילו לא חתם עליו ואפילו אינו כת"י כלל

אם הוא רק כתב שא"י לזייף הרי הוא שטר גמור לגבות ממשעבדי ומ"ש המרדכי ריש לתמוה ברש"י דלטעון משטה אף דהוי ע"מ צ"ל דוודאי רש"י קאי אליבי' דר"מ דאמר ע"ח כרתי דלר"א פשיטא דהוי שטר מעלי' ואם כן לשיטת ר"מ שפיר הקשו אך זהו דוחק דיהיה כל מחלוקת ר"ל ור"י אליבי' דר"מ אבל אליבי' דר"א מודה ר"ל דכשר אם כן מ"פ מכל הנך משנה לימא הא מני ר"א היא וא"ל דמה קמ"ל דטובא קמ"ל דע"מ מהני ולא מצי למימר משטה אני וגם יהיה כל מחלוקת ר"ל ור"י שלא אליבא דהלכתא דהא קיי"ל כר"א ובסוף ב"ב הוחזק כת"י בב"ד מהו וכו' משמע דסבירא ליה לר"י ע"מ כרתי בשטרות ועיין בחדושי רשב"א לגיטין ועוד מה כל החרדה שהחריד הגמרא כתנאי בערב לאחר חיתום שטרות כו' הא בלא"ה תנאי היא ר"א דלא סבירא ליה כר"ל ואם כן אי ר' ישמעאל לא סבירא ליה כר"ל היינו דסבירא ליה כר"א ומה קו' אלא דוודאי זהו ליתא ובאמת כבר עמדו התו' בזה בשמעתי' הנ"ל ד"ה אליבא וכו' דכתבו וא"ת אמאי לא הוי שיעבוד בזה השטר בע"מ וי"ל דלא חשיב האי שטר לאשתעבודי בי' כיון דלא כתב בי' שם הערב אלא כתיבתו לא חשוב לאשתעבודי בי' עכ"ל והן הן סדברים במחלוקת ר"י ור"ל דכיון דכ' חייב אני לך ולא נזכר שם המתחייב אף דניכר מתוך כת"י אין לזה תורת שטר גמור ולכך סבירא ליה לר"ל דלא מתחייב כלל אפילו בע"מ ור"י סבירא ליה דמ"מ מועיל והא דלא העמידו תו' דבריהם תיכף לעיל במחלוקת ר"ל ור"י תיפוק לי' דהוי ע"מ הוא דסבירא להו לתו' הך תי' רק הא דהק' כן בערב משום דקשי' לי' קו' הב' דא"כ מגרע גרע אף קודם חיתום שטרות נמי ופשוט כדרך התו' דחד קושי' בחברתה שייך כשלהבת בגחלת קשורה וכן משמע שם במהרש"א דכל הטעם דהוי לשון גרוע (ובזו דסבירא ליה דר"י ור"ל פליגי בין לר"מ בין לר"א ולא נחתו בזה בפלוגתא דר"מ ור"א יש ליישב לרש"י דאמר מאי לאו בכה"ג המשנה דאיירי בדרך הודא' שפסק לה לבתה מזונות ה' שנים ולר"י מהני אבל לר"ל קשי' ע"ש במהרש"א וקשה אם כן למה נזוני' מנכסים משועבדים דל"ל כמ"ש תו' דאית ליה קלא כמו במכר דהא רש"י בגיטין דף נ"א ד"ה קצובי' לא סבירא ליה כן וע"ש בתו' וכי נימא דתנא דמשנה סבירא ליה מע"פ גובה ממשעבדי דהא לר"י ור"ל דסבירא להו כתובי' מוכח דס"ל מע"פ אין גובה ממשעבדי ועכצ"ל דאף דהוא לשון גרוע מכל מקום גובה ממשעבדי וק' אם כן ערב לאחר חיתום שטרות למה לא יגבה ממשעבדי דהוא ג"כ לשון גרוע כמו במשנה וגם ק' לס"ד דלא ידע מהך תי' דשטרי פסיקת' וסבירא ליה דבעינן כתיבה דוקא א"כ הא דתניא בברייתא חמשה גובי' מן משוחררי' הפוסק לזון בת אשתו איך מתוקמי בלי כתיבה הא לא מתחייב כלל לס"ד ובכותב הא גובה ממשעבדי ודוחק לומר דאמרי' ר"מ סבירא ליה

בזה כר"י בגיטין דף נ"א דסבירא ליה בעינן קצובי' ושם ה"ל אינו קצוב אבל לפי הנ"ל ניחא דודאי לר"א דסבירא ליה ע"מ כרתי פשיטא דגובה ממשעבדי ואי דהוי לשון גרוע מה בכך דלר"י אין נ"מ בלשון גרוע אבל הך ערב כו' אתי' כר"מ דסבירא ליה ע"ח כרתי רק הואיל ומסרו בעדים ה"ל הודא' דלא מצי למימר משטה אני אף דזהו לשון גרוע ומכל מקום אין כאן שיעבוד כלל דליכא ע"ח לשווי' שטר לגבות ממשעבדי והוי כמו כת"י דלא גבה משעבדי וא"ש וכן הך חמשה גובה מן משוחררי' ר"מ היא כנודע ולק"מ אך לפ"ז יש להבין לפי דהעלו תוס' בתרתי פליגי ופליגי בשעבוד לר"מ דסבירא ליה ע"מ לא משווי' שטרא כלל אם כן הרי הן הדברים כמו בע"פ דהא ע"מ לא משווי' שטרא כלל אם כן במה ישתעבדו וצ"ל דבאמת לשיטת רש"י לר' ישמעאל אפי' לאחר מתן מעות מ"מ בחנק ערב משתעבד בדברים בעלמא וכס"ד דתו' ב"ב דף קע"ו ד"ה והלכה ע"ש במהרש"א ואם כן במסרו לפנינו בע"מ אף דלא הוי שטרא מכל מקום משתעבד לר"י ולפ"ז שפיר הק' שם תוספת כתובות בשמעתי' הנ"ל מהך דגיטין דקאמר הגמרא הא בעינן ספר מקנה דלרש"י הא הוי רק הודא' והק' מהרש"א הא בתרתי פליגי ולק"מ כמ"ש תו' בגיטין ע"ש דלפי' רש"י אין תירוץ זה מועיל דמה בכך דפליגי בשעבוד נמי בשלמא דאין שעבוד חל בע"פ רק מכח שטר דאלים אז בעינן ס' מקנה אבל כשע"פ נמי מהני ואין כאן באמת תורת שטר דהא ליכא ע"ח לר"מ מה צורך לס' מקנה והק' תו' שפיר על רש"י משא"כ תו' בגיטין הוא לשיטת ר"י דסבירא ליה לכך גובה ממשעבדי דאית ליה קלא כמו במכר דלא שייך בי' מאן דיזיף אם כן י"ל לולי כן אף לר"א הואיל והוא לשון גרוע לא גבה ממשעבדי כמ"ש תוס' אבל באמת לענין ב"ח תורת שטר גמור עליו ואם כן אם אמרי' בתרתי פליגי י"ל כי מהני לר' ישמעאל שעבוד לאחר מתן מעות היינו בשטר כמ"ש תו' בתי' בסוף ב"ב ע"ש ושפיר הקשה הגמרא הא בעינן ס' מקנה לשיטת ר"י ועיין במהרש"א דכ' לרש"י לא אמרינן בתרתי פליגי ע"ש ואולי נתכוון לדברי ועכ"פ הם דברי אמת וצדק ועיין מש"ל בהלכות ערב) אך המרדכי נראה דלס"ל זה דא"כ לא הוי מקשה לר"י דלטעון משטה אני די"ל ר"י סבירא ליה דאין גרוע לשון כזה נ"מ בי' שלא יהיה ע"מ כרתי אבל נראה דמרדכי סבירא ליה כמ"ש רשב"א בגיטין ס"פ המגרש דבהא דאמרי' בשילהי ב"ב לחלק בין הוחזק כת"י בב"ד למסר כת"י בע"מ ואמרינן שאני התם דמשעת כתיבה נשתעב' ופי' רשב"א דהתם כיון שכ' לו הריני חייב לך מנה שלוויתי ממך בשטר זה והעמיד עליו עדים ומסרו בפניהם כדי שיהיו עדים שלוה ממנו שעבד נפשי' משא"כ הוחזק כת"י בב"ד לא העיד על עצמו בזה שלוה שלא על מנה שבשטר הם מעידי' עכ"ל הרי אף דהוד' בב"ד שלוה כמ"ש הרשב"ם מכל מקום הואיל ולא יחדינהו לכך לא הוי

ע"מ ובעינן בע"מ דיחדינהו לכך כמ"ש דהעמיד עליו עדים ומסרו בפניהם כדי שיהיו עדים אבל במסר בפני עדים בהזדמן שהיה שם במעמד הענין אבל לא העמידם ולא יחדם בשביל כך אין אלו בגדר ע"מ ודעת הרבה מרבוות' דסבירא להו שצ"ל חתמו והעידו וכו' כמש"ל בס"ב ואם כן אף החולקים מודים דבעי יחוד לכך ולכך לא שייך ע"מ בהך דמסר בפני עדים דמיירי דלא יחדן כלל רק מסר בפניהם בהזדמן באקראי בעלמא ובאופן זה נחלקו ר"י ור"ל ולכך הק' המרדכי דלמה לא יטעון משטה הייתי זה הנ"ל בכוונת דברי המרדכי. אך נראה כי התו' לא סבירא להו כן כמ"ש מתוך קו' הנ"ל אף גם ממה דהקשו וקשה לפי' ר"ת דמוקי לי' להאי ערב לשטר גמור ובו מתחייב נמי שעבוד נכסים דע"מ כרתי וכו' ובזה עמדו מהרש"ל ומהרש"א והש"ך דחה דברי תו' לגמרי דלא איירי דנמסר בע"מ רק איירי דכתב בכת"י אני ערב וחתמו וא"כ ליכא כאן ע"מ. ונראה בכוונת דברי תוס' בשני אופנים או דנימא כמש"ל בסי' מ"ג וס"ה דאף בכת"י יש חשש שמא כתב ללות בניסן וליתן בתשרי כמ"ש הסמ"ע דמלו' ע"פ מוקד' קוד' למלוה מאוחר לענין ב"ח אם כן דהא דקתני ערב קודם חיתו' שטרות גובה משעבדי היינו דכתב ופלוני ערב אבל אם נכתב בלא ויו פלוני ערב היינו לאחר חיתום שטרות כמבואר שם בגמרא ותו' ועכצ"ל דהכל מיירי בלי קנין מהערב דאל"כ אף לאחר חיתום יגבה ממשעבדי דהא יש לו קול וכמ"ש המחברים ולפ"ז דלא איירי בקנין הא קיי"ל ברישׁ ב"מ ולעיל סי' ל"ט דשטר בלי קנין אין כותבין ללוה עד שיהיה מלוה עמו ויהיה נמסר ביד מלוה דחיישינן דילמא כ' ללות בניסן ולא ילוה עד תשרי ויגבה מלקוחות שלא כדין ואם כן בשיש ערב בשטר והערב לא לקח קנין אף דהלוה עשה קנין מכל מקום אין העדים רשאים למסור השטר ליד לוה דאולי יהיה אצלו נכתב בניסן ולא ילוה עד תשרי ואף דנכסי הלוה תיכף משועבדים מכל מקום במה ישתעבד נכסי הערב הא קנין לא עשה ואם כן לא נשתעבדו רק בשטר ואימת בדמטי שטרו ליד מלוה דלא סבירא ליה עבחז"ל ואם הגיע השטר למלוה בתשרי אז חל שעבודו של ערב ולא מקודם והוא יגבה מהערב אם לא יהיה ללוה לפרוע מניסן ונמצא טורף שלא כדין וע"כ הם עדים מוכרחים למסור שטר כזה ביומו ליד מלוה ואם כן אין לך ע"מ גדולה מזה דהעדים מוסרים השטר ליד מלוה ולפ"ז קשה אם כן דע"כ איירי בכה"ג אפילו לא כתב רק פלוני ערב ולא ופלוני ערב נמי יגבה ממשעבדי דהא איירי בעדי מסירה אם כן פלוני ערב נמי משתעבד וא"ש אף גם אי נימא דערב לא עמד שם מ"מ ע"מ יוכל להיות ע"י שליח אף שאין הלוה במעמד כשנמסר למלוה בע"מ דגט יוכיח שנמסר לאשה והבעל במ"ה א"כ בתוך השטר נכתב פלוני ערב והשטר לא סגי' רק דנמסר מעדים למלוה דהא אין כותבין שטר עד שיהיה המלוה עמו וימסרו לידו

אפי' ראו נתינת המעות כמבואר לעיל סי' ל"ט וא"כ דמסרו השטר אף זה דנכתב בתוכו פלוני ערב תיכף נמסר ואם כן הרי ע"מ דהא נמסר במעמד עדים למלוה ומה בכך די"ל דערב לא היה שם רק כתב פלוני ערב בכת"י ומסרו לעדים הן הן שלוחי' והן הן ע"מ וה"ל ע"מ ממש ול"ל דילמא מיירי בשטר אקנייתא או לאביי עבחז"ל דהא כבר בררנו בס"ק א' אי אמרי' דא"י להתחייב בשטר לא מהני שטר אקניית' ולא עבחז"ל וכאן הקו' לבן ננס דסבירא ליה כר"ל וא"כ אי אתה מוצא דיתחייב רק במסירת השטר לידו וראו נתינת המעות דהא בך ננס כר"ל דא"י להתחייב במה שאין חייב. ובהכי ניחא מ"ש התו' בכתובות דף ק"ב ד"ה כתנאי דקו' הגמרא בגיטין הא בעינן ספר המקנ' הוא לב"נ דע"כ ל"פ ב"נ אלא בשלא חתם אבל בחתם מודה בן ננס והא בעינן ספר המקנ' ע"ש במהרש"א וק' מי דוחק' לתו' ולא נימא דקו' הוא לר"י דלפי הנ"ל ניח' דכל הקו' דלאחר החתימה כבר נמסר השטר למלוה ותו לא הוה ספר המקנ' וקשה מנ"ל הך לאביי דעבחז"ל או שטרי אקניית' אין השטר נמסר למלוה רק ללוה ואם כן יוכל הערב לחתום אחר כך ומ"מ הוי ספר מקנה אבל לבן ננס דסבירא ליה כר"ל שפיר קשה דאליביה לא מהני עבחז"ל וגם אקניית' בין ילוה ובין לא ילוה רק צריך להלואה מעות ותו מהכ"ת יכתבו בין לא ילוה דהא צריך ללות ואם כן בעינן דמטי שטר לידו ודוק עכ"פ קו' התו' מקודם חיתום לבן ננס לשיטת ר"ת קשה מאוד ועוד י"ל דבלא"ה יש לדקדק בתו' דהקשה לרש"י דמפרש דלכך לאחר חיתום פליגי בהו משום דהוא לשון גרוע דא"כ בלשון כי האי אפילו קודם חיתום נמי יפלגו ותי' התו' דאין רגילות לכתוב קודם חיתום לשון גרוע משא"כ לאחר חיתום משום דכבר נעשית הלוא' ויש להבין השתא דאתינא דקודם חיתום סתמא בזמן הלואה ולא לאחריו וכ"כ תו' להדי' אח"כ בתי' על ר"ת אם כן בלא"ה לק"מ דאף דהוא לשון גרוע מכל מקום ודאי בשעת מתן מעות משתעבד הן בלשון שעבוד או הודא' שנעשה לו ערב דבשביל כך הלוהו ואפילו נימא דלשון הודא' לא מהני דיכול לומר משטה אני מכל מקום בלשון שעבוד מהני ובן ננס פליג בתרתי ולכך פליג באחר חיתום דשייך בי' שני מחלוקת וכמ"ש התו' לפיר"ת ולמה בחרו התו' לומר ברש"י תי' אחר ונראה דקו' התו' דשם סוף ב"ב אמרינן דר"י אמר שמואל סבירא ליה הלכה כר' ישמעאל בערב לאחר חיתום רק בחנק בעי קנין ע"ש והנה שמואל סבירא ליה הלכה כר"א דע"מ כרתי אף בשאר שטרות וכן כתבנו דמשמע סוף ב"ב דר"י סבירא ליה הלכה כר"א אף בשטרות וסבירא ליה לתו' כמ"ש הרא"ש להדיא בפ' גט פשוט דלמ"ד ע"מ כרתי בעינן ע"מ ולא מהני ע"ח רק דאנן סמכינן מסתמא היה ע"מ אבל ודאי בלי ע"מ לא מועיל ואם כן א"ש דהקשו לרש"י אי הוי לשון גרוע אפילו קודם חיתום נמי ול"ל דהיה בשעת

מתן מעות דאמת הך מהני שיחול ערבות שלו אבל מכל מקום במה יגבה ממשעבדי אי בשטרא הא ע"ח לחוד לא מהני ככל שטרות כר"א ואי דהיו ע"מ הא בלשון גרוע לא מהני ע"מ וא"כ אף דמשתעבד מכל מקום ע"מ ליכא ואין כאן תורת שטר לגבות ממשעבדי ולכך תי' התו' דקודם חיתום אין רגיל ליכתוב לשון גרוע ומהני ע"מ וגובה ממשעבדי ולפ"ז דר"י סבירא ליה ע"מ כרתי יפה הקשה לר"ת דלר"א עדים שחתמו שטר לא משוי שיעבוד כלל אם אין ע"מ והוי כחספא בעלמא רק בשטר ראיה מהני דלא איברי סהדי אלא לשקר' ואם כן ר"ת דפליגי בשעבוד דמשעבד עצמו לאחר חיתום שטרות שיהיה ערב ובאמירה בע"פ לא משתעבד רק בשטר דאלים מילתא דשטר' להשתעבד ואם כן לר"א אפילו חתומים עליו עדים לא מהני לשויה שטר ולשעבד בו דאין ע"ח עושי' קנין כלל וגם לא שיעבוד והא זה שטר קנין ולא שטר ראי' ולכך מצריך ליה גמרא שיהיה ספר המקנה כמ"ש התו' ואם כן דאין ע"ח מועיל מכ"ש דאין כת"י מועיל דלא עדיף כת"י מע"ח וכן בגט לר"א כתב בכתב ידו ואין ע"מ אין מועיל עיין בא"ע סי' ק"ל ס"כ ובאחרוני' וע"כ צריך ע"מ לשויה ליה שעבוד ואם כן דישנו ע"מ אף ממשעבדי יגבה וקו' התו' דבממ"נ אי לא היה ע"מ אין כאן שטר כלל ולא משוי ליה שיעבוד כלל דע"ח לא משוי שטר כלל ואפילו מב"ח לא יגבה דהא לא נשתעבד כלל והוי כמילתא דע"פ ומכ"ש בכת"י בלי עדים ואי דישנו לע"מ אם כן מה בכך דכת בו בכת"י יגבה ממשעבדי בע"מ וקו' חזקה היא לר"ת דכתוב בכת"י ומסרו בעדים גובה לר"א ממשעבדי ועי"ל בסי' קכ"ע מ"ש לישב קו' זו ותמהני מן חכמים הנ"ל שהעלימו עין מדברים אלו ומהרש"ל שלח ידו להגיה בתו' דקו' הוא לפירש"י וזה אינו כמ"ש דלרש"י לשון גרוע לא מהני ע"מ ומ"מ אף להב"ח יש מקום לדבריו במרדכי ול"ק קו' הש"ך דהוי ע"מ כמ"ש אך מכל מקום לדינא מסתימ' כל הפוסקים לא משמע כן דבעי יחוד לע"מ אף דכתבתי לעיל כן בשם הרשב"א אולי יש לחלק ובקושי' התו' על ר"ת הנ"ל עמש"ל בסי' נ"א וסי' קכ"ט אי בעינן דוקא ע"מ לר"א ועמש"ל בסי' פ"א בתומים ס"ק כ"ה דבמעשה לא חיישינן להשטאה ולק"מ ע"ש ולכך אין מקום לדברי הב"ח:

ד **חתמו והעידו כו'** ונתן המ"מ הטעם משום דזולת זה לית ליה קלא משמע לגבי גט נשים וכדומה או לגבות מב"ח דלא שייך טעמא דקלא א"צ לזה ונראה ראיה מדאמרינן בפ' השולח דר"ג התקין דעדים חותמים בגט מפני תיקון עולם דזימנין דמייתי ע"מ או הלכו למד"ה וק' מקודם תקנת ר"ג דהכשירו בע"מ הא לשיטת הגאונים הנ"ל הא היה הם צריכי' לחתום דכך נמסר בפניהם ואם כן מה חשש יש דימותו או ילכו למד"ה הא כבר חתמו והעידו דנמסר בפניהם ועכצ"ל דבגט א"צ זה ואין להקשות בשארי שטרות

למ"ד דע"מ כרתי רק סמכינן דמסתמא אם עדים חתומים מסתמא היה עידי מסיר' איך אפשר דהיה ע"מ דנחזי אנן אם כתבו והעידו על מסירתם או לא וד"ל דהנך רבוות' סבירא להו כדעת אף ע"ח כרתי לר"א אבל לחולקים ליתא לדינם ולכן נראה דאם הם הן ע"ח והן ע"מ א"צ לכתוב דהא הם המוציאים קול ותרתי ל"ל ולכך סמכינן דאמרינן הן היו ע"ח וכן מוכח מכתובות דף צ"ד בשמואל דסבירא ליה שודא דדיינא הואיל וע"מ כרתי וקשה הא לא כתבו שנמסר בפניהם ועוד הא לא כתבו שעות כלל ואין מוכח מתוך ע"מ כמו שאינו מוכח מן ע"ח וכמ"ש ועכצ"ל דלענין גוף הקנין א"צ כתיבה כלל ודוק:

סימן מא

א **וי"א אפילו נמחק לגמרי כו'** הסמ"ע כתב דכתב בפרישה דאין כאן מחלוקת וכ"ע מודים ע"ש ואני לא הבנתי דנראה מדברי הרמ"א וכן מדברי הטור דכתב על הך דעת רשב"ם דסבירא ליה אפילו נמחק לגמרי והכי מסתבר כאילו יש כאן מילתא דתלי' בסברא הא הוא גמרא ערוכה בב"ק דף צ"ח בשורף שטרו של חבירו אי איכא סהדי דידעו מה דכתבו בשטרא ליכתבו לו שטרא מעליא הרי דאפי' בנשרף לגמרי רשאים עדים לכתוב והיא היא בנמחק באונס וחפשתי וראיתי מצאתי בחדושי רשב"א לב"ק בשמעתי' הנ"ל וכתב מתחילה דיש שיבוש בגי' ואחר שהעלה הגי' נכונה בגמרא דידן אי איכא סהדי וכו' פירש הוא רשב"א ז"ל אי דאיכא סהדי שראו השטר ומה שבתוכו וראו את קיומו וכו' יכתבו לו ב"ד שטר אחר אפומי' דסהדי דאין אלו עדים מפי עדים אלא כעדים המעידים על פס"ד דדיינים החתומים על הקיום כפס"ד דמי. וי"מ אפילו אינו מקוים דכיון דעדים מעידים שהוא כת"י עדים החתומים אם כן הב"ד מקיימים על פיהם וכו' ע"ש שהאריך ונראה דדעה קמייתא דבעי דוקא קיום דהוי כפס"ד הוא דעת הרז"ה בפ"ג דיבמות שהבאתי לעיל ס"ס ל' מ"ש דכתב להדיא דעדים דראו את השטר אינם יכולים להעיד בב"ד דהוי כעד מפי עד ונתקשיתי לעיל בדבריו מהך גמרא ועכשיו מצאתי דלק"מ דהוא מכת האומרים דדוקא בראו הקיום דהוי כמעידים על המעשה ב"ד אבל זולת לא וצריך לומר לדעת זו דכמו דאמרינן לגבי לוה ה"ל כעד מפי עד כן לגבי השורף דכמו דלא מהימני לגבי לוה דאי' למלוה גבי' זוזי הואיל והם כעד מפי עד אף לגבי שורף לא מהני עדותם לומר דהזיקו ודאי למלוה דהא לא ברירא לן דאית למלוה זוזי גבי לוה. וכך צ"ל דאל"כ קשה מה פריך בגמרא אי דאיכא סהדי וכו' לימא דראו השטר ומכירין החתימות אבל לא נתקיים ולא מהימני לגבי לוה אבל לגבי שורף נאמנים ועכצ"ל כמ"ש דגם לגבי שורף לא מהימני בכה"ג וח"ש. ואם כן ר"י הוא מכת הלזה

ולכך סבירא ליה דוקא דעוד רשימו של שטר ניכר ואם כן יכולים להעיד ולא הוה עד מפי עד דהא הוה מילתא דעבידי לגלוי' הואיל ועדיין יכולים ב"ד בעצמן לראות אבל בנמחק ולא היה רשומו ניכר וגם לא היה מקוים אין יכולים להעיד דה"ל עד מפי עד והיא סברת רבוות' ברשב"א הנ"ל וסברת הרז"ה הנ"ל אך הרשב"ם או סבירא ליה כדעת רשב"א במסקנא דלא ה"ל עד מפי עד דעדים החתומים הוי כנחקרה בב"ד וכמ"ש התו' שם והוא דעת הטור או דסבירא ליה כמש"ל בס"ק ד' דבאמת בעינן עדי שטר ג"כ כמש"ל בס"ק ד' באריכות אבל בטור צ"ל דדעתו כרשב"א ואם כן מ"ש הטור בשם ר"י ורשב"ם במחלוקת שנוי' ומחלוקת קדמונים חקרי לבב ולא דלא פליגי כמ"ש הסמ"ע והב"י והא דכתב הטור דרשב"ם פליג אר"י לא מכפי דקדוקו של הב"ח מפירוש רשב"ם במשנה יליף אותו הטור דהוא דקדוק קלוש אלא מברייתא יליף דקתני הרי שאמר אבד שטרי פי' רשב"ם שאין לו עדים שאבד הרי אילו שיש לו עדים כותבין לו ש"מ דאף כה"ג כותבין אף דנאבד לגמרי ולכך הטור דהכריע כאן כרשב"ם לקמן סי' שפ"ו כתב סתם בשורף דאם יש עדים כותבין שטר אחר ולא חילק בין מקיום לאינו מקוים ויפה כתב וי"א דיש כאן מחלוקת וכ"כ הב"ח דיש מחלוק':

ג **יכולים להעיד שלא בפני בע"ד** הרב הש"ך בס"ק ב' תמה בנמחק לגמרי איך יחייבו עדים לבע"ד בעדותן שהיה חייב בשטר מה שאין רשומו של שטר ניכר כלל שלא בפניו וכי חבין לאדם שלא בפניו ועבור זה דחק עצמו לדחות הראי' מדברי התו' ורשב"א באופנים שונים ודחוקים וא"א אף דידחה הראי' מדברי התו' מה יאמר בראש כלל צ"ד דין ה' במי שעד מעיד שאבד שטרו וכתב הרא"ש דאין להאמינו אולי יבא הלוה ויאמר דפרע והוא ע"א ולכן יעץ הרא"ש דלא יכתבו לו ב"ד שטר אחר עד שישלחו ללוה שיפרע לשטר ומתוך תשובתו יתברר הדבר וטוב לשלוח לאלתר טרם יצא קול האבידה עכ"ל הרי דלוה היה שם בעיר ויעץ הרא"ש לשלוח לו בחכמה לבל ילמד לשקר ואילו כדברי הש"ך הא אין לקבל העד כלל שלא בפניו ואם כן הרי נשמע מה יאמר אם פרע או לא ומה צורך הרא"ש לחוש אולי יטעון פרע והרי כאן ע"א הלא בלא"ה אין גובין עדות שלא בפניו ואם יהיה במעמד העדות נראה מה יאמר ופשיטא דלא יכתבו לו שטר עד עמדו בב"ד אלא ברור דגובין עדות זו שלא בפני בע"ד. והש"ך גופי' בס"ק י"א בחשבו לתרץ דברי הרא"ש כתב דאולי הרא"ש לא אמרה רק לכתוב שטר אחר שלא בידיעת הלוה חיישינן שמא ימצאנו ויתבענו מלוה והלוה לא ידע להזהר בו ואחר כך יתבעו בשטר שני. ואילו אין מקבלין עדות זו שלא בפני הלוה הלא אינו באפשרות שלא ידע הלוה מזו ויהיה נזהר ונזהר אלא ברור דמקבלין עדות זו שלא בפני בע"ד והטעם הואיל

ורוב מחקים ואבדן השטרות וכדומה המה בקלקול הזמן ושינויעתים ונחיצות הדברים תקנו חז"ל לקבל שלא בפני בע"ד כמו בעדים רדופים לילך למד"ה ודכוותי' להציל ממון חבירו וכמו שתקנו במחאה דיוכשר מפי כתבם להצלת ממון וכדומה ומהא דתני' מי שבא ואמר אבד שט"ח אע"פ שעדים אומרי' אנו כתבנו וחתמנו וכו' לא קשה הא איירי שלא בפניו אם כן מה אעפ"י הא אמירה דעדים לית בי' מששא. וכן תו' הוכיחו דאיירי בפני הלוה מקושי' ולכתוב שובר וכו' ולא דייקי תיכף מקושי' הגמרא ביש בו אחריות למה לא כתבינן וכו' דמה קושי' הא הלוה אין כאן ואם כן מי מעיד דהיה לו שטר מעולם דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד די"ל דלולי חשש דלמא טריף וחזיר וטריף יש לעדים רשות אפילו ביש בו אחריות לכתוב כמה שטרות על שדה אחר כמו באין אחריות ואם כן דיכולים לכתוב פשיטא דמהני עדות דהא עדים שחתמו בשטר כמי שנחקרו בב"ד ומה צורך בשטר בפני בע"ד והקשי' דגמ' הוא דיכתבו שטר שני וכן הברייתא קמ"ל דלא יכתבו שטר שני ולק"מ איברא מתשובת הרא"ש כלל צ"ד דדייק הואיל וקתני מי שבא ואמר אבד שט"ח ולא קתני עדים מעידים שנאבד וכו' וקשה מה יועיל עדים הא ברייתא איירי דליתא ללוה כדמוכח מילתא דרשב"ג ואיך יועיל אמירתן והוה כאילו ליכא עדים וזהו ראי' נגד ש"ך ועיין מש"ל בתו' וקצת יש ראי' מהך דב"ק הנ"ל דפריך אי דאיכא עדים דידעו מה דכתוב בשטרא לכתוב שטרא אחריני ואי לא מנא ידעו וקשה דילמא כשמעידים כן בב"ד שזה שרף שטרו היה השורף בב"ד ולוה אינו בעיר ואם כן לגבי שורף מהני עדותן דה"ל בפני בע"ד ולגבי לוה לא מהני דלא הוה כאן ואין גובין שלא בפניו וטרם דבא הלוה לעיר לקבל בפניו מתו או דנפסלו ואם כן מן הלוה א"א לגבות דלא נגבה עדות בפניו ומן השורף גובה דנגבה עדות בפניו אלא ש"מ בכה"ג אף שלא בפני לוה מקבלין וא"ש:

ג **אבל עדי שטר עצמן כו'** זהו לשון הרמב"ם אבל לשון הטור אבל עדים לא יעשו לו שטר כו' משמע עדים אחרים ונראה דאזיל בשיטת הרא"ש כלל ס"ח דין ל"א דכתב לא מבעיא אם טעו עדים בכתיבת השטר בחילוף שם הלוה ודכותי' שזה היה הנדון שנשאל עליו פשיטא דיכולים לכתוב שטר אחר דלא עשו שליחתן כלל אלא אפילו נכתב בדין ובא ליד המלוה וידוע שנקרעאו נשרף ולא נפרע כותבין למלוה שטר אחר כדתני' הרי שבא ואמר אבד שטרי אין כותבין והא דבשטרי חוב אין כותבין היינו בשאין ידוע לעדים אבל בידוע לעדים שאבד כותבין שטר אחר כמו במכירה ולא אמרינן עשו שליחתן עכ"ל ומזה מבואר דסבירא ליה בעדי שטר עצמו אם נאבד כהך דהכא דנמחק באונס יכולים לכתוב שטר אחר ולא אמרינן דעשו שליחתן ולכך לא כתב הטור לשון הרמב"ם אבל

עדי השטר עצמן דהם לדעת הרא"ש מותרים לכתוב אלא דצווחו בו קמאיו ביחוד הרב המובהק מהר"א ששון בתשובה סי' ס"ו דהניח הרא"ש בצ"ע דהא בגמרא דב"ב דף קע"א גבי מי שפרע מקצת חובו יחליף דאמרינן בשלמא ב"ד אלימא אלא עדים שעשו שליחתן יחזרו ויעשו שליחתן ופרכינן הא כותבין אפילו עשרה שטרות על שדה א' ומשני בשטר מתנה או מכר בלי אחריות ע"ש הרי דבהלואה א"א לעדים לכתוב שטר אחר דכבר עשו שליחתן וליכא למימר דיש חילוק בין אבד לנפרע מקצת דכבר נעשה מעשה דא"כ אין צורך להך דכותבין עשרה שטרות במתנה דהא באבד אף בהלואה כותבין ובאמת לכאורה קושי' עצומה הוא. אבל בתר עיון נר' דנמשך הרא"ש אחרי דברי התו' שם ד"ה אלא כו' דהקשו דכ"ש דאם לא עשו שליחתן ולא כתבו שטר כלל פשיטא דלא יעשו שליחתן לכתוב מזמן ראשון דה"ל מוקדם דכל כמה דלא נכתב שטר לא חל שעבודו (והיינו כי התו' סבירא להו אפילו בשטר קנין בהלואה צריך לכתוב בו ביום רק יכולים למסור ללוה אבל מכל מקום צריך להיות נכתב בו ביום דהוא משוי' שעבוד כדמוכח בכמה דוכתי') ותי' התו' לא מבעיא בדלא עשו שליחתן פשיטא דאין לעשות שליחתן דה"ל מוקדם כהנ"ל אלא אפילו כבר עשו שליחתן וחל שעבוד רק נאבד מכל מקום איך יחזרו ויעשו שליחתן הא דמי' למוקדם ויבאו לחתו' בשטר מוקדם עכ"ל וצ"ל אם כן במתנה איך יחזרו לעשות שליחתן לכתוב שטר מתנה מזמן ראשון דהוא כמו מוקדם דילמא יבאו להכשיר מוקדם ומוקדם במתנה פסול אפילו במתנה דלית בי' אחריות דאם מכר לראובן בניסן ולשמעון נתן באייר והם יקדימו למתנת שמעון לאדר יהיה קודם למכירת ראובן שלא כדת וצ"ל דודאי שקר לא יחתמו דזה שכותבין מזמן ראשון אין שקר דבאמת נעשה בניסן רק דהטעות דלפעמים ילוה מעות בניסן אבל הם לא יבואו לכתוב שטר רק באייר ושורת הדין דלא חל שעבודו רק מאייר מזמן כתיבת השטר והם ברואם כי כתבו בזו שטר שאבד מניסן לא יתלו הטעם הואיל וכתב שטר מוקדם רק הואיל והלואה היה בניסן כי יחשבו דאז חל שעבוד ואם כן אף הם יכתבו זמן מניסן וזהו שלא כדין אבל במתנה בממ"נ אם מתנה נעשה בניסן אף דהם כותבין השטר מתנה בזמן מאוחר אחר כך יש לכתוב מניסן דהא אחריות לי' בי' ואם כן אף שכותבין מזמן העבר שפיר דמי ולהקדימו בזמן שקר לכתוב מאדר מה שלא היה בו מתנה כלל זהו לא יעשו כי אף שכותבין בזמן שאבד אין מקדימין הזמן ליום מוקדם משנעשה המעשה. ולפ"ז דהטעם והפי' עדים שעשו שליחתן משום דה"ל מוקדם ולא משום שעשו שליחתן דזהו רק בגט ולא בהלואה כמ"ש התו' שם ובד"ה אין הלכה ע"ש. אם כן לשיטת הרא"ש דסבירא ליה בשטר שיש בו קנין אם קנו בזמן הלואה בניסן יכולים לכתוב שטר אפילו

לאחר זמן מרובה כנודע ואם כן אף שטר שאבד יכולים לכתוב שטר אחר דמה ניחוש אם יכתבו כן אתו למיכתב מוקדם באיזה מוקדם אמרו אי להקדים הזמן קודם מעשה דנעשה בניסן והמה יקדימו לאדר הא לא חיישינן דא"כ אף במתנה אין לכתוב וכמש"ל ואם דיקדימו לכתוב בניסן זהו ראוי לעשות כיון דנעשה קנין בניסן ואי דיטעו ויכתבו לפעמים בהלואה בלי קנין הא לא חיישינן דאם כן אם קנו בניסן איך יכתבו באייר וכתבו זמנו בניסן דלמא יטעו ויכתבו בהלואה שנעשה בלי קנין בניסן באייר זמן שטר בניסן ועכצ"ל בין הלואה דיש בו קנין לאין בו קנין לא טעו כלל ואם כן מותרים לכתוב והא דלא מוקי הך דרב דאמר כותבין וכו' בשטר שיש בו קנין צ"ל דניחא לי' לשנויא בהך משום דרב אמר כותבין עשרה שטרות על שדה אחד ואילו בקנין מה איריא שדה אפילו שטרי הלואות נמי ולכך מוקי ליה בשטר מכר או מתנה דניחא דנקט שדה ובהא ניחא דפריך גבי אבד שטר מכירה אפילו באחריות נמי נכתוב וכו' וקשה הא כבר עשו שליחתן דמיירי בקנין כמ"ש התו' הטעם לרשב"ג דכותבין שטר למוכר ובזו בקנין דוקא ואם כן יכולים לכתוב ולדעת החולקים צ"ל דקושי' הגמרא דב"ד יכתבו שטר באחריות דאלימי. ובזה י"ל בתו' שם במילתא דרשב"ג דאמר אולי מכרה למוכר דכתבו שני פי' פי' א' בסתם וביש לו עוד שטר יטעון למוכר כותבין שטר למוכר וכו' ופי' שני דיש לו ראי' רק הואיל ועוד שטר בידו לא אלים מכירה והקשה לפי' זה בהגה דלכתוב בשטר שני שאבד הראשון וקשה גם לפי' הראשון קשה לכתוב דאבד הראשון וא"כ לא יוכל לומר למוכר היה לך שטר דהא נזכר דראשון אבד והוא מה שיש ביד מוכר די"ל ודאי אם ב"ד כותבי' שטר י"ל דכותבים כל המאורע מה ראו לכתוב שטר דאבד וכו' אבל אם עדים כותבין אין כותבין רק בנוסח שטר ראשון ואין זה דינם לכתוב דבר מה שלא היה תחילת שליחתם ואם כן א"ש דלתי' ראשון אמרינן כל ברייתא לא איירי כלל בכתיבת ב"ד רק הכל מעדים וא"ל א"כ מה קמ"ל בהלואה ומ"מ אין כותבין פשיטא עדים שעשו וכו' זה אינו דמיירי בקנין דהא כל חשש רשב"ג מטעם דכותבין שטר למוכר וזהו בקנין אבל לפי' שני כל הטעם דלא פי' כתי' הראשון דדחיקי ליה דאיירי דוקא בקנין ובלי קנין הא אין כותבין שטר למוכר וכו' ולפ"ז צ"ל דמיירי מכתיבת ב"ד דאל"כ מה קמ"ל ושפיר הקשו יכתבו שאבד וכו' ובזה ל"ק גם קושי' מהרש"א דהקשו התו' לפי' שני נימא דמכרה לאחר והקשה מהרש"א אף לתי' ראשון יקשה דלמא מכרה לאחר למ"ד א"צ ראי' וכו' ולפי הנ"ל ניחא דמי שוטה שיקנה הימנו שטר בלי ראי' אולי יש למוכר בביתו עוד שטר דכותבין שטר למיכר וכו' ויעשה קנוני' וימסרנו ללוקח הראשון ויפסיד הלוקח הזה דהוא יטעון איפכא המוכר מסר לך אבל בפי' שני שפיר י"ל דמכרה לאחר דלית

ליה פחד דמוכר ימסור ללוקח ראשון שטר דאיירי בלי קנין ואין כותבין למוכר ולית ליה שטר ודוק. ואם כן דברי הרא"ש נכונים דשם הנדון בתשובה שנשאל עליה שהיה טעות בשטר ונתבטל השטר ושאל השואל אי יש לחזור ולכתוב שטר אחר וע"כ דהיה אותו שטר בקנין או דשאלו אם לכתוב מזמן שני דאל"כ הא שטר ראשון דנתחלף שם הלוה חספא בעלמא ולא הוי כאן שעבוד כלל כמ"ש שם דלא הוי עשו שליחתן ואם כן איך יכתוב שטר שני הא ה"ל מוקדם גמור ומה צורך לפלפל אי עשו עדים שליחתן ועכצ"ל דהיה הנדון בקנין וליכא חשש מוקדם דהשעבוד חל משעת קנין בלי שטר או דהיה השאלה אי לכתוב מזמן שני וע"ז יפה השיב הרא"ש דבכה"ג אפילו עדים עצמן יכולים לכתוב וא"צ לב"ד כלל דלא שייך בהו עשו שליחתן דכיון דלא שייך בהו חשש מוקדם כלל ולא איירי הרא"ש בדין מוקדם רק בענין חשש אם עדים עשו שליחתן וזה פשוט. ולכן כתב הטור כאן אבל עדים לא יעשו לו שטר ולא לשון הרמב"ם עדי השטר עצמן דבעדי השטר עצמן כשיש קנין או לכתוב מזמן השני מותרים לכתוב כדעת אביו הרא"ש וזהו דלא כסמ"ע דכתב בס"ק ה' דטעם הטור והרא"ש משום דעשו עדים שליחתן וכו' וזה אינו לשיטתם וכמ"ש ונ"מ לדינא כמ"ש:

ד **ואם כתבו והזקקנו וכו'** הסמ"מ בס"ק יו"ד כתב כך אם העדים שחתמו על השטר הם המעידים צריך הב"ד לחקור לכל א' בפ"ע ולראות אם בדבריהם מכוונים כמ"ש בסי' כ"ח ואם כתב בו והזקקנו אמרינן דמסתמא היו חוקרים ואי לאו צריך חקירה חדשה ואז מועיל לענין לגבות בו ממשעבדי וכן אם עדים אחרים מעידים על כתיבה וחתימה של עדים בעינן דו"ח על כל מה שכתוב בשטר כיון שאין השטר לפנינו וכתב שכן דעת הטור ובע"ת עכ"ל ולענ"ד נראה דודאי אם עדי שטר בעצמן מעידים מה שייך דו"ח הא לשיטת הרמב"ם צריכים לזכור כל העדות כשמעידים על כת"י ופשיטא דצריכים להעיד על כל פרטי עדות ומה ענין זה לדו"ח הנזכר בסי' כ"ח ואם אין עדי שטר מעידים רק עדים אחרים על כת"י עדים דכתב הסמ"ע דבעי דו"ח ולענ"ד נראה כי דעת התו' ורשב"ם ורמב"ם בנמחק לא סמכינין על עדים אחרים המקיימים חת"י אם לא שבאים העדים בעצמן ומעידים על גוף הלואה דכך היה הלואה רק לא ידעו אי השטר נמחק. דז"ל התו' שם ד"ה מעמיד עליו נראה שמועיל לענין זה שעושין אותו מלוה בשטר דבשביל החתומים הבאים אחר כן לא היה אלא מלוה ע"פ וכו' עכ"ל ואילו ס"ל להתו' דאם עדים אחרים מעידים שהכירו החתימות שהוא כת"י עדים השטר מקוים מה מקום לכל דברי התו' הא מועיל אפי' עדי שטר מתו והלכו למד"ה או שכחו דמ"מ ע"י עדים הללו שראו השטר ונמחק הרי זה גובה אלא ודאי דס"ל לתו' כמו שפי' רשב"ם אם כתבו ונזדקקנו

וכו' שעמדו ב"ד המקיימי' וחקרו עדים החתומים בו להעיד ונמצא דבריהם מכוונים גובה וכו' ואם לאו צריך להביא ראי' על הזמן וסכום מעות ועל כל מה שהיה כתוב בשטר עכ"ל הרי דמפרש הכל על אותן עדים שכתבו שטר ולח פי' דבר באם ליתו להנך עדים רק עדים אחרים ראו השטר והכירו החתימות אלא ברור דס"ל לרשב"ם אילו סגי במה שעדים אחרים מעידים ענין השטר ומכירים חתימת העדים א"כ מה צורך נזדקקנו דע"כ אמרו ענין שטר דהרי הב"ד כותבים שאמרו ענין שטר ודו"ח בזו מה טיבה כיון שאמרו היטיב מה כתוב בי' וכמ"ש המ"מ וכי לא יעשו הב"ד כהלכה לחקור כפי הראוי ואם לא אמרו שמכירים חתימת עדים א"כ כל קיום הלזה ללא צורך דהא אי אפשר לקיימו לעולם דלדעת הרשב"ם כבר נמחק והלך ואף דיבואו עדי שטר ויעידו דכך כתבו שטר בממ"נ לענין מלוה ע"פ עדותם לבד מספיק ולעשותו מלוה בשטר א"א דאולי נפרע וזהו השטר שנמחק מזויף כי אין כאן קיום וא"כ בכדי כתבו הב"ד כל הקיום ללא יועיל כלל ובס' בני שמואל ביקש לפרש כן ודבריו מופרכים כמ"ש לכן ס"ל לרשב"ם דעדים אחרים לבד א"י להעיד או דחשבינן דאמרו בדדמי כיון שנאבד השטר או דה"ל עד מפי עד כמש"ל בדברי הר"י והרז"ה רק דאם הם ראו והכירו החתימות ונמחק ואח"כ באו עדי השטר והעידו שכך נכתב מאתם שטר א"כ אמרינן גוף העדות מעידים הם רק שלא יהיה נאמן לומר פרעתי בזו סמכינן על אחרים שראו השטר והכירו החתימות וא"כ משוי לי' חזקה דשטרך בידי מה בעי והרי הם רק סניף לגוף העדות שלא יכול לומר פרעתי ובסברא וסניף כל דהו אמרינן דלא פרע דהא הם מעידים דלא החזיר לו שטר ושטרו היה ביד המלוה וזהו לא הוי עד מפי עד כי זהו עדות שראהו ועל הלואה הא יש עדים אחרים עדי שטר ולא שייך כאן עד מפי עד כי אין מעידים על הלואה רק שלא החזיר השטר והיה בידו ונמחק אצנו. וזה ברור ונכון וא"כ תרתי בעינן ולכך אם כתבו והזדקקנו אמרינן דכבר קבלו גם העדות מפי עדי שטר אבל אם לא כתבו כן אמרינן דכתבו כן שמעידים על הקיום ומחק מ"מ צריך עדי שטר או עדים אחרים שהיו בעת הלואה וכתיבת שטר דלא יהיה עד מפי עד וקיום הנ"ל מועיל דלא יוכל לומר פרעתי והחזרת לי שטרך וכדומה וא"ש. ולכך כתבו התו' דאעפ"י דלא סגי דבעינן ג"כ עדי שער מ"מ מועיל עדי מחיקה וקיום לעשותו מלוה בשטר שלא יוכל לומר פרעתי כנ"ל ודברי התו' ורשב"ם ברורים והב"ח האריך בזה ודבריו מבלבלי' עין הקורא ע"ש והדברים נכונים כמ"ש. וכ"כ המ"מ בדעת הרמב"ם שכתב ענין עדים שראו שטר הנמחק וכתב ובכל זה אין אנו צריכים לעדי השטר כלל ולפיכך אם כתבו הב"ד שעדי שטר באו לפניהם וחקרום ונמצאו עדותן מכוונת גובה וא"צ להביא ראיה כלל וכו' ואם לאו צריך להביא ראיה שהרי זה כשטר

הראשון שלא היה מקום ויכול לטעון להד"ם עכ"ל הרי דעדים אחרים מקיימים השטר ומ"מ צריך להביא עדים ראשונים להעיד והוא הטעם כמש"ל בדברי תו' ורשב"ם אמנם יש חולקים כי דעת הריטב"א כפמ"ש הנ"י דאם הם מכירים החתימות סגי ולא הוי עד מפי עד שהרי הם מעידים כאילו נתברר להם שזה חייב וכתב זה בשם מורו ונראה שהוא דעת הרשב"א בב"ק שהבאתי בריש סי' דכתב להדיא בנשרף שטרו דא"צ לעדי שטר ולא קיום ב"ד רק הם יכולים לכתוב שטר אחר וכן דעת התו' בב"ק שם וכתוב' דף י"ט דבנמחק הם יכולים להעיד ולא הוי עד מפי עד כלל וא"צ לעדות של עדי שטר וכן העליתי לעיל לשיטת ר"י אם מעידים בעוד רישומו ניכר דהוי רק גלוי מלתא בעלמא וכ"כ הטור לקמן בסי' שפ"ו בנשרף דעדים עושים לו קיום ולא הזכיר כלל דבעי צירוף לאותן עדים שחתמו השטר דלא יהיה עד מפי עד ולשיטתם יש להבין מה הפי' של נזדקקנו וכו' ומה הראיה שיביא כיון שאמרו שכת"י עדים הוא וכמש"ל דאם לא אמרו כן בלא"ה כל הקיום ללא תועלת כלל ולכן נראה ברור דס"ל כמ"ש הרמב"ן בחדושיו לב"ב דאין משמעות הגמ' דהעדים מעתיקין אות באות כמ"ש בשטר רק הם אומרים לב"ד ראינו שטר שנמחק אשר משמעותו שראובן חייב לשמעון כך וכך וכל עניני השטר ולכך תמה הרמב"ן שמא היה בו לשונות סתומים שאין העדים בקיאים בהם ע"ש ולכך צריכין ב"ד לחקור היטיב לעדים אי לא טעו במשמעות השטר ואולי לא נתפרש להם על בורי' טיב השטר ובקל יתחלף המובן ולכך צריכה דרישה היטב איך כתבו בו באיזה תנאי ואיזה לשון וכל מה שנר' לבית דין לברר הספק שלא יכול להיות דטעו העדים במובן השטר וכדומה וזהו אומרם אם כתוב ונזדקקנו א"צ יותר כי כבר עמדו על חקירה אבל זולת זה צריך ראיה על השטר דהיינו עדים שיעידו באר היטב לברר הספק כי על אלו שאמרו אין אנו סומכים הואיל וב"ד לא כתבו ונזדקקנו מסתמא לא ביררו דבריהם כל הצורך ויש לחוש לטעות במובן ולכך צריך ראיה אחרת הא אם העתיקו השטר אות באות ודאי דמועיל רק מזה לא איירי כמ"ש הרמב"ן. והט"ז כתב דהטור ס"ל דצריך ג"כ עדי שטר ולא מועיל עדי קיום ולהרמב"ם א"צ וזה אינו:

ה **שצריך לכתוב שקרעו וכו'** הרב הש"ך כתב בשם מהרשד"ם דפי' דאל"כ פסול הוא ר"ל אם לא נקרע באמת פסול הוא דיכול לגבות פעמים ולכך מהראוי לכתוב בשטר דבר שפיסול השטר תלוי בו אבל באמת אם לא נכתב מ"מ כשר דחזקה שעשו ב"ד כהוגן ולא חיישינן לב"ד טועים ע"ש ודברים אלו אמורים ג"כ בתשובת מהרי"ן לב וכל דבריהם מחוסר הבנה דהא להדיא אמרינן שם בדף הנ"ל בגמרא כל טירפא דלא כתב בי' קרענ' לשטרא לאו טירפא ומה"ט דשמא יקח בב' ב"ד שני טירפו' וכן באדרכת' אי לא כתוב בי'

קרענ' לטירפ' לאו טירפא וממנו למד הרמ"ה דינו כמבואר להדיא בבע"ת שער נ"ד ע"ש וצ"ל כמ"ש הסמ"ע דודאי לב"ד טועין בדין לא חיישינן אבל לשכחה יש לחוש דהא זה מצוי בראשי חכמים ונבוני מדע ולכך חיישינן דאולי שכחו ואין זה טעות בחיקם ולכך אי לא נכתב פסול ודברי הגאונים הנ"ל צל"ע. והקשה הב"ח לפי דקי"ל כותבין שובר אם כן אף דלא נקרע בבית דין כשר כשיבא פעם אחת לגבות יקח הלוה שובר ולגבי הלואה לא שייך שובר לגבי לקוח' ליכא ותי' כל היכי דאפשר לתקן תחילה לא סמכינן אשובר דיצטרך זה לשמור שוברו ואי יאבדנו יפסיד עכ"ל והש"ך בס"ק י"ב דחה תי' זה איך קאמר כאן דאי לא נקרע פסול אפילו דיעבד הא יש לו תקנה בכתיבת שובר והש"ך ביקש לתרץ בדבר שאין בו ממש כאשר אכתוב לקמן ובאמת דברי הב"ח נכונים דכיון דמתחילה התקנה על בית דין המקיימים לקרוע לשטר דאל"כ הם גורמים לכתחילה ליקח שובר וזהו לא עבדינן לכתחילה וא"כ אם הם עשו קיום ולא קרעו השטר פשיטא דפסול גמור דיש לחוש לאחר שעשו לו ב"ד קיום הזה ילך בעדי מחיקה לבית דין אחר ושם יקרעו השטר ויכתבו כן בתוך שטר הקיום וכתורה יעשו וילך לטרוף ראשון בשטר זה השני והלוה בראותו שיש כאן קיום ונאמר בו שנקרע הראשון אם כן תו ליכא למיחש דילמא יש עוד שטר כזה בידו דאיך אפשר דחזקה על בית דין שעשו כהוגן ואילו היה בית דין אחר עושין לו שטר בלי ספק שהיה קורעי' השטר דכך שורת הדין לעשות ואם כן א"א בשני שטרות ולכך יפרע בטח ולא יקח שובר כמ"ש הבית יוסף לקמן סעיף ג' ועיין ש"ך סעיף קטן י"א ואחר כך יבא בשטר זה דלא כתוב בי' דקרע למגבי ומה יהני אז שובר דכבר נגבה פעמים ולכך בדיעבד פסול וצריך קריעה דוקא וליכא חשש ונכון הוא. אך יש להקשות דבשלמא אם אמרינן כדעת האומרים בקיום מחק הלזה די בעדים אחרים מעידים שראו שטר שחתו' עדים פלוני ופלוני ועמדו על הבירור שכך וכך נאמר בשטר הנ"ל בלי פקפוק שפיר יש לחוש דיבא בכת א' עדים כזה לב"ד פלוני וכת אחרת לבית דין אחרת וכן טובי אבל לפי דעת הרשב"ם ורמב"ם ותו' ב"ב הנ"ל שהבאתי לעיל דאין אלו לבד יכולים לקיים כי אם בצירוף עדי שטר דמעידים בגוף הלואה כנ"ל באריכות אם כן מה מקום חשש יש כאן אם יבא לבית דין אחר גם שם יצטרך להביא עדי שטר ואף הם יאמרו שכבר עמד בב"ד הראשון וליכא חששא והרמ"ה דכתב הך דינא אפשר סבירא ליה כדעת הטור וסייעתו כנ"ל ולכך המחבר דנמשך אחר דעת הרמב"ם כנ"ל אין זה לכאורה מקום לדין זה וצ"ל לאו דוקא עדי שטר עצמן רק אפילו עדים אחרים שהיו במעמד הלואה הנ"ל וכתיבת השטר אף הם יכולים להעיד שראו המלוה וכתיבת שטר דהא בדבריהם בלא"ה אינו נעשה רק מלוה ע"פ כהנ"ל ואם כו יש לחוש שהיו במעמד

הלואה כמה עדים ויבא בכת א' לב"ד אחד וכת ב' לב"ד ב' ולפ"ז לשיטה זו אם העידו שלא היה במעמד הלואה רק הם כדלקמן בסי' קי"ו ע"ש א"צ למקרע כלל וצ"ע דלא הביאו המחבר ולכך נר' דהשמיטו רבים מחברים דינו של רמ"ה כמ"ש מהרי"ן לב דיש לתמוה על השמטה משארי מחברים ולפמ"ש אין דין זה שוה לכל דעת הפוסקים:

ו **אבל שטר מתנה** עיין אורים שכתבתי דלדעת הרמב"ן צ"ל דמה דמתחיל' אמר כתבו מסתמא כיון לכל הנך שטרות כיון דלית בי' פסידא ולפ"ז נראה דאם עומד וצווח אין לכתוב בלי הסכמתו דהא בטל לשליחות וה"ל מפי כתבם וכ"כ הרמב"ן בפי' הספינה חוזר בשטר משום דלא ה"ל ספר המקנה והיינו הך דה"ל מפי כתבם ואעפ"י דמהרי"ק בשרש קט"ו כתב דאפילו הלוה עומד וצווח כותבי' לו באמת ראי' שלו שם איני מבין דמביא ראיה מן הך דנמחק דלפי פירוש התו' ורשב"ם מיירי דלוה אינו שם במעמד הב"ד מזו אין ראי' לעומד וצווח דאם אינו שם אמרינן דניח' לו וצווי ראשונה מועיל אבל אם עומד וצווח ומבטל השליח' אפשר דלא יכתבו וכן מה שמביא ראי' ממה דפרכינן בשורף שטרו אי איכא עדים דידעו לכתוב לי' שטרא אחרינא דלמא מיירי דמוחה מלכתוב אין כאן ראי' דסוף כל סוף חייב הלוה לשלם ואם כן לא גרם השורף הפסד ברור דהא מכל מקום חייב הלוה לשלם עפ"י עדים בב"ד אבל באמת אף דראי' שלו יש לדחות מכל מקום בנמחק וכדומה בשורף דב"ד כותבין ודאי דלא איכפת לן במה שמוחה דאלימי מעשה ב"ד ולגבי ב"ד לא שייך לא מפי כתבם ויפה דיבר מהרי"ק אבל שעדים בעצמן יכתבו אי הנותן מוחה פשיטא דלא יכתבו דה"ל מפי כתבם לשיטת הרמב"ן דבטל שליחת' וזה ברור וכן כתב הריטב"א הביאו הסמ"ע ס"ס דאם נקרע שטר מתנה והנותן אומר דנמחל דהולכין עדים אצל ב"ד וכותבים ולא הרשה לעדים לכתוב משום דהנותן מערער ה"ל מפי כתבם:

ז **שטר מתנה כו'** וה"ה שטר מכר שאין בו אחריות כן מבואר שם בגמרא וי"ל לפי' התו' דלכך עדים שעשו שליחתן לא יחזרו לעשות משום דדמי למוקדם ואתו לכתוב מוקדם כמש"ל בישוב תשובת הרא"ש א"כ במכר ומתנה שלא באחריות איך מותרים לכתוב דילמא אתו לכתוב מוקדם אי המתנה ומכירה נעשה בניסן ולא נכתב אז השטר וכתבו הם בתשרי שטר ויכתבו זמנו בניסן ואין לומר מה נ"מ הא אין בו אחריות וגוף הדבר אמת דזה אינו דטובא נ"מ בו ולפי דקי"ל בב"ב דף מ"ב שלשה לקוח' מצטרפין ודוקא בשטר דקלא אית ליה ואם כן הרי דאכלו ראובן שנה ראשונה ושניה בשמיטה ושנה שלישית עד ניסן ובניסן מכרה נשמעון ושמעון אכל בשדה עד תשרי שנה שלישית והמכירה היה בלי שטר ואם כן אין כאן חזקה דיטעון המערער הואיל ולא אכלת כל שלשה שנים

רק ב' שנים ומחצה וזה חצי שנה לא רציתי למחות דאין כאן אכילה ג' שנים רצופים כמ"ש רשב"ם שם ואי דשמעון בא מכחך זה לא ידעתי דהא לא היה בשטר ולית ליה קלא ואם כן הדין עם המערער אבל עכשיו דהעדים יקדימו לכתוב השטר מניסן אם כן יפסיד המערער דהרי זה יראה שטרו דהיה אוכל בקנין שטר וקלא אית ליה והוי כאילו אכל ראובן ג"ש רצופים וה"ל למחות דהא מניסן ואילך קנאו בשטר והרי בהקדמת שטר מפסידי' למערער בהיזק ברור וכמו כן להיפוך לפי דאמרינן שם אכלה בפני האב שנה ובפני הבן שנה ובפני הלוקח שנה הרי זה חזקה ופריך הגמרא אין לך מחאה גדולה מזו שמכר שדהו ופי' התו' דוקא שמכר בשטר אבל בלי שטר לא קרוי' מחאה דלא שמע בי' ועיין לקמן סי' קמ"ו ע"ש ולפ"ז הוא דאכל בפני המוכר ב' שנים ומחצה ובפני לוקח שלקח שדה בניסן בלי שטר חצי שנה ואחר כך לא נזהר בשטרו כי לא שמע מחאה והמכירה לא היה בגדר מחאה כיון דמכרה בלי שטר ועכשיו דעדים יקדימו לכתוב השטר מניסן אם כן הרי כאן מחאה שמכר תוך שלש שנים לאכילתו בשטר וה"ל להזהר בשטרו כנ"ל ומפסיד המחזיק שלא במשפט וכדין ואם כן אסור לכתוב מוקדם אפילו בלי אחריות ואם כן עדיין הקושי' במקומו איך יעשו שליחתן דיטעו לכתוב מוקדם וי"ל בדוחק וצ"ע. ואולי י"ל דבאמת הא דכותבין עשרה שטרות היינו הכל ביום' כתבינן אפילו כמה שטרות ומוסרים ללוקח שאם אבד אחד יהיה לו שני לראי' ואם כן ליכא מוקדם והא דפריך הגמרא עדים שעשו שליחתן וכו' ופי' התוס' דה"ל מוקדם היינו בס"ד דאיירי בשטר שיש בו אחריות ואם כן איירי באבד ונשרף כמ"ש התו' שם וכותבין מזמן ראשון ואם כן שפיר פריך ה"ל מוקדם אבל למה דמשני בשטרות שאין בו אחריות שפיר י"ל בו ביום וצ"ע בפוסקים או י"ל כי אית ליה לשטר קלא היינו באחריות דמפקי קלא להזהיר הלקוח' אבל שלא באחריות לית ליה קלא וצ"ע:

ח **ודוקא שיש עדים כו'** עיין אורים שכתבתי דוקא בנמחק לגמרי צריך עדים וראי' לזו נר' מהא דאמרינן שם בגמרא זיל כתוב ליה שטר על מחק ועדיו על הנייר ופריך הגמרא ודלמא רשומו ניכר דתנן נמחק כו' וקשה מה קושי' הא זה מחקו ברצון ובכוונה ואם כן אף דנמחק והיה רשומו ניכר מכל מקום הא צריך להביא ראיה דהיה נמחק באונס וזה א"א להביא דכי יביא עדים שקרים ח"ו דהא באמת לא קרה המחק באונס רק ברצון גמור ועכצ"ל דהואיל ורשומו ניכר א"צ ראי' כלל על המחק ולא אמרו דצריך ראי' רק במחוק לגמרי וברור:

ט **ואפילו נאבד בעדים כו'** דין זה יליף הרא"ש בתשובה כלל צ"ד מהא דאמרינן בפ"ב דכתוב' אבדה כתובתה כאילו היה מטמינה דחישינן דלמא תמצאנה וגבי' בכתוב' פ"א

וע"י עדי הינום' פ"ב ולזו פי' במה דמשמע מהרשב"ם פ' ג"פ דאי יש עדים על האבידה מהני היינו אבידה באור ואע"ג דהך סוגי' בכתוב' הוא למ"ד אין כותבין שובר אבל למ"ד כותבין שובר ליכא למיחש דאם תגבה פ"א תכתוב שובר ובשטרי הלואה ל"א שובר גבי לקוחות ליכא רק גבי שט"מ ומו"מ מ"מ תי' הב"י דחיישינן דילמא ימצא שטר גמור ראשון ויגבה בו ואז לא יחוש לשום דבר וליכא למיחש כלל ולא יעלה בלבו ליקח שובר רק יקח שטרו קרוע וישליכו לאשפה ואחר כך יבוא בקיום הלזה והקשה הש"ך אם כן עדיין קשה שם בפ"ב דכתוב' במה דמשני דכותבין שובר איך מתוקן בכך דילמא תגבה ראשון בכתוב' ואחר כך בעדי הינום' ולזאת ביקש לומר דכשהיא נפרעת על כתוב' ומוסרת הכתובה ביד הבעל היינו שובר דלא תוכל לגבות עוד שנית ולכן ביקש לומר אף בשטר הלואה כן רק הרא"ש מירי דאין מודיעים לו כלל וא"כ מהכ"ת יהיה נזהר בשטרו לשמרו אבל כשמודיעים לו הרי נזהר והרשב"ם איירי דמודיעין ללוה ולכך א"ש והאריך וכל דבריו אינם ברורים כי מה שהקשה על הרא"ש לפי מ"ש הב"י דהוא יבא בשטרו הראשון אם כן אף גבי כתובה ניחוש דתגבה בכתוב' ראשון לק"מ דלא מבעיא לשיטת התו' דסבירא להו הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום אפילו במקום שכותבין ואין כתובתה בידה אם כן הוא צריך מעולם ליקח שובר מהאשה או לכתוב על כתוב' שנפרעת ולשמור אותה דאולי תבוא מחר בעידי גרושין ותגבה הימנו והוא א"נ לטעון פרעתי והוא ודאי לא יסמוך על מגו דלא גרשתיך וכדומה שכתבו התו' דזהו לטובתו דכל מה דאנו יכולים לחוש לטובתו מבלי להפסיד מגו שלו חיישינן אבל בשביל כך לא יסמוך הבעל ולא יקח שובר הלא בקל תוכל לברר כי היא אשתו ואם כן דבכל צד יקח שובר פשיטא דאין לחוש אבל כאן בלוה שלא ידע דבר והוא מחזיר לו שטרו מהכ"ת לשומרו וזורקו לאשפה ואף גם לדעת הרי"ף אשר כפי מ"ש גם הרא"ש סבירא ליה כוותי' דבמקום שכותבין ואין כתובה בידה נאמן לומר פרעתי ג"כ לק"מ דהא במה שהיא גובה בעדי הינום' היינו במודה דחייב אבל אם טוען פרעתי נאמן ואם כן כל החשש דתבא ראשון בעדי הינום' ויודה דחייב ויפרע ואחר כך תבא בכתוב' ואז לא יהיה נאמן פרעתי נגד מעשה ב"ד ולכך אם אמרינן כותבין שובר ניחא דעל עדי הינומא לוקח שובר וישמרנו אבל ליכא למיחש דתבא תחילה בכתובה ולא יקח שובר דא"כ אם תבא אחר כך בעדי הינום' ואין כתובה בידה יטעון פרעתי והרי הוא נאמן וזה פשוט וברור ולק"מ ודברי ב"י נכונים. אך מ"ש בסברא דאם מודיעים ללוה שכתבו שטר אחר אזדא סברת הב"י דיגבה ראשון בשטר דהא מכל מקום ידע ונזהר לשמור השטר תמור שובר לא נראה כן מדברי רשב"ם דכתב דלכך לא יכתבו שמא ימצאנו וטריף וחזר וטריף והרי מוכח

דא"א לומר ברשב"ם דמודיע ללוה כמ"ש וליכא חששא דא"כ איך כתבו דטריף וחזיר וטריף הא הלוה יודע ויכתוב שובר ובאמת בגמרא מוכח דאפי' לוה לפנינו אין כותבין לו בשטרי הלואה דהא בגמרא פריך ולכתוב תברא וכו' והקשו התו' הא איירי דאין המוכר לפנינו ותי' דהא דקאמר חוץ מן אחריות משמע בכל ענין אפילו הוא לפנינו ואם כן הוא הדין רישא בשטרי הלואה דאין כותבין גם כן איירי בכל ענין אפי' הלוה לפנינו דהיא היא בחדא בבא מיתני ואם כן ש"מ דאף דמודיעין לו מכל מקום אין כותבין וזה ברור דלא כש"ך ובאמת מה יהני הודע' אולי ישכח או ימות או ילך למד"ה ויהיה נפרע שלא בפניו. אמנם אי קשי' הא קשי' קו' תוס' שם ד"ה בעלמא דכיון דקי"ל כותבין שובר ולגבי מלוה לא אמרינן שובר גבי לקוח' ליכא אם כן בבא בב"ד דאבד שטר' יכתוב שובר ללוה כל שטרא דיפקנו בטילים עד זמנא דא חוץ משטר זה ואם כן תו ליכא למיחש כלל ולא שייך תי' הב"י דתיכף יכתבו שובר ויבא באיזה שטר שירצה הרי יש שובר בידו וקו' גדולה היא ותי' התו' דחוק למאוד כמו שסיימו בעצמן פתחו בתימ' וסיימ' בשמא ע"ש ומה שנראה בישובו או דבלא"ה איכא למ"ד אין כותבין שובר רק אמרינן אבד שטרו של זה יאכל הלה וחדי וה"מ כשבא לגבות המעות אז אמרינן ע"כ תקח שובר דאל"כ וכי יפסיד מעותיו ותעכב ממון חבירך לעולם אבל בבא המלוה לא לתבוע המעות רק שיכתוב לו שטר אחר למשמרת ע"ז לא שייך יאכל הלה וחדי כי אמרינן מה לך בשטר המתין בזמנו תבע תשלומין ואם כן למעבד ללוה תרתי להרבות עליו בשטרות דאיתרע חזקתו כדאמרינן בהספינ' בחוזר בשטר דלא ניח' ליה להרבות בשטר וע"ש בתו' וברא"ש ואם כן תרתי נעבד ליה לשמור שוברו ועי"כ נפיש עליו שטרי וזהו אין הלוה מחויב ואינו בגדר עבד לוה וכו' דלוה טוען המתן עד זמן פרעון ותבע מעותך ואם אין שטר בידך תכתוב שובר ולא מקדם מיהו בשטר מכר באחריות דלא נודע אימת יבא הטורף לטרוף השדה ואין הלוקח יודע כלל י"ל המוכר מחויב ליתן לו שטר אחר אם יכתבו לו שובר ויותר נראה דודאי אין כותב בשובר דמבטל החוב דא"כ איך אפשר לכתוב שטר השני מזמן ראשון רק כותב שמבטל השטר וחובו בתקפו אם כן יש לחוש אולי זה השטר שאמר שנאבד מכרו לאחר וגם זה שטר חדש ימכרנו לאחר וא"כ אף שיתן המלוה שובר בבא לוקח שני בשטר הטפסה בב"ד יגבה כי המלוה לא נתן שובר עליו אדרבא חזקו שטר זה ואח"כ אם יבא לוקח הראשון לתבוע בשטרו לא יועיל שוברו של מלוה כיון שכבר מכר והשובר מאוחר למכירה וזה מבואר בגמ' ב"מ דף כ' דשובר מאוחר למכירה אינו מועל רק שם אמרינן דהוא כמחילה וכשמואל חזר ומחלו מחול וזה לא שייך כאן דהא לא מחל החוב רק השטר ולוקח שני אינו יכול להפסיד ולמחול חוב של לוקח

הראשון בשלמא מלוה גוף השעבוד אצלו משא"כ בלוקח ואם כן יצטרך לשלם פעמים ולכך לא מהני שובר משא"כ בשטר מכר שפיר פריך הגמרא חדא דסתמא קתני שטר מכר אפילו אינו שטר קנין רק שטר רחי' וזהו חינו נקנה בכומ"ס כדלקמן סי' ס"ו ולא שייך חשש דמכרה לאחר ועוד בשטר מכר שניהם ביום א' ועל שדה א' חד מנייהו רק גובה כמ"ש תו' שם ד"ה אבל בסופו ע"ש. מיהו י"ל דהמוכר דלא ידע שעשו לו עוד שטר הוא לפי תומו יקנה ממנו השדה ויקח ממנו השטר לחזרה ואחר כך יבוא הוא בשטר שני לגבות ממנו ובתו' דהק' דיכתוב בשטר שאבד הראשון ל"ק דילמא ימכור זה שני למוכר ואחר כך יתבע בראשון ז"א דיכתבו שני רק לראיה בעלמא וא"א למוכרו דלא נקנה בכומ"ס. ובזה ניח' קו' הב"י וש"ך וא"צ לתי' הב"י דיבא בזה ראשון דהוא דוחק חדא דהא אמרינן בב"מ נפילה קלא א"ל ועוד הא יש להודיע כמ"ש הש"ך אבל לפמ"ש ניח' דימכרנו לשני ב"א ולא מהני שובר וא"ש. ולכך ל"ק מכתובה דשם אם תבוא ראשון בעידי הינומ' בלי כתובה אם כן צריך שהאשה תבוא ומה לוקח יש פה ואם כן תתן שובר גמור במחילה גמורה ואף שאח"כ יבא לוקח בכתובה הא נמחל ומחלה מחל ואם תבוא ראשון בכתובה ביד לוקח והוא יתן שובר איך תוכל לבוא היא בעידי הינומ' מה שכבר מכרה ונתן שובר ולק"מ. ובזה יש לישב מה שטען הרא"ש על רשב"ם דכ' דליכא עדים על אבידם דאילו יש עדים הא יש לחוש שתמצאנו והביא ראיה מכתובה. ובאמת קשה מיני' וביה דרשב"ם בעצמו כתב חשש זה רק באמת לכאורה דברי רשב"ם מדוקדקים בברייתא מי שבא ואמר אבד וכו' משמע דליכא עדים ולכך הק' על ברייתא מגמרא דכתובות ובאמת דברי הרשב"ם סותרים אבל לפמ"ש ניחא דחושש דיגבה כדעת הב"י לא סבירא ליה או כמ"ש הש"ך דמודיעין ללוה או דיפסול כל שטרות בר מדא וימסרו ללוה רק חושש דלמא מכרו וכמ"ש ולכך ביש עדים שראו שאבד ל"ל דמכרה דהא ראו יוצא מת"י וכמ"ש ב"מ הנ"ל בשטר כתוב' יוצא מת"י לא חיישינן למכירה ויש לדקדק על הרא"ש דכ' הואיל ונאמר מי שבא וכו' משמע דליכא עדי אבידה רק מפיו אנו חיים דילמא משום סיפא נקט ליה בשטרי מקח דסבירא ליה לרשב"ג הואיל ואותיות נקני' במסירה דלמא מכרו למוכר ואילו יש עדי אבידה נשמע מי האובד מוכר או לוקח ולכך איצטריך מי שבא כו' ויש ליישב ואין להשיב אם כן כי דייקת מהך ברייתא דהואיל דקתני מי שבא וכו' דבעדים כתבינן הך מ"ד דסבירא ליה אין כותבין שובר ודאי אפילו בעדים לא כתבינן כקו' הגמרא בכתובות דילמא גבי' וכו' אם כן הקו' במ"ע למה קתני מי שבא וכו' וד"ל הך ברייתא כתנא דסבירא ליה כותבין שובר דהיא פלוגתא דתנאי בב"ב רק י"ל דלא פסיק' ליה דאם אין שם רק כת א' דראו אביד' ודאי כותבין לו דתו לא

יוכל לבוא פעמים בב"ד דהא ליכא רק כת א' והמה יאמרו שכבר העידו בב"ד ועכ"פ אין להרא"ש דיוק ממי שאבד די"ל עיקר חשש דילמא מכרו אבל לא שמא ימצאנו יפרענו דהא כו"ש וכקושי' התו' ולכך כתב הרמב"ם דחיישינן שמא כבר פרעו ולא כתב שמא ימצאנו ויפרענו משו' דקשי' ליה קו' התו' וא"כ כל החשש שמכרו לזה מהני אבד בעדים. מיהו לפמש"ל בסי' ס"ו הרא"ש אזיל לשיטתו דס"ל דשטר נקנה באגב ואין ראי' משטר כתובה יוצא מת"י דאביי שם ב"מ לשיטתו ע"ש ואם כן אף אבד בעדים עדיין י"ל דלמא מכרו והא דשטרו בידו אין ראי' דלמא מכרו באגב. וזהו נראה בכוונת לשון הרמב"ם שכתב מי שכתבו לו שטרו וחזר בשעתו ואמר אבד וכו' דמה ביקש הרמב"ם בהלשון לשעתו אלא דוודאי ביום שלאחריו פשיטא דיש חשש מכירה אלא בו ביו' מה בכך דזה בא בשטרו וזה בשוברו הממע"ה מכל מקום נתן הטעם שמא פרעו. ובזה יובנו דברי רשב"א בתשובה הובא במהרי"ק סי' קי"ו וא"ע סי' ס"ו נשים שיצאו בגולה ואבדה כתובתן דיכתבו להם כתובה חדשה דלא שייך שמא תמצא שהם וכו' ע"ש וקשה הא בלא"ה צריכה שובר מטוען אחר מעשה ב"ד אפילו לדעת הרי"ף דכאן לא איתרע הואיל וכתובה אין בידה דהאונס גלויה ואם כן מעולם לא יכולה לקבל פרעון רק בשובר ומה חשש יש עוד אלא יש חשש דתמכור ויצטרך לשלם פעמים ולכך נתן טעם דלא תמצא כלל וא"ש. ולענ"ד נרא' לדעת הרמב"ם אפילו ידעינן דנאבד ממנו ונשרף רק לא ידעינן אם באונס או במקרה לא כותבין שטר אחר דחיישינן דהואיל ולא השגיח בשמירתו ודאי פרוע הוא דקשי' על הברייתא והרמב"ם בהל' הלואה הכל משנה שאינה צריכ' דהא בפ"ק דב"מ ורמב"ם הל' אבידה מצא שט"ח לא יחזיר ואם שט"ח גופי' לא מחזירין איך ס"ד לכתוב לו שטר אחר בקצור יחזירו לו זה ועכצ"ל דידוע דנאבד הימנו ואם כן אין זה ענין להך דב"מ דשם בידוע שהוא אבדו מחזירין לו לו יהיה דנותן סימן וקמ"ל דמ"מ שטר חדש אין כותבין דאולי פרוע ואין לנו לעשות מחדש מעשה מה דלא בריר' לן וזה ברור ומוכרח. ולכן לדינא הך ענין נאבד צ"ע כי נרא' רוב פוסקי' חולקים ולא סבירא להו כרא"ש כיון דכותבין שובר יכתוב שובר כקו' התו' אם הוא מרוצה ואין מקפיד ואולי בנדון הרא"ש לא רצה ליתן שובר כזה אבל אם באמת רוצה ליתן צדקו דברי התו' כמ"ש דהא אפשר ליתן שובר תיכף:

י **אא"כ מעידים שנשרף** הנה הש"ך יצא לדון בדבר חדש דאף דאיכא עדי שריפה וכותבין שטר חדש כותבין מזמן שני אם לא דליכא רק כת א' היודעים משריפה דאל"כ דילמא מביא עדי שריפה בב"ד זה וכת א' בב"ד אחר ואי דכותבין שובר דלמא יעשה קנוני' להפסיד ללקוחות ויכבוש שוברו ודבריו בלתי מובני' א"כ למה ליה לגמרא לומר

גבי לקוח' במו"מ דלכך לא מהני שובר דשוב' גבי לקוחות ליכא הא יש לחוש דיכבוש השובר ויעשה קנוני' ועוד מה פריך הגמרא בשורף שטר אי דאיכא עדים נכתוב לי' שטר' אחרינ' דילמא יש כאן עדים רבים ואם כן אין לכתוב רק מזמן שני ואם כן יצא נקי דקדמהו חובות מוקדמין ואילו היה לו שטר ראשון היה הוא המוקדם ולכך צריך לשלם וע"ז רמזו התו' ב"ב דף ק"ע ד"ה הלכה דכתבו מהך דשורף מוכח דכותבין מזמן ראשון והיינו כמ"ש. ואם ניחוש כזה אם כן בפרעון השטר לא נחזור ללוה בלתי קרוע דאולי יעשה קנוני' ויחזירו למלוה לגבות בו מן לקוחות ולכן לדבר זה אין לו שורש:

יא **שנשרף כו'** עיין אורי' מ"ש בשם ריי"ו ומ"ש הש"ך עליו ונכון הוא איברא דלכאורה יש להק' אם כן מאי פריך בב"ק בשורף שטר אי איכא עדים ליכתוב שטר' אחריני ואי דליכא מנא ידעו מה קושי' דילמא מיירי בעדי שטר הן עדי שריפה ואין זוכרין מה היה כתוב בשטר והשטר מקוים ולכך אילו לא נשרף היה גובה מהלוה אף דאין עדים זוכרין דכת"י יוצא ממ"א אבל עכשיו דנשרף א"א לגבות מהלוה וא"כ הוא הפסידו וחייב למאן דדאין ד"ג וצ"ל כמש"ל בסי' מ"ו ולעיל סי' כ"ח דודאי אילו אנו יודעים בבירור דאין עדים זוכרים העדות אף בכת"י יוצא ממקום אחר היה השטר נפסל רק דלא מהימנו בכת"י יוצא ממ"א ולאו כל כמיני' לבטל השטר משא"כ עכשיו דנשרף והם מעידים על השריפה דיש להם מגו דשתקו הם נאמנים דלא היו זוכרים וא"כ איגלאי מילתא למפרע הפסול ובטל היה מעיקר' רק לולי שנשרף היה גובה בשטר פסול כי הב"ד לא היו מאמינים ועכשיו נתברר האמת וא"כ אין לחייב השורף כי יאמר מה אפסדתי שטר בטל הייתי שורף ומה בכך שהיה גובה אותו שלא כדין הא עכשיו נגלה דלא כדין היה נגבה וכצ"ל אף לשיטת החולקים דדילמא מיירי דעדי שריפה היו עדי שטר ואמרו אנוסי' מחמת נפשות או קרובים וכדומה דכל זמן שהיה השטר קיים ומקוים אינם נאמנים אבל עכשיו דנשרף ואין כאן עדים זולתם נאמנים ונפטר הלוה והשורף גרם לו היזק דאם היה השטר קיים לא יהיו נאמנים וצ"ל כנ"ל דא"כ הם מעידים דשטר באמת היה פסול רק דמקדם לא היו נאמנים אין כאן חיוב על השורף כלל וכן י"ל ברמב"ם דאם אין זוכרין היינו פסול בגוף השטר כמו אנוסים וקרובים היינו. אלא דקשה עדיין מה פריך דילמא איירי שראובן היה לו שטר מקוים על שמעון ויעקב שורפו והיו עדי שריפה קרובים לשמעון וא"כ א"א לראובן לגבות משמעון עפ"י עדותן דהא המה קרובים לשמעון אבל נגד יעקב השורף נאמנים דהיה לראובן שטר על שמעון מקוים ואם כן מחויב יעקב לשלם מדיני דגרמי ואין לדחות בלא"ה משני שפיר במאמינו דהא המהרי"ק שורש קי"ו ויתר מחברים דייקו מהך קו' כדומה ולמדו שארי דינים וצ"ע:

יב **וידוע זה בעדים כו'** הא דלא מוליך השטר עמו ואם יהיו עדים שנאבד יתנו לו ב"ד הטפסה אחר או אם מטפיסים יהיה הטפס' בב"ד וגוף השטר יוליך עמו תי' הסמ"ע דבשלמא אם נאבד טופס ב"ד נותנים טופס אחר אף שאין לו עדים על אבידת טפיס' ראשונה דאף דשני טופסים בידו ליכא למיחוש דאם יבוא בטופס א' יכתוב שובר משא"כ אם יאבד השטר בלי עדים אין נותנים לו הטפסה דאולי יגבה בשטר תחילה ולא ירגיש בו הלוה ליקח שובר ואחר כך יגבה בטופס ומהרי"ן לב תי' דלא ילך לב"ד ליכתוב לב"ד ששטר מונח בידם כי לא ידע שהיה טופס ביד ב"ד ואם כן יהיה שטר מונח לעולם ביד ב"ד ואולי יהיה נאבד ואין תי' זה מספיק אם נאמר שעל גוף השטר יכתבו הב"ד כי הטפסה בידם וא"כ תו ליכא למיחוש וכ"כ בכה"ג ע"ש ואולי סבירא ליה לבעה"ת כדעת רשב"א לקמן סי' מ"ד ס"ו דמחק וגרר מאחורי שטר כשר כל שאינו בגופו ותורף השטר לא מפסל ועמ"ש באריכות ואם כן מה מהני דיכתוב ע"ג שטר והוא ימחקו או יגררו והשטר לא יפסול בשביל כך ואם כן לא מהני כתבו ע"ג ולק"מ אלא שאני תמה ממה שכתבתי לעיל דאיך יניחו בידו שני טופסים משום דכותבין שובר אולי ימכור טופס אחד בכום"ס לאחד בניסן והשני לאחר באייר ויבא זה הלוקח מאייר לגבות ואחר כך יבא זה שבניסן ואף שיהיה ללוה שובר מלוקח איך פקע זכותו של לוקח ראשון בשטר שבידו והוא לוקח ראשון ומחילת לוקח שני אין מבטל ומפקיע זכות לוקח ראשון ונראה דלזה נתכוון הב"ח דכ' דיש חשש בשני טופסין דיגבה ויחזור ויגבה וכי נעלם ממנו מה דקי"ל כותבין שובר ואולי כוון למ"ש דיחזור ויגבה ע"י שימכור הטפסה לאחר ואולי סבירא ליה לסמ"ע דלא אלים כח שטר הטפסה שיהיה רשות למכור ובלא"ה מכירת שטרות דרבנן ולא תקנו בהטפסה מכירה ואילו דבר זה קיים ומוחלט אף מה שדקדקתי לעיל דיכתבו על גוף השטר דיש ביד ב"ד טופס מיושב דמכל מקום אם אבדו שלא בעדים לא יתנו לו בית דין הטופס דאף דלא יפרעו הלוה בלי שובר מכל מקום אולי ימכור גוף השטר והוא באופן דל"ש בי' מחילה ויבא ראשון בטופס לגבות ואף דיתן שובר מכל מקום יבא הלוקח בשטרו ואי דשובר הוי כמחילה אולי אירי בשטר דכתב בו משתעבדנ' וכו' דלא שייך בי' מחילה אך כל זה דוחק ובפרט דנימא דשטר שעושה ב"ד לא יהיה כח כמו שארי שטרות ולכן היה נראה דהדברים ככתבן דדוקא אם נאבד הטפסה בעדים הוא דמחזירין השטר אבל אי לא נאבד בעדים לא ומה"ט דילמא יחזיק שני הטפס' וימכרן לב' ב"א כמ"ש ולכך אין נותנים גוף השטר ויהיה הטפסה ביד ב"ד דאולי ילך לב"ד השני ג"כ ויעשה הטפסה ויהיה נאבד בכמה כתי עדים ויביא כת א' אל הב"ד זה וכת א' אל ב"ד זה ויהיה בידו שני הטפסות וימכרן לב' בני אדם כהנ"ל ולפי

פי' זה צ"ל הא דאמרינן בנשרף כותב אם היו עדים רבים במעמד השריפה צריכין ב"ד לכתוב דלא יהיה הרשות למוכרו ודוחק וצ"ע. אמנם בקו' זו דיקח שטר עצמו ואם יאבד בעדים ויברר יכתבו לו ב"ד שטר אחר ע"ל סעיף א' כמה תנאים צריכים בקיום ולדעת רבים מהמחברים צריך עדי שטר גם כן מעידים על עדותן ואפילו להחולקים צריך דו"ח שלא יטעה במובן השטר ואם כן מה לו להכניס עצמו בתגר הלזה ויותר טוב שיקח טופס ובעדי אבידה סגי ולק"מ ותמהני מהסמ"ע והב"ח איך לא שתו לבם אל זה כמה תנאים צריכים בזה:

יג **מי שהיה לו וכו'** שני דינים הללו דאם אבד השטר והוא בתוך זמנו וכן דין שני דהוא נמצא ביד אחר והוא תוך זמנו דבשניהם יוכל הלוה לטעון פרעתי תלה הרמב"ם בפרק י"ד מהל' מלוה בהוראת רבותיו ועל שני הדינים השיג הראב"ד דלמה יוכל לומר תוך זמנו פרעתי והמ"מ תמה להיפך דלמה תלה הרמב"ם בהורא' רבותיו הלא גמרא ערוכ' דאפילו לנפילה בת יומא חיישינן אם אין החייב מודה ואין לך תוך זמנו יותר מזה והש"ך הוסיף בראי' דרמב"ם פסק בכתובה הנמצא לא יחזור לאשה דחיישינן לפרעון ולקנוני' והראב"ד לא השיג עליו ואין לך תוך זמנו יותר מזה ותי' הש"ך דוודאי אם אין כאן עדים רק תבעו בשטרו כ"ע מודו דחיישינן לפרעון אפילו תוך זמנו רק כשעדים של הלואה כאן יטעון המלוה דל שטרא מהכא אני אתבעך בעדים והוא תוך זמנו ובזה תלה הרמב"ם בהורא' רבותיו ועל זה נחלק הראב"ד ודבריו בלתי מובנים דאין לך עדים יותר מהאשה היושבת תחת בעלה והיא באה במב"ד ולמה לא נחזור ואי דסבירא ליה באמת לענין גבי' מבעלה יחזור רק לא לגבות מלקוח' ואף זה מחוס' הבנה ממנ"פ הא קלא אית ליה דהא נשאת והיה לה כתובה ואם אתה אומר דחוששין לפרעון אם כן אף הוא בשטוען פרעתי להימן ואם אתה אומר דאין חוששין הואיל תוך זמנו אף מלקוח' לגבי' דהא הך חזקה אין אדם פורע ת"ז אלים דגובי' אפילו מיתומים קטנים וכל הבדל שיש בינו לגבי לקוח' במלוה על פה הוא דלית ליה קלא וכאן הא אית ליה קלא ולכן לא הבנתי בכתובה למה לא תגבה מן לקוחות ומה טעם יש בו ובאמת הך דפריעה בת יומא והך דכתובה יש לדחות דשם לא קבע זמן בשביל פרעון וגרע ועמש"ל סי' ל"ט סק"ז ע"ש אבל כבר כתבו דבלא"ה דוחק לומר דכל הני דנזכרים בש"ס שטר שכתוב בו הנפק וכדומה דליכא חשש דילמא כתב ללות וכו' יהיה איירי דוקא באין בו זמן או לאחר זמן וגם בכותב שטר והנפק בו ביום ודאי ה"ל כקבע דשיער בנפשו שבו ביום לא יפרע דאל"כ מה כל החרדה שטר והנפק אי עלה בדעתו מתחילה לפורעו תיכף אלא ודאי ה"ל לאותו יום כקובע זמן וזה ברור בסבר' ולכך דברי הש"ך דחוקי' במ"ש דאם אתה אומר דלא פרעו אף בשטר

יגבה ואין לך עדי הלואה גדול מן שטר שיש בו הנפק ואף מלקוח' דהא אית ליה קלא ואם אתה אומר דאיתרע אף בבאו עדים מה יועיל אנן סהדי דלוה לו וקבע לו זמן ולא נכנס זה לבית ספק כלל. ולכן נראה דהא בלא"ה דין זה ברמב"ם מיותר שכבר נאמר בהל' אבדה מצא שט"ח לא יחזור אלא בנדייק דגבי בבא ראשון באבדן השטר לא הזכיר הרמב"ם טענת הלוה רק פרעתי ובבא שניה בנמצא ביד אחר כתב הרמב"ם טענת הלוה ממני נפל אחרי שפרעתי ולכך ודאי בשטר שנפל והלוה טוען פרעתי והחזרת לי שטר והשלכתי לאיבוד כ"ע מודו דאפילו תוך זמנו נאמן כמשמעות הגמרא לעולם לא יחזיר אפילו בכתובה וכו' ואף הראב"ד מודה בזה ולכך לא השיג כלל לעיל בהל' אבידה והגע עצמך לראב"ד אם אירע דפרע בגו זימנא יצטרך ליקח שובר וזה אינו אבל אם הלוה מודה שלא הגיע השטר לעולם בידו ומיד המלוה נפל רק טען פרעתי והאמנתיך דתחזיר לי שטר ואף אתה לא השגחת' בשמירתו להיות נמחל שעבודו ולכך נאבד בזו הדבר ספק דכל הטעם בשטר דא"נ לומר פרעתי משום שטרך בידי מה בעי וחזקה כשלוה פרע דאינו מניח השטר ביד המלוה וכאן הרי מודה דשטר ביד המלוה היה ומידו נפל ומכ"ש בנודע שהיה תוך זמנו ואיכא גם כן חזקה דאין אדם פת"ז והרי כאן מקום ספק אם נאמין ללוה ואפילו מגו דהחזיר לו ומידו נפל לא אמרינן דשני חזקות מצטרפים לחזקה אלימתא ולא אמרינן בי' מגו ולכך תלה הרמב"ם הדין בהוראת רבותיו דמ"מ נאמן דאיתרע הואיל ונאבד וחזקה דפרעו וע"ז טען הראב"ד לא כי דאם הוא תוך זמן הרי ב' חזקות משוים דלא יהיה נאמן במגו כלל ונאמן המלוה בשבועה וכן לקמן בפכ"ג מהל' מלוה דכתב הרמב"ם אם בא ואמר אבד שטרי דאין כותבין דילמא פרעו ואפילו ת"ז והראב"ד השיגו גם כן וכתב דת"ז לא חיישינן לפרעון הא כתבתי לעיל דג"כ מיירי דידוע דנאבד מיד המלוה רק לא ידעינן אם באונס ולכך תלינן דפרע ולכך השיג הראב"ד דבנפל מיד מלוה ות"ז סבירא ליה דנאמן וכן בבא שניה כבר כתב הכ"מ וגי"ת דאיירי דהוא ביד אחר ואין האחר זוכר באיזה אופן הגיע לידו ולכך כתב שם הרמב"ם דטוען ממני נפל דאלו הודה הלוה שלא בא השטר לידו אין כאן ריעותא ופשיטא דיש כאן חזקה שטרך בידי מה בעי דמה יעשה המלוה דזה שכח איך בא לידו השטר ולא איתרע כלל ולכך הצריך הרמב"ם שטען להדיא ממני נפל ולהיות כי זה א"י הרי איתרע ולא יגבה אפילו בת"ז וגם זה צריך עיון ותלה הדבר בהורא' רבותיו ולכך חלקו בב' דינים כי אינם שוים בענינם ואף ע"ז השיג הראב"ד דהא אין ריעותא ומה יעשה המלוה שזה שכח ואף דלוה צעק ממני נפל הואיל והוא תוך זמנו ולא נודע נפילתו אמרינן מסתמא מיד מלוה בא ליד אחר וזה ברור ונכון:

סימן מב

א **אפילו לאלתר** בש"ך פקפק על דברי הטור שכתב דהרא"ש לא ס"ל כר"ח דמכשיר לאלתר דמדברי הרא"ש בפרק ב' דהביא דברי ר"ח ומחלק בין לאלתר ובין לזמן מרובה משמע דאפשר דס"ל כוותי' ובאמת מפ"ב אין הכרע אבל מפרק קמא בקושיא והא בעינן כתב שאין יכול לזייף שכתב היינו אליבא דר"א דאמר לא הכשיר ר"א בשאר שטרות ומדפריך סתמא בגמרא אליבי' ש"מ דהלכתא כוותיה ולקמן נדקדק בו עד כאן לשונו וזהו מורה דדעתו מסכמת לפסוק להדיא כר"א לפסול אפילו לאלתר ולא כתב כן בפ"ב רק לתרוצה מילתא דר"ח אבל לדינא ס"ל כשאר פוסקים דאין הלכה כר"י כלל:

ב **אבל שטרי אקנייתא כו'** עיין ש"ך דהביא דנחלקו הסמ"ע וב"ח דלדעת הסמ"ע אם כתב על דבר שיכול לזייף שדי קנוי' לך ומסרו בלי ע"מ רק המוכר מודה קנה דהוא אינו לראיה רק לגוף קנין כי כך גזרה התורה בשטר יקנה והיינו שטר, ולדעת הב"ח בלי ע"מ לא מועיל אף שהמוכר מודה והש"ך הכריע כסמ"ע כי וודאי לר"מ דבעינן מוכח מתוכו פסול אבל לר"א דלא בעי מוכח מתוכו אם כן אם המוכר מודה דנתן לו הוי כמוסרו בע"מ דהודאת בעל דין כק' עדים דמי ונכון כתב לשיטת תו' בפ"ק דגיטין דף ד' ד"ה דקי"ל. אבל לקמן בסי' נ"א נרחיב בזה הדיבור אי"ה כי לאו דברי הכל היא ויש בזו מחלוקת וכמ"ש והתו' ג"כ לא החליטו הדבר ולכך הך דינא דסמ"ע והב"ח במחלוקת שנויה. והרב הש"ך יצא לדון בדבר חדש דאם הלוקח הוציא חרס כתוב עליו בכת"י אחר שדי מכורה לך והמוכר חתם תחתיו או עדים אם טען להד"ם הוחזק כפרן ודברים אלו אין לו שרש וענף כלל והדעת של תורה והחוש מכחישו דאיך יהיה המוכר מוחזק כפרן בטוען להד"מ נגד חספא בעלמא ואולי איזה דבר של שטות נכתב עליו והוא חתם תחתיו והוא מחקו וכתב עליו שדי מכורה לך ובזה יהיה המוכר כפרן אשר הולך בתומו ולא ידע כלל מן רמי' שלו ואם אמרו בשני יב"ש דאין מוציאין שט"ח זה על זה משום דאמרינן דהוא לוה ממנו והחזיר לו שטרו ואף הוא יטעון נתתי לך שובר ומחקת אותו וכתבת ע"ג שדי מכורה וכהנה טענות ולכן נשתקע הדבר ולא נאמר. וכל החרדה שהחריד הש"ך הוא ליישב קושי' מהרש"א ומהר"א בן חיי' דהקשו בתו' קדושין וכתובות דכתבו דאמר אביי לא לחתום חת"י אמגילת' דילמא משכח אינש דלא מעלי וכתוב עליו מה דבעי וכו' רק יכתוב אחספא והקשה תו' הא חספא לא הוי דבר שיכול לזייף דתנן כותב אדם על חרס שדי מכורה לך ותי' דההיא אתיא כר"א דסבירא ליה ע"מ כרתי ואעפ"י דאמרינן מודה ר"א בשארי שטרות היינו בשטר ראי' אבל שטרי קנין הוי כגט ואביי אתיא כר"מ והקשו הם ז"ל הא אף לר"א פסול אם יכתוב על חספא דבר לראי' ומה צריך לומר דאביי

כר"מ ולזה תי' הש"ך דיכתוב ע"ג חרס שדי מכורה לך והוא לא ידע ויהיה מוחזק כפרן ואין קושי' זו כדאי לבדות דבר זה אשר לא היה ולא יהיה. רק דעת התו' אפשר כמ"ש הש"ך בעצמו בריש סי' זה דהלכה כר' יוחנן דאמר אפילו בשארי שטרות מכשיר וסוגי' דגמ' בפ"ק דגיטין לר"א פריך וכלל הוא ר"א ור"י הלכה כר' יוחנן ולכך הא דכתבו התו' לחלק בין שטרי ראי' לשטרי קנין היינו דלא תקשה מהך ברייתא לר"א אבל באמת סבירא ליה לתו' דודאי אביי כר"י סבירא ליה ולכך הקשו איך יחתום אחספא דהא לא יחלוק אביי אר"י ולזה תי' דאביי כר"מ ובהכי ניחא דאיך אפשר לומר דאביי כר"מ והא אביי סבירא ליה בפ' ז"ב כר"א וכמ"ש התו' כתובות בשמעת' דשודא די"ל דאין הפי' דסבירא ליה כר"מ דע"ח כרתי לגמרי רק בהא דשטר שיכול לזייף פסול סבירא ליה בשארי שטרות כר"מ ובהכי ניחא דפריך בפ"ק דגיטין והא יכול לזייף דאף דסבירא ליה לר"י בכל שטרות כשר לר"א מכל מקום הוא לא פסק בזה כר"א רק קר"מ דפסול. וכמו שכתבו התו' שם די"ל כן דר"א הכריע בין גיטין לשארי שטרות רק התו' דחו דלא משמע כן בגמרא אבל לר"י שפיר י"ל דבשטרות לא ס"ל בהך כר"א להכשיר יכול לזייף ומודה לר"מ אך אין צורך לזה די"ל דסבירא ליה לאביי כמ"ד הלכה כר"א דע"מ כרתי בגיטין ולא בשטרות רק שטר מתנה הוי כגיטין כמו שכתב הרשב"א בפ' המגרש להדיא ואם כן שפיר י"ל דאביי סבירא ליה בשאר שטרות הלכה כר"מ והך עובדא דסנהדרין וכן בפ' מי שהיה נשוי הכל איירי במתנה והוי כגיטין והלכה כמותו דר"א ולק"מ ויהיה הפי' בתו' א' משני תי' עכ"פ מוכח דלא כש"ך דלפמ"ש הטעם לאביי בשטרי הלואה דבהא לא סבירא ליה כר"א ואילו לפי' הש"ך איירי בשטר מתנה ובזו ודאי סבירא ליה כר"א וא"א לומר דאביי יסבור דלא כר"א בשום צד ואם כן דברי הש"ך נסתר מכל צד. אמנם בלאו הכי קשה בתו' הנ"ל דמה צ"ל דאביי כר"מ אפי' אי ס"ל כר"א הא לא מכשיר אלא בע"מ וא"כ מה יעשה בחספא זה שחתום עליו יכתוב ע"ג מה שירצה יצטרך להביא ע"מ וכי יעשו שקר וכ"כ הריטב"א לקידושין ולכתובות. ומה שנראה דיש לחוש דהוא באמת חייב לא' על חספא מנה ומאתים וישנו ע"מ עליו וכשר לר"א ואם כן אם יחתום אחספא וישליכו לאיבוד אולי ימצאו זה האיש ויכתוב ע"ג החתימה אות באות כמו שהיה כתוב בראשון כי הלא הוא דבר שיכול לזייף ואחר כך כאשר יפרע לו השטר הנ"ל שחייב באמת בע"מ יחזיר לו שטרו זהו חרס המזויף וזהו לא ירגיש שהרי הוא בכל אופן כדמותו ובצלמו כמו הראשון חתום בחתי'. ולאח"כ יבא לתבוע בחרס השני ועמו ע"מ כי באמת לוה בע"מ ויהיה נלקה בכפלים. ולכך לר"א לא יחתום אבל לר"מ יחתום דאינו במציאת שמעולם לוה בשטר אחספא או שיכול לתובעו בשטר אחספא דהא אין מוכח מתוכו

ודברי תו' נכונים. ובזה יפה הקשה מהרש"א דהא בשטר ראי' מודה ר"א כנ"ל ולא תי' דיכתוב ע"ג שדי נתון דאין שטר ראי' ולפמ"ש ניחא דבשדה נתונה אנה ימצא ע"מ כנ"ל ול"ל כמ"ש דבשטר מתנה ומכירה לא שייך פרעון ואם חזר שטר לא חזר מתנתו וליכא למיחש כלל וא"ש ולכך יפה הקשה מהרש"א וצ"ל כמו שכתבתי לעיל בתו' ומה שביקש הש"ך להביא ראי' מדברי התו' דכתבו ואעפ"י ששטר קנין יכול להועיל לראי' וכו' ומזה ביקש ללמוד דיש בדבר שיכול לזייף ראי' להחזיקו כפרן בטוען להד"ם ובמחילה מן כבוד תורתו לא זו הפי' בתו' רק כתבו אעפ"י שבשטר קנין הנכתבים ע"ג דבר שאין יכול לזייף יש בו תועלת לראי' א"כ אף המה שטרות העומדים לראי' יחשבו ואם כן יהיה נפסלים ע"ג דבר שיוכל לזייף כמו שארי שטרי ראי' ולזה כתבו דא"כ אף גיטין יפסלו דיש בו ג"כ מהראי' אלא ע"כ הואיל ואין עיקרן לראי' לא נחשבו שטרי ראי' וא"ש ולכן דינו של הש"ך אין לו שרש כלל:

ג **ויש חולקין** והכי קי"ל הרב הש"ך בס"ק ג' כתב שהרב לא כיון יפה כי חשב לתלות הך דינא במחלוק' דלקמן בסי' מ"ד דכל שנעשה שלא כתקון חכמים אעפ"י שאין הטעם לפוסלו אי פסול דנחלקו בו הרא"ש ורמב"ן וחשב הרמ"א כי הרא"ש דכתוב בהנ"י דפוסל הוא רבינו אשרי ז"ל ואזיל לשיטתו ואם כן לפי דקי"ל כרמב"ן אף כאן כשר ובאמת הרא"ש המוזכר בנ"י הוא הרשב"ם בפי' המשנה שם בפ' ג"פ פשוט שחתמו עדים מאחוריו פסול ונתן טעם דנעשה שלא כתקון חכמים ואם כן אין זה דומה להך דלקמן סי' מ"ד כי שם לא נזכר להדיא בגמרא דפסול אבל כאן נזכר להדיא במשנה דפסול כמ"ש ולכך הרמב"ן גופי' דסבירא ליה לקמן סי' מ"ד דלא כהרא"ש דכשר מכל מקום בהך דינא כתב בחדושיו לב"ב נראה שאצ"ל פשוט שלא חתמו עדים אלא מאחוריו דודאי פסול דלא חתמו על שטר כלל דכיון דהיה להם לחתום בפנים והם חתמו בחוץ לא העידו על השטר כלל משא"כ במקושר דתקנת חכמים לחתום וכו' עכ"ל נמצא העולה פשוט שכתבו עדים מאחוריו או מהצד אעפ"י שאין טעם לפסול מכל מקום הואיל ולא נעשה כתקנת חכמים פסול לכ"ע עכ"ל ולא דיבר נכונה בעבד ה' במשה מכמה צדדים כי הלא דינו של רמ"א מתחיל' דאם עשה גט מקושר בזה"ז דפסול הוא לקוח מנ"י והעתיק הרמ"א דינו והמעיין בנ"י יראה דגריר אחר דברי הרמב"ן דפי' במשנה פשוט שכתבו עדים מאחוריו דפסול דאצ"ל דלא חתמו עדים כלל בתוכו דהוא ודאי פסול דלא אשטרא קמסהדי דכיון שהיה להם לחתום בפנים והם לא חתמו אלא מבחוץ לא העידו על השטר כלל וכו' אבל נראה דאיירי שהחתים עדים בתוכו והרבה בעדים וחתם מאחוריו ובזה אמרו דהוא פסול משום מוקדם וכן במקושר שהחתים עדים מאחוריו

והרבה עדים וחתם בתוכו פסול מפני חשש מאוחר דחוששין לשובר וסיים דיש לי לפרש דטעמא משום קפידא דאי אמר לי' פשוט לאו פשוט הוא ואי אמר ליה מקושר לאו מקושר הוא ורחב"ג מכשיר באומר עשה לי פשוט מפני שיכול לעשותו פשוט עכ"ל ואחר פי' האחר גריר הנ"י ז"ל פשוט שכתבו באתרא דנהיגי בפשוט ומקושר וכתוב לו פשוט כהוגן בעדים בתוכו וכתב נמי עדים מאחוריו כשטר מקושר פסול שהרי אם צוה לו פשוט הא לאו פשוט הוא וכו' וזה הכל כפי' הרמב"ן וע"ז כתב ונראה השתא דלא נהגו במקושר ולא ידעינן ליה היה נראה שלא לפסול אותו דלא שייך קפידא במה דלא ס"ד כלל וכו' ומכל מקום נראה לפסול אותו מדפי' הרא"ש דטעמא דפסול משום דלא נעשה כתקון חכמים וכו' עכ"ל. הרי מבואר באר היטב דלא מיירי הנ"י כלל במקושר דלא חתמו כלל עדים בתוכו דבזה לכ"ע פסול ומה נ"מ לזמנינו או בזמן המוקדם רק איירי דחתמו מתוכו ומאחוריו וכל טעם הפיסול משום קפידא וכאן לא שייך קפידא כלל דאינו עולה ברוח שום איש להקפיד הואיל ולא שכיח. ואם כן הא דכתב רמ"א דאם עשה בזמן הזה שטר מקושר היינו בחתום בתוכו ומאחוריו היש מכשירים סבירא להו דלא שייך קפידא בזה"ז והפוסלים סבירא להו כרשב"ם דפסול מחמת שאינו כתקנת חכמים וזה ברור. ואם כן מה שטען הש"ך דרמב"ן מודה בזה והביא ראיה מחדושיו כנ"ל לא דק כלל דלא מיירי כלל דלא חתמו להעדים כלל בתוכו דזהו מבואר לקמן ריש סי' מ"ה דעדים דחתמו אחוריו פסול וכן בא"ע סי' ק"ל והרמב"ם כתב אינו גט הרי דבטל לגמרי משום דלא על השטר חתמו כלל ולא הגיה הרמ"א כלל רק כאן מיירי דחתמו בתוכו ומאחוריו וכל הטעם פיסול הרמב"ן משום קפידא וכ"כ הרמב"ם בפי' המשנה וזהו לא שייך בזמנינו ומה שטען הש"ך דפסולו מפורש במשנה לפי דעת הרמב"ן אין פסולו במשנה דשם הטעם משום קפידא וזהו לא שייך עכשיו כמו שכתבתי ולא סבירא ליה לרמב"ן כלל טעם פיסול דלא נעשה כתקנת חכמים ז"ל דאזיל לטעמו דסבירא ליה דאין טעם לפוסלו רק משום קפידא סבירא ליה הפיסול וזה לא שייך כאן. ובאמת מ"ש הנ"י דלשיטת רשב"ם פסול גם כן לא נראה דרשב"ם סבירא ליה פי' משנה דכתבו עדים רק מאחוריו ולא בתוכו כלל ולכך פסל ליה הואיל ולא נעשה כתקנת חכמים וכן כתב התוס' שם לחד תי' אבל בחתם גם כן מתוכו לא דיבר הרשב"ם כלל ולא איירי בי' המשנה כלל וכן מבואר ברמב"ן שכתב על כי' שלו דלרשב"ם ולרש"י יש פ' אחרים והיינו דרש"י כתב בגיטין פשוט שחתמו מאחוריו דפסול משום דלא נעשה כתקון חכמים וזהו גם כן פי' רשב"ם והכל איירי דלא חתמו בתוכו כלל ובזו פסול דלא נעשה כתקנמת חז"ל אבל בחתמו מתוכו לא איירי לשיטת הרשב"ם ורש"י רק הרמב"ן הוא דמפרש כן ותלה הטעם

משום קפידא וזה לא שייך כלל בזמה"ז ולענ"ד מוכח כן דאם אמרינן דאף דעדים חתמו בתוכו מכל מקום הואיל וחתמו מבחוץ פסול דהוי קפידא אם כן כ"ש בשלא חתמו כלל מבפנים רק מבחוץ והיה ע"מ פסול דגם כן יש קפידא דהוא ביקש פשוט ועשו מקושר ומקושר ליכא דלא נעשה כדין מקושר ולא יגרעו ע"ח בתוכו מן עדי מסירה דמ"ש הא אמרינן דע"ח הן הן ע"מ כמ"ש הר"ן באריכות בגיטין ע"ש. וביש ע"מ מבואר בא"ע סי' ק"ל דכשר ועכצ"ל דבזמנינו לא שייך קפידא כלל וזהו כמעט א"צ לפנים. ואיברא אם לא חתמו בתוכו רק מאחוריו ועשו מקושר רק אין לו בקיאין כ"כ במקושר כמו שנראה שהרמב"ם השמיט כל דין מקושר וכן גט קרח בפ' הזורק ע"ש גם כן יש מקום להכשירו מכל צד ראשון נאמר כתו' ב"ב ד"ה פשוט וכו' דנתנו לחד תי' הטעם דלכך פסול אם פשוט כתבו עדים מאחוריו משום דיעשנו מקושר ויהיה מוקדם וכ"כ שם ע"ב ד"ה ואי איתא כו' ע"ש ולפ"ז אם עשה מקושר בזמנינו אף דלא בקיאין בטיב ועשיית מקושר באופנים ופרושים כמ"ש התו' שם ד"ה תקנו כו' מכל מקום זהו יודעין לעשות בטיב מקושר לכתוב על שנה אחת שתים ואם כן מה פסול יש נהי דאין בקיאין ואין אנו עושים כפי תנאי מקושר מכל מקום מה טעם פסול יש כאן הא ליכא כאן חשש מוקדם דיאמר שכתוב בו שנתחייב שהיה בשנה ראשונה כחוק המקושר דהא באמת כך היה המעשה ואין כאן מוקדם כלל דהא כתבו מקושר ואם כן כתבו שנתיי' במקום שנה. אלא שיש לי מקום עיון בתו' דהא העלו שם בד"ה ואי איתא ס' דרבי קודם דידע דבמקושר שנה מונה שתים מכל מקום הא יודע המשנה דפשוט שכתבו עדים מאחוריו דפסול וכן להפוך. וע"כ ל"ל הטעם משום דהוי מוקדם דהא לא ידע מזה ועכצ"ל דסבירא ליה הטעם כמו שכתבו התו' בתי' שני משום דעבר אתקנת חכמים וכ"כ מהרש"א להדיא ואם כן קשה מנ"ל לתו' לומר טעם אחר מה דסבירא ליה לרבי בס"ד דבס"ד סבירא ליה הטעם משום דלא נעשה כתקנת חכמים אם כן אף במסקנא מנ"ל דחזר בו מסברא זו ואם היה סברא לר' בס"ד אף במסקנא נימא כן. ולכאורה הייתי אומר דסבירא ליה תו' אף רבי בס"ד לא סבירא ליה הטעם משום דעביר אתקנ' חכמים רק סבירא ליה הפי' ברבי משום קפידא וכמש"ל. ורחב"ג המכשיר במקיש' שחתם עדים בתוכו דאין זה כלל קפידא דהרי יכול לעשותו פשוט וזהו לס"ד דאין הבדל בין שנת המקושר לשנת פשוט אבל לבתר דאמרינן דיש הבדל בשנה אחת וקשה קושי' התו' גיטין דף י"ז ד"ה ר"ל דה"ל מאוחר וצ"ל כתי' תו' שם דאין הגירושין חלי' עד זמן של מאוחר. וקשה אם כן מה טעם דרחב"ג הא יש קפידא דא"ל מקושר ול"ל דהא יכול לעשותו פשוט ואין כאן קפידא הא יש כאן קפידא דרצונו לגרש אשתו מיד ובזו לא יהיה מגורשת עד כלות שנה אחת והוא חייב מזונותיה עד

כלות שנה ואין לך קפידא יותר מזה דהוא רצונו לגרש אשתו מיד והוא כתב ליה לגרשה בשנה שלאחריו ולכך עכצ"ל דלא מיירי מקפידא כלל רק מגוף פסול ולכך כתבו התו' הטעם משום מוקדם וא"ש. אך עדיין לא נח דעתי בזה דעדיין קשה לפי מ"ש התו' דהך מקושר שיכול לעשותו פשוט קאי גם על גט אשה ומזו הוכיח תו' והרשב"א דמאוחר כשר אם כן קשה לתי' הראשון של תו' דטעמא משום מוקדם מקושר שחתמו מתוכו מה א"ל וכ"ת דה"ל מאוחר הא בגט מאוחר כשר בשלמא בשטר שפיר י"ל כמבואר בגמ' דכותבין שובר ואם כן אתי לידי פסידא אבל בגט מה פסידא יש אף דכותבין שובר ועוד דקשה למה ליה לתו' לומר דפשוט שכתבו עדים מאחוריו דפסול דיעשה מקושר ולזה הצריכו לדחוק ולומר גזרינן שנים אטו שלשה ולא תי' בפשוט דאם פשוט יהיה כשר בחתימ' עדים מאחוריו אם כן כל מקושר יעשה פשוט ויהיה מאוחר ואם כן אם יהיה נפרע בשובר יאמר שטרי מאוחר לשוברך ולכך הוצרכו חכמים לתקן שיהיה פסול. ולכן נראה דודאי לת"ק פשיטא הטעם כפי' הרשב"ם משום דעבר אתקנ' חכמים וכמו דסבירא ליה לרבי קודם שידע דמקושר שנה כותבים לו שתים רק קושי' התו' לרחב"ג דאליביה ל"ל משום דעבר אתקנת החכמים דא"כ מקושר שחתמו מתוכו מא"ל עכ"פ הא עבר תקנת' דרבנן ולכך תי' התו' משום מוקדם ולא מצי למימר הטעם כמ"ש דיעשה מכל מקום פשוט ויהיה מאוחר דמה בכך הא לרחב"ג אין כותבין שובר וגם לא קשה מקושר שכתבו מתוכו מה א"ל דהא באמת לרחב"ג כשר וא"ש ובתי' השני תי' התו' דאף לרחב"ג הטעם משום דעבר אתקנת רבנן ול"ק אם כן מקושר שכתבו מתוכו נמי ולזה הביאו התו' ראי' דפסלינן בחתם מהצד משום שאין נקרא עם הגט ולכך פסלו דה"ל כלא חתמו על הגט ואם כן א"ש בשלמא בפשוט שכתבו מאחוריו שפיר מקרי שאינו כתקחז"ל דהא אינו נקרא עמו אבל אם מקושר כתבו מתוכו כיון שיכול לעשותו פשוט ונקראים עמו לא שייך דאין עשוי כתקנת חכמים ולכך מכשיר ואם כן כל טעם התו' דנתנו הטעם משום מוקדם הוא הכל לרחב"ג ולת"ק פשוט כמ"ש רשב"ם ורש"י בגיטין ודוק. אמנם מדברי רשב"ם נראה פשוט שכתבו מאחוריו דרק פסול לגבות ממשעבדי דלא עשוי כתקחז"ל אבל מכל מקום שטר הוי לענין ב"ח איברא דהרמב"ם בפ"ד מהלכ' גיטין כתב בחתם עדים מאחוריו דאינו גט ומשמע דמהתורה בטל. אך קשה לי אם כן אם מהתורה בטל איך אכשירו חז"ל למקושר ועכצ"ל דכל מקדש וכו' ואפקיעונהו חז"ל לקידושין אם כן קושי' התו' בפ' השולח במקומו ולא שייך תי' התו' כאן דא"כ למה תקנו זמן בגט מקושר ואי דיחפה על בת אחותו אדרבא אם יתן גט מקושר בזמנו פשיטא דיש חיפוי בדינו דהא אפקעי' רבנן לקידושין ואם כן אף דיתן מקושר בזמנו הרי הוא מנוצל ומה לו להקדימו

אם יתן מקושר תיכף קדושין בטלים אם כן אין צריך לזמן ואפילו תי' השני של תו' דהיכי דראינו דנתכוין לחיפוי לא מועיל דזהו שייך בנתן גט וביטלו דראינן דכוונתו לחיפוי דאל"כ מה ראה ליתן גט ולבטלו אלא דמתכוון לחיפוי וערמתו לא יועיל אבל כאן מי ירד לתוונא דלבבו אם כיון לחיפוי הוא יתן מקושר כי אסורה לו וממילא הגט מבטל קדושין למפרע. וצ"ל דודאי הרמב"ן תקן זה במתק לשונו דודאי ד"ת אם יחתמו עדים באחורי כתב או בתוכו הכל הוי עדות להעיד רק הואיל וחכמים תקנו שיחתמו בתוך השטר אם כן אם הם יחתמו מאחריו הרי מורה בבירור כי לא חתמו רק לשחוק בעלמא ולא לעדות בשטר דאל"כ ה"ל לחתום בפנים אבל במקושר שעשו חכמים לחתום מאחרי הכתב אם כן הרי חזר הדבר לד"ת דכשר יעידו באיזה אופן שיעידו ויחתמו באיזה אופן וזהו דייק לשון הרמב"ן להדיא דכתב דכיון שהיה להם לחתום בפנים והם לא חתמו אלא מבחוץ לא העידו על מה שכתוב בשטר הרי הדברים כמ"ש דלכך לא העידו הואיל וכך התקנה לחתום מבפנים ולכך סיים אבל במקושר מהני כיון דכך תקנו רבנן על כרחך על מה שכתבו מעידין הרי דהואיל דכך הדין חזר הדבר לדין תורה דמעידים וזה ברור וכך נראה דברי רש"י ור"ן דכתבו בגיטין חתמו עדים מאחוריו דפסול דעברו אתקון חכמים ולא יחלקו ארמב"ם דכתב דאינו גט כלל אלא היא היא דכיון דאין כך תקנות חכמים לא על זה חתמו ואם כן לפ"ז בשטר שנעשה בתורת מקושר רק אין לו בקיאין במקושר עכ"פ לא שייך דעדים לא העידו על מה שבתוך השטר דהא כוונתם היה למקושר. וחזר הדין לדין תורה דלא איתרע על מה דלא חתמו בתוך השטר דהא כוונו למקושר אם כן אין כאן פסול גמור וא"כ על כל פנים אין לנו אלא מה שכתב הרשב"ם דאין גובה ממשעבדי אבל מבני חורין גובה:

ד **ואפש' לקיים שניהם** עיין מ"ש באורים דברי הש"ך דאין ראי' לפרש בדוחק ב' לשונ' דסותרים ולענ"ד ראי' להיפוך דהא בזוזי מאה דאינון סלעים עשרי' פי' רשב"ם דאמרינן דכ"כ גרועי' עד שאינם שוי' רק עשרי' וקשה אם כן אם למעלה כתוב עשרים ולמטה מאה למה יהיה לו מאה ולא מפרשינן דלית כאן חזרה רק שיהיה המאה כ"כ גרועים כמו השוה של עשרים ויותר מזה אמרינן שם ב"ב דק"ה וב"מ דק"ב איסתרא מאה מעי מאה מעי דהולכין אחר לשון אחרון לרב ואמר מהו דתימא פרושי קמפרש וקמ"ל וע"ש ברש"י דפי' דה"א דהכל אחד דסלע גדול שיהיה שוה כ"כ כמו מאה מעין ע"ש וקשה באמת למה לא אמרינן כן ולמה נפרש בי' חזרה ועכצ"ל הואיל ולשון ופי' דוחק יותר טוב לומר דהוי חזרה משנפרש פי' דוחק ובהך זוזי מאה דאינון כ' א"א לומר חזרה דהא אמר דאינון אבל היכ' דאפשר לומר חזרה אמרינן חזרה והדבר מוכח דלא כסמ"ע:

ה **דיד בעל השטר וכו'** כתב בתשובת מהר"ם מינץ והביאו הכה"ג דבלשון מסופק והיה שם שבועה והיה ספק אי שבועה קאי על זה או לא פסק דיד בעל השטר על התחתונה עיין תשובת מהר"ם מינץ סי' ט"ז והדבר צ"ע דהא ספק איסורא לחומרא ואיך נאמר כאן על התחתונה ובאמת הרב כה"ג הביא תשוב' רשב"א סי' ט' דפסק להדיא בשטר שהיו מסופקים בו בלשון הואיל וקבלו על עצמן הדבר בחרם ספק חרם להחמיר ועיי' מש"ל בדיני תפיס' דהעליתי בכל דברים שיש בו ספק ממון ואיסור אף דבממון אמרינן ספק לקולא באיסור אמרינן לחומר' ועיין לקמן סי' ע"ג בש"ך ס"ק כ"ד דהעלה אפילו במחלוקת רבוותא אין לומר קים ליה במקום דיש שבועה ומכ"ש בספק בשטר ועוד הא לקמן סי' ע"ג סעיף ט' פסקינן הנשבע לפרוע בר"ח אדר צריך לפרוע ביום ראשון משום דה"ל ספיקא דאיסורא ואילו מחמת לשון השטר ודאי דא"י להוציא רק ביום שני דיד בעל השטר על התחתונה ובפרט דעיקר ר"ח הוא יום שני ומכל מקום מחמת ספק חומר שבועה אמרינן דחייב לקיים שבועתו אם כן ה"ה בזה ואפשר דשם במהר"ם מינץ מיירי דרצה הוא הבעל דין להתיר שבועתו כדמשמע שם רק אין להתירו שלא בפני שכנגדו וע"ש שכתב אם נתן קנס תו לא צריך להתיר בפניו ע"ש. ואם כן בתחלת דבריו מיירי שאם צריך בפניו אם כן כיון דבדיעבד מותר לדעת רוב מחברים אפילו שלא בפניו רק לכתחילה בהא אפשר לומר כיון דיש כאן ספק אין כאן ספק איסור תורה לחומרא דהא בדיעבד מותר וה"ל רק כספקא דרבנן. אבל בלי התרה או במקום דא"א בהתרה נראה ברור דה"ל ספיקא דאסורא לחומרא ואף מהר"ם מינץ מודה רק לענין התרה בפניו והסכמתו בזו י"ל דלא הוי בי' ספק איסורא לחומרא הואיל והוא בדיעבד מותר וצ"ע. מיהו אם הוא טוען ברי לא כך נתכוונתי אף דלשון השטר מסופק פשיטא דאין לנו לכופו בשביל שבועה כיון דהוא טוען ברי וכן נראה נכון וכ"כ הכה"ג וכן אמרו ספק נדרים להחמיר ופירושן להקל:

ו **על התחתונה** כתב הסמ"ע וש"ך בשם פסקי מהרא"י בשטר דלא כתב בי' במנא דכשר למקני' רק סתם קנו מיני' דיש לחוש דקנו מיני' קנין אחר ולא ק"ס ויד בעל השטר על התחתונה עכ"ל והקשה הש"ך הא במקום שנתבטל השטר ל"א יד בעל השטר התחתונה וכבר עמד על האמת והנכון הגאון מהר"ץ בהגה"ת לט"ז כי לא ירדו לתוכן ענין המהרא"י כי נהפך הוא דשם היה דבר שאינו נקנה בק"ס מטבע וכדומה רק הואיל ולא כתבו בבירור במנא דכשר למקני' דמורה על ק"ס י"ל דבאמת קנו באופן המועיל דהיינו אגב קרקע וכדומה ובזה פלפל מהרא"י ולבסוף העלה דמידי ספיקא לא נפקי והממע"ה ואמרינן דהיה בק"ס ובטל שטר וזהו נכון ואמת ומעתה גם קושי' הש"ך מיושב דהא

דנתבטל השטר דכיון דרוב סופרים אינם בקיאים וחושבים דלכל דברים הקנין ס' מועיל וגם רוב וסתמא דמילתא וקנו מיני' היינו ק"ס ואילו היה קנין אחר היו מפרשים ולכך אף דנתבטל השטר אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ונכון הוא. ועיי' מה שאכתוב לקמן סי' ס' ס"ו ע"ש.

ז **ילמוד תחתון מעליון** עיי' ש"ך שהקשה בשם ת"ח דהא חנן סופו נו"ן פשוטה וכאן בחנני נון כפופה ולא עיין בריטב"א למס' מגילה הובא בעין יעקב דהמוני עם לא היו כותבין אשורית אלא כתב לבונאי ואפילו בס"ת היה כתיבתם בכך ולא יש בכתב ההוא אותיות מנצפ"ך ולכך נשכח מן הדור כי רוב תשמיש היה בכתב לבונאי ולק"מ דשם ליכא כלל אותיות מנצפ"ך:

ח **וידוע שנמחק השטר פסול** וכתב הסמ"ע דוקא בשהשטר יוצא מתחת ידי שליש אבל כשהשטר בידו גובה בין בחסרון ובין בנמחק עכ"ל והש"ך בס"ק י"ג כתב בשלמא כשהיא ביד חן הנזכר למטה יכול לומר הלוה מוחקו מפני שחזר משא"כ אם הוא ביד חנני הנזכר למעלה בממ"נ אי דנמחק לפסול השניר או לחזרה. אם כן אין לו בו עכ"ל ולא ידעתי גם שהוא ביד חן איך יגבה מספק אולי הוא נמחק הוי לפוסלו. ואיך יוציא ממון מספק והמעיין בד"מ יראה דלא כתב דכשר לגבות בו רק כתב וז"ל אבל אם המלוה חנני והשטר בידו אע"ג דלמטה כתוב בשטר חן. אין מוציאין מידו השטר מחנני עכ"ל הרי דלא כתב רק שאין להוציא השטר מידו כיון דהוא עומד וצווח שלי הוא השטר וטעות נכתב לבסוף בשם חן אבל ודאי דאין בעל השטר יכול להוציא מעות מיד הלוה מספק וזה פשוט וברור:

ט **שהקפל פחות מספל** והקשה הסמ"ע משמע הא קפל יותר לא הוה אמרינן דיהיה לו קפל ואמאי הא א"א לתלות בזבוב ותי' דגם בזה יש לתלות בזבוב דיאריך אות סמ"ך ויהיה קוף והט"ז האריך להשיג דלא יש במציאות דיהיה הזבוב מאריך רגל הסמך ודרכו למחוק ולא למשוך ונעלם ממנו דברי ר"י החסיד בצורתן של אותיות דכתב באות ק' הביאו הב"י בא"ח סי' ל"ו ע"ש דהק' צריך רגל ימין להיות נוטה לצד שמאל ורגל שמאל אין יכול להיות ארוך כ"כ דאמרינן דזבוב עושה מקו"ף סמ"ך שמע מיניה דמקרב רגל שמאל לצד ימין עיין שם והדבר מבואר דדרך זבוב להמשיך ולקרב הקוי' הן באורך דהא רגל שמאל אינו מדובק בראשו וכן ברוחב לקרב קו ימין עם קו שמאל שיהיה סמ"ך אבל לעשות מסמ"ך שיהיה קצת ברוחב מקום פנוי אותו א"י לעשות דהא הוא הוכיח דקו של שמאל אינו יכול להיות ארוך דאם הוא ארוך איך אפשר לעשות מן קו"ף סמ"ך שמע מיניה דאינו יכול לגרוע הקו דאי יוכל לגרוע מה קושי' ולפי זה ליכא למימר כמ"ש

הסמ"ע דזבוב יכול לעשות מסמ"ך קו"ף דא"כ צריך זבוב לגרוע הקו דבסמ"ך קו שמאל מדובק בראשו ובקו"ף אינו מדובק וכן ברוחב דסמ"ך דבוק וקוף אינו דבוק ואיך אפשר לזבוב לעשותו ודוחק לומר דבהך פליג הרמב"ם אר"י חסיד ז"ל ולכן יותר נראה דודאי הא דאמרינן בגמרא דילמא מחק זבוב ולא אמרינן דלמא המלוה מחקה ועשה מן קפל ספל צ"ל דשאלת הגמ' אם השטר עדיין ביד עדי' או שליש דליכא למיחש לזיופא ולכך השאלה בזבוב וא"כ א"ש דהרמב"ם סתמא נקט דינו ומילתא דפסיקא ולכך אמר למעלה ספל ולמטה קפל בכל גוונא יהיה השטר ביד המלוה או ביד שליש יש לו קפל דלא מבעיא דלא חיישינן לזבוב אלא אפי' אם שטר ביד מלוה ג"כ ל"ח דהא קפל פחות וכמו כן אם למעלה קפל ולמטה ספל בכל גווני אין לו רק קפל דאף דהוא ביד שליש וליכא למיחש לזיופא מ"מ איכא למיחש לזיופא דזבוב וכמ"ש וא"ש ובאמת איקפל יותר מן ספל והוא ביד שליש דל"ל דמלוה זייף גובה קפל דאין לומר זבוב עושה. מן ס' ק':

י **וכ"ש דאמרינן בשובר כו'** הקשה הסמ"ע דגבי מלוה שכתב נאמנות ללוה פסק הרי"ף והטור לקמן סימן ע"א דמכל מקום חייב הלוה להיות נשבע דאמרינן דלא פטרי' רק דלא יהיה המלוה נאמן על השטר ויד בעל השטר על התחתונה והא הלוה מוחזק ומזה השיג על הרמ"א והב"י דלעולם מי שבא בשטר אמרינן בי' ידו על התחתונה והש"ך השיגו ותי' דהתם דל לשטרא הא יתבעו בע"פ והט"ז תי' דלוה לא טען התם ברי שפטרני מן שבועת בע"פ רק נשען על לשון נאמנות הכתוב בשטרו ולכך ידו על התחתונה ודברי שניהם דחוקים דמה בכך דיטעון דל שטרא ואתבענו בע"פ מכל מקום הוא יטעון כתוב בשטר לשון מסופק ואפשר דיש בו פטור לשבועתו ומספיקא לא משביעין ליה והש"ך גופי' העלה בת"כ סי' קכ"ז דאפילו בשבועה יכול לומר קים ליה כהנך רביותא דפטרו משבועה ולא אמרינן דה"ל להוציא ומ"ש זה מזה אף כאן יכול לטעון אולי הלשון נאמנות הוא בכולל אף לפטרני משבועה ומספיקא לא משביעינן ואפי' טוען שמא דהא הוי גבי' תפיסה קודם שנולד הספק ובזו מהני תפיסה אפי' בספק וכמש"ל באריכות בקונטרס התפיסו' ולכן ביותר היה נראה כמש"ל בקונטרס הנ"ל דלמ"ד מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן אף בספק משתבע דמה נ"מ בי' אי קושט' הוא ישתבע וגלל כן לא אמרינן ביה מגו אך אין תי' זה מספיק בטור דס"ל ג"כ לקמן סי' ע"א הך דינא והטור סבירא ליה מגו לפטור משבועה אמרינן ושבועה היינו ממון כמ"ש הרא"ש ולכן נראה לומר דהתם רגלי' לדבר דמעיקרא כי נחית להימנותא לא היה רק לפוטרו שלא יהיה נאמן בשטרו אבל לא מהיסת דהא הך נאמנות כתוב בשטר הא מצי המלוה לכבוש שטר ולשורפו ולטעון עליו בע"פ חייב אתה לי מנה השבע וא"כ זה שמסר השטר בנאמנות

ליד המלוה ולא לקח זכות של פיטור בידו ש"מ דלא נחית ע"ז הפיטור משבועת תביעת בע"פ. והימניה בשליש דאמרי' הואיל בידו לשרוף מעקרא הימנ' וכן בבעל אומר לפקדון ושליח לגירושין דהרי זו מגורשת דהואיל דהימנ' נחית אדעת' דשליש אף כאן הואיל דהימנ' למלוה בהך שבועה דהרי יכול לכבוש שטר ולתבוע בע"פ אם כן המלוה נאמן דלא הימנ' לכך ולכך צריך לשבועה ובזה לכ"ע חמרי' יד בעל שטר על התחתונה:

יא **דלא כי"ח כו'** הוא מהרי"ק בסי' ז' דהנדון שם היה באחד שנתפשר עם בני העיר לפרוע מעות צדקה בשוה לפי ב"ב ולא לפי ממון ועכשיו בא פדיון שבוים ונחלקו אי הוא בכלל צדקה או לא ופסק מהרי"ק דיד בעל השטר על התחתונה וצריך לשלם לפי הממון לפ"ש ע"ש וכתב עליו הבדק הבית דהוא נגד כל הנך פוסקים דפסקו בכל הני דאי תפוס לא מפקינן וכ"כ הנ"י בפרק ג"פ דבשובר שכתב דינרין סתם דדעת הר"א דמבטל כל שטר וריטב"א חולק ע"ש. והרב הש"ך בס"ק י"ח חשב לומר דבטלה מחלוקת ואף הריטב"א מודה דאמרינן בשובר ידו על העליונה רק שם טעמו דסתם דינרין פי' שתים ואינו בגדר הספק כלל לומר הממע"ה. ותמהני איך העלים עין מדברי הריטב"א בכתובות דהיה בידו דז"ל הריטב"א בפ' הכותב דף פ"ג ע"ב ואימא מכולא סליק נפקי' אמר אביי יד בעל השטר על התחתונה (ומזו מביא מהרי"ק גם כן ראי' בתשובה הנ"ל) ור' אשי אמר בנכסייך ולא בפירות וכו' וכתב הריטב"א די"א דר"א לית ליה דאביי דהואיל דהוא דבר של שובר או מחילה לא אמרינן בי' יד ב"ש עה"ת אלא יד ב"ח שבא להוציא עליו הראי' כדאמרינן הרו' שטר הגדול לך ביד פרוע פרוע' משום דידו עה"ת וכן אמרינן היכא דלא נכתב זמן בשובר דמרע לכל שטרא. אבל הריטב"א סבירא ליה דליתא ור"א לא לחלק עם אביי ושאני התם שאין בלשון שובר שום לשון ספק וכן בהך שטר לך ביד פרוע שובר ברור הוא בלי שום ספק דשטר גדול ודאי שטר מקרי ולכך הבא לדחות הלשון עליו הראי' אבל כשיש בלשון השובר שני משמעות הרי הוא מספק אי נמחל החוב יד בעל השובר על התחתונה ויד בעל שטר על עליונה דהחוב ברור וכדאמר אביי הכא וגם ר"א מודה ליה עכ"ל הרי מבואר דלא סבירא ליה לריטב"א טעמו של הש"ך רק סבירא ליה הואיל וספק בשטר עצמו דכתוב לשון דמשמע לתרי אפי לא אמרינן בי' ידו על העליונה כלל. וכן בכל הנך ספיקות המבואר בשולחן ערוך כאן הואיל וספק בשטר עצמו וכמו דאמרינן התם דין ודברים אין לי בנכסייך הואיל והספק בלשון הסילוק אע"ג דאשה מוחזקת בנכסים מכל מקום ידה עה"ת ולכאורה נר' דגם מהרי"ק נמשך אחר זה דגם הוא הביא הך ראי' מהך דאביי דיד בעל השטר עה"ת גבי כותב לאשתו דין ודברי' וכו' והיינו ראי' הריבט"א אלא במהרי"ק באמת קשה לומר שיהיה נמשך אחרי דברי

ריטב"א ויחלוק על הני רבוות' כמ"ש הב"י בב"ה ולכך הרב ש"ך תי' דשאני הכא בעובדא דמהרי"ק דטוען שמא. וצ"ל ג"כ דהחוב ברור דהוא חייב לצדקה רק בא לפטור עצמו מכח מחילה אין ספק מוציא מידי ודאי ויפה כתב דאם החיוב ודאי ומחילה ספק אעפ"י ששניהם טוענים ספק בהא לא מהני תפיסה ועיין לקמן סי' ס"ה סס"ג בהגהה ומ"ש שם וכן העליתי לעיל בכמה דוכתי' בקונטרס התפיסות סי' מ"ב ס"ג ע"ש באריכות וכן מה שכתבתי בסי' ק"ל בישוב דברי הרי"ף איברא דבנידון מהרי"ק אני מסופק אי מקרי החוב ודאי דהא נתשרו קודם דבא עסק מגביו' פדיון שבוי' אם כן מעולם לא חל עליו חיוב יותר כי כבר קדמה הפשרה לחיוב. אלא דבאמת בעובדא דמהרי"ק בלא"ה מה בכך דנתפשרו דלא יתן יותר רק כפי החיוב ב"ב ולא כפי חיוב ממון שלו הא אז לא חל עדין חיוב טרם שנשבו ואם כן אף דמחלו לו חלקו המחויב ליתן יותר הא אין אדם מוחל דשלבל"ע כמבואר לקמן סי' ר"ט ס"ד בהג"ה ע"ש וגם אם הם מחלו שבוי' מי מחלו ועכצ"ל דהפשר היה כך דמה שמגיע בחלקו ליתן לצדקה ביותר מהם נתחייבו הם ליתן עבורו דזולת זה לא ידעתי טיב ואופן הפשר שיתקיים ואם כן עליו ליתן רק הוא יתבע אותם שהם נתחייבו לפצות ולסלק מעליו חיובו והרי הוא בעל השט' ויד בעל השט' על התחתונה וזה ברור ופשוט ולק"מ רק הך ראי' דמביא מהרי"ק מהך מילתא דאבייי יד בעל השטר וכו' לא משמע כן דהא גוף הדבר ידוע וקשה איך יחלוק מהרי"ק על הנך פוסקים הנ"ל וגם איך לא שת לבו לדברי תו' שם בכתוב' ד"ה ר"א דכתבו דל"ל לר"א יד בעל השטר על התחתונה הרי דר"א חולק ואף דמהרש"א כתב דאין ר"א חולק רק דלא סבירא ליה פה התי' רק סבירא ליה דבנכסייך הדבר מבואר כן הלשון בתו' דחוק וברור דפשט בתו' דלאביי י"ל דגם בזה שנחלקו אי הסילוק היה על דיעבד דאם מכרה שלא יהיה לו דין ודברים אבל לא הרשאהו שתמכור לכתחילה או דהסילוק היה לגמרי יד בעל שטר עה"ת ולכך אמרינן דהסילוק היה רק על אם כבר מכרה ולא תמכור לכתחילה. משא"כ לר"א דל"ל בהא יד בעל שטר עה"ת וא"כ אף היא תמכור תחילה דמה בכך דהלשון בסילוק מסופק הא ידה על העליונה וזהו ברור בכוונת התו'. וא"כ קשה על המהרי"ק איך שם דברי תו' אחר הדלת זכרונם מבלי לישא שמותם על שפתו. וגם בכתוב' דף כ' ד"ה ואוקי וכו' דפי' התו' בשובר דתרי ותרי אמרינן הממע"ה ויד בעל השובר על העליונה ומ"ש דיש ספק לשון בשובר או דנחלקו בהכשר השובר אי פסולים היו או כשרים וכ"כ הגהת הרא"ש ומה שנ"ל דסבירא ליה כריב"ש בתשובה סי' ת"ד דסבירא ליה לאביי דהבעל מקרי מוחזק בנכסי' ואף לשיטת התו' דר"א חולק דס"ל דאין הבעל מוחזק רק האשה קרוי מוחזקת. אבל אילו היה הבעל מוחזק מודה ר"א וצ"ל דוקא

לרבנן סבירא ליה לר' אשי הכי דהא האשה נקראת מוחזקת דאל"כ אף רבנן הוה סבירא להו דלא סילק עצמו רק מפירות ולא מפירי פירות הא יד בעל השטר עה"ת אלא דסבירא להו האשה נקראת מוחזקת ולכך משני ר"א בנכסייך אבל לר' יהודה באמת אמרינן דהבעל נקרא מוחזק ולכך יש לו בפירי פירות עד שיפרש ולכך פסקו הרי"ף ורא"ש וטור דאיבעיא דלא איפשט' אי בעינן עד עולם דהבעל זוכה בפירי פירות דיד בעל השטר על התחתונה משום דלר' יהודה עכצ"ל דהבעל נקרא מוחזק ולא נחלק ר' אשי אליבא דר' יהודא והרב ב"ש בא"ע סי' צ"ב צ"ג משמע מדבריו דאף לדידן לר"א לא אמרינן יד בעל שטר עה"ת ולכך אי לא אמר לשון בנכסייך י"ל מכל מילי סילק נפשי' ולפמ"ש צ"ע כי לפי דקי"ל כר"י ואמרינן באיבעיא דלא איפשט' דזוכה הבעל כמ"ש הב"ש גופי' שם ס"ק ט"ו ע"ש ש"מ דלא קאי למסקנא. וסבירא ליה למהרי"ק כמו הבעל עם האשה כן קהל עם יחיד הם מיקרי מוחזק ולא אמרינן קים ליה כלל. ואף דאמרינן לעיל בענין מסים דוקא ה"ה מצות פדיון שבוי' דהוא חוק המלך מלכו של עולם והוטל על בני עיר היינו המסים דלא יהיה מס מלך ב"ו חמור וכו' ולכך שפיר יליף זה מזה ולק"מ:

יב **אבל בדבר שהשטר בטל בו לא** ובכה"ג הביא בשם מהרי"ן לב דנסתפק אם השטר בטל מקצתו לא כולו אי אמרינן בי' יד בעל השטר על התחתונה ע"ש ונר' לפי דהביא הבע"ת בסוף שער נ"ו ראי' משטר שזמנו בשבת דמכשירין ולא אמרינן מוקדם הוא ש"מ דהיכי דנתבטל שטר לא אמרינן יד ב"ש עה"ת ע"ש וקשה הא פירשו דלא נזכר להדיא בשטר להדיא יומו בשבת רק כתב בז' בתשרי ונתכוון לשבת וקשה תינח אם הוא בכ"א בתשרי וכדומה אבל בז' בתשרי הא אף דאמרינן דבאמת נכתב בח' בתשרי והקדימו לז' י"ל דטעו וחשבו כי אלול היה מעובר ואם כן היה ביום א' זי"ן תשרי ובאמת טעו ואם כן הוא מוקדם שלא בכוונת עדים ולפ"ז לדעת בעה"ת אין העדים פסולים וגם השטר לא נפסל לגמרי דסבירא ליה מוקדמים כשרים לב"ח ואם כן דלא נתבטל השטר דהא כשר לב"ח נימא יד בע"ש עה"ת ויפסל לגבי משעבדי ולמה מכשירין לגמרי ואמרינן מאוחר הוא ועכצ"ל דאפילו נתבטל במקצת גם כן לא אמרינן יד בעל השטר עה"ת דעכ"פ לגבי וענין משעבדי נפסל נגמרי וזהו ראיה נכונה למאוד:

יג **הרבה מפורשים כתבו וכו'** דין זה צל"ע כי שרשו הוא מרמב"ן בחדושיו פ' חזקת וכן בבעה"ת שטר מ"ג ח"א ד"ו בהא דאמרינן דאי אקני ליה מטלטלין א"ק קנה והוא דכתב ליה דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא ופי' הרמב"ן דלא כטופסי שטרא כדי שעי"כ בלשון מסופק יד בעל השטר על עליונה ולכך סיים לפ"ז אין צריך במקנה מא"ק לכתוב דלא כטופסי דשטרא אלא שהורגלו בכך לכתיב עכ"ל אמנם רבו החולקים בפי' זה שכתב

רמב"ן בשם ר"ס הגאון כי הרשב"ם פי' דלכך צריך דלא כטופסי דשטרי דלולי כן אף דכתב ליה מא"ק הוא רק שופרי דשטרא מדעת הסופר שלא בצווי הלוה ולכך צריך בי' דלא כטופסי דשטרי לברר כי נעשה בכוונת וצווי הלוה ולא מהני קנין מא"ק לפירוש זה. רק בדכתב דלא כטופסי ולפי' זה הסכימו הטור לקמן סי' קי"ג וכן כתבו בשם הריטב"א וכן כתב המ"מ פי"א מהלכ' מלוה ורי"ו גופי' שכתב הך דינא דר"ם הגאון בנתיב ד' ח"ד הוא גופי' בח"א כתב דבעינין גבי קנין מא"ק דלא כטופסי דשטרי דלא נתלה הסופר כתבו לשופרא בעלמא ע"ש ואם כן צ"ע על המחבר דלא זו דלא היה לו לסתום סתומי כדעת הנ"ל במקום שרבים חולקים והמוחזק יכול לומר קים לי כרבוותא בהאי אף' גם הוא גופי' לקמן בסי' ס' הביא דלענין קנין מא"ק צריך לכתוב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא והיינו פי' רשב"ם והדברים סותרים זה את זה ואולי נאמר דרבינו המחבר היה כחכם יודע פשר דבר דסבירא ליה אף דמילתא דנאמר בשם ר"ס גאון ליכא למדחי דכל דברי גאון דברי קבלה הם מכל מקום דחוק לומר דהא דאמרינן והוא דכתוב בי' דלא כאסמכת' ודלא כטופסי דשטר' לא יהיה סובב על הך דמשעבד לי' מא"ק דלא ה"ל לגמ' לומר אותו על זה אבל סבירא ליה דבלא"ה מתקשו שם בבעה"ת מה יועיל דלא כאסמכתא אם באמת הוא אסמכתא רק אמרינן הואיל דאינו אסמכתא גמורה רק אנו מסופקין אם שעבד מא"ק בשעבוד גמור או בדרך אסמכתא דסמיך אשעבוד קרקעות ולכך כשאמר דלא אסמכת' הודה דהוא כשעבוד גמור ומועיל ולכך באסמכת' גמורה אינו מועיל דכתב דלא כאסמכתא וכמ"ש לקמן בסי' ר"ז סעיף י"ח ע"ש ובב"י אך עדיין הדבר ספק במה דכתוב דלא כאסמכתא אם פי' הדברים דהודה דגוף שעבוד מא"ק לא היה באסמכתא בשביל שעבוד קרקעות רק היה בשעבוד מוחלט או פי' דהוא כותב דלא יועיל טענת אסמכתא לבטל השעבוד ואם כך פי' מכל מקום בטל כמ"ש הבעה"ת והמחבר והרא"ש והטור לקמן סי' ר"ז הנ"ל דמה נ"מ באמירתו אם יש בו אסמכתא בטל אף דהוא התנה שלא יבטלט טענה זו ואם הדבר ספק בפי' הממע"ה ויד בעל שטר עה"ת ולא יגבה בשעבודו מטלטלין ולכך צריך לכתוב דלא כטופסי דשטרא דהוא מורה דיהיה בעל השטר ידו על עליונה ואם כן אנן מפרשין דפי' דלא כאסמכתא דלא שעבד לו בדרך אסמכתא רק בשעבוד מוחלט וא"ש דלכך צריך לשעבד מא"ק דלא כטופסי וכו'. ואפשר עוד לומר דעדיין קשה למה צורך לכתוב דלא כטופסי הלא יכול לכתוב בלשון אחר לברר ספק הפירושים בהך דלא כאסמכתא והקצרה ידי סופר לכתוב דמשעבד בשעבוד מוחלט לא בדרך דאי וכו' רק הואיל בלא"ה הורגלו לכתוב כן שלא נימא דהסופר כתבו מעצמו בלי ידיעת הלוה לשופרא בעלמא בחרו לכתוב כן גבי אסמכתא דהוא מילתא

דשוי' לתרווייהו להוציא מידי כל הספיקות ואם כן תרווייהו איתנ' ואין כאן סתירה בדברי רי"ו מנתיב לנתיב ולא בדברי המחבר וצ"ע:

יד **ואי תפיס כו'** הקשה הגי"ת מ"ש מהך שטר משכנת' דכתיב שנין סתמא דקי"ל אי תפיס מלוה בטוען ג' שנים הוי משכנת' לא מפקינן מיני' משום דהוי ליה מילתא דעבידי לגלוי' וכתב הש"ך דנעלם ממנו דברי הנ"י דכתב דשאני התם דהניחו לאכול איתרע חזקתו ולא היה הנ"י בהעלם דבר מגי"ת מה שהוא בעצמו הביאו בדף נ"ה ע"ש רק דהנ"י כתב כן לדחות דברי רמב"ן דפסק בשטר דכתוב בי' סלעין סתם דמ"מ חייב לישבע היסת דל"ל דברור הוא דאינו יותר משתי' דא"כ איך שייך לקמן דאי שמיט ואכיל דלא מפקינן משום דה"ל מילתא דעבידי לגלויא ואי הדבר ברור הא נודע שכך הוא וע"ז דחה הנ"י דהתם איתרע הואיל והניחו לאכול ולפ"ז לפי דמשמע לקמן ס"ס פ"ח דקי"ל כרמב"ן דיש בו היסת אם כן ש"מ דליתא לדחיית של הנ"י וכמ"ש באסיפת זקנים ריש ב"מ בשם מהר"ש ווידאש מי לא עסקינן דהיה הלוה במד"ה ומ"מ קי"ל דאי שמיט ואכל כו' וא"כ הקושי' במקומו זהו היה כוונת גי"ת ואמת כי הש"ך לשיטתו דסבירא ליה לקמן פ"ח דדחיות הנ"י אמת ומ"מ י"ל מסברא כדעת הרמב"ן לחייבו היסת אבל אין מזו השגה על הגי"ת אך לק"מ דהא מבואר בתו' דבכורות דהך חדש עיבור גבי מרחץ הוי תופס ברשות והיינו אע"ג דמשכיר טוען לא השכרתיך רק על י"ב חדשי' ולא חדש י"ג שהוא אדר שני מכל מקום הואיל ומתחיל' נכנס למרחץ ברשות תפוס ברשות קרוי (ועיין מש"ל בקונטרס התפיסו' בסי' נ"ז נ"ח וסימנים שלאחריו) ואם כן אף במשכנת' דלוה מודה שנכנס בשדה מתחיל' ברשות בתורת משכנת' אם כן אף דאכל שנת ג' שלא ברצונו מכל מקום מיקרי תפיס ברשותו ולכך אין מוציאין מידו אבל אי תפיס שלא ברשות כהך דהכא דתפיס שלא ברשות מפקינן מיניה ולק"מ. ועיין עוד בסמוך מ"ש בזה:

טו **מפקינן מיני'** הקשה הש"ך דהא לקמן בסי' נ"ד בדינרי' סתם הנכתב בשובר אמרינן דמבטלי כל שטר אפי' באלף דינרין ולמה אמרינן דכאן לא מהני תפיסה ובאמת הב"ח כתב לדעת הה"מ דסתם דינרי' אינו סובל פי' יותר רק משני' אף בשובר לא מצי לטעון ביותר דפרע רק ב' דינרין אכל בש"ע א"א לומר כן ותי' הש"ך דבשובר שאני דהעדים כותבין במתכוון דינרי' סתם כי לא ידעו סך הנזכר בשטר וכתבו סתם לבטל השטר יהיה נכתב באיזה אופן שיהיה עכ"ל ודבריו דחוקי' דא"כ שובר שנכתב ע"ג השטר או שידע מה סכום יש בשטר לא יהיה הלוה יכול לטעון פרעתי רק ב' דינרין. וגם מה בכך דלא ידעו סך הנזכר בשטר יכתבו סתם שטר הנ"ל פרוע. ונראה דבלא"ה יש לדקדק מהא דהקשה תו' בסוף פרק השואל האי מאן דמשאיל לחבירו מרא לרפוק בו פרדסא רפק בי'

כל פרדסי' דאית ליה והקשו תו' הא אמרינן ארעא ודיקלי יהיבנן לך אין לו אלא שנים ותי' לחלק בין מכר לשאלה דחוזרת דבמכר אין סברא שמכר כל קרקע' שלו ותי' זו סותר לדין הנ"ל דהא בהלואה י"ל שהלוה הרבה ועוד תי' כי במכר המוכר מוחזק משא"כ כאן השואל נקרא מוחזק כיון שהוא מטלטלין עכ"ל ולתי' זה הסכים הרמב"ן בחדושיו ג"כ וקשה א"כ אי תפוס כאן ג"כ נימא כמו במרא הנ"ל דודאי הך דמר' אייריי אפי' בדאית ליה עדי שאלה ועדי ראי' כדמשמע מסתימ' הפוסקים וכן מוכח בתו' פ' המוכר ד"ה ארעתא דהק' דגם בשאלה לא שייך מוחזק ולא חלקו דבקרקע ליכא מגו ובמרא איכא מגו ועוד דהא לא טען ברי ואם כן מה יועיל מגו הא אין טוען אלא מכח הלשון אך צ"ל לתי' זה דיש לחלק בין תפיסה ברשות לתפיסה שלא ברשות ואי קשה הא סתם אמרינן כאן אפי' תפוס וצ"ל כמ"ש לעיל בקונטרס התפיסות דכאן לא שייך תפיס' ברשות דהיכי אפשר דתפיס על שטר מלוה ברשות אי נתנו לו בפרעון מלוה מה מחלוקת' ואי נתן לו בתורת פקדון ושאלה וכדומה או שחייב לו ממקום אחר לא מקרי תפיס ברשות כיון דלא על זה התפיסו וזהו דעת הת"ה עיין לעיל בקונטרס התפיסות דזהו דעתו (ע"ש סי' ס"א ס"ב) ואם כן בשטר הלואה אינו במציאות תפוס ברשות דכל כמה דלא נתנו לו בשביל הלואה לא מיקרי תפוס ברשות ואם נתנו לו בטעות גם כן מיקרי שלא ברשות משא"כ בהך דשאל מרא לרפוק דבא לידו מתחילה ברשות בתורת שאלה והוא רוצה להחזיקה עוד בשאלה מיקרי תופס ברשות כמו מרחץ התפוס ברשות לי"ב חדש והוא דר בו יותר בטענתו דהשכיר לו גם כן חדש עיבור וכמ"ש בס"ק שלפני זה. וא"ש ואם כן גם משובר לק"מ דשובר הא מחזיק במעות שנתן לו להוצאה וטוען כי אין לו בידו כלל כי מה שהיה חייב לו כבר פרע אין לך תופס ברשות יותר מזה דהרי מלוה בא להוציא ממנו מעות שמוחזק בו מקדם מתמול שלשום ולכך מהני תפיסה כמו הך מרא דרפק בי' כל פרדסי'. אך לתי' הראשון דסבירא ליה לחלק בין קרקע שמכר לשאלה קושי' הנ"ל במקומו וכן יש להבין לתי' תו' בב"ב ריש פרק המוכר דף פ"ב ע"ש דתי' לחלק בין ארעת' לפרדיסי וכן כתב הרמב"ן לחלק וקשה אם כן בדינרין מא"ל ולא שייך תי' הנ"ל ולכן נראה דהוא כפי המדה שהתורה נדרשת בו והוא תפסת מרובה לא תפסת ופירשו התו' הטעם דא"כ אין לו סוף וקץ ולכך אני אומר תפסת מועט ואם כן הטעם בזה גם כן דבשלמא במרא לרפוק בו פרדיסי שלו אף דנימא דכיון לכל הפרדסי שיש לו יש לו סוף שאינו יכול לרפוק רק פרדסאות שהיה לו בעת שאלה. ואם כן הדבר ידוע וזה נודע לכל ובפרט דאפי' לשנה אחרת אינו יכול לרפוק בו כמ"ש הש"ע לקמן סי' שמ"א ע"ש ואם כן שפיר אמרינן דתופס מרובה משא"כ בשטר הלואה אם אתה בא לתפוס המרובה אם

כן אין לו סוף ואלף אלפים דינרי' וכל הון דעלמא לא יספיק ולכך אמרינן דתפסת מרובה לא תפסת ואין לך רק שני דינרי' תפשת מועט כפי הראוי ע"פ מדת התורה. ובזה מיושב גם כן קושי' הגי"ת הנ"ל מהך דמלוה אמר שלש דכל מה דלא כבר אכל ודאי דלוה מעכב כנודע וכל הספק רק על מה שכבר אכל וזהו יש לו קצבה ולכך אמרינן אולי אתה תופס מרובה ונוטל מרובה האפשר לתפוס משא"כ כאן דאין לדבר סוף אמרינן תפסת המועט ולק"מ. ובהא מפשט ספיקו של הסמ"ע דכתב בשטר שכתב בו סלעין דאינו ונמחוק דלא שייך בי' דמסתמא דעדים כותבים סתם מה דינו בתפיסה ופירושן של דבריו דלא איירי בנמחק סתם דפשיטא דלא יכול לתפוס דא"כ כל אדם ימחוק שטרו דכתוב בי' סלעים שתים ויתפוס משל חבירו בעדים וכמ"ש הש"ך בס"ק כ"ז וכבר מילתו אמורה בבעה"ת שער הנ"ל בשם הרמב"ן רק כל ספקו דנמחק בעדים באונס ולא ידעו העדים כמה היה כתוב בי' ובזה נסתפק וספק עצום הוא לכאורה אבל לפי מ"ש אף זה לא נכנס בגדר הספק דא"כ אין לדבר סוף וכל הון שבעולם לא יספיק ולכך אין אנו תופסי' רק המועט ובלא"ה כבר כתבתי לעיל בקונטרס הספיקות דלא מהני תפיסה בעדים אלא בספק לשון בשטר אבל כאן שאין כאן בשטר לשון מסופק כי נמחק ואם כן איך שייך דיתפוס בעדים והוי כטוען בע"פ אתה חייב לי וכי שייך שיתפוס בעדים ואף זהו כמוהו כי שטרא כמאן דליתא ועיין לעיל בקונטרס הספיקות מה שכתבתי בתופס מספק בדרר' דממונא מה דינו ולכן ברור דלא מהני תפיסה אף בנמחק:

טז **ישבע המלוה ויטול** אלו דברי הרמב"ם והבע"ת כתב עליו ולא בריר לן ותמה הב"י מ"ש מאומר פרעתי דחייב לישבע ותי' הש"ך דהוי כטוען אמנה הוא דאין עומד לישבע אף זו כיוצא בו וצ"ע דא"כ אם אמרינן דהוי כאמנה דסתם שטר מורה על מטבע פלוני והוא אומר דאינו חייב לו רק מטבע פחות הוי כאמנה במקצת כאילו כתב בשטר שהלוהו ק' ובאמת לא הלוהו רק תשעים דמ"ש. אם כן אף עדים אלו כשכת"י אינו יוצא ממקום אחר לא יהיו נאמנים לומר דהיה מטבע פחותה דהא באמרם אמנה הוא אינם נאמנים וכן עדים אחרים יהיה כתרי נגד תרי כדלקמן בסי' מ"ו והא הסכים בעה"ת דעדים נאמנים לומר שהיו דרים מתחיל' במקום שמטבע פחותה. ועכצ"ל דאין זה בגדר אמנה דלא אסיקו עדים אדעת' אז שילך למקום אחר ממה שנעשה ההלואה ויתבע פרעון ואם כן עדיין קושי' ב"י במקומו למה לא ישבע דהא אינו דומה לאמנה ולכן נראה דבלא"ה הריטב"א והר"ן חולקים וסבירא להו דלכך לא הזכיר מקום הלואה בשטר דיהיה מחויב ליתן כל מטבע שיהיה באותו מקום שיתבענו והרב בעה"ת סבירא ליה דודאי סברתם אמת הואיל ולא הזכיר שם מקום הלואה ודאי היה תנאי ביניהם רק

יד בעל השטר עה"ת אמרינן דהיה כך שיהיה יוכל לגבות בכל מקום בלי שבועה אבל לא הימנו נגד עדים וכמו נאמנות סתם דאמרינן דהימנהו לשבועה ולא נגד עדים ולכך בעדים מודה להרמב"ם ובשבועה לא בריר לי' דהא לכך לא נכתב מקום דהימנו ואם כתב מקום הלואה והוא טוען מכל מקום היה מטבע פחותה נר' דזה הוה ודאי כטוען אמנה דמ"ש אמנה במקצת או אמנה בכולו וכמש"ל ואפילו יבאו עדים ה"ל כתרי ותרי כדלקמן סי' מ"ו ואעפ"י שקצת לא משמע כן בפרישה מ"ש הדבר אמת כמ"ש. ונראה דאם הוציאו במקום שמטבע קלה שהיה שם הלוה דאין לו אלא מטבע קלה והתובע טוען מטבע כבד הלויתיך לשיטת הרמב"ם יכול להשביעו היסת אבל לפי שיטת הר"ן הוי מחילה דכך היה תנאי ולכך לשיטת הר"ן לא הוי רבי' דהא הלוהו מטבע קלה ואיך ישתעבד לפרוע לו מטבע כבידה במקום התביעה דהוא קרוב להפסד ג"כ דאם יקבע הלוה דירתו במקום שמטבע קלה ביותר והוא ע"כ יהיה מוכרח לתבוע שם יפסיד ולכך ליכא רבית. ומבואר בכל הפוסקים דאזלינן בתר זמן הלואה ואם בין כך נשתני' המטבע אין לו אלא כפי המטבע בשעת הלואה וכמ"ש הרשב"א בתשובה הביאו רבינו ב"י בא"ע סי' קי"ח דהולכין הכל אחר זמן הלואה ולא אחר הפרעון ועיין לקמן בסי' ע"ד ומ"ש שם ויש להקשות אם כן שטרי מאוחרי' אמאי כשרים הא יש כאן פסידא ללוה דאם יתייקרו וישתנה מטבע מקלה לכבידה ואם כן אלו כתבו זמן האמיתי היה פורע רק מטבע קלה ועכשיו דנתאחר הזמן הרי צריך לפרוע מן מטבע כבידה והרי לו היזק ואי דלעומת זה יכול להיות רווח ללוה אם יהיה המטבע נקל ממה שהיה בעת הלואה אם כן מה פריך הגמ' דניחוש דילמא דאקני הוא למ"ד דאקני לא משתעבד דהא לעומת זה מפסיד נכסים שקנה קודם זמן הנזכר בשטר א"ו בכל מקום פסידא חיישינן וצ"ל דשינוי מטבע לא שכיחי ולכך לא חיישינן להו לפסול בשביל כך שטר מאוחר ודוחק. ועיין לקמן סי' ס"ט מ"ש בשטר שכתב בו סלעים דאינון וסכום המעות חלק בנייר אי נקרא שטר שיוכל לזייף ע"ש:

סימן מג

א **ויש מי שאומר שאם קנו וכו'** והש"ך בס"ק ב' הסכים וכתב שכן עיקר והביא ראי' כאשר אכתוב אח"כ. ולדידי צ"ע דין זה למאוד כי נראה לכאורה דאין לדין זה עיקר ושרש לדינא כי בכתובות דצ"ד כתבו התו' בד"ה שני שטרות הלואות הנכתבים ביום א' אף דנכתב ונמסר השטר לאחד קודם לשני מ"מ כיון דאין ניכר מתוך השטר השעבוד אין חל אלא מיום מחר דאז ניכר מתוך שטר השעבוד ולכך שעבוד שניהם באים כאחד.

אף דנמסר לזה קודם ולא לבד ביום אחד אלא אפי' בחודש אחד או שנה אחת הדין כן כי כך כתבו הרא"ה והריטב"א והר"נ לכתובות שטר שכתב בו שנה סתם אע"פ שבאו עדים שנכתב תחילת השנה או באמצע' מ"מ אינו גובה ממשעבדי אלא לבסוף השנה דקודם לזה אינם מוציאין קול. והרי שנה זו סתם הוה לאותו שנה כשטר שאין בו זמן כי לא נודע איזה יום בשנה ומכל מקום הסכימו דאפילו ראו עדים תחילת השנה מכל מקום אין טורף לקוח' רק מסוף שנה שניכ' שעבודו בשטר ולא מקדם כי אין לו קול ואם כן מכ"ש בשטר שאין בו זמן דמחל שעבודו וגם יש לפקפק מהא דאמרינן בע"ז דף יו"ד בשטר מאוחר דאתא לב"ד דאמרינן דלא טריף עד דאתא זימנא אעפ"י דהוחזק בב"ד קודם לכן מכל מקום לא טריף עד זמן הנזכר בשטר ומ"ש שטר מאוחר ומ"ש שטר שאין בו זמן כלל מיהו זה יש לדחות דגרע מאוחר מן שטר שאין בו זמן דבמאוחר הואיל ואיחרו הוה כאלו אמרו העדים והתנו שלא יחול השעבוד כי אם משעת הזמן הנזכר בשטר משא"כ בלא נכתב זמן כלל וכעין סברא זו צ"ל בשמעתי' דנכתב ביום וכו' בגיטין דהעלו שם התו' בד"ה ר"ל כו' דגט מאוחר אין חל הגירושין רק מיום הנכתב בגט וקודם לזה לא אף אם בא ליד אשה תיכף ואלו בגט שאין בו זמן בדיעבד מגורשת מיום נתינה. וצ"ל הואיל ואחרו גרע טפי דדעתו דלא יחול כלל עד הגיע זמן הנכתב בשטר אך עם כל זה הדבר דחוק חדא דתינח בשטר מאוחר הנכתב מדעת הלוה כמו בגט מאוחר דודאי נכתב מדעת הבעל דאל"כ אין לך קפידא ושינוי שליחות יותר מזה דדעתו לגרשה תיכף והם אחרוהו ולא יחול עד לזמן ההוא והוא שינוי גמור מדעת הבעל אבל בנתנו לו שטר מאוחר בלתי דעת לוה מ"ש מאין בו זמן ועוד בגט שפיר י"ל בשלמא במאוחר דעתו שלא יחול גט עד זמן הכתוב בו אבל אין בו זמן כלל אם אין דעתו לגרש לאיזה צורך נתנו אבל כאן בשטרי שעבוד כמו דאמרינן במאוחר דדעתו דלא יחול שעבוד רק מזמן הכתוב בו אף באין בו זמן כלל נימא דעתו שלא יחול שעבוד כלל ויהיה כשטר שאין בו אחריות וכת"י וכהנה מלוה בעדים אבל נניח הדוחק הזה מ"מ קשה כמש"ל בשטר שכתב בו סתם שנה זו והאי דאותו שנה הוי כשטר שאין בו זמן ואם מהני בשטר שאין בו זמן עדים שראו השטר אף בזו יועיל. דמ"ש דל"ל הואיל והזכיר שנה ולא פרט באיזה יום בו הוי כאומר סוף שנה והרי זה כמאוחר וכאלו אומר שלא יחול שעבודו עד משלם שנה ההיא דזה אינו דהא דעת התו' ורבים מהמחברים דסבירא להו דגט מאוחר אין חל הגט עד שיגיע הזמן הכתוב בו ואלו שטר גט שכתוב בו בשבוע פלוני ולא הזכיר השנה והחודש מגורשת תיכף משעת נתינה כמבואר שם בגמרא בשמעת' הנ"ל וכן בש"ע א"ע סי' קכ"ז ס"ז ע"ש ועכצ"ל דזה אין דינו כמאוחר דנימא דעתו שאז יחול הגט רק תיכף משעת

נתינה חל ואם כן לדינו של הרי"ו היה ראוי לחול השעבוד מיד אם נודע אימת נכתב וזהו דלא כדעת מחברים הנ"ל איברא דבזה י"ל דדעת הרי"ו כדעת ר"ת דסבירא ליה שם בתו' דכתוב' בשמעת' דשני שטרות וכו' דלכך סבירא ליה לשמואל שני שטרי הלואה היוצאים ביום אחד יחלקו ולא שודא משום נעילת דלת אבל מדינא אף בהלואה אם ביום א' ידעינן דנמסר לזה קודם לזה חל שעבודו מקודם והוא מוקדם לשני וא"כ מכ"ש באין בו זמן דאם ראו השטר מוקדם דשעבודו קודם ללקוחות שקנו אחריו אך מלבד דזה א"א לומר בכוונת רי"ו דהא הוא גופי' כתב נתיב ט"ו ח"א דב' שטרות מהלואה היוצאים ביום אחד דאין חל שעבודם אף דנמסר לאחד מקודם רק משעה דמוכח מתוכו ולכך בשטרי הלואה יחלקו ולא שודא וזהו כדעת הרי"ף ותו' וסייעתם ודלא כר"ת דנתן טעם מפני תקנות המלוה ונעילת דלת. אף גם דתמהני איך העלים עין מירושלמי פ' המגרש והביאו גם כן הרשב"א בחדושיו שם על הא דתנן שלשה גיטין פסולים וחד מינייהו אין בו זמן ומפרש בירושלמי דאין גובה משעבדי ר' בניסא אמר מפני קנוני' (פי' דלקוח' יאמרו אנו מוקדמים ממך ואף דלוה אמר שלוה מקודם חיישינן לקנוני') ר"א אומר מפני שהוא פסול (פי' לית ליה קלא לענין שעבוד לקוח') עד בדין בשלוה הזקן ושעבד הזקן פי' הוא לוה והוא מכר לוה הזקן ושעבד הבן אין לך למימר משום קנוני' אלא מפני שהוא פסול פי' בשלוה האב בשטר ואין בו זמן ומת ובנו מכר נכסיו של אביו ואם כן ודאי השטר שלוה בו אביו מוקדם ולא מ"ל הלקוח' אנו קודמים ומכל מקום אינו גובה ש"מ הטעם משום שהוא פסול דל"ל קלא עכ"ל הרי מבואר להדיא בלוה אב ומכר הבן דודאי היה השטר קודם לקנינו מכל מקום אינו גובה משום דל"ל קלא וכ"כ הרשב"א בחדושיו לגיטין להדיא בביאור דלית ליה קלא וכתב הוא אצל בני חרי ואינו כתב אצל משעבדי. ודלא יהיה מזה תיובתא לר"ת צ"ל או דסבירא ליה דכך הפי' משום נעילת דלת דלית ליה קלא או דלענין טריפת לקוחות מודה רק ר"ת מיירי שם בנכסי ב"ח וסבירא ליה מלוה ע"פ מוקדם קודם למאוחר וקשי' ליה למה קיי"ל יחלקו אפילו בב"ח ולכך נתן טעם משום נעילת דלת ודוק ועיין מ"ש בסי' ק"ד בזה. או דסבירא ליה הך דירושלמי מתני אמשנה ג' גיטין פסולים ומוקמינן כר"מ דע"ח כרתי וא"כ כל זמן שאין הזמן השעבוד מוכח מתוכו לא חל אבל לר"א דסבירא ליה ע"מ כרתי תיכף חל השעבוד משעה שנמסר דמה בכך דאין בו זמן מכל מקום ע"מ מפקי' לקול ואין נ"מ אם זמן כתוב בשטר ודין זה צ"ע (ועיין מש"ל בסי' נ"א ע"ש) ועוד לענין שעבוד לקוח' דבעינן מוכח מתוך השטר שפיר אמרי' כל זמן דלא נזכר הזמן לא חל השעבוד משא"כ לענין מלוה ע"פ המלוה ע"פ מוקדם קודם בגבי' אם כן מה נ"מ בזמן של שטר ור"ת איירי שם לענין ב"ח דעל

המשנה קאי חולקים בשוה ולענין ב"ח לא תלי' בזמן של שטר כלל ועיין מש"ל בסי' ק"ד ע"ש. זהו מה שי"ל לר"ת אבל על דין ריי"ו קשי' לי' הירושלמי דלא מיירי בע"מ כלל. ולכן ברור אף כי נסתם לשונו מכל מקום מיירי ריי"ו בשטר שיש בו קנין ולא נזכר בו זמן ובזו אף הרא"ה וריטב"א והר"נ מודים דאם ראו עדים השטר דגובה מזמן הראי' כמבואר שם והטעם נכון דדל שטרא וליכא כאן כלל עדי קנין מוציאין קול ולו יהיה דלא נכתב שטר כלל מכל מקום גובה ממשעבדי דעדי קנין מוציאין קול ובשביל שנכתב שטר ולית בי' זמן לא גרע רק לא ידעינן אימת נעשה הקנין אבל כשראו השטר אם כן ודאי כבר נעשה קנין פשיטא דגובה מאותו יום אבל זולת זה הקנין נראה ברור דלא גובה ואין בזה פקפוק ועיין מ"ש בסי' ק"ד בזה. והנה הרב הש"ך ביקש להביא ראי' לדברי ריי"ו ובמח"כ הרמה שלא בעיון כתב כי מה שמביא מתו' שמעתי' נכתב ביום דכתבו אף דליכא זמן בגט רק היא מביא' ראי' אימת הגיע הגט לידה טורפת הפירות שמכר הבעל בנכסים ומזה שפט ה"ה כאן בשטר שאין בו זמן ואין הנדון דומה כלל דשם לא באה האשה לטרוף מחמת שיעבוד דצריך קלא רק כשמבררת שנתגרשה אם כן הנכסים שלה וכל מה שמכר הבעל כאפס וכאין יחשב כי אין אדם מוכר דבר שאין לו ואפילו אין בידה גט כלל רק מביאה עדי גירושין אין הלוקח זוכה בפירות לאחר גירושין ומ"ש משני שטרות מכירה או מתנה ביום אחד דאמרינן לכ"ע אם נתברר שנמסר לזה ראשון אין לשני כלום והטעם מפני שאין אדם מוכר דבר שאינו שלו ואף זו כיוצא בו כיון שנתגרשה הרי הוא שלה ומה יועיל מכירת הבעל ואין ענין זה לשעבוד כלל וזה פשוט ומכ"ש דאין ראי' מהא דאמרינן בב"מ פ"ק בגט שנפל דמחזירין בזמן שהבעל מודה דאמרינן כי אתי' למטרוף דצריכ' להביא ראי' אימת מטי לידה וביקש הש"ך לסייע מזה דהא זה דומה לאין בו זמן ומהני הבאת ראי' כשראה הגט בידה קודם נפילה דהא כבר כתבנו דאם מביא ראי' דהגט היה בידה מה שמכר אחר כך הוא כמוכר שאינו שלו כי מאז חלו גירושין והוי כשטר מתנה וכמש"ל. וזהו הדין היה נהוג בכל שטרות לולי דאמרינן דלית ליה קלא ועוד הא באמת נכתב הזמן בגט רק דאנו חוששין הואיל ונפל אולי כתב ליתן ולא נתן ולכך לא השליכו לאיבוד אבל כאשר תביא ראי' שהיה בידה קודם נפילה ליכא ריעותא ואם כן חזר הגט לכשרותו וגובה מזמן הכתוב ועיין בש"ך דלקמן סי' ס"ה ס"ק ל"ה כתב ג"כ כמ"ש בביאור ועיין מ"ש שם. ומזה נראה דכתב המחבר לכתחיל' הטעם דכותבין זמן משום טריפ' לקוח' ולא נתן הטעם משום טריפ' ב"ח דמלוה מוקדם קודם למלוה מאוחר כמ"ש הסמ"ע משום דבזה אפשר לתקן שיראה שטרו לב"ד או לעדים ומאז יש לו קדימה גבי ב"ח דאין הטעם משום קלא רק משום שעבודא המוקדם ואם נתברר דחובו

קודם אף שעבודו לגבי ב"ח קודם וכ"כ התו' גבי גט דבשביל פירות לא תקנו זמן דהרי תוכל להרא' לב"ד ואף בזו בשביל חוב מאוחר לענין גבי' בני חורין הרי תוכל להראות לעדים ולכך נתן טעם משום לקוח' ובזו לא מהני הרא' השטר שאין בו זמן דל"ל קלא ולכך בעינן דיש בו זמן וא"ש ודוק:

ב **היה ביום כ"ד כו'** עיין סמ"ע ס"ק ח' דהעתיק דברי מרדכי דאמרי' דטעו בתרי עבורי דירחי וכתב הסמ"ע אף דלאחר רובו של חדש לא אמרינן דטעו וכן בתרי עבורי דירחי י"ל בין בע"פ ובין בכתב דמוכח דטעו ודבריו סתומים ונראים כדחוקים כי בתו' פ' ג"פ גבי שטר שזמנו בשבת מוכח דס"ל דאפילו בכתב לא טעו אחר רובו של חדש איברא בבע"ת שער נ"ז דכתב גבי מוקדם דטעו דחשבו דאדר היה חסר ולכך מלך שעמד בל' אדר חשבו שהוא ניסן ולכך כתבו באדר שנה ראשונה ובאמת הוא שנה שניה דאדר היה מלא. ואף דזה היה אחר רובו של חדש ש"מ בכתב טעו ויש לדחות ע"ש. אבל כבר כתבתי לעיל בסי' למ"ד בתומים ס"ק י"ג דודאי הטעות מוכח או בקביע' דירחי או בימי השבת וימי שבת לא שכיח כלל דטעו כמ"ש הרא"ש ולכך אין לנו או דנימא דמ"מ טעו בקביע' דירחי ואם הוא ל"ש או דחזרו ושניהם כשר בד"מ משא"כ שם בד"נ דבעי דו"ח הן דאמרינן דחזרו והן דאמרינן דטעו מכל מקום בצרי לי' חקירות דהא לא אמרו על יום השבת וימי החדש בדוח"ק ולכך שם בד"נ פסול וכאן כשר וא"ש. איברא יש לדקדק מה לו למרדכי להכניס עצמו בטעות איך ומה באיזה אופן טעו הא ליכא כאן חשש פיסול דיגבה מזמן ראשון דהא מוכח מתוך השטר הטעות ואיך יגבה מן הלקוח' בספק והממע"ה וכן נראה מדברי התו' איזהו נשך דף ע"ב ד"ה שטר וכו' דכתבו דמשכחין מוקדם ולא נפסלו העדים כגון דטעה בשופרא בין מלא לחסר ולא הזכירו בכמה בשבת אלא בכמה בחדש ע"כ והיינו דאילו הזכירו ימי שבת גם כן תו ליכא חשש מוקדם דהא פסלו מבואר ול"ל דלא סבירא ליה כדעת התו' כנראה דעת הריב"ש בסי' קי"ז דפוסל אף דמוכח הטעות משום דאולי הב"ד לא ידקדקו בבא השטר לפניהם לאחר זמן מרובה אם כוונו ימי חודש לימי שבוע כי כבר נשכח ברב ימים קביע' השנים וחדשים בימים ההם ובשנה ההיא דא"כ מה בכך דטעו העדים בקביע' החדש מכל מקום מוקדם הוא וכי פסלינן מוקדם הואיל ועדים עשו רשעות רק אנן פסלינן דאתו למגבי מזמן ראשון אף דהעדים טעו וכתבו שלא במתכוין. וכמ"ש התו' אשר כתבתי בא"נ הנ"ל ופשוט. וצ"ל דאף דליכא חשש גבי' שלא כדין כמ"ש דהא הטעות מוכח מכל מקום העדים אילו ליכא למתלי בטעות פסולים הם דכתבו שקר ואף דלא נ"מ לממון כמ"ש דמוכח מתוכו מכל מקום הא חתמו שקר עכ"פ והם פסולים ואם כן אף השטר נפסל אף דבעדותן לא נ"מ לדררא דממון ולכך

טרח במרדכי דאמרינן דטעו ולא נפסלו כלל. אך זהו דוחק ויותר נר' לומר דסבירא ליה כמ"ש לריב"ש דלא מהני מוכח מתוכו להכשירו מתורת מוקדם כמ"ש דאולי ברב ימים ושנים לא ירגישו הדיינים בהבדל שיש בין ימי חודש לימי שבוע וישכחו הקביע' ואי קשה אם כן מה בכך דטעו עכ"פ יגבו שלא כדין מיום כ"ב לחדש ואילך זה אינו דבלח"ה קשה קושי' הסמ"ע והש"ך הא בשני עבורי דירחי לא טעו וגם לאחר רובו של חדש אלא דזהו אם אומרים וכותבים לאחר רובו של חדש שכבר נתפרסם קביעתו א"א לומר דטעו אבל בשטר זה דמאוחר הוא אמרינן באייר נעשה והם אחרו לכ"ב בתשרי ואם כן קודם שבא תשרי הם טעו בחשבונ' ובקביעתם וחשבו כי יהיה אלול ותמוז מעובר וכדומה עד שעלה בחשבונם שכ"ב בחדש יהיה ברביעי בשבת וכן כתבו בשטר ואם כן לא קשה מידי דבזה ודאי טעו דהיה מוקדם לקביעת חדשים זמן רב ובזו ודאי טעו ולפ"ז גם מה שהקשיתי מיושב דלא קשה מה בכך דטעו מכל מקום יגבו מן כ"ב תשרי שלא כדין דאין כאן שלא כדין דהא אנן אמרינן דבאמת אחרו השטר וכתבו שטר מוקדם לתשרי חדשים רבים ואחרוהו על תשרי אם כן ליכא כאן חשש גבי' שלא כדין וא"ש וכמעט פי' זה מוכרח כמ"ש ואחר כתבי זה מצאתי בספר שב יעקב בחלק א"ה סי' ט"ו שכתב שם בשם מחו' הגאון בעל שבות יעקב ע"ש גם כן דאמרינן אחרוהו ולכך טעו בעבורי דירחי ולא שייך הקושי' דלאחר רובו של חודש והנאני שכוונתי לדעתו איברא הגאון בעל שב יעקב בסוף התשוב' כתב דעדיין הך קושי' דטעו בשני עבורי' לא אמרינן אינו מיושב ולא דק כלל דהא בסנהדרין דף מ"א ע"ב אמרינן דהטעם דבתרי ירחי לא טעו הטעם משום דהוי לאחר רובו של חדש לראשון ואילו הם שהקדימו קודם חל חודש כלל פשיטא דבתרי קביע' גם כן טעו דהוי קודם רובו של חודש ואף דדחה שם הגמ' היינו דלא תפשוט מיני' כדרך סוגי' הגמרא אבל באמת לפי דקי"ל להלכה דאחר רובו של חדש לא טעו אמרינן באמת זהו הטעם דבתרי קביע' דירחי לא טעו משום דהוי לאחר רובו של חדש ומהכ"ת לחדש טעם אחר ובשגם דלפי' דחי' הגמרא דתרי שופרא לא טעו היינו כששמע השופר ואמרי' איך אפשר דהסיח דעת ולא שמע קול שני שופרות אבל העדים דכתבו מקדם והא ליכא כאן שום קול שופר ופשיטא דטעו כי לא שמעו כלל שום שופר ופשוט ועיין תו' ב"ב דף קע"א ד"ה שאם כו' דכתבו אעפ"י שכתב בשני של שבת שניה בתשרי ותשרי חל אז בשבת ל"א דטעו בקביע' דירחי דידוע היום ההוא שהוא יה"כ ע"ש וא"כ אף כאן בשמיני עצרת ועכצ"ל דאחרוהו וכתבוהו. והנה הש"ך בס"ק ז' הקשה דכאן סתם הרמ"א דשטר כשר ואילו בא"ע סי' קכ"ו סכ"א בגט שנכתב בו ברביעי בכ' לחדש דמכשיר מחבר כמו כאן והרמ"א כתב דיש חולקין והוא דעת הריב"ש וכאן סתם

כמחבר ול"ק דהא לפי מ"ש כל טעם כשרותו דאמרינן אחרוהו ולכך טעו אפילו לאחר רובו וזהו בשטרות אבל בגט הא בסי' קכ"ז ס"ט כתב גם כן דעת הרמב"ם לפסול מאוחר ולכך כתב וי"ח אך לפ"ז בשטר דלא כתבו בי' דאקנאי גם כן מאוחר פסול כמבואר בסי' זה אם כן אף השטר הנ"ל פסול דל"ל דמוכח מתוכו האיחור ואם כן מספק לא יכול לגבות מדאקני דהא אמרינן לפמ"ש דחוששין דהב"ד לא ירגישו בההבדל שיש בין ימי החדש לימי שבוע דסותרים זא"ז כמ"ש אבל לפי מ"ש בסי' למ"ד בשם תשובת הרא"ש סי' מ"ה דין כ"ח דכתב ואע"ג דלאחר רובו של חדש לא טעו העדים הכא ע"כ טעו דהרי דבריהם מכחישים זא"ז ולא תלה הדבר דאמרינן אחרוהו וטעו קודם רובו של חדש ש"מ דסבירא ליה אפילו בלי זה כשר וכמש"ל דכיון דע"כ טעו בחד יותר תלינן בטעות החדש אף דהוה לאחר רובו משנתלה בימי שבת ובד"נ שאני דבצרי ליה חקירות וכמ"ש ונראה דגם ריב"ש סבירא ליה זה הסברא רק מחולק עם הרא"ש בזה דלרא"ש מחזיקין בודאי דטעו בימי חודש וימי שבת אמת ויציב ולריב"ש הדבר ספק במה לתלות הטעות. ולכך בד"מ אף הריב"ש מודה דכשר דהא עדים אמרינן דטעו וגבי' שלא כדין ליכא דהא יש כאן ספק בשטר הניכר לב"ד ולא סבירא ליה כמ"ש דהב"ד לא ירגישו דב"ד מידק דייקי כמ"ש בתו' איזהו נשך הנ"ל ואם כן איך אפשר לגבות שלא כדין הן ממה שקנה כבר והן מדאקני דזיל הכי קמדח' וזיל הכי קמדחי דהרי כאן ספק בשטר אבל בגט אדרבא יש כאן חיפוי דהיא תזנה בכ' ולא תהרג דמספיקא לא קטלינן דהיא תאמר אולי יום חדש אמת ובכ' נתגרשה. ולכך בגט פסול והרא"ש סבירא ליה דימי השבת ודאי אמת ולכך כתב אם תזנה בכ' תהרג ע"ש וליכא חיפוי אבל הריב"ש סבירא ליה דספיקא הוא ולכך פסול ובד"מ מודה דכשר ואם כן א"ש דכאן השמיט הרמ"א דעת הריב"ש דבד"מ מודה ולא נחלק עם הרא"ש רק בגט. ובאמת לולי דהביא רמ"א שם בא"ע סי' הנ"ל דעת הריב"ש לויש חולקים הייתי אומר דאין כאן מחלוקת דודאי הוא הדבר אשר כתבתי בגט הבא לפנינו וכתוב בו כ' לחודש ברביעי בממ"נ אין לפוסלו דאף דליכא למתלי בטעות אם כן חזרה הוא ואיזה מהם דנכתב באחרונה הוא האמת ומה פסול יש בזה. והתו' דכתבו בא"נ דטעו ולא כתבו ימי השבת ולא פי' דאף דכתבו ימי שבת מכל מקום כיון דהוא באחרונה ימי חודש בתר ימי חודש הולכין ואם כן הרי זה מוקדם הטעם חדא דבטעות יום אחד בחודש דעבידי למטעי תלינן בטעות ולא בחזרה. ועוד התו' לשיטתן דסבירא להו אפילו קודם דו"ח א"י לחזור כמ"ש בפסחים וסנהדרין וכיון שהגיד וכו' עיין לעיל ריש סי' כ"ט ולמ"ד ס"ק י"ג מ"ש שם בתומים אבל ריב"ש סבירא להו דלא כתו' דמצו לחזור בי' וליכא כאן חשש פסול אבל בתשובת הריב"ש סי' קי"ז בעובדא

דשם היה כתוב בשטר י"ז בחודש וידוע היה דנמסר ונכתב בי"ט כמ"ש הריב"ש שם והיה בי"ט וכן סיי' דהגט נכתב ונמסר בי"ט ואם כן הרי כאן מוקדם דמה בכך דכתב ימי שבוע מכל מקום כיון דנכתב אח"כ ימי חודש הא חזרה והרי ע"פ גט מגורשת מי"ז ואילך וזהו היה שקר דהיה הגט ניתן בי"ט ולכך פסלו וא"ש ודוק וצ"ע כי נר' בגט הבא ולא נודע באמת באיזה יום נעשה אמרינן חזרה הוא:

ג **כת"י וכו'** והנה הרב הש"ך מחולק עם הרב מהר"ם מלובלין בהא דקי"ל מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה ע"פ מאוחר ודעת המחבר לקמן בסי' ק"ד דקודם בב"ח אפי' למלוה בשטר מאוחר אם כאן שני כת"י וזמנו של אחד קודם לחבירו או זמנו קודם לשטר אי אמרינן דקודם לגבות ודעת מהר"ם דיש לו משפט קדימה ולא חיישינן לקנוני' כיון דלא איתרע בנפילה לא חיישינן כלל לקנוני' ואולי הרב הש"ך חולק וסבירא ליה דחיישינן לקנוני' ואולי כתבו היום והקדימו ליום מוקדם לשנים קדמוניות ונשען על תשוב' הרשב"א הביאו הב"י בסי' מ"ו בסופו וגם דכתב כאן דאין לכתוב זמן בכת"י ואלו יש בו דין קדימה בב"ח עדיין ה"ל לכתוב בו זמן וכ"כ הש"ך לקמן בסי' מ"ח ע"ש. והנה מדברי הש"ך למדנו דסבירא ליה אפילו בגבי' וקדימה לענין מלוה ע"פ מאוחר אין לכת"י קדימה דאמרינן קנוני' הוא עושה. וזה לא נראה כלל דהא מה שייך קנוני' אם רוצה להבריח מן ב"ח מאוחר הרי יכול למוכרו וליתן במתנה וכדומה או לשעבד בשטר וליכא כאן קנוני' כלל וכן מבואר בתשובת הרשב"א הנ"ל דכתב דראובן דנתן כתב הודאה שחצי מנכסיו ששייך לשמעון והוא מוקדם לכתובת אשתו ופסק רשב"א דחיישינן לקנוני' ואין מזיק לכתוב' אשתו אף דזמן של כת"י קודם לכתובה אבל על מטלטלין אם לא כתב לה מא"ק נאמן דמה יש לחוש לקנוני' מה לו לשקר הרי יכול בלא"ה להפקיע שעבודה במכר או במתנה וכדומה עכ"ל ע"ש והדבר מבואר כמ"ש והבו דלא לוסיף דבלא"ה הך חששא דקנוני' לא מסתבר ליה למהר"ם הנ"ל ומכ"ש בכה"ג. איברא אם יהיה לו משפט קדימה נגד מלוה בשטר מאוחר לדעת המחבר דסבירא ליה מלוה בשטר מאוחר מאוחר בגבי' ב"ח בזה באנו למחלוקת הר"ם והש"ך ויש לש"ך ראי' מדברי רשב"א בתשובה הנ"ל שכתב חוששין לקנוני' מיהו יש לדחות ראי' מרשב"א דסבירא ליה אפשר בכל דוכתי דחיישינן לקנוני' אבל לפי דעת התו' והרא"ש והטור דס"ל לעיל בסי' ל"ט בפס"ד אף דנאמן לומר פרעתי מכל מקום גובין מלקוח' וכמש"ל בקיום דברי הסמ"ע וצ"ל הטעם דלא חיישינן לקנוני' ולפרעון במקום דלא איתרע בנפילה אם כן אף כאן כיון דלא נפל ל"ל לקנוני' כלל גם י"ל בתשובת הרשב"א כיון דהוא נגד חזקה דאמרינן מסתמא כל מה שיש ברשות אדם הוא בחזקת שלו ואם כן זה בא בכת"י להודות דחצי מכל נכסיו אינו

שלו איתרע הכת"י דהוא נגד חזקה ולכך חיישינן לקנוני' הואיל וחזקה אלימת' כזו עד שאפילו מגו לא אמרינן בי' כמבואר לקמן סי' צ"ט באריכ' עיין שם. אבל כאן מי יימר דחיישינן לקנוני' אך בתו' גיטין דף ג' ע"ב ד"ה כתב בכת"י ואין בו זמן כתבו התו' להדיא שאם יש ביד אשה גט מכת"י בעלה בזמן מ"מ אינה יכולה להוציא הפירות מלקוח' הבעל מזמן אחר גט הנ"ל דיאמרו קנוני' עשה הבעל עמך ועכשיו דגרשך והקדים הזמן ודוחק לומר דשם גם כן ריעותא דכתב גט בכת"י בלי עדים כי לא משמע כן שם בלשון התו'. ואם כן משמע כדברי הש"ך ועיין תשוב' הרמב"ן סי' כ"ב דנסתפק אי חיישינן בכת"י לקנוני' והעלה הממע"ה ע"ש ולכאורה ראיה ברורה לדברי מהר"ם מגמרא דב"מ במצא שט"ח דאמרינן באין בו אחריות נכסים דיחזור דל"ל למידי וקשה עדיין איך יחזור לר"א דילמא כתב ללות ולא לוה ובין כך הלוה בשטר והוא רוצה להפקיע שעבודו ומחזירו לזה והרי הוא מוקדם בזמן וגובה ממנו בשלמא למ"ד דוקא למלוה ע"פ מאוחר מוקדם ולא למלוה בשטר מאוחר כדעת הרא"ש לק"מ כמ"ש דהרי בידו בלא"ה להפקיע מן המלוה ע"פ באופנים טובי כמ"ש אבל לדעת המחבר דאף למלוה בשטר מאוחר לו הקדימה קשה דא"א לו להפקיע שעבודו אם לא בקנוני' כזה ועכצ"ל כדעת מהר"ם דבכת"י מוקדם למלוה בשטר מאוחר גובה וכשכת"י בידו ל"ל לקנוני' ואם כן כשחייב מודה יחזיר דאי כוונתו לקנוני' הלא יכול לכתוב כת"י בזמן מוקדם למאוד ומי מעכב ע"י לעשות תחבול' כזה ברמי' אבל לדעת הש"ך קשי' וצ"ל דלר' אסי בלא"ה לק"מ דהא כבר בררנו לעיל בסי' ל"ט לדעת הרא"ש דגם ר"א סבירא ליה עבחז"ל לגוף השעבוד רק סבירא ליה כל כמה דלא מטי הך שטרא ליד מלוה לית ליה קלא וא"כ לענין קדימה בני חורי' דלא תליא בקלא רק בשעבודא לא שייך דלמא כתב ללות ולא לוה דהא עבחז"ל ועכשיו דחייב מודה ומטו לידו חל שעבודו דב"ח למפרע כמו לאביי ורש"י וריף לא סבירא ליה הך מילתא דהרא"ש לכך קשי' לי' לר' אסי קושי' זו דילמא משום פשיטי דספרא ילוה עכשיו ויהיה פסידא למלוה ע"פ מאוחר ולכך פירש"י דלא חיישינן דילוה מחדש דזה לא חיישינן דמי פתי ילוה מעות על שטר שנפל ועיין אסיפת זקנים וכל חשש דכבר לוה בו והואיל ונפסל אין חושש לשומרו וזהו בשטר שיש בו אחריות דנפסל ממשעבדי אבל באין בו אחריות דהוא רק לגבות ב"ח ולזהו לא נפסל דהא רש"י סבירא ליה מוקדמים כשרים לב"ח אם כן נזהר בו לשומרו וליכא כאן חשש פיסול וריעותא בנפילה והרי"ף סבירא ליה כתו' דלא חיישינן דכבר לוה בו אמנם גם עתה אינו מלוה בו כרש"י רק לקנוני' יאמר דלוה בו ולגבי ב"ח במלוה ע"פ מוקדם למלוה ע"פ מאוחר לא שייך קנוני' כמ"ש דהא מצי למזבן אך לאביי קשי' דסבירא ליה דחיישינן לפרעון ולקנוני' אם כן אף בשטר שאין בו אחריות

ניחוש דלמא פרעו ופקעו שעבודו ועכשיו דחייב מודה להחזירו להפקיע שעבודו למלוה בשטר המאוחר ויש לומר דהא דמלוה ע"פ מוקדם קודם אפילו למלוה בשטר מאוחר בב"ח היינו למ"ד שעבוד' דאורייתא כדלקמן סי' ק"ד באריכ' ע"ש והתו' כתבו גיטין דף נו"ן ע"א ד"ה כיון כו' דאביי סבירא ליה שעבוד' ל"ד ע"ש (ועיין מש"ל ריש סי' ל"ט) ואם כן ליתא להך דינא דיש למלוה ע"פ מוקדם דאין קדימה. מיהו לדעת האומרים דבשטר שא"י לגבות משעבדי נאמן לומר פרעתי כמו בכת"י בלא"ה לאביי לק"מ דאנן מחזירין ואם בא הוא ומלוה בשטר מאוחר לגבות מב"ח יטעון המלוה בשטר אולי פרעו דהא אין בו אחריות ואי קשה תוך זמנו מא"ל דהא סתמא קתני הא לא קשי' דאביי סבירא ליה ריש ב"ב דאדם פורע תוך זמנו ולק"מ ועי"ל לפי מש"ל בסי' ל"ט דמוכח בבכורות בפ' יש בכור במה דסבירא ליה לר"מ במת אב עד שלא פדה וחלקו נכסים דאין לכהן כלום משום דאחי' שחלקו לקוח' הן היינו אי שעבוד' ל"ד אבל אי דאורייתא מה בכך הא תקון עולם לא שייך בי' והדרן לדין תורה מלוה ע"פ גובה מלקיח' ועיין לעיל מזה באריכ' ואם כן לר"מ ודאי אין למלוה ע"פ קדימה למלוה בשטר מאוחר וכל הסוגי' התם לר"מ דסבירא ליה אין בו אחריות נכסים יחזיר ולדידי' לק"מ דאין כאן קנוני' דאין לו דין קדימה כלל. ובזה נראה להבין המשך תו' בב"מ דף י"ג ד"ה היינו וכו' דכתבו וסברי רבנן אחריות ט"ס הוא ולכך לא יחזיר אפילו אין בו אחריות נכסים וכו' תימא אמאי קאמר משום דחיישינן לקנוני' לימא משום דחיישינן דלמא כבר פרעו ונמחל שעבודו ועתה רוצה לחזור וללות בו כדי להרוויח פשיטי דספרי ומלוה נמי רוצה בכך וכו' עכ"ל והדבר תמוה מה שייכות יש לקושי' זו במה דהקדימו דבריהם דטעמא דרבנן החולקים משום דסבירא להו אחריות ט"ס הלא לא קרב זה אל זה ובקצרה הוי ליה להקשות דילמא הטעם משום דרוצה לחזור וללות בו אמנם ברור לפמ"ש דצ"ל דברי התו' דמה נ"מ אם יאמר הטעם משום קנוני' או משום שמא ירצה ללות בו הא ודאי קנוניא שכיח יותר כמ"ש הרי"ף דלא חיישינן דילוה באמת דמהכ"ת ילוה בשטר מוקדם רק חיישינן לקנוני'. רק צ"ל קושי' התו' כך דסבירא ליה לדינא מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה ע"פ מאוחר ולא למלוה בשטר כדעת רוב המחברים ועיין לקמן סי' ק"ד ע"ש ואם כן כך הקושי' דלמה חוששין רק הך חששא לפרעון וקנוני' ואם כן באין בו אחריות יחזיר דליכא למיחש לקנוני' דהא יכול בלא"ה להפקיע מן ב"ח במכירה ומתנה כנ"ל אמאי לא חיישינן דרוצה ללות בו עוד הפעם דחייש לפשיטי דספר' ואם כן אפילו אין בו אחריות נכסים לא יחזיר דלמא פרעו ונמחל שעבודו והוא יזיף בו זימנא אחרינא כדי שלא יתן פשיטי דספר' ויהיה גובה בקדימה שלא כדת וזהו כוונת קושי' התו'. אך לכאורה אין זו קושי' דהא י"ל

ר"מ ס"ל שעבוד' לאו דאורייתא ואלו סבירא ליה ש"ד באמת אף בלי אחריות נכסים לא יחזיר ולכך הקדים התו' דרבנן דפליגי אר"מ וסבירא להו אפילו אין בו אחריות נכסים לא יחזיר הטעם משום דסבירא להו אחריות ט"ס כדאמרינן בגמרא להדיא ולא אמרינן דבאמת אף רבנן סבירא להו כר"מ דלאו ט"ס רק טעמם דאזלו לשיטתם דפליגי בבכור' שמעת' הנ"ל אר"מ וסבירא ליה דשעבודא דאורייתא ולכך לא יחזיר ועכצ"ל דאף ש"ד לולי אחריות ט"ס ה"א דחוזר והקשה התו' שפיר למה הא יש לחוש דחוזר ילוה בו וכו'. ותי' דלא חיישינן וכו' וא"ש ומזה מוכח דאף בכת"י חיישינן לקנוני' כמ"ש דאל"כ בלא"ה ליכא למיחש כמש"ל עפ"ז כתבתי בחדושי לפירש"י שכתבתי דסבירא ליה לכך אמרינן ולא לוה עד תשרי היינו קודם נפילה לתרץ קושי' זו יש לתרץ מה שנתקשו התו' בהא דאמרינן שם קשי' לר"א בחדא לשמואל בתרתי דהא גם לר"א איכא תרתי דלפמ"ש י"ל דברייתא דקתני אין בו אחריות היינו דמפורש בו דלא יגבה רק מב"ח דזהו לכ"ע מודה ר"מ גובה מב"ח כמ"ש התו' בפ"ק ואי קשה אם כן תו ל"ל אחריות ט"ס ואם כן מ"ט דרבנן די"ל חייב מודה אף בב"ח יש לחוש כקושי' הנ"ל משום ב"ח מוקדם ור"א סבירא ליה דחיישינן דילמא ילוה עכשיו כמ"ש התו' רק ר"מ סבירא ליה שיעבודא לאו דאורייתא אבל חכמים סבירא להו ש"ד ויש לחוש לחשש במלוה ע"פ ג"כ ולשון זה וזה גובי' משועבדים דמלוה ע"פ מוקדם למלוה בשטר מאוחר ג"כ משועבדים קרוי ולק"מ אמנם שמואל דאמר המוצא שטר הקנאה ואי אמרינן דלא סבירא ליה כאביי וגם דאקרי וכתיב לא אמרינן אם כן מה איריא הקנאה אפילו בלי הקנאה נמי ואי סבירא ליה דאקרי וכתוב אמרינן אם כן למה מוקי מתניתין באין חייב מודה ועכצ"ל דסבירא ליה כאביי עבחז"ל ולכך דוקא הקנאה דבעינן מטו לידו ואם כן תו ל"ל דטעמא דחכמים דילמא אף בב"ח כתב בניסן ולא לוה עד תשרי דהא עבחז"ל וא"ש בתרתי ודוק וכלל העולה לדינא מלוה ע"פ מוקדם למלוה ע"פ מאוחר גובה במשפט קדימה אפילו כתב"י דליכא למיחש לקנוני' כמש"ל אבל למלוה בשטר מאוחר אין גובה בכת"י דחיישינן לקנוני' כי בלא"ה רבו האומרים דאין למלוה ע"פ קדימה נגד מלוה בשטר מאוחר כמ"ש לקמן בסי' ק"ד וגם דעת התו' בפ' ג"פ דף קע"ה ד"ה המלוה וכו' דאף מלוה ע"פ בלי עדים ליכא למ"ד דש"ד ואם כן בלא"ה בכת"י ליכא קדימה ואף דחלקו ע"ז רבים מחברים כמש"ל מכל מקום בצירוף זה ודאי לא אמרינן בכת"י ויש לחוש לקנוני' כמ"ש הרשב"א אך לפ"ז עדיין קשה למה אין לכתוב זמן בכ"י דהא עדיין מועיל לדין קדימה נגד ב"ח מאוחר במלוה ע"פ וצ"ל כמש"ל בריש סי' דכשאין שייך קדימ' לגבי לקוח' דתלי' בקלא לא תקנו זמן דהרי יכול להרא' כת"י תיכף אחרי הגיע לידו לעדים ויגבה בקדימה מב"ח

כיון דלא שייך בי' קלא משא"כ בשטר דלא מועיל הרא' לב"ד דלית ליה קלא וכ"כ התו' להדיא בגט דלא תקנו זמן דהרי יוכל להרא' בב"ד וא"ש:

ד **ולא יגבה בשטר מוקדם כו'** כתב הש"ך ס"ק י"א דאם המלוה בעצמו כתב עליו קודם שנראה בב"ד שלא ניתן לטרוף אלא מזמן זה כשר עכ"ל ובאמת כדבריו נראה מתוך מ"ש הטור בסי' מ"ה אות זי"ן בשם רבינו יונה דהא דפסלינן שטר שהרחיקו עדים ב' שיטין מכל מקום לא יכול המלוה לטעון להד"מ כיון שנתנה עדות זו להכשיר אלו מלאהו בקרובים ואפי' שט"ח המוקדמים נ"ל לדון כן עכ"ל ויש להבין הא נותן טעם דלכך לא יכול לטעון להד"ם משום דיש מקום להכשיר השטר במלאהו בקרובי' ואם כן לא שייך לומר עליו דהוא חספא בעלמא דהרי ניתן לכתוב בשט"ח המוקדמים מה איכא למימר הא לית בי' שריותא כלל ועכצ"ל כסברת הש"ך ואם כן אף בזו הרי מצאנו לו תקנה להכשירו והרי זה כמו מלאהו בקרובים ולכך נאמן לומר להד"ם או י"ל דמסתמא מניחין עדים שטה אחת פנוי בין שטר לחתימה כנ"ל ואם כן יכול לכתוב זמן שני ולמדין מתחתון ואי דהוה בש"א הא חובתו למידן כדלקמן בסי' מ"ה ועימ"ש שם. ודברי הש"ך נראי' מהנ"ל אך קשי' מה פריך בגמרא ב"מ דף ט"ו ע"א על ר"י דאמר שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו ופריך הגמרא אימת אלימא למחר וליומא אחר תיפוק לי' דה"ל מוקדם ומה אירא שכבר נמחל שעבודו וקשה מה קושי' בשביל חשש מוקדם הא מצינו לו תקנה שיכתוב ע"ג דלא ניתן לגבות אלא מיום שלוה בו שנית אבל בשביל שנמחל בו שעבודו לית ליה תקנה זו ולכן נר' דודאי דהא דצריך לכתוב ע"ג היינו ע"ד משל אם לוה בתשרי בב' בו ושטר נכתב בניסן צריך לכתוב בו ביום דלוה כי אם יכתוב ביום שאחריו דרך משל בג' בתשרי דהשטר ניתן לגבו' מב' בתשרי עדיין הוא מוקדם דכל זמן דלא כתב ע"ג נמחל שעבודו ואם כן אין לו שעבוד רק משעה שכותב כן ואם הוא כותב בג' בתשרי צריך לכתוב שעבודו יתחיל בג' אף דהיה הלואה קודם דשטרא חספא כל זמן שלא כתב עליו וכ"כ הטור וש"ע לקמן סי' מ"ה סט"ו במלאהו בקרובי' ע"ש. וזהו ברור ולפ"ז אף זה יש להוסיף דלא מועיל כשכתב בכ"י דאנו אמרינן לאו כל כמיני' דהיום כתבת על השטר וקדמת הזמן על תמול שלשום וכל זמן שלא נכתב עליו השטר חספא בעלמא כנ"ל ואין אתה נאמן דהית' כותב תיכף בו ביום כפי מכתבך על השטר ולא מפיך קיים לעשות שעבוד למפרע רק צריך לכתוב בעדים וא"כ מאותו יום שכותבים העדים חל השעבוד ול"ל דמשקר דהעדים אומרי' כן וא"ש דברי טור דסבירא ליה דגם מוקדם ניתן לכתוב לענין להד"ם דהרי יוכל להכשירו כשיכתוב ע"ג בעדים ע"ש. ולפ"ז קושי' הגמרא שפיר בר"י דאמר אינו חוזר ולוה משום שנמחל וכו' תיפוק

ליה דה"ל מוקדם ול"ל דכותב עליו במאן אי בכת"י לאו כל כמיני' ואי בעדים היינו עדי הלואה והם משוים ליה שעבוד חדש ולא שייך נמחל שעבודו כלל ועיין לקמן סי' מ"ח בהג"ה וע"ש כמ"ש שם דהא הם כותבים דמעכשיו יתחיל דה"ל הלואה ושעבוד חדש:

ה **וי"א דפסול לגמרי** הרב הש"ך בס"ק י"ב דעתו לחלוק על הסמ"ע לומר להך דיעה אפילו להד"ם מצי לטעון וצריך לומר להך סברא שכתב הטור דנודע דהוא מוקדם דאיירי דעדים אומרים טעינו או עדים אחרים אומרים אנוסים היו והיינו אנוסים להקדים הזמן דאי על גוף הלואה פשיטא דפסול ומה ענין זה למוקדם דאמרינן משום גזרה שמא יגבה מזמן ראשון. ואם כן איך במציאות לומר להד"ם דל שטרא מהכא הא הוחזק כפרן מפי עדים הללו המעידים דהלואה אמת רק נעשה מוקדם לסיבה נזכרת בדברי הטור וצריך לומר לשיטת הטור דסבירא ליה כאביי עבחז"ל י"ל דעדים אומרים בזמנו הקדמנו לסיבת טעות או לסיבת אונס ובזמנו שכתבנו מסרנו ליד הלוה דכך הדין דמותר לכתוב ללוה שטר ולא ידענו אי הלואה נעשית או לא והלוה טוען להד"ם ממני נפל או הפקדתי בידך וכן לדידן דלא קי"ל כאביי צ"ל דעדים אמרו עברנו על הך דר"א ומסרנו השטר ליד לוה אעפ"י דאסור לעשות כן מ"מ לא נפסלו העדי' בשביל כך כמ"ש הר"ן בפ"ק דר"ה ע"ש ואם כן עכשיו הנדון בין ש"ך לסמ"ע אי נאמן לומר לא הלותני מעולם וא"ש. והנה לדינא נראה ברור כסמ"ע דהא כתב הטור להדיא בסי' מ"ה דעת ר' יונה בהרחיק שני שיטין דמ"מ הוי שטר לענין להד"ם וכן הדין בשטר מוקדם ולדעת הש"ך צ"ל דהביאו הטו' להסכים עמו בדין הרחקת ב' שיטין אבל לא בדין מוקדם וזהו נראה בעליל לדוחק אף גם יש להבין מ"ש למה בהרחיק ב' שיטין דהרי בידו לזייף להוסיף חובת הלוה אין מספר ובזה לא נחלק ר"י ור"ל מעולם דפסול וגם הוא בכלל גזרה שמא יגבה מזמן ראשון כמ"ש במוקדם דהרי יכול למחוק הזמן ולכתוב זמן אחר ימים ימימה ולקיימה בשיטה שלפני ש"א ואם כן היינו מוקדם וגרע הימנו נאמר בי' דהוי שטר לענין להד"ם ובמוקד' דהוא רק גזירה לר"י שמא יגבה מזמן ראשון ואין בו חשש זיוף לענין ב"ח כלל נפסל לגמרי דגם להד"מ מצי לטעון דבר זה הוא נגד הסברא מהיפוך להיפוך עד שאפילו החולקים וס"ל במוקדם כשר לב"ח מודים בהרחיק ב' שיטין דפסול לגבות בני חורי' ולסברת הש"ך דנאמן לטור וסייעתו הוא להיפך דשם מהני לענין להד"ם וכאן יפסול וכן משמע לקמן סי' ע' ס"ו במוכר שדהו באונס דהמעות הנז' בשטר אין לו דין מלוה בשטר ונאמן לומר פרעתי משמע בבירור דלהד"ם לא קבלתי ממך כלל ומסרתי לך שטר מכירה בלי מעות וכדומה א"נ וצ"ל אע"ג דאמרי' בגמ' דלא ניתן לכתוב. מ"מ לענין להד"ם נקרא שטר ואם כן ע"כ מוכח דגם שטר מוקדם נקרא שטר לענין להד"ם דאל"כ מה פריך בגמ' ל"ל

טעמא שמא יגבה מזמן הראשין לימא דלא ניתן לכתוב וקשה מה קושי' עדיפא מיני' קאמר דאפי' להד"ם לא מצי למיטען אלא עכצ"ל דגם משום הך גזרה שמא יגבה כו' לא מצי לטעון להד"ם והדבר מוכרח וכן נר' מדברי התו' ב"מ דף י"ב ע"ב ד"ה ולא לוה וכו' דהעלו דכל חשש בשטר שנפל דילמא כתב לוות ולא לוה כלל קודם נפילה ולכך נפל אבל ל"ל דבאמת לוה קודם נפילה רק היה מוקדם דא"כ מכל מקום נזהר בשמירתו ולמה נפל ואילו בדף ז' ע"ב ד"ה בזמן כו' כתבו בכתובה שנפל דליכא למיחוש דילמא כתב בניסן ולא נשא עד תשרי דהא משתעבד מאירוסין ומשמע לולי זה היינו חוששין לכך וזהו שלא כדבריהם הנ"ל וכבר עמד בזה המרש"א והניחו בצ"ע. ולכן נראה דגם התו' סבירא להו סברת שארי מחברים דאף דבאמת לוה הואיל והוא יודע שהוא מוקדם והוא חספא בעלמא אינו נזהר בשמירתו אך סבירא להו לתו' דמ"מ אף דמצי לטעון פרעתי מכל מקום הא א"י לטעון להד"מ אם כן השטר לו לתועלת דעי"כ צריך להודות בגוף הלואה ואם כן מהכ"ת לא יזהר בשמירתו דהר הוא לו לצורך אם הרבה אם מעט וזהו בשטר הלואה אבל התם בכתוב' באשה היושבת תחת בעלה אם כן להד"ם לא שייך שם דהרי נשואה לפניך ופרעתי יכול לטעון על כתוב' המוקדם ואם כן לאיזה צורך תזהר בו כשהיא מוקדם ושפיר י"ל כשאר מחברים אף דהיא נשאת בו מכל מקום הואיל והוא שטר מוקדם אין חושש בשמירתו וא"ש ודוק ודברי הסמ"ע מוכרחים וכן יש קצת ראי' מתו' ומטור דחתרו למצוא דרך איך נדע שהוא מוקדם ולא אמרינן דמירי דמלוה מודה שהוא מוקדם דהיינו שהעדים טעי' באופן דלא מפסלי עדים (דבמפסלו לא איירי הגמרא דא"כ לא שייך בי' גזרה וזהו דלא כהגאון מהר"ץ בהגהותיו לט"ז) וצ"ל דא"כ איך נאמן לומר פרעתי הא יש לו מגו דלא היה מוקדם ול"ל דהוי מגו להוציא דהא במקום שטר אמרינן ואם כן מוכח דהוי שטר ואלו אפילו להד"ם מצי לטעון דהוי כחספא כמ"ש הש"ך אם כן הוי מגו להוציא כהך דשטרי זייפא בפ' חזקת ולקמן סי' מ"ח עשיתי סמוכי' גם כן לדעת הסמ"ע מהך דנדרים במי שהשליש שט"ח וכו' בדברי הרא"ש שם ובו יתיישב מ"ש הש"ך מדפריך הגמרא על שטר שנמחל שעבודו ת"ל דה"ל מוקדם ש"מ מוקדם ה"ל כחספא דלפמ"ש שם אף בנמחל שעבודו לא מצי לטעון להד"ם ע"ש ועכ"פ הדין ברור כדעת הסמ"ע והבו דלא לוסיף דבלא"ה רוב מחברים פסקו דלענין ב"ח הוי שטר גמור ולא נפסל רק ממשעבדי. מהכ"ת נרבה במחלוקת וכן צ"ל בר"י שכתב דלכך בהרחיק ב' שיטין הוי שטר לענין להד"ם משום דיכו' למלא' בקרובי' וקשה תינח ביומו לאח"כ נפסל דלאח"כ הא אי אפשר למלא' דה"ל מוקדם כמ"ש ר"י והש"ע לקמן סי' מ"ה סט"ו ע"ש ואם כן כשעבר יומו נעשה חספא כמו שטר הנכתב בא' בניסן כשעבר יום ולא לוה

נפסל אף זו כיוצא בו דביומו אף במוקדם ליכא פיסול. ועכצ"ל או דר"י לשיטתו דסבירא ליה אף מוקדם הוי שטרא לענין להד"ם או דהרי יכול למחוק זמן עליון ולכתוב זמן של יום דמלאהו בקרובים ולקיימו דהרי מורחק ב' שיטין ואם כן אף לענין מוקדם הרי יכול לכתוב זמן בש"א וכמש"ל ואם כן כיון דקי"ל לקמן סי' מ"ה ס"ז כרבינו יונה גבי הרחקה ב"ש אף לענין מוקדם ע"כ כוותי' סבירא ליה:

ו **וי"א דהעדים נאמנים** וכתב הסמ"ע בשם ד"מ בשם ריב"ש דהעדים דהיה להם לכתוב בשנת קל"ד וטעו וכתבו ק"ד (כך הגי' נכונה כמ"ש הש"ך וכן הוא בריב"ש סי' שפ"ב) דאין נאמנים שטעו והקשה הא כבר נאמר בהגה בס"ב דאם שכחו העשירית דפסול ותי' הש"ך דקמ"ל אפילו העדים לפנינו ואמרו שטעו דא"נ והניחו בצ"ע ואין תי' זה נכון כי אם יש מקום לחלוק אין מדברי ריב"ש ראי' לפסול דשם בעובדא דריב"ש לא היו לפנינו העדים כלל ומנ"ל דלא מצו להתנצל עצמן. איברא דבאמת על כפל הדברים לא קשי' מידי דלעיל קמ"ל דשטר פסול כמו שארי מוקדם ואם כן לדעת מחבר כשר לבני חורי' אבל כאן קמ"ל העדים פסולים דלא שכיחי דטעו ואם כן הם פסולים ואפילו לב"ח פסול השטר וכן מבואר שם בריב"ש בתשובה דפוסל שטר חליצה המוקדם אף בגוף המעשה א"צ לשטר מכל מקום סבירא ליה שעדים הם פסולים ומאן מסהיד על החליצה אבל לא ידעתי איך החליט הדין דלא שכיח לטעות בין קל"ד לק"ד עד שאתה שומע לדברי התלמיד היה שומע לדברי הרב כי הר"ן רבו בתשובה סוף שו"ת שלו השיב לריב"ש והכשירו ופסק להדיא דאין העדים פסולים הואיל וטעו בדבר שמצוי' לטעות והרי אף זו סבירא ליה דהוי כמצוי לטעות ולכן דין זה צ"ע:

ז **ויש חולקים** הש"ך בס"ק י"ט האריך דמשמע מתוך דברי הג"ה וכן מד"מ דלדעת זו אפי' במה שעדים מצוים לטעות אינם נאמנים אם כת"י יוצא ממקום אחר ואינו דעתו כן דבזה כ"ע מודים בדבר שמצוים לטעות כגון עיבור' דירחי דנאמנים אפילו בכת"י יוצא מן מ"א ולא נחלקו רק בטעינו בשנות המלך דלא מצוי לטעות ובזו לסברא קמיית' נאמני' אפי' יוצא כת"י ממ"א ולסבר' הטור ותו' א"נ ע"ש שהאריך במ"ש ראי' שלו אחת לאחת ודבריו צ"ע כי נרא' ברור כדברי הרמ"א כי מ"ש דדעה קמיית' איירי אפילו בדבר שאין עדים מצוים לטעות רק אומרים ע"ז לא נתנו לב אם כן איך כתב הרז"ה ומכאן אנו לומדים דכל טעות שעדים מצוין לטעות נאמנים הם לעצמן ע"ז ולית בי' משום כיון שהגיד שוב וכו' ובגמ' דילן מצינו כיוצא בו בהאי תברא דחתים עליה וכו' עכ"ל ע"ש ואם הך דמוקדמים נאמנים אפילו בדבר שאין מצוי' לטעות משום דאין מדייקי' כ"כ בזמן כמ"ש הש"ך אם כן מה ראי' דבעלמא הם יכולים לחזור בעדותן בדבר שמצוים

לטעות כיון דבכאן נאמנים אפילו בשאין מצוי לטעות ושאני הכא דאין דרכם לדקדק ואיך כתב ומכאן אנו למדי' וכו' והביאו דוגמא מהך תברא כו' אשר ענין של זה לא כשל זה ועוד הדבר מבואר בס' אסיפת זקנים באיזהו נשך שהר"ש ווידא"ש הקשה על הרמב"ן מהך תברא וכתב רמב"ן סבירא ליה דאין נאמנים בשכת"י יוצא ממ"א אפילו בדבר שאפשר ומצוי לטעו' ולא כן הוא דההיא תברא וכו' קשי' לי' ע"ש והרי דבר מבואר דדעת החולקים בעצמן לא אמרו רק בדבר שעדים מצוי' לטעות ובכל זה דעת רמב"ן וסייעתו דוקא באין כת"י יוצא ממקום אחר וכן מצאתי בחדושי רשב"א גיטין דף כ"ו פיסקא אלא ארוסה מי אית ליה פירי כתב להדיא דאין דרך של עדים לדקדק בזמנו של שטר והביא ראי' מהך ירושלמי דיכולים עדים לומר ע"ז חתמו כו' הרי דסבירא ליה דהוי כמצוי לטעות ומכל מקום דעתו כהרמב"ן כמו שכתב הה"מ בשמו וכמו שכתב בחדושיו בריש ראש השנה עיין שם הרי אף דמצוי לטעות מכל מקום בעינן דאין כתב ידם יוצאים ממקום אחר ומה שכתב ראי' מהטור דהשמיט לומר דיש שייכות למוקדם באמרם טעינו בקביעות החודש אני אומר אם כן לשיטתו מי ניחא למה ליה לטור לומר באין כת"י יוצא ממקום אחר דוקא טעינו בשנת המלך ולא מפרש ליה בכל גוונא אפילו ביוצא ממקום אחר רק אמרו טעינו בקביע' דירחי א"ו דגם זה צ"ל אין כת"י יוצא ממ"א ואם כן מה לו לדוחק דיהיה כל הקדימה בשטר רק יום אחד וקודם רובו של חודש הלא י"ל טעינו בשנת המלך והוא לזמן רב וכצ"ל בגמ' דסנהדרין דף ל"ב דפריך הגמ' תקשי לך מתניתין שטרי מאוחרים אמאי כשרים אי בעינן דו"ח ופירש"י דלמה מתרצים דבריהם דמאוחר הוא נימא שטר זייפא הוא ומה שעדים אחרים אמרו שראו הלואה הלואה אחריתי היא וקשה מה קושי' דילמא בהך דמאוחרים י"ל דאחרו רק יום א' ובמוקדמים מכל מקום פסול אבל במאוחרים כשרים דאנן אמרינן דטעו בקביע' דירחי דזה מתרצים אפילו בעדים ד"נ דבעי דו"ח ומהכ"ת נימא דמשקרי ואפילו לדעת המהרש"א שכתבתי לעיל סי' למ"ד דאם שנים אומרים בב' לחודש והוזמו לא אמרינן דטעו בקביע' דירחי הכא ודאי כיון דאלו עדים אחרים אמרו שהיה הלואה ביום שלאחריו וכיון דעדים מעידים על יום שלאחריו אמרינן דטעו כמ"ש שם מהרש"א להדיא ועכצ"ל דדחיק לי' לגמרא לאוקמי שט"ח מוקדמים ומאוחרים רק ביום א' לבד וקודם רובו של חודש דכולי האי דחוקים לי' ואף בטור י"ל כן ובפרט דהך טעות דשנות המלך הוא הטעות דקביע' החדש כמ"ש בעה"ת דמלך עמד בל' של אדר כי היה אדר מלא ואם כן בהגיע ניסן הרי כאן שנה שניה והוא חשב כי היה אדר חסר ואם כן עמד בניסן והרי כאן שנה ראשונה (ועיי' בחדושי לר"ה שכתבתי דמה"ט קבעו בניסן ר"ה למלכים ולא תשרי כי הוא ר"ה לכל

כמ"ש רש"י משום חשש טעות הלזו ולכך קבעו בניסן דאדר לעולם חסר' וכן הדבר בטור ולק"מ. וממקום שמביא ראי' מדברי המ"מ פרק כ"ג מהל' מלוה דכתב לדעת הרמב"ן ורשב"א אם טעו בעיבורא דירחי לא נפסלו וכן הריב"ש בסי' שפ"ב ומשמע אפילו כת"י יוצא ממקום אחר יש ראי' להיפוך דמן המ"מ ומן ריב"ש אין ראי' דהם לא שאלו במה יודע שהוא מוקדם דאיירי דנודע כמו בעובדא דריב"ש שהיה כתוב בו שנת ק"ד ואז לא שייך שטר חליצה כי אז בעלה חי וכן י"ל בשטר חוב שכתוב בו מוקדם לזמן רב ונודע כי העדים ממש לא היו גדולים אז או לא היו באותו עיר או המלוה והלוה היו אז במד"ה מיום לידתו עד זמן קרוב ואם כן הרי זה מוקדם בהכרח רק השאלה דעדים יהיה פסולים דהקדימו בכוונה וע"ז יפה תי' הרמב"ן ורשב"א דבמה שנוכל לתלות בטעות המצוי פשיטא דאין לפסול לעדים אם יכולים לתרץ דבריהם דטעו ולכך כל השאלה דעדים יפסלו ולא שאל במה יודע דהוא מוקדם ובזו פשיטא דאין פוסלים בטעות שמצוי לטעות רק כל הנדון אם לא נודע שהיה מוקדם רק המה אמרו שטעו ובקשו לפסול השטר בזו אמרינן לאו כל כמיני' ומה בכך דמצוי לטעות אנו אמרינן דלא טעו ושטר כשר וזהו פשוט. והש"ך השוה השאלה במה יודע וכו' והשאלה דעדים יפסלו להדדי וזה אינו ומעתה נבוא לדברי התו' ורא"ש פ' א"נ דהקשו דעדים יפסלו ותי' דאמרו עדים אחרים שהיו אנוסים מחמת נפשות או דעדים עצמן אמרו טעינו בשנות המלך ובקביע' דירחי וכ"כ הרא"ש ולא הזכירו כלל דאיירי דכת"י א"י ממקום אחר כמו הטור וגם בעדים אחרים כתבו דאמרו אנוסים היו ואילו בעדים עצמן אמרו דטעו ולא הזכירו דאמרו אנוסים היו מחמת נפשות וכבר עמד הש"ך בזה וכתב דאיירי בכת"י יוצא ממקום אחר ונאמנים שלא לפסול עצמן אפילו בטעות דלא שכיחא וזהו ליתא. כמ"ש הריב"ש בסי' שפ"ב להדיא ומן אותו טעם פוסל לשט"ח משום דאין עדים נאמנים להכשיר עצמן במה דלא מצוי לטעות. וכן הר"ן בתשובה הנ"ל שהכשיר לא הכשיר רק במה שמצוי לטעות וזהו ברור ופשוט ואל"כ מעולם לא יהיה עדים נפסלים דיאמרו טעינו במה שאין מצוי לטעות ודבר זה לא נשמע ולא נר' כלל להכשיר עדים בטעות דלא שכיחי כלל אלא ברור דהאמת כמ"ש הש"ך דהתו' ורא"ש מדסתמו דאיירי אפי' בכת"י יוצא ממקום אחר רק התו' ורא"ש לא שאלו שאלת הטור במה יודע כו' די"ל דנתברר בעדים שהיה מוקדם כמש"ל רק השאלה א"כ עדיו נפסלים וע"ז תי' דיש עדים דאמרו שהיו אנוסים מ"נ או דעדים עצמן אמרו שטעו ונאמנים אפי' בכת"י יוצא ממקום אחר ולכך לא אמרו רק בטעות דלאו כל כמיניה לומר אנוסים היינו להכשיר עצמן אמנם הטור דשאל במה יודע כו' בזה סבירא ליה לטור דאם הם אמרו דהוא מוקדם דבעינן דוקא כת"י אינו יוצא

ממ"א. לכך הזכיר הטור דוקא כת"י אינו יוצא ולא התו' משום דשאלת הטור אינו שאלת תו' וזה ברור ונכון ומעתה מדברי התו' מבואר דטעינו בשנת המלך הוי מצוי לטעות דאל"כ בכת"י יוצא ממקום אחר איך נאמנים להכשיר עצמם וכל כמיניה בדבר שאין מצוי כמ"ש הריב"ש והר"ן הנ"ל וכמו דהסברא והשכל מחייב ועכצ"ל דהוי מצוי לטעות ואפשר כמש"ל דטעינו הוא נולד מן הקביע' דירחי כמ"ש הבע"ת ומ"מ סבירא ליה לטור דוקא באין כת"י יוצא ממ"א ש"מ דסבירא ליה דאפילו במה שמצוי לטעות לפסול השטר א"נ וכל כמיני' אלא באין כת"י יוצא ממ"א וזה ברור ומוכח מדברי שניהם תו' ורא"ש והטור. גם נראה דצ"ל מה דהוקשו המחברים כמ"ש הכה"ג בשמם וכן הקשה בט"ז וכן הוא בס' א"ז דלשיטת האומרים דירושלמי מיירי באין כת"י יוצא ממקום אחר אם כן מה פריך מר"ל הלא אמר ר"ל עדים שחתמו בשטר כמו שחקרו עדותן בב"ד דמה קושי' הא מילתא דר"ל הוא כת"י יוצא ממקום אחר וכאן איירי באין יוצא ממקום אחר והלא משנה שלימה היא בכתוב' עדים שאמרו אנוסי' היינו וכו' דאם אין כת"י יוצא ממקום אחר דנאמנים ולישב נראה או דהקושי' הוא דלר' מאיר דסבירא ליה בפ"ב דכתובות דף י"ח ע"ב דאפילו אין כת"י יוצא ממ"א אין נאמנים לומר אנוסים מחמת נפשות היינו דסבירא ליה מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ע"ש בתו' וברש"י ור' לקיש גופי' בפ' א"נ מוקי ליה הך מתניתין דשט"ח מוקדמים כר"מ וא"כ אליבי' קשה הא כמו שנחקרה עדותן ולר"מ הוי כמו שנחקרה עדותן אפילו באין כת"י יוצא ממקום אחר והקושי' נכונה וכן משמע בנ"י להדיא או י"ל דהקושי' הוא לשיטת ר"ן דסבירא ליה אפילו אין כת"י יוצא ממ"א ואמרו אמנה ומודעות היה דברינו אין נאמנים ופי' התו' שם ד"ה אמר ר"נ כו' דסבירא ליה דלא אתא ע"פ ומרע לשטרא ואע"ג דאמרינן במשנה דאם אמרו אנוסים היינו וכו' דנאמנים דהתם לא נעשה השטר בדין כלל וליתא לשטרא כלל וחספא בעלמא הוא אבל באמנה ומודע' נכתב השטר בדין והם באים לפוסלו אחר כך לא מהימנו וכו' עכ"ל ואם שטר מודע' קרוי ניתן לכתוב מכ"ש שטר מוקדם דהרי ניתן לכתוב מזמן שני ולא מבעיא לדעת האומרים דא"נ לומר פרעתי פשיטא דניתן לכתוב אלא אפילו לדעת האומרים דנאמן לומר פרעתי מכל מקום כבר העלינו כדברי הסמ"ע דלא מצי לטעון להד"ם והיינו כמו שטר מודע' דניתן לכתוב בשביל זוזי דיהיב כמ"ש הר"ן אע"ג דמצי לטעון פרעתי רק להד"ם לא מצי לטעון ואף זו כמוהו ופשיטא דיותר יש קיום לשטר במוקדם מן שטר מודע' הנעשה באונס ואם כן קשה לר"ן איך נאמנים אפילו באין כת"י יוצא ממ"א דמ"ש מאמנה ומודע'. ולכך מתרץ ירושלמי דאמרו עדים על זה חתמו וכו' וטעינו בדבר המצוי לטעות ואם כן הן לר"מ דסבירא ליה דאין נאמנים היינו באנוסים היינו מחמ' נפשות

דל"ש כמ"ש התו' וכן באינך דאיכא חזקה דמלוה ועדים מידק דייקי כמבואר בגמרא שם אבל בדבר דשכיח כגון הך דמצוי לטעו' בזמן ויש להם מגו אף ר"מ וכן ר"נ מודה דמהני מגו ולא דמי לאמנה ומודע' דלא מהני מגו לר"ן משום דלא שכיחי כלל ולכך לא אתא ע"פ ומרע לשטרא דהוי כאילו שטר מעיד להדיא דלא כדבריו אבל בענין הנ"ל דשכיח ויש להם מגו לכ"ע נאמנים וא"ש ומיושב כל הקושי' ומזה ברור בידים מוכיחי' דהוא טעות שמצוי לטעות כי אין מצוין לר"מ וכן לר"נ אין מועיל מגו דמזייף וגם היה קושי' הנ"ל במקומו מה קושי' ליה מר"ל כנ"ל וברור ובזו יש להבין דברי הטור דכתב דעדים אחדים העידו שאנוסים היו או שהם אמרו שטעו בשנת מלך ולא כתב גם כן שהם אומרים אנוסים היינו בשלמא בעדים אחרים לא שייך לומר דהעידו דטעו דאטו בתוונא דלבם יתבי ואולי אמרו בכיון כאלו טעו ולבבם מלא מרמה וכ"כ הב"ח ע"ש אבל באותן עדים למה לא כתבו דאמרו אנוסים אבל לפמ"ש ניחא דהטור ליישב משנה שטרי מוקדמים קאתא ואם כן אף לר"ן צריך ישוב ולר"ן כמו מודע' אינם נאמנים אפי' באין כת"י יוצא ממקום אחר ה"ה באומרים אנוסים היינו מחמת נפשות דהיינו מודע' דמ"ש דהא לא היה אנוסים רק על הקדמ' זמן ולא על גוף השטר ואם כן ניתן לכתוב ולא אתא ע"פ ומרע לשטרא היינו מודעה וזה לא שכיח כמו מודע' ולכך כתב הטור דאמרו טעינו וזה שכיח אבל אנוסי' מ"נ היינו תלי' במחלוקת ר"ן ור' אשי וא"ש. וכן י"ל בתוס' בב"ק ד"ל ע"ב ד"ה וחכמים וכו' דהקשו בשט"ח מוקדמים דיש מעמידין אותו כר"מ אבל לרבנן כשרים ואפילו לר"מ אין פסול אלא מטעם קנס ואמאי הלא עדים פסולים וכו' ויש להבין למה לא הקשו בפשיט' לר"י דאמר חכמים היא וגזרה שמא יגבה כו' ולא קאמר בפשוט משום דעדים פסולים אלא דלחכמים שפיר י"ל דאין כת"י ממ"א ואמרו אנוסי' מחמת נפשות ונאמנים במגו אבל לר"מ ליכא למימר כן דר"מ סבירא ליה דאין נאמנים ולכך הקשו לר"מ ודוק. אך יותר י"ל דלחכמים לא רצו להקשות דילמא חכמים כר' יוסי סבירא להו דאוקמינן בפ' ז"ב דסבירא ליה כרבא דבעינן עד חמס ואלו לא הוי עד חמס כמ"ש התו' בפרק א"נ ולכך הקשה מר"מ דסבירא ליה כאביי דלא בעינן עד חמס וא"ש וזהו נראה יותר נכון. אם כן לדינא לפי דקי"ל לקמן סי' מ"ו כרב אשי דנאמן לומר מודעה דין זה אם אמרו אנוסים מ"נ היינו להקדים השטר צ"ע כי לפי הטעם ניתן לכתוב ג"כ כתב מודע' ולכך פליג ר"א אבל זולת זה מודה לר"נ אף לר"א באמרו אנוסים מ"נ היינו להקדים הזמן א"כ דלא שייך כאן ניתן ליכתוב וצ"ע ועיי' לקמן סי' מ"ו ובמ"ש שם. ובגוף הקושי' שהקשה על הרמב"ן מהך תברא וכו' נראה דס"ל לרמב"ן ודאי בע"פ מצי לחזור בדבר שמצוי' לטעות אבל בכתב לולי דכת"י אין יוצא ממקום אחר דאית ליה מגו

אמרינן דלא אתא מילתא ע"פ ומרעי לשטרא ואינו נאמנים דבשטרא העומד לימים רבים מידק דייק וכן משמע בתו' הנ"ל במילתא דר"נ דס"ל דאין נאמנים במגו באמנה ומודע' אף דבעלמא אית ליה מגו משום דלא אתא ע"פ ומרע לשטרא ע"ש הרי דאלים מילתא דשטרא יותר ממילתא דע"פ וא"כ הך תברא דב"ב כבר מבואר ועיין מש"ל בסי' מ"ט ס"ב דכל החזרה דאמרינן דצירב' מדרבנן לאו אורח' למידק אין הכוונה כמ"ש בשטר דבזה פשיטא דמצי לחזור דהא סמיך אאשה וקרוב רק כל החזרה דהיה מתחילה אמר לא היא ואח"כ אמר היא היא ע"ש כמ"ש באריכות. וזה הכל בע"פ שאמר דלאו היא אמר היא היא אבל לגרוע מילתא דשטר לא אם לא דאין כת"י יוצא ממקום אחר דאית ליה מגו ובזה יובן דברי הר"ן דהעתיק דהרמב"ן חולק וס"ל דאין נאמנים אא"כ אין בכ"י ניכר ממ"א וכתב ואין כאן מקום להאריך אבל זהו ודאי כל טעותא דעבידי עדים למטעי לית בהו משום חוזר ומגיד ומזה ביקש הש"ך להוכיח דס"ל אף הרמב"ן מודה בכה"ג דא"צ לכת"י שלא יהיה יוצא ממקום אחר ובאמת אינו רק כוונתו וזהו ודאי אף דנחלקו בשטר' אבל בע"פ יכול לומר וזהו שסיים ולית ביה משום חוזר ומגיד וזהו כוונתו באמת דאעפ"י דנחלקו בשטר בעדות בע"פ מודי' וכן דעת הרמ"א ומה עמקו מחשבותיו דלעיל בסי' כ"ט העתיק דברי הר"ן בכל מה שהעדים מצוים לטעות וכו' ולא הזכיר חולק כי הוא בע"פ אבל כאן בעדות שבשטר הזכיר דעת החילקים דבעי דוקא מגו וזהו נכון. ומתשובת הרא"ש כלל מ"ה סי' ג' דמשמע דחשש אולי טעו העדים י"ל בגט משום חומרא דא"א החמיר הרא"ש וכהנה חששו יותר בא"א טובא. והנה אם אמרו כתבנו בניסן ולא לוה עד תשרי דעברו אר' אסי דעת הש"ך בס"ק ט"ז דנאמנים אפילו בכת"י יוצא ממקום אחר ולי נראה דאפשר דאפילו אין כת"י יוצא ממקום אחר לא מהימנים דיש להבין בר"ן פר"ק דר"ה דהקשו מתחילה והלא עדים פסולים במוקדם ותי' דכתבו ללות בניסן ולא לוה עד תשרי דאע"ג דעברי דר"א מ"מ מאן דלא ידע דר"א לאו רשע הוא. ואח"כ הביא הך ירושלמי מי מודיע שהוא מוקדם ומביא דעת הרז"ה ורמב"ן דנאמנים לומר טעינו למר באין כת"י יוצא ממקום אחר ולמר אפילו ביוצא ממקום אחר הואיל והוא עביד לטעות וכבר נתקשה בזה בספר בית יעקב בדף מ"ו ע"ש דבממ"נ מתחילה מה פריך והלא עדים הן פסולים ולמה לא תי' בטעות דעבידי למטעי לא שייך פסול ובקושי' שני' דהוקשה מי מודיע לימא דע"ז אמרו טעינו ברב אסי וכתבנו ללות בניסן וכו' אלא נראה דודאי אם הם באים לפסול השטר ואמרו טעינו בדרב אסי לאו כל כמיני' כיון דעולה היא לא מהימני לומר לא ידענו לבטל השטר והגע עצמך אם אמרו אנוסי' היינו מחמת ממון ולא ידענו דאסור לחתום שקר בשביל אונס ממון וכי יהיו נאמנים לבטל השטר וכן באונס

נפשות דאמרינן לר"מ דא"נ משום דה"ל ליהרג ופריך הגמ' אילו אתו לאמלוכי וכו' ולא אמרינן בקיצור דהא לא ידעו זה אלא דלאו כל כמיני' לומר כן לבטל שטר רק אי בלא"ה נודע דהיה כן רק הם עברו דר"א א"א למפסלם כלל. דאין לפסול לא' אם לא בדבר ברור כמ"ש סי' ל"ד סכ"ד ע"ש ולכך כששאל בירושלמי מי מודיע לא מצי למימר כה"ג דמ"מ הם אינם נאמנים ולאו כל כמיני' ולכך מוקי ליה באופן אחריתי דטעו בקביע' דירחי וכו' רק דקשי' ליה להר"ן למה שאל לירושלמי מי מודיע ולמה לא שאל דהא עדים הם פסולים וזהו קושי' יותר חזקה ולכך משני דבזהו אילו נודע שהוא מוקדם רק אם באים לפסול העדים י"ל כהנ"ל דטעו בדר' אסי ובזו אין כאן פיסול אבל מ"מ השאלה מי מודיע דלענין לבטל השטר אינו נאמן דטעה בדר"א אף דנאמן בזה להכשיר עצמו וזה נכון וכן מורה לשון הנ"י כמ"ש הש"ך וכל דברי הריב"ש והמ"מ הוא הכל שלא לפסול לעדים ולא איירי כלל לבטל שטר. ובלא"ה הך דינא צ"ע כי נראה כי תו' בפ"ק דר"ה דף ב' ד"ה לשטרות חולקים דהקשו ברש"י דפי' דהעדים אומרים ראינו הלואה בכסליו ושטר נכתב בתמוז ולא ידעינן איזהו קודם דפסלינן מספיקא הא לא פסלינן שטר בספק כדתנן בשטר שנכתב בשבת ושטר שזמנו בא' בשמיטה והוזמו וקשה מה קושיא בשלמא התם הוי עדים מפסלי' ואוקמינן עדים בחזקת כשרות ולכך אמרינן אחרוהו וכ"כ בעה"ת להדיא דלכך אמרינן בשטר שזמנו בשבת כשר דלא למפסל לעדים אבל בעדים שכתבו ללות ולא לוה לא מפסלי כסברת הר"ן הנ"ל א"כ כיון דליכא חזקת כשרות מסייע מספיקא לא מכשירין לשטרא דהממע"ה ויד בעל השטר עה"ת ולכך נראה דס"ל לתו' דעדים הרשיעו לכתוב ללות ולא לוה ואף המה פסולין וא"כ הבו דלא לוסיף דנימא לבטל השטר ואין לדקדק הר"ן דתי' למה לא יפסלו העדים ותי' דכתבו ללות בניסן וכו' וקשה לאביי מא"ל דסבירא ליה עבחז"ל ואפשר לומר כגון ששני יב"ש בעיר אחד ואמר לו לוה לעדים כתבו שאני חייב ליוסף ב"ש זה וכתבו שטר והיה בידם וקודם תשרי נמלך ולוה מיב"ש השני ואם כן הרי זה מוקדם דלא שייך עבחז"ל דהא בשעת כתיבה לא נתכוונו לזכות לזה יב"ש רק אח"כ הלוהו משני ובאמת לולי מוקדם היה כשר דלא בעינן שטרות לשמה כמו בגיטין אבל עכשיו הוה מוקדם רק עדים לא נפסלו בכך דסבירא ליה דמותר לעשות כן וכמ"ש הר"ן לגבי הך דר' אסי ובזה יש להבין דברי הטור דהביא דברי רמ"ה דאם כתב בניסן ולא לוה עד תשרי לא הוה מוקדם וגובה מזמן שני והקשה עליו הטור ע"ש והקשו הא לטור דס"ל עבחז"ל לא יש להך דינו במציאות וע"ש שדחקו ולפמ"ש ניחא דאם כתבו בניסן ללות מיב"ש זה ולוה בתשרי מיב"ש השני וא"כ לא שייך עבחז"ל דהא לא כתבו לזכות לזה יב"ש רק להשני ואם כן הוי מוקדם ולדעת רמ"ה לא הוי מוקדם

דהא לא שקרו עדים וע"ז השיג הטור דמה בכך סוף כל סוף הוי מוקדם וא"ש ובאמת יש לפקפק קצת בזה הדין דאם נכתב ליב"ש זה אי מהני ליב"ש אחר דאף דלא בעינן בשטרות לשמו כמו בגיטין מכל מקום על כל פנים השיעבוד לא חל על יב"ש זה דהעדים לא נתכוונו לזה אך ודאי דאם מסר השטר לו בעדים ודאי דמהני דלא גרע שטר שלוה בו ופרע דקי"ל דנמחל שעבודו ומכל מקום אי מסרו לו בע"מ מהני כדלקמן סי' מ"ח והרי זה במכ"ש ויש להקשות קצת אם כן עדיין לאביי קשה איך כותבין שטר ללוה דילמא יכתוב בניסן ליב"ש זה וימסור בתשרי ליב"ש אחר ואם כן הוי ליה מוקדם ולא שייך עבחז"ל ול"ל דבאמת בהוחזקו שני יב"ש אין כותבין שטר ללוה בלי מלוה דהא אביי ס"ל אף דלא הוחזקו חיישינן לשני יב"ש כמבואר ביבמות וכמ"ש הגמ' בשמעתה הא אמר תנו וכו' ועיין לקמן בסי' מ"ט מ"ש בזה וצ"ל כולי האי דכתב בניסן ולא ילוה עד תשרי ויזדמן שני יב"ש וילוה מהשני אף לאביי לא חיישינן וצ"ע ועוד י"ל דאם כתב ללות בניסן ולא לוה ומת והיורש לוה בתשרי הוה מוקדם דלגבי יורש לא הוי מטו לידו ולא קרוי עבחז"ל כמבואר בתו' בשמעתא הא בי' והא בברי' ע"ש (ולשיטה זו דהך סברא דכתב ללות שייך רק לר"א ולא לאביי ישבתי בחידושי קושי' התו' על רש"י כתוב' דף י"ט ע"א ד"ה טעמא דלרש"י בעדים כ"ע סבירא להו דנאמנים רק בהודאת בע"ד נחלקו ובב"ב ס"ל לר"י דאף בעדים נחלקו ע"ש דס"ל לרש"י ר' יוחנן לשיטתו דלא ס"ל עבחז"ל כמ"ש התו' ב"מ דף י"ו ע"ב ד"ה אף ע"ש וא"כ שפיר י"ל דס"ל לר"מ דאין עדים נאמנים ול"ק מוקדם היכי משכחת ליה די"ל דכתב ללות וכו' משא"כ סוגי' דכתוב' כאביי ועיין רא"ש פ"ק דב"מ דרבא גם כן סבירא ליה כאביי ורבא דמשני כך וס"ל עבחז"ל ואם כן אילו ס"ל לר"מ דאין עדים נאמנים מוקדם איך משכחת ליה ודוק) ובגוף הדין אעפ"י שאיני כדאי להרים ראש מכל מקום לדינא נראה כדעת הי"א דהא כבר כתבנו לעיל בסי' ל"ד להרז"ה דס"ל דעדים נאמנים דטעו בשנת מלך וכדומה אפילו בכת"י יוצאים ממקום אחר א"כ הזמה בשטר איך משכחת ליה הלא מצו למימר דטעו בשנת המלך ומה יועיל שכתב השטר בזמנו כתבנו מכל מקום אם יהיו נזומים יאמרו טעינו ועוד דאם הוא מצו לטעות ואומרים על זה לא חתמנו אם כן איך אפשר להזימו הא על זה לא חתם כלל ולא על זה הוי כנחקרה עדותו כלל א"כ מה שייך בי' הזמה כיון דלא חתמו עליו כלל ואם כן המחבר דכתב לעיל דעת הרי"ף והרמב"ם דהוי הזמה בשטר ש"מ דלא ס"ל כהרז"ה רק כרמב"ן ולדידהו לא קשה גם כן מכל מקום איך יהיה הזמה גבי' הא העלינו דלפסול עדות אמרינן דטעו במכ"ש בהזמה די"ל דאיירי בדבר דלא נוכל לטעות בקל אבל להרז"ה דס"ל דאמרי על זה לא חתמנו ולא הוי כנחקרה עדותן בב"ד איך

שייך בי' הזמה. ועוד נראה דהרז"ה דכתב בפ"ג דיבמות דלכך לא הוי שטר מפי כתבם דהוא בשליחו' הלוה או המקדש והקשה עליו הרמב"ן דעדיין קושי' הרי"ף במקומו במה דאמרינן דאי לא דכירי העדים זמן שטר קדושין זימנא דחזו בכתבא ומסהדי מה בכך ימסרו השטר לב"ד ואין צריך לעדות שלהם ולזכירתן כלל ע"ש ונר' דהרז"ה אזיל לטעמו דס"ל דעל זמן השטר לא נחקרה עדותן כלל וע"ז י"ל לא חתמנו וטעינו אם כן אף דבד"מ כ"ז דלא אמרו טעינו מוציאין ממון מתקנת' דרבנן מכל מקום לקטול נפש ודאי דא"ס על זמן הנזכר בשטר קידושין ועל חזקה כיון דעל זה לא נחקרו עדותן כלל ואיך נקטול נפש על דבר דלא נחקרו עדותן ולא סמכינן על זמן קידושין אם לא דיעידו בע"פ הזמן ואם כן שפיר י"ל דחזא בכתביו ופשוט וכ"כ העיטור באות זמן לאחר שהביא ירושלמי הנ"ל דיכולי' לומר על זמן לא חתמנו כלל והעלה דמיירי אפילו בכת"י יוצא ממ"א כתב והיינו דגר' בפ"ד אחין אי דחזא בשטר' רחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם וכו' דלא אמרינן בזמן כמי שנחקרו עדותן בב"ד דמי וכו' עכ"ל והוא הדבר שכתבתי ולכך לק"מ להרז"ה והרמב"ן דטען עליו אזיל לשיטת דלא סבירא ליה הך דרז"ה כמ"ש וא"כ הרי"ף ותו' ורמב"ם דכולם משני שינויי אחריני בהך דפ"ד אחין ש"מ דלא ס"ל הך סברא של הרז"ה דנימא דאפי' בכת"י יוצא ממקום אחר לא יהיה ע"ז נחקרה עדותן ואם כן אחרי רבים להטות גם יש דמות ראי' לדעת זו מהך גמ' ריש פרק אד"מ שהבאתי לעיל דפריך הגמרא ולפריך ממתניתי' דקתני מאוחרים כשרים איך דייקינן בהך סהדי דלמא משקרי ופירש"י אע"ג דעדי' מעידים על הלואה שהיה מוקדם הך ה"ל מלוה ע"פ והנך עדי בשטר משקרי והקשה הגאון מהר"ם לובלין דמה קושי' דלמא מאוחרים כשרים איירי דליכא עדי אחריני רק הם עדי שטר אמרו אחרנהו ואם כן הם נאמנים ולא שייך למפסל סהדי וכתב דרש"י סבירא ליה דאין עדים מהשטר בעצמן נאמנים כי עדים אחרים אבל על הטור וסייעתו קשה ותי' מה קמ"ל מאוחרי' כשרים פשיטא ודבריו במ"ש רש"י לא סבירא ליה דעדים עצמם נאמנים תמהני איך נעלם מעין חכמתו דברי רש"י בריש ר"ה דפי' דעדי השטר אמרו כתבנו בתמוז וראינו הלואה בכסליו ולא נודע אם מאוחר או מוקדם ע"ש הרי דסבירא ליה עדי עצמן נאמנים גם מה שתי' פשיטא תמהני הלא איכא תנא דפוסל במאוחר בפ' ג"פ משום דכותבין שובר ואם כן קמ"ל דלא חיישינן ועוד הא קמ"ל דדאקני משעבד דאל"כ אף מאוחר פסול. ולכן נר' דסבירא ליה דהא קתני רישא פרוזבל מוקדם כשר ומאוחר פסול וע"כ איירי דעדים אחרים מעידין כן דל"ל אותן עדים מי מהימני ול"ל דאין כת"י יוצא ממקום אחר מה בכך הא פרוזבל ודאי דא"צ קיום דהא נאמן לומר פרוזבל היה לי ואבד אף דלא ראינו כלל ומ"מ נאמן משום חזקה לא שביק

וכו' ע"ש ומכ"ש בדאית קמן והמלוה טוען שהוא אמת דא"צ קיום דלא יהיה דנאבד לגמרי ומה"ט מכשירין אין בו זמן עיין לקמן סי' ס"ז סל"ה ע"ש וזה פשוט דלא גרע מאלו נאבד לגמרי ואם כן לית להו מגו דמגו שלהם אינו דהוי מ"ל אין זה כת"י דמגו בי תרי לא אמרינן רק מגו דשתקי וזהו לא יפסול פרוזבל ואם כן מי מעיד על קדימ' פרוזבל ואחרו ע"כ עדים אחריני ובזו קתני שטר מוקדמין פסולי' ואיירי בהך גוונא דפרוזבל כדקתני בברייתא כשר בפרוזבל פסול בשט"ח וכו' והיינו בעדי אחרינא ושפיר קשה איך דייקינן בהך סהדי וא"ש. אך זהו הכל דאינם נאמנים רק באין כת"י יוצא ממ"א אבל להרז"ה וסייעתו קשה קושי' מהר"ם הנ"ל ונר' ליישב בדוחק דכי אמרינן דעדים יכולים לומר ע"ז לא חתמנו ולא דקדקו כהוגן בזמנא דשטרא היינו במסקנ' דחזי' לן הגמ' דד"מ לא בעי דו"ח אבל לס"ד דאף ד"מ בעי דו"ח אם כן הזמן הוא עיקרו של עדות וע"ז סובב והולך כל עדות אם כן איך ס"ד דלא ידקדקו היטב לחתום בזמן כראוי דאף דסבירא ליה להרז"ה דבשטר לא שייך הזמה כמש"ל מכל מקום כיון דצריך דו"ח לברר ולדעת אמיתותו של עדות והוא הכל תלוי בזמן אם כן לא שייך ע"ז לא חתמנו דזה יותר מוטל עליהם מן שם מלוה ולוה ולכך בס"ד ע"כ אין העדים נאמנים רק עדים אחרים אמנם במסקנא דקי"ל אין עדים צריך דו"ח בד"מ שפיר קאמר הוא הירושלמי דיכולים לומר ע"ז חתמנו וכו' דלא תלי' בי' גוף העדות (ולפ"ז צ"ל לפמש"ל בישוב הך פ"ד אחין דסבירא ליה גם שטר קדושין א"צ דו"ח וזהו דלא כמש"ל לדעתו בסי' ל"ד ע"ש ודוחק) אבל לשיטת הרמב"ן התי' מרווח כמ"ש. ובאמת לולי דמסתפינא הייתי אומר אף דנימא בפי' ירושלמי דסתם דבכל מקום עדים נאמנים לומר מוקדם הוא אפילו בכת"י יוצא ממקום אחר מ"מ לדינא לא קאי דירושלמי לשיטתו דסבירא ליה בפ"ב דכתובו' דעדים נאמנים לומר אמנה הוא ולי' בי' משום אל תשכן באהליך עולה דלא קאי אלא למלוה ולא לעדים ואם כן אף מוקדם סבירא ליה דלית בי' משום עולה דאין לך מוקדם יותר משטר אמנה ולכך יכולים לומר לא דקדקנו בשטר בזמנו דהאמין הלוה למלוה דהא אפי' על אמנה יכולים לחתום אבל לפי דקי"ל בגמ' דידן דעדים אין רשאים לחתום על אמנה דה"ל עולה אף מוקדם כיוצא בו ה"ל עולה וצריכי' לדקדק בזמנו של שטר בתכלית הדקדוק ומהכ"ת שיהיה נאמנים בשכת"י יוצא ממ"א ועוד זה צריך לפרש הא דכתב הטור בעדים אחרים מעידים שהם אנוסים מחמת נפשות להקדים נר' דלא פסול לגמרי דהוי ליה תרי ותרי דמסתמא דעדות לא הוי לי' אנוסי' מחמת נפשות ואם כן ה"ל כאלו מעידים בפי' דלא היה אנוסי' מחמת נפשות ועדים אחרים העידו דהיה אנוסי' ה"ל תרי ותרי ועיין לקמן סי' מ"ו סל"ז והדבר מבואר:

ח **לפסול השטר וכו'** אין להקשות הא דין זה איירי במתנה בלי אחרי' כמ"ש הש"ך ס"ק כ"ב מדהכשיר הרשב"א אפילו עדים אחרים ליכתוב וכמ"ש הסמ"ע בס"ק ט"ז ואם כן הא המחבר סתם לעיל כדעת האומרים דאין מוקדם פסול רק לגבות משעבדי אבל לב"ח כשר ואם כן כאן כל ענין השטר להחזיק המתנה ולא להוציא מיד לקוח' אם כן אף דהוא מוקדם כשר לב"ח ואם כן קשי' למחבר ונראה אף מחבר דוקא גבי שט"ח סבירא ליה דכל חשש פיסול יש בהקדמת זמן שיגבה משעבדי שלא כדין אף במה דקנסהו חכמים לא קנסהו אלא מבלי לגבות משעבדי כלל אבל מב"ח גבי דבזהו לא נעשה פיסול אבל במתנה במוקדם יש חשש פיסול בגוף המתנה דאם נתן לשמעון באייר ובניסן לוה מיעקב או מכרה ליעקב היה יערב טורף השדה משמעון ועכשיו שהם הקדימו המתנה לאדר הוא מוקדם ליעקב ואם כן הפיסול בגוף המתנה וקנסוהו חכמים דלא יהיה שטר מתנה לגוף מתנה מועיל כלל ולכך אף למחבר השטר פסול:

ט **יכולים לחתום שטר אחר מזמן ב'** והש"ך בס"ק כ"ב הקשה דהא איירי במתנה בלי אחריות דהא כתב דעדים אחרים שהיה שם במעמד הקנין יכולים לכתוב לו שטר אחר ש"מ דלית בי' אחריות דאי איירי באחריות איך עדים אחרים יכולים לכתוב ואם כן למה נתן הרשב"א הטעם דאלו לא עשו שליחתן דהוא צוה להם לכתוב שנת נ"ח והם כתבו שנת נ"ז ולכך לא שייך בהו עדים שעשו שליחתן וכו' מה צורך לכל זה הא בלא"ה כותבין עשרה שטרות על שדה אחד במתנה וקושי' גדולה היא לכאורה אבל נראה לפמ"ש לעיל סי' ל"ט וסי' מ"א כי אמרינן דעדים אחרים יכולים לכתוב היינו כשאין הנותן מוחה אבל כשמוחה לכתוב ה"ל מפי כתבם ועיין מש"ל בסי' מ"א בתומים ס"ק ו' ע"ש. ולכך כי אמרי' דעדים אחרים יכולים לכתוב היינו כשאין הנותן מוחה אבל כשמוחה א"י לכתוב אעדי הללו שהיו עדי קנין כמבואר בתשובת רשב"א שהיה במתנה ההוא קנין. יכולים לכתוב ואעפ"י שנותן מוחה כיון שכבר צוה לכתוב וקנו ממנו אלימא מילתא דקנין וכמ"ש הרשב"א בתשוב' סי' אלף ל"ז וכ"כ הש"ך לעיל סי' ל"ט ס"ק י"ג ע"ש דכך דעת הרשב"א ואם כן הרי כותבים למקבל אפילו עומד וצוח וזהו כשלא עשו שליחתן אבל אם כבר עשו שליחתן הרי הם כעדים דעלמא וחזר הדבר כשהנותן מוחה דא"י לכתוב כמו בשארי עדים אבל כשלא עשו שליחתן הרי כותבין אף שהנותן מוחה וא"ש ומ"ש מזמן השני פשוט דמיירי משנת נ"ח דהיינו זמן שני דהא אף דשטר נתבטל מכל מקום היה קנין ובפרט מתנה אבל מאוחר לשנת נ"ח רק מזמן הכתיבה עכשיו א"י לכתוב דבמתנה שטר מאוחר פסול וכמש"ל בסי' מ"א ס"א ע"ש להדיא. ומה שטען הש"ך אם כן בכל שטרי מוקדמי' דקי"ל דאפילו מזמן השני אינו גובה ומ"מ לא נפסלו העדים כדלעיל

בסעיף שלפני זה יכתבו עדים שטר מזמן השני דהא לא עשו שליחתן ולמה לא יטרוף אף מזמן השני לא הבנתי דבריו דהרכיב המילות אהדדי דמה שאמרו שם במוקדם דאפילו מזמן שני לא נגבה היינו שטר שנכתב בתשרי שנת נ"ח והם טעו בשנת המלך והיה כותבים בשנת נ"ז והפסול נתברר בב"ד בשנת ס' וה"א דיגבו משנת נ"ח דשם באמת נכתב שטר וקמ"ל דלא דקנסהו חכמים וזהו זמן שני האמור שם והיינו זמן נ"ח אבל אם באו עדים לכתוב שטר חדש א"י לכתוב רק משנת ס' כי השטר עד ס' היה חספא ואם יכתבו משנת נ"ח הוי מוקדם וצ"ל לכתוב שנת ס' ומזו לא מיירי פשיטא דיכולים לעשות כן ומאן מעכב ע"י רק עד שנת ס' א"י לגבות וכמו כן אם היה קנין בשנת נ"ח יכולים לכתוב לעולם משנת נ"ח דנהי דהאי שטרא הוא חספא מ"מ מזמן קנין יכולים לכתוב רק לא נחתינן בפסול מוקדמי' אם העדים יכתבו שטר חדש רק כל הפיסול אי שטר זה כשר או פסול ואם הלכו עדים למד"ה ולא רצו לכתוב שטר חדש אי יש בשטר ההוא תוקף לגבות אבל שיהיה הם כותבים שטר חדש מהכ"ת לא כיון שלא נפסלו ואם הלוה מוחה תלי' בפלוגת' דלעיל סי' ל"ט ס"ד ע"ש וזה פשוט וכל דברי הש"ך בזה תמוהי:

י **שוב אינו נאמנים** לפי מ"ש הסמ"ע והע"ש פי' דאינן נאמנים לכתוב שטר אחר והש"ך בס"ק כ"א תמה למה לא יהיו יכולים לכתוב שטר מזמן השני כיון דלא עשו שליחתן ומה בכך דכת"י יוצא ממקום אחר ועוד למה יהיו נאמנים לפסול השטר ולכן פי' הוא דבאמת כך הפי' דאינם נאמנים לפסול השטר ואין צורך להאריך בסתירתו כי הלשון של תשובת הרשב"א ומחבר אינו סובל כלל פי' כי הלא פתח ואומר דאין שום דבר מציל מלפסול השטר וכן מה שכתב ומ"מ המקבל מתנה נאמן וכו' מה מכל מקום הא סיים דאינם נאמנים וכשר השטר ואיך שייך ומ"מ ולפי דברי הש"ך צ"ל תחילה דמ"מ אם מקבל מתנה מודה דפסול ומ"מ יש לו מגו ועיקר חסר בדבריו הנ"ל וגם בתשובת רשב"א משמע להדיא דפסול ולכך נראה פשוט דזה ידוע עפ"י הודאת המקבל שכל הקנין והמתנה נעשה בשנת נ"ח ואם כן השטר ודאי פסול דמה בכך דנימא העדים טעו מ"מ השטר פסול דה"ל מוקדם ולא מיקרי מוכח מתוכו הטעות דכתוב דהיה חתנו דלפעמים לארוס נקרא ג"כ חתנו כמ"ש הרשב"א בתשובה כ"י הביאו מהרא"ש בתשובה סי' ל"ז ע"ש. רק הרי אנו באים לעדים לדון עליהם אם הם כשרים או פסולים דכתבו שטר מוקדם וסבירא ליה לרשב"א לטעות משנת נ"ח לשנת נ"ז אין העדים מצוים לטעות ולומר דמ"מ כשרים רק בשנת נ"ז קנו ובשנת נ"ח כתבו דהא הם מודים דלא קנו בשנת נ"ז רק בשנת נ"ח ואם כן העידו שקר ולא כל כמיני' לומר דטעו במה שאין מצוים לטעות והם פסולים ומגו דלא יודו וירמרו דקנו בשנת נ"ז ליכא דהא ה"ל מגו דבי תרי ומגו

דאי בעי שתקי לא אמרינן דנימא דשתקי והיה אנו מתנצלים אותם דקנו בשנת נ"ז והוה מעמידין אותם בחזקת כשרות דסבירא ליה לרשב"א דאין שנים מכוונים לדעת א' רק מגו דשתקי אמרינן דאחד היה שותק ולא איכפת לי' בחבירו וכמש"ל בדיני מגו ע"ש ואם כן כאן אם אחד ישתוק הא השני אמר דלא קנו בשנת נ"ז וגם המקבל הוה כעד בדבר הזה דמה לו להעיד בזה דהוא שקר ושיהיו שניהם שותקי' ה"ל מגו דבי תרי דגם בשתיקה א"א לשנים לכוון הדברים שיהיו שותקים ועוד אם ישתקו לא נאמר דקנו בשנת נ"ז דא"כ ה"ל לומר כן ובאמת שיאמרו ה"ל מגו דבי תרי ולכך הם פסולים לעדות. אבל באין כתבם יוצא ממ"א יש להם מגו דטעו דהיו שותקים ואין זה כת"י כלל ובזו לא אמרינן דאם אחד היה שותק היה עד השני וגם המקבל מצרף להכחישו דאין המקבל נאמן לומר שחתם השטר לטובתו ואם כן שפיר ה"ל מגו. ואם כן דברי הרשב"א נכונים דאם אין כת"י יוצא ממקום אחר השטר מכל מקום פסול דהא עכ"פ יכול לגבות מזמן ראשון ומה בכך שטעו אבל אם כת"י אינו יוצא יש להם מגו דטעו להכשיר עצמן. ואם כן כיון דהם כשרים יכולים לכתוב שטר אחר דהא לא עשו שליחתן כלל אבל אם כת"י יוצא ממ"א לית להו מגו דלא חתמנו וגם דקנו מן שנת נ"ז דה"ל מגו דבי תרי ואם כן תו לא מהמני דטעו דלא שכיח לטעות ומגו לית להו ואם כן הם פסולים לעדות וכיון דפסולין אף מזמן שני א"י לכתוב שטר אף דלא עשו הם שליחתן דמ"מ פסולים הם ואיך יכתבו שטר אחר אמנם אף דשטר פסול וגם א"י לכתוב שטר אחר הני מילי דכשאין המקבל יודע אם בטעות או בכוון הקדימו הזמן אבל אם הוא טוען שיודע שהיה בטעות יכול ליקח מהם שטר אחר וכשר לו מגו דבעי היה השטר זה שבידו כשר דהא יכול לומר בשנת נ"ז קנו וכו' ואי דהעדים הודו דקנו בשנת נ"ח הא יכול להכחיש דכיון שהגיד וכו' ואם כן נאמן הוא להכשיר השטר שיכתבו לו מכאן ולהבא וא"ש. והדבר מדוקדק וזך ובהיר ובאמת ה"ל לומר דיש לו מגו דבאמת הכל נעשה בשנת נ"ז דהא חתנו אין כאן ראי' דהיה ארוס כמ"ש רק המחבר קיצר דבאמת הרשב"א כתב מתחיל' דיש לו מגו זו רק כתב אח"כ אפילו עדים ראו בשנת נ"ח החתימה מכל מקום יכול לומר דהיה הקנין בשנת נ"ז ותפס מחבר הך אחרונה משום דדחוק לי' דחתנו קאי על ארום. וע"ש בתשוב' מהר"א ששון סי' הנ"ל וצ"ל במ"ש הרשב"א דהיו עדים דחתמו בשנת נ"ח דלא הכשירו השטר דאל"כ איך שייך אין כת"י יוצא ממ"א דהן הן עדי הקיום ואפשר באמת כוון לזה אם כת"י יוצא ממ"א דהיו עדים הללו ועכ"פ דברי רשב"א פשוטי' ונכוני:

יא **מגו דאי בעי וכו'** ועיי' באורי' שכתבתי בשם רשב"א דאם עדים אחרים ראו הקנין יכולים ג"כ לכתוב שטר ואין להקשות דאם כת"י יוצא ממ"א אם כן עדים פסולים מה

יועיל שאר עדים הא ה"ל נמצא אחד מהן קרוב או פסול דהא הם ראו הקנין ובשעת קנין אף הם היו כשרים רק לאח"כ בשעת החתימה קלקלו וכתבו שקר ונפסלו אבל בעת הקנין עדים היו כשרים דלא נפסלו למפרע ולכך אף העדים שהיו בצירוף לא נתבטלו ופשוט:

יב **מאוחרים כשרים** והא דקי"ל לקמן בסי' פ"ה ס"ג דראובן הוציא שטר על שמעון ושמעון הוציא על ראובן מאוחר לז"פ שלו יכול לטעון אילו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני היה לך לתבוע ממני חובי ואם כן לכאורה קשה איך מאוחרים כשרים הא נפק מני' חורבא דראובן חייב לשמעון באדר לפרוע באייר וניסן נצרך שמעון למעות ולא היה יכול לתבוע מראובן כי לא מטא זימני' ולוה מראובן על שטר ואילו כתבו העדים האמת לא היה כאן שום טענה לראובן לבטל חוב שיש לשמעון כי כאשר לוה לא היה אז זמן פרעון אבל העדים שמאחרים לכתוב עד סיון וכבר כלה ז"פ ואם כן אם יבא שמעון בחובו יאמר הא שטרך דלוית' ממני בסיון ואילו אני חייב לך כיצד לוית ממני ויהיה נלקה בלי משפט. וצ"ל כיון דבלא"ה לזה יש שטר כשר בידו וכל טצדקאו' אנו עושי' כדי לקיים השטר מבלי לבטלו ואם כן הואיל ושטר מאוחר כשר אם יטעון שמעון כן בניסן לויתי ממך רק העדים אחרוהו נאמן דכיון דקי"ל שטרי מאוחרים כשרים והא דבסי' פ"ה איירי בשטר שידוע שנכתב בזמנו דלית בי' דאקני או דהעדים מעידים דלא אחרוהו אבל אם טוען כן דאחרוהו נאמן ומהכ"ת לפסול השטר באומדנ' מה שיש לומר דתרי שטרות כשרים וכה"ג אמרו בשטר שהוזם דאחרוהו ואף זה כיוצ' בו. וגם י"ל בלא"ה לא חששו לדבר שאינו מצוי דאל"כ לפי דקי"ל כותבין שובר איך מאוחרים כשרים כקושי' הגמ' בשילהי ב"ב ואי אין כותבין זמן בשובר ואם כן כל שטרא איתרע דהא אין זה מספיק דאם לוה בניסן ופרע באייר בשובר בעדים בלי זמן והעדים ימותו באייר והם שאחרו השטר עד סיון יגבה ממנו דל"ל דהך שובר מוסב על הך שטר דודאי שובר נכתב מקדם דהא עדי שובר כבר מתו קודם זמנו של שטר ואם כן שטר מאוחר לשובר ועכצ"ל דלא חששו לדבר בלתי מצוי דמיתה לא שכיח. ואם כן אף דלעיל יש לישב כן דלא שכיח דילוה הוא לראובן ויחזור וילוה ממנו ואם יש לראובן מעות פורע ולכך לא חששו שוב מצאתי בחדושי רמב"ן שהקשה קושי' זו דילמא מייתי סהדי ותי' דלא שכיח או דאי טען דבשביל כך נכתב סתמא דלא ידעינן זמן דשטר מהימן ושני תי' עולים להנ"ל ג"כ ובפרט תי' אחרון דאי מצי לטעון על שובר הידוע דנכתב קודם זמן שטר דהא עדים מתי' דהשטר מאוחר ה"ה דמצי לטעון כהנ"ל ופשוט אך אפשר לומר בהך קושי' בשובר

דאולי ימותו עדים דהלוה אפסיד אנפשי' דה"ל ליקח שובר מיד המלוה גופי' ותו ליכא למיחש דאם ימות המלוה יהיה נזכר דשטר מאוחר דהא כתבו דהוא המלוה ופשוט:

יג **אבל בשטר מו"מ וכו'** כתב הש"ך דרשב"ם פי' דימכור לו שדהו בניסן ע"ת שאם יגיע לו מעות שיחזרנה לו וחזר הוא והחזיר לו מעות בתמוז וכששאל שטר מקנה אמר אירכס' לי' וכאן כ"ע מודים דכותבין שובר דאל"כ לא יחזיר לו שדהו ומה יפסיד לי' כשיכתוב לו שפדוהו בתמוז והם כתבוהו לשטר מכירה שהיה ראוי לכתוב בניסן על תשרי וטען חזרתי ולקחתי ממך השדה והא שטרא עכ"ל והקשה הש"ך ל"ל אירכס לי' אפילו בלי אירכס כיון דצריך לעשות מכירה חדשה מה לו להחזיר שטרו הלא מכל מקום צריך מכירה חדשה ואין זה קושי' לרשב"ם דסבירא ליה הלכתא דאותיות נקני' במסירה לחוד ואם כן יכול להחזיר שטרו ויקנה שדהו כרשב"ג דסבירא ליה חזרה שטר חזרה מתנתו דסבירא ליה אותיות נקני' במסירה ורשב"ם פסק הלכה כן בפרק הספינה וא"ש. אך האיש לדקדק דלמה פי' דבשעת מכירה התנה עמו שאם יחזיר לו מעות דיחזיר לו שדהו ולא פי' כפשוטה דמכר לו בלי תנאי בהחלט גמור רק אח"כ חזר ליקח הימנו וימכור לו ואח"כ יהיה שטר הראשון מאוחר לו וכן פירשו כל המחברים ונר' לומר כמו דאמרינן דלכך שטר הלואה מאוחרים כשרים אף דכותבין שובר משום דיכול ליקח שובר בלי זמן ואם לא לקח איהו דאפסיד אנפשי' ואם כן יש לדקדק אף בשטרי מכר יהיה מאוחרים כשרים וכשחוזר ולוקח הימנו יקח ממנו שטר מכירה בלי זמן כמו בשובר ול"ל דבשלמא המלוה מוכרח ליתן שובר כרצון הלוה דאל"כ לא יפרע אבל המוכר לא ירצה ליתן שטר מכירה סתם דהא ודאי מאן דמוכר לא מכר אלא בשביל דאיצטרך לי' זוזי ואף הוא מוכרח לעשות כרצון הלוקח ולכך מפרש הרשב"ם דאין מוכר שדהו ללוקח ברצון בשביל דאיצטרך לי' זוזי רק מוכרח למכור מפני תנאי שמוכרח להחזירו כשיתן לו מעות ואם כן אין כאן הכרח על המוכר ואדרבה המוכר יחפוש כל עיכובים אפס לא יהיה צריך להחזיר השדה ולכך מי יכריחו ליתן שטר מכירה בלי זמן שלא יהיה יכול לעולם לחזור ולקנות השדה משום אדם כי תמיד יבוא אחר כך בשטר זה. ויתן השטר בזמן והלוקח למען יגיע לשדהו יקבלו ואתא לידי פסידא זהו שנ"ל בישוב דבריו. ואף שהרמב"ן הקשה כן דליקח שובר במכירה בלי זמן ותי' דלוקח זמן משום אחריות י"ל דרשב"ם סבירא ליה דאינו חושש לב"ח כמ"ש התו' בב"ב דף מ"ו ד"ה לוקח כו' ואעפ"י דרשב"ם חולק היינו גבי עדות דאפילו בנגיעה רחוק לא יעיד אבל סבירא ליה ג"כ כתו' דעיקר אחריות הוא משום גזולה וזהו לא שייך כאן דהא מכרה לו ובשביל ב"ח לחוד לא חיישינן לאחריות ולכך לא חשב ליישב כמ"ש הרמב"ן וכ"כ התו' בריש ג"פ ד"ה

מקושר שכתבו ע"ש ויותר נר' דקשי' לי' לרשב"ם הא דאמרינן שם בשטרי אקניית' דפי' הרשב"ם שטרי מכר או מתנה דאי לא ידעו יום מתנה או יום מכירה יכתבו יום שכתבו בו השטר הא בשטרי מתנה או מכירה אף מאוחר פסול ועיי' מ"ש לעיל ובסי' רל"ט מ"ש בזה ולכן סבירא ליה לרשב"ם דודאי בסתם שטר מכירה ומתנה ליכא לחוש דבין כך יחזיר ויקחנה מהלוקח ושוב יוציא הלוקח שטר מאוחר דמסתמא יחוש המוכר הואיל והדין כותבי' שטר מאוחר אולי הערים הלוקח לכתוב שטר מאוחר ואולי העדים כתבו שטר מאוחר ולכך חושש מבלי ליקח אם לא בהראות לו השטר וכדומה לסלק עצמו מחשש הנ"ל וזולת זה לא יקחנה וגם איהו אפסיד אנפשי' כששומע שאמר דנאבד שטר מכירה ירגיש בערמה דמי לא משמר שטרו ומוכר מוכרח למכור בשביל זוזי מה שאין כן לוקח יכול ליקח ממקום אחר אבל באופן שכתב הרשב"ם במוכר על תנאי שאם יביא לו מעות שיחזירנה לו וע"כ בהתנה לזמן דאל"כ איך יאכל פירות השדה מעולם דהא ה"ל רבית וכי בכדי לקח השדה וע"כ על זמן שאם יביא לו מעות לשנה או שתי' דבזה ליכא רבי' דה"ל כמשכנת' עיין לקמן סי' ר"ז בש"ע וסמ"ע ס"ק י"א ואם כן לפ"ז ליכא למיחש לערמת הלוקח שיאחר הזמן דא"כ הזמן לפדי' השדה נמשך יותר. וגם ליכא למיחש דעדי' מעצמן יאחרוהו דהא הם מזיקי' ללוקח בזמן הפדי' דנמשך יותר ואם כן תו לא חשש המוכר שהיה מאוחר ולוקח השדה ובאמת היה מאוחר מכל מקום ויפסיד שדהו ואם כן משום לא פלוג פסלוהו לכל שטרי מתנה ומכר המוקדמים אך זה טרם דאמרינן דתקן ר' ספרא לכתוב שובר בלי זמן אבל בתר דתקן אם כן בשלמא בשטרי מכר סתמא איך שייך שובר ואי יתן שטר מכירה בלי זמן הא איתרע אחריות וכדומה דאולי מכרה לאחר ויאמר השני דהוא מוקדם וכמ"ש הרמב"ן אבל בזה דנותן לו שובר דפדה שדהו אם כן מה אחריות יש כאן לחוש אם פדה והחזיר לו שדהו אין כאן מקום לב"ח של הלוקח לגבו' דהא אין לו על השדה רק חוב ומשכנת' ואם נתן לו שובר דפדהו הרי נסתלק שעבודו ואין ללוקח הבא מכח לוקח ראשון שלקח בתנאי או ב"ח הבא מכחו שום טענה בו ושפיר י"ל דכותבין שובר בלי זמן ואם כן הדר הדין לדידן בכל שטרי מאוחר כשר הן בהלואה והן במכר ומתנה ולכך אמרינן לקמן לדידן דאי לא ידע יומא של קנין יכולים לכתוב יום שנעשה הכתיבה אף דהוא מאוחר. והא דחששו בהלואה שיפרע ולא יחוש למאוחר דגם בזה י"ל דרוב שטרי הלואה יש בו ז"פ ואם כן חושב ג"כ מהכ"ת יאוחר זמן שטר ואם כן אף זמן פרעון יומשך והיינו הך ודוק. ויש להרשב"ם ראי' מהא דאמרינן בריש פ' גט פשוט מקושר שכתבו עדיו מתוכו רחב"ג מכשיר שיכול לעשותו פשוט ואמרינן בדף קס"ד הא חוששין דלמא יזיף ופרע ומפיק שטר מאוחר

ומשני הגמרא דסבירא ליה אין כותבין שובר וקשה הא סתם אמרינן מקושר וכו' משמע אפילו בשטרי מקח וממכר דהא עיקר גט מקושר ופשוט ילפינן משטרי מקח וממכר דאקח ספר המקנה גלוי וחתום והתם מא"ל אבל לפי' רשב"ם ניחא דבסתם שטרי מו"מ בלי תנאי ליכא למיחש למידי ודוק:

יד **מו"מ וכו'** כתב הש"ך בס"ק כ"ח נ"ל ה"ה שטר מתנה דזיל בתר טעמא עכ"ל ואם כי מסתבר דבריו היה לכאורה מקום לומר לפי' התו' ב"ב דף קס"ד ע"ב ד"ה השתא כו' דהא דאמרינן במקושר שיעשנו פשוט ויהיה מאוחר והוא יפרע בין כך ויפסיד כהנ"ל כתבו התו' ויפסידו לקוח' שלא כדין אבל משום פסידא דלוה לא איכפת לן דאיהו הוא דאפסיד אנפשי' בשלוה בהא שטרא וכו' ע"ש אם כן י"ל מכ"ש בסתם שטר דה"ל לאסיק אדעתי' דהוא אפשר מאוחר ולא ליקח ממנו שנית השדה אם לא באופן המועיל ואם לא עשה כן אפסיד אנפשי' דיש לחוש למאוחר כמש"ל בשם תו' ריש פ' ג"פ ולכן לכאורה נראה דלא חששו רק בשטרי מכר דשם יש פסידא דלקוח' דהוא יחזיר ויקחנה ממנו ויבא נגזל ויטרוף ממנו ובא לוקח ראשון ועושה עם נגזל קנוני' להניח השדה יום יומיי' אצלו ויטרפו ממנו ואחר כך יבא הוא בשטרו מאוחר לב"ד ויכתבו לו אדרכ' על לקוח' שלא כדת ולפסידא דלקוח' חששו אבל במתנה דלית בי' אחריות לא חששו ולהא דהוא יחזור ויקחנה מיד המקבל ויחזור וימכרנה ליד אחר בחשון ויביא המקבל השטר מתנה של תשרי ויאמר מתנתי קודמת לשטרך ושלי הוא דזהו גם כן כמו בנותן הראשון דהא הך דנתנה למקבל במתנה אי' לי' קלא כמ"ש הב"י בסי' רל"ט ע"ש בסמ"ע ואם כן אף' הוא לא היה לו ליקח עד שיתברר דלי' ליה למקבל שטרא ואם סמך על מוכר שלו הפסיד על נפשו ולא חששו רק לפסיד' גבי לקוח' כמ"ש תו' להדיא ולכך לא נזכר בכל דוכתי' רק שטרי מכר ומה שהביאני לזה להבין דברי התו' שם ב"ב דף קע"ב ד"ה אי ידעיתו כו' דכתבו לר"י דל"ש במכר ול"ש במתנה מיירי דאפי' בשטר מכר משכחת לי' כגון דכתבו מדעת שניהם (כן הוא גי' אמתי כפמ"ש מהרש"א בשם ת"י ע"ש) דללקוח' ליכא הכא פסידא כלל דיש קול למו"מ וליכא למיחש למידי עכ"ל והדבר לכאורה מחוסר הבנה מה טעם הרשב"ם דסבירא ליה דוקא במתנה ולא במכר הא יש לו שעבוד נכסי' משעת לקיח' דהמוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי ובתו' יש יותר להבין מה זה דחידש דכתבו מדעת שניהם וכתב הרב מהרש"א נ"ל דר"ל לאפוקי אי לא נכתב מדעת שניהם כההיא דשנינו כותבין שטר למוכר אעפ"י שאין לוקח עמו אין כאן קול למו"מ אפילו באקניית' ואיכא פסידא לקוח' עכ"ל ודבריו לכאורה תמוה דאם יש כאן אקניית' ויש לו קול מה נ"מ אם נהי' מדעת שניהם הלא על זה אמרינן בב"מ בשטר אקניית' דלכך כותבין בשאין

לוה עמו דיש לו קול בשטרי אקניית' ומהרש"א גופי' כתב באותו ששנינו כותבין שטר למוכר וכו' ומזה מוכח דאעפ"י דאין לוקח עמו יש לו קול דאל"כ איך כתבינן לר"א דמוקי לי' בשטרי אקניית' וגם מה יועיל עכשיו דנכתב מדעת שניהם לעשות קול למפרע דהא כותבין עכשיו ומקדימים הזמן ליום הקנין וכי בשביל שעכשיו נכתב מדעת שניהם יחול הקול למפרע וגם במרדכי אחר הביאו דברי רשב"ם וריב"א דסבירא להו דוקא במתנה הביא דברי ר"י וז"ל ולר"י נראה ל"ש מכר ול"ש מתנה כדאמרינן בפ"ק דב"מ ר"א מוקי לה בשטרי אקניית' וטעמא דעדים מפקים לקלא משעת קנין דסתם קנין לכתיבה עומד עכ"ל הרי להדיא דאפילו קנין למוכר לחוד יש לו קול. ודלא כמ"ש מהרש"א וגם יש לדקדק לפי דברי ר"י במרדכי אם כן ה"ה הלואה נמי ולמה נקט רק שטרי מכר ומתנה וכבר עמדו בזה מחברי' עיין בס' בני יעקב דף מ"א שהאריך בזה ולכן היה נראה הא דמוקי לי' בשטרי מתנה דוקא לא משום רישא דאי ידעו יומא דקנו דיכתבו יום הקנין דזה שייך אף במכר וכמ"ש הוא באמת בנוסח' רשב"ם שלפנינו דאיירי ג"כ הך סברא אפילו במכר רק סיפא לא יתכן דאי לא ידעו יכתבו יומא דקיימו בי' והא ה"ל מאוחר ושטרי מאוחר במו"מ פסולים כקושי' הב"י וסמ"ע לקמן בסי' רל"ט וכמש"ל בדברי רשב"ם ולכך מפרש לי' רק בשטר מתנה ולפמש"ל לא חששו הך חששא במתנה דלית בי' אחריות כלל וכמ"ש דאיהו אפסיד אנפשי' וכנ"ל אמנם ר"י פי' לי' אף בשטרי מכר דמשום מוקדם ליכא חששא דאי' לי' קול רק במאוחר וסבירא ליה לר"י כמ"ש הטור והש"ע לקמן סי' רל"ח דכי כותבין שטר מכר דלא נתרצו שניהם לקנין רק למוכר בלתי לוקח צריכין לכתוב בתוך השטר דכבר פרע הלוקח המעות ליד המוכר בעד קנין ההיא אבל כשנכתב מדעת שניהם יכולים לכתוב דלא פרע עדיין דמי זבינא ע"ש. ואם כן הא דחיישינן דיחזור ויקחו מן הלוקח והוא יבא בשטרו המאוחר היינו אם כתב בי' דפרע דמי זבינא אבל אם כתב בי' דנשאר חייב דמי זבינא אם כן מה חשש יש כאן אם יבוא עליו שנית חזרתי ולקחתי הא צריך ליתן מעותיו וכיון דצריך ליתן מעות אם כן מה פסידא יש ואי דבין כך הוקרה מלבד דזה חשש רחוק אף גם ה"ל שבח ואין גובה ממשעבדי וכבר כתבנו דלא חששו רק לפסיד' דלקוח' וזהו דברי תו' די"ל בשטר מכר כגון שכתבו מדעת שניהם וכיון דכתבו מדעת שניהם הרי דיכולים לכתוב דלא קיבל המעות ואם כן ליכא חשש כלל דיקנה ממנו ויבא אח"כ בש"מ מאוחר ולכך סיימו דמשום לקוח' ליכא היינו משום מוקדם דהא יש לו קול כמ"ש המרדכי רק חייש אי לא ידעו דכותבים מאוחר אם נכתב בכה"ג ליכא תו חשש כלל ודבר נכון בעצמותו. ובהכי ניחא דלא פירש בשטרי הלואה דהא אמרינן שם דקודם דאמר ר' ספרא לספרי דיכתבו שובר בלי זמן

אפי' שטרי הלואה מאוחרים פסולים אם לא דכתבו שטרא דנן אחרנוהו וידוע דר' ספרא היה בזמן ר' זירא ואביי ורבא כנודע בסדר היוחסין ור"ז אמר הלכה בשם רבא בר שיל' בגיטין דכ"ו ע"ב ע"ש ובס' יוחסין אות ר' וא"כ דהיה מוקדם מזמן ר' ספרא בימיו היה שטר הלואה מאוחר דלא כתב בי' אחרנוהו פסול ולכך בהני שטרי אקניית' דלי' בי' הך דכתבו אחרנוהו וכו' בהלואה פסול ולא מוכשר רק בשטרי מכר ומתנה ולא בהלואה ול"ק כמ"ש המרדכי דקנין יש לו קול אף בהלואה דכאן טעם אחר אי' בי' משום אי לא ידעו וכו' כן נראה לכאורה בישוב דברי תו'. אך באמת קשה עלי לומר פי' בדברי התו' נגד נושא כלי התו' הוא רבינו מהרש"א ז"ל וגם בלא"ה יש לישב דמ"ש המרדכי בשם הר"י כנ"ל משמע דאפילו בשטרי הלואה אמרינן מזמן קנין אית ליה קלא ולא כן כתבו התו' בסנהדרין דף ל"ב ד"ה חיישינן דבשטר הלואה אף דנעשה בניסן הקנין אי כתבו זמנו מניסן ה"ל מוקדם ופסול ולא איירי באקניית' רק בשטר מתנה ומקח וגם יש להבין כי דברי רשב"ם סותרי' זא"ז דכאן בהך דשטרי אקניית' כתבו להדיא דבשטרי הלואה לא יכתבו יום הקנין והשיג על ר"ח דסבירא ליה דיום קנין מהני ואילו בדף קנ"ז ע"ב פי' רשב"ם להדיא בשטרי הלואה דאם קנו בניסן וכתבו השטר באייר והקדימו לניסן כשר ומביא ראי' מהך דאי ידעיתו יומא דאקניית' ולכן נראה דבאמת יש להבין איך ס"ד לחלוק אר"ח הא גמ' ערוכה היא בב"מ דבשטרי אקניית' אף למוכר וללוה כותבין ואם נאמר דפי' כרש"י בין ילוה ובין לא ילוה והיינו משעת כתיבת השטר אף דלא ילוה משתעבד אבל דקנין לחוד בלי כתיבה כהך דהכא דאחרו לכתוב לא חל השעבוד למפרע משעת קנין דזהו נגד מ"ש מרדכי בשם ר"י להדיא כמש"ל ולכן נר' לומר דס"ל דאביי ור"א מחולקי' בזה דר"א דמוקי למשנה כותבין שטר ללוה בלי מלוה בשטרי אקניית' סבירא ליה ע"כ דקנין משוי' ליה שעבוד דשטרא ל"ל דהא לא מטא שטרא לידו ובמה חל השעבוד ומה בכך דכתב בשטר הא לא הגיע השטר ליד מלוה וע"כ בקנין וא"כ בקנין לחוד משתעבד דמה יועיל הכתיבה אם לא הגיע ליד מלוה אבל אביי סבירא ליה עבחז"ל ואם כן י"ל קודם דנכתב השטר אף אלף קניני' לא משווי' לי' שעבוד לענין קיל רק בנכתב הוא דחל שעבודא דעבחז"ל אבל קודם לכן לא חל שעבודא ולכך הא דכתב המרדכי בשם ר"י דמשעת קנין חל שעבוד ויכול לכתוב היינו לר' אסי אבל התו' בסנהדרין פי' אליבא דאביי ולכך תי' דלא מהני לכתוב מעת קנין ולר"א באמת צ"ל תי' אחר וכמש"ל ע"ש וגם כאן בב"ב דעת התו' דרבא ב"ש אמר למילתא אליבא דאביי דס"ל עבחז"ל ולא אמרינן דקנין משוי ליה קול בלי כתיבה ולכך ס"ל לתו' דלא מיירי בשטרי הלואה רק בשטרי מקח דהקול לא מחמת קנין רק מכח המוכר שדהו בעדים דגובה ממשעבדי

וסבירא ליה לתו' דהא דאמרינן המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים היינו כשהלוקח מוכרח ליקח השדה אם כן נגמר המכירה ועדים מפקי לקלא אבל אי כותבין שטר למוכר בלתי ידיעת הלוקח דלאביי מותרי' לכתוב דעבחז"ל ואם כן אין הלוקח מוכרח ליקח השדה אעפ"י שנכתב השטר כדלקמן סי' רל"ח ואם כן כיון דלא ברירא דיקח הלוקח אין העדים מוציאי' קול דנמכר שדהו דהא עדיין הדבר בספק ולכן כתבו התו' שפיר דאפילו בשטר מכר משכחת לי' אפילו לאביי והיינו דכתבו מדעת שניהם פי' דנכתב בשטר דהוא מדעת שניהם אז יש לו קול מחמ' מוכר שדהו בעדים תיכף משעת קנין אבל אי לא נעשה מדעת שניהם א"כ אין לכתוב מזמן קנין דלא שייך עבחז"ל וגם מוכר שדהו לא שייך בי' כלל אבל מדעת שניהם יש קול למו"מ והיינו מטעם מוכר שדהו בעדים וא"ש וזהו כוונת מהרש"א אי נכתב השטר באופן דלא נודע דהלוקח מרוצה דהא מותרי' לכתוב משעת שהמוכר מצוה דעבחז"ל אז אין לו קול פי' קודם כתיבה אפילו באקניית' דלא שייך המוכר שדהו כיון דלא ברירי' לי' דיקנהו הלוקח וא"ש מה שכתב דאין כאן קול דקנין לא מהני ומוכר שדהו וכו' גם כן לא אמרינן בדבר דלא פסיק' לי' וכן יובן מה שכתבו התו' בגיטין דף י"ח ע"א ד"ה אף כתובה וכו' דאם קנו על תוספ' כתוב' בע"ש דיש לחתום במ"ש דה"ל קלא כמו שטרי אקניי' בב"ב ואע"ג דסבירא להו לתו' בשטרי הלואה לא מהני קנין אלא דהתו' אזיל לשיטתן כמ"ש גיטין דף נ"א ע"א ד"ה או דילמא וכו' דכתבו דפסיק' כי האי ה"ל כמו מוכר שדהו בעדים דאי' לי' קלא והא דבעי קנין משום דזולת קנין לא מהני פסיקא למשעבדי כדאמרינן בפרק הנושא דאינו כתובי' אצל משעבדי ע"ש ונכון ומעתה גם סתירה ברשב"ם י"ל דכאן נמשך רשב"ם בפסק הלכה אחר אביי דאפשר דסבירא ליה כתו' דהלכה כמו אביי דעבחז"ל ולכך לא סבירא ליה דקנין יש לו קול כמש"ל ולכך השיג אפסק ר"ח ומוקי לי' רק בשטר מתנה והא דלא מוקי לי' בשטר מכר ומשום מוכר שדהו בעדים כו' דלא משמע ליה דנעשה מדעת שניהם או דאזיל לשיטתו דסבירא ליה בעדים צריך לפרש אחריות ועיין מש"ל סי' קי"ו ע"ש אבל לעיל בדף קנ"ז פי' הכל אליבא דר' אסי וכמו שסיי' רשב"ם שם ודלא כאביי דסבירא ליה עבחז"ל הרי דכל מילתו שם אמור לר' אסי דביקש לפרש המשנה אף לר' אסי ולכך מפרש באופן דאי' בי' מוקדם לכ"ע ולר"א מודה רשב"ם לפסק ר"ת דקנין מהני ומשעת קנין אי' לי' קלא בהלואה ובכל השטרות ולק"מ. ולכן אף לענ"ד מסתבר פי' כמ"ש בדברי תו' מכל מקום לדינא אין לזוז מדברי ש"ך דאף במתנה המאוחר פסול כמו בשטר מכר:

טו **פסולים כו'** כתב הש"ך ואם הודיע למוכר שאיחרו השטר כשר ואם כן שטר מאוחר הבא לפנינו כשר דאמרינן מסתמ' הודיעו למוכר דחזקה שעושים כהוגן עכ"ל ודבריו לדינא צ"ע דא"כ אף למ"ד כותבים שובר בשטרי הלואה דינא הכי דמ"ש כשיהיה הלוה יודע לא יפרע בלתי שטר וכדומה ואם כן כשבא לפנינו שטר מאוחר כשר דחזקה עדים עשו כהוגן ולא כן משמע בגמרא גבי שטר שזמנו בשבת דאמרי' דלכך מאוחר כשר לכ"ע הואיל ומוכח מתוכו הא בלא"ה אנו אומרי' דעשו כהוגן ודוחק לומר דאיירי כשידוע דלא הודיעו ללוה ודוחק ועוד מה טרח הב"י לקמן בסי' רל"ט ליישב הקושי' במ"ש הטור דאי לא ידעו יום אקנייתא במו"מ דיכתבו יום כתיבה דילמא איירי דמודיעים למוכר. ולכן נראה אף דדין ראשון מסתבר מכל מקום מסתמא אמרינן דלמא שכחו להודיע או טעו בכה"ג דלאו כל עדים הך דינא גמירי והשטר פסול כמשמע' כל הפוסקים בסתימת דבריהם הא אם נודע דהודיעו למוכר אפשר לומר דכשר כדעת הש"ך כי בלא"ה הך דיחזור ויקחנה הוא רק חששא בעלמא:

טז **דאי אמר אשתבע וכו'** הקשה הש"ך הא אף דהוא מוקדם הא לדעת המחבר גובה מב"ח אפילו דהוא מוקדם ואי לגבי לקוח' הא בלא"ה צריך לישבע דאין גובי' מלקוח' אלא בשבועה ותי' דאם הוא מוקדם העדים פסולים וכל השטר נפקע ובאמת קושי' שלו יש ליישב דאף דטוענין ללקוח' לישבע היינו לפרעון וכדומה אבל על מוקדם כ"כ דלא טען הלוקח לא טענינן לי' כלל כי הוי כמו שטר אמנה וכדומה דלא טענינן ואילו לא הוה ריעות' לפנינו לא הוה מצי להשביעו בזה כלל ואם כן די כי נימא דישבע כשטוענין כן אבל לא שהב"ד ישביעוהו. אך בלא"ה צריך לומר דכל הטענה מחמ' פסול עדים דמחמת שטר מוקדם הוי מוכח מתוכו וליכא חשש דיגבה מקודם וכדאמרינן שם לר"י דפוסל במאוחר משום דכותבין שובר בזה מודה דכשר דמוכח מתוכו וכן צ"ל שם בתו' דהקשו מה אירי' מאוחר דלמא טעו בקביע' דירחי וקשה מה בכך מכל מקום מוקדם הוה ופסול כמ"ש התו' בפ' א"נ דמוקדמי' דפסולי' משום גזירה וכו' ואיירי דלא נפסלו העדים כגון דטעו בקביע' דירחי הרי דמ"מ השטר פסול וצ"ל דכאן בזמנו בשבת לולי פיסול העדים איי כאן פיסול משום מוקדם כי מוכח מתוכו רק כל החשש משום פיסול עדים ולכך הקשו דנימא דטעו וכו' ואם כן אף דהא דטען אשתבע לי היינו לפסול עדים דזולת זה אין כאן פיסול ולפ"ז צ"ל כתי' התו' דאיירי לאחר רובו של חודש דאל"כ מה בכך דהוא מוקדם כקושי' התו' דילמא טעו ואין עדים נפסלים דזהו דלא כסמ"ע לעיל דסבירא ליה בכתב אפילו לאחר רובו דחודש טועי' וגם מוכח דלא כש"ך דסבירא ליה להרז"ה דעדים נאמנים על מוקדם איירי אפילו בדבר שאין עדים מצוים לטעות מכל מקום יכולים לומר

לא חתמנו דא"כ לא נפסלו עדים כלל ומה טיבו של שבועה זו והבעל עיטור מרא דהך דינא פוסק כהרז"ה כהנ"ל אלא ברור דלאחר רובו של חודש וכדומה דלא עבידי לטעות אין העדים נאמנים ונפסלו ולא נאמנים דטעו מיהו נראה אפילו קודם רובו של חודש יכול להשביע דאנן אמרינן הואיל וריעות' בשטר אולי יודה דמלוה בהלואה היה בשני בשבת והם הקדימו לזמן שחל בשבת וא"כ הקדימו לב' ימים ונפסלים ודאי דבב' ימים לא טעו ובהכי מדוקדק דברי הטור דכתב ואין חוששין שמא נעשה הלואה בב' בשבת וברמב"ם כתב בא' בשבת וכבר עמד בזה בפרישה עיין סמ"ע ס"ק כ"ד ותי' דחוק ע"ש אבל נר' דהטור העתיק דינו של בעל עיטור הלזו דיכול להשביעו ולכך כתב הטור דיש חשש דילמא נכתב בב' בשבת ויש כאן חשש פיסול עדים אבל אילו היה רק חשש על א' בשבת תו ליכא כאן פיסול עדים דבחד יומא טעו ולכך כתב החשש משום דאולי נעשה בב' בשבת וע"ז משביעין אותו והרמב"ם דהשמיט דינא דב"ע באמת כתב בא' בשבת ודוק:

יז **אשתבע כו'** הקשה הש"ך בלא"ה ישבע דלא פרעו ותי' דאולי ע"ז יורה היתר לישבע בשקר משא"כ מוקדם ועוד תי' דאם הוא מוקדם אף לא לויתי נאמן משא"כ כשאינו מוקדם ויש נ"מ בין תי' אלו אם המלוה אומר א"י אי מוקדם או מאוחר הוא רק אשבע דלויתיך ולא פרעתני לתי' ראשון אינו מועיל ולתי' שני מועיל ונר' כתי' השני כי תירוץ ראשון דחוק למאוד ובלא"ה הך דינא דבעל עיטור צ"ע כי לא מצאתי לו ראי' ברורה ולכאורה דברי תו' בריש ר"ה לא סבירא להו כן דהקשו על רש"י דס"ל דאם אין העדים יודעים אי תמוז קודם לכסליו או כסליו קודם לתמוז מספיקא פסלינן לשטרא הא בהך דשטר בזמנו בשבת מכשירין השטר מספק. וקשה הא כתבו שם דצ"ל לפירוש רש"י דהודה המלוה והלוה דהלואה אחת היא דאל"כ מנא ידעינן וקשה אם כן יהיה המלוה נאמן במגו דלאו מוקדם הוא במגו דאמר דלאו הלואה אחת היא ועכשיו דאמר הלואה אחת היא ומאוחרת יש לו מגו דנאמן ומגו להוציא לא הוה במקום שטרא ובפרט לשיטת רש"י דאפילו מוקדם גמור כשר לב"ח ועכצ"ל דמיירי דגם המלוה א"י אי תמוז קודם לכסליו או להיפוך כמו דאין העדים יודעים ואם כן לא שייך מגו בא"י וקשה אם כן פסול דהא צריך לישבע דלאו מוקדם הוא וזה א"י לישבע דהא א"י וכיון דא"י לישבע מפסיד כדין כל שבוע' בנשבע ונוטל ואם כן יפה כתב רש"י דמספיקא פסלינן ואין מקום לקושי' התו' וצריך לומר דהפי' לא דעכשיו אמרו הבע"ד בב"ד דהלואה א' רק הפי' דעדים דהעידו דהיה הלואה וכתיבת השטר בזמן נפרד היה באופן זה דהעידו דידעו אותו דכך הודו אז המלוה והלוה בפניהם דדא ודא אחת היא ההלואה והשטר ולכך מעידי' כן

ואם כן אף דהמלוה צועק בב"ד דהא שטר מאוחר לא מהימן דה"ל מגו למפרע אבל זה סבירא ליה לתו' לדוחק דגם המלוה לא ידע אימת נעשה הלואה דזה לא שכיח ולא על זה תקנו חז"ל בא' בניסן ר"ה למלכים בחששא דלא שכיחי. ועי"ל דבלא"ה צריך לדקדק במה דכתבו דהודה המלוה והלוה דהלואה אחת היא ויש להבין למה נקטו בלשונם הלוה וכי נ"מ בהודאת הלוה הלא עיקר נ"מ במלוה במה שמודה לחובתו דה"ל כק' עדים אלא דזהו סבירא להו לתו' לדוחק דלא יטעון המלוה ברי דהוא מאוחר דאל"כ מה צריך רש"י כלל לומר דעדים מעידים שהיה הלואה וכתיב' השטר בחדשים נפרדים ולמה לא אמרינן דאין עדים כלל לפנינו רק המלוה אומר דהיה ההלואה בכסלו וכתיבה בתמוז ולא נודע איזה מוקדם ומאוחר אלא ודאי דזה דוחק דלא ידע המלוה אמתיות הדבר ואם כן קשה לתו' הא יש למלוה מגו ולכך כתבו התו' דהלוה אמר ג"כ דהלואה אחת אבל טוען א"י אם מוקדם או מאוחר וכל טיבו לגבות מלקוח' ואם כן אין הלוה נוגע כלל אם הוא יגבה או לוקח יחזיק בשדהו דמ"ש דה"ל לוה רשע לגבי ב"ח כמו לגבי לוקח ועיין לעיל סי' ל"ז ולכך לית לי' מגו דאי הוה אמר שני הלואות הן היה הלוה מכחישו וה"ל מכחיש העד משא"כ עכשיו דאומר מאוחר אין כאן הכחשה דלוה לא ידע כמו העדים ואם כן ה"ל מגו להכחיש העד ולא אמרינן ולכך דייקו התו' בלשונם דהודה הלוה ג"כ הרצון דהוא ג"כ במעמד הב"ד דאלו ליתא לפנינו היה המלוה נאמן במגו או דאם היה מכחישו וטוען להד"ם וכדומה דבלא"ה מכחישו ה"ל מגו וא"כ אין כאן מתו' סתירה לדברי בעל עיטור:

יח **על בעל השטר להביא ראי'** פי' אפי' לא טען אנן טענינן לי' אבל קשה מה טוען הלוה אי טוען להד"ם או פרוע הוא מה איריא דזמנו בשבת אפילו אין בו ריעות' דזמן כלל מכל מקום הא קי"ל לקמן סי' פ"ב דנאמן לטעון להד"ם ופרעתי במגו דמזויף ואי דמודה דחייב מה נ"מ דמוקדם הוא מ"מ אי מודה דחייב לכ"ע חייב לשלם ואף דהעדים פסולים ואי אייריי לטעון ללקוח' הא העלה הש"ך לקמן סי' ק"ו דטענינן ללקוח' מזויף אפילו הלוה מודה דמקוים ואם כן דל קדימת הזמן מהכא הא טענינן לי' מזויף הוא ובשלמא לעיטור לא קשה די"ל דאזיל לשיטתו דסבירא ליה ביש נאמנות בשטר אף דאינו מקיים והוא מוד' שכתבו אינו נאמן לטעון פרעתי או להד"ם כדלקמן בסי' מ"ו בטור וש"ע אבל ביש בו ריעותא דמוקדם מודה העיטור אעפ"י דיש בו נאמנות דנאמן במגו דהא איתרע וכ"כ בספר בני יעקב דף כ"ח דבזה מודה בעל העיטור אבל לפי מה דקי"ל לקמן בסי' פ"ב דלא כבעל העיטור קושי' זו במקומו. ולכן היה נראה בשנדייק לשון הב"ע וגם הבע"ת העתיק כן בשער מ' וז"ל אבל לא נתקיים על בעל השטר להביא ראי' ואמרינן לי' קים

שטרך ואע"ג דליכא מערער ועדים מצוין טענינן לי' אנן עכ"ל מילת ועדים מצוין מורה דיש עדים המצוים לקיימו רק דקודם שבא לב"ד עדיין לא נתקיים אף דיש עדים מצוין לקיימו מכל מקום הב"ד לא מקיימין אותו דמה לב"ד להזדקק לשטר דיש בו חשש פיסול דאפשר דהוא מוקדם וכ"כ הרמב"ן בב"ב גבי הלכת' כוותי' דרבה בארע' ע"ש דאיירי בשטר שאינו מקוים ועדים מצוין לקיימו רק הואיל והודה דשטרא זייפי הוא אין ב"ד נזקקין לקיימו ולית לי' מגו ע"ש ואף כאן כיוצא בזה הואיל וריעותא לפנינו ועדיין אין מקוי' אין הב"ד נזקקין לקיימו וטענינן לי' דפסול וזהו דדייק אע"ג דליכא מערער ועדי' מצויין והיינו מצוין לקיימו מכל מקום טענין לי' וא"ש ומיושב הקושי' שהקשתי כי דבר גדול קמ"ל בזה דלא מהני תו קיום:

יט **כל שטר וכו'** כגון שנפל כו' הקשה הסמ"ע והב"ח על הטור דהעתיק דין זה והוא סבירא ליה כאביי עבחז"ל ואם כן מה צורך לראי' לו דהאמת דלא נמסר ביום שכתב הא עבחז"ל ותי' הב"ח דבנפל חיישינן אולי אמר בפי' לעדים שיחתמו ויתנו השטר לידו לא ליד המלוה ואז לא שייך עבחז"ל עכ"ל ותמה הש"ך בס"ק י"ט דהוא נגד כל סוגי' דשמעת' דב"מ מצא שט"ח וכו' דאמרינן לאביי לא יחזור משום דחיישינן לפרעון ולקנוני' ואלו להב"ח עדיין החשש דילמא אמר ליתן בידו ונר' דדברי ב"ח הן דברי התו' שם ב"מ דף י"ג ד"ה משום כו' דהקשו לאביי לא הוצרך עבחז"ל דאף דסבר כר"א ודאקרי וכתוב לא אמרינן מכל מקום חיישינן לפרעון וקנוני' ותי' דהא דאמרינן משום וכו' דאקרי וכתוב לא אמרינן מילתא באפי נפשי' היא ולא שייך להא דאמר אביי עבחז"ל עכ"ל וכתב מהרש"א דדבריהם בלתי מובן דמהיכי פסיקא לי' דלא ס"ל כר"א וכו' ועוד כיון דע"כ מסברא דנפשי' סבירא ליה לאביי דעבחז"ל אם כן נימא דמה"ט לא ניח' לי' בשנויא דר"א אמנם נראה ברור כך דאביי סבירא ליה עבחז"ל ומשני המשנה כאן דלכך לא יחזיר משום דחיישינן לפרעון ולקנוני' וביקש הגמרא לתרץ תינח הא דמוקי לי' משנה דב"ב דכותבין שטר ללוה וכו' משום דעבחז"ל ניחא אבל מה דוחק' דמשנה דכאן דקתני לא יחזיר משום פרעון וקנוני' לימא הטעם כר"א משום דכתב ללות ולא לוה ואי דעבחז"ל דילמא צוה לעדים שימסרו בידו דזה שכיח דמהכ"ת יצוה לעדים להוציא קול שלוה ולהוזיל נכסים במה דבאמת לא לוה ועיין ברא"ש דכתב דהוא דבר תימ' דישתעבד במה דלא לוה ולכך חיישינן וע"ז קאמר הגמרא משום דקשי' לי' לאביי כיון דאין כותבין כו' דאקרי וכתוב לא אמרינן ואם כן צריך אביי לשנוי' חיישינן לפרעון וקנוני' דאי צוה לעדים שיהיו חותמים ומוסרי' לידו באופן דלא שייך עבחז"ל אם כן עדיין אין רשאים לכתוב ואם כן חזר הדבר למה ניחוש לזה הא ודאי עדים עשו כהוגן ואי דילמא אקרי

וכתבו נגד הדין ולא חששו למוקדם כיון דריעותא לפניך דנפל אביי לא סבירא ליה הך דנימא דלמא אקרי וכתב ואם כן עדיין קשה יחזיר וע"כ צ"ל אביי חיישינן לפרעון וקנוני' וא"ש ואין זה ענין כלל להך דסבירא ליה עבחז"ל רק מילתא באפי' נפשי' דהגמרא הוצרך לומר כן דלא תקשי למה ליה פרעון וקנוני' כמ"ש וזהו כוונת התו' משום דקשי' ליה אביי לא ניח' ליה שנויא דר"א (ופי' ולכך הוצרך לומר חיישינן לפרעון וקנוני') ולא קאי אדאמר אביי עבחז"נ דזה ודאי מסברא אמרה אבל עדיין המ"ל כשנויא דר"א דחיישינן דילמא כתוב ללות וצוה למסור בידו ולכך קאמר דלא סבירא ליה דאקרי וכתוב ולכך משני חיישינן לפרעון וכו' וזה ברור להמעיין בכוונת התו' (כי הך מילתא אלא הא דתנן מצא גיטי וכו' הוא רק הפסק מאמר מתוספ' גאון כמ"ש מפורשי' עיי' בס' א"ז והמשך הדברים בגמרא דרבינא ור"א כך ליכא למיחש דאקרי וכתוב אלא מתניתין דקתני וכו' והוא הדברים בעצמותן כמ"ש בהמשך ונכון וראוי וא"ש) כי הך מימרא שם בב"ב הוא עבחז"ל אבל כאן דלא אמרינן דילמא צוה לעדים למסור בידו ולא שייך עבחז"ל ואי דעדים אינם רשאים לעשות כן בנפל חיישינן דלמא אקרי וא"צ לומר דחיישינן לפרעון וכו' ולכך אמרינן באפי' נפשי' דלא סבירא ליה דאקרי וכו' וא"ש והדברים ברורים. ולפ"ז דהעלינו דהך שני מילתא דאביי דעבחז"ל ודאקרי וכתב לא אמרינן לא תלי' זה בזה והם ענינים נפרדי' אם הן י"ל הטור פסק כהך דאביי דעבחז"ל אבל בשביל זה אינו חיוב לומר דסבירא ליה הך מילתא דאביי דאקרי וכתוב לא אמרי' כי זה לא תלי' בזה כלל כמ"ש התו' וכמ"ש בביאור דבריהם ובזה אמרינן דאקרי וכתב חיישינן וחוששין כמ"ש ב"ח דאמר לעדים כתבו והבו לי דלא שייך עבחז"ל ולכך בנפל חיישינן וא"ש ודברי הטור ותו' עולים כאחד. והש"ך ביקש ליישב דקאי על גט אשה דחובה הוא לאשה ולא שייך עבחז"ל וכתב דבהא ניחא מ"ש הטור לחלוק על הרמ"ה בנכתב בניסן ולא נתנו עד תשרי דס"ל להרמ"ה דלא נפסל במוקדם והטור השיגו והקשו הא לטור פשיטא דלא הוי מוקדם דהא ס"ל עבחז"ל ג"כ מיושב דאיירי בגט אשה ודכוותי' דלא שייך זכות הוא לו ודבריו בלתי מובני' דאם נפרש גט אשה בלבד איך שייך כל שטר כיון דלא שייך רק בגט אשה ואי כוונתו ביתר שטרות כמו גט אשה כמו דכתב הש"ך להדיא עדיין הקושי' הא הטור ס"ל כאביי דאקרי וכתוב לא אמרינן וא"כ איך יהיה העדים רשאים לכתוב כיון דלא שייך בי' עבחז"ל וחזר הקושי' להש"ך כמ"ש לשיטת הב"ח והש"ך לא סבירא ליה מש"ל בישוב הב"ח ובפרט מ"ש בקושי' הטור על רמ"ה דמיירי בגט דא"כ חולק הטור הא הוא גופי' מכשיר בא"ע בגט דיתן לה ע"י שליח דקלא אית ליה ולכן דבריו אינם סובלים כלל בכוונת הטור ובאמת לפמש"ל בס"ק ז' בישוב דברי הטור ברמ"ה

דנ"מ בשני יב"ש בעיר אחת ואם כן אף זהו מבואר דמיירי בהך אופן דלא שייך עבחז"ל ועדים כהוגן כתבו כמש"ל באריכ' וא"ש ולק"מ. וגם י"ל דנמצא בתר דמת לוה והיורש אמר להחזירו ולא יחזיר דלמא כתב ללות ולא לוה ולא מהני עבחז"ל דלא מטי לידו בחיי הלוה וכמ"ש התו' במשנת דיתקאות וכו' ע"ש. אך יותר נראה דגם קושי' הסמ"ע קשה מה מהני שיביא ראי' שמטי לידו הא קי"ל חוששין לפרעון ואולי נפרע ומ"ש הסמ"ע דמיירי דידוע דנאבד מידו דחוק דא"כ אף על כתב ללות לא צריך ראי' דמ"ש חששא דפרעון או חששא דכתוב ללות וכו' ולכן נראה ברור דמיירי בשטר מכר ומתנה העומדים רק להחזיק קרקע בידו ולא שייך בהו פרעון כמש"ל סי' ס"ה ע"ש בסי"ד בסמ"ע וש"ך וליכא חששא רק דלמא כתב ליתן ולא נתן כדתנן שמא כתובי' היו ולא נתנה ומעתה גם הך קושי' דלטור סבירא ליה עבחז"ל מיושב דאנן חיישינן דילמא כתב ליתן ולא נתן ונמלך ונתנם לאחר בו ביום ואם כן אם נחזיר לזה יבא זה ג"כ בשטר וידונו ב"ד יחלוקו או שודא דדיינא כדין ב' שטרות היוצאים ביום אחד ואם כן אפשר דיזכה זה בכל השדה כשודא של הדיין וזה שקר דאף דעבחז"ל לא זכה בו רק מסוף היום כמ"ש התו' והרא"ש בב"ב וכתוב' דף צ"ב ולזה שנמסר השטר מכר אי מתנה זוכה תיכף ושייך לאחר ולא לו ואם כן אין להחזיר וכבר הקשו התו' והרא"ש כן בשובר לאביי דסבירא ליה דלכך תחזיר השובר משום דלא חיישינן דמכרה כתוב' לאחר דשובר בזמנו טריף דעבחז"ל דדלמא מכרה כתוב' בו ביום שנכתב השובר ועדים לא זכו לו רק בכלות היום וקדמה מכירתו ותי' דלא שכיח דתמכור הכתוב' ביום שכתבה שובר לבעלה ע"ש וזהו במכירת כתובה דלא שכיח דתקבל פרעון מבעלה ותמכור וגם גוף מכירת כתוב' לא שכיח כמ"ש הרא"ש דמי יקנה כתוב' במקום שיש בו חששו' רבו' וספיקו' עצומות אבל במוכר שדהו או נותן דמעשה בכל יום שרוצה למכור לזה ונמלך לתתם לאחר וע"ז נשנ' כל שמעתי' דב' שטרות ביום א' ע"ש ואם כן שפיר יש לחוש דילמא נמלך ולא נתנם בו ביום ונתנם לאחר ואם כן אחר זכה בו דהא זה לא הגיע השטר כלל בידו בו ביום ואי דעבחז"ל בו ביום לא זכין לו כלל והשני מוקדם ויש כאן קלקול הדין בחזרתו ולכך צריך להביא ראי' שהיה בידו דתו ליכא חשש עיות הדין וכתורה יורו הדיינים ומכ"ש לשיטת ר"ת דסבירא ליה שם דף צ"ב בכתוב' כמש"ל ריש סי' זה דסבירא ליה אף במלוה חל תיכף שעבוד בו ביום רק לכך בשני שטרי הלואה לא עבדינן שודא משום תקנה ואם כן יש לחוש דילמא כתב למכור ולא מכר ולוה בו ביום מאחר ואם כן תיכף חל שעבודו של מלוה על שדה זו דבו ביום לא שייך עבחז"ל ואם יחזיר לו שטר מכירה לא יוכל מלוה לגבות דיאמר הא קניני שוה עם שעבודך וא"ש. ואי קשה אם כן עדיין אין העדים רשאים

לכתוב לאביי שטר מכירה למוכר בלתי לוקח דאולי לא ימסרו בו ביום ובו ביום ימסור השטר מכירה לאחר ואם כן יצא קלקול כמ"ש ומה הועיל אביי בתי' שלו ז"א דעדים א"צ לחוש לזה כ"כ דלא נפל אבל השתא דנפל חוששין כל החששות אפי' בזה וכן צ"ל בתו' וברא"ש דהקשו בב"מ בדף כ' במילתא דאביי דאמר שובר בזמנו טרף וכו' ולא הקשו כן בפשיטות אמילתא דאביי דמוקי להך משנה דב"ב כותבין שטר וכו' בלי אקנייי' רק עבחז"ל דמ"מ איך כותבין דילמא לא יתנם עד למחר ובו ביום יתן לאחר והאחר זוכה וכשימסור השטר יהיה שני' שווים א"ו דכולי האי לא חשו אם לא נפל ולכך לא הקשו רק לקמן בשובר שנפל ולזה נר' דנתכוון מהרש"א בכתוב' שמעתי' הנ"ל דהקשה לאביי עבחז"ל איך כותבין שטר ללוה וכו' דילמא בו ביום לא ילוה עד למחר ובו ביום ימכור שדהו ואם כן הלוקח קודם דבו ביום לא שייך עבחז"ל וכשיגיע השטר למלוה יטעון בו ביום הגיע לידו ותי' דמה בכך מכל מקום אינו גובה מלוקח שלקח בו ביום ע"ש וקשה עדיין לא יתיישב לפיר"ת דסבירא ליה דהלואה ג"כ זוכה בו ביום שיחול השעבוד אם כן איך כותבין שטר למוכר דילמא לא יתן וילוה בו ביום ואם כן שורת הדין דשעבוד דמלוה חל על השדה והוא יתן השטר מכר ללוקח ולא יוכל מלוה לגבות כמ"ש מהרש"א אלא דצ"ל דזה לא קשי' לי' דעדים אינם צריכי' לחוש לכך ובנפל שטר מכירה באמת לא יחזיר כמ"ש רק בכותבין שטר ללוה שפיר הקשה מהרש"א ול"ל כמ"ש דמתחיל' לא חיישינן ובנפל באמת לא יחזיר דא"כ מה זה דטרח אביי בב"מ בהך דמצא שט"ח דלא יחזיר למצוא טעם וקאמר משום פרעון וקנוני' ולא קאמר הך טעמא דילמא כתב ללות ולא לוה בו ביום כמ"ש ושפיר הקשה ולכך תי' דבשטרי הלואה ליכא חששא אבל בשטרי מכר באמת אי נפל אין מחזירין והוא דברי טור וא"ש ועיי' מש"ל בסי' ס"ה יותר מזה והדברים ברורים ועיין מ"ש שם בשם גליון תו' וע"ש:

כ **אפילו לא חתמו אלא לזמן מרובה כשר** ואפילו נכתב בו ביום רק לא חתמו רק לאחר כמה ימים דכשר דכיון דהיה הכתיבה ביום קנין וזהו כוונת ר"ח הובא בעיטור במאמר זמן דכתב דאי נכתב ביום שקנו מיני' ונחתם לאחר כמה ימים דכשר דלא אשכחן נכתב ביום ונחתם בלילה דפסול אלא בגט אשה עכ"ל ותמהו עליו דהא אפילו ר"ש דמכשיר שם בגט פוסל בשאר שטרות ועיי' בס' בני יעקב שהאריך וכוונת ר"ח פשוט דסבירא ליה כר"א דבשטרי קנין כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו אעפ"י שלא יגיע השטר ליד מלוה אפילו לאחר כמה ימים מכל מקום כשר ומזה למד ר"ח דה"ה בנחתם לאחר כמה ימים גם כן כשר דמ"ש דהא עיקר זכי' תלי' במסירה והא המסירה ליד מלוה לא נעשה רק לזמן מאוחר ומ"מ כשר משום דקנין משוי' לי' קלא אם כן ה"ה

אם החתימה מאוחר דמ"ש מסירה מחתימה רק דהא חזינן בגט דיש הבדל דאם נכתב ונחתם ביומו אעפ"י שנמסר לאשה בזמן מאוחר כשר כדתנן כותבין גט לאיש וכו' וגיטין הבאים ממד"ה ואם נכתב ביום ונחתם בלילה פסול הרי דאין דמיון שוה. וע"ז קאמר ר"ח דלא אשכחן נכתב ביום ונחתם בלילה פסול והמסירה מאוחרת כשירה אלא בגט דשם יש טעם משום בת אחותו ומסירה מאוחרת קלא איתי ליה אבל בשאר שטרות ודאי דין חתימה ודין מסירה א' ובמקום שמסירה מאוחרת פסול ה"ה חתימה מאוחרת ובמקום דמסירה מאוחרת כשר אף חתימה מאוחרת ולכך אין טענה מר"ש דפוסל בשאר שטרות דשם לא איירי בשטרי קנין ואף מסירה מאוחרת פסול וכל כוונת ר"ח דאין בשום שטר הבדל בין מסירה לחתימה זולת בגט וא"ש:

כא **אם זוכרי' זמן קנין וכו'** יש לדקדק דהא רשב"ם חולק וסבירא ליה דהא דאמרינן בשטרי אקנייי' אם ידעתן יומא דאקנייי' כתבו יומא היינו בשטר מכר ומתנה שאין בו אחריות וכתב הבעה"ת בשער נ"ו ח"א דין ז' דמסתברא דרשב"ם אזיל לטעמו דסבירא ליה אע"ג דסתם קנין לכתיבה עומד מכל מקום יכול לחזור כ"ז שלא נכתב ואם כן אשתכח דהוי מלוה ע"פ וכו' פי' דעי"כ אינו מוציא קול כי אולי יחזיר בכתיבה ואם כן צ"ל דהבעה"ת דחולק בזה ארשב"ם אף דההיא חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה גמרא ערוכה היא ואיך יחלוק בעה"ת (וקושי' זו הקשה בס' בני יעקב דף מ"א ע"ב) עלי' דסבירא ליה כמ"ש רשב"א בתשובה אלף ל"ד דההיא חוזר בשטר אייריי בלי קנין אבל בקנין א"י לחזור מן שטר כלל ולק"מ וצ"ל אע"ג דרשב"ם סבירא ליה לעיל בחוזר בשטר אפילו במתנה וממכר יכול לחזור משטר אע"ג דקנו ולדידי' מי ניחא והא בהך דשטרי אקניית' דכותבין יום אקניית' מודה רשב"ם דבמתנה ומקח בלי אחריות כותבין דסבירא ליה לבעה"ת הואיל וסבירא ליה לרשב"ם דיכול לחזור בקנין מן הכתיבה אין לקנין קול דכל הקול הואיל ועומד לכתיבה וכיון דכל רגע בידו למחות בשטר לא מפקי לקלא אבל בשטר מתנה ומקח בלי אחריות דא"צ לקלא רק להעמיד השדה פשיטא דכותבין ולא נ"מ אי איתי ליה קלא או לא ואם כן מה יועיל החזרה בשטר הא א"צ לקול ולכן הגי"ת ובני יעקב דף הנ"ל הוקשו על בעה"ת דהא רשב"ם אמר למילתי' במתנה ג"כ דחוזר ולפמ"ש ניחא דהא דכתב בעה"ת הואיל ויכול לחזור לא חל שעבודו הוא טעם דל"ל קלא וא"ש. אבל עכ"פ קשה דכיון דבעה"ת תלה הדינים זה בזה אם כן המחבר דהביא לעיל סימן ל"ט ב' דיעות אי בקנין יכול לחזור משטר או לא אם כן לא ה"ל לסתום פה דבהלואה יש לו קול משעת הקנין וצ"ל דסבירא ליה אעפ"י דבעה"ת תלה הסברות הללו זו בזו מכל מקום הרא"ש לא סבירא ליה דהא הרא"ש פוסק בשטר קנין אפילו בהלואה יכולים

לכתוב מיום קנין כמבואר בפסקיו פ' ג"פ והוא דסבירא ליה אפילו בקנו מיניה יכול לחזור בשטר כהנ"ל ברישׁ סי' ל"ט ע"ש ועכצ"ל דסבירא ליה דלא תלי' אהדדי דעל כל פנים העדים מוציאין קיל דאע"ג די"ל כמ"ש הנ"י דאם לא נכתב כלל דלא גבי מכל מקום מוציאין קול בחזקת שלא ימחה כלל ולכך יש לכתוב יום דאקניית' דהא העדים מוציאין קול כל זמן שלא מחה בהו לכתוב וניגרר המחבר אחרי דברי הרא"ש בזה דלא כבעה"ת:

כב **יכתבו מיום הכתיבה** יש לי ספק אי צריך לכתוב דאקני ואם לאו פסול כדלעיל בשטרי חוב המאוחרים או לפי מ"ש הב"י לקמן בסי' רל"ט דבשטרי מו"מ יכתבו יום הכתיבה ולא הוי מאוחר דדילמא בין כך הדר המוכר ולקח השדה מלוקח דא"כ ס"ל קלא ע"ש ובסמ"ע ואם כן אף כאן אילו בין זמן קנין וזמן כתיבה קנה הלוה שדה קלא אית ליה ופשיטא דלא יכתבו אבל אם לא שמעו ודאי דלא קנה בנתיים שדה וליכא חשש פיסול כלל ואולי יש לחלק דשם יותר קלא אית ליה דהוא מילתא דתמי' דזה מכר שדהו וחזר לקחה המוכר ובפרט כי הך דינא גופי' שכתב הב"י צ"ע כי מה שהקשה על הטור דהיכי כתב דיכתבו זמן הכתיבה הא ה"ל מאוחר די"ל כמ"ש לעיל בפי' דברי התו' דמיירי דכתב דמכרה אבל לא נזכר דפרע הלוקח מעות ואם כן תו ל"ל למידי וכמש"ל באריכו' ואם כן דין זה צ"ע:

כג **שהוא מתחייב בקנין או בשטר לא** פי' הסמ"ע בס"ק ל"ב דחיוב קנין פי' דקנו בלילה אבל אם קנו ביום הא יש לו קול מיום וגם שעבוד חל ביום דתיכף דעשה קנין סודר נשתעבד ואין מקום לטענת הר"נ דבמה נשתעבד כיון דלא קיבל זוזי מבעוד יום ולא נכתב שטר מבעוד יום דהא קנו ולכאורה יפה דיבר אלא דקשי' מה טען הר"נ על הרמב"ם במה נשתעבד בעוד שלא נגמר השטר הא תיכף באומר לעדים אני מתחייב לפלוני מנה מתחייב אפילו שלא חייב לו מעולם והרי זה חייב כאילו קיבל לידו מעות מן מלוה ואם כן נשתעבדו נכסים למלוה כמו דנשתעבדו לו אילו הלוהו דמ"ש כיון דחייב בחיוב גמור ודוחק לומר דהר"נ לגרמי' כתב דלא סבירא ליה דינו של רמב"ם דהאומר חייב אני לך דחייב בלי שטר ובלי קנין דבפ' הנושא משמע דסבירא ליה כרמב"ם ועוד אם כן המחבר דסתם לעיל סי' מ' כרמב"ם לא ס"ל להביא פה דעת הר"נ כלל וכבר נתקשה בזה הרב בעל בני יעקב והניחו בצ"ע ולכן היה נראה דסבירא ליה לר"נ דאעפ"י דהאומר בפני עדים חייב אני לפלוני מנה חייב היינו כשכבר כלה אותו ענין אבל כ"ז דעסוקי' באותו ענין הרי ק "ל דאפילו במתחייב בקנין יכול לחזור בו ומכ"ש באומר סתם הריני מתחייב כל זמן שעסוקים באותו ענין יכולים לחזור ואם כן אין כאן חיוב ברור ולא נשתעבדו נכסים דהדי בידו לחזור ואם כן אף בקנין כן דמה בכך דקנו מבעוד יום הא עסוקים באותו ענין

עד הלילה וא"צ לדוחק הסמ"ע אלא דמ"מ צ"ע דמה בכך דיכול לחזור מכל מקום כל דלא חזר חל שעבוד למפרע וצ"ע. ואולי י"ל בגוף הקושי' דכי אמרינן בחייב עצמו בפני עדים דחייב היינו באומר חייב אני לך סתם אבל באומר כתבו לו שטר שאני מתחייב לו ודאי דאינו מתחייב עד שיגיע השטר ליד המלוה והגע עצמך שמואל קאמר המוצא שטר הקנאה יחזיר דלא חיישינן לפרעון אם כן אף בלי הקנאה בדלית בי' אחריות יחזיר דהא אמר לעדים חייב אני לי וכתבו שטר ואם כן מתחייב אף דלא הלוה לו ומבואר לקמן סי' ס"ה דאם אין חייב מודה לא יחזיר וכן מבואר בגמרא וקשה הא מתחייב באמירתו וצריך לומר דהואיל ואמר כתבו שטר לא נתחייב רק במסירת השטר ליד מלוה וקודם לכן לא נעשה חיוב ואם כן אף זהו כמוהו וצ"ע:

כד **ולפיכך נכתב מתחילת חשון כו'** מקור הדין הוא מגמרא הנ"ל אי ידעית' יומא דאקנית' כתבו יומא דאקניתא ואי לאו כתבו יומא דכתבו ואי לאו מחזי כשקרא ודייקי מה אירא דמחזי כשקרא תיפוק ליה דאם לא ידעו בבירור יום שקנו בי' פשיטא דצריכין לכתוב יום הכתיבה דאם לא כן אולי יקדימו הזמן שלא כדין ולזה פי' אפי' יום הברור להם כהך דינא דנסתפקו באיזה יום בתשרי אבל ברור להו דלא נעשה בחשון מכל מקום אסור לכתוב בחשון והש"ך בס"ק מ' כתב דלא נראה כן רק פי' דלא יכתבו עדים שטר ויהיה אצלם עד עמדם על בירור הזמן ואם לא יעמדו יקרעו השטר מכל מקום הכתיבה אסור דעל כל פנים כשכתבו תחילה לא היו יודעים ונכך אסיר. וכתב דבאמת להך דלא סבירא ליה דחוששין למחזי כשקרא לא סבירא ליה הך דינא ולכך הרא"ש בפרק גט פשוט השמיטו וזה נראה שהיה עיקר סמיכתו שחולק על הרשב"א שהביא להדיא דסובר כמ"ש בש"ע וכן בעה"ת ובאמת לא היה אז למראה עיני הכהן דברי הרא"ש במרובה דכתב להדיא גבי הרשאה דלא חיישינן למחזי. כשקרא וכתב אע"פ דיש חלוקים במחזי לשקרא כהאי דג"פ אי ידעיתו יומא דאקנייתא כו' כי היכי דלא מחזי כשקרא ומודים כ"ע דחיישינן להאי מחזי כשקרא וכו' ועוד נ"ל דהני דמי להדדי משום דליכא חששא אלא דנר' ככותב שקר אבל התם (פי' בג"פ) איכא למיחש לפסול עדים כי ימצא שלא היו באותו מקום ביום שנכתב בו עכ"ל הרי מבואר דפוסק לדינא הך דבפ' ג"פ משום דמחזי כשקרא ועל כן מפרש כמ"ש הרשב"א וכן בעה"ת דיכתבו יום הברור להם ולכך חשש להזמת עדים דאי כמ"ש הש"ך מה הזמה יש כאן אי לא נתברר להם יום הקנין הא יקרעו השטר ואם יתברר הא אין כאן הזמה דבאמת היו בו ביום במקום ההוא דהא לא ישקרו ועכצ"ל כמ"ש הבע"ת דיכתבו יום הברור שלא היה בו הקנין ולא הכתיבה ואם כן אולי לא היו ביום ההוא הן או המלוה והלוה באותו מקום וצ"ל הא

דכתב דיש לחוש לפיסול עדים והא בגמרא דב"ב אמרינן להדיא הטעם משום דמחזי כשקרא דודאי אין העדים נפסלים בב"ד דהא טענינן ליה אחרנוהי וכמ"ש בפרק אד"מ רק בעיני העולם והמוני עם יהיו נחשבים כפסולי עדות כי לא יתנצלו בעדים שהיה מאוחר ואם כן מחזי כשקרא כי האי שיהיה בעיני המוני עם לפסולי עדות ועדי זוממין חיישינן. ועיין בפלפלא חריפתא לב"ק ותראה גם כן כמ"ש ובהא ניחא במה שהקשה בס' בני יעקב דברי הרא"ש אהדדי דכתב בפרק הזורק על הא דאמרינן כי יתיבי בהיני כתיבו בהיני אע"ג דנמסר לכם מילי בשילי דטעמא שלא יאמרו לעדים עמנו הייתם באותו יום במקום אחר ע"ש ואילו בפ' ג"פ נתן הטעם משום מחזי כשקרא ע"ש אבל לפי מ"ש ניחא דהא יאמרו לעדים אין חשש בב"ד כי יטענו אחרנוהו כו' רק בעיני עולם דיאמרו לעדים עמנו הייתם ויהיו נחשבין כזוממין ומשקרים והיינו מחזי כשקרא האמור בפרק ג"פ דיהיו בעיני הבריות כמשקרים ועדים זוממים ומחזי כשקרא כי האי וודאי חיישינן וא"ש ולא ק"מ דברי הרא"ש אהדדי ובני יעקב הניח בצ"ע ולק"מ והדבר מבואר כי הרא"ש מפרש בגמרא כמו שפי' הבע"ת ורשב"א ומה שכתב הש"ך בשם ב"ע דכתב ומסתברא כיון דקי"ל בעלמא למיחזי כשקרא ל"ח כתבו יומא דבריר להו וכתבו ואחרנוהו עכ"ל גם מזו ראיה דהב"ע מפרש כמ"ש בעה"ת דאי כש"ך אי אתברר להו אין כאן איחור ואיך יכתבו ואחרנוהו אלא דמפרש דיכתבו בחשון ואם כן הוא מאוחר אלא דבריו בלא"ה תמוהין דאי מכל מקום צ"ל ואחרנוהו מה מיחזי כשקרא שייך כאן וכן טען עליו בתשובת מיימוני בס' משפטים ע"ש וצ"ל דמפרש מחזי כשקרא כך דהעולם יאמרו שהם מעידים שקר ולכך לא כותבים יום ברור רק כתבו ואחרנוהו כדי שלא יבאו מעולם לידי הזמה ושקרן מיבעת בעית דאילו האמת אתם למה לא יזכרו יום הקנין או יכתבו יום הכתיבה אבל להיות כי כל דבר שקר בודים יום מלבם כדי שא"א להכחישן וזהו הפי' דמחזי כשקרא דמביאים עצמן לחשדא אבל לפי דקי"ל דל"ח לכך מותרים לכתוב אבל יכתבו ואחרנוהו וכו' ולא שייך חשש הזמה דהא מבואר בו ואם כן פשוט דהדין בש"ע אמת וחס ושלום לפקפק בו ואין בדברי הש"ך ממש כלל (ומוכח מדברי רש"י ותוספות בפרק קמא דראש השנה דאפילו בדיעבד יש לפסול דפי' דלכך תקנו בא' בניסן ר"ה למלכים דיכתבו בכסליו הלואה בתמוז ולא ידע איזה מוקדם דקשיא להו לתו' ולאביי דסבירא ליה עבחז"ל מי ניחא ולא פי' כפשוטה דקנו מיניה בתמוז ולאחר כמה שנים בא לכתוב שטר ולא כתבו יומא דקנו שהוא תמוז רק כתבו בכסליו ואם כן הספק אי תמוז קודם לא כתבו מוקדם ואי כסליו קודם ה"ל מוקדם ולכך בא' בניסן ר"ה והוא מאוחר ול"ק מן עבחז"ל דאם כסליו קודם הקדימו לכתוב ואיך שייך עבחז"ל

ואין צריך לכל הדחוקים של תו' דהודו מלוה ולוה דהוא הלואה אחת וכו' אלא ברור דסבירא ליה דכה"ג דאינם כותבים לא יום הקנין ולא יום הכתיבה רק זמן ממוצע מחזי כשקרא ופסול ואם כן א"א לומר כן מיהו מתו' אפשר דאין כאן קושיא כל כך די"ל דאזלי לשיטתן דסבירא להו דאין קנין מועיל שיכתבו יום קנין בשטרי הלואה אבל ברש"י פי' המפורשים עיין בא"ז דסבירא ליה כרי"ף בשטרי קנין ומ"ש באקנייתא בין ילוה או לא ילוה היינו קנין וכ"כ רבים מן המחברים ע"ש באסיפת זקנים ומכל מקום לא פי' כן ש"מ דסבירא ליה כה"ג הוי מחזי כשקרא ודוק. ואין להקשות אם כן לפי זה ל"ל הטעם במוקדם משום גזרה שמא יגבה מן זמן ראשון תיפוק לי' דמחזי כשקרא וקשה לשיטת האומרים דפסול דיעבד דאפשר לומר בטועים לא פסלינן במחזי כשקרא ולא פסלוהו רק אם מתכוונים אבל לא בטועים ומוקדם פסול אף בטועה ולק"מ ועוד אפשר לשיטת הרא"ש דטעם משום הזמה אם לא הזכיר שם מקום כלל בשטר כשר דהא ל"ל להזמה אבל מוקדם מכל מקום פסול וא"ש ותי' ראשון נראה יותר):

כה **נמצאו משקרים ופסול** הש"ך בסעיף קטן מ"א הקשה דהא בסכ"א כתב הש"ע בשם רמ"ה דאם המטבע משתנה ממקום מסירת הדברים למקום כתיבה יכתבו מקום המסירה ואי בדיעבד פוסל איך התירו לכתוב בכותבים יום הכתיבה מקום המסירה (וצ"ל דסתימת לשון משמע דאין כותבים ביה שנמסר להם ביום פלוני דא"כ פשיטא) ולכך האריך להסכים עם דעת רש"י בפ' אד"מ ותו' וסייעתם דסבירא להו דבדיעבד כשר בשארי שטרות זולת גיטין ע"ש. ואני תמה דהא לכאורה מוכח דפסול דהא קשה קושית התו' בפ' אד"מ בשטר שזמנו בא' בניסן בשמיטה והוזמו דאמרינן אחרוהו דל"ל הך טעמא דאחרוהו דילמא באב היה כותבים בא' בניסן דאז היה קנין רק הואיל ונכתב באב במקום ההיא כתבו אותו מקום ואין כאן מאוחר כלל. ותי' התו' בשטרי הלואה אין לכתוב יום הקנין דוקא בשטרי מו"מ ע"ש ואזלי לשיטתן דסבירא להו בשטרי קנין אין לכתוב בשטרי הלואה כמש"ל דעתם בס"ק י"ד באריכות אבל לפי דקי"ל כדעת הפוסקים דאף בשטרי הלואה כותבין מיום הקנין אם כן הקושיא במקומו ל"ל הטעם דאחרוהו אשר יש בו תנאים רבים דוקא למ"ד אין כותבין שובר בזמן המשנה וגם דכתב ביה דאקני וגם רק בשטרי הלואה ולא במו"מ כהנ"ל ולא קאמר כמ"ש התו' דכתבו יום הקנין ועכצ"ל לדינא נכון כמ"ש הר"נ לחלק וכן נר' דעת הנ"י דאם כתבו הקנין ניסן בירושלים ואחרוהו בזמנו וכתבו בו תשרי אבל המקום כתבו ירושלים כשר ולא שייך מיחזי כשקרא וכמ"ש הר"נ דהוא ספק מחזי כשקרא הוא ובנ"י משמע הטעם דעל זמן אינם מדקדקים כ"כ אבל על מקום ודאי מדקדקים דהרי יכולים לדעת באיזה מקום שהם כותבים ולכך אין

כאן פסול אבל אם כתבו באמת זמן הקנין בניסן וכתבו בבל במקום ירושלים זהו ודאי פסול דמשקרים להדיא ובמקום לא שייך טעות ואם כן קושית התו' מיושב דבשלמא דאמרינן אחרוהו אמרינן באדר נכתב ואז היו העדים במקום הנזכר בשטר והם אחרו זמן עד ניסן ובניסן באמת לא היו שם משא"כ אילו נאמר דלא אחרוהו רק זמנו של הקנין היה באמת בניסן כמ"ש בשטר רק הם כתבו מקום אחר זהו שקר באמת ויודעים בשעת כתיבה שהוא שקר וא"ש והדבר מוכרח אלא שנר' לפי זה אם היה קנין בניסן בירושלים וכתיבה בתשרי בבבל יכולים לכתוב תשרי ירושלים דאין כאן מחזי כשקרא כי בבאו מזימין יאמרו באמת היה נכתב בניסן ואז היה בירושלים רק אחרוהו הזמן לתשרי וזה כשר למעבד כהנ"ל ומי מפיס אימת היה הכתיבה אם בתשרי או בניסן ונאחר עד תשרי ולכך כשר אבל אם נכתב זמן קנין בניסן ונכתב מקום בבל והיה אז בירושלים פסול דזהו מחזי כשקרא בבא המזימין דהא אינם רשאי' לשנות מקום כתיבה בכותבים זמן הקנין כהנ"ל וזהו ברור ומעתה אין כאן קושיא ממ"ש הרמ"ה והש"ע לקמן בסכ"א דאם מטבע משתנית אף דכותבין זמן הכתיבה יכתבו מקום הקנין דזהו לכתוב מקו' הקנין ולאחר הזמן עד שעת כתיבה בררתי דמותר אבל כאן נאמר דיכתבו זמן הקנין וישנו מקום הקנין ויכתבו מקום הכתיבה זהו פסול כדמוכח מהך דסנהדרין ולק"מ ולכך כתב המחבר הך דינא דנמצא משקרים ופסול אפילו דכתבו הזמן קנין ושינו מקומו ונראה דאף רש"י מודה לדין זה דרש"י לא פי' רק בהא דשטר שנכתב בא' בניסן בבל והוזמו דאמרינן הקנין היה באדר בבבל והם לא כתבו השטר רק בניסן. ואף דלא היה אז בבבל מכל מקום כתבו מקום בבל הואיל והוא מקום הקנין וזהו נכון כמ"ש דכתבו מקום הקנין רק אחרו הזמן וזהו כשר לשיטת הר"ן וכמ"ש אבל שיכתבו זמן קנין וישנו מקומו זהו לא מצינו ברש"י ואין כאן מחלוקת כלל וכן נראה תו' גופי' גיטין דף פ' ד"ה כי יתביתו כו' אע"ג דמתחילה עלה ברוחם לחלק בין גיטין לשאר שטרות מהך קושיא דריש פרק ד"מ דאמרינן אחרוהו וכו' ואילו בגיטין תנן היה במזרח וכתב במערב פסול ע"ש אבל לבסוף דכתבו ועי"ל דגט מאוחר ודאי כשר טפי שנכתב מקום הכתיבה באמת ואע"ג דבזמן הנזכר שם אינם עומדים שם יתלהו אחרוהו וכתבו אבל אם היה במזרח וכתבו במערב שאינו כותב מקום שעומד שם אותו שעה פסול כו' כי פעמים נודע שלא אחרוהו ויאמרו הקדימהו עכ"ל והיינו כמש"ל לכתוב זמן קנין ולשנות המקום פסול אבל לכתוב מקום הקנין ולאחר הזמן כשר ומעתה אין צריך לחילוק בין גט לשטר כי שם בפד"מ אמרינן דכתבו באמת מקום קנין רק אחרו הזמן ולק"מ וכן מורי' דברי מהרש"א דכתב דכל קושיא התו' מהך דסנהדרין הוא מישך שייך בהך קושי' דגט מאוחר למה כשר

הא אפשר דהוי שינוי מקום ע"ש ולכי זה אם קושיא זו מיושבת ממילא גם ראשונה מיושבת. אלא דהתו' אין להם ראיה בשארי שטרות לפסול אבל לפמ"ש לדידן דסבירא ליה דכותבין מיום הקנין הדבר מוכרח וממש אין כאן מחלוקת:

כו **וכן אין שמעון יכול לטרוף כו'** הש"ע סתם הדין ולענ"ד נר' דתלי' במחלוקת לעיל ריש סימן מ"ג דלדעת הסוברים בשטר שאין בו זמן אפילו ראו שטרו בידו מכל מקום אין טורף ממשעבדי צ"ל דכאן אייר בשטר שיש בו קנין דוקא דאל"כ איך אמרו הלקוחות להך שכתב בו ניסן סתם הנחנו לך מקום לקוחות שקני אחר אחד בניסן הא על חדש ניסן מחל שעבודו בעת הלואה ולא חל שעבודו כלל איך שייך הנחנו לך מקום והגע עצמך שטר מאוחר דקי"ל דעד מטי זימנא לא טריף אם כן יאמרו לקוחו' שקנו אחר כך הנחנו לך מקים אותן לקוחו' שקנו קודם זמנך אלא זה אינו דכיון דמחל שעבודו עד היום ההוא ה"ל עד אותו יום מלוה ע"פ ומשם מתחיל מלוה בשטר וכמו ראובן דיש לו אצל שמעון מלוה ע"פ ולבסוף נמלך ועשהו מלוה בשטר וכי יאמרו הלקוח' הנחנו לך מקום אותן לקוחת שקנו בהיות המעות מלוה ע"פ וזהו ודאי אינו ואף מאוחר כיוצא בו עד זמן הנזכר בשטר נמחל שעבודו וה"ל מלוה ע"פ וכן הדין בשטר דכתב ביה ניסן סתם דהעלו כמש"ל בס"א הרא"ה והר"ן והריטב"א דאפילו ראו שטרו בידו בתחלת ניסן אין גובה רק מסוף ניסן דאז מתחיל שעבודו ועד סוף ניסן נמחל שעבודו וא"כ היינו מאוחר לגמרי בשלמא לדעת הי"א שהוא דעת רי"ו דאם ראו מוקדם סוף ניסן דגובה מיום ההוא וצ"ל דלא דמי למאוחר ולא נמחל שעבודו לגמרי אם כן שפיר י"ל הנחנו לך מקום אבל לפי דעה ראשונה וכמש"ל דגם הרי"ו מודה בזה אין לדין זה שורש רק צ"ל דמיירי בשטרי קנין דאז לכ"ע מתחיל השעבוד תיכף ולא שייך נמחל שעבודו כלל ולכך יכולם לומר הנחנו לך מקום וחפשתי ומצאתי כן להדיא ברא"ה לכתובות דהעלה לבסוף דהנך עובדי דשני שטרות בחד ניסן סתם וחד ה' ניסן אייר בשטרי הלואה כפי' הרמב"ם והטור והש"ע. וכתב מיהו בשטרי הלואה סתמא לא אתיא דהא אין השעבוד חל אלא מזמן דמוכח מתוכו ואפילו היו עדים דהוא בר א' בניסן ראוי לטירפא מאייר ואילך כיון דאין השעבוד חל אלא מאייר אלא דמיירי בשטרי אקנייתא עכ"ל ע"ש ואם כן הדבר מבואר כמ"ש ולכן ברור אף הריטב"א והר"ן דסתמו דבריהם ופי' בשטרא הלואה סתמא כפי' בשטרי קנין וילמוד סתום מן מפורש כדברי הרא"ה. ואין להקשות אם כן למה לנו הטעם בסעיף י"ט דלא יכתבו מתחלת חשון משום מחזי כשקרא תיפוק לי' דמפסידים ללוקח דאם נכתב בתשרי סתם אם כן כל לקוח' שקנו בחשון יכולים לומר הנחנו לך מקום מאותן נכסים של תשרי ועכשיו דנכתב בחשון הרי יגבה מאותן לקוח' ולא יכול לומר

הנחנו לך מקום ומפסידים ללקוח' דבאמת אולי נעשה בא' בתשרי והיה מוקדם לגבות. ואף דנימא הואיל ונכתב להדיא חשון ה"ל מחילה על שעבוד היא גופי' קשיא דאם כבר נשתעבדו נכסים בשעת קנין מה מהני מחילה אחר כך והרי זה כאילו כותב ללוקח שני דין ודברים אין לי בך דא"י לגבות מלוקח ראשון דיאמר מי צוך שתכתוב כן כדלקמן סימן הי"ח ע"ש ודוחק לחלק בין הך לדלקמן סימן קי"ח ולומר דכיון דקנו העדים והם אחרו לכתוב הוה ליה תחלת שעבוד אדעתא דעדים ומעולם לא חל שעבוד ואין דומה לכותב הוא דין ודברים וכו' וצ"ל כיון דעל כל פנים לקוחות שקני מחשון ואילך משועבדים או לאותו שלוה תשרי סתם או לאותו שלוה סוף תשרי רק אם באים לגבות זיל הכא קמדחי' ליה זיל הכא קמדח' לי' אבל באמת מכל מקום אין עול ללקוח' לטרוף הימנו כי באמת משועבדים לא' מהן והם דאפסדו אנפשיהו דלקחו קרקעות המשועבד לב"ח וכי ידעו הם דעדים ישכחו זמן קנין ולכך לולי דחיישינן לשקרא היה מותרים לכתוב ואין כאן עול ללקוח' מכ"ש לפמ"ש הכה"ג דכופין לכתוב זה לזה הרשאה דפשיטא ליכא פסידא דסוף סוף יבא בהרשאה ויגבה איברא דלשון לפיכך אם יבא וכו' משמע דלא כופין וכמ"ש כה"ג בעצמו ע"ש:

כז **דבלשון העולם עד ולא עד בכלל** תמהו כל מחברים דבסעיף הקודם הוא ג"כ תשובת הרא"ש ונאמר שם ראובן שהוציא שטר שחייב לו שמעון מנה ושמעון הוציא שובר נכתב ביום ההוא ונאמר בו שמחל לו ראובן כל תביעות שהיה לו עליו עד היום הזה ופסק הרא"ש אע"ג דפריע' בת יומא ל"ש מכל מקום זימנין דפרע ויש כח ביד השובר לבטלו. והרב הש"ך תי' לחלק דבעובד' ראשונה נאמר עד היום הזה והוה כמו עד עכשיו כדכתיב בקרא הרבה עד היום הזה ואותו יום בכלל אבל בתשובה שנית נאמר שמחל עד ה' בניסן הוה כאומר עד הפסח ואין עד בכלל עכ"ל ובתשובה שניה לא נזכר לשון הש"ך שמחל לו עד ה' ניסן רק הלשון שמחל לו עד אותו היום והיה השובר נכתב בה' בניסן אבל בשובר היה כתוב שמחל לו עד אותו יום וכן כתב הרא"ש אחר כך עד מעכשיו משמע דרישא איירי שכתב בו עד היום. וצ"ל להש"ך דיש חילוק אם נאמר עד היום או עד היום הזה ולא הבנתי מה יתן ומה יוסיף לזה מילת הזה שיהיה עי"כ פי' עד בכלל והש"ך טרח להביא פסוקים רבים ולחנם טרח דבלשון התורה עד בכלל ויבוא עד חברון והיה בחברון כנודע וכהנה רבות במקרא אבל אנו דנין עכשיו על לשון בני אדם אי עד בכלל ואם כן מה יועיל הזה והאומר קונם כל הפירות שנתלשו עד היום אם נתלשו ביום ההוא מותר בו ולדברי הש"ך האומר עד היום הזה אם נתלשו בו ביום יהיה אסור בו והרי זה דבר חדש. ולכן נראה דהא כבר בררנו לעיל בקונטרס התפיסות וכן לעיל סי'

מ"ב דכל שאנו באנו לבטל החוב ודאי מכח מחילה בחנם צריך בירור לשון דאל"כ אנו מפרשי' בלשון מחילה הפחות וכ"כ לקמן סי' ס"ה סכ"ג ע"ש ובש"ך דכל דמחילה מכח לשונו אנו מפרשי' דבר פחות משא"כ אי הספק בפרעון דאמר שטרך פרוע אנו אומרים הגדול פרוע דהוא מוחזק ע"ש. ועיי' מש"ל סי' מ"ב בישוב דברי מהרי"ק ולכן נראה דלק"מ דשם בתשובה ראשונה נראה ברור דהלוה טוען פרעתי דהא פלפל הרא"ש אי פרעון בת יומא חיישינן ואי הטעם דמחל אם כן למחילה בת יומא ודאי אין הפרש בין בו ביום לימים אחר כך אלא דשם טען פרעתי ואם כן דטוען פרעתי אף דיש ספק אי ניזול בתר לשון נדרים לשון בני אדם או אחר לשון תורה כיון דספק בפועל אי פרעו או לא הממע"ה ואמרינן אולי העדים תפסו לשון תורה ומספיקא לא מפקינן ממון משא"כ תשובה אחרונה דמיירי דידוע דלא פרעו רק מחל לו ואנו באנו לדון אי סובל לשון מחילה אף על אותו שטר או לא אם כן דאין כאן ספק רק אי לשון מחילה סובב ג"כ אי לא כל שאין במחילה לשון מבורר לא איתרע שטרא כההיא דלקמן שטר מחול לך דאין נמחל רק הקנין וה"ה בזה כיון דלשון בני אדם עד ולא בכלל אין לשון מחילה סובל לבטל השטר וא"ש ולכך עד עכשיו דהספק אינו בלשון רק בעובדא בפועל אי נכתב קודם שטר לא שייך על השטר ואי נכתב אחר כך שייך ג"כ על השטר ואין כאן ספק בלשון רק במעשה אי היה קודם שטר או אחר כך פשיטא דמספיקא לא מפקינן ממון ואין מחייבין לפרוע ולכך לא כתב הרא"ש בתשובה ראשונה דאף באמת לא פרעו ביומו דל"ש מ"מ דילמא מחל כמ"ש דבזה אין הבדל דאם אנו באנו לבטל שטר מכח מחיל' אם כן הספק בלשון ובזה אמרינן במחילה הפחות כדלקמן בשטר מחול וע"ש וא"ש:

כח **נותנים למי שכתוב אדר סתם** הרב הש"ך בי"ד הקשה שם בסי' ר"כ דהביא המחבר גם כן דעת הרמב"ם דפוסק כר"מ דאמר בנדרים דס"ג כשהוא כותב אדר ראשון כותב א"ר והשני כותב סתם ואמרינן לר"מ אע"ג דתנן במשנה הנודר עד אדר היינו אדר ראשון היינו כשלא ידעו שאז נתעברה השנה אבל בדידע מן עיבור אסור עד אדר שני ופי' הרא"ש דסתם כותבי שטרות ידעו מן עיבור ואם כן איך פסק כאן דסתם אדר הוא אדר ראשון. ואפשר לומר דקשי' ליה למחבר איך אמרינן דאדר ראשון כותבים אדר ראשון אם כן הא דקי"ל בעדיות דמעברין שנה כל אדר עד ר"ח ניסן אם כן בשטרי מו"מ דקי"ל מאוחרים פסולים וכן שטרי הלואה בדלית בי' דאקני וכן בגט להרמב"ם מאוחר פסול אם כן הם שכתבו בכ"ח באדר ולא ידעו שנתעברה השנה וע"כ כתבו אדר סתם ואחר כך בכ"ט נתעברה השנה והמוכר חזר ולקחה ביו"ד באדר שני ממנו או שקנה שאר נכסים גב' הלואה ואם כן ברב ימים ושנים יוציא זה שטרו ובו אדר סתם בכ"ח בו וידונו הב"ד לאדר

שני והרי הוא מאוחר ויוציא במו"מ השדה מיד המוכר ובהלואה יגבה מהנכסים שקנה באדר שני שלא כדת ודוחק לומר דהאי קלא אית לו דב"ד עברו השנה בסוף אדר ואותו זמן צריכי' באמת העדים לכתוב אדר שני ואם בא שטר באדר סתם דנין שהוא באדר ראשון דזה דוחק וברב ימים מי ידע שהיו מעברין בסוף אדר וידונו כפי הדין ויהיה שטר מאוחר שלא כדת. ולכן סבירא ליה להב"י דכך הפי' כל זמן שהם כותבים השטר בשני אדרים הואיל לפרקים יודעים מעיבור ולפרקים אינם יודעים כדי שלא לחלוק בלשון הכתיבה וגם דלא ליפוק מיניה קלקלה לעולם כותבין אדר ראשון סתם ואדר שני אדר תנין ותו ליכא חשש כלל רק מה שכותבין מניסן ואילך על אדר ד"מ זה עשה בירח אדר כך וכך וכדומה כשמזכירים אז אדר כיון דאז ודאי ידעו מן קביעו' העיבור אז כותבים אדר ראשון לר"מ ראשון ולר' יהודה אדר סתם וזהו דאמרינן הא דידע בעבורי דשתא והא דלא ידע כו' פי' בזמן דהכל יודעים שהוא מניסן ואילך והא דלא ידע וכו' פי' עד ניסן דיש שנים דידוע העיבור ושנים שאינו ידוע ואין לחלוק בין כתיבה לכתיבה ולא נפק מיני' תקלה כלל וא"ש דכאן מיירי דכותבין באדר אז לכ"ע אדר ראשון סתם ושני אדר תנין ואין בזה פקפוקי' כתב בכה"ג דאם נכתב שיפרע סוף אדר י"ל סוף אדר שני והיינו כמ"ש המחבר בי"ד סי' ר"כ דסוף אדר היינו אדר שני ואף דר"ן תמה על גרס' זו דכיון דמיירי דלא ידע מן עיבור אם כן מהיכי תיתי יאמר דנתכוון לאדר שני ונר' דיש לומר אולי כוון לאדר שיהיה נקבע ע"פ ב"ד ואם יעברו יהיה אדר שני ולכך כיון דהוי ספק ספק נדרים להחמיר ולכך אדר מן תחילת אדר ראשון עד סוף אדר שני ובזה נראה ה"ה באומר עד חצי אדר ג"כ אסור עד חצי אדר שני דהוא לשון ספק ודלא כב"ח בי"ד המתיר ואם יש שבועה לפרוע בסוף אדר חיוב שבועה עליו מספק לפרוע סוף אדר ראשון:

כט **עד שיעברו רוב ימים** והש"ך בס"ק מ"ז הביא דעת ר"ח דסגי בט"ו ימים אחר החג והש"ך דחק למצוא טעם ולדעתי לא אמרה ר"ח רק אחר פסח דידוע קודם ל' יום דדרשינן בהל' עצרת חל חובת עצרת כנודע קודם ל' יום לפסח חייב לבער הואיל ודרשינן בהל' פסח וכן סוכה ישינה ל' יום ע"ש ואם כן ל' יום לפני עצרת קרוי קודם עצרת ומישך שייכי לעצרת וא"כ אחר פסח עד ל' יום שלפני עצרת הוא ט"ו יום במכוון ולא דיבר כלל בסוכ' וצ"ע:

סימן מד

א **שאין למדין מש"א** וכתב הסמ"ע אפילו שטה אחת חלק מכל מקום אין למדין מש"א אף דודאי לא הרחיקו יותר מש"א מכל מקום לא פלוג עבדי רבנן והש"ך בס"ק ג' כתב

דזהו לדעת הרא"ש וסיעתו דסבירא ליה דכל השטר פסול דלא נעשה כתקון חכמים (והרב הש"ך החליף שטתו דבס"ק ה' כתב דגם הי"א לא סבירא להו דנפסל לגמרי רק כל הפלפול אי למדין מש"א בהרחיק ואי גזרינן אטו לא הרחיק אבל באמת לכאורה משמע לישנא דהרא"ש בג"פ רק שלא נלמוד מש"א אבל בגיטין פ"ק כתב ובפ' ג"פ כתבת אם לא החזיר אם יש לפסול כל השטר או ש"א ולפי דברי הש"ך לא קיים הבטחתו דבפ' ג"פ לא דיבר כלל מן פסול לגמרי רק מן ש"א אם ללמוד ביש חלל ועכצ"ל דסוף דבריו לפסול לגמרי וברור) אבל לרמב"ן וסייעתו דמכשירין השטר משום דהוא רק עצה בעלמא אם כן כשאין כאן חשש פיסול למדין מש"א וכתב שהוא בספרו האריך בזה ולספרו לא זכינו כלל אבל נראים הדברים כמ"ש הסמ"ע דאל"כ מה זה שאמרו צריך שיחזור מענינו של שטר בש"א ולא אמרו צריך שיניח שטה א' פנוי כי זה יותר נקל לעדים לעשותו דהא אמרו רוב עדים אין חותמין עצמן בצמצום להשטר ומה שהביאו ראי' מנ"י שכתב דלא אמרו חכמים דרך חיוב להחזיר מענינו של שטר בש"א רק דרך עצה לא הבנתי מה ראי' יש מכאן דלענין פיסול כל השטר דיהיה משנה מתקנת חכמים בזו כתב דאינו תקנה רק עצה אבל שלא יהיה לומדים מש"א זהו תקנת חכמים וזהו לא פלוג בכל השטרות ולא מצאתי שום ראי' לדברי הש"ך. אך ראה זה נראה ראי' לדברי הסמ"ע דהא הקשו התו' בפ"ק דב"מ דף ז' ע"ב ברש"י דסבירא ליה בד"ה שטרא וכו' דאין לתורף יתרון על הטופס משום מקום מלוה ולוה והמעות דזהו כתוב אף בטופס שצריך להחזיר מענינו של שטר בש"א. והקשו התו' הא אין למדין מש"א וקשה מה קושי' אם נאמר כדעת הרא"ש דאם לא החזירו בש"א מענינו של שטר השטר פסול ולפ"ז שטר הבא לפנינו בש"א שכתב בו פלוני לוה מפלוני סך כך ולמעלה בשטר נחתך אמרינן ע"כ גם למעלה היה כתוב כך דאי לא היה כתוב כך אם כן לא החזירו בש"א רק דבר חדש וא"כ השטר פסול לגמרי וחזקה על העדים שעשו כהוגן ולא מפסלי השטר וע"כ דהיה כתוב כן והחזירו ואם כן מכח ש"א אנו לומדין דכך בע"כ היה כתוב למעלה בתורפו של שטר. ואם כן יפה כתב רש"י דאף דאין כאן תורף בשם מלוה ולוה וסכום מעות מ"מ מתוך ש"א נלמוד דכך היה כתוב למעלה דאל"כ אין כאן חזרה והרי השטר פסול לגמרי וזה נגד חזקת העדים ועכצ"ל דהתו' דהקשו כן סבירא להו דלא כרא"ש רק כרמב"ן וכמ"ש הנ"י בשם ר"י הזקן שהוא ר"י בעל התו' דסבירא ליה כרמב"ן דלא מפסל השטר לגמרי ואם כן לא שייך חזקה כיון דכל שטר כשר ושפיר הקשו והא אין למדין וזה ברור. ולפ"ז עדיין קשה מה קושי' דילמא הגמרא דנקיט עילוי הזמן בין תורף לטופס ולא עילוי שם מלוה ולוה וסכום מעות משום דלא פסיקי' ליה דאם היה רווח שיטה בין שטר לעדים למדין מש"א ואם

כן אין כאן עילוי וזהו כוונת רש"י דשם המלוה והלוה הסופר מחזיר בש"א ועל הרוב יש פנוי שטה א' ולמידין ואם כן אין כאן עילוי ולכך נקט זמן ולק"מ ועכצ"ל דסבירא להו לתו' כמ"ש הסמ"ע דלעולם כללא הוא דאין למדין מש"א יהיה באיזה אופן אפילו הרחיקו ש"א ודברי סמ"ע מוכרחי' ותמהני מש"ך שהוא בעצמו כתב בס"ק ה' דאין דעת הרא"ש לפסול כל השטר ומ"מ סבירא ליה דאין למדין ואם כן ה"ה לשיטת הרמב"ן:

ב **דאין למדין כו'** כתב הש"ך בשם תשוב' רשב"א דאם עדי שטר עצמן אומרים שהם כתבו שטר וש"א מכל מקום אין לו דין שטר רק ע"פ כל שאינו מוכח מתוכו עכ"ל ונראה דתלי במ"ש לקמן בסי' מ"ט בב' יב"ש דאם עדי שטר עצמן אומרים שזהו שכתבנו עליו השטר אי מצי לשוי' מלוה בשטר או לא דאיכא מ"ד כמ"ש בשם רשב"א דנסתפק הואיל ואין מוכח מתוכו אף כאן לא ה"ל מלוה בשטר אבל לפי דעת רמב"ם וכ"כ הש"ע לקמן דה"ל מלוה בשטר דהרי יכולים לכתוב שטר אחר דהא לא עשו שליחתן דהיה להם להשליש אף כאן לא עשו שליחתן דהיה להם להחזיר בש"א ולכתוב מה שיש לו תועלת לפני ש"א ואם כן יש לו כל דין מלוה בשטר וצ"ל דלקמן איירי בשטר שיש בו קנין אם כן יכולים לכתוב שט"א מזמן ראשון דלא ה"ל מוקדם וכאן איירי באין בו קנין ואם כן א"י לכתוב מזמן ראשון דה"ל מוקדם וכמש"ל בסי' מ"א ע"ש ולכך אין לו דין מלוה בשטר שיגבה מזמן ראשון:

ג **אבל אם הש"א לחוב' וכו'** הד"מ הביאו בשם נ"י ולא היה צריך לנ"י דכן כתבו התו' להדיא בדף קס"ב ד"ה לפי שאין כו' בסוף הדיבור דלכך כותבין שריר וקיים כי לפעמים צריך לקיים מחק בסוף ש"א כי חובתו יכול לכתוב שם ולכך צריך קיום למחק שבש"א אולי היה שם חובתו ע"ש איברא יש לדקדק במ"ש התו' בדף קס"א על קושי' הגמרא במקושר וליחוש דלמא לגייז לש"א ומתכשר בבן יעקב עד והקשו התו' הא אין למדין מש"א דמהדר הוא ענין שטר ואיך גייז הא יהיה פסול אם חתכ' וכו' ובזה יש לכאור' קושי' מיניה וביי' דמה הקשו דהשטר יהיה פסול ולא הקשו בפשוט מה נ"מ אם יחתכו או יניחו הא אין בש"א מועיל כלל דאין למדין מש"א כלל ועכצ"ל דסבירא ליה חובתו למדין וע"ז אנו דנין דיהיה שם חובתו הוא יגוז ליה או י"ל לאו דוקא דיחתוך ש"א לבד רק עוד שיטה שלפניו ג"כ וקשה אם כן אף לקושיתו י"ל כן דחיישינן דהוא יהדר בשטה שלפני אחרונה כי ש"א דרך להניח חלק ואחר כך יהיה נמלך לכתוב שום חובה לבעל שטר ושום תנאי וכתבו בש"א כי חובתו יכול להיות בש"א והוא יהיה חותך אותו ויפסיד הלוה ועכצ"ל דסבירא להו לתו' כיון דחכמים תקנו דצריך להחזיר מענינו של שטר בש"א וזולתו השטר פסול אף דאין טעם לפוסלו אם כן לאחר חזרה כבר כלתה ענינו

של שטר ואין לו שייכ' תו לשטר ואפילו חובתו של בעל השטר אין למדין ויכול המלוה לטעון אחר כך לשחוק וכדומה נכתב כי כצ"ל לרשב"ם דסבירא ליה אפילו חובתו אין למדין כמ"ש מהרש"א וכן הש"ך לקמן בסי' מ"ה ע"ש דמיירי דאין המלוה מודה רק טוען לשחוק ושלא במתכוון נכתב לשם כי בלא"ה אם המלוה מודה הודאת בע"ד כק' עדים דמי ואם כן אף התו' סוברים כן לאחר שכבר נחזר השטר הוא סיום השטר וכלתה לי' שטר ויכול המלוה לטעון כמ"ש לדעת רשב"ם ואם כן קושית התו' שפיר בממ"נ אי נכתב לאחר חזרה שכבר היה בשטה שלפניה אם כן אין למדין ממנו ומה נ"מ בחתיכתו ואי היה החזרה לאח"כ שכתב חובתו בש"א אם כן איך יחתוך הא לא יהיה השטר מהודר ויהיה פסול לגמרי זהו נ"ל ברור בדברי התו' ונר' דאף רשב"ם לא אמרו אלא בכה"ג לאחר חזרה דכבר כלתה לו ענין שטר ואין לנו להרבות במחלוקת ובשגם שהתו' לא הביאו לפי' רשב"ם להקשות ולהשיג עליו כדרכן. ולפ"ז זאת ועוד אחרת נלמד מדברי התו' דהא דכתבו שם בדף קס"ב דלכך כותבין שריר וקים דיש לחוש שמא היה חובתו בש"א ונמחק דחובה כותבין משמע הא זכות אפילו קודם החזרה אין כותבין בש"א ואף דליכא למימר דהוסיף המלוה לכתוב דהא הוא קודם החזרה והעדים היו ע"כ חוזרי דאל"כ השטר נפסל וחזק' על עדים שעשו כהוגן ולאחר חזרה ל"ל דדברו התו' דהא העלינו דבזו אפילו חובתו אין למדין וצ"ל דסבירא להו לתו' דכללא הוא אין למדין מש"א קודם חזרה אטו לאחר חזרה דיש חשש זיוף וכמ"ש דגזרינן הרחיקו אטו לא הרחיקו רק חובתו לא שייך קודם חזרה אטו לאחר חזרה דלאחר חזרה גופי' ליכא חשש זיוף ואם כן איך נגזור בי' ודי שפסלינן חובתו לאחר חזרה משום דכלתה ענינו של שטר אבל מהכ"ת להוסיף ולגזור בי' הבו דלא לוסיף ופשוט אמנם נראה זהו לשיטת התו' דסבירא להו גזרינן הרחיקו אטו לא הרחיקו אף זו כיוצא בו אבל לפי דלקי"ל כתו' רק כרמב"ן דהוא רק עצה בעלמ' אם כן אף בש"א קודם חזרה יש אפשר לומר דוודאי עשו עדים כהוגן והחזירו וזהו נלמד מדברי הר"נ בפ"ק דגיטין דפי' בהא דפרכינן בשטרי פרסאי ותיפוק ליה דצריך להחזיר בש"א והקשה הא לא מפסל כל השטר בהך ותי' הר"נ הם הפרסיי' אינם נזהרים להניח פנוי אפילו כמה שיטין ואם כן יש לחוש דהוסיף כמה שיטין וזייף ומשני דמהדר מענינו של שטר שנראה בו כסוף השטר ולא חוששין לזיוף רק אי כתב משם ולמטה כלום חוששין עכ"ל הרי דבמקום דיש חשש זיוף כל השטר דגוי' הללו אינם מדקדקי' להניח פנוי ומכ"ש דאינם בקיאי' בהחזרת שטר ומ"מ אמרינן דאם החזירו דכל מה שכתוב לפנים מזה כשר ולמדין הימנו מכ"ש בשטר שלנו דעדים בקיאים בהחזרת שטר דודאי אם החזירו אמרינן זהו סוף השטר וכל מה שלפני' כשר ולמדין הימנו דלא

נגרע משטרי פרסי' אך דינו של הר"נ צ"ע כי לא מצינו לו חבר במחברים שיפרש כמוהו ואולי אף הר"נ לא אמרו רק שם דבלא"ה היה ע"מ רק דחוששין שמא ישכחו כמ"ש התו' והמחברים ואי סיימו בהחזרת השטר מינכר מילת' ולא חיישינן דישכחו אבל בעלמא לא וצ"ע. ובזה יש להבין דברי תו' דמתחלה עלה ברוחם דאם יש שיטה פנוי ולא החזיר דלא זו דשטר כשר אף גם למדין מש"א ולבסוף העלו מראי' וסברא דגזרינן הרחיקו אטו לא הרחיקו ועדיין קשה מנ"ל לפסול שטר לגמרי די דנפסול השטה ועיי' ש"ך ס"ק ה' דדעתו באמת כן ולפי זה ניחא דאם גזרינן הרחיקו אטו לא הרחיקו ולא יחזרו אף דיש לכתחילה להחזיר מ"מ אם אמרינן דאין מחויב להחזיר בש"א יש לחוש דלא יחזרו ממילא אם החזיר וכתב לפני החזרה דבר בשטה ההוא פסול גזרה אטו לא החזיר דהא א"צ להחזיר ומכ"ש בגוים דלאו בר החזרה הן וא"כ ל"ל תי' הר"נ דפרסאי מניחין חלק שטות הרבה דמה משני בדמהדר מה בכך מ"מ אין ללמוד מכל השיטות שיש לחוש שהוא פנוי גזירה אטו לא מהדר ופשוט ועכצ"ל בתי' קושי' הר"נ דכל שטר פסול ושפיר פריך והא לא מהדר וכו' וחד בחברתה תלי' ודוק ואם כן דינו של הר"נ יש לו מקום בתו':

ד **אם השטר כולו כו'** צל"ע בזה כי משמעו' לשון מחבר אפילו שטר שכתוב בעדים והוא מכ"י הלוה כשר וזה צ"ע כי הא יש לחוש לקנוני' דהעדים הניחו חלק והוא הוסיף דבר לטובת בעל השטר לקנוני' על לקוחו' ומה יועיל באמרם שטרי דלאו אקניית' אין כותבין דילמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ולכך צריך למסור השטר ביד מלוה הוא ילוה מנה ובתשרי ילוה עוד מנה וימחוק למעלה מנה ויכתוב ר' ויקיים אותו בש"א והוא מכ"י הלוה ויגבה בו וכן ימחוק הזמן ויכתוב זמן מוקדם ויקיימו בכ"י בש"א שהוא כן וכן שאר דברים לחובתו להפקיע זכות משעבדי ובתשו' הרשב"א לא יזכור רק כת"י של הלוה דהוא בלא"ה אינו עומד רק לגבות מן לוה עצמו ובזו שפיר אמרינן כיון דהוא כת"י הלוה מה חשש זיוף יש בו אבל בשטר מן עדים לטרוף מלקוחו' צ"ע כי חוששין לקנוני':

ה **היכי דכתב ש"ו וכו'** הרב הש"ך האריך בזה בס"ק יו"ד י"א י"ב להשיג דכיון דקי"ל דאם לא כתבו ש"ו השטר כשר אם כן מה יועיל כתיבת ש"ו דילמא הסופר לא כתב כלל ש"ו והוא זייף בש"א וכתב ש"ו וכבר קדמוהו הרמב"ן בחדושיו וכהנה יותר פוסקים להשיב על הרשב"ם דסבירא ליה כן אמנם במרדכי שכתב כן בשם ראבי' להכשיר וכתב המרדכי שראב"ן חולק עליו דלפעמים אין כותבין ש"ו ואתא לזיופי ש"מ דמודה הראבי"ה דלא מפסל אם לא נכתב ש"ו ומ"מ סבירא ליה דאם כתוב ש"ו דלמדין וכן נר' מדברי רמב"ם דלא הזכיר כלל דאם לא נכתב ש"ו דפסול השטר ומכל מקום כתב בפ' כ"ז מהלכות מלוה שאם בשטה שלפני אחרונה היה מחק כשיעור ש"ו דפסול שמא

היה כתוב שם חובתו ומחקו וחזר וקיימו מ"מ משמע דאילו היה כתוב ש"ו היה למדין מש"א וכמ"ש הב"ח וכמ"ש לקמן סעיף חי"ת ע"ש ואם כן חזר הקושי' למקומו ולכן צריך לומר כמש"ל בשם הר"נ דאם החזירו מענינו של שטר אף דיש לחוש דהני פרסאי הניחו שיטות הרבה פנוי ולא החזירו כלל מענינו של שטר מ"מ אם שטר בא לפנינו ויש בו החזרה אמרינן מסתמא הוא סוף שטר ולא זייף כלל ואם כן אמר בשטרי גוים דלא ידעו כלל לקרב החתימות ולהדר מכל מקום ניכרים הדברים שלא זייף מכשירין מכ"ש בשטר ישראל דודאי נהוג ברוב שטרות לכתוב כן אף דאין מעכב בדיעבד מכל מקום מתחילה היו כותבים דהא כתבו התו' דהוי כמו כדת משה וישראל וזהו מבואר במשנה דסוף ידים דהיו נוהגים לכתוב וכן מבואר בירושלמי הביאו הרמב"ן דנהגו לכתוב בכל שטרות ש"ו ואם כן בבא שטר לפנינו וכתב בו ש"ו מהכ"ת נימא דישנה הסופר לכתוב מה שרוב סופרים נהגו לכתוב והוא זייף וכתב יותר טוב ליזל בתר רוב כמו בכל הדברים דאזלינן בתר רובא ואמרינן מסתמא אף זה הסופר היה כאחד מהם וכתב ש"ו ואין כאן זיוף כלל וכלל והרי זה נלמוד במכ"ש מן הנך שטרי פרסאי לשיטת הר"נ ז"ל ולק"מ כן י"ל נקיים מנהג כמ"ש הרמב"ן בעצמו דכל שהלכה רופפ' בידו הלך אחר המנהג:

ו **ואם לא קיימ' אינם פוסלי' וכו'** הש"ך בס"ק י"ד השיג על זה דלא נראה לדינא ומ"ש רשב"א ראי' מן תוספתא סוף ב"ב מחק בגופו של שטר פסול ושאינו בגופו כשר היינו דניכ' המחק וזה דוחק דאם ניכר אף בתורף למה יפסול הא תנן זוזין דאינון ונמחק שהוא בתורף של שטר אין לו אלא שני זוזי' אבל מכל מקום לא נפסול ואם כן מ"ש תורף ומ"ש טופס ולכן אם באנו לדחות דברי רשב"א צ"ל דלא נחית התוספתא לומר במקום דיש חשש אולי תנאי היה ומוחקו רק דאיירי דעדי שטר בעצמן אמרו כך חתמנו ואין בו זיוף ולכך מחק בתופס כשר דהא ליכא כאן חשש זיוף אבל בתורף פסול דמה בכך דעדים מעידים הא אינו מוכח מתוכו ולא איירי כלל תוספתא הנ"ל אם יש לחוש דמחק וזייף דזה פשיטא פסול והנה מחלוקת הרשב"א והטור נר' היא מחלוקת רש"י ותו' בב"מ דף ז' דפי' רש"י בא' אדוק בטופס וא' בתורף אין בו שוי א' על חבירו דכל א' יכול לגבות והקשו התו' איך אפשר לגבות בתורף בלי טופס הא אפילו נמחק אפילו שטה א' מהשטר פסול ומכ"ש בחסר לי' טופס וכו'. ונר' דרש"י סבירא ליה כרשב"א דמחק בטופס כשר ולא חיישינן דהיה בו תנאי וכדומה דל"ח לכך ולא מחזיקינן ריעות' ולכך בנחסר הטופס גובה בתורף אבל התו' סבירא להו כדעת הנ"י וטור ויפה הקשה דמ"ש נחתך ומ"ש נמחק כדחסר לי' טופס חיישינן דילמא תנאי היה בו וא"ש. ועיין אסיפת זקנים שרמב"ן הסכים לפי' רש"י בזה ולא טען עליו קושית התו' והיינו דהלך לשיטת הרשב"א וע"ש ואם כן

כיון דרש"י מסכים לרשב"א אין לדחות בשני ידים כמ"ש הש"ך ואף דריב"ש סימן שפ"ג חשב לפרש לפירש"י פי' אחר אבל דבריו דחוקים ועיין מש"ל סימן נ"ב ע"ש:

ז **וי"א שאם היה מחק וכו' פסול כו'** אין להקשות לשיטה זו הא אמרינן בגיטין פ"ב וניחוש דילמא גייז לזמן ויהביה ניהלה הא איך אפשר דאם יהיה שום דבר נחתך יאמרו דהיה שם תנאי וכדומה ויפסול הגט ולעשות דבר שהגט יפסול לא חיישינן דיעשה כמו דאמרינן התם דאפילו אם לכתחלה לא תנשא תו ל"ח ומכ"ש בדבר שהגט נפסל ולכך בדף כ"א ד"ה יצא כו' הביא ר"ת דאין פוסל כשחותך קלף מהגט מהך דהכא דאמרינן גזי' לזמן וכן הרשב"א בחדושיו הקשה אי גזיי' לזמן מנ"ל דהיה זמן בו ותי' דאין מעכב בדיעבד ואי כדעת הנ"י הא אף בדיעבד פסול דאולי היה שם תנאי וחתכו. וצ"ל להך שיטה דכך פי' גזיי' לזמן דהיה כתב בשנת תק"ח לבריאת עולם וחתך מילת תק"ח והרי לפניך רק בשנת לב"ע ומוכח דהיה בו זמן ונחתך ומכל מקום אין בו זמן דלא נודע אימת היה. וכן צ"ל בתו' ב"מ הנ"ל דהקשו על רש"י דהא אם חסר הטופס התורף פסול ולכך פי' דבאמת במה שהשטר נפסל באמת אין שמין רק שמין בזמן דאם נחסר הזמן לא יפסול השטר וקשה הא גם בטופס הרבה אין צורך בו רק פוסל השטר דה"ל מחק בתוך השטר כמ"ש התו' ואם כן גם בחסר הזמן עכ"פ יפסול השטר דאולי במקום הזמן היה תנאי ועדיין כשרות השטר תלוי בו ועכצ"ל כמ"ש דיכול לחתוך מילת תק"ח ואין כאן פיסול דניכר שהיה כתוב בו זמן ובזה א"ש דרשב"א דהקשה בחדושיו על גזי' לזמן מי יודע דהיה כלל זמן כתוב בו דילמא דבר אחר והוי כגט שאין בו זמן ש"מ דלא סבירא ליה כמ"ש דניכר מתוך החתך דנחסר מקום הזמן ואם כן קושיא הנ"ל במקומו איך יכשיר אולי תנאי היה בו וכדומה עכצ"ל כמ"ש דמחק בטופס אינו פוסל ואזיל לשיטתו ולק"מ ולדעתו דבריו מוכרחי' אך לפמ"ש ליישב דברי רש"י דסבירא ליה כרשב"א מוכח דאפילו נמחק כל הטופס כשר או רובו דהא זה אדוק בטופס וזהו דלא כדעת הב"י בתשובה סימן ש' דפוסל ואפשר דשם בגט החמיר לחומר הנושא. והקשה הש"ך דברי הטור והרמ"א דכאן פסקו דאפי' בטופס פוסל מחק ואילו בא"ע סי' קכ"ה סי"ט העתיק דברי רמב"ם וכן כתבו בש"ע והרמ"א לא הגיה דאם נמחק אות או תיבה מטופס הגט כשר אעפ"י שלא קיימו ותי' הש"ך דשם איירי בתיבה אחת דאין לחוש לחשש שמא היה בו תנאי ולכך מכשיר ויפה תי' אלא דא"כ צ"ל בתורף מכל מקום פסול אם כן קשי' דברי רמב"ם אהדדי דכאן פוסל מחק בתורף ואילו הש"ע בסי' קכ"ז ס"ח כתב דאם חתך הזמן ונתן לה כשר ומ"ש מחק ומ"ש נחתך אדרבא יותר גרע כמ"ש הרשב"א והזמן הוא מתורף הגט כמ"ש בסי' קכ"ג ס"ג ע"ש וכ"כ הב"ש להדיא ואי דניכר שלא נחתך רק

מקום הזמן מה בכך הא לשיטת הש"ך אף בניכר בתורף מכל מקום פסול וצריך לומר דודאי מחק בתורף פסול אף דניכר דלא ה"ל לעדים לחתום על מחק וגזרו מחק ניכר אטו אינו ניכר אבל אם חתמו כדין רק הוא גזי' לזמן ונתן לה כיון דלא עשו העדים שלא כדין כשר ודוחק וצ"ע:

ח **שטר שיש בו גרר כו'** הש"ך בס"ק ט"ו האריך להקשות דעיקר טעמו של תשובת הרמב"ן סי' ק' להכשיר משום דסבירא ליה דשובר הנכתב מאחוריו אינו מועיל דאמרינן רצה לשחק בו אבל לפי דקי"ל בכמה דוכתי' דשובר כי האי כשר אם כן יש כאן חשש אולי היה בו פרעון וגררו ואיך יהיה כשר ואמת דיבר דבתשובת רמב"ן בסוף דבריו נתן טעם כמ"ש הש"ך אבל בתשובת רשב"א סי' אלף ל"ה מבואר הטעם בקצרה דכל מחק וגרר שאינו בגופו של שטר לא מרעינן לשטרא עבורו ולא מפקינן אותו מחזקתו וסיי' הרשב"א והא דאמרינן בשילהי פ' השואל אי איתא דפרעו ה"ל למכתב אגביה התם לא עייל נפשי' אי מצי אידך למימחק או לא וכו' עכ"ל הרי דסובר באותו תשובה דשובר הכתוב אגבי' דשטרא כשר אי לא מחקו ומכל מקום הכשיר בגרר דלא מחזיקינן ריעות' ואזיל לשיטתו כמ"ש בסעיף הקודם ולק"מ:

ט **וה"מ כשאין אויר וכו'** הש"ך הקשה על הטור דכתב כן והא סבירא ליה בעלמא דאפילו יש חלק ש"ח מכל מקום אין למדין מש"א דגזרינ' הרחיק אטו לא הרחיק ואם כן אף כאן אפילו ביש פנוי ש"א היה לטור לפסוק דאין למדין והניח בקושי' ונר' בשלמא התם דאין למדין מש"א היה גזירת חכמים שלא ללמוד מש"א ומדת חכמים כך הוא דהשוו גזירתם משום לא פלוג ותמיד לא ילפינן מיני' אבל בנכתב ש"ו אדרבא לא היה גזירת חכמים מבלי ללמוד דהא במקושר הואיל דכתוב ש"ו ילפינן רק דאנן חוששין הואיל וריעותא לפניו דנמחק שורה שלפניה דילמא מחקו לש"ו ואילו הוי סהדי דלא מחקו רק בא באונס הוי כשר ואם כן בהניח שטה א' פנוי אנן סהדי דלא היה מוחקו דהא ב' שיטין אינם מניחים חלק אדרבא חזר הדבר. לתקנת חכמים דבמקום ש"ו למדין כמו במקושר דהא אין כאן ריעותא דמחק כלל ופשוט:

י **האידנא כו'** הלשון מגומגם דנמשך המחבר והעתיק לשון הטור וב"י דייק לישני' דסבירא ליה מדינא דש"ס לא היה כתיבת ש"ו מועיל כיון דשטר שאין בו ש"ו כשר ואם כן לא היו למדין מש"א אפילו בדכתב בי' ש"ו דדילמא הוא הוסיף וכתב ש"ו רק האידנא דקבלו עלי' חוק ולא יעבור לכתוב ש"ו למדין וא"ש אבל המחבר דפסק לעיל ס"ד דאפילו לדינא דגמ' בכתוב בי' ש"ו דלמדין מש"א וא"כ מה האידנא ואפשר לומר דאף דפסק כן לעיל מכל מקום כיון דרבו החולקים לא היו סופרים מתחילה מקיימי' בש"א

דאולי יבא לפני דיין החולק או דיטעון הלוה קים לי' כהנך רבוות' אבל עכשיו דקבעו בו מסמרות מכח מנהג יש לקיים בש"א בלי פקפוק. או י"ל דהא דלדינא למדין מש"א משום דרוב שטרות כותבים ש"ו ואמרינן מסתמא זהו סיום שטרא אבל גם זה היה ברוב שטרות שהיו מדקדקים בשטר אם יש בו דבר הצריך תקון וקיום לקום קודם החזרת השטר כי זהו גמר השטר וא"כ אף דלמדין בש"א מ"מ הקיום היה צ"ל קודם וקנינא שהוא החזרת שטר דאח"כ איתרע לי' רובו דמסיימין השטר בש"ו ובשביל כך יוכשר דהא רובא מקיימין קודם וקנינ' ואי אמרת דהך שטר מן מיעוט אף בכתיב' ש"ו ניחוש לו דילמא היה מהמיעוט דלא כתבו ש"ו והוא זייף וכ"כ מהרש"א להדיא בביאור התו' בדף קס"ב ד"ה לפי כו' שאם קיימו לאחר וקנינ' אף דכתוב לבסוף ש"ו ולשיטת התו' ורשב"ם למדין מש"א בדכתב ש"ו מ"מ לא מהני קיום ע"ש. משא"כ האידנא מותרים לקיים אפילו אחר וקנינ' דעכשיו א"צ לומר בתר רוב ניזל דהא ש"ו מעכב וצ"ע:

יא **משום הכי וכו'** דעת הש"ך ודאי בבא שטר לפנינו ולא כתב בי' ש"ו ושורה א' פנוי כסדר העדים השטר פסול לגמרי שהוא שטר שיכול לזייף לכתוב בש"א מה שירצה ולסיים ש"ו אבל בדלא כתוב ש"ו ואין שטה פנוי רק העדים חתומים תכופי' לשטר בזו לדעת המחבר וסייעתו דפסקו כרמב"ן דלא גזרינן לפסול כל שטר בלא החזיר אף בזו לא פסלינן כל השטר רק אין למדין מש"א. וצ"ע כי לשון ש"ע לא משמע כן ונראה דמכל מקום פסול לגמרי כי כך קבלו עליו וכ"כ כולם כי עכשיו כל השטר פסול דהשטר אין כותבים עדים רק הסופר ואם אתה מכשיר לפרקים שטר שאין ש"ו יסמוך הסופר ויניח השטר בלי ש"ו כי יסמוך דעדים יהיה חותמים תכופים והעדים יניחו פנוי כדרכם ויבא לידי זיוף ולכן צ"ע דינו כי משמע בש"ע דלגמרי פסול. וכתב הש"ך רבים טועים ומקיימין אחר כתיבת ש"ו וזהו ודאי אינו מועיל ופשוט אך אם הוא חובתו של בעל שטר י"ל דמועיל דהא ליכא חשש זיוף אך מדברי תו' ב"ב דף קס"א ד"ה וגייז ליה דכתבו ל"ל לר' ירמיה דכותבין ש"ו לבסוף בכל מקושר דאי סבירא ליה איך אפשר לחתוך הא שטר שאין בו ש"ו פסול וקשה דילמא סבירא ליה רק חוששין דסיים השטר וכתב ש"ו והניח ש"א פנוי ובאמת לא היה העדים חותמים מאחריו רק נגד כתב ולא נגד הפנוי כמ"ש התו' ולבסוף נמלך וכתב שם חובתו דחובתו כשר אפילו אחר ש"ו וחתמו נגדו עדים והוא גייז לחובתו והשטר כשר דיש בו ש"ו ועכצ"ל כיון דבעינן ש"ו דהוא סיום השטר אם אחר כך נכתב בו דבר אפילו לחובתו אין תוקף שטר דהוי כשטר שאין בו ש"ו דאינו מועיל כלום וכך התקנה כל שטר שאין בסופו ש"ו לא יועיל בשום אופן: ואם כן זהו שנכתב אחר כך הוי כאין בו ש"ו ולא מועיל כלל מיהו אפשר לומר דסבירא ליה לתו'

דאיו זה קושיא דאיהו אפסיד אנפשיה דלמה כתוב חובתו במקום שיכול לחתוך ואין אנו אחראין לו אבל קודם ש"ו לא שייך אפסיד אנפשיה דכך דרך של שטרות לכתוב כל תנאי וכדומה לבסוף כמ"ש התו' במשנה אם כן למה כותבין עליון כו' ע"ש דתחתון עיקר ושפיר פריך אם כן גייז לי' אך זהו דוחק ומ"ש בראשון עיקר לדינא. והנה הב"ח נסתפק אי גם בזה בעינן במוחזקין דיודעים דשטר שאין בו ש"ו דפסול ואם כן אמרינן מסתמא היה בשטר נכתב ש"ו או לא בעינן והש"ך כתב דפשיטא דגם בזה בעינן מוחזקין והב"ח כתב דברים שלא נתחוורו ולענ"ד יפה נסתפק בשלמא לעיל תלוי הענין בעדים אי חתמו סמוך לשטר או הרחיקו ב' שיטין והעדים לאו דיני גמירי ולכך בעינן מוחזקין אבל שטר דצריך להיות בסופו ש"ו זהו אינו בעדים רק סופר השטר והוא משגיח לכתוב אותו כדינו וכראוי באופן המועיל ורוב סופרי שטרות בקיאי' וגמרו ענין כתיבת השטר וזהו מלאכתם וענינם ומסתמא הם בחזקת יודעים עד שנדע דאנו יודעים והש"ך השוה עדים לסופר וזה אינו בשום דוכתי דהעדים לוקחי' מהשוק מי שיזדמן משא"כ סופר מיוחד לכך ופשוט. ומכ"ש לפי מ"ש המחבר דאפילו אין השטר פסול בלי כתיבת ש"ו מ"מ למידן מש"א אם נכתב ש"ו פשיטא דאין צריך להתחזק:

יב **ואם כתוב ב' ש"ו כשר** והא דלא חיישינן דלמא היה שטר עד ש"א והיה מסוים בש"ו והוא כתוב בש"א מה דבעי וכתב שנית ש"ו כתב הסמ"ע דמיירי דיש שטה א' פנוי ושני שיטין אינם מניחי' חלוק. וכבר הקשה הש"ך דלא ה"ל לש"ע לסתום כן ובפרט לפי שיטת הסמ"ע דסבירא ליה בש"א לכ"ע גזרינן הרחיקו אטו לא הרחיקו ולכן נרה ברור דמ"ש כשר אין הפי' להכשיר ש"א ללמוד הימנו דפשיטא דלא רק לעיל כתב שטר שאין בו ש"ו פסול כל השטר דכך קיימו וקבלו לפסול כל השטר שאין בו ש"ו ואם כתב סופר שטר בלי ש"ו לא כתב כתקון שטרות ונפסל וע"ז קאמר דאם נכתב שני ש"ו השטר כשר דהא הסופר עכ"פ עשה כתיקון וכתב ש"ו ואם הוא הוסיף וכתב עוד בשביל כך. לא נפסל השטר שהיה כתוב כדינו ודי דלא ללמוד מש"א כי יש חשש זיוף אבל השטר נכתב כדינו ולכך השטר כשר וזה פשוט וכל הדין של ר"י הברצלוני איירי בכך דבש"א לא כתב דבר חדש דהחזיר בש"א מענינו רק כל חשש דעשה נגד תקנה לכתוב ש"ו וזהו דעתו דוקא בדלא כתב כלל אבל בכתוב שנים די דלא ללמוד מש"א אבל בשביל כך לא נפסול השטר וא"ש:

יג **ויחזור ויחתמו שניהם** המחבר כתב דלכתחיל' יחתמו שניהם דאף הרשב"א מודה בתשובה דלכתחילה טוב שיחתמו שניהם והוא כדי שיהיה הדבר בלי פקפוק אבל בדעבד אם כתוב הקיום בין עד לעד והקיום הוא מכתב יד עד השני דבדעבד כשר ואצ"ל

דאם בעל השטר מוחזק דיכול לומר קים לי' כרשב"א ומ"ש הש"ך לדחות דעת הרשב"א לא נראה לענ"ד דהנה כל ראי' הרשב"א מהא דפרכינן ב"ב דף קס"ד שטר על מחק ועדים על הנייר לכשר אם היה כתוב בין סהדא לסהדא נחנו סהדא חתימי על הנייר ושטרא על מחק ודייק הרשב"א מה יועיל זה עדין יש לחוש דלמא היה גם השטר על נייר ומחקו רק הע"א שהעיד מה יהני העדות ע"א א"ו דבדבר זה אף ע"א נאמן וכתב הש"ך בס"ק כ"ד דליכא ראי' די"ל קושי' הגמרא איך פסק ותני הא מ"ל דכשר דהיינו כשכתבו כן על הנייר קודם חתימתן נחנו סהדי וכו' ושני עדים חתומים עליו וליכא כאן פקפוק עכ"ל באריכ' ותמהני ממנו איך חשד לרבן של ישראל שנעלם ממנו דבר פשוט כזה עד שהרא"ה שחלק עליו לא תי' כי אם דבאמת המ"ל הכי אבל לא כתב כמ"ש הש"ך ויפה עשו שלא עמדו כמ"ש הש"ך דהא בלא"ה יש לדקדק מה פריך בגמרא נכתב נחנו סהדי וכו' מה קושי' באמת מתחילה יש תקנה רק הברייתא מיירי בשטר הבא לפנינו והוא על מחק ועדים על הנייר דיש כאן חשש פיסול והברייתא לא תקנת' אתא לאשמעינן ואם באנו אנו לתקנת' כביר ימצא ידינו וא' מהן אם הלוה או עדים בעצמם כותבים מגופו של שטר בכת"י שורה א' ואם כן תו ליכא למיחש דהא כתבו על מחק ואי דימחוק ויחזור וימחוק הא אין דומה ובמקום שכתוב לכ"ע אין דומה וכו' וכהנה יותר תקנות שאפשר למצוא רק ברייתא דינא קמ"ל בבא שטר כזה לפנינו דפסול ועכצ"ל דלכך פריך הגמרא אימא סיפא וכו' דמורה דבברייתא בהדדי קתני רישא וסיפא שטר על הנייר ועדים על מחק כשר שטר על מחק ועדים על הנייר פסול ואם כן שפיר פריך בממ"נ מ"ש רישא ומ"ש סיפא אי מיירי בדלא נכתב בין סהדא לסהדא אף ברישא פסול דלמא מחיק וכו' ואי דכתוב אף בסיפא לכשר וזהו שדייק בלשונו אימא סיפא ומשני הגמרא דלעולם דכתוב ומכל מקום בסיפא אינו מועיל וכו' ולפ"ז הוכחת רשב"א למה ליה לגמ' לשנוי דאינו מועיל כו' לימא דאיירי דכתוב בין סהדא לסהדא והי' ול"ק מ"ש רישא ומ"ש סיפא דרישא לא שייך העדאת ע"א כמ"ש הש"ך להדיא שהוא תיקון בעלמא שלא יזייף אבל בסיפא הוא רק העדא' ע"א וא"צ לכל תי' הגמרא ועכצ"ל דבאמת ע"א בכה"ג מועיל ויפה פריך בגמרא ודברי רשב"א מוכרחים זהו מה שי"ל דאף דנימא כדעת הש"ך אך באמת נר' דסבירא ליה לרשב"א דבלא"ה כבר עמדו שם התו' בזה אי עילאי וכו' במה דאמרינן אי מקמי חתימת עדים מחיק ליה דנכתבו על המחק ולא שייך מחיק לי' לשיטת ריב"ם דאינו דומה נמחק פ"א וכו' והתו' תי' דבאמת המ"ל כן וזה דוחק. ולכן נר' דסבירא ליה כל מה שכתב לפני חתימת עדים להכשרו ותיקונו של שטר בכלל שטר יחשב והוא בכלל שופרא דשטרי שהוא עשוי לתקן שטר כמו דלא כאסמכתא כו' וכי אין זו נחשב

בכלל השטר. ואם כן אי כתבו קודם חתימתן נחנו סהדי וכו' הרי זה בכלל שטר ואין זה בכלל חתימת עדים ומישך שייך לשטר ובברייתא קתני שטר על הנייר ועדים על המחק משמע כל השטר בנייר רק העדים על מחק ואי נחנו סהדי וכו' על מחק הרי מקצת שטר על הנייר ומקצת על מחק ובברייתא קתני שטר על הנייר משמע כל השטר ואינו על מחק רק חתימת עדים ועכצ"ל דכתב נחנו סהדי ג"כ על הנייר וא"ש הלשון שטר על הנייר ואם כן יש לחוש דמחיק לי' וא"ש ול"ק קושי' התו' ואם כן ממילא נסתר מ"ש הש"ך דפי' בגמרא על הברייתא שטר על מחק ועדים על הנייר דיכתבו לפני חתימת עדים נחנו סהדי כו' על הנייר דא"כ זה לשטר מישך שייך וה"ל שטר מקצתו על הנייר ומקצתו על מחק ואנן שטר על מחק תנן משמע כולו רק העדים על הנייר כמ"ש ברישא ולק"מ ואמת כי מתחילה חשבתי בתו' ב"ב דף קס"ג ד"ה גופא שהקשו דילמא היה שטר על הנייר ועדים על מחק דפסול ומחק וכו' דהדבר תמוה מהכ"ת ימסרו עדים שטר פסול אבל י"ל דכך כוונתם העד ראשון חתם ע"מ ומסרו לשני לכתוב נחנו וכו' ולחתום ועד שני עשה עול ולא כתב נחנו וכו' ומסרו לידו והוא מחק ואם כן כל הכשרו דנימא חזקה על עד השני דיעשה כהוגן וקושי' התו' איך נוציא ממון אחזקה דחד סהדא אולי קלקל חזקתו הא אין ע"א נאמן לאפוקי ממון וע"ז תי' כיון דצריך לכתוב נחנו וכו' אין מוסר לו שטר פסול הרצון עד הראשון אינו מוסר לעד שני שטר פסול ואינו סומך עליו כי חזקה על עדים ששנים משגיחי' לבל יקרה דבר בלתי הגון ולכך אינו מוציא מתחת ידו והוצרך לכתוב במעמדו נחנו וא"ש ומדויק הלשון אינו מוסר לשון יחיד ואי קאי על עדים הל"ל מוסרים אבל כבר כתבתי ישובי' על דברי התו' הזה ובאמת יש סניף לדברי רשב"א אף מרישא דקתני עדים על מחק ושטר על הנייר אי כתב בין סהדא לסהדא נחנו וכו' דכשר וקשה אי ס"ד דלא סמכינן אפומא דחד סהדא בכיוצא בזה מה מהני זה דילמא יחתוך השטר עם עד א' שחתם בראשון וימחוק ויחזור ויכתוב בו סך מרובה ובשני יכתוב ג"כ במקום נחנו סהדי לאחר שימחוק אותו מה שירצה והעד השני יחתום אותו והרי יבא בשני שטרות מכל אחד מעד א' ומצטרפין ויגבה סך מרובה ומה אמרת דלא יעשה עד השני זיוף הא אמרת דלא סמכינן על ע"א להוציא בחזקה זו דלא יעשה זיוף ממון דלא האמינו התורה לממון ואף כי הרמב"ן בחדושיו לב"ב חוכך אי שטר על מחק וע"א עמו מהני מכל מקום הא התו' בדף קס"ד ד"ה גופא כו' מוכח דמהני וכמ"ש מהרש"א ואם כן הקושי' במקומו וכן נראה ממ"ש התו' בד"ה גופא הנ"ל דהקשו אריב"ם דסבירא ליה בשטר הבא הוא ועדיו על מחק דאפילו יש רווח בין סהדא לסהדא כשיעור כתיבת נחנו סהדי כו' דמ"מ כשר דניחוש דילמא היה שטר על הנייר ועדים על מחק והך נחנו סהדי

היה ג"כ כתוב על הנייר ומחק הכל הן השטר והן הך נחנו סהדי וכתב מה דבעי והכל נמחק רק פ"א ודומין להדדי ותי' דוודאי הך נחנו סהדי בין עד לעד מספיק כשיעור ב' שיטין ואם כן א"א להניח כ"כ פנוי דלמא יכתוב שטר בב' שיטין וע"א ע"ש בתו' ובפי' מהרש"א וקשה ל"ל לתו' דהך מחזיק ב"ש דהוא דוחק לימא דאפילו מחזיק רק שטה א' מכל מקום אם היה בין ע"א החתום על מחק לשני החתו' על מחק נייר פנוי ל"ל לכתוב נחנו סהדי יחתום הוא על הנייר ואם כן יהיה שטר על הנייר ועד אחד על מחק ועד אחד על נייר ויוכשר דאין כאן מקום לזייף כהנ"ל דימחוק אותו ויהיה שטר ועד א' על מחק וע"א על נייר דהא בכה"ג פסול דניחוש דלמא מחק וחזר ומחק והעד ראשון יחתום שמו שנית וה"ל נמחק ב' פעמים ועד השני על הנייר לא ידע דבר ואי דאין עד ראשון נחשד לזייף ולחתום שמו שנית הא אמרינן דבע"א לא מפקינן ממון ועכצ"ל דאף דגזרת המלך שלא להוציא ממון עפ"י עד א' היינו שלא להאמין לו כמו שלא האמינה התורה לקרובים אבל בשביל זה במקום שיש רק חשש זיוף בעלמא אף על ע"א סמכינן דחזקה דכל ישראל כשרים ולא משקרי ולא מזייפי כלל. ואם כן א"ש לישנא דברייתא הוא על מחק ועדים על הנייר פסול דוקא ב' עדים אבל ע"א על הנייר והשני על המחק כשר דל"ל דלמא מחק דהא עד שני שהוא על מחק לראי' דאין דומה נמחק פ"א כו' וכן להיפוך שטר על נייר ועדים על מחק לרבותא אפילו שניהם על מחק דא"ל דילמא מחק וחזר ומחק ולא יגיע כלל לזיוף העדים מכל מקום כשר ודברי התו' נכונים דאף דיש חלוק נייר אם יכתוב השני חתימתו על הנייר באופן שיהיה שטר וע"א על הנייר ואחד על מחק יש לחוש לזיופא דימחוק ויהיה שטר וע"א על מחק וא' על הנייר דכשר דסמכינן אחד סהדא דאין דומה כו' והא לא קשי' אם יש רווח אם כן דילמא מחק בשטר ויקיים ליה ברווח דבין ע"א לשני דמועיל לשיטת רשב"א וה"ל שטר שיכול לזייף בזו כבר הרגיש הריב"ש סי' מ"ט וכתב דאף הרשב"א לא אמרו אלא כשהוא מקוים מכתב יד עד השני בעצמו ע"ש דליכא למיחש לזיופא ונכון הוא. וכן יש ראי' ממה דהקשו התו' דהוי להו לתקן איפכא שטר ועדים על מחק יצטרכו עדים לכתוב נחנו וכו' וקשה בשלמא בשטר על הנייר ועדים ע"מ כתבי' נחנו וכו' שפיר ע"ז מהימן לכ"ע שהשטר כשר לפניך אבל בשטר ועדים ע"מ הא יש חשש זיוף ואיך יהיה נחנו מועיל מע"א ולכתוב קודם חתימ' עדים דילמא מחק ואינו מועיל לשיטת רשב"ם ודוחק דיכתבנו בשני שורות וא"א למחוק דמחק ב' שורות פסול ומעתה דהוכחנו דגם דעת התו' כרשב"א פשיטא דיכול לומר קים ליה ובפרט כי במחבר לא נזכר רק לכתחילה יש לחתום שנים אבל לא פסל השטרות בדיעבד:

סימן מה

א **ולא מן הצדדים** כתב הסמ"ע משום דיכול לזייף והש"ך השיג עליו מן תו' ריש פ' גט פשוט דמשמע אפילו במקום דלא יכול לזייף כלל מ"מ אי חתמו מהצדדים לא שייך חתימה עליו ואין עליו תורת שטר כלל. ויפה כתב דכן מבואר בתו' אבל נראה מכל מקום דעת הסמ"ע לתת טעם באמת למה תקנו חז"ל דלא יכתבו מהצדדים עד דנימא באמת אם חתמו מהצדדים דהוי עובר עתקחז"ל ונתן הסמ"ע טעם דעל הרוב בחתם מהצדדים יש מקום לזייף ולכך תקנו חז"ל דלא יחתום מהצדדים וכאשר תקנו כן אף דחתמו במקום דליכא למיחש לזיוף מכל מקום לא פלוג עבדי רבנן והוי כעובר אתקנת חכמים אבל לולי חשש זיוף לא היו חכמים מתקני' כלל שלא לחתום מצד כמו דלא תקנו במקושר והרשהו לחתום מאחוריו ועיין מש"ל סי' מ"ב ס"ק ג' ע"ש:

ב **יתרגמו להם הקוראים** הקשה הש"ך דבא"ע סי' ק"ל סעיף ט"ז סתם המחבר והרמ"א כרמב"ם דצריך דוקא העדים להיות מבינים לשון הגט ואין לסמוך על המתורגמן. ונראה דהא בלא"ה צריך טעם לחלק מ"ש הש"ך למה בקריאה לפניהם מהני ובמתרגי' לפניהם לא מהני ולכן נראה דכל הקולא הוא מפני תקנת עגונו' כמבואר בגמרא גיטין דף י"ט ע"ב לרשב"ג ע"ש ואם כן יש לחלק בעדים שאין יודעים לקרות כלל יש כאן תקנות עגונות כי מה תעשה העני' הלזו דאין מצוי לה עדים אחרים כי אם אלו העדים דאינם יודעים לקרות והם ע"ה וכי בשביל זה תעגן ותשב ולכך הקלו חכמים לסמוך אקריא' שארי העם משא"כ העדים היודעים לכתוב בלשונם ובכתבם רק בלשון זה אינם מבינים מה תקנת עגונות שייך בזה יכתבו בלשונם ובכתבם הא גט בכל לשון כשר ולכך פסול ובחדושי לא"ע בררתי זה בראי' ברורה ואם כן עד כאן יש לחלק במה דפוסל רשב"ג בשארי שטרות ומכשיר בגיטין וע"כ הטעם משום תקנות עגונות בזו שפיר י"ל כהנ"ל אבל מה שרשב"ג מכשירר בשארי שטרות נמי ע"כ לא מתורת תקנה רק מפאת הדין ואם כן בזו ודאי דאין הבדל בין אי קרוא לפניהם או מתרגמין כמש"ל דבזו קושי' הש"ך נכונה דמ"ש. ואם כן הרמ"א דהביא כאן דברי הרא"ש להלכה דבשני עדים קוראים אף בשאר שטרות כשר וצ"ל דסבירא ליה דאף רשב"ג דפוסל בשארי שטרות מודה בב' עדים ואם כן אף מתרגמין לפניהם כשר דכיון דב' עדים בשארי שטרות כשר ש"מ לאו מתורת תקנה רק מדינא ואין לחלוק בין קריאה לפניהם או לתרגום כמ"ש וא"ש ומה שלא הביא רמ"א בא"ע דבשנים אף לתרגם מותר כיון דבשנים א"צ לתקנה הוא דבגט לחומר א"א חשש הרמ"א לדעת החולקים ארא"ש וסבירא ליה דאף בשנים חולק רשב"ג ואם כן אף בשנים שייך תקנה ואם כן במתרגמין דליכא תקנה פסול ולכך הניח הדבר

כמ"ש מחבר וא"ש ומה שיש ביותר לדקדק על גוף הדין לרמב"ם בביאור דברי ירושלמי הארכתי בחדושי לא"ע ע"ש:

ג **וכן נראה לי עיקר** הש"ך בס"ק ד' חולק אהכרעה זו והטיב אשר דיבר אך יש לתמוה על הרמ"א דאיך סתום והכריע כאן כהרא"ש הא ראי' הרא"ש מהך דר' פפא בשטר שעלה בערכא' שגבה ע"י עדים מסל"ת ש"מ דשנים מהני דמ"ש חתימה ע"י קריאה מעדים אחרים ומ"ש גבי ע"י עדים אחרים ולזה הכריח הרא"ש סברתו דבשנים כשר וזהו לפי דסבירא ליה לרא"ש דרשב"ג דפוסל בשאר שטרות אף בדיעבד פוסל וקשי' ליה שפיר מהך דר"פ ולכך הוצרך לחלק כמ"ש אבל הר"מ דסותם לקמן בסעיף ה' כמחבר דאי אמרי אקרינן למאן דידע דמהני וצ"ל כמ"ש הש"ך שם דסבירא ליה למחבר דאף רשב"ג דפוסל בשארי שטרות היינו לכתחילה אבל בדיעבד מודה דכשר ואם כן דרמ"א דסותם כוותי' ש"מ דסבירא ליה כוותי' ואם כן אין כאן ראי' מהך דר"פ דאין לך דיעבד גדול מזה דכבר נעשה השטר בערכאות ואין יהודי המבין וכי יניחנו בלי גבי' ופשיטא דיכול לסמוך ואם כן מנ"ל הך דינא דרא"ש כיון דכשל עוזר וצ"ל דלא סבירא ליה לרמ"ח הך סבר לחלוק בין תחיל' לדעבד והא דסתם בסעיף ה' כמחבר משום דמשמע לי' לישנא דמחבר דהיו שנים קוראים לפניהם וכבר הסכים הוא לדברי הרא"ש דשנים מותרים לקרות ואף דלישנא דהרב ב"י לא משמע כן מכל מקום טעם הרמ"א היה כך ולכך סתם וא"ש:

ד **וחתמו על הרושם כו'** פי' סמ"ע דחתכו בתוך הנייר צורת אותיות והניחו ע"ג שטר והעדים מילאו מקום שנחתכו אותיות דיו ואח"כ הסירו הנייר והרי עדים חתומים זהו דכשר בגיטין ופסול בשטרות אבל לרשום על השטר עצמו אף בגט פסול דהוי כתב על גבי כתב ולדבריו אפילו יש מכשירין בהגה"ה בכה"ג מודים דפסול ועיין בש"ך ס"ק ו' דהאריך לחלק וא"צ לאריכות דאפילו נימא בגיטין פסול משום דבעינן וכתב וזהו לא הוי כתב אבל כאן בשטרות וכי כתב בעינן הא לא צריך סהדי אלא לשקרא ואם כן מה נ"מ אי קרוי כתב או לא סוף כל סוף עדים מעידים על גוף הענין ועוד הא אמרינן שם דלגבי שבת קרוי כתב רק הגמ' קאמר וכי בשביל שאנו מדמים נעשה מעשה וזהו להחמיר בדין גיטין לחומר א"א אבל בד"מ לא שייך זהו ואוקמי אדינא והוי כתב מעליא ולכך לשיטת יש מכשירין אף בכה"ג כשר:

ה **דייקינן בסהדות' ע"פ כו'** דעת הש"ך הואיל וידעי העדות בע"פ אף דבאמת לא קראו מה שבשטר מכל מקום בדיעבד כשר וכבר צווח ע"ז הסברא בפרישה דמהכ"ת יועיל עדותם במה שעשו מהעול ולא ידעו מה חתמו והיש לך דבר שיוכל לזייף יותר מזה. ובאמת דבריו מסתברים ויש לו ראי' מגמרא פ"ק דגיטין דפריך על מימרא דרבא דאמר

האי שטרא פרסאי דמסרינן באפי סהדי ישראל גבינן בי'. ופריך והא לא ידע למקרי וכן פריך בפ"ב על אמימר האי שטרא פרסא' דחתימי עליו סהדי ישראל והא לא ידע למקרי ומה קושי' מסתמא דמילתא יודעים טיב עדות בע"פ ואם כן אף דחתמו דלא קראו מכל מקום כשר וכן מוכח מתו' ורא"ש בפ"ק דע"מ ידעו מה כתוב בשטר דכתבו על שטר שיכול לזייף דלר"י הא ע"מ ידעי ולא פריך אלא לר"א וש"מ דע"מ ידעו מה כתוב בשטר ואם כן מה קושי' א"ו דכה"ג לאו שטרא כלל וכן כתב בעה"ת שער יו"ד ח"ב ד"ג בשם גאון שטר שאחד מהעדים יודע לקרות והשני א"י אם אותו דא"י זוכר עדותו בע"פ יבא ויעיד דע"א בכתב וע"א בע"פ מצטרפין עכ"ל הרי דמשוי להאי דזוכר עדותו וא"י לקרות לעד בע"פ ומשוו לי' לצירוף לעדות בע"פ אבל לא לעדות שבשטר וזהו מבואר להדיא דלא כש"ך דלש"ך הרי עדות גמורה אף בשטר דאינו יכול לקרות. אמנם גם פי' הסמ"ע דפי' דתמיד צריכין לומר דאקרון למאן דידע למקרי רק כשזוכרין שאלינן לי' אם נתנו לקרו' לאחר ואם אמרו כן השטר כשר אבל כשאין יודעים ע"פ אין אנו שואלים אותו ומחזיקינן בפיסול אבל אם אמרו כן בלי שאלה דנתנו לאחר לקרות מכשירין והדוחק בפי' הזה מבואר הן מצד הלשון בטור והן מפאת הסברא ועוד קשה איך סתם הרמ"א הא לדעת הרמב"ם לקמן בסי' מ"ו כל שאין העדים יודעים מה שהיה כתוב בשטר בע"פ שורת הדין דשטר פסול רק בכת"י יוצא ממ"א אין אנו מאמינין אותם וביש להם מגו נאמנים ולכך בשטר שנשרף והם עדי שריפה צריכין לזכור לדעת הרמב"ם וכמש"ל בסי' מ"א לדעת הרמב"ם בשם רי"ו ועיי' מש"ל סי' כ"ח ומ"א ולקמן סי' מ"ו ואם כן אף כאן הא יש להם מגו דלא אקרוהו למאן דידע למקרי ואם כן אם אמרו אין אנו זוכרין יפסול אף בכת"י יוצא ממקום אחר ונתנו לקרו' ואיך יסתום הרמ"א דלא כרמב"ם. ולכן ברור דודאי אם יודעים שלא נתנו השטר לאחר לקרות שלא היה בעיר מצוי מי שיודע לקרות וכדומה ודאי פסול השטר כמבואר בגמרא ובעה"ת הנ"ל רק סתמא דמילתא אוקמינן השטר בחזקת כשרות כיון שכת"י יוצא ממ"א ואמרינן דנתנו לקרות ואף דריעות' לפניך דאינם יודעים לקרות נגד זה טיבות' לפניך דיודעים מה היה כתוב בשטר ואמרינן אין זה אלא דנקרא לפניהם ומכשירין השטר ואם כן אף דאמרו דלא קראו לפניהם לא מהימני כיון שכתב ידם יוצא ממקום אחר אבל אם אין יודעים מ"ש בו וריעותא לפנינו דאינם יודעים לקרות אי אמרו דקראו אחרים לפניהם נאמנים וכשר השטר ואם לאו פסול וא"ש:

ו **ואם הרחיקו ב' שיטין כו'** נתן הסמ"ע וב"י הטעם דיכול לחתוך כל שטר שלמעלה ולכתוב שטר חדש וש"ך כתב דא"צ לזה דאף דכתוב ש"ו יכול למחוק ש"ו ולהוסיף בשטה שניה מה דבעי ולקיימו ולכתוב שריר וקים בסוף שטה אחרונה וקושי' זו לא

על הסמ"ע והב"י לבד כי אם על התו' בדף קס"ב ד"ה לפי' וכו' שכתבו דלכך הנהיגו לכתוב שריר וקים וללמוד מש"א דלפעמים מניחי' ב' שורות חלק והקשה המהרש"א דמה יועיל אף דסבירא ליה לתי' דלא חיישינן חששא דסמ"ע דירא לזייף לכתוב שטר חדש מכל מקום דילמא ימחוק ש"ו ויוסיף בשטה שניה מה שירצה ויכתוב לבסוף ש"ו וכתב מהרש"א דלשיט' זו אם המחק במקום ש"ו אפי' בשיטה שלישי' השטר פסול ע"ש ואם כן א"ש דהם כתבו הטעם למה תקנו שיהיה הרחקת שני שיטין פוסל ולא תקנו להיפך דיכשר ולעומת זה אם נמחק במקום ש"ו אפילו בשיטה ג' ומכ"ש אי כתוב ב' ש"ו א' בשיטה ג' ואחד בשטה א' יפסול וזה יהיה עדיף בתקנה דלא יהיה צריך לעדים לדקדק כ"כ בהנחת חלק שלא יהיה יותר מש"א ולכך פי' הם דמ"מ יש לחוש שיחתוך לגמרי ויעשה שטר חדש כמ"ש התו' בעצמם שם לבסוף ואם כן ע"כ בחלק שני שיטות פסול:

ז **ואפילו טייטהו בדיו כו'** כתב הסמ"ע דעדים מעידים דבפניהם נמחק ואפי' הוא רק שריטות דיו בעלמא והש"ך הקשה דאיך אפשר דטייטהו בדיו הא אולי היה שם דבר חובה ומחקו ובאמת קושי' זו ג"כ קשה על רשב"ם דפי' כן להדיא בדף קס"ג אך נראה דלרשב"ם דסבירא ליה דאין למדין מש"א אפילו חובתו כמ"ש מהרש"א בלא"ה לק"מ דמאן מכריח למחוק כל ב' שיטות די דימחוק שיטה אחרונה הסמוכה לשטר ושטה הסמוכה לעדים מניח חלק ואם כן מה חשש יש דלמא היה כתוב באותו שיטה דבר ומחקו הא אין למדין מש"א אפי' חובתו אפילו שטה אחת חלק כמש"ל הסמ"ע בסי' מ"ד. ואי דהוי שטר שיכול לזייף דיכתוב על שורה ההוא הנמחקת מה דבעי ויקיים אותו בש"א ויכתוב ש"ו הא אם מחק בשטה שלפני אחרונה כשיעור ש"ו אין למדין כלל ממנו ואם כן ליכא למיחש אף להחולקים וסוברים דלמדין חובתו מש"א לא מבעיא לדעת הרשב"א וסייעתו דמחק בטופס כשר ולא חיישינן דהיה שם חובתו בלא"ה לא ק"מ די"ל כמ"ש אף גם לדעת החולקים י"ל להיפוך דימחוק ש"א הסמוכה לעדים ושטה הסמוכה לשטר חלק אם כן הרי מבואר וניכר דלא היה כתוב דבר בש"א דהרי שטה שלפניה חלק ואיך יניחו חלק באמצע שטר ואי ניחוש דיכתוב בשטה הפנוי הא אין למדין מש"א דהנך לא ס"ל זה אי יכתוב ש"ו דלמדין אם כן ליכא למיחש דיכתוב בשורה הפנוי' ועוד אי יכתוב יפסול השטר דאנן נימא דבאמת היה חובתו בש"א ומחקו דאם יכתוב בשטה שלפני' אין כאן הפסק ושפיר חיישינן דלמא היה חובתו ומחקו אך הא יש לחוש אם שטה אחרונה סמוכה לעדים נמחק דלמא היה שם שטר ועדים בשטה אחת ועדים שתחתיו הוא שהרבה בעדים ואח"כ מחק כל השטר ועדים שבשטה זו ועל הנייר החלק למעלה כתב שטר זה והרי עדים אלו מעידים עליו ובכוונ' הניח שורה פנוי' דאל"כ

היינו חוששין דילמא היה חובתו ומחקו וכמש"ל אך זהו חששא רחוקה הכי כתבו התו' בדף קס"ה ד"ה שיטה כו' דאין העדים חותמים שטר ועדים בשטה אחת ומניחים חלק למעלה דאולי יחתוך השטר ולמעלה מן חתימת עדים יכתוב מה דבעי ע"ש ועיין לקמן סעיף י"א שם וא"ש:

ח **אבל א"י לטעון להד"ם** ומזו נראה להליץ בעד הרמב"ם דפסק שם בהלכות גירושין דאם הרחיק בגט ב' שיטין דכשר בע"מ וקשה הא הוי מזויף מתוכו דההבדל דיש בין מזויף מתוכו לשטר שיכול לזייף דשטר שיכול לזייף ניכר ולא שייך דנסמוך על ע"ח דהא ניכר הזיוף מתוכו ויהיה צריך ע"מ משא"כ במזויף מתוכו יש לחוש דלא ירגישו בזיוף ויסמכו על ע"ח לבד ואף בזה בהרחקת ב' שיטין הא יש לחוש לזיוף ולא ירגישו בו כלל ויסמכו על ע"ח וצ"ל דהרמב"ם סבירא ליה כרבינו יונה וסבירא ליה כי אמרינן מודה ר"א אם מזויף מתוכו היינו כשהשטר חספא בעלמא ולכך אין להכשיר בע"מ דהרי הגט חספא בעלמא אבל כאן דלהד"ם לא מצי לטעון אם כן אף בגט העדים מעידים על גופו של גירושין ואף הוא משוי' לי' כריתות דהא הם מעידים על גופו של גירושין ולא מיקרי מזויף מתוכו לענין גט וכשר בע"מ והא דלא מהני כאן בשטרי הלואה ע"מ לא מטעם מזויף מתוכו רק דהוה שטר שיכול לזייף ולא סמכינן על ע"מ כדלעיל בסי' מ"ב ע"ש. ולפ"ז בשטרי קנין דמכשיר הרמ"א לעיל שטר שיכול לזייף בע"מ אף בהרחיק ב' שיטין כשר בע"מ כמו בגט לשיטת הרמב"ם. והנה בהא דאין למדין מש"א ועדי מסירה מעידין דהיה כך כתוב בו נראה לומר דכשר וה"ל דין שטר דכי אמרינן מזוייף מתוכו או שטר שיכול לזייף פסול אי הפסול בכל שטר ואם כן הוי חספא בעלמא אבל כאן כל השטר כשר רק החשש בש"א ואי אין ע"מ אין למדין ממנו ומה יכול לזייף יש כאן ואי יבאו ע"מ יכשירהו והגע עצמך מחק בשטר ועדים מקיימים אותו אחר החתימה כשר כדלעיל ס"ס מ"ד ואף זה כמוהו דאלו ע"מ מקיימין דלית חשש בש"א. ומה שהבאני לזו הוא להבין דברי הר"ן בגיטין שהקשה בפ"ק על הא דפרכינן בשטרי פרסאי דמסרי' באפי סהדי ישראל והא בעינן למהדר בש"א והקשה הר"ן הא השטר לא נפסל בכך ותי' כמש"ל בשמו דפרסאי' מניחי' שיטות הרבה פנוי ויש כאן זיוף לולי החזרתו מענין של שטר ע"ש וקשה תינח בהך דפ"ק דגיטין אך בפרק ב' דגיטין דאמרינן האי שטרי דנכתב בלשון פרסי וחתימי עליה סהדי ישראל כשר ושם נמי פרכינן והא צריך לחזור ומה יאמר הר"ן דשם דילמא באמת אין למדין מש"א ושם לא שייך תי' שלו דהא העדים הם ישראלים כשרים ונזהרים לבלי הרחק רק ש"א כראוי וצ"ע לכאורה. ולכן לפמ"ש ניחא דגם הר"ן מפרש כפי' רשב"א דהקושי' הוא דאמרת כשר משמע לגמרי והא בעינן

שיחזור ובאם לאו על כל פנים ש"א פסול רק בהך דשטרי פרסאי דמסרו באפי סהדי ישראל סבירא ליה דא"א לומר כן דאם אין פסול בגוף שטר רק בש"א אם כן לא מקרי מזויף מתוכו וכדומה ואם כן כשר בע"מ דיעידו כן דהא בלא"ה כל הכשרו של שטר שם הוא עפ"י ע"מ ומפיהם אנו חיי' ואם כן אם הם מעידים על ענין שטר מכל השטר למדין ואין כאן פיסול ולכך הוצרך הר"ן לומר דיש כאן חשש פיסול לכל השטר דאולי הרחיקו הרבה ואם כן הוי שטר שיכול לזייף ולא מהני ע"מ כלל דסוגי' שם כר"א דלא הכשיר ר"א רק בגיטין כמ"ש התו' ורא"ש ורשב"א ע"ש וא"ש אבל בפ"ב דלא נזכר דבר מע"מ שפיר י"ל הקושי' כמו שפי' הרשב"א דכשר לגמרי משמע מיהו יש לדחות ולומר דבפ"ב בתר דמשני במהדר פריך ואלא מה קמ"ל וכו' ומזה משמע הקושי' מעיקרא היה בממ"נ אי לא מהדר למה יהני ואי מהדר מה קמ"ל ומשני לעולם דמהדר וא"ק מה קמ"ל קמ"ל הא דה"א דבעינן אשורית וכו' וא"כ ל"ל בקושי' דילמא דשטה פסול דעדיין קשה מה קמ"ל דכל סגנון הקושי' הוא בדרך בממ"נ והתרצן באמת היה יכול לשנוי' דשטה פסול וקמ"ל דלא בעינן אשורית רק למה ישני מילתא דלא קושטא כיון דהעדים ישראלים ודאי מהדרי ואין כאן פסול ולכך הוקשה לעיל בפ"ק דלא פריך מה קמ"ל וגם העדים גוים אין דרכם להדר וכו' וא"ש וזה יש לכוון בתו' ג"פ דביקשו להביא ראיה מפ"ב דאפי' בשטה א' פנוי פסול מדלא משני דיש רווח שטה וכתבו דחדא מניהו משני ואח"כ פלפלו מהך דפ"ק ולסוף כתבו מיהו מסתבר' גזרה הרחיקו אטו לא הרחיקו ויש להבין למה תחילת ראי' שלהם מפ"ב ולא מהך דפ"ק דאיירי בהו אח"כ דפריך והא לא מהדר ומשני דמהדר ולא משני דשטה אחד חלק ודוחק לומר דכוונו לתי' הר"ן. וגם מתחלה פלפלו בראי' ולבסוף העלו דבר בסברא אם כן טורח פלפול למה וגם קשה לסמוך על סברא ולפסוק דין. ולכך נראה דלראי' גמורה נתכוונו ולכך הביאו מפ"ב דקשה למה משני במהדר ולא משני דשטה א' חלק ול"ל היא היא דזה אינו דלא יהיה קשה מה קמ"ל דטובא קמ"ל דלא גזרינן הרחיקו אטו וכו' ול"ל דזה סברא פשוט' דליכא לטעות בי' ולזה סיימו התו' דזה אינו דודאי מסתבר דיש לגזור ואם כן טובא קמ"ל ועכצ"ל דבאמת גזרינן ודברי התו' מוכרחים ודוק ולכך הביא מפרק שני כי משם הכרח ודוק כי זה ברור:

ט **אם יחתמו זא"ז וכו'** אבל זה תחת זה אין לחוש דשני שטרות בע"א אין מצטרפין סמ"ע והקשה הש"ך הקי"ל לקמן סי' נ"א דמצטרפין ותי' הש"ך דבכה"ג כל ע"א בשטה אחת הזיוף ניכר ואינם מצטרפין וכן נראה מדברי תו' דבדף קס"ד דבתוך ד"ה גופא נר' דסבירא להו דשני שטרות בכל אחד ע"א מצטרפין ואילו בריש פרק ג"פ בד"ה מקושר כתבו דאם עדים חתומים זה תחת זה ליכא למיחש דיעשה שטר ועד בשיטה א' דה"ל

רק ע"א וקשה הא מצטרפי ועכצ"ל כמ"ש הש"ך דבכה"ג אינם מצטרפין. (מיהו לקמן כתבתי דתו' ס"ל דצריך להיות שני עדים רק א' אינו מקוים ודברי תו' בדף קס"ד דיחתום עוד ע"א ואם כן י"ל כאן אין כ"כ פנוי שיחתום עוד ע"א ויכתוב שטר ודוק) . וכן נראה מ"ש בדף קס"א ד"ה וניחוש דכתבו א"נ העדים שחתמו בראשונה הם מטייטי' בגליון שלמטה משטר בחוץ שלא יבא אדם ויכתוב שטר באותו גליון ויהיה העד לוה שזהו כת"י והיינו דבהך תי' סבירא ליה לתו' וכן בקושי' שבמקושר דחתמו עדים מבחוץ לא חתמי' זה בצד זה רק זה תחת זה ואם כן לא שייך שטר ועדים בשטה א' וא"ש ומיושב קושי' מהרש"א שם ע"ש. אך לפמ"ש הרמ"א בסי' מ"ו ס"י בהגה. דע"א החתום בשטר אף שכ"י יוצא ממ"א צריך לזכור העדות בע"פ ואם כן ליכא למיחש לפסול דאם יזייף ויעשה שטר מזויף איך יזכור מ"ש בשטר הא באמת לא היו דברים מעולם (ועיי' מש"ל בסי' מ"ו מה שיש לומר בזה) משא"כ בשטר בב' עדים וכת"י ממקום אחר ניכר א"צ לזכור וכמו כן לפמ"ש הרמ"א ס"ס מ"ו בשם הריב"ש דע"א החתום בשטר יכול לחזור אפילו כת"י יוצא ממ"א ע"ש אם כן מרתת לזייף דהא אפילו בשטר בב' עדים סבירא להו לתו' בדף קס"ב ד"ה שאין למדין די"ל דמירתת לעשות שטר חדש מזויף פן יכחישו העדים רק הפוסקים לא סבירא להו דמה בכך דיכחישו כיון שהגיד וכו' אבל בע"א דיכול לחזור פשיטא דמירתת ואינו עושה שטר בע"א דיכחישו ויהיה נאמן ודוק. ועיין מש"ל בסי' מ"ו ויותר נר' דמ"ש זה תחת זה הרצון בשבי שיטות ולא בשיטה אחת אבל מכל מקום אין מכוונים זה תחת זה אלא הראשון היה חתום בחצי השיטה שניה אבל העד השני חתום תחתיו בראש שיטה וליכא כאן חשש כלל וכוונה בשני שיטין אבל לא מכוונים להדיא זה בחצי שטה שניי' וזה בראש השיטה ופשוט:

י **שמא היה כתוב חובתו וחתכו כו'** יש להקשות על המחבר דהעתיק דין זה מהרא"ש והרא"ש אזיל לשיטתו דסבירא ליה מחק בכל מקום בשטר פסול דחיישינן שמא תנאי היה בו וה"ה לנחתך אבל לפי דפוסק המחבר לעיל סי' מ"ד ס"ה כרשב"א דמחק בטופס כשר ואין חוששין לתנאי אם כן אף בנחתך נמי איך נחוש לתנאי ועיין לעיל שנר' ראי' לרשב"א מהא דגזי' לזמן ע"ש וצ"ל דסבירא ליה למחבר לחלוק כי מכשירין במחק די"ל דבא דרך מקרה משא"כ נחתך דהוא בכוונת מכוון שפיר חיישינן דילמא תנאי היה ובהך דגזי' לזמן גם שם אין כאן ריעות' דהרי יכול למחיק וכשר ומה לו לחתוך מה שאין כן כאן דאילו היה מטייט ומוחק הוי ליה שטר פסול דיאמרו אטיוט חתמי והוא שלא לפסול השטר נתכוון ולכך חתכו וחיישינן אף לשיטת הרשב"א דבלא"ה סברת רשב"א דחוק והבו דלא לוסיף בכהאי גווני ודוק:

יא **אם כתוב למעלה בסוף שיטה ש"ו כשר** הקשה הש"ך בסעיף קטן ב' דילמא היה כתוב חובתו ולמדין ממנו אפילו אחר ש"ו וכתב בשלמא על הרא"ש ל"ק די"ל דסבירא ליה כדעת רשב"ם דאפילו חובתו אין למדין משטה אחרונה רק הא דכתב דילמא היה שם חובתו ומחקו היינו לדידן דלמדין אם כתוב שריר וקיים ולכך לאחר שריר וקיים הדרן לדין הגמרא דאפילו חובתו אין למדין אבל לדעת הש"ע דלא סבירא ליה כרשב"ם וסבירא ליה כנ"י דחובתו למדין ליתא לדין זה דאף דכתבו ש"ו מ"מ אולי היה כתוב חובתו עכ"ל. ודבריו בלתי מובני' איך כתב ברישא דילמא היה שם חובתו וחתכו בממ"נ אי ראינו דכבר נכתב ש"ו הא ס"ל דאין למדין חובתו ואי דבא לפנינו ואין כתוב ש"ו אם כן לדידן בלא"ה השטר פסול דהא לדידן שטר שאין בו ש"ו פסול ומה צורך לטעם דהיה כתוב בו חובתו. גם דחוק דהתו' כתבו להדיא דחוב תו למדין דיחלוק הרא"ש עליהם ולכן הדבר ברור כמש"ל בסי' מ"ד ס"ק י"א ועשיתי סמוכים מדברי תו' דאף חובתו לאחר ש"ו אין למדין דהא כבר נגמר ענין שטר ולאו מכלל שטרא הוא וכמו שטר שאין בו ש"ו דאין למדין הימנו. וכן נר' עוד ראיה ברורה מתו' דף קס"ד ד"ה גופא כו' דכתבו דאם עד א' חתום בראש שיטה והשני בסוף שיטה ושניהם על מחק ובין שניהם נייר כדי שיוכלו לכתוב עליו נחנו סהדי זהו לא שכיח דלמה יעשו שטות כזה יחתמו על הנייר ע"ש וצריך להבין אי כוונת התו' דעד השני יחתום על הנייר לא היה לתו' צורך להאריך באיזה אופן שיש נייר חלק ביניהם יהיה איך שיהיה על כל פנים אם נחנו סהדי על הנייר בין עד לעד הלא יכול עד הב' לחתום על הנייר ועכצ"ל דזהו כבר כתבנו למעלה בסימן מ"ד דעדיין יש לחוש דיהיה שטר וע"א על מחק דכשר ועדיין י"ל דימחוק ולכך עכצ"ל דכוונת התו' דגם עד ראשון יחתום על הנייר ולכך הוכיחו התו' דבאותו שיטה יש נייר חלק ואם כן יכול לחתום עליו וקשה איך אפשר להניח המחק ויחתום אחר כך על הנייר הא כשמחק לפניו יש לומר היה כתוב שם חובתו ומחקו אלא ודאי דבגמ' אייריי דכתוב לפני שיטה זו שריר וקיים או החזרת שטר וכמש"ל בתו' ומודה התו' דאין למדין מחובתו ושפיר כתבו התו' דיכול להניח מקום מחק ולחתום אנייר והא לא קשי' דהא יהיה מחזי כאילו אטיוטא חתמו די"ל דסבירא להו לתו' דוקא ביש טיוטא בין העדים לשטר באורך דמפסיק בין השטר לעדים טיוטא אבל כשאין מפסיק בין עדים לשטר טיוטא רק בצד עדים דהיה לו לחתום בראש קצה שטר והן הרחיקו למשוך בקצה השטר משוך והלאה זה לא אמרינן אטיוטא חתמו ואם כן דברי הרא"ש והתו' כאחד עולי' ולק"מ. וכן נראים דברי התו' בדף קס"ג ע"ב ד"ה שיטה כתבו להדיא דאם נחתך לפני עדים יש חשש דילמא היה שטר בשיטה אחת וחתכו וכתב בגליון דזה תלי' אם

העדים מניחים בשטר בזה גליון גדול כ"כ ולא כתבו בפשיטות דילמא היה כתוב שם חובתו של בעל השטר א"ו כמ"ש דליכא למיחש לאחר ש"ו לחובתו ואפשר לומר אף הרמ"א דהביא לעיל דין דנ"י דחובתו למדין מש"א מכל מקום מודה לדינא של התו' והרא"ש דכה"ג לאחר ש"ו אין למדין או אף דדעתו לעיל כנ"י בהחלט דמכל מקום למדין מכל מקום לא הגיה כאן על דברי הש"ע דמכשיר ביש ש"ו דכיון בלא"ה דעת רשב"א כמ"ש להכשיר מחק בטופס מבלי לחוש לתנאי ומחקו א"כ בצירוף דעת התו' ורשב"א יש לסמוך להכשיר השטר וא"ש:

יב **שיהיה עדים חתומים זה תחת זה** אין להקשות לשיטת המחבר לעיל שהוא שיטת הרא"ה דאם קיים מחקין בין עד לעד דלא מהני דאולי עד אחד זייף ולא סמכינן על ע"א לאפוקי ממון ואם כן אף כאן מה יהני דעדים חתומים זה תחת זה דילמא היה לו שטר וע"א בשטה אחת דכשר כנראה מדברי התו' ורא"ש והש"ך והסמ"ע בסעיף שלפני זה והוא חתך הך שטר וכתב על כל גליון מלמעלה סע"ג העד כל מה דבעי והעד הזה חותם עליו בלי דעת ואחר כך יניח לעד שני לחתום ואי דאין עד שני עושהו הא מפקינן ממון עפ"י ע"א ומ"ש הך מקיום דאמרינן דלא מהימן ליה לע"א ואולי זייף וזהו כמעט ראיה ברורה לדברי רשב"א הנ"ל דאף על ע"א סמכינן דלא היה זיופא ואולי צ"ל לרא"ה מסתמא סמכינן על ע"א דלא זייף רק בקיום סבירא ליה דאיתרע דלמה קיים בין עד לעד ולא הניח לעד השני גם כן לחתום ובמקום ריעותא חיישינן:

יג **אבל אם חתומים זה אחר זה פסול** וכתב הש"ך דמכל מקום יכולים עדים לחתום שטר ועדים בשטה א' ולהניח גליון למעלה מהשטר ועדים ולא חיישינן דילמא יחתוך לשטר ויכתוב על הגליון מה דבעי וחתימי עליה סהדי דעדים מזהירי זהירי כשחותמים שטר ועדים בשטה א' לחתום תיכף ורצוף לשטר וא"כ אם יחתוך השטר יהיה חתימת עדים מבלי חלק כלל וכלל לפני חתימתן וסתם שטר יש לו גליון מהצד ויהיה הזיוף ניכר ולפ"ז הא דכתוב בש"ע דאם עדים חתומים זה אחר זה פסול דילמא היה שטר ועדים בש"א צריך לומר דהחתך מגיע ממש עד חתימת עדים אבל כשיש איזה נייר פנוי וחלק קודם חתימת עדים כשר דל"ל דהיה שטר ועדים בש"א דהא חזקה על עדים שעשו כהוגן ואין מניחים פנוי בין השטר לחתימה כשהוא בש"א ולמעלה גליון ועוד דלמה לו זיוף הלזו דמינכר הזיוף הלא היה יכול לחתוך לשטר עד למעלה ולכתוב בגליון מכוון כנגד עדים ולא יהיה מנכר זיופו כלל דהא יש פנוי קצת בין עדים לראש הדף. ובהכי ניחא דברי התו' מש"ל בס"ק הקודם דכתבו דעד החתום על מחק ובינו לבין עד שני נייר דלמה לו לע"א לחתום על המחק יחתום על הנייר וקשה איך אפשר שיניחו מחק לפני חתימתן

ויחתום אנייר ואם כן דהמחק לפני עדים יש כאן חשש פיסול אולי היה כאן שטר ועדים בש"א ומחק השטר וכתב למעלה על הגליון למעלה משטר ועדים זה השטר. ועכצ"ל דכוונת התו' דירחיקו קצת מן המחק ויניחו בנייר חלק קצת קודם חתימה ואם כן ל"ל דהיה שטר בש"א דצריך להיות רצוף לעדים ודוק דזה ראיה מבוררת לדברי הש"ך ודלא כסמ"ע והב"ח:

יד **אע"פ שהעד החתום בשטר מתחלה הוא פסול כו'** הש"ך בס"ק כ"ג האריך לברר ולהכריע כדעת החולקים וסבירא ליה דוקא בתחלה כשר ולא באמצע ובסוף וכבר מראש מקדם גליתי דעתי שבמקום שנחלקו קדמונים לא איש דברים אנכי להכריע ובפרט בדבר זה אשר אפילו אבות עולם לא עמדו בדבריהם ור"ת חזר בו מכח קושי' זיל קרי בתו' ובמחברים ולכן לא אכניס עצמי בזה לומר שמועה זו נאה וזו אינו נאה חס לי לומר כן רק מ"ש הש"ך ראיה לראיה נצחית מדברי ירושלמי ואולם ישלח ידו להגיה להוסיף ולגרוע ולשנות הסדר ובזה חשב לברר הלכה. לבבי לא כן ידמה ומ"מ א"צ להגיה כלל רק מלה אחת שהוא נראה שהוא טעות דמוכח ויתר כנטל דמי וזולתו לא ומזה ראי' לדברי רמב"ם כי זה לשון ירושלמי בפ"ק דגיטין במשנה כל גט שחתום עליו עד כותי פסול חוץ מגיטי נשים מעתה אפי' כותי אחד יהיה פסול אמר ר"א תפתר שחתם ישראל בסוף אר"י אתיא כמ"ד עדים חותמין זה שלא בפני זה אבל למ"ד אין עדים חותמין אלא זה בפני זה אפילו חתם כותי בסוף כשר שטר שחתמו בד' עדים ונמצא שנים ראשונים קרובים או פסולים כשר ותתקיים העדות בשאר. ר"א בשם ר"י אתיא כמ"ד אין העדים חותמין אלא זה בפני זה אבל למ"ד העדים חותמין אפילו זה שלא בפני זה אפי' חתם ישראל בסוף פסול עכ"ל והקשה הש"ך דהא בגמרא דידן איפכא תנן דהואיל דאין עדים חותמין בגט אלא זה בפני זה מהני דחתום ישראל לבסוף דל"ל כי רווחי שביק וכן הקשה במה דאמרינן שטר וכו' דאין לו מובן ולכך שלח ידו להגיה וכצ"ל אמר ר"א תפתר שחתם ישראל בסוף אר"י אתיא כמ"ד אין עדים חותמים אלא זה בפני זה אבל למ"ד עדים חותמין אפילו זה שלא בפני זה אפילו חתם ישראל בסוף פסול שטר שחתם בד' עדים ונמצאו שנים ראשונים קרובים או פסולים כשר וכו' ר"א בשם ר"י אתיא כמ"ד עדים חותמין זה שלא בפני זה אבל למ"ד אין עדים חותמין אלא זה בפני זה אפילו חתם כותי לבסוף כשר כך הוא הגהתו וכל המעיין יראה כמה נשתנו סדרי ירושלמי לפי דבריו להגיה ולהחליף מהיפוך להיפוך ולומר על כשר פסול ועל כל זה אין לו פתר מה דסיים אפילו חתום כותי לבסוף כשר מה שיאט' דכותי הכא הל"ל אפילו חתום פסול לבסוף דכאן לא איירי כלל מן כותי רק מן קרובים ופסולים. ולכן נראה ברור דכל דברי ירושלמי הם כהוויתן בלי שינוי

וחילוף רק מילתא ישראל דנאמר לבסוף הוא טעות דמוכח דהל"ל כשר ומה ענין ישראל לכאן הא מדברים בכשרים ובפסולים אלא ברור דהוא טעות ויותרת מקמאי דאיירי בי' מקדם בכותי וישראל וכצ"ל אפילו חתם לבסוף פסול וישראל מיותר ובזה יובנו כל דברי ירושלמי בלי פקפוק כלל וראשון תחילה נאמר במ"ש מתחיל' להגיה גבי גט שחתום עליו כותי אמת הדבר שהרז"ה בגיטין הביא גי' זו ונראה שהיה גירסא שלו כמ"ש הש"ך להגיה ומדברי הרמב"ן במלחמותיו נראה ג"כ שלא הרגיש שהביא גי' בלתי מתוקן ש"מ דג"כ סבירא ליה כגי' הש"ך. אמנם מדברי הרמב"ם בהלכות עבדים נראה דגי' דידן היה לו והיא גירסא נכונה דפסק שם גט שיש עליו עד כותי חבר כשר וכבר תמה הלח"מ על הרמב"ם דלמה לא פי' דוקא בחתום תחילה כותי וחתום ישראל לבסוף כדאמרינן בגמרא ועוד אי באמת צ"ל כותי חבר אם כן בכל שטרות כשר וצריך לומר דהא דכתב הרמב"ם כותי חבר לאפוקי בידוע שאינו חבר אבל בסתם אמרינן דהיה חבר וסבירא ליה לרמב"ם דבס"ד מחלקינן בין חתום ישראל בתחיל' לחתום ישראל לבסוף אבל לפי דפרכינן א"ה שארי שטרות נמי ומשני אין עדי גט חותמין אלא זה בפני זה נאיד הגמרא מאוקומת' קמייתא דצריך להיות דוקא חתום ישראל לבסוף אלא אפילו בתחילה דכיון דאין חותם אלא זה בפני זה ואין ישראל חותם כי אם שידע מי יחתום עמו וכיון שיודע שיחתום עמו כותי אם יודע בכותי שאיני חבר אינו מצרף עמו לחתום על גט בפיסול העד ולכך אפילו חתם ישראל בתחילה כשר כל שהוא בחזקת חבר ועיין ברז"ה דכתב להדיא דעשו בגיטין כעין נקיי דעת בירושלים שאין חותמין אלא יודעים מי חותם עמהם ע"ש ובהך סברא סבירא ליה לרמב"ם אם כן אף בחתם ישראל תחילה ויסודו של רמב"ם לומר כן הוא מהך ירושלמי דקתני להדיא למ"ד שאין עדים חותמים אלא זה בפני זה אפילו חתם כותי לבסוף כשר והוא הדבר שכתבתי דעכ"פ יודע ישראל שיחתום כותי ואינו מצרף עמו אם לא בכותי חבר וסבירא ליה לירושלמי דהא דאמרינן בחתם ישראל לבסוף דוקא הוא למ"ד דעדים חותמים זה בלי זה ואם כן בחתם ישראל תחילה ודאי פסול אבל לבסוף סבירא ליה ירושלמי דגבי גט מיזהר זהיר מבלי להניח רווח דילמא יוסיף בו דבר ויהיה פיסול ומכשול בא"א משא"כ בשארי שטרות לא מיזהר זהיר כ"כ ומניח רווח' וא"ש והדבר מבואר בירושלמי למ"ד אין חותמין אלא זה בפ"ז אפי' חתום לבסוף הכותי כשר והן הך דברי הרמב"ם וסבירא ליה דגם גמרא דילן סבירא ליה כן. ובש"ע הלכות עבדים נגרר המחבר אחרי דברי הרמב"ם דסתם ג"כ בכל מקום דחתם ישראל דכשר והדבר מבואר דגי' זו נכונה ותמהני מהש"ך איך העלים עין מהרז"ה ורמב"ן דלא זכרם כלל וביחוד איך לא הרגיש דלשיטת הרמב"ם וש"ע עכצ"ל דגי' בירושלמי כמו שלפנינו

היא ג' נכונה ועפ"י כתב הרמב"ם דינו ומעתה נבוא מ"ש בירושלמי בשטר שחתום עליו עדים ראשונים קרובים או פסולים כשר הא חתמו לבסוף פסול דלבסוף ודאי לא לשם מילוי חתמו כי אם לשם עדות רק מה בכך דחתם לשם עדות כיון דהכשרי' לא נצרפו עמו חף דהקרובים נתכוונו לעדות לא נפסלו הכשרים אם לא נצרפו עמו ולא ידעו בהם כדעת הרי"ף לעיל ס"ס ל"ו ע"ש אך אם אין עדים חותמים אלא זה בפני זה אם כן ידעו הני בהני וכיון דחתמו פסולים לבסוף ה"ל צירוף ופסול דמה שחתמו לבסוף ודאי לשם עדות חתמו אבל אי חתמו זה שלא בפני זה אם כן אף דחתום פסול לבסוף וחתם לשם עדות מכל מקום לא נפסלו כשרים דאמרינן דלא נצרפו עמם ולא ידעו כלל דהם חתומים. וזהו דברי ירושלמי דהא דאמרינן דוקא בחתום פסול תחיל' דשטר כשר ולא לבסוף היינו אם אין עדים חותמים אלא זה בפ"ז ואם כן ה"ל צירוף ולכך בחתם לבסוף פסול אבל למ"ד זה חותם שלא בפ"ז אפילו חתום לבסוף פסול פי' שהיה הפסול חתום לבסוף מכל מקום כשר. וא"ש דלדידן דקי"ל דעדי שטר זולת גט חותמים זה שלא שפ"ז ולא גזרו בהו שטר אטו גט אפילו חתום לבסוף כשר דאמרינן דכשרים לא ידעי בהו ולא נצרפו עמם והגע עצמך שטר שנחתם בשני עדים בכשרות וכי יכולים פסולים שחתמו אח"כ בלי ידיע' הכשרים לפוסלו דבר זה רחוק מסברא ודברי ירושלמי נכונים. ומסכימי' לדעת הרמב"ם בכל אופן ולכן אעפ"י שמנה הש"ך ממש רוב מחברים דפוסלים בחתומים עדים לבסוף מכל מקום ודאי יכיל המוחזק לומר קים ליה כמיעוט הזה ה"ה הרמב"ם והרמב"ן ור"ה גאון וריב"ש ולפמ"ש מבואר כך בירושלמי ופשיטא דאין להוציא מיד מוחזק:

טו **אלא אם כן שנים האחרונים כו'** משמע הא פסולים אמצעי' ג"כ כשר והש"ך בס"ק הנ"ל הביא דרוב פוסקים ס"ל דאמצעי' ג"כ פסול והנה הב"י הבי' דדעת התו' בפ"ב דגיטין דאפילו חתמו באמצע פסול וקשה בעיני רבינו ב"י שהיה הרא"ש חולק ויכשיר ובא"ע החליט דפליגי אבל בח"מ כתב דלא פליגי וחשב לישוב הדיעות וכבר השיג עליו בתשובת מהרי"ט ועיין בס' גט פשוט סי' ק"כ בא"ע שהאריך בדוחק שיש בדברי ב"י ובאמת לא זו בלבד יש לתמוה אלא אף גם על הרמ"א בא"ע סי' ק"כ בד"מ דהקשה בטור דכתב מתחילה באומר כולכם חתמו דשנים חשוב עדים והנשארים משום תנאי לפיכך אם היה השאר פסולים כשר ואחר כך כתב כשחתמו שנים פסולים בראשון פסול ומזה הוכיח הד"מ דלעיל איירי במה דאמר דהשאר פסולים דכשר לא בראשונים כי אם דחתמו לאחר כך והקשה הא אם בראשונה פסול מכ"ש אחר כך ותי' דסבירא ליה כר"ת קודם חזרה דאע"ג דמתחילה פסול מכל מקום בחתומים אחר כך כשר ע"ש. ודבריו צריכין לימוד דהא מבואר בטור ח"מ סי' זה כר"ת לאחר חזרה וכתב שכן הסכים

א"א הרא"ש ז"ל גם יש לתמוה במהרש"א דהקשה בפ' ג"פ על תו' ב"ב דף קס"ג דכתבו לר"ת דאין כשר רק בחתום קרוב בתחילה אבל בסוף פסול והקשה הא אמרינן בפ"ב דגיטין אי חתום קרוב בתחילה פסול משמע הא חתום אחר כך כשר ותי' דהיינו חתום באמצע כשר כדעת הרא"ש עכ"ל ולכאורה הדבר תמוה איך אפשר לפרש כן בתו' דהא תו' כתבו להדיא גיטין דף י"ח ע"ב ד"ה אמרי לה כו' לאחר חזרת ר"ת דאפילו באמצע פסול ע"ש ולכן נראה הא דהעדים פסולי' החתומים לאחר שחתמו שני הראשונים פסול יש בו ב' הטעמים א' דתו ליכא למימר למלוי חתמו כמ"ש התו' וע"כ לעדות חתמו. וטעם השני דאתו לקיים השטר ע"י קרובים והנה לטעם השני זהו אם הם אחרונים אבל אם הם אמצעי' לא שייך זה דהא מקיימינן השטר מעדים אחרונים ולעומת זה י"ל דאם הטעם משום עדות זהו לא שייך בגט כמ"ש הר"נ דבגט תלוי' בבעל וחזקה דהבעל לא יזמין פסולים לעדות אבל בשטרות שייך שפיר משום עדות דמה בכך דאין דעת הבעלי דברים לכך מ"מ העדים בעצמם הם מכוונים לעדות וכמ"ש הר"נ באריכו' בפרק ב' דגיטין ע"ש ולפי זה יש לומר בגט על כרחך הטעם משום קיום דלעדות לא שייך בהו כמ"ש הר"נ ואם כן דוקא בשנים אחרונים אבל לא באמצעי' דבהו לא שייך טעם דקיום והם לא פסלו לשטר ולכך הרא"ש בתי' לקושי' בהך דגיטין דאמ' חתמו פסולים בתחילה יפה תי' דבאמצעי' כשרים וזהו טעם התו' ג"כ בב"ב דכתבו לר"ת דבסוף פסול הקשה המהרש"א מהך דגיטין ותי' דסבירא ליה לתו' כרא"ש דבאמצע כשרי' והיינו בגט. אבל התי' בגיטין כתבו על הך דאמרינן בב"ב בשטר ששנים הראשונים פסולים בזו כתבו התו' דאף אמצעי' פסולים דגבי שטר אף אמצעים פסולים ובזו יובנו דברי מהרש"א דחשיב להסכים דברי התו' ורא"ש כאחד כיון דיש הבדל בין גיטין לשטרות ולק"מ וגם דברי הטור בא"ע יש לפרש דסבירא ליה דיותר יש לפסול בתחילה והיינו לא מן לבסוף רק מן באמצע דכשר בגיטין דלית בהו טעם לפסול וכן מסתבר אבל בח"מ סבירא ליה לפסול אפילו אמצע ולק"מ ואמת כי מתחילה הייתי נבוך כי הטור בח"מ גבי שטרות כתב דשני אחרונים פוסלים משמע דוקא שני אחרונים ולפמ"ש משמע בשטרות סבירא ליה דאף אמצעים פסול וכן ברמזי' לפ' ג"פ שאם פסולים חתמו לבסוף פסול דמשמע דבאמצע כשר ואם כן אף דמסתבר כמ"ש בהרא"ש מכל מקום בטלה דעתי נגד דעת הטור אך ראיתי כי רבינו ב"י בא"ע סי' הנ"ל דכתב דמדברי רבינו הטור בח"מ סי' מ"ה לא אתפרש מה דינו של שטר שחתומים עליו פסולים באמצע ומזה למדנו דסבירא ליה דמלת אחרון לאו דוקא וכמ"ש לקול אות אחרון שהוא למעט הראשון וכן במ"ש ברמזי' חתום לבסוף כל בתר ראשונים לבסוף קרי' ליה אבל ברמזים לגיטין כתב אם חתם קרוב

אחר שחתמו שנים ראשונים כשר ש"מ דכשר באמצע דהא לבסוף פסול והיינו בגיטין כי בגיטין דעת הרא"ש להכשיר. וכן נראה לדינא וכמ"ש הש"ך דבאמצע בשאר שטרות זולת גט לכ"ע פסול. וזה שהעליתי דאפי' באמצע קרובים פסול לכאורה מוכח כן מתו' ב"ב דהקשו למה צורך בשטר על הנייר ועדים על מחק לכתוב אנחנו כו' יניח פנוי. וקשה תינח בשטר בב' עדים בג' עדים ע"כ יצטרך לכתוב אנחנו בין עד ראשון לשנים אחרונים דאל"כ אלא יניח פנוי ימלאהו בקרובים ושנים אחרונים יהיו כשרים ועל כרחך צריך לומר דמכל מקום פסול השטר אך יש לדחות או כמ"ש בחדושי כי בשטר על נייר ועדים ע"מ אפשר לא מכשיר כלל בחתימת קרובים בשום דוכתא כי התו' ב"ב דף קס"ג ד"ה גופא כו' הקשו דילמא היה עדים על מחק ושטר על הנייר ומחק וכתב ועיין מהרש"א דפי' דמסרו לו שטר פסול וזהו שצריך עיון איך ס"ד דעדים יעשו שלא כדת וע"ז הוא כל ענין הכשר שטר דאין עושין שלא כהוגן. ולכן י"ל כך בחתום קרובים בתחלה ליקרא ודאי לא יכתוב נחנו סהדי רק אחר חתימת קרובים דהם אינם בגדר עדות כלל והקרובים יהיה קרובי לוה ואחר כך יקח שטר ויגוז נחנו וב' העדים וישאר שטר עם חתומים קרובים וימחוק השטר ויכתוב שטר שהוא הלוה לאחר ולהם אין עדים קרובים ויגבה בו או שיקח קרובים למלוה וללוה רק הם יהיו קרובים ונתרחקו ויגוז כמ"ש והשטר ימחוק ויזייף שטר אחר ויכתוב זמן מאוחר לאחר שכבר נתרחקו והשטר כשר. וע"ז תי' התו' כיון דבכה"ג בעינן לכתוב נחנו סהדי וכו' אין מוסר לו שטר פסול הרצון שטר שחתום עליו פסולים כו' דאם כן לא נתקיים תקנת חכמים למכתב נחנו וכו' כי יכול לגוז כמ"ש ולא חיישינן לכך ואין לגמגם בשביל לשון התו' כי הלשון בזה הדיבור מגומגם וצריך הגהה כנראה וכמ"ש מהרש"א והדברים בכוונתם נכונים ואפשר שצ"ל שטר בפסילים הרצון שטר שנחתם עליה פסולים. ואם כן לק"מ מהנ"ל אבל י"ל בכוונת התו' עוד פי' דאולי שנים לוים מאחד וכתבו אנו לוים ממך מנה וחתמו שנים והיה שטר על הנייר והם על מחק ואף שפסול שהוא יכול לזייף מה בכך בלא"ה על כת"י נאמן פרעתי ולהד"ם אף בזה א"י לטעון והלוים האמינו למלוה דלא יזייף עליהם מכמה טעמים ובפרט דלוה מהימן למלוה כדאמר הגמרא והוא ימחוק ויכתוב שטרו על אחר והלוים הם יהיו עדים וקושי' גדולה היא ותי' התו' כיון דצריך אנחנו כו' הם אין מוסרים לו שטר פסול כמו דחזקה על עדים שאין מוסרים מתחת ידם דבר שעומד לזיוף כן חזקה על כל ישראלים ואין הלוים מוציאים זיוף מתחת ידם דבר שיוכל לזייף והמכשלה תחת ידם וכוונת התו' שאין מוסר שטר פסול קאי על כל ישראל שכולם בחזקה זה שמשגיחים מבלי להוציא מכשלה זו:

טז **האחרונים וכו'** ועיקר הטעם משום דמקיימין שטר מן עדים אחרונים ואם כן אתו לקיים מן עדים פסולים ועיין ש"ך שהאריך בזה ויש להקשות קצת לפי מ"ש הרא"ש בקושי' דאיך מכשירין בקרובי' ניחוש דאתו לקיים שטר מן קרובי' כדפרכינן בגיטין גבי מקושר ותי' דאין מקיימין אלא מעדים אחרונים והם צריכים להיות תמיד כשרים ואם כן ליכא למיחש וקשה לפ"ז קושי' הגמרא אם הרחיקו עדים ש"א ג"כ יפסול דדילמא יגוז השטר ויעשה שטר ועדים בש"א ויאמר אנא לרבות בעדים קבעי ומה דמשני הגמרא בכה"ג מקיימין אותו מעדים של מעלה מה בכך הוא יכתוב שטר בש"א ויחתום עליו עדים פסולים ואם כן כשאנו מקיימים השטר מעדים של מעלה קושי' הרא"ש במקומו דמתקיים השטר ע"י פסולים ואם אמרינן דכ"ז חוקרי' לדעת טיב עדים כמ"ש רמב"ן בלא"ה אין מקום לדברי הרא"ש כמ"ש הש"ך ע"ש ואפילו נימא דקרובים לא נחשדו לחתום שטר מזויף כזה עדיין קשה מן פסולים הנפסלים בשביל שהם בחזקת משקרי' וקושי' במקומו ואמת כי בתו' ב"ב משמע קצת דלא חשו לכך באמת כי חזקה על ב"ד דחוקרים טיב העדים אם כשרים או פסולים רק קושי' התו' כיון דדרך הקיום לקיים מן עדים אחרונים והבריות יראו דחתמו לבסוף במקום שמקיימין ממנו שטר פסולים יטעו ויחשבו פסולים כשרים לעדות ואתו לקלקולי ע"ש בלישנא דתו' אבל חזקה על ב"ד שלא יטעו ואם כן לא קשי' מהך שטר בש"א הנ"ל כיון דהב"ד לא יטעו למראה עיני הבריות לא חששו בהך שטרא דלא שכיח כלל אבל לפמ"ש הרא"ש מבואר דחששו באמת לקלקול בקיום כדאמרינן בגט מקושר קושי' הנ"ל במקומו וצ"ל דודאי אם הלוה טוען מזויף והמלוה בא לקיימו דחוקרין הב"ד בכל אופן לברר הדברים ואומרים מה דקמן ודאי לא חצוף אינש לומר על שטר אמת שהוא מזויף עד שאמרו בשביל כך ד"ת א"צ קיום וחוקרין ויודעים ועומדים על השרש מכל טיב עדים אבל אם הלוה מודה בשטר רק דטוען דבר אחר כדקי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו והמלוה רוצה לקיים שטרו כדי שלא יהיה ללוה מגו בזו אין הב"ד חוקרים כלל אחר טיב עדי שטר דהא נודע להם דהדבר אמת והלוה מודה רק לסלק מגו בעינן קיום ואם כן כל קושי' הרא"ש לא כשלוה יטעון מזויף דבהא הב"ד חוקרין כקישיי' הרמב"ן רק אם יודה ויהיה לו מגו הב"ד יקיימו עפ"י קרובים ויפסידו ללוה המגו שלא כדת ואז אין הב"ד חוקרי' ואם כן ל"ק מן הך דהוא ועדים בש"א דכל חשש דיעשה זיוף ויחתום פסולים ושטר ועדים בש"א בהרחקת השטה דאז הלוה טוען מזויף דהא לא יודה בשטר שקר ואם כן תו ליכא למיחש כלל דהב"ד יחקרו בטיב עדים וא"ש:

יז **דוקא שמלאהו ביום שנכתב וכו'** ויש לדקדק על הש"ע דסתם הך דינא כאילו אין בו חולק ולענ"ד נראה לא סבירא ליה להרא"ש כן דהא רבינו יונה כתב הך דינא וכתב דאי ל"ת הכי אלא אפילו לאחר הזמן כשר משום דשטר כשר היא אלא שיש בו חשש זיוף וכיון שנסתלק הוכשר למפרע אם כן היכי משכחת לי' בהרחיק ב"ש דפסול כשיבוא לב"ד יאמרו לו לך ומלאו בקרובים ולהכשירו לשעבר. (ואין להקשות לפ"ז מה פריך הגמרא ב"ב דף קס"ב בין עדים לאשרתא דמטייט ליה א"ה בין כתב לעדים נמי דמה קושי' שם איירי דכבר עבר זמנו של שטר דבו ביום בלא"ה די ק רבינו יונה דלא שייך פסול דאפשר למלאות בקרובים ואם כן לאחר יום אף טיוטא לא מהני דה"ל מוקדם משא"כ בקיום לא שייך מוקדם ולכך מהני טיוטא וצ"ל דקושי' הגמ' אם כן דגם ברווח ב"ש מהני טיוטא למה קתני מלאהו בקרובים הל"ל מלאוהו בטיוטא כשר ול"ל קרובים ודוק ובפרט אם אמרינן דלכך קרוב ברישא כשר דהוצרך למלאו' החלל כי היה רווחא שביק למאן דקשיש וכאשר לא בא הוצרך לחתום פסול ואם כן קשי' שפיר עדיין יפסול דודאי לעדות נתכוון דאי למלוי הא יכול לטייט בדיו וא"ש) וי"א דאם בא לב"ד קודם שמלאהו שוב אין לו תקנ' ומילתא בלי טעמא הוא וכתב הרא"ש דהוא דבר שיש בו טעם לשבח ונתן טעם לסברא זו ע"ש ואם כן דסברא זו מסתבר כשל עוזר דכל ראי' ר"י לדינו הוא מהך דאל"כ הרחיק ב"ש דפסול איך משכחת לי' אבל לסברא זו שפיר משכחת בבא לב"ד קודם שמלאהו ולכך הטור ברמזים הך דינא דצריך המלוי להיות דוקא בו ביום השמיט והמתיק רק שיכול להיות בלי צווי הלוה וגם קודם שיבא לב"ד מהני מילוי ולא אח"כ והשמיט הך דינו דר"י והוא הטעם דלפי זה דצריך להיות קודם ביאה לב"ד אין לדין זה ראי' כלל ואם כן אף בטור יש לפרש כן דהעתיק דברי רבינו יונה ואח"כ הביא דעת אביו הרא"ש דסבירא ליה דצריך להיות דוקא שמלאהו קודם שבא לב"ד משמע הא זולתו כשר דדוחק דמיירי דבא לב"ד לגבות בו ביום שנכתב או דבאמת מחק זמן הנ"ל וכתב זמן ההוא שבא לב"ד וקיימו בש"א כנ"ל דמשמע דבא לב"ד בלי מילוי כלל אז ל"מ. וא"כ המחבר דפסק כרא"ש דצריך דוקא להתמלא קודם שבא לב"ד א"כ כשל עוזר ואין לדין זה של ר"י ראי' ולא ה"ל להביא בסתמא. והיה מקום לומר דסבירא ליה לרבינו מחבר מהכ"ת נימא דאם מילאו אחר כך בקרובים דיוכשר למפרע לגבות ממשעבדי במה חל שעבודו בהך שטרא הא תספא בעלמא הוא וא"א לגבות בו והוי כאילו לא נכתב כלל ואם כן מה צורך לר"י להביא ראיה בכך ודקארי ליה מה קארי לי' דכתב וכ"ת דמוכשר למפרע וכו' וצ"ל דודאי כל הפיסול דהרחקת שני שיטין הוא כשהעדים מוסרים השטר ליד המלוה ואז יכול לזייף. אבל כ"ז שהשטר תחת יד עדים אין עליו פיסול דהרי

הם לא יזייפו וה"ל כמו גבי גט דכשר בע"מ ומכ"ש זה כשהשטר תחת יד עדים וא"כ אימתי מתחיל פסולו כשנמסר ליד המלוה ואם כן למ"ד עדים בחתומים זכין לו תיכף כשחתמו עדים חל שעבוד על נכסים דאז היה השטר תחת יד עדים ולא היה בו פיסול כלל רק אחר כך כשהגיע ליד המלוה אז ה"ל כנפסל ונמחק ואם כן פשיטא י"ל כשחזר ומלאוהו דחזר לכשרותו דהא שעבודו כבר חל מעת חתימה וכמו שטר שנמחק וחזר וקיימו ע"י עדים או העביר מחיקתו על ידי צפון ואם כן ר"י ורא"ש וטור כל ענין פלפולם הוא הכל למ"ד עבחז"ל דהכי סבירא ליה ולכך שפיר י"ל דלא הוי מוקדם אבל לפי דפסק הש"ע דלא כאביי רק בעינן דמטי לידו דאז חל שעבודו ובמטי לידו היה שטר שיכול לזייף והיה פסול לא חל שעבוד המלוה כלל כי האי שטרא הוי חספא בעלמא ואם כן במה יחול שעבודו ופשיטא דאם מלאוהו והכשירו לאחר זמן דלא חל שעבודו למפרע וה"ל מוקדם ואין צריך לראיה כלל ולכך סתם הש"ע דהוא פסול. ואיפכא לא קשיא דא"כ מנ"ל לש"ע הך דינא דרא"ש דצריך להיות קודם שנראה בב"ד דילמא אם בא בו ביום לב"ד גם כן כשר והא דקתני פסול בהרחיק ב"ש היינו בבא לב"ד למחר דשוב א"א למלאות דה"ל מוקדם ומנ"ל לחדש סברא ודין בלי ראיה. דהמחבר פסק ב' שיטין פסול לגמרי כדמשמע בגמרא וכמ"ש לעיל ס"ז ומוקדם סבירא ליה דאינו פסול רק למשעבדי ואם כן עדיין קשה איך קתני פסול לגמרי ימלאוהו בקרובים ויהיה מוקדם ולא יפסול רק למשעבדי ש"מ דסבירא ליה דא"א למלאות וא"ש. אך נראה דתלי' במחלוקת רש"י ותו' בגיטין דף פ"ב בגט קרח שקשריו מרובים מעדיו דג"כ פסול וא"כ לשיטת ר"י צריך להיות ביומו לתשלום הקשרים בעדים דכיון דהוא פסול מגזירה דרבנן ה"ל חספא ואיך יוכשר אחר כך למפרע בהשלמה ליום מחר דמ"ש דפסול מהך גזרה דיוכל לזייף או מהך גזרה דמשום כולכם סוף כל סוף פסול מגזרה דרבנן ואמרינן שם צא והשלים עליו עבד משוק ופי' התו' בד"ה צא כו' כי מילת והשלים משמע אחר כך שכבר נמסר הגט ורש"י כתב שעדיין לא נמסר הגט וכתבו התו' דנמס' הגט לאו דוקא רק שעדים לא חתמו ולענ"ד נר' נמסר דוקא דרש"י סבירא ליה כפי' ר"י דה"ל מוקדם ולכך פירש"י דעדיין לא נמסר ואם כן אף דנמסר ביום שלאחר כתיבה ל"ל בהו גבי גט דקלא אי' ליה בע"מ כמ"ש התו' דף י"ז ד"ה עד שעת נתינה כו' וא"ש ודוחק לומר צא והשלים היינו לאחר שכבר נגמר ומכל מקום הוי ביומו דזה דוחק וסתימת לשון הגמרא ודברי רש"י מדוקדק כמ"ש:

יח **שאין שטה ראשונה מתחלת כו'** הרב הש"ך בס"ק כ"ט הניח דברי הרב בצ"ע מחמת קושי' הסמ"ע דהא עדים אסורים לעשות כן להניח חצי שטה ושטה שניה חלק דהרי יכול לכתוב בו כל שירצה ואף דכתוב כבר ש"ו הרי יכול לכתוב שנית ש"ו ע"ש ונר'

לישב דברי רמ"א דידוע בשטר משערין הכל לפי כתב השטר דאם כתב השטר גם אף ערך שני שיטות הכל בכתב גס דאין עושה בשטר שני מיני כתיבה דקות וגסות דאז יהיה זיופו ניכר וכ"כ התו' להדיא ב"ב בדף קס"ג ד"ה שיטה ע"ש ולעיל סימן מ"ד ולפי זה אם בשטר הכתב גס ועב ביותר עד שבשטה אינו פנוי לפי ערך כתב ההוא שהאותיות גדולים ורחבים יותר מכדי לכתוב בו הכל שריר וקיים אזי מותרים להניחו פנוי אם כבר נכתב ש"ו דמה יש לחוש אם יזיף ויכתוב דבר לטובתו ולא יכתוב שנית ש"ו הא אין מועיל ואי יכתוב שנית הא אין מקום מכיל לכתוב עוד דבר ולכתוב גם כן ש"ו כהנ"ל ואי דישנה הכתב ויכתוב כתב דקה משארי אותיות השטר הא זיופו ניכר כמש"ל ואם כן מותרי להניח ומה עשה זה יחתוך כל השטר והוא צמצם הכתב לכתוב אותיות קטנות מן שטר ההוא וזייף וכתב בחצי שטה מה דבעי והרבה בכתיבה לקטנות הכתב והזיוף לפנינו וביותר יש לחוש בזה דריעותא לפניך דחצי שטה נחתך ואין זה גדר וסדר השטרות וחוששין בו כל חששא דא כא למיחש ודברי רמ"א ברורים:

יט **ואם יש כו'** ואם השני עדים חתומים אחד בתחלת השעה ואחד בסופו וביניהם רווח אף דהוא כשיעור שיכול לכתוב נחנו סהדי וכו' מכל מקום יש להכשיר דליכא למימר דהיה שטר על הנייר ועדים על מחק וכתבו באמצע נחנו וכו' דעדים אינם רשאים לעשות כן דהרי יכול לחתוך העד ראשון עד למעלה ולמחוק הנייר שעליו השטר ויכתוב שטר אחר מה דבעי ויהיה שטר וע"א על מחק וכן בעד השני יחתוך העד עם כל מה שלמעלה עד קצה שטר וימחוק השטר הכתוב על הנייר ויכתוב גם כן כמו שטר הא' על מחק ויהיה לו שני שטרות בב' עדים ומצטרפין כדלקמן בסימן נ"א והרי יכול לזייף ואם כן דאין עדים רשאים לעשות כן אם בא לפנינו שטר כזה והשטר ועדים על מחק כשר דודאי כשחתמו העדים היה על המחק דאל"כ אין רשאים לעשות כן ואין להקשות מדברי תו' ב"ב דף קס"ד ד"ה גופא דכתבו דאין לומר דאיירי דשטר על הנייר ועדים על מחק וא' חתים בתחלת השיטה והשני בסוף שיטה וביניהם נחנו סהדי כתוב על הנייר כתבו התו' דלמה יעשו שטות כזה יחתמו המה על הנייר ולא כתבו כפי מש"ל דאסור לעדים לעשות כן מחמת חשש זיוף ש"מ לכאורה דלא סבירא ליה כמ"ש דזה אינו די"ל התו' כתבו כן לרווח' אפי' נימא דאין שני עדים בשני שטרות מצטרפים כמ"ש באמת לקמן די"ל דאין מצטרפים ולכך כתבו דמכל מקום למה יעשו העדים שטות כזה ע"ש. אבל באמת לפי דקי"ל מצטרפין שפיר י"ל כמ"ש אך זה דחוק ויותר י"ל דסבירא להו לתו' דע"א בכתב לא מהני רק כמ"ש בירושלמי וכמ"ש התו' ב"ב וכתוב שחתמו שנים ומצאו לקיים כת"י של אחד ולא של שני ואם כן י"ל דחתומים על שטר המחזיק רק ב' שיטות והם חתומים

ואחר חתימתם מיגז גייז לנייר וא"כ אחרי חתימתם א"א לכתוב ולפני חתימתם א"א לחתום אחר דא"כ יהיה רק שטר בש"א ועדים בש"א פסול משא"כ אם נחנו סהדי למטה ומחזיק ב"ש שפיר כתבו התו' דע"כ עד הראשון דחותם אמחק ואינו חותם למטה על הנייר ש"מ דיש למעלה ממנו שורה מחק ולכך א"א להשפיל חתימתו עד הנייר דיהיה ב' שורות פנוים ואם כן שפיר יכול למחוק ולחתום ע"א על השורה שבלא"ה מחוק לפניו וכמו כן נחנו סהדי מחזיק ב' שיטות יכול לכתוב שטר שטה ומחצה ובמחצה ש:יה ע"א קודם חאימתו וא"כ כיון דיש בכ"מ שני עדים אף דאין אחד מקוים ה"ל כשני ע"א בשטר וגובה ומצטרף ושפיר כתבו ולכך י"ל דהא דדעת התו' לשיטת ריב"ם נחנו סהדי מחזיק ב' שורות מה שאין כן לפי' רשב"ם כמ"ש מהרש"א היינו דגם לדעת ריב"ם לא החליטו הדבר בסברא רק באו בטענה ממ"נ אם נחנו סהדי על הנייר ה"ל לעד ראשון לחתום אנייר ואי דיש שורה מחק לפניו וא"א להניח ב' שורות מחק אם כן יכתוב נחנו סהדי וכו' על שורה שלפני מחק חתימתו דלשיעת ריב"ם כשר לעשות כן ועכצ"ל דצריך ב' שורות אבל לפי' רשב"ם בלא"ה לק"מ דא"א לכתוב בשורה לפני חתימתו כמ"ש התו' ובהכי ניחא דלשיטת ריב"ם החליט התו' דיכול להיות נחנו סהדא על הנייר ואילו לפי' רשב"ם כתבו התו' אטו בשופטני יניח נייר ויחתום על מחק וקשה לכאורה ולפי מה שכתבתי ניחא דלשיטת ריב"ם י"ל דיש שורה מחוקה לפניו וא"א להשפיל חתימתו אנייר ול"ק יחתום עצמו אשורה החלוקה ומחוקה ובשורה שחתם יכתוב נחנו סהדי חדא לשיטתו מחזקת ב"ש וגם מה ירוויח בצמצום הזה לחתום עצמו רצוף לשטר סוף כל סוף יצטרך לכתוב אבל לפי רשב"ם דבמחוק אין צריך לכתוב רק סגי בהנחת פנוי וגם אין מחזקת ב"ש אם כן שפיר קשה אי שטה מחזקת לפני חתימתו יחתום שם ויניח פנוי ויחתום שני סוף שטה שני' ואין צריך כתיבה ואי אין פנוי אם כן ישפיל חתימתו ודוק היטב. ואמת כי לפי מ"ש הרמב"ן בחדושיו בריש פ' ג"פ דיש לספק אי כ"י הלוה על מחק וגם השטר אי כשר דאין נותן על לב להבחין להיות נמחק לפניו דוקא ופי' דאולי מקום השטר היה נמחק פ"א ובמקום חתימתו ב"פ ואם כן כשימחוק ויחזור וימחוק יהיה שוה הכתב והחתימה ולפי זה אף שטר וע"א על מחק פסול דדילמא כתב בכת"י לחייב עצמו דבר מה והוא מחקו וכתב עליו שטר על פלוני והלוה נעשה עד אמנם מדברי התו' הנ"ל דף קס"ד ד"ה גופא כו' מבואר דכתבו אם עד ראשון על מחק וגם כן עד שני ובין עד לעד פנוי יש לחוש דיחתוך ויהיה שטר ראשון בע"א הוא ושטר על מחק וכן שני בשטר בפ"ע ע"ש ובמהרש"א ש"מ דאף בע"א אמרינן דדייק וה"ה בלוה דאל"כ עדיין החשש בע"א כמ"ש ואם כן לא אתא ספיקו של הרמב"ן ודחה ודאי של התו':

כ **ואם כתבו העדים וכו'** כבר כתבתי דכתיבה זו בין עד לעד בש"א לא מהני כאשר כתבתי בטעמא דמילתא ע"ש ואם נכתב זה נחנו סהדי על הנייר משמע בתו' ד"ה גופא הנ"ל כל שאינו מחזקת ב' שיטין דכשר ולפי זה אם יש מקום מחוק בין עד לעד כשיעור כתיבת נחנו סהדא וכו' בשטר ועדים על מחק פסול אפילו לשיטת ר"י ברבינו מאיר דסבירא ליה דיש להכיר אפילו לא נכתב עליו כלל אי נמחק פעם אחד לנמחק ב"פ וראינו דאין הבדל בין מחק מכל מקום פסול דדילמא היה כתוב נחנו סהדי על הנייר ומחקו ולכך לכאורה יפה סתם המחבר בסעיף שלפני זה בשטר ועדיו על מחק דאם יש מקום פנוי בין עד לעד כדי כתיבת נחנו סהדי וכו' דפסול והקשה הש"ך בס"ק צ"ב דאיך העלים שיטת ריב"ם דסבירא ליה להל' דאפילו בלי כתיבה אין דומה נמחק וכו' ואם כן יש הבדל ע"ש דלפמ"ש לק"מ דחוששין שמא היה כתוב על הנייר וכו' ומחקו והתו' הצריכו לומר דעכ"פ אין מחזיק בפחות מב"ש. וזהו דוחק כמ"ש לקמן ולכך סבירא ליה דאין יכול להיות פנוי כלל לכ"ע אך הא קשיא לי לכ"ע אך יכול לכתוב אנחנו סהדי על הנייר דילמא ימחקו ויעשה כל השטר ועדים על מחק ואי דיהיה מקום פנוי בין עד לעד כדי כתיבת נחנו סהדי ויפסול הא יכול למלאות החלל בקרובים או בכשרים ולימא אנא לרבות בעדים קאתינא וצ"ל דלתו' לא קשי' דלמי יחתום לכשרים לא יחתום דכשרים בראותם שטר ועדים על מחק ובין עד לעד מקום פנוי ירגישו בחשש זיוף וימאנו לחתום ולא יוציא תקלה מתחת ידם ועדים פסולים ליכא למיחש דהא עד כשר חתום לפניו וא"כ ה"ל עד פסול בב' אחרוני' דאף דנימא דמתחילה קודם שיעשה זיוף יניח בצד עד השני לחתום גם כן עד כשר ויהיה שטר בשלשה עדים ואחר כך כשיעשה זיוף יניח על מקום חלל לחתום פסולים ה"ל פסול באמצע עכ"פ ודעת התו' בשטרות חתום פסול באמצע פוסל כל שטר ואם כן ליכא למיחש דיעשה כן כשיתוודע דחתום פסול כל השטר פסול אמנם לדעת המחבר לעיל דגרר בתר הרמב"ם דחתום קרוב ופסול בכל מקום כשר הן בתחלה והן באמצע והן בסוף שפיר כשר דימחוק אותו וירבה בעדים פסולים ולכן צ"ל לשיטתו דאין לכתוב נחנו סהדי וכו' על הנייר כלל מחשש זיוף רק על מחק וליכא חשש דימחוק דאין דומה ואם כן יפה הקשה הש"ך על הש"ע דלא ה"ל להשמיט דעת ריב"ם וצ"ל דסבירא ליה לדעת ריב"ם לדוחק כמ"ש הרבה ממחברים. אלא דקשי' לי אף לדעת החולקים על ריב"ם עדיין כשיש רווח מחק למה פסול נכתוב עליו מה שירצו ב"ד ונדמי להדדי ונראה דאילו היה נמחק שני פעמים היה הבדל בכתיבה שעליו ואע"פ שאמרו אין דומה נמחק וכו' זהו במחיקה אם נמחק היום או נמחק למחר אבל בכתיבה שאם נכתב היום עליו או מחר לא מצינו הבדל בגמרא והגע עצמך במה דאמרינן דימחוק ויכתוב

וכי יהיה הכל ביום אחד וע"ש בתו' דהקלו לכתוב על המחק משום דלפעמים הסופרים קלפים מחוקים יש להם ע"ש ואין לומר דאנן חוששין לב"ד טועין דזהו לעשות מחיקה חדשה ולשהיה אבל להבדיל בין מחקה פ"א לב"פ הלא על זה סומכין להכשיר שטר ועדים על מחק דהב"ד ירגישו אם נמחק בפ"א או ב"פ ש"מ דבזה לא חששו לב"ד טועין ועוד דרוב מחברים לא גר' לי' חוששין לב"ד טועין וצ"ל כמ"ש לעיל הסמ"ע בסימן מ"א דאף דלב"ד טועין לא חיישינן מכל מקום לשכחה חיישינן ולכך להבחין בין שטר אי הכל נמחק פ"א או ב"פ דאין צריך מעשה לא חיישינן שיטעו בהבחנתם אבל כאן דצריך מעשה לכתוב עליו חיישינן דילמא ישכחו המעשה ויכשירהו בלי מעשה וכן יש לפרש שם בגמרא וצ"ע:

כא **אנו עדים וכו'** ואפילו לא כתבו רק יש חלק ופנוי כשיעור כתיבה הלזו ג"כ כשר דל"ל דיעשה כל שטר ועדים על מחק דא"כ יפסול כשיש חלל בב' שיטין בין עד לעד כמ"ש בסעיף שלפני זה כ"כ התו'. ולפי מה שכתבתי בדעת המחבר זה לא מהני דיחתום עדים פסולים ותלי' זה בדעת הרמב"ם ותו' אי חתימת פסולים באמצע פוסלים לשטר או לא וכמש"ל ולכך סתם מחבר דמשמע דבעי דוקא כתיבה והוא הטעם כמ"ש:

כב **כשר** ואם נכתוב זה על הנייר כבר כתבתי דתלי' בשיטת הרמב"ם ותו' אך כל זה אם אין מכיל שיעור ב' שיטין אבל אם מכיל שיעור ב' שיטין ודאי פסול כמ"ש התו' דיחתוך השטר עם העד הראשון ויעשה שטר ועד על מחק והנך ב' שיטין ימחוק ויעשה ב' שיטין שטר ועד על מחק ושני שטרות בב' עדים מצטרפים ואף דמהרש"א פי' בתו' דלא אמרינן כן רק כשמחק לפנינו אבל כשהוא כתוב על הנייר אע"פ דיש לחוש דימחוק ויעשה ב' שטרות לא חיישינן ע"ש מכל מקום כבר העיד מהרש"א בעצמו שראה בגליון התו' דכתבו דהוא דוחק דלמה לא ניחוש לזיופא. ובאמת אף בדברי התו' יש לכוין כן די"ל דהקשו לריב"ם דילמא היה כתב נחנו סהדי וכו' בנייר ואי דפסול כשכתב ע"ג הנייר אדרבא זה היה ראוי להכשיר יותר וכו' ואם כן י"ל דכשכתב על הנייר כשר ולעומת זה יתקנו חכמים כשיש רווח בין עד לעד בלי כתיבה דיפסול וזה כוונתו כמ"ש אדרבא וכו' והיינו כמ"ש דיש להכשיר זה ולפסול כשנמצא חלק ועוד דלא מצינו בגמרא דמורה קפידא שיהיה דוקא נכתב על מחק ולא על הנייר ולכך תי' התו' דלא חיישינן שמא מחק דא"כ היה רווח ב' שיטות דזהו מחזיק ב"ש ויש כאן חשש זיוף כנ"ל ואם כן אף אם כתוב נחנו סהדי בנייר פסול דיש לחוש דימחקנו ואי קשה אדרבא יותר יש להכשיר וכו' דזה אינו דמכל מקום הוצרכו לפסול דאף דהיה מתקני' שאם יהיה רווח בין עד לעד פנוי דפסול מכל מקום לא היה אפשר לתקן לכתוב נחנו ע"ג נייר דעדיין יש חשש דימחקנו

ויגוז אותו ויעשה שטר וע"א והרי כאן שני שטרות בשני עדים רק דלא יקשה אם כן הל"ל דנחנו סהדי צריך להיות שלא ע"ג הנייר והיא הקושיא שניה לעיל מתו' וע"ז תי' דיש מציאות כשכתבו בין עד לעד בשורה א' זהו בתחלה וזהו בסופו ואף דלא שכיח מכל מקום ישנו במציאות ולכך לא קתני ליה או י"ל דודאי לרב דסבירא ליה בסנהדרין דף ל' דאין הודאה והלואה מצטרף עד דידע חד בחבריה א"כ שני שטרות בכתב אינו במציאות דהא לא ידע חד מחבריה ואי דהיה ביום אחד מלבד דג"כ קשה במציאות בלא"ה איתרע למה לקח שני שטרות ולא הניא שניהם לחתום אחד שטרא ולפי זה ריב"ם אמר דינו לדידן דקי"ל מצטרפי א"כ ל"ל דהיה כתוב על הנייר כקושי' תו' דהא מחזיק ב"ש ויכולים לעשות ב' שטרות וקי"ל דמצטרפים ולכך באמת לדידן פסול נחנו וכו' על הנייר כדעת הגליון אבל לרב דסבירא ליה לא מצטרפי באמת על הנייר כשר ובאמת לא מועיל חלק כקושי' התו' ומעתה לא קשי' דלא מצינו חילוק בגמרא בין נייר למחק והיינו דאמרינן דכתבו נחנו וכו' ולא קאמר להדיא דכתבו אמחק דהא סתמא דגמרא לרב ואליביה אף על הנייר מצו לכתוב ודוק וא"ש. אבל באמת הדברים ברורים כמ"ש הגליון דאף נחנו סהדי על הנייר אי מחזיק ב"ש פסול ומכאן נלמוד מ"ש הרמ"א בסעיף הקודם שיכול להניח רווח בין עד לעד היינו כשאין עדים על מחק וזהו מ"ש הרמ"א שאין שם מחק כלל ואם כן ליכא למיחש דמה יעשה אם ימחוק יהיה שטר על המחק ועדים על הנייר ופסול אי דיהיה כותב על גבי עד שני כת"י דהעד חייב לו לזה לא חששו כמ"ש הריב"ש אבל אם העדים על המחק פשיטא דאם יש רווח ב"ש פסול דהרי יכול לחתוך ולעשות שני שטרות בשני עדים דמצטרפין וע"ש בתו' ודוק:

כג **אבל אם כתבו כן לפני חתימתן כו'** פירש הש"ך בס"ק ל"ג דיש לחוש שימחקנו ולא יכתוב עליו וכל כמה דלא כתוב עליו אין ניכר ואי דיהיה פנוי מה בכך שטה אחת יכול להניח פנוי בין שטר לעדים וכו' והחליט דשיעור נחנו סהדי הוא רק מכיל שטה אחת והתו' בד"ה גופא הנ"ל סבירא ליה וז"ל דמסתמא אין כותבין זה הדיבור נגד חתימה פחות מב' שיטין וע"ש בתו' מיהו לפמ"ש התו' אחר כך לפי' רשב"ם למה לי לכתוב אנן סהדי יניח פנוי ואם כן ל"ל דיעשה הכל על המחק דיהיה פסול כשיש רווח צ"ל לכאורה דלפירשב"ם אין מחזיק ב' שיטות דאי מחזיק איך יניח פנוי דילמא יגוז ועל שטר דלעיל ימחוק ויכתוב מה דבעי וכן בהך מקום פנוי ג"כ יכתוב ויהיה שטר ועד על מחק ושני עדים מצטרפין וצ"ל דלסברת פירשב"ם (וכ"כ מהרש"א) אין אנו צריכין לדוחק הזה דב"ש מחזיק ויכול לומר אפילו פחות מכן מחזיק ואינו מחזיק רק ש"א וכי אמרינן דמחזיק ב"ש היינו לפי' ריב"ם דמוכרחין אנו לומר כן אך באמת בלא"ה לק"מ

דאף דשיעור כתיבת נחנו סהדי הוא מחזיק שני שיטין היינו לפי ערך הכתב שהיה אז השטר נכתב ואם כן אם נכתב לפני החתימה אולי ימחוק השטר ויכתוב וכדי שיהיה מקום נחנו סהדי פנוי מבלי כתיבה עליו שלא יהיה ניכר זיופו וגם יהיה בש"א דיותר מזה א"א להניח חלק יכתבו כתיבה גסה אותיות גדולות ורחבה ושורות מרווחי' באופן מה שהיה מקדם מחזיק ב"ש לפי כתיבה זו רק מחזיק ש"א וזהו יניחו פנוי וא"ש ובזה. ניחא דלא אמרינן דיכתבו כן לפני חתימתן ויניחו ש"א חלק כסדר ואם כן א"א להניח אחר כך מקום מכתיבת נחנו סהדי פנוי דא"כ יהיה שני שורות פנוים וזה פוסל השטר אבל לפמ"ש ניחא דמה בכך דיש הבדל ב' שיטות הוא יכתוב בכתיבה גסה עד שיהיה מכיל רק שטה א' וא"ש. איברא בגוף הדבר אני נבוך דמתחלה החליטו דלפחות אין הדבר נחנו סהדי מחזיק בפחות מב' שיטין וכמ"ש דלכך א"א להיות מחוק דאולי יכתוב עליו שטר ואחר כך כתבו התו' ולא תמצא מקום לחוש אלא היכא דעד א' חתום בראש השיטה והשני בסוף שיטה ונחנו סהדי בנתיים וזה אין רגילות וכו' והדבר מעורר תימה דמתחילה החליטו דמחזיק ב' שיטות ולבסוף לפי דבריהם אפילו שטה אחת שלמה אין מחזיק דהא נכתב באמצע שטה והעדים חתומים מכאן ומכאן מקצה ומקצה. וצ"ע לכאורה ומה שיש לישב דיש להבין איך יכתבו בין סהדא לסהדא נחנו סהדי וכו' ויחתום עד השני דא"כ יהיה נראה כאילו לא חתום על השטר כלל רק להעיד דשטר על נייר ועדים על מחק וכך אמרו בטיוטא דאטיוטא חתמי ואי דשם אין מזכירין בחתימתם דבר מהשטר מה שאין כן כאן דכותבים חתימה על מחק ושטר על נייר הא גם באשרתי' סבירא ליה לר"י דב"ד חתימי אטיוטא אף דנזכר בקיומא שטר הנ"ל נתקיים בפנינו ועיין תו' שם ד"ה שטר הבא וכו' ואפילו רב דפליג היינו דסבירא ליה דב"ד לא חתימי אטיוטא אבל בעדים ודאי נימא כן וצ"ל דנזכר ענין השטר בהך דכתבי כי כותבים כך נחנו סהדים המעידים על שטר שסכומו כך וזמנו ביום פלוני שלוה פלוני מפלוני חתימי על מחק להעיד על העדות מה שכתוב על זה השטר והשטר הלזו על הנייר ובזו מעידים בפי' על ענין השטר ולא על ענין המחק ולא קשה על טיוטא חתמי ואם כן בזו ודאי לכתוב כל זה צריך לערך ב' שורות לפחות. ויפה כתבו התו' אבל כשחתמו ממש סמוך לשטר בלי הבדל כלל זה בקצה אחד וזה בקצהו השני אף דכתוב ביניהם נחנו סהדי וכו' אין זה מורה דחתימי על זה ויותר נראה דחתימתן על השטר שהם חתומים תכופים לשטר מבלי מפסיק ביניהם דבר במשך השטר ועדים ואמרינן בירושלמי כל שהעדים נקראים עם השטר הרי זה בכלל השטר ואם הם חתומים תכופים לשטר הרי הן נקראים עם השטר ולחד שייך בכל אופן ואם כן אין צריך לכתוב רק סתם נחנו סהדי חתימי על מחק ושטרא

על הנייר וזהו ודאי דמספיק חצי שטה לכתוב בו כזו והמופת והחוש מעידו וא"ש דכתב דיש במציאות דכתבו נחנו סהדי וכו' בשטה אחת בין עד לעד ובזה מיושב גם הנ"ל במה שהקשו לפירשב"ם למה יכתבו נחנו סהדי יניחו מקום פנוי וכו' וכבר כתבנו דקשה דהא יכול לעשות שני שטרות וכו' ולפמ"ש ניחא דיכול לכתוב באמצע שיטה ועד א' מקצה וע"א מקצה מזה ואם כן ליכא חשש דהא איירינן במחק ואם כן שפיר במציאות כמ"ש זה מקצה זה וכו' וכמ"ש גבי נייר רק שם כתבו אם כן מה לשטות בזה אבל במחק שפיר יתכן. ובזה כתבו התו' שפיר כי מצריך הרשב"ם נחנו כשכתב על הנייר והקשה מהרש"א מה בכך ימחקנו כי לפמ"ש ניחא כי אם כתב על נייר ע"כ דלא היה בזה אופן באמצע שיטה כמ"ש תו' ואם כן דהוא אחר כך צריך להיות ב"ש וא"א להניח פנוי מטעם שכתבו דיזייף שטר כמ"ש התו' וא"ש. אך בלא"ה י"ל בקושית המהרש"א דזה ודאי לא קשי' דימחוק הנייר דהא כתבו התו' כמה פעמים דמהדרין לכתוב אנייר דאין בי זיוף ואיך יתכן למוחקו רק הקושיא במקומו לא ימחקנו ויניחו כ"כ חלק וא"כ ל"ל דיעשה שטר ועדים ע"מ דהא כאן בין עד לעד יהיה נייר פנוי ואף דימחקו יהיה פנוי ויפסול ונר' דיש להבין אף לריב"ם יניח חלק בלי כתיבה ולמה להם טורח כתיבה יניחו חלק רק אותו מקום ימחקו ב' פעמים ותו לא שייך סברת ריב"ם וצ"ל דבאמת איך סמכינן על ע"א דכתבו קודם חתימתו נחנו וכו' אולי לא יכתוב איך נוציא ממון ע"פ ע"א רק דמירתת לעבור כמ"ש ואם יתברר יוחזק לפסלו וכמ"ש במילתא דעבידי לגלויא ע"א נאמן דמירתת ולפי זה בזה לא מירתת אם נמחק פ"א לב"פ ושפיר מצי לטיוטא ולכך לא סמכינן ולפי זה מיושב מה שהקשינו איך יניחו חלק ביש ג' עדים מה יעשו אי יניחו חלק ימלאו בקרובים דהא למ"ש להניח חלק ולמחוק ב"פ וא"א למלאות בקרובים ובזו לא שייך דבזה לא סמכינן על ע"א דהא יש כאן שני עדים ודוק. ולפי זה א"ש דבנייר ליכא למימר להניח חלק דימחקנו וימלאו בקרובים דהוא הוא הנייר ואם כן לא פלוג בין ב' עדים לג' עדים ודוק:

כד **או אחריהן כו'** והא דלא נימא דיכתבו מעבר לשטר בצד שני שטר המעבר לדף הוא בנייר ועדים על מחק יתו ליכא למיחש למידי דאי ימחקו יפסול כל שטר דנימא דהיה כתוב בו פרעון וכדומה ומוחקו ומזה ראיה לכאורה לדברי הרשב"א דאי כתוב גרר ומחק מעבר לשטר דכשר ולא אמרי' דהיה בו פרעון וכדומה ואם כן יש לחוש דימחוק אותו ויגררנו וכן משמע לכאורה בתו' ריש פרק ג"פ דהקשו בגט פשוט אולי יחתוך השטר וכנגד עדים יכתוב מצד שני באורך מה שירצה ויהיה מקושר ותי' התו' דמוחק מצד שני נגד העדים וקשה אם כן אולי היה שם פרעון ואם כן משמע כרשב"א אך דברי התו' י"ל

או דכוונתם בשריטות וכדומה דניכר דלא היה כתוב שם דבר ומכל מקום א"א לכתוב ע"ג או דכיון דכך נימוס השטר לכתוב ולמחוק מאחורי עדים לבל יעשנו מקישר אם כן אין כאן חשש דהיה שם פרעון דידעו כנגד עדים עושים מחק מה שאין כן כמ"ש יש לכאורה ראיה אך נראה גם מזה אין ראיה דהשטר יכול להתחיל בעמוד זה ולהאריך עד עמוד שני ושם בקצהו חותמים העדים כמעשה בכל יום ואם כן הוא ימחוק כל השטר משני צדדיו וביחוד מקום שכתוב עליו נחנו סהדי וכו' ויכתוב שטר אשר תחלתו מצד עמוד שני ויאריך בדברים ותנאים ושופרא דשטרא עד בואו לעבר השני מקום שעדים חתומים וסמוך לעדים יכלה השטר והרי עדים חתומים עליו בשטר הוא ועדים על מחק וא"ש ולכך אין לו תקנה רק שיכתוב בין עד לעד:

כה **כתב יד הלוה כשר וכו'** משמע הא אינו כת"י הלוה פסול וקשה דברים אילו הם תשובת הרא"ש והוא סבירא ליה גרר ומחק בשטר אפילו בטופס כל שיש לחוש שגרר וזייף פוסל ואף כאן פסול מה שאין כן המחבר דפוסק לעיל בסי' מ"ד בתשובת רשב"א דמחק וגרר באחורי שטר ומקום טופס כשר אם כן אף דמכל מקום יש להזהר לכתחלה אבל איך פוסל לשטר בדיעבד וקשה עלי' דלא היה ליה לרבינו המחבר להביא דין זה דתשובת הרא"ש וכבר עמד בזה הרב בעל כה"ג ולא תי' כלום. ומה שנ"ל דסבירא ליה למחבר ודאי אי אין פרעון כתוב מאחוריו על הגרר אף לכתחילה ודאי בכל גוונא יש להזהר מכל מקום בדיעבד אינו פוסל דלא הוי מחק בגופו של שטר כהנ"ל מה שאין כן כשנכתב פרעון ויש בו גרר או מחק אם כתוב פרעון הוי כמו שובר ודינו כדין שטר והוי כמחק בגופו של שטר דהיינו במקום סכום המעות דמ"ש בסכום המעות בתוך שטר יש מחק דהוי בגופו ותורף של שטר או מאחוריו בסכום המעות דעכשיו אם באנו לדון כמה סכום המעות שחייב לו אין אנו דנין מתוך השטר רק מן אחוריו ששם כתב כמה פרע ומזה אנו דנין כמה נ"ח ואם כן הרי זה גופו של שטר ותורפו דע"פ דנין סכום המעות והמחק וגרר פוסל בו כמו בתורף וא"ש ודוק:

סימן מו

א **או כתבתי ללות וכו'** עיין אורים דפי' הב"י דטוען ממני נפל ואתה מצאתיו ולכאורה קשה איך פסק דנאמן דנפל במגו דמזויף דהא הרמב"ם פסק בהלכות גירושין פי"ב וכן הש"ע א"ע סי' קנ"ב סעיף יו"ד בגט שלא נתקיים רק ע"פ הבעל רק טוען ממני נפל ואתה מצאתיו דאינו נאמן וע"ש בכ"מ דכתב דאע"פ דיש לו מגו מ"מ לא מהימן וצ"ל דהוי כמו במקום חזקה אלימת' דלא אמרינן כן וא"כ אף כאן איברא ראיתי שם במ"מ דכתב על

זה דלנפילה לא חיישינן שאין האסורים כדיני ממון עכ"ל הרי דעתו לחלק בין גט שהוא מילתא דאסור' לממון אך לא ידעתי טעמו איך נקל יותר באיסור א"א מן הממון ואולי ס"ל דרוב מזהרי זהירי ולא מאבדי' שטרותם רק אין הולכין בממון אחר רוב אבל באיסור' הולכין אחר הרוב וזהו דוחק גדול דאם הוא רוב אין אומרים מגו במקום רוב ולכן אפשר לומר דס"ל דבאיסור א"א כיון דהתירה תלוי בגט הוא הבעל נזהר בשמירתו למאוד לבל יהיה המכשלה כזו תחת ידו ולכך הוי חזקה אלימת' ולא אמרינן בי' מגו משא"כ בשטרי ממון אין משגיח כ"כ ואינו רק איבוד ממון בעלמא ואינו חזקה אלימת' ולכך נאמן במגו ועם כל זה צ"ע מנ"ל לחלק זה בלי ראי' מהש"ם. וכן משמע בגמ' בשנים אחזין בשטר דאמרינן דלוה טוען שלך היא ופרעתיך ולא אמרינן נמי שטוען הלוה כתבתי ללות ולא לויתי וממני נפל א"ו דאמרינן שם דלמ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו הלוה נאמן ובכה"ג אינו נאמן ואמת כי ראה זה מצאתי לאסיפת זקנים שכתב בשם הריטב"א על הא דלוה אמר שלך היא ופרעתיך וה"ה דיכול לומר כתבתי ללות ולא לויתי אלא דבעי לאוקמי בשטרי אקניית' דמשעת קנין שעבד נפשי' אך מזה אין ראי' דכוונת הריטב"א לומר שיכול לומר לא לויתי ואתה אחזת בו אבל עכ"פ מוכח דבשטר קנין לא מצי למימר כתבתי ללות ואפילו טען שנפל דהא המוציא שטר הקנאה בשוק אי לא חיישינן לפרעון אפילו אין חייב מודה יחזיר ואיך ניחוש לטענתו במגו וכמ"ש הריטב"א:

ב **אם יש בו נאמנות לא.** יש להקשות א"כ הא אמרינן בכתובות דף י"ט במילתא דאר"י א"ר האומר שטר אמנה אינו נאמן ופריך הגמ' אי דקאמר לוה פשיטא כל כמיניה ומשני כשאין כת"י יוצא ממקום אחר וס"ל לרב מודה בשטר שנכתב א"צ לקיימו ומנ"ל לגמ' הא ולא נימא דמיירי דיש בו נאמנות ולכ"ע אינו נאמן כמ"ש כאן בש"ע לדיעה זו ול"ל דדחיק לי' לגמ' לאוקמי סתמא דלישנא האומר שטר אמנה דמיירי בשטר שיש בו נאמנות דהא מוקי שם א"א לעולם דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים וכו' וזהו ע"כ ביש בו נאמנות בשטר דאל"כ אפילו במקום שחב לאחרים נאמן המלוה כדלקמן סי' מ"ז להדיא וצ"ל או דבעל דיע' זו באמת לא ס"ל הך דלקמן בסי' מ"ז וכמ"ש הש"ך שם דמחלוקת רבוותא היא וס"ל דמסתמא שטר מיירי באין בו נאמנות ומ"מ במקום שחב לאחרים א"נ או דס"ל דבאמת המ"ל כה"ג רק הואיל והגמ' בלא"ה ידע דקושט' דמילתא דרב ס"ל מודה בשטר אין צריך לקיימו דכך אתמר משום דר"ה משמי' משני הכי וע"ש בתו' ד"ה וכדר"ה כו' דבזה יש לישב קושיא שלהם ודוק:

ג **אין מקיימין שטרות בלילה** כתב הסמ"ע והש"ך דאם המלוה והלוה שניהם מרוצים לקיים בלילה ה"ל כקבלוהו קרוב או פסול ויכול לקיים בלילה כמו בשאר דין. ואני

חוכך בזה כיון דע"י קיום משוי' ליה שטרא לגבות מלקוח' משא"כ בלי קיום טענין להו מזויף כדלקמן סי' ק"ו ע"ש ואם כן מה מהני קבלת מלוה ולוה לחוב ללקוחות וכי הלוה שהאמין לקרוב או פסול דמכר שדהו בעדים יגבה מלקוחות ודאי לא מהני ואף זהו כיוצא בו כיון דשורש הדין דאין הקיום בלילה כלום איך יועיל רצוי הלוה להכשירו ולגבות מלקוחות ולכן נראה דאף הם לא אמרו רק בשטר ממרי"א הנהוג בפולין שהוא רק כת"י ואינו לגבות ממשעבדי רק מבני חרי מנכסי הלוה אבל בשטר שיש בו משעבדי לא מהני רצוי דלוה ומלוה:

ד **קיום שטרות דרבנן** הש"ך בס"ק ט' האריך אם הלוה טוען להדיא מזויף אם הוי קיום דרבנן או דאורייתא והאריך הש"ך בראיות רבות מתו' כתובות ורש"י ורשב"ם דמכל מקום לא הוי רק קיום דרבנן והשיג על הרמ"א דכתב בא"ע סי' מ"ב מצא כתוב בשטר פלוני קידש את פלונית ועדים חתומים בו כל זמן שלא נתקיים אין לחוש לקידושין עכ"ל דהא ד"ת אין צריך קיום ואם כן הרי כאן קדושין של תורה. והנה נעלם מעיני הש"ך וכן מן הרשד"ם בא"ע סי' א' ומהר"י טייציאק הובאו דבריהם במהרי' אדרבי סי' קפ"ו מ"ש הרמב"ם בפ"ז מהלכות גירושין והביאו הש"ע סי' קמ"א סי"ג דשליח שהביא בארץ ישראל הגט דלא אמר בפ"נ ובפ"נ ובא הבעל וערער דהגט מזויף ולא נתקיים הרי אינה מגורשת ותצא והולד ממזר וזהו מבואר בטוען מזויף ד"ת אינו גט כמ"ש דאין מגורשת והולד ממזר ודאי לפי דברי הש"ך אינו אלא ממזר דרבנן ולא הוי אומר דאינה מגורשת. וכבר עמד בזה הרב בית שמואל שם ע"ש. ואמת כי סוגיא דריש גיטין דפרכינן לרבא דאמר שאין עדים מצוין לקיימו ליבעי תרי ומשני בדין דבקיום שערות נמי לא צריך דאמר ר"ל עדים החתומים בשטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי ורבנן הוא דאצריך והכא משום עגונא הקילו קשיא לי' כי קשה הא כל טיבו של אמירה הוא דאם יבא הבעל ויערער דמזויף הוא דבלי ערעור הא מכשירין כמו בא"י ואם כן הא ד"ת צריך קיום וכן אמרו שם להדיא דאי אתא בעל ויערער פסיל לי' ומשני דמעיקרא מידק דייק ומשמע דלא על סברא זו לבד סמכינן דאם כן למה לנו הך דר"ל אלא דצריך צירוף הך דר"ל והך סברא דמידק דייק וקשה הא באתא בעל ומערער ד"ת צריך קיום ולכן היה נראה דהעיקר כמ"ש המ"מ בפ"ז מהלכ' גירושין שם. הלכה ב' דלכך הוי ודאי ממזר דהעמד אשה על חזקתה דאעפ"י שקיום שטרות דרבנן הכח שהבעל מערער וטוען ברי שהוא מזויף והיא אינה יודעת בזה הדבר אמרינן העמד אשה על חזקתה הרי די"ל דס"ל דוקא כשאין כאן מי שמכחישו דהאשה אינה יודעת דבר אבל שם אע"פ שהאשה אינה יודעת מכל מקום השליח שהביא גט ואמר בפ"נ ונחתם הרי הוא דמכחישו וכיון דיש

כאן הכחשה הדר הדבר לחזקתו דאמרינן ד"ת לא בעי קיום רק מדרבנן וא"ש ובזו היה מנוצלי' כל הגאונים הנ"ל שלא הזכירו הך דינא מ"ש הרמב"ם ומחבר בגט כי כאן בח"מ איירי דהמלוה מכחישו וטוען כי אין השטר מזויף ואם כן חזר הדבר דהוי קיום דרבנן. וכן עשיתי סמוכים לזה מדברי פירש"י בגיטין דף ה' דמוקמינן לרבה הא דתנן המביא גט בח"ל וא"י לומר בפ"נ ובפ"נ דנתחרש דיתקיים בחותמיו הא אין בקיאין לשמה ומשני לאחר שלמדו ופירש"י דבסד"ה "א הך שינויא אפילו אי אמרינן דרבה לית ליה דרבא ע"ש בתו' ד"ה אי הכי וכו' ע"ש וקשה אם כן למה צריך קיום בחותמים הא למדו ובקיאים לשמה ועדים מצוין לקיימו לית ליה אך לפי הנ"ל ניחא די"ל הא דרבה לא ס"ל דרבא משום דס"ל לא חששו רק לדבר דאם יערער הבעל הוי חשש פיסול של תורה כהך דאין בקיאין לשמה אבל בקיום דאף דיערער הבעל מזייף הוא אינו נאמן ד"ת רק מדרבנן ס"ל לרבה לא חשו לכך רק קשה הא כשהבעל יערער ואין מכחישו מהתורה בעי קיום רק הרי כאן שליח המביא גט דבלי ספק יכחישו דהוא נתן לו ואם כן ודאי דאינו מזויף דאין עשוי לקלקלו בידי שמים ולהא דילמא ימות או ילך לו השליח ס"ל לרש"י לא חיישינן כמ"ש רש"י בגיטין דף ב' ע"ב גבי דאתויה בי תרי וע"ש בתו' מה שכתב על רש"י ולכך ס"ל לרבה לא חששו לערער הבעל במזויף וה"מ כשהשליח יכול להכחישו אבל אם השליח נתחרש. דא"י להכחישו והוא בח"ל דאין עדים מצוים לקיים פשיטא דיש לחוש לערעורו של בעל מזויף ואין מי שיכחישו והרי הוא פסול ד"ת ולכך אף רבה מודה דחששו ולכך בעינן דיתקיים בחותמיו להשטר מערערו של בעל וא"ש. אך עם כל זה לא טען הש"ך כלום על דברי רמ"א א"ע סי' מ"ב הנ"ל דלא נזכר בדברי רמ"א דהמקדש טוען שקידש אותה רק סתם נמצא שטר קידושין והמקדש אינו בפנינו והיא טוענת מזויף פשיטא כיון דאין כאן הכחשה לאשה לכ"ע הוי קיום ד"ת וכל זמן שלא נתקיים אוקמינן אשה בחזקת פנוי' כמו בגט דאמרינן בחזקת א"א. וכל זה היה נראה לכאורה אך מדברי הרמב"ם פרק י"ב הלכה ג' מהלכ' גירושין דכתב בעל שאמר על גט מזויף והיא מכחישתו אינה מגורשת להיות מותרת לאחרים אבל פסלה נפשה מכהונה שהרי פוסלת עצמה בהודא' פיה ועשתה עצמה כחתיכה של איסור עכ"ל והדבר מבואר דמהתורה אין גט כלל עד שהוצרך טעם לפיסול מכהונה משום דשויה נפשיה חד"א דאל"כ פשיטא דהרי הוא מגורשת ד"ת והכהן לוקה עליה משום לאו דגרושה וכאן הרי היא מכחישתו ומ"מ נאמן לומר דמזויף וזהו שלא כמ"ש לעיל בכונת המ"מ וצ"ל דמה שכתב המ"מ דהיא אינה מכחישתו לרווחא דמילתא כתבו דגם היא אינה מכחישתו אבל מודה אף מכחישתו מ"מ ד"ת בעי קיום וצ"ל הא דאמרינן גבי גט ד"ת א"צ קיום

היינו בצירוף שני סברות חזקה דלא חציף אינש לזייף וגם שליח מידק דייק כדאמרינן בגמ' זהו דמשוי' ליה דבכה"ג אף ד"ת א"צ קיום או די"ל דבלא"ה יש להבין למה ודאי הגט בטל אולי ימצאו עדים לקיימו רק צ"ל דאיירי דטרחו למצוא עדים חפשו ולא מצאו ועיין בא"ע סי' קמ"א סל"ג ובב"ש ס"ק מ"ה ע"ש מ"ש בשם המ"מ וזהו בא"י דעדים מצוין לקיימו אם כן כשאין כאן עדים איתרע והרי זה בחזקת מזויף אבל בח"ל דאין עדים מצוין לקיימו אין כאן ריעותא דלא מצאו עדי קיום דהא המקום גורם דאין מצוים לקיימו ולכך אוקמינן בחזקתו ואמרינן דלא זייף וצ"ע. והנה הרב בית שמואל ביקש לומר דהרמב"ם לשיטתו דס"ל בלא"ה גט בעדי חתימה לאו ד"ת דה"ל מפי כתבם רק חכמים קבעו לגט וכל המקדש וכו' ולכך כל שאינו מקוים כתקנת חז"ל הן אמרו והן אמרו וחזר הגט להיות כשל ד"ת ודבר זה דחוק בתכליתו כי הדבר מבואר דודאי גט לכ"ע כשר ד"ת ועיין מש"ל בסי' כ"ח באריכות ולדבריו אם כן מה צורך חיפוי זמן לבת אחותו יגרש אותה בגט בע"ח דכשר לדעת הרמב"ם בלי ע"מ ואם כן הקדושין בטלי למפרע דכל המקדש אדעתה דרבנן וכו' ועוד אם יאמר כן ברמב"ם מה יאמר בטור דלא ס"ל בח"מ כרמב"ם דשטרות אין להם הכשר ד"ת ויחיד הוא הרמב"ם בדבר זה ומכל מקום העתיק דינים הנ"ל בא"ע סי' קמ"ב וסי' קנ"ג בלשון הרמב"ם בלי שינוי ולא הזכיר חולק כלל. ולעומת זה הטור והרא"ש דפי' בהא דאמרינן דאפילו עומד וצווח מקיימין השטר שלא בפני בע"ד הטעם משום דקיים שטרות דרבנן משמע אפילו עומד וצווח מזויף דאל"כ מה צווח על הקיום ומכל מקום ס"ל דרבנן והרי הדברים נראים כסותרים. ולכן היה נראה לומר דיש חילוק בין ד"מ לדיני גיטין וקדושין דבד"מ עדות בידיעה שלא בראי' מהני מפני דלא איברי סהדי אלא לשקרא אבל בקדושין לא מהני כמבואר בש"ע א"ע סי' מ"ב ס"ד דאפילו ידעו ודאי שנתן לה טבעת קידושין רק לא ראו הנתינה להדיא לא הוו קידושין דשם לא תלי' בקישט הדבר דהא אפילו שניהם מודים לא מהני וגזרת הכתוב אין דבר שבערוה פחות משנים (ועיין שם ב"ש ס"ק מ"ב וכמש"ל סי' צ' בדברי הרמ"ה) וא"כ י"ל אף זהו כמוהו ודאי חזקה לא חציף אינש לזייף ואם כן אומדנא דמוכח דודאי האמת רק הוא משקר וטען מזויף ולכך בד"מ דלא איברי סהדי אלא לשקרא הרי זה ד"ת עדות גמור והרי זה כמו עדות בידיעה שלא בראי' דכשר בד"מ משום דעכ"פ הדבר אמת ואף זה כמוהו אבל בעדות נשים דלא מהני אם הוא אמת רק צריך עדות ואם כן כשטוען מזויף אין כאן עדות דאיך נימא דהוא עדות מה שלא נתקיים והוא טוען מזויף ואין כחן בכלל דבר שבערוה דבעי שנים דהא העדות צריך להיות מבורר וכאן אין בירור דהא צווח מזויף ונראה דראיה שלהם לחלק מהך דאמרינן ריש גיטין הואיל

ד"ת עדים שחתמו בשטר כמי שנחקרו וכו' הקלו רבנן בעגונא וכו' ופריך הגמ' האי חומרא קולא דאי אתא בעל ומערער פסל ליה לגט וכבר נתקשו התו' והרשב"א בהבנתו דמה פסול יש כאן הלא קיום שטרות דרבנן ובעגונא הקלו רבנן לסמוך על ע"א וע"ש שנכנסו בדוחק לעז בעלמא אבל הרמב"ם וטור לא ס"ל רק ס"ל דס"ד בגמ' דכיון דאתא בעל וטוען מזויף הרי כאן בחזקת מזויף מהתורה עד שהגט בטל ואם כן איך יהיה ע"א נאמן ולא הימנ' רק במילתא דרבנן כדאמרינן שם אבל לא במילתא של תורה וס"ד דכל טיבו של האומר בפ"נ דהוי ע"א דכל כמה דלא אתא בעל אמרינן מסתמא האמת אתו דשלחו הבעל ואם כן אינו מזויף ומהכ"ת יבא בעל ויערער שלא נחשד דיטעון שקר אבל בבא וצועק מזויף הוא פסול ד"ת מהכ"ת יבא עד אחד להכשירו ואין ע"א נאמן באתחזק איסור של תורה ומשני הגמ' דכאן יש עוד חזקה דנותן לה בפני שנים מעיקרא מידק דייק וכו' ולכך הימניהו רבנן או דבצירוף הני תרי חזקה תו ליכא ביטול ד"ת וכמש"ל או דבכה"ג אלמוהו רבנן לתקנתם והאמינו לשליח אף דעקרהו ד"ת כדמצינו בכמה דוכתין ואם כן מוכח מזה דאם טוען מזויף דד"ת צריך קיום ואלו בב"ק איתא אפילו עומד וצווח אמרינן דמקיים משום דקיום דרבנן וש"מ לחלק בין הנ"ל בין מילתא דממון למילתא דאסורא וערוה. ולפ"ז דברי רמ"א בא"ע סי' מ"ב נכונים דלא הוי דבר שבערוה כהנ"ל אך מכל מקום צריך עיון להקל כי לפי משמעות התו' והרשב"א אפילו בכה"ג הוי דרבנן כמ"ש התו' בריש גיטין וצ"ע ומכל מקום לענין ממון לכ"ע הוי דרבנן. אבל אם עדים עצמם החותמים על השטר אמרו אין כת"י הוא זה אם ד"ת צריך קיום או לא בזו האריך מהרי"ק בשרש ע"ד לומר דגם בזה מתורה אין נאמנים וכל ראיה מן ירושלמי וגמ' אין בו ממש לומר דאין נאמנים ד"ת זולת הראיה דהביא מהך דשביעית דצריך על הא דאמר ר"י דעדים יכולים לומר דשטר מוקדם הוא ולא כן תניא רשב"ל עדים החתומים וכו' ומשני תמן אמרו בשלא חתמנו הכא אמרו על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו ודייק מהרי"ק דע"כ איירי באין כת"י יוצא ממ"א דאל"כ לישני מילתא דר"י איירי באין כת"י יוצא ממ"א וע"ז הוכחה הרבה הרב מהרי"ט בספר מהר"י אדרבי ומהרשד"ם להשיב ועיין בס' בני שמואל ואני לא ידעתי דודאי הוכחה זו יש לדחות בכמה אנפי אבל איך שמו אחר הדלת זכרון מחלוקת חכמי קדם הרז"ה והרמב"ן ורשב"א במה איירי הך דירושלמי אי נאמנים לומר מוקדם בכת"י יוצא ממ"א או לא ועיין לעיל בסי' מ"ג מ"ש בזה באריכות ואם כן לשיטת רמב"ן וסיעתו ע"כ הא דקאמרי ר"י דעדים מודיעים היינו באין כת"י יוצא ממ"א וע"ז פריך מר"ל והיינו כמש"ל בסי' מ"ג וכמ"ש מדברי נ"י דהקושי' לר"מ דס"ל דאין נאמנים לפוסלו וע"ז משני תמן כשאמרו לא חתמנו כלל הרי דאין נאמני' לומר לא

חתמנו. ולכן לא הבנתי כל דבריהם כי פשיטא לדעת רוב מחברים הך ירושלמי איירי באין כת"י יוצא ממ"א ומה הביאו ראיה מן הר"ש שהוא ס"ל בשיטת הרז"ה דאיירי בכת"י יוצא ממ"א אבל איך נימא לשיטת הרמב"ן. איברא נכון תי' ר' אביגדור הכהן דמה שאמר בירושלמי לא חתמנו פי' אנוסים היינו וכדומה אבל לא שמכחישים חתם ידם בטענת מזויף ומה שטען עליו מהרי"ק מי מכריחך לפי' זה. לא הבנתי דעכצ"ל כן דהא הירושלמי פריך לדינא דידן ולא לד"ת דפריך על מוקדם למה יהיה עדים נאמנים ולא כן תנן ר"ל וכו' וצ"ל ומה קושי' אמת ד"ת דלא בעי קיום אין להם מגו וא"נ אבל דין דמוקדם לדידן ויש להם מגו ועל כרחך צריך לומר כמ"ש דלר' מאיר פריך דסבירא ליה אינם נאמנים וקשה א"כ מה משני תמן כשאמרו לא חתמנו וכי ס"ל לר"מ מדרבנן באמרם לא חתמנו ואינו מקוי' דאין נאמן בהא ליכא למ"ד ולר"מ אמר דלא מיהמני במגו אבל מודה באמרם לא חתמנו דבתר דתקנו רבנן קיום נאמנים. ועכצ"ל באמת דכוונתו לר"מ תמן באמרם לא חתמנו פי' אנוסי' היינו וכו' וס"ל לר"מ א"נ אבל במוקדם נאמנים כמש"ל בסי' מ"ג ותימא על מהרי"ק (או חכם קדמון בענ תשובה ההוא כמ"ש הש"ך והאמת אתו) דהביא ראיה דר"ש בפי' משנה פי' לא חתמנו דברים כהווייתן לא חתמנו כלל דאיך הרכיב הדיעות דהר"ש דמוקי לכל דברי ירושלמי בכת"י יוצא ממ"א שפיר מפרש דלא חתמנו כלל ג"כ אין נאמנים אם כת"י יוצא ממ"א אבל לפי' הרמב"ן ע"כ הפי' דאמרו לא חתמנו כדין כי אנוסי' וכדומה היינו דאל"כ וודאי דנאמני' לדידן ומה נ"מ בד"ת הלא המשנה דמוקדם פסול נשני' לדידן דתקנו רבנן קיום. אך מן תו' בפ"ב דכתוב' דס"ל דלכך ס"ל לר"מ דאפילו עדים אין להם מגו משום מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו ואלו רש"י ור"י נתנו טעם דלכך א"צ לקיימו משום דאף דטען מזויף הוי דרבנן וא"כ מוכח לכאורה אף בעדים אמרינן דאי טענו מזויף אינו נאמנים ד"ת דאל"כ מ"ט לא אמרינן בעדים דיש להם מגו דמזויף דהא אצלם צריך קיום ד"ת ולכאורה תמה על הש"ך שהביא ראי' מהך תו' דאי טען הלוה מזויף דאינו נאמן ד"ת והסכים בעדים דנאמן ד"ת וא"כ הקושי' הנ"ל במקומו דלמה לית להו מגו. ועיינתי בתו' וראיתי שיש לכוון דבריו הנ"ל בתו' דכתבו ד"ה מודה בשטר כו' הטעם די"ל שירא פן יכחישו ובמקום אחר פירש"י משום קיום שטרות דרבנן וכו' וכן נראה לר"י וכו' והדבר צריך ביאור דכלל התו' שני תירוצים כאחד דאי הטעם משום דמירתת א"צ לטעם הואיל והוא דרבנן וכן להיפוך ואם באמת הן שני תירוצים בתו' הל"ל אי נמי או ועוד נר' וגם כיון דלתי' השני הסכים ר"י מה צורך לתי' ראשון. ולכן נראה דהא העלו התו' דמגו דבי תרי לא אמרינן אך הא דנאמנים במגו בשאין כת"י יוצא ממ"א היינו מגו דאי בעי שתקי ופי' הר"ש בס' הכריתות

בדיני מגו דאין שניהם מכוונים דעתם אבל לשתוק שניהם מכוונים ואולם הש"ך לקמן בדיני מגו כתב דא"צ לזה דכי אמרינן מגו דבי תרי לא אמרינן היינו כשאחד צריך לעדות חבירו אבל במגו דמזויף הא כל אחד יכול לומר חתם ידי מזייף ובטל השטר וכ"כ הנ"י בפ' חזקת בשם ר"י הזקן (ועי' מש"ל בסי' זה ובדיני מגו סי' פ"ב) והנה נ"מ יש בין הנך ב' סברות הוא דלפי הטעם הר"ש דכל הטעם דלשתוק מכוונים עדותן א"כ מה מגו יש להם דיאמרו מזויף הא הוי מגו בי תרי וצ"ל מגו לשתוק דשתקי ואי שתקי א"כ אין צריך קיום ד"ת דהא לא טעני מזויף וד"ת א"צ קיום רק מדרבנן בעינן קיום וא"כ לא הוי מגו כמ"ש התו' דכיון דד"ת א"צ קיום אבל לפי' הש"ך אף בזו יש לכל אחד מגו לטעון על חתימתו מזויף וא"כ כיון דטוען הוא מזויף צריך קיום ד"ת דמ"ש דב' טוענ' על חתימתן מזויף או אחד טוען על חתימתו מזויף וא"כ שפיר י"ל מגו דמזויף דהא בעינן בטוען כן ד"ת קיום. והנה כמו כן לפי תי' התו' דירא דיכחישהו העדים ודאי אם בניהם אומרים לא חתמנו לא שייך מירתתי אם יהיו מוכחשי' דמה בכך מה חזית דהם אומרים אמת או אלו תרי כמאה ואיך אפשר דיבאו לידי הכחשה ובפרט אם שותקים לא שייך זו אך אם עד אחד טוען מזויף שפיר יכול לבא לידי הכחשה בבוא שנים ויעידו דחתום ושפיר י"ל דמירתת וא"כ א"ש דברי תו' ושני תי' צריכין בממ"נ מה מגו יש להם אם המגו דישתקו שניהם וא"כ ליכא כאן חשש מירתת דהא שתקי וגם בשנים לא שייך הכחשה דתרי כמאה א"כ תי' רש"י נכון דבשתקי ד"ת א"צ קיום וא"כ לא שייך מגו כמ"ש רשי' ואי נימא דיכול לטעון מזויף וא"כ ד"ת צריך קיום כמ"ש ומ"מ לא הוי מגו דבי תרי דיכול לטעון על חתימתו לבד כמ"ש וא"כ יש להם מגו דמזויף לעומת זה יש להם ריעות' דמירתתי דיבאו עדים ויכחישהו וא"כ יש כאן שני סברות ושניהם צריכין ודברי התו' ברורים ומדויקים היטב. וא"כ מוכח מתוך התו' כמ"ש דבטוענים העדים מזויף ד"ת בעי קיום וכן מסתבר דשני' האומרי' לא חתמנו וכי לא יהיה נאמני' הא אין נוגעי' בעדותן כלל וא"כ אין לך דבר שאינם יכולים להעיד ומה בכך דהחזקה דלא חציף אינש לזייף אף חזקה על כל איש ישראלי דאינו מחלל שבת ועובד ע"ז ואם שני' מעידים כן נאמנים ד"ת ומה שנא עדות זה מעדות זה ופשיטא דנאמנים וכן העלו ממש רוב המחברי' ודברי מהרי"ק יחיד הן:

ה **מקיימין השטר וכו'** הנה תו' והרא"ש נתנו טעם דהואיל דקיום שטרות דרבנן הקלו והב"י הביא בשם תשובת רשב"א הטעם דלא על מנה בשטר הם מעידי' כי אם על כת"י ע"ש והקשה בס' בני שמואל א"כ לטעמו כשעידי שטר בעצמן מעידים על כת"י דקי"ל על מנה בשטר מעידים יהי' צריך להיות בפני בע"ד ותי' דבאמת כן הדין לשיטת רשב"א ודבריו בישוב זה דחוקים כי לא מצינו חילק זה בשום מחבר והנה ראיתי בחדושי

לרשב"א בב"ק ותופס שני סברות וז"ל משום דעדים החתומים על שטר כמו שנחקרו עדותן בב"ד ועדי קיום לאו על מנה שבשטר הם מעידים אלא אכת"י עדים וא"כ מה והועד בבעלים שייך גבי קיום עכ"ל וצריך לומר תרתי ל"ל ונראה דסבירא ליה כדעת הנ"ל דאם העדים עומדים ואומרים מזויף צריך קיום ד"ת והרשב"א סבירא ליה פשטא דגמרא משמע בכל קיום א"צ לקיים בפני בע"ד ולכך הוצרך לומר תרתי תי' דאם העדים עצמם מעידים על כת"י לא שייך הך תי' דעל כת"י מעידים כהנ"ל ולעומת זה שייך תי' כנ"ל דקיום רק דרבנן כהנ"ל ואם העדים אומרים לאו כת"י הוא זה רק מתקיים עפ"י עדים אחרים א"כ לא שייר טעמא קיום דרבנן דהא הוא קיום דאורייתא ולכך קאמר הטעם משום דהני על כת"י מעידים וא"ש ולא בא הרשב"א אלא להוסיף ומזו ראיה כמש"ל:

1 **שיבאו העדים כו'** כתב הש"ך בס"ק י"ב בשם ריו"ו דעדים שאומרים כת"י הוא זה ואחרים אומרים אין זה כתב ידם יש מחלוקת אי צריך קיום אחר וכתב הש"ך דכן הוא בירושלמי דהוי תרי ותרי אעפ"י שהעדים שאומרים כת"י הוא זה כל א' מעיד על כת"י לבדו ולא על של חבירו כלל עכ"ל ואמת שכ"כ הרא"ה והריטב"א דהוי תרי ותרי אבל א"א לכוון ברי"ו דכתב דיש מחלוק' אי צריך קיום אי לא ואי הוה תרי ותרי מה יועיל עוד קיום הוא דבר שא"א להתברר כלל כי אם יבואו עוד אלף עדים ויאמרו כדברי כת הא' מכל מקום הוי ב' וב' דתרי כמאה וכ"כ הטור א"ע סי' קנ"ב אבל באמת בירושלמי גופא וגם כפמ"ש הב"י להדיא דברי ריו"ו יותר בביאור יש לזה פי' אחר דז"ל הם אומרים כת"י זה ואחרים אומרים א"ז כת"י נעשה כשטר שקרא עליו ערעור א"ר אסי כשטר שקרא עליו ונתקיים בב"ד ור' אלעזר אמר כשלא נתקיים בב"ד א"ר טעמא דר"א דכיין שהוחזק בב"ד להיות חתומים בשטר כאלו נחקרו עדותן בב"ד עכ"ל והדבר צריך ביאור אבל הענין כך דודאי אם העדים אומרים שהוא כת"י איך יוכלו אחרים להכחישן אטו לא אפשר דישנו כתבן לאיזה צורך ולאיזה סיבה והכתב משתנה לרצון הכותב בפרט בכוונת המתכווו וא"כ האי אם הם מחזיקין בדעתן ואומרים דכת"י הוה בבירור אין אפשר ביד אחרים להכחישן ואם ירצו יוכלו לכתוב שטר אחר כיון דשטר זה נפל בו ריעותא והרי לא עשו שליחתן אלא דכל הענין דאנו חוששין כיון דאלו אומרים דטעו שאין זה כת"י אי נימא דנחשד ונחקור לעדי שטר שיעיינו היטב אולי טעו ואמרי בדדמי מתחיל' כי לא עלה בלבם מהזיוף ואם עכ"פ עמדו בדבריהם שהוא כת"י נאמנים בלי פקפוק ואם יחזרו הרי איתרע שטרא או לא דהוי כאלו נחקרו בתחיל' וא"י לחזור מדבריהם ולהם שומעין ומה שאומרים אחרים שאין כת"י לית דמשגיח בהו ואף עדים עצמן אין רשות כלל להם לחזור. וזהו כוונת ירושלמי עדי' אומרים כת"י וכו' נעשה כשטר שקרא עליו

ערער ופי' ר"א הרצון דצריך עוד קיום ב"ד וזהו אמרו כשטר שקרא עליו ערער ונתקיים בב"ד הרצון שיקוים שני' בב"ד והיינו דהם עדי שטר יעידו שנית עליו בב"ד שלא טעו ולא אמרו בדדמי ור' אלעזר אמר כשלא נתקיים בב"ד ר"ל שאין צורך עוד לקיום ב"ד ובלא"ה אין משגיחן בדברי עדים אחרים ומפרשינן הטעם לר"א דכיון דהוחזקו כת"י בב"ד ר"ל דאמרו תחילה שזהו כת"י ה"ל כאלו נחקרה בכל אופן ושוב א"י לחזור וא"צ לחקור עוד והן נאמנים ולא השנים וזהו ברור בפי' ירושלמי והן הן דברי ר"ו כפי מ"ש הב"י אם העדים אומרים כת"י ואחרים אומרים אין זה כת"י יש מחלוקת אם יעשה כשטר שקרא עליו ויתקיים בב"ד או נעשה כמי שנחקר' עדותן בב"ד וא"צ קיום אחר ולא אפסיק הלכתא עכ"ל הרי אלו נעשה כמו שנחקר' בב"ד א"צ קיום אחר ואלו אמרינן דהוי תרי ותרי מה בכך דנחקרו עדותן בב"ד אף כת שניה. נחקרו בב"ד א"ו דהעיקר על דברי ראשונים סומכים רק כל הספק אי יש לחזור ולשאול אותם שיעיינו היטב או לא כמ"ש ואם כן לכ"ע אם עיינו שנית ועמדו בדבריהם שהוא כת"י אין כאן פקפוק הוא דהרי שטר מקוים וזה ברור וכן יש לכוון דברי הטור א"ע סי' קנ"ב דכתב בגט שבאו שנים וערערו דמזויף הוא אם נתקיים אין אחרי קיום כלום דבתר ב"ד לא דייקינן והסכי' עמו הב"י לדבר פשוט ולכאורה אין לו הבנה דמה בכך דהב"ד קיימו ע"פ עדים דאמרו כת"י הוא ועשו כתורה אבל עכשיו דבאו שנים והכחישו ה"ל תרי ותרי כמו ב' אומרים נתגרשה וכו' דאפילו נשאת תצא. ולפי הנ"ל ניחא דמיירי בקוים סתם ואמרינן מסתמא עדי שטר עצמן העידו וא"כ אין דברי מכחישים נגדם כלא נחשב ולפ"ז י"ל דבעל עיטור מיירי דכתוב בקוים שנתקיים ע"י עדים אחרים וא"כ צריך בירור וכוונתו דעדי שטר עצמן יבאו ויעידו. ולא קשי' קושית הטור מה ברור יש דיש בירור בעדי שטר עצמן ואין להקשות לפי זה מה פריך הגמרא גיטין דף ט' ערעור תרי תרי ותרי נינהו דילמא איירי דנתקיים עפ"י עדי שטר בעצמן כמ"ש רש"י שם וא"כ לא שייך תרי ותרי וצ"ל דסתם יתקיים השטר בחותמיו בכל אופן מיירי אף דעדים אחרים מעידין על קוים שטר וכצ"ל ג"כ לרא"ה וריטב"א דאל"כ מה צורך ראיה מירושלמי ה"ל להביא ראיה מהך גמ' דגיטין דה"ל תרי ותרי ודוק בטור הנ"ל. ועוד קאמר בירושלמי הן אומרים אין זה כת"י ואחרים אומרים זה כתב ידן דברי העדות לא מעלין ולא מורידין ותנא כן במשנה אם יש עדים שהוא כת"י או שיוצא ממקום אחר אין נאמנים עכ"ל ופי' בו הרא"ה והריטב"א היינו דכל אחד מעיד על כת"י שאין זה כתב ידו ואין חבירו מסייע לו ולכך ביש עדים כשהוא כת"י ה"ל חד במקום תרי אבל אם שני עדי שטר מעידים זה לזה כל א' אומר אין זה כת"י ולא כת"י חבירי א"כ מה בכך דאחרי' מעידים דהוה כת"י ה"ל תרי ותרי עכ"ל ולדבריהם

צ"ל הא דקתני באומרים אנוסים היינו דאין נאמנים בשכת"י יוצא ממקום אחר אפילו לגרוע כח שטר בשום דבר ולא אמרינן דיש להם מגו אין זה כת"י וכתב יד חבירי די"ל דהוה מגו בי תרי דכל א' צריך להעיד לחבירו ולא אמרינן. אך לא הבנתי איך יהיה תרי מול תרי כיון דשני' מעידים על זה העד שהוא כת"י כיון שהגיד וכו' וא"כ אמירתו שאין כת"י לאו כלום הוא דהא א"י לחזור מעדותו כלל ובפרט למ"ד אפילו טוענין מזויף ד"ת א"צ קיום וא"כ ה"ל רק עד שני דאמר אין זה כת"י חד לגבי תרי ובאמת לא מצאנו להם בכל הפוסקים חבר ואילו ס"ל כן הוי מעתיקי' ולכן צ"ע והא דלא אמרינן בגיטין בדף ט' דערעור דקתני היינו דעדי שטר עצמן אמרו מזויף ולכך יתקיים בחותמיו ואי דא"כ אף בח"ל נמי א"כ איך ס"ד ערעור דתרי הא בח"ל נמי בעי קיום וצ"ל דיתקיי' בחותמיו משמע אף עדים החתומים וזהו מורה בחותמיו וא"כ ל"ל דעדים מערערים:

ז **ויכולים להעיד עדות זה מתוך כתבם** הש"ך בס"ק י"ז הקשה על זה מהא דפסק המחבר לקמן סל"ו בנשתתק דא"י להעיד על כת"י ושני תשובות יש בדבר אחד דאף הריב"ש לא אמרו אלא כשמעיד זה כת"י פלוני דהוי רק קוים שטרות בעלמא והיקל אבל עד המעיד זהו כת"י דקי"ל על מנה בשטר הן מעידין וא"כ ודאי להעיד על גופו של עדות הנזכר בשטר שצריך עדות גמורה ולא מהני מפי כתבם כלל ועימש"ל ס"ק ה' בשם רשב"א דהיקל לקבל שלא בפני בע"ד משום דעל כת"י מעידים ולא על מנה בשטר וע"ש ולכך הרמ"א לא העמיד דבריו על אופן השלישי שיבאו עדי שטר בעצמן ויעידו שיכולים להעיד מתוך כתב כי בזה לא אמרה הריב"ש רק באופן רביעי דעדים אחרים מעידי' דקי"ל על כת"י מעידין שנית דודאי הא דהיקל הריב"ש הוא דבלא"ה דעת ר"ת בכל עדות להעיד מפי כתב כדלעיל סי' כ"ח וא"כ במקום קיום דרבנן כדאי ר"ת לסמוך עליו ולקבל מפי הכתב והיינו בראוי להעיד דסבירא ליה כל הראוי לבילה וכו' אבל בנשתתק דאין ראוי' לבילה ואף לפיר"ת פסול לשאר עדות להעיד בכתב א"כ אף בקיום לא נקל כיון דפסול לכ"ע ולכך לא קשה מן נשתתק. איברא אף דאין כאן קושי' מ"מ קשה לסמוך אדברי ריב"ש כי אמרה בלי ראי' כלל רק דימה אותו לשאר קול' שהקלו בעניני קיום ואין לנו לדמות מילתא דרבנן אהדדי היכא דאתמר אתמר והיכי דלא אתמר לא אתמר. אדרבא יש קצת ראי' מגמ' דלא כריב"ש דהא דאמרינן דאי ליכא תרי אלא חד אמרינן דלחתום אחספא וכו' דלא ליפוק מיניה חורבא למה לו כולי האי יעיד אכת"י דחברי' מתוך כתבו וא"כ יהיה עדות השני מקוים מתוך כתבו וא"כ יהיה חתימתו ממילא מקוים כי ידמו הב"ד החתימה לחתימה כמו שמדמין במקיים מתוך חספא. ועכצ"ל דלא סמכינן אתקנה זו לקיים מתוך כתב רק בשעת הדחק וצ"ע:

ח **משני שטרו'** הש"ך ס"ק י"ח כתב דהטור הביא בשם הרמ"ה דב' שערות אלו צריכים להיות ביד שני בני אדם והש"ך הסכים לטור דחולק ארמ"ה ובאמת לכאורה קשה מנ"ל לרמ"ה דין זה אמנם נראה כי הרמ"ה נסמך על דברי ירושלמי דאמרינן אר"י יוסי כרבנן ובלבד בשלשה שטרות של שלשה בני אדם ונדחק הש"ך בס"ק כ"א לפרשו דקאי על שטר הלואות דלכך בעינן שלשה והדבר דחוק עד שאין צורך להשיב עליו אבל באמת כוונת ירושלמי דהקיום הוא בשלשה שטרות והיינו שטר המקוים עמו יחשוב והוא בכלל המנין והיינו שתי שטרות המוזכר בגמרא והיא היא ולכך לא הביאו הפוסקים ומדקאמר של שלשה בני אדם ש"מ כרמ"ה דשני שטרות אינם יכולים להיות של אדם אחד רק צריך להיות של בני אדם נפרדים ויש לרמ"ה ראי' מירושלמי:

ט **ואפי' ב' שטרות מקוימין כו'** הקשה הש"ך דלפי מה שהעתיק המחבר לשון הרמב"ם שמא הוא זייף הכל ולא חיישינן דזייף ממנו א"כ במקוי' דל"ל דזייפן למה צריכין להיות יוצא מתחת ידי אחר ונראה דדייק לי' הרמ"א מלשון שכתב הרמב"ם וכן מריימין שטר משטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד כמו שמקיימין משני שטרות כתובות או שני שדות וכו' ויש להבין מה ביקש הרמב"ם בזה הדמיון שתלה זה בזה והש"ך גופיה בסעיף קטן כ"ה ג"כ עמד בזה הדקדוק ולכן סבירא ליה לרמ"א להורות נתן לנו הרמב"ם דכמו בשני שטרות וכתובות בעינן דוקא שהם יוצאים מתחת ידי אחר כמבואר בגמרא אף בשטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד בעינן שיצא דוקא מתחת ידי אחר וסבירא ליה הא דאמרינן בגמרא ביוצא מתחת ידי אחר מוסב אף על מה שאמרו שמקיימין שטר משטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד והטעם נ"ל כי יש להבין לרמב"ם דסבירא ליה דחיישינן שמא הכל זייף א"כ באוכל ג' שנים השדה בשופי תו מה יש לחוש הא ראיה דמכיר' השדה אמת וצ"ל דילמא באמת לקח השדה ויש לו שטר נכון עליו רק לא היה יכול לזייף כתבניתו התחכם לעשות על השדה ההוא שטר מזויף מעשה ידיו לפעול שקר ושטר הנכון אתו גונזו ולכך שטר זה דומה לזה כי הכל מעשה ידיו כאחד וא"כ אף בשטר מקוים י"ל כן דרוב קיום הוא מעדי שטר עצמן שמעידי' לו שהם חתמו השטר וא"כ י"ל דבאמת מה שנזכר בתוך שטר הוא אמת כי יש לו שטר אמת רק הואיל ולא יכול לעשות זיוף כתבניתו עשה על הנ"ל ג"כ שטר מזויף דומה קצת להנ"ל והעדים בראי' ויודעים כי באמת כתבו לזה השטר אינם מבחינים לדקדק כל כך בתכליתו ואומרים בדדמי כי וודאי כשמזייף נוטה קצת דומה לשטר האמתי ולכן אין העדים שמים אל לב לדקדק כל כך ומקיימין וא"כ אף שטרו מזויף יהיה מתקיים שלא כדת ולכך סבירא ליה אף במקוים צריך להיות שלא יצא מתחת ידו כלל:

י **משטר שקרא עליו ערעור** הש"ך הקשה כיון דמקיום למה לי ערעור וכי נימא דהב"ד עשו שלא כהוגן וקיימו (ואפשר דבהא נחלק העיטור והטור בא"ע סי' קנ"ג דאי בא ערער דשני' לאחר הקיום אי צריך בירור עוד דב"ע סבירא ליה כרש"י דחוששין לקיום בלתי ערעור דנעשו בדדמי ולכך חל עליו ערעור והטור לשטתו דסבירא ליה כהרא"ש דערעור לאו דוקא ובקיום לחודא תו לא חיישינן לשום דבר) ולפמ"ש ניחא דאמרינן דגוף הדבר אמת וחתמו שטר רק נאבד ועשה בעל שטר זיוף והעדים דידעו דגוף דבר אמת לא דקדקו בדבר והיה מקיימין אותו ולכך בעינן שקרא ערעור וא"ש אך יש לדקדק לפמ"ש המרדכי הטעם דלכך בעינן שני שטרות על שני שדות או שני כתוב' דיכול לזייף קצת דומה לאחד אבל שיהיה דומה לשני שטרות לא והדבר ההוא אמת והחוש והנסיון מעידו. ויש לפי זה לדקדק מה מהני בשטר מקיום שיהיה שטר אחד סגי הא עדיין יכול לזייף ולעשות כמותו כיון דהוא רק שטר אחד ואמת כי הרא"ה בכתובות הביא דלעולם בעינן ב' שטרות אבל לא נראה כן מדברי רוב מחברים הטור וש"ע וצריך לומר דלכך בעינן גם כן קרא עליו ערעור ונתקיים אם כן זה ששטר כזה בידו אינו נותן לזה לזייף המינו ואינו מניחו כי מתירא אם יתוודע יהיה חוזר וניעור ערעירו ויבא שנית לידי חשש זיוף כי יתברר דהוא חבר לזייפני' ולכך לא חששו ואם כן א"ש דבעי ערעור דוקא:

יא **ממנו לבדו** הש"ך הביא דעת רבוות' דאף עפ"י שהוא מקיום מ"מ בעינן שתי שטרות. והקשה הש"ך איך יובן לשיטתם הא דאמרינן שדי חת"י אחספא ומקיימין ממנו ולכן תי' הש"ך דלכך בעינן שתי שטרות דחיישינן שטר ההוא אעפ"י שקרא עליו ערעור ונתקיים מ"מ זיוף הוא ולכך בעינן ב' שטרות ואם כן הך דחותם בפני ב"ד אחספא דודאי חת"י הוא תו ליכא חשש ודבריו דחוקים דהוא גופי' כתב בס"ק הקודם דליכא למיחש לזיוף אם הב"ד קיימו שטר ומכ"ש אם נקרא עליו ערעור דליכא למ"ד דחוששין לזיוף ולכן ברור הטעם דלכך בעינן ב' שטרות כמש"ל דאחד מהן יכול לזייף ממנו כמ"ש המרדכי בשם ר"ת ומה שהקשה הש"ך מהך דשדי ח"י אחספא לק"מ דהא דמצריכינן כל הני תנאי בקיום דחוששין דלמא זייף אבל אי ברור לנו דלא זייף פשיטא דמהני הקיום בדמיון משטר לשטר וזהו עיקרו של הקיום רק במקום חשש זיוף הוסיפו להחמיר ולהצריך שיהיה ב' שטרות וכדומה להנצל מזיוף ולכך בעובד' דשדי חת"י אחספא הא ידוע לנו הב"ד דחתם ידו אמת דהרי עומד בב"ד ורוצה להעיד על חת"י בלי פקפוק רק אנן לא שבקינן לי' לבל יצא תלתא ריבעי דממון אפומי' ולכך אמרינן דיחתום אחספא ויהיה מקיום זולתו אבל מ"מ לב ב"ד יודעים דחתימתו אמת ואם כן אין כאן צורך להרבות בחומרות ואזהרות ודי דנוקמי אדין קיום להכיר חת"י משארי כתב ידו ולדמותו ובזו

חת"י אחספא שוה לאלף חתימות במקום אחר דהא אמת דחתם ולק"מ ודוק וכן משמע קצת בש"ך גופא ולכן לדינא אין לנו אלא כמ"ש הרמב"ם וש"ע דמקיימין ממנו לבדו דכיון דלא קי"ל כסברת ר"ת רק כמ"ש הרמב"ם שמא זייף הכל:

יב **ויש אומרים דאפילו מספר** וכל זה דעת הרא"ש דהוכיח מדאמר אביי דלחתום אחספא ולא דלכתוב תשרק צפע"ס וכדומה והש"ך דחה אותו דבלא"ה י"ל דלכתוב אריש מגילתא וא"צ חספא ובאמת כ"נ מדברי התו' ריש פ' גט פשוט. אך יש להבין באמת במילתא דאביי דכאן בכתוב' אמר אחספא והוא גופא אמר בפ' ג"פ מאן דמחוי חת"י בב"ד לא לחתום כי אם אירשא דמגילתא וכו' ולכן נראה דיש להבין מה מועיל רישא דמגילתא דילמא יהפכו ודרך משל החתימה שתי יכתוב שטר באורך ויהיה מקושר ואי דיש לו רק ע"א יחתום עוד ע"א שיהיה באמת בשעת הלואה ויחתום פסול למלאות שלשה כדאמרינן בגיטין דף פ"א ע"ש ואם כן יוציא ממון מן הלוה והלקוחות ע"פ ע"א ואותו ע"א שהיה באמת במעמד הלואה יחשוב שבאמת השני עד דעדי שטר חותמין זה שלא בפני זה ואתא לקלקולא ולכן נר' דבב"ב אמר אביי האי מאן דבעי לחוי חת"י בב"ד איירי דאין הב"ד מצוין לעשותו כי חושבין שיבואו עדים רק הוא מעצמו עושה כן אם כן הוא לעצמו צריך לחוש לבל יקרה לו תקלה ולכך אמר בחתם בריש מגילתא תו ליכא למיחש דיעשה עליו כת"י כי כת"י במקושר דעת התו' נראה בריש פ' ג"פ דלא מהני ע"ש אבל בכתובות דאמרינן דב"ד משיאין לו עצה לחתום בב"ד והב"ד מחויבין להשגיח שלא יצא ע"י תקלה לשום איש ישראלי ואם כן אף אריש מגילתא אין מניחין לחתום דילמא יהיה נעשה עי"כ מקושר כהנ"ל ולכך בעינן דוקא אחספא וא"ש ודוק:

יג **אבל מעולם לא ידענו עדות זה כו'** ברור כמ"ש הש"ך אפילו יש כאן שני עדים על כת"י הוא וחבירו מ"מ כל שאינו זוכר לא מכשיר לרמב"ם ואל תשגיח בתשובת דרכי טעם סי' ה' דכתב בדאיכא אחר המעיד עמו על כת"י א"צ לזכור והיינו כסברת הרא"ש וזה אינו דהא אפי' ביש עדים אחרים המעידים על כת"י נתן הרמב"ם הטעם דלכך א"צ לשאול אם זוכרים הואיל דאינם נאמנים לגרוע כח השטר משמע הא ביש להם מגו דהא הם עצמן ג"כ מצטרפין להעיד על כת"י ואם כן יש להם מגו דשתקי הן נאמנים דאינם זוכרי' כלל ולכן יפה כתב הש"ך והב"ח והלח"מ דלדעת רמב"ם אפילו נצרף עמו אחר מ"מ כל שאינו זוכר הרי הוא נאמן דאין זוכר דהא יש לו מגו דשתק והשטר בטל כחספא ולכן אפילו לרבי דסבירא ליה על כת"י הם מעידים כל שאין זוכר אם אומרים זה כת"י וזה כת"י חבירו השטר בטל דהא יש לו מגו ואם כן נאמן דאינו זוכר ומעולם פסול כמו בכת"י יוצא ממקום אחר אלו היה להם מגו להאמינם. ובהכי ניחא דאמרינן שם דף כ"א

דאי דמספקא לי' לרבי נ"מ במת חד וכו' ולא אמרינן בפשוט דאי אינם זוכרים העדות דאי פשיטא לרבי דעל כת"י מעידים השטר כשר ואי מספקא לי' השטר בטל דהא איך אפשר להעיד על מנה בשטר כל שאינו זוכרים א"ו אף לרבי אף דעל כת"י מעידים כל שיש להם מגו נאמנים דאין זוכרים והשטר בטל וא"ש אך יש להבין דברי ירושל' הביאו התו' והרא"ש דאמר הא דפליגי ר' יוחנן ור"ה אי יכול להיות נזכר מתוך השטר או מעצמו תלי' במחלוקת רבי ורבנן לפי הנ"ל כמעט אין לו הבנה דפי' הרא"ש אי אפשר לומר דאם אין זוכר מעצמו סבירא ליה לר"ה דעל כת"י מעיד ולכך בעינן שנים דהא לפי הרמב"ם מעולם השטר בטל וצ"ל לשיטת הרמב"ם כך פי' דודאי כתב הרמב"ם בעצמו הא דמהני זכירה מתוך השטר קל הוא שהקלו בד"מ דשורת הדין לא מהני זכירה מתוך שטר רק מעצמו רק הואיל ועל הרוב אין העדים נזכרים רק מתוך השטר ואם כן לעולם יתבטל השטר ולכך הקלו דגם זו יהיה מועיל וסבירא ליה לירושלמי דגם ר"ה ס"ל כן רק בזה נחלקו ר"י סבירא ליה דכיון דהקלו עשו לגמרי כאלו זוכרו בעצמו שהרי הוא מעיד על מנה בשטר לגמרי וא"צ צירוף אף בנזכר מתוך השטר ור"ה ס"ל דלא כל כך הקלו רק שורת הדין אם אין זוכר אפילו בצירוף אלף עדים אינו מועיל דהא השטר חספא והקלו חכמים דהואיל דנזכר מתוך שטר דיהיה מהני צירוף עוד ע"א ויהיה נחשב כמעיד על כת"י וזהו הקולא שהקלו דיועיל צירוף ולא לבטל שטר כחספא כיון דעכ"פ נזכרים מתוך השטר אבל עכ"פ בעינן שנים דאיך אפשר לומר על מנה בשטר כיון דזולת השטר אין זוכר כלל וא"ש רבי יוחנן כרבנן ור"ה כרבי ובנזכר לגמרי לכ"ע סגי בע"א כמ"ש הרא"ש ופסקינן כרבי יוחנן דהקילו לגמרי וא"צ אפילו צירוף כלל וא"ש ומה שהקשה הריטב"א על הרמב"ם מהך דג"פ דאמר רבא אין חתי' ומיהו מקמי' ר"א לא חתמתי וכפתי' ואודי וא"כ דבאמת היה מזויף לא היה רבא זוכר העדות כלל וא"כ בלא"ה בטל אין כאן קושי' דשם כת"י יוצא ממקום אחר הוה דרבנן בקיאי בחתימת ידייהו ומי לא היה מכיר חתם רבא ועוד אפשר גוף הלוא' בע"פ היה אמת רק הוא עשה שטר לטרוף ממשעבדי בזיוף וא"כ נזכר רבא גופו של עדות:

יד **ואין אנו מצריכים לשאול אותם כו'** מזו מוכיח דצריכי לשאול העדים באין כת"י יוצא ממ"א דהא משמע אפילו בכת"י יוצא ממ"א אילו היו נאמנים היו שואלים אותו ודוחק לומר דודאי מסתמא כשבאין להעיד אמרינן דזוכר כמ"ש הרמב"ם עד שאין זוכר לא יגיד אבל בכת"י יוצא ממקום אחר ואין בא לב"ד להעיד אז שפיר יש חשש דלמא שוכח דזהו דוחק וגם מש"ל דיבאו העדים ויאמרו זהו חתימתי ואני עד בדבר משמע דצריך להעיד דכך מורה הלשון ואני עד ופי' הש"ך דאינו בא רק לשלול דאם אין זוכר

דפסול דלשון ואני עד לא משמע כן אך מכל מקום לדינא דברי הש"ך מוכרחים דודאי בדיעבד אם לא שאלו הב"ד ואמרו סתם שהוא כת"י הרי זה בחזקת זוכר דאל"כ מה בכך כשכת"י ממקום אחר ניכר דאין להם מגו דאין נאמנים דאין זוכרים למה הא מסתמא דאין זוכרים וגם קושי' הראב"ד באומרים אמנה היה הואיל והוא עולה אין נאמנים מה בכך סוף כל סוף אמרו אין זוכרים אלא ודאי הואיל ומשוי נפשי' רשעי' ה"ל כאילו לא אמרו דבר וכמו דשתקי וא"כ מוכח דשתקי נאמנים ואמרינן דזוכרים ולכך כתב הרמב"ם כל עד שאינו זוכר לא יעיד ואם כ"כ דלא אמר דזוכר עדותו פסולה אם כן הך מיותר דמה נ"מ אי יעיד או לא הלא כ"כ דאמר דזוכר אין עדותו מעלה או מוריד ואי כוונתו דלא יאמר שזוכר אם באמת אין זוכר זהו פשיטא מיותר דפשיטא דלא יעיד שקר א"ו אזהרה לעד שלא יעיד דאולי שכחו הב"ד לשאול לו אם זוכר וילך לו ויסמכו הב"ד אחזקה דזוכר ויכשירו עדותו שלא כדת ולכך לא יעיד אמנם נראה דסבירא ליה לרמב"ם אמת בדיעבד אם הלך לו מב"ד בלי שאלה אי זוכר סמכינן אחזקה וסתמא דזוכר אבל מ"מ מתחילה כל מה דאפשר לברורי מבררין דיש לב"ד לשאול. אותו אי זוכר או לא כדי לברר הספק ולהעמיד הדין על תלו ולכך צריך לומר אי זוכר או לא ומיושב כל הדיוק בלישנא שכתבתי אבל בדיעבד אם לא שאלו מ"מ כשר דסמכינן אחזקה דזוכר כל כמה דלא אמר דאין זוכר וא"ש:

טו **אלא בע"א כו'** פי' הסמ"ע דבע"א אפילו כת"י יוצא ממקום אחר צריך לומר בב"ד עדותו ושיזכור דאל"כ הוי ליה מפיהם ולא מפי כתבם והדבר תימה דהא לקמן בסי' נ"א מבואר דע"א בכתב לדעת הרמב"ם אם טען פרעתי ה"ל מתוך שאיל"מ ולדעת הרא"ש עכ"פ זוקק לשבועה להכחיש העד אבל מעולם לא עלה בדעת הרמ"א להגיה דאין משגיחין בשער כלל עד שיבא ויגיד לב"ד ואז ה"ל כשאר עדות בע"פ ולכן ברור כמש"ל דאם בא לפני ב"ד שטר בע"א מכשירין ודנין על פיו ואמרינן דהוא בחזקת זוכר רק דס"ל לרמ"א דאם בא לב"ד ואמר דאין זוכר אע"פ שכת"י יוצא ממ"א מפסל שטרא. איברא דגם בזה תמה הש"ך מנ"ל דזהו חד תי' בתו' על הא דאמרינן כותב אדם עדותו בשטר והוא שזוכרו דלמה בעי זכירה ימסור שטרו לב"ד ותי' דמיירי בע"א ושטר בע"א אינו כלום ועוד תי' דאיירי דלא אמר להם לכתוב או דלא נכתב בנוסח שטר ע"ש (ועיי' מש"ל סי' ל"ט) ולפי דקי"ל סי' נ"א דע"א בשטר מהני העיקר כאידך שינויא של התו' וליתא להך דינא ויפה הקשה ויותר קשה לשיטת הרמב"ם שהוא דיעה קמייתא הנזכר במחבר דמפרש הך כותב אדם פי' בפשוט' דכיון דשטר יוצא מתחת ידו ואי בעי קלתי' הרי הוא כמו שאין כת"י יוצא ממ"א ונאמן דאינו זוכר ומפסל השטר ומזו יליף כל דין הנ"ל ואם

כן דין זה דיש הבדל בין ע"א לב' עדים ליתא. ואמת כי לכאורה משמע כדברי הרמ"א בתשובת הרי"ף שהביא הרא"ש בפ"ק דמכות חתם קרוב ורחוק בשטר ולא הכיר הרחוק מן קרובים שלו הרי עדות הרחוק כשר אי זוכר העדות וקשה הא ה"ל כמו ע"א בשטר כיון דלא מפסיל בצירופו עם הקרוב הואיל ולא הכיר ואם כי ל"ל דיזכור עדותו בע"פ אך לקמן בסי' נ"א בררתי דברי רי"ף באופן אחר עד שאין מזה ראי לדברי רמ"א ולכן באמת הרמ"א אזיל לשיטתו ונמשך אחרי דעה קמייתא שהוא דעת הרמב"ם דשורת הדין לעולם בעינן שיזכור העדות רק בכת"י יוצא ממ"א אינם נאמנים לומר אינם זוכרים דכיון שהגיד וכו' והרמ"א ס"ל ס"ס זה כדעת הריב"ש דע"ח יכול לחזור בעדותו ואין בו משום חוזר ומגיד וא"כ עדיין יש לו מגו באומר אינו זוכר דהא יכול לחזור מעדותו לגמרי וא"כ הרי הוא נאמן דאין זוכר ופסול השטר וא"כ אין מתו' ראיה דלא ס"ל כדעת הרמב"ם ואמת כי גם בהך דינא דלקמן השיג הש"ך ועיין מ"ש שם אבל עכ"פ דברי רמ"א לשיטתו נכונים וא"כ דוקא בשעד לפנינו ואומר דאין זוכר אבל בסתם אמרינן דזוכר כמו בשני עדים וכשר והיינו הך דלקמן בסי' נ"א וכן אם מת דכמו בשני עדים כשר משום תקון עולם וכמש"ל בסי' כ"ח כן י"ל בע"א דמ"ש דמנ"ל לחלק בכה"ג וברור:

טז **לא נתקיים** עיי' אורי' שכתבתי בשם התו' והרא"ש דאפילו אומר להדיא דמעיד על כת"י מ"מ לא מהני ודייקי' ליה התו' מהא דאמרינן ואי ליכא אחר מה נעביד וכו' ולא אמרינן דיאמר בפי' על כת"י אני מעיד א"ו דזה לא מהני והקשה מהריב"ל דלמא איירי דליכא אחר המכיר חת"י רק הוא לבדו וא"כ אם יאמר על כת"י יצטרך להעיד עוד אחר עמו והא ליכא ולר"מ דהא זה ואי ליכא אחר עליה קאי דאמרינן שנים החתומים על השטר ומת אחד מהן בזו ר' לקולא ורבנן לחומרא וקשה בממ"נ אי ליכא אחד דמעיד על כת"י החי זולת אותו עד בעצמו ואין אחר אתו אם כן מה רבי לקולא הא אין כאן קיום כלל דכת"י החי לא נתקיים כלל וע"כ דאיכא אחר המכיר ג"כ כת"י העד החי אם כן מה רבנן לחומרא ומה פריך איך נעביד הא יכול לומר על כת"י אני מעיד והרי יש כאן אחר שיצרף עמו להעיד ג"כ על כת"י ואם כן מועיל כמו לרבי ואיך כאן צורך תקנה ולא חומרא לרבנן וע"כ מוכח דלא מהני אמירתו בזה לרבנן כלל וא"ש ולק"מ. ויש מקום ספק לדעת הרא"ש וסייעתו דסבירא ליה בשאין עדי שטר זוכרין ענין השטר יכולים לקיים השטר רק צריכין שתים על כל חתימה דה"ל על כת"י מעידים א"כ אם בהך דינא דאיכא על העד החי עוד ע"א דמעיד על חתימתו והוא אומר דאינו זוכר ענין שטר אם יכול להעיד בצירוף עוד אחר על עד השני דהא לא נפיק אפומי' רק פלגא דממון דגם על חתימת ידו היה צריך עד שני להצטרף עמו ובאמת מסתבר כן רק תמהני מסתימת

הרא"ש דלא זכרו ולכן אפשר לומר דסבירא ליה להרא"ש דודאי סתמא דמילתא דעדים זוכרים מ"ש בשטר וכמש"ל לשיטת הרמב"ם רק אם אומר להדיא דאינו זוכר ובא לגרוע כח השטר בזו נאמן דהא השטר מקוי' ע"פ ויש לו מגו ופה שאסר וכו' אבל כאן דאמירתו אינו זוכר הוא ליפות כח שטר דאם זוכר אינו יכול להעיד על כת"י שני משא"כ באינו זוכר דיכול להעיד אם כן הא לית ליה מגו ואינו נאמן לומר דאינו זוכר ליפות כח השטר נגד חזקה דאמרינן מסתמא זוכר וצ"ע דלמה לא יהיה העד נאמן בזה ומ"ש זה משארי עדות כיון שהוא אומר דאינו זוכר בבירור כלל וכלל ושוב ראיתי בב"ח ופרישה שכתב בפשיטות דאם אינו זוכר עד שצריך לעד אחר לצרף עמו להעיד על חתימתו יכול להעיד על כת"י העד השני ובטלה דעתי נגד דעתם ועיי' משא"ל בזה:

יז **אפילו על החרס כו'** הרב הש"ך בס"ק ל"ז האריך דהא התו' כתבו דאביי אתיא כר"מ דסבירא ליה ע"ח כרתי וא"כ אנן דקי"ל כר"א דע"מ כרתי עדיין קשה מה יועיל חספא ע"ש שדחק ולפמש"ל בסי' מ"ב לק"מ דפירשתי דבגיטין מודה אביי דכשר אפילו בדבר שיכול לזייף רק בשטרי הלואה סבירא ליה כרבי מאיר דבעינן דוקא בדבר שא"י לזייף וכל החשש הוא דימצא אינש ויכתוב עליו שטרי הלואה כמש"ל בפי' המהרש"א ע"ש ואם כן לק"מ דהא קיי"ל בשטרי הלואה פסול אם נכתב על דבר שיכול לזייף וא"ש:

יח **אינו מועיל כו'** כתב הרב המובהק מהרי"ט בחלק א"ע סי' ט' דמ"מ מצטרף לענין מלוה ע"פ וראיתו דהא קי"ל הלואה והודאה מצטרפין אע"ג דמה דמסהיד האי לא מסהיד האי ע"ש ונראה דקאי לשיטת הריטב"א דפי' דאין הקושי' דמה דמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא משום דעל העד שני ליכא רק חד עד דידע דבקיום שטרות דרבנן מהני בכה"ג רק הקושי' דזה מעיד על ענין אחר וזה מעיד על ענין אחר וא"כ סבירא ליה למהרי"ט הואיל דאמרינן הודאה אחר הלואה מצטרפין אף דמה דמסהיד האי לא מסהיד האי ש"מ דבעדות ע"פ ליכא קפידא ואם כן ה"ה בעד ודיין אבל לפי' התו' ויתר מפורשים דס"ל דכל הקושי' הוא דעל עד השני ליכא אלא חד עד ואין כאן שני עדים ואם כן ה"ה לענין מלוה ע"פ נמי הא ליכא ב' עדים ואין מקום לדבריו כלל ולפ"ז לפמ"ש דדעת המחבר לקמן בסעיף ט"ז כדעת רש"י ורא"ש ולא כריטב"א ליתא לכך דינא דמהרי"ט:

יט **כל אחד מעיד על כת"י וכו'** הקשה הסמ"ע דהא בסעיף י"ד משמע דבעינן בדיין המעיד על כת"י צירוף אחר עמו ותי' דלעיל משום רבות' נקט לי' אפילו אחר עמו מכל מקום אין עד ודיין מצטרפי' ואין תי' זה מספיק ברא"ש כמ"ש הש"ך בס"ק ל"ט דהא הרא"ש כתב כן על מימרא דשמואל דאמר עד ודיין מצטרפים דאיכא עד אחר עמו ומה רבותא יש כאן. וכתב הש"ך דבב"י משמע לחלק בין כשדיין אחד מעיד על כת"י

או שני דיינים ולא מסתבר לחלק. ולי נראה דמסתבר דהא בלא"ה דייק הט"ז ברבינו יונה דכתב דלכך יכולים שני דיינים להעיד כל א' על כת"י משום דעל קיום השטר הם מעידים והקשה הט"ז דלא דמי לעד החתום בשטר דעל מנה בשטר מעיד דהיה הלואה אמת וא"צ לכת"י כלל אבל בדיין הא עיקר חתימתו אם כן מה בכך דעל קיום מעיד מ"מ העיקר חתימתו ע"ש ואני תמה דא"כ דמדמה רבינו יונה הך לעד דמנה בשטר ה"ל להרא"ש לחלק דאם הדיין זוכר דנתקיים בפניו השטר וזוכר כל עניני הקיום א"כ א"צ לעד אחר עמו דאמרינן על קיום בשטר הוא מעיד ואם לאו דאינו זוכר במחשבתו מענין קיום רק יודע ומכיר שזהו כת"י צריך שני עדים הוא ואחר כמו גבי עד בשטר כשאין זוכר ענין שטר ולמה סתם הרא"ש דלעולם הדיין יכול להעיד לבד על כת"י ולא חילק בין זוכר לאינו זוכר. לכן נראה דודאי אין הכוונה דעל קיום בשטר מעיד וה"ל כעד במנה בשטר דודאי יש חילוק כמ"ש הט"ז רק כבר כתב הריטב"א והר"נ מ"ש דבדיין מעיד על חתימתו לולי הטעם דמאי דמסהיד סהדא וכו' היה מצטרף ולמה לא חיישינן דלמא הדיינים החתומים בצדו מזויפי' ואם כן אין כאן קיום וכמו כן השאלה אפילו בשני דיינים המעידים על חת"י דאין קיום בפחות משלשה והעלו דלא חיישינן לזיופא ולכך מסקנת דבריהם אפילו לא כתיב בקיום בי תלתא מ"מ לא חיישינן לזיופא ע"ש בר"נ וריטב"א אשר צריכין לומר להסביר טעמם דכיון דחזקה דלא נחית לקיום עד שהיו שלשה מכ"ש בדכתב בי' תלתא אם כן ודאי דהנך חתומים בצדו כשרים ולא חיישינן דילמא אחרים היו והנך החתומים זיופא דלא חיישינן כולי האי והעיקר דבקיום הקלו מלמיחש כולי האי ולפ"ז ס"ל לרבינו יונה דליכא סברא לומר ולחלק דלגבי כת"י אמרינן דחזקה דהאחרי' החתומים לאו זייפא הם אבל מ"מ לגבי גוף חתימת אחרים לא אמרינן כן דמ"ש וזהו רחוק בסברא דממ"נ וגדולה מזה כתב הרמ"א בתשובה סי' ק"י דאם העיד העד שקודם שחתם היה מקדם חתום על השטר ע"א ה"ל כמעיד שזהו כת"י וה"ל קיום ע"ש וג"כ שרש דבריו בקיום הקלו ובחזקה כל דהוא אוקמינן אקיום ע"ש. ולפי זה כ"ש בזה דאם אמרינן דודאי האחרים החתומים הם כשרים ולא מזויפי' דה"ל קיום ולפ"ז אם אומר הרי זה כת"י דחתמתי על הקיום א"כ ה"ל כמעיד על חתימת השני החתום בצדו ג"כ דהוא ג"כ חת"י דזולת דהי' שלשה בקיום לא היה חותם ולומר דהיו אחרים בקיום והחתומים הן מזויפי' לא אמרינן כנ"ל וא"כ בממ"נ לא ימלט אם כת"י אמת וצדק אף השני אמת דזה ח"א בלתי שני ואם אנו מסופקי' בשני אף חת"י אינו מועיל דאין קיום באחד ואם זה לא אמרינן אף זה לא אמרינן דהשני זיוף ופשוט ולכך צדקו דברי רבינו יונה וכך כוונתו בשנים המעידים על כת"י דבשלמא על כת"י בעלמא הם מעידים

א"כ י"ל כל אחד שאמר זה כת"י אין לו שייכות בכת"י חבירו ואינו מעיד עליו והרי על כל חתימה רק עד אחד משא"כ דאמרינן באמת על קיום שטר מעידין והן באמרם זהו כת"י היינו שנתקיים שטר בפנינו ואם כן לא ימלט דהיה במעמד שלשה והשלשה הן החתומים בצדו דלזה לא חיישינן דהיה אחרים והחתומים הן מזויפי' כמש"ל וא"כ זה שאמר זה כת"י שנתקיים השטר הרי זה מעיד בבירור דגם זה כת"י חבירו דלא סגי בלא"ה וכן להיפוך השני דמנרד זה כת"י על קיום שטר ה"ל כמעיד בבירור שזה כת"י חבירי החתום עמי וכמ"ש דאי אפשר לקיום בלי שלשה ואם כן הרי זה זה אומר זה כת"י וזה כת"י חבירי וכן השני דה"ל קיום לכ"ע אפילו לרבי וה"ה בדיינים ואין כאן פקפוק ולכך לא חלק בין זוכר הקיום לאין זוכר ואין נ"מ דלעולם בעינן שני עדים על קיום כתב יד הדיין רק דה"ל כשני' דכל דיין מעיד על כת"י וכת"י חבירו. וח"ש וזהו בשני דיינים אבל בדיין א' אמת דמעיד על כת"י וכת"י חבירו ע"כ אין כאן אחד המעיד על כת"י ולעולם צריך בדיין שני עדים ולכך מצריך הרא"ש והטור שני עדים על חתימת הדיין הוא ועוד עד אחד וא"ש ולק"מ ואמת כי לשון רבינו יונה בהרא"ש דחוק קצת מ"מ יותר טוב לומר כן דלא יהיו דברי הרא"ש סותרי' אהדדי וגם לא יקשה קושיא הנ"ל דה"ל לחלק בין זוכר לאינו זוכר ובפרטות כי הדברים בעצמן הם אמתי' וכנים ואם לא נאמרו ראוי' שיאמרו וכן נראה לדינא וכן משמע במה שפסקינן בסעיף ט"ז דאם אחד מהשוק מעיד על חתימת עדים דמצטרף עם הדיין דשניהם מעידים דזהו חת"י עדי שטר ולא אמרינן דזה מעיד על קיום שטר וזה מעיד שזהו כת"י עדים א"ו דא ודא אחת היא היינו קיום השטר והיינו כת"י עדים והדבר מוכרח כמ"ש:

כ **אלא ששני' מן השוק כו'** א"ל דעל העד נמי מעידים אלו דמה מהני אם כן על העד שני ליכא רק עד א' שהוא דיין רק צריך לומר דמוסב אלעיל שיש כאן ע"א המעיד על חתימת שני עדים ואם כן כשיש על חתימת הדיין גם כן ב' עדים הרי על כל עד ועד שני עדים וכן הגיה הרב ב"י בב"ה בר"ן דכתב בשם הרא"ה דמהני כששני' מהשוק מעידים על העד והדיין והגיה הב"י דצריך לומר על הדיין לבד ומוסב על מה שכתב הר"ן מקדם דעל העדים יש ע"א שמעיד על שני החתימות דאל"כ הא על שני אין כאן רק ע"א שהוא קיום הדיין והש"ך בס"ק מ"ו האריך שנעלם מהב"י וסייעתו דברי הריטב"א דס"ל דודאי אף דדיין לבד מעיד על העד השני אין כאן קפידא דאינו רק ע"א דבקיום הקלו ומהני קיום הדיין כאלו שנים מעידים וזהו חידוש דין שחדש לנו רמב"ח במאמרו עד ודיין מצטרפין רק כל קושית הגמרא דמה דמסהיד זה כו' ואם כן בב' עדים מעידים על העד ודיין דסהדותא כחדא נינהו מצטרפין ע"ש שהאריך ויפה היה דיבר אלו הביא הר"ן

דברים אלו בשם הריטב"א אבל הביאן בשם הרא"ה וכעת שזכינו שיצא לאור הרא"ה בדפוס על כתוב' אשר בלי ספק היה בכ"י לפני הרב ב"י הוא כתב להדיא כפירש"י ותו' דלכך עד ודיין אין מצטרפי' דהא על עד השני ליכא רק הדיין ואינו אלא ע"א וזהו כוונת הגמ' מה דקמסהיד סהדי לא מסהיד דיינא ואין כאן רק ע"א וא"כ דכך ס"ל לרא"ה הוא טעו' דמוכח בר"ן כמ"ש הב"י וכן בתשוב' מהרי"ט לא"ע סי' ס"ט הביא לשון הר"ן ג"כ כמ"ש הב"י אם שני עדים מעידים על הדיין ולא הזכיר על העד. וכן מוכח מדברי הר"ן בסופו דכתב הא דאמרינן בירושלמי השטר מתקיים בכתב יד ע"א ודיין אחד פליג אגמ' דידן וסבירא ליה כרמב"ח ולדברי ריטבא א"צ דמיירי ב' עדים מעידים על כתב ע"א ודיין א' והרי הוא מקוים וזהו מכוון בלשון ירושלמי כמ"ש הרשב"א בתשובה להדיא א"ו דס"ל כפי' התו' דסוף כל סוף על עד השני ליכא רק דיין א' והוא ע"א ונכון והנה לענין דינא דעת הש"ך לפסוק כריטב"א וכתב הואיל לשיטת הריטב"א אין להיות דייני קיום קרובים לעדי שטר וכך נהגו א"כ הלכתא כריטב"א דלדעת החולקים אין להקפיד אם הם קרובים ולא הבנתי דבריו דברור לדעת התו' והרא"ה דכל הטעם משום דעל עד השני ליכא רק הדיין והוא רק חד לפי זה אם העד מעיד זה כת"י ואחד מעיד על השני והדיין מעיד על כת"י הרי הקיום כשר דהא איכא על כל עד ב' עדים או לדעת הרא"ש דבאינו זוכר בעינן שני עדים א"כ בעד האומר איני זוכר וזה כת"י וזה כת"י חבירי והדיין אומר זה כת"י כשר דיש כאן על כל עד ב' עדים ולא נפיק ע"פ העד המעיד רק פלגא וזהו ברור וא"כ אם הדיין קרוב לעד המעיד שהוא החתום בשטר הרי נפיק ממש כל הממון או רובו עפ"י קרובים אבל לדעת הריטב"א דלכך אין הדיין מצטרף עם העד משום דהם שני סוגי עדות אם כן לכאורה לא תמצא דיהיה עד החתום ודיין מצטרפי' דמה בכך דישנו על עד השני עוד עד סוף כל סוף אין ענינו של עדות זה כזה ואם כן יכול להיות קרוב הדיין לעד דלעולם לא ישנו במציאות דיעיד עד החתום בשטר ודיין כ"א על הקיום ודברי מהר"ם בתשובת מהר"ם ורשב"א תתנ"ג דכתב דמשכחת לו קיום כשמעידין על כת"י א' מעדים ואחד מהדיינים וכמ"ש בירושלמי והיינו דע"כ צריך לומר בפי' הרשב"א כמ"ש הש"ך דאין קפידא כשיש על העד הב' רק קיום דיין לבד צריך לימוד דכתב אח"כ ולפי זה יש להזהר שלא יהיה על הנפק בני אדם קרובים לעדים דלמא אתו לקיים באחד מהעדים ואחד מהדיינים שהם קרובים וכו' עכ"ל דהא לפי' ריטב"א לכאורה אין במציאות שיעיד החתום על השטר והדיין כאחד דמה דמסהיד זה לא מסהיד זה ואינו רק אחרים יעידו על העד ודיין וא"כ אין נ"מ כשהן קרובים דכשאחרים מעידים על חתימתו יכול הוא להעיד על כת"י השני ולא שייך נפיק רוב ממון על פיו ומכ"ש שקרוב שלו יכול להעיד

ודוחק לומר דמהר"ם סבירא ליה כהרא"ש דבעד שאינו זוכר על כת"י ולא על מנה בשטר מעיד ואם כן אם עד ודיין כל אחד מעידין על כת"י והעד אינו זוכר כשר הקיום לדעת הריטב"א דהא על עד זה המעיד ישנו ב' עדים הוא והדיין ועל העד השני סגי בע"א כמ"ש הריטב"א והם מעידים על סוג אחד זה על כת"י וזהו על כת"י ועל זה הדרך יש לישב בדוחק דברי בעל עיטור דראש דבריו בדיני קיום כתב ז' דרכי' בענין קיום ודרך החמישי עד ידיין מצטרפין וכותבין מדאתא פלוני דחתם בשטר ופלוני דיינא דחתם באשרתא ואסהידו כל חד אחת"י אתקיים האי שטרא כדחזי ואולם בדף של אחריה פסק כרבא החולק ארמב"ח דעד ודיין אינם מצטרפים והדברים סותרים. ולכן היה אפשר לדחוק ולומר דכוונתו בדיני הקיום דעד החותם אמר להדיא דאינו זוכר וא"כ מצטרפים כמ"ש דשניהם מעידים בסוג אחד ואם כי דחוק דהל"ל לומר דאינו זוכר איהו דחיק ומוקי אנפשיה שלא יהיו דבריו סותרים להדיא אך לא ידעתי אם לפי' זה של ריטב"א י"ל דינו של הרא"ש כשאינו זוכר דא"כ מה פריך רבא מה מעלית' מה דמסהיד סהדא וכו' דלמא הוא דאמר עד ודיין מצטרפים היינו בזה אופן דאינו זוכר ואם כן שניהם מעידים בסוג א' ומ"מ יפה אמר כמה מעליות' דחידש דאף על עד שני ליכא רק קיום הדיין כמ"ש הריטב"א ובאמת הריטב"א סבירא ליה דלא כרא"ש דאפילו אומר דאין זוכר להדיא מ"מ על מנה בשטר מעיד וא"צ שני עמו מ"ש וכ"כ העיטור בשער הראשון ע"ש ולכן צריך לומר בהבנת דברי הר"ם דמודה הר"ם והריטב"א דאם הדיין מעיד על חתימתו ועוד ע"א מעיד על עד השני ועד החתום מעיד על חתימתו דמועיל דלמה יגרע מאם עד אחד מעיד על חתימתו ושני עדים מעידים על השני דמהני כמבואר בגמרא ולא אמרינן דזהו עד מעיד על מנה בשטר והב' אחרים מעידים על ב"י השני ומ"ש ב' עדים או דיין ועד וכן תמה בזה בס' בני שמואל ונכנס בדוחק ולכן ברור דמודה הריטב"א דבאמת בזה אופן כשר רק כשיש כאן רק עד המעיד על חתימתו ודיין א' בזו אמרינן בממ"נ הא אין כאן על עד השני רק ע"א שהוא הדיין רק דאנן אמרינן להקל בדיין ואם כן אמרו דמה דמסהיד זה לא מסהיד זה ותרתי להקל א"א לומר. אבל כשיש עמו צירוף הרי הוא כאיש אחר ועיי' בריב"ש סי' שפ"ב משמע שכ' מהך טעמא דאין הדיין מעיד עדות שלם וזהו דעת מהר"ם ולכך כתב דאין להכשיר דיינים קרובים לעידי שטר דלמא אתו לקיים בא' מעדים וא' מהדיינים היננו באופן שכתבתי לדעת התוספות דדלמא יעיד העד על חתימתו והדיין על חתימתו בצירוף עוד ע"א המעיד ויהיה כשר והרי נפק רוב ממון עפ"י קרובי' וא"כ מבואר דכ"ש לדעת התו' ורא"ה דאין להכשיר קרובים וראית הש"ך ליתא. אבל מ"ש הר"ם לפ"ז נראה דהוא נגד דעת הרא"ש דכתב הילכך הואיל ואין השטר מתקיים עפ"י

ע"א ודיין א' אין אנו חוששין אם הדיינים קרוביה לעדים וכו' וקשה לדבריו הא משכחת ליה כנ"ל ואף דנימא דלא סבירא ליה כמ"ש בדעת הריטב"א מ"מ לדבריו קשה אם אין עד זוכר ודאי דעד ודיין מצטרפי' כמש"ל ואם כן אתו לאכשורי בקרובים כמש"ל ועיין ב"ח דנבוך להסביר למה לשיט' הרא"ש אם אין זוכר לא יצטרפו עד ודיין ע"ש דמסבר ולא מסבר לי לענ"ד ולכן צריך לומר דהיה לרא"ש בזה שטה שלישי' וכמ"ש מהרי"ט בחלק א"ע סי ט' הנ"ל דס"ל דאין קיום לחצאין או כולו בעדי' או כולו בדיינים אבל לקיי' ע"א בעדי' וע"א ע"י דיינים לא אמרינן וכ"כ מהרי"ט דכן משמע בסמ"ג ע"ש. וא"כ לפי זה אפי' העד מעיד על כת"י אינו זוכר או דיש כאן עוד עד המעיד על כתב יד עד השני לא מהני דסוף כל סוף הקיום לחצאין ולכך מכשיר הרא"ש העדים שיהי' קרובי' לדייני קיום דאין כאן מציאות בשום צד שיהיה הכשר הקיום עפ"י עד יהי' באיזה אופן שיהיה ולפי זה נראה דאף אם מעידין על כתב יד אחד מהעדים ואחד מהדיינים לא מהני דהא עכ"פ החצי בקיום העד והחצי בקיום הדיינים ואם כן יפה כתב מהר"ם דהואיל דמפרש ירושלמי דמכשירין בכה"ג בעדים מעידים על כתב העד והדיין ש"מ דליתא לסברת הרא"ש ולכך כתב ולפ"ז אין להכשיר קרובים וא"ש הך מילתא ולפי זה דהוא בא לשלול דעת הרא"ש וזה ברור ופשוט. ונראה דגם העיטור סבירא ליה הך סברת הרא"ש דאין לחלוק בקיום או כולו בקיום עדים או כולו בקיום דיינים רק ס"ל אם העד החתום בעצמו בב"ד ומעיד כיון דקי"ל על מנה שבשטר מעיד וכל עדות הוא דמנה בשטר הוא אמת כמ"ש בעל עיטור גופי' בשער הראשון ע"ש אם כן אין זה בגדר הקיום כלל דהוא מעיד על מנה בשטר ואין כאן רק קיום על הדיין והרי כל קיום בדיין דע"א הוא אינו בגדר קיום כלל אבל כשאין הע"א לפנינו וב"ד מקיימין ע"י אחרים כתב יד העד וכת"י הדיין אם כן חל על שניהם תורת קיום ואין קיום לחצאין או כולו בעדים או כולו בדיין ולכך כשהביא ירושלמי דאמר אפילו בכתב ע"א ודיין א' מקיימין כתב עיטור והיינו פירש עד ודיין מצטרפין ר"ל דמקיימין שני כתבים אבל בריש הלכות קיום כתב בדרך החמישי דאתא פלוני העד והעיד אחת"י ובזו אין שייך אין קיום לחצאין כלל ולכך מכשיר וזהו מה שנר' להליץ בעד בעל עיטור. והיוצא לדינא כיון דדעת הרא"ש ולפמ"ש אפשר דעת בעל עיטור גם כן דבשום אופן לא מצטרף קיום דע"א וקיום דיין א' ולדעת התו' והרא"ה והר"ן והריב"ש כפי שבררנו דעתם עכ"פ צריך על העד שמעיד עליו הדיין עוד ע"א דאל"כ הרי קיום בע"א ולא סבירא להו כמ"ש הריטב"א בדיין הקילו אם כן פשיטא דדעת הריטב"א והר"ם יחיד היא לגבי הנך רבוותא והכי קי"ל כפסק ש"ע ומ"מ קרובים אינם יכולים להיות דיינים כמ"ש באריכות. ויש לי מקום ספק אם באנו לקיים

שטר מתוך קיום הדיינים וכת אחד מעידה על כתב דיין אחד וכת השני על כתב דיין השני אי מהני לשיטת הרי"ף דהא בעדות שמעידים שזהו כת"י הדיין אינו תועלת כלל אם לא נתקיים כתב דיין שני וא"כ ה"ל חצי דבר בשלמא בעד ודיין דאף דדיין בעדותו אינו פועל כלום זולת צירוף העד הראשון מ"מ העד ראשון מחייב שבועה ואם כן ה"ל כמו אכילת פירות בג' כיתות המעידים על שלשה שני חזקה וכיון דבעד לא הוי חצי דבר אף לגבי דיין לא הוי כמבואר בגניבה ומכירה ע"ש בסנהדרין אבל בשני כיתות א' על דיין א' והשני על דיין השני הא הוי חצי דבר להרי"ף דמה שהם מקיימין חתימת דיין א' הוא ללא יועיל וה"ל חצי דבר בשלמא לשיטת התו' דס"א דהיכי דאי אפשר לעדים לראות יותר לא מיקרי חצי דבר אף זהו כמוהו דמהיכן יהיו מכירים כל החתימות אבל לשיטת הרי"ף דלא סבירא ליה כן צריך תלמוד אי נימא בקיום הקלו וגילוי מילתא בעלמא סגי כמו דהכשיר עדות קטן כשיש גדול עמו או אין לנו לבדות קולא דלא מצינו בדברי הקדמונים וצ"ע:

כא **קרובים לעדי שטר** עיין בר"ן סוף פ' ב' דכתובות מ"ש בשם הרז"ה דכל טעם דבעלמא פסולים משו' דלא יהא שייך בי' הזמ' וגבי שטר לא שייך הזמה או דאין בו הזמה כלל כדעת הרז"ה וע"ש בר"ן ויש להבין אם כן לפי הטעם ירושלמי והביאו הרי"ף בסנהדרין דלכך קרובים זה לזה א"י להעיד לעלמא משום דאין נזומן עד שיהיה נזומן כולם וא"כ קרוב נלקה בסיבת קרובו ואם כן בשטר דלא שייך כן יהיו שני אחים יכולים לכתוב ולחתום שטר דהא לא שייך הזמה בשטר וזהו הטעם שנתן הרז"ה דלכך יכולים קרובים לקיים חתימת קרובים וצריך לומר דודאי עדות בשטר לכך פסולים דאת' למחלף בעדות דעלמא דאם יכשירו בשטר יכשירו אותן בעדות בע"פ נמי אבל קיום דלא נמצא רק בשטר אם כן לא שייך גבי' דאתא למחלף בעדות דעלמא ולכך כשר ודוחק וצ"ע:

כב **ועדי קיום לא יהיו קרובים וכו'** הדבר תמוה דמה קמ"ל הא כבר מבואר להדיא כן בסעיף י"ב והוא גמרא ערוכה ואולי כיון הרמ"א אם שלשה עדים העידו על קיום עדי השטר ונמצא אחד מהן קרוב לזה וס"ד דהואיל דהוא גלוי מילתא בעלמא יהיה כשר בשנים הנשארים ולזה קמ"ל דדינו כשאר עדות דקי"ל דכל העדות בטל ואף כאן כל הקיום פסול וצ"ע:

כג **ודייני קיום כו'** הרב בש"ך ס"ק מ"ט כתב דמשמע מלשון הרמ"א דבזה כ"ע מודים דאף דמאן דמכשיר בעידי קיום פוסל דייני קיום והשיג הש"ך על זה דאין טעם לחלק וגם הך ראיה דהדיינים מקיימין השטר אע"פ שלא קראהו זהו ראיה גם כן על קורבא דדיינים וגם תמה על הריב"ש דכתב בשם חידושי רשב"א דגיטין דדייני קיום הקרובים

מלוה ולוה פסולים דלא מצינו שם רמז ואדרבא מבואר ההיפוך והאריך ע"ש ואגב רהיט' כתב כן דז"ל הרשב"א בשמעתי' בפני כמה נותנו וכו' וכן נראה דעדים הקרובים בין למלוה ולוה כשר מדאמרינן הדיינים חותמין על השטר אעפ"י שלא קראהו ומשמע שלא קראוהו כלל וכו' אבל דיינים הקרובים לבעלי דבר ודאי בעלמא פסולים אבל הקלו להכשיר אפילו הקרובים כדרך שהתירו בהבאת הגט ובעדות וכו' עכ"ל והדבר מבואר דמ"ש בעלמא היינו בשאר קיום דבעדות מעליא זולת קיום אף עדים פסולים וכל עסקו שם בפלפול בדיני קיום וגם הא תלה הטעם להכשיר משום כדרך שהתירו בהבאת גט וכו' ואין טעם זה מספיק לשארי קיום שטרות דעלמא ואם סבירא ליה בכל דוכתי בקיום הקלו לא היה צורך לו לומר בגט דהקלו בהבאה כיון דבכל קוים מותר ולכן ברור דסבירא ליה בעלמא בשארי קיום פסול רק בגט הקלו כמו שהקלו יותר קולות לסמוך אקיום השליח האומר בפ"נ ובפ"נ דהוי מקויים משא"כ בשארי שטרות ודברי ריב"ש נכונים ומ"ש הש"ך דא"כ עדיין קשה איך יקיימו אעפ"י שלא קראהו כלל אולי הם קרובים למלוה וצוה הא לא קשי' דבשלמא הקיום אין סדר לכתוב מי ומי הם העדים המקיימין וא"כ אלו מעכב הקיום שלא יהיה עדי קיום קרובים למלוה ולוה ה"ל לקרות שטר דהם יכתבו סתם ובמה יודע איפא אח"כ שקרובים היה המקיימין ואתא לידי חורבא וה"ל לחכמים לתקן שיקראו מתחילה השטר אלא ודאי דבאמת כשר בקרובים משא"כ בדיינים שחותמין שם פלוני ופלוני הרי דבר שעומד להתברר תמיד אם הדיינין קרובים לבע"ד או לא וליכא חשש דניפק מיני' חורבא כלל והוא דבר העשוי להתברר ומ"ש בטעם הדבר למה הקילו בעדים יותר מבדיינים הדבר פשוט דבשלמא להכיר חתימת העדים לאו כ"ע מכירים ואם כן זה שמצא קרובים שמכי' וזולתו אין מי שיכירין יפסיד הקלו חכמים בקיום דרבנן והכשירהו משא"כ דיינים דמצוים דיינים מי שירצה ואם כן מי מכריחו ליקח קרובים הלא יכול ליקח דיינים כשרים ולמה לנו להקל בחנם בדבר שאין בו צורך כלל ופשוט והן הן דברי רמ"א ולק"מ:

כד **ובלבד שיכתבו וכו'** הש"ך כתב על הרמ"פ בס"ק ר"א דעירב הדברים דהך וי"א הוא דעת הרשב"א דמכשיר העדים של קיום הקרובים אם כן מה צורך להזכיר שמם הלא בכל גוני כשרים ונראה דרמ"א סבירא ליה אם נתכוון המחבר לדעת רשב"א כבר נאמר לעיל דעתו בסעיף הקודם וכפל הדברים ל"ל אלא סבירא ליה דכל אלו הדעות הם להך דעה קמייתא דפוסלים בעדי קיום הקרובים והיינו דריטב"א הקשה איך יחתמו מה דלא קראו אולי העדים קרובים ותי' דלאו דוקא דא"צ לקרות כלל אלא שם הלוה והמלוה צריכין לדעת אי נמי שיכתבו בקיום שמות העדים וסבירא ליה לרמ"א דהנך ב' תי' בזה

חולקים דלדיעה קמייתא לא מהני דיכתבו שם העידי קיום דאולי משתלו דסתם קיום א"צ לכתוב ועוד עכ"פ איכא זילותא לב"ד דקיימו שטר ע"י קרובים משא"כ כשקראו הרי אין כאן בית מיחש ולתי' השני סבירא ליה דלא חששו דכיון דפורטי' השמות ולא דקדקו כ"כ בקיום וסבירא ליה לרמ"א דזהו מ"ש המחבר ב' דיעות הן ב' תי' של ריטב"א וכמ"ש ודברי הרמ"א ברורים ונכונים ואין לדקדק לפי זה דחיישינן דלמא היה עדי קיום קרובים אם כן שטרי מאוחרין אמאי כשרין דלמא קרובים הם בשעת החתימה ואח"כ יתרחקו וא"כ בשעת זמן השטר שהוא מאוחר באמת השטר כשר דהא כבר נתרחקו ובאמת בזמן שהעידו היו פסולים והשטר חספא בעלמא ועכצ"ל דלא חיישינן דיעידו הקרובים כן דלא נחשדו הקרובים להעיד כיון דהתורה פסלן א"כ אף בקיום לא ניחש שיבואו הקרובים ויעידו בקיום השטר וצ"ל בשלמא בשטר להעיד שקר לא נחשדו הקרובים להעיד רק גזרת המלך ההוא ואם כן דהלואה היה אמת מלוה גופי' לא שביק לחתום קרובים דמידק דייק כדאמרינן להדיא בפ"ב דכתובות מלוה גופי' דייק ואינו מניח לכתוב קטנים או פסולים אבל בקיום שכבר הלוה ויש לו שטר ואינו מוצא כשרים לקיים ע"כ לוקח פסולים דמה מפסיד זולתן אין לו קיום כנל וחולי לא ירגישו בקורבתם ומה נ"מ ליה ולכך חיישינן אולי הם קרובים וצריך להזכיר שמם אך לפי זה יצא לנו דין דשטר קיום מאוחר פסול דמה בכך שמזכירים שמם דלמא היו אז קרובים ובין כך נתרחקו ומזמן הקיום הם כשרים ובאמת בעת הנדה לב"ד היו קרובים ודוחק לומר דנתרחקו אי אתה מוצא אלא במיתה או גירושין להאי לא חיישינן דלא שכיח דכמה דברים דלא שכיחי דחשו חז"ל ומחברים בשטרי מוקדם ומאוחרים:

כה **אלא החתימה** משמע מבואר דלחתום קודם שהעידו העדים אסור ולכך אמרו לאחר שחתמו אין מעידין בפניו וחותם דזה שקר דחתמו במותב תלתא והג' לא ידע עדיין והש"ך בס"ק נ"ט מפריז על המדה דלכתחיל' מותר דקי"ל למחזי כשקרא לא חיישינן והא דאמרינן משחתמו אין מעידין בפניו וחותם כבר כתב הר"ן דחתימה קמיית' בשקרא הוה דבשעת חתימה לא היה במעמד שלשתן וצירוף אח"כ אינו מועיל וכו' וכ"כ הש"ג בשם ריא"ז דמותר לעשות כן לחתום ואח"כ לקבל עדות וכו' ובאמת הא דמתיר לכתחילה ודאי ליתא ובפרט לפרש כן בדברי המחבר דהא העתיק לעיל סי' ל"ט סל"ג דעדים אסורים לכתוב שטר ולחתום שום קנין משום מחזי כשקרא ומכ"ש הב"ד ועיין מש"ל בישוב דברי מ"מ אלא אפי' בדיעבד נראה דפסול כי אינו מובן לי מ"ש דלכך אין להעיד בפני השלישי אחר שחתמו משום דלא היה בצירוף שלשה דצירוף אחר החתימה לא מהני אמת שכ"כ הר"ן אבל הר"ן ז"ל הוסיף ובשעת חתימה לא היה

במעמד ג' שהשלישי לא היה ראוי לצרף עמהם כיון שלא היה מכיר בחת"י עדים ע"כ ואם הדין כמ"ש הש"ך דיכולים לחתום טרם שקבלו העדים א"כ למה אין השלישי ראוי לצירוף השתא אי כולם לא ידעו מחת"י עדים יכולים לכתוב ולחתום אסמך שיעידו אח"כ בפניהם מכ"ש אי ידעו ב' וא' לא ידע עד אח"כ למה לא יוכל לחתום על סמך שיעידו אחר כך בפניו א"כ למה לא הוי כאן מותב תלתא ולמה לא הוי צירוף ודוחק לומר הואיל ואינם בענין אחד דשנים יודעים ואחד אינו יודע לא הוי צירוף דאינם בסוג אחד משא"כ בשכל שלשה אינם יודעים הוי צירוף אח"כ בעת קבלת עדות אבל כששנים כבר יודעים לא הוי צירוף אחר החתימה וכצ"ל לרא"ה בחדושי' דפסק דקי"ל לא חיישינן למחזי כשקרא וטעמא דמשחתמו אין מעידין בפניו דלא מותב תלתא כחדא הוי דבשעה שחתמו לא היה זה שלישי זה מצטרף עמם עכ"ל וג"כ קשה למה לא היה מצטרף עמם הא לשיטתו מותרים כל הג' לחתום טרם שקבלו העדות וצ"ל דמיגרע גרע וזה אפשר שדייק בלישנא דלאו מותב תלתא כחדא הוי אך זה דוחק וגם קשה לכוון כן בדברי הר"ן דכתב להדיא דהשלישי לא היה ראוי להצטרף עמם כיון שלא היה מכיר חת"י עדים ולדברי הש"ך היה ראוי להצטרף ולכן ברור דסבירא ליה לרמב"ם וסייעתו שיחתמו ב"ד ודאי חיישינן למחזי כשקרא כמ"ש התו' ובב"ד יותר ריעותא איכא אך זהו בחתימה אך טופס הקיום שכותב ספרא טרם חתימת הב"ד הוא רק כמו מעשה עדים ולא עדיף מיני' ולכך אי בעדים חיישינן לשקרא אף זה הכתיבה אסור אבל אי בעדים ל"ח לשקרא אף זה כשר דהא לא חתמו עדיין הב"ד ונוסח הקיום לא עדיף מעדים ולכך בכתיבה דפריך מר"פ דס"ל אפילו בעדים חיישינן לשקרא פריך שפיר אפי' אכתיבה ומוקמינן לי' באמת מילתא דרב עד שלא כתבו אבל לפי דקי"ל דלא חיישינן בעדים לשקרא אמרינן משחתמו דבחתימת ב"ד ודאי חיישינן וא"ש. ומ"ש הש"ך מריא"ז ז"ל הריא"ז ואני אומר שאף לאחר שכתבו וחתמו מעידין בפני ג' וחותם עמהם כב"ה וכן היא שיטת ר"ת וכן יכולים הדיינים לכתוב ולחתום אפילו עד שלא יעידו בפניהם ובלבד שלא יוציאו מתחת ידם וכו' עכ"ל והש"ך בס"ק נ"ח כתב סוף דבריו אמת וראש דבריו אינן אמת ולכך נסתייע מסוף דבריו ובאמת חדא בחברת' מישך שייכי דריא"ז הוא מכת דלא גרסי' כאן בכתוב' בהך מימרא אמר רב רק ר"ה ואם כן כל הסוגיא אזלא שלא אליבא דהלכתא וסבירא ליה דחיישינן ומחזי כשקרא ולכך פריך הגמרא בממ"נ אי חיישינן אף בכתיבה נמי ומוקמינן באמת בכתיבה אבל לפי דקי"ל כרב אדחי' כל האי מימרא דקי"ל כרב דלמחזי כשקרא ל"ח ולכן פסק דהכל מותר הן להעיד אח"כ שכבר חתמו שתים והן לחתום טרם שקבלו העדות וא"ש ובעל כה"ג כתב דדבריו צריכין הגהה ולא ידעתי למה ולכך

כתב דכן כתב ר"ת דר"ת פוסק באדרכ' והדשאה דלא חיישינן למחזי כשקרא ועיין בתו' ורא"ש פרק מרובה:

כו **פסול** צ"ל דמיירי דאין חתימת הדיינים ניכר והעדים אלו אמרו כת"י הוא אבל לא היו במעמד חד כשקבלו העדות דאז נאמנים מכח מגו דשתקי כדלקמן בסעיף ל"ז אבל זולת זה כיון דעולה הוא ואין רשות ביד דיינים לעשות כן אם כן איך יהיו עדים נאמנים מה חזית דסמכת אהאי וכו' דהא הדיינים אינם נאמנים כמ"ש הרמב"ן דה"ל עולה ואפשר באמת פסול דקתני לאו דוקא רק דלא למקרע ולא למגבי ביה כדלקמן סעיף ל"ז ומזו נראה דעדים נאמנים להכחיש ב"ד וכמדומה שראיתי בתשובה ספרדיות שנסתפקו בזו:

כז **ויש מי שמכשיר** הוא הרא"ש דדייק מהך דמעידים בפניו וחותם אף דלא הוי רק יחיד ומאן דפוסל הוא משום דהוי מחזי כשקרא ולא מטעם דלא הוה קבלה בשלשה והש"ך ס"ק ס"ב טען עליו דאלו שנים המעידים הם נעשים דיינים ג"כ והרי כאן שלשה וכ"כ המפרשים ונרא' דסבירא ליה לרא"ש דכי אמרינן בשטרות עד נעשה דיין היינו שהם מעידים ואח"כ חותמים בתורת דיינים וגם אם ראוהו בלילה למחר יכולים לקיים עפ"י ראותן וה"ל עד נעשה דיין אבל שיהיה עד ודיין כאחד בשעה שמעיד יהיה עד ודיין זה לא אמרינן רק בגיטין בשליח דהקלו שם קולות הרבה כמש"ל הרשב"א אבל לא בקיום שטרות דעלמא וגדולה מזו סבירא להרז"ה לומר ולחלק בין גיטין לשאר שטרות דאפי' הם א"י להעיד ומה שאמרו מעידין בפניו וחותם ר"ל עדים אחרים אבל לא הם אלא שביטל דעתו נגד דעת רש"י אבל עכ"פ סבירא ליה לרא"ש כולי האי לא נאמר שיהיה עד ודיין כאחד וסבירא ליה לרא"ש דאל"כ קיום שלשה למה לנו תסגי בשני' דהא העד המעיד יצטרף עכ"פ והרי כאן שלשה כדאמרינן בגיטין דלכך סבירא ליה למ"ד דנותנה בפני שני' דשליח נעשה עד ועד נעשה דיין ואם כן אם שנים מעידים א"צ רק לדיין אחד ואם אחד מעיד תסגי בשנים ועיין לקמן בסעיף כ"ט בשלשה וכו' ומת אחד מהן דצריך לכתוב וחד ליתוהי ומה צורך הא העד שהעיד מצטרף ודוחק לומר דלא מיירי בקיום רק באופן שהן בעצמן הכירו החתימות ולא היה זולתן עד דזה דוחק ולא מצאו בשום מקום קיום בשנים כמו שאמרו בגט דסגי בשנים דמצרפים השליח ואף כאן העד וצ"ל להרא"ש לא דקיום שטרות חמור בעצם מן קיום דגט דא"כ קשיא לרא"ש קושית הרמב"ן מה שטען על הרז"ה דפריך בגיטין והא קי"ל בדרבנן עד נעשה דיין ופירש"י בקיום שטרות וקשה מה קושיא הא באמת הך קולא דיהיה עד ודיין כאחד לא אמרינן בשטרות רק בגט ואם כן מה פריך אלא דודאי בעצמותו אין הבדל דמ"ש רק הואיל בקיום שטרות לפעמים הדיינים בעצמן הם מכירים חת"י עדים וליכא כאן עד המעיד

ובעי שלשה ושלא תחלוק בין קיום לקיום הצריכו תמיד שלשה ואתו למיטע' משא"כ בגט לעולם הצריכו דשליח ימסור בפני שנים ואין כאן חשש. וא"כ שפיר פריך והא קי"ל בדרבנן עד נעשה דיין דידע דקולו של רבנן גורם שיהיה עד נעשה דיין רק מה שלא אמרו כן בקיום שלא לחלוק בקיום וכמ"ש וזה לא שייך בגט וא"ש. וכן נראה דיוק לשון רש"י שם בכתוב' עד נעשה דיין שהרי שנים העידו על חתימת ולא פי' יותר דאלו שנים הן עדים וב"ד כחד כמ"ש הרמב"ן במלחמות אלא דזה לא אמרינן וכן מצאתי ברא"ה לכתובות דכתב בהך פסקא דעד נעשה דיין בסוף דבריו ותמה האיך מתקיימת עדותן בפני ג' והא שלשה בעינן ואפילו יחיד מומחה דכשר בד"מ נראה שאין קיומו קיום עכ"ל הרי דהניח הדבר בתימה וש"מ דלא סבירא ליה הך דאלו נעשי' עדים ודיינים כאחד אף דהביא שם הך דגיטין וש"מ דסבירא ליה לחלוק כמ"ש וכן נראה נכון ולדיעה קמייתא צ"ל הא דכתב בתשובת הרמב"ן דהעידו העדים בשעת הקיום לא היו במעמד אחד דלא העידו רק זא"ז כל פעם רק עד אחד דאל"כ הא עדי' מצטרפים והרי כאן שלשה דיינים אלא ודאי דהעיד כל פעם רק ע"א ובפני א' דאף בצירוף לא היה רק ב' וזה דוחק ויותר אפשר לומר דסבירא ליה לרשב"א הואיל וכתבו במותב תלתא כחדא הוינא משמע דהך תלתא החתומים ואלו לא היה כחדא אך שם בתשובה משמע דלא היה כתוב במותב וכו' והנה לדעת הריב"ש לעיל בסעיף ז' דעדים יכולים להעיד מפי כתבם בקיום יש לכאורה ראיה לדיע' קמייתא דאל"כ למה אמרינן משחתמו אין מעידין בפניו הך עדות בפניו מה צורך ואם בעינן קיום ולא הגדת עדות דיש נ"מ טובי כמש"ל באורים ס"ק כ"ב ע"ש מ"מ הא הם חתמו דזה חת"י עדים וה"ל כעדות דמה לי שאמרו בפה או בכתב הא בכתב מהני וא"כ תיכף במעמד ההוא כשחתמו אף הוא יכול לחתום דהא הכל במעמד אחד וכאילו העידו בפניו וחתימתן והעדאת' באי' כאחד ואין כאן מחזי כשקרא כי בחתימתן אף הוא יכול לחתום והרי כאן צירוף אלא צריך לומר דמה מהני כתיבתן כולי האי לא אמרינן דיהיה כתיבתן מועיל לצרף שהם ג"כ דיינים על כתיבתן וכאילו נתקבל העדות בג' זהו לא אמרינן רק במעידים ע"פ ולא בכתב והבו דלא יוסיף ודוק ודע שדברי מרן מהרש"א קש' להולמן שכתב שם בכתובות דף כ"א ע"ב ד"ה וש"מ דהא דאמרינן ש"מ דיינים המכירים חתימת עדים א"צ להעיד לפניהם ופי' התו' דסלקא דעתך דלא נימא דראי' גדולה משמיעה דלפעמים אין מכירין כי אם ע"י ראי' בלילה וכו' ופי' מהרש"א דעל יום קאמר דסלקא דעתך נגזור אטו ראו בלילה אבל באמת אם ראהו בלילה פסול דאין לומר גם בזה בקיום שטרות הקלו עכ"ל ודבריו צריך עיון דכל טיבו של ראהו בלילה דלא אמרינן בי' עד נעשה דיין דכיון דלא מצי לדון תיכף עפ"י אותו ראיה אם כן ה"ל עד ואין

עד נעשה דיין אבל בקיום שטרות דעד הוי דיין מה בכך דראה בלילה הא עד נעשה דיין וכ"כ הרז"ה והרמב"ן וכן מבואר בש"ע לעיל סימן ז' דבדרבנן עד נעשה דיין ואולי אפשר כוונת מהרש"א דאמת דבדרבנן עד נעשה דיין אבל מ"מ הגדה בעינן בשלמא בראה ביום היינו הגדה דראיי' המוכשר לדון תיכף ע"פ הוי כהגדה אבל בלילה אמת דעד נעשה דיין אבל מ"מ הגדה בעינן דהא דעפ"י אותו ראי' א"א לדון ובד"מ ובד"נ בעינן הגדה דכתיב אם לא יגיד ולכך אם ראהו בלילה והם שלשה יעידו שנים בפני שלישי וכן שלישי ושני בפני הא' והא' ושלישי בפני הב' כדי שיתקיים הגדה ואח"כ נעשו דיינים דעד נעשה דיין בקיום אבל הגדה מיהא צריך וא"ש בזה מ"ש דבזה לא שייך בקיום שטרות הקלו דבשלמא דבר שיש בו טורח או אינו בנמצא ולא שכיח וא"כ יחסר בזמן מהזמני' והקלו להכשיר בקיום שטרות בכל גווני כדי שיהיה הקיום מצוי בכל זמן אבל כאן שאין חסר אלא הם העדים יגידו דבריהם משפה ולחוץ וזה אפשר בכל זמן ומקום כיון שראו וידעו ולכך לא שייך הקלו ודוק כי זה נראה דהוא כוונתו אך עם כל זה יחיד הוא בדבר הזה כי לא מצאנו לו חבר:

כח **אינו חותם כו'** עיין אורים שהעתקתי דברי סמ"ע והאריך בפרי' ודרישה דקודם שחתמו א"צ קבלת עדות מחדש משא"כ לאחר שחתמו צריך קבלת עדות מחדש ולא הבנתי דבריו בממ"נ דכיון דהוא אינו חוזר לכשרותו עד שעה שהעידו בב"ד שעשה תשובה א"כ אף דלא חתמו כיון דנתקבל עדות טרם שהעידו עליו והרי הוא פסול מה יועיל קבלת עדותו הא היה פסול גמור ואם כן פשיטא לאחר שחזר לכשרותו דצריך קבלת עדות מחדש ולשיטת רשב"א לעיל בסי' כ"ה צריכים כל שנים הנשארים להיות אתו עמו בקבלה כדי שיהיה הקבלה במותב תלתא ולדעת הרא"ש שם דחולק גם כאן יכול הוא לקבל לבד העדות כי הם קבלו כבר ואף זה לאחר שחתמו דצריך קבלת עדות מחדש ג"כ לשיטת הרא"ש די שיקבל הוא לבדו דמ"ש ואי אמרינן דמה שקיבל בהיותו פסול מועיל דדמי לנכרי שראה כותב ונתגייר דיכול להעיד וקטן והגדיל כמ"ש הרמב"ן א"כ אף לאחר החתימה ג"כ א"צ קבלה מחדש איברא דזה לא יתכן דשם עכ"פ מעיד עכשיו דברור לו דהוא כת"י פלוני ומה בכך שנתברר לו מן גיותו עכ"פ עכשיו ברור לו אבל זה שכל קיומו מקבלת עדים ואז לא חזי לקבל עדים והגע עצמך קטן שקיבל עדי קיום היכול לקיים השטר כשיגדיל ואם כן לעולם צריך קבלת עדות מחדש ולכן ברור דצריך קבלת עדות מחדש לעולם רק לא נחית בדין זה כלל בזה ומיירי שלשה שישבו לקיים שטר דהם בעצמן מכירים חתם יד עדים כפשטא דלישנא שישבו לקיים ולא הזכיר קבלת עדות כלל וא"כ צריכים לישב ולהתוועד לקיים שטר וזהו עיקר ענין

דיכתבו במותב תלתא שהתוועדו יחד בקיום שטר ולכך אי טרם שחתמו על מותב תלתא יצא ערעור והעידו שחזר בתשובה וחזר לכשרותו אם כן הרי כדין נכתב במותב תלתא אבל אי לאחר שחתמו א"כ אז לא היה ראוי לישב והרי זה גרע מאלו לא הכיר אז כת"י עדים דהוא פסול הואיל וכתבו במותב תלתא והוא לא חזי לצירופו ומכ"ש זה דלא חזי לצרופי וכמ"ש הדרישה דהרי פסול היה אז ולכך בטל הקיום וצריכין להתוועד מחדש כדי שיהיה במושב תלתא בקיום שטר ופשיטא דצריכין לכתוב אשרת' חדש דהא אז שקר כתבו דאז לא היו במותב תלתא כלל וכיון דצריך ישיבה חדשה אף קיום חדש צריך (ועיין בדרישה שגמג' קצת בזה ואינו מובן לי ע"ש) אבל באמת אי ענין קיומם שקבלו עדות על קיום שטר פשיטא דצריך קבלה מחדש דהא כשקיבל עדות פסול היה ומה נ"מ אם העידו קודם החתימה או אח"כ מ"מ הקבלת עדות היה בפיסול. אלא אף דמקבלים עדות מחדש מ"מ אם כבר חתמו טרם שהוכשר בטל אשרת' דהא נכתב בפיסול וכמ"ש. אלא הא קשי' דהא זה שהיה אז פסול הרי זה כמו שאינו מכיר חתימת עדים דהא לא חזי להצטרף דפסול הוא וכמ"ש הדרישה דהוא כמו שאינו מכיר חת"י עדים וא"כ להרא"ש דסבירא ליה אף בכתיבה פסול וחיישינן לשקרא אף דהעידו לפניו קודם חתימה ואם כן בעת החתימה היה ראוי לצירוף מ"מ הואיל ונכתב במותב תלתא ואז לא היה ראוי לצירוף דלא ידע בטל האשרת' אם כן אף בזו מה בכך דהעידו עליו קודם חתימה וחזר לכשרותו מכל מקום בעת הכתיבה במותב תלתא עדיין היה פסול ולא היה חזי לצירוף כמו שא"י חת"י עדים דמ"ש ואם כן יפסול האשרת' דהוי שקר ואף בכתיבה חיישינן לשקרא בשלמא לשיטת הרי"ף לא קשה דהא דפריך הגמרא על הך מימרא דמעידים בפני' מן אר"פ האי אשרת' ולא הקשה על הך מימרא נמי דאיך מעידי' עליו קודם שחתמו הא מחזי כשקרא די"ל כמ"ש התי' ד"ה האמר כו' דעל רב לא פריך דרב ל"ל דר"פ רק הקושיא אלישנא דאמרו לי' משום דר"ה פריך. ואם כן בהך מימרא ודאי אתמר משמיה דרב לא ק"מ אבל על הרא"ש באמת קשה וצריך לומר דלא סבירא ליה להרא"ש כהנך דיעות דאין חוזר לכשרותו עד שיעידו בב"ד אף דעשה תשובה מקדם רק דסבירא ליה כאידך שנוי' דהרטב"א כמ"ש הש"ך בס"ק ס"ו דאף דכשר למפרע מ"מ דין הוא שיהיה בטל הצירוף הואיל ולא נתברר הכשרו עד עכשיו עכ"ל וכ"כ הרא"ה בחד תי' ואם כן הרי באמת ראוי לצירוף בכל אופן רק מ"מ החמירו לבטל הצירוף ודי דנבטל צירוף החתימה אבל דנוסיף ונבטל הכתיבה הואיל והוא מחזי כשקרא הא באמת אין כאן שקר דהרי היה ראוי למפרע בכל אופן להך דיעה כשעשה תשובה דאז חוזר להכשירו הא כיון דהדין דחזר תיכף להכשירו לא היה החתימה בטל ולפי זה לשיטת הרא"ש בכל

אופן א"צ לקבל עדות מחדש והרי הוא כשר למפרע ואי דאין כאן צירוף הא לרא"ש לענין קבלת העדות א"צ צירוף ויכול כל אחד לקבל עדות לבדו ולכך אפשר דלא הזכיר הטור והרא"ש מענין קבלת עדות דבר דעל הרמב"ם ליכא דיוקא כ"כ דכך דרכו מבלי להוסיף רק להעתיק כפי הנזכר בגמרא אבל בטור ורא"ש ותו' י"ל כמ"ש דלכך לא הזכירו מענין קבלת עדות אבל לשיטת הרשב"א דגם בקבלת עדות בעינן צירוף לכל התי' בעינן קבלת עדות מחדש. והנה מדברי הרי"ף דכתב דהואיל ואח"כ העידו שחזר בתשובה לאו במותב תלתא כחדא הוי דבעידנ' דחתמי הנך תרי לא הוה מצטרף גבי' וכאילו בלחודא הוי יתבי לפי מה שכתבו המפרשים דסבירא להו דאין חוזר לכשרתו רק משעה שהעיד עליו בב"ד וכמ"ש המחבר גופי' בסי' ל"ד ע"ש מוכח דבדיינים לא אמרינן נמצא קרוב או פסול דכל הדיינים פסולים בדין ההוא כמו בעדים וכמ"ש באמת בתשובת מהרא"ש סי' י"ח ע"ש דהא כאן א' פסול אם כן כל הקיום בעצמותו פסול ומה זה שכתב הרי"ף כאילו תרי בלחודא הוה יתבי דהא גרע דגם הם פסולים לגמרי בדין זה וגם בכה"ג סי' ל"ו בהגהת הטור אות ו' הביא בשם מהרש"ך דאפי' מאה דיינים שקבלו עדות וא' קרוב או פסול כל הקבלה פסול. וזה אינו דהא הרי"ף נתן טעם דה"ל תרי הא אלו היו שלשה זולתו היה כשר וזהו דלא כהרש"ך ומהרח"ש הנ"ל איברא בדברי הראב"ד ברמב"ם הל' סנהדרין פ' י"א פיסקא האב ובנו כתב הראב"ד דלכך אב ובנו מונין לו אחד דכיון דאינו עולה מהחשבון הרי הוא כמו שאמר האב למחזי אתיתי דאנו פוסל בעדות וכן בדין וכו' עכ"ל הרי סבירא ליה לראב"ד בשלשה דעולה מהמנין ודאי לדון בא ה"ל כעדים הפוסל כל המעמד וזהו דלא כהרי"ף הנ"ל דמשמע דשנים כשרים ובמשנה למלך הל' עדות פי"ו הביא המגיה שם ראיה מה דפסול גר בחליצה וכתב הנ"י דהואיל ואינו מיוחדים מי הם שלשה או שנים הנוספי' משמע דאינם כשרים הד' הנשארים דאל"כ מה בכך דאיכא חד גר ועיין בת"ה סי' רכ"ו ותראה דיש לדחות ראי' זו בכמה אופנים וכמו כן הוא שנסתייע הרב שם מפירש"י דפי' על אם נמצא בג' דייני חליצה קרוב או פסול דפסול משום דאין כאן רק שנים ולא פי' דנתבטל לגמרי גם מזה אין כ"כ דיוק דרש"י רצה לפרש המשנה אליבא דכ"ע ובפרט שמואל סבירא ליה שם כהך משנה להדיא ע"ש ושמואל סבירא ליה הלכה כר"י דבד"מ תתקיים עדות בשאר ומכ"ש בדיינים ולכך פירש"י דעכ"פ בצרו ליה שלשה ולכן הך דינא צ"ע ותלוי במחלוקת רי"ף וראב"ד כמ"ש וברור:

כט **שזהו גילוי דבר וכו'** יש לעיין אם העידו שנשתחרר העבד קודם שחתמו אם כשר אם לא דודאי לדעת המפורשים דלכך כשעשה תשובה פסול משום דלא מכשר עד שיעידו בב"ד אם כן בשחרור דכשר למפרע פשיטא דלא בטל הקיום אבל להך דיעות דבאמת

אף בתשובה כשר למפרע רק הואיל ולא נתברר הכשרו עד עכשיו דין הוא שיתבטל הצירוף אם כן אף בכה"ג דהעידו שנשתחרר כיון דבאמת היה עבד ולא נודע הכשרו עד אחר החתימה דין הוא שיתבטל הצירוף ומ"מ נראה דהואיל דהך מילתא דשחרור קלא אי' לי' ומעיקרא בטל ליה הלעז וערעור ולא דמי' לעשה תשובה דלית ליה קלא ואדרבא נראה ראיה להך סברא והך טעמא הן מדברי הרי"ף והן מדברי הגמ' דהרי"ף כתב ודוקא ערעור דגזל אבל ערעור דמשפחה ואתברר השתא דכשר כיון דמעיקרא כשר הוא גלוי מילתא בעלמא הוא וכו' עכ"ל ויש להבין (ובהא ניחא דקשה בסלקא דעתך דלא סבירא ליה בעשה תשובה והיינו משום דסבירא ליה אם עשה תשובה מוכשר למפרע אם כן מה פריך אי פגם משפחה בממ"נ אי נשתחרר הא מוכשר למפרע במכ"ש מן עשה תשובה ואי בתרי ותרי פשיטא דפסול ואי בזוממין אף בגזל כן אבל לפמ"ש ניחא דהמקשן סבירא ליה בעשה תשובה אינו מוכשר עד שיעידו בב"ד ואם כן קשה מה אירי' חתמו אפילו כתבו נמי דהא חיישינן לשקרא אלא ודאי דאיירי בפגם משפחה והעידו שנשתחרר רק האיסוף בטל ולכך יש חילוק בין כתיבה לחתימה וע"ז הקשה למה יהיה איסוף בטל הא גילוי מילתא בעלמא הוא כמש"ל דבזה ודאי לא בטל האיסוף ומשני הגמרא לעולם בגזלן ועשה תשובה וגם בזה מוכשר למפרע רק האיסוף בטל ולכך יש הבדל בין כתיבה לחתימה ודוק) בממ"נ מה חלוק יש בין גזל לפגם משפחה אי אתברר דמעיקרא בשקר העידו עליו הא גם בגזל הדבר כך אם נתברר ששקר ענו בו כגון שהוזמו או נפסלו בגזלנותא וכדומה ג"כ החתימה כשר דהא למפרע לא הי' גזלן ואם באמת מתחילה היה פסול רק עכשיו כשר כגון שעשה תשובה אף בפגם משפחה אם מתחילה היה פסול רק עכשיו נשתחרר פשיטא דהחתימה פסול דהיה נעשה בפסול ומה זה שהבדיל הרי"ף בין הפסול בגזל ובין הפסול בפגם משפחה ודוחק לימר דקמ"ל הרי"ף דאם העידו דמשוחרר דמאותו שעה שנשתחרר ולא מאותו שעה דהעידו כן בב"ד דנעשה ב"ח דפשיטא ומעולם לא שמענו דעבד המקבל גט שחרור יהיה בחזקת עבד עד שיעידו בב"ד ונשתקע הדבר וח"ו דצורך להרי"ף להודיענו זו וכמו כן הקושיא בגמרא דפריך לפי' הרי"ף אי ערעור גזלנתא תרי ותרי נינהו והוא פסול ואי ערעור דפגם משפחה גלוי מילתא וכו' ויש להבין מה כוונתו בפגם משפחה אי דגם כן הוי תרי ותרי פשיטא דפסול כמ"ש התו' דליכא כאן חזקת כשרות ואי הכוונה דנתברר ששקר העידו כגון שהוזמו או נשתחרר וכדומה אם כן חדא דקארי ליה מה קארי ליה וכי סלקא דעתך דיהיה החתימה פסול כיון שנתברר ששקר ענו בו ופשיטא דכשר מעת השחרור ולא דמי לתשובה ועוד מה אריא פגם משפחה הל"ל בקיצור גבי גזל גופיה ואי דנתברר ששקר העידו עליו

בגזלנות' כגון שהוזמו העדים או נפסלו בגזלנות' אם כן גילוי מילתא בעלמא והרי כשר למפרע דכך לי בעבד ונשתחרר וגזל והוזמו וכדומה דמ"ש דודאי מעת השחרור כשר כמו בגזל שלא גזל ולמה יתבטל החתימה ולא ידעתי שום הבדל בין פסול דגזל לפסול דמשפחה ולכן ברור כמ"ש דזה הבדל יש בגזל אף דעשה תשובה ומוכשר למפרע מ"מ בטלה הצירוף אבל בפגם משפחה אם אתברר השתא דכשר היה פי' דנשתחרר כיון דמעיקרא כשר היה שקדם השחרור לחתימה לא בטל צירוף דהוי דבר הגלוי ודברי הרי"ף נכונים וכן דברי הגמרא דפריך אי ערעור דפגם משפחה והשתא העידו דהיה משוחרר וס"ד הואיל ולא נודע עד עכשיו בטלה הצירוף למה הא בכה"ג גילוי מלתא בעלמא וא"ש ומשני לעולם בגזל ושעשה תשובה ואז אמרינן אף דהיה הכשירו מקודם הואיל ולא נודע עד עכשיו בטלה הצירוף והן דברים נכונים ומדויק'. וכמעט שהוא ראיה ברורה לפי' הזה ברי"ף וכן הש"ך ג"כ כתב דפי' הראשון דלא מוכשר עד שיעידו בב"ד דחוק ולפמ"ש הוא כמעט מכאן ראיה מבוררת וצ"ע:

ל **וי"א דפסול** הרב הש"ך בס"ק ע"ו צידד לומר דאין כאן מחלוקת דהרא"ש דפוסל בתשובה אייריי באופן דנודע בבירור שזה הקרוב היה מן שלשה המקיימין ולא הבנתי דבריו הא בתשובת הרא"ש כלל ס' סי' ד' היה העובדא דהעידו העדים ואח"כ הוחזק הדבר ע"י ארבעה והשלישי היה פסול וכתב הרא"ש איני יודע מנהג שלכם אם זהו במקום קיום אם כן הקיום פסול והשטר כשר והאריך דאין קיום פסול מבטל השטר והרי היה שם ארבעה ולכך לא קשה מה ראיה מהרא"ש לריב"ש דשם בעובדא דרא"ש לא נכתב בי' תלתא ובי דינא כמ"ש לריב"ש באורים ע"ש דהא שם היה חתומים ארבעה וא"צ לזה ואין להתעקש דהרא"ש כתב לבסוף דשם היה המנהג שצריכין ארבעה לחתום ואם כן חזרו ארבעה לדין שלשה זה אינו דזה כתב לבסוף אם זהו החיזוק אינו בתורת קיום רק בתורת עדות ג"כ כי כך נהגו וע"ז הביא זה דשם מנהג לחזק בד' אבל מתחילה כשכתב שיש לו קיום לא זכר דבר מהמנהג ואיך לא יזכור דבר שכל הפיסול תלוי בו זאת ועוד אחרת יפה פסק הרא"ש לפסול כי הש"ך גופי' בס"ק ע"ה כתב דהך פסול בחתם קרוב תלוי בהך דלעיל סי' מ"ה בשטר שעד אחד קרוב או פסול ולמאן דפוסל שם בחתום קרוב בסוף אף כאן פסול לפי זה הרא"ש דפוסל בששני עדים האחרונים א' מהם פסול ונתן הטעם הואיל ומקיימין שטר מב' עדים אחרונים אתו לקיים ע"י קרובים וא"כ בקיום דקי"ל בקיום כת"י משני דיינים השטר מקיום ולא מצינו שיהיה בדיינים דווקא לבסוף דבקיום לא מצינו חילוק זה וסתמא אמרינן מקיימין מכת"י שני דיינים ואם כן מה בכך דהקרוב לא היה בקיום רק חתם אח"כ כמ"ש הריב"ש סוף כל סוף אתא לקיים השטר

בהכרת חת"י ויהיה השטר מקוים עפ"י קרובים כמו דחששו גבי עדים בשטר ואם כן פשיטא דפסול וזהו הטעם דרמ"א סתם וכתב דהרא"ש פסל אף דבעובדא דרא"ש הנ"ל היה הקרוב חתום לבסוף והרא"ש גבי עדים בסי' מ"ה ג"כ לא פוסל השטר רק בחתום בב' עדים אחרונים ואם כן אף בדיין י"ל כן ומנ"ל לרמ"א דבדיין פוסל הרא"ש בכל גווני מדסתם אבל לפמ"ש ניחא דסבירא לרמ"א בשלמא בעדים דאין מקיימין השטר רק מב' אחרונים אין קפידא רק בב' אחרונים אבל בקיום לא מצינו זה ובכל ב' דיינים מקיימין א"כ אף הקרוב פוסל בכ"מ. והריב"ש דמכשיר אזיל לשיטתו דגם בעדים פסולים מכשיר בכ"מ כדעת הרמב"ם ומחבר לעיל סי' מ"ה ואף בקיום כשר ואזלו לשיטתן וא"ש:

לא **שריטות דיו כו'** דוקא שריטות אבל מחק לא דחיישינן דדלמא היה בש"א שטר ועדי' וע"ז היה הקיום והוא מחקו וכתב על הגליון שטר כזה כ"כ רוב מחברי' ודייקו הש"ך והסמ"ע דלמה לא חיישינן דהיה כתוב שם תנאי לחובת המלוה ומוחקו ותי' דאין רגילות לכתוב ובאמת בלא"ה לק"מ כי מהכ"ת יעשה דבר זה וימחוק שיהיה ריעותא דשטר ניכר הלא המלוה מקיים שטרו הרי היה יכול לחתוך מה שאחר השטר וליל"ך לב"ד לקיים והם יכתבו לו הקיום מאחורי השטר או בגליון ומה לו לשטות כזה למחוק חובתו ולהראות זיופו לכל ופשיט. והנה נתקשה הרב הש"ך ברשב"ם דסבירא ליה לאו שריטת דיו אלא מחק גמור ניחוש דלמא היה כתוב שם שטר ועדיו בש"א ומחקן והש"ך הלך בשיטתו דסבירא ליה דלא חיישינן דיפסול שטרו ועמש"ל שאין דבריו נראין ולכן נראה דהרשב"ם סבירא ליה כדעת חד תי' בתו' שם בב"ב דף קס"ג ע"ב ד"ה שיטה כו' דאין העדים יכולים לכתוב שטר ועדיו בשיטה אחת ולהניח למעלה גליון דהרי יכול לחתוך השטר שלפני עדים ולכתוב למעלה על העדים בגליון השטר וכמש"ל בסי' מ"ה באריכות וא"כ לא זו כשיש רק שטה אחת רווח בין השטר לאשרתא דיכול למחוק לגמרי שטה ההיא וליכא למיחש דלמא היה שם שטר ועדיו בש"א והוא מחקן וכתב בגליון השטר דהא עדים אין רשאים להניח גליון כלל כשכותבין שטר ועדים בש"א ואין כאן חשש כלל אף זו דמשמע מדברי רשב"ם שם בב"ב דאפילו יותר מב' שיטות יכול להניח וכמ"ש להדיא אפילו הרחיק יותר מב' שיטין כשר בטייטוה בדיו ובזה קשה אם ב' שורות או יותר מטייטי' פשיטא דיש חשש דלמא היה השטר נכתב בב' שיטות או יותר ובסוף השטר חתמו העדים יחד וא"כ א"צ להשגיח שלא ישאר גליון ואם כן שפיר יש לחוש דלמא מחקו אך גם זה נק"מ דודאי הא דבעדים ושטר בש"א א"י להניח גליון היינו גליון גדול אבל בכדי ש"א יכול להניח לפניו כי מה יעשה אם יכתוב שטר בגליון ההוא הוי שטר בש"א ועדים בשטה אחרת פסול וזה פשוט ולפי זה אם יש רווח ב' שיטות

בין שטר לאשרתא מטייט לש"א שלפני אשרתא ושטה עליונה הסמוכה לשטר מניח חלק דמה יש לחוש אם יבא בשטר כמו שהוא לפני ב"ד ליכא למיחש דהיה במקום מחק שטר ועדיו בש"א דהא יש כאן גליון גדול מקום השטר וזה אין העדים רשאים להניח ואי דיחתוך כל השטר שלמעלה ויכתוב בשטה פנוי שטר ועדיו בשיטה אחת אם יעשה כן אם כן לא יהיה למעלה משטה הנמחקת רק גליון ש"א וזהו מותרים העדים להניח אם כן יפסול כל השטר דאנן אמרינן דבמקום מחק היה שטר ועדים בש"א בדבר מועט ומוחקו ואם יש רווח שלשה שיטות יטייטהו השיטה אמצעית החצי בצד שמאל בסוף השטר כזה והשיטה אחרונה החצי משוך לצד תחילת השטר ואם כן מה חשש יש תו אם יניח השטר כמות שהוא תו ליכא למיחש דלמא במקום מחקי' היה שטר דהא יש גליון גדול וא"א להיות כמש"ל ואם יחתוך כל השטר רק יבא בשטר עם ג' שיטין הללו אנה יזייף אם בשטה העליונה הא בשיטה אמצעית יש מחק אולי היה שם עדים ושטר בש"א ובגליון שטה אחת שפיר דמי כמש"ל וא"כ מפסל שטר ואי דיחתוך כל ב' שיטות ויכתוב בשיטה אחרונה שלא במקום המחק גם זה ליכא למיחש דא"כ דיחתוך מה שלמעלה הדר אמרינן דהיה שם שטר ועדים בש"א דהא אין גליון למעלה הימנו ואף דאמרינן דיתתוך באלכסון עד שיהיה נראה למעלה מהמחק כעין ג' שיטין ואם כן הא הניחו חלק מלבד דזה זיוף ניכר דחתך באלכסן אף גם כיון דהמחק לפני שטר בלא ה השטר פסול דלמא כתוב מתחילה איזה תנאי שעליו סובב כל הענין השטר ופסול וא"ש או דמניח שטה אמצעית בלי מחק ואם כן אם מניח שטר כמו שהוא ליכא חשש דלמא בשיטות הנמחק' היה שטר בש"א דהא יש גליון ויכול לחתוך גם כן ליכא דאם יחתוך ויבא בשטר ג' שיטות וראשונה מחוק ובשניה יכתוב שטר בש"א נפסול דנימא דבשיטה עליונה המחיקה היה שטר בש"א ושני שיטין רשאי להניח כנ"ל דהיינו שטה סמוך לעדים מחוק ושלמעלה נייר כמ"ש ואם יחתוך העליונה ויבא בשטר שבו ב"ש ותחתונה מחוק כבר כתבתי דפסלינן דאמרי' בשיטה אחרונה היה שטר בש"א וא"ש וגם קושי' התו' דימחוק העדים ויכתוב ש"א שטר מיושב דכיון דיהיה שטה ראשונה הסמוך לשטר אם יניח גם כן מחוק ואם כן אם ימחוק גם כן העדים יהיה ב"ש יחד מחוק ופשיטא דשטר פסול דאמרינן היה שטר בב' שיטין ואם בין עדים לאשרת' רק ב"ש ואם כן כשיכתוב שטר וימחוק עדים יהיה בין שטר לאשרת' שלש שורות ראשונה מחוק ושנייה פנוי ושלישי מחוק ג"כ נפסול דנימא הראשונה מחוק היה שטר בש"א ומותר הניח בין אשרת' שני שורות כמ"ש וגליון שורה א' והוא מחק וכתב על גליון וא"ש ודוק. אך באמת כאשר דקדקתי היטב ברשב"ם נראה דבלא"ה לק"מ דרשב"ם כתב שם דף

קס"ג ד"ה ומשני כו' הלכך אם בא הנפק לפנינו ויש בו שני שיטין חלק שלא טיאוט פסול הוא שלא נעשה כתיקון חז"ל ויש להבין למה קאמר ב' שיטות הלא אפי' ש"א חלק ג"כ פסול כמבואר בש"ע. וצריך לומר דסבירא ליה לרשב"ם כמו דבעדים כשר אם הרחיקו שטה אחת דאי אפשר לצמצם כן הדין בדייניה א"א לצמצם קיומם תיכף בלי פנוי אחר חתימת העדים וסבירא כמו שאין למידין מש"א כך שטר הבא בעדים בש"א אין משגיחין בקיום כי המה א"א לצמצם וכללא הוא אין למידין מש"א אף בדיינים נאמר וכ"כ התו' להדיא בד"ה ר"י אמר דלרב בש"א אין למידין מקיום כלל ולכך לא פסל הרשב"ם רק בהרחיקו ממקום הקיום למקום שטר ב"ש דזה אפשר לצמצם וסבירא ליה לרשב"ם כשיטת האומרים דאף דיש פנוי שיטה א' מכל מקום אין למידין מש"א דכללא הוא אין למידין מש"א ודין א' לעדים ולדיינים וכן מוכח דסבירא למהרש"א דכתב שם דלרב אפילו בב' שיטות כשר כיון דאין למידין משטר הבא הוא ועדים בש"א אם כן אף בב' שיטות א"י לעשות רק שטר ועדים בש"א דשטר בשטה א' ועדים בשטה אחרת פסול וקשה הא בהניח בין השטר ועדים פנוי שורה למידין דהא ב' שיטות אין מניחים פווי אלא דסבירא ליה כמ"ש כמו גבי עדים לא פלוג וכמ"ש אלא דעם כל זה דברים בלתי מובני' דודאי שטר בש"א ועדים בשטה אחרת פסול אבל בב' שיטות יכול לכתוב שטה וחצי השטר והעדים בחצי שטה הנשארת וזה לכ"ע כשר אפילו בעדים ומכ"ש בקיום דהא ליכא חשש ושני שיטות אינו מרחקים ולכך יפה דברי התו' מדוקדקים היטב ואם כן א"ש דבהרחיק ב' שיטות מטייטין לש"א וא"כ ליכא למימר דלמא היה שם שטר ועדים בש"א. דהא אין למידין מקיום בשטר ועדים בש"א ואם כן לא היה הב"ד מקיימין בכדי לשטר ההוא וטרחו בכדי דהא אין למידין מקיום ההוא וגם אין לחוש דיכתוב על שטה שלמעלה שטר ועדים בש"א דג"כ לא יועיל הקיום דשטר וע"א בש"א לא מהני הקיום יהיה בלא"ה פנוי שטה א' וכן בהרחיק ג' שיטין מטייטין לשטה אמצעות וליכא כאן חשש דהא בין אם יכתוב בשטה עליונה או בשטה תחתונה יהיה שטר ועדים בש"א ואין למידין וגם ליכא למיחש דהיה בשיטה אמצעית שטר ועדים בש"א דלא היה הב"ד מקיימין דהא אינו מועיל כלל וחזקה שאין הב"ד עושין דבר בלתי מועיל וא"ש: ומעתה י"ל דלא פליג רשב"ם כלל דרשב"ם כתב למילת' אליבא דרב דסבירא ליה בשטה אחת אף בקיום אין למדין אבל לדידן דקי"ל כר"י דבקיום למדין דהדיינין מדקדקין ואם כן פשיטא דל"ל דמטייט ולכך כתבו שריטות וא"כ כולם לדינא אמרו וא"ש ודוק: (ובהכי ניחא דלפי הנראה סבירא ליה לרשב"ם דלרב בשטר בש"א אין למדין מקיום ולר"י למדין וא"ב רב ור"י בהא פליגי וקשה אם כן מנ"ל לרשב"ם דר"י פליג וסבירא ליה דלא מועיל

טיוטא וכי נימא בתרתי פליג אבל לפמ"ש ניחא דחדא בחברתה שייך דהואיל דסבירא ליה דלמידין אם כן פשיטא פליג אטיוטא דקשה קושית התוספות ומש"ל לא קאי דכיון דלמידין בשטר ועדי' בש"א מקיום וחדא בחברת' מישך שייכי ודוק):

לב **ואין חוששין וכו'** דעת הש"ך הא דקאמרינן ב"ד אטיוט' לא חתמי היינו דהא אינו סמוך לחתימתם רק קודם נוסח הקיום ואם כן אין הב"ד חותמי' עליו כלל אבל באמת אם בין אשרת' לדייני' פנוי ויש שריטות גם כן פסול דאמרינן אטיוטא חתמי ומסתבר ועוד י"ל אם קודם האשרת' שריטות ל"ל אדיוטא חתמי למה להם זה יחתכו אותו ויעשו הקיום מהצד או מאחוריו משא"כ בין שטר לעדים לא רצו להפסיד השטר ושכר ספרא ואם כן אף בין אשרת' לחת"י הדייני' י"ל כן דלא רצו להפסיד האשרת' ושכר ספרא דב"ד ולכך יש לפסול:

לג **שמא הקיום היה וכו'** ולכך ס"ל דיש מכשירין הן דס"ל בסעיף קודם דאי. להניח שריטות בין עדים לדייני' אבל הסמ"ע והש"ך תמהו דלמה נתן זה הטעם ולא בפשוט דבאמת היה לו שטר ומחקו וכתב עליו שטר אחר כטוב בעינו. ואם כן בזו אין חולק וגם הטור כתב דין זה בשם הרמב"ם הא גמרא ערוכה הוא זה ודברי הסמ"ע דאיירי בנייר שאינו סובל למחוק והדר לכתוב עליו דחוק כמ"ש הש"ך ואולם הש"ך כתב דגם קושי' התו' קשי' ליה לרמב"ם דהקשו בהא דאמרינן הניח' דמתני וכו' והקשו התוספות לדידי' מי ניחא אף דאמרינן דלא מניחין שריטות בין עדים לדייני' מ"מ הא יכול למחוק השטר ולכתוב אחר ולכך ביקש הש"ך לומר דאינו מפסיד שטרו למחקו אולי יתוודע הדבר ויהיה מופסד בשטרו אבל לגייז שטרו דאף דיתוודע שטרו כשר בכל אופן אמרינן ומלבד שדבריו אינם מובני' דגבי עדים אמרינן דמוחק וחוזר ומוחק ולא מירתת דיבאו עדים ויאמרו לא מיניה ולא מקצתו לא חתמנו שטר זה מעולם דהעדים רמו אנפשייהו לדעת ענין השטר עד שלדעת הרמב"ם אם אין זוכרי' השטר חספא בעלמא כמש"ל באריכו' ויהיה מירתת מדיינים שלא ידעו ענין השטר כלל דקי"ל מקיימין אעפ"י שלא קראוהו לשטר ואולי יש לחלק בשלמא בשטר כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו אם כן י"ל מחק הלוה וחוזר וכותב שאחד חייב לו ומה מפסיד הא הוא הלוה משא"כ בקיום דע"כ הוא ביד המלוה דמלוה שקיי' ואם כן דכבר הלוה אם כן שפיר חס על שטרו ודוחק ועוד אולי השטר הראשון היה פרוע ונתן עליו שובר והרי הוא חספא בעלמא ומוחקו וכותב שטר אחר מזמן וסכום אחר ועוד שיש לחוש כיון דהדייני' כותבים סתם שטר דנא נתקיים אולי היה הוא חייב לשמעון על שטר ונתקיים ביד שמעון ופרעו והחזיר לו שמעון שטרו ועכשיו מחק הוא וכותב עליו שלוי חייב לו סך מרובה ומה יפסיד

שטרו יש כאן ואם באנו למדה זו לומר דרמב"ם קמ"ל אפי' בקיום דנזכר שם המלוה מ"מ פסול בלא"ה לק"מ וא"צ לכל דוחק הש"ך. די"ל קמ"ל הרמב"ם אפילו נזכר בקיום שם המלוה והלוה וזמן וסכום השטר דתו ליכא למיחש דימחוק כי מה ירוויח ואי דילמא היה תנאי בשטר הראשון ומחקו וכתבו בלי תנאי הא דעת הרמב"ם כדעת הרשב"א לעיל סי' מ"ד ס"ה דמחק בשטר לא מפסל שטר ולא חיישינן לתנאי ועיין מ"ש שם. וא"כ בלא"ה יכול למחוק התנאי והשטר כשר והלוה אפסיד אנפשיה וליכא כאן זיופא ולכך כתב הרמב"ם דמ"מ איכא למיחש דיחתוך זה השטר ויתבע בו ואח"כ יתבע בשטר זה הנכתב על השריטות והרי זה גובה פעמיי' וא"ש אך כל זה דוחק. ויותר נראה דקשי' לי' לרמב"ם קושי' התוספות הנ"ל ולדידי' מי ניחא לכן סבירא ליה דבגמרא אמרינן בשטר על מחק ועדים על הנייר אף דכתבו אנו סהדי על הנייר ושטרא על המחק מכל מקום פסול דדילמא ימחוק ויחזור וימחוק ופריך ולמחוקי לסהדא בפני ב"ד ולדמי דהא אמרת אין דומה נמחק פ"א לנמחק ב' פעמי' ומשני חיישינן לב"ד טועין וזה הכלל בכמה דוכתי במילתא דאורייתא חיישינן לב"ד טועין אבל לא במילתא דרבנן כולי הרי ואולי ואם כן בשלמא בהך שטר על מחק ועדים על הנייר דהחשש הוא דיניח חת"י עדים והוא ימחוק השטר הנכתב ממעל לעדים שפיר יש כאן חשש זיוף גמור מדאורייתא אם כן חיישינן לב"ד טועין אבל אם העדים והשטר על המחק והקיום על הנייר הרי יכולי' לכתוב בקיום שטרא דנא דכתוב על המחק ואם כן אין כאן חשש דילמא מחק וחזר ומחק דאם כן גם יד העדים ימחוק ויזייפם זהו בלא"ה ליכא חשש ד"ת דקי"ל קיום שטרות דרבנן דלא חצוף אינש לזייפא רק מדרבנן חיישינן א"כ שפיר י"ל שאנן מחקינן כתב ידי קיום ב"ד ומדמינן כי אין דומה נמחק וכו' ומה אמרת חיישינן לב"ד טועין הא כל הדבר מילתא דרבנן ולא חיישינן ולק"מ ולכך צריך חשש אחר דבאמת יהיה לו שטר על מחק הכשר וזה יחתוך ויתבע בו ואח"כ יעשה על שריטות גם הן שטר אחר על מחק ולא יהיה רק נמחק פ"א ומה יועיל הדימוי וילקה שיפרע פעמים וא"ש. ול"ק קושי' התוספות ולדידיה מי ניחא כנ"ל וא"ש ואם כן דליכא כאן חששא רק חשש דרמב"ם דדילמא על מקום שריטות נכתב השטר אם הקיום מעבר השני לשטר וכתב בי' דהיה השטר ועדים על מחק ליכא למחש לשריטת דהא לא קיימו אחר השטר רק מעבר לדף ואם כן הקיום כשר וזהו שכתבו הטור בשם הרמב"ם אף שהוא גמרא כי טובא קמ"ל דלא חיישינן רק חששא זו דמחק מקום השריטות ואם כן במקום דליכא למיחש כמ"ש כשר וטובא קמ"ל ולק"מ:

לד **ויש מי שמכשיר** הם יש אומרים דלעיל דסבירא להו דאין להניח שריטות בין עדים לקיום וכבר טענו האחרונים הש"ך ות"ח וב"ח וכדומה טענות רבות מה טעם יש בדבר דנימא דסבירא ליה ר"י פליג וזה דוחק דנימא הב"ד כותבים על טיוטא כמ"ש הש"ך וכמ"ש בס"ק ל"ב אבל נר' טעם אחר מה דפליג ר' יוחנן ארב לשיטתם דזה תלי בזה אם היו חכמים מתקני' בתקון שטרות להניח פנוי בין עדים לקיום ולשרוט מקום הפנוי בשריטות לעומת זה היה חכמים צריכים לתקן קיום על הנייר ושטר על מחק פסול מחשש הנ"ל דכתב הרמב"ם אבל אם היו מתקני' דאין להניח פנוי אפי' בשריטות א"כ לעומת זה שטר ועדים על מחק וקיום על הנייר כשר כמש"ל דאין כאן עוד חששא כלל ואם כן בזו נחלקו רב סבירא ליה הואיל ואין דרך דיינים לצמצם תיכף סמוך לעדים וכמש"ל בשם התוספות ורשב"ם דסבירא ליה לרב דש"א בלא"ה כשר דאין דרך לצמצם כמו בעדים ולכך תקנו חכמים להכשיר בשריטות ולפסול שטר ועדים על מחק וקיום על הנייר. אמנם ר' יוחנן סבירא ליה הואיל ששכיח לסופרים ניירות מחוקי' כמ"ש התוספות שם ד"ה גופא כו' חסו חכמים על תקנת סופרים והכשירו שטר ועדים על מחק וקיום על הנייר ופוסל מבלי להניח חלק בין קיום לעדים אפילו בשריטות כי סבירא ליכ לר"י דאפשר לדיינים לצמצם חתימתן כמ"ש דאפי' ש"א יכולים לצמצם וא"כ הך תקנה עדיפא ובזו נחלקו רב ור' יוחנן וקי"ל כר"י דמסתבר טעמי' ולכך פסקו דבזו פסול בשריט' בהך כשר וא"ש ולק"מ מכל הטענות וקושי' שהקשו עליו ודוק ובהכי ניחא דלפי הנראה סבירא ליה לרשב"ם דלרב בשטר בש"א אין למידין מקיום ולר"י למידין ואם כן רב ור"י בהא פליגי וקשה אם כן מנ"ל לרשב"ם דר"י פליג וס"ל דלא מועיל טיוטא וכי נימא בתרתי פליגי אבל לפמ"ש ניחא דחדא בחברת' שייך הואיל דס"ל דלמידין אם כן פשיטא פליג אטיוטא דקשה קושי' התוספות ומש"ל לא קאי דכיון דלמידין בשטר ועדים בש"א מקיום וחדא בחברת' מישך שייכי ודוק. והנה בדרישה הביא בשם מהרש"ל תי' על הרמב"ם וטור דסב רא ליה כתי' התוספות ע"ק לדידי' מי ניחא די"ל דירא דיהיה ניכרי' האותיות ואף שכתבו התוספות דלמסקנא לא קאי היינו לרב ע"ש ודבריו תמוהים לכאורה מ"ש רב ומ"ש ר"י ועוד הא אנן פסקינן כן דשטר על הנייר ועדים על מחק צריך לכתוב אנחנו כו' דאולי מוחק ואם הכל ע"מ צריך למחוק בפ"ע דילמא מחק ב"פ ושטר על מחק ועדים על הנייר פסול ודי"ל דבלא"ה למה הוכיחו התוספות דלא קאי מהך וא"ת מוחק וחוזר ומוחק ולא מהך דשטר על מחק ועדים על הנייר דפסול וגם קשה לדידיה מי ניחא דנ"ל תי' התוספות דיוכרו אותיות אם כן הך ברייתא שטר על מחק ועדים על נייר דפסול קשי' ליה וכמו דפרכינן מהך ברייתא לרב לכן נראה דהא התוספות כתבו דלכך

תקנו שטר ועדים על מחק כשר דשכיח דסופרים כותבים טופסי ומוחקי' וקשה א"כ איך כתבו התוספות דירא דיוכרו האותיות מה בכך כך ראוי להיות שיוכרו האותיות כי זהו טיבו של מחק שמחק טופס שטרי כמ"ש התוספות וצריך לומר כי אמרו כשהן מוחקים בכתב יד עדים שהם גסי הכתיבה ואין הכתיבה כמו סופרים לפי זה אם אותיות מכתב סופר ניכרי' במחק לית לן בי' כמ"ש כי הסופר מחק טופסים אבל אם אותיות כתב עדים שהם יותר ניכרי' לרב גסותן זהו איתרע שהרי לפניך שכבר הועד עדים ונגמר השטר ולפי זה לק"מ בשלמא כאן בקיום דהחשש דימחוק שטר ועדים בזו שפיר י"ל דיוכרו אותיות העדים ויתברר הזיוף אבל לקמן בשטר על מחק וכו' דכל החשש בזיוף על מחק בשטר ולא בעדים לא שייך דיוכרו אותיות דכך טיבו של סופרים כמ"ש התו'. ולכך לא כתבו התו' ראיה מהך דשטר על מחק וכו' דשם רק אותיות הסופר אבל מן מוחק וחוזר ומוחק הביאו ראי' דסבירא ליה בשלמא כד אסיק דכתב נחנו סהדי אם כן קשה קושי' התו' נימא להיפוך וצריך לומר דהסופרים מוחקים טופסי שטר אבל בסלקא דעתך באמרו וא"ת מוחק וחוזר ומוחק עדיין לא ידע מזה וא"צ לתי' התוספות אם כן מה קושי' נימא דאין עדים חותמים עד שיומחק בפניהם מהנייר ולא מטופסי' ואם כן ל"ל חוזר ומוחק דאותיות יהיו ניכרי' ועכצ"ל דלא קאי הך סברא וסבירא ליה למהרש"ל מנלן דלא קאי וצריך לומר דקשי' רב דמחליט כל שטר ועדים ע"מ דלא יועיל אשרתא הואיל ואשרתא מרחיקי' איפכא ה"ל לפסול שלא יהיה מרוחק כמו בעדים לשטר ולעומת זה להכשיר אשרתא בשטר עדים ע"מ וע"כ צ"ל דבלי חשש הרחק' אשרת' יש חשש דאולי היה על הנייר וכו' וש"מ דלא סבירא ליה הך סברא דיוכרו אותיות ושפיר פריך אך י"ל לכך לא תקנו איפכא דשטר ועדים בשיטה אחת על מחק בזה א"א להכשיר אשרת' דכולי האי אי אפשר להחליט לדיינים שלא ירחיקו שורה אחת ויצמצמו יותר מעדי' וא"כ אין לחלוק בין שטר לשטר כמ"ש הרשב"ם אך זהו אנו לרב דסבירא ליה בלא"ה אפילו על נייר שטר בש"א אין מועיל אשרת' כמש"ל וכ"כ מהרש"א אבל לר' יוחנן שפיר י"ל כן וא"ש דלפי דקי"ל כר"י א"כ י"ל דלכך לא תקנו מבלי להרחיק דעדיין יש חשש בש"א ולא פלוג אבל לעולם מירתת דיוכרו כתב עדי' וא"ש ואף כי בתו' הוא פלפול רחוק אבל בלא"ה ברמב"ם הוא סברא פשוטה לחלק בין הכרת כתב סופר לכתב עדים ולק"מ. איברא בגוף הדבר אני נבוך כיון דקי"ל כרבינו יונה דאף דשטר יכול לזייף הוי שטר דלא יכול לטעון להד"ם וצ"ל לא הוי בגדר מפי כתבם דעדיין תורת שטר עליו ומועיל להעיד על עצמותו של דבר אם כן בקיום נמי אם הרחיקו מה בכך דהוא יכול לזייף מכל מקום גוף הדבר אמת ולזה מהני כמו בשטר לענין הלואה ואם כן הרי שטר

מקוים ובאמת בגמרא הייתי אומר דכך באמת דהא דוחק דרב קאמר סתמא בין עדים לאשרת' יהיה כוונתו לאחר שטייטהו דכגון דא ה"ל לפרש והוא עיקר כשרותי אלא ודאי דר"י קאמר לכך מועיל ותורת שטר עליו דיכול למלאות בקרובי' וזהו לא שייך בין עדים לאשרת' דאם חתמו לבסוף פסולים וא"כ בס"ד שפיר פריך דיפסול דהא אין כאן תקנה וע"ז משני דיש תקנה בטיוט וא"כ אף בלי טייט חזר לכשרותו בגוף הדבר ושפיר קאמר רב סתם אבל הפוסקים דבעינן דוקא טיוט קשה ובחדושי אמרתי דתלי' במודה בשטר שכתבו וכו' ואין כאן מקומו אבל הקושי' צ"ע ואולי י"ל חז"ל פסלוהו דבר שיוכל לזייף רק בשטר אמרינן דמ"מ כשר לענין להד"ם הואיל ויש תקנה במילוי ול"ל אם כן לעולם לא ימלא בקרובי' ומה הועילו חכמים בתקנתם ז"א דהא יצטרך לבל יטעון פרעתי ויגבה מלקוח' אבל כאן באשרת' אם יועיל לקיום בשלא טייט אם כן לעולם לא יטייט ומה הועילו חכמים בתקנתם לבל יהיה דבר שיוכל לזייף וצ"ע ודוק:

לה **קודם שנעשה גזלן** יש לספק אם עשה תשובה והוכשר והרי כאן שטר שחתם עליו וכפי זמנו של שטר נחתם בשכבר עשה תשובה אלא דהספק אולי כתבו קודם ששב ואיחר הזמן ובפרט בדלא כתב ליה דאקני דהיה לטובתו של מלוה במה שאיחרו כנודע אבל מסתימת הפוסקי' משמע דלא חיישינן כולי האי הואיל עכשיו כשבא השטר ליכא ריעותא לפנינו וגם כשעשה תשובה אילו זייף שטר היה מגידו לב"ד להוציא מכשול מתחת ידו וצ"ע.

לו **ונעשה חתנו** וכתב הש"ך וה"ה ששני עדים קרובים והתו' כתבו שם בב"ב דף קנ"ט ד"ה ואף וכו' מכאן יש ללמוד שאם היו שנים מעידים ואח"כ נעשו קרובים שאחרים מעידים על כת"י וצריך לומר כוונתם כך דכוונו על שני עדים דבעד א' מה יש ללמוד הא גמ' ערוכה היא ולא נתחדש בתוספות דבר אלא שכוונו על ב' עדים אלא דיש להבין בממ"נ אי יש סברא לחלק עד שצריך לימוד אם כן באמת מנלן ונראה דאפשר דסבירא להו לתוספות כדעת הרמב"ם דקרובי אישות אינם פסולים אלא מדרבנן ואמרינן בגיטין דף יו"ד ע"ב אי לאו דכותי חבר לא הוי מחתם קמיה והקשו התוספות אם כן כוליה שטרא מתקיים ע"פ ע"א דישראל ותי' דאין לחוש דכיון דכותי נמי אמת וכשרים מהתורה ועיין תשובת הרמ"א סי' ק"י דלמד מזה ג"כ לענין קיום הואיל וקיום שטרות דרבנן יש לסמוך אהאי גווני ע"ש ואם כן בזה שיש לחוש בחתנו שהקדים הזמן ועשה עול הא חתם ע"א כשר עמו והוא לא היה עושה עול ורשעות להקדים הזמן והחזקה כהוגן עשה ובזמנו נכתב רק דאין לסמוך אפומא דחד סהדא אך זהו אם חתנו פסול ד"ת אבל כיון דד"ת חתנו כשר להעיד רק מדרבנן והא בכה"ג סמכינן אפומא דע"א דלא היה ריעותא

ואם כן אין מקו' דסלקא דעתך לתמיהת הגמרא ולכך צריך לומר דסבירא ליה לגמרא חתנו לישנא קצר נקט והוא מוסב דכל ב' עדים המה פסולי' ושפיר יש לחוש בס"ד אולי חתמו מוקדם ושפיר כתבו התוספות דיש ללמוד ודוק. ולפי זה יצא לנו ספק בגזלן דרבנן חתום על שטר וכשר עמו אי יש לחוש דלמא זייף והקדים דבהא שפיר אמרינן דהוא חד לא עשה אותו ובמילתא דרבנן סמכינן אפומא דע"א וכמ"ש הרמ"א בתשובה ע"ש וצ"ע כי לא מצאתי זה במחברים אבל ודאי זה יש להקל דאם ע"א מעיד שראה שטר קודם שנעשה גזלן דרבנן דמהני דהא יש כאן ב' עדים דעד החתום גם כן מצטרף וה"ל תרי ואפשר בפסול גזלן דאורייתא גם כן מהני ע"א.

לז **אפילו לא ראהו** עיין מ"ש על תשובת מהר"ם במרדכי פ' ז"ב דמשוה דין חתנו לדין גזלן וכבר תמה הרב ב"י בסי' ל"ג והארכתי בחדושי וצע"ג ואין להקשות להרמב"ם דסבירא ליה דבעינן שעדות יזכרו בזמן הקיום רק בזמן שכת"י יוצא ממקום אחר לא מהימן לומר דאינו זוכר כמש"ל וכאן הא אנן סהדי דהוי כאינו זוכר דמה נ"מ בזכירתו הא אין בדעתו ממש כלל כעת וכאילו אינו זוכר כלל ואם כן למה יועיל קיום ממ"א דהא כבר כתבנו לעיל במת וכדומה מתקנת חכמים לרמב"ם להכשירו ואף זהו מתקנת חכמים דלא יפסול בכך מפני ת"ה דאל"כ מי יקח שטר למחר יתחתנו העדים עם הלוה ויפסול שטרו והוא מתקנת חכמים.

לח **דהיינו דוקא ביוצא מתחת ידי אחר כו'** מקור דין זה בנוי על דברי הרי"ף בס"פ ד' אחין דהקשה במה דאמרו בגמרא זימנין דחזו בכתבא ומסהדי וה"ל מפי כתבם דהא תנן נאמן אדם לומר זה כת"י אבי וכו' השתא אינהו גופי' צריכים לזכור איך יסהדו אחריני ותי' ה"מ היכא דאיתא לשטרא תחת יד עדים דאי בעי כבשו לשטרא כל כמה דלא נפק מתחת ידם כמה דלא אסהידו כו' עד השתא דמי ולכך אי זוכרים העדות מהני ואי לא לא אבל שטרא דנפיק מתחת ידייהו מעידנא דיהיבי ליה ולא יוכלו למהדר ה"ל כמי שנחקרה עדותן בב"ד ומפיהם קרינן בי' וא"צ למדכר ולכך מקיימינן השטרות ולא נ"מ אי זוכרין או לא עכ"ל הרי"ף בקיצור דבריו וע"ז בנה הרב ב"י יסוד הדין הזה דבדלא נפיק מתחת ידו השתא הוא דמסהיד והא הוא עכשיו חתנו ואף דרמב"ן והנ"י הקשו על הרי"ף דלדבריו נקרעו כמה שטרות שיש ביד עדים ואינם מספיקים למוסרם לבע"ד עד דשכחו עיקר העדות ותירצו דשטר העומד וראוי למסור הוי כאילו נמסר בידם כלל משא"כ בשטר קידושין דלא חזי למסור לבע"ד בהא הוא דאמרינן דהוי כלא נחקרו עדותן ע"ש מ"מ הרב ב"י דחה דבריהם בלישנא דהרי"ף דקאמר מה"ט מקיימין שטרא בחת"י עדים ולא איכפת לן אי מדכר סהדותא או לא דמשמע דאין חילוק בין שטרא לשטרא ועיין מ"ש

בסי' כ"ח. ובאמת הרב ב"י דחה דברי הרמב"ן ולא תי' כלום על קושיתו דא"כ פסלינן כמה וכמה שטרות ועוד ודאי כשהשטר פ"א יצא מתחת יד העדים לבעל דין הוי כנחקרה בב"ד ולא מפסל אח"כ במה שחזר והגיעו ליד העדים ובשביל כך א"צ לזכור וזהו פשוט ולפי זה עדיין קשה למה לא תקנו זמן בשטר קידושין דהרי לא סגי שיוצא מתחת ידם למסרו לבעל למוסרו להאשה שתהיה בו מקודשת ואם כן אז הוי כמו נחקרו עדותן כבר ומה יזיק אם אח"כ הגיע השטר ליד עדים וא"צ לזכור ולא הוי מפי כתבם ודוחק לומר כמ"ש הריטב"א דלא מיירי משטר קידושין דהאשה מתקדשת בו רק מיירי משטר ראי' שהעידו העדים שהיתה האשה פלונית מתקדשת לפלוני באחד מדרכי קדושין ופשיטא דגמרא איירי בשטר קדושין שהאשה מתקדשת בו ובו לא תקנו זמן וכ"כ כל מפורשים ע"ש. ועוד קשה הרי"ו דפסק כהרי"ף ואם כן בשטר שיצא מתחת ידי עדים א"צ זכירה כלל ופסק בנשרף שט"ח ועדי שטר מעידים צריכים לזכור במ"ש בתוך השטר מעצמם כמ"ש לעיל סי' מ"א והוא דעת הרמב"ם ואם כן הדברים סותרים זה את זה מני' ובי' ולכן היה נראה דודאי למדין דברי הרב מדברי התלמיד ודברי הרי"ף והרמב"ם תלמידו אחת הן דס"ל כמש"ל באריכ' דשורת הדין דצריכים העדים לזכור מה שבתוך השטר דיהיה בגדר הראוי לבילה רק בכת"י יוצא ממ"א אנן אמרינן באמת זוכרין ומה שהם אומרים דאינם זוכרים לאו כל כמיניה לגרוע כח השטר כיון דל"ל מגו כלל וכמו כן במתו דודאי אינם זוכרים הוא מתקנת חכמים ולפי זה בשטר יוצא מתחת ידי עדים אף שכבר היה מקדם תחת יד בעלי' מכל מקו' אם אומרים אינם זוכרים נאמני' דהא יש להם מגו דשרפו וכבשו והם נאמנים דאינם זוכרים אף שכתב ידם ממקום אחר ניכר דמכל מקום יש להם מגו וזהו כוונת הרי"ף דבעלמא בשטרות שאין תחת ידי עדים מקיימין ממקום אחר ואין משגיחין אם אומרים העדים שאינם זוכרים דאנן אמרינן שזוכרים ואין משגיחין בדבריהם כלל במה שאמרו שאינם זוכרי' דלאו כל כמיני' אבל בשטר יוצא מתחת ידי עדים דאית להו מגו דקלתו או כבשו נאמנים דאין זוכרים והשטר חספא בעלמא ולכך אמרו בשטר קידושין דאם יהי' מונח תחת ידי עדים א"כ נאמנים דאין זוכרים דהא יש להם מגו ואם הם יעידו מתוך כתב וה"ל מפיהם ולא מפי כתבם ולכך קאמרינן דאין להניח שטר אצלם ובממ"נ אי דכורי' א"צ בלא"ה ליתו ולסהדו ואי לא מתוך הכתב פסול והם נאמנים דאינם זוכרים משא"כ כשאין השטר תחת ידם דל"ל מגו אמרינן כיון שהגיד דה"ל כנחקרו בב"ד ואינם נאמנים דאין זוכרים כלל והמעיין ברי"ף יראה דהיה לו נוסח' אחד מנוסח שלפנינו דגי' דילן הוא ואי לא מדכרי זימנין דחזי' בכתבא ומסהדי ורחמנא אמר וכו' ולפי גי' זו משמע דחשדין דיחזו בכתב ויאמרו דדכירי וזהו לא סבירא ליה

להרי"ף דבאמת אם אומרים זוכרים נאמנים ולכך גי' הרי"ף ואי דחזו בכתבא וכו' פי' דאמרו להדיא דאינם זוכרים רק סומכים על הכתב זהו לא מהני מפיהם וכו' וא"ש ביוצא מתחת ידי עדים לענין זה לא ה"ל כנחקרו בב"ד שלא יהיו נאמנים לומר אינם זוכרים דהא אית להו מגו וכמ"ש הרי"ו בנשרף הואיל ויש להם מגו אבל באינו יוצא מתחת ידי עדים וכת"י יוצא ממקום אחר אין נאמנים דאין זוכרין ולכך מקיימין שטרות דאנן אומרים דזוכרין וכמ"ש הרמב"ם ודברי רי"ף ודברי רמב"ם אחדים הן. ולכך בכותב אדם עדותו על שטר דשטר תחת ידו נאמן דאינו זוכר ולכך אמרינן והוא דזוכרו וא"ש דברי הרי"ף ולא קשה קושי' הרמב"ן דלקרעו כמה שטרות דיש תחת עדים זמן רב ולא זוכרו דמה בכך אטו מאן דמסר שטר לבעל דבר בב"ד מסר להו כיון דמוסרים שטרות לבעל דבר שוב אין נאמנים אח"כ דאין זוכרים ואמרינן מסתמא דזוכרים והוי מגו למפרע ואפילו במוסרים בב"ד אין הב"ד אחראי' לשאול אם זוכרים ואמרינן חזקה דזוכרים משא"כ שם בשטר קדושין דנ"מ בהו לדינא נפשות דכתיב בהו ושפטו עדה וכו' חייבי' ב"ד לחקור היטב ואי אמרו בעת מסירה דאין זוכרים נאמנים וא"ש ודברי הרי"ף אף כי הם סתומים להוגה בהן יטעם בדבריו כי דבריו מכוונים לדברי הרמב"ם וכמ"ש בדברי הרי"ו דסבירא כהרי"ף וכהרמב"ם והכל אחד ואין כאן מחלוקת כלל. ובהכי ניחא דקאמר הגמרא טעם דלכך אין להניח שטר קידושיו בידי עדים דאולי לא יזכרו וכו' ולא קאמר פשוט דאם ימותו עדים יהיה בטלים קדושין למפרע ויהיה בעילת זנות ויתבטל השטר מכל וכל דהא אין כאן הגדה מעדים רק בעת יוצא מתחת ידם ועכשיו הם מתים וגרועים מאילו נעשו פסולים מחמת קרובים שכתב כאן המחבר וגם אמרינן בכמה דוכתי' בש"ס לאביי דעבחז"ל תיכף מיום הכתיבה מתחיל השיעבוד ולא חלקו כלל אם הוציאו העדים השטר מן ידם בו ביום או ביום של אחריו וכפי דעת הב"י ברי"ף אם הוציאו ביום שלאחריו הרי זה מוקדם ופסול דאז הוי כנחקרו עדותן ואז מתחיל תוקף השטר ילא מקודם והשעבוד מיום הכתיבה לא חל דלא העידו כלל וכאילו לא נחתם השטר עד יום שלאחריו דקי"ל דפסול. אבל לפמ"ש ניחא דלענין גוף העדות ותוקף שטר תיכף מעת הכתיבה וחתימה חל דהא אז זוכרים ותיכף חל שעבוד ולית כאן מוקדם וכן אי מתו עדים והשטר תחת ידם השטר כשר אם נתקיים כת"י דמעת הכתיבה חל השטר ואי דאין זוכרים מה בכך כשמתו עדים תקנת חכמים לסמוך על עדים אחרים אף שאין זוכרים וא"ש ולק"מ ובהכי ניחא דהא דהקשה הרי"ף מהך דקתני נאמן אדם לומר זה כת"י אבא איך יהני הא אינהו גופי' צריכים לזכור העדות ולמה בחר להקשות ממשנה זו והניח כמה משניות בכמה מסכתות וגם בכתובות הנשני' מקודם דמבואר בהו דמהני קיום לגיטין ושטרות וה"ל

להקשות מה יועיל קיום ובמ"ש ניחא דיותר בחר במשנה זו דעל משנה זו כתב הרי"ף דברי הגמרא דקיום שטרות דרבנן והימנו רבנן בדרבנן ולכך הקשה ממשנה זו דבשאר משניות י"ל באמת שורת הדין דאין הקיום מועיל רק בדיני ממונות מפצי תיקון עולם תקנו חכמים דיועיל הקיום אף דלא היה מועיל בד"ת כלל וכמו שיש דעת מחברים רבים בשטת הרמב"ם דכל שטרות ד"ת פסולים רק כשרים מתקנת חכמים לתקון עולם אבל בשטר קידושין דנוגע לדיני נפשות שפיר לא סמכינן אקיום ובעינן דעדים יזכרו ולכך פריך מהך דנאמן לומר זה כת"י אבא דאמרינן על זה הימנוהו רבנן בדרבנן משמע דד"ת כשר אפילו בלי קיום כלל וע"ז הקשה דהא לפי דבריו אלה ד"ת אפי' בקיום פסול ולכך תי' באין השטר מתחת יד העדים ד"ת כשר דאמרינן חזקה דזוכרים ופי' זה כת"י אבא בהלך למד"ה וכדומה כללן של דברים דהן לפי' הרמב"ן והנ"י הן לפמ"ש בדברי הרי"ף ז"ל בכה"ג כמו דמכשירין בשטר שתחת יד העדים ומתו דכשר מפני תיקון עולם וכמ"ש לדעת הרמב"ם וכן הוא דעת הרי"ף ה"ה בנעשה חתנו דיש כאן תקון עולם דאם באנו לפסול כה"ג אפי' ביוצא מתחת יד אחר פסול דמ"ש דכל הטעם מפני זכירה ובנעשה חתנו מה מועיל זכירתו וכמש"ל בדברי הרמב"ם ואם כן כשר מפני תיקון עולם וזה ברור ונכון בדברי הרי"ף:

לט **חתם כשהיה בריא ונשתתק כו'** השך בס"ק צ"ג הקשה דמזה משמע דאלם א"י לחתום שטר וקשה לפי דלא קי"ל כר"ת דכל הראוי לבילה מקרי מפיהם ובכל גווני איקרי מפי כתבם ומ"מ שטר כשר ש"מ דגזירת הכתוב להכשיר בשטר מפי כתבם אם כן אף אלם יכשור ובאמת דין הלזה מוכח מגמרא דגיטין דף ע"א דפרכינן על הא דאמרינן נשתתק פסול לעדות דתנן דבודקים אותו לעדות ולירושות ודוחק הגמרא לעדות עדות אשה וירושה בבכור ע"ש ברש"י ותו' ולא משני בפשוט לעדות בשטר וכן לצוואה בדין ירושות ונחל' דכשר ולכך בודקין אותו לדעת אם הוא בר דעת א"ו דפסול לשטר. וטעמו של דבר נראה דהא דהכשירה התורה שטר היינו באופן שיהיה ראוי להגדה דבעלמא מ"מ פסול ובשטר כשר אבל אם אין ראוי להגדה כלל כולי האי לא הכשירה התורה ולטעם שכתב הרז"ה להכשיר שטר מפי כתבם דהואיל הם נכתבים בציווי הלוה הוה כאלו הוא כת"י לוה ושלוחו של אדם כמותו ובלוה אין קפידא אם הוא מפי כתבו אם כן יש לכאורה לפקפק דאטו אם הלוה אלם א"י לחתום כת"י והן הן העדים שלוחיו אבל מ"מ צ"ל דבעינן דיהיה ראוי בעת החתימה שיעיד בע"פ על השליחות דעשהו הלוה והוא שליחת' קעביד אבל כשאין ראוי להעיד כך מי ימר דעשהו הלוה שליח ואם שחתם העד כן ה"ל מפי כתבו כיון שאינו ראוי להעיד בע"פ ודו"ק:

מ **אין קורעין אותו** וכתב הש"ך ס"ק ק"א דה"ה בשטר ששנים אומרים פרוע ושנים מכחישין לא מגבינן בי' ולא קרעינן אותו ונסתייע מתשובת הרשב"א סי' תתקע"ב ובאמת שם משמע קצת ההיפוך דשם פסק בקנה שדה ונחלקו ב' כתי עדים אי תנאי היה במכירה ופסק אוקי תרי לגבי תרי ומכירה בחזקתו ואולי אף כאן נימא הכי אוקי עדי פרעון לגבי הנך דמכחישי' לי' והשטר חוב בחזקתו ואם כי יש לחלק דשם הלוקח מוחזק בשדה שקנה משא"כ בשטר אף דמוחזק בשטרו מ"מ הלוה מוחזק במעות מ"מ עכ"פ אין ראי' משם ובפרט לפי מ"ש הרב הש"ך בת"כ בסופו דבעל השטר נקרא מוחזק דהוי כגבי ע"ש ומ"ש שם ולא ידעתי למה העלים עין מדברי התוספות שם בכתובות דף כ' ד"ה אוקי דכתבו להדיא כתי' רשב"א דתרי ותרי איירי בשובר דהוה אלו מעידים שפרע ואלו הם מכחישין דאמרינן אוקי ממון בחזקת הלוה ופטור מלשלם אף דלזה המלוה שטר חוב. ואם כוונת הש"ך להביא ראי' משם דלא קרעינן ליה מלבד דזה מובן מעצמו אף גם בתשובה הנ"ל לא נזכר כלל מהך דלא קרעינן ליה אבל הדבר מובן מעצמו כמ"ש:

מא **אבל אם עדים חיים כו'** וה"ה במעידים שקרובים היו כשחתמו וכו' סמ"ע בשם הר"ן נראה אין הטעם הואיל ועכשיו נתרחקו אם כן אין הפסול בעדים דאם כן העיקר חסר בדברי הר"ן ועוד כל מה שאנו דנין הוא על אותו שעה שהעידו על השטר ואם כן אז מעידים בפסול העדים רק העיקר הואיל ואמרו דאין עדים פסולים רק קרובים ואין זה פגם לעדות דמה בכך דה"ל קרובים אם כן לא הוה כמעידים בגופו של עדות ולכך אין נאמנים להעיד דאין מעידין בגופו של עדות ומ"ש דעכשיו נתרחקו לא הטעם משום דלולי זה היה בגופן של העדות אלא דמה יחלקו העדים הרי הדבר עומד להתברר אם קרובים או רחוקים אלא דעכשיו הם באמת רחוקים ונחלקו אם בזמן החתימה כבר נתרחקו או לא ולכך במעידין שהיה גזלן ועשה תשובה גם כן ה"ל כמעידין בגופן של עדות דבאותו זמן החתימה עכ"פ היה בגופן של עדות ומה בכך דעכשיו הוכשרו משא"כ פסול קרובים מעולם אין כאן פסול בגופן של עדות ובזה מיושב מ"ש בכה"ג קושי' דהל"ל דהיו גזלנים ועשו תשובה דלפמ"ש לק"מ ואם כי סתמא דלישנא דתז' שם בכתובות דף י"ט ד"ה ואם וכו' משמע סתם פסולי עדות כשהם כשרים עכשיו יכולים להעיד וכן משמע בדרישה דאם אמרו גזלנים היו ועשו תשובה אף להר"ן הדין כמו קרובים ונתרחקו. מכל מקום לי נראה ברור כמ"ש ואני הבאתי ראי' מדברי תוספות בד"ה אם כת"י לדברי דהוקשו דיהיה נאמנים במגו דעדים עדיין הם פסולים ותי' מגו דבי תרי לא אמרינן וקשה הא מגו דשתקי אמרינן ואם כן הם דאמרו דגזלו ועשו תשובה הא בזה ה"ל לשתוק רק להעיד דגזלו ובמה שעשו תשובה לשתוק ואם כן הם ממילא פסולים

עד היום הזה כ"כ דלא העידו עליהם בב"ד שעשו תשובה והיו נאמנים דמעידים בפסולו של עדות וה"ל מגו דשתקי דבזה מסכימים שלא לדבר יותר ועכצ"ל דמ"ש התוספות בריש דבריהם דאמרו דעכשיו הם כשרים היינו דהיו קרובים ונתרחקו ואין כאן קושי' התו' דיאמרו עדיין לא נתרחקו דהוא דבר הגלוי רק קושי' התו' דיעידו עליהם פסול אחר דגזלו וכדומה וכמ"ש שם בקושי' על ב' כתי עדים המכחישים זה את זה בעדות דיש להם מגו להעיד עליהם פסול אחד שגזלו וכל כיוצא בזה הקושי' בזו ובזו יפה תי' דאם כן צריך לומר פסול אחר אין זה בגדר שתיקה ומגו דבי תרי ל"א וא"ש והדבר מוכיח:

מב **אנוסים מחמת נפשות כו'** דבזה לא משוי נפשי' רשעים דהרי הם מורשים לעשות כן דאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש אבל יש לי ספק אם אמרו אנוסים היינו בעת גזרת שמד או בפרהסיא ומכיון להעביר על דת דקי"ל בי"ד סי' קנ"ז דחייב למסור עצמו ויהרג ואל יעבור אם הם נאמנים אי גם בזה שייך אדם קרוב אצל עצמו ולא משוי נפשי' רשע כי כבר כתבתי למעלה בסי' ל"ד בתומים ס"ק כ"ג דמדברי הרמ"א בא"ע סי' מ"ב ס"ה מ"ש בשם הריב"ש כתב דאנוסי' כשרים לעדות דאע"ג דעברו על לאו ולא תחללו מכל מקום הי' באונס ואונס רחמנא פטרי' אך לעומת זה בתשובת רשב"א סי' אלף רל"ו באמרו זינתה עמו ל"ל באונס דהא אין קישוי אלא לדעת ול"ל דאנסוהו גוים הא עדיין נעשה רשע דבג"ע יהרג ואל יעבור ע"ש וקשה הא דאין אדם משים עצמו רשע היינו דאין נאמן לפסול עצמו כמ"ש רש"י וכל מחברים והא בזה אין נפסול לעדות כמ"ש הריב"ש ובאמת מגמרא דכתובות דף י"ט ע"א דאמרינן דלכך לר"מ אינם נאמנים לומר אנוסי' מחמת נפשות דעדים שאמרו להם חתמו שקר או תהרגו יהרגו ואל יחתמו שקר ופירש"י ומשוי נפשי' רשעים והגמרא דחה לי' דאין לך דבר שעומד בפני פ"נ וכו' וקשה לו יהיה בכלל יהרג ואל יעבור מכל מקום הא ליכא בי' רק מצות ונקדשתי כמו בע"א וגילוי עריות ושפיכות דמים ואם עבר באונס אין כאן פסול לדעת הריב"ש והרי נאמנים דלא משוי נפשי' פסולי עדות ועכצ"ל כדעת הרשב"א דמ"מ נפסלים מיהו נראה דאין נפסלים אלא מדרבנן ובעינו הכרזה ולכך הכשיר הריב"ש עדות האונסי' דלא הוה גהם הכרזה כלל אמנם הרשב"א דכתב דאינו נאמן לומר דעבר בזו או דסבירא ליה דלאותו עבירה א"צ הכרזה או דעכ"פ בעדותו דעבר עבירה דרבנן יהיה הב"ד מחוייבים לפוסלו ולהכריזו ואם כן חזר הדבר דאדם קרוב לעצמו ואין נאמן להביא עצמו לבית הפסול הזה שיכריזו רבנן עליהם דהוא פסול וכי נאמן הוא לפסול עצמו ולומר דהיה משחק בקובי' וכדומה כדי שיהיו הב"ד מכריזים עליו וא"ש. ואמת כי בלשון תשובת ריב"ש משמע דלא הוה פסול כלל הואיל והיה אונס אבל לדינא נר' מוכח מגמרא כמ"ש הרשב"א דפסול מדרבנן

וצריך הכרזה ולכך אף באומרים אנוסים מחמת נפשות בכה"ג הנ"ל דחייבים למסור עצמן אינם נאמנים דפוסלים עצמן בפסול דרבנן:

מג **או פסולי עדות מחמת קורבי'** במשנה פסולי עדות היינו פירש"י קרובים או משחקי בקובי'. והקשו משחקי בקוביא הא שוי' נפשיה רשעים ואדם קרוב לעצמו והביא הרא"ה תי' בשם הר"ן מיגאש דהואיל דאמרו דעכשיו עשו תשובה לא שייך אין אדם משי' עצמו רשע והרא"ה השיג עליו דאנוסים מחמת ממון ג"כ פי' דהיו מתחילה אנוסים ועכשיו חזרו בהן (עיין מש"ל בסימן ל"ד בתומים ס"ק כ"ז ע"ש) ולכך פי' הוא הואיל משחק בקוביא דרבנן וכל הפסול משום ביטול ישובו של עולם הרי זה כאומרים קטנים היינו דנאמנים עכ"ל וגם בזה אין דעת המחברים שוה ולא מצינו לו חבר בפוסקים כלל ולענ"ד נראה דרש"י סבירא ליה כמ"ש התוספות שם בד"ה אין אדם משים עצמו רשע דלפלוג דבוריה ואף דאמר אנוסים מחמת ממון נימא דאמר מחמת נפשות ותי' דאונס נפשות לא שכיח וזהו התירוץ סבירא ליה לרש"י לעיקר ולכך סבירא באומרים פסולים היינו מחמת שחיק בקוביא נאמנים דפלגינן דבור' ואמרו דהאמת אתם דפסולים היו והיינו מחמת קירבי' דמה שאמרו מחמת רשעת פלגינן דבורי' ולגבי האי לא מהימן ליה כלל וכלא אמרו דבר כלל וכלל וא"ש ולק"מ ודוק כי דין זה צ"ע כי נפל ברבוותא בדין פלגינן דבוריה והארכתי בשרש זה לקמן בכללי מגו:

מד **לא היה תנאי** כתב הש"ך בשם הרמב"ן וריטב"א דאומר לא שמעתי אם היה תנאי אבל באומר להדיא לא היה תנאי אם כן הרי כאן הכחשה בעדים בממ"נ חד שקר ואין כאן קיום רק ע"א עכ"ל ובאמת לפי מה דקי"ל זה באה בפ"ט ומעידה י"ל דזה האומר לא היה תנאי לא אמר מיד תוך כדי דיבור לקיומו רק אמר זה כת"י ואח"כ לאחר כ"ד אמר לא היה תנאי ואם כן הרי כאן קיום דבאותו זמן שקיים לא היה בממ"נ חד משקר דאז לא הכחיש להשני ואם אח"כ אמר לא היה תנאי והכחיש לראשון אין זה משוה פסול בממ"נ למפרע דאז היה כשר ואח"כ אחד מהם נפסל ובשעת עדות על הקיום הוי בגדר זה באה בפ"ע ומעידה ולק"מ וקצת משמע כן דלהרא"ש באינו זוכרים צריך לומר זה כת"י וכת"י של חבירו ואם כן זה האומר תנאי עכ"פ אין זוכר עדות ומה קמשמע לן וע"כ דחבירו אמר ג"כ זה כת"י וקשה אם כן איך יש לו מגו דאינו כת"י הא הוא מוכחש מחבירו נח לו לטעון תנאי היה דלית לון הכחשה אבל אם הפי' דחבירו מכחישו בתנאי גם כן לק"מ:

מה **ואין כאן אלא ע"א** בטור כתב בשם הרמ"ה דאם ע"א אומר לא היה תנאי וא' אומר היה תנאי חייב במטלטלין שבועה דאורייתא ולא אמרינן אוקי חד לגבי חד דהתורה

הימני' לע"א לחייב שבועה וכ"מ שהאמינה לע"א הרי כאן כשנים ורבינו מתתיהו מחייב רק היסת וכ"נ דעת הטור והקשו על הרמ"ה הא עד מסייע פוטר וכנר' לקמן סי' צ"ד אף דעת הרמ"ה דעד מסייע פוטר ולכך כתב הש"ך הטעם דזה דאומר היה תנאי אינו מעיד בהחלט שלא נתקיים תנאי וא"כ אין יכול ספק להוציא מידי ודאי שבועה ע"ש ומדבריו למדנו אלו העד אומר בבירור שלא נתקיים התנאי מודה רמ"ה דאין כאן חיוב שבועה ודברים אלו א"א להלום כלל בדברי רמ"ה כנר' לכל המעיין ובלא"ה תמה מהרי"ט בחלק א"ע סי' כ"ז על רמ"ה דהא גמרא ערוכה בבאו שניהם בבת אחת אמרינן אוקי חד ומה אולמא דהך מהך ועיין יבמות וסוטה. ולכן נראה דלק"מ דהא זה האומר לא היה תנאי אין מעיד כלום רק שאומר זה חתימתי ומתנאי לא ידעתי כלום ואי שתיק והעיד סתם על חתימתו הוי ג"כ כאומר לא היה תנאי וסתמא דמילתא לא היה תנאי דהא חתמו סתם בשטר וא"כ זה שמקיים חת"י למפרע מאז חתימתו הוי כמו שנחקרו בב"ד עדותו והוי כאילו העיד אז בב"ד שזה חייב לזה מנה בלי תנאי דסתם חתימה היא בלי תנאי כמ"ש וזה שאומר תנאי היה עכשיו דמעיד כי אדרבא חתימתו משמע בלי תנאי ואם כן זה שאומר לא היה תנאי העיד בב"ד מתמול שלשום מזמן חתימת שטר וזה שאמר תנאי העיד מעכשיו וא"כ זה שאמר לא היה תנאי בא ראשון לב"ד הוי כמו שנים לחייב שבועה ואין השני דאמר תנאי היה הבא אחריו יכול לבטל עדותו דזה בא ראשון וה"ל דבריו כמו שנים וזה כוונת הרמ"ה והנכון אתו בכל אופן בסברא זו ונראה ברור דרבינו מתתיהו דחולק הוא דסבירא ליה כדעת הרא"ה דכי אמרינן כן כשבא עד ראשון דה"ל כשנים היינו בדבר שבערוה דזולת הנאמנות במת בעלה או סוטה קי"ל דאין דבר שבערוה פחות משנים ואם כן לו נאמנות כשנים אבל בדבר איסור דקי"ל ע"א נאמן באיסורין אף שבא בתחילה מכל מקום יכול עד הבא אחריו אפילו בזמן מאוחר יכול להכחישו ואף בע"א דמחייב שבועה בממון לא הוי כשנים ולכך יכול השני להכחישו ועיין בי"ד סי' קכ"ז שהביא הרב הש"ך שני דיעות הללו ונראה ברור דהן הן דעת הרמ"ה ורבינו מתתיהו ואם כן לפי דפסק הרב המחבר בי"ד בכמה דוכתי וביחוד בסי' ל"ט ע"ש כדעת מהרי"ק החולק על הרא"ה ובכל מקום תלוי במי שבא ראשון הדין כאן כרמ"ה וכ"נ בבירור שנוטה לשונו דכתב וא"כ אלא ע"א הרי דמשוה לי' לע"א לחייב שבועה כע"א ואלו דעתו כר' מתתיהו הל"ל וא"כ עדות כלל ולא לכתוב וא"כ אלא ע"א אלא ברור דס"ל כרמ"ה. וביותר לפי דסבירא ליה לש"ע דבכת"י יוצא ממקום אחר א"נ לומר תנאי היה רק במגו דאינו כת"י ואי ס"ד כרבינו מתתיהו דאין חייב שבועה אם כן מה מגו יש לו אילו אמר אינו כת"י ושתק כמ"ש התו' והיה ע"א אומר זה כת"י היה מחייב שבועה

לכ"ע כמבואר בירושלמי שנתקיים כת"י א' ולא השני ועכשיו דאומר היה תנאי היה פוטרו אפילו משבועה מה מגו יש בזו ודוחק לומר דיש לו מגו לומר זה אינו כת"י ומ"מ ידעתי דעל שטר זה פרע ואם כן ה"ל חד לגבי חד דמגו כי האי קשה לומר ובפרט אטו כל השטרות בגדר דיכול לומר פרע אולי הוא בתוך זמנו וכהנה יתר דברים דלא שייך בי' פרעון ולכן נר' ברור דדעת ר' מתתיהו כמ"ד דעל אמירת תנאי היה א"צ מגו ואפילו בכת"י יוצא ממקום אחר נאמנים ואם כן לא קשיא דא"צ למגו אבל לדעת דבעי דוקא מגו כמעט מוכיח כדעת הרמ"ה כמ"ש ואין לומר דמיירי באו' זה כת"י ושל חברי וא"כ בשותק אף על כת"י חבירו לית קיום דזה אינו דהא יכול חבירו לחתום בב"ד כמו שאמרו בגזלן וכדומה ומ"מ יהיה נדון כע"א וליכא מגו גם אפשר לומר דסבירא לר' מתתיהו כנר' מדברי התוספות כתובות דף כ' ד"ה רבי יוחנן דאין עד בשטר זוקק לשבועה אלא כשמצאו לקיים יד א' ולא השני והיינו שלא מצאו לקיים אבל בעומד הע"א ואומר מזויף הוא הוי רק שטר בע"א בעלמא ובפרט כמש"ל בטוען להדיא מזויף הוי דאורייתא ואם כן שפיר י"ל מגו דיטעון עכ"י להדיא מזויף ולית כאן ש"ד משא"כ להרא"ש דסבירא ליה פג"פ דאיכא ש"ד אי נאמר כר' מתתיהו עכצ"ל דעל אמירת תנאי א"צ מגו דמזויף ובזה י"ל דברי הטור דכתב דהרא"ש ס"ל דאף בכת"י יוצא ממקום אחר נאמן בתנאי ונתקשו אי' רמיזה ברא"ש ולפמ"ש ניחא דהטור סבירא ליה בסברא כר"מ כמ"ש להדיא דאינו זוקק לשבועה ודוק:

מו **אנן סהדי כו'** הרב הש"ך האריך דבעה"ת חולק וסבירא ליה דאם אין כת"י יוצא ממקום אחר דאית להו מגו אף דכתוב כן בשטר' מכל מקום נאמני' במגו ע"ש בש"ך שדחק ומה שנ"ל הוא דהטעם דכתבו דהוי כמו מוקדם דקי"ל באין כת"י יוצא ממקום אחר נאמנים לומר ע" חתמנו ועל זה לא חתמנו ולא הוי כמגו במקום עדים דאמרינן דלא דייקו לחתום על כל מה שנכתב מה שא"כ בלית להו מגו דכת"י ניכר ממקום אחר אמרינן חזקה דאכולי חתימי כן י"ל בתנאי אף דכתבו בלי תנאי י"ל באין כת"י יוצא ממקום אחר דאית להו מגו דלאו אכולי מילתא מסהדי ולא השגיחו מה דכתיב בי' בלי שיור תנאי וזהו טעמם כמ"ש בבע"ת להדיא וזהו הכל דכתב בלי שיור וכו' ולא כתוב בי' להדיא ואנן סהדי מסהידינן וכו' דאי כתבו כן הרי אומרים בפי' דמעידי' עליו והוי כמו דכתבו נאמנות מפורש דא"י לומר דלא קנו על נאמנות כדלקמן בסי' ע"א ואף כאן הרי העידו בפי' דמסהידינן עליו כמ"ש ואנן סהדי ולכך לכ"ע א"נ והמדייק בבעל התרומות יראה דלא העתיק דכתב ואנן סהדי כו' רק סתם ואי כתיב בי' דלא הוה שיור אבל הרמ"א הוסיף ואנן סהדי וכו' דא"כ ל"ל לאו אכולי מילתא וכמ"ש וא"ש וברור. והקשה הר"נ

מ"ש אמנה דאינם נאמנים דה"ל עולה למסור שטר ע"ת שיהיה מלוהו ומ"ש תנאי דג"כ החוב אינו חל כי אם בקיום תנאו ותי' התנאי תלוי בדעת המלוה ואם ירצה לקיים התנאי הוא מוכרח לשלם ולכך מותר ונתן לכתוב משא"כ אמנה אף דירצה המלוה להלות אם לא ירצה הלוה ליקח בהקפה ולכך אין בשטר ממש ע"ש ואם כן ה"ה בתנאי אם התנאי תלוי גם כן בלוה ד"מ אם ילך הלוה למקום פלוני יתחייב ואם לא ילך לא יתחייב הוי כמו אמנה דהא ביד הלוה שלא יתחייב לו כלל וא"נ העדים וכמו כן אם היה תנאי שאם יעשה הלוה כך וכך שיפטור מחובו ג"כ מותר דהא מתחילה עכ"פ חל שעבודו של שטר קודם שקיים תנאו וכן מוכח בבעה"ת שער כ"א ח"ג שכתב תנאי כזו דנאמנים והנה אם אמרי דתנאי היה שלא יחול החיוב אם לא יקיים תנאו בזמן מוגבל והן העידו דעבר זמן מוגבל ואם כן השטר בטל כתב מהרדב"ז בחלק ראשון סי' קצ"ח בשם מפורשים ובעלי חדושים דתו אין נאמנים דהם מבטלים שטר לגמרי מיהו משמע שם מדבריו דלא אמרה רק בכת"י יוצא ממקום אחר לדעת האומרים בתנאי נאמנים ובעל כה"ג העתיק בשם תשובת כ"י סתם לחלוק בהך ונשען כי התוספות שם ד"ה או דילמא כתבו כו' דלכך תנאי לא מעקר שטרא דהרי אם יקיים התנאי קיים שטרו משמע הא עבר זמן לקיום תנאו תו לא מהימני אבל אני לא מצאתי בשום מחכר לחלוק בכך ואדרבא מדברי בעה"ת הנ"ל דכתב דלוה אמר שקיים התנאי ונתבטל השטר ומ"מ אם אין כתוב בשטר בלי שיור תנאי נאמנים אפילו כת"י יוצא ממ"א הרי דנאמנים מ"מ אפילו במקום דמתבטל השטר ודוחק לחלק כי בהך דבעה"ת עכ"פ מתחילה היה לשטר שעבוד כמש"ל דאם כן לא הוי ליה לסתום ובאמת מדברי תוספות הנ"ל אין ראי' כי התוספות כתבו כן לפרש הא דבעי מר"נ בתנאי ור"נ סבירא ליה אפילו מודע' אינו נאמן הואיל ומעקר שטרא אם כן למה נשתנה תנאי ולכך הוצרך תוספות לומר דלא מעקר שטרא דאם יקיים תנאי הרי שטרו בתוקף ולא דמי למודע' אבל לפי דקי"ל כמר בר רב אשי דאף במודע' דמעקר לשטרא לגמרי מ"מ נאמנים משום דניתן לכתוב ולא איכפת לן במה דמעקר לשטר' אם כן כיון דגם תנאי הרשות לעדים לכתוב שטר בתנאי כמ"ש הר"נ הנ"ל דלא דמי לאמנה אם כן מה בכך דמעקר לגמרי השטר מ"ש מן מודע' ולכך לדינא דקי"ל במודעות כמר ב"א ליתא לדיני של התו' ולכך סתמו המחברים וזה ברור ואפשר דקשי' לי' להרדב"ז להנך דסבירא ליה אפילו בכת"י יוצא ממקום אחר נאמנים לומר תנאי ואפי' א' אומר תנאי וכו' אם כן באומרים אנוסי' היינו מחמת נפשות להמני במגו דתנאי היה ולא נתקיים התנאי ואי דהוה מגו דבי תרי הא אחד יכול לומר ע"ת היה וא"כ גם כן השטר בטל ואין אחד צורך להשני' אלא ודאי דכי מהני באומר תנאי באפשר לקיי' תנאו אם כן ליכא

כאן מגו דאומר אנוסי היינו ורצונו לבטל השטר לגמרי מכל וכל וזהו נרא' דהיה ראי' הרדב"ז. אך באמת אין זו קושי' דכבר העליתי לקמן בכללי מגו דדעת התו' ורבי' דס"ל דנח לו לומר דבר שהשני מסכים עמו ממה שיאמר דבר במה שהשני מכחישו וא"כ איך יאמר תנאי ואולי השני לא יסכים עמו ויכחישו ומגו דבי תרי לא אמרינן כי לא בקל שניהם מסכימים בשפה אחת ודברים אחדי' וגם הוי כמגו במקום עדים כמ"ש התוספות בכתובות בד"ה אין נאמנים דהקשו להמני במגו דפרוע ע"ש וכן הדבר פה אף גם בממ"נ אם יאמר הלוה גם כן תנאי היה הרי זו מגו דבי תרי העד והלוה ואם לא יאמר הלוה תנאי איך יאמר הוא תנאי מה שהלוה מכחישו ואומר דלא היה תנאי כלל ולכן אין כאן ראי' כלל מבורר כמ"ש רש"י דאפילו עקר לשטרא לגמרי מכל מקום נאמנים לומר תנאי היה דברינו:

מז **שטר אמנה כו'** ומעשי' בכל יום שנוטלים קנין ומאמיני' לו על המעות אעפ"י ששיעבד נפשי' שהאיסור אינו אלא לעשות שטר נ"י בפ' חזקת בשם ריטב"א ד"מ וסמ"ע ולא הבנתי הא ה"ל מוקדם כיון דלא מטו שטר לידו וצ"ל בקנין הוי בין ילוה בין לא ילוה כלל וכמ"ש לעיל בסי' ל"ט וכן כתב הנ"י שם ב"מ דקנין הוי בין ילוה בין לא ילוה וא"כ מה אמנה יש כאן כיון דנשתעבד בין לא ילוה ג"כ והריטב"א אפשר דסבירא ליה כמש"ל בסי' ל"ט דאם כתב דישתעבד מעכשיו וכן בקנין כה"ג מהני אבל לפי דעת רוב הפוסקים וכמבואר בגמרא דלכך המוצא שטר הקנאה בשוק יחזיר דאין לחוש דילמא כתב ללות ולא לוה דהא שיעבד נפשי' בין לא ילוה א"כ לא הבנתי מה אמנה שייך בזה ואי דהתנה להדיא דוקא אם ילוה הדר ה"ל מוקדם כמ"ש ולכן דבריו צ"ע:

מח **אינ' נאמנים** ולשיטת הרמב"ם לעיל בסי' זה דעדים המעידי' על כת"י צריכין לזכור גוף העדות וכאן דל מהכ' מה שאומרים שהיה אמנה או פסולי עדות עכ"פ אין זוכרים דבר מגוף הלואה כי אדרבא אומרים ששקר הוא ולא הלוהו כלום כבר כתבתי לעיל דסתמא אמרינן דהוי זוכרי' וא"כ הואיל ואין נאמנים בדבריהם דהוי עולה כלא אמרו דבר כלל וכאלו שתקי וא"כ אנן מחזיקין בזוכרים ולק"מ ולשיטת הרא"ש לעיל דסבירא ליה דבאינם זוכרים ונצרף עמם אחר יכולים להעיד אם כן י"ל פה דמיירי דצירף עמהם אחר או כל א' מעיד זה כת"י וכת"י חבירי כנ"ל אך נראה אם הדין כן ושניהם אומרים שניהם אנוסי' מחמת ממון היו נאמנים דאף דא"י לשווי נפשי' רשע נאמן ע"ג חבירו דהיה אנוס במגו דהיה אומר אין זה כת"י חבירי והרי זה כאילו שנים מעידים על כת"י אחרים ואמרו אנוסים מחמת ממון דנאמנים וה"ה זה כמעיד על חבירו וכן להיפוך והרי זה נאמנים במגו ובמשנה דקתני א"נ או דאמר אני אנוס ואין יודע מחבירו או דאינו מעיד על כת"י

חבירו רק בצירוף אחרים אבל דין הנ"ל ודאי אמת מיהו יש לפקפק דעכ"פ העד בחזקת כשרות עומד וחזקה דכשר היה וא"כ איך יפסלו ע"א ואי במגו ה"ל מגו במקום חזקה אלימת' ל"א והא דאמרינן בגמרא דאדם קרוב לעצמו וכו' ולא אמרינן בפשוט דהוא מגו במקום חזקה משום דאם נאמן על עצמו הרי הוא יכול לפסול עצמו יותר מק' עדים ואם כן איך יוכשר קיומו כיון דהוא פסול לעדות ולכך הוצרך לומר אדם קרוב וכו' וכן צריך לומר לראב"ד בראש פרק קמא דמכות וכמש"ל כמה דוכתי' ועיין סי' ל"ו דמפרש אדם קרוב לעצמו דאנן אמרינן המעשה אמת דנבעל לרצונו ומכל מקום גזירת הכתוב שלא יפסול עצמו ויהיה כשר להעיד ולכך קטלינן לשני וא"כ לכאורה קשה אף כאן מה בכך אדם קרוב מכל מקום המעשה אמת והרי הוא כשר וא"כ איך יוכשר השטר כיון דאמת דהיו אנוסי' ולפמ"ש דעל אמירת' אנוסי' ל"ל מגו דהוי במקום חזקה רק אלו פסול עצמו היה הקיום פסול היותו רשעים אבל כאן דאין אדם משים וכו' הקיום כשר ול"ל מגו ובזה אמרתי בחדושי לישב דברי התוספות דהקשו לימא פלגינן דבור' ותי' בקיום שטרות דרבנן וכו' וקשי' לרמב"ח דסבירא ליה אפילו בכת"י יוצא ממקום אחר לחלק בין אנוסים ממון לנפשות לפלוג דבור' ולפמ"ש ניחא דודאי כבר כתבו תו' בסנהדרין וריטב"א לחלק בין תרי גופא לחד גופא רק קושית התוספות בכתובות כמ"ש דיהיה נאמן על חבירו במגו דאין זה כת"י ואי דהוה במקום חזקה נפלוג ונאמר מה שאמר אנוסי' היינו מחמת ממון הך מחמת ממון מוסב על עצמו אבל חבירו היה מאונס נפשות וזה יותר נח לומר משנימא פלוני רבעני לרצוני דאיך הפי' רבעני אם לאחר רבע וע"ז תי' קיום דרבנן ול"ק לרמב"ח דמיירי בכת"י יוצא ממקום אחר דלפלוג דבור' דבחד גופי' לא פלגינן ולחבירו איך יהיה נאמן ע"א הא לית ליה מגו כלל דכת"י יוצא ממקום אחר ודוק:

מט **אין נאמנים וכו'** ועדים אחרים נאמנים ש"ך בשם ב"י ומשמע דאפילו בתנאי דסבירא ליה דאין עדים נאמנים בכת"י יוצא ממקום אחר מכל מקום עדים אחרים נאמנים וכ"כ הב"י להדיא בסי' כ"ט בסופו על תשובת רשב"א דאחד משכן כרם ועדים אחרים אומרים דהיה על תנאי ופסק הרשב"א דנאמנים אפילו כתב עדי שטר יוצא ממקום אחר דאין כאן הכחשה רק בירור הדברי' עכ"ל וכתב הב"י דאף דסבירא ליה לרשב"א דאין נאמנים לומר תנאי היה אם כת"י יוצא ממקום אחר שאני הכא דעדים אחרים מעידין כן ומזה מבואר דעדים אחרים יכולי' להעיד כן ונאמנים. אך באמת אין מובן לדברים כאלה דבממ"נ אם אתה אומר דמה שהעידו סתם אין כאן דבר מוחלט שהיה בלי תנאי ולכך יכולים עדים אחרים לברר דבריהם אף עדים עצמם יכולים לומר תנאי היה וכי אינם יכולי' לברר דבריהם ואי אמרינן דסתמא דמילתא הוה דמעידי' בפירוש דלא היה תנאי א"כ

איך עדים אחרים יכחישוהו וה"ל תרי לגבי תרי וכן עמד בזה הרב המובהק בעל גי"ת בשטר כ"א ח"ג ע"ש ולא תי' כלום ולכן נראה דודאי אם כת הב' אומרים שתנאי היה במעמד עדי השטר אם כן הרי כאן הכחשה דאלו אף עדי שטר מעידי' כן ה"ל לכתוב ואם כן הוי כמעידי' דלא היה תנאי והרי זה הכחשה תרי מול תרי אבל כיון שהעידו סתם דהיה תנאי אנו מישבין דברי כל עדים שלא יהיו כמוכחשי' כפי הראוי ואומרים דהיה התנאי שלא במעמד עדי השטר והם לא ידעו וכתבו סתם כראיי ואין כאן הכחשה כלל וזהו כוונתו שאין כאן הכחשה אלא בירור ואמרינן שלא היה התנאי אז רק לאח"כ שלא במעמד עדי השטר. ויותר נראה דבלא"ה יש להבין במ"ש הרשב"א דאין אלו מכחישין עדי שטר דמשמע אלו מכחישין בהחלט לעדי השטר דלא היה עדותן מועיל דלמה נימא אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי קרקע בחזקת בעלה דהיינו יורשי ראובן עומדת כנודע בדין משכנת' בב"מ בזה אומר לשתים וזה אומר ביותר בפ"י וכמ"ש הרשב"א בתשובה בסי' תתקע"ב ועכצ"ל דאילו היו מכחישין עדי שטר היו עדי שטר נאמנים בהך עובדא דהא חזינן דנחית שמעון בתוכו לתורת משכנת' ואלו הם משקרי' מה בעי שמעון בתוכו ורגלי' לדבר שהאמת עם העדים כותבי שטר משכנת' ולכך כתב רשב"א תינח אלו מכחישין גוף עדותן היינו אומרים כן אבל עכשיו שגוף עדותן לא יפול בו הכחשה רק בבירור הדברים א"כ אף דנימא דעדי שטר ה"ל כמעידין דלא היה תנאי מה בכך ה"ל תרי ותרי וקרקע בחזקת יורשי בעלי' ראשוני' עומד וזכו בו יורשי ראובן ואפשר דלזה נתכוון גם הב"י במ"ש שאני הכא דעדי' אחרים מעידי' כן ואם כן הוי ליה תרי ותרי ויהיה איך שיהיה הדין דין אמת דבעדי' אחרי' אומרים תנאי היה להנך רבוותא דסבירא להו דאין נאמנים לומר תנאי היה אם כת"י יוצא ממקום אחר ה"ל תרי ותרי אך לפי זה יש להבין בגט לפי דמבואר בש"ע א"ע סי' קמ"ז דאין כותבין תנאי בגט אלא אומר ע"פ מה מהני דרוב גיטין חת"י עדים ניכר וא"כ לא זו דעדים הלזו החתומים על גט א"י להעיד ע"ת לדעת האומרים בכת"י יוצא ממקום אחר אינם נאמני' לומר תנאי היה אף גם אפילו נימא דצריך לתנאי עדים אחרים מה שבאמת לא מצינו בשום חיבור שמצריך כת עדים מיוחד להעיד ע"ת הגט מכל מקום לא מהני דה"ל תרי לגבי תרי והאשה בספק וכדומה לכמה דברים וכי כך המדה להביא האשה הלזו בספק גירושין ואם תקבל קידושין מאחר הרי הדבר בספק להחמיר למ"ד תרי ותרי ספר של תורה וכהנה דברים רבים מה שיש הבדל בין ספק לודאי ולכן צריך לומר או דכי לא נכתב התנאי בגט אין התנאי בכתיבה רק בנתינה וא"כ אף עדי החתימה יכולים להעיד דבאמת לא היה בכתיבה תנאי רק בעת נתינה ואין זה סותר לעדותן ועיין תשובת מבי"ט ח"א סי' רכ"א ורל"א במ"ש בזה בגט ע"ש או דכי

נאמר דא"י להעיד דתנאי היה היינו באומרים דהיה תנאי ניתן לכתוב לא כתבו אם כן זה סותר לעדותן בשער דאילו היה התנאי ה"ל לכתוב אבל אם העידו דכך היה התנאי להדיא בלי לכתוב רק למסור דברים בע"פ אבל לא שיהיה כתוב כן בשטר אם כן מה זה סותר לעדותן שבשטר ומה שלא כתבו הלא כך היה התנאי מבלי לכותבו ולכך בגיטין דכך הדין ונהוג מבלי לכתוב בגט התנאי וא"כ יכולים הן העדים להעיד בע"פ ע"ת ואין זו סתירה וזה ברור. ומעתה הונח לנו התמי' שתמהו כל המחברים ובראשם הסמ"ע על ש"ע דכאן וכן לעיל בסי' כ"ט דאין העד נאמן לומר תנאי היה ואינו בסי' פ"ב פסק דיכול לומר תנאי היה אפילו בכת"י יוצא ממקום אחר ועיין בסמ"ע שדחק ובפרט מ"ש לחלק בין בע"פ לבשטר דחוק דהא לא נזכר כלל בשום דוכתא בגמרא בענין תנאי רק גבי שטר והך דא"י להוסיף בעדותו בע"פ תנאי נלמוד מהך דשטר וא"כ איך אפשר לחלק כיון דע קר דינו של תנאי נאמר בשטר ולכן גם מה שהיה אפשר ליישב ולומר דאם העדים אומרים דתנאי היה אם יעשה כך המלוה יחול השטר ואם לאו יתבטל זהו אין עדים נאמנים דאם כן אין מקום לשטר כלל אם לא יקיים התנאי ואיך כתבו שטר סתם וזו דמיירי בי' בסי' מ"ו כמבואר להדיא או תנאי הי' ולא ראינו שנתקיים התנאי אבל אם אומרים דשטר היה נכון רק תנאי היה אם יעשה הלוה כך מחול לו שטר אם כן שטר נכתב כהוגן בכל אופן רק התנאי היה על מחילה זהו אינו סותר לעדותן בשטר ואף הם בעצמן יכולים לומר ובזו מיירי בסי' פ"ב כמבואר שם להדיא ברישׁ סעיף י"ב ועל תנאי זה סובב כל דין שם ולק"מ אלא דהך מסי' כ"ט קשי' דשם סתם דא"י להוסיף תנאי ולא חילק בין תנאי לתנאי אבל לפמ"ש נראה דכאן מיירי שאומרים שבכתיבת השטר היה תנאי אם כן אינם נאמנים דה"ל לכתוב והוי כמעידים דלא היה תנאי דאל"כ היו כותבים אבל בסי' פ"ב מיירי כדמשמע מלשון שם ששטר נעשה ע"ת והיינו בכתיבה לא היה תנאי רק לא הניחו למסור למלוה רק בתנאי פרטי וגם היה הדבר ביניהם מבלי לכותבו בשטר אם כן עדים נאמנים דהוה מילתא אחריתא ולא שייך דה"ל לכותבו בשטר והיינו הך דגט שכתבתי ודבר זה מבורר ונכון ומעתה לא קשיא מהך דלעיל מעדות ע"פ דשם ודאי אילו ידעו התנאי מי שם מחסום לפיה' לאומרו בב"ד ואי לא אמרו ה"ל כמעידין דאין תנאי כמו בכתב הנ"ל וכיון שהגיד וא"ש והכל מיושב ונכון

נ **חוץ לומר בפנינו מסר מודע'** עיין ש"ך דהביא דעת רבי' דסבירא ליה דגם במודע' אם כת"י יוצא ממקום אחר אין נאמנים ע"ש ואמת שכן דעת רבי' אמנם נראה דעת רביני ב"י המחבר להכריע מהך דפרכינן בב"ב דף מ"ח ע"ב ארבה ב"ח דחתם אמודע ואאשקלת' מהא דר"נ דעדים שאמרו מודע' היינו א"נ וקשה מה אריא דר"נ סתמא ה"ל

להקשות דהא ודאי חת"י רבה ב"ח היה ניכרת ורבנן בקיאי שמי' ולכ"ע א"נ אלא ודאי דלמר בר אשי אף בזו נאמן ותמהני מש"ך דבס"ק זה קי"ז הביא דעת רבי' דסבירא ליה כרב נחמן ובריש סי' זה דאם מודה בשטר ואמר אמנה הוא דנאמן וכן הוא לקמן סי' פ"ב לא פקפק דלדעת הפוסקים כר"נ אף בזה דיש לו מגו דמזויף מכל מקום אינו נאמן לומר אמנה הוא כמ"ש התוספות להדיא כתוב' דף י"ט ע"ב ד"ה אמר ר"נ וכו' ע"ש וא"כ מוכח מסתימת הפוסקים דלית הלכתא כר"נ אך הא גופי' קשי' דהביא באמת הש"ך רבי' מרבוות' דסבירא ליה מהא דפריך הגמרא מר"נ ש"מ דהלכתא כוותי' דאל"כ מה קשי' ר"ה ורבה ב"ח כמר ב"א סבירא להו ונר' לישב דהא הר"ן פי' במילתא דמר ב"א דאמר טעמא דנאמנים במודע' משום דניתן לכתוב ופי' הר"ן דהיו עדים עצמם יכולים לכתוב בו ביום שטר מודע' ולכך נאמנים ע"ש ועיין דרישה דלדעת האומרים דאפי' כת"י יוצא ממקום אחר נאמנים עכצ"ל פי' זה וא"כ זהו לפי מסקנת הגמרא שם בב"ב דמשני אף דמודע' אין נאמנים היינו בע"פ אבל בשטר לכ"ע נאמנים וא"כ יפה טען מר ב"א כיון דמודה ר"נ דיכולים לכתוב ונאמנים אם כן אף בע"פ יהמני אבל בסלקא דעתך שם דאפי' מודע' בשטר לא יהיה יכולים לחתום אם כן ליתא לסברת מר בר אשי דניתן לכתוב דהא על זה אנו דנין אפילו בכתב א"נ וא"כ שפיר פריך מר"נ ובסלקא דעתך ליתא לסברת מר ב"א כלל ולכך בתר דשנינו שם ה"מ בעל פה אבל בשטר וכו' הביא סתמא דגמ' הך מילתא דמר בר אשי וכו' והיינו דבזה תליא דהואיל דשנינן כן אף זה מילתא דמר ב"א נכון לדינא וא"ש:

נא **שהלוה היה קטן כו'** דחזקה אין עדים חותמים אא"כ נעשה בגדול בחדושי לכתוב' הקשיתי לפי דקי"ל מעברין שנה עד ניסן וקי"ל בא"ח דאם נולד באדר ונתעברה שנה אין נעשה בן י"ג אלא באדר שני אם כן שפיר משכחת לי' דהם הניחו לחתום ולעשות קנין באדר כי לא ידעו שהיה השנה נעשה מעוברת ואם כן כבר הוא בן י"ג שנים והרי הוא גדול ואח"כ נמלכו ב"ד לעבר השנה ואם כן היה באדר ראשון קטן ושפיר הם אומרים דקטן היה בעת מכירה ואין כאן דבר המגרע חזקתם כי מה הוי להו למעבד ע"ש כי הארכתי ולדידן אשר אנו יודעים מקביעו' השנה מקדם מימי' ימימה קצרתי כי אין בו נ"מ לדינא:

נב **יכול לחזור בו** והש"ך השיג ע"ז וכתב דהריב"ש לא אמרה רק לסניף בעלמא ובדרך אפשר ולקושטא דמילתא אין לו שורש כלל לדינא ועיין מש"ל דמשמע קצת בדברי הרי"ף כמותו אבל מכל מקום לדינא לא ידעתי לי' פתר דכיון דקי"ל כרמב"ם דע"א בשטר מהני אם כן איך אפשר דיכול לחזור בו אם כן איך היום נוציא ממון לאחר יבא

העד ויחזור בו והוא דבר אין לו שחר ואולי סבירא ליה דיש לו שטר בע"א א"י לומר פרעתי משום דהוי מתוך שאיל"מ ואם ע"א אומר פרוע נאמן דע"א פוטר משבועה ולפ"ז הא יש לע"א מגו דפרוע והתו' הקשו בשני עדים ותי' מגו דבי תרי ל"א וזה לא שייך בע"א וצ"ע. כתב הרמ"א בתשובה סי' ק"י בשובר שחתומי' עליו ב' עדים וכתב עד השני נתקיים ולא חת"י עד הראשון אלא שעד השני אמר כשחתם עצמו כבר היה עד הראשון חתום וגם הסופר העיד שכתב הוא לשובר ובפניו נעשה הקני' על השובר וחתמו העדים לשובר והכשיר הרמ"א לשובר משלשם טעמים ראשון דכתב סופר וע"א כשהסופר לפנינו ומעיד שזהו כת"י מצטרף לענין בני חורין וה"ה לענין פרעון ועל טעם זה השיג הש"ך דלא מהני כתב סופר אלא כשהסופר מעיד שיודע מגוף הלואה וכמו בגט שיודע מגיף הגירושין אבל אין מועיל במה שמכיר כתיבתו ונכון עמו ואפשר גם רמ"א כוונתו בכך ששם הסופר ידע מגוף ענין ג"כ שהוא אמת, והטעם שני דהואיל דהסופר ידע הקנין מצטרף הוא עם העד התתום שנתקיים כת"י דלענין בני חורין לא בעינן עדי קנין בעצמן וכאן בפרעון על כתובתה הוי כמו ב"ח והש"ך השיג דהא נ"מ טובי לענין טריפת הלקוח' כמבואר בגמרא דב"מ פ"ק ולקמן סי' ס"ה סי"ח ואני איני מבין דבריו דזהו בגמרא הכל טרם דאיתא לשמואל דהמוכר שט"ח ומחל מחול אבל השתא דקי"ל לדשמואל ולכך המוציא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל דליכא למיחש לקנוניא אם כן כיון ששני עדים מעידים על הפרעון אין לך מחילה גדולה מזו ומה נ"מ אם מכרה כתובתה איהו דאפסיד אנפשיה הלא בידה למחול ואין לך מחילה גדולה שעדים מעידים על ק"ס על השובר והרי הוא מחילה גמורה ופשיטא דמהני ולא משגיחין בקלא ובפרט בקנין הא דבעינן לגבות ממשעבדי דוקא עדים שקבלו הק"ס ולא אותן שהיו במעמדו הטעם כמ"ש רשב"א דאל"כ יביא הרבה כתוב ויטרוף ויחזור ויטרוף וטעם זה לא שייך בפרעון כלל דמ"ש זה מזה ולכן אין לדברי השגת הש"ך כלל מקום וטעם ג' כתב רמ"א דהואיל דזה אמר דחתום עד הראשון טרם שחתום הוא א"כ אף דאינו מכיר חתימתו אמרינן כמו גבי כותי חבר דלא הוה מחתם לישראל מקמי' והוה כמעיד על חתימתו ומצטרף עם הסופר שמעיד גם כן על חתימתו וע"ז טען הש"ך בממ"נ אי אמר שראה שחתם מקמי' רק שאין מכיר חתימתו א"צ לראי' ואין לך קיום גדול מזה דהא ראהו שחתם ויש לו סימן מובהק דהיא היא מה שחתם בפניו דהוא חתם בצדו ואם אומר שלא ראהו חתום רק כשבא לחתום מצאהו חתום לפניו עד אחד מה יועיל זה הלא אינו יודע מחתימתו כלל ואולי זייף הבעל והחתים בשקר ע"א והוא חתם בצדו ויפה טען ודברי רמ"א צל"ע בזה:

סימן מז

א **וכתב בו נאמנות** כתב הש"ך בס"ק ד' דאין לשונם מדוקדק דהא סתמא נאמר בש"ס בכל גווני אפי' לית בי' נאמנות וכגון דלא אמר אשתבע לי דאין המלוה חייב לישבע אפי' לית ביה נאמנות וכו' עכ"ל ודבריו בלתי מובנים כלל דאיך שייך בזו דהלוה יטעון אישתבע לי הא המלוה עומד וצווח באמת פרוע הוא והשטר חספא רק אנן ה"ק אילו לא הי' המלוה מודה הי' הלוה טוען ישבע לי והיה מחויב לישבע וא"ל לא היה גובה רק עכשיו דאין הלוה טוען כן משום דהוה בעצמו מודה דא"א לו לישבע דבאמת פרוע הוא א"כ איך נפוק ממון ממנו השתא באומר לאו פריע הוא אינו יכול להוציא רק בשבועה עכשיו דמודה איך יפסיד הלוה ואלו היה כופר היה באמת טוען השבע לי וזה פשוט וגם בלא"ה לא קשה מסתימת הגמרא דכבר כתבתי באורי' דכי בעינן נאמנות היינו לטענת פרעון דבזה יכול לטעון השבע לי אבל לא לטענת אמנה ואיירי באופן דלא שייך מגו דפרעון דאל"כ באין בו נאמנות אף באומר אמנה הא יש לו מגו דפרעון וכן משמע בש"ע ע"ש. ובגמרא לא נזכר טענת פרעון רק האומר זה שטר אמנה הוא ע"ש ולכך לא חילק הגמרא כלל בין נאמנות לאין נאמנות ופשוט. והנה הרב הש"ך וכן הט"ז הקשו בממ"נ אם באנו לידי מדה זו מה יועיל נאמנות כיון דבלי נאמנות היה המלוה נאמן דפרוע ולמה יפסיד בשביל נאמנות הלוה טוען אני האמנתיו דבטוח אני בו דלא יכזב וסמכתי אהימנו' דידי' וכן האמת כי איש אמני' הוא ומודה בב"ד דפרוע הוא ועוד הקשה הש"ך מהרמב"ן ור"ן ורא"ש דכתבו במוכר שט"ח והלה טוען פרוע ישבע המוכר שלא נפרע ואם אומר דפרע הוא נאמן במגו דמחל דמשמע לולי הך מגו לא היה נאמן אף דלית בי' נאמנות דהא אמר דישבע וא"כ בהך דחייב דר"נ דלית בי' מחילה אינו נאמן אף דלית בי' נאמנות ויפה טען וליישב דברי בעה"ת נראה כי ודאי סברא מחייב' אף דלא כתב נאמנות אי חייב לאחרים אין נאמן לומר פרוע וכמ"ש הש"ך בחב לאחרי' לא שייך זה רק דאם כן מה הועילו חז"ל בתקנתן דתקנו דאם טוען השבע לי דצריך לישבע דשכיח ועביד אינש דפרע עלי' שטרא מה הועילו כל איש שיהיה נפרע על שטרו וירצה לתובעו שנית ולהמלט משבועת שוא ילך וילוה מאחרים עד שיהיה חב לאחרים ויהיה ב"ח ההוא גובה משטר ההוא ויאכל המלוה וחדי ואם כן פקעה תקנת חז"ל דתקנו שישבע ומה הועילו חכמים בתקנתן ולכך סבירא ליה דאלמוהו חכמים לתקנתן ואם אין יכול או אין רוצה לישבע אף דחייב לאחרים אינו משלם אבל בנאמנות דהוא מחל על תקנת חכמים והאמינהו בלי שבועה אם כן תו ליכא למיחש לתחבול' כי מה אכפת לן כיון דהוא מחל על השבועה ואמר אי אפשי בתקנת חז"ל אם כן חזר הדין לקדמתו דמקום דחב לאחרים תו לא מהימן

בכל דבריו ולא שייך מה הועילו חז"ל בתקנתן ועוד נראה כיון דאתחזק שטר מתחילה ולא אמר שהוא פרוע וגם לא נכתב שובר ע"ג ה"ל כאומר להדיא דאינו פרוע דסתם שטר בחזקת אינו פרוע וא"כ זהו דנתן למלוה נאמנות והמלוה לא אמר בעת ראית שטר שהוא פרוע ולא כתב ע"ג ה"ל כאמר להדיא דאינו פרוע והא הימניה ומה שאומר אח"כ דפרוע הוא תו לית ממשא בדבריו דה"ל כאילו כבר אמר דאינו פרוע הוא בעת ראיה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כלל וכלל וא"ש אבל הראשון נראה יותר דכל דאין אנו חוששין לקיום תקנת חכמים תו אמרינן דבמקום דחב לאחרים לא מהימן. ומה שהקשה הש"ך מהך דרמב"ן ורא"ש ור"ן נר' דיש לחלק בין חב לאחרים ובין מוכר שט"ח חדא דבמוכר לא שייך אם כן מה הועילו חז"ל בתקנתן דכל הנפרע על שטרו ימכור שטרו לאחרים דכבר כתב הרא"ש בפ' הכותב דמוכר שטרו יש לו קול ואם כן תיכף בעת מכירה יתוודע הדבר ללוה ויצעק עליו איך תמכור דבר הפרוע ומירתת ועוד דכיון דמכרו ויש לו קול ולא בא תיכף הלוה וערער רגלים לדבר דלא נפרע מקדם דאלו פרעו היה הלוה תיכף מערער בעת מכירה וכן יש לומר להיפוך שטרא פרוע יש לו קול ולא היה הלוקח קנאו וגם ליכא למיחש לתחבול' להפקיע תקנת חכמים דיש קול לפרעון ואין מצוי לקנותו כלל ולכך לא חששו כלל וכלל להך וחזקה דלא נפרע קודם מכירה ולכך אינו נאמן לולי מגו דמחיל' ואין זה דומה לחב לאחרים. והנה מצאנו ראיה לדברי בעה"ת מגמ' עפ"י הדברים הנ"ל דאמרינן בב"מ בשמעתי' דמצא שובר וניחוש דילמא מכרה לכתובתה ומשני איתא לדשמואל דאמר חזר ומחלו מחול והקשה מהרש"ל דילמא חייבת לאחרים וא"כ לא מצי למחול דבדר"נ לא שייך מחילה ותי' דבכתובה לא שייך דר"נ ע"ש וברי"נ ואין זה מספיק דקשי' קושי' המהרש"א ממתניתין מצא שוברים אמאי יחזיר כשהמלוה מודה דילמא חייב לאחרים ובזו לא שייך תי' מהרש"א דשטרו יוצא מתחת ידו דמה בכך מכל מקום יוכל להיות דחייב לאחרים ובשארי חוב' שייך בדר"נ וא"כ גם תי' הגמ' איתא לדשמואל לא שייך וגם מה בכך דסבר דבכתובה לא שייך דר"נ ומצי למחול אבייי דאמר ליתא דשמואל רק כתובה בידה מה בכך דילמא חייבת לאחרים והוא ס"ל דלעולם לא מצי למחול ועכצ"ל דדינו של בעה"ת אמת בשטר שאין בו נאמנות אף דחייב לאחרים נאמן פרעתי דהא לא מצי להיות נשבע וא"כ מה נ"מ בשובר בלי שובר אם יודה דפרע יפסיד ב"ח שלו דנאמן ולהא לא חיישינן דילמא היה כתוב בשט"ח נאמנות דלא חיישינן לדבר דלא שכיח וכה"ג תי' בקושיא על הראב"ד דילמא כתוב ביה בשטרא משתעבדנ' לך ולכל דאתא מחמתך דס"ל לראב"ד דלא מצי למחול ותי' דלא חיישינן למה דלא מצוי בכל השטרות ואם כן אף בנאמנות כן ואין כאן חשש כלל אבל מהך דכתובות פריך

שפיר חדא דפריך דילמא מכרה וכו' ובמכירה כתבתי לעיל דאין המלוה נאמן פרוע אפי' לית בשטר נאמנות וכמש"ל ובחשש מכירה כבר כתב מהרש"א דל"ק ממשנה די"ל שיוצא שטר מתחת ידו ועוד בלא"ה י"ל דמיירי ביושבת עדיין תחת בעלה כמשמעות התו' שם דף כ' ד"ה ש"מ וכו' דמכרה הכתובה תחת בעלה ואם כן אין כאן שבועה דאין אדם פורע תוך זמנו ואפי' רבא דאמר התם ש"מ איתא לדשמואל ורבא ס"ל בריש ב"ב דאדם פורע תוך זמנו מ"מ הא כתבו התו' שם היכי דאפשר דלא יגיע כלל חיוב פרעון אף רבא מודה והוא הדבר בכתובה דאם תמות הבעל יורשה ודברי בעה"ת מוכרחים ובהכי ניחא דברי התו' ב"ב דף קמ"ד דהקשו לפר"י דס"ל דבמוכר שט"ח ומחלו דצריך לשלם כל דמי שטר בשובר איך אמרינן דיחזיר דאית ליה מגו דמחילה הא תצרך לשלם הכל ולכאורה קשה מה קושיא דילמא ידעינן המכירה והמציאה היה במעמד אחד או הכל ביושבת תחת בעלה או הכל בגירושין ותו ליכא למיחש ועיין תו' ב"מ ועיין רא"ש לב"מ דתי' כן באמת ול"ל דסתמא קתני דהא התו' שם תי' כן על קושיא דילמא הכניסה שטר וכו' דמיירי דידעינן וכו' ע"ש ואם כן ה"ה זה אבל לפמ"ש ניחא דתו' ס"ל כרמב"ן דאף בכתובה שייך בדר"נ וא"כ קשה קושית מהרש"ל דילמא חייבי' לאחרים ועכצ"ל בנמצא בעודה גרושה ואם כן יטעון אשתבע לי ומכירה היה ודאי בעת נשואין כמ"ש התו' בב"מ וכן בב"ב וא"כ אין המכירה והמציאה כאחד ושפיר הקשו ודוק ובהכי ניחא גם דברי התו' בד"ה ש"מ דהקשו דילמא מכרה כתובתה במעמד ג' והאריכו לברר בראי' דלא מצי מחול מעמד ג' וקשה ל"ל כל הראיה ה"ל לאקשוי בקצרה על אביי דמשני בשטר כתובה יוצא מתח"י דמה מועיל זה דילמא מכרה חיוב כתובתה במעמד ג' והכתובה נשאר בידה כי אין גוף הכתובה בלא"ה נמכר במעמד ג' רק החוב ולכן דוחק לומר דס"ל לתו' כמ"ש רא"ש דלא סמכה דעת לוקח אם אין כתובה בידיה דלוקח דלא מצינו סברא זו בתו' ובפרט לדברי ר"ח אין צריכין לזו וגם גבי מעמד ג' בלא"ה לא תלי' כלל בכתובה אלא צ"ל דלא מצי התו' להקשות דאולי גם במכירה אי לא כתיב בו נאמנות מצי למימר תשבע לי ואי לאו הפסיד וכל קושי' הגמ' דילמא כתב בי' בכתובה נאמנו' ולכך מתרץ הגמ' בשטר כתובה בידה וראינו דאין בי' נאמנות ולק"מ ולכך הקשו דלא מצי למחול וא"ש ודוק ועכ"פ דברי בעה"ת מוכרחים מגמרא:

ב **והוחזק כו'** כבר כתב הש"ך דפי' דהראוהו לב"ד ולא אמר תיכף בעת הראתו לב"ד דהיה אמנה וכדומה וכו' ואני מוסיף אם ראוהו עדים בידו קודם שבא לב"ד ואמר בעת ראית עדים שהוא אמנה גם כן נאמן ואף על פי דלקמן סימן קל"ג ס"ג משמע דלא מהני בעדים והיינו דאמרו בסרבלי דפומבדיתא וכו' הא כתב שם הרא"ש הטעם דאינו נאמן

אלא בשבועה והב"ד דפוסקים השבועה ואם כן כאן דא"כ שבועה כלל (ומ"ש הסמ"ע דצריך שבועה הוא רק משבועת אין לי שהוא דרך כולל בשבועת תקנת הגאונים) אף באומר לעדים מהני כן נ"ל:

ג **א"נ** עיין מ"ש באורים דלית להו מגו דמחיל דבדר"נ א"י למחול והש"ך הביא עוד תי' מ"ש הר"ן בפ"ב דכתובות דלמחול מיכסף מב"ח דמפסיד לשעבודא בידים אבל לומר אמנה או פרוע לא מיכסף דאולי קושטא קאמר והקשה הר"ן אם כן איך אמרינן ב"מ דמצא שובר יחזיר ולא חיישינן דילמא היה מכרה כתובתה ומשנינן איתא לדשמואל דאמר חזרו ומחלו מחול הא מיכספא למחול ותי' הר"ן דהתם כל לגבי בעל ודאי מחלה ולא מיכספא עכ"ל והקשה הש"ך בס"ק בסופו מה קשיא ליה מהך דב"מ דאיך תכסוף למחול אם תחזור שובר אין לך עול יותר מזה דמכרה דבר הפרוע וזהו כל החששא דחייש הגמרא ולענ"ד נר' דברי הר"ן נכונים חדא דעיין מש"ל בסי' ס"ו בישוב דברי התו' דאין שובר על כל הכתובה דא"כ אם שטר כתובה יוצאת מתחת ידה כדאביי מה טיבו של שובר אם להחזירו החזר כתובתך וקרע וגם ביושבת תחת בעל א"א למחול כל כתובה ולכן מיירי דשובר הוא רק על מקצת כתובה ואם כן היא דמוכרת באייר הכתובה כתבה סתם כתובתי וכל שעבודי מכורה לך ואם כן אף בבוא השובר לא מכספא כלל מלקוחות דתטעון לא מכרתי לכם רק מה שנ"ח לי בכתובתי אבל לא מה שנפרעתי כבר ואין אדם מוכר דבר שאין לו ולית לה כסופא כלל משא"כ מחילה ולכך יפה הקשה ועוד נראה דקשיא ליה לר"ן קושית המהרש"ל דעדיין קשה בהך דמצא שובר בב"מ דילמא לא מכרה כתוב' רק חייבה לאחרים ומהדרה שובר להפקיע כח ב"ח דבהך תי' סבירא ליה להר"ן דאף בכתובה שייך דר"נ ואי דיכולה למחול דבהך תי' סבירא ליה להר"ן דאף בדר"נ מצי מחול מ"מ לא שייך מגו דמכספא אבל אמנה לגבי ב"ח לית ליה כסופא וא"כ קושית מהרש"ל במקומו ולכך תי' דמכל מקום אית להו מגו דמחיל ואי דמכספא כל לגבי בעלה ודאי מחלה ולא מכספא וא"ש ודוק ולק"מ:

ד **ואם אחר שאמר וכו'** יש לי ספק אם טען פרוע הוא דאינו נאמן לחוב אחרים אם שייך דין זה דמצי אחר כך לתבוע מהמלוה שנית דכל הדין זה בראב"ש ובטור ובמחבר לא נזכר רק באומר שטר אמנה ולא נקטו בלשונם כלל פרוע ובאמנה פשיטא דאין שטר עומד לאמנה כמ"ש בעה"ת ולכך א"י להשביעו על אמנה וחזקה השטר אינו לאמנה ולכך מצי אחר כך לחזור בו ולומר לא אמרתי רק להבריח מב"ח וניכרים דבריו אבל באומר פרוע דהשטר עומד לפרעון ולולי נאמנות אפילו במקום דחב לאחרים היה נאמן כהנ"ל רק מכח נאמנות ולגבי נפשיה הא אמר דפרוע ואיך נסמוך על סברא כל דהו כזה לומר דלא

הודה רק להבריח ולהוציא ממון מספק לא יהיה אלא ספק הממע"ה ולכן נר' דלא מצי גבי ומכ"ש אם הלוה טוען להדיא דפרעו וצ"ע הואיל ולא מצאתיו מבואר במחברים:

סימן מח

א **ויכול לכתוב הכל כו'** בגמרא דגיטין דף כ"ו תנן במשנה ת"ק סבירא ליה דאפילו בשטרא הלואה ומו"מ אסור לכתוב תורף ור"א מכשיר בכולן חוץ מגיטי נשים ופירש"י דמכשיר בטופס אבל לא בתורף וגט אפילו טופס פסול ופריך הגמרא בהא דאמרינן הלכה כר"א ופריך הגמרא הא מיחזי כשקרא ופירש"י על טופס שטרות פריך דהא מחזי כשקרא ומשני הגמרא למחזי כשקרא לא חיישינן והקשו התו' לפירש"י איך שייך בטופס מחזי כשקרא ולכן פי' ר"א מכשיר בשארי שטרות אפילו תורף ולכך פריך הגמרא הא מחזי כשקרא על זה משני דלא חיישינן והרב הש"ך ביקש להתנצל בעד רש"י ולומר דגם בטופס יש חשש מיחזי כשקרא ודבריו דחוקים כמ"ש המחברים דמה מחזי כשקרא יש בכותב דבר בלי שם הלוה והמלוה כלל. אבל באמת נר' לישב דברי רש"י בפשוט והוא דהא דפסלינן תורף בשטרות יש כאן שני טעמים או דגזרינן שטרות אטו גט או דבעצם פסול משום מחזי כשקרא והנה דפסול בגט טופס הוא משום דגזרינן טופס אטו תורף ואם כן לפי זה אי הא דתורף בשטרות פסול אטו גט שפיר יש להכשיר בשטרות טופס דכולי האי לא גזרינן טופס אטו תורף ושטר אטו גט והוי גזירה לגזירה מה שאין כן אי פסול תורף השטר מדינא פסול דהוי מחזי כשקרא אם כן כמו דגזרינן בגט טופס אטו תורף אף בשטרות יש לגזור דמ"ש ולא הוי גזרה לגזירה דהא בתורף מדינא פסול ואם כן א"ש קושית הגמ' דאמרינן הלכה כר"א דטופס בשטרות כשר הא האי אשרתא וכו' משום דמחזי כשקרא ואם כן יש לפסול טופס אטו תורף דפסול מדינא. ומשני הגמ' למחזי כשקרא לא חיישינן רק גזרינן שטר אטו גט ולא גזרינן בטופס דהוה גזרה לגזירה כמ"ש וא"ש. והנה הרב הש"ך כתב דיש להחמיר כרש"י ובאמת אילו מהך טעמא כיון דתו' חלקו אחריהם לנטות אלא דתמהני למה העלימו עין מדברי רבינו הגדול הרמב"ם ז"ל דפסק בהלכ' גירושין פרק שלישי הלכה ז' דאסור לכתוב תורף בגט אבל טופס התירו מפני תקנת הסופר והעלו כל נושאי כליו המ"מ והכ"מ דפוסק כת"ק במשנה ולדבריו כל שטרות אפילו מו"מ והלואה אסור לכתוב תורף דכן מבואר במשנה והלכה כן וכן דעת הראב"ן לפסוק כת"ק כמ"ש הש"ך בשמו בעצמו וכן דעת בעל עיטור בריש מאמר ששי בשמות הבעלים והביא ראיה מהא דתנן אין כותבין שטר ללוקח עד שיהיה מוכר עמו דפשיטא מה קמ"ל אלא הפי' אפילו תורף לחוד אסור לכתוב דהוה כשקרא

ולכן תמהני על אשר שם המחבר זכרון גאונים הללו אחרי הדלת וביחוד כי דרכו תמיד להיות נמשך אחרי דברי הרמב"ם וצ"ל דסבירא ליה למחבר למה השמיט הרמב"ם הך דינא דאין לכתוב תורף שטרות בכל הלכות הלואות והל' עדות מאין זכר לו ואדרבא כתב פכ"ג מהל' מלוה אין כותבין שטר למלוה עד שיהיה הלוה עמו וע"ש במ"מ דפי' דיאמר המלוה כתבו וחתמו ויהיה בידכם וכו' (עיין לעיל סימן ל"ט) ועדיפי ה"ל למימר דאפילו בלי חתימה כלל רק התורף אסור לכתוב ומכ"ש החתימה אלא ודאי דסבירא ליה לרמב"ם דבגמ' שם גיטין דף כ"ו ע"ב אמרינן הלכה כר"א ויש כאן ספק לאיזה ר"א נתכוון אם לר"א דרישא או לר"א דסיפא דהא תרי תנאי אליבא דר"א והגמרא ביקש לפשוט דעל ר"א דרישא אמר דאיך אפשר על ר"א דסיפא הא הוי מחזי כשקרא ודחי הגמרא דלא חיישינן ואם כן הדבר בספק כמאן אמר רב הלכתא כר"א לאיזה תנאי דר"א נתכוון ולכך בגט דאם נגזור טופס אטו תורף הוא גזרה בעלמא ומילתא דרבנן פסקינן לקולא דמותר לכתוב טופס כת"ק דמשנה ולהיפוך בשטרות כיון דקי"ל דלא חיישינן למחזי כשקרא ואין כאן רק גזרה שטרות אטו גט אף זו הוי גזרה בעלמא ואזלינן לקולא וקי"ל הלכה כר"א דסיפא דבכל שטרות אפילו תורף כשר וכמ"ש התו' ולכך בשטרי הלואות העלים הרמב"ם דאסור לכתוב תורף וא"ש ודוק ומ"מ צ"ע:

ב **שכיון שנמחל שעבודו כו'** עיין סמ"ע דהביא דעת העיר שושן דדעתו דאפילו מב"ח לא גבה והסמ"ע השיג דכתב הרא"ש בפ"ג דנדרים דף כ"ז במי שהשליש שטרו ואמר אם לא באתי וכו' החזר לו שטרו וכתב הרא"ש אע"ג דנמחל שעבודו מכל מקום גובה מב"ח ולכן כתב דלגבי ב"ח הוי שטרא מעליא לענין ב"ח ולא מצי לטעון פרעתי רק אינו גובה ממשעבדי ועדיף הך מן מוקדם דסבירא ליה לתו' ורא"ש דמצי לטעון פרעתי והרב הט"ז וביחוד הש"ך האריך להשיג על הסמ"ע וכתב דמהרא"ש אין ראיה דהתם במי שהשליש וכו' דהתם אין הלוה כופר בכלום וגם הא אף מהא במסקנא חזר הרא"ש ומפרש דאיירי דנתן לו המעות שפרע כבר במתנה דאל"כ הא אותיות בעינן כומ"ס והביא הש"ך ראיה מההיא ערבא דבפ' חזקת דף ל"ב ע"ב דשם מבואר ברשב"ם בערבא דתבע ללוה דפרע בשבילו למלוה והא שטר והלוה טוען דכבר פרע לערב בשביל כך והערב אמר חזרתי והלויתיך דנמחל שעבודא והלוה נאמן וכ"כ בעה"ת והרי"ו להדיא וכ"כ הריב"ש להדיא בתשובה סימן שפ"ב ועוד הא הרמב"ן ור"ן ורשב"א כולם טרחו לפרש הך דהשליש שטרו כו' באמר שהמעות שפרע כבר יהיה במתנה ומכח זה הכריחו דאף במחול לך שייך אסמכתא ולא פי' בפשוט דלענין בני חורין לא מהני מחול שעבודא אלא ברור דאף לענין ב"ח הוי מחול שעבודא ע"ש שהאריך ואם כי לכאורה נוטים הדברים כמ"ש

הש"ך בלי פקפוק מכל מקום הואיל דברי סמ"ע הן דברי רמ"א רבו דכן משמע להדיא לקמן סימן נ"ה ובד"מ שם דמבני חורין גובה חובה עלינו לעיין במילתא ולברר הדברים כהוויתן דנראה דטעמו של סמ"ע כיון דאם מסרו לו בפני עדים מחדש מהני לדעת המרדכי והרמ"א בהגה זו אם כן לגבי ב"ח שהוא דבר הנוגע ללוה באם מסר לו הלוה השטר בינו לבין עצמו לגבי נפשיה הוי הודאת בעל דין כק' עדים ומהני כמו מסירה בעדים וכמ"ש הש"ך גופיה בס"ק ב' בפסקא עוד כתב כו' בשם תו' גיטין ובעל תרומות ולגבי משעבדי עכ"פ לית להו קלא אבל לגבי נפשיה מועיל ועכצ"ל כן דאל"כ אף לגבי בני חורין נמחל שעבודו א"כ אף בשטר שאין בו אחריות ממשעבדי אינו חוזר ולוה דכבר נמחל שעבודו א"כ מה פריך הגמ' בהך מילתא דאינו חוזר ולוה דנמחל שעבודא תיפוק ליה דה"ל מוקדם דילמא ר"י קמ"ל אפילו בשטר כה"ג דלית ביה אחריות משעבדי דלית ביה חשש מוקדם (כמש"ל בסי' ס"ה באריכ') ומ"מ נמחל שעבודו א"ו לגבי ב"ח לא נמחל שעבודו והטעם דה"ל כמסרו לו בעדים וכן דעת הש"ך באמת אלא שדעתו לחלק בשטר שיש בו אחריות ס"ל לש"ך הואיל ובטל במקצתו לענין שעבוד לקוחות בטל בכולו אף לגבי ב"ח וא"כ ל"ק משטר שאין בו אחריות דמודה הש"ך דחוזר ולוה אך הרמ"א וסמ"ע לא ס"ל סברא זו דמה בכך דבטלה לענין לקוחות וכי בשביל זו יתבטל לענין ב"ח מוקדם יוכיח לדעת רש"י ורמב"ם דבטלה לענין לקוח' וכשר לב"ח וחיל' דלהון שפיר מן הרא"ש בנדרים הנ"ל ומ"ש הש"ך דהתם שאני דלא כפר הלוה לא הבנתי דהא לא מסר לו רק השטר ובשלמא אי שטר כשר לגבות בו מבני חורין אז במחזיר לו הך שטר הקנה לו הך מנה דפרע משא"כ אם אין השטר עומד לגבות מב"ח אם כן אף השטר חספא בעלמא כמ"ש הרמב"ם וא"כ כשהחזיר לו לא החזיר לו דבר שיש בו ממש כלל רק חספא בעלמא ובמה זכה המנוה בהך מנה ובמה נשתעבד הלוה בהך מנה הא הך מסירת השטר הוא חספא בעלמא וכלא יחשב אלא ברור דיש בו דבר מועיל וכמ"ש הסמ"ע. גם יש לסמ"ע ורמ"א ראיה לתרץ קושית הריב"ש על הך פוסקים דס"ל במוקדם אינו פסול רק לגבות ממשעבדי א"כ מה פריך על ר"י דאמר דנמחל שעבודו תיפוק ליה דה"ל מוקדם דהא מטעם דנמחל שעבודא נפסל לגמרי והריב"ש כתב דהוא קושי' עצומה ואף דרב בעל גי"ת חשב ליישבו מלישנא אין חוזר ולוה כו' הוא דחוק בתכליתו וא"צ ליטעון עליו ולכך ס"ל דבאמת הנך ס"ל כהרא"ש דגם זה כשר לגבות ב"ח ושפיר פריך ומעתה לא קשה מן הך ערבא דפ' חזקת הנ"ל דהתם היה הנידון דמלוה מסר שטר שהיה לו על לוה לערב כשפרעו והמלוה כתב לו התקבלתי והודה הערב כי הלוה חזר ופרע לו מה שפרע בשבילו להמלוה רק שהלוה חזר ולוה מהערב והניח שטרו שחייב למלוה בידו בזה

פשיטא דנמחל שעבודו לגמרי אפילו לב"ח כי מה מסירה שייך כאן ואפילו לקח הלוה שט"ח שיש למלוה עליו ומסרו לערב בעדים וכי משתעבד לערב הא השטר לא נכתב ולא נעשה כלל על שם ערב ומה טיבו של ערב לשטר כזה וראובן שחייב בשטר לשמעון ומסר ראובן שטר חוב ההוא ללוי ישתעבד ללוי דבר זו אינו לא היה ולא נראה וגם מה שטרחו הרמב"ן ורשב"א ור"ן למצוא דרך במה שיחזיר לו שטרו ולא יהיה נמחל שעבודו דנתן לו המעות שפרע במתנה וכו' ולא תי' דמ"מ מהני לב"ח וכן הרא"ש במסקנא הסכים עמם. הוא דכל הנ"ל בנוי אם ע"מ כרתי בשטרות ולגבי ב"ח הוי כמסירה בעדים כמש"ל וא"כ קשה רב דאמר שם בנדרים אין הלכה כר"י דאסמכתא לא קני' (ועיין ב"ב דף קס"ח דאיכא גירסא דס"ל הלכה כר"י) משמע לולי אסמכתא היה רב מודה דיתן וקשה הא רב ס"ל בגיטין דף פ"ז ע"ב הלכה כר"מ בשטרות דאין ע"מ כרתי וא"כ במה קני' להך מנה דפרע וכן ר' יהודה דפליג במשנה ואמר לא יתן אוקמינ' דס"ל אסמכתא לא קניא וקשה בלא"ה לא יתן דהא ר"י ס"ל ע"ח כרתי וכי כתב וכתב לה היינו חתימה ולכך בעי חתימה בגט בתלוש ולשמה כמבואר בגיטין דף ד' ע"ב וא"כ עכצ"ל בלי מסירה משעבד לוה ולכך אמרו דמיירי דנתן המעות שפרע במתנה וא"ש. ועכצ"ל כן דאם לא כן אף לשיטת הש"ך קשה להמרדכי והרמ"א דאם מסרו בע"מ מהני א"כ מה קשי' להו לכל המחברים מהך דמי שפרע דיחזיר השליש הא הוי נמחל שעבודו דהא השליש מסרו ליד המלוה בעדים וכך ראוי ונימוס השליש לחזור שלישתו בעדים כדלקמן סי' נ"ו ובלא"ה צ"ל דמסרו בעדים דאל"כ איך יהיה מוציא דבר בלתי מתוקן דיבוא לגבות משעבדי ומן זמ"ר ועכצ"ל דמסרו בעדים וא"כ הרי העדים משויה ליה שעובוד דיד שליש כיד הלוה דשלוחו הוא וכמו גט אם מסר השליש הגט ליד אשה בע"מ מגורשת דהוא שליח בעל וידו כיד בעל ואף בזה השליש שלוחו דלוה וידו כידו ומה כל החרדה הלזה וכ"כ הב"י לקמן סי' ר"ז אלא לפמ"ש ניחא דכל סוגיא אזלא כמאן דלא ס"ל כר"א בשטרות דעדי מסירה כרתי וא"כ לא מהני ע"מ מידי וא"ש דהוצרכו לתי' ולק"מ. ובזה אין כאן ראיה דבעה"ת ס"ל בנמחל שעבודו אפילו מב"ח אינו גובה דהא נראה מסוף דבריו בשער י"ג ח"ג דדעתו נוטה להלכה כדברי אומרים דאין ע"מ כרתי בשטרות וכיון דאין עדי מסירה מועיל פשיטא דאף לגבי בני חורין השעבוד מחול. אבל לפי דקי"ל כר"א אף בשטרות דע"מ כרתי הדין חוזר כהנ"ל דגובה מב"ח דמסירת הלוה הוי לגבי בני חורין כמסירה בעדים. אך עם כל זה נראה כיון דלא מצינו בשום מחבר דגובה מב"ח רק בהרא"ש הנ"ל גבי מי שפרע מקצת חובו כהנ"ל וע"ז כל יסודו של סמ"ע אפשר דלענין זה מועיל דהוי שטר דלא מצי למטעון להד"ם והיינו אם יטעון להד"ם לא חזרתי ולויתי ממך כלל

והמלוה טוען חזרתי והלויתיך ויש לי מגו דלא פרעתני כלל דנאמן המלוה במגו ולא נימא דהלכה כר"י בזו דמה סמכת בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא והוי מגו להוציא דשטרא הוא שלא יוכל לטעון להד"ם אבל אי טען פרעתי נאמן דהא בלא"ה רוב מחברים דעתם שטר שאינו עומד לגבות משעבדי דנאמן לומר פרעתי ומכ"ש בהך שטרא ומכל מקום באומר לשליש אם לא באתי וכו' החזר לו שטרו והחזיר נשתעבד דלא הוי כמוסר לו חספא בעלמא דהא הוי כמוסר לו כת"י שחייב דג"כ נשתעבד אף דקי"ג דנאמן לומר פרעתי וזהו צריכין לומר בלא"ה בדברי רא"ש דתי' דלכך יחזיר אף דנמחל שעבודו משום דגבי מב"ח וקשה הא ה"ל מוקדם דאימת קני' כשהגיע זמן ולא נתן ואז מחזיר לו השליש ואז קני' במסירה ואז ה"ל מוקדם והרא"ש סבירא ליה כר"י דמוקדם פסיל לגמרי ול"ל כמ"ש דמסרו בעדים דכל זה אינו מציל דאם כן יהיו העדים רשאים לכתוב שטר בניסן ולמוסרו למלוה בתשרי דהן עדים שבא לידו בתשרי ועכצ"ל לענין מוקדם לא מהני זה. וכן צ"ל למ"ד דלענין נמחל שעבודו לא מהני ע"מ אם כן מה פריך ה"ל מוקדם י"ל דמסרו בעדים ועכצ"ל דלענין זה לא מהני עדים ופשוט ועכצ"ל דסבירא ליה כדעת רבו רבינו יונה לעיל בסימן מ"ג דאף דמוקדם פסול מכל מקום א"נ לטעון להד"ם ואם כן יש לו תואר שטר ויכול לזכות בו ולא הוי כמוסר לו חספא הרי בידים מוכיחות מבואר דמ"ש הרא"ש דגבי' מב"ח אם אין טוען פרעתי אבל נאמן לומר פרעתי דה"ל מוקדם ואם כן מבואר כוונת הרא"ש דמ"ש דגבי' מב"ח היינו לענין להד"ם ולכן אף בענין נמחל שעבודו ברור דכוונתו לענין להד"ם דשטרו בידו מה בעי אבל נאמן לומר פרעתי כמו במוקדם דאינו חושש להניח שטר כזה בידו כמו בכת"י ומהכ"ת נימא ברא"ש יותר מה דאין מוכרח דהא הרא"ש ע"כ לא מיירי רק מענין להד"ם ואם כן הבו דלא לוסיף וכן משמע ברש"י ב"מ דף י"ז ד"ה שכבר נמחל כו' דמשמע שם דלא הוי רק מלוה ע"פ לענין טריפת לקוחות משמע דלא מצי לטעון להד"ם ואם כן אין כאן מחלוק' בין הרא"ש לבעה"ת הנ"ל דבעה"ת נזכר להדיא דנמחל שעבודו ומצי לטעון פרעתי הרי דלא קאמר דמצי לטעון להד"ם רק דמצי לטעון פרעתי והן הן הדברים שכתבתי ברא"ש ושניהם כאחד עולים ואין כאן מחלוקת ביניהם כלל. ואמת כי שבתי וראיתי בירושלמי סוף פ"ק דב"מ דקאמר מ"ט דפסול כשפרע וחזר ולוה הכל בו ביום וקאמר מפני שלא נשתעבדו נכסים וי"א כשלא חתמו עדים על אותו מלוה עכ"ל הרי דלטעם השני הלואה דעדים שהעידו על הלואה זו כבר נפרע ואם כן על הלואה זו החדשה אין עדים ראשונים מעידים כלל והרי הוא כשטר בלי עדים. ואם כן הנ"מ בין ב' טעמים הללו הנדון שאנו דנין בו אם לגבות מב"ח דלטעם ראשון י"ל כסמ"ע דלגבי ב"ח אין צריך לשעבוד נכסים

אבל לטעם שני אף גבי ב"ח וכי יועיל שטר שאין בו עדים והלא אין עדים כלל על הלואה זו אבל יש לעיין לאיזה טעם נוטה דעת הגמרא דידן דהלכתא כוותיה ונר' דסבירא ליה כטעם הראשון ובזה יתיישב קושית הריב"ש על הפוסקים ראשונים ז"ל דלישנא דגמרא דנמחל שעבודו משמע להדיא כטעם הראשון ועוד לפי טעם השני אפילו שטר שאין בו אחריות נכסים מכל מקום הוי חספא דהוי שטר בלי עדים ואף דכתבתי לעיל מסירת לוה למלוה לגבי נפשיה הוי כע"מ מכל מקום כיון דע"ח אינו מעידים על הלואה זו כלל ה"ל מזויף מתוכו ופסול (ועיין מש"א בזה לקמן במרדכי ובש"ך) ואם כן קשה קושיא הנ"ל מה פריך הגמרא תיפוק ליה דה"ל מוקדם דקמ"ל אפילו בשטר שאין בו אחרות נכסים כלל ומזה נראה ברור דסבירא ליה לגמרא דידן כטעם הראשון אבל צריך להבין הן בגמרא והן בירושלמי טעם השני להיכן אזיל הא באמת לא חתמו עדים על הלואה זו וצ"ל דאטו עדים החותמים שטר רואים הלואה הא כותבים שטר ללוה אע"פ שאין המלוה ועיין ב"מ דף י"ג לולי חשש מוקדם היה תמיד העדים מורשים לכתוב שטר ללוה לחוד ע"ש וצריך לומר דאין מעידים אע"פ שכתבו פלוני לוה מפלוני מנה שראו ההלואה רק מעידים על להבא כשימסור הלוה השטר למלוה יחול עדתון למפרע דהלוה דהא מוסר לו שטרו וכן הדבר בגט כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו וכי יודעין מגירושין רק להבא כשיתן הבעל גט לאשתו יחול עדותן למפרע שגירש פלוני לאשתו פלונית ועיין גיטין דף כ"ו ע"ב דדייק הגמרא מהא דאר"י אין חוזר ולוה בו הא הלואה ראשונה כותבין אף דלא חזו עדים הלואה וה"ל מחזי כשקרא ע"ש ולפי זה המעידים אף שלא ראו הלואה אם כן אין מעידים על הלואה פרטית כלל רק על הלואה שילוהו כשימסור לו שטרו אם כן י"ל דאפילו הלואה טובי נמי והן מעידין דרך כלל כל הלואות שילוהו כשימסור לו שטר הזה יחול עדותן ומה לי עדות על הלואה זו או אחריתי סתמא מעידים כשימסור הלוה שטרו למלוה שחל עדותן שכך חייב לו ולכך אין כאן פסול משום דלית כאן עדים וצ"ל הפסול משום תיכף בפרעון ראשון נתבטל ונמחל שעבוד דאית ביה וזה נכון אך הא תינח על הלואה הנעשה בזמנו של שטר ואז אמרינן דכוונת העדים להעיד אפילו הלואות טובי ולעולם מעידים כשהשטר ביד מלוה אבל הלואה שנעשה ביום שלאחר שטר אם כן ודאי מתחלה לא חתמו ולא סובב כלל כוונתם להעיד על ההלואה שילוהו אחר כך כי לא כתבו היום הלואה ואיך יעידו מתחלה שקר להעיד מקדם על הלואה ומשים נפשיהו רשעים ועושי עול כנודע וע"כ דאין כוונתם רק להלואה שילוהו בו ביום אם אחת אם טובי ואם כן אם הלוהו ביום שלאחריו חזר הדבר דה"ל שטר שאין בו עדים דלא על זה סובב כוונת העדים כמ"ש וטעם שני של ירושלמי אמת

ונכון ואם כן כך קושית הגמרא ותיפוק ליה דה"ל מוקדם ולא קשה קושית הריב"ש הא במוקדם לא פסול לגבי ב"ח דכך קושית הגמרא למה קתני שנמחל שעבודו ולא קתני שאין עליו עדים דל"ל דעדים דעתם להעיד על כל הלואות הא ה"ל מוקדם ואיך יתכוונו לפיסול ולכך משני ביומו ולא עבדי פיסול ובזה מיושב קושית ריב"ש על נכון אך לפי זה י"ל דהא דטרחו המחברים במי שפרע מקצת חובו למצוא דרך שלא יהיה בכלל נמחל שעבודו ולא סבירא ליה דגבי מב"ח משום דשם פרעון ביום שלאחריו ואם כן לית כאן עדים כמ"ש ואין גביה אפילו מב"ח דהוי כחספא ואפילו חזר ומסרו לו בע"מ לא מהני אפילו לב"ח למ"ד מוקדם כשר לב"ח דהוה ליה מזויף מתוכו דע"ח אינם מעידים על הלואה זו ולכך לא מוקי לי' בע"מ כמש"ל ועיין מ"ש בסימן נ"ה אבל הסמ"ע מיירי בפרע ולוה בו ביום כמבואר בש"ע דחל עליו עדותן של עדים ואין כאן רק משום נמחל שעבודו וזהו לא שייך בב"ח וכן אמרו בירושלמי הנ"ל מפני מורען של לקוחות וכן כתב רש"י דטורף לקוחות שלא כדין. והנה ראיתי במעדני מלך לב"מ דכתב לכאורה ראיה מדברי רש"י לסמ"ע דכתב על הך שמעו רבנן ומפסדי לי' לטרוף לקוחות משמע הא בגביות ב"ח לית ליה פסידא והוא דחה דלא מסתפי מב"ח דהא מודה הלוה ואין בדחי' זו ממש דאיך יודע דלוה יודה לו אולי יחליף רוח זרה על הלוה לכפור בו בעת הדין עמו ויטעון פרעתי וכדומה רק נראה נוסחא מוטעת היה לו ברש"י כי חשב הך פסקא מפסדי ליה דהעמיד רש"י דבריו קאי על הך דיזיף בו זימנא אחריתי ואינו רק על מה שאמרו אחר כך דאיך נחוש דכתב ללות בניסן ולא ילוה עד תשרי הא המלוה יחוש שמעי רבנן ומפסדי ליה וע"ז פירש"י דשם ליכא רק הלואה אחת רק מאוחר לזמן שטר ושמעו רבנן דהוא מוקדם ומפסדי ליה לטרוף מלקוחות כשיטת רש"י דמוקדם פסול רק לענין משעבדי וא"ש ולעוצם עיונו טעה המ"מ בין דיבור לדיבור ברש"י ופשוט. ואין לדקדק דלפ"ז דבו ביום כשר לגבות מב"ח וכ"ש שטר שאין בו שעבוד כלל בפרע ולוה בו ביום מה נמחל בו שעבודא איכא הא השיעבוד לא חל כי אם בכלות היום ולכך ב' שטרי הלואות ביום אחד יחלוקו ולא שודא משום דלא חל השעבוד כי אם בפנות היום ולכך חל שעבוד כאחד א"כ בו ביום עדיין לא חל השעבוד ומה נמחל שעבודו יש כאן ועיין לעיל ריש סימן מ"ג מ"ש דלפי' ר"ת דשיעבוד חל תיכף רק מפני ת"ה אמרינן בשני שטרי הלואה יחלוקו א"ש אבל לדעת רוב הפוסקים כר"י וכמש"ל באריכות קשה מה נמחל שעבודו יש כאן וצ"ל דאף דלא חל עד פנות היום מכל מקום מתחיל השעבוד תיכף מעת שהגיע שטר לידו רק לא נגמר לחול להדיא עד כלות היום ואם כן אם בין כך פרע פקע שעבודו ואין יכול לחול בערב וכבר פקע ואין מועיל מה שלוה בו שנית וצ"ע ועדיין יש לספק במאוחר שטר

והלואה נעשית בניסן ונכתוב זמנו של שטר בסיון אי מצי למיפרע בין כך ולחזור וללות בו דהא לא חל שעבודו למטרף רק מזמן הכתוב בשטר דהיינו סיון כמבואר בגמרא דע"ז דף י"א ע"א ועיין מש"ל ברישׁ סימן מ"ג ובין כך לא שייך נמחול שעבודא או דנימא מ"ש מזמנו בו ביום דאף לא חל שעבודא מכל מקום חל תיכף שעבודא באופן הזה דתלי' ועומד אף זהו כמוהו ושייך ביה נמחל שעבודא ולכאורה יש ראיה מהא דהוכיח דעביד אינש דפרע ביומו דלוה מהא דאר"י אין חוזר ולוה בו אימת אלימא ליום אחרא הא ה"ל מוקדם אלא ביומו ש"מ פרע ביום שלוה ומה קושיא דילמא ר"י איירי בלוה בניסן ואחרו העדים השטר על תשרי ובתוך זמן פרע ורוצה לחזור וללות בו דלא הוי מוקדם דזמנו לטרוף לא הוה אלא בתשרי ומכל מקום אין חוזר ולוה דנמחל שעבודו וגם אין זה בכלל פריעה בת יומא כי כבר עידן ועידנים ממה שהלוהו ודוחק לומר דמאוחר אין פורע עד שהגיע זמן כתוב בשטר דילמא אם לוה אותו והגיע לו מעות בין כך למה לא יפרע והלא כל הפלפול בפ' ג"פ אי כתבינן שובר הוא מה"ט דילמא מאוחר הוא ובין כך פרע לשטר ונתן שובר וכשיוציא אחר כך שטרו יהיה מאוחר לשובר ע"ש ומזה מבואר דפרע בכה"ג ומה ענין זה להך דפרע ביומו דלוה מיהו זהו יש לדחות דבלא"ה יש לדקדק בהא דאמרינן שם ב"מ א' ר"י המוצא שט"ח בשוק וזמנו בו ביום וכתב בו הנפק יחזור דנ"ל דילמא פרע לפרעון בת יומא לא חיישינן וקשה מה ראיה יש דילמא שטר מאוחר וזמנו היה בא' בניסן באמת כי אז נעשית הלואה והעדים אחרוהו על תשרי ובין כך פרעו והיום בתשרי נאבד ומצא והפרעון היה ממתמול שלשום ואפילו נימא דכתוב בו הנפק בו ביום ובקיום אפשר דפסיל אם זמנו מאוחר כמש"ל בסימן מ"ו מילתא בטעמא מכל מקום עדיין קשה דילמא היום בא' בתשרי נתקיים והיום פרעו ואין זה פריעה בת יומא כי הלואה נעשה מקדם בזמן רב מוקדם ואם כי הקיום מהמלוה נעשה היום בשביל זה יתכן דפרעו הלוה היום. ולכן צ"ל דאמרי' בב"ב דף קע"א דפליג ר' יהודה ור"י בשטר מאוחר אי כשר או פסול ואמרינן דפליגי אי כותבין שובר דלמ"ד כותבין שובר מאוחר פסול מהחשש הנ"ל ופריך הגמרא והא האידנא כותבין שובר וכתבינן שטרי מאוחר ומשני הגמרא בתר דאמר ר' אבא לסופרים כי כתבתם מאוחר כותבין שטרא דנן אחרנוהו וכו' ופריך הגמרא והאידנא דלא עבדינן הכי ומשני בתר דאמר ר' ספרא לסופרים כי כתבה הני תברי אי ידעיתן יומא דשטרא כתבו ואי לאו כתבו סתמא וכו' הרי מבואר קודם ר' ספרא למ"ד כותבין שובר לא היה מאוחר כשר אם לא דכתבו ביה שטרא דנן אחרנוהו או דנכתב באייר רק הלואה היה בניסן וא"כ ר"י דסבירא ליה כותבין שובר והוא היה מוקדם לזמן רב ספרא בימיו לא היה אפשר לכתוב שטר בניסן ולאחרו על אייר אם לא דנכתוב כן

בשטר להדיא אחרנוהו וכו' וא"כ לר' יוחנן ליכא למיחש כלל לשטר מאוחר אם אין מפורש בשטר ולכך סבירא ליה בו ביום יחזור וגם שפיר דייק הגמרא אלא ביומו ש"מ עביד אינש וכו' דליכא למיחש למאוחר כלל. אך עדיין קשה מנ"ל דעביד אינש דפרע ביום דלוה דילמא ר"י איירי בשטר שכתב בו שנה סתם חדש סתם דלא גבי אלא בכלות השנה או החודש ואם כן ליכא מוקדם אם באמצע שנה פרעו וחזר ונתנו לו דבלא"ה לא חל שעבודו עד כלות השנה כמו כלות יום ומכל מקום נמחל שעבודא איכא וזהו ודאי בשטר שכתב בו שנת תקח"ל סתם דעביד אינש דפרע בגו זימנא ודאי לדעת האומרי' לעיל ריש סי' מ"ג דאם יש עדים שראו השטר אף שאין בו זמן מכל מקום גובה מזמן ראיה ההוא אם כן עדיין ה"ל מוקדם דאולי ראו עדים אצלו קודם שפרעו ועכשיו דפרעו וחזר ולוה מביא בעדי ראיה ויגבה מזמן ההוא שלא כדת כי כבר נפרע בנתיים ואם כן לק"מ אבל כבר הארכתי לעיל בסימן מ"ג כי רבים חולקים ובפרט בכתב שנה חודש סתם ואם כן הקושיא במקומו ויותר תמוה שהריטב"א בכתובות פ' הכותב כתב להדיא דמשכחת ליה הך דר"י דאמר אין חוזר ולוה בכתב שנה סתם ופרע בתוך השנה ואם כן קשיא ליה הך דב"מ מה פריך הגמרא בפרעון בת יומא וצ"ע ואפשר לומר דבלא"ה קשה דקארי ליה שם בגמרא מה קארי ליה וכי ס"ד דאין במציאות כלל שיפרע אדם בו ביום ואם הוא במציאות פעם אחת ביובל יתכן על כל פנים עליו מילתא דר"י שטר שלוה וכו' ודיברו חז"ל בכל דברים המתהוי' וצריך לומר דסבירא ליה למקשן בס"ד הואיל ואמר ר"י סתם אין חוזר ולוה משמע דאין תרופה לחזור וללות בו וקשה הא אפשר בע"מ כמבואר בהגה וצריך לומר דאף דע"מ כרתי מכל מקום לא פלוג ואולי יחזור וילוה בלי ע"מ רק הא תינח אם הדבר שכיח דפרע ביומו וחוזר ולוה אבל אם לא שכיח לא תקנו רבנן במילתא דלא שייך ואיך נאמר סתם וקושית הגמרא שפיר ומשני הגמרא דבאמת לא שייך ואין חוזר ולוה באמת מיירי בלי ע"מ או אפשר לומר דדייק דקאמר שנמחל שעבודו ולא משום דלית עדים וצריך לומר כמ"ש דעדים חותמים תחילה על כל מה שילוה בו ביום וסבירא ליה לגמרא הני מילי אם שכיח אבל אם לא שכיח לא מסקי עדים דעתם על כך ולא על זה חתמו וסבירא ליה לגמרא דלא שכיח כלל מדלא חיישינן בנפל והתרצן השיב דשכיח קצת ומסקי עדים דעתן ומכל מקום לגרוע שטר בנפל לא חיישינן ולפי זה גם זה לא קשה דילמא השטר נכתב סתם דזה ג"כ לא שכיח שיכתוב בשטר סתם לשנה וחדש ודרכן תמיד לכתוב יום קבוע ומי פתי ילוה מעות בחודש סתם ויפסיד כל הימים ואם כן לא הוה ליה לתקן לא פלוג ודוק על כל פנים נראה ברור דלא זו כתב יד דהסכים הש"ך להסמ"ע דחוזר ולוה בו אלא אף שטר שאין בו שעבוד כלל

גם כן חוזר ולוה בו ולפי מה שהעליתי בסמ"ע דלוה בו ביום גובה מבני חורין הוא הדין במאוחר ולוה תוך זמן או שכתב על שנה סתם ופרע ולוה תוך זמן:

ג **ומסרו לו בפ"ע כו'** כתב הש"ך דיש גי' דבעינן דוקא דאותן ע"ח הם יהיה ע"מ ונתן הש"ך טעם דאל"כ ה"ל מזויף מתוכו ולא הבנתי דבריו בממ"נ אם אתה אומר שלא חתמו רק על הלואה ראשונה ולא על הלואה זו אם כן מה בכך שהן הן ע"מ על כל פנים חתימתן אינו סובב על זה ה"ל מזויף מתוכו דהחתימה בשקר והגע עצמך לוה מיב"ש זה ופרע לו והחזיר לו שטרו וכי יכול ללות בו מיב"ש אחר בע"מ והן היו ע"ח דסוף כל סוף החתימה בזיוף דלא חתמו על זה יב"ש כלל ועכצ"ל כמ"ש באריכות בביאור דברי ירושלמי דמתחילה עדים מעידים על כל הלואות שיהיה בו ביום כמש"ל אם כן אין זה מזויף מתוכו וכל שטרות אף דבעינן ע"מ העדים חותמי' וסומכים דימסרו בע"מ אחרים ואין זה מזויף אף דלא ידעו ע"ח מע"מ כלום ואף זה כמו כן דהם העידו סתם על כללות הלואה כמש"ל בארוכה ואחר כך באים ע"מ ומשוי ליה שעבוד ולולי כן אפילו באותן עדים לא מהני דאין כאן עדות חתימה כלל וה"ל מזויף מתוך השטר דמה נ"מ שהן אחר כך ע"מ ולכן העיקר כגי' מרדכי דפוס קראקא שאם היה ע"מ ולזו הסכים הרמ"א וכ"כ בכ"ג דעיקר כגי' זו ע"ש:

סימן מט

א **ובשובר שם הלוה והמלוה כו'** צריך קצת להבין דדין זה למדו הפוסקים מהא דאמרינן בב"ב דף קס"ז ע"ב דבשובר שנתנה אשה לבעלה על כתובה צריך שיכירו שם הבעל וכו' ומזו למדו דלכל שוברים דעלמא שצריך להכיר שם המלוה והלוה ולכאורה אינו דומה כלל דשם בבא רחל לכתוב לבעלה יעקב שובר על כתובתה אף דעדים מכירים האשה ששמה רחל מכל מקום חוששין אולי אין בעלה יעקב רק רחל אחרת נשאת ליעקב והיא תקח שובר הלזה ותתן אותו ליעקב ותפסיד לרחל אחרת ולכך צריכים העדים לידע שבעלה יעקב ולשני יעקב ונשיהם רחל לא חיישינן אבל בשטר הלואה כשבא ראובן המלוה לכתוב שובר לשמעון הלוה שלו והמה יכתבו שראובן נותן שובר לשמעון מה צריכים להכיר שמעון דודאי יש לשמעון בעולם דאל"כ מה טיבו של שובר הנכתב על שמעון לפוטרו ואם כי חיישינן דילמא שמעון חייב לראובן אחר עדיין אין מועיל מה שמכירין לשמעון אולי שמעון הלזה חייב לראובן האחר ויקח שובר זה ויראיהו נגד ראובן האחר ומה מועיל דמכירין אותו ולא דמיה לאשה דלביה תרי לא חזי אבל בהלואה שמעון זה יכול להיות חייב לראובן זה ולראובן השני וע"י שובר יפסיד ראובן

השני וצ"ל דפי' הכרה היינו שידעו בבירור ששמעון חייב לראובן זה הנותן שובר ואם כן כיון דבאמת נעשה כתיבת השובר דהא הוא חייב לו והעדים כותבין כדין תו לא חיישינן יותר לערמה כי מי יוכל לתקן כל הרמיה וכל העושי עול ותחבולת רשע רק אנו חוששין אם לא נודע לנו בבירור ששמעון חייב לראובן אולי מתחלה השובר בשקר נכתב ומתחלה נעשה בכזב והראיה דמה מהני דיודעים באיש ואשה ששמו יעקב ואשתו רחל דילמא יש לו עוד אשה במד"ה ששמה רחל ובשובר הזה תפסיד רחל שהיא במד"ה אלא כיון דיש לו אשה רחל ואם כן השובר מתחלה נכתב כדין תו אין לנו לחוש עוד אם יצא ממנו עול ומשפט מעוקל. ולמדנו מזה מי שבא לב"ד ואמר אבד שטרי כתבו ללוה שובר אם הוחזק עוד באותו עיר עוד מלוה ששמו כשם המלוה הזה אין כותבין דהא בעי לעדים לדעת שהלוה חייב למלוה זה וכאן אבד שטרו ולכן צריך ראשון לגלות אוזן השני ששמו כשם המלוה הזה שבא לכתוב שובר שוב ראיתי בדרישה שהקשה זה ותי' בדוחק ולפמ"ש ניחא ובהכי ניחא דעת בעל עיטור בח"ב מכתיבת שטרות דקאמר דיש לכתוב שטר ללוה אף על פי שאין מכירין דלא חציף אינש לשנות שמו וכתב המ"מ דבר תימה כתב וכוונתו דהא אמרי' להדיא בשובר צריך להכיר שניהם ולפמ"ש ניחא דשם צריך להכיר שזה חייב לזה ולא דחיישינן דיחליף שמו דאמת דשמם כן הוא מכל מקום יש לחוש כמ"ש דחייב גם כן לאחר וא"ש ומגיטין סבירא ליה דאין ראיה דבאיסור חמור כזה החמירו וא"ש:

ב **שטר מלוה בלי קנין וכו'** משמע הא בשטר מכר אף בלי קנין אין צריך להכיר שם לוקח והקשה הש"ך למה דהא קי"ל גם בשטר מכר אין כותבין שטרי מכר בלי קנין למוכר עד שיהיה לוקח עמו ואם כן אף במכר יש חשש אולי אין כאן לוקח עמו ונפיק מיניה חורבת מוקדם כמו בשטרי הלואה והרמב"ם דכתב כן לשיטתו דסבירא ליה במכר אפילו בלי קנין כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו והניחו בצ"ע ונר' דכבר כתבתי לעיל בסימן ל"ט דבלא"ה יש לישב דכיון דבקנין כותבין אף שאין מלוה עמו אם כן כשבאו שניהם והלוה אומר שהוא מלוהו מה יש לחוש דילמא אינו רק מערים כדי לכתוב שטר זולת המלוה ויהיה מוקדם דהקצרה ידו לעשות קנין בפני עדים הללו ויהיה מורשים לכתוב ומה לו לערמה זו וסבירא ליה לרבינו מחבר דנמנע לעשות קנין דקנין הוא בין ילוה ובין לא ילוה וזהו אינו רוצה לעשות שישעבד נכסיו ולא ילוה וכמ"ש הרא"ש בפ"ק דב"מ דדבר תימה הוא שישעבד נכסיו ולא ילוה ולכך עושה ערמה להעמיד אחר במקום מלוה כדי שיכתבו עדים ולא יצטרך לקנין אך זהו בשטרי הלואה אבל במקח דעושין קנין לשעבד נכסיו לאחריות הלוקח אם יטרפו ממנו המקח אם כן אף דקנין סתם וחל

תיכף מכל מקום בממ"נ אם לא יקח הלוקח השדה אין כאן אחריות ומה יתבע הלוקח מהמוכר לשלם לו מה שטרפו הימנו השדה הא לא לקח שדה מעולם וע"כ אין הקנין חל רק בלוקח השדה דכל קנין הוא רק לאחריות ואם כן אין כאן קפידא למוכר לעשות קנין אף חשש ערמה ליכא דל"ל כן הא יוכל לעשות קנין ולכך פסק המחבר דבמכר לעולם אין צריך להכיר הלוקח והטור דפסק דצריך להכיר ללוה והמלוה אף דפסק עבחז"ל עיין מש"ל בסימן ל"ט בכמה חששות דיש לחוש אם כותבים בלשון דמשמע דשניהם היו במעמד העדים כשכתבו שטר הלואה וכמה ערמה דיש לחוש בזה ע"ש ונר' אפשר דגם הרב המחבר חושש לזה רק ביש בו קנין כיון דמותר לכתוב בלי מלוה כותבין הלשון דמשמע דלוה לחוד היה אצל העדים ותו ליכא למיחש לערמה כלל וכלל והטור מירי דיש בלשון השטר משמעות דשניהם היו לנוכח בעדים שכתבו השטר בזה אופן ולכך אסור אבל באמת אם כתבו לשון דמשמע דהלוה היה לבד פשיטא דאין צריך להכיר המלוה דהא הוא ס"ל כותבין שטר ללוה אע"פ שאין המלוה עמו איברא דהא קשי' לפמ"ש לקמן מחבר בסימן פ"ה כדעת הטור דאם הלוה מכר קרקע למלוה וכבר הגיע ז"פ של מלוה יכול לומר אילו הייתי חייב לך היה לך לטרוף השדה כשאני חייב לך ע"ש ולפי זה יש כאן חשש ערמה דראובן חייב לשמעון אלף זהובים בשטר ועבר ז"פ ובא לוי ואמר לעדים שהוא שמעון והם כותבים דראובן מכר קרקע לשמעון במאה זהובים והקרקע אינו שוה רק נו"ן זהובים וכשיש לו שטר זה מעמיד עליו עדים שראו שטר חוב ביד ב"ד שהוא לוי ילך לקיים שטרו שראובן מכר שדהו לשמעון ביום פלוני ואם כן אחר כך כשיבא שמעון לתבוע מעות שלו בשטר חוב יעמיד בב"ד עדים שראו שטר מכירה כזו ויטעון אילו חייב לך כיצד לקחת שדה שלי והשטר הזה בידך דהא יש עדים שראוהו רק אתה גונזו לתבוע שטרך בעול וכזב ויהיה שמעון נספה בלי משפט דע"פ הגדת עדים הללו יפסיד שמעון חובו וצ"ע:

ג **ולכן תמוה וכו'** תמיה זו כבר ישבו הש"ך דג"כ המחבר איירי בכה"ג בהכרת אשה במה דאין דרך צורבא מדרבנן לדקדק אך הא גופיה קשיא דהא סמוך על אשה וקרוב ואשכח טעות' ואם כן מה ענין זה לת"ח או לשאר גברי הא הם לא עשו דבר כי אם סמכו על אשה וקרוב ואם טעו לעולם חוזר ואם לא אף בת"ח לא דמה ענין טעותא דאשה וקרוב לצורבא מדרבנן דלאו אורחיה למידק הא צורבא מדרבנן לא דק כלל רק סמיך עליהם וכן שארי גברי סמכו עליהם ומה נשתנה זה מזה ולכן הרב בסמ"ע בס"ק ו' דעתו לומר דאינו נודע בברור שסמכו על אשה וקרוב רק הן אמרו שסמכו על אשה וקרוב ות"ח נאמן דסמיך על אשה וקרוב כי אין דרכו לדקדק אבל שארי ב"א הואיל ודרכן לדקדק אמרינן

מסתמא לא סמכו על אשה וקרוב רק הם בעצמן ידעו ותו לא נאמנים דטעו ע"ש שהאריך וכ"כ בדרישה ומ"מ כתב דהוא דוחק דקשה דכיון דשורת הדין דמותר לסמוך על אשה וקרוב למה יהיו שארי בני אדם אינם נאמנים לומר עשינו כפי הדין ותורה לסמוך על אשה ואמת כי לפי מ"ש הנ"י בריף ולפי גירס' שלו שהוא כך דההיא תברא דחתום עליו רבב"ח ואתיא ההיא איתתא לקמיה דאביי ואמרה לאו אנא הוא ואמר רבב"ח אנא נמי אמרית לאו את הוא פי' כך אמרתי לעדים שאמרו שמכירין אותך ואמרו לי סהדי מיקש הוא דקשי' ובגר לה קלא ואמר אביי אע"ג דאמור רבנן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד צורבא מדרבנן לאו אורחי' למידק ע"כ ופי' הנ"י הא דאמר תחלה זאת הא לאו הגדה היא והלכך כשהודה אח"כ לדבריה דהטעו נאמן והא דאמר מעיקרא לפי שאין דרך צורבא מדרבנן לדקדק בנשים עכ"ל הדברים משמע כמ"ש בש"ע אבל גם זה קשה כיון דזה לא היה בדייקתו של ת"ח אדרבא הוא צעק לאו היא רק הם אמרו דהיא היא וא"כ עדיין קשה מה יש הבדל בין צורבא מדרבנן לשארי אנשים הלא הטעות אינו מצידם רק מצד האחרים שהעידו וטעו וא"כ מה הבדל יש בין ת"ח לשארי אנשים. ולכן היה נראה לומר דצריך לומר לפי דעת רוב הפוסקים אלו שנים אומרים זו אשה פלונית וכתבו שובר ודאי אם בא ע"א ואמר דהיו טועים דאינו נאמן כמבואר בבע"ת בשער ל"ג ח"ג בסופו וא"כ כיון דנתנו חכמים נאמנות לאשה וקרוב להעיד על האיש והאשה שהם איך יכול ע"א להכחישן ולומר טעו הלא כיון שנתנו להם חז"ל נאמנות הרי הן כשנים ואיך יוכל לחזור ולומר שטעו ולכן ס"ל הטעם דלא משקרי הוא משום דיראי' לשקר פן יתוודע נבלתם ושקרתם כי יחקרו אחרים וימצאו דלא כן הוא וה"מ בע"ה דחוששי' דיחקרו אחריהם ולכן מירתתי ולא משקרי אבל בת"ח בטוחים בו שלא יחקור ואין דרכו לדקדק כלל ולכן לא מירתתי כלל ולכך אם אמר אחר כך לא היא נאמן דאין בדבר שלהם סמיכה כל כך הואיל ולא מירתת מתחילה ודברים אלו נלמדים מבעה"ת הנ"ל דכתב על האי צורבא מדרבנן דאזיל לקדש אשה לדבר ע"ה בהדיה וכו' מכל זה למדנו שת"ח שהעיד על אשה שלותה ולא הוליך עמו ע"ה אי אמרה לא הוינא ואיהו קמודה שטעה בהכרת פניה מהימן כו' שיוכל להיות שהטעהו בכך אבל אם הוליך עמו ע"ה שמדקדק בדבר והם יראים הימנו שלא להטעותו תו לא מהימני וכו' עכ"ל הרי נוטים הדברים למ"ש דלגבי ת"ח אינם יראים ואין להם כ"כ נאמנות אבל בע"ה נאמנים דמירתתי וזהו כוונת הגמרא אע"ג דכיון שהגיד וכו' והוא דסמיך עליהם וחכמים הימנום ה"ל כאילו העיד הוא ואיך יכול לחזור ולומר שטעו הא כיון שהגיד וכו' ולזה אמרו כאן דצורבא מדרבנן לאו אורחיה וכו' וא"כ לא מירתתי וא"ש וכן יש לכוון הדברים בש"ע דלצורבא מדרבנן מקבלין דלאו דרכו

למידק ואם כן לא מירתת להעיד כי לא יחקרו הת"ח אחריהם וא"ש אמנם דעת הרשב"ם נר' לפרש דעל זה אמרי' בצורבא מדרבנן יש הבדל והיינו דרבה ב"ח אמר תחלה כשבאה האשה לב"ד לצעוק שלאו היא האשה שנתנה שובר אמר רבה ב"ח צדקה בדבריה ואחר כך שאמרו לו העדים שטועה ובאמת היא האשה רק מיקש קש ובגר לה קלא חזר והודה והוי בכלל כיון שהגיד שאין זו האשה לאו חוזר ומגיד לומר שהיא האשה. ולכך באינש אחריני באמת אינו נאמן לחזור ממה שאמר דלאו היא האשה רק צורבא מדרבנן לא היה מדקדק להשגיח בפרצוף פניה על בוריה ולכך בא בכחו המדומה כי לאו היא האשה היות בה שינוי קצת ע"י זקנה כמבואר שם ומכל מקום הדין מוכח מזה דיש לסמוך על הכרה באשה וקרוב דאי בעינן עדים גמורים אם כן מתחלה כשחתם רבב"ח אשובר ע"כ דהעידו לפניו עדים כשרים דהיא היא א"כ איך ס"ד ואיך עלה ברוחו לומר מתחלה דלאו היא האשה וכי נחשדו העדים לשקר וגם אטו אמירה דיליה מהני להכחיש עדים וע"כ דהיה הכרה רק ע"י קרוב ואשה אך לפי פי' זה אין מוכרח דאם סמיך אינש דעלמא על אשה וקרוב ואשתכח דלאו היא דרואה אותה ואין זה האשה דאינו נאמן לומר שקר ענו בה ובזה לא מצינו לפירשב"ם הבדל בין ת"ח לשארי גברא ומהכ"ת לומר מש"ל חילוק בין מירתת כיון דאין לו ראיה בגמרא ולפי' רשב"ם כל הבדל הוא אם אמר דלאו היא וחזר ואמר דהיא היא דצורבא מדרבנן יכול לחזור ולא שאר אינש וכן נר' דעת התו' שם ב"ב דף קס"ח ד"ה כיון דדק כפי' רשב"ם ולכן קשה לומר דמחבר השליך דברי פי' רשב"ם ותו' אחרי הדלת ונטה אחרי דברי הנ"י לכן אפשר לומר דיש לדקדק במה דקאמר והיכי דסמיך אאשה וקרוב ואשתכח טעותא למה טעותא הלא הם שאמרו לו כחשו לו ושקרו במזיד והל"ל ואשתכח שקרא. ולכן נר' דכך הכוונה דסמיך אאשה וקרוב ועל ידי הכרה זו אשתכח טעותא כי אמר מתחלה כי לאו היא האשה וששקר ענו בה ובאמת טעה כי היא היא ורוצה לחזור מדבריו וע"ז אמר דוקא לצורבא מדרבנן מקבלין דיכול לחזור אבל לא שארי אינשי וכמש"ל בדברי רשב"ם וכן נראה מדברי בעה"ת שער ל"ג ח"ג סימן ב' על הך עובדא דרבב"ח הנ"ל ושמעינן מיניה היכי דסמיך אאשה וקרוב וחזר ואשתכח טעותא דהדר ביה לצורבא מדרבנן מקבלין לגברא אחריני דאורחיה למידק לא מקבלין וכו' והרי דייק בלישנא וחזר ואשתכח טעותא והיינו כמ"ש דחזר ואמר דשקר ענו בו ואחר כך אשתכח טעותא דהדר בי' פי' דטעה ולכך החזיר לחזרתו כהנ"ל לצורבא מדרבנן מקבלין וא"ש והדברים מדוקדקים למאוד והן הן דברי ש"ע שהם לקוחים מדברי בעה"ת הנ"ל וברור שכוונה אחת להם ולדינא צ"ע איזה נראה להלכה כי נוטים הדברים

כמ"ש תו' ורשב"ם אמנם הרמ"א בא"ע סימן ק"י דעתו כפי' הראשון שכתבתי שהוא דעת הנ"י וצ"ע:

ד **וי"א דאין שייך בשטרות כו'** הרב הש"ך בס"ק ט' תמה על הרב רמ"א בזה דנמשך בזה אחר תשובת רשב"א והרשב"א לא אמרה רק בשטר הרשאה וכדומה שאין בו שעבוד אבל שטר הלואה שיש בו אחריות נכסים מודה הרשב"א דלא יכתבו דכבר עשו שליחותן וכמו שכתב בשטר מכר באחריות נכסים לא יכתבו דכבר עשו שליחותן וה"ה בשטרי הלואה דיש בהו גם כן אחריות נכסים והאריך להביא גמרא בב"ב דף קע"א דאמרינן עדים שעשו שליחותן איך יחזרו ויעשו שליחותן ונראה ברור דדברי רמ"א מוסבי' על מ"ש מקדם בשם הר"ן דאם לא נעשה קנין ומחוסר נתינה לא אמרינן עשו שליחותן הא עשו קנין סבירא ליה לר"ן לא יכתבו דכבר עשו שליחותן וע"ז הביא רמ"א די"א דלא עשו שליחתן בשטרות ואם כן לק"מ דדל מהך רשב"א הא בררתי לעיל בסימן מ"א בתומים ס"ק ג' באריכות דעת התו' והרא"ש דלא שייך בשטרות עשו שליחתן רק מחשש מוקדם הא בקנין דלא שייך בי' מוקדם לא שייך ביה עשו שליחתן ועיין מש"ל באריכות וכן נראה מדברי רשב"א בתשובה דכתב אבל בשטר מכר כל שחוזרים וכותבים אחריות עכשיו משתעבדים נכסים בשטר זה והם עשו שליחתן וזהו דמדמי הרשב"א לגט דמשעבד בו נכסים וכן הדין בשטר הלואה בלי קנין דע"י השטר משעבד נכסים והוי כמו גט לדעת רשב"א אבל בשטר קנין דקנין משוי לי' שעבוד ואפילו לא נכתב שטר או נאבד שטר משעת קנין נשתעבדו נכסים ואין צורך בשטר כלל רק לראיה לברר שהיה קנין דאולי ימותו או ילכו עדים למד"ה ובשטר ראיה מודה רשב"א דלא דמי לגט כלל ולא אמרינן ביה עשו שליחתן דלא הוי ספר מקנה כלל ודברי רמ"א מורים בלא"ה דמוסב על שטר קנין דכיון דשטר ראשון חספא בעלמא דיש בו טעות וכדומה אם כן איך יכתבו הא ה"ל מוקדם דהא לא נשתעבדו נכסים רק בשטר והשטר ראשון חספא והך שטרא היום הוא דנכתב ודוחק לומר דבאמת יכתבו מזמן השני דזה אינו סובל סתימת לשון הרמ"א כלל אלא ברור דקאי על שטר שיש בו קנין ולית ביה מוקדם וגם דברי הש"ך לא קשיא ואין מקום להשגתו ומה שקשה על הרשב"א הא אף בשטר מכר וכתב ביה אחריות לא משוי שעבודא דקי"ל המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים ואם כן השטר רק לראיה בעלמא ולא משוי ליה שעבוד כלל עיין מש"ל בסימן קט"ז באריכות בזה:

ה **ויש מי שאומר כו'** אם יתברר הדבר כו' בכה"ג כתב דלא מצינו חולק בזה רק דרכו של מחבר אף דלא מצא חולק לכתוב בלשון הזה ע"ש ואני לא הבנתי כי לענ"ד דין זה במחלוקת שנויא דהא העדים כתבו ראובן ואמת כי טעו וה"ל לכתוב לוי על כל

פנים בשטר לא נזכר רק ראובן אם כן ליכא שטרא דבעינן מוכח מתוכו והא לא מוכח מתוכו כלל והשתא בשני יב"ש דשכחו העדים לכתוב סימן והעידו על אחד שהוא הלוה האמתי דעת הרבה מחברים כמ"ש המ"מ דלא מהני דלא הוי מוכח מתוכו ואפילו לדעת הרמב"ם דסבירא ליה דמהני הטעם דיכולים לכתוב שטר אחר וכאן משמעות הרא"ש לא מהך טעמא דמיירי אפילו דאין במציאות שיכתבו דליתנהו כמבואר בתשובה כלל ס"ח וכמ"ש הטעם מן אחריות ט"ס ואם כן אין כאן שטר דהא לא הוי מוכח מתוכו כלל והרא"ש אפשר סבירא ליה כדעת הרמב"ן הביאו הר"ן בפ' כל הגט דאפילו לר"מ לא בעינן מוכח מתוכו ועוד הרא"ש לשיטתו דסבירא ליה ע"מ כרתי ואף בשטרות בעינן עדי מסירה רק אנן סמכינן מסתמא היו עדי מסירה כמ"ש בב"ב ואם כן לר"א לא בעינן מוכח מתוכו אבל לפי דקי"ל דאין צורך בשטרות כלל עדי מסירה וסמכינן על ע"ח בעינן מוכח מתוכו לדעת התו' ורוב מחברים ולכן יפה כתב מחבר בלשון וי"א כי דין זה יש בו מחלוקת ובאמת בתשובת הרא"ש כלל ס"ח בסופו שם היה הטעות מוכח דנכתב דראובן ורחל אשתו חייב ונודע דלא היה אשת ראובן ששמה רחל כלל ובהכי ניחא דיש לפקפק מ"ש הך טעות מטעות דלעיל ס"ס מ"ז דטעו לכתוב אלף במקום ת"ק וכן לעיל סימן מ"ג סעיף ט' בטעו לכתוב שנת נ"ח וכתבו נ"ז דלפמ"ש ניחא דכאן הוי מוכח ולעיל לא מוכח מתוך השטר ועיין מש"ל סימן מ"ג וכן מבואר ונר' בתשובת הרא"ש כלל הנ"ל דבדין ל"א שנזכר שיש טעות בממון וכדומה לא כתב רק שיכולים לכתוב שטר אחר אבל לא אותו שטר כשר ואילו בסימן ל"ב שלאחריו כתב שטר כשר והיינו דשם היה מוכח ואף שלשון הש"ע לא משמע כן האמת יורה דרכו ולזה נראה דנתכוון הרמ"א דכתב לעיל סוף סעיף ב' בהגה' וכן בשאר טעות סופר וכו' דלכאורה הוא כפל ומיותר דהא כתבו כאן המחבר ויש מי שאומר וכו' ולפמ"ש ניחא דכתב הרמ"א דמוכח שטעה אם כן ה"ל כמוכח מתוכו וכשר לכ"ע ולכך סתמו הרמ"א בלי מחלוקת:

ו **דבריו סותרים וכו'** קושיא זו אינו בש"ע לבד רק קשה גם כן ברשב"ם דנתן טעם במשנה דלכך אין מוציאין משום דיטעון פרעתני והחזרתי לך השטר וכ"כ הטור הטעם זה והוא סותר להדיא דברי הגמרא דבגמרא קאמר הטעם משום דכותבין שטר ללוה בלי מלוה וכו' וכמבואר בהגה וא"כ איך בדו הם טעם מלבם וכבר עמדו בו הסמ"ע וב"ח וש"ך ודבריהם דחוקים עד שאין צורך להשיב עליהם כנראה בעין להמעיין והוגה בדבריהם ונחנו תחילה נאמר מה שיש לומר בישוב דברי רשב"ם והוא דסבירא ליה לרשב"ם הא דאמרינן בכותבים שטר ללוה אף על פי שאין המלוה עמו קמפלגי ודאי דאין בו מחלוקת כי לא מצינו בשטרי אקנייתא דיהיה בו מחלוקת דיהיה איסור לכתוב

ללוה בלי מלוה רק המשנה איירי בשטר שיש בו קנין ובריייתא איירי בשטר שאין בו קנין וכן משמע קצת לשון הרשב"א הובא במ"מ ע"ש ואם כן קשיא לאביי דסבירא ליה עבחז"ל ולעולם כותבין אם כן הך בריייתא במה מוקי' ליה הא לעולם כותבין וכי נימא דבהך סברא עבחז"ל יחלקו תנאי דבר זה לא שמענו מעולם ולכך סבירא ליה לרשב"ם דלאביי דסבירא ליה עבחז"ל או דסבירא ליה דכאן ודאי לכ"ע אין כותבין כיון דיש שני יוסף בן שמעון והלא ירגישו העדים הערמה דימסרו ביד זה השטר מה שיוכל אחר כך לומר אני הוא המלוה והאחר הלוה והוא מתהפך בתחבולותיו או דלפי מ"ש התו' גיטין דף י"ז בד"ה מפני מה כו' דכתבו דלאביי לא אמרינן עבחז"ל אלא במוכח מתוך השטר אבל בשלא מוכח מתוך השטר לא אמרינן עבחז"ל ואם כן אף כאן כל זמן שכתבו העדים השטר בניסן ולא הגיע ליד המלוה תיכף לא שייך עבחז"ל בשני יב"ש דהא אין מוכח מתוך שטר כ"ז שלא הגיע ליד המלוה מי הוא המלוה ומי הלוה ואם כן כל זמן שאינו מוכח לא זכו העדים בחותמיו דלא ניכר בשטר למי יזכו והרי זה מוקדם וצריך להיות המלוה עמם ולומר דמיירי בקנין לא יתכן לאביי דהוא לא מוקי בשטרי אקנייתא כלל המשנה ואיך נאמר סתם במשנה אין מוציאין יהיה הכוונה בשטרי קנין מה דלא איירי ביה המשנה כלל בשלמא למאן דחולק על אביי אם כן סתם שטר במשנה איירי בקנין כאותו ששנינו כותבין שטר ללוה וכו' וצ"ל דסתם שטר במשנה איירי בקנין ואף כאן הפי' כן מה שאין כן לאביי הא סתם שטר בכל שטרות איירי דעבחז"ל ואיך קתני המשנה סתם אין מוציאין ולכן נראה דלפי דאמרינן שם ביבמות דף קט"ז בהני שטרי דנפקו במחוזי וכתב ביה חבי בר נני וגבינן בהו ושכיחי טובא וסבירא ליה לרבא כפי מ"ש הרמב"ן בביאור מלחמות ה' פג"פ דסבירא ליה לרבא טעמא ברירי דכאן נמצא ברשות זה אמרינן כאן היה מתחילתן ולא חיישינן מגברא לגברא לומר של יב"ש שני היה ונמסרו לידו ואותיות אין נקנים במסירה כי אמרינן הואיל והן בידו חזקה שלא באו לידו מאיש אחר וכאן היה מעולם ולפי הך סברא אף הך טענה דלא היה בידך מתחלה רק בידי ומידי הגיע לך כשפרעתני אין טענה דאמרינן חזקה כאן היה וכאן נמצא כן היה מתחלה בידו מן העדים ולא הגיע לידו מיד השני כמו דבחזקה אמרינן דלא הגיע לידו מן יב"ש השני מכ"ש דבחזקה זו אמרינן דמתחלה היה בידו כמו עכשיו דכאן נמצאו וכאן היה ולא אמרינן מגברא לגברא וזה פשוט אך אביי פליג שם ביבמות אהך סברא וס"ל דמחזקינן מגברא לגברא רק ס"ל אותיות נקנין במסירה ואף דהגיע לידו מיב"ש אחר הא קניא ליה במסירה ע"ש ולפ"ז לשיטתו שפיר י"ל דילמא היה ביד השני והגיע לו בשפרע כמ"ש רשב"ם דהא לא אמרינן כאן נמצאו וכאן היה לשטת אביי ואם כן א"ש דלאביי

י"ל דלכך קתני במשנה אין מוציאין משום פרעון דלאביי לא אמרינן כאן נמצאו כאן היו ותנא דברייתא ס"ל כסברת רבא כאן נמצאו וכו' ולכך פסק אביי ביבמות דאמרינן דהגיע לו מיד אחר דהוא כסתמא דמשנה דחוששׁ שׁהגיע לו מיד יב"ש שׁני ולא אמרינן כאן נמצאו וכאן היה אבל רבא דפליג א"כ ל"ל דפליגי משנה ובריתא בכך דאם כן הלכה כמשנה דלא אמרינן כאן נמצאו וכאן היה ואיך יהיה רבא חולק ולכך קאמר הגמ' לקמן לרבא כנר' מריהטא לישנא דגמ' דהכל הולך לרבא ורבא לא ס"ל כאביי עבחז"ל רק כר"א בשטרי אקניית' אם כן שׁפיר מוקי למשנה בכותבים שׁטר ללוה וכו' וחוששׁ חששׁא אחריני דאמת מתחילה הגיע לידו מן עדים אבל בתורת לוה כמבואר בגמ' וא"ש. או י"ל דודאי סברת רשב"ס סברא נכונה היא אבל ה"מ לאחר זמן אבל בתוך זמנו דחזקה ברורה היא אין אדם פורע תוך זמנו ומוציאין בחזקה זו מיתומים איך יהיה נאמן לומר פרעתני הא הוי תוך זמנו וחזקה אין אדם פורע ת"ז וא"כ קשה איך קתני במשנה סתם אין מוציאין הא תוך זמנו מוציאין רק לאביי לק"מ דס"ל ברישׁ ב"ב אדם פורע תוך זמנו ולכך לאביי ל"ק די"ל דטעמא דמשנה משום פרעון וכמ"ש רשב"ם ואפילו תוך זמנו ובריתא דקתני מוציאין איירי תוך זמנו וס"ל כר"ל אין אדם פורע ת"ז ואביי ס"ל כסתם משנה אבל לדידן דקי"ל אין אדם פורע תוך זמנו אם כן ל"ל טעמא במשנה שׁמא פרע לו דהא תוך זמנו לא חיישׁינן לפרעון ולכך צריך לומר דפליגי בכותבים שׁטר ללוה כו' והלה טוען לא הגיע מעולם שׁטר בידך בתורת מלוה רק בתורת לוה וכו' ולדידן לא ס"ל כאביי דעבחז"ל רק בשׁטרי אקנייתא כר"א ושׁפיר יש לומר בכותבין שׁטר ללוה וכו' פליגי. ועוד י"ל בפשׁוט דרשב"ם לדברי הכל אמר למילתיה דודאי הך טענה פרעון כמ"ש רשב"ם לחוד אין מספיק כמ"ש דקשׁה תוך זמנו מה א"ל אמנם גם זה הטעם דקאמר הגמ' משום כותבין שׁטר ללוה וכו' אינו מספיק דלמה תקנו חז"ל דאין מוציאין ה"ל לתקן דבכה"ג לא יכתבו עדים שׁטר ללוה בלי מלוה והא בגט תקנו בשׁני יב"ש אין מגרשׁין נשׁותיהן אלא זה בפני זה אף דבעלמא א"צ הרי דשׁינו הדבר בשׁני יב"ש אם כן אף בשׁטרי הלואה ה"ל לתקן כן בשׁני יב"ש לא יכתבו עדים ללוה בלי מלוה ולזה קאמר רשב"ם דכל זה לא יועיל דעדיין יטעון פרעתני והחזרתי לך שׁטרך ואין כאן מקום טענה רק בתוך זמן וזה לא שׁכיח שׁיתבע א' לחבירו תוך זמנו וכל התביעות לרוב אח"ז ולא חשׁו חז"ל לתקן בשׁביל דבר בלתי מצוי כנודע ואם כן שׁניהם אמת ולק"מ. או י"ל דודאי הך דהחזיר לו שׁטרו אינה טענה לכאורה דאפסיד אנפשׁי' דהחזיר שׁטר במה שׁהיה יכול לגבות ממנו ואם האמין לו מה נ"מ יותר אם האמין לו אך לגבי לקוחות אין זה טענה דאין בידו להפסיד לקוחו' והלקוחות יטענו כמ"ש רשב"ם רק קשׁה איך קתני סתמ' אין מוציאין דמשׁמע אפי' מב"ח

לכך קאמר הגמ' הטעם משום שכותבים שטר ללוה וכו' ולא קשה הא בכהאי גווני לא שייך עבחז"ל דה"מ אם יש בו מקום לגבות ממשעבדי אבל אם ממשעבדי בלא"ה לא גבה רק מב"ח בזה לכ"ע כותבין דלא שייך ביה חשש מוקדם ולכ"ע כותבין וא"ש ותרתי צריכים ודוק. אך ממש כל תי' הנ"ל אינם מספיקי' בישוב דברי הטור דנתן טעם משום דפרע והחזיר לו שטרו ולא דבר כלל מהך דנאמר להדיא בגמ' דכותבין שטר ללוה וכו'. ובממ"נ אי ס"ל כדעת מפורשי דבריו דס"ל עבחז"ל ולעולם כותבין שטר ללוה וכו' ה"ל לומר הך טעמא ואי ס"ל כמש"ל דכאן אין עבחז"ל דלא מוכח מתוכו אם כן קשה איך נתן טעם אחר מה דלא נזכר בגמ' ול"ל כמש"ל לאביי דהא קי"ל כרבא דס"ל כאן נמצאו וכאן היו וגם סבירא ליה אין אדם פורע תוך זמנו. והיה נראה לישב דברי הטור כך דודאי כבר כתבתי לעיל דאיך שייך בזה כותבין שטר ללוה כשאין מלוה עמו דהא קי"ל אין כותבין אלא אם כן מכירין והחמירו בשובר להצריך הכרה לשניהם מחשש ערמה כמש"ל ועיין מש"ל בהכרת שטר מכר ואם כן כאן דיש שני יב"ש מה הכרה יש כל זמן דאין מגלין אוזן יב"ש השני אין זה בגדר הכרה דהא הערמה נגלית דאם יבא שטר לידו דיאמר אני הוא המלוה ואם חששי דיתחבל להסיב שמו בשם אחר להוציא מיד לוה שלא כדת אף דלא שכיח דישנה שם כמ"ש ב"ע הנ"ל ואיך לא נחוש בערמה הנגלית לעין כל ואין לך כותבין בלי הכרה כמו זה דהערמה והתחבולה נגלה לעין כל ואם כן ברור שאין העדים כותבין עד חקרם אצל השני מי המלוה והלוה באמת אמנם חששא של רשב"ם הוא נכון דלאחר פרעון החזיר לו שטרו ואין לומר היכי החזיר לו ולא ירא דלמחר יתבעו ויאמר אני הלויתי לך דזה שכיח דסמיך אהימנו' וכמה דינים אשר יסדו חז"ל על אין אדם מעיז בפני ב"ח ואף זה כמוהו דהוא גמלו טוב והלוהו איך יעיז פניו לומר כי הוא המלוה והוא הלוה. וכצ"ל לפי' רשב"ם וטור אך זהו בנוסח שטר שכתב בו להדיא אני יב"ש לויתי ממך יב"ש אבל בנוסח שטר שכתב בו אני יב"ש לויתי ממך דמועיל אף דלא נזכר שם המלוה כמבואר שם בגמ' בהך שמעתי' דשני יב"ש וע"ש בתו' ד"ה אבל הכא דאפילו קנין שייך ביה ע"ש ועיין לקמן סי' נו"ן וא"כ בזה שפיר יש לחוש דילך אצל עדים דאינם יודעים שיש עוד יב"ש בעיר כי אין חיוב על עדים לחקור על זה וידעו כי שמו יב"ש יכתבו לו שטר אני יב"ש לויתי ממך וימסרו לידו ואחר כך יתבע הוא ליב"ש השני אתה לוית ממני והא שטרא אבל הך חששא דרשב"ם לא שייך כאן דאם בידו שטר בנוסח זה והלוה פרעו ושמו ג"כ יב"ש אין מוסר לידו שלם דאולי יתן השטר ביד אחר ויתבעו ממנו ואי דאין אחרים מוציאין עליהם שטר אולי ילך למקום אחר ויתבענו שם ושם לא הוחזק כלל שני יב"ש או אולי יתפוס האחר משלו וכיון דתפס משלו לא

מפיק מיניה בטענה לא אני הוא כי אם אחר כיון שתופס משלו וטוען אתה חייב לי והא שטרך ואחר ודאי מעיז ומעיז. שנית כמו דבשטרא דלא אקנייתא אין כותבין שטר ללוה בלי מלוה דדילמא ילוה בזמן מאוחר לכתיבת השטר וה"ל מוקדם אף שטר כזה לויתי ממך סתם בלי הזכרת שם המלוה אין המלוה רשאי להחזיר שטר כזה שלם ליד הלוה כשפרע דאולי ילוה בו מיד איש אחר שנית והוא מוקדם ואך דכתבו התו' ב"מ דף י"ג ד"ה היינו כו' דלא חיישינן דיפרע ויחזור וילוה משום דמלוה חושש לפסידא ע"ש התם בשטר סתם דאין יכול לחזור וללות רק מהמלוה שהלוהו כבר והוא ידע דכבר נמחל שעבודו ואין חוזר ולוה בו אבל בשטר כהך יבא אצל אחר שלא ידע דלוה בו כלל ואמר הך שטר היה בידי מתמול שלשום דבקנין כותבין ללוה והריני לוה בו והמלוה ילוה בו בטוב לקדימת שעבודו ובאמת כבר נמחל שעבודו דהא כבר לוה בו ופרע והוי ליה מוקדם בבירור ואם כן אסור למלוה להחזיר שטר כזה שלם ליד הלוה ואם כן ליכא כאן חשש של הרשב"ם כלל דאין מחזירו שלם וא"כ דברי הגמ' וטור ורשב"ם כאחד עולים כי סתמא נאמר במשנה אין מוציאין בכל אופני שטרות וקאמרינן הטעם לשטר שנכתב בו יב"ש לוה מיב"ש דלא שייך כותבין שטר ללוה וכו' כמש"ל דאין העדים עושים כן רק הטעם כמ"ש רשב"ם במשנה דפרעתני והחזרתי לך שטרך ובכה"ג עביד מלוה דמהימן ללוה וכמ"ש רשב"ם אמנם באופן ונוסח השני דכתב סתם אני יב"ש לויתי ממך מנה בזו לא שייך טעמא דרשב"ם כמ"ש דא"א לומר דהחזיר לו אחר פרעון שלם כמש"ל מילתא בטעמא אמנם קאמר הגמ' הטעם דיש כאן חשש אחריני דכותבין שטר ללוה וכו' דהעדים לא ידעו דיש עוד יב"ש בעיר וכתבו סתם יב"ש לוה וא"ש ובכה"ג אמרינן בברייתא דמוציאין דס"ל דאין כותבין וא"ש דתרוויהו צריכי' הך טעמא של רשב"ם וטעם הנזכר בגמ' לשני נוסחאות שטרות כמש"ל והדברים ברורים. ואין להקשות לברייתא דס"ל אין כותבין שטר ללוה אלא אם כן מלוה עמו עדיין לפ"ז מה מהני ילך עם איש ריקם ופוחז ויצוה לכתוב שטר אני לויתי ממך ועדים ימסרו למלוה ואחר כך יחזירו ללוה והוא יגבה מיב"ש השני דזה אינו לקנוניא עם המלוה לא חיישינן דכיון דעדים עשו כהונן ומסרו ליד מלוה כדינא ואם הוא יערים אין לדבר סוף וכך כתב הרמב"ן בחדושיו לב"ב להדיא בפסקא שם איש בגט דף קס"ז דלקנוניא לא חיישינן דאם לא כן אין לדבר סוף ע"ש וכן הוכחתי לעיל בס"ק א' בשובר דמוכח דאם הדבר נעשה כהוגן תו ליכא למיחש לקנוניא ואם לא כן כל שוברים בטילים כמש"ל ובפרט קנוניא כזה שקנוניא בשני' לא חיישינן כל כך. ובזה יש ליישב מה דקשיא לרבא דס"ל ביבמות דלא חיישינן לתרי נאני בר חבי משום דאמרינן כאן נמצאו וכאן היה כמש"ל בשם הרמב"ן

קשה הא דפרכינן בב"ב ולא חיישינן לנפילה הא תנן כשם שאין מוציאין זע"ז כך אין מוציאין על אחרים ומשני הגמרא דפליגי אי אותיות נקנים במסירה וא"א דכ"ע אותיות נקנים במסירה רק בצריך להביא ראי' קמפלגי הנך שני תי' לא אתיין אליביה דרבא דתירוץ ראשון דפליג באותיות נקנים במסירה לא אתיא דמשמע לולי זה היינו אומרים דמסרו לו וש"מ דס"ל דלא אמרינן כאן נמצאו וכאן היה דהא לא נימא דמשנה ובריייתא בתרתי פליגי וזה סותר לרבא דס"ל אף דאין נקנים במסירה מכל מקום גבינן וכן התירוץ השני דאמרינן דכולי עלמא אותיות נקנין במסירה ולרבא אין אותיות נקנין במסירה ועכצ"ל כמ"ש הרמב"ן להדיא דהנך שני תי' אליביה דאביי שנויה ולא אליביה דרבא וזהו מהקושיא שצ"ע כיון דקושי' הגמ' ואלא הא דתנן הוא קשיא בין לאביי ובין רבא כמ"ש הרשב"ם לכ"ע פריך איך נקיט בלישנא ב' תי' דהם לשיטת אביי ולא קאמר התי' דהוא לשיטת רבא דפליג אי אמרינן כאן נמצא וכו' או לא והא הלכתא כרבא ואם כן יותר מהראוי לומר תי' מה דקאי לרבא ולא לומר תירוץ לאביי ותי' לרבא לא היה נזכר ולכן נראה דבלא"ה קשה מה דפריך הגמרא איך לא חיישינן לנפילה הא תניא כשם שאין מוציאין זע"ז כך אין מוציאין על אחרים וכבר הקשה הת"י ועיין במהרש"א דהא מכל מקום ברייתי' אחריני דקתני דהם מוציאין זע"ז ש"מ דלא חושש לנפילה ואם כן ע"כ דפליגי בנפילה וא"כ י"ל המשנה אתיא כהך תנא דברייתא די"ל הא הך ברייתא דמוציאין זע"ז ע"כ איירי בשטר ממך וס"ל דנפילה דרבים לא חיישינן ואיך נאמר פלוגתא רחוקה דאפי' נפילה דיחיד חיישינן ועכצ"ל דכ"ע ס"ל דנפילה דיחיד לא חיישינן אך זהו לאביי דשני' ליה בין נפילה דיחיד לרבים אבל לרבא דלא שני' ליה פשיטא דפליגי בנפילה כדחזינן באידך הברייתי' דמכשיר ממך ואם כן כל הקושיא אינו אלא לאביי דס"ל לחלק בין נפילה דרבים ליחיד ולכך משני הגמ' כל הנך שנויי לאביי אבל לרבא דס"ל דממך כשר ואין לחלוק בין נפילה לנפילה אין צריך לשנויי כלל ואמרינן דפליגי אם יש לחוש לנפילה וקי"ל כמשנה דל"ח לנפילה וא"ש וביותר י"ל דצריכא להבין בטור דס"ל טענת הרשב"ם הא פסק כרבא לקמן בסי' ס"ו דצריך להביא ראיה הואיל ונקנית בכומ"ס וצ"ל הטעם דשני יב"ש מוציאין על אחרים משום חזקה כאן נמצא וכאן היה כמש"ל בשם רמב"ן ואם כן איך יכול לטעון שטר זה בידי היה והחזרתי לך הא יש לו חזקה כאן נמצא וכו' וכמש"ל וצריך לומר בשלמא ב' יב"ש ואחד מוציא שטר על אחר אמרינן כאן נמצא מעולם ומעולם לא היה השטר ביד יב"ש השני משא"כ כאן הנתבע אומר לתובע מידי הגיע לך ולא שייך כאן נמצא וכאן היה מעולם דאף לפי דברי הנתבע שפי' היה התובע מתחילה הלוה והיה שטר זה מתחלתו בידו דכותבין שטר ללוה וכו' ואם כן אף

עכשיו הוא בידו ואין טענת הנתבע סותר לחזקה כאן נמצא וכאן היה דאמרינן מתחילה היה בידו וכן בסופו ואין זה מגרע החזקה משא"כ בשני יב"ש המוציאין על אחרים אין להשני חזקה מעולה וזה ברור ולפ"ז י"ל ודאי אף בקנין דכותבין שטר ללוה לחוד מ"מ בהך גוונא בשני יב"ש ודאי חוששין עדים לתחבולה ואינם נותנין ביד הלוה עד ששאלו למלוה ומסכים וא"כ תו ליכא חשש רק כך הוא באם כותבין א"כ תו הך חששא דרשב"ם עיקר ולא שייך כאן נמצא וכו' אבל באין כותבין ל"ל חשש דרשב"ם דהא איכא חזקה כאן נמצא וא"ש ודוק והך תי' באמת כפתור ופרח רק צריך לדחוק בלישנא דגמ' דלא נתן טעם זה וצ"ל כמש"ל דגמ' קאמר טעם לשטר שכתב בו אני יב"ש לויתי ממך סתם וכמש"ל בכוונת הטור ודוק אבל בדברי הש"ע הם נכונים כראי מוצק ובזה יש ליישב דברי הטור דכתב הטעם של רשב"ם משום דשמא פרעו והחזיר לו שטרו משום דהטור ביקש לומר דשום שטר א"מ הן דכתב ביה אני יב"ש לויתי מיב"ש או דכתב ביה לויתי ממך ולכך נתן הטעם משום פרעון ואם כן בממ"נ בשטר שאין נזכר רק לויתי ממך דלא שייך פרעתני כנ"ל לעומת זה שייך כותבין שטר ללוה וכו' ואפילו באין בו קנין דס"ל לטור עבחז"ל ואי דכתב יב"ש לוה מיב"ש דלא שייך כותבין שטר ללוה כהנ"ל לעומת זה שייך פרעתני וכו' כנ"ל וא"ש ואף דכתבתי לעיל בכה"ג לא שייך עבחז"ל דלא מוכח מתוכו צ"ל דהטור לא ס"ל בזה כהתו' דמ"מ אף דלא מוכח מתוכו מ"מ עבחז"ל וכן נראה שהוא דעת הרמב"ן הביאו הר"נ בפרק המגרש בשמעתי' הלכה כר"א בשאר שטרות וכן הבע"ת בשער י"ג דאף לר"מ בשני שטרות יוצאים ביום אחד לזה שנמסר ראשון קנה והא דאמרינן בכתובות דלרבי מאיר יחלוקו דזכין כאחד הוא לאביי דעבחז"ל ואם כן הכתיבה נעשה כאחד ותו לא משגיחין במסירה הרי אף דבו ביום לא מוכח מתוכו השעבוד עד כלות היום ומכל מקום אמרינן דזכין לו וחל כאחד וזהו דלא כהתו' וכן דעת הטור (מיהו בלא"ה יש לומר כי בעינן מוכח מתוכו אי שעבודא ל"ד אם כן השטר משוי שעבוד ובעינן מוכח מתוכו אבל אי שעבוד' דאורייתא והשטר הוא לקול מה צריך למוכח מתוכו הא אינו אלא לראיה ועיין תוס' גיטין דף נ' דסבירא ליה לרבא ש"ד וכו' יש לומר בהך פליגי ברייתא סבירא ליה כתנאי דסבירא ליה שעבוד' לאו דאורייתא ולכך מוציאין דאין מ"מ ומשנ' סבירא ליה שעבודא דאורייתא ואין צריך מוכח מתוכו ואין מוציאין אבל אביי ס"ל שם שעבוד' לאו דאורייתא וכן רבה סוף ב"ב וליכא לאוקמי משנה דהלכתא כוותי' ש"ד ושפיר קשה במה פליגי ודוק) אמנם עדיין יש להבין ברמב"ם דלא סבירא ליה עבחז"ל ומ"מ סתם וכתב דשני יוסף בן שמעון אין מוציאין שטרי חוב זע"ז ולא חילק בין שטר שיש בו קנין לאין בו קנין ואיך כתב סתמא והמ"מ הביא עליו דברי

רשב"א דמחלק בין שטר קנין לאין קנין אבל לא ביאר כלום למה סתם הרמב"ם וכתב סתם ולא חילק כמבואר בגמ' והדבר צריך תלמוד ומה שנרא' בישובו הוא כך דקשה ליה לרמב"ם איך אמרינן למ"ד דלא כתבינן שטר ללוה בלי מלוה רק בשטר קנין הטעם במשנה דאין מוציאין זע"ז משום כותבין שטר ללוה וכו' תינח כשיש בו קנין באין בו קנין מה איכא למימר ואיך קתני סתמא במשנה מבלי הבדל בשלמא לאביי דסבירא ליה עבחז"ל יש לומר בהא פליגי התנא דמשנה ובריייתא ואם כן לתנא דמשנה דסבירא ליה עבחז"ל לעולם אין מוציאין בכל השטרות דבכולם כותבין ללוה וכו' אבל לרב אסי קשיא ולכן סבירא ליה לרמב"ם לפי דאמרינן בפ"ק דב"מ המוצא שטר הקנאה בשוק יחזיר דלפרעון לא חיישינן דאם איתא דפרעו הוי קרע ליה לשטרא והקשו דלמא פרעו מקצת והשלישו ביד שליש וממנו נפל ולא היה אפשר למקרעי' ובאמת לק"מ דודאי סתם שטר אין למיחש ביה לפרעון דאוקי על חזקתו בכל תוקף דלא נפרע רק כל החשש דאנו אומרים דנפרע הואיל ונפל אתרע ואנו אומרים ודאי פרע ולכך לא נזהר בשמירתו ואם כן אמרינן בממ"נ אלו פרוע הוא לגמרי הוה קרע ליה ואם לא פרוע כולו אם כן אף הוא נזהר בשמירתו וע"כ דנפל באונס ואם כן אין כאן ריעותא בנפילתו ואוקמינן אחזקתו ולק"מ ועיין באסיפת זקנים בשמעת' הנ"ל בשם ריטב"א משמע כמ"ש. ולפ"ז להך סברא אף כאן ליכא לחששא דרשב"ם דיטעון פרעתני על שטר זה והחזרתי לך דכיון דליכא ריעותא לא מוקמינן השטר בחזקת פרעון ואמרינן השטר בחזקתו דלא נפרע ועוד דאם שם אמרינן דאי איתא דפרע הוה קרע ליה מכ"ש בזו דהוה מלוה קרע ליה וכמש"ל דאיך ימסור שטר ליד לוה במה שיוכל לומר למחר הוא המלוה והוא הנותן הלוה והרי זה במכ"ש מהך דהתם אבל למ"ד חיישינן לפרעון אף כאן יש לומר כמ"ש רשב"ם ובזה אתי שפיר דדעת הרמב"ם דשמואל דסבירא ליה דלא חיישינן לפרעון סבירא ליה כאביי עבחז"ל כמ"ש הרמב"ן הובא בר"נ בפ' המגרש הנ"ל. ואם כן אתי שפיר דודאי המשנה סתמא קתני אין מוציאיך זע"ז ובכל שטרות מיירי רק למאן דלא סבירא ליה עבחז"ל סבירא ליה דחיישינן לפרעון אם כן שפיר יש לומר חששא דרשב"ם במשנ' ולכך קתני אין מוציאין ול"ק מברייתא דקתני מוציאין במה פליגי דהא בהך דחוששין לפרעון פליגי תנאי בב"מ דף ז' ע"ב פלוגתא דר"י ורבנן ע"ש ואתיא הך ברייתא כהך תנא דאין חוששין לפרעון אמנם הך סוגיא שם אזלא למ"ד דס"ל כשמואל דלא חיישינן לפרעון ואם כן ל"ל תי' של רשב"ם אך לשמואל הא עבחז"ל אם כן שפיר י"ל דפליגי בכותבין שטר ללוה וכו' ומכל מקום סתמא קתני במשנה דהא עבחז"ל ולעולם כותבין שטר ללוה ואתי שפיר. ולכך לפי דקי"ל דחוששין לפרעון שפיר יש חששא דרשב"ם ולכך סתם הרמב"ם

דלעולם אין מוציאין זע"ז וכן הטור אפשר נקיט מילתא פסיק' וטעם היותר מבורר לדברי הכל דהך אי עבחז"ל או לא כתב לעיל בסי' ל"ט במחלוקת אבל דחיישינן לפרעון הכי קי"ל בלי ספק כמבואר לקמן סי' ס"ה אך אחר כל המו"מ הזה לא נתבאר טעמו של רבינו המחבר בש"ע דכתב קנין וגם נתן טעמו של רשב"ם כמ"ש הרמ"א דהם דברים הסותרים זה את זה ולכן לא ידעתי לי' פתר הגון (ודוחק לומר כי זה לא שכיח דכתבו עדים ללוה בלי מלוה בשני יוסף בן שמעון וכמש"ל דהא מרגישים התחבול' רק באמת יש כאן חשש דרשב"ם רק תינח אם טוען כך רק בטען לא היו דברים מעולם מה איכא למימר ואי דהוה מגו מגו דפרעתני הא הוי מגו במקום עדים אך זהו אם אין כותבין ללוה לחוד אבל אם כותבין רק שלא שכיח מכל מקום מגו מהני ולא הוי במ"ע וסבירא ליה מגו דל"ש אמרינן ועיין לקמן סי' פ"ב בקונטרס מגו) אם לא מ"ש בימי חורפי והוא דהפרישה דייק ליה מדברי הרמב"ם דכתב עד שיבאו עדי שטר ויעידו זהו שהעדנו עליו במלוה דדוקא במורי' באצבע זהו הלוה וזהו המלוה אבל אם אמרו סתם ידענו כי במעמד שניהם הלוה והמלוה נמסר השטר ולא ידענו מי היה הלוה או המלוה כי שכחנו אינו מועיל ובאמת יפה דייק ליה הרמב"ם מלישנא דמשנה דקתני סתמא אין מוציאין זע"ז מבלי הבדל וחילוק אם עדים מעידים כך או כך אבל באם עדים מעידים שזהו הלוה וזהו המלוה דל שטרא מהכא ובאמת אין מוציאין על ידי שטר כלל רק על פי עדותן דהא יכול לעשות שטר אחר ולשלש כמ"ש המ"מ להדיא ע"ש אבל אם עדים אחרים מעידים או שהם מעידים שהיה במעמד שניהם לא מהני אך אם כי הרמב"ם דייק ליה מהמשנה היא גופא קשיא מה טעמא דהמשנה הא כשהעדים מעידים שהיה במעמד שניהם הא תו ליכא חשש כלל ולמה יפסול לגבות בו אך הא יש כאן עוד חששא של הרשב"ם דיטעון פרעתני והחזרתי לך כהנ"ל רק יש לומר מהכ"ת יחזור השטר כזה שלם בלי לקרוע ויתן שטר ביד הלוה שיהיה יכול אחר כך לטעון עליו אני הוא המלוה כנ"ל אך לפי הנ"ל דיש כאן חשש דכותבין שטר ללוה בלי מלוה והו' אם כן שפיר יכול לטעון החזרתי לך השטר כשפרעתני ולא חשתי לקורעו כי חשבתי בממ"נ אם לא יבאו עדים ויעידו שהיה השטר נעשה במעמד שניהם אם כן בלאו הכי לא יוכל לגבות כי יטעון העדים כתבו לך שטר דכותבין שטר ללוה וכו' ואם יבואו העדים ויעידו מסתמא יזכרו וידעו מי הוא המלוה ומי הוא הלוה ואם כן איך יוכל לשקר ולומר כי הוא המלוה ולזה אין חושש שיזכרו העדים שנעשה במעמד שניהם וישכחו מי הלוה והמלוה. דכולי ואולי האי חששא רחוקה אין חושש ולכך מחזיר לו שטרו משום לצור על פי צלוחיתו ולכך אפילו באים העדים והעידו דהיה במעמד שניהם אין יכול לגבות מטענת הרשב"ם הנ"ל

וכנ"ל אך זהו בשטר שיש בו קנין דכותבין בלי מלוה שטר ללוה אבל באין בו קנין דאין כותבין בלי מלוה אם כן ליכא חששא דכותבין שטר ללוה וכו' אף הך חששא דרשב"ם ליכא דליכא למימר החזרתי לך השטר דלמה החזירו שלם ונתן מכשול בידו לפניו ואי דסמכתא על עדי שטר כנ"ל הא באין קנין בשטר אין צריך להביא עדי שטר ואפילו מתו או הלכו למד"ה ליכא טענה דנכתב השטר לו לעצמו ואם כן איך היה מחזיר לו השטר שלם בלי קרוע ולכך ליכא כאן טענה והשטר כשר וזהו כוונת המחבר ביש בו קנין כיון דאיכא גם טענת רשב"ם החזרתי לך השטר כשפרעתני לעולם אין גובה אפילו עדים מעידים שהיה במעמד שניהם כנ"ל ובלי קנין לעולם גובה דליכא כאן מקום טענה כלל ודברי הש"ע ברורים וזה התי' אמרתי בשנת תע"ח כשלמדתי בדיבוק חכמים לפני מ"ו הגאון מהור"ר שמואל מקראקא זלה"ה בפראג וקלסהו למאוד. אך עם כל זה כיון דבררתי דסתימת לשון הרמב"ם מורה דלעולם אין מוציאין זה על זה אפילו בשטר בלי קנין וכן דעת רשב"ם וטור וברטנורה בפי' במשנה ואם כן ודאי דיכול המוחזק לטעון הממע"ה וקי' ליה כהנך פוסקים הגדולים בחכמה ומנין אמנם נראה באין בו קנין והוא בתוך זמנו אין כאן טענה דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו וכמו שכתבתי לעיל באריכות ואף דסתימת לשון הטור אינו משמע כן אפשר דהואיל דפסק כאביי עבחז"ל ואם כן בלא"ה יש כאן טעם מחמת כותבין שטר ללוה וכו' אבל לפי דלא קי"ל כאביי יש להוציא אפילו מיד מוחזק דלא מצינו לו דיעה ברורה בפוסקים ולא שייך קים ליה. ומה שטרחו הב"ח והש"ך ויתר מפורשים ליישב דברי רשב"ם שם בדבור המתחיל זימנין וכו' כסבור הוא לרמות חבירו ולגבות בו בשטר זה והוא אינו יודע מה ששנינו שאין יכול להוציא שטר על חבירו ששמו כשמו דהא בזה אנו דנין ובשביל כך תקנו כך עיין מ"ש בדוחק ולי נראה דהמדפיס השמיט הנקודות על מילת מה והוא ראשי תיבות משום הכי ולכך טעות אחר נגרר עמו שהוסיף שי"ן ששנינו וכן צריך לומר לרמות בו חבירו ולגבות בו בשטר זה והוא אין יודע (פי' הוא חבירו לא ידע מכלום מכתיבת העדים והוא יוציא עליו שטר ללא פשע) משום הכי שנינו שאין יכול להוציא שטר על חבירו ששמו כשמו והוא פשוט ונכון והאמת עד לעצמו:

ז **אלא אם כן באו עדי שטר בעצמן כו'** וכתב הש"ך דבמ"מ וכן בתשובת הריב"ש סימן שכ"ג הביא דעת יש מפרשים דמכל מקום לא הוי מלוה בשטר כיון דלא מוכח מתוכו ואני תמה הא מבואר להדיא בגמרא דגיטין דף כ"ד ע"ב דלר"א דאמר עדי מסירה כרתי אין צריך מוכח מתוכו ואם כן בממ"נ אי איירי בשטר קנין מהיכי תיתי לא יועיל דל שטרא כלל מהכא והשטר כאינו הא בקנין קי"ל גובה משעבדי דקנין יש לו קול ומה

צורך לשטר אי נכתב בשטר או לא הא ע"י קנין גובה ועל כרחך דאיירי בשטר בלי קנין ואם כן העדים אין רשאים לכתוב עד שימסרו שטר ליד מלוה כדלעיל בסימן ל"ט סעי' י"ג ואם כן אין לך עדי מסירה יותר מזה דהם דמסרו השטר ליד מלוה ובע"מ לכ"ע לא בעינן מוכח מתוכו וצריך לומר או דסבירא ליה כמו שכתבתי לעיל בסימן מ' בדעת מרדכי דלא מהני עדי מסירה רק ביחדן לכך או דלא סבירא ליה כלל עדי מסירה כרתי בשטרות או דסבירא ליה עבחז"ל ואם כן יתכן בלי קנין דמכל מקום מסרו השטר ללוה לחוד אבל לפי דקי"ל ע"מ כרתי בשאר שטרות ולא עבחז"ל וגם דבעינן יחוד לע"מ לא שמעינן אם כן אין מקום לדיעה זו דודאי בכה"ג דאיכא ע"מ לא בעינן מ"מ ועיין ר"נ פ' המגרש מוכח אפילו ע"ח כרתי מכל מקום אי אף ע"מ כרתי לא בעינן מוכח מתוכו ולכך אמרינן שודא ע"ש. (והנה יש להתעורר לפמ"ש דבעינן בשטרות גם כן מוכח מתוכו אם כן הא מבואר בגיטין דף כ"ד ע"ב דביש לו שתי נשים ששניהם שוות למ"ד בעינן מוכח מתוכו אפילו קטנה שגיטה בידה אינה מגורשת דלא הוי מוכח מתוכו והגמרא שם מדמי הך לשני יב"ש שמוציאין על אחר ועיין א"ע סימן ק"ל וקל"א בב"ש ע"ש ואיך יוציאו על אחר וצ"ל דגמ' מדמה להיפוך הואיל בגט הוי מוכח מתוכו בס"ד מכ"ש גבי שטרי ממון אבל למסקנא אמרינן בשטר דעיקר השעבוד משעת נתינה אם כן הוי הך דבידו השטר ויש כאן חזקה כאן נמצא כאילו מוכח מתוכו משא"כ בגט דבעינן בכתיבה וחתימה מוכח מתוכו וזהו לא מועיל חזקת הגט בידה על החתימה ודוק ובאמת בזה אמרתי לישב מה דקאמר רבא שם זאת אומרת דמוציאין על אחרים דמה צורך למשנה דגיטין הא היא משנה בב"ב כדיוק רבא ואביי הודה לו מדיוקא דמשנה דעל אחרי' מוציאין דלפמ"ש ניחא דמשנה ב"ב הואיל וקתני אין מוציאין זע"ז ומשום כותבין ללוה ש"מ דמשנה איירי בשטרי קנין ואם כן פשיטא דמוציאין על אחרי' דהוי קנין ובקנין ל"צ מוכח מתוכו אמנם מגט מוכיח דהוי מוכח מתוכו אם כן בכל השטרות מוציאין על אחרים ובזו יש לישב קושית התו' דהקשו ביבמות דף ק"כ וכן בפ' הספינה מנלי' לרבא להוכיח דילמא חיישינן דילמא מסר ואותיות בעינן כומ"ס והך חששא ליתא בגט ע"ש דלפמ"ש על זה דלא חיישינן להך כבר מבואר בב"ב דהן מוציאין על אחרים ובהך חששא אין חילוק בין שטר נין לאינו קנין רק כל הספק הוא דלא הוי מוכח מתוכו באין בו קנין וע"ז שפיר דייק מהך דגיטין כיון דבגט הוי מוכח מתוכו מכ"ש בשטר ודוק:

ח **יש לו דין מלוה על פה כו'** משמע הא עדי שטר בעצמן הוי להו דין מלוה בשטר לגבות משעבדי ואני תמה כיון דמיירי בלי קנין כמו שכתבתי לעיל ואם כן למה יש לו מלוה בשטר ואי דיכולים לכתוב שטר אחר הא הוי ליה מוקדם ובמה ישתעבדו נכסים

בהאי שטרא האי שטרא הוי ליה חספא בעלמא והגע עצמך עדים שהיה להם לכתוב שטר ביום הלואה וכתבו ביום שלאחריו וכי לא הוי מוקדם ואף זה כמוהו דראשו. פסול ואם דיש להם רשות לכתוב שטר שני אינו כי אם מיום השני אבל מיום הראשון הא ה"ל מוקדם ולכן הטעם שנתן המ"מ וריב"ש דיכול לשלש בשטרות ולא עשו שליחתן אינו מועיל לגבות מיום שנכתב השטר דאז השטר חספא בעלמא ואפשר דהם סבירא להו הואיל ושעבודא דאורייתא ואם כן אף בלי שטר היה ראוי לגבות משעבדי רק חז"ל תקנו משום דלית ליה קלא וכאן דעדים מעידין דזה יוסף ב"ש האמיתי שלוה אף דנכתב שטר סתמא מכל מקום בקול שהוציאו הוציאו להדיא על יב"ש הלזה ולכך גובין מזמן הראשון אך אין תי' זה מספיק ברבינו מחבר דפסק לעיל סי' מ"ו בהרחיק ב' שיטין ולאח"כ ביום שנאחריו מלאוהו בקרובים דה"ל מוקדם אף דברור דעדים הוציאו קול בבירור דכי בשביל הרחקה נמנעו להיציא קול ומכל מקום סבירא ליה למחבר כיון דליכא שטרא כראוי לא נשתעבדו נכסים דמה בכך שעבודא דאורייתא עכשיו בטלו חז"ל לשעבודא וליתא לשעבודא אלא בשטר ואף זה כמוהו דמה בכך שיכולים לשלש. ואי נימא דסבירא ליה למחבר לא מטעמא של המ"מ דיכולים לשלש רק מטעם שכתבתי בס"ק הקודם דאין צריך מוכח מתוכו והשטר בעצמו כשר בע"מ והעדי חתימה הן הן ע"מ כמש"ל עדיין יקשה אף עדים אחרים אם היו במעמד כשנמסר השטר מיב"ש זה הא ה"ל ע"מ וכי בעינן דוקא ע"ח שיהיו ע"מ והא לא בעינן יחוד לכך ולכך דין זה צל"ע וצריכין לדחוק דעדים אחרים לא היו במעמד שמסרו העדים השטר ליד מלוה דה"ל ע"מ רק ידעו כן דראוהו דהלוה המלוה לזה יב"ש וכדומה או שהודה בפניהם אבל ע"מ באמת מהני וצ"ע:

ט **ואם היה אחד מהן קטן כו'** נראה דגם בהך בבא דשני יב"ש אין יכול להוציא שטר זה על זה אם זה שהיה תובע היה קטן בעת שטר והנתבע גדול מוציאין מיד זה בשלמא המלוה יכול להיות קטן דמקחו מקח במטלטלין בהגיע לעונת פעוטות ואף הוא יכול להלות מעות לאחרים ולצות לכתוב עליו שטר אבל הלוה אינו יכול להיות קטן כלל כי אין התחייבות שלו כלום ולכך ע"כ הוא המלוה דאם הוא הלוה איך כתבו העדים שטר עליו חזקה על עדים שעושין כהוגן וזה פשוט. אלא שראיתי להרב כה"ג שלבבו לא כן ידמה ונסתייע מבעל ס' מורה צדק דכתב דמרש"י כתובות ורשב"ם בב"ב משמע דשניהם צ"ל גדולים ולא עיין כל צורך ברש"י ורשב"ם כי הם מיירי במוכר קרקע ולוקח ובזו צריכים שניהם גדולים כי למכור קרקע צריך להיות גדול והלוקח לוקח קרקע גם כן גדול משא"כ בהלואה אף קטן שהגיע לעונות פעוטות יכול להלות וליקח שטר וזה פשוט:

י **יכתבו שום סימן** במשנה יכתבו כהן או לוי ואם נכתב על אחד סתם יב"ש והשני כהן אם אמרינן מסתמא הואיל ולא נכתב כהן ש"מ דקאי על אידך יב"ש הישראלי או דהל"ל למכתב להדיא יב"ש הישראלי וסתם י"ל דנתכוונו להך יב"ש כהן ולא כתבו כל יחוסו בזו נסתפק ריא"ז הובא בשלטי גבורים ע"ש ומדברי רשב"ם דכתב יכתבו כהן אני יב"ש כהן לוה מיוסף ישראלי אין ראיה דבכה"ג דלוה יב"ש מחבירו יב"ש ונכתב על אחד כהן פשיטא השני הוא אותו שאינו כהן דהא ליכא רק חד כהן וע"כ מילת ישראל ברשב"ם שיגרא דלישנא בעלמא אך אין ספיקא של ריא"ז מוציא מידי ודאי גאון שמהרא"י סימן ו' בכתביו כתב ועוד אמר גאון אם המגרש ישראלי והשני כהן או לוי אין צריך לכתוב סי' אע"פ שמתוך הגט לא ניכר שום הפרש עכ"ל והרי הדבר מבואר דהואיל ולא נכתב כהן אמרינן הך ישראלי הוא ומוציאין שטר חוב עליו ולא יכול לטעון יב"ש אחר הוא דהשני כהן והיה כותבים כהן ואין לפקפק דילמא נכתב על השני והעדים לא ידעו שיש עוד יב"ש ולפיכך לא חששו לכתוב כהן דבמקום דליתנהו ב' יב"ש לא נהיגי לכתוב כהן כמ"ש מהרא"י בעצמו מהך משנה דצ"ל בהוחזקו שני יב"ש קלא אי' להו ויודעים עדים וכצ"ל בתו' כתובות דף כ"ד ד"ה אמנה וכו' ע"ש דכתבו אף דאין עדי' מדקדקים לידע אם הוא כהן או לאו ולכך א"מ משטרו' ליוחסין כשיש שני יב"ש מדקדקין ואז מעלין משטרות ליוחסין. וקשה דילמא לא ידעו שהיה שני יב"ש ואם כן סמכו על דברי הלוה והוא הערים והוא באמת ישראל ויוציאו ממון מיד השני הכהן שלא כדת וצריך לומר דקלא אית להו בהוחזקו והעדים מדקדקים היטב וכן דייק הש"ך לקמן בס"ק י"ז מהך חשש דעדים יודעים אם הוחזק אך בב"ב דף קס"ז ע"ב ד"ה וליחוש וכו' משמע אפילו הוחזקו אין עדים חוקרים כלל ואינם שמים על לב כלל אם יש עוד יב"ש או לא ע"ש בתו' מיהו יש לדחות דבזמן המשנה לא היו כותבין כהן רק בשני יב"ש כמ"ש מהרא"י בעצמו סימן ו' וסימן י' ע"ש ואם כן בממ"נ אילו לא ידעו משני יב"ש לא היו כותבין כלל כהן משא"כ בהא דאין מעלין משטרות ליוחסין הוא בזמן אמוראים דנהגו לכתוב בכל דוכתי כהן אמרינן דכתבו כן באקראי כמ"ש מהרא"י בסימן הנ"ל אך מכל מקום לשון התו' אי' מורה על זה דהל"ל בזמן אמוראי' לא היה מועיל סימן כהן בשני יב"ש כמ"ש דדילמא לא ידעו מב' יב"ש אלא ש"מ דקלא אי' ליה ונכון:

יא **וי"א דאין כותבין שם עיר בשטרות כו'** הוא דברי רבינו ב"י דדייק מהך דלעיל ס"ס מ"ב וכן לקמן סי' ס"א דאין לכתוב שם מקום בשטר והב"ח והסמ"ע השיגו דשם מיירי ממקום כתיבת השטר והלואה לידע איזה מטבע הלוהו אבל לא מיירי ממקום דירת הלוה ומלוה וכבר נשאל הרב הרמ"א בתשובה סימן צ"ה בזה והשיב דסבירא ליה

להגאון מהרי"ק דאם היה כתוב מקום דירת הלוה ודאי נעשה שם ההל אה דמסתמא דמילתא במקום שהיה דר נעשה ההלואה כמ"ש הר"ן סוף כתובות עכ"ל ע"ש ודבריו בלתי מובנים דודאי אמרי' במקום שדר המלוה נעשה הלואה אבל לא במקום שדר הלוה ואם הלוה דר בחברון והמלוה דר בירושלים ודאי דהלואה היה בירושלים ולא בחברון כי עבד לוה לאיש מלוה והר"ן כך כתב שיביאו המלוה או הלוה במקום שהיו דרים שם ואז אמרינן באותו מטבע נעשית הלואה הרי לשון דרים מוסב על תרוויהו דהר"ן מיירי סתמא כששניהם דרים במקום אחד אבל העיקר תלוי ודאי בדירת המלוה ומ"ש הר"ן המלוה או הלוה פי' אם המלוה אומר שהיה מטבע אז יותר טובה הוא יברר בראיה ואם הלוה אמר שהיה המטבע גרוע הוא יברר אבל ברור דהכל תלוי בדירת המלוה וכאן בשטר אין צריך לדירת המלוה וזהו לא מעלה ומוריד רק לענין יב"ש להוציא זה על זה אבל להוציא על אחר מה מועיל דהלוה טוען לאו אנא רק אחר הוא הלוה ואיברא דמ"מ דינו ופירושו של רבינו ב"י דמפרש הא דכתב הטור דצריך לכתוב היינו לכתחלה שלא יהא יכול לטעון כן אבל אם לא נכתב ולא טען כן כשר אמת ומוכרח דהא סיים הטור ואין חילוק בין שטרות לגיטין והא בא"ע סימן קכ"ח פסק הטור כהרא"ש דמתחלה נהגו לכתוב מקום דירת הבעל והאשה משום חשש שני יב"ש אבל בדיעבד כשר אם לא נכתב כלל וע"ז סמכינן ולא כתבינן כלל בגיטין מקום דירתם הואיל ואנו בעו"ה מטולטלים בגולה וסמכינן דבדיעבד כשר ואיך יהיה כאן פסול ואף דאפשר לחלק דבגט הוא האיש והיא האשה דהא מכירין אותם רק דחוששין לקנוניא דיעשו כזו איש ואשה וילכו למקום אחר ויתנו לאשה אחרת להיות מגורשת בו מבעלה כולי האי בדיעבד לא חיישינן במתא אחריני כלל אבל כאן אין כאן חשש כלל קנוניא רק אמרינן דבאמת האי לא חייב לו מידי רק זה יוסף בן שמעון מעיר אחרת ויש לחוש ביותר מכל מקום חדא דהא גם בגט באותו מקום שהוחזקו שני יוסף בן שמעון אפילו בדיעבד פסול בדלא נתברר בעדי מסירה וכיוצא בו כמבואר בא"ע סימן ק"ו ס"ו ע"ש וגם לישנא דטור דכתב אין חילוק בין גיטין לשטרות מבואר דדין אחד להם לכן ברור דלא אמרו הטור אלא לכתחילה ובהכי ניחא במ"ש דיש לכתוב שם עיר המלוה בשטר וכבר תמה בפרישה שם המלוה למה וע"ש שביקש לדחוק דלא חלקו בין גיטין לשטרות והואיל בגט נכתבים שניהם אף בשטר יש לכתוב שניהם ומלבד דזה דוחק מבואר אף גם היא גופא קשיה בגט גופיה למה צורך לכתוב דירת אשה כיון דנכתב דירת הבעל ואין באותו מקום עוד יוסף בן שמעון כמוהו אם כן תו ליכא למיחש לחשש וקנוניא ולכן נראה בשביל כך דעצה טובה הוא לכתוב שם עיר המלוה לטובת המלוה דאם לא כן כיון דקי"ל בשני יוסף בן שמעון דמוציאין

על אחרים אם בידו של לוה שובר מאחד אין יכול לגבות אם כן בטלת לכל שטרות של מלוה דאטו לא ימצא בקצה תבל ומלואו אחד ששמו כך ילך ויקח ממנו שובר שפרע או שמחל לו כל תביעתו וכדומה ויפסיד זה שטרו. ולכך עצה טובה שיכתוב המלוה ממקום פלוני וא"כ אף בשובר צריך לכתוב כן כדעת הרמ"ה דלקמן (ואף דהטור לא סבירא ליה בזה כרמ"ה היינו בענין שלוש אבל בזה מודה דהוי ליה להזכיר שם מקום כיון דנוהגין לכתוב שם דירת המלוה ולוה בשטרות) ואם כן צריך לפרוע וא"ש וזה ברור בטור. וש"מ דהכל לכתחילה קאמרי והנה הרבה ש"ך כתב דדברי ב"י הם מבוארים בדברי רמב"ן והובא במ"מ פ' כ"ד מהל' מלוה דאין לכתוב בשטרות שם דירת מלוה ולוה כלל ובאמת הבדל גדול יש ביניהם לדינא כי הבית יוסף מפרש בטור דלכתחילה יש לכתוב שם דירת הלוה וגם אם לא נכתב כשר אם לא טען הלוה לא אני הוא כי מי יודע איזה יוסף בן שמעון מאיזה מקום כמ"ש הבית יוסף להדיא וגם זה לא טען כן משמע הא טען טענתו טענה ואולם הרמב"ן כפי מ"ש המ"מ בשמו וכמ"ש בב"ב דף קס"ד ע"ב דהקשה בשטרי הלואות דלא כתבינן שם עירו אם כן ליחוש דילמא כתב שטר בשמי' דידיה דהוא יוסף בן שמעון ואזיל למתא אחריתי דאית ביה יוסף בן שמעון ויהיב למלוה השטר ותי' דתו א"א דאם כן אין לדבר סוף וכו' ע"ש ומזה נלמוד דלכתחילה לא כתבינן שם דירת הלוה בשטרות וגם נלמד דאי טען דאין מועיל ומכל מקום צריך לשלם דאם לא כן מה קושיא אם יעשה קנוני' ויתבע השני בעיר אחרת אף הוא יטעון לאו אנא הוא ומי יודע יוסף בן שמעון מאיזה עיר הוא ומה קנוניא יש כאן ועכצ"ל דבאמת גבה ויש כאן מחלוקת גדול בדין ובעיני רחוק מציור שכלי דברי הרמב"ן דאם כן בשטר שאין נזכר בו דירת הלוה וגם אינו דר במקום כתיבת שטר דנימא גבי' חזקה דהיה דר באותו מקום שנכתב השטר יכול לגבות בו ולא מצי למטעון לאו אנא הוא לא שבקת חיי לכל עשיר וגברא דאית ליה דאיך אפשר שבקצה תבל ומלואו לא יהיה בני אדם רבים ששמותן שוים זה כזה ואם כן ילך לארץ הודו ויקח שטר מיוסף בן שמעון איש עני ונכה למאוד ויבא בארץ צרפת לגבות בו מעשיר אדיר וגדול ומאין הרגלים יהיה יכול לתבוע מיוסף בן שמעון בעיר הזאת אם אינו דר במקום כתיבת השטר ולא נזכר דירתו ויוסף בן שמעון טובא איכא בעלמא ואין זה דומה לגט דאין כותבין שם דירה ומשמע מפוסקים דאפי' יערער הבעל דלא יהני ואין יכול לטעון קנוני' נעשה דהתם שאני דצ"ל קנוני' נעשית כמש"ל וזה לא חיישינן אבל כאן מה קנוני' צריך הלוה טוען אני לא נתחייבתי מעולם ולא נכתב ובאמת לפי מ"ש הרא"ש בפ' הזורק ודייק שינו שם עירו ועירה פסול ש"מ אם לא נכתב כלל כשר. וקשה הא מתניתין רבי מאיר היא כמבואר בגמ' להדיא ולרבי מאיר בעינן מוכח

מתוכו ומה זה מוכח מתוכו כיון שלא נזכר בו שום מקום וכל אנשי העולם בכלל הגט אך יש לומר באמת הרא"ש וסייעתו סבירא להו דאף לרבי מאיר לא בעינן מוכח מתוכו כמש"ל והרמב"ן גופי' שם בב"ב משמע דמסכים לראב"ד דבגט שם עירו ועירה מעכב ולכן לא זכיתי להבין דיעה זו וצ"ע:

יב **מיהו ודאי וכו'** ויש לדקדק דכיון דאין צריך לכתוב כלל שם העיר ואין צריך לחוש כלל אולי יש עוד יוסף בן שמעון במקום אחר אם כן מה מהני דכתבו מאותו מקום הא כיון דאין צריך לכתוב אמרינן לאו אכולי מילתא מסהדי כמ"ש הרא"ש להדיא פרק הזורק דאם שינו מקום לידתו לא מפסלי סהדי הואיל ואין צריך לכתוב לאו אכולא מילתא מסהדי ע"ש ואף בזו אין צריך ליכתוב וליחוש ליוסף בן שמעון בעיר אחר ואם כן לאו מסהדי עליו כלל ויש לומר דאם בא זה לגבות מיוסף בן שמעון הדר בירושלים וכתב בשטר הדר בחברון שורת הדין דאין יכול לגבות מן יוסף בן שמעון בירושלים דבלאו הכי היה יכול יוסף בן שמעון בירושלים לערער ולומר מי יימר דאנא הוא דילמא אחר ממקום אחר רק אנן מחזקינן דהוא הוא ולא מרעינן שטרא לדעת הרמב"ן ומ"מ כשאין ריעותא בשטר אבל כשנכתב בו ממקום אחר הרי על כל פנים רגלים לדבר דיש עוד יוסף בן שמעון בעולם ואם כן חזר הדבר לספק ולא גבינן ביה ממנו ומודה בזה הרמב"ן לדעת הטור אבל מהך יוסף בן שמעון הדר בחברון ודאי דגבינן לשיטה זו דלו יהיה דלא נכתוב כלל היו גם כן גובין ממנו:

יג **שלי"ט או נר"ו כו'** עיין מ"ש באורים ויש להקשות כיון דקי"ל מאוחר כשר עדיין יטעון זה יב"ש לא אני הוא רק השני ואז היה אביו שמעון ג"כ חי ולכך כתבו שלי"ט ואחרוהו וכתבוהו ובין כך מת (ובזה היה אפשר לישב מ"ש בגמ' ריש פרק כל הגט דף הנ"ל שני הוא דלא מצי מגרש הא ראשון מגרש ש"מ שני יב"ש אחרים מוציאין עליהם ופי' רש"י דניחוש דיוסף ב"ש השני נמלך והשליך הגט וזו מצאו והקשה מהרש"א דילמא הא לא חיישינן אבל כאן איך יגבה הלוה טוען לא אני הוא וצ"ע לכאורה ואמת כי בלימוד הישיבה אמרתי דזה ודאי ידע הגמרא דיש לחוש לנמלך דאולי התפייס רק בעלמא לא משליך אולי ימצאו אשתו ואם כי בטח בה שלא תטעון בחיו גרושה אני דהיא פייסו מבלי לגרשה מכל מקום אחר המיתה תגבה ראשון בעדי אלמנה ואחר כך בגט כדין הוציאה גט וכו' ואי דבלא"ה צריך שובר מכל מקום נ"מ באין לו עדים שהיא אשתו יש לו מגו משא"כ בגט בידה כמ"ש התו' בשמעתא הטוען אחר מעשה ב"ד באריכות אבל בב' יב"ש שפיר י"ל דמשליכו דאין נ"מ דאם אין לה עדים שהיא אשתו אף בזה לא תגבה דיטענו אחר יב"ש השני גירשך ושפיר מוכח מהך משנה דשני יב"ש מוציאין

אחרים עליהם ודוק וזהו דרך חדוד ופלפול אבל בדרך פשוט י"ל דקשיא ליה לגמרא מה קמ"ל דאין מוציאין עליהם פשיטא מי יפרע וכי מספקא נוציא ממון ועכצ"ל דקמ"ל אף בכה"ג דכתב ב"י מכל מקום אין מוציאין דחוששין דילמא מאוחר היא ואם כן אף בגט אין מוכח מתוכו לס"ד דר"מ היא דזה הבעל מגרש דאף דכתב כן לאשתו אולי היתה זה נשואה מקדם ליב"ש השני וגרשה ונשאת לזה רק זה יב"ש איחר הגט וגט מאוחר כשר ועכשיו מראה הגט לזה הבעל ובאמת הוא מהבעל הראשון דחיישינן למאוחר והיינו למ"ד גט מאוחר הגט חל תיכף משעת נתינת הגט ועיין בפוסקים וא"ש אך צ"ע כי באמת רבו הפוסקים החולקים בזה אי גט מאוחר כשר ואי מתגרשת אי מנתינה או מזמן כתוב בגט ולכן עיין מש"ל בסה"ס בישוב דברי רש"י ודוק) וצ"ל מסתמא דמילת' לא חיישינן לשטר מאוחר הואיל ואין לאחר לכתחיל' אוקמינן לשטר בחזקתו דנכתב בזמנו ועיין אורים דבלאו הכי קשה להוציא מיד מוחזק:

יד **אבל אם כתב וכו'** הרב הש"ך כתב דדעת הרבה מחברים חולקים ודעתו מסכמת כדעת הר"ן כפמ"ש בשם הרמב"ן דהא דאמרינן לאו אכולי מילתא מסהדי היינו דסמכי אחזקה ואין מעלין מחזקה ליוחסין אבל שיעידו דבר שאינו לא אמרינן וע"ש ואין זה מספיק להוציא מיד המוחזק כי הלה יוכל לטעון קים ליה כרשב"א ורא"ה והמוציא מחבירו עליו הראיה. והנה הרב בעל חלקת מחוקק בא"ע סי' ג' הקשה דכאן משמע דאם הוא לשון עדים דמהני ואלו בא"ע אפילו לשון עדים אין מעלין בהו ליוחסין דאמרינן לאו אהך מסהדי ותי' הרב ב"ש די"ל אף דמסהדי עלי' מכל מקום סמכו אחזקה ולא מעלין מחזקה ליוחסין ע"ש ואין תירוץ מספיק דהא דמחלק רשב"א בין לשון מדבר בעדו או מדבר בלשון עדים הוא דקשה ליה איך יעלה על דעת דישקרו עדים וגם קשיא ליה קושית התו' דאיך יהיה בשני יוסף בן שמעון כהן סימן כיון דלא מסהדי עליו סהדי אבל כיון דבאנו לומר סברת הרמב"ן דבאמת דלא מסהדי שקרא רק דאמרינן דסמכו אחזקה כמש"ל ואם כן אין כאן שיור קושיא ומהכ"ת לחלק בין לשין ללשון ואפילו ידבר בעדו כיון דחתימו סהדי קושט' קמסהדי דהא הרמב"ן מפרש ליה בגמ' דאמרינן דסמכו אחזקה ובגמ' נאמר הלשון אני יוסף בן שמעון כהן לויתי מנה ע"ש. וכיון דפסק הש"ע שם כרמב"ן לא ה"ל לחלק פה כי אם ה"ל לפסוק בכל אופן הוי סימן ומהני. ולכן צ"ל דמספקא ליה לרמ"א איזה תי' אמת ונכון ולכך שם ביוחסין החמיר לחוש לתי' הרמב"ן דאף דכתוב בלשון עדים לא מהני דלא מסהדי רק אחזקה וממנו אין מעלין ליוחסין וכאן בח"מ יכול המוחזק לומר קים ליה כרשב"א ורא"ה דכל דנכתב בלשון הלוה אין העדים מדקדקים כלל ואפילו חזקה ליכא והממע"ה. אך הא קשיא דרא"ש בפרק הזורק פסק

באם שינו העדים בגט מקום לידה דכשר ואין לומר דעדים פסולים דהא חתמו שקרא משום דכל מה דלא צריך עדים לכתוב לא קיימי עליהם כדאמרינן בכתובות דאין מעלין משטרות ליוחסין דעדים אמנה בשטר קיימי ולא אפלוני כהן דא"צ לכתבו ולפי דברי רשב"א הא יש חילוק בנוס' כשמדבר בלשון עדים או בלשון עצמו וגם לרמב"ן אין כאן ראיה דשם באמת אינם משקרים רק כתבו דהוא כהן עפ"י חזקה רק ע"כ סבירא ליה כמ"ש התו' דלא דייקי כלל אם לא בשני יוסף בן שמעון בעיר אחת ואם כן דרמ"א דפסק בא"ע סי קכ"ח ס"ב בהגה"ה דאם שינו מקום לידה בעגונה יש להקל ש"מ דע"כ סבירא ליה עיקר כתו' ורא"ש ודלא כרמב"ן ורשב"א הנ"ל ואם כן איך פסק פה בשני יוסף בן שמעון דאם כתב בלשון הלוה דלא מהני וצ"ל דגט גם כן הלשון מדבר בעד הבעל מגרש ולא בלשון עדים כנראה מנוסח הגט אנא פלוני בן פלוני וכו' ולכך שפיר אמרינן לדברי רשב"א דלא דייק כלל אך לפ"ז קשה דבא"ע סי' קל"ו ס"ו בהגה פסק הרמ"א בשני יוסף בן שמעון מהני בגט כשנכתב כהן ומה יהני הא לדברי הרשב"א כשנכתב בלשון לוה או בעל לא דייקי כלל ואין חילוק בין שני יוסף בן שמעון או לא דהא לשיטתו קושי' התו' מיושב כמש"ל וכמו שכתב הש"ך וכמ"ש הרמ"א פה להדיא ולכן יותר נראה הואיל וכתב הרמ"א הך דינא של רשב"א גבי נר"ו ולא מקודם על כתבו שום סימן דהיינו כהן לחלק בין לשון לוה ללשון עדים אלא ברור דס"ל לעיקר כדעת התו' והרא"ש מבלי לחלק בין לשון ללשון ולעולם בבני יב"ש דייקי ולכך מהני כהן ובשאין יב"ש לא דייקי כלל רק הואיל הך סימן דנר"ו ושליט בלא"ה פקפק בו הרב ב"י דאין סימן כלל ועיין מ"ש באורים ולכך כשנצרף לזה גם כן סברת הרשב"א דמדבר בלשון לוה לא דייק כלל ודאי בצירוף שני סברות הללו סבירא ליה לרמ"א דאין להוציא מיד מוחזק אבל בכהן דליכא רק סברת הרשב"א לא חש לה כלל רמ"א וכן נוטה קצת דעת הגי"ת בסוף שער ל"ג ודוק:

טו **אבל אם אין שטר כו'** דברים אלו הם דברי נ"י שכתב בשם ריטב"א כך דמודה שהוא חייב מנה ליב"ש ומת ואין יורשים יודעים לאיזה יב"ש אין לאחד מהם כלום עד שיביא ראיה ויכולים היורשים לדחותו עכ"ל ונראה בחי ואמר לא' מהן ואין יודע לאיזה חייב לשלם לכל אחד כדלקמן בסימן ע"ו ס"ב ע"ש דפשע דה"ל למידע ואי לא תבע ליה חייב לצאת י"ש כדלקמן אמנם אם הלוה בשטר והשטר נאבד מיד המלוה או שמסרו ליד שליש והשליש א"י מי הפקידו בידו הלוה פטור דלא ה"ל למידק כלל דחשב מי שיוציא שטר לו אפרע דהם מוציאין שט"ח על אחרים ואם הוא הפסיד שטרו איהו דאפסיד אנפשיה:

טז **א"י להוציא וכו'** אע"פ שכל אחד תובע ואמר לי הוא המנה שאתה חייב ונראה דזהו הדין כשנים שהפקידו בכרך אחד זה מנה וזה מאתים ואחר כך טוען כל אחד מאתים שלי דהואיל דאיכא רמאי יהיה מנה שלישית מונח עד שיבא אליהו ואף זה כמוהו דבמנה זו דשנים תובעים ואיכא ודאי רמאי דהא אין חייב רק לחד יוסף בן שמעון אם כן יהיה מונח עד שיבא אליהו וצ"ל דריטב"א סבירא ליה דמונח יהיה עד אליהו היינו ביד הנפקד ולכך סבירא ליה דא"י להוציא מת"י אבל לדעתי"א לקמן סי' ש' בהגה דמוציאין מידו ומונח ביד ב"ד אם כן אף כאן עכ"פ מוציאין מיד הלוה או מיד יורשים ומניחו בב"ד ולכן צריך עיון על סתימת הרמ"א דפסק א"י להוציא ממנו דלהנך רבוותא צריך להניחו בב"ד דמ"ש ודוק. והנה במטבע קצר להגאון מהר"ג נקרא שמו חידושי גירושני כתב על הך אלא בהרשאה והא דמהני הרשאה היינו דוקא דליכא רמאי אבל במקום דאיכא אחד מהן רמאי אין נזקקין להם כמ"ש התו' ב"ב דף ל"ה ע"ב ד"ה אין מוציאין ע"ש ודבריו בלתי מובנים דאמת דהתו' כתבו כן לשיטת נהרדעי דסבירא להו בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי ובא השלישי אין מוציאין מידו אבל לפי דקי"ל כר"א דפי' מילתא דר"ח בגווני אחריתי אבל באמת מוציאין מידו וכמ"ש לקמן בסימן קל"ט ס"ב ע"ש אם כן אף כאן הדין כן דמוציאין ע"י הרשאה ושגגה יצא מלפני השליט:

יז **אבל אם משולשים בשטר וכו'** הטור תמה ע"ז מנלי' לרמ"ה דין זה והרב מ"ב תי' דכך מפרש במשנה כיצד יעשו שלא יהיה יב"ש זה נלקה שהשני יתן לו שובר וע"ז נתן המשנה עצה דישלשו בשטר ולא יועיל שובר. והרב הש"ך כתב דאין מזה ראיה דהעצה הוא ששניהם ישלשו הן בשטר והן בשובר ואין כאן חשש ולפי מש"ל בס"ק יו"ד דעת התו' בב"ב דאין עדים חוקרים ויודעים כלל אם יש שני יב"ש ואם כן על מה נאמר כיצד יעשו ישלשו וכו' מי ישלשו בשובר המלוה מה איכפת ליה הוא נפרע ומה נ"מ לו במלוה השני והלוה ניחא ליה שיפטור בו ידי שניהם ואי העדים הא אין העדים יודעים כלל שיש שני יוסף בן שמעון ואין חוקרים ע"כ איברא דעם כל זה קשה האיך אפשר לפרש כיצד יעשה באופן הזה דא"כ לר' ירמיה דמפרש נמצא לאחד שובר לא קאי על זה רק על שובר שנמצא ביד המלוה ולא איירי כלל מהך שובר ביד הלוה איך יתפרש כיצד יעשו וע"כ דמפרש כמ"ש רשב"ם במשנה כיצד יעשו אם רוצים ללות זה מזה או מאיש אחר וכן י"ל לאביי ומנ"ל לחדש דין חדש מה דלא מוכרח. ובאמת בדברי רמ"ה עצמו היתי אומר דסבירא ליה לרמ"ה דלא כרשב"ם דפי' בהא דאם יטעון לכך לקחתי שובר אחד משניכם דמספיק לשניכם וכמ"ש בעה"ת שער ל"ג חלק ד' דין ד' דהוא תימא דה"ל למכתב בשובר שטרות של שני יוסף בן שמעון פרוע ע"ש איברא הרשב"א הוכיח דינו

של רשב"ם דאל"כ לא היה הגמרא שותקין מלומר כן דע"י הרשאה גובין ועיין במ"מ ובגי"ת שם אך י"ל דאין זו קושיא דהא אביי דאמר להך תי' נמצא ללוה וכו' ואביי סבירא ליה לעיל הא דמוכח ממשנה דיכולים להוציא על אחרים ובברייתא אמרינן דא"מ דפליגי באותיות נקנין במסירה וחיישינן דילמא אידך יהיב ליה רק מה בכך אותיות נקנים במסירה ותנא דברייתא סבירא ליה בעינן כמו"ס ולפי זה ביש בידו שובר שטרות של יוסף ב"ש פרוע אפילו הרשאה אינה מועיל דודאי לשון שטרו לשון יחיד לאו דוקא רק כתב לו סתם תביעתי מחול לך או שטרי פרועים דלא פסיקא דיש לא' רק שטר א' יכול להיות שיש לו שני שטרות ופרעום וכתב לו בלשון רבים (וכן משמע לשון בעה"ת דתמה דה"ל לכתוב שטרות של שני יוסף בן שמעון פרועים ולא תמה סתם דעכ"פ ה"ל למכתב שטרות בלשון רבים אלא דזה י"ל באמת נכתב ושטרו לאו דוקא וזה ברור) ולפי זה יטעון שטר שיש ביד יוסף בן שמעון השני גם כן ה"ל ליוסף בן שמעון הראשון שנתן לי שובר רק דמכרו אחר כך במסירה להשני ומה יועיל אם הוא נתן לי שובר על שטרותיו והרי כל השטרות בחזקת יוסף בן שמעון הראשון והרי הוא נתן לי שובר ולכך אינו מועיל הרשאה דהרי הוא צועק הכל היה שייך ליוסף בן שמעון אחד והוא נתן לי שובר והכל מחולים ומה איכפת ליה שנתן אחר כך שטר להשני במסירה ולא שייך קושית הבעה"ת דה"ל לכתוב שטרות של שני יב"ש דהא באמת לא היה רק יב"ש אחד ולא היה לו עסק עם השני וא"ש ולכך לא קתני דהרשאה מועיל דלא פסיקא ליה כשנכתב לשון שטרות כמ"ש דאם לכל אחד שנים אם כן נכתב שטרות וכמ"ש מדיוק לשון בעה"ת אך זה הכל לאביי אבל לפי דקי"ל כרבא דלא חיישינן כלל שאחד מכרו להשני רק אמרינן כאן נמצאו וכאן היו באמת מהני הרשאה וטענת בעה"ת טענה דה"ל למכתב שטרות שניהם פרועים אך עדיין קשה עדיין הל"ל בהרשאה מוציאין אף לאביי והיינו דסתמא דהם משולשים בשטרות ואם כן לא שייך למימר במסירה הגיע לך מהשני דהא הם משולשים ומכל מקום באיכא שובר מא' יכול לדחות וא"כ בהרשאה גובה בממ"נ ועדיין ה"ל להשמיענו דין דהרשאה ולכך צ"ל בכה"ג על בעל השובר להביא ראיה ולא משכחת רק באין משולשים בשטר כלל ואם כן לא פסקינן ליה דיבא בהרשאה כמש"ל. אך לפי זה יקשה על רבינו מחבר דפסק כרשב"ם ורא"ש ומכל מקום הביא הך דרמ"ה להלכה וא"ל דראית רמ"ה מהא דאמרינן בדף קס"ז ע"ב שם איש בגט וה"ה אשה ושם אשה בשובר וה"ה איש ופרכינן וניחוש דילמא כתוב גיטא וממטי ליה לאתתא דהאיך ומשני הגמרא ז"א שני יוסף בן שמעון הדרין בע"א אין מגרשין נשותיהן אלא זה בפני זה וע"ש בתו' כי העדים אינם חוקרים לדעת אם שני יב"ש בעיר וקשה אם כן תרצו גט שובר

מא"ל דילמא תוליך השובר ותמסרו לבעל שני ששמו כשם בעלה ושם אשתו כשמה וכי אין מוסרין שובר אלא זה בפני זה ולכך סבירא ליה לרמ"ה דאביי דאמר כן שם האיש בגט וכו' הולך לשיטתו דסבירא ליה דכיצד יעשה קאי על הך כמ"ש המ"ב דנתנו חז"ל עצה לשלש בשטרות ואם כן בממ"נ אם האשה האחרת יש לה כתובה מושלש בשמות אם יוציא שובר בלי שילוש תטעון האשה מאשה אחרת נלקח זה השובר ואיתרע הואיל ואינו מושלש כמו בשטרות כמ"ש הרמ"ה ואם גם בכתובה לא נשלש איה דאפסידה אנפשה שיעצו חז"ל שתשלש כדי להמלט מתחבולה ואם לא נעשה אפסידה אנפשה אך זה דחוק דכבר בררתי לעיל ס"ק א' דכיון דשובר נעשה כדין ואנו יודעים שזה חייב לזה תו אין אנו אחראין בכך כמ"ש לעיל באריכות ומכ"ש לפי מ"ש בשם הרמב"ן בס"ק ו' דכתב להדיא דאם באנו לחוש לקנוניא אין לדבר סוף ועיין מש"ל בזה. ולכן נראה דיש לרמ"ה ראיה מגמרא דב"מ דף י"ט בשמעתא מצא שובר דפריך הגמרא וניחוש דילמא כתוב ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי וזבנא כתובה ומשני אביי בשטר כתובה יוצא מתחת ידה א"נ עבחז"ל וע"ש מהרש"א דגם במשנה במצא שוברין דקתני לא יחזיר שמא נמלך משמע הא אמר תנו נותנים צ"ל גם כן לאביי כך ועיין מ"ש מהרש"א בדף י"ג ועיין מש"ל בסימן מ"ז ולקמן סימן ס"ה ע"ש וקשה לפי דאוקמו שם בגמרא איירי בהוחזקו שני יב"ש ומכ"ש לאביי דסבירא ליה ביבמות דף קט"ו דחיישינן לשני יוסף בן שמעון אפילו לא הוחזק (ועיין ב"מ דף י"ח בתו' ד"ה לאלתר וכן בדוכתי טובא) א"כ איך נהדר במצא שובר הא אביי סבירא ליה בדף י"ג בנפל חיישינן לקנוניא דאיתרע ואם כן נימא הואיל ונפל כותבה ליתן בניסן ולא נתן רק עכשיו דנמלך להחזירו ליד לוה הוא דקנוניא עושה דיש עוד יוסף בן שמעון בעיר וגם הלוה הזה חייב לו ולכך אמר לתתו לו להערים להפקיע ממון של חבירו בשובר הזה וכי תימא מאן מעכב בידו ליתן לו עכשיו שובר ויהיה גם כן חוב חבירו פקע כדאמר אביי נמצא וכו' זה אינו דב' תשובות בדבר אחד דילמא חבירו בין כך מכרו ואם כן אם יבא בשובר עכשיו לא יועיל כנגד הלוקח שטר דהא השתא אמרינן דליתא לדשמואל וא"י למחול אבל כשיהדר השובר מזמן ניסן הוא קודם ללקוחות של יוסף בן שמעון השני ולא שייך בזו תי' אביי עבחז"ל כי איך יזכה בחותמים ליוסף בן שמעון השני אשר לא ידע כלל מהשובר ולא צוה מעולם לעדים לכתוב שובר ואם כן יפסידו לקוחות שלא כדת ועוד בלא"ה דמכרו דילמא בין כך מת יב"ש השני בין ניסן לעכשיו ואם כך אם יתן עכשיו שובר לא יהיה נמחל חוב השני שישנו ביד יורשים כי הם לא נתנו שובר ואביהם כבר מת ואיך אפשר דנתן שובר אבל בהחזיר לו שובר מזמן ראשון אז היה עדיין יוסף ב"ש השני חי ויוציא שוברו ויבטל שטרו

ובנפילה דאיתרע יש לחוש לקנוניא ולומר דלא היה דברים מעולם דנמלך ליתן ולא נתנו ולכך זרקו לאשפה ועכשיו עושים קנוניא על השני. ולכך סבירא ליה לרמ"ה דינו הנ"ל ומפרש כיצד יעשה כמ"ש המ"ב עצה למלוה להשמר מתחבולת הלוה. ואם כן בממ"נ אם שטר של יב"ש מושלש אין לו פסידא בהחזרת שובר כדעת הרמ"ה ואם לאו איהו דאפסיד אנפשי' שלא שמע לעצת חז"ל ואין אנו אחראין להשגיח עליו מבלי להחזיר שובר מחשש שיקרה לו היזק אם הוא לא חס על פסידא וה"ל להשליש ולשמוע בעצת חז"ל וא"ש ונכון ודברי רמ"ה מוכרחים ואין להקשות לרמ"ה הא דתנן מצא גיטי נשים שחרורי עבדים וכו' ומוקי ליה רבה ור"ז בהוחזקו שני יוסף בן שמעון וקשה למה לא יחזיר שובר מה בכך דנמלך בממ"נ אם אין משולשים בשטר בלא"ה יאמר אין אני חייב לך כלל ואין אחרים מוציאין ואי דמשולש בשטר הא אין משולש בשובר ואף דשובר בידו אם המלוה טוען נגדו אין מועיל בשלמא במתנות לא קשיא כיון דהוחזקו שני יוסף בן שמעון יחזיר דיאמר הנותן לא נתתי רק אחר די"ל אולי שדה נזכר בו וידוע דשדה זו לא שייך לחבירו ועדים מעידים בשטר שמכירים שהוא שלו או לא מיירי בהוחזק שני בני אדם שכל א' יש לו שם יוסף בן שמעון רק בעל אחד ולו ב' נשים שמותם שוה ובהך מתפרש כל שמעת' אבל בשובר דאיירי לפחות בשני לוים כמו ב' נשים קשה וי"ל דאולי יבאו עדים ויאמרו זהו שהעדנו עליו דגובה זולת חזרת שובר ובשובר אין גובה דשובר כשר הואיל ואין נכתב בשטר שום שילוש ודוק ובחידושי לשמעתא דמצא גיטי נשים וכו' הארכתי. והנה ברור לפי מה דקי"ל דהן מוציאין שטר חוב על אחרים ומוציאין ממון בשטר שבידם ה"ה אם יש לאחד שטר מכירה על שדה שלקח שדה מאחד לא יוכל יוסף בן שמעון השני לטעון אני שלקחתי וכן המוכר א"י להחזיק בשדהו ולומר ללוקח יוסף בן שמעון לאו בעל דברים דידי את השני קנאו ממני כיון דשטר מכירה בידו דמ"ש שטר הלואה או שטר מכירה וזה פשוט אך ראיתי לרשב"ם בפי' המשנה כיצד יעשו אם רוצים ללות זה מזה או מאיש אחר או לקנות קרקע עכ"ל והדבר תמוה דבקנין קרקע מה צורך להשליש שמו אם השטר בידו זכה בקרקע כמו שזכה בהלואה אם שטר הלואה בידו ואפשר דכוונת הרשב"ם לא לקנות קרקע בשטר ההוא שהוא שטר קנין רק יקנה קרקע בכסף ובחזקה ושטר הוא לראיה שקנהו מפלוני ואם כן בשטר כזה סבירא ליה לרשב"ם דאין מועיל ויכול המוכר לומר לאו בעל דברים דידי את דהא בגמרא אוקמינן דפליגי משנה ובריייתא אי שטר נקנה במסירה והעלו רוב מחברים לפי דקי"ל דבעי כומ"ס דהך תי' לא קאי רק המשנה סבירא ליה כאן נמצאו וכאן היה אך זהו לשיטתם אבל לשיטת הרשב"ם דפסק בכמה דוכתי' דאותיות נקנים במסירה אמרינן דהך אוקומתא

קאי לדינא וטעמא דמשנה דמוציאין על אחרים לא מטעמא דכאן נמצא כו' רק אמרינן אי אחריני יהיב ליה מה הוה אותיות נקנה במסירה ולפי זה ה"מ בשטר הלואה או שטר קנין דמהני ביה מסירה אבל שטר ראיה קי"ל דלא מהני ביה אפילו כמו"ס כמבואר לקמן סימן ס"ו סי"ד ע"ש אם כן אף דשטר ראיה בידו יטעון המוכר לאו בעל דברים דידי את חבירך קנהו ויהיב לך ולא קנית כלל דשטר כזה אין נקנים בכומ"ס כלל ואם כן אין לו ראיה ולכך טוב לו שישלש בשטר ראיה על מכירה וא"ש ודוק. ואם כן לדידן דלא קי"ל כרשב"ם והטעם משום כאן נמצאו וכו' אף בשטר קנין שהוא שטר ראיה אין צריך שילוש. ויש לדקדק קצת לשיטת הרא"ש ורשב"ם כמ"ש בש"ע דיכול לומר לשני יב"ש פרעתי ולקחתי משניהם שובר אחד דיספיק לשניהם אם כן קשה קושית הגמרא כיון דקי"ל כותבין שובר איך שטר מאוחר כשר ומה דמשני הגמרא דכותבין שובר בלי זמן מה מהני לאביי דסבירא ליה דחיישינן לשני יב"ש אם כן איך יאחרו העדים השטר הנעשה בניסן לתשרי דילמא עוד לוה בניסן מיב"ש השני ונכתב השטר בניסן ובאייר פרע לשניהם והיה מספיק עצמו בשובר אחד כהנ"ל ולא היה נכתב בשובר זמן כראוי ובתמוז מת יב"ש השני ועתה בחשון באו יורשי יב"ש בשטרם והרשא' מיב"ש ראשון לתבוע ויהיה צריך לפרוע פעם אחד בממ"נ דאילו שובר בלי זמן נעשה מאוחר לתשרי שהוא זמן של שטר מיב"ש הראשון אם כן צריך לפרוע ליורשי יב"ש השני דל"ל דשובר זה היה מספיק לשניהם דהא לפי דבריו בשעה שנעשה השובר כבר מת יב"ש השני ואיך נתן שובר ומיורשים ה"ל ליקח שובר ואין בשאול מי יודה לו בעדים דפרע ואם יודה דהשובר נעשה בחיי יב"ש השני אם כן ע"כ נעשה קודם תשרי ושטרו של ראשון בתשרי מאוחר לשוברו לפי דבריו וחייב לפרוע ואם כן יפסיד הלוה פרעון אחד בממ"נ על ידי אחירת שטר והתו' החליטו בכמה דוכתי דסבירא ליה לאביי כותבין שובר וקבלו מרבא ויש ליישב ודוק:

יח **שובר מקוים וכו'** עיין מ"ש באורים בשם האחרוני' ואולי י"ל דמיירי דמלוה מצאו והוא אומר כן לב"ד שכך מצאו וכן מורה לשון הטור וש"ע והוא טוען לא פרע לי אלא אחד ואם כן יש לו מגו דלא היה אומר שיש בידו שובר ושטרות מונחים בתוך שטרות קרועים ולכך צריך תרתי קיום ושטרות קרועים דלולי שטרות קרועים הא אית ליה מגו דלא היה בידו שובר ועכשיו דאמר דיש בידו שובר רק אינו על יוסף בן שמעון זה כי אם על השני נאמן במגו ואי דהוי ליה מגו להוציא הא במקום שטרא אמרינן ולא איתרע שטרא כלל דהא אומר דשובר אין על זה שטר כלל משא"כ במונח שטר בין קרועים איתרע שטרא ולא אמרינן מגו להוציא וכמו כן אילו מונח בין הקרועים לבד אפשר דעת

הטור כתו' דבס"ס מוציאין ממון מיד מוחזק (ועיין מש"ל בקונטרס התפיסות) וכאן הוי ס"ס ספק לא פרע כלל רק השובר נכתב אם יפרע דהא אין מקוים ואת"ל דאמת כמ"ש בשובר דנפרע אולי זה יוסף בן שמעון לא פרע רק השני ובס"ס מוציאין ולכך בעי מקוים וליכא רק חד ספק וגם לית ליה מגו ודוק:

יט **שני יוסף בן שמעון** דין זה צל"ע כי מקורו של דין זה הוא מגמ' דבכורות דף מ"ח בהיה לו שני זכרים ומת אב דס"ל לר"מ אם נתנו עד שלא חלקו נתנו ואם לאו פטורים ור"י אומר נתחייבו נכסי' ואמרינן בחד אוקומתא דמית אימת אילימא לאחר ל' מ"ט דר"מ אלא בתוך ל' מ"ש כי חלקו דהאי קמדח' ליה והאי קמדח' ליה כי לא חלקו נמי אר"י זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שלקחו שדה בשותפות ב"ח גובה מהם בממ"נ וכו' ופריך רבא מכדי נכסי בר נש אינון ערבין וכו' ואוקומת' אחרינ' פריך הגמ' לר"י אימת מית אי לאחר ל' מ"ט דר"מ ואי תוך ל' כי חלקו מ"ט מחייב ר"י לדחי האי ולדחי האי ואר"י זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שקנה אחד שדה מחבירו ב"ח גובה ממנו בממ"נ ופריך רבא מכדי נכסי בר נש אינון ערבין וכו' ומזה למדו המחברים הך דינא דשני יוסף בן שמעון הן שלקחו שדה בשותפות או שלקח אחד שדה מחבירו מכל מקום אין יכול לגבות מכח ממ"נ כהנך אוקומת' בגמ' והן דברי בעה"ת בשער ל"ג בסופו אך הגי"ת הרגיש כי הרמב"ם השמיט הך דינא ולא הביאו כלל בשום מקום והלא דבר הוא כי איך ישמיט הך דין גדול ביוסף בן שמעון שלקח שדה דלא יכול לבא עליו במכח בממ"נ ולכן ראיתי כי הולך לשיטתו דהוא פסק בכי"א מהלכ' בכורים דאפילו מת אב תוך שלשים קי"ל כר' יהודה דאפילו חלקו נכסים גובה וכבר תמהו למה הא בגמ' אמרינן דתוך ל' לא מצי גבי דנכסי בר נש וכו' ותי' הכ"מ והב"ח דס"ל כלישנא קמא דפריך הגמ' אי דמת תוך ל' מ"ש כי חלקו דזה קמדחי' ליה וזה קמדחי' ליה קודם שחלקו נמי והיינו לרבי מאיר ולא פריך נמי מ"ט דר"י דס"ל בכל גוונא נתחייבו נכסים אלא דצריך לומר ללישנא קמ' לר"י לא קשה דסבירא ליה בהגיע יום ל' נשתעבדו נכסים למפרע רק הקושי' לרבי מאיר מכח בממ"נ או דיגבה אפי' לאחר חלוקה או דאף קודם חלוקה לא יגבה כלל ופסק הרמב"ם כר"י עכ"ל ועדיין הדבר צריך תלמוד דמכל מקום לר' יהודה הך סברת הגמרא דזאת אומרת שני יוסף בן שמעון שקנה א' שדה דגובה בממ"נ וקושי' רבא דנכסי בר נש ערבין וכו' להיכן אזלא לר' יהודה ואמת כי מדברי הכ"מ משמע קצת דסבירא ליה דבהגיע יום ל' והרי הוא חי חל למפרע השיעבוד על האב שהיה חי בעת הלידה ואם כן שעבודא של האב חל על נכסים אך מלבד דזה דוחק דמקרא מלא ופדויו מבן חדש תפדה ומה חוב האב כיון שמת קודם אף גם דאם כן במסקנא דאמרינן דפליגי בדר"פ אי

מלוה ע"פ גובה מלקוחות ודאי דלא פליג ר"מ נמי בהא בנתחייבו נכסים אי השעבוד חל למפרע על האב דכי יפלגו בתרתי וא"כ מה דוחק' לומר דפליגי במת אב לאחר ל' נימא דפליגי סתמא הן במת קודם או אחר ל' ור"מ ס"ל בחלקו לכך לא יגבה דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות ובלי חלקו נתחייבו נכסים שמחויב אב למפרע ור"י ס"ל דגובה מלקוחות וא"כ לעולם יש לו ודוחק לומר דהא דאמרינן במת אחר למ"ד היינו אף לאחר למ"ד דזהו מבואר דליתא בלישנא דגמ'. ולכן נראה ברור דס"ל הא דאמרינן נכסי בר נש אינן ערבין ולא יתבע ערב תחילה היינו אי שעבודא לאו דאורייתא ואם כן עיקר שעבודא רק על הלוה וכופין לפרוע רק הואיל ואינו ציית יורדין לנכסיו ומן משעבדי תקנו חכמים לגבות ולכך אין להם אלא תורת ערב אבל אי שעבודא דאורייתא ותיכף נכסים משועבדים לו בעת שהלוהו וחל עליו הלואה אם כן הם בתורת שעבוד גמור ואיכא למ"ד בפסחים דיכול להקדישן תיכף ואינם בגדר זה של ערב דנימא ביה לא יתבע ערב תחילה. ולפ"ז לפי דקי"ל שעבודא דאוריתא אזלא הך דחי' דשני יוסף בן שמעון דאמרינן נכסי בר נש ערבין ולא יתבע ערב תחילה כמ"ש ולכך יפה עשה הרמב"ם שהשמיט הך דינא דשני יוסף בן שמעון מכל וכל דסבירא ליה ש"ד ולא שייך לא יתבע ערב תחילה ומעתה קשה על הש"ע דכאן סתם דלא כרמב"ם ובהלכות בכור סי' ש"ה פסק להדיא כרמב"ם דאפילו מת תוך ל' נתחייבו נכסים ולא הביא בזה חולק כלל ע"ש באחרונים לא הוי ליה למפסק פה להדיא דלא כרמב"ם. ובאמת הוא לשיטתו בכ"מ אזיל דסבירא ליה התם טעמא אחרינא כמש"ל דחל שעבוד למפרע אבל בס"ד העמדנו דברים אלו בכוונת הרמב"ם על נכון ולכן דין זה ספיקא דדינא והממע"ה. ואי תפס לא מפקינין מיני' (וראיה קצת מהא דלא קי"ל כר"פ וגובין מיתומים קטנים במקום דליכא חשש צררי וקשה הא קטן לכ"ע לאו בר פרעון ואיך נפרעין מנכסיו אלא ש"מ דלא קי"ל כר"פ וש"ד. והנה כבר כתבתי בסי' ל"ט בראש סימן די"ל בהוא ובנו לפדות וכו' דנחלקו ת"ק ור"י דסתמא הוא ר"מ אין צריך לומר דס"ל לר"י מלוה בתורה כשטר רק נ"מ אי מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ותלי אי ש"ד ע"ש והנה ר' ירמיה דמוקי דפליגי אי הוה כמלוה בשטר וכו' יש לומר דסבירא ליה הא דפליגי במת לאחר שלשים בהך אוקומת' בדר"פ פליגי והיינו כמש"ל בסי' ל"ט אי ש"ד או לא ואם כן קשה תרתי ל"ל וצ"ל דקמ"ל ר"י אפי' כה"ג שיש כאן רק משועבדים מ"מ בנו קודם דטורף משעבדי לפדיון או יש לומר אי נפרש בדר"פ פליגי דסבירא ליה בהך לקוחות אף ר"פ מודה דאיכא נעילת דלת ואם כן יש לומר דסבירא ליה לר' ירמי' כ"ע סבירא ליה של"ד ואם כן לא רצה לאוקמי דר' יהודה דס"ל דאורייתא ולכך מוקי ליה דסבירא ליה מלוה בתורה כשטר דמי והיינו לא

מהתורה דהא של"ד רק עכשיו שתקנו חכמים בשטר לגבות אף מלוה בתורה בכלל התקנה ולזה כיוון הישׁ"ש דטען מ"פ סוף ב"ב הגמ' לרב ושמואל דלמא ניזקין שאני דהוה מלוה כתובה וכו' וטען הש"ך הא רב ושמואל לא סבירא ליה כן גבי שאין יורשים חייבין להביא עולתה ע"ש וברור דסבירא ליה למהרש"ל דרב ושמואל דאמרו בפי' ד"ת אחד מלוה בע"פ ואחד מלוה בשטר אינו גובה פשיטא דלא שייך ככתוב בשטר דשטר גופי' אין כאן שעבוד רק קושיתו הך ברייתא נשני' לדידן דתקנו חז"ל מלוה בשטר לגבות יש לומר אף מלוה של תורה ואם כן אין כאן ראיה מקרבן דלא תקון חז"ל ומה תקנה שייך שם ומה תקון עולם והוא ספק חולין בעזרה וכו' וא"ש. וזהו לר"י אבל לת"ק דר"י שהוא רבי מאיר דסבירא ליה לעולם הוא מוקדם לבנו ש"מ דסבירא ליה של"ד דאם לא כן איך החליט הא יש במציאות באופן הנ"ל כשקודם פדיונו למלוה בשטר דפודה בנו ולגבות מן שטר כמש"ל ואם כן א"ש דהנך תרי אוקומת' בגמ' נחלקו בהנך תרי סברות שכתבתי דאוקומת' קמייתא סבירא ליה ש"ד והך תי' בדר"פ פליגי פי' כמש"ל דש"ד ואם כן שפיר י"ל באמת לקמן בנו קודם מטעם שכתבתי במלוה ע"פ מוקדם כו' וא"כ יש לומר ר"י סבירא ליה שעבודא דאורייתא ולא שייך נכסי בר נש ערבין ולכך לא פריך לר"י כי חלקו אמאי דיש לומר ר"י סבירא ליה ש"ד ולא שייך נכסי בר נש ערבין ושפיר קאמר ר' ירמיה זאת אומרת ולא קשה קושי' רבא רק פריך לרבי מאיר דאיהו מוכח דסבירא ליה של"ד מכח קושיא הנ"ל ואליביה פריך הגמ' דל"ל זאת אומרת דנכסי בר נש ערבין וכו' ומשני הגמ' בדר"פ פליגי והיינו ש"ד כמ"ש ואוקומת' אחריני סבירא ליה לכ"מ של"ד ובדר"פ פליגי היינו כמ"ש דבזה איכא נעילת דלת וכו' ואף ר"י לא סבירא ליה לקמן ש"ד רק חכמים עשהו כמלוה בשטר כמאמר ר' ירמיה ושפיר פריך רבא אף לר' יהודה נכסי בר נש ערבין דבהך אוקומת' אף לר"י של"ד ומשני בדר"פ פליגי והיינו כמ"ש דמ"מ של"ד כמ"ש מהרש"ל. וא"כ דקיי"ל ש"ד לישנא קמא עיקר לדינא ולכך פסק אפי' בתוך ל' יום כזאת אומרת דר"י ואין מקום לקושית רבא ולכך גם בהל' מלוה השמיטו דקי"ל ש"ד לא שייך נכסי בר נש ערבין ודוק. והא לא קשיא אם אמרי' לרבי מאיר ודאי שעבודא לאו דאורייתא איך פריך אי לאחר שלשים מה טעמא דר' מאיר הא נתחייבו נכסים מה קושיא הא כלקוחות דמי' ומלוה ע"פ אין גובה דצ"ל בלא"ה בס"ד סבירא ליה בלקוחות כזה ודאי מלוה על פה גובה דאם לא כן כל אחים יחלקו להפקיע החוב' ולזה כוון הישׁ"ש דכתב דהך גירסא בקדושין ר"י לטעמי' מלוה וכו' ככתוב בשטר לאו גירסא נכונה דהא ר' ירמיה קאמר ליה ור"י מוקי ליה בגוונא אחריני פלוגתא דרבי מאיר ור"י ע"ש בישׁ"ש לב"ק בדיני ברירה ולכאורה אין מקום לדבריו דהא ר"י קאמר

לכך ר' יהודה סבירא ליה נתחייבו נכסים זאת אומרת שני יב"ש שקנו שדה וכו' ופירש"י דהוה כלקוחות וקשה אם כן איך יגבה דילמא אין אני בכור ואחי בכור ולקחתי הימנו וע"פ אין גובה מלקוחת וצ"ל דסבירא ליה כמלוה בשטר ואם כן א"ש לטעמיה ולפמ"ש ניחא דבס"ד אפילו מע"פ גובין מאחים שחלקו אפילו הן כלקוחות וא"ש ודוק. ואמת כי אמרתי בחדושי כי לכאורה ל"ק דלוקי בהך גוונא דהיה לאחר פדיון שלו מלוה בשטר דיש להבין איך אנו אומרי' להקדים פדיון בנו כדי שיוכל לגבות מלקוחת הלא זה עצת מתחבולת רשע להפסיד ממון אחרים בשביל פדיונו ואיך יתחכמו חז"ל להשיא עצה להזיק לחבירו וצ"ל דמיירי לקוחות שלא באחריות ואם כן עביד אינש דזבין ארעא ליומא וסביר וקבל ולכך אמרו בפ' חזקת ולעיל סימן ל"ז דלא הוה לוה רשע ולא ישלם ואם כן ל"ל כמ"ש דהיה לו מלוה בשטר אחר כך דבזה לא יתכן שלא באחריות ואם כן הקושיא במקומו איך נסיב עצה להפקיע ולהפסיד אחרים וא"ש אך התו' בבכורות שמעתא בנו לפדות דהקשו יחזרו לקוחות ויגבו מהני בני חרי דגבה הכהן בפדיון בנו ש"מ דסבירא להו דלקחו באחריות. וצ"ל דסבירא להו לתו' להיפוך הואיל וקאמר הגמ' הטעם דמצות בנו עלי' וכו' וקשה ל"ל זה הטעם הא בלא"ה כיון שעי"כ בהקדמת פדיון בנו מקיים שני מצות פדיונו ובנו ומהכ"ת יקדים פדיונו לאבד מצוה אחת וצ"ל דלעומת זה מקיים מצות פריעת חוב ובהקדמת פדיון בנו יהיה אצל לקוח' לוה רשע וכו' ולכך צריך הטעם משום דכך ראוי הואיל ומצות בנו עליו ואם כן מוכח דאיירי בלקוחות באחריות והוא בכלל לוה רשע וכו' מיהו עיין לקמן סי' קי"ז דכתבתי דאפשר באמת הקושי' אינו דיחזרו לקוחות רק יאמרו לכהן הנחנו לך מקום כמ"ש התו' בקדושין ע"ש ועיין בסימן שלאח"ז הארכתי עוד השייך לסימן זה ותמצא עוד ישובי' בכמה דברים שעמדנו בסימן זה ע"ש:

כ **וכיון שאין יכול לתבוע מלוה עצמו וכו'** הא דאמרינן בהך דיב"ש שקנה שדה מיב"ש השני הטעם משום דאזיל בתר ערבא ולא בפשוט דיכול לומר אי שתקת שתקת וא"ל מהדרינן שטרא למרה לדעת התו' דסבירא להו דלא אמרינן לכי תהדר עיי' מש"ל בזה בסי' קי"ט באריכ' בזה כי שם מקומו אי"ה:

כא **מהלוה עצמו כו'** יש להבין לפי מה דפסק הרמ"א לקמן בסי' קכ"ט סעיף ח' בהג"ה דאם הלוה כופר בהלואה והערב מודה דלוה חייב הערב לפרוע ע"ש ואם כן כאן דיש לו שטר על יב"ש ואם כן זה תובע ליב"ש הזה שלקח השדה והוא כופר ואומר לא לויתי ואם כן הרי זה מודה דחבירו יב"ש לוה דהא יש כאן שטר בעדים על יב"ש שלוה ואם הוא אומר בפה מלא שלא לוה הרי מודה דחבירו לוה רק חבירו כופר שלא כדת דהא לפי דבריו ודאי השני לוה וא"כ הוא מתורת ערב מחויב לפרוע אף דלוה כופר כמש"ל

דאם הלוה כופר והערב מודה דחייב לשלם. ונוסף דהא לעיל בסעיף ז' מבואר דאם עדים אחרים מעידים שזהו יב"ש שלוה מהני לענין מלוה ע"פ ואם כן לגבי נפשי' הודאת בע"ד כמאה עדים דהרי הוא מודה דחבירו לוה וע"ז העידו העדים בשטר וצ"ל דהיא היא דהודאת פיו כמאה עדים רק ה"ל כעדים אחרים מעידים על הלואה דה"ל רק כמלוה ע"פ ואינו טורף משעבדי ואם כן הוא שלקח השדה מיב"ש השני מה בכך דמודה דיב"ש המוכר לוה מכל מקום בשטר לא נזכר מי הוא ובטל שעבודו ואין כאן רק מלוה ע"פ ואין טורף משעבדי וא"א לגבות הימנו כלל ולא שייך בממ"נ כלל וא"ש. אך לפ"ז תינח בכה"ג שלקח שדה אבל אם הוא ירש מיב"ש השני ודאי גובה דהא הוא מודה דיב"ש לוה כמש"ל ואם כן נשתעבדו נכסים ואיך יהיה יורש ולא יפרע הא קי"ל מלוה ע"פ גובה מיורשים והגע עצמך ראובן שכופר בהלואה ושמעון בנו מודה שאמת שאביו ראובן חייב ואף שאין נאמן בהודאתו לחייב ראובן אביו וכי לאחר מיתת ראובן ונפלו נכסיו לשמעון בירושה וכי אינו מחויב לשלם מה שהודה שמורישו חייב בבירור ואף זה כמוהו דעכ"פ הודה שמורישו חייב דהא שטרא והוא אומר שלא לוה ולא עליו נתכוונו העדים וע"כ על מורישו ואם כן פשיטא דחייב לשלם. וכן אם יב"ש אחד ערב בעד השני ג"כ מחויב לשלם דהוא אומר שלא לוה בעצמו וע"כ צ"ל דהוא ערב בעד השני והשני לוה באמת ואם כן מה בכך דהשני כופר היינו הך דלעיל אם הלוה כופר והערב מודה חייב הערב לשלם ואפילו מלוה ע"פ חייב הערב לשלם ואם כן לא שייך הך תי' שכתבתי לעיל ולכן אין לדין זה שרש כלל. וברור דחייב לשלם והנה הרב הש"ך בס"ק י"ט וס"ק כ' העלה דה"ה ירש מיב"ש דודו או שנעשה ערב בשביל יב"ש השני ג"כ גובה וזה ליתא כלל כמ"ש ולכן דינו צ"ע. ובזה אמרתי בחדושי לישב קושי' מהרש"א בהך דגיטין דדייק מהא דשל חבירו אינו יכול לגרש אבל אשתו מגרש דשני יב"ש אחרים מוציאין עליהם והקשה מהרש"א דלמא נמלך ונפל וחבירו מצאו לא חיישינן אבל התם יאמר לא אני הלוה כלל די"ל דקשי' לגמ' אחרים אין מוציאין עליהם פשיטא הלא אין ידוע מי הוא הלוה וצריך לומר דמיירי אפי' אחד ערב ומ"מ פטור מלשלם וצריך טעם כמש"ל דיגבה בממ"נ וצריך לומר דהא כאן ריעותא מהכ"ת ילוה ליב"ש ולא ישלים בשטרו ויניח מעותו אדינ' ודיינ' לומר לא אני הוא ואם כן י"ל יב"ש היה רוצה ללות וכשראה שאין משולש לא השגיח בשטרו והשליכו והוא מצאו ותובעו בב"ד ולכך שניהם פטורים ולא שייך בממ"נ כנ"ל ואם כן אף בגט כן דיש ריעותא דמהכ"ת יכתוב גט דיצטרך לגרש זה בפני זה ואוושא מילתא אלא ודאי העדים כתבו כן ובראותו כי לא מושלש הוא מאן לגרש בו כי מה לו לאוושא מילתא וזרקו ומצאו השני וה"ה והוא הנדון כנ"ל וא"ש ודוק. ובפרט כי כבר

הקשו דילמא כתבו בתנאי אולי תפייסו ותי' לא מקדים אינש פורענ' לנפשי' וזהו לא שייך בשני יב"ש אין פורענות לנפשי' כי אולי על השני הוא וא"ש ודוק:

סימן נ

א **לויתי ממך מנה כו'** אין לדקדק לפי מש"ל בסי' מ"ט סעיף ז' דעדי השטר יכולים להעיד שזהו יב"ש שהעידו עליו משום דיכולים לעשות שטר אחר הא בלא"ה לא מהני עדותן הואיל ואינו מוכח מתוכו וכ"כ המ"מ להדיא ש"מ דאף בשטרות בעי מוכח מתוכו אם כן איך כשר ממך הא לא הוי מוכח מתוכו וכן שני יב"ש בעיר א' איך הם יכולים להוציא שטר על אחר הא לא הוי מוכח מתוכו וכ"ת הואיל ושטר בידו הוי כמוכח מתוכו דהוא המלוה דא"כ איך כתבו התו' בגיטין דף כ"ד ע"ב ד"ה בע"מ דאם יש לו שתי נשים ושמותם שוים אין כשר לר"מ דלא הוי מוכח מתוכו ואמאי נימא הך אשה דגיטה בידה מוכח דהיא מתגרשת ואמאי צריך להשליש לר"מ ודוחק לחלק בין גט לשט"ח דלא משמע כן ברמב"ן סוף ב"ב בשמעת' ממך ואפי' מר"ג ע"ש ולכן היותר נראה דודאי לר"מ דסבירא ליה ע"ח כרתי בעינן מוכח מתוכו מתוך הכתיבה והחתימת שטר ולא מועיל מה דיתברר אח"כ אבל לר"א דסבירא ליה ע"מ כרתי בעינן דיהיה מוכח מתוכו בשעת מסירה דאז חל עיקר שעבוד השטר אבל אם גם בשעת מסירה לא ניכר אף לר"א לא מועיל ולכך בשני יב"ש בשעת מסירה לאשתו מוכח דהיא מגורשת מבעלה מהני לר"א משא"כ לר"מ דהא בעת חתימה אינו מוכיח אבל לר"א מוכח בעת מסירה הואיל והגט בידה דהיא האשה המתגרשת מבעלה המגרש הואיל והגט בידה וכן גבי שט"ח לפי דקי"ל כר"א אם נמסר למלוה מוכיח דהוא המלוה אבל להוציא מיב"ש כשיש שני אף בעת מסירה למלוה א"מ מי הוא הלוה ואף לר"א לא כשר וע"ש ולק"מ. שוב מצאתי להרב מהרש"ק בספרו תפארת שמואל שהקשה כנ"ל ולא תי' ולפמ"ש ניחא ולק"מ דזהו ההבדל בין ר"מ לר"א ולפ"ז צ"ל הנך רבוותא דסבירא להו הלכה כר"מ גבי שטרות ומ"מ לא מצינו חולק בהך דממך וכו' צ"ל דסבירא להו כדעת הר"ן דאף לר"מ לא בעינן מוכח מתוכו:

ב **כל המוציאו גובה כו'** וכתב הב"ח אם אומר שהוא לא הלוהו רק אחר והוא לקחו הימנו גובה כו' דא"צ הרשאה וכמו"ס כדין שטר שכתב בו לכל המוציאו ואולם הרב הגדול מהרי"ט בחלק ח"מ סי' כ"ג דעתו דממך שאני דמשמע רק לאחד שנמסר לו השטר בעת הלואה ולא נשתעבד ליותר מזה ולא דמי לכל המוציאו דקאמר להדיא לכל מוציאו ודייק ליה מדברי הטור דכתב דיאמר המוציאו ממני לוית ולא הוצרכתי לפרוט שמי וכו'

ע"ש משמע הא מודה דלא לוהו רק הגיע לידו מאחר א"י לגבות ע"ש. והנה במ"ש הטור וש"ע דבמגו דפרעתי נאמן לומר לא ממך לויתי כי אם מאחר נפל ומצאתו. אם נפרש דלא טוען כן בבירור שידע שנפל מאחר והוא מצאו רק בדדמי כי יודע דמעולם לא לוה ממנו וא"כ מסתמא אירע כך מוכח דלא כב"ח דהא קי"ל בב"ב וכן ביבמות למ"ד אותיות נקני' במסירה א"צ להביא ראי' וגובה אם כן קשה שהשטר בידו יטעון אמת לא הלויתיך רק אחר נתן לי במסירה וא"צ להביא ראי' לרבא ומה יהנו מגו באמת לא לוה ודוחק לומר כי קאמר רבא א"צ להביא ראי' בטוען כן אני לקחתי אבל כאן התובע אומר אני הלויתך וע"ז יש ללוה מגו ושלקחו מיד אחר הא הוא מודה שלא לקחו ודוחק ולב"ח צ"ל דהפי' דטען בבירור שיודע שנפל ואתה מצאתו ונאמן במגו דפרעתי אבל בסתם באמת אף שטוען לא לויתי ממך המוציאו גובה דיכול לטעון קניתי אך זה קשה לפרש דמלבד דדחוק דיטעון בברי דיודע שנפל אף גם הא שרש הדברים הן מבעה"ת שהביאו בשם רמב"ן והרמב"ן ודאי כוונתו אפילו בשמא אולי נפל דלשטת רמב"ן דסבירא ליה כמ"ש הר"ן בשמו בפ"ק דגיטין גבי משתעבדנ' לך ולכל דאתא מחמתך דסבירא ליה לרמב"ן הואיל וקיי"ל בדאורייתא אין ברירה לא יוכל להשתעבד לכל דאתא מחמתך א"כ אף בזו אין יכול לשעבד ופשיטא דבעי כומ"ס אם כן אף בספק א"י לגבות דהא לית ליה הרשאה וכומ"ס ובמה יגבה ואם כן הטור שהעתיק דבריו מהכ"ת לפרש בו פי' אחר במה שנפרש בדברי הרמב"ן אשר ממנו יצא הוראה זו ולכן נראה לדינא כמ"ש הרב מהרי"ט:

ג **מתוך שנאמן לומר כו'** מהרש"ק בתפארת שמואל כתב דהרשב"ם חולק ומפרש הך ממך אפילו מר"ג בכת"י כמ"ש הוציא עליו כת"י ואין זה קושי' דהרשב"ם כתב בדף קע"ו ד"ה ה"ג דא"נ לומר פרעתי בכת"י ואם כן פשיטא דל"ל מגו והנ"י אף דס"ל דנאמן לומר פרעתי דרכו להיות נמשך אחר לישנא דרשב"ם ברוב מקומות ואולי כיון לכת"י שיש בו נאמנו' כמ"ש הכה"ג ע"ש אבל מרשב"ם לק"מ כלל ופשוט:

ד **ונפל ממנו כו'** אע"ג דלנפילה לא חיישינן מ"מ לא הוי כ"כ חזקה אלימת' דנימא דהוי במקום חזקה אבל נראה אם שני יב"ש בעיר אחד והוציא אחד על ראובן כת"י שכתב אני חייב ליב"ש מנה א"י לומר במגו דפרעתי ליב"ש השני נתחייבתי וממנו נפל דלנפילה דיחיד לכ"ע לא חיישינן והוי כמו חזקה אלימתא ומגו במקום חזקה כזו לא אמרינן ובזו יש לישב דברי בעה"ת בשער ל"ג ח"ד ד"ג דשני יב"ש בעיר הן מוציאין על אחרים וא"י לדחותו ולומר להשני אני חייב וממנו נפל ואת מצאתיו דלנפילה דחד לא חיישינן והקשו מה אירי' נפילה דחד הא קי"ל כרבא אפילו לנפילה דרבי' כהך דממך ג"כ לא חיישינן ולפי הנ"ל ניחא דמיירי אפילו בכת"י יכול להוציא וזהו בנפילה דרבים

יש לו מגו כמ"ש אבל בכה"ג דהוי נפילה דיחיד ודאי ל"ח ול"ל מגו וא"ש אח"כ מצאתי דגם בס' בני שמואל כ"כ והוא אמת לדינא:

ה **ודוקא בבא מחמת אותו פלוני** ולקמן בסי' ס"ו סק"ח נר' מדברי סמ"ע דמפרש דפי' דצריך הרשאה או כומ"ס מפלוני אבל אם אומר שקנאו במסירה לא מהני ולכך הקשה דלקמן סי' הנ"ל ס"א בהגה דעת רמ"א דשטר כה"ג מהני במסירה לחוד ותי' הסמ"ע דבאמת אם יש לו ראיה שקנה סגי במסירה לחוד אבל כאן מיירי דאין לו ראיה ולכך צריך הרשאה וע"ש בש"ך ס"ק יו"ד מה דפקפק על זה ואני לא הבנתי דבריו דלפי דעת הרמ"א וכמ"ש הסמ"ע דאין צריך כומ"ס רק במסירה לחוד נקנה א"כ מה צריך ראיה על הקנין הא בזה נחלקו אביי ורבא בשילהי ב"ב למ"ד אותיות נקנית במסירה אי צריך להביא ראיה או לא וס"ל לרבא דאין צריך להביא ראיה וע"ש ברמב"ן וברא"ש דהעלו דלמ"ד דמסירה לחוד סגי אין צריך ראיה כלל על הקנין ומגבי גבי ביה רק אנן דמצריכין ראיה משום דקי"ל בעי כומ"ס אבל למ"ד מסירה לחוד זהו הראיה דשטרא בידו וכיון דבזה במסירה לחוד נקנית אין צריך ראיה כלל ונאמן לומר שקנה ומה צורך הרשאה או כומ"ס או שום ראיה וע"ש בגמרא וברמב"ן וברא"ש בשמעתי' דשני יוסף בן שמעון ע"ש. ולכן נראה דכך הפי' ודאי אי אומר דקנאו מהמלוה היינו אתא מחמתו דהואיל השטר בידו והוא נקנית במסירה ה"ל כיש לו הרשאה או כומ"ס מהמלוה הראשון דהא קי"ל אין צריך להביא ראיה כרבא רק ה"מ אי אומר שקנאו מהמלוה אבל אי טוען אני הלויתיך בזה שטר שכתוב בו אני חייב לראובן ולכל מוציאו ולא ביקש ראובן להלות לך והייתי אבי מלוה לך אין לו שום שיעבוד בשטר דהשטר לא נכתב על שם אחר רק על ראובן או למאן דאתי מחמתו שהוא יהיה מוכר השטר לאחר במסירה אבל שיהיה השטר על איש אחר שילוה ללוה ויחול השעבוד זהו אין במשמעות השטר והרי כאן רק מלוה בלי שטר כלל אבל אי כתוב בו בין מחמתו ובין לא מחמתו הרי הוא שטר לכל בני אדם ואם לא הלוה עליו ראובן והלוה עליו שמעון ושטר בידו גובה בשטרו אף דהוא המלוה בפ"ע ולא בא מכח ראובן כלל כי השטר נכתב על כל אדם ולק"מ משום קושית הסמ"ע ונכון הוא. אלא דא"כ חזר קושית הרמב"ן למקומו דאיך ישעבד לכל אדם הא בדאורייתא אין ברירה ומ"ש הר"ן וכן הנ"י לתרץ דאין זה ברירה דהרי יכול להיות משועבד לכל עולם זה אחר זה זהו תי' מספיק על משתעבדנ' לך ולכל דאתו מחמתך דהרי זה יכול ליתן בקנין לשני והשני לשלישי וכן לעולם אבל במשתעבד על מי שילוה לו בזו לא שייך דיכול להיות בכל עולם בזה אחר זה דאם לוה מאחד שוב לא יכול ללוות מהשני ואם יפרע לאחד כבר נתבטל שטר וכמדומה שלקושיא זו נתכוון

הרב מהרי"ט בתשובה הנ"ל כי זולת זה דבריו סתומים ולא ידעתי מה קשיא ליה בהך מילתא דרי"ו ולפי דברי הר"נ והנ"י ניחא אך גם זה אין קושיא חדא דכל כמה דלא מסר שטר למלוה לא חל שעבודא וכשמסר השטר אז מבורר מי המלוה ולא דמי לכל דאתא מחמתך דחשבו הרמב"ן לדין ברירה דשם אין מבורר למי ימכרנו המלוה ועוד דכיון דזה שטרא בידו ואמר שהלוה אמרינן קושטא קאמר דהא שטרא בידו ואם כן כיון דשעבודא דאורייתא הרי חל שעבודא בהלואה וא"צ כלל לשטר רק דרבנן פקעו לש"ד ולא חל במלוה ע"פ רק ע"י שטר ובמילתא דרבנן קי"ל יש ברירה ולכך מהני ולק"מ ואין בדין זה מחלוקת כלל ואף הרמב"ן מודה וא"ש ודוק:

ו **ואם נכתב שובר** דעת הסמ"ע והש"ך דוקא בכתב בו בין מחמתו או לא מחמתו או כתב סתם אבל היכי דצריך להיות בא מחמתו א"כ כ"ז שלא בירר שבא מחמתו אינו מועיל שובר שלו דלאו כל כמיליה לחוב לבעל השטר ואפילו שובר בעדים וכתוב בו שבא מחמת אותו פלוני אינו נאמן אם אין ידוע לעדים ע"ש והכל לשיטתם אבל לפימ"ש בשטר בידו דנאמן לומר דקנאו א"כ בממ"נ אם לא שטר בידו פשיטא דלא מהני שובר ואי שטר בידו פשיטא דמהני דהא נאמן לומר קניתי ולכן סתם רמ"א דלעולם אם השטר בידו מהני שובר וכ"כ הט"ז לדינא אך לא מטעם הנ"ל. והנה הש"ך דעתו בשט"ח שנכתב סתם על המוציאו ונתן מי ששטר בידו שובר ללוה ואח"כ מכרו לאחר והשני בא לגבות והלוה מוציא שובר אם נעשה שובר בעדים קלא איתי ליה ולא ה"ל ליקח ואפסיד הלוקח אנפשיה אבל אם הוא כת"י המלוה דל"ל קלא ולא מבעי' במקום דיכול לטעון הלוקח כי הקדים הזמן בקנוניא להפסידו פשיטא דמצי טעון אלא אפי' הוחזק מקדם כת"י דל"ל לקנוניא מ"מ כיון דכתוב בשטר סתם ה"ל כהלואה מחדש וכאלו נתחייב לו מתחילה ואיהו דאפסיד אנפשיה ומ"ש די"ל קנוניא זה תלי' במש"ל סי' ס"ו אי בכה"ג מצי הראשון למחול דאי מצי למחול א"כ מה נ"מ בקנוניא סוף כל סוף נמחל וע"ש אבל מ"ש דאף דנפרע מתחילה מ"מ ה"ל כאילו נתחייב מתחילה זהו לא הבנתי הא האי שטרא הוא חספא בעלמא בכל אופן דהא נפרע ובמה יחול החוב והשעבוד לגביה ולא מבעיא בש"ח בעדים דקיי"ל אי לוה ופרעו א"י ללות בו בעצמו דכבר נמחל שעבודו ודעת הש"ך לעיל בסי' מ"ח לפוסלו אף לב"ח ומכ"ש זה דכבר נמחל שעבודו אף גם בכת"י כמו ממרנות דס"ל לש"ך לעיל סי' מ"ח דחוזר ולוה בו היינו הלוה בעצמו דמשעבד נפשיה בנתינת הכת"י שני למלוה אבל כאן דלוה א"י ממנו כלל והמלוה מוסרו ליד שני והוא חספא בעלמא דכבר נפרע ועומד להקרע במה יחול החיוב והשיעבוד לגבי השני ואין לדברי' אלו מובן כלל אמנם הש"ך רוצה לומר מחמת תקנות השוק דסדר ונהוג כעת לסחור

בממרנ' כאלו גם בזו נראה דצריך עיון לדינא להפקיע ממון רק הרשות ביד בית דין שבישראל בהסכמת טובי עיר לתקן כן לטובת המשא ומתן אבל שיהיה הדין כך צריך עיון כי אין לו על מה שיסמוך:

ז **ואם כתב וכו'** כתב הש"ך דקמ"ל אפילו לא לוה משום אדם פעם אחת וכתב שמתחייב מנה לכל המוציא שטר זה מי שמוציא השטר חייב לשלם אף שלא לוה הימנו כלל וכלל ועיין מהרי"ט תשובה הנ"ל שכתב לדעת הרמב"ן והר"ן דס"ל דשייך בהו הך דינא דברירה א"כ אין כאן חיוב כלל דבזה לא שייך תי' הר"ן דיכול להתחייב זה אחר זה וע"ש דסבירא ליה דהך דינא תלויה במחלוקת אי אמרינן יש ברירה בשל תורה. ונראה ודאי אי מתחייב בקנין מאה לכל מוציא שטר זה אם כן אז בקנין לא ידע למי ואם כן ה"ל דינא דברירה אבל בלי קנין דאם כן בלא"ה לא זכה בי' המוציא שטר זה עד שימסור לו הלוה ואז חל שעבודא ואז נשתעבד לו הלוה ואז הא ידע למי שמסר השטר ולמי מתחייב ולא שייך כאן ברירה דאז כבר הוברר הדבר והרי זה דומה לגמרי לדין שאול שאמר אשר יכה פלשתי יעשרנו שהביא הרא"ש שכתב מהרי"ט דלא חל החיוב רק כשבא אחד ואמר אני אכנו ואז כבר הוברר מי הוא זה ואיזהו ואף כאן הדין כן בלי פקפוק כלל וכן כתב הרא"ש להדיא ע"ש: (הג"ה השייך לסי' נ' ומ"ט מה שהקשיתי דשני יוסף בן שמעון על אחר לא הוי מוכח מתוכו הוא לשיטת הרב ב"ש בא"ע סימן ק"ל וקל"ו דכתב לר"מ בשני יוסף בן שמעון או אפילו רק יוסף בן שמעון שיש לו ב' נשים ושמותם שווים לא מועיל לר"מ עדי מסירה דבעינן מוכח מתוכו ותמה על הש"ע ע"ש ובאמת י"ל דבלא"ה ק' דלפ"ד הגמ' אף דמוקמינן משנה כר"א מכל מקום בשני יוסף בן שמעון צריך להביא עדי מסירה בב"ד להעיד ואילו הרמב"ם השמיט זה ולא הביא כלל דצריך להביא ע"מ לב"ד לכן נראה דאיהו סבירא ליה גרסינן רבה כמ"ש תו' בב"ב ויבמות דאיהו לא סבירא ליה כאן נמצא וכאן היה וצריך להביא ראיה כאביי ושפיר אמרינן בשני יוסף בן שמעון דניחוש דילמא השליכו לאבוד כמ"ש רש"י דאיהו לס"ל כאן נמצא וכו' ועל זה הוצרך הגמ' לשנוי' ע"מ כר"א דלר"מ לא הוי מ"מ אבל לפי דקיי"ל כרבא דאין צריך לראיה דאיכא חזקה דכאן נמצא וכו' אם כן זה הוא יתכן לכ"ע דליכא למיחש דילמא השליך וכו' ואין צריך ע"מ כלל ולכך השמיט הרמב"ם ע"מ וגם הוי מ"מ כיון דיש כאן חזקה כאן נמצא וכו' ושרינן א"א על הך חזקה כמ"ש הרמב"ן והוי מוכח מתוכו ולק"מ ובחדושי אמרתי כי הב"ש הוכיח דלא סבירא ליה תו' כן דאם לא כן מה דוחקיה תו' לומר רבה במקום רבא הא בלא"ה יש לדקדק מאי צריך לזאת אומרת ממשנה דגיטין דב' יוסף בן שמעון מוציאין על אחרים הא כן דייקינן להדיא ממשנה דב"ב אין מוציאין עליהם הא הם מוציאין על

אחרים אלא ודאי אף דבעינן לר' מאיר בשטרות מ"מ היינו שטר בלי קנין דשטר משוויה שיעבוד' וכריתות הדבר וצריך שיהיה מבורר אבל בקנין עיקר הדבר נעשה בקנין ואפי' לא נכתב שטר מעולם ובא השטר רק לברר שנעשה קנין וא"צ מוכח מתוכו כיון דלית ביה שעבוד ופשוט ולפ"ז יש לומר ודאי ידע רבא דיש כאן חזקה כאן נמצא וכו' ואין לספק בשטר דילמא מאחר הוא רק חשב אולי לרבי מאיר לא הוי מוכח מתוכו ולא אלים הך חזקה למשווי מוכח מתוכו ולכן אין ראיה ממשנה דב"ב דיש לומר דאיירי בקנין וא"צ מוכח מתוכו ולכך דייק מקטנה הוא דלא מצי מגרש וכו' ואי דאמרינן חזקה כאן נמצא כו' מ"מ לית כאן מוכח מתוכו א"כ גדולה אמאי דבס"ד ס"ל משנה ר"מ היא ועכצ"ל דהוי מוכח מתיכו זאת אומרת ב' יוסף בן שמעון מוציאין על אחרים אפי' בלי קנין לכ"ע ודח' אבייי הא ברישא קשה האיך מגרש ודלא כפרש"י דהשליך וכו' רק קו' הגמ' בב"ב דילמא נקט גיטא ומגרש לאשת חבירו בתחבולה ול"ש כאן נמצא וכו' ותי' הגמ' אינו מספיק דאולי באמת עבר וגירש שלא בפני זה ואי דאיכא עדים דגירש בב"ד מה בכך הא לא הוי מ"מ וכ"ת כך הוכחה דאף לר"מ לא בעינן כלל מוכח מתוכו כדעת הר"ן באמת א"כ הא דתנן ולא אחר יכול להוציא עליהם איך איירי אי בפשוט פשיטא אין מוציאי' ממון בספק ע"כ אפילו איכא עדים וכמ"ש הה"מ דלא הוי מוכח מתוכו ולדבריו אם כן יוציא עליהם שטר חוב דהא לא בעינן מוכח מתוכו וע"כ דלר"מ באמת בעינן רק הא ר"א הוא ולדידיה סגי בע"מ א"כ אין כאן הוכחה לר"מ ודברי הגמ' נכונה ולק"מ וגם אין צריך לדוחק של רש"י דהשליכו וכו' ועכצ"ל דס"ל לתו' לדבר מוחלט דחזקה כאן נמצא אין לר"מ מוכח מתוכו ולא דס"ד דרבא בזה וגם בס"ד צ"ל דידע דר"א היא רק לא סבר דמביא ע"מ לב"ד ואביי דח' דמביא לב"ד ולכך דברי התו' נכונים וגם דברי רש"י נכוני' דפי' כך דרש"י פי' דהמשך דברים הא דמדמי ב' יב"ש לגט מלבד מה שכתבתי דאינו משליך לאיבוד בשביל כתובה י"ל פשוט דודאי הא דקמ"ל ולא אחר יכול להוציא היינו אפי' אחד ערב בעד חבירו ודייק לישנא דמשנה ולא אחר יכול להוציא עליהם בכלל. וכן מצאתי להדי' בירושלמי דעל פסק' דמשנה שני יוסף בן שמעון כ' דאמרינן פלוני ופ' ערב ע"ש והדבר מבואר כמ"ש. וכבר הק' לעיל ס"ס מ"ט למה מ"ש באם לוה כיפר וערב מודה דערב חייב וצ"ל דאיירי לאחר השטר ערב דרך כלל כל מה שיוסף בן שמעון השני חייב לך אני פורע אם כן בהוציא זה השטר טוען כיון דעדים מסרו ליוסף בן שמעון שני שטר שחייב לך לא רצית להלות כי אינך גובה בו כי לא ידעת שאהיה ערב בו ואף הלוה אינו נזהר בשמירתו דאף אם ימצא אחד לא יוכל לגבות ומה נ"מ בו והשליכו לאשפה ומצא האחד ועכשיו דאני ערב אתי לגבותו ולכך אין לו כלום בו וזהו נכון ואם כן שפיר

דייק הגמ' לימא דהוא נמלך ועבר יומא ולית ביה חפץ דפסול הוא והשליכו ומדלא אמרינן כן ש"מ דיש כאן חזקה ואם כן אף ביוסף בן שמעון נימא כן ושפיר דייק הגמרא וא"ש ובזה אתי שפיר הא דקאמרינן ביבמות קט"ו אי לנפילה מזהיר זהיר ולא קאמר סתם כדעת אביי לנפילה דחד ל"ח דאם כן אף דהך דשני יוסף בן שמעון דאחד ערב והא הוי נפילה דחד דהגיע ליד המלוה ולא ליד אחר ולכך הוצרך לומר כי לא חיישינן לנפילה דחד במקום דזהיר ביה והנה זו הפי' יתכן גירסת רבה דס"ל הטעם נפילה זהיר וזהו לא יתכן במקום דאשלכו לאיבוד אבל לרבא דסבירא ליה הטעם כאן נמצא ולא מחזיקינן לריעותא כלל אם גרסינן רבא לא יתכן פי' זה וצ"ל כפי' הנ"ל להוכיח מוכח מתוכו או דילמא מאוחר הוא כנ"ל בסי' מ"ט ובזה יתורץ מה דקשיא להך דגרסינן רבה א"כ מאי הקש' תו' בכל דוכתא דמה צריך ליוסף בן שמעון לגרש זב"ז הא בלא"ה צריך ע"מ ומה קו' הנ"מ לרבה אבל לרבא לא מחזיקינן ריעותא כלל כמ"ש הרמב"ם א"צ לע"מ ואתיא דברי הגמ' אליבא דהלכתא דיש לומר דוודאי הא דאין מגרשי' אלא זב"ז יש ב' פירושים או דהא עדים והסופר אינו מוסר הגט לבעל עד שמגרש זב"ז או לא רמיה עליו דעדים רק הגרושין אינו מועיל אלא שנעשה זב"ז והנה לפ"ז צ"ל עדיין האיך מיושב קו' הגמ' דיתן הגט לאשת חבירו ואחר כך תוציא הגט ותאמר שבאמת כך היה שנתגרשה זב"ז הא בלא"ה באמת א"כ גט וצ"ל דצריכים להביא ע"מ וק' אם כן למה צריך זב"ז וצ"ל תי' התו' דעדים מסירה לבד אינו משגיחים ומבחינים וכו' אבל לפי' הראשון אין צריך לזה והנה לפי' ראשון א"א לומר כפי' רש"י דאולי נמלך והשליך וכו' דהא מעולם לא הגיע הגט לידו עד שנעשה גירושין והעדים זריזים מבלי להשליכו כמ"ש המחברים בב"מ בשמעתין שטר שיש בו אחריות ע"ש ואם כן אתא שפיר הנ"ל דאי גרסינן רבה צ"ל הקו' כפירש"י וצ"ל פי' השני ולא דעדים אינם מוציאים הגט מתחת ידם ואם כן בלא"ה צריך לומר דע"מ אינם מבחינים כמ"ש רק לגרסא רבא בלא"ה ל"ל כפרש"י דהא לדידהו לא מחזיקינן ריעותא וצ"ל פי' אחר אם כן אין כאן הוכח' מניה ובי' ולכך הק' דאם כן אף לרבא במסקנא בעינן ע"מ ל"ל לגרש זב"ז ואתי שפיר. ויש להבין למה לא גם בשני נשים נימא דכ' לגרש ונמלך והשליכו ומצאה זו האשה השניה ודוחק דמאן דמגרש בצנעה מגרש וכאן צריך' לגרש בפני יוסף בן שמעון והאשת אחר וזילא ליה ולכך נמלך להשליכו ורצונו לצות לכתוב גט משולש לכן נראה ודאי אם ביום הכתיבה מגרש ל"ח למלכו ופיוס כדמשמע בפ"ב דגיטין ע"ש ואי דילמא איחר הגט בידו טרם שגמר בדעתו ליתן ובזה חיישינן לפיוס כמבואר בגמרא הא אמרינן שם לא מקדים אינש פרענות לנפשיה אך זהו בדליכא שני יוסף בן שמעון בעיר אבל בדאיכא ל"ש הקדמות

פורענו' לנפשאי דאינו מבורר בי' מי הוא המגרש וכל כמה דלא נמסר הלא לא ידוע מי הוא המגרש ולא שייך אקדומי ושפיר יש לומר דהיה אצלו זמנים ונמלך והשליכו וא"ש. ובהך קו' ל"ל זאת אומרת הא מהך בב"ב מוכח יש לומר דבלאו הכי צריך לומר הא דרבא מייתי ביבמות ראיה ממעשה בכל יום דגובי' מחבי בר נני ולא הביא ממשנה דב"ב דהם מוציאים על אחרים די"ל הא דעת תו' בב"ב בנוסח ממך אפילו מר"ג די"ל דישתעבד לכל מי שיהיה השטר בידו לשלם ואם כן לסברא זו אף דחיישינן לנפולה מאי בכך הא מתחייב לכל מי שיהיה בידו אך זהו בקנין אבל זולת קנין אף דכ' תו' דיכול להתחייב במנה בשטר לא כתבו רק בכת"י כמ"ש הרשב"ם אבל בשטר האיך אפשר הא לא חל חיוב רק בהגיע לידו השטר ואם כן ה"ל מוקדם ואם כן יש לומר דממשנה לא מצי להביא ראיה די"ל מטעם שכ' התו' דמתחייב לכל המוציא ואיירי בקנין ולכך מביא ראיה ממעשים בכל יום אף דליכא קנין וגם מהך דגיטין מביא ראיה ז"א אפי' בלי קנין וא"ש אף דרבה סבירא ליה כמ"ש תו' הך טעמא מ"מ מביא ראיה מהך דגיטין אפילו בלי קנין. ומעתה נבוא לבאר מ"ש הרמב"ן דה"ל לרבה תיכף לומר לנפילה לא חיישינן מהך דמשנה דוודאי ממשנה דייקינן דקתני ולא אחרים מוציאים עליהם ולא כולהו לא הם על אחרים ולא אחרים עליה' ש"מ דהם מוציאים על אחרים ולפמ"ש דאחרים עליהם פשיטא וצ"ל דקמ"ל אפילו ביש עדים והטעם דלא הוי מוכח מתוכו א"כ י"ל כיון דמיירי בעדי' איך יהא קתני ולא הם על אחרים למה הא איכא עדים דהוא המלוה ואי דאין מוכח מתוכו ז"א ודאי רגע ושעה תיכף אחר הכתיבה ל"ש נפילה וא"כ ממ"נ בעת הכתיבה ומסירה פשיטא דהיה מוכח מתוכו דשטרו בידו ומוכרח דהוא המלוה כנ"ל ואי לאח"כ חיישינן שמא נפל כבר אזלא מוכח מתוכו כיון דבעת הכתיבה היה מוכח מתוכו והגע עצמך אם בעת הכתיבה לא היה שני יוסף בן שמעון ואחר כך בא לא יהיה מוכח מתוכו הא היה מוכח מתוכו בשעת כתיבה ואם כן תו ליכא חשש רק דילמא באמת נפל והא יש כאן עדים וא"כ פשיטא דמוציאין ואם כן מה ראיה דלא חיישינן לנפילה ולכך מייתי ראיה מאבא שאול וקיי"ל הלכה כוותיה מדמייתי ראיה מיניה ודח' כר"א סבירא ליה וא"כ הלכה כר"א ואף סתם משנה כאן כוותיה ולא צריך מ"מ. וא"כ ל"ל כפשט הה"מ ושפיר מוכח דלנפילה לא חיישינן וא"ש. ובזו יש לישב הרשב"ם דנתן טעם במשנה לכך אין מוציאין זע"ז משום דיטעון פרעת והחזרתי מה דלא נאמר כן בגמ' דקשיא לרשב"ם לאביי דלא ס"ל בשטרי אקנייתא רק עבחז"ל וכשלא מוכח מתוכו ל"ש עבחז"ל כמ"ש תו' בגיטין. ועוד דהיא גופא קשיא לתקן בשני יוסף בן שמעון לא יכתבו ללוה בלי מלוה ואי דלא רצה לשנות הדין הא בשני יב"ש המלוים לאחרים אסור לעדים לכתוב שטר

ללוה בלי מלוה דדילמא לא ילוה יב"ש זה ואח"כ ילוה מיב"ש השני דחס על פשיטי דספרא והמלוה מרווח בזמן ולא שייך עבחז"ל דהא לא זכו לזה המלוה מעולם. ולכך ס"ל לאביי י"ל החזרתי ואי קשה הא משנה איירי דאיכא עדים דבדליכא עדים מה קמ"ל ולא אחר יכול להוציא וכו' ואי בדאיכא עדים איך אפשר לטעון פרעת הא עדים אומרים הוא הלוה ואי דאין מוכח מתוכו הא ביום הכתיבה הוי מוכח מתוכו כהנ"ל דבו ביום לא היה הפרעון וחזרה י"ל דאביי לא מוקי המשנה דאיכא מדים רק קמ"ל אף דאיכא ערב והטעם כמש"ל דילמא השליכו לאיבוד דאביי לא ס"ל כאן נמצא וכו' ולק"מ אמנם רבא דס"ל כאן נמצא וכו' אזלא הך חששא וצ"ל דקמ"ל ביש עדים וא"כ ליכא למימר חשש רשב"ם ולכך קאמר משום כותבין שטר ללוה וא"כ מה יועילו עדים מעולם לא היה מוכח מי הלוה ומי המלוה דכותבין שטר ורבא לא ס"ל עבחז"ל רק באקנייתא וא"ש ודוק וע"ל סימן מ"ט הנ"ל מ"ש באריכות. והנה על קושית הרמב"ן דה"ל לאתויי תיכף הך נפילה ל"ח י"ל דהתו' כתבו דבמשנה י"ל בהרשאה אך לתי' אביי דקאי על שובר ל"ל בהרשאה אפילו לדינא דרשב"ם דאף בהרשאה א"מ היינו למסקנא יכול לומר לא הייתי מעלה על דעתי שיבאו בהרשאה אבל לס"ד הלא זולת הרשאה בלא"ה א"א לגבות וא"כ איך לקחת שובר א' לשניהם אך באמת מי מכריח לאביי להך אוקומתא רק י"ל תי' הראשון לא נח ליה דמשולשים דהא שילוש לא נזכר עדיין במשנה רק י"ל דילמא איירי בדאיכא מדי שטר והא דהעלתי דלא אחר יכול להוציא דאיירי אפי' בעדים דאל"כ פשיטא י"ל דאיירי בעדים אחרי' זולת עדי שטר דלא הוי מ"מ וא"ש דמהמשנה לא יכול להוכיח די"ל בהרשאה ונמצא שובר איירי כאוקומתא קמייתא ולא במשולשים דהא עדיין לא נזכר במשנה רק בעדי שטר והא דאין אחר מוציא איירי בעדים אחרים דלא הוה מוכח מתוכו אבל השתא דאסקינן ר"א דלא בעי' מוכח מתוכו א"כ מ"ש עדי שטר ומ"ש שארי עדים ועכצ"ל כמ"ש דאין חושש לפרוע ולהניח השטר הואיל ואינו מבורר בשטר ולפ"ז ליכא לומר בעדים וצ"ל אוקומתא דאביי ול"ל בהרשאה וא"ש. ויש להבין התו' ביבמות דתי' באביי דלכך צריך ראיה משום דחייש לנפילה דרבים ומשום כך הוקשה להם באחים ולא תי' דחייש לפקדון דלא שייך טעמא כיון דשמיה כשמיה ונר' דלרש"י מפרשי כן דרש"י פי' בניטין בשני יב"ש דהשליכו לאיבוד ולא פי' בפשוט דהא העלינו רבה גרסי' וא"כ בשלמא בשני נשים ל"ל לפקדון דשמיה כשמיה לא מפקיד דיודעת דצרתה שמה כשמה אבל בשני יב"ש שפיר י"ל לפקדון דאף דידעת דהאשה שמפקיד שמה כשמה מ"מ לא היה יודעת בעלה שמו כשם בעלה וכי זו היתה צריכה למידע הלא עדים אינו יודעי' ואתיא הגמרא שפיר וא"צ לדוחק דהשליך לאיבוד וצ"ל דרש"י ס"ל שמיה כשמיה

ל"ד ומעולם לא חיישינן לפקדון דלא שכיח לפקדון דיחיד וזהו כיון דשמי' כשמי' הוה פקדון דיחיד):

סימן נא

א **וא"י לומר פרעתי** דעת הש"ך כדעת הכ"מ דלענין זה הוי כמלוה בשטר דא"י לומר פרעתי אבל מ"מ אין טורף ממשעבדי הואיל והעד החתום לא היה בקנין ולא מצטרף עם העד הקנין לטרוף ממשעבדי ומה שהקשה הסמ"ע איך אפשר לפרש כן בדברי הרמב"ם הא ס"ל כמ"ש בס"ב דאפילו ע"א בכתב לחוד א"נ לומר פרעתי תי' הש"ך וכן הגי"ת כיון דכל טעמו של הרמב"ם בס"ב דאינו נאמן משום דהואיל דאין מכחיש להעד ה"ל משאיל"מ א"כ אם העד שמעיד על ההלואה בכתב אמר בפה בב"ד שידע שלא פרע שלא זז ידו מידו וא"כ הרי יכול להכחיש העד ולומר שפרע וא"כ תו לא שייך משיל"מ ונאמן דפרע משא"כ בשני עדים הללו ואני אומר על זה כל המוסיף גורע דמה בכך דעל אמירה דלא נפרע יכול להכחישו מ"מ בגוף הדבר דהלוהו אין מכחישו וא"כ הרי נאמן כשנים ודל אמירה זו שהוסיף שלא פרע וכי בשביל שהוסיף להעיד יגרע עדותו ואילו לא העיד כן לא היה יכול לטעון פרעתי ובשביל שהוסיף שידע שלא פרע יהיה נאמן וא"כ שתיקתו יפה מדבורו דבר זה אין לו שחר כלל ובפרט דאף דהעיד כן אינו נאמן לגרוע כח שטר הראשון וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד לגרוע כח שטר ולא כל כמיניה להוסיף בעדותו דבר שעי"כ יגרע כח עדות הראשון וכיון שהגיד וכו' ובאמת לא היה צורך לכל זה כי בלא"ה נ"מ טובי כגון דהיה מעיד דהיה חייב לו שכירות ופירות קרקע ושטרות והוא טוען החזרתי דלא שייך משאיל"מ דליכא כאן ש"ד אבל בשני עדים דמצטרף עם עד הקנין א"צ לשבועה ובלא"ה אין נאמן וא"כ אף בזו א"נ ועוד אפשר ס"ל לרמב"ם הרמב"ן בריש ב"מ דס"ל גבי שומר שמסר לשומר דעד המסייעו לא שייך ביה מתוך שאיל"מ ואם כן אם יש כאן ע"א המסייעו דפרעו א"כ לא שייך מתוך שאיל"מ דהא אין כאן חיוב שבועה משא"כ בשני עדים לא אמרינן כן ואין דברים של ע"א במקום שנים. ועיין לקמן סי' ס"ט כתבתי עוד נ"מ. אך עם. כל זה שיש מקום לישב דברי הכ"מ מ"מ נראה עיקר כמ"ש הסמ"ע דדעת הרמב"ם דטורף משעבדי כמ"ש הטור להדיא ומה בכך דכתב הב"י דיש גי' אחרת וכי לא נסמוך יותר אגי' הטור דהיה ודאי מידק דייק ונוסף על כל זה מי יבא אחרי עדותו של רבינו בעה"ת בשער ט' ח"ב ד"ב דכתב להדיא בשם הרמב"ם דיש עליו תורת שטר גמור בין לענין משעבדי בין לענין פרעון הרי דהיה לו נוסחת הב"י ומפרש תרתי בין לענין פרעון ובין לענין משעבדי וא"כ עליו אין לפקפק או לגרוע ותמהני

מהרב הש"ך שלא שם לבו לדברי בעה"ת הנ"ל ובאמת אי אמרינן דע"א בכתב וע"א בקנין אינן מצטרפין לענין גביות משעבדי מה דוחקא דגמרא בקושיא לאמימר בפשוט דומיא דמקושר ולומר פסולא דאורייתא רק ה"ל לומר מה שנים במקושר אינו טורף משעבדי כן בפשוט באחד בכתב וא' בקנין ואי דלא לגמרי דמי דבמקושר אפילו לב"ח פסולים ואילו בפשוט אינו פוסל רק לענין משעבדי דא"כ לאביי דס"ל דאתיא לפסול דע"א בכתב וא' ע"פ ל"מ ג"כ יקשה מי דמיא התם פסול לגמרי מתקנות חכמים והכא עכ"פ מהני שלא יכול לטעון פרעתי לדעת הרמב"ם וזוקק שהוא מחויב לישבע ולא הוקשו קושיא זו לרשב"ם דס"ל דאביי פוסל רק למשעבדי א"כ איך דמי למקושר וכן הרא"ש דמפרש ג"כ מילתא דאביי לענין משעבדי והיינו בע"א חתום וע"א נמסר ול"ק א"כ לא הוי דומיא א"ו דא"צ לכל צד דומיא וא"כ גם לאמימר יקשה דה"ל לתרוצי כן כמ"ש בע"א בקנין. וע"כ צ"ל דא"צ להיות דמי לגמרי רק בחד צד דפסול דזה כמו זה וא"כ אף לאמימר קשה כן דנימא כנ"ל ומכ"ש לפי הנראה מדברי רשב"ם דגם במקושר בשנים דפסול רק לענין משעבדי וא"כ פשיטא קשה דהל"ל כן לאמימר דהוא דמי לגמרי ועכצ"ל דליתא דגם בזה מצטרפין לענין משעבדי ושפיר פריך וזה ברור ונכון ומה שהקשה למה למימר דא"י לטעון פרעתי פשיטא דכיון דגובה משעבדי יפה כתב הסמ"ע דה"א דאף דגובה משעבדי היינו דלא טענינן ללקוחות פרעתי הואיל ולא שכיח לא טענינן ללקוחות אבל אי צווח ועומד פרעתי נאמן קמ"ל דגם בזה א"נ והש"ך לשיטתו אזיל דס"ל לעיל בסימן ל"ט ג"כ דזה בזה תליא אבל כבר בררנו לעיל בדעת תו' ורא"ש כסמ"ע וא"כ אין כאן קושיא אם נקט הרמב"ם בלשונו לברר הדבר שלא כדעת זה. וביותר צריך ביאור בכאן דהא בלא"ה דעת גאונים הביאם הרי"ף בפ"ב דכתובות ועיין לעיל סימן ל"ט דאי משך מילתא דלא תבע לעדי קנין שיכתבו שטר איתרע ונאמן לומר פרעתי ואף החולקים י"ל דבזה דחזינן דנחית ליטול שטר מן ע"א ולא הניח לשני לחתום ודאי איתרע ונפרע בנתיים ולזה לא הניח לשני לחתום וקמ"ל דמ"מ א"נ לומר פרעתי ואם אמרינן זה דטורף משעבדי וקמ"ל דא"נ לומר פרעתי ל"ק קושית הסמ"ע הא בע"א בכתב לחוד סבירא ליה לרמב"ם דא"נ דפרעו דהתם הטעם משום דמחויב שבועה ומשאיל"מ אבל כאן דטורף משעבדי ה"ל שעבוד קרקעות ואין כאן שבועה תורה כלל ולכן אילו היה אמרינן כדעת הגאונים דנגד עדי קנין נאמן דפרע כנ"ל הוה נאמן אף על ע"א שבכתב דלא שייך משאיל"מ דאין כאן ש"ד דה"ל שעבוד קרקעות ולכך קמ"ל דלא כשיטת הגאונים ואף על עדי קנין א"נ פרעתי והרי כאן ב' עדים ואין נאמן דפרע וא"צ לטעם משאיל"מ וא"ש ואין צריך לדוחק הסמ"ע והדבר ברור ונכון:

ב **אומר בפני נמסור וכו'** דין זה עם מ"ש הרמ"א עליו בהגה אני נבוך בו קצת וחשבתי להאריך בו קצת כי מקורו מראש פג"פ אבל העד שמעיד בע"פ העיד שנמסר השטר בפניו כשר לגבות משעבדי דחשיב כאילו יש ב' עדי מסירה שהעד שהוא חתום על שטר אמרינן שגם בפניו נמסר תדע דלר"א שטר הבא לפנינו ועדים חתומים עליו גובין בו אע"פ שאין אנו יודעים שנמסר בפניהם אלא שאנו תולים כיון ששניהם חתומים עליו גם נמסר בפניהם וכו' עכ"ל ולכאורה נר' דהא דהחליט הרא"ש הך סברא דמסתמא נמסר בפני עד החתום ג"כ ומכשירו לגבות בבירור ממשעבדי היינו דאזיל לשיטתו דכתב בפ' המגרש וכן הלכתא בין בשטרי מכר ומתנה ובין בשטרי הלואות בעינן ע"מ עכ"ל וא"כ הא דגובין לר"א בע"ח דאמרינן ברור בפניהם נמסר דהם עושים כהוגן ואין מוציאין מתחת ידם לגבות עד שיהיו ע"מ כי בו תלויה הכשרו של שטר וא"כ אף בע"א החתום ג"כ ע"כ בפניו נמסר והרי כאן ב' ע"מ ויפה הביא ראיה מהך תדע וכו' משא"כ אי אמרינן דאין צריך ע"מ כלל ובע"ח לחוד סגי אין לדין זה טעם ושרש מהכ"ת נוציא ממון מספק מן משעבדי ונימא דבפני החתום נמסר ג"כ מנלן הא אדרבא הרא"ש כתב להדיא בפ"ב דגיטין דמאן דיזיף בצנעה יזיף וחוששין דמוסרו בינו לבינו וכללא הוא כותבין שטר ללוה וכו' וכל קושית הגמרא וליחוש דילמא כתוב ליתן בניסן וכו' והכל בינו לבין עצמו דבפני עדים הם ירגישו בפסולו וא"כ איך נטרוף בדבר בלתי רגיל ממשעבדי ומה שהביא ראיה תדע לר"א וכו' אדרבא נהפך הוא דשם הטעם הואיל והכשרו של שטר תלוי בו מסתמא כהוגן עשו והשגיחו שיהיה ע"מ כי הוא עיקר שטר וכ"כ הרא"ש להדיא שם במגרש כיון שהגט בידה ועדים חתומים עליו תלינן דמסתמא בהכשר נעשה גט בע"מ דהכל יודעים אין דבר שבערוה בפחות מב' וכו' וכן סיים שם הפסקא היכי שהגט ביד אשה אין צריך להביא ע"מ לפנינו שאנו תולין שבדין נמסר לה עכ"ל הרי הכל הואיל ובעינן דוקא ע"מ תולין החזקה שהיה נעשה כדין אבל לר"מ דסבירא ליה דאין צריך לע"מ כלל מהכ"ת לומר דהיה ע"מ דבר שאין בו צורך ומספיקא לא נימא דבר להוציא מיד מוחזק וכלל גדול הממע"ה. ולפ"ז יש מקום לתמוה על רבינו ב"י בתרתי חד דהעתיק דין זה להלכה בספרו ש"ע כאילו אין חולק דהא לשיטתו הרי"ף ורמב"ם וסייעתו דסבירא להו אף ע"מ כרתי ומודה ר"א דבע"ח לחוד בלי ע"מ כלל דכשר א"כ אין כאן סברא לומר דנחליט בהחלט דנמסר השטר לפני עד החתום נ"כ דמהכ"ת כיון שאין צריך מ"מ. אם כן המחבר דבא"ע סימן קל"ג הביא דעת זו דבגט כשר בע"ח לחוד בראשונה כדרכו דהוא נמשך אחרי הרי"ף והרמב"ם אם כן לא היה לו להחליט כאן בלי חולק דינו של הרא"ש דאזיל לשיטתו דלא כרבוותא הנ"ל ובפרט להוציא ממון ממשעבדי ודוחק לומר דהא דהביא

שם בא"ע דגט כשר בע"ח לחוד דלא דסמיך אהרי"ף ורמב"ם דאף ע"מ כרתי לר"א רק ס"ל כמ"ש הר"ן בפ' המגרש דהואיל ועדים חתומים והגט בידה היינו ע"מ דאנן סהדי דנמסר לה ודעת זו נראה דס"ל לתו' ב"ב שמעתא הנ"ל דף קס"ה ד"ה אמר וכו' דכתבו שעד החתום הוא כעד מסירה דמוכח שמסרו לו הלוה שהוא לא חתם אלא בצוי מלוה וכן סיימו לבסוף דהוי ע"מ אף דתנן כותבין שטר ללוה אע"פ שאין המלוה עמו והיינו כר"ן דכיון דעכשיו בידו אנן סהדי וא"כ הרי יש כאן ודאי עדי מסירה ב' דעד החתום מחשב לע"מ אף דלא ראה המסירה דזה דוחק חדא דנראה מדברי ב"י בא"ע שם דנמשך אחר דעת הרי"ף והרמב"ם וסייעתם ועוד א"כ איך כתב בספרו ב"י כאן ונמשך אחריו רמ"א בפי' הטור דאם עד החתום אומר להדיא דלא היה בפניו המסירה דאין מצטרף וזהו דלא כדעת התו' והר"ן דלשיטתם מ"מ ה"ל ע"מ כמו בגט בשני ע"ח דנמסר הגט שלא בפניהם ומ"מ אמרינן דהוי ע"מ ע"ש בר"ן בפ' המגרש ובתו' הנ"ל וגם הך דינא של רבינו ב"י דהחליט לדעת הרא"ש דאם עד החתום אמר דלא נמסר בפניו דנאמן לא הבנתי דכיון דעל זה סומכין דודאי היה במסירה הואיל והכשרו של שטר תלוי בו וחזקה וכהוגן עשה א"כ איך נאמן שוב לומר דעשה שלא כהוגן ונגד הכשרו של שטר וכי ע"ח בגט נאמנים לומר שלא היה בע"מ לבטל הגט לדעת הרא"ש דבר זה אינו עולה על דעת ולא שמענו ולא סבירא לן. ולכן היה נראה דס"ל אי כוונת הרא"ש דגם בשטרי הלואה בעינן ע"מ מה זה שכתב הרא"ש תדע לר"א הא בהך איירי מקדם לר"א והלשון מורה כאילו אומר דבר חדש מה שלא אמר מקודם והעיקר אם כן הא דפרכינן בב"מ וניחוש דילמא כתוב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואתו לטרוף לקוחות שלא כדין בממ"נ אי חיישינן דימסור השטר למלוה בלי עדים כלל הא אפי' מסרו בו ביום דליכא חשש מוקדם פסול דלר"א לשיטת הרא"ש עקרו של שטר בע"מ וע"ח לא מהני כלל ואי אמרינן דיעשה כהוגן בלי ספק וימסרו בע"מ כמ"ש הרא"ש א"כ אף חשש מוקדם ליכא דעדים ירגישו בפסולו ולא יזדקקו להיות ע"מ כלל ואפי' נימא דעדיף מיניה מקשה אפי' לר"מ דס"ל ע"ח מ"מ מה משני אביי עבחז"ל ואביי ס"ל כר"א ע"מ כרתי עדיין הקושיא איך יכתבו שטר ללוה בלי מלוה דילמא ימסרו בינו לבינו וכל החזקה שאנו אומרים דמסתמא עשו כהוגן והי' בע"מ וכאן אתה מורה לכתחלה למוסרו ליד הלוה והם הולכים ומי יודע מה יעשה בו הלוה ואם אמרינן דודאי מלוה אינו לוה רק ע"י ע"מ וכהוגן דחושב שמעו רבנן ומפסדי א"כ מה צורך לאביי עבחז"ל בלא"ה אם יקח ע"מ ירגישו בפסולו ועיין בר"ן בפ' המגרש שהקשה בגט איך כותבין גט לאיש וכו' ובזה י"ל דאין עשוי לקלקלה בי"ש כמ"ש התו' ורא"ש ריש גיטין אבל בהך ד"מ קשה ואי נאמר ודאי אי לא עבחז"ל שפיר

חיישינן דלמא יכתוב בניסן וימסרו בתשרי בלי ע"מ כלל ואי דמלוה חושש שמעו רבנן ומפסדי הא אמרינן בדף י"ז בב"מ היכי דאית ליה רווחא למלוה לא חשש לכך ומכניס עצמו בערמה ולכך משני עבחז"ל ואם כן יכול לקבל השטר מאוחר מכתיבתו אפילו בעדים ואם כן מלוה לא שביק ולוקח תמיד מ"מ. עדיין קשה ברא"ש איך כתב דזה עד החתום היה במעמד המסירה ודאי הא זה מסרו ללוה והלך לו ומה טיבו אל המסירה ואם אחר כך היה המסירה בע"א הוא אותו העד בע"פ המעיד על המסירה אבל אין כאן חזקה כלל דעד החתום היה במעמד המסירה וכ"כ התוס' דעד החתום מוסר שמר ללוה והולך לו ומכ"ש אי נימא כיון דעבחז"ל והיינו זכין לאדם שלא בפניו והרי הן כשלוחו של מלוה אם כן הן הן השלוחים הן הן מ"מ ואין צריך מ"מ (ובתו' ב"ב הנ"ל דכתבו לאביי דעבחז"ל הרבה פעמים דחותמין בלי ראית המעות דכותבין שטר ללוה וכו' וקשה אם כן איך נידון עד החתום לע"מ ודוחק דבאמת הדר ביה תו' מהך פי' דאם כן מה צירוף אלא ודאי יש לומר כיון דעבחז"ל הוא החותם הוא השליח של מלוה ונעשה ע"מ והרי יש כאן שני ע"מ ולכך קרוי צירוף דעבחז"ל אינו אלא בפנות היום כמ"ש התוס' ושני ע"מ הוא בעוד יום גדול דמסתמא לא מסר סמוך לחשיכה וא"ש ובזה מיושב מה שדקדקנו בתו' בשמר בע"א למה צריך עבחז"ל הא ליכא חשש דבאמת אין צריך רק התו' הביאו ראיה דעבחז"ל דעד שלוחו נעשה עד ואם כן ה"ה בשטר בע"א ודוק דמלבד דלישנא דרא"ש דאמרינן בפניו נמסר גם כן לא משמע כן אף גם הא דהצריך הרא"ש שם בפ' המגרש ע"מ בכל השטרות הוא שלא אליבא דהלכתא דהא הרא"ש פוסק כאביי דעבחז"ל. ועוד דקשיא קושי' הגי"ת למה נקיט הרא"ש וטור ב' שטרות. ועל כל אחד רק ע"א חתום ונמסר רק בפני עד אחד ולא בפני עד החתום דאין מצטרפין ה"ל למימר יותר רבותא דחתומים על כל שטר שני עדים רק ברור שלא היה רק עד אחד לכל שטר עד מסירה אין מצטרפין דהא הכל תלוי במסירה ולזה היה נראה דס"ל הא דכתב הרא"ש בפ' המגרש בין בשטר מכר ומתנה ובין בשטרי הלואות בעינן ע"מ מילת בעינ"ן לאו דוקא רק הכוונה דמהני ביה ע"מ לאפוקי דעת האומרים דלא מהני ע"מ בשטרות ובעינן דוקא ע"ח אבל דהיה צריך ע"מ לא סבירא ליה להרא"ש דכן כתב הרא"ש להדיא בפ"ק דגיטין גבי שטרות העולים בערכאות דלא מצריך ר"א ע"מ רק בשטרי קנין או גיטי נשים אבל שטרות שאינם אלא לראיה בעלמא לא בעי ע"מ עכ"ל וכן צ"ל בתו' כתובות דף כ' בכותב אדם עדותו על שטר מעיד עליה הקשו התו' להניח שטרו בב"ד דמה קושי' הא בעינן ע"מ רק אנן אמרינן מסתמ' היה ע"מ כמ"ש הרא"ש וכאן היה שטרו בידו ולא מסרו למלוה ואין כאן ע"מ ולפי הנ"ל ניחא דשטר ראיה אין צריך ע"מ ודוק. הרי

דלא מצריך בשטרי הלואות וכל שטרי ראיה כמו מכר דעיקר קנין במעות ע"מ כלל (ואמת כי מתו' דכתובות דף צ"ד דהקשו שמואל דסבירא ליה ע"מ כרתי איך סבירא ליה עבחז"ל בפ"ק דב"מ משמע דאף בשטרי הלואה בעינן ע"מ דאל"כ מה קושי' הא בב"מ איירי שמואל במצא שטר חוב ושם ע"ח סגי ואם כן עבחז"ל ועיין רשב"א פ' מגרש כתב להדיא היכי דאף ע"ח מועילין אמרינן עבחז"ל ולכך הוצרך לומר דחיישינן לפרעון אבל נראה דתלי' אי שעבודא דאורייתא אם כן טיבו של שטר רק להוציא קול וזהו לכ"ע ע"ח סגי דמוציאין קול מה שאין כן אי שעבודא לאו דאורייתא אם כן עיקר השעבוד נעשה על ידי שטר אם כן לר"א בעינן עדי מסירה דמשוי ליה השיעבוד דמ"ש שעבוד מ"ש קנין ולכך לשמואל דסבירא ליה שעבודא לאו דאורייתא בעינן ע"מ וקושית התו' שפיר ודוק ובחדושי הארכתי בזה בהמשך התו') ואם כן צריך לומר מה דהחליט הרא"ש דעד החתום היה עדי מסירה גם כן אין הטעם הנ"ל רק סבירא ליה כמ"ש התו' בבא מציעא דף כ' ע"א ד"ה שובר כו' דהא דעבחז"ל הוא רק מתקנת חכמים דאם לא כן לא יוכלו עדים לעולם לחתום עד שיראו המסירה וסבירא ליה לרא"ש כי אמרינן תקנתא בשני עדים אבל בעד אחד חתום בעלמא דבלאו הכי לא שכיח וגם בלאו הכי ליכא נעילת דלת דמי לוה על ע"א במקום דיכול לטעון להד"ם וישבע להכחיש העד לא תקנו והבו דלא לוסיף אמרינן בתקנו' ואינו מסתבר שיתקנו כן בעד אחד ואם כן דלא תקנו אף הוא העד אין יכול למסור שטר ללוה עד שיהיה המלוה עמו כמ"ש התו' דצריך לראות המסירה וא"כ היינו עד על המסירה דהא צריך לראות המסירה. וזהו שכתב הרא"ש דאמרינן דגם בפניו נמסר ודלא תימא אולי עשה העד שלא כהוגן לזה מביא ראיה כמו לר"א דגובין בשטרי קנין וכדומה באותן שטרות דמצריך ר"א ע"מ וגובין בע"ח משום דסברינן הואיל וחתומים עשו כהוגן וגם בפניהם נמסר אם כן אף בכה"ג אמרינן חזקה כהוגן עשה ולא מסר השטר ליד לוה רק היה במעמד המסירה ואתי שפיר ואם כן לא קשה קושית גי"ת הנ"ל דבשנים אמרינן עבחז"ל ואין צריך כלל ע"מ וסגי בע"ח אף לר"א ולק"מ ואם כי יש לפקפק בעד אחד דלא ניתן לגבות ממשעבדי מה כתבו ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי שייך בזה עד שנאמר הואיל ולא שייך עבחז"ל צריך להיות במעמד המסירה אך התו' הנ"ל בד"ה אמר אביי וכו' כתבו פעמים הרבה היה עדות החתום בשטר בלי ראית המלוה כלל דתנן כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין המלוה עמו וכו' ומוקי ליה אביי אפילו בשטרא דלאו אקנייתא משום דעבחז"ל וגם בזה קשה הא איירי בעד אחד החתום בשטר ואם כן מה טיבו של ר' אסי ואביי דעבחז"ל לכאן הא עד אחד לעולם יכול למסור ללוה כמ"ש ועכצ"ל כיון דבשטר עדים חותמים זה שלא בפני זה אם כן אף עד אחד אסור

לחתום ולמוסרו ללוה דילמא יניח לחתום עוד עד אחד וימסרו למלוה בזמן מאוחר וה"ל מוקדם ואי דעד השני לא יעשה עול אם כן הרי כל עדות ושעבוד השטר נמסר ביד עד אחד ואין מהראוי שעד אחד יסמוך על חבירו ועדות השטר בכל פרטיו צריך להתקיים בשני עדים ולשניהם כל הרחק מחשש עול נמסר ולכך אפילו עד אחד אסור לחתום וא"ש ודוק. ומעתה גם דברי הש"ע נכונים מה דהעתיק להלכה דעד החתום מצטרף לעד המעיד על המסירה דכיון דלא פסק כאביי פשיטא דאין לו לעד לכתוב שטר ללוה בלי מלוה דהא לא מיירי בשטר קנין כנראה מהמשך הענין ואם כן הרי הוא העד החתום אצל מסירה ואתי שפיר אלא דאנחת לן חדא אבל עדיין השני לא מיושב דאיך כתב הב"י דנאמן עד החתום לומר דלא בפניו נמסר איך יהיה נאמן לומר שעשה עול דהא לפי הנ"ל אסור למסור שטר ללוה עד שיהיה מלוה עמו ויהיה מוסרו לידו של מלוה כנ"ל אם לא שנאמר דדעת הב"י כדעת הש"ך לעיל סי' מ"ג ס"ק ט"ז דנאמנים העדים אפילו כת"י ממקום אחר ניכר דטעו בדרב אסי וכתבו בניסן ולא נמסר עד תשרי ואם כן אף בזה נאמן לומר דעבר בזה ומסר ללוה ולא היה במסירה עד ואם כי הוא חוץ לשורת הדין. ואם כן הך נפל ברברבת' כי כבר כתבתי לעיל סי' מ"ג באריכו' כי נראה מדברי מחברים אף דאם אמרו דטעו לא מפסלי בשביל כך מ"מ אינם נאמנים לעשות שטר מוקדם ע"ש ואם כן אף בזו אין נאמן ונראה דלכך כתב הרמ"א בהגה אבל אם לא נמסר רק בעד אחד ולא כתב אם אמר החתום דלא נמסר בפניו כי לא בריר ליה אם נאמן בכך ולכך כתב דלא נמסר והיינו דנתברר זה בב"ד והעיד העד בע"פ שהוא לבדו היה במסירה ומקדם היה השטר ביד לוה ואז פשיטא דאין כאן רק עד אחד במסירה ואתי שפיר. והפרישה משוה להך דינא דנאמן העד שלא היה עד במסירה לדבר פשוט לדידי מספקא לי טובא כמ"ש וכמ"ש הרמ"א בסתימת לשונו ודוק ומ"מ צריך עיון כי לבי נוקפי בכל הנ"ל כי לא מצאתי עד כדין למחברים שדברו בזה בכל מש"ל וידון בו מי שלבו שלם בהבנת דברי הראש והמחבר. ומה שהקשה הבעל ג"ת בהרא"ש דסבירא ליה עד החתום היה גם כן במעמד המסירה אם כן הוי ליה ראה כאחד המסירה דלא שייך מסר וחזר ומסר ואם כן למה אמרינן להרא"ש דבהך גוונא איירי מילתא דגמ' דלרבנן דריב"ק לכ"ע לא מצטרפי דהוי ליה עדות מיוחדת דהא ראו כאחד המסירה נראה בשנדייק בדברי התו' הנ"ל דסבירא להו לרבנן צריך לידע אחד שגם חבירו ראה ולהעיד כן בב"ד אני וחבירי פלוני ראו כך וכך ואם לא אמרו כן אף שהיה במעמד אחד הוי ליה עדות מיוחדת דאולי לא ידע אחד מחבירו דהתו' שם הקשו אי מיירי שמעידים אחד בכתב ואחד בעל פה על ראית הלואה למה הוי ליה עדות מיוחדת הא יתכן ויכול להיות כאחד כגון שכתב

בשטר בפני פלוני אני החתום ובפני פלוני לוה פלוני מפלוני מנה ושבע"פ מעיד בפני פלוני ובפני פלוני החתום לוה פלוני וכו'. מדכתבו כך שהחתום מעיד שגם בפני עד בע"פ והעד בע"פ מעיד שגם בפני העד החתום נעשה הלואה ולא כתבו סתם ששניהם העידו שראו הלואה אלא ודאי בכה"ג לא מהני ולא מיקרי ראו כאחד עד שיעידו כל אחד שגם חבירו ידע ואם כן בע"מ אף דנמסר בפני עד החתום מ"מ הא לא העיד שגם בפני השני נמסר אם כן הוי ליה עדות מיוחדת ולק"מ:

ג **שכל אחד חתום עליו עד אחד וכו'** כן פי' הב"י והרמ"א דברי הטור והרא"ש דלפי גירסתם היה כתוב אבל ב' שטרות שכל אחד אין חתום בו רק עד אחד ונמסר בעד אחד אין מצטרפין ונתקשו הא אפילו בשטר אחד אמרינן דהך דחתום בשטר גם בפניו נמסר ולכך תי' דמיירי דידוע דאותו החתום לא נמסר בפניו השטר ולכך שני שטרות אין מצטרפין למשעבדי והב"ח הביא דמהרש"ל גורם אבל שני שטרות שאין חתום בכל אחד רק עד אחד או נמסר בעד אחד ואם כן הכונה הן שני שטרות שחתום על כל אחד רק עד אחד או שאין חתום כלל רק נמסר בפני עד אחד ולגי' זו אין צורך לומר מש"ל דעד החתום לא היה ע"מ דלפמש"ל זה דוחק. ויש להקשות לפי' הב"י אם כן לאמימר דפרכינן מהא דגט פשוט ומקושר והוצרך לשטיא בדוחק למה לא אמרינן למעוטי דעד אחד בכתב ואחד במסירה לא מצטרף בשלמא למהרש"ל ליתא במציאות כמ"ש דעד אחד בכתב ודאי עד במסירה והרי כאן ב"ע וב' שטרות כל א' בעד אחד בכתיבה או רק עד אחד במסירה ליכא לפרש המשנה דדומי' דמקושר קתני דמיירי הכל בשטר אחד ולא בשני שטרות אבל להב"י ורמ"א קשה ול"ל דא"כ לא היה דמי לגמרי כמקושר דבמקושר אפי' היכי דאפשר דעד החתום היה ג"כ ע"מ מ"מ פסול דאל"כ לר' אלעזר גט מקושר דפסול בחתום בו שנים היכי משכחת ליה בדליכא ע"מ כל גיטין פסולים ובישנו ע"מ דל עדים ממנו לא יהיה דלאו חתומים בו כלל עדים הוי מתכשר בע"מ ועל כרחך צריך לומר במקושר דחתום בו שלשה אמרינן חזקה דהיה ע"מ אבל בחתום בו שנים לא אמרינן חזקה דהיה ע"מ ויפסול ואם כן אף בפשוט יש לומר כן בעד אחד בכתב ואחד בע"פ לפסול ולא לומר מסתמא גם החתום היה ע"מ גם כן ולזו אפשר נתכוון הגי"ת בדף ס"ג וס"ד ע"ש אך אין זה עולה נכון בכוונת הרא"ש דהוכיח דלא סבירא ליה לגמרא דידן כירושלמי דאם כן הל"ל לאמימר למעוטי אחד בכתב ואחד בע"פ כשהוא חתום לבדו בשטר ע"ש ומה קושיא הא דומיא דמקושר הוא ובמקושר אם אין מקוים שלשה עדים רק שנים ודאי אין מוכשר דאם לא כן לעולם יחתום אחד מזויף ומבואר בגמרא דגיטין דף פ"ב דצריך קיום לכל תלתא ואם כן אף בפשוט אם אין מקוים רק אחד לא מהני

וזה אינו לאמימר ואין מקום לקושית הרא"ש ועכצ"ל דלאו לכל מילי צריך להיות דמי וקושי' הנ"ל במקומו מיהו לפי מ"ש הא דאין עד החתימה ע"מ דמסרו ללוה בלי מלוה ולא אמרינן בעא עבחז"ל א"כ ל"ל דמתניתין אתיא בכה"ג דאין גובה משעבדי דפשיטא דיאמרו לקוחות אייתי ראי' אימת מטי שטרא לידך ואי דע"א מעיד על המסירה אין מוציאין ממון בע"א ועוד הא לית ליה קלא דעד החתום אין מוציא קול כיון דלא מסרו ליד המלוה כמ"ש הרא"ש להדיא בב"מ בשמעת' מצא שט"ח ע"ש וא"כ לא קמ"ל מידי ועדיין קשה פשיטא כן י"ל לתרץ דברי הב"י אבל יותר נכונים דברי מהרש"ל וא"צ לכל זה:

ד **לטרוף ממשעבדי** כתב הסמ"ע ס"ק ג' דלעיל בסי' מ"ה כתב הטור אם נאמר דשני שטרות וכל א' בע"א מצטרפין משמע דאפילו לגבות מב"ח מסתפק לי' והיינו אולי הלכתא כראב"ד וסייעתו שהביא הטור דס"ל ע"א בכתב לאו כלום הוא ואינו מצטרף כלל ולכך פי' דממשעבדי ודאי אינו טורף אבל מב"ח מספקא לי' ואין דבריו נראים כלל דא"כ איך סתם הטור בראש דבריו ע"א בכתב וא' בע"פ מצטרפי הא לראב"ד אין בע"א בכתב ממש כלל וכלל ואין מצטרף וה"ל מפי כתבם ול"ל דשם סתם מיירי בע"א בכתב ואמרינן מסתמא נמסר בפניו דמה בכך מ"מ הא אינו כאן וכל עדות הוא רק מפי כתבם וכצ"ל בראב"ד דאל"כ א"צ לירושלמי לומר דמצאו לקיים ידי אחד ולא השני ופשוט וכן הרא"ש הכריע להדיא דלא כירושלמי ואפילו ע"א בכתב לא קרוי מפי כתבם וא"כ איך מסופק הטור לגרור אחר הראב"ד שהיה תופס דברי ירושלמי לעיקר מה שהרא"ש הכריע להדיא למולו ועוד אף בזה עדיין אין מובן מה ספיקו של הטור לעיל סי' מ"ה דעדיין אף לראב"ד יכול לזייף ולכתו' בצד כל א' מהעדים בחצי שטה החלק שטר ולחתום אחר העד עוד עד מי שירצה ואם לא ימצא לקיים מה בכך הרי כאן שטר בע"א וכשר אף לראב"ד כשמצאו לקיים יד ע"א ולא השני כמבואר בירושלמי ובזה אין חולק ודוחק לומר דמיירי דהעד ממשיך חתימתו עד קצה הנייר וא"א לחתום עוד עד בצדו דזה לא נזכר בטור אלא ברור דספיקא דטור לעיל כמ"ש הש"ך וכמש"ל באריכו' דע"א וע"א ושניהם רק בשטה א' אי בכה"ג מצטרפין דריעותא לפניך וכמש"ל אבל זולת זה אין כאן ספיקא לטור וגובה מב"ח וכן דעת הש"ך לעיל סי' מ"ה:

ה **הרי זה מחויב שבועה וכו'** והרב הש"ך הכריע דלא כהך סברא ואולם בתשובת הרא"ש סוף כלל נ"ה. וכן כלל ס"ז דין ד' מפרש להך דיעה בסברא ולא פקפק עליו כלל ולא הביא חולק כלל וא"כ נראי' הדברים שמסכים לדברי הרמב"ם. וכן הוכחתי לקמן בכללי מגו מדברי הרא"ש ממקום אחר שמסכים לדין זה עם הרמב"ם וכן מוכח התשוב' הרי"ף הביאו הנ"י והרא"ש פ"ק דמכות שטר שחתומים עליו שנים ואחד מהם קרוב והרחוק

זכור העדות ולא ידע בקרובתו של זה והכשיר הרי"ף השטר בע"א ע"ש וכבר נדפס בד"א האלפס' חדשות קושי' מאנשי השם אם זכור דל שטרא מהכא יעיד ע"פ ע"ש אבל כוונת הרי"ף להכשיר השטר בע"א ובאמת בהכחשה דטוען להד"ם ליכא נ"מ אבל אילו היה מודה רק היה טוען פרעתי היה נ"מ דאם יעיד ע"פ ואין בו תורת שטר נאמן לומר פרעתי אבל כיון דמשוי' לי' שטרא א"י לומר פרעתי ולכך מתחילה הכשיר השטר דאם יטעון פרעתי דלא יהיה נאמן ולבסוף שהכחיש לגמרי חייבהו שבועה ואז באמת לא היה צורך לשטר כלל ורק גופא דדינא קמ"ל דיש בו דין שטר ונ"מ לענין אמירת פרעתי ובאמת מתחילה עלה ברוחי דס"ל לרי"ף דגם כאן בשטר וטוען פרעתי קשה קושי' התו' גבי נסכא דר"א למה לא יהיה נאמן דידי חטפתי במגו דהכחיש להעד לא חטפתי ויהיה נאמן בשבוע' וס"ל תי' התו' בב"ב דירא להכחיש העד דיהי' העד ובע"ד פוסלו משבוע' וזה לא שייך בשטרא דהא צריכין להעיד עליו מחדש לאחר שעשה השבועה בב"ד שנשבע לשקר כמש"ל בסי' ל"ד בסופו ע"ש (וכן כתב מהרש"ל ע"ש) והעד בשטר איך יעיד עליו אח"כ כיון שאין זוכר ולכך הצריך הרי"ף שיהי' זוכר וא"כ יכול לפוסלו אח"כ ולית לי' מגו כתי' התו' וחזר הדין להיות שוה כנסכ' דר"א אך הדרני בי דלסברת הרמב"ם דס"ל כללא הוא כל שאין מכחיש לעד במקום שמחייב שבועה ה"ל כשנים ומחמת זה ס"ל דא"נ פרעתי דה"ל כשטר בב' עדים דאל"כ אין מקום לדינו כלל ופשוט וא"כ בלא"ה ל"ק קושי' התו' דלהימן במגו דהא כיון דאינו מכחישו ה"ל כתרי ומגו בעדים לא אמרינן ומה שמצריך הרי"ף לזכור עשיתי לעיל סי' מ"ו סמוכים ממנו לדברי רמ"א דבע"א בעינן לעולם שיזכור אך נר' דס"ל כרמב"ם כמו שכתבתי לעיל סי' מ"ו באריכ' דדעת הרי"ף כרמב"ם דהעדים צריכים לזכור רק בכתב ידם יוצא ממקום אחר דא"צ לזכור הוא כמ"ש הרמב"ם דלא מהימן לי' דאינו זוכרים ואיהו לית לי' מגו ולאו כל כמיניה לאורועי שטרא כמ"ש הרמב"ם אבל אי אית ליה מגו אף בכת"י יוצא ממ"א ואמרו דאין זוכרים השטר חספא בעלמא וכמש"ל באריכות וכאן דאנן סומכין על נאמנות של הרחוק אם הכיר בקרובתו של הקרוב או לא כמ"ש הרי"ף להדיא וא"כ מה בכך שכת"י יוצא ממקום אחר הא יש לו מגו דהיה מכיר בקרובתו והיה השטר חספא ועכשיו דאומר דלא הכיר ואינו זוכר נאמן במגו ובפרט כה"ג דלא הוי רק ע"א ולא שייך מגו במ"ע כמ"ש בכללי מגו וא"כ השטר פסול ולכך בעינן שיזכור העדות וא"ש. ונראה דהיה הרמב"ם הולך לשיטתו דסבירא ליה דשטרות מתקנת דברי סופרים שלא לנעול דלת בפני לוין כמש"ל בסי' כ"ח באריכות וזה היה לו הוכחה מגמ' כמ"ש הרא"ש דע"א בכתב כשר באחד ומצטרף כמאמר אמימר וקשה ליה בע"א למה הפקיעו חז"ל דין תורה להכשיר שטר

מפי כתבם ואי משום נעילת דלת הא בלאו הכי לא שכיח שילוה על שטר בע"א דאף דנימא דזה אין חושש דיטעון להד"ם ויהיה צריך לישבע שבועה להכחיש העד וכולי האי לא עביד כמ"ש דמשום כך לא אמרינן בי' מגו מ"מ אולי יטעון פרעתי ויפטור וילך לו והוא המלוה יצא בפחי נפש וא"כ מה צורך להפקיע ד"ת ולכך החליט הרמב"ם דינו דאין נאמן פרעתי וא"כ עבידי אינשי להלוות בע"א ותקנו חכמים להכשיר מפי כתבו מפני תיקון עולם כמש"ל סי' כ"ח ע"ש. והדבר מוכרח לשיטתו. ומכל זה נראה דאין הכרעת הש"ך מכרעת ומסתבר כוותי' ולכן ה"ז בכלל ספיקא דדינא ואין להוציא מיד מוחזק בשום אופן:

ו **הרי הוא כחרס** פשוטן של דברים דאפילו כע"א לא הוי כמ"ש הב"י בב"ה וכן דעת הב"ח ואולם הש"ך בס"ק ד' האריך דמ"ש משטר שעדים מרובים דאמרינן דלא נפסלו הכשרים ע"י מ"ש הקרובים דאמרינן רק למילוי חתמו ולא נימא כן בשטר בב' עדים וא' קרוב דהקרוב למילוי בעלמא חתם וכל תמצית ראי' שלו דהא הרי"ף כתב ג"כ דבשנים ה"ל מזויף מתוכו והנ"י הביא על דבריו דברי בה"ג מורה דשפה אחת להם ולכן פי' הש"ך דבאמת מ"ש הרי הוא כחרס דאין בו דין שטר בשני' אבל דין בע"א יש לו בכה"ג או דמיירי בנודע בבירור שישבו לחתום ע"ש ומ"ש דאיירי בנודע בבירור שישבו לחתום אין לו מקום כלל דהא סתמא נאמר ברמב"ם ומהכ"ת לפרש כך ה"ל להרמב"ם לבאר כן דנודע כך אבל מ"ש דלא מיירי רק לפסול השטר אבל באמת הוי כע"א תמהני מה יאמר בתשובת הרא"ש הביאו המחבר סעיף ה' דצריך עד הכשר להעיד שני' בע"פ לפני ב"ד ולא סגי במה שחותם. והש"ך ביקש לישבו דשם מיירי דנודע בבירור שישבו לחתום וא"כ לכ"ע עדותו בטל בכתב אבל לדבריו קושי' הסמ"ע לעיל סי' מ"ה ס"ק ל"ד דהקשה דברי הרא"ש אהדדי דדין זה כתב בכלל נ"ט דין ג' דיכול החתום להעיד בע"פ ולצרוף עם עד השומע ולבסוף הכלל פוסל הכשרים והחתומים בשטר במקומו דמ"ש הסמ"ע לתרץ דבסוף הכלל קאי לשיטת הרמב"ם דבראי' לחוד מפסל ומ"ש בדין ג' דעד הזוכר יכול להעיד בע"פ איירי לשיטתו דבעינן תרתי כיון להעיד ובא לב"ד להעיד כבר השיגו הש"ך לעיל דעדים שחתמו בשטר כנחקרה בב"ד וא"כ אם אמרינן דישבו לחתום ולהעיד ה"ל כמעיד בב"ד וגם מה שכתב הרב הש"ך לעיל לישב דמיירי דלא היה הקרוב עם רחוק בעת ראי' וא"כ אף דנתבטל ועשה שטר מ"מ יכול להעיד בע"פ ג"כ תמוה דהא שם בתשובה הי' מצוה והיה הרחוק מבחוץ ושנים החתומים מבפנים שומעים הצוואה וא"כ וכי הי' שני צוואות עד שנאמר שלא היה במעמד אחד אבל הדבר ברור הוא כך דבלא"ה יש לתמוה על הש"ך דסבירא ליה להרא"ש אי לא ישבו לחתום בתורת עדות

א"צ הכשר לחזור ולהעיד בשטר שחתם עליו שנים הא הרא"ש סבירא ליה בשער שחתם עליו עדים רבים ובתוכם פסולים לא נפסל השטר משום דאמרינן למילוי חתמו אבל אם שנים אחרונים קרובים מפסל השטר משום דאתו לקיימו בקרובים כדלעיל סי' מ"ה סי"ב בהגה ע"ש וא"כ הדבר כ"ש מה חתומים עשרה עדים רק חתום א' קרוב בסוף כל השטר נתבטל משום חשש זיוף דאתו לקיים בקרובים וה"ל כשטר שיוכל לזייף מכ"ש בב' עדים אף דהרמב"ן פקפק על זה וכתב דוקא במקושר חששא לזה דצריך שלשה אבל בשאר שטרות אם מרבה בעדים לא יקיימו דיאמרו מה האי דקמן דהרבה בעדים ללא צורך אך בשטר בשני עדים דצריך פשיטא דדמי למקושר ואתא לקיים מן קרוב והרי שטר שיוכל לזייף והשטר חספא ואף הרמב"ן מודה בזה ולכן דברי הרא"ש נכונים ואין בהם סתירה כלל וכלל כי בהך דצוואה ודאי דלא ישבו לחתום אף דשמעו הצוואה וכוונו להעיד מ"מ בא לב"ד בעינן והם לא כוונו לחתום עם הקרוב ולא הוי כמעידים בב"ד כי הרא"ש סבירא ליה תרתי בעינן כנודע רק הצוואה החתומים רק שנים ואתו לקיים מקרובים ולכך פסל הרא"ש הצוואה אבל מ"מ לא נפסלו עדותן ולכך פסק הרא"ש כי העד הזוכר יעיד בע"פ משא"כ בסוף כלל הנ"ל מבואר שישבו לחתום וא"כ פשיטא דנפסלי העדות דה"ל כנחקרה עדותן בב"ד וא"כ ה"ל תרתי ופסולים ואין כאן סתירה כלל ולא קשה מידי וא"כ לא זו לפי דעת הרא"ש דהם פסולים משום חשש דאתו לקיימו אף גם אפשר הרמב"ם מודה דזה דמי למקושר ואמרו בגמ' החשש פיסול כמש"ל והוי יכול לזייף ולכך פסול דבזה לא שייך תי' הרמב"ן וא"ש. ותמהני על הש"ך איך לא שת לבו דלדעת הרמ"א לעיל בשם הרא"ש ודאי כל השטר כחרס ובלא"ה י"ל בשנים ודאי לעדות חתמו כי סתם שטר יש בו שנים ואף דגם בשנים אמרינן בגיטין דף יו"ד דרווח' שביק הייט דהכשר שביק רווח' ואח"כ חותם פסול אבל אמרינן דהפסול חתם לשם עדות ונתבטל כל השטר כיון דנתכוון לעדות דהכל תלוי' בכוונ' הפסולים כדלעיל סי' ל"י אלא שא"צ לזה כי ה"ל שטר שיוכל לזייפו ואף דלמילוי חתמו וכמש"ל גבי צוואה דפסל הרא"ש בשביל כך רק לדעת רמ"א לקמי נר' טעם זה ועיין מ"ש ס"ה בזה. וכתב בהגהת הרא"ש בשם הא"ז דאחד בכתב ואחד בע"פ אם כת"י יוצא ממקום אחר מצטרפין לענין דה"ל מלוה ע"פ ויכול לומר פרעתי אבל אם אין יוצא ממקום אחר והוא אומר זה כת"י אינו כלום והקשה הגי"ת מ"ש דמקוי' ממקום אחר ומ"ש דהוא מקיים ונראה דסבירא ליה כמ"ש לעיל בשיטת הרמב"ם דבכת"י אינו יוצא ממקום אחר צריכין לזכור העדות אבל לא בכל אופן כרמב"ם דרמב"ם סבירא ליה אפילו בב' מדים והא"ז דייק לי' מהא דאמרינן כותב אדם עדותו על השטר ומעיד עלי' ואמרינן והוא שזוכר' דצריכין

לזכור העדות היינו דוקא בע"א ולא בשני עדים כמ"ש התו' לחד תי' וכן הוא בהגהת מרדכי עיי' לעיל סי' מ"ו סעיף יו"ד בהג"ה ובמ"ש וא"כ כאן ע"כ איירי דאינו זוכר בע"פ דאל"כ מה צריך לצירוף הכתב עם העד בע"פ לענין להד"ם הא זוכר ויש כאן ב' עדים בע"פ וע"כ דאינו זוכר וא"כ בכת"י אינו יוצא ממקום אחר הרי זה כחרס כמ"ש הרמב"ם וכלא נחשב ולק"מ ודוק ומכאן ראי' לדברי הש"ך בתשובה לרמ"א בהג"ה לעיל סי' מ"ו ס"י וכאן מוכח כדבריו ועיי' מש"ל:

ז **שדינו כשטר וכו'** הוא דעת בה"ג ולפי שבררתי לעיל בדברי הרא"ש דסבירא ליה כרמב"ם דבעי עד החתום להעיד בע"פ צ"ל דמ"ש הטור על דברי בה"ג וכ"כ א"א הרא"ש לאו לכל מילי סבירא ליה כוותי' רק בגוף הענין דע"א בכתב כשר ולא קרינן בי' מפי כתבם כדעת הראב"ד ולענין זה הביאו ג"כ הרא"ש בפ' ג"פ אבל בהך אי מכשר בחתם קרוב בהדיה לא סבירא ליה כוותי' והנה המע"מ בב"ב כתב וכן יש לדייק מלשון בעל ה"ג דכתב משביעין לי' אפומא דהא סהדא דחתום משמע דצריך להעיד בעל פה וא"כ לדבריו בטלה מחלוק' בין רמב"ם לבה"ג ויפה כתב הטור וכ"כ א"א הרא"ש ז"ל דהם לכל מילי שוי' אך צריך ביאור לדבריו א"כ מה מייתי הרא"ש והטור ראי' ממנו דע"א בכתב כשר דלא כראב"ד וסייעתו הא בה"ג מיירי דמעיד בע"פ וצ"ל דודאי אי ברור דישבו לחתום לשום עדות אפי' בע"פ אינו מועיל דה"ל תרתי ראה והעיד בב"ד כמש"ל בדברי הרא"ש בסוף כלל נ"ט רק דאנן אמרינן ליקרא ולמילוי חתם וזהו אם ע"א בכתב כשר בעלמא י"ל דזה לא לקח מיד הלוה רק ע"א בשטר ואח"כ חתם קרוב למילוי או ליקרא אבל אם ע"א בכתב לא כלום מהכ"ת לקח מתחילה המלוה שטר בע"א חספא בעלמא וכי לצור ע"פ צלוחיתו ולאיזה צורך החתים הקרוב למילוי וליקרא הא הוא חרס הנשבר ונזרק לאשפה ובפרט בה"ג ס"ל דבעי דוקא בשטר דעדים מרובים להכשירו אם חתום קרוב בתחילה אבל לא באמצע ובסוף משום דמתחילה אמרינן למילוי ומה מילוי צריך כאן. הא אין בו ממש כלל אלא ע"כ דסבירא ליה ע"א בכתב כשר ושפיר אמרינן למילוי חתם להכשיר שטר בע"א שיהיה לו תוקף שטר להזקיקו שבועה וא"י לומר פרעתי לדעת הרמב"ם וא"ש. ומה דסיים הרא"ש בדברי בה"ג והא דלא מפסל הכשר בצרופו דפסול דאמרינן רווחא שביק הוא תוספת מדברי הרא"ש דלא נזכר כלל בדברי בה"ג דאילו נתכוונו להעיד בשטר תרתי הוי נתכוון להעיד והעיד בב"ד דכמי שנחקרו דמי אך עדיין צ"ל דדברי בה"ג בשטר שעדים מרובים וא' מהם קרוב דוקא בחתום קרוב בתחילה הוא דמכשירינן אבל לא באמצע ובסוף דאמרינן לשם עדות חתום ואיך הכשיר כאן סתם לומר דלשם מילוי חתם ולכך כשר עדותו בכתב לשיטת מחבר ולשיטת המע"מ הנ"ל

בע"פ ולא חילק אם חתם קרוב בראשון או בשני ולכן היה נראה דהא דכתב הבה"ג אפומא דהאי סהדא אין כוונתו שיעיד העדות בע"פ כמ"ש המע"מ וצ"ל ברא"ש הנ"ל כמש"ל רק דסבירא ליה בשנים הואיל והוא הכשרו של שטר בשנים לעולם אפי' חתם קרוב ראשון אמרינן לעדות ומכ"ש כשחת' בשני וכמ"ש לדעה קמיית' כרמב"ם דשני גרוע טפי משטר שעדי' מרובים רק סבירא ליה ה"מ בסתמא אבל אם הכשר עומד פה בב"ד ואמר דלא נתכוון הפסול להעיד עמו וידע דלא חתם רק למילוי לכ"ט כשר דהא הכשר נאמן להעיד ומאן מעכב אם רוצה לשקר שיכתוב שטר אחר וכדומ' ולכך חתימתו כשר וזוקק לשבועה וזהו שדייק אפומא ור"ל דמעיד בפה שלא היה הפסול חותם ויפה דייקו ממנו דע"א בכתב כשר וצ"ע ועכ"פ לא מצינו ממש מחלוקת ברור על דעת קמיית' שפוסל השטר לגמרי בסתם. ולכן הש"ך שביקש לחלוק ולומר העיקר כדעת בתרייתא לא נראה כן כיון די"ל דגם בה"ג הכי סבירא ליה:

ח **ונתבטל** בדרך שנתבאר וכו' זהו הוסיף הרמ"א בדברי המחבר דאל"כ מה צורך שיעיד בע"פ עד החתום ולדבריו צ"ל דלא נתכוון זה הפסול להעיד בעת צוואה ובעת שמעו הצוואה רק אח"כ נתכוון לחתום דאי אז נתכוון איך מעיד בע"פ הא בטלה עדותו ומכ"ש לדעת המחבר לעיל סי' ל"ו דסבירא ליה בראי' לחוד מפסל וזה דוחק דה"ל למחבר לבאר דאף דישב לחתום מכל מקום אומר דלא נתכון מתחילה ועמש"ל בסי' ל"ו אי סתמא להעיד או למחזי ע"ש מכ"ש בזה דחזינן דישב לחתום לשם עדות גמור. ולכן נראה דבכוונה סתם המחבר כמש"ל דודאי דעת הרא"ש משום דאף דחתמו רק למילוי מ"מ השטר הרי שטר שיכול לזייף דאתו לקיים בקרובים וא"כ סבירא ליה בשני' לא נחלקו המחברים ומודים להרא"ש דמ"ש ממקושר וכמש"ל וא"כ לכ"ע הצווא' בטילה ויכול להעיד בע"פ דלא נתכוון לעדות כלל ולק"מ וברור:

ט **ובעדות בע"פ בכה"ג כו'** יש לדקדק דהא הקשו על הרי"ף דפסק כר"י דעדות שבטלה מקצת' בטלה כולה ופסק בגיטין כרבא דאמר הרי זה גיטך ומתנה דפלגינן ולגבי גט א"צ קיום ולגבי מתנה בעי קיום ובירושלמי תלינן זה בזה ותי' הרשב"א בחדושיו לגיטין בשם הרמב"ן דגבי קיום שאני דאין כאן ביטול בגוף עדות וכ"כ הר"ן וכן נראה דעת בעל עיטור אמנם במרדכי פ"ק דגיטין נאמר בשם רבינו יואל תי' אחר דהכא שאני דאתו לאחלופי בשאר שטרות ולהכשיר קרוב וכ"כ הרא"ש ספ"ק דמכות וכתב המרדכי דלהך תי' יש לחלק בין שטר לבע"פ דבע"פ לא שייך אתו לאחלופי ע"ש וא"כ תינח להך תי' אבל לתי' רמב"ן ורשב"א ור"ן ועיטור לא שייך לחלק בין שטר לבע"פ דמ"ש וכן נראה קצת בתשובת ריב"ש סי' קצ"ה דפלפל הסכמה שנעשי' על שני סופרי' והיה בצירוף

אנשי הסכמה סופר אחד. מהנך שני' אי דנין בי' עדות שבטלה מקצתו ע"ש ולא חולק דשם לא היו דנין על כתיבת הסכמה רק על גוף הסכמה והיינו נראה דנמשך אחר שיטת הר"ן רבו ולכן השמיטו המחבר וצ"ל דסבירא לי' לרמ"א להכריע הואיל בלאו הכי רבו מחברים דפוסקים לגמרי אפילו בשטר קי"ל בהא כר"א דלא נתבטל כל עדות ואם כן הבו דלא לוסיף דנפסוק כרא"ש ומרדכי דהטעם משום אתא לאחלופי ובע"פ כשר וכן נראה מדברי ריטב"א בתשובה לעיל סי' ל"ז בב"י גבי גזברין שיש להם טובת הנאה בחלוקה של צדקה ע"ש:

סימן נב

א **אבל גובה הקרן כו'** ועדים לא מפסלי כתבו התו' דלעדים לא משמע דלא תשימון על עדים קאי ובפרק א"נ כתבו התו' ושמא לא תשימון לאינשי במלוה משמע להו ולא בעדים וכתב הגי"ת הרי דתו' גופי' מספקא לי' הך דינא והש"ך כתב דאף דבא"נ מספקא לי' בדוכתי אחריני פשיטא ליה והנכון אתו ועלה ברוחי לומר הא דכתבו התו' ושמא וכו' אין הספק בסברא אי אמרינן כן רק הספק בעדים דאף דאמרינן דלא משמע ליה אין זה מוחלט וכי אינו במציא' שהם בני תורה יודעי דין ודת ויודעים שאסור לעדים ג"כ ושנו מה ששנו חכמים ואלו עוברים בל"ת וכו' רק הואיל וספק אולי לא ידעו אוקמינן אחזקת כשרים כמש"ל בסי' ל"ד מזה באריכות אבל הדרינ' בי' מלישנא דתו' דכתבו ושמא ל"ת לאינשי וכו' והל"ל לעדים ולא לאינשי דלאינשי עכצ"ל ודאי משמע כן רק הספק אם העדים הם בכלל המוני עם דלא ידעו או לא אם כן לא הל"ל לתו' לאינשי אלא ודאי דבגוף הדבר נסתפקו התו' וזה ברור:

ב **פסול וכו'** ודעת הרמב"ן להכשיר דכיון דלא נעשה פיסול בקרן ולא דמי לשטר מוקדם דנעשה פסול בכל השטר עיין שם ועיין בש"ך דיכול מוחזק לומר קים ליה כרמב"ן ויש להבין לרמב"ן מה פריך הגמרא לר"י למה ליה הטעם במוקדם משום גזרה שמא יגבה מזמן ראשון נימא הטעם משום לא ניתן לכתוב ומשני נהי דלא ניתן לכתוב מזמן ראשון וכו' וקשה עדיפא הל"ל להקשות בשטר שיש בו רבית כללו עם הקרן מ"ט דחכמים דגובה הקרן הא לא ניתן לכתוב כלל וגרע ממוקדם ואף דנימא דגם בי' שייך תי' נהי וכו' דהקרן ניתן לכתוב מכל מקום בס"ד דלא אסיק הך סברא ה"ל להקשות מ"ט דרבנן בשלמא אי איירי בשטר שמפורש קרן לחוד לא קשי' דהא לא ניתן לכתוב דכיון דקרן מפורש בפ"ע מיקרי ניתן לכתוב וכ"כ באסיפת זקנים להדיא בשם הרמב"ן גופי' ע"ש אבל אי איירי דכולל קשה דודאי לא ניתן לכתוב ודמי למוקדם לגמרי ול"ל הואיל ולא

ידעו עדים דיש בו רבי' מיקרי ניתן לכתוב דהם כתבו לפי תומם ולכך קשי' ממוקדם דשם יד עדים היה במעל הזה דא"כ מה פריך שם משבח קרקעו' וכו' נימא דהעדים דכתבו שטר מכירה לא ידעו שהיא גזולה ובתימם כתבו כראוי. ואולי י"ל דאמימר דאמר שם הך שמעת' דרבא דיש הבדל בין ניתן לכתיב והקשה רבינא לרבא דאמר הכי תקשי לי' לר"י ל"ל טעם גזירה נימא לא ניתן לכתוב ולכך לא הוי מצי להקשות קושי' זו לרבא מן שטר שיש בו רבי' דה"א דבאמת מיירי בשטר שמפורש בו רבי' ואי קשה ה"ל עדים פסולים כדעת הרמב"ן זה אינו דרבא סבירא ליה בעינן עד חמס ואוכל נביל' שלא לתיאבון לא מפסל ולכך הקשה מן מוקדם אבל לדידן דקי"ל כאביי דלא בעינן עד חמס הכריח הרמב"ן דינו דע"כ איירי באופן דכולל הקרן ורווחים דלא נפסלו עדים ומכל מקום במסקנ' לא קשה מן לא ניתן לכתוב דגוף הקרן ניתן לכתוב והוי כמו במוקדם דאמרינן ניתן לכתוב מזמן שני וק"ל

ג **וי"א דפטור כו'** כפי מה שנרשם מקור הדין הוא הגהת מרדכי פרק א"נ שהם מועתקים מתו' ב"ב קנ"ז ע"ב ד"ה המוקדמים כו' דכתב דרביט יונה מפרש שטר מוקדמין פסולין דקתני הוא לגמרי אפילו מב"ח לא גבי אעפ"י שחייב מודה וראי' מדאמר ר"ל בפירקין דהך משנה כר"מ דסבירא ליה שטר שיש בו רבי' קונסין כו' והיינו אפי' הלוה מודה ואפילו מב"ח וכו' והדר תנא הך משנה דהכא משמע דפסולין לגמרי אך יש לדחות דשאני התם דעביד לי' שומא אבל הכא לא עביד ליה שומא מיהו פסולים לגמרי משמע דלא לגבות מב"ח וכו' עכ"ל ומזה למד הרמ"א דגבי רבי' אפילו חייב מודה פטור דקעביד ליה שומא והרב הש"ך האריך לחלק בראי' ומפרש מ"ש המרדכי חייב מודה לא שהודה לו שחייב לו רק שהודה שצוה לעדים לכתוב ע"פ וכו' והדוחק הזה מבואר וא"צ לפרשו דלשון חייב מודה לא כן משמע וגם אם השטר נעשה בעדים ולא נפסלו מה נ"מ אם הוא אומר שנכתב בצווי שלו או לא העדים לא ישקרו בשום אופן אך באמת לא הבנתי ראי' הרמ"א מה"ג הנ"ל דהמרדכי דביקש להוכיח דפסולין אפילו כשחייב מודה מהא דסבירא ליה לר"מ דשטר רבי' פסול אפילו בחייב מודה וצריך לפרש הא קי"ל כר"י דמשנה לא אתיא כר"מ רק כרבנן דמכשיר בשטר ריב' רק במוקדמים פסול משום גזרה וצ"ל דס"ל לה"ג ר' יוחנן דאמר אפילו תימא רבנן וכו' משמע דלא נחלק עם ריש לקיש בדינא ובפירוש של פסולין אי פירושו של פסולין בחייב מודה או לא ואם כן כיון דחזינן לריש לקיש דמוקי כר"מ מדמה לי' לרבי' ואם כן ע"כ פסולים פירושו דחייב מודה אף ר' יוחנן צ"ל כן וע"כ צ"ל מחשש שמא יגבה מזמן הראשון קנסינן להפסיד מעותיו אפילו חייב מודה ואם כן במכ"ש בכולל קרן עם רבי' ולא נחלקו ר"מ ורבנן בשטר שיש בו

רבי' רק במפרש בו רבי' אמנם לפי מה דדחה ה"ג דש"ה דעביד ליה שומא אם כן אף לר"ל דסבירא ליה הך דמוקדמים ר"מ היא מכל מקום מודה דאף לר"מ פסולים רק לב"ח הואיל ועביד פסול בזמן אבל כשחייב מודה לכ"ע גובה אם כן נהפך הוא אף לרבנן אליבא דר"י פסול דמוקדמים איירי בשאין חייב מודה אבל כשחייב מודה גובה ולא קנסו לקרן מחשש שמא יגבה כו' אם כן אף בכולל רבית עם קרן מהכ"ת לומר לרבנן דאפי' חייב מודה מפסיד כיון דחזינן דגבי מוקדם לא סבירא להו כן ואין לנו שום ראיה או סברא דנימא כן ומהכ"ת לומר כן ודחי' ה"ג קי"ל להלכה לעיל סי' מ"ג אם כן אף זהו כמוהו ואין כאן ראי' כלל אמנם נראה ראי' לדין זה מדברי תו' דהקשה בממ"נ אי איירי דמפרש רבי' הא מפסלי עדים ואי לא מפרש אף לרבנן איך גובה הא יש לחוש דיגבה אף רבי' וקשה מה קושי' דילמא באמת מפסלי עדים רק כשחייב מודה איירי ולכך קתני לשון גובה וא"ג ולא פסול וכשר דשטר ודאי מפסל רק אי המלוה מצי לגבות מלוה הואיל ומודה סבירא ליה לר"מ דאין גובה דקנסו אותו כמ"ש תו' להדיא ולרבנן גובה דלא סבירא ליה קנסא ואיירי בכל גוונא בין מפורש בי' רבי' ובין אינו מפורש ולא קשה אם כן שטר דנקט למה הל"ל סתם במלוה ברבית אי קנסו או לא די"ל רבותא קמ"ל אפילו בשטר וכלל קרן עם ריב' דיש כאן חשש דיכול לתבוע אף רבי' ואף דהלוה יצעק דהוא ריב' לא יהיה נאמן דהרי שטרו סתם בידו מכל מקום סבירא להו לרבנן דלא קנסינן משא"כ במלוה ע"פ הרי אין בידו לתבוע רבי' דלוה יטעון רבי' הוא ונאמן במגו דלהד"ם או פרעתי וטובא קמ"ל ועכצ"ל דבאמת כה"ג סבירא ליה לתו' דגם לחכמים אינו גובה קרן אפילו חייב מודה דהא קי"ל בהמניח כרב דקנסו גופן משום שבחו דקנין גופי' קמזיק ובכולל קרן ורווחא ג"כ קרן גופא מזיק דעי"כ בא לכלל רבי' ואם כן ל"ל לרבנן גובה ואי איירי רק בפירש בו רבי' ובאמת העדים פסולים רק בחייב מודה ולר"מ קנסו ולרבנן כיון דלא קנסו וגם ליכא חששא דיגבה רבי' גובה הקרן הואיל וחייב מודה אף דשטר נפסל דא"כ קשה מה אריא שטר דנקט ול"ל כהנ"ל דהא מפורש בו הרבי' ועכצ"ל דיש לו דין שטר אפילו באין חייב מודה ושפיר הקשה הא מפסלו עדים וא"ש:
וכן ממ"ש מקודם הגהת מרדכי מוכח כהנ"ל דכתב גובה הקרן וא"ת במה קני' לי' להאי קרן אי בעדים בשלמא למ"ד פלגינן דבור' א"ש אלא למ"ד ל"פ דיבורי' בפ"ק דסנהדרין במאי קני' לי' וי"ל דבתרווייהו לוה ומלוה מודה דחייב וגובה קרן מב"ח ולא ממשעבדי דמלוה ע"פ עכ"ל פי' הש"ך דהא אינו מדברי ר"י דר"י דתי' לעיל דעדים אינם נפסלים באנפי שונים ולתי' זה א"צ להנ"ל ויפה כתב אבל מכל מקום צריך להבין קושיתו דאי איירי דאין הרבי' מפורש בו והעדים כדין עשו שחתמו השטר לתומם מה קושי' למה

לא יגבה הקרן ומה גריעות' יש בו ואי בשביל דאין הב"ד מניחי' לו ליטול הרבי' דלא למעבד איסורא יהיה שטר חספא דלא יגבה בו הקרן ומה ענין זה כלל להך דפלגינן דיבורא האמור בפ"ק דסנהדרין דמיירי שם אי אדם קרוב אצל עצמו אלא ברור דסבירא ליה דמיירי דמפורש בו רבי' ולכך הקשה הא עדים פסולים וה"ל חספא בשלמא למ"ד פלגינן דבורא ואמרינן דמה דהוא לפסול עצמו פלגינן אף בזו אמרינן על זו על הקרן חתמו ולא על הרבי' דיכולים עדים לומר ע"ז חתמנו ולא על זה וכ"כ הריטב"א למ"ש ב"י להדיא דלא מפסלי דאמרינן ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו ע"ש אבל למ"ד לא פלגינן אם כן לא אמרינן דע"ז לא חתמו דהא סתמא חתמו ומהכ"ת נימא דלא חתמו לפסול עצמן דהא ל"פ דבור' ותי' דאיירי דהוד' הלוה דחייב וגובה ע"פ הודאתו וזה ברור בכוונתו וקשה השתא דאתי' להכא מה קושי' דיפסלו עדים נימא דלא מפורש בי' הרבי' ואם כן לא מפסלי ואי קשה ניחוש דלמא יגבה ריב' נימא דמיירי דחייב מודה ועכצ"ל דסבירא ליה במקום שיש חושש דיגבה אף הריב' אף רבנן קנסוהו דלא יגבה קרן אפילו בחייב מודה כהנ"ל בדברי תו' וכן מורי' להדיא דברי הרא"ש בתשובה כלל ק"ח סי' נ"ב כמ"ש מהרי"ן לב דכתב להדיא אם יש עדים שבתוך סכום השטר נכלל הרבי' דאין גובה קרן כלל ולא הזכיר אם חייב מודה אי לא וגם ס"ל דשורת הדין דחייב הלוה לשבועת היסת אם כופר רק היותו חשוד פטור משבועה כמ"ש אח"כ אנדון אחר ע"ש בתשובה אלא ברור דסבירא ליה אף דחייב מודה קנסוהו רבנן ואין גובה כלל ודלא כש"ך דכתב דמיירי באין חייב מודה. וזהו מ"ש רק להליץ בעד הרמ"א כי יש לו יתד לתלות בו אבל להלכה נראה עיקר כרוב הפוסקים דחייב לשלם ובפרט דקשה קושי' התו' וכי חוטא נשכר דגם לוה עבר בלאו ותי' התו' דחוק וכן נראה ברור ולא מצי כלל לומר קים לי' כי דעת רוב מחברים חולקים:

ד **והוא שקרוע וכו'** דעת הר"נ בתשובה סי' ע"ה דאם יש קרע בא' משלשתן דפסול ואולם הגי"ת השיג עליו דלשון הגמ' משמע דצריך להיות הקרע בכל שלשה מקומ' והנה מדברי הריב"ש תלמידו נראה שחולק בזה ארבו הר"נ דכתב בסי' שפ"ג על כתובה חצי ראשון נחתך הטעם לפוסלו דילמא היה בחצי הראשון קרע שתי וערב וחתכו להעלים הקרע ע"ש ולא קאמר בקיצור דילמא היה הקרע במקום הזמן א"ו דזה לא מפסל וכן נראה דהשואל שם בתשובת הר"נ הוא הריב"ש ודעתו שם דבעינן בכל שלשה מקומו' הקרע והנה יש להבין דהא ראי' השואל שם מהא דאמרינן בפ"ב דגיטין גזי' לזמן ויהבי' ניהלי משמע כריב"ש דאל"כ איך יוכשר דילמא הקרע היה שם וחתך להעלי' הקרע והר"נ השיב דאין ענין דודאי אלו היה ידוע שנחתך שלא לסיבת פרעון או דבר שהוא

פוסל השטר לא היה נפסל אבל כשיצא קרוע במקום הזמן אנו חוששין שמא מחמת או פרעון נקרע ונפסל ודבריו בלתי מובנים לי דגם שם בבא הגט חתוך הזמן מי יודע סיבתו ואולי היה שם קרע וחתכהו להעלים הקריעה והפיסול ואי אייריי דיש עדים מעידים שחתכו אם כן אף הם יהיה יודעים אימת היה ולא שייך חיפוי דהעדים ידעו אי קודם או לאחר הזמן הזכות נעשה והרשב"א בחידושיו להנ"ל הקשה להסוברים דגזי' לזמן כשר לכתחילה דעדיף מאלו לא כתב זמן כלל הקשה מי יימר דהיה כתוב בו זמן ואולי היה קרע בעלמא ולכך העלה דבאמת לכתחילה פסול רק בדיעבד כשר ע"ש וש"מ דסבירא ליה דאין כאן עדי חתך דאם לא כן אין מקום לקושיתו ומכל מקום העלה דכשר בדיעבד וקשה דילמא היה במקום זמן קרע וחתכו והר"נ גופי' כתב בפ' המגרש דקרע בגט לדעת רמב"ם כשר בע"מ ולדעת הרשב"א בטל והתם גבי גזי' לזמן ליכא ע"מ דאל"כ יאמרו באיזה זמן היה כנ"ל ומורה בירור דעת רשב"א דקרע בזמן לחוד לא מפסל. והיה נראה דסבירא ליה להר"נ כמו דבאמת נראה בפ' המגרש שלכך דעתו נוטה לראב"ד דגט שנתקיים אעפ"י שיש בו קרעים מכל מקום כשר ואם כן כאן דחוששין לחיפוי והבעל יעשה כל תחבולות אפס להציל בת אחותו יכתוב גט וישלח ע"י אשה הגט לב"ד לקיים והב"ד לא יתנו אל לב הזמן דדיינים חותמים אעפ"י שלא קראהו ולאחר הקיום יחתוך הזמן ואין כאן חשש פיסול דלו היה בו קרע כיון שנתקיים כשר ויהיה חיפוי וא"ש אך לשון הר"נ בתשובה הנ"ל סתום למאוד וקשה לומר שלזה נתכוון וגם אם כן לשיטת הרמב"ם דחולק אראב"ד ופוסל אפילו ביש בו קיום דין זה ליתא ולכן צ"ע: (ועיין תו' ב"מ דף ז' ע"ב ד"ה דאית בו זמן וכו' וכתבו בדבר שאם ניטל נפסל השטר לא שמין העילוי רק שמין בניטל הזמן ש"מ דאם נחסר הזמן כשר ולא אמרינן דילמא קרע היה שם וחתכו וזהו דלא כר"נ ול"ל דמחסרו בעדים אם כן לא מקשו התו' שם על רש"י מהך דנמחק שטר פסול וכ"כ התו' שם והטור לקמן סי' ס"ה דבע"מ יכול לחתוך חתימת עדים ולמה יוכשר דילמא פרעו וקרע במקום עדים ועכשיו חתך מקום עדים ול"ל דחותכו בעדים כמ"ש דא"כ אין מקום לקושי' התו' על רש"י וש"מ דשלשתן בעינן דדוחק לומר בישנו לע"מ לכ"ע אין קרע פוסל בעדים דיכול לומר על ע"מ סמכתי ועיין לעיל סימן מ"ד באורים ס"ק ו' ז' ע"ש):

ה **או שקרוע שתי וערב כו'** כתב הש"ך ס"ק ז' דצריך קריע' ש"ו על כל השטר הנכתב דאל"כ נתת דבריך לשעורי' ולא מסתבר דבקריעת ש"ו כל דהו יפסול ולא משמע כן בריב"ש הנ"ל דפסל בכתוב' שבא לפניו חתוכה חצי מטעם דנחתך בסכין הוי כקריעת ש"ו ומטעם הואיל ועובר ע"פ כולה ועוד שמא היה נקרע ש"ו וכל שנקרע ש"ו יהיה

באיזה מקום שיהיה פוסל ע"ש הרי דלא היה הקרע הולך ע"פ כל השטר ומכל מקום פוסל הריב"ש וזהו דלא כש"ך וצ"ל אף לריב"ש דבקרע באיזה מילות לא מפסל דאל"כ עדיין קשה בגזי' לזמן כנ"ל דילמא במקום ההוא היה קרע ש"ו אלא דבמקום קטן כזה לא שייך קרע ש"ו:

סימן נג

אלא מרצון הלוה הא מרצון שניהם כותבין כ"כ רי"ו וש"ך ויש להבין מאיזה זמן יכתבו אי מזמן ראשון היכי מצי לכתוב כיון שכבר עשו שליחתן וכתבו שטרא מעליא עיי' לעיל סי' מ"ט ואי מזמן שני פשיטא דמרצון שניהם כותבין דל שטרא הראשון אם שניהם רוצים לכתוב מהיום שטרות לאלף כותבין ונר' דבלא"ה גם בגמרא יש לדקדק במה דקאמרי עבדי רבנן מילתא דניח' לי' למלוה וניח' לי' ללוה וכו' ויש להבין מה צורך בהא דניח' למלוה וכי יעלה על דעת אם יש ביד המלוה שטר על מאה שיכול לכוף אותו הלוה שיחליף אותו בשני שטרות של חמשים חמשים ואם כן מה בזה שהוא לטובתו יהיה איך שיהיה אין לכופו וכן באמת הסמ"ע והרמב"ם בפכ"ג מהל' מלוה לא הזכירו הטעם רק הואיל והשינוי לריעותא ללוה ולא הזכיר מה שהוא ריעותא למלוה דבלא"ה אין הלוה יכול לכוף למלוה לשנות שטר בידו ודוחק לומר כיון דעבד לוה לאיש מלוה וחשו חכמים לתקנות המלוי' לולי שגם יש בו טובת המלוה היה רשות ביד מלוה לכוף ללוה לשנותו אף שיש בו גרעון כח ללוה מה בכך עבד לוה לאיש מלוה רק הואיל ויש בו מתחילה גם כן טובה למלוה אם כן מתחילה בעת כתיבה נתרצה בזה המלוה וסבור וקבול ולכך א"י לשנות אחר כך לגרוע כח הלוה. ולכן יותר נראה דמיירי במי שנמחק שט"ח דב"ד כותבין לו שטר אחר מזמן ראשון ואם כן בא המלוה לב"ד הואיל שאתם בלא"ה כותבים שטר אחר כתבו שנים שנים וכן להיפוך קמ"ל דלא דיש בו גריעותא ללוה וכן אם בא לוה מאחר שאין שטר ביד מלוה ואתם כותבים חדש כתבו חמשים חמשים וכו' קמ"ל דלא דיש בו גריעותא למלוה ובזה קאמר רי"ו הא מדעת שניהם כותבין מזמן ראשון ולא תימא דאין רשות ביד ב"ד לכתוב מזמן ראשון רק כמו שטר ראשון אות באות דאי לא מחזי כשקרא קמ"ל דלא אם שניהם רוצים יכולים לכתוב אף מזמן ראשון וא"ש ומה שיש לדקדק בזה דיש בזה ריעות' דעי"כ יגבה לפי שטרות עיי' לקמן סי' ק"ד מ"ש בזה:

סימן נד

א **יש מי שאומר שאין שומעין לו דברים** אלו למדם הרב בעה"ת בשער ל"ח ח"א מהא דאמרינן כתוב' דף ט"ז אבדה כתובתה כהטמינה בפנינו דמי וש"מ דמפשט פשיטא ליה דהטמינה בפנינו אין לה כתובה עד שתחזיר הכתובה והקשה הגי"ת דאדרבא משם מוכח להיפוך דבברייתא קתני נשרפה כתוב' אבדה הטמינה וכו' אם יש לה עדים כתוב' מאתים ואמרינן עלי' זאת אומרת כותבין שובר ר"פ אמר לעולם אין כותבין שובר ובמקום שאין כותבין וכתב לה ומה אבדה אבדה באור ופריך והא הטמינה קתני ומשני ה"ק אבדה סתם כהטמינה בפנינו דמי ולא יהיבינן ליה וכו' עכ"ל הרי דלמ"ד כותבין שובר לא קשי' כלל מהך דהטמינה וא"צ לשום תי' כלל וש"מ דאפי' הטמינה גובה כתובה ע"י שובר ובאמת לק"מ דדייק הבע"ת מהא דאמר אבדה כהטמינה בפנינו דמי מה זה הא היא היא אי אבדה או הטמינה הא למ"ד אין כותבין שובר אין כותבין עד שידוע שנאבד באור אלא ברור אם הטמינה בפנינו לכ"ע אין כותבין שובר וכ"כ הרא"ה והריטב"א לכתובות בהדיא והא דלא פריך למ"ד כותבין שובר מהך דהטמינה משום די"ל כמ"ש הרא"ה דהטמינה ואינה יודעת איך הטמינה ולכך כותבין שובר אבל למ"ד אין כותבין שובר מה בכך דאינה יודעים סוף כל סוף היא הכתובה בעולם ואין כותבין שובר ומשני הגמרא אבדה כתובה כהטמינה כתובה בפנינו ר"ל אם הטמינה בפנינו לכ"ע אין כותבין שובר והוא מילתא דפשיטא דלית בי' חולק אף אבדה כתובתה כן ותלי' הגמרא אבדה כהטמינה בפנינו דהוא מילתא דפשיטתא לכ"ע ומזה דייק הבעה"ת דהטמינה בפנינו לכ"ע אפילו כותבין שובר אין מועיל וכ"כ הרא"ה והריטב"א הנ"ל ולאין ספק שהגי"ת לא ראה הרא"ה וריטב"א ואלו רא' לא היה מקשה כלום אך עם כל זה דעת התו' בב מ דף י"ז ע"ב אפילו שטר כתובה בידה והוא טוען החזר לי כי אולי יאבד שובר ואע"ג דגם בלי כתובה תגבה דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום מ"מ יהיה לו מגו דלא קדשתיך משא"כ בכתובה בידה מכל מקום אינה מחויב' להחזיר לו וכותב שובר ונר' דהתו' דייקי ליה כמ"ש הגי"ת מדלא פריך מן הטמינה להך שינוי' דכותבין שובר ש"מ אפילו בידה א"צ להחזיר ותי' הרא"ה הנ"ל לא סבירא ליה ועוד עשיתי סמוכי' לדברי התו' מהא דאמרינן ב"מ גבי מצא שובר ניחוש דלמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ובין כך זבנ' לכתובתה ואם תכתוב עכשיו שובר לא תועיל דכבר קדמה המכירה אבל אם תחזיר שובר מניסן יפסידו הלוקחים שלא כדין אמרינן ש"מ איתא לשמואל וכו' ואביי אמר אפי' ליתא לדשמואל בשטר כתוב' תחת ידה הא אילו אינו הוה חיישינן לאביי דלמא זבנה וקשה אם כן הא דקתני הוציאה גט ואין עמה כתובתה גובה כתובה ומוקי לה ר"י

במקום שכותבין וכותבין שובר וכ"כ התו' שם דגם אביי סבירא ליה הכי בתר דקבלה מרבא ע"ש וכ"כ התו' בב"ב פ' ג"פ ע"ש וקשה איך תגבה כתובה הא ריעותא לפנינו דאין כתוב' בידה ומהכ"ת לא שמרה כדאמרינן בעלמא בנפל איתרע דה"ל לשמור ואם כן אולי מכרה כתוב' לאחר דהא אין כתובה בידה ויבא אחר כך הלוקח ויגבה מבעל ומה שהיא נותנת עכשיו שובר לבעל ל"מ כיון דלא קי"ל כשמואל דתוכל למחול כמו שאמר אביי ואבדה באור לא סבירא ליה לתו' שם לר"י ואביי ע"ש ולכך סבירא ליה לתו' דפי' ואין עמה כתובה דאין מראה לב"ד אבל ידוע שיש כתובה בידה דליכא למיחש דמכרה דהא כתובה ברשותה ומכל מקום גובה כתובה בלי החזרת כתובה רק בשובר כמ"ש התו' ודברי תו' מוכרחים. שוב מצאתי קושי' זו דילמא זבנ' ברא"ה בפ"ב דכתובות והודיתי לה' שהאיר עיני בזה (ונר' דתו' בכתובות דתי' לאביי באבדה באור ומקשי' אם כן הגמרא נמי יתרץ כך ונר' דלאביי י"ל דמשנה נקט סתם אין עמה כתובה וסמכה דאירי באבדה באור דאל"כ בלא"ה דילמא זבנה דהא ליתא לדשמואל אבל אנן דקי"ל כשמואל אם כן אין הכרח דאירי אבדה באור ואם כן ל"ל דאבדה באור דאיך יתנו סתמא הא י"ל כותבין שובר דהא פליגי תנאי בכך בפ' ג"פ ואם כן איך מסתם סתם ואין עמה כתוב' במקום דיש לטעות ודוק) וגם רשב"א בתשובה אלף ק"י וקי"ג כתבו להלכה ולא למעשה הך דינ' דבעה"ת הרי דנסתפק בי' ודוחק לומר דסבירא ליה לטור ולמחבר בדעת התו' דשם בב"ב אמרי' ר"י ור"ל סבירא להו כותבין שובר ורב ושמואל ס"ל אין כותבין ואמרי' מסתברא דכותבין דאם אבד שטרו של זה יאכל הלה וחדי מתקיף ליה אביי יאבד שוברו של זה יאכל הלה וחדי אמר ליה אין עבד לוה לאיש מלוה ולפי סברא זו דוקא במקום דשייך אבד שטרו יאכל הלה וחדי אבל בשטרו בידו קושי' אביי במקומו אבד שוברו וכו' דהא בידו להחזיר שטרו ולא יאכל הלוה וחדי וכ"נ מדברי רשב"א הנ"ל שמהך ראיה לדין הנ"ל וזהו מה דסתמא דגמ' הכריע כר"י ור"ל מכח הך סברא אבל ר' יוחנן גופי' לא מטעם זה סבירא ליה דכותבין שובר מחמת יאכל הלה וחדי רק מסתם דעבד לוה וכו' ולכך לא קאמר ר"י הך טעמא וא"כ התו' בב"מ דכתבו זה כתבוהו אמילתא דר' יוחנן דאמר הטוען אחר מעשה ב"ד כו' ובר"י אמת כתבו אבל לדידן נקטינן כהכרעת הגמרא דנתן טעם משום יאכל הלה וכו' וזהו לא שייך בשטרו בידו. אך כל זה דוחק דודאי גם ר"י סבירא ליה מטעם זה ובפרט לפמ"ש לאביי ואביי ודאי סבירא ליה כמ"ש התו' דקבלהו מרבא. ולכן יותר נראה לומר דודאי הך סברא דלא שייך יאכל הלה וחדי סברא אלימתא היא רק סבירא ליה לתו' ה"מ אם אין המלוה צריך ליתן שובר ללוה רק החזרת שטר אם כן שכיר יטעון הלוה ל"ל שמירת שוברי החזר לי שטרי אבל במקום דלא סגי בהחזרת

שטר רק מכל מקום צריך שובר בזו לא מחייבין למלוה תרתי שטר ושובר ועבד לוה וכו' ובלא"ה שמירת שובר על הלוה ואם כן למה לנו אטרוחי כולי האי למלוה מחשש רחוק ודי בנתינת שובר ולכך בכתובה דסבירא ליה לתו' אפילו במקום שכותבין ואין כתובתה בידה נאמנת לתבוע כתוב' דקי"ל הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום אם כן אף דמחזרת לו כתובה מכל מקום לא סגי דיקח שובר דאולי תתבע אותו בעידי קדושין וכדומה דל"ל מגו דלא קדשתיך ויהיה מחויב לפרוע שני' וע"כ דלוקח שובר ואם כן כתובה ג"כ ל"ל ואי דאולי יאבד שוברו והיא תבוא לגבות ואין אתה עדי קדושין ויהיה נאמן במגו דלא קדשתיך כולי האי לא מחייבין למלוה ולא חיישינן למ"ד כותבין שובר. אבל בשטרי מלוה דאם הוא מחזיר גוף השטר ללוה תו א"צ כלום ולא מצי עוד לטעון דבר על הלוה לכ"מ דיש רשות ביד הלוה לעכב על המלוה עד שיחזיר לו שטר דאם יאבד שוברו יאכל הלה וחדי ולהיפוך לא שייך דיש בידו להחזיר לו השטר כנ"ל וא"ש ואם כן בשטר לכ"ע מודים כבעה"ת והרא"ה וריטב"א הנ"ל. ולדידן דלא קי"ל כתו' בזה בהטוען אחר מעשה ב"ד כי אם כהרי"ף במקום שכותבין כתובה ואין כתובה בידה אין נובה כלום אם כן חזר דין כתובה לדין שטר דא"צ שובר כלל רק החזרת כתובה ולכך לעולם צריך להחזיר וגם בא"ע לא הביא מחבר דעת התו' ודוק. אך מכל מקום אם השטר בעיר אחרת וטורח גדול למלוה יש להביאו ובין כך חשש שיתקלקל הלואה ביד הלוה לכמה טעמים אופנים ודאי כ"ע מודים דכותבין שובר והמלוה יקבל על עצמו בב"ד ליתן לו שטר כשיגיע לידו. וכן משמע בתשובת רשב"א תתק"ל ועיין גי"ת וכה"ג ונכון הוא:

ב **כשכותבין שובר כו'** כתב בתשובת מהר"א ששון ששובר מוקדם כשר ואפילו שלא בעצת הנמחל ואפי' בכוונה וכ' הש"ך דהוא מילתא דפשיטא שאיך יעלה ע"ד לפסול השובר שהוא לתועלת הלוה בשביל שהקדימו וגרעו כחו ולדידי תמיה רבתי דהא אמרינן בגמרא הנ"ל במצא שובר ואמאי יחזיר דילמא כתב ליתן בניסן וכו' ומשני ש"מ איתא לשמואל דיכול למחול ואביי משני בשכתובה יוצא מתחת ידה והקשו התו' דילמא מכרה לכתוב' במעמד שלשתן וא"י למחול ותי' דגבי כתוב' לא שייך מ"ג וכן מהרש"ל הקשה דילמא חייב לאחרים וא"י למחול דמדר"נ א"י למחול ותי' דבכתובה לא שייך מדר"נ ע"ש ועמש"ל בסי' מ"ז. וכל הנך תי' לא שייכי' בשט"ח ואם כן קשה איך שובר מוקדם כשר דילמא מכר לשט"ח באייר במעמד ג' דלית בי' משום מחילה או דחייב לאחרים באייר דג"כ ליכא בי' משום מחילה והוא נפרע בסיון ואם כן אינו מועיל לגבי הלוקחי' וכמו כן למי שחייב מדר"נ אבל הם העדים שהקדימו השובר לניסן א"כ פקע זכות הב"ח או הלוקח דקודם שמכר או לוה כבר נמחל השטר וא"כ מגרע כח לוקח

וב"ח שלא כדת וע"ז חששו חכמים מבלי להחזיר ומ"ש דבנפל אין להחזיר ומ"ש בעדים דיקדימו השובר בכוונה. ולכן דין זה צל"ע ולהיות כי עיקר מקומו לקמן בסי' ס"ה סי"ח ע"ש מ"ש שם באריכו':

ג **שובר כו'** זה אמרו בגמ' דמתחילה תקנו שיכתבו בשטר שטרא דנא אחרנוהו ולבסוף דלא היה כותבים כן תקנו כך לכתוב שובר בלתי זמן וכו' ויש להבין למה לא תקנו חז"ל שלא יאחרו שטר ומה לנו לחרדה הזאת לכתוב כך או כך וצ"ל דלפעמים קונין בניסן והמלוה חושב דהלוה יפרע לו בימים מועטים ואינו רוצה להטריח לעדים וסופר לכתוב ולהפיש בשטרא על הלוה ואם רואה אחר כך שאין נפרע הולך לעדים ומבקש שטרו והעדים כבר שכחו זמן קנין וצריכין לכתוב מאותו יו' והרי כאן מאוחר ולכן הניחו חז"ל התקנה דשטרי מאוחר כשרים ותקנו כנ"ל לכתוב או שטרא דלא אחרנוהו או שובר בלי זמן. ובהכי ניחא קושי' הגי"ת דהק' א"כ דתקנו לכתוב בשטרי מאוחר אחרנוהו למה לא תקנו כן ג"כ בשטרי מכר דיכתבו אחרנוהו ואם כן תו ליכא למיחש דילמא הדר זבני' מיניה דלמה לנו לתקן כך הלא יותר טוב לתקן לבל יאחרו שטר כלל וטעם שכתבתי לא שייך גבי מכר כלל דלא ע"ד כן קנהו וגם אם קונה ע"ת כן מכל מקום צריך מכירה חדשה ולא סגי בביטול קנין ואם כן תקנו שלא יאחרו שטר וא"צ כלל לשום דבר:

ד **אם זוכרים כו'** כתב הש"ך אם העדים יודעים זמן שטר אין להם לכתוב שובר בלי זמן רק לכתוב בו זמן ולכתוב זמנו של שטר דלא יפסיד המלוה דלא יוכל ללות ללוה סך הנזכר בשובר אם לא שיודיעו ואם לא עשו כן השובר פסול וראש דבריו אמת דיותר טוב לכתוב בשובר זמן השטר כדאמרינן בגמרא אי ידעית' יומא דשטרא כתבו אבל שיהיה קפידא בדיעבד דבר זה לא נראה כלל דבעה"ת כתב להדיא בשער נ"ו ח"א דין ג' בסופו וכל שובר דינו להיות כתוב סתם ומאן דלא עביד אפסיד אנפשי' הרי דכתב כל שובר והש"ך כתב דלשונו מגומגם ואיני רואה בו גמגום ועיקר ראי' נגד הש"ך הם דברי התו' ב"ב דף קס"ט ע"ב ד"ה בעלמא. דהקשו למה אין כותבין שני שטרי הלואה יכתבו שובר דגבי הלואה לא שייך שובר אצל לקוח' ליכא דהם שואלים פי הלוה ותי' דא"כ יפסיד כל הלואות מכאן והלאה שלא יהיה זכור משובר ואיכא נעילת דלת (וזהו ג"כ דלא כש"ך דמחלק בין הודיעו למלוה או לא הודיעו דאם יש חשש בלא הודיעו אף בהודיעו יש חשש דילמא ישכח) והקשו לכתוב בר מזמנא דא ולהלן ושמא אנו גוזרין עכ"נ פי' דאולי יטעו ויכתבו שובר בלי זמן והמלוה ישכח ויבא לידי פסידא. והתם מיירי דנודע זמן שטר כדמשמע שם בברייתא דבאו עדים אנו כתבנו וכו' וכל ענין שם אי לכתוב שטר מזמן ראשון ע"ש בתו' ד"ה לבי וכו' וגם אי לא ידעו בלא"ה א"א לכתוב שובר בזמן

דילמא אחרוהו ופשוט שם בגמרא להדיא דידעו זמן שטר ואם כן לדברי הש"ך צריכין בע"כ לכתוב בשובר זמן ואי לא כתבו כן פסול דיהיה הפסד למלוה ואם כן איך שייך אנו גוזרין דלא יכתבו זמן הא בע"כ צריכין לכתוב זמן ואם לא עשו כן השובר פסול ואפילו הודיעו למלוה לדעת התו' דחיישינן דישכח ויפסיד הלואתו. ואם כן מה גזרה יש כאן ומה פסידא דמלוה ונעילת דלת יש כאן כיון שעל כרחך צריכין לכתוב זמן בשובר וכך חובתן של עדים וכי נימא דעדים יטעו לכתוב שובר פסול אלא ע"כ כך טיבו של שובר לעולם לכתוב בלי זמן הן יודעים זמנו של שטר והן א"י כמ"ש הבע"ת וכך נוסחו של שובר ולכך גבי שני שטרות הלואה לא רצו חכמים לתקן שיכתבו דוקא זמן כיון דסדרו של שובר לכתוב בלי זמן אתו למטעי ולכתוב בו ג"כ כזו. וגזרינן הא אטו שובר דעלמא וזהו ראיה מבוררת דלא כש" ולכאורה הייתי מביא ראי' להש"ך מהא דפרכינן בב"מ מצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל ודילמא מכרה כתובתה לאחר בטובת הנאה וכו' ודייקינן מינ' דאיתא לשמואל דיכול למחול וכו' וקשה מה קושי' אם רצונה לעשות ערמה וקנוני' תאמרה לעדים אבדה כתובתה ושורת הדין דכותבין שובר בלי זמן כלל ומוסרים לבעל ואם כן כשיבאו הלוקחי כתובה מניסן יוציא הבעל שובר בלי זמן ויאמר שוברי קודם והממע"ה ומי יוציא מיד הבעל בספק ול"ל דאי ליתא לדשמואל אין רשאים לכתוב שובר בלי זמן שלא להפסיד ללוקחי' כנ"ל והא דקי"ל בב"ב דכותבין היינו לפי דקי"ל כשמואל והרי יכול למחול. דאין זה מספיק בשטר אולי מכרה במעמד ג' וכמש"ל סק"ב ומכ"ש לי"א דכתב הרא"ש דאין הטעם משום מגו דמחיל' רק כל לגבי בעל ודאי מחלה וזה אין שייך בשאר שטרו'. ומכל מקום קי"ל דכותבין שובר בלי זמן ודוחק לומר אם יכתוב שובר בלי זמן חושש אולי יחפש הלוקח שטרו אחרי עדים יעידו באיזה זמן ונכתב שובר כיון דאין בו זמן כלל העדים נאמנים לומר ביום פלוני חתמנו משא"כ אם יחזור שובר שזמנו בניסן יפסיד הלוקח בודאי דא"כ עדיין קשה למה יועיל שובר סתם אולי שטרו מאוחר והוא המלוה יברר בעדים אימת נכתב שובר ויפסיד כי שטרו מאוחר ודוחק לומר דמ"מ מועיל דטענינן דשטר מאוחר הוא דהא עידי שובר יעידו דנאבד שטרו דא"כ יכתוב זמן בשובר ויכתוב על שטר שנאבד ואם כן יטעון מאוחר הוא ודוחק לחלק אך לפי דעת הש"ך לק"מ דכי כותבין שובר בלי זמן היינו ביש חשש מאוחר אבל זולת זה צריכין לכתוב זמן אם כן בכתובה ליכא למיחש למאוחר כלל דלא מבעיא לדעת הש"ך לקמן בסי' קט"ו ס"ק כ"ט דדאקני לא מהני בכתובה אם כן כתוב' מאוחרת פסול כקושי' הגמרא בב"ב וכמ"ש כל הפוסקים דבלי דאקני מאוחר פסול ובכתובה הוי כדלא כתוב דאקני כיון דלא מהני כלל אלא אפילו ליתא לדעת הש"ך כמש"ל בסי'

קט"ו באריכ' אין לאחר הכתובה דאין השעבוד חל אלא מזמן הכתוב בשטר כמ"ש בפ"ק דע"ז ובגט מאוחר דעת התו' בפ"ב דגיטין דאין הגירושין חלי' אלא מזמן הכתוב בגט ואם כן אשה זו הנשאת בניסן ונתאחר כתובת' עד תשרי היא יושבת תחת בעלה בלי כתוב' כלל ובעילת' בעילת זנות ובפרט לתקנת שמעון בן שטח שיהיה צריך להיות כל נכסים אחראין לכתוב' וכאן עד זמן האיחור ההוא אין שעבוד כלל ואם כן דאין לאחר כתובה אף העדים כותבין זמן בשובר כדעת הש"ך וליכא למיחש לערמה כלל. ובהכי ארווח לן קושי' מהרש"א דהקשה למה לא הקשה הגמרא הך קושי' וליחוש וכו' על המשנה מצא שובריו הא אמר תנו נותנים ע"ש דבשובר בשטר דיש בו חשש מאוחר כותבין שובר בלי זמן ואם כן מ"ש במקומו דאם רוצה להערים יכול לכתוב שובר בלי זמן כנ"ל משא"כ מכתובה שפיר דייק דלית ביה חשש מאוחר וא"ש וא"כ מצינו ראיה לדברי הש"ך. אך באמת אין זו ראיה דכבר כתבתי לעיל סי' מ"ח ע"ש מ"ש דמבואר בגט פשוט דף קמ"א דעד זמן רב ספרא היו כותבים בשובר זמן ובאמת היה שטר מאוחר פסול אם לא דכתב ביה בשטר שטרא דנא אחרנוהו וכו' ור"ס הוא דאנהוג כן לסופרים שיכתבו שובר בלי זמן וא"כ הברייתא דנשנית מקודם לא היה חשש זה דיכתוב שובר בלי זמן ולכך שפיר דייק וליחוש וכו' ולק"מ ועיין מש"ל סי' ס"ה בזה (ובהא דבזמן המשנה היו כותבים זמן בשובר ישבתי דברי הרי"ף דפוסק דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום היינו במקום שאין כותבים ואעפ"י שכתב לה כמ"ש הרא"ש בפ"ק דב"מ אבל לא במקום שכותבין. והקשו מנ"ל כן ונראה דהרי"ף דחיק' ליה לפרש בשמעת' הוציאה גט ואין עמה כתובה דפריך הגמ' ש"מ כותבין שובר דהקשו התו' הא לא אפשר דאף דתחזיר הכתובה יצטרך נשמור שוברו דהטוען אחרי מעשה ב"ד וכו' ותירץ תו' דמ"מ יש לו מגו דאלמנה נשאתיך או אין את אשתי וזהו הכל בתכלית הדוחק דקשה דילמא פסידא דלא שכיח כי האי לא חיישינן כיון דעכ"פ צריך לשמור שוברו ועיין בכתובות דף י"ו ע"ב ד"ה זאת אומרת ובמהרש"א שם דג"כ הרגישו בעצמן בקושי' זו ולכך כתבו הואיל ובעלמא א"צ לשמור שוברו כאן דאינו עבד לוה כלל נחית חד דרגא אפילו במקום פסידא דלא שכיח חיישינן וזהו כוונת התו' ומהרש"א שם בבירור למעיין שם וזהו מהדוחק וגם קש' קושי' מהרש"א א"כ דאין כותבין שובר ולעולם לא ישלם רק בהחזרת הכתובה מה הועילו חז"ל בתקנתן דהקילו בשמירת כתובה ואמרו הטוען וכו' דכי היה כל עיקר תקנה אם יהי' נאבד הכתובה באור בעדים הא לא שכיח כלל ולכן ס"ל דקושי' הגמ' כך דכיון דאין כותבין שובר ושטר מאוחר כשר א"כ ודאי דמחמת הטוען וכו' צריך לשמור שוברו מ"מ יש לחוש אולי כתובתה מאוחר לשוברו ויפסיד דתטעון

אח"כ כתבת לי אף דיהיה נכתב בשובר דגירש' תאמר חזרת ולקחת אותי לך לאשה משא"כ בהחזרת כתובה יועיל שובר והוא ישמור שוברו וקושי' הגמ' על נכון. ותי' לרב גט גובה עיקר וא"כ אם תביא כתובה מאוחרת בלי גט ח"א לגבות ולאחר מיתה צריכה לברר דיושבת תחתיו כמ"ש הריטב"א דהך תי' קאי לרב ובחדושי כתבתי דגם התו' ס"ל כן עכ"פ לריטב"א ניחא וא"ש ולפ"ז א"ש הטוען אחר מעשה ב"ד דמיירי ביתומים ושם כתבינן שובר ליתומים דתו ל"ל לכתובה מאוחרת כיון דשובר ליתמים הרי הוא מאוחר לכתובה על כל פנים וא"ש ולק"מ ושמעתי' מרווח בכל צד וגם הא דאמרינן לעיל בדף י"ו ע"ב מאן דמתני אמתניתין אבל אברייתא לא וקשה א"כ עכ"פ מוכח מבריית' דכותבין שובר א"כ מאן מכריח לומר במשנה במקום שאין כותבין ולפי הנ"ל ניחא דברייתא י"ל איירי בנתארמל' ולגבי יתומים ודאי אין לחוש למאוחר כמ"ש וא"כ א"א וכותבין שובר מטעם הטוען וכו' אבל במשנה קתני נתגרשה וכו' רק קשה הא בכתובה א"א לומר מאוחר כמ"ש אך זהו במקום שכותבין אבל אי המשנה איירי במקום שאין כותבין וכתב לה דומי' דסיפא דאיירי בדכתב ליה כמ"ש התו' בב"מ שמעת' זו א"כ שפיר י"ל דילמא מאוחר הוא דמה בכך דבתוך הזמן ה"ל כאילו לא נכתב כתובה הא במקום שאין כותבין א"צ לכתובה רק קשה מנ"ל לגמ' להקשות ש"מ כותבין שובר וכו' דילמא משנה איירי במקום שכותבין וא"כ ל"ל לכתובה מאוחרת ולכך ס"ל לרי"ף דבמקום שכותבין נאמן לומר פרעתי וא"כ קשה יטעון פרעתי וע"כ במקום שאין כותבין ובס"ד איירי דכתב ליה דומי' דסיפא ושפיר פריך ש"מ כותבין שובר דדילמא מאוחר הוא ומתרץ הגמ' דלא דמי' ואיירי באין כותבין ולא כתב ליה או תי' דרב כנ"ל וא"ש ומזה ג"כ מוכח דלא ס"ל להרי"ף כתו' דכתובה בידה דאל"כ לא שייך דילמא מאוחר כיון דכתובה בידה ודוק) ואין לדקדק דהא התו' שכתבנו לעיל שהקשו אברייתא למה אין כותבין שני שטרי הלואה ע"י שובר ותי' דיפסיד כל הלואותיו וכמש"ל ש"מ דאף בזמן הברייתא היה המנהג לכתוב שובר בלי זמן ולא חידש ר"ס כלום רק הנהיג כן לסופרים שלא היו בקיאים בהלכה. דזה דוחק דמשמעות הגמ' מורה דר' ספרא חידש זו התקנה ולמד והנהיג לסופריו לכתוב כן מה שלא היה מקדם. ולכן צ"ל דאין הקושי' תו' על הברייתא די"ל אין כותב מזמן הראשון ובזו לא מועיל כיון דשני שטרות ביום אחד וכן משמע בתו' ד"ה לבר וכו' רק קו' על הדין דנוהג לדידן דקי"ל אין כותבין ולמה ולזה תי' תו' דלדידן לק"מ דכותבין שובר בלי זמן. וכן משמע בתו' ד"ה לבר וכו' דאין הקושי' כלל על הברייתא וכנ"ל בשגם שי"ל כמש"ל דבשאר שטרות דיש בו חשש מאוחר תקנו חכמים לכתוב בלי זמן ולא פלוג אפי' יודעים זמן של שטר ולא נתאחר אבל בכתובה דמעולם לא שייך מאוחר מעולם

צריך זמן בשובר. אבל עכ"פ דינו של ש"ך אין לו ראיה ודברי התו' הנ"ל מורים בידים מוכיחי' ההיפוך: ונראה דעל זה נתכוון הרא"ש בתשובה כלל ע"ו דין א' דהוכיח דאין צורך להזכיר בשובר זמנו של שטר ועדיו מהא דאמרינן סתמא נמצא לאחד שובר על שטרו של יב"ש שטרות שניהם פרועים ולא אמרינן דאפשר להתברר ע"י הזמן והעדים כי לא שכיח דיהיה כל ב' שטרות שוין בזה אלא ודאי דלא היה נכתב זמן בשובר כלל ע"ש והדבר צריך תלמוד כאשר באמת תמה הגי"ת הא מבואר בגמ' אי ידעיתו יומא דשטרא כתבו ואי לא כתבו סתמא ומה צורך לראי' על הזמן מהך דשני יב"ש ודוחק לומר דאגב גררא דעדים נקט ליה בלישנא. ולכן ברור דכל ספק הרא"ש אי יודעין זמן שטר שלא נתאחר אי צריכין לכתוב זמנו של שטר או לא כספיקו של הש"ך ולכך א"א לפשוט מהך אי ידעיתו וכו' דשם איירי דלא ידעי דחיישינן שמא נתאחר השטר ולכך פושט הרא"ש מהא דס"ל לרא"ש אי שטר מאוחר פסול ודאי דמלוה ולוה יודעים באיזה זמן נעשה שטר דידעי איזה זמן נעשה הלואה וא"כ למ"ד דאקני ל"מ אף שטר מאוחר פסול וקשה הך שני יב"ש דמוציאין שטר על אחרים ע"כ לאו ר"מ היא דלר"מ בעינן מוכח מתוך הכתיבה כמש"ל בסי' נו"ן ע"ש וא"כ אי דאקני פסול אף שטר מאוחר פסול א"כ איך יהיה ספק על מי נכתב שובר לחזי בזמן דהא ידעי הזמן דשטר ודאי לא נתאחר ול"ל דבאמת דאקני מועיל א"כ קשה תפשוט ול"ל כדחי' הגמ' הא מני ר"מ היא דהא מוכח דמשנה לאו ר"מ דלר"מ בעינן מוכח מתוכו. ועכצ"ל אף דידעי זמן שטר א"צ לכתוב הזמן. או י"ל בדרך יותר פשוט דהרא"ש ס"ל כרמ"ה דכיצד יעשו קאי על זה דישלשו בשטר וא"כ אין שובר מועיל וקשה מה יעשה הלוה דלא ידע דהם משולשים בשטר נמי ואי דמספק ה"ל לכתוב שובר משולש א"כ אף באין משולשים בשטר נמי עכ"פ ה"ל להשליש בשובר ועכצ"ל דחובה על עדי שטר לומר ללוה דהיו משלשים בשטר כדי שידע כיצד יקח שובר וקשה אם באנו לידי כך ה"ל לומר שיגידו ללוה באיזה זמן נכתב שטר כדי שיכתוב בשובר כך ויתברר הספק ועכצ"ל דכך הכלל אפילו יודעי' זמן בשטר אין כותבין כך בשובר משום לא פלוג וכמ"ש התו' ודברי הרא"ש מוכרחי' וא"ש וליתא לדברי הש"ך ודוק:

ה **שובר שנכתב וכו'** עיין בגי"ת דף צ"ד שדייק מתשובת הרא"ש דאם יש לו שובר סתם והוא הוציא עליו שטר שיש בו זמן פרעון והוא בתוך זמנו אין השובר מבטל השטר הלזה דיש כאן חזקה אין אדם פורע ת"ז ואולם הגי"ת כתב דרוב פוסקים אין דעתם כן ולעולם מבטל שטר. ובכה"ג נראה שדעתו לחלק אם כתבו בשובר מחילה ודאי דמבטל אף דהוא בתוך זמנו אבל אם נזכר בו פרעון אין מבטלו. אבל הנכון כדעת הגי"ת וכסתימת הש"ע

דלעולם מבטל ומ"ש בתשובת הרא"ש עיין מש"ל סי' ס"ה וכן מוכח מגמ' דתקנו לכתוב שובר בלי זמן מחשש דילמא אחרוהו לשטרא ועדיין קשה דילמא הלוה בניסן וקבע זמן פרעון לג' חדשים והם אחרוהו לשטר עד תשרי והלוה לא ידע ופרעו תשרי ולקח שובר סתם ובחשון יוציא זה שטרו דנכתב תשרי וזמנו ג"ח בב"ד ויתרה בלוה שלא יפרענו עוד רק בב"ד וכדומה ואם יוציא הלוה אז שוברו לא יבטל לשטר דהואיל דהוא עדיין תוך זמנו אין השובר סובב עליו ואין מבטלו כלל. ועדיין לא הועילו חכמים בתקנתם אלא ודאי דשובר סובב ומבטל שטר אפי' בתוך זמנו ונכון אם לא שנחלק בשאין המלוה מברר שהיה לו על הלוה חוב אחר ודאי דשובר מבטלו אבל כשהמלוה מברר שהיה לו חוב אחר ג"כ רק הואיל ובשובר נכתב סתם שפרע כל חובותיו כעובד' דתשובת הרא"ש שם בזו יש פ"פ למלוה דלא פרע לזה דהוא תוך זמנו והשובר היה על חוב אחר. דזה דוחק לחלק ואין לו טעם כלל ולכן אין לזה שורש כלל ובפרט כשאין המלוה מברר וכמ"ש:

ו **אם כתוב בשובר דינרי' וכו'** עיין מש"ל סי' מ"ב באריכות. וקשה לי להבין דברי הרא"ש בתשובה כלל ק"ח סי' כ"ב במלוה שיש לו שטר והלוה יש לו כת"י שקיבל הימנו לרבי' כל הפירות מזמן הלואה בשנה פלוני' עד יום פלוני' ופסק הרא"ש דהם רבי' קצוצה וינכה לו בשטרי ואם הלוה אמר שיהיה הרבה והמלוה מעט אם יש עדים על הרבי' א"כ שניהם חשודים על שבועה ונוטל המלוה שטרו בלי שבועה ואם איך עדים רק שנתברר מכת"י הנ"ל ולא נפסל המלוה ישבע המלוה כמה היו הפירות ונוטל עכ"ל וקשה למה יטול המלוה מ"ש שכתב דינרי' סתם דבטל השטר אפי' באלף דינרי' ואין המלוה נשבע ונוטל ואף כאן דכתב סתם דקיבל נימא דקיבל כפי חובו ויתבטל השטר. וצריך לומר דוקא שובר שנכתב על שטר דנתבטל כח השטר אבל במה שהוא כת"י בפ"ע דרך משל ראובן יש לו שטר על שמעון מסך אלף זהובים ושמעון יש לו כתב על ראובן שחייב לו ממקום אחר סך מה ולא נפרט הסכום אמרינן דראובן גובה שטרו בשבועה והוא אין לו אלא פחות דאין זה ענין לשטר הנ"ל והוא בכת"י על תחתונה וכן הדבר בנדון הנ"ל שזה כת"י שקיבל הפירות הוא ענין הפירות בפ"ע ולא קיבלן לפרעון על שטרו רק אנן מחייבים לו להחזיר כר"ק והרי הוא כחוב אחר אבל מ"מ קשה דלו יהיה דהוא כתב בפ"ע הא אמרינן לעיל סי' מ"ב באם תפס לא מפקינן מיניה ואמרינן ידו על עליונה וכאן הא הלוה תפיס כל סך הנזכר בשטר למה לא נימא ביה ידו על עליונה ואמת בכתב מיוחד כמ"ש שהמלוה חייב לו ממקום אחר י"ל כמ"ש לעיל סי' מ"ב לחלק דשייך ביה תפסת מרובה לא תפסת דאם אתה בא להרבות אין לדבר סוף דבשלמא שובר הסובב על השטר יש לדבר קצבה כפי סך הנזכר בשטר אבל בכתב פרטי אין לדבר סוף תרקבא

דדינרי ולכך אמרינן לשון הפחות אך אין לזה מספיק בנידון הרא"ש דודאי לא הרבה בפירות לשנה מכפי האומד ולא פרע מאתים רבי' בשביל מנה. ולכן צ"ל דס"ל להרא"ש דבעל השטר מיקרי מוחזק ולא שייך ביה לגבי לוה תפיס ועיי' מש"ל בכללי תפיסה והדבר צ"ע וחקירה בדברי מחברים בשו"ת אם הרגישו בהנ"ל ומה יענו ויאמרו בו:

סימן נה

א **השליש פטור דהאי גרמא בניזקין** כתב הש"ך בשם מ"ב דוקא אם החזירו למלוה דעדיין מחוסר גוביינא אבל ללוה חייב ע"ש ואני אף בזה דהחזירו ללוה תמה ומסופק אני אם דין הלזה דברי הכל הוא ולא במחלוקת שנוי' דהא כתב הרב לקמן סי' שפ"ו ס"ב בהג"ה סופר שטעה וכתב מנה במקום מאתים דפטור דהוי רק גרמא והן דברי הנ"י בפ' לא יחפור גבי סופר מתא כמותרים ועומדים והא זה תיכף ההיזק דאין יכול לגבות רק מנה והרי זה כאלו היה מחזיר שטר ללוה במנה דמ"ש דלא נכתב או דהיה מחזיר לו ומ"מ פטור ודוחק לומר דבאמת הפירוש דהיה כותב כן בשובר וא"כ ה"ל כהחזירו כן למלוה דהא רמ"א כתב שטר ולא ה"ל למסתם וגם הנ"י כתב על הא דאמרינן סופר מתא הוי כמותרה ועומד דמ"מ אם טעה פטור דהוי רק גרמא ולמה לא פי' בשטר שטעה דבאמת חייב וברור דכוונתו אפילו טעה בשטר. ולעומת זה דאם נחליט בהחזיר השטר פרוע למלוה דפטור דמחוסר גוביינא א"כ אם העדים חתמו שטר למלוה בשקר ג"כ פטורים מדינא דגרמי דהא מחוסר עדיין גוביינא ומ"ש דעדים גרמו להוציא ממון בשקר עפ"י מעשה ידם דחתמו שקר ומ"ש דשליש החזיר שטר פרוע למלוה וגרם להוציא בשקר סוף כל סוף מחוסר גוביינ' דהא אין חיוב תשלומין בשביל שעשו רשע וחתמו שקר דאין דנין דין קנסות רק משום גרמי בנזיקין ולשיט' הנ"ל הא אין כאן ברור היזקו דאולי לא יגבה בו והרי זה חד דינא אם מסר למלוה שטר פרוע וא"כ קשה דהא הטור ומחבר לעיל סי' מ"ו כתבו להדיא דעדים דחתמו שקר לגבי נפשיהו נאמנים וחייבים לשלם מדיני דגרמי ועיין מש"ל בזה והסמ"ע כתב דיש חילוק דבזה ברי ובזה לא בריא היזקו ולא הבנתי הבדל דמ"ש דעדים חתמו שקר שזה חייב לזה מנה ובאמת פרעו ומ"ש דשליש נותן לו שטר שחייב לו מנה ובאמת פרעו וקצרה דעתי להבין דבריו ועוד קשה מהא דטעה בשיקול הדעת וחייב את הזכאי דדעת התו' והרא"ש לפי דקיי"ל כר"מ דדנין ד"ג אפילו הדר דינא ואפילו לא נו"ן ביד חייב ועיין תו' ב"ק והרא"ש פ' אד"מ ועיין מש"ל בסי' כ"ה והא מחייב זכאי עדיין מחוסר גבי' ומ"ש דדיין אמר דלוה ישלם במקום דפטור ומ"ש דשליש נותן שטר למלוה לגבות במקום דלוה פטור בתרווייהו הא מחוסר גובייני'

ואדרבא בדיין דעת הרי"ף ורמב"ם להקל יותר מבאינש דעלמא מפני תקנתא דדיין ולא נתכוין להזיק עיין לעיל סי' כ"ה ומ"מ ס"ל לר"מ דדן ד"ג חייב' דהדין שוה בשניהם והוא במכ"ש בשליש וכו'. לחלק כמ"ש התו' ב"ק דף ק' ד"ה טיהר כו' לרבנן דמחייבי טימא הטהור ופטרי שורף שטרו ותי' דדיבור הוי מעשה אבל שטר אין גופו ממון הוא לרבנן דפטרי שורף לגמרי אבל לר"מ הא בשורף חייב ש"מ דלא אמרינן לחלק בין גופי ממון ועוד הא אפי' הדר דינא וא"כ לא הוי מעשה ומ"מ לר"מ חייב בחייב זכאי ומ"ש בהחזיר שטר דהוי ג"כ גרמי והתו' לא כתבו כן רק לרבנן דס"ל בקם דינא דחייב וא"כ הוי מעשה גמור ולא גרמי אבל בהדר דינא ולא הדר דמ"מ מחויב לשלם מתורת גרמי לא הבנתי הבדל כלל בין זה להחזיר למלוה שער פרוע דבשניהם לא נגמר ההיזק עד דפרע ומכ"ש בסופר שכתב מנה במקום מאתים דה"ל זיכה החייב דודאי חייב מד"ג. ולכן היה נראה לומר דודאי לשיטת התו' והרא"ש דס"ל בחייב את הזכאי אפילו הדר דינא מ"מ לפי דקי"ל דדנין ד"ג חייב הדיין לשלם אם שילם הלוה ע"פ אף בזו בעדים שחתמו שטר למלוה שלא כדת חייבים לשלם דהיינו חייב את הזכאי דמ"ש וכן בהחזיר שטר למלום דהכל ד"ג והיינו חייב זכאי הנ"ל אבל הרשב"א והנ"י גרירי בתר שיטת הרי"ף וסייעתו דסבירא להו אף למסקנא דקיימא לן כרבי מאיר מכל מקום בעינן נו"ן ביד דוקא. וכתב הרמב"ן במלחמתו הטעם דהואיל דהדר דינא לאו ברי הזיקא ואעפ"י דעפ"י הוראתו עשה מעשה ושילם מכל מקום מתחילה לא ברי היזקא דהא הדר דינא ולכך אינו אלא גרמא בעלמא ופטור ע"ש שהאריך ואם כן אף בזו דהחזיר שטר למלוה לא גרע מחייב את הזכאי בשלא נו"ן ביד דפטור דאז בשעת החזרה היה ראוי להדר דינא ולהוציא מיד המלוה או שלא להגבות בו כלל ואם אחר כך הוציא בו לא מקרי גרמי ולא ברי הזיקא. וכן בסופר שכתב מאה במקום מאתים שלא נגמר שליחו' עדים ועדים שטעו בשליחותן יכול לחזור ולכתוב שטר אחר כדלעיל סי' מ"ט ס"ו אם טעו בסכום מעות. ואם כן עדיין לא ברי הזיקא וה"ל כהדר דינא דהרי יכולים לכתוב שטר עוד על מנה או לקורעו ולכתוב תמורתו בר' ואם לא משו כן אח"כ והפסיד מכל מקום לא ברי הזיקא וגרמא בעלמא הוא ולכך סבירא ליה לרשב"א דמ"מ פטור. אבל לדעת הרא"ש וסייעתו פשיטא דחייב. ועיין בסמ"ע דגם כן דעתו מתחילה דבמחלוקת שנוי' אך לא מטעמ' שכתבתי ע"ש. והנה באמת על הש"ע לא קשה דפסק לעיל בסי' כ"ה ס"א כרי"ף דבהדר דינא לית ביה משום ד"ג ובסי' מ"ו פסק דעדים שחתמו שקר דחייבים לשלם די"ל דלא סבירא ליה סברת הרמב"ן דלא הוי רק גרמא בעלמא רק סבירא ליה כמ"ש הרי"ף דגבי דיין הקילו דאם לא כן לא יהיה שום אדם דיין בעולם. ואנוס במימרא דרחמנא כמש"ל באריכ' אבל על

הרמ"א דהביא בסי' כ"ה דעת הרא"ש דבהדר דינא מכל מקום חייב מד"ג ולכך חייב זכאי חייב. לשלם אפילו לא נו"ן ביד וסתם לעיל כדברי מחבר סי' מ"ו דעדים חייבים לשלם וכאן סתם כרשב"א דשליש פטור והדבר צל"ע. כי נראה הדברים סותרים. ודוחק לומר דמיירי בהחזיר שטר פרוע שאין בו נאמנות ואם כן הרי הלוה יכול להשביע אם לא נפרע וחזקה על בני ישראל שלא ישבעו לשקר ואם כן מתחלה בעת חזרה לא היה ברור היזק לא ישבע לשקר לא ירוויח כלום בשטרו. ואם כן אף ששילם אחר כך מכל מקום לא גרמי מיקרי רק גרמא בעלמא ואף דבתשובת הרשב"א מבואר אפילו מסרו לגוי מכל מקום פטור אולי בכוונה לא העתיקו הרמ"א כך דדעתו לפסוק כרשב"א רק במסרו לישראל ושטר גרידא דצריך לישבע דאין בו נאמנות אבל לא במקום שלא שייך שבועה ולכך לא העתיק אפילו מסרו לגוי וצ"ע למאוד:

ב **ואין גובה בו כלום אלא מב"ח.** כתב הסמ"ע דבד"מ כתב להדיא דכל השטר גובה מב"ח וכן משמע בש"ע דאי הך וגובה מב"ח מוסב על הך פלגא דלא פרע מה אריא דהתפיס זכותא וכו' באופן דלא הוי אסמכתא אפי' הוי אסמכתא הא הך חצי דלא פרע ודאי גובה והוא תי' ראשון של הרא"ש בנדרים דכתב דגובה הכל מב"ח דקניא במסירה מיהו אפילו מה שלא פרע ג"כ אין גובה ממשעבדי גזרה שמא יגבה הכל ממשעבדי כמו במוקדם. והסמ"ע תמה דהא הרא"ש חזר בו מהך תי' ופי' דאיירי דנתן לו מה שפרע במתנה ולא לשם פרעון דאי לשם פרעון מה מהני מסירה הא אותיות בעינן כומ"ס עכ"ל ולכן פי' הסמ"ע דבאמת מה שלא פרע הוא דגובה רק מב"ח אבל מה שפרע כבר אפילו מבני חורין אינו גובה ואעפ"י דלעיל בסי' מ"ח אם חזר ומסרו לו בעדים מהני שאני התם דחזר ולוה בו ביום ולכן צ"ל דאיירי דנתן לו כומ"ס עכ"ל והש"ך בס"ק ו' הק' מה יהני כומ"ס כיון דנמחל שעבודו ומה יועיל כומ"ס ולכן רצה לפרש בדברי הרא"ש פי' דחוק דהא בעי כומ"ס וכאן לא מהני דנמחל שעבודו מה שלא נראה כלל אבל באמת דברי הרא"ש נכונים דס"ל לענין בני חורין לא הוי נמחל שעבודו כלל כמש"ל בסי' מ"ח ובפרט כפי מש"ל דהא השליש יתן אותו בע"מ כפי דינו של שליש ואם כן הוי ליה ע"מ ואם כן ודאי גובה מבני חורין וכמש"ל באריכות בסי' מ"ח ע"ש והא דבעי לחד תי' מסירה ולחד תי' כומ"ס אף דשטר נכתב עליו ועל שמו והוא הנותן ליד מלוה שנכתב עליו השטר חוב ואם כן מה קנין שייך בזה. באמת היה תמיה לי לכאורה עד שחפשתי ומצאתי דברי רשב"א בס' תולדות אדם תשובה צ"ט דכתב להדיא שאפילו מסר השטר ליד שליש ואמר לו אם לא אעשה לו כן וכן זכה לו בשטר זה מעכשיו וכו' לא זכה לו לפי שזה כמזכה לו שטר ואותיות אין נקנית במסירה ואפילו מסר ביד בע"ד בעצמו לא

קנה עד שיכתוב וימסור וכלל זה צ"ל כו' אם אמר לעדים כתבו ותנו לי אי נמי יהיה בידכם עד שארצה אני ואם יתרצה לי הלוקח או המלוה אמסור לו השטר ונתרצו ומסר לו השטר לא קנה עד שיכתוב וימסור לפי שלא נעשה אותו שטר לקונה אלא למקנה ועכשיו הוא שמזכה המקנה שטר זה לקונה ולפיכך ה"ל כשטרות דעלמא דצריך כומ"ס או אגב והראיה דאמרינן בפ' הספינה דאותיות בעי כומ"ס ופריך והא"ר שני שטרות הן וכו' ואידך אם קדם מוכר וכתב שטר כאותו ששנינו כותבין שטר למוכר וכו' כיון שהחזיק זה בקרקע נקנית שטר עמו בכל מקום שהוא וכו' והרי זה לא כתב רק מסר דס"ד אגב כמסירה ומפרקין אגב שאני דהוי ככומ"ס. אלמא אפילו הלוקח אינו קונה שטר מקנה אלא כדרך שקונין שארי שטרות דעלמא בכומ"ס ובאגב וכו'. וסעד מצאתי לר"ח שכתב בעל עיטור משמו במי שהשליש וכו' דסבירא ליה לרבי יהודה לא יחזור שאפילו חזר הלוה לאחר מכאן ואמר לשליש החזירהו לו לא קנה עד שיכתוב וימסור עכ"ל. וכן הוא בבעל עיטור שטר שלישי הרי דסבירא ליה לרשב"א דאפילו שטר דעלמא כל זמן שלא אמר לעדים שיזכו בשבילו רק צוה למסור לו או שיהיה ביד עדים בעי כומ"ס וכן שטר מכר אם מסרו ללוקח לא קנה רק בכומ"ס. ואם כן מכ"ש בזה שפרע שט"ח אף דרוצה ליתן אותו למלוה שני' ומהני לענין בני חורין דלא קרינן ביה נמחל שעבדו דלענין ב"ח מהני מסירה חדשה בינו לבין עצמו כדלעיל בסי' מ"ח ע"ש מכל מקום לא עדיף מאלו צוה לעדים שיהיו כותבין שטר גמור רק לא צוה שיזכו בעבורו שיהיה נקרא שטר של קונה בעי המלוה כומ"ס מכ"ש זה שכבר פרע ועכשיו רוצה לעשותו שטר מחדש פשיטא דאין נקרא שטרו של קונה רק שטרו של מקנה ובעי כומ"ס ולא עדיף משטר מכר ללוקח שלא קנה הלוקח השטר רק בכומ"ס ומכ"ש זה. וזהו דעת ר"ח וזהו היה נראה דעת הרא"ש בפי' נדרים ולכך מתחילה חשב דמשנה אתיא כמ"ד אותיות נקנית במסירה ולכך כתב דקניא ליה במסירה ולבסוף הדר ביה דודאי אתיא כהלכת' דבעי כומ"ס ובמשנה לא נזכר כומ"ס דמה כומ"ס שייך שם הא מוסרו ביד שליש סתם ולא נזכר דבר מכתיבה ומסירה. וזה ברור בפי' הרא"ש ובחנם תמה עליו הש"ך כי נמחל שעבודו ליכא כמש"ל בסי' מ"ח ומכל מקום כתיבה ומסירה בעי אף דהוא הלוה יהוא המלוה. וכל זה אם אמרינן כדעת רשב"א דשטר של לוה למלוה הכתוב בשטר מ"מ בעי כומ"ס אבל לפי מ"ש התוס' ב"ב דף ע"ז ע"ב ד"ה נקנה כו' דשטר מכר הכתוב בשם מוכר ללוקח לכ"ע מהני מסירה ולא בעי כתיבה כלל וכ"כ הרא"ש שם בפסקיו דשטר הכתוב בשם מוכר ללוקח ודאי דמהני מסירה גרידא. ועל הא דפריך הגמ' מהך דאם קדם וכו' עיי' משם מ"ש בפירושו אבל לכ"ע אין צריך כומ"ס שטר הנכתב מלוה ומוכר

למלוה או לוקח אם כן אף בשטר זה אין צריך כומ"ס כלל. ומזו נראה ברור או דהרא"ש בפסקיו חזר בו ממ"ש בפי' לנדרים או דרא"ש אחר הוא רא"ש מלוניל. ואם כן הרמ"א דפסק לעיל בסי' מ"ח להלכה דאם שטר שנמחל שעבודו חזר ומסרו לו בע"מ דמהני אף דמיירי בו ביום כמ"ש הסמ"ע מכל מקום מה בכך וזהו מועיל דלא יהיה מוקדם אבל מכל מקום הא הוי ליה שטרו של מקנה ובעי כומ"ס וחילוק הסמ"ע דהתם שאני הואיל ולוה בו ביום. אינו מובן מה נ"מ לענין זה דהוי שטרו של מקנה ובעי כמו"ס לבו ביום או אחר כך הא שטר מכר גופיה ללוקח שנתן מעות ולקחו ודאי הוא בו ביום דאם לא כן ה"ל מוקדם ומכל מקום לדעתו של רשב"א בעינן כומ"ס ועל זה סובב קושית הגמ': ע"כ צ"ל דסבירא ליה כהרא"ש ותו' דשטר הנכתב בשם מלוה ולוקח די במסירה לחוד כמו שבאמת לא מצינו דין זה בפוסקים ובש"ע אם אומר לעדים כתבו שטר ויהיה בידכם עד שיתרצה אף דנתרצה אח"כ דצריך כומ"ס דין זה אלו סבירא ליה להלכה איך לא הזכירו בפי' וכן לעיל בסי' ל"ט סי"ג הביא רמ"א אמר כתבו ותנו אותו בידי לא יתנו ולא יזכה בו המלוה עד שיוצא מתחת יד הלוה והא זה הוי שטרו של מקנה ולא מצריך כומ"ס ול"ל דהתם שאני דהוי בקנין ובקנין מודה רשב"א בתשובה הנ"ל דהתם טעמא בקנין דנתחייב בין ילוה ובין לא ילוה ואם כן הוי ליה תו שטרו של קונה הא בהך עובדא דרמ"א הא אמר תנו בידי ולא נתחייב בין ילוה בין לא ילוה ועיין מש"ל סי' ל"ט בזה. עכ"פ מוכח דלא סבירא ליה הך דינא דבעינן כמו"ס אלא ברור דסבירא ליה כתוס' ורא"ש דשטר הנכתב בשמם אף דהוא שטרו של מקנה מכל מקום לא בעי כומ"ס וגדולה מזו סבירא ליה להרז"ה דשטר שנכתב על יוסף בן שמעון זה ומכרו לאחר הואיל ושמו כשמו אין צריך כומ"ס ואף הרמב"ן שנחלק עליו במלחמותיו לא נחלק אלא מטעמא דהא הלוה לא נשתעבד מעולם ליוסף בן שמעון השני ובמה קני' לשעבודו אבל מודה בהוא הלוה והוא המלוה אף דהוא שטרו של מקנה דאין צריך כומ"ס ואמת כי לפי זה אין כאן הכרח מגמרא דאגב מועיל כמו כומ"ס בכל השטרות דיש לומר דהא דאמרינן אגב שאני היינו רק בשטר הנכתב ממוכר ללוקח דדי במסירה לחוד כמ"ש התוס' והרא"ש להדיא שם בב"ב ועיין ברא"ש פ"ק דב"מ ואם כן לפ"ז הרמ"א דהכריע לקמן סי' ס"ו ס"י כדעת האומרים דבכל שטרות מהני אגב כטור לשיטת הרי"ף ואין הבדל בין כתוב על שם מוכר ולוקח לשארי שטרות אם כן הוי ליה לפסוק דגם בהך שטר שנמחל צריך כומ"ס כמ"ש באמת הרא"ש ועיין לקמן בסי' ס"ו מ"ש בזה. אבל עוד נראה דסבירא ליה לרמ"א אף דנימא כשיטת רשב"א דאין הבדל ולעולם בשטר מקנה בעינן כומ"ס זו הכל למאן דלא סבירא ליה כר"א דע"מ כרתי אבל לפי דקי"ל כר"א דע"מ

כרתי בשטרות ואם מסר לו בעדים שטר אפילו בלי חתימת עדים הוי שטר אם כן זה שמסר לו שטר בעדים דל חתימות עדים מזה הא בהך מסירה הוי ליה שטר ושטרו של קונה ובאותו מסירה הוי זוכה בקנינו או בחיובו של מלוה ומכר מה טיבו של כתיבה בכאן במסירתו הוי חיוב וקנין ואז נעשה שטרו של קונה. ובגמ' שפיר קדייק דהא לא הוי מסירה רק אגב יהיה כמסירה וזו היא לענין מסירה דאותיות אבל אין ענין לענין ע"מ כרתי דהא לא מסרו בעדים כלל רק אמר זכה בשדה ואגב יהיה קנין שטר אבל במסרו בעדים למ"ד עדי מסירה כרתי ודאי דאין צריך כומ"ס דהא עי"מ נגמר שטרו של קונה כיון שהשטר על שמו והרשב"א לשיטתו דפוסק בשטרות לא אמרינן עדי מסירה כרתי כמ"ש בחדושיו לגיטין פ"ק ע"ש אבל לפי דקי"ל דעדי מסירה כרתי אף בשטרות פשיטא דדי בעדי מסירה או בינו לבין עצמו לגבי בני חורין דהוי כעדי מסירה כמש"ל בסימן מ"ח וכן הרא"ש בנדרים כבר כתבנו לעיל דזהו הכל למ"ד דלא אמרינן עדי מסירה כרתי לר' יהודה ורב עמש"ל ואין כאן קושיא כלל. אך הא יש לפקפק כיון דאיירי בקנו מיניה כמבואר בש"ע והיינו שנתחייב בקנין שאם לא יבא לזמן פלוני שיתן לו שטרו שחייב כל הסך ואם כן הא פסק לעיל רמ"א בסי' מ"ח אף דנמחל שעבודו אם חזר והקנה לו בקנין חדש לא נמחל שעבודו כלל וגובה ממשעבדי ואם כן למה יגבה רק מבני חורין כאן ומ"ש קנין מוחלט או קנין ע"ת כיון דהוא בתנאי המועיל דלית ביה משום אסמכתא ובפרט להסוברים סתם קנין לכתיבה עומד אפי' לא נכתב כלל אם כן דל הך שטרא כלל והרי הוא כחספא מכל מקום יגבה ממשעבדי בכח הקנין וכן משמע קצת בבעל עיטור בשם הגאון דבקנין ודאי נותני' ואין צריך כומ"ס כלל. ומהרא"ש לנדרים אין ראיה דהוא אמרה בפי' המשנה לר"י דלא מיירי בקנו מיניה דסבירא ליה אסמכתא קנין. אבל לדידן דסבירא לן דבעינן קנין אם כן למה לא יגבה ממשעבדי. ומהטור דכתב דהוי נמחל שעבודא אין ראיה כל כך דלא סבירא ליה הך דינא דמרדכי דקנין חדש מהני ובפרט אם נאמר דסבירא ליה דאף קנין לכתיבה עומד מכל מקום בעינן שיהיה נכתב לבסוף כמש"ל בסי' ל"ט וסי' מ"ג ע"ש אם כן מה יהני קנין חדש הך שטר חספא בעלמא וקנין בלי כתיבה אינו מועיל לשיטתו אבל לפי דקי"ל דקנין גרידא בלי כתיבה כלל מועיל קשה. וצריך לומר דסבירא ליה דהך קנין גרוע הוא דלית ביה מעכשיו ואחר כך לא קנה דהא הדר' סודרא למרה רק לסלק אסמכתא הקילו כמש"ל בסי' מ' בשם תשובת תלמידי רשב"א ע"ש ועיין לקמן בסימן ר"ז באריכ' בב"י בשם כמה מחברים ע"ש ואם כן דלא הוי קנין גמור אף הוא ל"מ לעשות שיעבוד בלי שטר גמור והך שטרא נמחל שעבודא כיון שאין בו קנין המועיל בכל דוכתי. אך עדיין לא ה"ל להחליט דין זה דכל זה צריכין לומר

לשיטת הרמב"ם וסייעתו דסבירא ליה במעכשיו לחוד מסתלק אסמכתא וקשיא ליה הא קי"ל כל קנין מעכשיו הוא ואם כן למה צריכין קנו מיניה ואתפיס זכות ובזה צריך לומר דקנין זה קנין גרוע בלי מעכשיו. אבל להסוברים דמעכשיו לחוד לא מהני וכל חיילי דילהון הוא מזה דחזינן אף דקנו מיניה מכל מקום בעינן אתפיס זכות'. ש"מ דסבירא ליה דהוי קנין גמור במעכשיו אם כן לא שייך האי תי' והרמ"א הביא לקמן בסימן ר"ד סי"ד הך דיעה דמעכשיו לא מהני אם כן לא הוי ליה לסתום כאן. ודוחק לחלק בין קנין לקנין ויותר נראה דבלא"ה כבר העליתי לעיל דפי' גובה מב"ח היינו אם יודה הלוה שלא פרע ואין יכול לטעון להד"ם דאם לא כן הוי ליה מוקדם ולחד דיעה אפילו מבני חורין מוקדם פסול רק כיון דלא מצי טעון לא היו דברים מעולם לכולי עלמא הרי טוב שטר עליו ולא הוי חספא בעלמא ולא מיירי כאן מאם כופר ואמר פרעתי רק דקמ"ל דקנ' וצריך לפרוע ולא אימא חספא בעלמא מסר לי כנ"ל ואם כן לא קשה מקנין דמה בכך מ"מ הא הוי ליה מוקדם ואינו גובה ממשעבדי ולעיל סי' מ"ח מיירי הכל בו ביום אבל כאן הא ה"ל מוקדם. ולפי זה כל קושית הסמ"ע והש"ך מיושב מה שהקשו דהא בעינן כומ"ס דזהו הכל בשטר שאין בו קנין אבל כיון דיש קנין וקנין גרידא משוי' ליה שעבוד בלי שטר ודאי אין צריך כומ"ס כלל וכן מבואר בתשובת רשב"א בהשלישׁ בקנין א"צ כומ"ס. ע"ש באריכות והדבר פשוט והרא"ש בנדרים הכל קאי לר"י דלא איירי בקנין. אך מ"מ לדינא נראה כל מש"ל ניחא ונ"מ אם הוי בלי קנין דהוי ליה אסמכתא ולא יחזיר השלישׁ והוא נתרצה אח"כ להחזיר למלוה לפי דעת הסמ"ע בעינן כומ"ס ולפמ"ש אין צריך כומ"ס כלל כפמ"ש באריכ' וכן ברור לדינא. אמנם בהך דינא דלא יגבה אפילו החצי שלא פרע ממשעבדי בזו יפה טען הש"ך ואף דש"ך גופי' כתב לחלק אם לוה מנה ופרע חמשים והאמין למלוה בלי שובר וכי ס"ד דנו"ן הנשארים לא יגבה ממשעבדי הואיל ביד המלוה לגבות הכל אבל כאן אם הדין דגם החמשים שפרע גובה מב"ח שפיר יש לחוש דיגבה הכל ממשעבדי ולכך קנסינן ליה וכלו אין גובה רק מב"ח מכל מקום צריך עיון מנלי' להרא"ש בנדרים הך דינא בלי ראיה ברורה מש"ס דגבי מוקדמים בשעת כתיבה נעשית עול דיכול לגבות מזמן ראשון ולכך קנסוהו חכמים להך שטרא אבל כאן בעת כתיבה אין כאן עול כלל וחל שעבוד' ואח"כ הוא פרע מקצתו ויש לחוש לעול וכי בשביל זה נפקיע שעבוד עד החצי אשר שעבודו חל מקדם בלי פקפוק ובכה"ג בגזרת וקנסת חכמים הבו דלא לוסיף ואין לדמות גזרת חכמים ומכ"ש דלא דמי' כלל וכלל והוא הרא"ש לנדרים יחיד בדבר הזה כמ"ש הש"ך דלא מצינו לו חבר במחברים ויותר טוב לדחוק ברמ"א

דפי' מב"ח גובה כולו ומ"ש אין גובה כלום ר"ל על הך חצי דפרע כבר כי מאותו חצי דלא פרע אין דנין עליו כלל ואף כי הוא דחוק בלשון מ"מ הדין נכון ואמת:

סימן נו

א **שליש וכו'** מקורו מגמרא דסנהדרין דף ל"א ע"ב דאיכא תרי לישנא לר' נחמן בהאי איתתא דנפק שטרא מתות' ידה ואמרה עליו דפרוע היא והימנ' ר"נ כיון דאי בעי קלת' וא"ד לא הימנ' הואיל אתחזק בבי דינא ואותביה רבא לר"נ סימפון שיש עליו עדים יתקיים בחותמיו אין עליו עדים ויוצא מתחת ידי שליש או שיצא אחר חיתום שטרות כשר אלמא שליש מהימן תיובתא דר"נ תיובתא ופי' רש"י אין עליו עדים ויצא מידי שליש ולא מיד הלוה הואיל ושניהם מודים שזה מינו להיות שליש ביניהם כשר עכ"ל. והוסיף הנ"י פי' לדבריו של רש"י דלא תקשה מה נאמנות שייך במסר ליה שובר בלי חתימת עדים הלא הוא רק חספא בעלמא תינוקת ממשמשי' בו. ולכך פי' דבאמת חתום בעדים רק א"א לקיימן אבל המלוה מודה דהוא חתום בעדים ולולי השליש מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו אבל הואיל ומודה דמסר לשליש שובר בעדים ואולי היה אז אפשר לקיימו אם כן מודה דהימני' וקבל עליו ולכך נאמן אף דכעת א"א לקיימו כלל. ואם כן עדיף יד השליש מיד הלוה גופי' לשיטה זו דאילו היה ביד הלוה לא היה מועיל כלום דהא אין מקוים משא"כ ביד שליש הואיל והימני' מתחילה ה"ל כאומר נאמן עלי וכו' וא"כ יפה פריך הגמ' להך לישנא דבעינן דוקא מגו דקלתי' דהא כאן אין מגו דאף דמסרו ביד לוה לא היה מועיל זהו דעת רש"י וסייעתו. אבל התו' פי' אין עליו עדים כמשמעו ופי' בד"ה אין עליו עדים והשטר והסמפון יוצא מתחת ידי שליש כשר והרי בידו לשרוף השטר ומשמע ליה אפילו אתחזק דומי' דיוצא אחר חיתום שטרות. ולפי' זה אין לשליש נאמנות יותר מאלו היה ביד לוה גופי' דאילו היה ביד לוה שטר ושוברו עמו פשיטא דנאמן וכן הדין בשליש ולכך אף דעכשיו ל"ל לשליש מגו דאתחזק בב"ד מכל מקום מתחילה כשמסר בידו היה לו מגו למוסרו ליד לוה אם כן הימני' וכ"כ התו' בגיטין גבי שליש אומר לגירושין גם כן דאף עכשיו ל"ל מגו מכל מקום הואיל ומתחלה כשמסר לו הימנ' ויש לו מגו וזה פשוט. אבל התו' כתבו א"נ י"ל לאו דאין עליו עדים כלל אלא יש עליו עדים ולא ידעי אי פרוע או לא ויוצא הסימפון מתחת ידי שליש עכ"ל ונתקשה הש"ך דהא גם להך תי' קשה מה פריך דילמא איירי בלא אתחזק ויש לו מגו דמסרו ללוה ואי כוונת התו' דמוסב על מ"ש בתי' ראשון דומי' דחיתום שטרות ה"ל לתו' לומר הך תי' בתר תי' שני ולא להפסיק באמצע כיון דעלה קאי אלא הכריח הש"ך הפי' בתי' שני דיש

עליו עדים ואין מקויימ' כדעת הנ"י ומ"ש התו' דלא ידעי אי פרוע לאו דוקא רק עי"כ דלא ידעו דפרוע א"א לקיימו דצריכין לזכור העדות אם כל אחד אומר זה כת"י כדלעיל בסי' מ"ו אבל העיקר כוונת תו' דאין השובר מקוים ומ"מ השליש נאמן ואם כן ל"צ דאתחזק בב"ד דהא אלו היה ביד לוה לא היה מועיל ושפיר הוה תיובתא לר"נ ואם כן דעת הש"ך דגם התו' מודי' דעדיף יד השליש מיד הלוה גופי' והשיג על הב"ח דס"ל דדעת התו' כדעת הטור דלא עדיף יד השליש מיד הלוה דהא עדיף בשובר שאין מקוים: וגם בזה השיג על מהרש"א דכתב דלא נראה לתו' לפרש כפי' רש"י דאין על השובר עדים דאפי' לרבא לא נאמן השליש רק משום מגו והכא דאין עליו עדים מה מגו איכא ולכך הוצרכו לפרש דשניהם השטר ושובר יוצא מתחת ידי שליש א"נ וכו' ואם כן יש לו מגו דנתנו ללוה עכ"ל והשיג הש"ך דאף דאין לו מגו כלל דאינו מקוים מכל מקום הימני' כדעת הנ"י וזהו תורף דברי הש"ך אף שהאריך. ואין דבריו ברורים לדחות דברי הב"ח ומכ"ש שלחנם השיג אמהרש"א כי מה שפי' בתו' דלא ידעו אי פרוע הוא דאין מצוים לקיימו הוא דבר שאין לו שחר כי מה צורך תו' להאריך ולדבר ברמיזה ולא פי' כפשוט' כנ"י דאין עדים לקיימו ואינו מקוים כלל ומה צריך להסתיר דבריהם באינם יודעים דפרוע אלא ברור כוונתם בפשוט דמקדם ביתקיים בחותמיו פי' התו' כדאמרינן בב"מ דיהיו העדים יאמרו אם פרוע או לא דהמלוה טוען העדים כתבו שובר למלוה בלי לוה להיות בידו אם ירצה לפרוע וע"ז קאי אין עליו עדים שאין עידי קיום הללו לומר דפרוע הוא דאינם יודעים דכתבו שובר למלוה כהנ"ל השליש נאמן ואף דאתחזק בב"ד מכל מקום מתחילה כשמסר לו היה בידו למסור ללוה וא"כ הימני' אבל לא עדיף יד שליש מיד הלוה וזהו כוונת המהרש"א דיש לו מגו הרצון מתחילה כשמסר לו אף דעכשיו ל"ל מגו דאתחזק בב"ד מכל מקום מתחילה בעת מסירה היה לו מגו ולאפוקי מדעת רש"י דאם אף מתחילה כשמסר לו לא היה לו מגו דאינו מקוים ואם כן אף אלו היה ביד לוה לא היה מועיל אין השליש נאמן דאינו נאמן יותר מאלו היה ביד לוה גופי'. וע"ז נתכוין מהרש"א במ"ש מגו ר"ל מתחילה מגו וכמ"ש לאפוקי האומרים דיד שליש עדיף מיד הלוה גופי'. ומה שטען הש"ך אם כן גם להך תי' קשה מה תיובתא דילמא לא אתחזק בב"ד כנ"ל מלבד דזה דקדוק קלוש ובאמת י"ל דגם הך תי' דומי' דחיתום שטרות מוסב ע"ז ואין זה כדאי לפרש בתו' פי' זר אף גם דבאמת לא קשה דבשלמא לפי' ראשון דאין עליו עדים כלל רק בידו השטר ושובר שפיר קשה דילמא איירי דלא אתחזק ויש בידו עכשיו לשרוף השטר ונ"ל דאם כן ה"ל לפלוג בשליש גופי' דאם אתחזק דאין שליש נאמן ומכ"ש דאין מועיל כשהוא ביד מלוה גופי' דעדיין לא הוה שמעינן בשובר החתום

בעדים דאין מועיל דבשליש הכל מיירי באין עדים על השובר והוא חספא בעלמא רק כל נאמנות הואיל ושטר גם בידו ויכול לגונזו ולכך באתחזק בב"ד דלא שייך זה אין ממש בשובר אבל שובר החתום בעדים ה"א חזקה אין עדים חותמים אלא יודעים דפרע או ממילא כיון שחתמו נמחל ונתבטל השטר קמ"ל דלא דיכול המלוה לטעון כתבתיו שיהיה מצוי בעת פרעון ולכך יתקיים בחותמיו ושפיר הקשו התו' אבל לאידך תי' בתו' דבאמת חתמו עדים רק אינם יודעים אי פרוע הוא ויוצא מיד שליש ל"ל דאיירי דלא אתחזק בב"ד דאם כן ה"ל לפלוג בדידי' בשליש גופי' דאם אתחזק דאין מועיל השובר עד שיעידו עדים דפרעו ויהיה הדבר במכ"ש ביוצא מתחת יד המלוה וע"כ צ"ל דבשליש אין הבדל ולעולם השליש נאמן ושפיר קמותיב וא"צ לתי' התו' דומיא דחיתום וכו' ולק"מ ולכן ברור כדעת מהרש"א והב"ח דדעת התו' דלא כנ"י דכתב כן לדעת רש"י ולעולם אין יד השליש עדיף מאלו היה ביד לוה גופי' ואע"ג דאין צריך עכשיו מגו דהימני' מ"מ מתחילה כשמוסרו לידו צריך להיות מגו לשליש דאל"כ לא הימני' כלל ונכון ובחנם האריך הש"ך פה וכל דבריו בלתי ברורים:

ב **נאמן כשני עדים** פי' הש"ך לאו דווקא כשני עדים דאם ב' עדים מכחישים אותו הם נאמנים יותר מהשליש אלא הרצון דעדיף נאמנותו מע"א דאם ע"א מכחישו אין מחויב הלה לעשות אפילו שבועת היסת דכל זמן שאין שנים מכחישים השליש נאמן עד כאן לשונו ודבריו בלתי מובנים דכיון דנחנו בהאי כללא כדעת הטור ורוב מחברים דאין לשליש יותר נאמנות מאלו היה ביד הלוה גופי' וא"כ אילו היה ביד הלוה גופי' והוא טען עליו בעד אחד אם השליש כשר להעיד הוה להו עד נגד עד וצריך לישבע היסת כדלקמן סי' פ"ז ואם השליש פסול להעיד צריך לישבע ש"ד כנגד העד ואם כן עכשיו דהוא ביד השליש לא עדיף ידו מיד הלוה גופיה כמש"ל ואף בזה אם הוא כשר להעיד יש כאן היסת ואם לאו ש"ד כאלו היה ביד לוה וזה ברור ונכון. ולכן צריך לומר מ"ש דהוא כב' עדים לענין גוף השליש דאם הוא אומר להחזיר ללוה וע"א מכחישו אין אומרים דלא יחזור ויהיה הדבר נדון כדבר המוטל בספק דנאמר בו חולקין או שודא רק בענין זה לקיים שלישתו שליש נאמן וידו כיד הלוה ויחזיר ללוה ואם הוא יתבעו אח"כ בע"א כתורה יעשה לו או לישבע ש"ד או היסת כנ"ל וזה ברור:

ג **ואפילו כתבו ענין וכו'** בזה יש ג' חלוקים אי כתבו על הנייר ענין שלישית ומסרו להשליש בזו פשיטא דיכול השליש לומר לא כך היה דהרי בידו לגנוז כל כתב שלישית ומעיקרא הימנ' אבל אם כתבו וחתמו ענין שלישית וימסרו לבע"ד בזו נראה מתשובת רשב"א שהביא רבינו ב"י אם מכחיש הכתב כגון שנכתב בו שלא היה אז תנאי והוא

אומר שהיה אז תנאי אינו נאמן כי מכחיש הכתב אבל אם אומר שאח"כ נעשה תנאי או מיישב דבריו באופן שלא יסתרו לענין הכתב שלישית נאמן. וכן דעת הש"ך אלא שיש לפקפק הא כל הומנ' דשליש הואיל והימנ' לכתחילה ולכך נתקשו התוס' ורשב"א בגיטין בשליש אומר לגירושין דמה הימנ' יש הא מסרו בעדים ותי' דזימנין דמיית עדים או הלכו למד"ה ואין זה שייך בנמסר לבע"ד כתב משלישית דמה הימנ' שייך כאן הא כת"י לראי' ואם כן אף לומר שתנאי נעשה אח"כ למה יהיה נאמן הא לא הימנ' כלל ואפשר בדבר דשייך ביה נאנסו י"ל דהימני' דאולי יטעון נאנסו דנאמן ואף דצריך שבועה עכ"פ הימנ' אבל בדבר דלא שייך נאנסו לא ידעתי מה נאמנ' שייך בי' וצ"ל דאיירי שהיה כתב בכת"י ואם כן נאמן לומר החזרתי ואף דרשב"א סבירא ליה דאין נאמן בכת"י לומר פרעתי צ"ל ה"מ בכת"י שהוא חייב דנזהר לפרוע עד שימסור לו כת"י. אבל בכת"י על שלישית דאין הדבר נוגע לו לא נזהר כ"כ ומחזירו לפעמים ואין חושש ליטול כת"י ולכך נאמן לומר החזרתי ופרעתי וצ"ע. ובאמת יש לדקדק קצת למה ליה לתו' ורשב"א בשמעתי' דבעל אומר לפקדון וכו' אף דיש עדים מכל מקום שייך הימני' דאולי ימותו עדים ול"ל דוחק זה ולא פי' כפשוט' דיתנו לאשה והיא תאמר מהבעל קבלה ואי דיתבע לשליש בעדים יטעון החזרתי לך דהא אין צריך להחזיר בעדים וכ"כ המרדכי בפ' החובל דשליש נאמן אף דמסרו בעדים דיכול לטעון החזרתי ואין לומר דזה בטוח הבעל דהאשה לא תעיז לומר שקבלה גט ממנו דא"כ אף דימותו עדים אלו הדין כר"ה דבעל נאמן ליכא הימנ' דאם יתן ליד האשה והיא תודה שקבלה מיד שליש יטעון הוא לפקדון נתתיו ועלי' להבי' ראיה. וצ"ל כי בעינן הימנ' היינו בעיר אחת דשייך אי איתא אבל בשני עיירות דלא שייך אי איתא ממילא השליש שהגט בידו נאמן והראיה בבעל אומר להולכה ושליש לקבלה מבואר בסי' קמ"א אפילו לפוסקים כר"ה מכל מקום שליש נאמן דלא שייך ביה אי איתא וקשה הא גם הימנ' לא שייך ביה דמה יעשה דימסרו ליד אשה אותו מבקש ועל זה מוסרו ואם בידו והוא יאמר לקבלה יהיה על השליח ראיה ואם כן מה הימנ' שייך וצ"ל דא"צ להימנ' כיון דסברת אי איתא לא שייך ולכך שפיר שייך הימנ' בעיר אחת אף דלא תעיז האשה דאולי תלך אשתו והשליח לעיר אחרת ותקבל ממנו שם הגט ויהיה השליח נאמן דשם לא שייך אי איתא והאשה לא תעיז כי תודה שקבלה מיד שליח ומכל מקום נאמן ולכך הימנ' אף באותו עיר כיון שבידו לגרשה עכ"פ וצ"ע וע"ד שליח להולכה וקבלה יש תי' אחר בחדושי לא"ה:

ד **ואפילו הכחישו וכו'** מבואר בטור ובבע"ת שער נ"ב דלא לבד במכחיש לשליש ואמר דמסרו לפקדון בעלמא דשליש נאמן אלא אפילו טוען עליו אתה גזלת ממני או ממני נפל

והגיע לידך ולא בא לעולם מידי לידך מכל מקום השליש נאמן ואין צריך אפילו שבועה כלל. וע"ש בבע"ת שער נ"ב ואולם הרב הש"ך האריך לחלוק ושרש דבריו כמ"ש באורים אות ה' ודעתו דאין נאמן בכל זה כל זמן שלא מודה שעשהו שליש אא"כ יש לו מגו ואז נאמן כבע"ד וצריך שבועה וזולתו אינו נאמן כלל ע"ש. ולענ"ד אין דבריו ברורים כלל כי מ"ש באומר לפקדון מסרתיו דאין לו דין שליש דאל"כ כל הנפקדים יעשו קנוני' עם איש אחר ויאמרו שליח אני למסרו בידו ומ"ש בעה"ת ראיה בבעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין דבממון כ"ע מודים דשליש נאמן. דעת הש"ך דפי' לא לפקדון בהחלט רק באמת לגירושין אך על תנאי ולא נתקיים התנאי וזהו כוונת איכא מרבות' דהביא בעה"ת דסברי דהיכי דמכחיש ענין השלישי' דא"נ ולא יחלקו אגמ' ערוכה אלא ברור כוונתם בגמ' כמ"ש הש"ך ודברי אלו אין להם קיום כלל הן מצד הלשון הגמ' דקאמר בעל אומר לפקדון הל"ל בעל אומר ע"ת כיון דיש הבדל ביניהם לדינא דפקדון סתם באמת א"נ איך קאמר סתם לפקדון במקום דבאמת אינו נאמן הל"ל בעל אומר ע"ת והן דא"כ לא פריך הגמ' האשה שאמרה התקבל וכו' צריכה ב' כתי עדים א' שמעידים בפנינו אמרה ואחד שמעידים בפנינו קבל ופריך הגמ' ל"ל בפנינו קיבל להימנ' לשליש דמה קושיא אולי יטעון הבעל לפקדון מוחלט מסרתיו ולא יהיה נאמן לכ"ע. ועיין במהרש"א דפי' לשיטת התו' בקושית הגמרא איירי בטוען הבעל ומכחיש לשליש ואפילו לפי מ"ש הרא"ש דהקושיא הוא לר"ה ולר"ח משום דאיירי דאין הבעל מכחישו מ"מ מה דוחקא הגמרא בתירוצן לומר ר"א היא עדי מסירה כרתי ומוקי לה בגט שאין עדים חתומים עליו כלל נגד תקנת ר"ג הזקן ולא מוקי ליה בבעל מכחישו אלא משום דניחא ליה לגמרא לשנויא מלתא דשויא לתרוויהו לר"ה ולר"ח ואלו אי בפקדון מוחלט אף ר"ח מודה ה"ל לשנויא דמכחיש וטוען כי האי ולכך צריכה עדים ואין צריך לדוחק דמיירי בלי ע"ח ור"א היא וכן נראה הדברים בתו' שם דהקשו מה הועילו חכמים בתקנתן בפ"נ ובפ"נ יכחיש ויאמר לפקדון מסרתיו ותי' דהנך דהוי מצרכי בחד מקום לומר בפ"נ ובפ"נ סבירא ליה כר"ח דבעל נאמן ועדיין קשה מה הועילו יאמרו לפקדון מוחלט מסרתיו (ועוד נדבר מזה) וכ"כ התו' ואגודה להדיא שם ד"ה שליש כו' דבדבר העשוי להשאיל ולהשכיר והוא טוען שמסרו לשליש לפקדון דשליש נאמן והרי הדבר דלא כש"ך דבמודה לפקדון לכ"ע נאמן דוודאי לא יאמר הש"ך בתו' דכוונו להאי וכוונתם לפקדון שלישות ע"ת הס מלהזכיר בלישנא דתו' והבע"ת בשער ל"ט ח"ב כתב בשם הרמב"ן וזה הדין תפוס בידינו מדין שליש שהאומר לחבירו כלי זה שבידך שלי הוא שהפקדתיך והלה אומר של איש פלוני הוא יבוא ויטול את שלו אין על זה חיוב שבועה כלל כמ"ש גאונים שנאמן בלי

שבועה ולכך בשנים שהפקידו זה מנה וזה מאתים נותן לזה ולזה מנה ומנה יהיה מונח ולא אמרינן דהוי כמ"מ וישבע משום דהו"ל כשליש ופטור משבועה ע"ש מיהו בתשובת מהר"ם במרדכי פ' חזקת בראובן שתבע שהפקיד בידו חגורה ובתי נפש והלה השיב ששייך ליורשי אשתו כי אשתו הפקידה בידו דפסק דישבע שדבריו כן הוא משמע דלא כרמב"ן דצריך שבועה וצ"ע ואין להביא ראיה מתשובת הרא"ש כלל י"ג אות ט"ו דמי שהפקיד ספרים ביד בן אחותו ומת ובן אחותו אמר שצוה שימכרן ודמיהן יהיה הקדש שחייב שבועה בן אחותו שכדבריו כן הוא שצוה ולכאורה קשה למה הא ה"ל שליש שהפקידו בידו והוא אינו רוצה להחזיק לעצמו רק לתת להקדש והיינו דינו של רמב"ן דא"צ שבועה ובטור משמע דפוסק כן דא"צ שבועה וצ"ל דהקדש היינו לענים כהקדש דידן אם כן מגיע הנאה לבן אחותו היותו בני עיר כדקי"ל אין דנין בדייני אותו עיר וכיון דה"ל נוגע צריך שבועה דאזלא דין שליש רק נאמן מתורת מגו דלהד"ם או נאנסו וצריך שבועה וצ"ע וכן משמע ברמב"ם הל' גירושין דהעתיק סתם בעל אומר לפקדון מסרתיו דשליש נאמן ואין בהו פקפוק כלל. ובלי ספק שהיה אז בהעלם דבר מש"ך דברי רמב"ן בבע"ת הנ"ל דלא הביאו ואדרבא צידד דאף הרמב"ן סבירא ליה כהנ"ל ואילו ראה כהנ"ל לא היה כותב כן וכן משמע מדברי הרמב"ן בשליח שהבעל מכחישו ואמר לא עשהו שליח שהביא בעה"ת שער נ"ב ח"ג דין ט' ע"ש אמנם במכחיש ענין שלישי' ואמר שגזולה בידו או ממנו נפל והוא מוצאו ומתחבל בקנוני' עם חבירו לומר שהוא שליש בזה הרבה הרב הש"ך דלא מסתבר כלל דיהיה שליש נאמן דאם כן כל אדם יעשה כנ"ל ויגזול משל חבירו ויאמר דהוא שליש. והאריך בראיה כדרכו. אבל יסוד הראיה הם דברי תשובת הרא"ש כלל ס"ח דין כ"ב בראובן התובע לשמעון פרע לי שטרי אף שהוא בידך קרוע כי נפל ממני ושמעון השיב כי לוי בא בשליחות של ראובן ומסר לו השטר קרוע ואמר כי ראובן מסרו למסור לו קרוע כי מחל לו החוב ופסק הרא"ש הואיל ואין טוען ברי פרוע או מחול רק עפ"י לוי חייב לפרוע כי אפילו ה"ל לוי עומד בפנינו ושטר הנ"ל בידו ואמר ע"מ כן נמסר לי מראובן להחזירו לשמעון כי מחל לו החוב וראובן היה אומר שקר הוא ממני נפל ומצאו היה צריך לוי להחזירו לראובן ולא דמי לפז"ב בהאי דאפקידו גבה שטרות וכו' דהתם הושלש השטר בידה והשליש נאמן אבל הכא אין ראובן מודה שהשליש ביד לוי כלום וכו' עכ"ל ומזה למד הש"ך דלרא"ש אם מכחיש השלישי' אין לזה דין שליש כלל. וגם הב"ש בא"ע סי' קמ"א ס"ק י"ג דעתו דחיישינן ויכול לומר ממנו נפל אבל א"י לומר נגזל ממני ע"ש. ולבבי לא ידמה ולברר הדין נראה כי תליה בשני תי' שכתב הב"י בא"ע סי' קמ"א בהא דכתב הטור שם בשם הרי"ף דא"צ כתב הרשאה כי

השליח נאמן הביא הב"י דכן דעת הרא"ש בגיטין בפסקיו ובתשובה כלל מ"ם דין יו"ד ודעת רמ"א כפי שהביא הטור בסי' קמ"ב אפילו בא"י דאין לומר בפ"נ ובפ"נ מכל מקום נאמן והקשה הב"י מתשובת הרא"ש שהביא הטור ס"ס קמ"א בבן שהביא גט מאביו לאמו שכתב אם יש עדים שעשהו שליח וכו' משמע דצריך עדים ותי' דפי' דעשהו בעדים אבל א"צ עדים לראיה ונאמן הוא שנעשה בעדים. ועוד תי' דהרא"ש פליג ארמ"ה וסבירא ליה בא"י או בח"ל אם לא אומר בפ"נ ובפ"נ כגון שנתקיים אינו נאמן על השליחו' וצריך ראיה וכתב הב"י דקצת הוכח' יש לזה בהרא"ש ריש גיטין עכ"ל והיינו דכתב דכי היכי דהאמינהו לומר בפ"נ בפ"נ המנוהו לומר שהוא שליח ולא מצי בעל מכחיש ליה ע"ש ובתשובה הנ"ל ולפי תי' זה י"ל כשנתקיים איך יכול להכחיש השלישי' הא איירי כאן בשני עיירות ולד"ה בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין שליש נאמן כמ"ש הרא"ש והטור סי' הנ"ל ואם כן איך יכחיש השליחות ומה צורך לומר דהאמינו חכמים (ולדברי מהרש"א דבשליח להולכה ואין שלישות בידו לא שייך הימנו' אם כן א"ש דשורת הדין בעל אומר לפקדון נאמן דהא אין שלישות בידו רק חכמים דהימנוהו על בפ"נ גם על זה האמינוהו ועמש"ל) ועכצ"ל דאף דנאמן באמר הבעל לפקדון מסרתיו דהימני' אבל במכחיש שלישי' לגמרי כגון שאומר ממני נפל כהנ"ל לכ"ע יכיל להכחישו רק מתקנת חכמים באמר בפ"נ ובפ"נ דגם בזה נאמן השליח ולא מצי הבעל להכחיש והן הן כדברי הש"ך הנ"ל ולא קשיא אם כן איך אמר ר"ה בעל אומר לפקדון בעל נאמן הא נתנו חכמים לשליח נאמנות דרך כלל ומהכ"ת יתנו לו נאמנות על טענת נפילה ולא על טענת פקדון הא לא קשיא דר"ה איירי לשיטת הרא"ש הכל בשליח לקבלה כמ"ש בפסקיו ותשובה הנ"ל ובזה לא הימנ' חכמים כלל רק בשליח הולכה. ובחנם הקשה וטרח הב"ש בסי' קמ"א ס"ק ט"ו דהא צריך הרשאה במקום למקום דאף דר"ה מודה מ"מ פן יאמר ממני נפל לדעת הרא"ש דהא הימנו רבנן וכשאומר בפ"נ ובפ"נ נאמן גם על השליחות ולק"מ: אך נראה דאין תי' זה עיקר רק העיקר כתי' ראשון מכמה טעמים דהא הטור הביא בשם רמ"ה סי' קמ"ב בלי חולק דבא"י גם כן א"י להכחיש השלישית אם כן איך הביאו הטור בסתם מבלי זכר דהרא"ש אביו חולק ועוד דהרא"ש דהוכיח דע"כ נאמן על השליחות דאל"כ מה יועיל בפ"נ וכו' יכחיש השלישית ואי יקיים שליחתו תו א"צ לבפ"נ ובפ"נ דאינו חשוד למסור לו גט מזויף עיין בתשובה סי' מ"ה סי' יו"ד. וקשה אם כן איך פסק הטור ומחבר בסי' קמ"א דסומא דא"י לומר בפ"נ ונתקיים הגט כשר מה יועיל אולי יבא הבעל ויכחיש השליח לגמרי דהא לשיטתו חוששין לערער על זה דאם לא כן אין מקום להוכחתו ואם כן אם יערער בסומא מה נעשה ואי איירי באמת דיש עדים על שליחתו

ל"ל קיום הא אינו חשוד לזייף כלל. וכן קשה בא"י דתנשא ואם יש עוררים יתקיים בחותמיו איך תנשא אולי יערער הבעל על שליחותו ואי דיש לו עדי שליחותו הא א"צ קיום כלל דאף דכתב הטור בסימן קמ"ב דאם בא הבעל וערער צריך קיום היינו דחייש לשיטת רש"י דס"ל דחשוד למסור גט מזויף לקלקלה בידי שמים אבל לשיטת הרא"ש ברור דא"י לערער כלל וא"י לטעון מזוייף כלל ועיין ב"ש סי' קמ"ב ס"ק ל"ה ע"ש וא"כ קשה בממ"נ וגם קשה אי אמרינן דשורת הדין דהבעל יכול להכחיש ולכך באמת בא"י הבעל נאמן רק בח"ל תקנת' דרבנן למה ליה לתקן שני תקנות דיהיה נאמן על השליחות וגם יצטרך לומר בפ"נ משום קיום הא בהך תקנתא לחוד סגי דכיון דנאמן על השליחות תו ליכא למיחש לזיוף לשיטת הרא"ש דאין מקלקלה בכוונה: ולמה בעינן דווקא בפ"נ וגם הך תקנה להאמינו על שליחו' וגם קשה דהרא"ש הוכיח כל זה מדברי ריב"א דס"ל בשני שלוחי' א"צ לומר בפ"נ ומזה הוכיח דשליח אחד נאמן על שליחו' דאל"כ בפ"נ ל"ל וכן מוכח מתשובה כלל מ"ה הנ"ל וא"כ ע"כ אף התוס' ס"ל כן דהם כתבו להדיא הך דברי ריב"א בריש גיטין וכן ס"ל להלכה דא"צ ראיה על השליח' דאל"כ מה קושיא לר"ה מה הועילו חכמים בתקנתן בפ"נ עדיין יאמר לפקדון מסרתיו הא צריך ראיה על השליח' וע"כ דס"ל כרא"ש וא"כ קשה מה קושיא מה הועילו וכו' באמת שורת הדין דבעל יכול להכחיש אבל הן אמרו דנאמן בפ"נ וכו' והן אמרו דנאמן דמסרו הבעל לגירושין ור"ה ור"ח פליגי בשליח קבלה כמ"ש התוס' ומנ"ל לתוס' לדחוק ולומר דהימנוהו חכמים שלא יוכל לומר ממני נפל אבל לא האמינוהו על טענת פקדון וזהו היה דעת הש"ך ולכך לא קשיא ליה לש"ך בתוס' דמה בכך דהנך דמצרכי מערכא לערכא ס"ל כר"ח דמ"מ יטעון ממני נפל ולא שייך הימני' דס"ל דע"ז היה תקנה להאמין לשליח ולק"מ להש"ך ולא היה טועה בדבר פשוט אבל קשה מ"ש אם היה התקנה מול שורת הדין מ"ש הך מהך (ובחדושי אמרתי כי ס"ל לתוס' ודאי אם עדים מכחישים לשליח אין שליח נאמן וא"כ בס"ד דאף בשני עיירות שייך אי איתא וכו' אנן סהדי דמשקר א"כ לא שייך הימני' חכמים ולכך תירץ התוס' בשני עיירות לא שייך אי איתא ובזה א"ש דכתבו דהך מערכא לערכא אתיא כר"ח וקשה למהרש"א הא אין שלישות בידו דלפמ"ש ניחא כיון דר"ח לא ס"ל אי איתא שפיר י"ל דחכמים הימנוהו כמ"ש הרא"ש וליכא כאן הכחשה בעדים ובזה מיושב מה שהקשו במ"ש הטור דאין לגרש בעיר אחת ע"י השליח דאולי יטעון הבעל לפקדון דהא בח"ל האמינו על שליחות דבעיר א' דשייך לר"ה אי איתא לא שייך מהימנא נגד עדים דאנן סהדי וכו') ומנ"ל להקשות כן וגם קשה להרא"ש דבררנו לפי הוכחתו ס"ל דיש לחוש אולי יבא הבעל ויערער על השליחות מה פריך הגמ' קיבל ל"ל הא יש לחוש

דיכחיש ויאמר ממני נפל ובשליח לקבלה לא תקנו חכמים כלום ואף דכתב הרא"ש דהקושיא הוא לכ"ע דהא לא בעל מערער כבר כתבנו לעיל דעדיין ה"ל לגמ' לשנויא דלכך צריכה מפני ערעורו של בעל. וגם לפמ"ש הא חיישינן לכך וגם בתשובת הרא"ש כלל מ"ה הנ"ל יש לדקדק דהשואל ביקש להוכיח מהך דבעל אומר לפקדון כו' דנאמן על שליחותו ודחה הרא"ש דהם פליגי בשליח קבלה ועדיין לא ברירא מה דחה הרא"ש מ"מ למה השליש נאמן יטעון לא מסרתי לך לגירושין אף דאתה שליח לקבלה רק ממני נפל ולא האמנתיך ואי דבאמת לא טען כן רק לפקדון מסרתיו והא הימנ'. א"כ ה"ל לרא"ש לדחות בקצרה דהתם טען פקדון ובאמת אלו טען נפל היה נאמן רק דהיה מודה לפקדון ואמרינן הימנ'. ומה זה דתירץ הרא"ש דמיירי בשליח קבלה נגד שיטת הרי"ף וסייעתו דפירשוהו בשליח הולכה: ודוחק לומר דבלא"ה הקשה הב"ש סימן קמ"א ס"ק י"ג דפסק הטור בסימן קי"ב דכשהגט ביד אשה דא"נ לומר ממני נפל. ולכן י"ל בין נפילה דרבים לנפילה דיחיד דכה"ג מחלק אביי בשמעתא דב' יב"ש בב"ב ע"ש ולהך דיטעון דאשה מצאה הגט או שליח לקבלה דנעשה מאשה בעדים אינו נאמן דהוי נפילה דיחיד משא"כ בש"ה דהוי נפילה דרבים דמי ומי שימצא הגט יכול לומר שליח הולכה אני חיישינן אי מערער הבעל דזה דוחק בממ"נ אי מחמירין בגט אף בזו נחמיר ואי לאו הא קיי"ל לנפילה אפילו דרבים לא חיישינן ולכך שטר דכתב ביה ממך גבינן בי' ולא חיישינן לנפילה כלל וכ"כ הרא"ש והטור ולמה ניחוש בשליש לנפילה וגם בתשובה הנ"ל לא היה צריך לכך רק ה"ל לדחותו בקיצור דהתם דבעל טוען פקדון הימניה אבל מהסתם חוששין לנפילה ולא שייך הימני': וגם יש כאן חשש הכחשת שליחות חשש דאורייתא איך הימנ' דרבנן הא אמרו בריש גיטין דלא הימנוה לשליח רק בקיום שטרות דרבנן:

ולכן ברור כתי' ראשון של הב"י וכמ"ש הב"ש בסי' קמ"ב ס"ק ט"ו דמוכח מדברי רמ"א דס"ל כתי' ראשון של ב"י דאף הרא"ש מודה לרמ"ה ואם בא"י או נתקיים נאמן על השליחות. והיינו דלא היה תקנה כלל והאמינו על השליח' עד דנימא בא"י לא תקנו דאין נזכר זה התקנה בש"ס רק שורת הדין בשני עיירות דא"י להכחיש שליחות דלנפילה לא חיישינן כלל כמ"ש גבי ממך בסימן נו"ן הנ"ל וכמ"ש חדושי רשב"א בגיטין ולפקדון ג"כ בשני עיירות לא חיישינן כיון דלא שייך אי איתא: ולכך הן בא"י והן בח"ל אי נתקיים הגט תו לא מצי בעל לערער כלל. רק כל החרדה שהיה מחריד הרא"ש הוא בח"ל ואין הגט מקוים רק ע"פ אמירת השליח בפ"נ וא"כ יש כאן חשש דהא כי מהני בפ"נ לקיום הגט היינו שליח אבל איש דעלמא לא מהני אמירתו דהוי רק ע"א וא"כ אם יבא הבעל ויאמר לא שלחתי כי הגט מזוייף וא"כ דאינו שליח אף קיומו באמירת בפ"נ אין מועיל והרי גט

בחזקת אין מקוים וא"כ פשיטא דהוא יכול להכחיש השליח' דאין כאן גט לראיה דהוא השליח דאנן אמרינן אולי מזוייף הוא. ולכך ס"ד לרא"ש בתשובה כלל מ"ה הנ"ל דצריך ראיה על השליח'. וכיון דהוא וודאי שליח מהני אמירתו בפ"נ לקיים הגט וכתב דמהך בעל אומר לפקדון כו' אין ראיה דשם בשליח קבלה והגט מקוים ופשיטא דא"י לערער אבל בשליח הולכה אף הבעל יכול להכחיש דלא אמרינן הא גט בידו דטוען מזוייף וא"כ הרי הוא כאיש דעלמא ואין מועיל בפ"נ והגט בחזקת מזוייף ולא תקנו חז"ל שיועיל אמירת בפ"נ רק בשליח מבורר הן בעדים או עכ"פ בכתב הרשאה שאינו מקויימת ע"ש עד שהכריע מדברי ריב"א הנ"ל דע"כ אין צריך ראיה על שליחות דאל"כ למה צריך בפ"נ כנ"ל וע"כ כשהקילו חז"ל בקיום שטרות דרבנן והאמינו לשליח באמירת בפ"נ ודוקא לשליח ולא לאינש דעלמא כך היה תקנתם אם אומר שהוא שליח יהיה נאמן לקיים הגט ולאפוקי אם אומר דהוא איש דעלמא אבל מסתם נאמן לקיים גט באמרו שהוא שליח ובפ"נ וכיון דנתקיים הגט ע"פ תו לא יכול הבעל להכחיש השליחות דמה יאמר לנפילה לא חיישינן כלל ולפקדון הא הימנ' ובשני עיירות לא שייך אי איתא וא"ש ואין כאן תקנה אחרת כלל רק כיון דנאמן על הקיום חזר הדבר לשורת הדין דא"י להכחיש השלישית בשום אופן כלל וכן נראה ברמזים סימן א' דסתם דנאמן על שליחתו ולא חילק כלל בין במקום דצריך לומר בפ"נ או לא צריך. ובזה גם דברי התוס' מיושבין דבס"ד דאף בשני עיירות ס"ל לר"ה דנאמן לומר בפקדון נתתי הגט א"כ מה יועיל דהשליח נאמן שהוא שליח לקיים הגט מ"מ יאמר לפקדון דלא תקנו חז"ל שום תקנה רק שיהיה נאמן לקיים הגט אפילו דלא נתברר דהוא השליח רק מפיו חייב לקיים הגט בקיום שטרות דרבנן והקילו אבל באומרו לפקדון ולר"ה נאמן ודאי דלא הימנו' חכמים דמה בכך דמקוים מ"מ לפקדון מסרו. ולא האמינו בחשש איסור דאורייתא להיות כשר ע"פ דהוא שליח דתקנה זו לא היה ולא נברא ולא נמצא כלל וקושית התוס' שפיר דמ"מ יצטרך לעדי שליחות דאל"כ יאמר לפקדון מסרתיו וא"ש והכל מיושב באר היטב בלי פקפוק כלל ואין לנו צורך לומר תקנה אחרת מה דלא מצינו בש"ס ולחלק בין א"י לחו"ל ושיהיה אמירת שליח בפ"נ יותר טוב מאלו נתקיים הגט בחותמיו דדבר זה לא משמע בש"ס כלל ומ"ש הטור בסימן קמ"א דשליח הולכה צריך להיות נעשה בעדים דבא"י צריך לקיים כתב הרשאתו ובח"ל א"צ דמשמע דבא"י יכול להכחיש שליחתו כבר עמדו בזה הב"ח ופרישה דהא בסימן קמ"ב סתם כרמ"ה דאף בא"י נאמן וצ"ל דפי' בא"י אם ירצה שלא תצטרך לקיים הגט כשיבא הבעל ויערער ויאמר מזויף יקיים הרשאה ותו א"צ כלל בח"ל בממ"נ בלאו הכי צ"ל בפ"נ וא"כ תו אין צורך לקיום הרשאה וזה נכון ואין כאן סתירה

בדברי טור אהדדי ודוק. והארכתי קצת בזה להיות כי רבינו ב"י לא הכריע ויש בו נ"מ רבתי לדינא והרב ב"ש נבוך בו בדוכתי טובא והנכון כמ"ש וא"כ דבררנו כי שורת הדין ולא מתקנה א"י להכחיש השליח' ואם נתקיים א"צ לאמירה דיליה ש"מ דלא חיישינן לנפילה כלל ומכ"ש גזלה וכדומה דאל"כ עדיין יכחיש בא"י השליח' כמש"ל וקושית התוס' כמו שהקשו לר"ה דיאמר לפקדון במקומו דיאמר ממני נפל ובזה אין נ"מ לשיטת הש"ך בין עיר א' לב' עיירות. אלא ברור דא"י להכחיש השליח'. וכן מוכח מהג"מ בפ"ג מהלכות אישות דבהגיע הקדושין והגט ליד אשה יכול הבעל להכחיש השליח' הואיל ואין שלישות בידו הא בעודו בידו א"י להכחיש וזהו דלא כדעת הש"ך וכ"כ הב"ש סימן קמ"א סקי"ג דהגהות מיימוני לא ס"ל דחוששין לנפילה וכדומה. אך עדיין היה פתחון פה לומר כמ"ש לעיל בסימן מ"ו בשם המ"מ דכתב בפי"ב מהלכות גירושין הלכה ג' דאין נאמן לומר ממני נפל אפילו יש לו מיגו דמזוייף שאין דין אסורי' כדין ממון ופירשתי דס"ל דבגט זהיר ביותר מבלי לאבדו עיין מש"ל וא"כ י"ל ודאי בגט לא חיישי הרא"ש לנפילה אבל בשטרות חוששין. אך מלבד דזה דוחק דמנ"ל לרא"ש כיון דקי"ל לעיל סימן נו"ן דלא חיישינן לנפילה. אף גם הא כתב הרא"ש בתשובה כלל ק"ה סעיף ג' בראובן שתבע לדונ' ווילידירה שבא לידה שטר שהיה לו על זקנתו דוניא לידסיאה ונאבד ממנו השטר והגיע ליד דוניא ווילידירה הנ"ל והיא החזירתו לזקנתו דוניא לידסיאה בכן תבע שתפרע לו היזקו והיא השיבה שהיה השטר מושלש מן זקנתו בידה ע"ת וכפי התנאי מסרה השטר לידה ופסק הרא"ש דתשבע שכדבריה כן הוא וסיים ואין לפטור אותה משבועה הואיל והיא שליש ושליש נאמן בלי שבועה דהואיל דאין השלישית בידה דינה כשאר כל אדם עכ"ל הרי אלו היה שלישי' בידה היתה פטורה אפילו משבועה אף שראובן מכחיש ואמר לא היה מעולם שליש ממנו נאבדו והיא מצאו ולמה יפטרה הרא"ש משבועה. ולכן נראה לומר בדברי תשובת הרא"ש הנ"ל בכלל ס"ח סי' כ"ב הנ"ל ב' תי' או כמ"ש הדרישה דבלאו הכי צ"ל מ"ש הרא"ש דאפילו היה השטר ביד לוי היה מחוייב להחזירו דאין הכוונה השטר כמו שהוא דהא קי"ל בשטר שנפל אפילו שניהם מודים לא יחזיר ולפי טענת ראובן הא נפל שטר ולא יחזיר כלל אלא כוונתו דהיה מונח ביד ב"ד לגבות מלוה בעצמו. וא"כ ודאי אף דלנפילה לא חיישינן וא"כ שטר שביד לוי והוא אומר שעומד לקרוע כי ע"ת כך נמסר לו נאמן על גוף השטר אבל מ"מ דל שטרו מהכא הוא יתבע את שמעון אמת שטרי קרוע מ"מ אתה חייב לי לו יהיה אלא בע"פ ומרצוני הטוב קרעתי שטר לבל יהיו עליך מלוה בשטר וכי בשביל כך גוף החוב נמחל פרע לי ואי דלוי מעיד דמחלתי גוף החוב אינו אלא ע"א כי אין בידו רק שטר אבל שובר

על גוף החוב אין בידו: ולכך חייב שמעון לפרוע הא אלו מודה שהיה מרצונו נעשה לשליש א"כ אמרינן איך מתחילה נתת שטר ביד לוי אולי יחזירנו ליד שמעון והוא יעיז נגדך לומר דפרע לך ואיך סמכת בכך אלא דכך היה דעתך שיעשה כן דבאמת נפרע וא"כ הרי נפרע דהוא באמת מסרו ואומר דפרוע אבל כיון שאין מודה רק לוי מוחזק בשטרו ונאמן עליו אין נאמן יותר רק מגוף השטר אבל לא להיות גוף הממון שביד שמעון כיון שמודה שלא פרע נפסד: וכן נראה קצת מזה בדרישה:

אבל היותר נראה בפשוט ומרווח דהא פרכינן לר"ה דס"ל אי איתא וכו' מהא דתנן שליש נאמן וכו' ופי' התוס' בד"ה מתיב וכו' דאיירי בעיר אחת השייך ביה ג"כ אי איתא וכו' ומשני שאני ממין דאתייהב למחילה ופי' רש"י ותוס' כיון שהאמין לו ומסר בידו נתרצה לו וס"ל להרא"ש דהך סברא אי איתא אלי' כ"כ דלא זו דנאמן לומר לפקדון מסרתיו אף גם דנאמן לומר ממני נפל ומצאתיו דרגלים לדבר דאם כדברי השליש היה למוסרו ליד בע"ד בעצמו אלא ודאי שהשליש משקר וכיון דמשקר חיישינן כל חששות דאפשר למיחש ולכך חיישינן לנפילה אף דבעלמא לא חיישינן דקשה ליה בממ"נ אי ס"ל לר"ה הימניה מה קאמר אי איתא הלא באמת מסרו לפקדון רק הימניה אם יאמר לגירושין שיהיה כן ואי לא ס"ל מה צורך לא איתא לו יהיה רק ספק היא בחזקת א"א אלא הואיל יש סברת אי איתא יכול לומר ממני נפל ולא שייך הימני' וא"כ אף דאומר לפקדון נאמן במגו והוי כעדים ול"ש הימני' במקום עדים וא"כ יש הבדל אף בממון דאתייהב למחילה מ"מ אם טען לפקדון בזו אמרינן אף דאמת אתו מ"מ הא הימניה מתחילה ומסרו למחילה אבל בטוען לא האמנתיך רק ממני נפל ורגלים לדבר דאי איתא לדידיה הוי יהיב והשליש מכחישו פשיטא דבעל נאמן דלא שייך אתייהב למחילה דהא לא מחל כלל. ובריית דקתני שליש נאמן איירי בטוען לפקדון ושם נאמר אתייהב למחילה אבל בטוען ממני נפל בזו לא מיירי בברייתא כדקתני כיצד זה אומר כך וכו' והיינו דמודה דנמסר מידו לידו אבל בנפל באמת אין נאמן לר"ה והא לא קשיא אם כן יהיה לו מגו בטוען פקדון במגו דטען למחילה דמה בכך דאית ליה מיגו והאמת אתו מ"מ הרי מתחילה היה דעתו למחול לו ולכך לא מהני מגו וכ"כ הב"ש בסימן קמ"א דלא שייך ביה מגו בשלישית וא"כ הרא"ש דפוסק כר"ה דהיה רבו של ר"ח לכך בשני עיירות או אפילו בעיר אחת במקום דלא שייך אי איתא וכו' כמו בעובדה דדינה ווילדירה בסימן ק"ה הנ"ל דלפי דבריה היה מושלש בידה ע"ת ולא היה שייך גביה אי איתא וכו' הרי היא נאמנת ולנפילה לא חיישינן כלל ולכך אילו היה שלישי' בידה היה היא פטורה משבועה משא"כ בהך דלעיל בסימן ס"ח דהיה ראובן ושמעון ולוי בעיר אחת ולוי אמר לי נתן שטר

לקרעו ולהביאו לשמעון בזו שפיר אמרינן אי איתא לשמעון בעצמו יהיב ליה ומה צורך ללוי ולכך כיון דמכחיש השלישית מהימן דלא שייך ביה אתיהב למחילה ולכך יפה פסק הרא"ש דאין לו דין שלישות: וכן מורי' דברי בעה"ת כאשר נחלק על רבוותא דס"ל במכחיש ענין השלישות דאין השליש נאמן הביא ראיה מהך פלוגתא דבעל אומר לפקדון וכו' וכתב דהרי"ף פסק כר"ח דשליש נאמן ולכאורה הוא ללא צורך דבממון אף ר"ה מודה לר"ח דאתייהב למחילה אלא דכוונתו במכחיש השלישית ואומר נפל ממני והוא בעיר אחת לא שייך אתייהב למחילה ולר"ה הבע"ד נאמן ולכך הוצרך להעתיק דקי"ל כר"ח דאין מקום לדברי אי איתא ולא חיישינן ליה ולעולם השליש נאמן וא"כ הרא"ש דפוסק כר"ה פשיטא דיש חילוק וזה נכון וברור לדינא. והנה מ"ש ראיה מן התוספות דכתבו בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר ואמר פקדון הם נאמן השליש אבל באומר שאולים הן אינו נאמן לא ידעתי איך עלה בלבו להשוות דין שאלה לדין נפילה דנפילה לא שכיח ולכך לא מהימן אבל שאלה בדברים העשוים להשאיל היש דבר דשכיח יותר וז"ל הרשב"א בחדושיו לגיטין אפילו לר"ה אין לך טענה שיהיה נאמן אלא פקדון דעביד אינש דמפקיד גבי חבריה אבל לנפילה וכיוצא בזה דלא שכיח לא חיישינן אפילו לר"ה. וא"כ איך מדמה שאלה בדברים העשוים להשאיל לנפילה או טענות כזה דלא שכיח ואדרבא ממקומו מוכרע למה כתב התוס' דחיישינן לשאלה בדברים העשוים להשאיל ולא בדברים שאין עשוים אלא בדברים שאין עשוים אף דטען שאל לא מהימן רק בדברים העשוין דעבידי למישאל ובהכי ניחא דברי התוס' דכתבו בדברים העשוין להשאיל אי טען פקדון הם שליש נאמן פי' מהרש"א אף דאין לו מגו דיש לו עדי ראיה מ"מ מתחילה הימני' דהרי יכול לגונזו לומר להד"ם או חזרתי. וקשה אם כן אף בטוען שאלה גם כן הא הימניה מעיקרא דיכול לכפור בו ולומר להד"מ והחזרתי. אבל הוא הדבר דאנן אמרינן הואיל והפקדתי אצלו ע"כ דחשבתו לנאמן דאל"כ היכי הפקדת בידו ואם כן דחשבתו לנאמן סמכת עליו והרי כאילו אמרת נאמן עלי בכל מה שיאמר אבל בדברים העשוים להשאיל והשאילו כבר כתבו התוס' בבבא בתרא דף מ"ה ד"ה אבל דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר שייך בין אדם שמכיר שהוא נאמן ובין מכיר שאינו נאמן ואין יכול כל שעה להעמיד עדים כשרוצה להשאיל ולהשכיר שלא להשיא עצמו שם רע בשכניו. והרמב"ן שם הוסיף דסומך עליו שמחר יהיה הוא משאיל לו ואם כן אין נפקא מינה לו אם הוא נאמן. ואם כן לא שייך הימני' דאינו מאמין לו רק מה הוה ליה למעבד וגם למחר הוא ישאיל ממנו ולא שייך הימני' וזהו ברור בכוונת התוס' ונכון בסברא. הרי דלולי כן השליש נאמן. ולכן דברי ב"ש בא"ע סימן קמ"א סקט"ו תמוה דהקשה בגט אולי יכחיש

הבעל השליחות ויאמר שאולה היא ע"ש וכי גט הוא מדברים העשוים להשאיל דנימא ביה שאלה. ולא אמרו התוס' רק בדברים העשוים להשאיל:

ה **נאמן.** משמע אפילו בלי שבועה והרב הש"ך הביא דעת רבים דמצריכים שבועה לשליש במכחיש לשליש ואמת בתשובת מהר"ם ובהגהות מיימוני רבים דס"ל צריך שבועה ועיין בהג"מ ואין הכרע שם אי ר"ת דסבירא ליה אין צריך שבועה אף במכחיש ענין שלישות קאמר. איברא מתשובת הרא"ש הנ"ל כלל ק"ה סימן ג' משמע אלו שלישית בידו היה פטור משבועה אף דמכחיש ענין שלישות ואמר ממני נאבד וכן בבעה"ת שער הנ"ל כתב בשם גאונים דאם אומר לפקדון מסרתיו והוא אומר שליש דמהימן בלי שבועה. אלא דלא ידעתי מנין להם זה דמ"ש שם הבעה"ת בשם ר"ה גאון דפטור משבועה דהא הימנה ר"נ להך סבתא ולא הצריכה שבועה י"ל דשם לא הכחישו ענין שלישית ותרווייהו אמרו דהוי שלישה ביניהם אבל במכחיש ואמר דהוא פקדון ומעל בפקדון ומסרו לאחר למה ימלט משבועת היסת: ומהך דבעל אומר לפקדון וכו' אין ראיה דבגט לא שייך היסת ובריית דקתני בממון דשליש נאמן היינו דבזמן הברייתא לא נתקנה עדיין היסת כלל ומזו נראה להליץ בעד הנך רבוותא דהביא בעל תרומות דס"ל אי שליש טוען לכך הושלש והבע"ד טוען לפקדון דאין לו דין שליש כלל דקשיא עליה איך העלימו עין מהך דבעל אומר לפקדון וכו' ותי' הש"ך בדוחק דמיירי באמת פקדון ע"ת שלישית הוא דוחק גדול כנודע וכמש"ל באריכות. וגם קשה להבין דהנך דפסקו כלישנא בתרא דר"נ דבעינן דוקא מגו דקלתי' ולא גרסינן תיובתא דר"נ דמ"מ הקושיא מהך ברייתא איך מיושבת דמבואר דשליש נאמן אפילו באתחזק בב"ד. ויותר קשה עליהם דהא ר"ה ור"ח פליגי בבעל אומר לפקדון איירי באין לשליש מגו המ"ש התוס' והרא"ש ורשב"א להדיא דביש לו מגו לא יפלוג ר"ה כלל וא"כ אמרינן להדיא דבממון מודה ר"ה דאתייהב למחילה ואיך יאמרו הם דבעינן דוקא מגו. והיא קושיא עצומה. לכן נראה דהנך רבוותא דהביא הבע"ת המה סוברים כדעת האומרים שם בתשובת מיימוני דהיכא דמכחיש השלישית שורת הדין צריך שליש שבועה אבל היכי דמודה דעשהו רק נחלקו בענין שלישות א"צ שביעה דלא על זה תקנו היסת וס"ל עד המשתבע לאו מיכשר להיות שליש כמ"ש הבעה"ת וכמ"ש לקמן שלמד זה מהן הן עדיו וכו' ולכך גבי גט דלא שייך שבועת היסת בבעל אומר לפקדון נאמן וכן בברייתא דלא היה אז היסת נאמן שליש בממון לכ"ע דאתייהב למחילה אבל הן אמרו לדידן דאיכא היסת וא"כ באמר לפקדון מסרתיו הרי יכול להשביעו והוי שליש המשתבע ואין נאמן כלל וזהו שאמרו דוקא שליש ר"ל איש שליש דאין נוגע כלל בדבר והוא כאיש אחר אבל באופן הזה שהוא נוגע

אינו מקרי שליש ויפה פסקו ולא קשיא כלל מהך סוגיא דגיטין. וכן י"ל להנך דפסקו כלישנא בתרא דר"נ ג"כ הטעם משום דס"ל דלעולם אפילו בעשהו שליש מ"מ יש עליו היסת בטוענו ברי שמעל ושינה שלישתו וא"כ תו ליכא שליש ולכך בעינן מגו דבמגו מה בכך דיש עליו שבועה מ"מ נאמן במגו. וא"כ לא קשה מברייתא וכן מהך שמעתא דבעל אומר לפקדון דבגט לא שייך שבועת היסת ומכ"ש בזמן ברייתא. ושפיר נאמן אפילו בלי מגו דהא הימני' ושבועה ליכא. ונראה דהנך שני אוקומתת תליא באידך תרין אוקימתא דר"נ אי היסת דוקא בטוען פרעתי ולא בטוען להד"ם או אף בלהד"ם בדליכא דררא דממון דהך אוקומתא דס"ל דליכא היסת בדליכא דררא דממונא הוא אוקומתא קמייתא דר"נ דהימניה ר"נ בדליכא מגו מבלי שבועה כלל. וכמ"ש ראיה דהימנ' ר"נ משמע בלי שבועה. אבל אידך אוקומ' דס"ל דאף בדלא דררא דממון מחייב ר"נ שבועה א"כ לא הימנה רק ביש מגו כהנ"ל וא"ש ודוק. ולכן באמת במכחיש שלישית צ"ע אי לא חייב שבועה ומידי ספיקא דדינא לא נפקי ועיין בקונטרס התפיסות בדיני קים ליה בספק דין שבועה. ואמת כי יש קצת ראיה במה שאמרו השליש נאמן יותר משניהם משמע אפילו ע"א מכחישו ומשמע דאפילו להכחיש העד לא צריך שבועה ומכ"ש דא"צ היסת דאם ש"ד ליכא אף חז"ל לא תיקנו היסת וזה אפשר ראיית האומרים דא"צ היסת כלל ומ"מ לדינא צ"ע כי יש לדחות:

[1] **נאמן**. בתשובת הרא"ש כלל ק"ה סימן ד' מבואר בלאה שהשלישה ביד שמעון שטר באלף זהובים שהיא חייבת לבנה ראובן אבל לא ימסור השטר בחייה ובמות לאה וראובן באו יורשיו שהשליש יחזיר השטר כפי שלישות והוציא השטר בב"ד ונמצא מאחורי השטר מחק והשליש אומר כי היה כתוב שם תנאי השלישות ובמקרה נמחק ויורשי לאה טוענים אולי היה כתוב שם פרעון או תנאי אחר ומחקו והשיב הרא"ש לתנאי אחר שאינו מפורש בשטר לא חיישינן וגם לפרעון לא חיישינן כ"ז שהשטר ביד שליש וגם לא הגיע זמן של שטר לפרוע ולא עביד אינש וכו' עכ"ל למדו הד"מ והסמ"ע דשליש נאמן על מחק שאחורי שטר דהוא מתנאי שלישות ולא אמרינן דהיה בו תנאי או פרעון. אבל הש"ך וכן הט"ז השיגו דהא אין לשליש נאמנות יותר מבע"ד עצמו ואילו היה השטר ביד בע"ד והיה בו מחק היה השטר נפסל לדעת הרא"ש לעיל סי' מ"ה סעיף כ"ג ע"ש וא"כ למה יפה כח השליש מכח בע"ד גופי'. ולכן תי' הש"ך דמיירי במקום שלא נהגו לכתוב פרעון או איזה תנאי מאחורי שטר ולכך לא חשש הרא"ש לפרעון ולא מטעם נאמנותו של שליש וזהו דוחק דא"כ עיקר חסר בדברי הרא"ש ומה טעם יש במה שכתב ולפרעון לא חיישינן כ"ז ששטר ביד שליש הא לדברי הש"ך לעולם לא חיישינן וה"ה מהר"ץ בהגהתו

לט"ז כתב דבהא ודאי שליש נאמן הואיל ונעשה מדעת שניהם. דבריו בלתי מובנים דהא ע"ז אנו דנין דיהיה שליש באיזה אופן שיהיה מ"מ לית ליה נאמנות יותר מאלו כבר החזיר השלישית ליד בע"ד וזה עיקר נאמנותו וכמ"ש הש"ך ועוד שם בתשובה לא השלישו שניהם ומי יימר שהיה בשלישית וטוענין ליורשים אולי נאבד מלאה והשליש מצאו (ומזו ראיה ג"כ דס"ל להרא"ש דלא חיישינן לנפילה ומיהו יש לדחות דלא טענינן ליתומים מילתא דל"ש) ולכן נראה ברור דס"ל להרא"ש בתשובה כדעת רשב"א הובא לעיל בסי' מ"ד סי"א ע"ש בש"ך ובמ"ש שם דדעת רשב"א דאם נתקיימו מחקים ותליות בין עד לעד אף דאין על הקיום כי אם ע"א מ"מ כשר. וכתב בתשובה המיוחסת לרמב"ן סימן צ"ד דגם עד אחד לא חשש לזייף. ונאמן לשבועה ולפעמים למילתא דממון ולכך נאמן לקיים המחק ולא חיישינן דמשקר עיין שם באריכות ועמש"ל. ואם כן דעד אחד נאמן בקיום המחקים א"כ השליש נאמן כע"א דאע"פ שהשלישות אינו תחת ידו נאמן כשאר עדים ומכל שכן כשהשליש בידו נאמן כע"א לקיים מחקים והרי השליש מקיימו דאין כאן פרעון ולכך יפה פסק הרא"ש דשליש מהימן באמרו דלא נעשה הפרעון כ"ז ששטר תחת ידו והמחק הוא מענין אחר דנאמן כע"א לקיים מחקים וא"ש ולק"מ וברור:

ולפי זה לפי דפסק המחבר לעיל בסימן מ"ד כהרא"ה דאין ע"א נאמן לקיים מחקים יפה השמיט המחבר הך דינו של הרא"ש דאין קיומו של שליש מועיל דלא הוי רק כע"א:

ז **והוא שלא יהיה ביניהם וכו'** הש"ך בסעיף קטן ה' בסופו פקפק ע"ז דמדמה זה להן הן עדיו דהואיל דיש הכחשה ה"ל מחויב שבועה דשם מעיד על אותו ממון דיש בו הכחשה אבל כאן להעיד על הנשאר בידו במה שאין בו הכחשה ד"מ הוא טוען השלשתי מאה והשליש אמר חמשים למה לא יהיה השליש נאמן על החמשים דלית בהו הכחשה וכן עמד בזה בס' בני שמואל ובס' תפארת שמואל וא"ל דבממ"נ אם שניהם מודים בהכחשה התובע והנתבע אם כן לא שייך הימנ' דהא אף לדברי התובע השליש' מיד השליש והשליש אומר כדבריו מכל מקום מודה התובע דשליש פסול ומעכב ממון שלא כדין וא"כ איך שייך הימני' לאדם כשר הימני' אבל לא לאדם שהוא גזלן ומעכב של חבירו בידו שלא כדת ופשיטא דאם השלישי ביד אדם מוחזק בכשרות ואח"כ נתוודע לגזלן דאיתרע הימנ' ולא שייך הימנ' ואם התובע השלישית אין יודע אם הנכון כדברי השני או כדברי השליש פשיטא דשייך נגיעה דאם יחזיר השלישית ליד השני יטיל עליו שבועה אבל אם השלישית שייך למי שאומר והוא א"י בבירור ששקר דיבר לא יכריח אותו לשבועה וגם אפשר השני נח לי וכו' ולכן יש בו קצת נגיעה. אבל מ"מ בגוף הדבר אני נבוך ישתבע שכדבריו כן הוא ואח"כ יהיה נאמן בשלישתו ואי דהוה עד משתבע כמ"ש

בעה"ת מהן הן עדיו בקדושין לא הבנתי דשם יהיה בתורת עד כשר וכך קבלו חז"ל כמ"ש התוס' והר"ן אם לא יגיד וכו' דוקא היכי דאין צריך שבועה הוא דכשר להעיד אבל לא בצריך שבועה דאינו בגדר עד כשר ולכך פסול להעיד ע"ש וזהו בעלמא במקום דצריכין עדות אבל כאן בשליש וכי נאמנות דיליה מתורת הכשר עדות הלא אפילו קרוב אשה רועי בקר יכולים להיות שליש ונאמנים דהואיל דהמניה ה"ל כאומר נאמן עלי אבא וכמ"ש ואין הטעם מתורת עדות כלל ואם כן כשישבע ואין כאן חשש נגיעה מה בכך דגזירת הכתוב דאין עליו תורת עדות מ"מ לא גרע מאשה וקרוב ופסול דאין נאמנותו של שליש מתורת עדות: ולכן בהגהות מיימוני לספר משפטים אשר הביא שם רבים מרבוותא אי צריך שליש שבועה או לא וכן בתשובת מהר"ם דפוס פראג וכן במרדכי פ' האומר וכהנה רבים רבוותא כמ"ש הש"ך בס"ק ה' כולם דנו אי צריך שבועה והמצריכה שבועה לא אמרו דעי"כ נפסל משלישתו וכן דייקי מהא דהימנה ר"נ להך סבתא ולא מצינו דהצריכה ר"נ שבועה ולא הקשו ביותר דאם באמת צריכה שבועה א"כ איך הימנה ר"נ כלל וכלל בדבורה הא הויא עד משתבע אלא דזה ליתא דמ"ש משארי פסולי עדות וכמ"ש ולכן נראה דתליא בהנך ב' תירוצים מה שהקשו במה דאמרי והשתא דתקנו רבנן היסת וכו' והקשו ישתבעו ותו לא ה"ל נוגעים בעדותן ותי' תוס' ור"ן וכמש"ל דכך קבלו עד המשתבע תו לא מכשר לעד כלל אבל רשב"א בחדושיו לקדושין תי' דה"ל בעל דבר ואין בעל דבר בגדר עדות ע"ש. ולפ"ז נ"מ בהנך ב' תי' דלהך תי' רשב"א מיושב קושיא הנ ל דאין זה דומה לפסולי עדות דמהימן השליש דבזה הוי כבעל דבר ובעל דבר אינו בגדר השליש דיהא נאמן וזה דייק לישנא דבעל התרומות דבעל דבר הדר בנייהו ותו לא מיקרי שליש כדאמרינן בקדשין הן הן עדי' כו'. אבל לתי' השני דטעם דעד משתבע לא מכשר לעדות אם כן מה בכך לא גרע מאשה וקרוב וכמש"ל ולכן רוב פוסקים הנ"ל בתר תי' התוס' ור"ן גרירי ולכך אף דס"ל דשליש ישבע מ"מ לא הפסיד נאמנתו כשליש דעלמא ואם כן הדין הלזה צ"ע ונראה לדינא כמ"ש הב"ח במכחיש השלישית הוא דאמרינן כן דבלא"ה הרבה מחברים דבמכחיש השלישית אין לו דין שליש וא"כ כשיצטרפו הנך רבוותא דס"ל ביש עליו עסק שבועה ה"ל בעל דבר ולא מצי להעיד הרי כאן רוב דמינכר בפוסקים אבל באין מכחיש השלישית ודאי דאידך הוי רובא דס"ל דבשביל שבועה לא הפסיד נאמנות דיליה ובפרט שהש"ך וסייעתו ס"ל דעל מה דאינו נשבע לא שייך עד המשתבע וא"כ ברור דמשתבע ונאמן ובפרט דמסתבר כן דאל"כ כל אחד יערים להפסיד נאמנותו של השליש יטעון השלשתי בידך יותר מכפי שאתה אומר וע"כ ישבע ויפסיד נאמנותו ולשוא תקנו כל דיני שליש ולכן ברור כמש"ל:

ח **והוציא מתחת ידו בב"ד כו'** שהוציא מתחת ידו סתם ושתק ואח"כ נתקיים ואמר אח"כ פרוע הוא סמ"ע בשם הטור והקשה הש"ך דאמת הבע"ת כתב כך היינו לאידך לישנא דר"נ דלא הימניה משום דאתחזק בב"ד פי' הבעה"ת אי מיירי תיכף כשהוציאה השטר בב"ד אמרה דפרוע הוא מ"ט לא מהימנ' אין לך מגו מעילה יותר מזה אלא איירי מתחילה כשהוציאה בב"ד שתקה ואח"כ שנתקיים בב"ד אמרה פרוע הוא ולכך לא הימנה ר"נ להך לישנא: אבל לפי דקי"ל כלישנא קמא אין אנו צריכין לזה ואמרינן הדבר כפשוטה אבל כפי עובדא הנ"ל אף הם מודים דאינה נאמנת הואיל ושתקה עד שנעשה הקיום ואם הוא פרוע מה טיבו של קיום. ולדבריו צ"ל דלא פליגי הנך תרי לישנא בדינא כלל רק במציאות המעשה דהאי איתתא כיצד היה המעשה אם שתקה עד אחרי הקיום או לא ומלבד דאין זה סובל לישנא דכל פוסקים ובעה"ת אי הלכה כלישנא קמא או כלישנא בתרא דלפי דבריו של הש"ך לא נ"מ לדינא כלל אף גם דלא הבנתי הגמ' דפריך מהך דשליש דנאמן בממ"נ אי איירי דלא היה כך דשתקה ואח"כ נתקיים א"כ מה תיובתא הא הך ברייתא לא איירי בכה"ג ופשיטא דנאמן ואי איירי בכה"ג דדומיא דחיתום שטרות קתני כמ"ש התוס' אם כן האי תיובתא הוי נמי ללישנא קמא דהא לדינא מודי' בהך דינא ללישנא בתרא כמ"ש הש"ך ולמה אתותב לישנא בתרא כמ"ש הבעה"ת אף לישנא קמא איתותב כיון דמודים לדינא אלא ברור דגם בהך דינא ס"ל דנאמן כפשטא דברייתא. ודוחק לומר בכוונת הש"ך דס"ל דלכך פוסקים כלישנא בתרא דס"ל דל"ג תיובתא רק קשיא ובגוף הקושיא ס"ל באמת להך תי' דברייתא לא מיירי באופן הזה דהיה שותקת ואח"כ אמרה לאחר הקיום ולכך פוסקים כלישנא בתרא ולכך למאן דגריס תיובתא ופוסקים כלישנא קמא ס"ל דגם לישנא בתרא לא איירי בכה"ג דאל"כ מה תיובתא אבל לדינא כ"ע שוים בזה דאין זה פי' סובל דברי בעה"ת כלל דבעה"ת החליט דא"א לומר ללישנא בתרא פי' אחר כי אם זה דשתקה מתחלה ואח"כ נתקיים דאל"כ פשיטא דיש לה מגו ע"ש. ולכן דברי הש"ך תמוהים ובתמיהת הש"ך איך הניחה לקיים י"ל דהח לא צותה לקיים רק הב"ד ממילא הניחו לשטר לקיים כדאמרינן קיים שטרך וחות לדינא. אלא שאני נבוך כי י"ל הבעה"ת ס"ל לפי' רש"י שם בסנהדרין דאתחזק בב"ד אי בעי קלת' לא אמרי' ופי' רש"י דכתוב בו הנפק ולישב קושית התוס' דמה מהני הנפק וכי בשביל כך א"י לשורפו ולכך פי' דהראהו בב"ד ונתקיים ושתקה עד אחר קיום כוונתו דכתוב בו הנפק וכן פי' רשב"ם בב"ב דף קנ"ט דאתחזק בב"ד היינו הנפק אבל התוס' השיגו על רש"י ופי' אתחזק שראו בב"ד שטרא ושתקה ותו לא היה אפשר בידה לשרוף השטר ואם כן אין לדין זה שרש דאם הניחה לב"ד לעשות מעשה לקיים שטר

ושתקה דתהיה נאמנת דהא תו' לא פירשו כלל מקוים. ואלו התוס' ס"ל לדינא כמ"ש בעה"ת היו יכולים ליישב כך פי' רש"י מבלי קושיא ולדברי תוס' קוים מאן דכר שמיה ופי' כפשוטא דראו ב"ד. שוב ראיתי בפרישה שדחק עצמו בפי' הטור לכוונו כאחד עם פי' התוס' וכתב מ"ש הטור עד שיתקיים אין הכוונה הנפק רק שנתחזק בקיום מוחלט ששטר בידו ע"ש דחזר מפי' זה בלשון הטור אבל מ"מ מודה דאין זה לכוון בלשון התו'. ולכן דין זה צל"ע כמ"ש הש"ך אך לא מטעמיה:

ט **וכן אם מת השליש וכו'** יפה כתב הש"ך דרמב"ם הוציא דין זה דס"ל כפי' התו' בסימפון היוצא מתחת יד שליש דגם שטר ביד שליש וע"ז הקשו ל"ל סמפון כלל הא על שטרא לחוד נאמן דפרוע הוא דאי בעי קלת' ולכך מוקי ליה הרמב"ם דמת השליש וזולת הסימפון לא היה השטר בחזקת פרוע ולכך בעינן סמפון ונכון הוא אלא דכתב דגם התוס' ס"ל כך וזה א"א קצת לומר כן דא"כ מה הקשו התו' מה תיובתא דילמא לא אייריי באתחזק בב"ד והוצרך דדומיא דחיתום שטרות קתני. ולפי' הרמב"ם אין לך אתחזק יותר מזה דכל הענין בני אתחזק דיש לו עכשיו מגו דשורפו וכאן הא השליש מת והיורשים אינם יודעים מה טיבו ובתומם ויושר לבבם שואלים לב"ד כדת מה לעשות והב"ד מורים להם ואי בעינן מגו הא אין כאן מגו כלל ויפה פריך הגמרא דמוכח דלא בעינן אתחזק כלל. ומזו היה נראה ראיה לרמב"ם דאייריי בשליש שמת ליישב קושית התוס' דילמא מיירי בלי אתחזק אך בשליש שמת עכשיו אין לו מגו רק בחייו ה"ל מגו מתחלה דהימניה והיינו כלישנא קמא דר"נ וא"ש. ואולי גם התוס' ס"ל דינו של הרמב"ם רק דלישנא דברייתא שליש משמע דחי ומ"מ קושיא הנ"ל מיושב דסימפון ל"ל די"ל דמסרו אולי פתחום ימות השליש וידעו היורשים טיבו ומ"ה אין כ"כ קושיא וראיה די"ל דמסרו למזכרת כמ"ש המרדכי ולכך הוצרך התוס' דדייק באתחזק דומיא דאחרי חיתום שטרות:

י **הכחישו העדים וכו'** בב"י ובכה"ג כתבו דהרשב"א חולק והדרישה כתב דמודה רשב"א ביש עדים לפנינו דאין לשליש נאמנות נגד עדים רק בליתניהו לעדים אמנם ידוע דמסרו בעדים בזו לשליש נאמנות ולא אמרינן דלא הימנוהו דסמך אעדים דמ"מ הימנוהו אולי ימותו עדים או ילכו למד"ה וכ"כ התוס' להדיא בגיטין ע"ש ויפה כתב וכן כתב הרשב"א להדיא בחידושיו לגיטין דהקשה דהא ע"כ מסר לו בעדות וא"כ מה הימני' ניחזי סהדי מה קאמרי ותי' כיון שהיה יכול השליש למסרו לה ותלך ותנשא בו הוא מאמינו אפילו במקום עדים ופסל כל העדים לגבי' כ"ז שאמר הוא לגירושין קודם שבאו עדים וכו' עכ"ל הרי דדייק קודם שבאו עדים אבל אם נשאת אח"כ פשיעא דלית

ליה נאמנות דלא הימניה בכך רק הימניה אם תנשא קודם שיבואו עדים שלא תתקלקל באיסור א"א ח"ו ולכן בממון דישנו בחזרה לעולם לא הימניה במקום עדים כשישנו לעדים כאן ומכחישים לשליש ואדרבא מוכח דדעת הרמב"ן שהיא הדיעה הנזכר בש"ע ס"ל כרשב"א דכתב דנאמן השליש לומר לאח"כ נמסר בתנאי כך דבזו אין בו הכחשה לעדים וקשה מה בכך סוף כל סוף לא שייך הימניה דהא מסר לו השלישית בעדים ועכצ"ל כמ"ש התוס' ורשב"א דמ"מ הימניה אולי ימותו וא"כ כשאומר דבר שאין מנגד לעדים נאמן. מיהו התוס' בגיטין אחר שהעלו דהימניה היינו בתחילה כתבו ולפיכך שליש נאמן אפילו בדברים העשוים להשאיל וכו' לכאורה קשה מה לפיכך הא זה בממון כבר מבואר בסנהדרין דאפילו ליכא מיגו מכל מקום שליש נאמן וכן כתבו התוספו' להדיא ואם כן מה לפיכך אבל דיש לומר דכיון דאי טען שאל המשאיל נאמן אם כן יהיה נאמן דפקדון במגו דשאל דמגו הוי כעדים וס"ד דאין שליש נאמן במקום עדים אבל השתא בגט דאיכא עדים ויכול לומר על עדים קסמיכנא ומכל מקום נאמן מכל שכן דמיגו לא מהימנא ולזה נתכוין הב"י א"ע סימן קמ"א דכתב דמתו' משמע אפילו דיש עדים כאן ע"ש:

אך הא גופא קשיא לי מנ"ל הך דינא דהוא רחוק בסברא דנימא דלכך מהימן ליה אולי ימותו עדים או ילכו למד"ה מילתא דלא שכיחי והדוחק הזה הוא דאנו מוכרחים לומר כך דקשה איך בעל אומר לפקדון וכו' הא בעינן ע"מ ואי דאיכא ע"מ לחזי מה קאמרי עדים ולכך צ"ל דמ"מ מהימן אולי ימותו עדים או ילכו למד"ה ועיין בחידושי רשב"א ותמצא להדיא דמהך יליף ליה. וא"כ קשה לשיטת הרי"ף הרמב"ם וכמ"ש מחבר בא"ע סי' קל"ג דא"צ ע"מ כלל ומסרו בינו לבינה ג"כ כשר וה"ה לשליח לקבלה דידו כידה א"כ אין כאן ראיה כלל דכל שמעתא דבעל אומר לפקדון וכו' אייריי בלי עדים כלל לכך ס"ל לר"ח דהימניה אבל בהיו עדים במעמד המסירה ליד שליש יש לומר על עדים קסמיך ואין כאן נאמנות כלל. ולהרמב"ן כפי מה שהוכחנו דסבירא להו דאפילו בעדים כל שלא מכחיש להו אמרינן הימניה לא קשיא מנ"ל דהא הוא טרח ליישב דברי הרי"ף דס"ל אף עדי מסירה כרתי וע"ח כשר לכ"ע כמ"ש הב"י בא"ע סי' קנ"ג ע"ש די"ל דס"ל כדעת הרא"ש דשליח הולכה בעינן שיהיה נעשה בעדים כמ"ש בירושלמי וס"ל כפי' הרי"ף בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין היינו שליח להולכה וא"כ עדיין צ"ל דהיו עדים בעת מסירת הגט לידו ועדיין הוכחת התוס' במקומו אבל לפ"ד הרמב"ם וסייעתו כמ"ש מחבר בסימן קמ"א בא"ע סעיף י"א ע"ש א"כ אין כאן ראיה כלל להך דינא דהימניה במקום עדים ובזה יש ליישב מ"ש במהרש"א שם בגיטין בתוס' דפי' שליש

אומר לגירושין לקבלה ולא פי' כהרי"ף להולכה ע"ש דס"ל לתו' כרמב"ם דשליח הולכה א"צ עדים וא"כ אי ס"ד דפליגי בש"ה א"כ מה פריך הגמרא האשה שאמרה התקבל גיטי דצריך ב' כתי עדים עדי קבלה ל"ל ע"ש במהרש"א בפי' דברי התו' דהקושיא לר"ח ע"ש וקשה מה קושיא דילמא עד כאן קאמר ר"ח דהימנ' בדליכא עדים דש"ה א"צ עדים אבל שם דצריך עדים עכ"פ דאפי' לר"מ דס"ל ע"ח כרתי מ"מ כתבו התו' בשם ר"ת דבעי ב' עדים דאין לך דבר שבערוה פחות משנים ומודה ר"ח דלא הימני' די"ל אני על עדים סמכתי ולא חשתי דילכו להן למד"ה וכדומה ואין מקום לקישי' הגמ' ועכצ"ל דגמרא ידע דפליגי בשליש אומר לגירושין ש"ק וא"כ ע"כ היו עדים במסירתו ומ"מ ס"ל לר"ח דהימני' ושפיר פריך. ואין להקשות א"כ להיפוך ע"כ פליג ר"ה אלא בשליח קבלה דמסרו לו בעדים ולכך סבירא ליה לר"ה כיון דלא הימניה כ"כ דאיכא עדים וגם איכא סברת אי איתא וכו' הבעל נאמן אבל בשליח הולכה דליכא עדים כלל בהך סברת אי איתא וכו' לחוד מודה ר"ה דלא מהימן הבעל דהא הימניה ואם כן אין מקום לקושית התוס' דהקשו מה מהני דמצרכי במקום אחד מערסא לערסא בפ"נ יטעון לפקדון מסרתי לר"ה דבשליח הולכה יש לומר מודה דשליש נאמן. דזה אינו דא"כ הא דמשני שאני ממון דאתייהב למחילה ה"ל לשנות שאני ממון דאין עדים במסירה וגם למאן דלא ס"ל כר"ת (כדמשמע כ"פ בתוספות דנסתפקו בסברת ר"ת' דלר' מאיר בעינן ע"מ ג"כ א"כ מה משני גיטין היינו גיטי ממון לישני ר"מ היא דלא מצריך ע"מ וא"כ אף ר"ה מודה אלא ודאי דר"ה בכל גווני ס"ל אי איתא לכן צ"ל בתוס' דהוכיח דמהימני' אפי' ביש עדים כתבו דל"ל מטעם מגו דהא בסנהדרין אמרינן שליש נאמן אפי' ליכא מגו וקשה מה ראיה התם ליכא עדים שייך שפיר הימניה אבל כאן דיש עדים לא שייך הימניה די"ל על עדים קא סמכינא לא חיישינן שמא ימותו וכו' ולכך כל נאמנות דשליש מכח מגו דנאמן וכו' צ"ל דכוונת התו' א"כ דבמגו פליגי ר"ה ור"ח מה פריך לר"ה מברייתא שליש נאמן הא בממון קי"ל אפילו דליכא מגו ובזו ר"ה מידה אבל כאן בגנו דלא שייך הימניה די"ל על עדים קסמכינא ואין כאן רק מתורת מגו ובזה פליג ר"ה ולא חשבהו למגו אבל בממון דליכא עדים וא"כ הימניה אף ר"ה מודה וא"ל דכוונת הגמרא על קושי' שניה וכן לגיטין הא י"ל ר"מ היא וא"צ ע"מ וא"כ שייך ביה הימנה ור"ה דחולק למסקנא דקי"ל כר"א ע"מ בעינן ועכצ"ל דגם בגט מחלוקת לא מטעם מגו רק משום הימנה מתחילה דלמא מייתי עדים ושפיר הקשה משליש ודוק. ואולי י"ל דקושית מהרש"א דא"כ דלא החליטו התו' דעת ר"ת דאף לר"מ בעינן ע"מ א"כ עדיין ה"ל לתי' לפרש שליש אומר לגירושין שליח להולכה וארווח לן דא"צ לומר שם בגמרא דפריך קבל ל"ל ומשני הא מני ר"א היא דאיירי משנה

דאין על הגט חתומים עדים כלל דזהו דוחק רק י"ל בפשוט דהמקשה הקשה קיבל ל"ל ול"ל שאני שליח לקבלה דצריך עדים וי"ל על עדים קסמיכנא דמקשן ס"ל סתם משנה ר"מ היא וא"צ ע"מ והיינו שליח להולכה ולקבלה ששניהם שוין ומשני הגמ' ר"א היא וכו' וא"כ יש הבדל דבקבלה י"ל על עדים סמיכנא ויש לדחות זה בכמה אנפי כאשר הארכתי בחדושי ע"ש. ובאמת קשה לומר דאם בו ביום שמסר הגט לשליח בא ותבעו לומר לפקדון נתתי החזיר לי פקדוני אם שייך הימניה די"ל על עדים סמכתי דדעתי היה מתחילה ועד סוף מבלי להשהות הפקדון אצלו עד מחר ובו ביום לא עלה ברוחי דפתאום בו ביום ימותו עדים ומכ"ש דלא ילכו למד"ה דביום זה אנה ירחיקו נדוד וכ"ת באמת אם בו ביום יערער נאמן א"כ מה פריך הגמרא קיבל ל"ל דלמא יבא תיכף לערער ובו ביום נאמן ויש לדחות והארכתי בחדושי ואמת דגם בשיטת התוס' יש לדקדק מנ"ל דהימניה במקום עדים ואי דע"כ בשליח קבלה צריך ע"מ כמ"ש הרשב"א ז"א דהא השליש מצטרף להנך ב' עדים וא"כ מיירי דמסרו לו בע"א והשליש דהוא מצטרף לשני עדים כמ"ש הפוסקים ומחבר בא"ע סי' קמ"א ס"ט ע"ש וא"כ הימנ' דכשימסור הגט לאשה מה יוכל הבעל לערער הא זולת שליש אין לו רק ע"א ומה הן דברי של ע"א במקום שהגט ביד אשה הלא כלא הם חשובים ושפיר שייך הימניה דל"ל על עדים קסמיך אבל ביש שני עדים במסירת הדבר ליד שליש אפשר דלא הימניה ואולי ס"ל לתו' כהנך רבוותא דס"ל דאין שליח קבלה מצטרף כנראה שם בש"ע דכתב ויש מי שנראה מדבריו שחולק ע"ז ע"ש וא"כ לפי דקי"ל עיקר כדעת הראשון דמצטרף אין מקום לראיה זו. אך י"ל דס"ל במשנה דקתני צריכה ב' כתי עדים אחד שאמרו בפנינו אמרה וא' בפנינו קיבל ואפילו אחד מהראשונים ואחד מהאחרונים ואחד מצטרף עמהם וקשה מה אפילו רישא נמי אייריי בכך דב' כיתי עדים דקתני היינו א' בכת ראשון ואחד בכת אחרון דשליח הגט מצטרף לכת ראשון ומצטרף לכת אחרון ומה אפילו דקתני ועכצ"ל דמיירי בשליח קרוב או פסול דלא מצי לאצטרופי לעדות כמ"ש הרמ"ה וגם בטור וקשה א"כ מה פריך הגמרא קיבל ל"ל להימניה לשליח דלמא עד כאן קאמר ר"ח במקום דליכא עדים כהנ"ל דשליח מצטרף לעד אבל המשנה אייריי דאיכא עדים דהא השליח לא מצטרף דלאו בר עדות ועכצ"ל דס"ל לגמרא לעולם ס"ל לר"ח דהימניה אפילו במקום עדים ושפיר הוכיחו התו' דינם אבל לשיטה הנ"ל קשי':

ובזו יש ליישב מה דהקשו להרי"ף דפוסק כר"ח לאיזה צורך העתיק הך דמודה ר"ה דאי אמרה קמאי דידיה וכו' הא בכל גווני נאמן השליש ודוחק לומר דהואיל ומודה ר"ה במקום דיש להאשה או לשליש מגו ש"מ מילתא דר"ח אפילו במקום דליכא מגו וזהו

דקמ"ל הרי"ף ולכך העתיקו דזה דוחק אבל לפמ"ש דבמסרו בעדים לא שייך הימניה די"ל דאעדים קסמכי' ומודה ר"ח לר"ה דבעל אומר לפקדון נאמן וע"ז קאמר בכה"ג דהיא אמרה קמיה דידיה וכו' דמודה ר"ה דהא אית לה מגו וא"כ אף במוסר בעדים השליש והאשה נאמני' במגו ונ"מ בזה לדינא. לכן דין זה צל"ע כי להנך פוסקים אין להם ראיה ושרש מגמ'. וכן במרדכי פרק החובל בעובדא דשליש ששרף השטר משמע שם דדעת רבינו ברוך ממגענצא בעדים לא מהימן שליש אפילו יש לו מגו דהחזרתי ולכן צל"ע. וכתב בתשובת פרח מ"א ח"א סי' פ"ב אם שני עדים מכחישים לשליש ושני עדים מסייעין לשליש אמרינן אוקי תרי לבהדי תרי והשליש נאמן ע"ש ולבבי לא כן ידמה דאמת נאמנות של שליש הוא כבי תרי א"כ לו דיש כאן ארבעה עדות אומרים כך ושנים אומרים להיפוך הא ה"ל עדות מוכחשת דתרי כמאה א"כ אף אתה אמור השליש כתרי עדים והרי כאן ארבעה עדים כיון ששנים מכחישים ה"ל עדות מוכחשת דתרי כמאה ולכן דינו צל"ע כי נראה ברור דהוי כעדות מוכחשת:

יא **ואם יוציא כו'** דין זה צריך בירור אם ראובן השליש מנה ביד שמעון ליתן ללוי ומסרו ללוי כפי שלישית שבידו אם עכשיו ראובן מערער על לוי אם שמעון נאמן כבי תרי לטובת לוי או נימא הואיל וכבר הוציא השלישית מתחת ידו שוב אין לו נאמנות כלל רק כאינש דעלמא וצריך ביקור וחיפוש במחברים הנה הרשב"א בחדושיו לגיטין דף ס"ד כתב בשם הראב"ד דשליש דעלמא אעפ"י שאין שלישות יוצא מתחת ידו הוא נאמן לזכות מי שנתן בידו דאי בעי מהדר ליה בידיה והוא כתב טעמא אחרינא דכיון שמסרו לידו ובשעת מסירתו היה נאמן א"כ אעפ"י שלא מסרו בעדים תפיסתו מוכחת עליו דאיהו יהיב לי' לשם גירושין ויפה כתב דאנן סהדי דכיון דהגיע לידו מיד שליש אנן סהדי דשליש מסרו לידו כדין. והוי כאלו אמר ענין שלישתו בעדים ולכך כתב ושליש דעלמא דאמרינן אין שלישתו יוצא מתחת ידו אינו נאמן היינו באומר לחובת זה שנתנו לו דהיינו דמסר השלישית ליד לוי ואמר דהיה מסירה ע"ת והוא לוי מכחישו אין השליש נאמן כיון דלוי מוחזק והוי רק כשאר עד דעלמא) או שידוע שלקחו שלא מדעת וכו' עכ"ל ע"ש. הרי מבואר אם מסרו ללוי והעיד לטובת לוי הוי כאילו שלישית בידו וכ"כ מהר"ם במרדכי פ' המקבל ובישובת מיימוני ס' משפטים סי' מ"ד דשליש נאמן אפילו במקום שאין שלישתו בידו עכשיו ואמרינן דכדין עבד דחזקה שליח עושה שליחתו וכו' ואמרינן דלא שינה בשליחות להיות חוטא ולא לו כיון דלא אתרע חזקה במידי ואין להקשות מדאמרינן בתוספתא באין שלישתו בידו לא מהימן דהתם לא איירי במאי דעבד כי הוה שלישות בידיה דאז הוה נאמן אלא כגון שאחר זמן נחלקו הבע"ד בתנאי שלהן

שהיו שואלין ביניהם לשליש האיך היה התנאי מעיקרא לא מהימן בהכי טפי משניהם מכיון שאין שלישתו בידו דלא רמיא נפשיה למדכר אבל שליש נאמן למפרע לומר מה שעשיתי בעוד שלישתו בידו כדין עשיתי דהאי שעתא רמיא נפשיה ומידכר עכ"ל וכן בהגה"ת מרדכי פרק המקבל הקשה הא אמרינן פז"ב אין עליו עדים ויוצא מתחת ידי שליש אלמא בעינן שהוא תחת ידי שליש וי"ל ה"ה אפילו אין יוצא מתחת ידי שליש אלא דבסיפא אשמועינן חידוש או שהיה יוצא אחר חיתום שטרות וכו' עכ"ל וכ"כ האגודה בפרק המקבל להדיא דאפילו אין שלישי' תחת ידו נאמן וברור דכוונתם כמ"ש רשב"א להעיד לטובת לוי שנמסר השלישית בידו אבל לחובת לוי פשיטא כיון דכבר נמסר השלישית לידו ומכחיש לשליש דאמר לחובתו פשיטא דאין לשליש נאמנות כיון דכבר מסר לידו בסתם רק הם מוקי לי' אפילו לטובת לוי בתנאי כנ"ל דלא עביד למדכר אבל זולת זה אמרינן חזקה וכו' וכ"כ הרמב"ם בפי"ב מהלכ' גירושין הלכה י"א אם גט יוצא מתחת ידי אשה והיא אומרת שליח זה נתנה לי והשליח אומר כן נתתי לה ולגירושין נתנו לי והבעל אומר לפקדון השליח נאמן והיא מגורשת עכ"ל והביאו הש"ע א"ע בסי' קמ"א סנ"ו בסתם הרי אף דגט ביד אשה ואינו ביד השליש ומ"מ נאמן לגירושין כר"ח דפסק הרמב"ם כוותיה וא"כ לדיד בממון דאף ר"ה מודה וכן מוכח מדברי הרי"ף דס"ל בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין שליח הולכה וע"כ דהגט ביד אשה דאל"כ יכול לבטלו ופשוט ואיך ס"ל לר"ח שליש נאמן ודוחק לומר דמיירי דמסר לה בעדים ואמר שהוא שליח הבעל והעדים לפנינו דכך אמר השליש וא"כ דינו כשליש שאמר שלישית קודם שמסר בעדים כמבואר בס"ו בהגה"ה דהא סתמא נאמר בגמרא שליש אומר לגירושין ולא נאמר דקאמר זאת קודם מסירה בפני עדים ולהרי"ף א"צ ע"מ כלל וזהו כוונת מהרש"א דפי' דלכך פירשו התו' שליש אומר לגירושין. לקבלה ולא אמרו להולכה משום דאין שלישי' בידו תו אינו נאמן ולכאורה דבריו תמוהים דהא התוס' כתבו הנך דמצרכי מערסא לערסא בפ"נ ולא חששו דיאמר הבעל לפקדון דס"ל כר"ח דשליח נאמן וקשה הא הגט ביד אשה ואינו נאמן ולפמ"ש ניחא דבגמרא לא רצו התו' לפרש כן דסתמא קתני ולא חלקו אם יש עדים שאמר כן השליח קודם שמסרה לאשה או לא דלא מפשט בחיים דר"ה בפרק המגרש אי הלכה כר"א או כר"מ ולר"מ אין עדים ועיין מש"ל בישוב דברי מהרש"א אבל בהא דצריך לומר בפ"נ בלא"ה צריכה אשה לברר דהשליח אמר בפני ב"ד בפ"נ דאל"כ אולי מזויף דהא אין עדים מצוים לקיימו ואם תברר דאמר בפ"נ בפני ב"ד כדינו הרי אומר ענין שלישות לב"ד קודם שמסרה לידה והשליש נאמן כמבואר בש"ע וא"ש ולק"מ במהרש"א אך אף דפי' מהרש"א כן בפי' התו' מ"מ

אין דבריו מוכרחים והראיה דהרמב"ם ס"ל כמש"ל דאפילו הגט ביד אשה מ"מ השליש נאמן ומ"מ מפרש הך שמעתא בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין לשליח לקבלה כמ"ש המ"מ בפ' הנ"ל ע"ש ול"ל בשלמא לשיטת הרמב"ם י"ל כדעת הר"ן דהך אי איתא וכו' דקאמר ר"ה לא שייך בש"ה דפי' דתיכף אחר הקבלה לא היה לו להשהות הגט בידו כי אם למוסרו לאשה ובש"ה הא עביד כדין ומסרו לאשה אבל לפי' התוס' א"א לומר דס"ל כהר"ן דא"כ לא הקשו מבפ"נ לר"ה דמה הל"ל דיטעון לפקדון וכו' ולכך הקשה מהרש"א דה"ל לפרש כהרי"ף דגם בהרמב"ם א"א לפרש כהר"ן דהא הרמב"ם וכמ"ש הטור בשמו סי' קמ"א מפרש הך ומודה ר"ה דאי אמרה קמי דידי יהב' ליה וכו' בגט יוצא מתחת יד אשה דוקא ולא כרא"ש דס"ל דאפילו יוצא מיד שליח וא"כ איך שייך מודה ר"ה הא בכה"ג בגט יוצא מיד אשה לא נחלק ר"ה מעולם וע"כ דלא ס"ל כהר"ן ומ"מ מפרש כפי' התו' ולכן אין למהרש"א לדינו הכרח ועיין מש"ל בישוב קושייתו ועוד שערי תי' לא ננעלו כהנה וכהנה ואדרבא מדברי התו' מוכח להיפוך דפי' תינח בפנינו אמרה בפנינו קיבל ל"ל ופי' דדי אם יש עדים שראו הגט ביד השליח ומה מהני ראה הא עכשיו נקרע ותו אין לו דין שליש וה"ל לתו' לומר שיש עדים שראו ושאמר לפניהם אז כשהשלישות בידו דהוא שליח לקבלה וע"ד כן מסרו לו הבעל ועיקר חסר בדברי תו' ש"מ דס"ל דלא בעי שליש' תחת ידו וכן דייק מהך דברי התו' הב"ש בסי' קמ"א הנ"ל ס"ק ע"ט ע"ש ובדיוק מהרש"א ג"כ י"ל דס"ל לתו' אלו הפירוש בגמרא בעל אומר וכו' לגירושין ש"ה א"כ מה פריך הגמרא קיבל למה לי דלמא יטעון הבעל להולכה מסרתיו והנני מבטלו ואין כאן הימניה דמה הימניה דיתנו ביד אשה אותו מבקש וכקו' הר"ן ועכצ"ל דס"ל לגמר' שליש אומר לגירושין פי' לקבלה ואמרינן הימניה ואמאי אמרינן הימנה ונתרצה הבעל שיהיה שליח קבלה דלמא על זה נתרצה שיהיה שליח הולכה וע"ז נתרצה כשימעל בפקדון ליתן הגט לאשה דתהיה מגורשת אבל עכ"פ כל זמן שהגט בידו יהיה ברשותו לבטל ועכצ"ל כתי' הר"ן דידה כידו ושפיר פריך וא"ש. וכן דעת ר"י שהביא הב"י סי' קמ"א בשמו דמפרש מודה ר"ה דאי אמרה קמי דידי וכו' דנאמנת במגו וכו' כמ"ש הרמב"ם דגט יוצא מתחת ידי אשה וקשה א"כ איך שייך ומודה ר"ה הא גם לר"ח צ"ל בזה כר"ה דאין לשליש נאמנות דל"ל דמסר לה בפ"ע ואמר בפניהם ענין שלישתו ועדים פה וכמש"ל דא"כ איך יש לה מגו דהוא גירשה במקום עדים שהגיע לידה מיד שליש ועכצ"ל דמ"מ שליש נאמן. ולא מצאנו מחלוקת זולת מרדכי בפ"ב דקדושין ובהג"ה מיימוני פ"ג מהלכות אישות אות למ"ד דכתב דשליח הולכה בקדושין ובגט א"צ הרשאה ועדים מיהו אם כופר המשלח אחרי נתינת הקדושין והגט ה"ל ספק ואזלינן

לחומרא שהרי יצא שלישות מתחת ידו וכו' עכ"ל והביאו הש"ע בסימן קמ"א סי"א וצ"ל דמיירי דליכא עדים בפנינו דמסר לה השליח בשליחתו של בעל דאל"כ הא אמר ענין שלישתו בפני עדים בעודנו בידו וכמש"ל וצ"ל דמיירי בקידשה בשטר דבכסף פשיטא דצריכה עדים שנתן לה השליח בתורת קדושין כי מה ראיה יש בכסף וגם מה אריא דאין שלישותיה תחת יד השליח אפילו בידו מה שייך הימנה על קדושין וכי בשביל שבידו מעות משל חבירו יהיה נאמן שפלוני שלחני לקדש אשה (ולכן דברי ש"ע א"ע סימן ל"ה ס"ג צ"ע בזה ואין כאן מקומו והארכתי בזה בחדושי לא"ע) וא"כ מכאן נראה דחולק אך זה יש לדחות דלעולם י"ל או דס"ל כראב"ד דהטעם משום דבידו להחזירו לשליש וזהו שייך בשליח קבלה אבל בשליח הולכה אם תחזירו ליד שליש הרי הבעל מבטלו בכל אופן לכך שם גרע וזה שאמר שאין שלישית בידו ר"ל בממ"נ אם בידו הרי מבטלו דאין לך ביטול גדול מזה דמכחיש שליחות ואם אין בידו זו אינו נאמן דאין שלישית בידו ולא שייך דיש בידה להחזירה (ובזה מיושב מ"ש הב"ש קמ"א ס"ק י"ג בסופו ולק"מ) וכן צ"ל בש"ע דהעתיק בסי' קמ"א סעיף י"א דעת הג"מ הנ"ל בקמייתא דהבעל יכול להכחישו הואיל ואין השלישית בידו ואלו בסעיף נ"ה נ"ו מבואר דס"ל כרמב"ם דאפילו הגט ביד אשה נאמן השליש ולפמ"ש צ"ל שם איירי בשליח לקבלה ובזו מודים בעל ההגהות ומרדכי וגם במהרש"א צ"ל דס"ל התו' סוברים ש"ה לא מהימן אף דכתבו קיבל ל"ל דסגי בראו בידו דס"ל דמודים תו' דידה כידו וזהו הכל בקבלה אבל לא בהולכה דאם אמרינן דהוי כאלו עדיין בידו הרי. הבעל מבטלו ודוק. ואין כאן שיור רק דברי הרא"ש כפי מה שהבין הרמ"א בשיטתו בא"ע סימן הנ"ל סעיף נ"ה ונ"ז בהג"ה דלדעת הרא"ש הואיל ואין שלישית בידו אין נאמן ובאמת מה שדייק הרמ"א מדברי הטור כבר השיגו הרב ב"ש בס"ק ע"ט ופשוט ונכון אלא דמדברי הרא"ש שם גיטין מוכח כן דעל הא דמודה ר"ה אי אמרה קמי דידי וכו' הקשה הרא"ש הא לא דמיה להך דלעיל דשם הגט יוצא מתחת יד שליח וכאן מיד אשה ומתוך כך הוכיח דאף דהגט ביד שליח יש לה מגו וכו' וקשה מה קו' הא מילתא דר"ה ור"ח יכולים להיות דהגט ביד אשה אלא ש"מ דכה"ג אין השליש נאמן והרב ב"ש בס"ק הנ"ל ביקש לדחותו דאולי ס"ל להרא"ש כהר"ן דאם הגט ביד אשה לא שייך אי איתא וכמש"ל ואף ר"ה מודה דשליש נאמן אבל לא נראה דאם הפי' דלא ה"ל לשלוח להשהות הגט רק למסור תיכף ליד אשה א"כ הא דפרכינן קיבל ל"ל ופי' הרא"ש דלר"ה ג"כ פריך דהא אין הבעל מערער דזהו תלי' במחלוקת אי מ"מ אין חיישינן אולי יערער וכמש"ל וכמ"ש הפוסקים בקיצור ה"ל לפרש דהא שם בשעת שמד קתני דצריכין תיכף אחר גירושין לקרוע הגט כמבואר בגמרא א"כ אימת ה"ל לשליש למסור

הגט ליד אשה הא תיכף שנתגרשה בקבלתו היה מחוייב לקרוע ולא יבא לידי סכנה שמד המלכות ואי למסור הקרעי' לידה מה עבידת' בקרע' הגט שאין בהם ראיה וחפץ ועכצ"ל דלא ס"ל כהר"ן וא"כ צ"ל כמ"ש דהגט בע"כ צ"ל ביד שליש דאל"כ לא מהימן אך מלבד שדיוק הלזה יש לדחות דכל קו' הרא"ש כיון דר"ה ור"ח סתמא פליגי אפילו הגט עדיין ביד שליש ואי הך מילתא דאם היא אמרה בפני אמר לגירושין דנאמנת במגו דווקא בגט בידה לא ה"ל לגמרא לומר סתם ומודה ר"ה דאי אמרה קמי דידי וכו' דעיקר חסר רק הל"ל ומודה ר"ה דאם הגט בידה ואמרה קמי דידי וכו' דיש לה מגו ואיך קאמר סתם דמשמע דאיירי בכל גווני כמו מילתא דר"ה וזה אינו דבזה בעינן דוקא ביד אשה (ובחדושי אמרתי כי ס"ל להרא"ש בטוען שליח הולכה אני אף ר"ה מודה דנאמן דלא שייך אי איתא וכו' די"ל דמסרו יום לאחר הכתיבה וא"א למסור לאשה דהוא מוקדם אבל ע"י השליח כשר דקלא איתי ליה כמ"ש הרא"ש להדיא דכך יש לעשות בגט שעבר יומו ולפ"ז ל"ק מן בפ"נ ובפ"נ דבשליח הולכה לא שייך בעל נאמן ואם כן אף באמר לקבלה נאמן במגו דהיה אומר להולכה לכ"ע רק איירי בגט בידו וא"כ אי יאמר להולכה יבטלנו אבל כשהוא ביד אשה יש לו מגו ושפיר הקשה הרא"ש דהא הך אמרה קמי דידי איירי בגט בידה אלא מדברי הטור דכתב דבעיר א' אין לעשות שליח הולכה דאולי יאמר בעל פקדון לא משמע כמ"ש וצ"ע והארכתי בזה): אך אף אם נאמר כמ"ש הרמ"א שם נראה דמ"מ לא יחלוק הרא"ש אמהר"ם רבו במרדכי הנ"ל רק ס"ל ה"מ במילתא דממון אמרינן חזקה עושה שליחתו כמ"ש דהוי קולא והממע"ה כמבואר שם להדיא אבל בגט דהוי ספק א"א ולחומרא י"ל דאין נאמן ושפיר קדייק דע"כ מילתא דר"ה ור"ח בשהגט ביד שליח דלקולא באיסור א"א לא אמרינן חזקה שליח עשה שליחתו וא"ש ולכך שם פליג רמ"א בא"ע והכל בגט אבל כאן במילתא דממון לא מצינו מחלוקת כלל וכן י"ל בדברי הג"ה מיימוני הנ"ל לחלק בין ממון לאיסור א"א ובממון מודה אלא דראבי"ה דפוסק דאין כאן קדושין כלל צ"ל כמ"ש דס"ל כראב"ד ודוק וא"כ בממון אין כאן מחלוקת כלל:

ונראה הא דצריכי הראב"ד ורשב"א ומהר"ם לכל הנך טעמים שכתבנו לעיל בשמם היינו דמיירי דאין לוי שהגיע לידו השלישות טוען ברי שהשלישית שייך לו רק נשען על דברי שליש כמו שם בגט דאשה אינה יודעת אם מסר הבעל לפקדון או לגירושין אבל בטוען ברי לענ"ד אין כאן מקום ספק דהא כל הימנותה דשליש דאמרינן הימניה דאולי ימעל השליש בפקדונו וימסרו ליד השני ולכך מתחילה סביר וקיבל דאם ימסרנו דיהיה שלו וא"כ זה שעשה כן ומסרו לו הלא ע"ז היה סביר וקיבל ואתייהב למחילה ולמה יגרע נאמנתו וזהו רחוק משכל וע"כ דמיירי במקום שאין זה יודע וי"ל דבכך הימניה אולי

יתנו ללוי ולוי יהיה רשע ויאמר דנכון אתו כמ"ש אולי יקחנה אשה ותאמר מגורשת אני מבעלי ולכך צריכי להנך טעמים וכן נראה דל"ל ללוי מגו דאל"כ הא יכול לוי לומר כשמסר לי השלישית אמר כך ענין שלישית דהא אלו אמר כן בעדים מועיל ואם יש לו מגו נאמן כמו עדים דכך אמר לו וזה פשוט ונכון:

יב **אבל אם יש תרועמת וכו'** הש"ך בס"ק כ' האריך לבאר דהך מילתא דתרעומת אין פי' דיש להם הכחשה בסך השלישית שנמסר לידו שכתבו מחבר לעיל בריש ס"א רק כאן פי' כמ"ש בשם הר"י אלברצלוני דאם יש עליו תרעומת ואין שלישות בידו א"נ אפילו כע"א דפי' דטוען עליו שלא כדין מסרת שלישות ביד לוי וא"כ אף אלו היה שלישות עודנו בידו ואמר בב"ד כי כפי תנאי שלישות שלו מגיע ללוי היה הב"ד מצוים ליתן ללוי והיה השליש פטור משבועה כי מה אכפת ליה אם יהיה ללוי או לא הוא אומר כפי אשר היה באמנה אתו השלישית מ"מ אם כבר מסרו חייב שבועה שלא מעל בו וא"כ ה"ל עד משתב' ותו לא מצי להיות עד וע"ש שהאריך ולפי שהעליתי דאם מסרו ביד לוי והוא מעיד לטובת לוי ה"ל כשלישות בידו דלא גרע בזה כח לוי מה שכבר מסר לידו א"כ בלא"ה נסתר כל הנ"ל דהא לפ"ז הא דאמרינן בש"ע דאינו אלא כע"א היינו במעיד לחובת לוי וא"כ מה בכך דיש עליו תרעומת וכי בשביל זה לא יעיד לחובת לוי ומ"ש הש"ך דאף רשב"א מודה אם יש עליו תרעומת דמסרו שלא כדין ה"ל נוגע ואף לטובת לוי לא מצי מעיד לא נהירא כלל דהא רשב"א נתן טעם דהוי כמסרו בעדים דתפיסתו מוכח כן ובמסרו בעדים הא לא ה"ל נוגע וגם בש"ע לפי מ"ש ע"כ אין הפי' כן דהש"ע כתב דה"ל כע"א ובמעיד לטובת לוי ה"ל כב' עדים כמ"ש אלא אם הדין אמת כמ"ש הש"ך דיכול ראובן להטיל שבועה על שמעון השליש אתה מעלתה בשליחתך ומסרת השלישית ללוי שלא כדין יש לומר כך הפי' דשמעון מעיד דאף דנתנו ללוי היה תנאי בדבר והיה בו גדר אסמכתא וכדומה עד שלפי דבריו צריך לוי להחזיר מה שקיבל בזו אמרינן דאם ראובן תובע לשמעון שישבע לו שלא מסר שלישתו שלא כדין שוב א"י להעיד לחובת לוי כי חשב אם לא אהיה מעיד כן אצטרך להיות נשבע ומה אעשה אעיד כי הוא אסמכתא בדבר ויתחייב לוי להוציא הדבר מידו ולהחזירו לראובן וא"כ בטלה תרעומת ראובן עלי אך מלבד זה דוחק אף הדין לא נהירא כיון דעוד השלישית בידו מהימן בלי שבועה מטעם דאמרינן מה לו לחטוא ולא לו וא"כ אם הוא עשה כפי שלישות שלו כי כך מוטל על השליש לקיים כפי שלישתו ומסרו יהיה עליו חיוב שבועה למה הא עשה כפי הראוי והשתא אלו בא לפנינו ב"ד ושאל מה לעשות אמרינן ליה תן השלישות ופטור אתה ואם עשה כן בלי המלכה וכדין עשה יהיה עליו שבועה וכי תימא

הואיל ועשה ע"פ צווי ב"ד שאני דהא אפילו מסרו בעדים בלי ב"ד פטור ונאמן ומ"ש במסרו בעדים או לא בעדים מה נ"מ בזה לשליש שהיה עליו שבועה ובמסרו בעדים פטור משבועה מה טעם יש בזה וגם ר"ה גאון דייק דהימניה ר"נ משמע בלי שבועה ועדיין קשה מה הימניה במגו דקלת' תצטרך שבועה ומה מגו יש לפטור משבועה הא אילו קלתי' צריך שבועה וכ"כ המרדכי והגהת מרדכי ובתשובת מיימוני דלעולם פטור משבועה וכ"כ אגודה וכמ"ש הש"ך בעצמו רק כתב הואיל והבעה"ת והעיטור והטור ומחבר כולם העתיקו דברי מהר"י אלברצלוני העיקר כדבריו. ובאמת מעולם לא נתכוון מהר"י ברצלוני לדבריו דמהכ"ת לעשות מחלוקת בין הפוסקים והבעה"ת בשער נ"ב ח"ג אות א' הביא בשם בעל עיטור דברי ר"י ברצלוני הנ"ל ואלו שם באות ז' כתב ואע"ג דאיכא מרבוותא דכתבו דאם יש עליהם שום תרעומת מן השליש בענין שלישתו אע"ג דנפק מתות' ידיה ה"ל נוגע בעדות ולא מהימן (וברור דכיון להרב ר"י אלברצלוני דהוא הלשון שלו כמ"ש בענין תרעומת להדיא וגם לא מצינו לשום רבוותא דכותב כן משום מחבר זולת ר"י אלברצלוני הנ"ל וברור דמוסב אליו) הא לא קשיא שלא נאמרו דברי הגאונים אלא ביש מחלוקת ביניהם שהוא אומר לא השלשתם בידי אלא כך והן אומרים כל אחד מהן שיותר השלישות בידו וכו' עכ"ל הרי דמפרש להדיא דברי תרעומת כמ"ש שמחלוקת בסך ממון שלישי' וגם אפילו נפק מתותי' ידי' משמע ה"ה אפילו לא נפיק ג"כ כשיש תרעומות לא מהימן והיינו דפי' תרעומות לא כמ"ש הש"ך רק דמחולקים בסך ממון וכמ"ש מהרי"ט הביא הש"ך בשמו דפי' דמחולקים בסך השלישות וכן הנכון כיון דבעה"ת ומהרי"ט פי' כן ומהכ"ת לומר מחלוקת בין הפוסקים כיון דבמרדכי ושאר מחברים מבואר דפטור מהשבועה ומ"ש הש"ך דראי' המרדכי יש לדחות דהא דאמרינן בגמרא דליכא שבועה היינו קודם דתיקן ר"נ היסת יפה כתב אם אמרינן דאף שלישתו בידו חייב שבועה וכמש"ל באריכות אבל למ"ד דבעודנו בידו א"צ שבועה לא ידענו הבדל כלל וכמ"ש ולא מצא הש"ך ראיה כלל רק מהך תשובת הרא"ש כלל ק"ה סי' ג' דפסק דדינא ווילד' מחוייבת לישבע דשטר שהחזירה לדיניא ווילדסאה כדין החזירה וכתב הטעם דאין לפוטרה משבועה מכח שליש דהא אין שלישתה בידה מזה יש לש"ך ראיה לחלק אך אף דנימא דדעת הרא"ש כן מ"מ יחיד הוא כנגד הנך רבוותא הנזכרים במרדכי ואגודה וגם הרא"ש לא אמרה אלא במקום דמכחיש השלישית וטוען כי מעולם לא עשהו שליש אבל באמת גם דברי הרא"ש אין ראיה חדא דאולי סובר הרא"ש במקום ששלישתו קיים הרי הוא כאלו מוחזר וכמ"ש הראב"ד אבל שם השטר נקרע ולא היה אפשר להחזיר ושניה והוא העיקר דבלא"ה יש לדקדק דפסק הרא"ש דהיא דוניא ווילדיה

תשבע שבועת התורה שבועת התורה מה עבידתא הא אין לו אלא היסת אם לא מעל בשטרו כפי טענתו ושבועה בנק"ח מה בעי כאן וצ"ל דשם המורשה דטען על דוניא הנ"ל היה יודע ג"כ מן העובדא כמ"ש קצת להדיא מן תשובה ההוא וא"כ המורשה יכול להעיד וה"ל ע"א ולכך הצריכה הרא"ש שבועת התורה להכחיש העד ולפ"ז אין כאן סתירה לדברי מהר"ם דהוא אמר בהיסת והוי' מלתא דרבנן ובזו אמרינן חזקה שליח עושה שליחתו כמ"ש דהוי מילתא דרבנן וגם סברא דלא תיקן ר"נ היסת להשביע לשליש דאם כן אתה נועל דלת מפני כל השלישי' דמי יזדקק לעשות שליש ולמחר יתבע בו שבועה ובפרט דהוא רק תקנתא ובזו ליכא תקנתא דהא הימנו' אבל בשבועת התורה להכחיש העד ודאי דאמרינן דבזו לא שייך חזקה וכו' וגם הך סברא דליכא תקנתא לא שייך בשבועה בנק"ח ועכ"פ הבו דלא לוסיף די דנימא כן אצל שבועה בנק"ח ומהכ"ת להטיל שבועת היסת ולכן ברור לדינא דאין כאן שבועה כלל ודברי הסמ"ע נכונים וכפי מש"ל גם דברי הב"ח נכונים דלעיל מיירי במכחיש השלישות ומ"ש הש"ך מ"ש כי לא מכחיש השלישית נמי עכ"פ יש הכחשה במעות ושבועה צריך לק"מ כפמש"ל דאמת צריך שבועה מ"מ נאמן דאין נאמנותו מכח עדות וכמש"ל ובאורים וא"ש:

יג **או פרוע כו'** נראה בטוען פרעתי קודם שהשלשתי וא"כ מכחיש לשליש ושפיר י"ל מגו דהוה טוען מזויף דהוא דהוה מכחיש לשליש דהוי כע"א וא"כ הוי מגו להכחיש העד דהא אף בטוען פרעתי מכחיש לעד משא"כ אם טוען פרעתי אח"כ לא הוי מגו דמזויף דהוא מגו להכחיש העד דהרי שליש מעיד דמסרו בידו בחזקת מקוים אם לא שהוא קרוב או פסול:

יד **פרוע כו'** כתב הש"ך דנ"י כתב אם מודה דכתבו והוא ביד שליש א"צ לקיימו כלל וכתב לעיל דהוא דעת התו' ואני כתבתי לעיל דליתא דהתו' חולקים ויחיד היא הנ"י בדבר הזה דאף רש"י אשר בכוונתו מפרש הנ"י כן נראה דחזר בו דבב"מ פירש"י אין עליו עדים פירוש עידי קיום הרי דמפרש דאין על השובר קיום דנימא ביה לוה מקיים ולא מלוה רק שובר פשוט ולא פירש דאי אפשר לקיימו כלל ודלא תקשה רש"י להדדי נראה דרש"י פוסק כלישנא בתרא דר"נ הלכתא דבעינן דווקא מגו וכמו שכתיב בגיטין בשמעתיה בעל אומר לפקדון וכו' והשיגו התוספות שם על רש"י אבל רש"י סבירא ליה הלכה כלישנא בתרא וס"ל דלא סליק בתיובתא רק ס"ל הנך לישנא בתרא דמיירי דיש עליו עדים ולא עדי קיום וא"כ הא איכא מיגו ובסנהדרין דפריך מניה דהך בריתא הוא בס"ד דסימפון היוצא מתחת יד המלוה כשר וא"כ לא איירי כלל מעדי קיום וא"כ אין עליו עדים ע"כ עדי ממש ושפיר פריך אבל לבתר דאמרינן בגמרא דסמפון היוצא

מתחת יד המלוה פסול וע"כ עדים דרישא היינו עדים קיום או שלינהו לסהדי וכו' א"כ אף סיפא מיירי דאין עליו עדים קיום ואיכא מגו ולא איתותב ר"נ כלל ולכך פסק רש"י כלישנא בתרא וא"כ לדינא ממש מעט אשר מצינו חברי' לסברת הנ"י בפוסקים ולית הלכתא כוותי':

טו **שבא הלוה עם וכו'** כתב הסמ"ע דוקא שבא עמו דידע מענין שלישית וטען ברי כי ע"ת כן מסרו מלוה לשליח דאל"כ כיון דלא יכול לטעון ברי לא מהני וכו' עכ"ל והסכים עמו הש"ך וכן בס"ק ה' דאפילו נתן לשליש חפץ שיתנו ע"ת לפלוני והפלוני א"י מזה רק עפ"י השליש והנותן מכחיש לשליש שלא עשהו שליש כלל יחזור החפץ לבעליו ע"ש ובאמת בחפץ ברור דליתא לדינו של הש"ך דהא הש"ך מודה באין מכחיש לגוף השלישית אף דמקבל לא ידע מכלום מ"מ זכה בו במאמר השליש דהא בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין מיירי דאשה א"י מזה דהא אח"כ אמרינן ומודה ר"ה דאם אמרה קמי דידי וכו' משמע דאיירי מחלוקת דהאשה א"י כלום ומ"מ בממון או בעיר אחרת וכדומה דלא שייך בי' אי איתא כ"ע מודים דשליש נאמן רק הש"ך לשיטתו אזיל דס"ל לחלק בין מודה שעשהו שליש או למכחיש ואומר נפל או גזלת וכהנ"ל בארוכה אבל לפי דהעליתי עיקר כדעת הבעה"ת ועור ומחבר דלא חיישינן לכך ואין נ"מ בזה א"כ מעולם זכה בו המקבל אף דלא ידע מכלום כי השליש זכה לו ונאמן אך בשט"ח מיד המלוה לשליש דאף דאין כאן שטר חוב בעולם מ"מ גוף הלואה דחייב הלוה למלוה מי מחלו וא"כ מה בכך דיש ביד שליש שט"ח וגם היה שורפו וקורעו מ"מ גוף החוב כיון שלוה מודה דלא פרע צריך לשלם ואין בקריעת שט"ח או החזרת משכון על החוב מחילה למלוה גופיה שיפטור בזה הלוה מתשלומי החוב כי יכול מלוה לטעון מחלתי לך שלא ארצה שתהיה לי בעל חוב במלוה בשטר או במשכון מ"מ גוף החוב לא נמחל ומה מגו יש לשליש דהיה שורפו מ"מ היה הלוה מתחייב לשלם כיון דלא טען פרעתיו וא"כ הסברא נותנת דצריך לטעון דווקא ברי מחל לי וא"כ דהשליש היה יכול לשרוף השטר והיה נאמן דמחל אף עכשיו נאמן ולכך צריך הלוה שידע שנמסר לשליח אלא שבתשובת הרא"ש כלל ס"ח פסק כן דאף דהשליש אמר שמסר לו מלוה השטר לקרוע כי מחל ללוה מ"מ כיון שהלוה א"י מזה ואמר דלא פרע חייב לשלם אלא דכתב ולא אמרינן דשליש נאמן דהא מכחיש ואמר שלא עשהו שליש וכו' ע"ש ומש"ל באריכות מזה מבואר דבשליש שמודה לו המלוה שהיה שליש אף בזה נאמן להפקיע גוף הלואה ולא יהיה אפילו מלוה ע"פ והטעם כמש"ל דמתחילה איך מסר השטר ליד שליש אולי יתנו ללוה והלוה יהיה רשע ויקום בפניו כחשו דמחלו לו או פרעו וע"כ סביר וקיבל

ומחיל כאשר יאמר השליש והרי השליש אומר למחילה רק דהרא"ש מחלק בין מודה בשלישית או מכחיש וזה בררתי לעיל באריכות דקי"ל דאין חילוק כלל דלנפל או גזילה לא חיישינן והעליתי דלא אמרו הרא"ש רק בעיר אחת במקום דשייך אי איתא וכו' ע"ש וא"כ בנדון שלפנינו לא שייך אי איתא דהא מסרו ע"ת ואיך יתנם ללוה א"כ א"צ ידיעת הלוה כלל ואמת כי בחוב יש לפקפק כמ"ש לולא דיצא מפי הרא"ש כנ"ל וכן בבעה"ת ובתשובת הרמב"ן עליו לא נזכר רק שט"ח אבל הטור הוסיף בדבריו ושלח משכון ובזה ודאי לא שייך לומר דגוף החוב לא נתכוון להפקיע דהא האמין לשליש ויכול למסור המשכון ליד אחר או להחזיק לעצמו וא"כ לא יפרע הלוה עד שיחזיר משכונו וע"כ דפקע חובו ומ"ש משכון ומ"ש חפץ אחר לתתו לפלוני ועכצ"ל דהטור נמשך אחר אביו ז"ל דאפילו בחוב במקום דלא שייך אי איתא השליל נאמן ופטור הלוה ולכך כל משכון ושט"ח כאחד כי ליכא נ"מ בינם לדינא כלל ולכן יותר נראה דרבותא קמ"ל דאפילו בא הלוה עמו כמ"ש הסמ"ע גופיה בפרישה ונ"ל להוסיף דמיירי אפילו בתנאי שהתנה שיהיה אפשרים ליתנם ללוה גופי' ע"פ תנאים הללו וה"א הואיל ולוה בא עמו והיה במעמד שם אי איתא ללוה גופי' ה"ל למיתן קמ"ל דלא דמ"מ השליש נאמן דלא אמרינן בממון אי איתא אף דקי"ל כר"ה (וצ"ל דפליג ארא"ש דס"ל במכחיש השלישית אמרינן אי איתא כמש"ל באריכות) ודוק:

טז **ויחזיר למי שנתן** כתב הש"ך דהיינו בדלית לי' מגו אבל אי אית לי' מגו הרי יכול ליתן להשני כפי התנאי שהתנה ע"ש ואני תההני בגוף הדין דרשב"א כיון דשליח נאמן ככל אשר יאמר כשמסרו לשליש כמ"ש בתשובת הרמב"ן א"כ אף דלא עשהו שליש למה לא יוכל ליתן להשני כפי התנאי ומ"ש דנאמן במגו כמ"ש הש"ך ומ"ש דנאמן מחמת דהימנוהו סוף כל סוף נאמן באמירתו לשליש א"כ למה לא יעשה כפי התנאי שהוקם בפניו ובפרט בדברי הרשב"א איירי דלא מכחיש השליחות וא"כ לכ"ע נאמן ולמה לא יעשה כפי תנאו ואפילו אם נאמר דאין רשות לעשות מעשה הואיל ולא הרשהו בכך ובאמת גם דינו של הש"ך ביש לו מגו ליתא דמה בכך דנאמן מ"מ מי הרשהו לעשות כך ומי שמהו לשר ושופט עכ"פ לא היה לו להחזיר הדבר להנותן טרם הגיד שליחתו ותנאו לב"ד דהא אז נאמן בכל דבריו כמו שנאמן כשאומר לשליש כן נאמן כשאומר לב"ד ואם יחזיר שוב לא יהיה נאמן רק כע"א ומפסיד השני בידים ויצא משפט מעוקל. ולכן נראה ברור דעובדא דרשב"א היה ראובן ושמעון היה להם חוב על גוי בשותפות ומסר שמעון הש"ח ללוי השליח למוסרו ליהודה שיהיה שליש שאם יעשה ראובן בתנאו שיהיה השטר לו ויהודא לא רצה לקבל השלישית בזה שפיר פסק דיחזיר שליח השטר לשמעון

דס"ל לרשב"א אף דהיה שטר ביד שליש גמור מ"מ היה יכול שמעון לחזור מתנאו דבמה קנאו ראובן להאי שטר אע"פ דשטר כזה נקנית במסירה מ"מ הא דעת רשב"א בתשובה נוספת המכונה תולדות אדם סי' צ"ט דצריך לומר זכה ואי לאו לא קנאו ויכול לחזור בו ובשטר דבעי כומ"ס אפי' זכי לא מהני ואפילו להחולק שם ס"ל דשליש הוי כאומר זכי והרשב"א ז"ל פקפק עליו ואמר זו לא שמענו ואין השליש זוכה עד שיאמר זכה הא בלא"ה יכול לחזור בו ע"ש בתשובה שהאריך וא"כ כאן בנדון זה אף דאמר לשליש שיזכה מ"מ לשליח לא אמר ולא אמר לו שיזכה רק שיוליכו בשלישית ליהודה והוא יזכה וא"כ יכול שמעון לחזור ולכך יחזירו לשמעון דמה בכך דהאמת אתו הא לא זכה בו לראובן ויוכל שמעון לחזור בו ולא מתורת נאמנות אתינן עליו רק האמת אתו רק מ"מ הואיל ולא נעשה רק שליש לא זכה לו לראובן ויכול לחזור בו וזה ברור ואמת בדברי רשב"א כי אזיל לשיטתו כמ"ש ולפ"ז לא זו דדינו של הש"ך ליתא דאף דיש לו מגו מ"מ הא יכול לחזור בו אף גם ה"מ בכה"ג אבל במוסר שט"ח שיש לו על הלוה להשלישו ואמר אם יעשה הלוה כך דחוב מחול לו דבזה א"צ זכי וקנין כלל וממילא הדבר נמחל לא יחזיר השליח למשלח עד שיאמר מכ"פ ענין שליחתו בב"ד דאז נאמן כבי תרי וכן כל כיוצא בזה דזכה בו המקבל בלי צורך שיזכה בו השליש עבורו וזה ברור לדינא:

יז **יאמר לפני עדים** עיין ש"ך מ"ש על הסמ"ע והש"ך תי' דאם ילך לפני ב"ד ימחו הב"ד ע"י מבלי למסור דבר שיש בו אסמכתא ולכך הולך לפני עדים ודבריו דחוקים דכלום נושא פנים יש בדבר דאם שורת הדין נותן שיש לעכב על ידו ילך לב"ד והם ימחו בידו וכתורה יעשו ואשמוטי' ל"ל שיהיה יכול לקיים שלישתו ולכן נראה באמת יותר טורח בב"ד מבעדים כמ"ש הש"ך וכאן דהוא בשטר שמעידים אף שהוא על זמן אחד מ"מ א"צ לשלם רק בזמנים מתחלפים א"כ לא שייך איך יכתבו עדים הא ה"ל מפי כתבם דמי יצוה עליהם לכתוב דמי ימחה בידם לכתוב דה"ל כמו שובר ומבואר לקמן סימן פ"א סכ"ט דבשובר א"צ לומר כתבו וזה היינו שובר דארווח ליה זימנא אבל בשליש שמחזיר מעות או חפץ ואומר בעדים שהוא ע"ת ואם כן ע"י כתיבת עדים יבא הלה להוציא בב"ד הלא ה"ל מפי כתבם וכמה טרחות טרחו התו' ליישב במחאה שלא יהיה מפי כתבם ולכן צריך לב"ד וזה נכון:

יח **אשה וכו'** מקורו לקמן סי' ס"ב ושם בררתי הדברים ע"ש בזה בס"ד:

סימן נז

א **וה"ה בשטר שנמחל שעבודו** אע"ג דהיינו שטר פרוע מיירי דמחל רק שעבוד קרקעות אבל גוף החוב נ"ח לו ומ"מ אסור להשהותו סמ"ע והש"ך חולק דכה"ג הואיל ועומד להתפרע מב"ח לא מיקרי אל תשכן וכו' וצ"ע כי אמת מהך דברי הרא"ש בנדרים על מי שפרע מקצת חובו וכו' דכתב דגובה מב"ח דהך חצי גובה מב"ח וכדי שלא יגבה הכל ממשעבדי גם החצי השני גובה מב"ח וקשה א"כ איך אמרינן דיחזור לו הא אסור להשהותו אפילו בביתו דהוי עולה ואיך מתירין לשליש לעשות עולה כזה ואי דמיירי דשליש כותב ע"ג השטר כזה או דנותן כתוב בעדים ענין שלישתו כמבואר בסימן נ"ו הנ"ל וא"כ ליכא כאן חשש עולה א"כ החצי שני יגבה ממשעבדי דל"ל דכולו יגבה ממשעבדי דהא נכתב לראיה דהיה חצי פרוע ונמחל שעבודו ואם כן קשה בממ"נ ועכצ"ל דכה"ג הואיל ועומד לגבות מב"ח לא מיקרי עולה כמ"ש הש"ך ומותר לשליש להחזירו מבלי חשש איסור כלל ומ"מ צ"ע והש"ך תירץ בקושית הסמ"ע דקמ"ל פרעון וקמ"ל מחילה בלי פרעון ודוחק דסוף כל סוף השתא שטר חספא בעלמא ובאמת מקור דין הלזה הוא מתשובת הרא"ש כלל ע"ד בשטר שעברה עליו שמטה במקום שנוהג שמטה ה"ל נמחל שעבודו ובראי"ש לא נזכר ענין אסור להשהות רק אם הלוה יכול להוציאו בע"כ ע"ש רק הרמ"א הוסיף זה דגם בכלל לענין אסור להשהות הוא ולא תימא מה אסור להשהות הא זמנו של שטר מוכיח דעברה עליו שמטה וא"כ נפקע החוב ומה יש עול בשהייתו קמ"ל רמ"א דגם זה אסור והטעם דקי"ל דנאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד וא"כ אולי ימות ויפול קמי יתמי ויטענו אולי היה לאבינו פרוזבול ומוציאין ממון מיד הלוה שלא כדת דבאמת לא היה פרוזבול ולכך אסור להשהותו ודוק:

ב **ראוי לנדותו וכו'** הש"ך לקמן בסי' פ"א ס"ק י"ז הקשה בלא"ה יש לנדותו דהלוה תובעו החזיר לי שטרך אולי תתבעני פעמים ותי' דכתב לו שובר ומ"מ מנדין אותו דהוה ליה עולה אולי יאבד זה שוברו וצ"ע דדעת התוספות בב"מ דף י"ז אפילו הכתובה בידה למ"ד כותבין שובר יכולה לעכב הכתובה ולכתוב שובר לכתחילה ואם כן אף דלא קיימא לן כתוספות ב"ה מכל מקום איך נפריז על מדה ולומר דאיסור לאו מדברי קבלה יש כאן ובגוף הקושיא י"ל דסבירא ליה כר"ן וכמ"ש מחבר דאין לו לעכב בשביל פשיטי דספרא וזהו מחמת איסור אל תשכן וכו' אבל מחמת תביעת הלוה ודאי דיכול לומר לא אחזיר עד שתשלם לי פשיטי דספרא ואם אתה חושש שאתבע פעמים אף אתה צא ושלם ותנצל מפחד הלזה ופשיטא דאין לנדותו בשביל זה ועד שנהיה מנדין אותו ינדו ללוה לשלם ולכך קמ"ל דמנדין מחמת לאו דאל תשכן וכו' ולק"מ:

ג **והוא שיכתוב שובר** הש"ך הקשה דמקור דין זה הוא מהר"ן בפ"ב דכתובות דהקשה למה אמנה היה דברינו אין נאמנים דה"ל עולה ותנאי היה דברינו נאמנים הא גם כן עולה ותי' דתנאי הוי כשטר במאה שנפרע עליו חמשים דמותר להשהותו ואין בו משום עול וכו' עכ"ל ואלו אף בכה"ג אינו מותר רק בשכותב שובר עדיין לא תי' בתנאי ששם לא נכתב דבר וחזר הדבר לאמנה שאסור לכתוב אלא ודאי דאפילו בלי שובר מותר וקושיא גדולה הקשה אבל באמת יש להבין אם כדברי הש"ך בר"ן דמותר לפרוע חמשים ולהשהות השטר על מאה וכן שטר על תנאי דדמיא ליה איך אמרו בגמרא דב"מ פרק איזהו נשך דמר הוי זקוף רווחא לקרניה והוי מהימן ליה א"ל תינח מר אי נפל קמי יתמי מאי וקי"ל דאסור והרי היה החוב הזקוף ביה ע"ת אם יהיה רווחי' דיקחו ואם לאו לא יקחו ומ"מ אסרינן דילמא נפיל קמי יתמי ומכ"ש בתנאי גמור על השטר איך מותר אולי יפול קמי יתמי ויגבו אותו בהחלט מבלי תנאי כלל ואם אמרו וחששו כן באבק רבית איך לא ניחוש באיסור גזל דאורייתא דיתבעו יורשים גזל גמור ועיין בעה"ת שער נ"ג ח"א דאסור להשהות שטר שיש בו ספק אם פרוע הוא או לאו מהך חששא דאולי יפול קמי יתמי ע"ש ולכן צ"ל לחלק דשטר שיש בו תנאי דהוא נעשה בהסכמת ורצון הלוה ומדעתו כתבו עדים כן מותר דהוא סביר וקיבל אם יבא לידי מכשול ויהיו יתומים גובים בלי תנאי בהחלט שיהיה החיוב בהחלט ואף זה בכלל התנאי והרי זה כאותו שאמרו בעל אומר לפקדון וכו' דאתייהב למחילה דסביר וקיבל אם ישנה שלישתו שיהיה למפרע נמחל כפי שלישתו ואף זו בכיוצא בו ולכך ביותר משא"כ בהך דזקפו רווחא לקרנא דהוא בגדר רבית וברבית לא מהני רצון הלוה דבכל רבית הלוה מרוצה ומ"מ התורה או חכמים אסרוהו וא"כ שפיר יש לחוש דאולי נפלי קמי יתמי ולא יהיה רווחא ומכל מקום יתבענו והרי כאן איסור רבית ולא שייך ביה רצון הלוה וא"ש ולפ"ז גם הש"ע פה מיושב דמיירי כאן הכל בלי הסכמת ורצון הלוה כלל רק שהוא משהה שטר מקצת פרוע בע"כ של לוה וזהו אינו מותר כי אם שיכתוב ע"ג דדילמא נפל קמי יתמי וכמ"ש להדיא גבי רבית מה שאין כן הר"ן מיירי כמ"ש דנעשה ברצון הלוה ואם כן מותר כמ"ש אפילו לא נכתב שובר כלל דסביר וקיבל. ובהכי ניחא נמי מ"ש הש"ך דאיך פסק הש"ע כר"נ דאסור להשהות בשביל פשיטי דספרא במקום שהתוספות והרא"ש חולקים כמ"ש בעצמו בבדק הבית וכן משמע בגמרא דב"מ זימנא דזייר ליה אפשיטי דספרא כמ"ש הדרישה אלא הך דזייר ליה אפשיטא דספרא הוה כפרע לו מקצת ונשאר חייב לו מקצת כי דין פרוטה כדין מאה ולכך התוספות והרא"ש איירי דומיא דשטר אמנה דנעשה ברצון והסכמת הלוה וע"ז אמרו אבל לא שטר פרוע דזייר לי' אפשיטי

דספרא ס"ל דמותר דהרי סביר וקיבל כהנ"ל משא"כ הש"ע אירי פה הכל בלי הסכמת ורצון הלוה ולכך אסור להשהותו בשביל פשיטי דספרא כמ"ש דלא עדיף מנפרע מקצתו דג"כ אסור בלתי הסכמת הלוה ובלי שובר וא"ש. אלא דצריך לדקדק מה קמ"ל בכותב ע"ג פשיטא דליכא חשש עולה דהא שוברו בצדו ואולי ס"ל למחבר כדעת הסוברים בפי' אולי נפלו קמי יתמי דיהיו היתומים רשעים ואף דידעו מהתנאי יכחשו לו ועיין בהלכות רבית ובספר אסיפת זקנים לב"מ וא"כ אולי יבאו היתומים וימחקו ויגררו הפרעון ואי דיהיה ניכר המחק וגרר המחבר לטעמיה דסבירא ליה בסימן מ"ב כרשב"א דמחק וגרר אינו פוסל שטר וא"כ ה"ל עולה קמ"ל דכולי האי לא חיישינן והוא דקמ"ל דיתן השובר בידו אין להקשות ג"כ מה קמ"ל ואי דיש לחוש אולי יאבד שוברו הא זה כבר מבואר לעיל בסי' נ"ד דאם פרע חמשים על השטר של ק' והלוה רוצה לשנותו לשטר נ' דיכול לומר אני רוצה לכופך לפרעין ש"מ דשפיר עביד הכי ולית ביה משום עול וא"כ מה קמ"ל די"ל דלעיל מיירי דכבר הגיע זמן פרעון והלוה פרע רק מקצת שפיר יכול לומר אם אתה חושש דיהיה השובר נאבד פרע כולו וטול שטרך דהגיע ומן משא"כ אם פרע מקצת בתוך זמן ה"א דעולה הוא אם לא מחליף שטרו קמ"ל דמ"מ מותר:

סימן נח

א **אינו נוטל אלא בשבועה.** דעת הסמ"ע והב"ח דקמ"ל אפילו לא טען השבע לי מ"מ צריך שבועה דריעות' לפנינו ולדבריהם צ"ל בטור דס"ל מגו לפטור משבועה אמרינן אם כן הא יש לו מגו אלו היה כופר ואמר לא קבלתי פרעון כלל הא לא הוה חייב שבועה בלתי דיטעון השבע לי ואם כן למה נחייבו שבועה אף בלי אמירת השבע לי די"ל דאין זה כל כך מגו או דעכ"פ אלו היה טוען השבע לי היה צריך לישבע או כיון דאיתרע שטרא אין לשטר כל כך תוקף עד דישבע ואם כן הוי כמו מגו להוציא ואף דבמקום שטרא אמרינן מגו להוציא כאן אתרע שטרא עד דישבע כצ"ל לדבריהם אבל הש"ך חולק וס"ל דאית ליה חד דינא כמו שטרא בעלמא וכ"כ דלא טען השבע לי לא מחייבין שבועה וראיה שלו מהך דרמב"ן בבעה"ת שער י"ט דדעתו אפילו בע"א היה בפרעון רק טוען בעל שטר סטראי אין כאן שבועת ע"א מעיד שהוא פרוע ואינו ע"א זוקק לשבועה ומכ"ש דלית ביה שבועה בלי ע"א ושניהם לא הביאו דברי מהרי"ק דדבר זה מבואר בתשובת מהרי"ק סימן ק"כ בסופו דדעת השואל כדעת הש"ך והביאו ראיה מר"ח ור"ת דפי' איתרע שטרא בשבועה ומיניה היכא דיש לו מגו דלא איתרע שטרא אפי' שבועה א"צ (וצ"ל אף דרבו הפוסקים החולקים ופי' איתרע שטרא דלא גבינן ביה מ"מ בהא

לא מצינו חולק במה דס"ל לא איתרע שטרא פי' כלל לא איתרע אפילו שבועה א"צ) ומהרי"ק דחה ראיה זו דהם איירי בנאמנות ולכך למ"ד לא אתרע א"צ שבועה אבל בלי נאמנות לעולם צריך שבועה תדע דכן הוא שהרי"ף כתב איכא מאן דמפרש אתרע שטרא דאי אית ביה נאמנות אתרע האי נאמנות ולא גבי אלא בשבועה עכ"ל ומדצריך להזכיר נאמנות יש לדקדק דוקא בנאמנות אבל בלי נאמנות אפילו למ"ד לא אתרע שטרא בעי שבועה ולא פליג ר"פ כלל והן דבריו מסכימים לסמ"ע. אך באמת דברי מהרי"ק במ"ש ראיה מהרי"ף אין כאן ראיה כלל דהא איכא מ"ד דכתב הרי"ף הוא דעת ר"ח כמ"ש הר"ן ור"ח דמפרש בנאמנות הוא ליישב הקושיא בכתובות דאמר אבא מרי דקים ליה בגוויה מרעיניה לשטרא ע"פ דמה רבותא דאבא מרי ע"פ כל העדים זוקקים לשבועה והביא הרא"ש שם בכתובות להדיא בשם ר"ח דמיירי בנאמנות ואין ע"א דעלמא זוקק לשבועה ע"ש ואם כן לכך מפרש ר"ח בנאמנות לישב הך קושיא דכתובות וזה ברור ונכון ואם כן אין כאן ראיה מהרי"ף כלל אמנם ראיית השואל ראיה נכונה לא מדברי ר"ח ור"ת דהם מיירי בנאמנות כמ"ש מהרי"ק אך ראיה שלו מדברי התוספות כתובות דף פ"ה ד"ה מרענא ושבועות דף מ"ב ד"ה אתרע דלא פי' בנאמנות דהא הקשו מהך אבא מרי הנ"ל. ומכל מקום ע"כ דסבירא להו לא אתרע אפילו שבועה א"צ ובזו לא מצאנו חולק בפוסקים וכמו שהיה סברת השואל ומהרי"ק לא נחלק עמו בזה ואם כן הדין ברור כמ"ש הש"ך ושיגרא דלישנא נקט טור צריך לישבע:

ב **וכן מי שהפקיד וכו'** הרב הש"ך כתב דדברי הרמ"א בלתי מסודרים דהך וכן הוא לדעת הראשון דס"ל דהואיל אם הוא השליח חייב לשלם אף המקבל צריך לשלם לשליח ולכן בהפקיד אצלו בסתם ולא הודיעו שמפקיד צווהו שיהיה מפקיד אצלו חייב להחזיר למפקיד אבל לדעת השני דלעולם יכול לתפוס ולא משגיחין במה דשליח חייב לשלם א"כ אף בזו דלא הודיעו שהוא של פלוני מ"מ כיון דבאמת הוא של פלוני יכול לתופסו ולא משגיחין במה דהוא מפסיד וכן הכריע הש"ך כדיעה הראשונה דס"ל דאם השליח חייב דמקבל צריך להחזיר מעות כמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ק"י וכתב דהך דיעה במרדכי דס"ל דמ"מ יכול לתפוס הוא רק גליון או תלמיד טועה ע"ש ודבריו אינם ברורים כ"כ כי מלבד דיש לתמוה איך יחס סברא זו לתלמיד טועה במה שהריטב"א פוסק להדיא כן בחדושיו ובתשובה דאף דשליח חייב מכל מקום המקבל יכול לתפוס וכן הוא דעת רבינו ברוך בתשובת מהר"ם דפוס פ' סימן תתי"א ע"ש וכן הוא דעת הרא"ש גבי האי בקרא כמ"ש לקמן אבל גם נראה דלא לאותו דעה נתכוון הרמ"א ולכך נראה עיקר כהך דעה דרשב"ם דפסק דהואיל דשליח חייב אף המקבל צריך להחזיר דא"כ למה יפסיד

השליח הקשה ואיך אמרינן שם בכתובות דהני בי חוזאי ודאי פטורים הא אי הזכיר לו שטרא חייב השליח לשלם ולמה יפסיד ותי' דהכי קאמר מגו דיכול לומר להד"ם יכול לומר סטראי פי' שהשליח נתנם לו לשם סטראי הלכך הדין עמו אך בתשובת מהר"ם הנ"ל תירץ הואיל ונתת סתם ולא נתתו לנו בעבור החוב שבשטר מסתמא נתת לנו בעבור החוב בע"פ ועכשיו דחזרת בך וכו' עכ"ל הרי דיש כאן חילוק דעות לרשב"ם צ"ל דטוענים דשליח אומר בפי' שנתנם לו בעבור סטראי חוב אחר אבל מסתם לא יפסיד השליח ולדעת מהר"ם אפילו בסתם יפסיד השליח דאמרינן הואיל ולא תבע שטר שמע מינה דעל חוב אחר נתנם והן הן שני דעות שהזכיר הרמ"א כי דיעה קמייתא הוא דעת רשב"ם דלא מחזיק המקבל אם לא טוען בפי' שעל זה נתנם לו אבל לא כשנתנם לו סתם כמבואר במחבר וכמ"ש רמ"א עד שיטעון שליח נתנם לו על חוב אחר אבל דעת השני הוא דעת מהר"ם דבכל ענין אפילו נתנם לו בסתם יכול לתפוס דאמרינן בסתם כשנתן לו מסתמא על חוב אחר נתן מדלא תבע שטר וזהו דעת י"א דא"צ לומר שנתנו השליח על חוב אחר רק בסתם גם כן יכול לתפוס ומעתה אין כאן קושיא וסתירה משום דיעה על הרא"ש וריב"ש דפסקו במוסר פקדון שיש בידו מראובן לשמעון שאין יכול שמעון לתפסו בשביל שחייב לו ראובן הואיל והשליח חייב לשלם לראובן דהא כאן לא שייך הך סברא מ"ש רשב"ם ומהר"ם וכ"ע מודים במקום דמפסיד שליח ולא איכא הך סברא דעל זה נתנו לו בסתם דאין רשות לתופסו ולק"מ. ומעתה הדבר מבואר דעיקר כדיעות בתרייתא דאיך אפשר כדיעות קמייתא ומירי דטענו דאמר השליח להדיא דעל חוב אחר נתנם אין מקום לקושית התו' ורמב"ן ובעל תרומות והרא"ש דהקשו איך ה"ל מגו להכחיש העד ולמה לא דנין בו כנסכ' דר"א משאיל"מ ונכנסו בתי' רבי' ועיין בס"ב ובש"ך ס"ק כ"א ואם אמרינן דטוענים דשליח אמר בפי' על חוב אחר הרי עדיין מכחישים להעד ומה מגו במקום עד איכא הכא ועכצ"ל כתי' הר"ם דסתמא א"ל השליח ומכל מקום יכול לתפוס ולכך שפיר הקשו הא ה"ל מגו להכחיש העד והרי הדבר מבואר כדיעה שני ואחרי שבררנו כן מלבד דיש לומר מ"ש רמ"א וכן מי שהפקיד כו' הוא ענין נפרד בפ"ע ואינו תלוי בהנך ב' דיעות שזכר מקדם כמ"ש הסמ"ע כי אף לדיעה בתרייתא מכל מקום דינו של ריב"ש והרא"ש אמת אף גם דהא יש לפקפק אם שמעון מסר פקדונו של ראובן ללוי ואמר שכך צוה ראובן למסור לו פקדונו אבל באמת כיחש במאמרו כי יש עדים שלא צוה לו דבר ובשקר אמר כך ללוי אם יכול לוי לתפוס בשביל ראובן דמה בכך שאמר לו בשביל ראובן הלא עדים מעידים שהוא שקר וכי בשביל שאמר שקר נקנוס אותו שיפסיד ומנין לנו הקנס והגזירה הזה בשלמא בליכא עדים שכיחש לו כמו

העובדא בתשובת ריב"ש שפיר יש לומר לדבריך הראשונים אני מאמין ולא כל כמיניה לומר שהתלת בי לפסוד זכות אבל ביש עדים למה יפסיד בשביל מה דאמר לו שקר וכל ראית ריב"ש בנוי על הא דבקרא אמר לאחר מיתה תפס והב"ח אמר מחיים דקי"ל דחייב הבקרא לשלם ליתומים וב"ח תופס ועומד אף דבקרא מפסיד ובאמת התם שאני דאם היה הבקרא אומר כדברי ב"ח דמחיים תפסן היה פטור מתשלומין רק הוא אמר לאחר מיתה תפסן וא"כ טוען הב"ח מה לי לשלם הפסדך אתה גרמת לעצמך אלו היית טוען האמת כמאמרי לא היית בא לכלל תשלומין ונלכדת באמרי פיך ומה איכפת ליה אבל בנדון זה וכי בשביל שאמר שקר יפסיד מה נפקא מיניה בזה אלו אמר כך או כך ולכן צל"ע אמנם לדברי מהר"ם דאמרינן הואיל ונתת סתם מסתמא על חוב אחר אף שעדים מעידים שהמשלחים אמרו להדיא על אותו חוב כמבואר דהזכירו לו שטר וכי בשביל דהוא אמר סתם יהיה מפסיד הלא אין תלוי בכוונתם אלא בכוונת המשלח דמעות הוא שלהם ומכל מקום אמרינן דמפסיד הואיל ונתן סתם ולא פי' להדיא דהוא על שטר והוא הדין בזה דכיחש לו ואמר שהוא בצווי פלוני לתת לו הפקדון דחייב לשלם דכל חיוב תשלומין הוא משום דינא דגרמי כמ"ש בתשובת מהר"ם הנ"ל ואם היה הוא קצת גורם היזק לעצמו תו לא שייך דינא דגרמי ואתי שפיר ועל כל פנים דברי הרמ"א ברורים דהאי וכן מי שהפקיד ברור דאתיא אפילו לדיעה בתרייתא והעיקר כדיעה בתרייתא:

ג **אבל אם תפסו וכו'** זהו דעת הריטב"א וזהו דעת הרא"ש גם כן דפסק בתשובה כלל ק"ו בראובן שהפקיד של שמעון ביד לוי וביקש לוי לתופסן כי שמעון חייב לו וכתב הרא"ש הואיל דראובן חייב לשלם אם כן אין תופס משל שעעון כי אם משל ראובן ואולם בפסקים בפרק הכותב כתב לדידן דמטלטלין דיתמי משתעבדי אם תפס משל בקרא שור יתומים לאחר מיתה בלי עדים וטען כי יש לו חוב על יתומים מהני תפיסתו במגו דלא היו דברים מעולם והבקרא חייב לשלם ליתומים דפשע בשמירתו דלא הוה ליה להניחו לתפוס והקשה מהרי"ט אם כן אף התופס ההוא לא זכה בתפיסתו וברור דסבירא ליה כהריטב"א וס"ל בתופס לא משגיחין בהפסדו של זה דיאמר מה לי בהפסדך כיון דהדבר משתעבד לי מה חזית דאפסיד שלי והדקדוק שדקדק הש"ך הואיל והרא"ש נתן טעם בתשובה דהואיל דחייב לשלם אם כן הוה ליה תופס משל ראובן ש"מ דלא סבירא ליה כהריטב"א דאל"כ הל"ל הטעם משום דהואיל שהפקיד בידו השבה מעליא בעינן אין דקדוק זה כדאי להניח דברי הרא"ש סותרים או לדחוק בי' כמ"ש מהרי"ט או הש"ך כי באמת כך כוונתו הואיל וחייב לשלם אם כן מיקרי תופס משל ראובן ואי דיאמר כמ"ש מהנ"מ לי דאתה חייב לשלם מ"מ אינו שלך ואני תופס שעבוד שלי כמש"ל (ובפרט

אי כל הטעם משום דינא דגרמי ודעת הרבה מחברים דבמקום דלא נתכוון להזיק רק לטובת עצמו לא מיקרי גרמי עיין לקמן סי' ס"ו סכ"ג ע"ש) זהו לא שייך בפקדון דטוען אני מסרתי לידך ועליך מבלי לתפוס משלי כיון שאני חייב לשלם אין לך לתפוס משלי ושלי הוא דמידי נמסר לידך אבל בתופס יטעון אינו שלך כיון דלא קבלתי מידך כלל ואי דאתה חייב לשלם מה נפקא מינה לי וכמ"ש ברור דס"ל כריטב"א וכן העליתי לקמן סי' קכ"ה ע"ש דהדבר מבואר כמ"ש וע"ש מ"ש לתרץ בישוב דברי הרא"ש ועכ"פ נראה עיקר כריטב"א וכמ"ש הב"ח ג"כ:

ד **ובאו אלו וכו'** דעת הסמ"ע דבנתן נאמנות כבי תרי דקי"ל לקמן בסי' ע"א דנאמן יותר מב' עדים אם כן אף טענת סטראי יכול לומר דהא יש לו מיגו להכחיש העדים ולומר לא היו דברים מעולם וכן הסכים עמו הש"ך וכ"כ כה"ג בשם מהרשד"ם ודברי ריבו' אבל מהר"א ששון חולק וטוען מה מגו איכא הלא נחלו יותר לטעון טענה במה שאין העדים מכחישים ממה שיטעון להכחיש העדים ודאי אלו העדים מעידים שבפרעון מוחלט לאותו שטר קבלם יש לו מגו דלהד"ם דגם בזה שאומר סטראי מכחיש לעדים אבל כל שהעדים אומרים סתם אין כאן מגו ובאמת מסתברים דבריו וכ"כ כה"ג דהוי מגו גרוע ומכל מקום לדינא לשון תשובת הרא"ש כלל ע"א סימן ט' מורה להדיא דאם נתן לו נאמנות כבי תרי אף סטראי נאמן ולכן נראה מטעם אחר נחמן דזהו עצמותו של נאמנות דזה הימנ' נגד שני עדים בממ"נ וכי נחשדו עדי ישראל להעיד שקר ואם אמת יעידו מה טיבו של נאמנות לכחוש בעמיתו בתשומת יד לגזול חבירו אלא דכך היה נאמנותו אף דיעידו על פרעון בפי' יהיה נאמן לומר דהפרעון היה מסך אחר וחוב אחר ולא על זה ועיין מ"ש הש"ך לקמן בסי' ע"א וא"כ דעל זה היה עיקר הנאמנות פשיטא דנאמן לומר סטראי נגד עדים דהא ע"ז סובב הנאמנות:

ה **והעידו שפרע כו'** כתב בתשובת פרח מ"א ח"ב סי' ב' אם שני כתי עדים מכחישים זא"ז אלו אומרים בפרעון שטר זה היה ואלו אומרים סטראי אמרינן אוקמי תרי לבהדי תרי והשטר בחזקתו ולא דמי להא דלעיל בסי' מ"ו בכת"י יוצא ממקום אחר ושנים אומרים פסולי עדות היו דהוה להו תרי נגד תרי וקיימא לן דלוה פטור דהתם אי מוקמינן תרי שבשטר לנגד תרי הפוסלים אותו וכמי שאין כאן עדים יחשב הרי אין כאן שטר ולכך הלוה פטור משא"כ בזה דהשטר בחזקתו ודבריו בלתי ברורים דהא התו' בכתובות דף כ' ד"ה ואוקי ממונא כו' דפי' רשב"א בשובר דחתומים עדים על השובר ושנים אומרים פסולים היו דהוה להו תרי נגד תרי ומכל מקום פטור הלוה ולא אמרינן דהשטר בחזקתו רק המוציא מחבירו עליו הראיה ומ"ש שובר שנפרע לגמרי והן מכחישים לגמרי או

שאומרים סטראי נינהו והן אומרים נפרע לגמרי וברור דהמוציא מחבירו עליו הראיה ונפטר הלוה:

ו **בטל השטר.** כתב הסמ"ע בשם תשובת הרא"ש כלל פ"ו בסופו דאם היה בידו חוב אחד שבא בהרשאה ויש ראיה דקיבל מן הלוה פרעון יכול לומר סטראי נינהו אף דלית ליה מיגו מכל מקום יכול לומר בחוב עצמי קבלתי משום דאי בעי מהדר שטרא למרא והרי יכול לומר פרעון שקבלתי היה בשביל שחייב לי ובאמת ברא"ש נאמר הטעם משום דאף על פי דלא החזירו מכל מקום כל שיכול לומר מהדרינא שטרא למרא הוה ליה כאילו מהודר וקאי כדאמרינן בבבא קמא גבי מכרן לשלשה בני אדם כאחד וכו' דהוה להו כאילו הוא מהודר. ולפי זה לפי מה דפסק המחבר לקמן בסימן קי"ט ס"ה כרמב"ם ורשב"א דלא אמרינן למסקנא אי שתקת וכו' אם כן גם הך דינא ליתא וכן נראה דעת בעל כה"ג דתליא במחלוקת דלקמן ואפשר דבשביל כך השמיטו המחבר להביא תשובת הרא"ש הואיל דסתם לקמן בסי' קי"ט כרמב"ם מיהו לפי מש"ל בסי' קי"ט אפשר דס"ל לכ"ע הך סברא אי שתקת וכו' והתם שאני כמ"ש שם וגם נראה דהרא"ש לא כתב זה בתשובה רק לרווחא דמילתא דבאמת ס"ל להלכה הך אי שתקת וכו' אבל באמת אף דהרשאה בידו בלתי מהודר י"ל דינו דכל הטעם דבעינן בסטראי מגו משום דלא שביק מלוה בשטר ופרע מלוה על פה וזה כשהחוב הן בשטר והן בע"פ לאדם אחד אבל כשהן לשני בני אדם יש לומר השני נח לו והראשון קשה ונח לו לפרוע לזה מלוה על פה משיפרע לאחר מלוה בשטר ומעשים בכל יום יוכיחו כן ולכן לדינא נכון כדברי הרא"ש לכ"ע:

ז **הרי הוחזק** כפרן כתב בעה"ת איכא מ"ד דמ"מ צריך הלוה לישבע היסת ואיכא מ"ד דהואיל דהוחזק כפרן אין על הלוה שבועה כלל עכ"ל והכריע בעל גי"ת דאין כאן היסת כדקי"ל בכל דוכתי' בהוחזק כפרן דאין על לוה שום שבועה והש"ך כתב דשאני הכא דאמת הוחזק כפרן דבעל השטר מ"מ יוכל להיות אמת כדבריו דחייב לו מצד אחר ועליו לפרוע או ישבע דאינו חייב ולעד"נ פשיטא דאם טוען דהיה חייב לו ממקום אחר בחוב גמור ומוחלט פשיטא דאין כאן ספק מבעה"ת דיהיה כאן חיוב היסת דדל שטרא מהכא ולו יהיה דהעדים אומרים להדיא דשטר זה בבירור נפרע וכי בשביל זה א"י לתבעו יש לי עליך חוב אחר זולת זה השבע ותפטור ומה מקום ספק יש כאן אלא דהספק הוא בזה אופן שאמר שחוב הוא ממ"א דרך משל אבק רבי' דקי"ל אינו יוצא בדיינין וג"כ אינו נגבית בדיינים או שהלוהו על מחצית שכר והאמין לו שאם יאמר שלא יהיה רווחים מבלי לתת לו וכעת הוא טוען מה שנתת לי היה בשביל אבק רבי' וא"י בדיינים או

בשביל רווחים כי כיון שכבר נתת לי לאו כל כמינך לומר שלא היה רווח' והשטר נ"ח לי והוא משיב הפרעון היה על שטר א"כ תו ליכא שבועה עליו כי אבק רבית אינה נגבית בדיינים וכן לא יכול לתבוע רווח כי יאמר לא היו רווחים והוא האמין לו וא"כ אין כאן דררא דממון שיהיה חיוב שבועה ולכך נסתפק הבעה"ת אם יכול להטיל זה בשבועה כי השטר לא נפרע ומה שקיבל היה בשביל הנ"ל דאי גבה גבה וע"ז יפה טען והכריע הגי"ת דהוחזק כפרן ואין כאן ספק דהפרעון היה על שטר כמ"ש הש"ך בעצמו וא"כ על חוב ממ"א אין כאן דררא דממון ולא שבועה:

ח **אבל בפני ע"א לא וכו'** והש"ך האריך כי רבי' מהמחברים התו' והרמב"ן בחדושיו לב"ב כולם כתבו דהוי כמו נסכא דר"א והרגיש הש"ך בעצמו אף דקי"ל בשבועה דרבנן לא אמרינן משאיל"מ ושבועה להכחיש העד בשטר הוא רק שבועה דרבנן מ"מ מה בכך דלית משאיל"מ מ"מ מגו ליכא דאם יטעון להד"ם חייב שבועה חמורה להכחיש העד בנק"ח משא"כ בטוען סטראי וכו' ודבריו בזה בלתי ברורים כי תפס הש"ך דעת התי' בשבועות פרק שבועת עדות דנתנו טעם לנסחא דר"א דלכך ל"ל מגו דלא חטפתי דה"ל להכחיש העד ויצטרך שבועה אבל דעת התו' בב"ב פרק חזקת אין מסכים לכך כי הקשו ע"ז דא"כ מה ענין זה להא דס"ל ר"א משאיל"מ ולכך העלו דאפילו מגו כה"ג אמרינן רק הואיל וקי"ל משאלי"מ א"כ כל שלא מכחיש לע"א במקום שחייב שבועה של תורה ה"ל כשנים ואין נאמן דידי חטפתי במקום שנים ולזה הפי' הסכימו רוב מחברים כאשר בררתי באריכות בקונטרס וכללי מגו לקמן בסי' פ"ב וכן מוכח מהך דקי"ל אם שכרו בע"א מ"מ יש לו מגו לא שכרו ויכחיש העד אף דיהיה צריך לישבע וא"כ אין מקום לדברי הש"ך דכיון דבשבועה דרבנן לא שייך משאלי"מ אמרינן גבי' מגו להכחיש העד ולכן נראה דהתו' וכן הרמב"ן בחדושיו אזלו הכל להך שיטה דאף דרבנן אומרים משאלי"מ כמ"ש תו' בשבועות ובב"מ דף צ"ז דמתוך שאי"ל שבועת המשנה מפסיד וה"ה כאן אבל הרמב"ן בתשובתו לבעה"ת ס"ל כמ"ש במלחמתו למס' שבועות דחשוד דא"י לישבע מ"מ גובה שטרו דלא אמרינן בשבוע' המשנה משאי"ל מפסיד וא"כ אף כאן יש לו מגו וכן קי"ל דבשבועת המשנה לא אמרינן מפסיד כמבואר לקמן סי' פ"ב בחשוד שגובה שטרו וא"כ הך דינא אמת ויציב ואין מקום להשגת הש"ך כלל.

ט **לא אמרינן וכו'** ומיהו אם לאחר פרעון תבעו בע"א הרי עד דפרעתיו השבע לי והרי זוקקו לש"ד דעת הש"ך בס"ק כ"א דה"ל נסכא דר"א לגמרי דהרי א"י לכפור בעד ולומר לא נפרעתי דהרי מודה רק אמר מחוב אחר ה"ל מחויב שבועה ומתוך שאיל"מ ואמת שכן מצאתי ברשב"א לקדושין דף מ"ה דכתב להדיא בהך עובדא דאבימי ובני

חוזאי דה"ל מגו דלהד"ם אע"ג דאבימי ה"ל ע"א מ"מ הואיל הוא רק שבועת המשנה לא אמרינן ביה משאיל"מ ולכך כתב ואי פקח הוא יהיב ליה מנה אחרינא באפי סהדי ומוקי קמאי בהלואה וה"ל משאיל"מ. אך נראה זהו אי אמרינן דאתרע שטרא ובטל לגמרי ואפילו תפס מפקינן מיניה אבל לפי הכרעת רמ"א כהרא"ש וסייעתו דאי תפס לא מפקינן ואפילו תפס בעדים כמש"ל וא"כ מה בכך דא"י להכחיש העד הא כל ענין משאיל"מ הוא דבמקום שאין מכחיש לע"א יש לו כל דין כאלו ב' מעידים כן וא"כ לו יהיה דשנים היו מעידים כן מ"מ הא כבר נפרע ואין לך תפיסה גדולה מזו וא"כ מה בכך דשנים מעידים דקיבל מעות בפרעון ולא הזכיר על אותו שטר הא לא מפקינן מיניה ומכ"ש בע"א דמעיד כן דנאמן לומר סטראי כיון דכבר תפוס ועומד במעות. איברא חזינן אפילו לדעת דסוברים דבטל לגמרי מ"מ הך דינא אם תבעו לאחר פרעון דהוי בכלל משאלי"מ במחלוקת שנויה כי הרב בעה"ת בשער י"ט ח"א דין ג' הביא ראיה מתחילה מהא דאמרינן בפרק הכותב באחד מעידה שהוא פרוע דאי פקח מייתי לידי ש"ד דפרע לה באפי תרי סהדי ואח"כ תובען לה בע"א ופריך הגמרא אכתי יכולה לומר שתי כתובות היו ואצטרך ר"א לשנויי דמודע להו וכו' והרי דלולי כן לא היה זוקק לש"ד דיכול לטעון אמת נפרעתי אבל על כתובה אחרת והחזרתי לך והיינו סטראי דקבלתי הפרעון על חוב אחר ושטר אחר והחזרתי לך ומ"מ אין כאן שבועה נגד העד ודחי' ליה הבעה"ת דלמא התם דהיא מוחזקת ולפטור עצמה בטענתה שפיר מצי טעון אבל זה שבא בשטרו להוציא וע"א אמר שפרוע לא נאמן סטראי ע"ש הרי דמודה היכי דכבר נפרע ותבעו בע"א אין כאן חיוב שבועה דאורייתא כלל דנאמן לומר סטראי הוא. ומספק והוא מוחזק לא משביעין ליה ובזה מיושב נמי קושי' הגי"ת שהקשה לרמב"ן דנתן טעם בע"א מעיד דלכך לא דיינינן ליה כנסכא דר"א הואיל והוא שבועה דרבנן משמע הא אלו הוה ש"ד לא היה יכול לטעון סטראי הא בגמרא אמרו אי פקח מייתי לידי ש"ד ומ"מ אמרינן חיישינן לשתי כתובות וקושיא זו איני מכיר כלל דכבר תירצה הרב בעה"ת דודאי אלו היה זה ש"ד וזה בא להוציא בשטרו אמרינן דכיון דחייב ש"ד ואין מכחישו ה"ל חד כשנים ובשנים הא אין נאמן לומר סטראי משא"כ בשכבר פרע וזה בא להחזיק וטוען סטראי הממע"ה ואין התובע יכול להוציא אפילו בשני עדים דיאמר אייתי ראיה דלא היה סטראי ולכך שם שכבר נפרעת מה בכך דאין מכחיש לע"א והרי הוא כשנים ואף בשנים אין להוציא מידו וצ"ל לדבריו דאף דס"ל כדעת המחבר דבטל סטראי לגמרי מ"מ אי תפוס ברשות כי האי דפרעו קודם דתבעו בע"א אפילו הודה בפרעון יכול לומר מחוב אחר וה"ה בשנים ולא דמי לתפס דמוציאין כי זה שפרעו רגלי' לדבר דהנכון אתו דהיה

לו שני חובות ושני כתובות ולק"מ והרי דינו של רשב"א במחלוקות:

איברא אני תמה לדעת הרמב"ן כפי שנראה מפשיטות דבריו בעד א' בסטראי ליכא שבועה כלל שבועת המשנה א"כ איך אמרינן בהא דאי פקח מייתי ליה לידי ש"ד דפרע ליה שנית באפי הך סהדא וסהדא אחרינא והדר תבע לי' בע"א ופריך דלמא יטעון שני כתובות היה לי' ומתרץ דמודע לי' וקשה בממ"נ א"ש דמייתי לידי ש"ד דאם תרצה לטעון כן אף עכשיו אפילו שבועה דרבנן אין לו עליו כשיתבע בע"א המעיד פרוע תאמר הן אבל כתובה אחרת היה לי' וה"ל סטראי ואין כאן כלל שבועת המשנה לדברי רמב"ן ואם לא תאמר כן אף ש"ד יש לו עליו אח"כ וא"כ ע"כ פקח הוא דבמקום דזקקה לשבועת המשנה זקקה לש"ד ואי דאמרה ב' כתובות אף עכשיו בשבועת המשנה הוא בכלל ספק הלזה וא"כ לעולם. מרוויח ולא מפסיד ואמת לפי מ"ש בס"ק י"ב דכשמזכיר לו שטר תו לא מציא לטעון סטראי כלל א"כ י"ל כאן מיירי בע"א מעיד פרוע דמזכיר לו שטר תו ל"ל שתי כתובות אבל אם זה נח בדברי הרא"ש אין זה מספיק בבעה"ת דס"ל עדיף טענת שטר אחר הי' לי' מטענת מלוה ע"פ ולכך הקשה מב' כתובות ע"ש ולכן נראה בדברי הרמב"ן דבלא"ה קשיא לי' איך ס"ד דבטוענת סטראי בע"א אין כאן שבועת המשנה כלל הלא כל טיבו של סטראי דנאמן הוא בייגו דלהד"ם ואם היה כופר היה שבועת המשנה וא"כ עכשיו דיאמר סטראי אין כאן שבועה א"כ יערים לומר סטראי להפטר משבועה ומה מגו שייך כאן ואף דבררנו לעיל בשיטת התו' דבשביל זה לא אמרינן משאיל"מ אבל מ"מ עכ"פ אם אין נשבע גם בזו מה מגו שייך ולכן נראה דמודה הרמב"ן דצריך שבועה כדהוכחתי מדברי הגמרא דנאמן רק מתורת מגו וס"ל להרמב"ן כמ"ש הש"ך בסי' רצ"ו בשם הרבה מחברים גבי פקדון בשטר דטוען החזרתי דנאמן בשבועה במגו דנאנסו אף דנאנסו הוא שבועת התורה מ"מ כ' הש"ך שבועה דהיא באה רק מכח מגו אין לו דין ש"ד אף דגם היא בנק"ח מ"מ אין לו ש"ד לומר דנדון ביה משאיל"מ ע"ש וא"כ ה"ה למ"ד בשבועת המשנה משאיל"מ הני מילי הך שבועה גופיה אבל שבועה דאתיא מחמת' מכח מגו תו לא אלי' כחו לומר בי' משאלי"מ וא"כ המשך דברי הרמב"ן כך דמתחילה כתב הטעם דלכך באומר סטראי בע"א אין לדון ביה משאלי"מ כנסכא דר"א משום דה"ל שבועת המשנה ולא דנין ביה משאלי"מ וכתב עוד אפילו את"ל כדעת האומרים דדנין בשבועת המשנה משאיל"מ מ"מ זו אין בכלל שבועת התקנה והמשנה דנתקנה בשביל הפסת דעת וזו לא שייך בסטראי רק אנו זוקקין אותו לשבועה דיהי' לו מגו א"כ תו אינו בגדר שבועת המשנה ולא אלי' כחו לומר בי' משאיל"מ וכמ"ש וא"כ לכ"ע אין דומה לנסכ' דר"א וא"ש אבל מודה הרמב"ן דצריך שבועה מכח מגו וזהו מה

שנ"ל לענ"ד ברור ולכך הטור לא הביא זה דפטור אפילו משבועה דודאי שבועה יש ואמת בתו' בכתובות דף פ"ה ד"ה מרענא וכו' דהקשו למה הלכתא אמר ר"פ מרעינן לי' אי לשבועה הא בלא"ה בע"א צריך לישבע ותי' דהיה קרוב וכן צ"ל שהיה ר"פ קרובו של בעל השטר וכו' וקשה למה לא הקשו תו' תיכף מהך עובדא דר"פ דיתיב קמיה דרבא וכו' דנאמר בתחילה קודם הך מימרא דר"פ וכמ"ש בתי' ולכן נראה דהתו' לא רצו להקשות די"ל כרמב"ן בטוען סטראי בע"א אין לו שבועה כלל וא"כ י"ל דהך אמר סטראי ולכך אי הוי כע"א לא מחייב שבועה אבל אי נאמן כתרי או דאיכא עוד א' בהדי ה"ל שנים וא"נ לומר סטראי עד דמשתבע לדעת התו' כפי' אתרע שטרא ולכך הקשו התו' מהך דאמר ר"פ מרענ' לשטרא אפומי' דר"פ ס"ל בסטראי לא אתרע שטרא כלל וא"כ ל"ל סטראי ומשני התו' דהיה קרוב וא"כ אף בהך דלעיל י"ל כן וא"ש ונוטי' הדברים לדברי הרמב"ן אך מ"מ דוחק בסברא כמ"ש ברמב"ן ויותר נראה דס"ל בהך דר"פ כמ"ש הרא"ש בשם ר"ת דס"ל דהיפוך שבועה ה"ל בקריעת שטר וכמ"ש הרא"ש ואף דזה דוחק מ"מ יותר מסתבר משנימא דעת הרמב"ן:

י **אם יש עדים וכו'** הקשו האחרונים אם יש עדים ל"ל הודאתו הא בעדים לא מהימן לומר סטראי וכתב הסמ"ע דבאמת א"צ להודאתו רק המחבר גריר בתר לשון הרמב"ם ז"ל דמצריך הודאה כיון דאין צריך לעדים. והש"ך הקשה עליו מה יאמר בטור דמצריך תרתי הודאה ועדים ואין זה קושי' לשיטת הסמ"ע דס"ל הטור פסק לעיל דלא בטל השטר לגמרי כמ"ש רמ"א ובזה דהיה תרתי עדים והודאתו לכ"ע השטר בטל לגמרי והש"ך תי' דאיירי דקיבל המעות מן הלוקחים בעד פרעון דמי בשר אבל בשביל כך לא ידעו אם לא ניתן לו מזה שלקח השור בהקפה במתנה וסבר הר"י מיגאש לעיל בס"ב דמהני בי' מגו לכך צריך בי' הודאה ודבריו אינן מספיק' בטור דהא לא ס"ל כר"י מיגאש וצ"ל דוחק נוסף על הדוחק זה הכא אף הטור מודה כמ"ש בסי' קכ"ט דאולי הלוקחים נתנו לו במתנה ודברים דחוקים בעצמותן ובאמת לא ידעתי מה קשי' לי' בזה דהא הרא"ש כתב הא דבעי מגו ולא מהימן סטראי בלי מגו היינו משום דטענה גרועה היא דלא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ וזהו בפרעון שפרע הלוה מכיסו שפיר שייך איך יפרע חוב בע"פ ויניח חוב בשטר משא"כ בכה"ג דהיה חייב שמעון לראובן בשטר וראובן נתן לו נוסף על חוב ההוא עוד שור אחד למכור להרוויח בו אך בתנאי שדמי שור הוא יתבע מלקוחו' כדי שלא יתרבה אצלו החוב ולכך ע"ת נתן לו שור שיהיה הרווח שלו אך מ"מ בתנאי שהוא יתבע הדמים מלוקחים כדי שלא יהיה חובו יותר ממקדם וזהו שכיח ומעשים בכל יום יוכיחו וא"כ א"צ מגו ויכול לטעון המלוה כן בשטר אתה חייב

לי מקדם וכשמכרתי לך השור ע"ת כן מכרתי לך מבלי להיות חובך נוסף רק שאתבע הדמים מלוקחים ודבר זה שכיח וטענה מעלי' היא ונאמן בלי מגו ולכך לא מהני עדים שקיבל דמי שור עד שיהיה הוא בעצמו מודה שחוב הוא מדמי שור והעדים ותו לא מצי הוא לטעון שום דבר בשום אופן ולק"מ והא דלא סגי בהודאה לחוד דה"ל מגו דלא קבלתי דמי שור אבל ביש עדים לא אמרינן מגו דלא היה מודה דהוא השטר מדמי השור דכיון דאמר דשטר מדמי השור ועדים בכאן כבר נתבטל השטר ותו לא מהני מגו דהוי מגו להוציא דהא השטר חספא בעלמא משא"כ כשאין עדים לא משוי' לשטר חספא ועוד י"ל כמ"ש הרא"ש בפ' חזקת גבי האי שטרא זייפ' דהיכי דהוצרך לומר שקר בתחילה לא אמרינן מגו ואף כאן הוצרך לומר שקר תחילה דהשטר אינו מדמי בשר ובאמת הוא מדמי בשר א"כ לא הוה מגו כלל וא"ש

יא **שפרע לו וכו'** כתב הטור ובטל השטר ומזה דייק הסמ"ע דאף הטור דס"ל כהרא"ש דבעלמא לא בטל שטרא לגמרי בכה"ג איתבטל לגמרי לכ"ע והש"ך טען עליו דהא הרא"ש כתב ראית האומרים אתרע שטרא פירושו בטל דהא אמרינן גבי הך דמי תורא אתורא קא יהיב ותורא קשקיל אתרע שטרא והתם פירושו בטל לגמרי מכח סברא ודחה הרא"ש דגם שם י"ל דלאו בטל לגמרי דאפשר דדמי שור קיבלן על חוב אחר ודמי מכירת השור זקיף במלוה ושקיל שטרא. וכבר הרגיש בעצמו בו בדרישה ותי' דוחק למאוד וגם קשה הא כל טעמו של הרא"ש דס"ל דלא בטל שטר לגמרי מדאמרינן אתרע שטרא ולא אמרינן לישנא בטל שטרא וא"כ הא גם בהך עובדא דדמי תורא נאמר ג"כ אתרע ואם שם פי' בטל לגמרי עדיין קשה איך אמרינן אתרע אמנם עם כל הקושי' לישנא דטור משמע כסמ"ע ומ"ש הש"ך שיגרא דלישנא נקט דוחק ולכן אפשר לומר דודאי כ"ע מודים דהך עובדא דדמי שור גרע למאוד משארי סטראי בכמה אופנים וא"כ נחית חד דרגא למ"ד בסטראי בעלמא במקום דאיכא עדים לא אתרע שטרא כלל וגבינן בי' א"כ די בהך עובדא דנימא דאתרע שטרא ולא מקרע קרעינ' כו' דהא בעלמא השטר בתוקפו לגמרי בשופרי דשופרי א"כ בהך דריע ביותר הואיל והוא מדמי שור די דנימר דלא לגבות בי' דהא י"ל כמ"ש הרא"ש וכנ"ל דמ"מ הוא על חוב אחר משא"כ לפי דקי"ל דאתרע שטר בכל שטרות שיש עדים בפרעון א"כ בזו בדמי שור שנוסף הריעותא דהלואה והפרעון היה מענין אחד פשיטא בהצטרף שני ריעותות דיש סברא לבטל השטר לגמרי וא"כ א"ש דהך דמי תורא ר"פ אמר אתרע שטרא ור"פ ס"ל בעלמא לא אתרע כלל שטרא וביקשו הם להוכיח מלישנא דר"פ דאמר אתרע דפי' בטל דהא בכה"ג הסברא נותנת שיבטל וממנו נקיט דכל לשון אתרע פירושו בטל ויפה דחה הרא"ש דגם בזה י"ל אתרע בעלמא דר"פ

אזיל לשיטתו דס"ל בעלמא לא אתרע כלל רק כאן דגריע כדאמרינן בגמרא די דנחת חד דרגא מבלי לגבות בו אבל מ"מ לא נתבטל ודייק לישנא דר"פ דאמר אתרע ודברי הרא"ש נכונים אבל לפי דקי"ל דלא כר"פ דבעלמא אתרע שטרא א"כ נחית חד דרגא בהך עובדא דיותר ריע טענתו של המלוה דבטל לגמרי וא"ש כן נראה ליישב לישנא דטור וסמ"ע אף כי ברמזים משמע כש"ך דהשמיט להעתיק הך דינא דדמי שור ש"מ דס"ל דלית ביה הבדל לשאר טענת סטראי דביש עדים אתרע ובאין עדים לא אתרע ולכך לא הביאו מ"מ בטור משמע כמ"ש:

יב **לא יוכל לומר וכו'** הש"ך פקפק בזה כי לא מצאנו למהרי"ק חבר בזה וגם מהרי"ק גופיה לא אמרה לסברא זו אלא בצירוף עוד סברות אחרות והנה קצת סתירה יש לדינו של מהרי"ק מהך תשובת הרא"ש כלל פ"ו בסופו במי שקיבל אלף זהו' ואמר רע"ו זהו' על חוב זה והנשאר על חוב אחר וכתב הרא"ש אמת הדבר דיכול לטעון סטראי וה"מ בלי עדים אבל בעדים לא נאמן לומר סטראי וכאן הא יש עדים וכו' וקשה מה אריא עדים הא בלי עדים נמי כיון דהנך רע"ו זהו' היו על זה החוב נימא אידך נמי ומה אריא עדים אפילו בלי עדים נמי ואפשר לומר דשם בעובדא דהרא"ש לא היה הפרעון אחד רק קבלו לאחדים אבל שטר ההודאה היה כאחד ובזו אף מהרי"ק מודה דיכול לומר זה קבלתי בשביל חוב זה וזה בשביל חוב אחר דמה בכך דההודאה היה כאחד וכה"ג היה עובדא דהרא"ש אבל מהרי"ק מיירי דהפרעון נעשה כאחד בזו ס"ל למהרי"ק דלא מסתבר לחלק הפרעון לחצאין וצ"ע ולקמן בס"ק י"ג עשיתי סמוכי' לדברי מהרי"ק בסברא:

יג **ולא עוד אלא אפילו אמר לו וכו'** אין להקשות דא"כ מה כתב הרא"ש דלכך טענת סטראי טענה גרוע דלא עביד אינש דפרע למלוה ע"פ ושביק שטרא דמה ה"ל לעשות הוא באמת פרעון על מלוה בשטר והמלוה קיבלם בפרעון מלוה ע"פ די"ל כיון דלוה לא שביק וכו' ונהפוך הוא המלוה יותר ברצון ליקח פרעון על מלוה ע"פ מן מלוה בשטר וא"כ הוה לי' ללוה לאסיק אדעת' אם אפרענו סתם בלי ספק יתפסם לפרעון למלוה ע"פ וזה אינו נח לי לא אפרענו עד שיחזיר לי שטרי כדי שלא יוכל לתפסו ומדלא עביד כך ש"מ דלוה היה יודע בנפשו דאין חייב לו למלוה שום חוב ולכך פרע בסתם וא"ש ולק"מ:

אך הא קשיא לטעם הרא"ש תינח בטוען סטראי על מלוה בע"פ אבל אם טוען סטראי על מלוה בשטר אחר והחזרתי לך באמת אותו השטר מה טענה גרועה ולמה אתרע בעדים ול"ל באמת לא ס"ל הרא"ש דבכה"ג אתרע שטרא כמו שהרב בעה"ת בעצמו מתחילה היה לו ספק בזה דהא הטור בסימן ל' סתם דפרעון אחר פרעון מצטרף ולא יכול לומר סטראי מחוב בע"פ או חוב בשטר והחזרתי ובאמת בפסקי הרא"ש י"ל הא

דהקשה הרא"ש למה אינו נאמן טענת סטראי בלי מגו אין הקושיא ביש עדים דלהימין דגרועה בעצמותו דה"ל לומר לפני עדים על חוב זה אני מקבלה ולא בסתם כיון דיודע דהלוה נ"ח לו בשטר ומה לו לריעותא כזו בפני עדים ואם החזיר לו שטר אחר גם כן ה"ל לומר לעדים דעו על שטר אחר אני מקבל רק קושי' הרא"ש בלישנא דגמרא דאמרינן בדליכא עדים הוה ליה מגו דלהד"ם וע"ז סובב קושית הרא"ש ל"ל מגו דלהד"ם בפשוט הל"ל דכיון דליכא עדים אם כן נאמן לומר סטראי דהא ליכא כאן ריעותא כלל ועל זה תי' דלכך אצטריך מיגו גבי טוען סטראי במלוה ע"פ דגרע טענתו דחזקה לא שביק אינש וכו' ולכך בעינן מגו ואילו היה טוען סטראי על מלוה בשטר אחר באמת אין צריך למיגו בדליכא עדים דלא איתרע ומזה הביא הרא"ש ראיה לסתור דברי ר"י הלוי דאף בעדים אין נאמן לומר מתנה דאיכא תרתי לריעותא דאין שכיח שיתן במתנה וגם בעדים הל"ל כמ"ש אך אין כל זה מספיק בתשובת הרא"ש סוף כלל פ"ו דכתב להדיא דלכך בעדים אין נאמן לומר סטראי דטענה גרועה היא וכמש"ל וקשה בשטר מא"ל ולכן נראה דבלא"ה יש לדקדק להרא"ש דס"ל אתרע שטרא היינו דלא קרעינן ליה ואיתפס אפילו בעדים לא מפקינן א"כ הא דאמרינן בגמרא וכן מבואר לעיל בסי' נ"ד דאם אין זוכרין זמן השטר וסכומו יכתבו כך פלוני פרע לפלוני על חוב בשטר סך כך ידי מה יועיל זה אם יבא אח"כ המלוה בשטרו ויתפוס ויטעון סטראי על מלוה בשטר אחר היה השובר דמ"ש שובר בכתב ומ"ש לעדים מעידים בב"ד בפרעון יהיה נאמן ואתה מפסיד ללוה טובא ולכן ברור דקושית הרא"ש לכאורה אין לו מובן במ"ש דיהיה נאמן סטראי בלי מיגו דלא היו דברים מעולם דהא י"ל ודאי אף להד"ם לא היה ראוי דהמלוה יהיה נאמן להוציא דהממע"ה רק דאם כן אף אתה עקרו כל השטרות ולעולם יטעון פרעתי מה שאין כן בסטראי דלא שייך זה מהכ"ת יהיה המלוה נאמן להוציא מעות רק כל קושית הרא"ש דאתרע טענת הלוה הואיל ולא הזכיר השטר בפרעון ורגלים לדבר דהיה בפרעון אחר ולכך סבירא ליה לרא"ש דיש מקום לומר דנאמן בלי מגו ולכך ס"ל אף דל"ל מגו בעדים מכל מקום לא אתבטל שטר לגמרי אבל בהזכיר לו שטר אף דטוען על שטר אחר תו לא מהימן כלל ואתבטל שטר לגמרי בלי פקפוק דהא ליכא ריעותא ומהכ"ת לומר סטראי וא"כ לא קשיא משובר דשם נזכר בשובר השטר וכיון דנזכר שטר תו ליכא טענת סטראי וזה ברור ומעתה גם הנ"ל מיושב דבטוען סטראי בשטר אחר בממ"נ אם הזכיר השטר הא תו אין נאמן לשטר אחר דליכא ריעותא כלל ואם לא הזכיר שטר כלל בשלמא אי טוען סטראי במלוה על פה יש רגלים לדבר דהאמת עם מלוה מדלא הזכיר השטר מה שאין כן אם חוב אחר גם כן בשטר עדיין הקושיא למה לא הזכיר השטר ואם כן

אין כאן רגלים וחזר הדין דאין נאמן לומר סטראי אף דלא שייך סברא דלא שביק כיון דליכא רגלים לדבר ואתי שפיר ובזה מיושב ג"כ מה דהתחלנו להקשות וכן הקשה בס' ב"ש דמה ה"ל ללוה למעבד הוא באמת פרע על שטר רק המלוה תפסו בשביל על פה דברירה בידו כהנ"ל דהא כל ריעותא דהוה ליה להזכיר שטר ומכח זה אמרינן דדעתו היה על מלוה על פה ואם כן א"ש לא שביק וכו' ואם דבאמת היה דעתו על שטר רק המלוה לקחו עדיין ה"ל להזכיר שטר ואם כן אין כאן ריעותא וא"ש ואין להקשות אם כן בתשובה כלל פ"ו הנ"ל דשם אף רע"ו זהובים דשייכים לפרעון שטר והרי מ"מ לא הזכיר השטר ואם כן אין כאן ריעותא ומה אריא בעדים אפילו בלי עדים נמי זה אינו דכבר כתבנו דהודאה היה כאחד אבל הפרעון היה אפשר לאחדים ואז יטעון בקבלת רע"ו זהובים באמת הזכיר שטר כאשר כתב באמת פרעון ביני שיטי דשטר ע"ש ולמ"ש ראיה ג"כ למהרי"ק בפרע מקצת על אותו שטר דל"ל הנשאר על שטר אחר דהא לא אתרע הואיל ולא הזכיר השטר דהא חזינן אף במה דפרע ביה לא זכרו ואם כן לא איתרע ולא מהימן ודברי מהרי"ק ברורים:

סימן נט

א **אינו גובה בו בבעה"ת** שער נ"ג הביא שני דיעות והכריע הוא דאינו גובה בו מידי דהוי חשוד דאינו יכול לישבע על שטרו דאינו גובה בו ולפ"ז לפי דהכריע הטור לקמן בסי' פ"ב דחשוד גובה בשטרו ליתא להך הכרעה וצ"ל דמ"מ ס"ל לטור אף בלי טעמא דבעה"ת אין מקום לגבות דהא בלא"ה ס"ל לר"י ברי ושמא ברי עדיף רק ר"נ דפליג הוא משום דס"ל הממע"ה אבל במוחזק הטוען ברי והמוציא שמא לכ"ע ברי ושמא ברי עדיף. ובזה מיושב קושית מהרש"א בבבא קמא דף ל"ה ע"ב בתוס' ד"ה מדסיפא וכו' דהקשו בניזק אומר שמא ומזיק ברי נימא ברי ושמא ברי עדיף והקשה מהרש"א בגוף שמעת' ה"ל להקשות דמוקי רישא בניזק ברי ומזיק שמא דה"ל ברי ושמא ברי עדיף ולק"מ דאם כן לר"ן לק"מ דס"ל הממע"ה אבל בניזק שמא ומזיק ברי דהוי ניזק המוציא לכ"ע אף לר"נ ברי עדיף ופריך התו' לכ"ע ודוק:

ב **גובה בו** ואם הלוה תובע שיחזיר לו שטרו חייב להחזיר לו ואין לו עליו אלא חרם סתם ש"ך והנה הש"ך קיצר בזה כי נחלקו בבעה"ת שער נ"ב הבע"ת עם הר"י אלברצלוני כי הרב בעה"ת דעתו ודאי אם הלוה תובעו להחזיר לו שטרו פשיטא דצריך להחזיר אבל באין תובעו מותר להשהותו אולי יהיה נזכר אבל לתובעו להלוה ולנסותו אולי יודה בהחוב בזה יש הבדל אי אינו מונח השטר בין שטרות הקרועין מותר לתבוע הלוה לדעת

אם יודה בחוב אבל במונח בין השטרות הקרועים אסור למלוה לתובעו דאולי בשגגה יודה הלוה שחייב לו והוא שקר וכך פי' הוא במשנה מצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו יהיה מונח עד שיבא אליהו ומוקמינן ליה בגמרא שנמצא בין שטרותיו הקרועים והיינו כמ"ש דיהיה מונח עד שיבא אליהו אם המלוה מצא שטר ואינו יודע מה טיבו אם פרוע או לא ואין רשות בידו כלל לתבוע הלוה בו למען דעת מה יאמר בו והוא שנמצא בין שטרותיו הקרועין אבל זולתו הרשות בידו לתבוע הלוה לנסותו אולי יודה וכמש"ל. וצריך ביאור לדבריו דהא בגמרא לא מוקמינן כלל שנמצא בין שטרות קרועים רישא דמצא שטר בין שטרותיו רק סיפא דקתני ואם יש סימפון עמהם יעשה מה שבסמפונות ופריך הגמרא הא סימפון היוצא מתחת יד המלוה פסול ועל זה משנינן בנמצא בין שטרותיו הקרועים וצ"ל דלס"ל כדפי' רש"י דהך ואם יש עמהן סמפון לא מוסב אדלעיל רק הוא ענין בפני עצמו כמ"ש בעה"ת גופיה בשער נ"ב מקודם ומילי מילי קתני רק ס"ל לבעה"ת לבתר דשני הגמ' דנמצא בין שטרות קרועים וקשה קרועים מאן דכר שמיה במשנה ואיך נאמר במשנה סתם מצא סמפון וכוונתו על שנמצא בין שטרות קרועים מאן דכר לו במשנה כלל אלא ברור דרישא דמשנה דקתני דנמצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו וכו' פירוש' בין שטרות קרועים דאל"כ מה נ"מ אי נמצא בתוך שארי שטרות או בפני עצמו אלא הפשט בתוך שטרות קרועים ולכך קתני יהיה מונח עד וכו' וע"ז קתני ואם נמצא עמהם דהך שטרות קרועים סמפון יעשה מה שבסימפונות ומדויק היטב הכל במשנה וא"ש ואם כן אף דבס"ד ס"ל דלעולם יהיה מונח עד וכו' מכל מקום השתא חדי' לי' התרצן דרישא וסיפא דעלה קאי איירי בשטרות קרועים וזהו פירוש בין שטרותיו ולכך יהיה מונח וכו' ולא בדלא נמצא בין שטרות קרועים וא"ש. אבל הר"י אלברצלוני חולק שם וס"ל דבמלוה חי ואינו יודע מה טיבו אף דאין הלוה תובעו מכל מקום אסור להשהותו דאולי יפול קמי יתמי ויתבעוהו והמשנה דקתני יהיה מונח וכו' היינו ביתומים שמצאו השטר בין שטרות קרועים ואינם יודעים מה טיבו אין גובים בשטר עד שיודה הלוה ויהיה מונח וכו' דאולי יתברר מה טיבו והקשה הגי"ת המקשן דהקשה על הא דאמרינן סמפון היוצא מתחת יד המלוה אינו אלא לצחק מהא דקתני אם יש עמהם סמפון וכו' ומשני בשנמצא בין שטרות קרועים דקארי ליה מה קארי ליה וקשי' ליה רישא אי במלוה חי הא חייב להחזיר ואסור להשהותו ואי ביורשים אי בלתי נמצא בין שטרות קרועים יגבו בו וע"כ נמצא בין שטרות קרועים ואם כן מה קשיא ליה והניחו בצ"ע ונראה ליישבו בשני אופנים או דבאמת בס"ד דס"ל סמפון היוצא מתחת יד מלוה כשר א"כ שפיר י"ל דמשנה מיירי במלוה ומותר לו להשהות

השטר אולי יהיה נזכר ואי דחיישינן דאולי ימות ויפול קמיה יורשים הלא יכול להניח בצדו סמפון ולא יגבו יתומים בשטר אבל בתר דאסיק דסמפון היוצא מתחת יד המלוה פסול באמת מצי להקשות אריאשא רק עדיפא פריך דקתני להדיא ואם יש עמהם סמפון וכו' ומשני תירוץ לכל הקושיות דבין רישא ובין סיפא איירי בנמצא בין שטרות קרועים וכמש"ל דבין שטרות פי' בין שטרות קרועים ועלה קרי אם יש עמהם סמפון כנ"ל וא"כ איירי ביתמי ומכל מקום אינן גובים הואיל ונמצא בין שטרות קרועים וא"ש.. ויותר נראה דס"ל לר"י אלברצלוני דודאי ידע בס"ד דאיירי ביתומים ובין שטרות קרועים רק ס"ל מדרישא ביתמי סיפא ואם יש עמהם סמפון נמי ביתמי וקשיא לי' אי איירי דשטר נמצא בין שטרות קרועים בלא"ה אינם גובים ופשיטא בנמצא סמפון דיעשו מה שבסמפון ואי דלא נמצא מה יועיל הסמפון הא ביוצא מתחת יד המלוה פסול וע"ז משני דלא מיירי בשטר בין שטרות קרועים דהיינו רישא רק איירי שהסמפון בין שטרות קרועים ומכל מקום הסמפון כשר כפירש"י דאלו היה עדיין צריך לו לא היה מניחו בין הך שטרות קרועים וא"ש ולק"מ אך הך פי' של הר"י אלברצלוני דשטר הנמצא בין שטרות הקרועים דאין ליתומים לגבות בו לא קי"ל לדינא כמבואר לקמן בסי' ס"ה סח"י ע"ש ואם כן ליתא לפירושו והדרן לפי' של בעה"ת ואף דבאמת רוב מחברים גם פירושו לא פירשו במשנה רק מוקי לי' בשליש וכמ"ש הבעה"ת גופי' מ"מ כיון דלא מצינו חולק אדין שלהם ויש לדבריהם פנים בהלכה פשיטא דשומעין לדברי רבוותא הקדמונים ז"ל והכי קי"ל:

סימן ס

א **או נתן** ואם ב"ח מאוחר קדם וגבה זה המוקדם דאית ליה בשעבודו מא"ק גובה ממנו דבזה דלא שכיח לא תקנו תקנת השוק כן החליט רבינו ב"י בספרו ובבד"ה עד שכתב על המבי"ט החולק רב הטועה והסכימו עמו רבים מחכמי דור כמ"ש הש"ך גופי' ואולם הש"ך הכריע נגד הרב ב"י ולא עשהו אפילו ספיקא דדינא ובכל דבריו אין ראיה ברורה כל דהוא דמ"ש דהואיל דחזינא לענין מתנה מהני ש"מ דאמרינן דהך דכתב בי' מא"ק כאלו לא נכתב כלל אם כן אף לענין ב"ח מאוחר נימא כן דבריו אינם דא"כ אף נגד שטרות נימא כן אלא ברור דבמילתא דשכיח תקנו ובלא שכיח לא תקנו ולכן גם מ"ש דלקמן לענין תקנת השוק בסי' שנ"ו גרע מתנה מן גנב ופרע בחובו פשיטא דיש חילוק אם הוא עצמו פרע לב"ח מאוחר זה שכיח למאוד דבא ב"ח מאוחר ולוקח מן הלוה דבר בפרעון אבל שיגבו ב"ד לב"ח מאוחר ומעשה ב"ד איתליה קלא ולא יבא לטרוף המוקדם לא שכיח כלל ובמילתא דלא שכיחי לא תקט ומ"ש הש"ך לדוחק אין זה דוחק כלל כי

אם פשוט דכל כוונת הב"י בהגבו ב"ד אבל לא בהגבה ליה בעצמו דהיינו מכר או נתן ולא איירי רק בהגבהו ב"ד דאין כאן מכירה גמורה עד שרבים מחברים סבירא להו אפילו במטלטלין שומא הדרא עיי' לקמן סי' ק"ג ועדיין יד הלוה מעורב ביי' וטורף ממנו ב"ח מוקדם ואמת כי לפי מ"ש התו' בריש פרק מי שהיה נשוי בהא דס"ד ב"ח מאוחר שקדם וגבה גבה ואסקינן דלא גבה והקשו התו' דע"כ בקרקע איירי דמטלטלין לא משתעבדי כלל ואם כן איך ס"ד דיהיה מה שגבה גבה לו יהיה דמכרן בהחלט ב"ח מוקדם טורף ותי' דאף דטורף מן לוקח ס"ד מן ב"ח מאוחר אין לטרוף דיותר נעילת דלת בלוים מן לוקחים דיהיה נמנע מלהלות יותר משיהיה נמנע ליקח ואם כן כיון דיותר נעילת דלת בכה"ג אם כן אף לענין תקנת שוק נטעון כן אם תקנו בשביל לוקח למה לא תקנו בשביל ב"ח מאוחר דאף למסקנא דקי"ל דלא גבה היינו דשקולי' הם ולא חילקו חז"ל בין לוקח לב"ח אבל מכל מקום הסברא לא זז דאין ליפות כח הלוקח מב"ח מאוחר וכ"כ בכה"ג דמהך יש הוכח' רק ביקש לדחות דהמלוה לא יחוש להלות בשביל כך הואיל ולא כתבינן בכל שטרות מא"ק ואין בזה ממש דא"כ גם הלוקח לא יחוש לקנות דמ"ש סוף כל סוף ב"ח מאוחר עכ"פ שקול כלוקח אבל באמת הך תי' בתו' דחוק והעיקר כמ"ש הרא"ה וריטב"א והר"ן שם בפ' הנ"ל דהך אי קדם וגבה גבה או לא תלי' במחלוקת אי שיעבודא דאורייתא או לא דאי דאוריי' ודאי לא גבה אבל אי לאו דאורייתא אם כן שורת הדין דאף מלוקח אין לו לטרוף רק מפני תקנת המלוי' תקנו חכמים לטרוף וכאן שיש שני מלוי' מה חזית דאזיל בתר תקנ' של זה אזיל בתר תקנה של זה ע"ש ואם כן אף כאן הסברא הא שורת הדין דקי"ל ש"ד וכתב לי' מא"ק דיטרוף רק חז"ל תקנו מפני תקנת הלוקחים דלא יטרוף אבל כאן מה חזית דאזלת בתר תקנת' דהך מלוה זיל בתר תקנת' דהך מלוה ונעמיד הדבר על שורת הדין וביותר לפי מ"ש הרא"ה דגבי לוקח הוצרכו חז"ל לתקן שיטרוף ב"ח מוקדם דאל"כ תמיד ימכור הלוה נכסיו ויצא המלוה בפחי נפש משא"כ בב"ח מאוחר מי ילוה מאוחר לב"ח מוקדם על סמך הלזה דלא יבא ב"ח מוקדם ויעכב הגבי' בב"ד ולכך לא חששו ע"ש ואם כן אף כאן איך נבטל שעבוד מא"ק הכתוב בשטר מפני תיקון עולם דימנע ב"ח מאוח' להלות דזה לא שכיח ועדיין לא תקנת' דמי הוא השוטה שילוה על סמך זה דלא יבא ב"ח מוקדם לעכב גביתו בב"ד כמ"ש הרא"ה וריטב"א להדיא ואם כן הדברים ברורים ומבוארים כדעת רבינו ב"י ואפילו הדבר ספק בתקנה אוקמינן אד"ת וא"ש ונכון:

ב **או משכן** בתשובת חות יאיר סי' ר"ב פסק אם תפס משל בעל בחייו ואח"כ במות הבעל באה האשה לגבות מה שתפס בכח כתובתה דנשתעבד לה מח"ק דאין כח ביד

האשה להוציא הואיל ולא מטי זימנ' אז בעת התפיסה לגבות ולא ידעתי מנין לו זה מה שכתב הגיע זמן או לא הגיע זמן סוף כל סוף דשעבודה של אשה חל עלי' ואם רוצה להשוות תפיסה למשכן אף בבא זמנו נמי לעולם יש בי' תקנת שוק איברא דזה אינו דהא משכן תנן ולא תפס ומי גרע זה מב"ח מאוחר שקדם וגבה הא אין לך תפיסה גדול מזה ומכל מקום כבר בררנו כדעת רבינו ב"י ואף המבי"ט החולק מודה בתפיסה ומה בכך דהגיע זמנו או לא זמנו וכי אינה טורפ' מן קרקעות שמכר הבעל בחי' וכיון דמשתעבד מא"ק חזר הדבר להיות בשוה ולכן דבריו בזה צל"ע ואגב ריהט' כתב:

ג **דלא שייך בשטרות וכו'** הש"ך הוכיח מכאן דסבירא ליה למחבר כרא"ש ודלא כרשב"א דשטרות משתעבדי באגב ואפשר לומר אף דלא משתעבד מ"מ אם גבה השני קרקעות הראשון גובה הימנו מדר"נ מוציאין מזה וכו' רק אלו היה גבית שטרות ג"כ תקנת השוק אף מכח דר"נ לא היה סיפוק ביד ב"ח מוקדם לגבות דמ"ש סוף כל סוף ת"ה איכא ולכך קאמר דלא שכיח ולית בהו ת"ה ועיי' לקמן ס"ס קי"א מ"ש שם באריכ':

ד **או שלא נתן קצבה לשנים** הש"ך הקשה דהא ברשב"א בתשובה מבואר דכה"ג מיקרי דבר קצוב וכבר קדמו הסמ"ע בס"ק יו"ד ולכן נראה מפי' הסמ"ע דמ"ש רמ"א או שלא נתן קצבה לשנים פי' תרתי דלא נתן קצבה לשנים וגם מה שיתן לו בכל שנה וקמ"ל רמ"א דמ"מ רוב אחרונים חלקו על הרמב"ם וס"ל אפילו בכה"ג דהוי דבר שאינו קצוב מצדי צדדים מ"מ יכול להתחייב עצמו בכל אופן איברא מ"ש הרשב"א בסוף תשובה המתחייב ליתן לכל שנה מעשר מפירות שיעלו משדה זו מיקרי גם כן דבר קצוב צ"ע כי א"כ אף המתחייב ליתן כל פירות שיעלה שדה זו בכל שנה מיקרי דבר קצוב דמ"ש מעשר ממנו או כולו משפט אחד לחלק כמו להכל ואם כן איך יובן הא דאמרי' דאין מוציאי' לאכילת פירות ממשעבדי וקאמר ר"ח משום דאינם קצובים הא קצוב לשלם כל הפירות היוצא משדה שיטרוף הנגזל או ב"ח אם מעט או הרבה וברי"ו לא העתיק סוף תשובת הרשב"א הנ"ל כי נר' דלא ס"ל וצ"ל דס"ל לחלק אם מתחייב ליתן דמי הפירות שיעלו בשדה בשנה זו מיקרי דבר בלתי קצוב כי א"י בכמה מכניס עצמו לחיוב אבל אם אומר גוף הפירות של שדה זו שיעלו אני חתן ולא דמיהן רק מה שיגדלו עלי לתת לך אם רב או מעט הוי דבר קצוב כי מה איכפת ליה הוא לא מתחייב רק מה שיוציא השדה זו והשדה ידוע ולכך באכיל' פירות כי א"א לתת גוף הפירות רק נתחייב שאם יטרפו לשלם דמיהן ה"ל דבר בלתי קצוב ובהכי ניחא מ"ש הרמב"ן בבעה"ת שער ס"ד במתחייב לתת כ"ב כור חיטין לשנה ה"ל דבר בלתי קצוב כי זה מתחייב לקנות מכיסו משוק כ"ב כור

חיטין ואינו ידוע שער המקח ה"ל דבר בלתי קצוב ואין כאן סתירה מרשב"א לרמב"ן כלל וא"ש:

ה **אעפ"י שקנו מידו וכו'** על דינו של הרמב"ם צוחו קמאי וכבר בררתי הדברים באריכ' בחדושי לא"ע בפלפול רב בגפ"ת אמנם מה שנוגע לכאן בקצרה הוא באמת פשוטן של דברי' ברמב"ם בהלכות מכירה פי"א דכתב המתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לא נשתעבד ומפני מה הפוסק עם אשתו לזון את בת אשתו שחייב לזון מפני שפסק בעת נשואין והדבר דומה לדברים הנקנים באמירה עכ"ל ודייק הכ"מ הואיל וקאמר דברים הדומים לדברים הנקנים באמירה ולא קאמר כי הן הן הדברים הניקנים באמירה אלא דלא מיירי בפסיקה בעת קדושין ואירוסין רק בעת נשואין ולכך בעי קנין או שטר ולא נקנים באמירה כרב גידל ומכל מקום מתחייב דבר שאינו קצוב הואיל דומה לדברים הנקנים באמירה היותו עדיין קודם גמר נשואין ויפה דיבר ואין פקפוק וספק כלל בפירושו לדברי הרמב"ם אלא דהיא גופה קשיא דהרמב"ם נתן טעם דלכך מהני קנין הואיל ודמי לאירוסין והיא גופה קשיא למה באירוסין מהני קנין ואמירה לדבר שאינו קצוב ומה בכך דהן הן הדברים הנקנים באמירה וכי עדיף מקנין גמור דאין מועיל לדעתו בדבר בלתי קצוב ויותר מסתבר שלא יועיל בו אמירה ולכן היה נראה ע"כ סבירא ליה לרמב"ם דמתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב אין חיובו חל היינו כשאין מתחייב לו הזוכה בחיוב דבר כנגדו ולכך לא נחית לחיוב אבל כשכנגדו מתחייב למולו דבר אחר הרי זה מכניס עצמו בחיוב בכל אופן אפילו בלתי קצוב ולכך כתב הרמב"ם שזה כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו לו במתנה הרי דכל ענין דבריו במתנה מוחלט ואעפ"י שאמרו בלשון חיוב הואיל הוא בלתי קצוב לא מכניס עצמו בכך אבל בשכנגדו מתחייב עצמו למולו מה תואר מתנה שייך כאן וארווח לן בזה לא לבד קושית הרמב"ן בבעה"ת שער ס"ד על הרמב"ם מן מה שאירש מאבא ומן שבח קרקעות וכו' דהן הכל בגדר מכר ולא במתנה אף גם הקושי' שיש לי כאן לזון ה' שנים לרמב"ם ה"ל דבר בלתי קצוב ה"ה ה' ימים אם כן הא דקתני בפ' השוכר את הפועלים וכו' דאמר עד שלא יתחילו במלאכה וכו' שאם אתה עושה סעודה שלמה וכו' מה כל החרדה הזה הא ה"ל דבר בלתי קצוב דלרמב"ם כללא הוא מזונות הוי בלתי קצוב ואין כאן חיוב וקנין חל כלל ולעולם הרשות בידו לחזור וא"צ זריזות לומר להם עד שלא יתחילו וכו' אלא ודאי הואיל ואין כאן גדר מתנה שהרי הם מתחייבים למולו לעשות מלאכתו של בעה"ב וחלף שכר טרחם אוכלים לא שייך בי' דבר בלתי קצוב כלל ומעתה סבירא ליה לרמב"ם בפוסק בעת קדושין דע"י הפסיקה והחיוב נתרצית לקדש לו והרי זה כמו מכר וקונה האשה לעצמו פשיטא דמהני ולכך לא

שאל כלל למה בפוסק בעת קדושין לזון בתה ה' שנים דמתחייב דהוי כמו מכר רק שאל הפוסק בעת נשואין בקנין דמהני למה הא אז הוי כמתנה דכבר נתקדשה לו מקדם וע"ז תי' הואיל והוא עוד בעת נשואין הרי הם דומי' עדיין לדברים הנקנים באמירה כי עדיין לא נגמר הפסיקה מאירוסין עד גמר הנשואין ולכך מהני בי' איברא הואיל ואינו בעת אירוסין ממש צריך קנין כמ"ש לקמן ודברי הרמב"ם מדוקדקים למאוד. ובהכי ניחא ליה מה שהריב"ש בסי' שמ"ה תמה על דמצריך הרמב"ם בהל' מתנה בדברים הנקני' באמירה שיהיה ברשותו דאם מועיל לדבר שאינו קצוב אף דלשיטתו לא חל בו קנין בעלמא למה לא יועיל לדבר שאינו ברשותו נמי והגמי"י באמת בשביל כך דעתו לומר ברמב"ם דבשעת אירוסין א"צ שיהיה ברשותו וזה אינו דמלבד דלישנא דרמב"ם אינו מורים כך אף גם בש"ע סי' נ"א בא"ע מבואר להדיא דלעולם בעינן דבר שיהיה ברשותו אבל לפמ"ש לק"מ דבשביל הן דברים הנקני' באמירה לא תקנו חז"ל שיחול הקנין על דבר שאין מועיל בו קנין כלל רק בדבר שאינו קצוב שורת הדין כך דבעת אירוסין ה"ל כמכירה דמועיל לדבר שאין קצוב קנין ובשעת נשואין הואיל ועדיין לא נגמר הטיב קדושין ה"ל כמו דברים הנקני' כנ"ל והוסיפו הואיל ואין ממש בעת קדושין להצריך קנין אבל בדבר שאינו ברשותו דאין מועיל אפילו במקח וממכר מה טעם יש בו דיהיה מועיל בדברים הנקני' באמירה ולק"מ. גם בזה מיושב השגת וטענת הראב"ד ז"ל בהא דפרכינן לר"ל דסבירא ליה האומר חייב אני לך מנה בשטר דאינו חייב מהך משנה הנושא אשה ופסק לזון בתה דחייב לזינה ומשני בשטרי פסיקתא והקשה הראב"ד לשיטת הרמב"ם בלא"ה אף לר' יוחנן צ"ל בשטרי פסיקת' דאל"כ הא ה"ל דבר שאינו קצוב (ובחידושי לא"ע אמרתי בו ישובים רבים) ולפי הנ"ל לק"מ דלא ידע בס"ד הך דר' גידל דהן הן הדברים וכו' ומ"מ לא קשי' ליה מדבר שאינו קצוב דהוא מוקי' ליה למשנה בעת קדושין וה"ל כמקח וממכר ומועיל ולק"מ אבל לר"ל פריך דהא אין בחיובו ממש וע"ז משני דאיירי הן בעת קדושין ונקני' באמירה או בעת נשואין וקנו מידו וכרב גידל וכו' וכנ"ל ילק"מ. כך היה נראה ברור ברמב"ם בלשונו וכך יפה לנו למעט במחלוקת ולומר במקח וממכר מודה הרמב"ם לרוב חז"ל החולקים עליו. איברא דאין כן דעת הרמב"ן בבעה"ת שטר ס"ד שהבין כן ברמב"ם כנראה מטענתו שטען על הרמב"ם ע"ש וביחוד מצאתי לריטב"א כתובות פ' הנושא דדחה סברא זו בשם רבותיו דהא בנשואי אשה איכא מו"מ וגם דעת הרמב"ם דערב אינו משתעבד בדבר בלתי קצוב וערב הוי כמו"מ בהאי הנאה דהימנו' ובאמת אם לדין יש תשובה גבי קדושין באמת הוי כמו"מ כמ"ש ומן ערב פשיט' דל"ק כמ"ש הסמ"ע לקמן בסי' קל"א ס"ק כ"ה דשאני ערב דאפילו הראב"ד מודה שם דיש

מקום לומר דלא מתחייב ע"ש ומ"ש שם שוב מצאתי במשנה למלך שכתב בשם מחבר ח' ג"כ סברא זו והמ"ל הביא דברי ריטב"א הנ"ל ובאמת דברים אלו שכתב' כראי מוצק מכמה ראי' וביחוד מהך ראי' דהשוכר את הפועלים ותמהני שלא הרגישו בו המחברים מ"מ בטלה דעתי נגדם: ולכן נראה עוד דיליף ליה הרמב"ם הך דינא מהך שמעת' דגיטין דנחלקו ר"י ור"ח בהא דאמרינן אין מוציאין למזון וכו' מפני ת"ה דר"י אמר מפני שאינם כתובים ור"ח אמר שאינם קצובים ופריך הגמ' מהך דנושא ופוסק לזון בתה ה' שנים דס"ל דבר שאינו קצוב ג"כ ומשני בשקנו מידו וקשי' לרמב"ם אי הטעם הואיל ואין לו קצבה אין הלוקח יודע ליזהר אף דהוא יודע מהשעבוד אם כן מה מהני קנו מידו סוף כל סוף אין לו קצבה ולא סמיך הלוקח דעתו להזהר ולכן סבירא ליה לרמב"ם הא דאמרינן שם דר"י ור"ח כתנאי דתנן אין מוציאין וכו' מפני שאינם כתוב' ור' יוסי אמר מה תיקון עולם יש בזה הלא אינם קצובים ופירש"י מהדין בלי ת"ה אין לגבות ממשעבדי דהא אין קצובים ותפס הרמב"ם פי' רש"י רק סבירא ליה אם באמת ס"ל לר"י גופי' דגוף החיוב על ב"א חל אפילו בבלתי קצוב רק ממשעבדי אין לו לגבות מפני תקנות הלקוח' דלא ידעו להזהר היינו תיקון עולם דקתני במשנה ובריי' תקנת הלוקחים דאל"כ לא יקחו דבר דא"א להם להזהר מבלתי קצוב ומה זו שאלת ר"י וגם קשה קושי' התו' אם כן דר"ח כר' יוסי איך קאמר דבריו על המשנה דקתני להדיא מפני ת"ה אלא סבירא ליה כך שורת הדין דאפילו מב"ח אין כאן חיוב וגבי' כלל דלא נתחייב בדבר שאינו קצוב רק תקנת חכמים ותנאי ב"ד היה במזון אשה ובנות וכ"כ בשבח היה תקנת חכמים כדי שיהיה אדם לוקח שדה דאל"כ ימנעו ליקח אם יפסיד שבחו ואם כן כיון דנחתו חז"ל לתקנה היה ראוי לתקן שיחול על משעבדי נמי והפקר ב"ד הפקר רק שם נהפך דאיכא תיקון עולם להיפוך דימנעו שאר לוקחים ליקח ולכך הניחו והעמידו על ד"ת לגבי לוקחים דלא חל שעבודא כלל וזהו שנחלקו בו ת"ק ור' יוסי דת"ק סבירא ליה דשורת הדין היה לגבותו מן לקוחות רק מפני ת"ה עקרוהו חכמים שאינו כתוב' ואמר ר"י מה ת"ה יש בזו אדרבא שורת הדין דאינו מתחייב כלל אפילו מב"ח רק חכמים תקנהו ומפני ת"ה הניחו לגבי משעבדי על עיקר הדין ומה דאינו גובה ממשעבדי הוא כדינא ולא מתקנה וא"ש ואם כן בדברים הנקני' באמירה דקים להו לחכמים מפני חיבת נשואין מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב בשקנו מידו כמ"ש הרמב"ם אף ממשעבדי גובה דלא עקרהו חכמים לגבי משעבדי הדין תורה רק מפני תקנתם הניחו על ד"ת וכאן הדין דיחול החיוב וא"ש וברור ומיושב התמי' הנ"ל וגם טענת הראב"ד מהך דפ' הנושא דפרכינן לר"ל ור"י כנ"ל דכל זהו לר"ח דסבירא ליה כר"י מפני שאינו קצובים וכמ"ש אבל ר"י ור"ל דסבירא

ליה הטעם מפני שאינו כתובי' סבירא ליה דמתחייב עצמו בדבר שאין קצוב וזהו היא המחלוקת בינם ובין ת"ק ור"י ובזו נחלקו ואם כן שם דסובב הכל לר' יוחנן ור"ל פשיטא דמהני לדבר שאין קצוב ולק"מ והראב"ד דכתב דלא ידע מאיזה מקום הורו לע"ד הוא המקום הראוי ללמוד ממנו דין הנ"ל ונראה דאף הרמב"ם לא אמרה אלא בתורת חיוב דמתחייב עצמו לדבר בלתי קצוב בזו לא סמכה דעתו כלל הואיל ולא קצוב לא מכניס עצמו בחיוב אבל אם אמר כל מה שתעלה מצודתי מכור לך למ"ד אדם מקנה דשלב"ל פשיטא דחל המקח דכיון דאינו מכניס עצמו לחיוב רק מקנה מה איכפת לי' אם מעט אם הרבה יאכל וכבר בררנו בס"ק קודם דעת רשב"א בכיוצא בזה באמרו מה שיוצא השדה אם אין מכניס עצמו בחיוב דמיהן אינו בגדר דבר שאין קצוב וה"ה בכזה דלא אמר הרמב"ם רק החיוב אינו מכניס עצמו להתחייב בדבר שאין קצוב אבל מקח חל ולכך לא קשי' ליה לרמב"ם מכל הטענות שטענו עליו מן מה שתעלה מצודתו וכו' וכן בהא דאמרינן יכיר ל"ל הא אי בעי למיתב מתנה יהיב ומשני בנכסים שנפלו לאח"כ ופריך לר"מ מא"ל והקשה הרמב"ן אף לר"מ הא הוי דבר שאין קצוב (כי דחיק' לי' דברי בעה"ת דהך דבר בלתי קצוב הוי כמו דשלב"ל ולר"מ באמת קנה דהא בחיוב דמתחייב עצמו אף רבנן מודים לר"מ דיכול להתחייב בדשלבל"ע ומ"מ סבירא ליה לרמב"ם דאינו מתחייב ואם כן ש"מ דלא תלי' זה בזה ונכון) ולפמ"ש הכל ניחא דבמקח ומתנה דאין מתחייב עצמו לשום דבר לא משגיחין בי' בדבר בלתי קצוב ולכך המקדיש מעשה ידי אשתו דתלי' בדשלב"ל ולא נימא בי' דהוי דבר בלתי קצוב וא"ש ואמת כי בגוף הקושי' לפי מ"ש הגי"ת דאם מכר דבר שכבר העלתה מצודה אף דלא נודע מה בתוכו אם רב או מעט אינו בגדר בלתי קצוב דהרי קציבתו לפניך ואינו מחוסר רק הידיעה והוא דבר נכון ואמת בלא"ה י"ל דלק"מ לר"מ דכיון דסבירא ליה לר"מ דיכול לחזור בו קודם שבא לעולם ש"מ דסבירא ליה דקנינו פורח באויר ואין חל עד שבא לעולם ואז תיכף ברגע שבא לעולם חל קנינו מבלי למהדר בי' ואם כן אז שחל הקנין דכבר בא לעולם כבר קצוב הוא ואם שאינו נודע לו מה בכך מכל מקום באותו רגע שחל הקנין באותו רגע כבר הוא בעולם ולא שייך דבר בלתי קצוב אבל במתחייב שהחיוב יחול עכשיו על עצמו ולא מצי למהדר בי' כלל מעת חיובו והלאה ואז הוי בלתי קצוב ולא סמכ' דעתו וא"ש ושניהם אמת ונכון:

ו **וחלקו עליו וכו'** וכן הנכון וזהו לגבות מב"ח אבל ממשעבדי כתב הש"ך דרמב"ם פסק בהל' מלוה פכ"א כר"ח דלכך אין גובה משום שאין קצוב ואם כן יש מקום לומר דאין גובה ממשעבדי ובפרט כי דעת רש"י ורמב"ן בתשובת בעה"ת שער מ"ג גם כן פוסק

כר"ח ויפה כתב ומיהו הש"ך פקפק אם כתב שטר אי מהני אף דרמב"ם בפ' כ"ג מהלכ' אישות כתב אלו שפסקו לזון בת נשותיהן ה' שנים אם קנו מידם או שחייב עצמו בשטר הרי זו כב"ח בשטר וגובה ממשעבדי וכו' ואם פסקו בעת קדושין ולא היה שם קנין הרי הם דברים שלא ניתן ליכתוב ואינה טורפת ממשעבדי עכ"ל ומזה נר' דכתיבה בשטר מהני כתב הש"ך דצ"ל דתלמיד טועה הוסיף לכתוב או שחייב עצמו בשטר דהא ה"ל אינו קצובי' ול"ל פיסוק בשעת נשואין שאני דא"כ מה פריך הגמ' בנזיקין וכ"כ המ"מ והעמידו בניזיקין בשקנו מידו אבל אם כתב ליה אינו טורף ממשעבדי וכן מורה דסיי' הרמב"ם סוף דבריו ואם פסקו בעת קדושין ולא היה שם קנין וכו' ולא כתב ולא היה שם שטר אלא ש"מ דשטר לא מהני וכו' עכ"ל ודבריו בלתי נכונים דאיך אפשר לתלות מ"ש או שחייב עצמו בשטר בטעות הא לעיל מיני' בהלכה י"ז כתב אבל שלא בעת קדושין עד שיקנו מידו או שיכתוב שטר ואם סבירא ליה במה דמשנינן בגיטין בשקנו מידו קנין דוקא ולא שטר מנ"ל דכתיבה מהני כלל לדבר שאינו קצוב במה דבעלמא אינו משתעבד לשיטתו רק בזו בטשא אמרינן בשקנו מידו ואי קנין דוקא לא מצינו דיהיה שטר מועיל כלל אלא ברור דלרמב"ם מוכרח דשטר מועיל דהא מפרש הא דמספקא לן בפ' הטשא אי ניתנו ליכתוב היינו אי מועיל כתיבה לגבות ממשעבדי או לא תקנו חכמים בי' כתיבה ואף דנכתב כאלו לא נכתב דמי כמ"ש רש"י ורי"ף ועיין טור א"ע סי' ל"א ע"ש וע"ז פשטינן מהך דהנושא דחייב לזון בתה ה' שנים ממשעבדי ודחינן בשקנו מידו וקשה הא אף דניתן לכתוב מכל מקום בלא"ה צ"ל דקנו מידו דאל"כ הא ה"ל דבר שאין קצוב ואין גובה מב"ח ומכ"ש ממשעבדי אלא ודאי דשטר מועיל גבי חיבת נשואין דגמר ומקני אף לדבר שאין קצוב לדעתו כמו קנין ולכך מספקא לן אי תקנו חז"ל בי' כתיבה ואי היה מועיל בי' כתיבה היה מועיל לענין דבר שאינו קצוב כמו דמועיל קנין דחיבת נשואין שאני וזה פשוט וברור ואם כן לפי דקי"ל דלא ניתן לכתוב לא מועיל כתיבה דלא ניתן לכתוב רק קנין מהני בחיבת נשואין אפילו לגבות ממשעבדי כמש"ל וכדמוכח לדעת רשב"א בגיטין (ואדרבא לשיטת הרמב"ם כתבתי בס"ק הקודם טעם נכון למה מועיל לענין משעבדי ולק"מ) אך זהו דלא ניתן לכתוב סבירא ליה לרמב"ם דוקא בעת קדושין דאז לא תקנו חכמים כתיבה כדאמרינן אבל אח"כ דלא היה תקנת חכמים ניתן לכתוב ומהני כמו קנין כדמוכח מהך איבעיא ניתן לכתוב וכן רש"י דמפרש הך איבעיא כמו רמב"ם סבירא ליה דכתיבה מהני כמו קנין ופירש בגיטין דקנו מיני' סתם קנין לכיתבה עומד ואף דרש"י סבירא ליה דהוי דבר קצוב מכל מקום נלמוד מיני' דסבירא ליה דמ"ש קנין ומ"ש כתיבה והן דברי הרמב"ם בדקדוק דכתיב בהלכה י"ז אבל שלא בעת קדושין

עד שיקנו ממט או שיכתוב שטר דשלא בעת קדושין ניתן לכתוב ומהני לכתיבה וכ"כ אחר כך אלו שפסקו וכו' דמיירי בעת נשואין דבעי קנין לרמב"ם כמש"ל הואיל ורק דמי לדברים הנקני' באמירה וכמ"ש הכ"מ כנ"ל כתב אם קנו מידו או כתבו שטר דאז ניתן לכתוב ולכך גובה ממשעבדי וסיים ואם פסקו בעת קדושין ולא היה שם קנין ושם לא כתב הרמב"ם ולא היה שטר דבעת קדושין אף דהיה שטר אין מועיל כלום דלא ביתן לכתוב אז ולכך כתב כיון דלא היה קנין לא ניתן לכתוב ואף דהיה שטר דמה בכך בשעת קדושין לא מועיל שטר ודברים פשוטים ולרמב"ם הא דפריך הגמרא בגיטין מהך דניזונת ממשעבדי אף דידע דחיבת נשואין שאני דאל"כ בלא"ה לא מתחייב כלל מכל מקום נר' דסבירא ליה כמו שפירש"י דהקושי' הוא למ"ד מפני שאינו כתובין דאין לו קול ולכך פריך שפיר דמה בכך חיבת נשואין הא ל"ל קלא ול"ל בדכתב לי' דהא איירי בעת קדושין ולא ניתן ליכתוב ומשני בשקנו ממנו והוי ליה קול וא"ש ודברי רמב"ם פשוטים ושגגה יצא מלפני השליט דביקש להגיה בדברי רמב"ם. ולפ"ז אף דלרמב"ם זהו הכל בחיבת אירוסין ונשואין היינו משום דסבירא ליה בעלמא דבר שאינו קצוב לא נשתעבד כלל מכל מקום מן רמב"ם נשמע לדידן דלא סבירא ליה לחלק בין פסיקא לשאר דברים וסבירא ליה מהך דכתובות דבכל דוכתין מתחייב בדבר שאינו קצוב כמו בשטרי פסיקת' אם כן אף לדידן בכל דוכתין מהני כתיבה כמו קנין וכמ"ש רש"י סתם קנין לכתיבה עומד. איברא די"ל דמגמרא דקשאל לר"ח כתובים וקצובי' בעינן או קצובי' אעפ"י שאינו כתובים ולא קאמר איפכא נמי וכתובים אף בלא קצובים נמי מועיל בשלמא לרמב"ם הך איבעיא בעלמא זולת שטר פסיקתא קאי ואם כן ל"ל. כתובים אעפ"י שאינו קצובים דבאינו קצובים לא משתעבדי כלל אבל להחולק על רמב"ם וסבירא ליה דמ"מ מהני א"כ הל"ל כתובים אף בלא קצובים א"ו דלא מהני כתיבה וכן ס"ל לפירש"י דמספקא לן אי קצובי' אעפ"י שאינו כתובי' דס"ל מלוה ע"פ גובה ממשעבדי א"כ לדידן דקי"ל אינו גובה ע"כ תרתי בעינן כתובים וקצובים ולא מהני כתיבה כלל וכ"כ הרשב"א לשם דבעינן דוקא קנין ולא מהני שטר וה"ה בשם ר"ח דדוקא קנין ולא כתיבה ואעפ"י שכתב הרשב"א דר"ח ס"ל בכתובות סתם קנין לכתיבה עומד התם לא מיירי כגון דבר שאינו קצוב רק מחמת ניתן לכתו' ופי' ר"ח אי הוי כמו שטר או בעינן דוקא שטרא וע"ז שפיר משני דקנו מיני' וה"ה שטר דהא ע"ז סיבב כל האיבעי' לשיטת ר"ח אבל לר"ח דבעינן דבר קצוב יפה כתב ר"ח דמהני דוקא קנין ולא שטר כלל. אך רבינו בא"ע נראה דדעתו נוטה להכריע גבי שטר הנעשה בעת נשואין כיון דבלא"ה דעת הרמב"ם מבואר דמהני שטרא וכן מוכח כמש"ל לפי דפוסק בסי' נ"א שם כמ"ש רמב"ם ורש"י דלא ניתן לכתוב

אפילו נכתב שטרא לא מהני דלא תקנו חכמים שטרא וקשה א"כ מה פשיט לי' מהך דהיא נזונו' מן נכסי' משועבדים דהתם הא בלא"ה צריך קנין דאל"כ ה"ל דבר בלתי קצוב וצ"ל דכתיב' מהני רק י"ל אולי בס"ד ידע מקורבא דנשואין דה"ל שטר פסיקת' מהני כתיבה ולא בעלמא ולכך שפיר פריך וכמש"ל לדעת הרמב"ם אבל בעלמא בלי שטר הנעשה בעת נשואין ס"ל כרשב"א ור"ח דוקא קנין ולא שטר וכדמוכח מהך דקצובים אעפ"י שאינו כתובי'. ולכך בא"ע סי' קי"ב סעיף ה' דמזון הבנות דאין נזונות ממשעבדי הביא דעת רמ"ה שהביא הטור דאם לאחר נשואין קנו ממנו על מזון הבטת טורפת מן משעבדי ואלו הטור בהביאו דברי רמ"ה כתב או כתב לי' שטרא באפי' נפשי' והש"ע השמיטו משום דס"ל הטור לא פסק כר"ח רק הטעם משום כתובים וא"כ בשכתב טורף ממשעבדי אבל הוא נמשך אחרי דברי רמב"ם כדרכו תמיד דקי"ל כר"ח משום שאינו קצוב ופי' לא מהני כתיבה רק קנין ולכך. השמיט הך דכתב שטר בפ"ע דשטרא לא מהני אבל בסי' קי"ז במזון בת אשתו דפוסק בעת נשואין הביא דטורף ממשעבדי אי קנו מיני' או כתבו עליו שטר הרי דס"ל בחיבת נשואין לכ"ע מהני כתיבה או קנין ודברי הב"ש שם קצת מעורבום והעיקר כמ"ש. והב"ש הקשה איך יועיל שטר הא קי"ל בסי' נ"א דלא ניתן לכתוב ומכח זה רצה לחלק בין שטר לשטר ובאמת מ"ש נכון דבעת קדושין הוא דלא ניתן ליכתוב ולא מהני שטר אבל אח"כ בעת נשואין ניתן לכתוב ומהני שטר ולק"מ ובהכי ניחא דבעינן למפשט דניתן ליכתוב מהא דאין כותבין שטר אירוסין ונשואין אא"כ מדעת שניהם ודחינן לא בשטר קדושין וק' שטר נשואין מה מפרשינן ואי כפירשב"ם כתוב' כבר הקשה הריטב"א בקידושין דמה צריך דעת שניהם הא כותבין שטר ללוה וכו' ותי' הריטב"א דמיירי בלי קנין ומדעת שניהם היינו במעמדה דחוק וגם עכ"פ קשה לאביי דס"ל עבחז"ל אבל לפי הנ"ל דמיירי פסיקת בעת נשואין וזהו לכ"ע ניתן לכתוב: ובזו יש ליישב בדוחק דברי המ"מ דפי' בדברי הרמב"ם בפ"ד מהל' מלוה אין כותבין שטר אירוסין וכו' שטרי פסיקת' וצ"ע לכאורה הא לא ניתן לכתוב וצ"ל פירוש שטר קדושין ולפי הנ"ל י"ל דכוונתו על שטר נשואין ודוק: כלל היוצא דקנין מהני לדבר שאין קצוב לטרוף ממשעבדי כמ"ש הש"ע בסי' קי"ב בא"ע אבל לא שטר אבל בשטר הנעשה בנשואין דכיון דאיכא חיבת נשואין אפילו בחיבה גרידא מהני כמ"ש בא"ע סי' קי"ד ס"ה ע"ש:

ז **אינו חייב ברפואתו** כתב הש"ך דהתו' כתובות דף נ' ע"ב ד"ה ומאי וכו' נראה דחולקים וס"ל דחייב במזונות ודברי ריטב"א עיקר כדמוכח בירושלמי. ואני תמה ומסופק מאוד להחליט הדין הלזה דכל טעמו של הרא"ש הוא דמחלק בין מזונות דתנאי ב"ד או מזונות

דקיבל מעצמו משום דס"ל כפי' רש"י בגיטין דמזונות חמש שנים ה"ל קייצי ולא פריך לר"ח כלל וקשי' לי' קושי' התו' הא מזונות לא קייצי ולכך נחית לחלק דשם רפואה בכלל משא"כ במתחייב לזון בת אשתו דאינו חייב ברפואה. וזהו הכל אי אמרינן דאין הקושי' לר"ח אבל לדעת הרשב"א ורמב"ן וסייעתו דסוברים דגם לר"ח הקושי' משום דמזונות חמשה שנים מיקרי אין קצוב א"כ לא זו דאין כאן ראי' כלל אף גם דנהפוך הוא דכל ראי' הרמב"ן בבעה"ת שער ס"ד סוף ח"א ורשב"א בחדושיו לגיטין דהקו' הוא לר"ח ג"כ דמזונ' מיקרי דבר שאין קצוב מהא דאמרינן בכתובות מזונ' לא קייצי ואי ס"ל חילוק הנ"ל הא לא דמי' אהדדי דשם פשיטא דכיון דחייב ברפואה דמיקרי דבר שאין קצוב משא"כ במזונו' דעלמא דאין חייב ברפואה. ועוד לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל להלכה כר"ח דאמר שאין קצובים הא דמשני הגמרא בכתובות בפ' הנושא על הך איבעיא ניתן לכתוב דמשנה איירי בקנו מידו ופריך הגמ' אי הכי בנות נמי וכו' וקשה מה קושי' דלמא קנין לא מהני לדבר שאינו קצוב כמ"ש רש"י והרא"ש להדיא ולכך בת אשתו דאין חייב ברפואה ה"ל קצוב וגובה ממשעבדי אבל מזון הבנות דחייב ברפואה דאכל בתנאי ב"ד וה"ל שאין קצוב ולא טריף ממשעבדי ועכצ"ל דאף זה אין קצוב או קצוב כמו זה ואין הבדל ביניהם כלל ואי דבנות לא קצובים דמי יודע כמה יהיה לו בגירשה ואהדרה לא שייך זה דיש להם מזונ' עד בוגרת והירושלמי דמייתי ריטב"א אין בו ראי' כלל דאינו חייב ברפואה שאין לו קיצבה ולכך הרא"ש דמעתיק ירושלמי בשביל כל זה כשחולק עם התו' לא מייתי ראי' מהך ירושלמי רק כתבו מסברא דבירושלמי לא נאמר רק חלתה כמו שנשאת והיינו דחייב ליתן לה כל מזונתה כאלו היתה בריאה ומיירי בשאינה מעלה לה רפואה דא"צ או שהוא רפואה הקצובה דאינו חייב וריטב"א גופי' לא מייתי לה בכתובות על זה דזה דאין חייב ברפואה דהיכי מוכח משם וכן הב"י בא"ע קי"ד לא פי' דיש ללמוד מזה דאין חייב רק לומד מירושלמי דאף זה בלא"ה אצלו ליתד שלא תמוט דאין חייב ברכואה מכל מקום חייב לתת לה דמי מזונות כמו בריאה וזהו שלמד הריטב"א מירושלמי אבל גוף הדין אין לו ראי' כלל מירושלמי. ולכן ברור דדין זה ספיקא דדינא היא דהתו' ורמב"ן ורשב"א לא ס"ל הך דינא.

ח **וי"א דאם קיבל לזונו סתם וכו'** ולענ"ד אין כאן מחלוקת כלל כי דעת הראשון שהוא דעת של רשב"א נראה דמיירי בנדר שקיבל לזון את עני דה"ל בתורת נדר דפיך זו צדקה וסתם נדרי' להחמיר ולכך הוא חייב לזון כל ימי חייו אם הוא עני תמיד או כל ימים שצריך היינו בנתעשר בנתיי' דתו ליכא מצוה צדקה ולא קריני' בי' בפיך וכו' ובזו מיושב קושי' הט"ז דהקשה אפילו א"צ יהיה חייב לזונו כמו הפוסק לזון בת אשתו דחייב לזונה

אעפ"י דנשאת ע"ש ולפמ"ש ניחא דכאן משום בפיך זו צדקה אתינא עליו וכשאין צריך פסק נדרו והראי' דמביא הרשב"א שם בתשובה כפי שהעתיקו הב"י בא"ע סי' ק"ט הוא דאמרינן בפ"ג דנדרי' באומר יאסרו פירות עלי ופריך הגמ' כיון דאמר סתם לעולם משמע איירי בנדר ואלו אין כוונת רשב"א בנדר מה ראי' משם דבנדרים סתם נדרים להחמיר ועי' בר"ן בנדרים דף ד' דסתם נדרים לא קייצי וכתב הר"ן הטעם משום דיש בהו קדשי מזבח וקדושתן קדושת עולם ולכך הנודר סתם אסור לעולם ועיי' י"ד סי' רי"ח אלא ודאי דגם הרשב"א מיירי כאן בנדר ועוד ראי' דהרשב"א גופי' בחדושיו לגיטין בפ"ב מ"ש ע"מ שתשמשי אבא או שתניק בני כתב לענין ממון הדבר ספק באומר סתם אי כוונתו כל חודש או יום אחד במשמע והניחו בספק וצ"ע וכ"כ הר"ן ומ"מ בשמו וא"כ איך החליט כאן לחייבו הא הממע"ה חלא ברור דכאן מיירי מנדר ולכ"ע לעולם משמע כמבואר בי"ד סי' רי"א. אבל הרא"ש בתשובה כלל ו' סימן י"ח נראה ברור דלא מיירי מתורת נדר אעפ"י שכתב לשון יפטור מנדרו כי הלא כל ענין התשובה סובב בראי' דאמרינן יד בעל השטר ע"ת ושם הטעם משום המוצא חבירו ע"ה וזה לא שייך בנדרים שסתמן להחמיר וספק איסורא לחומרא ומכ"ש בנדר שיש טעם הנ"ל גבי' ועיי' מ"ש הרא"ש סוף פרק שבועות שתי' ואף דרא"ש בתשובה הנ"ל הביא ראיה מן הנודר עשרין וכדומה דאזלינן בתר הפחות שם טעמא אחריני משום דהוא אמר דלא נתכוון לשום דבר וגם שם הטעם משום תפסת מרובה לא תפסת דא"א לומר דנתכוון לדבר מרובה א"כ אין לו סוף וזהו המדה ממדות שבתורה אבל בנדרים סתמן להחמיר ולא הביאו הרא"ש רק להתלמד דאמרינן אזלינן בתר פחות אבל מ"מ לא איירי בנדר אבל בנדר סתמא להחמיר ואין כאן סתירה במחברים וכן נכון:

ט **ראובן שקיבל וכו'** עיין אורי' דפי' כפי מ"ש הש"ך ופשוט אך הרב בעל ט"ז הקשה דמשמע דחלקו של בעל צריך ליתן ואמאי לא יהיה כנדוני' חתנים בא"ע סי' נ"ג דאפילו כתב ופסק דאמרינן מ"מ פטור דאומדנ' דלא כתב אלא אדעת' שתהנה ממט הנשואה לו והוסיף להקשות על משנה דכתב לזון בת אשתו ה' שנים ומתה אשתו דמ"מ מחויב לזון חורגתו ולא אמרינן אומדנ' דר"ח ולכן ביקש הוא לחלק דר"ת איירי בפוסק שנכתב דהיא הכניסה לו אבל בפוסק סתם מזונות לא מצי לטעון כן והגאון מהר"ן בהגהותיו דחק בחילוק אחר דנדוני' עיקרה לבתו רק נצ"ב הן באחריותו של בעל אבל עיקרן לאשה משא"כ כאן הא גמר אומר לזון שניהם אך כתב לפי פסק רמ"א בא"ע דאף באב הפוסק לבנו שייך נדוני' חתני' אין מקום לחלקו מ"ש ועכ"פ שניהם שוין לדון באחד הפוסק מזונות לבנו ולכלתו או בתו וחתנו ומת בנו או בתו דמ"מ מתחייב לזון זמן הנפסק

ממנו לכלתו או חתנו ע"ש ודבר זה זר ורחוק בסברא למאוד וכבר צווחו בי' קמאי והרב ב"ש בסי' נ"ב סק"ט ביקש לתרץ על הך משנה הנושא את האשה ופסק לזון את בתה דהתם שאני דבתה חי משא"כ הכא הבת מת וכל זה דוחק דאם זקפו במלוה על החתן מא"ל ואני לא הבנתי הקושיא שלהם כלל דהא בגמרא מדמי אומדנא דר' נתן שהוא לפי' ר"ת אפילו לאחר נשואין לאומדנא דראב"ע דס"ל מן אירוסין לית לאשה תוספת אבל מן נשואין אית לי' אפילו נשאה רק שעה אחת וכתבו התוספו' שם כתובות דף מ"ז ד"ה כתב לה וכו' דגבי' שאני דכותב לה בשביל חיבת חופה והא הוה להו חופה וכ"כ כל המחברים לשיטת ר"ת ולפ"ז בכותב לה כתובה ותוספת אפילו אלפים דינרי' והיה שעה א' לאחר נשואין אפילו לא נבעלה כלל זכתה מדינ' בהו דאומדנא שלו היא כשתכנס לחופה ולפ"ז מ"ש דכתב לה תוספת אלף דינרי' או דכתב לה להספיק בתה במזונות אף זו בכלל תוספת כתובה דמ"ש זו מזו ואי בשביל דכתוב' בלתי נגבית במות אשה בחיי בעלה וזה נגבית מה בכך סוף כל סוף איכא אומדנ' דכתב בשביל חיבת חופה והא היה לו ואף כתובת בנין דכרין יש אם מתה תיכף אחרי חתונה שנה א' וכיון שנשאת אפילו שעה א' כבר פסקה אומדנ' כל מה שהתחייב הבעל לתת לה וכ"כ הח"מ להדיא והשיג על רמ"א דס"ל באב הפוסק לבן ומת דאין לאשה בכתובה בו דלא פסק אלא ע"מ שיהנה בו והשיג הח"מ דכיון דהבעל נתחייב תיכף לאשתו לאחר חופה אף במה שביד אב זכתה דשוי יד הבן והאב ולא שייך ביה אומדנא והב"ש הסכים עמו וכן מהר"ן ואם כן באבי הבן אף דאיכא אומדנא מכ"ש בבן עצמו דלית ביה אומד' ותמהני מחכם צבי דהסכים לח"מ וא"כ מה קשיא ליה ואמת אף דמסתבר כן לא היה מלאני לבי לומר דאולי יש לחלק בשלמא בכתובה דכל עצמותו הוא לגבות באלמנותה או בגירושין ומ"ש מת תיכף או זמן מרובה ומי ישום גבול וקץ לזה אבל בכותב מזונות לבת אשתו אף דהוא בכלל תוספת כתובה נימא דלא נתכוון רק בחיי אשתו ואף דנכלל בכלל תוספת כתובה וטובת הנאה בשביל זה כבר קיבל בעת החופה כמ"ש מ"מ אולי יש לחלק אלא שראיתי הדבר מוכרח לפי' בעל עיטור שפי' באות המחאה דף ק"ה ע"ב על הא דפרכינן בירושלמי בהא דהנושא אשה וכו' ולא כן אר"י ור"ל הכותב שטר לחבירו בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שאינו חייב דפטור ומשני עשהו כתוספת כתובה ופי' הב"ע דר"י ור"ל בירושלמי אין פי' דמתחייב במה שאינו מחויב כמו שהבין הרי"ף והתו' דהיינו הך דחייב אני לך מנה בשטר הנזכר שם בגמרא דידן רק שם פי' דטעה דסבר דהוא חייב ובאמת אינו חייב כהך עובדא דגינאי ולכך פטור ולפירש"י צ"ל הא דפריך מזה על הנושא וכו' במה יתחייב לזון דהא התם ליכא טעות וצ"ל דהקושי' הוא קושי'

הט"ז דהרי כאן טעות דאלו ידע דאשתו ימות לא היה מתחייב עצמו כלל והרי זה ממש דמי' לעובדא גנאי וכ"כ הב"ע כסבור הוא לזון את אשתו כבתו והרצון כך כמ"ש דסבור אם יהיה אשתו עמו דיזון שניהם אבל במות אשתו לא היה דעתו לכך וזהו הקושיא וכן הקשה בריש אעפ"י דלא יהיב חייב דאלו ידע דהוא ימות תיכף לא היה מוסיף לה כ"כ ומשני ירושלמי עשהו כתוספת כתובה והוא הדבר שכתבתי דזהו בכלל תוס' וכמו דתיכף חל שעבוד תוספת וכמ"ש בירושלמי ריש פרק אעפ"י דמוסיף לה כמה בשביל שתבעל אף זה חל תיכף וכמש"ל והדבר מבואר ואפילו לשיטת הרי"ף וסייעתו דלא פי' כן בירושלמי כמ"ש ב"ע רק מפרשי דס"ל לר"י ור"ל דאפילו אינו טועה מ"מ לא מצי להשתעבד במה דאינו חייב מ"מ סברת ב"ע במקומו ומה שהוא מבאר ומפרש בירושלמי י"ל כן מסברת חוץ ובפרט דאף לפי' הרי"ף צ"ל כן בירושלמי דהקשו הא אינו חייב לזון ומה יועיל להתחייב עצמו לזון ותי' דנכלל בכלל תוספת כתובה וחד דינא אית ליה וע"י דנבעלת לו מכניס עצמו לחיוב א"כ אין כאן מקום לקושי' הנ"ל וזה ברור ומעתה מה שהקשו אהך תשובת רשב"א היינו לשיטת רמ"א שהעתיקו דלרשב"א גופי' בלא"ה לק"מ דהוא לא ס"ל בנדוני' חתנים כר"ת רק כרי"ף ורמב"ם ורש"י אף גם לרמ"א לא קשה חדא די"ל דלרמ"א קמ"ל דפטור מחלקה לכ"ע אפילו לשיטת רש"י החולק אר"ת דאין יורש בראוי ונ"מ אי תפסו דמפקיני מיני' משא"כ מזונות שלו תלי' במחלוקת ואי תפס החתן ל"מ מיניה כמ"ש הרמ"א א"ע סי' נ"ב אף גם הא בררתי בא"ע דדוקא בפוסק לבתו לנכדו אמרינן כן לדעת ר"ת אבל בפוסק ליתומה אחרת לא דאל"כ הך דנחלקו בי"ד סי' רנ"ג בנדר מעות ליתומה והיא מתה מי יורשי' ומדברי כולם נלמוד במתה אחר נשואין דיורשי' זוכי' במעות ועיין תשובת מ"ב וקשה הא הוי נדוני' חתנים דר"ת אלא ברור דלא נאמר אלא בפוסק לבתו דכל דעתו שתהנה בתו אבל הנודר להשיא יתומה דעתו למצוה והא אתקיים מצותו וזהו ברור ומיושב מ"ש הב"ש בסי' הנ"ל סוף ס"ק ח' להקשות על מהרש"ל וב"ר דהפוסק לבתו ומתה דלא זכו יורשים דמ"ש מהנודר ליתומה דנחלקו בו חכמי דור ולק"מ דביתומה ליכא אומדנא ובבתו איכא אומדנא וא"כ אף כאן לק"מ דכאן לא מיירי בבתו כמ"ש בתשובת רשב"א להדיא וכדמשמע מש"ע וא"כ לא שייך אומדנא כלל ואחר שבררנו כן הדרן לסברא ודעת נוטה דאף במזונות שייך אומדנ' ובפרט לפי מש"ל בב"ע הדבר מוכרח מירושלמי דעל זה סובב קושי' ירושלמי דנימא ביה אומדנא ולכן ברור לדינא דאין לחייבו במזונות ואומדנא חזקה היא ומ"מ למעשה אני חוכך הואיל וכבר הורה זקן הט"ז והסכים עמו חכם צבי הגאון ז"ל והב"ש ז"ל ולכן רואה אני תמיד לפשר כפי אפשרי ונראה דכל זה לאחר שנת חזרה אבל תוך שנת חזרה

דתקנת' הוא משום ותם לריק כחכם ואפילו בא ליד החתן מוציאין מכ"ש דאין לחייב במזונות והיש יותר עגמת נפש ממנו ובלי ספק דהיה בכלל תקנה ובזו אין כאן ראיה לט"ז כלל דשם לא מיירי מתקנת שום וכמ"ש במשנה.

י **המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם** כתב הכה"ג בהגהת ב"י אות ס' דהמתחייב עצמו ליתן כל מה שיוציא הדקל דבריו קיימים אם מת המתחייב קודם שבאו הפירות לעולם פטורים היורשים לכ"ע אפי' למ"ד בדאקני דא"י לחזור קודם שלקח הקרקע עכ"ל ודבריו צריכין ביאור דהא התו' והרא"ש ברישׁ פרק אעפ"י כתבו דכתובה הוי שעבוד לדבר שלב"ל דהא אין משתעבד אלא לכשתאלמן ותתגרש ואין מחויב עכשיו כלל וגם אין לו נכסי' דנימא דיחול שעבוד על נכסים ומ"מ גבינן והביאו ראיה מהא דש"ח מתחייב אם יגנב או יאבד אף דהוי שלב"ל ואין לו נכסים ע"ש הרי דמתחייב לדבר שלב"ל ומ"מ אם מת מחויב' היורשים לשלם אלא ברור דיש הבדל אם אומר אם לא אתן לך פירות דקל שיצאו אתן לך כך וכך דמים א"כ מתחייב בדמים תיכף והוי דבר שבא בעולם רק תלי' בתנאי שלב"ל בפירות דקל ודבר זה מתחייב להדיא בחיוב גמור ואף יתומים מחוייב' לשלם והיינו כתובה וש"ח דאמר אם אמות אתחייב לך מהיום הרי חיובו תיכף חל וזהו רק תנאי שתלה בדבר שלב"ל אבל אם אמר סתם הריני מתחייב ליתן לך פירות דקל א"כ אימת חל בשעה שיצאו פירות דקל לעולם ואז כבר מת וחיובו ספו תמו והיורשים פטורים ודבר זה נלמוד להדיא מתשובת מהר"מ במרדכי פ"ק דב"מ בא' שאמר אם יגדל בני ולא יקח בתך לאשה הריני מתחייב מעכשיו לתת לך עשרה זקוקים ומת קודם שגדל הבן והבן לא לקח בת הנ"ל לאשה ועלה בדעת מהר"מ לחייבו ליתומים דאף שתלה בדבר שלב"ל מ"מ כיון דהמתחייב והמקבל בעולם רק תלה התנאי בדשלב"ל קנה והביא ראיה מריש פרק המפקיד דאמרי' נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלם לי הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו דמשמע דקנה אפילו לרבנן דפליגי אר"מ ש"מ הואיל והכל בעולם רק תלה בתנאי שלב"ל קני' ע"ש ולבסוף נתן טעם לפטור יתומים משום דאנוס משמע לולי זה היו מתחייבים יתומים אף דהיה מתחייב ותלה הדבר בדשלב"ל ומדטרח להביא ראיה מהך דמפקיד דכה"ג הוי דבר שבא לעולם ולא אמר בפשוט דבחיוב אף רבנן מודים דיכול להתחייב אף בדבר שלב"ל אלא ודאי דבמת פקע חיובו רק הואיל והתחייב בעשרה זקוקים ותלה רק תנאו בדבר שלב"ל בזו נתחייב וחל אבל באמר סתם חיוב על דבר שלב"ל במותו פקע חיובו וא"ש ואין מהר"ם סותר כלל הפוסקים דיכול להתחייב בדשלב"ל ודינו של הכה"ג נלמוד ממנו והיינו כפי שחלקתי דיש חלוק בין מתחייב להדיא או תלה תנאו בו ולכך הוצרך מהר"ם להביא ראיה מפרק המפקיד דלולי

כן לא היה מועיל במה דמתחייב דבמותו בכה"ג פקע חיובו וא"ש והכל מסכים לדברי תו' בפרק אעפ"י ועיין תו' ריש פרק נערה שנתפת' ד"ה רבי שמעון וע"ש:

יא חייב בכה"ג הבי' קושיא וכן ראיתי בשארי מחברים דאם כן הא דאמרינן בבבא בתרא ובקידושין יכיר למה לי הא אי בעי ליתן מתנה הא מצי יהיב ומשני בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס הא מצי לומר בלשון חיוב הריני מתחייב לך חלקך פי שנים כפי שיגיע בנכסים שיהיה לו שעה אחת קודם מותו ויתנה דיפטרו היורשים מאונסים כאלו היה יורש וכדומה ועיין שם שדחק ולא קשה מידי דאם הוא אין לו רק מטלטלים אם יאמר בלשון חיוב הרי עליו רק חיוב בעלמא והרי הוא כב"ח דעלמא וא"כ אם ימות לא יתנו לו יורשי' דבר דמטלטלין דיתמי לא משתעבדו לב"ח משא"כ באומר שהוא בכור וקושית הגמרא ממתנה ושוה הוא במקרקע ובמטלטלין והא ל"ק דהרי יכול לשעבד לו מא"ק דהתורה דברה בכל אדם ואפילו לית ליה קרקע כדמשנינן בגמרא בכמה דוכתי' ואולי קושיתם לשיטת רשב"א בקדושין דסבירא ליה מדאורייתא אף מטלטלין דיתמי משתעבדי' כמו קרקעות מיהו לשיטתו בלאו הכי לא קשה מידי דרשב"א סבירא ליה בשעבוד דאקני יכול לחזור בו קודם שבא לעולם ויש לומר דסבירא ליה כרמב"ן לקמן בסי' קי"א דאף לגבי יורשים בעינן דאקני ואם כן אלו לא כתבה התורה יכיר דנאמן לומר זה בני בכור רק ה"א דמהימן מתורת מגו דמתחייב עצמו נגדו אם כן באין לו נכסי' אז רק נכסי' שנפלו אח"כ הרי מתורת חיוב יכול לחזור מדאקני וא"כ אין היורשים מחוייבים לשלם לו חיובו דהא בעינן דאקני ואף דאמר דאקני הרי חזר בו וא"כ באמר זה בני בכור ג"כ יכול לחזור בו ולומר שקר הגדתי דהא כל נאמנותו מתורת מגו דמתחייב עצמו ובמתחייב עצמו הרי יכול לחזור בו כיון דאין לו נכסים רק דאקני והרי יוכל לחזור ואין היורשים משועבדים כלל להתחייבות שלו ואף באמר זה בני בכור יכול לחזור ולכך איצטרך יכיר דנאמן וכיון שאמר זה בני בכור לאו כל כמיני' תו לחזור בו ולומר שקר הגדתי ולק"מ מיהו נראה דיש לכה"ג ראיה דצ"ל כמ"ש התו' בכמה דוכתי' דאין לך אדם שאין לו קרקע דאל"כ מה פריך הגמרא והא בעי ליתן ליה מתנה דלמא איירי דיש לו מטבע מופקד ביד אחר ומכ"ש הא דפרכינן לר"מ בנכסים שנפלו אח"כ דלמא נפל מטבע ובמה יקנה אותו במשיכה ליכא דלימשוך ליה ובקנין הא אין מטבע נקנה בק"ס ואי א"ק הא לי' לי' קרקע או אפילו למ"ד מטבע נקנה בק"ס כיון דקי"ל קונין בכליו של קונה א"כ אם בנו קטן דלית לי' דעת לזכות בעצמו הסודר לאביו ולאחרים א"א דאין שליחות לקטן כמבואר בש"ע סי' קכ"ג גבי גוי במה יזכה ומכ"ש לר"י דד"ת משיכה אינו קונה ואפילו במתנה ועכצ"ל. דאין לך אדם שאין לו קרקע ודברי כה"ג במקומו מיהו נראה דבלא"ה

לק"מ דיש להקשות לריב"ב דיכול לומר על מי שראוי ליורשו שיטול פי שנים אפילו פשוט ל"ל קרא יכיר הא בלא"ה אית לי' מגו דיכול לומר דירש ועכצ"ל דאיצטרך להיכי דאין מוחזק בבנו כלל וכ"נ מפירשב"ם והא דקי"ל דנאמן לומר זה בני היינו השתא דכתיב יכיר וילפינן פשוט מבכור אבל בלא"ה אף על בן פשוט א"נ ולפ"ז דאיצטרך קרא אף על בן פשוט קשה מה פריך הגמרא הא איצטרך כגון ראובן שאביו יעקב חי והוא ראובן מת וקודם מותו אמר בנו לוי בנו וזה א"א ליתן נכסי אביו יעקב במתנה דקי"ל בן שמכר בנכסי אביו בנו מוציא מיד לקוח' אבל השתא דאמר בנו נאמן דיורש בראוי כבמוחזק ועכצ"ל דהיינו תי' הגמרא כשנפלו לו שהוא גוסס ומכ"ש בנכסים דלאח"כ ולפ"ז אין מקום לקושי' הכה"ג דמה בכך דמחייב עצמו אפילו אלף חיובי' אינו מועיל לראובן נגד בנו לוי שיטול בנכסי אביו יעקב כי היורשים יאמרו אנא במקום אבוה אבא קאתינא כדלקמן סימן ק"ד בסופו ושפיר איצטרך יכיר ודו"ק.

יב **או קיבל אחריות וכו'** הרב הש"ך בס"ק כ' דדעתו בקיבל אחריות גרידא ולא אמר בפי' באחריות שמתחייב בחיוב גמור להעמיד המקח דאז מחויב מכח חיובו אין מועיל האחריות דקנין אין כאן אף אחריות אין כאן ובאמת דדבר מוכרח מגמרא דב"מ דף ט"ז בחזר ולקחה מבעלי' ראשוני' דפריך הגמרא במה קניא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הא איירי שם באחריות כדאמרינן שם דף ע"ב ע"ב ע"ש ואם כן הרי מחויב להעמיד לו המקח אף דמכר מה שאינו ברשותו ואם כן כיון דהגיע הדבר ברשותו פשיטא דזכה בו הלוקח מכח אחריות שלו ומה צורך לטעם דניקו' לי' בהמנו' או דלא ליקרי' גזלנא הא מחויב להעמיד מקחו א"ו דמכירה אין כאן אחריות אין כאן ושפיר פריך במה קני' וכו' והדבר מוכרח אבל הא קשיא לי דא"כ דקבלת אחריות בלשנ' הנזכר בגמרא אנא איקום וכו' והן ועמליהן ושבחן וכו' לאו דקבל חיוב גמור בפ"ע הוא רק דינו כסתם אחריות דאמרינן בי' מתנה אין כאן אחריות אין כאן ולכך אם נתן לו קרקע מה שירש מאביו וקיבל אחריות כנ"ל אינו מחויב להעמיד לו ואם כן במכר לו שדה בק' וקיבל אחריות על השבח שנתייקר השדה בר' דחייב לשלם לו הר' אפילו נמצאת שדה אין שלו והכיר בו שאינו שלו לקמן בסי' שע"ג דעת רמ"ה וריטב"א ולמה נשתנה הק' הנשארים מן מתנה דמ"ש ואף בזה נימא קנין אין כאן דהא הוא אינו שלו אחריות אין כאן ואפילו החולקים על רמ"ה לקמן הטעם משום דמחזי כרבי' אבל לא מהטעם הזה דאין כאן שעבוד אחריות כיון דגוף הקנין בשטר והשטר חספא בעלמא ואולי יש לחלק בשלמא במה שמזכיר במתנה דאמר הריני נותן לך ק' זהו' וקיבל עליהם אחריות אין שאחריות חיוב בפ"ע רק הוא סובב על המתנה ואמרינן מתנה אין כאן כו' משא"כ

בנתן לו ק' או שדה שוה ק' ומקבל אחריות בעד ר' א"כ הנך ק' זהו' הנותרים לא היו נכללים במתנה רק באחריות והן ענין בפ"ע ולא שייכי למתנה ולכך חייב לשלם דהא יש עליהן חיוב בפ"ע ואין ענינם למתנה ולכך גובה שבח דשבח לא נזכר במכר דהא מכר רק השדה ופירש לו אחריות בשבח הרי מתחייב בשבח ואף דריב"ש בתשובה סי' ר"נ כתב להדיא דדמי מי שנתן קרקע של בנו להך דפי' לו את השבח ע"ש צ"ל דשם היה באחריות התחייב' גמור כמבואר שם ויליף אהדדי כי היכי דאמרי' בסתם אחריות דשבח דחייב אף דאינו שלו ה"ה דאמרינן דחיוב' במתנה נשאר אף דאין הקרקע שלו רק התחייב לסלק ערעור בנו מעליו ועל אופן זה הקישן הריב"ש אהדדי וצ"ע:

יג **חייב** כתב הש"ך דאף דהוא קצוב דאמר אני מתחייב ליתן לך בית זה שאירש מאבא מכל מקום אינו גובה ממשעבדי למ"ד דלכך אין מוציאין מזון האשה וכו' מפני שאין כתובים ופי' רש"י ותו' דהואיל דאין באותו זמן לא מיקרי כתוב ולא כתב זה אלא לשיטתו דסבירא ליה דקנו מינ' לא דוקא אבל לפי מה שכ' בש"ע דקנו מיני' פשיטא דגובה ממשעבדי דהא פרכינן עליו מהא דהיא נזוני' מנכסי' משועבדים ומשני בדקנו מיניה וכתבו התו' בד"ה בשקנו אפילו לבנות לולי טעם צררי אתפס' היה קנין מועיל למשעבדי דקנין אלי' מכתיבה ובטור א"ע סי' קי"ב דאי כתב שטר לבנות גובה ממשעבדי ש"מ דאפילו כתיבה גרידא מהני משמע שם אפילו לא היו בנות בעת כתיבה כלל הרי דסבירא ליה דכתיבה מהני וצ"ל דסבירא ליה לחלק בשבח אין שטר מיוחד על כך ועיקר השטר משום קרן ולכך אין לו קול אבל בבנית דכתב לי' שטר בפ"ע יש לו קול ואולם הש"ע בסי' קי"ב השמיט הך דכתב ליה שטר אבל נקט בשקנו וכבר כתבתי דהשמיטו משום דסבירא ליה מפני שאינו קצובים אבל עכ"פ נלמוד דסבירא ליה בקנין מהני שעבודא לטרוף משעבדי ולכן בקנין ודאי דגבה ממשעבדי אבל בכתיבה לחוד צ"ע כי מדברי טור ורמ"ה הנ"ל משמע דבשטר מיוחד אף בכה"ג גובה ממשעבדי ועיי' סי' קי"ד בא"ע ובב"ש שם:

יד **והוא שקנו מידו** הקשה הרב הש"ך למה צריך קנין הא המחבר פוסק בסי' מ' כרמב"ם דיכול להתחייב אעפ"י שאינו חייב לו כדקי"ל חייב אני לך מנה בשטר והבעה"ת לשיטתו אזיל דפוסק בסוף שער ס"ד דא"י להתחייב בלי קנין ולכך מצריך פה קנין אבל למחבר קשה והניחו בצ"ע ואני תמה אנה מצא זה בבע"ת דיסבור חייב אני לך מנה בשטר בעי קנין ואיה מקומו והא כתב להדיא שער ס"ד ח"ד וכיון דהלכתא כר' יוחנן דאמר חייב אני לך מנה בשטר חייב ואפילו לא אמר א"ע חייב וכ"ש אי אמר א"ע דבהא אפילו ר"ל מודה וכ"ש אי קנו מידו וכו' הרי דמשוה ליה לכ"ש אבל באמת אפילו בלי

קנין מתחייב לר"י דקי"ל כוותי' ואולי הגי' שלפנינו בסוף פסקא הנ"ל דנאמר ואע"ג דלא אמר א"ע ואי קיבל על נפשי' לאו חיובי מחייב בקנין ע"כ אטעתי' צ"ל ומזה פי' דלאו חייב עד שיהיה קנין והיא שגגת המדפיס כי כך ואי קיבל' על נפשי' לאחיובי מתחייב כקנין והיינו כמ"ש דאי קיבל להתחייב מתחייב כאלו עשה קנין וזה פשוט ובגוף הקושי' למה צריך קנין תמהני הלא הש"ך גופי' בסי' מ' הנ"ל הסכים בישוב הפוסקים דס"ל דמחייב עצמו בלי קנין בהא דאסקינן גבי מתנה ש"ח להיות כשואל דוקא קנין ותי' הואיל ואינו חיובו בהחלט כי אם בדרך תנאי אם תגנב או תאבד אתחייב לא מתחייב רק בקנין ועיימש"ל בזה כי ברור ופשוט בדעת הלזו וא"כ כאן הלא הוא רק בדרך אפשרי אם יבא הדבר לרשותי אתחייב ליתן לך והוי כמו מתנה ש"ח וצריך קנין וכן משמע ברא"ש ובתו' פרק אע"פ דבכה"ג בעי קנין כמ"ש ראי' מהך דמתנה ש"ח וכו' וטרחו לחלק דלא הוי קנין דברי' ע"ש ומבואר דבעו קנין.

טו **דכל האומר נתתי וכו'** צ"ע על הרמ"א דהביא דין זה מה דנראה דלא קיים להלכה דהא לקמן בסי' ק"צ הביא הב"י דעת הר"ן דהך שטרי דידן שטרי קנין הם ולא שטרי ראיה ואע"ג דכתבינן בשטרא שנתתי ושמכרתי אינו לשון הודאה אלא לשון שנותן עכשיו כדכתיב נתתי השדה וכו' וראיית הר"ן מהא דאמרינן בהשולח דף מ' ע"ב האומר נתתי השדה לפלוני ר"מ אומר קנה אר"י וכולן בשטר בשלמא אי פי' לשון מתנה לכך בעי ר"י שטר דבמילי לא מקני אבל אי נתתי לשון הודאה מה צורך לשטר זהו עיקר הוכחת הר"ן ולכך פסק המחבר לקמן בסי' ק"צ דהני שטרי דידן שטרי קנין הם והרמ"א לא הגיה עליו ולא הזכיר דעת החולקים כלל וא"כ ליתא להך דינא דכיון דהוא לשון קנין א"כ בעינן כל אופנים הנזכרים במחבר דיחול עליהם הקנין והראב"ד החולק ס"ל כדעת הרא"ה וי"א דשטרי דידן שטרי הודאה נינהו ומהך דגיטין דבעינן דוקא שטר צ"ל לדעתם או כמ"ש הר"מ בתשובה סי' צ"ב דמיירי שם דידוע דלא נתכוון להודאה רק לקנין או די"ל דלולי השטר יכול לטעון משטה הייתי או שלא להשביע הודיתי כדלקמן סי' פ"א ע"ש אבל לפי דלא ס"ל הך וקי"ל דהוי שטרי קנין ליתא להך הנ"ל ול"ל כיון דמתפרש בי' גם לשון הודאה א"כ לא שייך בי' יד בעל השטר עהת"ח משום דע"כ מתבטל השטר ובכל מקום דהשטר בטל לגמרי לא דנין בי' יד בעל השטר עהת"ח דהא מבואר לעיל במקום דיש לחוש דלא ידע הדין אמרינן אפילו דנתבטל לגמרי וכאן לאו כ"ע גמירי דאין מטבע נקנה בחליפין ועיי' לעיל סי' מ"ב סק"ו מ"ש בתומים וא"כ דין זה צל"ע. כי נראה ברור דלא קאי להלכה וגם בס' בני יעקב עמד בזה והניחו בצ"ע:

טז **אם אינו חב לאחרי' וכו'** הא חב לאחרי' אינו נאמן ואין בידו ליתן השטר בכומ"ס דהא לא עשו בשטרות תקנות השוק א"כ אף דיהיה ביד ראובן בכומ"ס מ"מ יבאו ב"ח המוקדמי' לגבות בשטרן והק' הט"ז דמה פסידא איכא לב"ח שלו דהא השטר ביד ראובן ואין להוציא מידו וא"כ מהכ"ת יפרע הלוה דיאמר החזר לי שטרי וזה א"א שלא ברצון ראובן וא"כ סוף כל סוף לא יגבו ב"ח של לוי ועיי' לקמן בסי' ס"ו בב"י שהביא בשם הבעה"ת מחודש יו"ד ע"ש ולק"מ דמלבד דמ"מ חב לאחרי' דאולי יפייסהו הב"ח של לוי ללוה לשלם להם כנגד פסק ב"ד ולא ישגיח אם השטר ביד ראובן וא"כ איכא צד חיוב לב"ח של לוי אף גם דבאמת בנדון זה דחייב לאחרים לכ"ע מוציאין השטר בע"כ שלא בטובתו מיד ראובן דבשלמא לקמן בסי' ס"ו הנ"ל טוען ראובן לקחתי ואלו האמת כדבריו היה זוכה בשטרו רק דאין לו ראי' ואינו נאמן א"כ לגבי שטרו שתופס נאמן לומר כומ"ס היה לי ואבד ולכך אין מוציאין מידו משא"כ כאן דשטר נכתב על שם לוי ואף דנימא דלוי מכרו לראובן מ"מ מוציאין מידו דהא ב"ח מוקדם ואיירי שכת' להם מא"ק א"כ אין לראובן שום טענה ובע"כ מוציאין מידו ליתנם ללוה כדי שיפרע לב"ח של לוי המוקדמי' לפי טענת של ראובן ששלו שלקחו ולק"מ דבנדון כזה מוציאין השטר:

יז **אין כופין אותו** בטור הוסיף אם עשה ענינו בסתם ושמעון מערער ואמר אעפ"י שלא היה ממון שלי מ"מ זכיתי בו מאחר שעשית קנין על שמי וצוית לעדי' לכתוב שטר על שמי אין ממש בדבריו הואיל ואמר לעדים שיתנו השטר לידו ולא ליד שמעון גילה בדעתו שהוא שלו וע"ד אמנה כותב על שם שמעון והש"ע השמיטן ולא ידעתי טעמו והגי"ת בשער נ"א חלק ט' כתב דריב"ש בסי' ר"נ דכתב במצוה לכתוב שטר ע"ש בנו הקטן דיכול לטעון כשיגדל שזיכה לו חולק על דינו של הטור ומריב"ש אין ראי' דכל הטעם של הטור הואיל וצוה ליתן שטר בידו ושם לא סגי בלא"ה וכי ימסור לקטן ובחנם דחק הבני שמואל אבל מ"מ האמת דריב"ש נמשך אחרי דעת רשב"א דמצאתי בחדושי רשב"א לב"ק בפרק הגוזל קמא הביא דעת התו' בקנה שדה וכתבן בשם ר"ג אם בא ר"ג לערער ולומר שזכה בו הואיל וכתב השטר בשמו אם לא הודיע לעדים מתחיל' שהוא כתב רק שלא להשביע טענתו טענה ולזה הסכים הרשב"א ז"ל שם בחדושיו וא"כ הדבר במחלוקת שנוי' ואולי הם מיירי דלא אמר לעדים שימסרו השטר לידו אבל באומר כן לעדי' ה"ל כאומר להם להדיא דשטרא שייך לו ולא לר"ג דאל"כ מה מקפיד על מסירת שטר לידו וצ"ע כי זה דוחק בלישנ' דרשב"א שם בב"ק ולכן נראה דמטעם זו השמיטו הש"ע אמנם אחרי כותבי זה ראיתי דברי הרא"ש בתשובה כלל צ"ו ה' דהאריך הרא"ש לומר הא דאמרינן אם בא לכתוב אין כופין מהכ"ת נכוף אולי הלוקח כבר זכה בשדה

דזכין לאדם שלא בפניו ואפילו הלוקח מודה חיישינן לקנוני' ומפרש הרא"ש דבריית' איירי דבא הלוקח והודה שהוא של ראובן ולא היה סיפוק בין הכתיבה וההודאה כדי לעשות קנוני' ע"ש והרי מבואר דלא ס"ל טעם הטור הואיל ושטר נמסר לידו לראובן אין טענה ללוקח שזכה בו וא"כ צ"ע טובי איך סתם הטור דלא כדעת אביו ז"ל בתשובה ואולי ס"ל לטור לחלק במקח כיון שקרקע ניקני' בשטר א"כ במצוה לכתוב שטר בשם לוי הוי כמזכה לו בשדה משא"כ בשטר הלואה דהוא רק שטר ראי' ועיקר הוא המעות וא"כ צריך זכי' על המעות ולא מהני בזיכה השטר ובמעו' לא אמר שמזכה לו לא אמרינן דזכה לו ומ"מ צ"ע:

יח **אפילו לא פירש וכו'** מקור דין זה הוא בב"ק דף ק"ב ע"ב דאם לקח שדה וכתבו לו שטר בשם ריש גלותא דקתני בברייתא אין כופין אותו למכור ואם אמר לו ע"מ כופין ומפרש אביי דאין כופין המוכר לחזור ולכתוב לו שטר אחר על שמו ופריך הגמ' ואם א"ל ע"מ פשיטא ומשני כגון דאמר לעדי' קמי דידי חזו שטרא אחריני קא בעינא מהו דתימא מצי א"ל שטרא מהאיך דשקלת בשמי' קאמר קמ"ל זהו המקור שהדין הנאמר בסעיף זה נובע ממנו ואולם הרמב"ם בפ"ב מהלכות שלוחין הלכה ה' כתב כנ"ל דאין כופין וסיים ואם התנה עמו בתחיל' ואמר לו לעצמי קניתי וזה שאכתוב שטר בשם לוי כדי שלא ידעו בי שאני הוא הקונה ה"ז כופהו לחזור ולכתוב שטר אחר בשמו עכ"ל והשמיט הך דאמר לעדים חזו שטר אחרינ' וכו' הנאמר בגמ' והכ"מ כתב רבינו סתם הדברים או דמשמע לי' בכלל הלשון הוא או שלא היה נוסח שלו כן בגמ' ובב"י לקמן סי' קפ"ד הניחו בצ"ע ואולם בש"ע סי' קפ"ד ס"ג הביא דעת רמב"ם כנ"ל דאם אמר כן למוכר דאינו כותב בשם אחר רק שלא ידעו שהוא הקונה חייב לכתוב לו שטר אחר וכאן כתב דינו כפי הנזכר בגמ' ופוסקים דאם אמר לעדים וכו' וכאן לא הביא דינו של רמב"ם כלל דאם אמר ללוה שהשטר שכתוב בשם אחר הוא רק שלא ידעו כי הוא המלוה דצריך לכתוב ש"א וצ"ע למה השמיטו בכאן ועיין ביש"ש לב"ק דטרח לישב דברי רמב"ם ע"ש ואולי ס"ל למחבר דמה בכך דאמר כן ללוה או למוכר וגילה דעתו דאין המקח והלואה של פלוני הכתוב על שמו רק לו לבדו וכי בכך יתחייב בשטר אחר הלא אפי' אמר לעדים כתבו לו שטר יכול לחזור בשטר כדלעיל בריש סימן ל"ט ומכ"ש פה דלא אמר להדיא כתבו לו שטר וצ"ל דלעיל שייך לאפושי דשטרי משא"כ כאן דמ"ש דתמור זה השטר יחליפו לו בשטר ראשון ואין כאן אפושי דשטרי וכ"כ הגהת הרא"ש בפ' הספינה תי' על קושי' התו' מהך דנמחק ע"ש אך זהו במקח דעדים מוציאין קול בשטר פלוני מכר שדה פלוני דודאי מוציאין קול איזה שדה הנמכר כדאמרינן לקמן בהל' חזקת לגבי מחאה דהוי

מכירה שטר מחאה ש"מ דקול יוצא להשדה הנמכר וא"כ ליכא אפושי שטרא ואפושי קולות מ"ש דיוצא קול פ"א או פעמים הכל על שדה אחד וידעו כי הכל אחד הוא כי א"א למכור שדה א' פעמים וכיון דליכא קפידא בגלוי דעת כל שהוא כופין כמ"ש מהרש"ל דבלי טעם הוא בכלל כופין על מ"ס וה"מ במכר אבל בשטר הלואה אם עדים יוציאו קול שלוה מנה ועוד יוציאו שני' קול פלוני לוה מנה וכי ידעו העולם שזה מנה הראשון וזה מנה אחרון והרי זילי נכסי' וא"כ איכא קפידא גמור ואין לכוף אותו בגילוי דעת בעלמא עד שיהיה מתנה בעדי' בפי' ולכך נראה דהשמיטו המחבר כיון דלא נזכר ברמב"ם גבי שטר הלואה. אמנם בגוף ישוב לרמב"ם נראה דהרמב"ם אזיל לשיטתו דפוסק כרבא בב"ב דאותיות א"צ ראי' והיינו לגבי מלוה א"צ ראי' דנאמן לומר שטר כומ"ס היה לי ואבד רק לתבוע מלוה יכול הלוה לומר אייתי ראי' דמכר לך ואל"כ לאו בעל דברי' דידי את כמ"ש הרמב"ם בפ"ו מהל' מכירה ועיי' סי' ס"ו סי"א ע"ש רק י"ל ה"מ בשבא להוציא מלוה אבל בלקח שדה ומוחזק בו ושטרו הכתוב על שם אחר בידו בזו אם בא המוכר לערער מה בעית בארעאי הלא יכול לומר לו לאו בעל דברי' דידי את הרי מכרת הקרקע ומה איכפת לך והריני מוחזק בקרקע ואם יבא הפלוני שהשטר כתיב בשמו ויטעון לי' היתה מזכה בשטרך שכתבתי על שמי הלא נאמן במגו דלקחתי ממך ושטר כומ"ס היה לי ואבד ואם כן אין כאן חשש דיבא השני לטעון עליו ואין צריך שטר מהשני ואם כן קושי' הגמ' במקומו באמר לעדים עוד שטר אחר תכתבו בשמי מה קמ"ל ול"ל דה"א דיכתבו לו שטר מן אותו שנכתב שטר על שמו הא לא צריך כמ"ש וא"כ מה אמר לעדים הללו שיכתבו מן הלוקח שטר אחד והרבה עדים איכא בשוקא ואי דאמר להם למען ידעו ולא יוכל אותו פלוני לטעון שלי הוא דהא נאמן במגו ועכצ"ל דנתכוון דיכתבו לו שטר אחר בשמו האמיתי ואין כאן רבותא כלל. וכמו כן לא קשי' על דינו של הרמב"ם באמר למוכר דלכך כותב אותו על שם פלוני שלא להשביע דה"ל כהתנה שיכתוב שטר אחר על שמו ולא אמרינן דלכך א"ל דיעיד לעת הצורך שלא זיכה בשטר ההוא לפלוני הנכתב על שמו דזה א"צ דבלא"ה נאמן במגו הנ"ל אך זהו לפי דקי"ל כרבא דאמר כן ב"ב דף קע"ג דא"צ להבי' ראי' אבל הסוגי' בב"ק אזלא לאביי כדאמר התם אמר אביי והוא ס"ל צריך להביא ראי' וא"כ שפיר י"ל בדינו של רמב"ם דלמא אמר לי' כדי שיעיד שלא זיכה לפלוני בשטר דהא צריך לראי' וגם לא קשי' בגמ' פשיטא די"ל כהנ"ל דלשטר מהלוקח נתכוון ובכוון אמר להך עדי' שידעו כי לא זיכה בו וטובא קמ"ל וא"ש ודוק. ולפ"ז גם בזה יפה עשה המחבר שלא הביא דין זה בנדון דשטר הלואה דכאן שפיר י"ל דלכך אמר כן ללוה כדי שאם יתבע מעותיו לא יאמר לו לאו בעל דברים דידי את דהא

הוא בא להוציא המעות מיד הלוה ולזה א"נ לומר כומ"ס היה לי ואבד ולא דמי למקח שדה דהוא מוחזק בשדה ולגבי הלוקח נאמן כנ"ל ויהיה איך שיהי' לדינא נראה ברור דכאן בשטר הלואה לא מהני הך אמירה ללוה ובלא"ה הרמב"ם יחיד בדבר הזה ולא מצינו לו חבר במחברי' קדמונים והבו דלא לוסיף:

יט **הדין עם הקהל** הסמ"ע כתב דעיקר הטעם משום דכך מנהג שם שכותבי' על שם יחיד חכירות הקהל ולכך הקהל נאמני' אבל בלא"ה התופס שטר נאמן ויכול לטעון שלא להשביע הייתי מכוון. ואולם הש"ך חולק וס"ל מסתימת הש"ע משמע דאין טעם משום דכך מנהג רק הואיל וכתב בי' מחכירות הקהל ולא שייך שלא להשביע הואיל ונכתב קודם חתימת עדים ולי נראה דתלי' במחלוקת הפוסקים בס"ק י"ז דאי אמרינן דנאמן שהם שלו אף דכתב ע"ש אחר הואיל ושטרו בידו צ"ל כאן כל נאמנו' של קהל תלוי במה שכך המנהג דאל"כ נאמן על שטרו בידו וכי עדיף מ"ש בתוך השטר שהוא מחכירות הקהל מאלו כל שטר נכתב על שם אחר. משא"כ לדיעו' דס"ל דאינו נאמן ויכול האחר לטעון שלי הוא וזכיתי בו א"כ ודאי אין צריך לומר הטעם פה משום דכך מנהג העיר רק זולת זה טענינן לבני קהל' דשלהם הוא הואיל וכתוב בי' על שם חכירות הקהל ושלא להשביע לא שייך הואיל ונכתב קודם חתימת העדי' בכל אופן. ולכך הש"ע דהשמיט לעיל הך דינא ונמשך כמש"ל אחרי דעת רשב"א וסייעתו נמשך פה ג"כ שהשמיט הך טעמא דהואיל ומנהג הוא כך וא"כ במחלוקת שנוי:

סימן סא

א **ודווקא שהמוציא היה ילוד וכו'** בתשובת הרא"ש וכפמ"ש הטור לא נזכר זה רק הב"י העתיקו מתשובת רשב"א ונר' דתלי' במחלוקת לקמן בסי' ר"י אם המזכה לעובר כשתלד אי קני' או לא דהתי' בפ"ק דגיטין דף י"ג ע"ב בהא דאמרינן כי קאמר ר"מ אדם מקנה דשלב"ל לדבר שישנו בעולם לדבר שאינו בעולם מי אמר כתבו דה"מ לר"ה דס"ל מזכה לעובר אף כשתלד לא קני אבל לר"נ דס"ל דלא כר"מ דאין אדם מקנה דבר שלב"ל וס"ל לכשתלד קנה במזכה לעובר ש"מ דס"ל דטפי חל קנין בהך מבהך א"כ פשיטא לרבנן ומכ"ש לר"מ אף לדבר שלב"ל יכול להקנות וכ"כ התו' בפ"ק דכתובות ולפ"ז מדר"מ נשמע לדידן בשעבוד דקי"ל דאדם יכול נשעבד דשלב"ל א"כ במכ"ש דיכול לשעבד לדבר שלב"ל ובפרט בזה אפילו רבנן מודים ולכך הרא"ש דס"ל לקמן סי' ר"י דמזכה לעובר קנה לכשתלד השמיט הך בבא דצריך שיהיה נולד דמ"מ משתעבד אבל הרשב"א ס"ל אף לכשתלד לא קנה כר"ה דגרע וא"כ שפיר מצריך דיהי' נולד וזהו ברור והרמ"א

הכריע לקמן בסי' ר"י דלא כרא"ש ולכך לא הגיה פה בדברי ש"ע אבל כבר כתבתי לקמן דדין זה במחלוקת ופלוגת' דרבוות' היא ואף כאן דין זה הוא תלי' במחלוקת דלקמן ואין להקשות קו' בני יעקב דאם להרא"ש לכשתלד קנה מה צורך לומר מ"ג הלכתא בלי טעמא הא י"ל מ"ש בגמר' נעשה כאומר ול"ק אלא מעתה לנולדי' דזה אינו דכיון דלר"ה נ"ל דהוא הלכת' בלי טעמא מהכ"ת נימא לר"נ טעם אחר ומהכ"ת לחדש פלוגתא במ"ג וכללא הוא הנך תלת הלכת' בלי טעמא ועוד להרא"ש אפילו בע"כ מהני מ"ג וא"כ היכא כשלוה צווח אינו רוצה להשתעבד לשום אדם זולת מלוה שלי מ"מ מהני וא"כ שפיר קשה מהנולד דהא קודם שבא לעולם יכול המזכה לחזור בו כמ"ש הרא"ש וכאן הוי הך דמשעבד נפשי' כמו שם המזכה ויכול לחזר בשעבודו למי שיהיה נולד כמו שיכול לחזור המזכה ולק"מ ודוק. וגם כיון דאין מבחין אם נולד אז או לא כמ"ש מהר"ם שיף דלכך לא פריך הגמר' וכ"ת ה"נ א"כ ה"ל מוקדם דהוא יטרוף מזמן שטר ובאמת לא חל שעבודו עד שעה שנולד מיהו אפשר לומר בישוב קושי' מהר"ם דלכך לא פריך הגמ' וכ"ת ה"נ דא"כ שטרי מאוחרי' יפסלו ובזה יש לומר דברי רש"י דפירש אמלוה פריך ולא אפקדון דבפקדון לא קשה משטרי מאוחרין אך מ"מ הדבר הנ"ל בעצמותו נכון דמי יבחון אם זה כבר נולד או לא וא"כ אתא לטרוף שלא כדין כי שעבודו לא חל רק משעה שנולד ודוק. ובהך ישבתי מה שהקשה בספר בתי כהונה בשם גאון אחד דהקשה לשיטת הר"ן בפ"ב דקדושין ותו' בריש פרק בן סורר דס"ל דד"ת אין אפשרי לזכות לקטן בשום צד דזכי' מתורת שליחות ואין שליחות לקטן א"כ מה פריך הגמ' יכיר ל"ל הא אי בעי לתת לי' מתנה מי לא יהיב לי' דמה קושי' דלמא באומר על בנו הקטן שהוא בכור וא"א לתת לי' במתנה בשום אופן ולכאורה היא קושי' עצומ' אבל לפמ"ש ניחא דזה צ"ל בלא"ה דכל קושי' הגמ' הוא להך מ"ד דס"ל מזכה לעובר כשתלד קנה דאל"כ אף דנימא כדעת האומרי' דיש ד"ת מציאות לזכות לקטן מ"מ מה קושי' דלמא איירי דבנו מת והניח אשתו מעוברת ואמר על בנו המת שהוא היה בכור כדי שולד הנולד יזכה בחלק בכורה מאביו וא"כ לית להו מגו דיהיב לי' במתנה דמזכה לעובר לא קנה ואף לכשתלד ואיצטרך קרא דנאמן ועכצ"ל דהקו' הוא למ"ד כשתלד קנה וא"כ יוכל ליתן לו במתנה שיזכה בו כשתלד ובפרט לדעת האומרים דסתם ר"נ הוא ר"נ ב"י וא"כ ר"נ דשאל זה בגמ' אזיל לשיטתו והא לא קשי' הא אף לר"נ אם מת קודם שנולד בטלה מתנתו כמ"ש הרא"ש ואולי הוא ימות קודם שנולד נכדו די"ל דהרא"ש כתב כן לדידן דלא קי"ל כר"מ אבל לר"מ תיכף חל קנין ואין בטל אף שמת ושם בגמ' הכל לר"מ: ולפ"ז אף קושי' הנ"ל מיושב דלר"נ אף לר"מ יכול לומר ולהקנות לקטן כשיגדיל דהא לר"נ

אלי' קנין זה מדשלב"ל וא"כ יכול להקנות כשיגדיל כמו כשילד וא"כ אלו הוה הגמ' משני כך עדיין הוה קשה לר"מ דס"ל אדם מקנה דשלב"ל דלרבנן בלא"ה משני שפיר בנכסי' שנפלו לאח"כ וכל הקושי' לר"מ ולר"מ לא מצי לשנויי כנ"ל דאף דלית לקטן זכי' מ"מ יכול לומר שיזכה כשיגדיל ויהיה בר זכי' ושליחות שלא גרע קטן מאם לא נולד כלל דיכול לזכות לר"מ לשיטת ר"נ מכ"ש דיכול לזכות לקטן כשיגדיל והר"ן ותו' לא דיברו אלא לזכות לו בעודו קטן וגם לרבנן דס"ל אין אדם מקנה וכו' וא"ש מיהו אף דבררתי להרא"ש חל שעבודא אף למי שנולד אח"כ מ"מ בשטר שיש בו אחריות אם ישנו ביד שנולד אח"כ אפשר דה"ל מוקדם דאימת חל שעבודו כשנולד והוא בר זכי' ושעבוד ואם כן אז חל שעבודו וזמן של שטר מקדם וצ"ע אם שטר כה"ג שכתב בו סתם לכל המוציאו כשר מאוחר דהא אפשר לבוא לידי גבי' שלא מהדין דיתנו לוי שלא היה נולד בעת הלואה וע"י שנתאחר השטר הרי הוא נולד כבר וצ"ע אם זה מיקרי חשש גבי' שלא כדין דסוף כל סוף חייב הלוה:

ב **אבל אם נולד לאח"כ לא כו'** ומזה ראי' דקני את וחמור אע"ג דחמור לא קני הוא קני דאל"כ כיון דאמר סתם לכל המוציאו ואף הנולדים אח"כ בכלל וא"כ נימא מגו דלא חל עליהם אף על הנולדים כבר לא יחול דה"ל קני את וחמור אלא ש"מ דקני' ועיי' לקמן בסימן ר"ג בהג"ה מ"ש שם באריכות:

ג **אבל תנאים כגון נאמנות בהלואה וכו'** הריטב"א דייק מזה דאף דנהגו לכתוב נאמנות מ"מ כל שאין מפורש בו נאמנות לא מהני עיי' בב"י סי' ע"א שהביא דברי הריטב"א והקשו דא"כ סותר למ"ש המחבר בשם תשובת הרא"ש דאפילו נאמנות א"צ לפרש הואיל ומנהג מדינה והרב בעל גי"ת הוסיף להקשות למה מצריך רבינו האי גאון לפרש הנאמנות הא הוא פי' דורשין לשון הדיוט כל מה שנהגו הדיוטות לכתוב השטרות דורשין ודנין אחריו אפילו לא נכתב כאלו נכתב דמי ועיי' לעיל ס"ס מ"ב וא"כ כיון שנהגו בנאמנות למה יגרע משארי לשון הדיוט ולמה לא ניזול אבתרי' והוא קושי' עצומה לכאורה והרב הש"ך בסי' מ"ב וכאן וכן בסי' ע"א דעתו לחלק כשהלוה ידע ממנהג פשיטא דאזלינן אבתרי' כי מסתמ' נתכוון כפי מנהג וטיב ונימוס המדינה אבל כל שלא ידע איך נאמר דהתחייב במה דלא ידע ונסתייע בזה הסבר' מדברי הרמב"ם בהל' אישות ואמת כי גוף הסברא נכון וישר וראוי לאומרו אבל אין תי' שלו סובל דברי ר"ה גאון דכתב סתם דלענין נאמנות לא מהכי עד דמפרש ולא חילק כלל בין ידע ממנהג ללא ידע שהוא לדעת הש"ך היתד שהכל תלוי בו ועיקר חסר וכן נראה מדברי הרמ"א שהעתיק דברי ר"ה גאון על דברי המחבר דהעתיק תשובת הרא"ש דדעתו אף על נאמנו' ולדברי

הש"ך לא ענין של זה כשל זה דהרא"ש מירי דידע ור"ה מירי דלא ידע. והנה קושי' הגי"ת על ר"ה מהך דדורשין לשון הדיוט לדעתו לא על ר"ה הקושי' כי אם על ר"מ גופי' דס"ל דורשין לשון הדיוט ואף שלא נכתב משום דהוי כתנאי ב"ד איך יסבור ר"מ אחריות לאו ט"ס ואם לא נכתב אין גובה ממשעבדי ושמואל ס"ד לומר דפסול לגמרי הא רוב וממש כל שטרות כותבין בו אחריות דמי יאבד מעותיו בכדי ופשוט: ובפרט אם אמרינן דבאין אחריות פסול לגמרי וא"כ הא הוא הדבר שהורגלו הדיוט' לכתוב ואף דלא נכתב יהיה דינו כנכתב וביותר תמה דס"ל דלכך אנו דורשין לשון הדיוט דהוי כתנאי ב"ד ובתנאי ב"ד גופי' דחז"ל עשוהו דיהיה כל נכסי' אחראין לכתובה ס"ל לר"מ אפילו בכתובה אם אין בו אחריות אינו גובה ממשעבדי אף דהוא תנאי ב"ד כמבואר בכתובות דף נ"א ע"ש: ולכן צ"ל דס"ל לר"מ דהכל הולכין אחר לשון ומנהג הדיוט' מבלי נטות ימין ושמאל והך דאם לא אוביר אשלם במיטבא היה הנהוג אצלם מבלי לכתוב תמיד בשטר כי מי יעשה תמיד שטר לחכירה דנין כן ואפילו לא נכתב בשטר כאלו נכתב וכל כיוצא בזה אבל מה שהיה מנהג להדיוטות לכתוב תמיד בשטר ומבלי לסמוך אמילת' דע"פ אף אנו דנין כך אם נכתב נכתב ואי לא לא דהא הורגלו להקפיד לכתוב ואין לנו אלא כפי הרגילות שלהם ולכך באחריות ס"ל לר"מ דהיו מורגלי' לכתוב תמיד בשטרות אחריות היום דבר שממש עיקר שעבודו תלוי בו לא סמכו על מילתא דע"פ והיו תמיד מקפידי' לכותבו ולכך בבא שטר ואין בו אחריות אין לנו לדון בו לשון הדיוט ואין לו אחריות דהרי שינה ממנהג הדיוטות וכן תנאי ב"ד דהיה שיהיו כל נכסי' אחראין ס"ל לר"מ דכך היה התקנה שיהיו כותבים כן בכתובה ולא תפסיד האשה וא"כ בבא הכתובה לפנינו ואין כתוב בו הפסידה דתנאי ב"ד היה לכתוב בו כדי שיהי' לו קלא אבל לא היה תנאי ב"ד שלא יהי' נכתב ומ"מ יועיל רק צריך לכתוב דהואיל דהוא דבר גדול יש לכותבו בפי' וזה ברור וא"כ גם מנאמנות לא קשי' לר"ה דודאי מנהג בעיא בנאמנות אבל ה מנהג הוא הואיל והוא דבר גדול לכתבו בשטר ולא לסמוך אמילת' דע"פ ולכך בבא שטר לפנינו ואין בו נאמנות אין לדרוש לשון הדיוט כי רגילו' שלהם לכתוב וא"ש. והן הן דברי הרא"ש כמ"ש מחבר דאם צוה לכתוב יש להם לכתוב נאמנות כיון דהורגלו דהא דורשין לשון הדיוט וא"כ יש להם לכתוב כפי לשון הדיוט וא"צ לפרש אבל בבא שטר לפנינו ואין כתוב בו נאמנות אין זהו שהורגלו הדיוט' כמ"ש ולכך לא דייניגן בו נאמנות וזהו דברי ר"ה שהעתיק הרמ"א ואין כאן סתירה כלל דודאי יש לסופר לכתוב אבל אם לא נכתב אתרע והרי זה יוצא מכלל מנהג ורגילו' ההדיוטות וכבר עלה סברא זו לחלק אם הורגלו הדיוטות דוקא לכתוב או לא בדעת הגי"ת אלא שמ"מ הניחו בספק

ולענ"ד הדבר מוכרח ומבורר מהך ראי' דאחריות וכתובות אשה ולק"מ ועיי' מ"ש לקמן בסי' ע"א ובסי' רמ"ב ס"ה:

ד **דאז יצא הקול וכו'** הרב בעל משנה למלך פי"א מהלכ' מלוה תמה בזה כיון דלא היה בי קנין דהא לא נזכר בי' קנין כלל וא"כ במה יחול השעבוד מיום ר"ח ניסן כיון שהלואה לא נעשה רק בכ"ז ניסן ע"ש ובאמת בהרא"ש בגא"ה לק"מ דהא ס"ל עדי' בחז"ל וא"כ אף דהלואה נעשי' מאוחר מה בכך אלא אפי' לדעת המחבר דלא פסק כאביי מ"מ נק"מ דכיון דהגיע השטר ליד המלוה באחד בניסן אף דהלואה מאוחרת כשאומר שמעכשיו יחול שעבודו הרי זה כשר ואין לו דין מוקדם וכ"כ רש"י להדיא בכתובות דף י"ט ע"ב ד"ה עדים החתומים וכו' וכ"כ הר"ן ע"ש באריכ' ועיי' לעיל סי' ל"ט סי"ג מ"ש שם באריכ' ותמהני מהרב בעל מ"ל איך לא שת לבו לדבר הזה:

ה **שנתחזק שטר וכו'** ודאי למ"ד מפני שאינו כתובים א"ש ואפי' למ"ד שאין קצובים לדעת הרא"ש בפ' מציאות אשה כל שיש לו קצבה למעלה אף שאין לו קצבה למטה מיקרי ג"כ דבר קצוב א"ש ג"כ דהא קצוב עד אלף זהו' אבל לשיטת התו' בכתובות דף נו"ן ע"ב ד"ה ומאי עילויא כו' דכתבו להדיא דאף שיש קצבה למעלה כל שאין ג"כ קצבה למטה לא מיקרי דבר קצוב א"כ אין כאן שעבוד נכסי' דהא יכול להיות בפחות מאלף זהובים ולכן דין זה צל"ע:

סימן סב

א **אפילו השטרות תחת ידה וכו'** דעת הש"ך לפרש ה"ה מטלטלין תחת ידה ואית לה מגו דלהד"ם וכדומה מכל מקום אין נאמנת דהואיל ונו"כ בתוך הבית הכל בחזקת הבעל וה"ל מגו במקום חזקה והשיג אסמ"ע ומהר"ם אלשיך ומהרא"ש דסבירא ליה באית לה מגו נאמנת ומה שהם הביאו דאי' מתשובת הרא"ש דפסק באלמנה הנו"נ בתוך הבית נאמנת לומר כי ניתן לה במתנה מבעלה אם יש לה מגו דחה הש"ך דבזה ליכא מגו במקום חזקה דאמת כל מה שבידה בחזקת בעלה רק הבעל נתן לה במתנה ובסברא זו החזיק מאוד בסי' זה פעמי' ושלש ודבריו בלתי ברורים דמה בכך אם אמרינן דניתן לה מבעלה במתנה סוף כל סוף אנו מוציאין אותו מחזקת בעל והלא עכשיו אנו דנין על החפץ הלזה של מי הוא אם של בעל או של אשה אם אנו אומרים שהיא של אשה הרי אנו מוציאין אותו מחזקת בעל וכל מה שהוא ברשותה בחזקת בעל הואיל נושאת ונותנת בתוך הבית ומה נ"מ אם מקדם היה של בעל והגע עצמך באחד שאמר על מה שבידו של אחרים אינו נאמן מכח כל מה שנמצא בחזקתו הוא שלו יהיה נאמן היה

שלי באמת אבל נתתיו או מכרתיו ואם כן אין כאן נגד החזקה וזהו ודאי אינו וכן הדבר מוכרח מבעה"ת סוף שער ששי בשם הרב ר"מ בן נתן ז"ל דהקשה לרמב"ם דסבירא ליה אשה נאמנת לומר אתה נתת לי במתנה דא"כ תהיה נאמנת של אחרים הם שנתנה לה במתנה במגו דהבעל נתן לה במתנה ולדברי הש"ך אין כאן קושי' דהוי מגו במקום חזקה דכל מה שבידה הוא בחזקת שהן של בעל משא"כ באומרת הבעל נתן לה אין מגרעת כח חזקה זו לדעת הש"ך. ותמהני מהש"ך איך עלה ברוחו לפרש כן בדברי רמ"א דכוונתו אפילו במגו אינה נאמנת מה שהרמ"א כתב להדיא בא"ע סי' פ"ה סי"ב בהג"ה בנו"נ בתוך הבית ולא ראו בידה דיש לה מגו דאין לה או החזירה נאמנת בכל ענין ויליף לי' כנזכר בד"מ מדברי תשובת הר"ם דפסק דאשה נו"נ נאמנת לומר דבעלה נתן לה במתנה אם יש לה מגו הרי דלא סבירא ליה לחלק בין של אחר או שהוא מהבעל כסברת הש"ך ויליף זה מזה וכן הנכון כמ"ש דאין סברא לחלק:

אך ראי' הש"ך ויסודתו על דברי תו' והרא"ש בפ' חזקת דף נ"א ע"ב ד"ה קיבל וכו' דכתבו באשה שאין נו"נ ופקדונה ביד אחר דקתני בי' קבל מהאשה יחזיר לאשה ה"ה אם אמרה של פלוני הם ינתן לפלוני דנאמנת במגו דהיה נוטלת מנפקד ויהבית ליה ואפילו הבעל אומר שהוא שלו אין נאמן מדקאמר יחזיר לאשה ולא אמרינן להודיע לבעל מקדם וכ' אבל אם היא נו"נ אינה נאמנת לומר שלי הוא ולא של פלוני כדאמרינן לקמן וכן האשה שנו"נ ואמרה שלי הם עליה להביא ראי' ולא מהמנ' במגו דאמרה של אחרים הוא ופקדון בידה וכו' עכ"ל התו' ורא"ש ומרדכי ומזה למד דאין מגו מועיל באשה הנו"נ בתוך הבית וכן הרב בב"ש סי' פ"ה חשבו לראי' ברורה. ואני לא הבנתי דבריהם אלו שם אייריי דליכא עדי ראה אם כן ל"ל לתו' המגו דאמרה של אחרים ופקדון בידה ולא אמרה בפשוט' מגו דלהד"ם או החזרתי וכדומה אלא ברור דשם ה"ל עדי ראה דהא הוא פקדון ביד אחר ובשלמא באין נו"נ בתוך הבית יש לה מגו דנטלתו ממנו דאין בידו לעכב וא"צ להודיע לבעלה כלל כמ"ש התו' ולכך כתבו התו' הואיל ואין יכול לעכב וא"צ להודיע לבעל כלל יש לה מגו דשקלתו ויהיב' ליה אבל בנו"נ דהפקידה ביד אחר מה מגו יש להד"ם ל"ל הא מופקד ביד אחר וה"ל ראה וליטול הימנו לא מבעיא לדעת הח"מ והב"ש דחולקים על סברת הריב"ש בא"ע סי' פ"ו וסבירא להו בנו"נ בתוך הבית וקיבל פקדון מיד אשה לא יחזיר לידה דה"ל של בעלה דפשיט' דלא שייך דשקלית מיני' דהא לא יהיב לה אלא אף לשיטת הריב"ש דמחויב ליתן לה מכל מקום מודה דתיכף צריך להודיע לבעל דהבעל יכול להוציא מידה רק עליו דהנפקד מוטל החזרה ליד מי שהפקיד בידו אבל מחויב תיכף להודיע להבעל ואם כן הוא תיכף יעכב עליו בב"ד

מבלי לתיתם לפלוני וכתורה יעשו הב"ד ואין כאן מגו כלל וכ"כ הב"ש סימן פ"ו ס"ק ג' דמה"ט דמודיעין לבעל תיכף לית לה מגו דהיה נתנם לפלוני ואין כאן מגו כלל ורק דלא נימא בנו"נ בתוך הבית ושולטת בנכסים וידה כיד בעלה בלי מגו למה לא תהא נאמנת חפיצי' הללו של פלוני מ"ש דהבעל אומר כן או היא הא הבעל סומך עלי' ועיין סוף סימן נ"ו בש"ך דדעתו ג"כ בזה דיש לה להאמין כמו שליש רק דעתו לחלק בין שולטת בכל נכסי' לסתם נו"נ בבית והוא דחוק וחילוק זה לא מצינו בש"ס ופוסקים כלל אבל עכ"פ הסברא נכונה דיש מקום דנאמנת לומר של אחר דהימנ' כמו שליש וע"ז מביא התו' ראי' נכונה דאינו ואינה נאמנת כלל דאל"כ למה אמרינן לקמן דנו"נ בתוך הבית אין נאמנת שלי הם הא יש לה מגו דשל אחר הם אלא ודאי גם בזה אינה נאמנת ול"ל מגו ודברי התו' נכונים ומוכח דאי היה לה מגו דשל אחר הם היתה נאמנת דשלה הם אף דהוא מגו במקום חזקה ומבואר להיפוך מסברת הש"ך. ועיין מש"ל בסי' צ"ט ס"א דהבאתי ראי' מן תו' ומחברים רבים דאמרינן מגו במקום חזקה זו כל מה שהוא בחזקת אדם ע"ש ונראה דאפי' החולקים שם היינו בלוה שיאמר במה שבידו של אחרים בזו אלים החזקה דמה שבידו הוא שלו אבל כאן דהוא בידה והיא אומרת באמת שלי הוא רק הך חזקה יש כל מה שהוא ביד אשה הוא של בעל חזקה זו לא אלים כ"כ ואמרינן בי' מגו לכ"ע כמ"ש הרמ"א וסמ"ע ומהר"ם אלשיך ומהר"א ששון ויתר מחברים ולכך לא נקרא מגו להוציא דגם היא מוחזקת בי' והרי הוא תחת ידה בכל אופן גם יש ראיה לדברי רמ"א מהא דהעלו התו' והרא"ש בנו"נ בתוך הבית אינה נאמנת לומר של אחר הוא והטור בא"ע סי' צ"ז הביא בשם ר"ת דאחד שעשה לאשתו אפוטרופוס ואמרה על ממון הרבה שהיה בידה שהוא של אחרים ורצה הבעל להשביעה ע"כ ופטרה ר"ת משבועה והסכים הרא"ש עמו ע"ש וקשה הא א"נ כלל ועכצ"ל דשם היה לה מגו ולכך נאמנת אבל הבעל היה רוצה להשביעה עכ"פ ופטרה ר"ת וא"ש והדבר מוכרח דבמגו נאמנת אפילו נו"נ בתוך הבית ועיין לקמן סי' צ"ז מ"ש בזה:

ב **עליה להביא ראיה** כתב הרמב"ם בפכ"ב מהלכות אישות דאם היה מעות ביד אשה והיא אומרת מתנה ניתנה לה הרי זו נאמנת וכ' וילקח קרקע והבעל אוכל פירות ואם אמרה ע"מ כן ניתן לי שלא יהיה לבעלי רשות בו עליה להביא ראיה שכל מה שביד אשה בחזקת בעל שיהיה אוכל פירות ואם אמרה אתה נתת לי במתנה נשבעת היסת ואינו אוכל פירות עכ"ל והנה בפסקא האחרון דאומרת הבעל נתן לה במתנה דנאמנת נתן המ"מ טעם דאין אשה מעיזה בפני בעלה לומר שקר כ"כ ע"ש והנה הרב הש"ך בס"ק ה' האריך וחשב כי האמינה הרמב"ם ביש לה מגו דלהד"ם או החזרתי ולכך נתקשה

הן בדברי המ"מ דמה צורך לטעם זה הא בלא"ה נאמנת במגו וגם בדברי הר"ם בן נתן בבעה"ת שער וי"ו דהקשה דתהיה נאמנת לומר אחר נתן לי בע"מ שאין לך רשות בו במגו דאתה נתת לי במתנה ותי' דאין זה מגו דגרוע גרעיה דבזה הבעל יורש ובזו אין הבעל יורש והקשה הש"ך הא בלי הך. מגו יש לה מגו דלהד"ם או החזרתי וכמו כן נתקשה במ"ש הר"ם בן נתן לרמב"ם באומרת מתנה ניתן לי דאם הוא מטלטלין ידועים לבעל דאינה נאמנת והקשה הש"ך הא מכל מקום אית לה מגו דלהד"ם וע"ש שהאריך ובאמת ליתא לדבריו דלא מיירי כלל במקום דיש מגו דבזה לכ"ע נאמנת אפי' בנו"נ בתוך הבית רק מיירי הכל מבלי מגו כלל ולכך הצריך המ"מ לטעם הנ"ל וגם יפה תי' הרמב"ן הנ"ל ויפה פסק במטלטלין הידועין דיש להם דין העשוי' להשאיל ולהשכיר ואין לה נאמנות כלל והנה טעמו של המ"מ נראה דלא סבירא ליה לר"ם בן נתן כלל דאל"כ מה פריך דיהיה נאמן של אחר הוא וניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בו במגו דהוא נתן לה דהא לכך נאמנת הואיל ואינה מעיזה אם כן איך נימא דה"ל לומר בעלה נתן לה דהא אינה רוצה להעי' ומטעם זה אנו מאמינים לה וקושי' זו הרגיש בו גי"ת והקשה כן והש"ך אגב רהיטא הקשה על גי"ת דהא אמרינן מגו דהעזה בממון ולא עיין כל הצורך דלשיטת המ"מ יפה הק' כמ"ש דכל נאמנות שלה הוא מתורת דאין מעיזה ולכן ברור דהר"ם בן נתן לא סבירא ליה הך טעמא דמ"מ באשר צווחו עליו בלא"ם וכמש"ל רק סבירא ליה כיון דמטלטלין בידה והיא אומרת במתנה ניתן לי בעצמה נאמנת בלי מגו כלל דחזקה הואיל והוא בידה שניתן לה במתנה כמ"ש הרמב"ם רק יש כאן ספק אי הבעל או אחר אם היא אומרת דהבעל נתן לה אמרינן מסתמא דלא אחר נתן לה דלא שכיח דאחר יתן לאשה במתנה ובירושלמי אמרינן קול למתנה ואם כן בממ"נ אם יוצא קול דאחר נתן לה איך תאמר דבעל נתן לה להכחיש הקול ואי דאין כאן קול ודאי מבעל ניתן לה ולא משל אחר ולכך אין לה קול משא"כ באומרת דאחר נתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בו בזו נאמנת דאחר נתן לה הואיל והמתנה בידה וחזקתה מסייע לה אבל בזו דניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בו אין חזקתה מסייע ואם כן אינה נאמנת וא"ש ולכך יפה הקשה דיהיה נאמנת במגו דבעל נתן לה ומגו מועיל כמו חזקה ולכך תי' דמגרע ליה דבזו מפקיע אף ירושתו ולכך אינה נאמנת ולפי דברי הרמב"ן אם אמרה מאחר ניתן לי ע"מ שאין לבעל רשות באכילת פירות אבל לא בירושה דהבעל יורשה נאמנת במגו דבעל נתן לי דבזו לא שייך תי' הרמב"ן דמגרע כחה ובהכי ניחא דברי הנ"י ורשב"ם והרא"ש דכתבו בקיבל פקדון מאשה ומתה יחזיר לבעל דאף דנתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בו הרי הבעל יורשה וקשה אולי נתנם לה ע"מ שלא ירש הבעל ואי דלא חיישינן לכך אם כן בקצרה

הל"ל דלא חיישינן דניתן לה ע"מ שאין להבעל רשות בו ולפמ"ש ניחא דזהו דניתן לה ע"מ שלא יאכל הבעל פירות אילו טענה כן נאמנת במגו דהבעל נתן לה כקושי' הר"ם ב"ן טענין לה אבל להפקיע מן ירושת בעל דזה אין לה מגו כתי' הרמב"ן בזו אלו טענה לא מהימנ' ואף לאחר מותה לא טענין כן ומחזירין לבעל. והנה נ"מ יש לכאורה בין טעמו של המ"מ לטעמו של הר"ם בן נחן אם גם בנו"נ בתוך הבית אמרה במתנה נתן לי בעלי אי מהימנ' דלפי מ"ש בטעמו של הר"ם ב"ן כל הטעם משום דהואיל דהיא מוחזקת בנכסי' נאמנת לומר מתנה ניתן לי וזהו לא שייך בנו"נ דאין כאן חזקה כלל ואינה נאמנת כלל לומר במתנה ניתנה לי וגם. במטלטלין הידועים לבעל דדינם כדברים העשוי' להשאיל ולהשכיר וליכא חזקה כלל ואינה נאמנת לומר במתנה ניתן לי דאין מה שהוא מוחזק בידה לראיה כלל הואיל ועשוי להשאיל וכו' אבל לדעת המ"מ אף בנו"נ נאמנת דעכ"פ אינה מעיזה וזהו דעת הש"ך והרב ב"ש וגם במטלטלין הידועים לבעל דסוף כל סוף אינה מעיזה אבל נראה דאף המ"מ לא אמרה אלא בשיש צירוף הך דהיא מוחזקת בו ולכך אף דבעלמא לענין ממון לא אמרי' אין אשה מעיזה הכא דמוחזקת בו אמרינן הך סברא דאין אשה מעיזה דבלא"ה חזקת הממון מסייע לה וכ"כ הב"ש בסי' פ"ה סק"ל ע"ש אבל בנו"נ בתוך הבית דאין לה חזקה כלל וכן במטלטלין ידועים של בעלה דהוי כמו להשאיל ולהשכיר אף המ"מ מודה דאין לסמוך על סברי' זו דהעזה להוציא ממין מיד בעל ומחזקתו ובלא"ה כפי מ"ש רוב מחברים ס"ל כדעת הרמב"ן והסכים עמו שם בעה"ת ועיי' מש"ל באלמנה אי נאמנת:

ג **וה"ה אם נמצאו לה מטלטלין כו'** כתב הש"ך ס"ק ו' דבעה"ת בשער מ"ט חלק ט"ז חולק דדוקא שטרות ולא מטלטלין וכו' והנה דברי בעל התרומות הם שם בשותף שיש בידו מטלטלין ואומר דלא שייכי' לעסק שותפות אם יש לו מגו דלהד"ם וכדומה נאמן וכתב ולא קשיא מהך דאונ' ושטרות יוצאים על שם בן הנו"נ בתוך הבית דאין נאמן דוקא אונה ושטרות שאין תפיסתן מחוורת וכו' עכ"ל ולדברי הש"ך יש כאן סתירה בדברי הטור וש"ע דכאן פסק הטור דלא כוותי' אפילו במטלטלין אין נאמנת ולקמן סי' קע"ט פסק דאית ליה לשותף מגו נאמן ולפי דעת בעה"ת הנ"ל דין שוה לנו"נ בתוך הבית ולשותף והרי כאן סתירה מבוארת אבל באמת הש"ך אזיל לשיטתו דס"ל דמ"ש כאן אין נאמנת הוא הכל אפילו יש לה מגו ולכך יפה כתב דבעה"ת חולק אבל לפמ"ש דביש לה מגו לכ"ע נאמנת רק בשטרות לא שייך מגו וא"כ הא דכתב בשם הרמ"ה ה"ה מטלטלין היינו בדלית לה מגו אבל ביש לה מגו באמת נאמנת במטלטלין דשייך בי' מגו וא"כ ה"ה בשותף ביש לו מגו נאמן ובאין לו מגו אין נאמן וא"כ אין כאן סתירה בטור ובש"ע כי

דינם בשניהם שוה ואין כאן מחלוקת כלל בין הרמ"ה לבעה"ת ולכך לא הביא הטור דעתו וזה ג"כ ראיה ברורה למ"ש בס"ק א' דלא כש"ך דאל"כ דברי הטור והש"ע סותרי' זא"ז. אמנם מה שהקשה הש"ך למה כתב זה בשם רמ"ה הלא התו' והרא"ש כתבו להדיא דאין נאמנת על ממון שהוא שלה בנו"ן צ"ע ואולי מיירי דהיא נו"ן בסחורה זו ויש ברשותה מטלטלין אחרי' שאינם מסחורה זו מ"מ ס"ל לרמ"ה דאין לה חזקה כיון שנו"ן דלמא החליפן זו בזו וזו לא שמענו מתו':

ד **לא היתה נו"ן וכו'** כתב הרמב"ם כפי מש"ל דאין נאמנת לומר במתנה ניתנה לי מאחר ע"מ שאין לבעלי רשות בו והמ"מ כתב דהרשב"א חולק וכמ"ש הב"י בשמו בא"ע סי' פ"ה ע"ש ואולם הש"ך בס"ק ה' וכן הב"ח בק"א לא"ע סי' פ"ה כתב דרבים חולקים ואני לא מצאתי כ"כ חולקים כי מ"ש הש"ך מן תו' לא מצאתי בהן דבר רק דנאמנת לומר שלי ואולי הוא כוונתו שניתן לי סתם במתנה או מהבעל רק בנ"י הביא בשם ר"י ורשב"א וריטב"א דנאמנת לומר במתנה ניתנה לי ואין להבעל פירות וכ"כ לעיל דמוכח כן מדברי הרא"ש דכתב דלכך אם מתה יחזור לבעל אף דניתן לה במתנה ע"מ שאין לבעל רשות מכל מקום יורשה ש"מ דנאמנת לומר דניתן לה באופן זה במתנה אבל לפמש"ל בדעת הר"מ בן נתן דסבירא ליה אף לשיטת הרמב"ם באומרת ניתן לי במתנה ע"מ שאין לבעל רשות בפירות אבל לא בירושה נאמנת במגו דהבעל נתן לה במתנה ואם כן אין כאן מחלוקת ואף הם סבירא להו כן ולכך סבירא ליה אם מתה יחזור לבעל ולא חיישינן דלמא ניתן לה ע"מ שלא ירשה בעל דבזה אינה נאמנת והדברים מוכרחים וכמש"ל בדעת הרא"ש ונ"י ואין כאן מחלוקת כלל ומיושב בזה קושי' וטענת הרמב"ן דאם מתה למה לא יתנו למי שצותה דאולי במתנה ניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות דלפמ"ש ניחא דלגבי ירושה כ"ע מודים דאינה נאמנת דהא ל"ל מגו והמ"מ דמשוה מחלוק' בין הרמב"ם לרשב"א היינו דלא סבירא ליה כרמב"ן בטעם של הרמב"ם וסבירא ליה משום דאינה מעיזה ואם כן לא שייך מגו כמש"ל אבל לפי מ"ש בר"ם בן נתן לק"מ ואין כאן מחלוקת ובלא"ה הרמב"ן בחדושיו חולק לגמרי וסבירא ליה אפילו בטוענת הבעל נתן לה א"נ להפקיע הפירות ואם כן הבו דלא לוסיף וא"ש ואמת כי הרמ"א כתב בא"ע סי' הנ"ל בשם רשב"א לחלק בין מעות טמוני' לאין טמוני' אבל כבר השיגו אחרונים כי לא מצאנו כן בשום מקום לרשב"א ואולי כתב כן רמ"א לחדש ברשב"א ליישב קושי' הנ"ל דאיך אמרינן יעשה פי' לפירושו אולי ניתן ע"מ שאין לבעל רשות בו כמ"ש הרמב"ן ולכך מפרש דשם איירי במעו' טמוני' ואינה נאמנת אבל לפמ"ש בלא"ה ניחא וא"צ לחילוק של הרמ"א ודברי הטור שכתב בא"ע סי' פ"ה כרמב"ם ובסי' פ"ו דנאמנת לומר שלי הם

נכוני' כמ"ש דהא דאין נאמנת רק באומרת דהפקיע ירושה אבל לא הפירות וכמש"ל וכן נר' נכון וא"צ לדוחק הפרישה והב"ח בק"א לא"ע וכן נר' לדינא דהא הבעה"ת הסכים לרמב"ן גם לפ"ז דהסכמנו עם פי' הלזה אם כן אף באלמנה הנו"נ ואמרה דבעלה נתן לה מתנה או אחר שאין לבעלה רשות בו נאמנת דהא יש לה מגו דבמות בעלה לא שייך גרוע גרעי' כמ"ש ג"כ הש"ך ולעולם נאמנת:

ה **הם שותפות של שניהם** כבר כתבתי באורים מ"ש הש"ך דנחלקו הרא"ש ורשב"א באם הבעל העלה על שם אשתו בקנין להרא"ש הרי היא של אשה הואיל ונכתב ע"ש ולרשב"א כיון שנו"נ בבית הכל של בעל ולענ"ד נר' כפי מ"ש הרשב"א בתשובה סי' ת"ת קנ"ז דאף דהעלה על שם אשה מכל מקום דמי להא דאמרינן בפ' הגוזל דאם העלה בשם ריש גלותא דלא זכה בו ריש גלותא אף בזה לא זכה בו האשה ולפ"ז תלי' במחלוקת שהבאתי לעיל ס' ס"ק ט"ז דאם ריש גלות' טוען הואיל ושטר נכתב על שמי הייתי זוכה בו דיש בו מחלוקת הפוסקים אם כן אף בזו דמה בכך דאין לאשה דמי מכל מקום כיון דהבעל העלה בשמה זכתה בו ולכך הרא"ש דבררתי לעיל מתוך התשובה דזכה בו ר"ג לדעתו אף כאן סבירא ליה דאשה זכה בו משא"כ לדעת בעה"ת ולכן דין זה צ"ע כי תלי' במחלוקת הנ"ל ואם כן מי יוציא מיד אשה מספק והיינו כשעולה יותר מסך כתוב' אבל עד סך כתוב' היורש' מוחזקים ואין להאשה טענה ועיי' מש"ל בדיני תפיסות וצ"ע:

ו **סתם אשה נו"נ בתוך הבית** הש"ך בס"ק ח' פקפק בזה וכתב דסתם אשה שולטת בנכסי וממון של בעלה אבל לא נו"נ בתוך הבית ולא ידעתי מה מקום הפקפוק כיון דהתו' והרא"ש כתבו בב"ב הנ"ל דאפילו אינה נו"נ בשל בעלה רק ממין בעלה מצוי בידה יש להסתפק אי חשבינן כנו"נ בתוך הבית ומה דמספקא לי' לתו' פשיטא לי' להרא"ש דכתב להדיא דאף דרק ממון בעלה מצוי בידה קרוי נו"נ בתוך הבית וכ"כ הטור בא"ע סי' פ"ו אם כן כיון דסתם נשים שולטות בשל בעליהן היינו דממון בעליהם מצוי בידם ואם כן פשיטא דהוי נו"נ וכן עמא דבר אלא שראיתי בס"ק י"ד ביקש הש"ך לחלק דבמטלטלין שנמצא ברשותה סגי במה שהבעל מאמינה דעלי' להביא ראיה אבל אם שטרות כתובי' על שמה דתהיה מכל מקום צריכה להביא ראי' בהא בעינן נו"נ גמור ולא הבנתי מנ"ל לחלק בממ"נ אם זה בכלל נו"נ האמור בגמ' אף לענין שטרות נאמרה ואי לאו מנ"ל לענין מטלטלין דהא התו' והרא"ש ילפי הך דמטלטלין מהך דאשה הנו"נ והיו שטרות ע"ש ואין כאן מקום לחלק:

ז **אם ידוע וכו'** הסמ"ע הקשה דלעיל בס"ס נ"ו משמע אפילו א"י נאמנת ותי' הסמ"ע דלעיל יש מגו וכאן אין מגו דמיירי דמתה ויפה כתב ואף דבתשובת הרשב"א אשר ממנו

מקורו לא נזכר שמתה מכל מקום איירי בדליכא מגו ונוסף על זה שם מיירי דהבעל היה תופס במטלטלין ואם כן אפשר דלא מהני מגו כיון דתופס והוי מגו להוציא ולא אמרינן והוא הנכון. אלא הש"ך לדדכו הולך וסבירא ליה בנו"נ אפילו מגו לא מהני ולכך נתקשה ביותר בהך דלעיל בס"ס נ"ו וגם הקשה קושי' המחברי' דשם בתשובת הרא"ש אשר ממנו מקורו של הדין הנ"ל בס"ס נ"ו משמע דהיא מסרה החפצים לב"ד בסתם ואחר כך אמרה שהיא של פלוני הרי זה מגו למפרע ולכן נמשך הש"ך אחרי דברי מהרי"ט דסבירא ליה מתורת שליש האמין הרא"ש להך אשה דכל אשר לבעלה בידה והא הימנ' ואם כן מה בכך דעכשיו ל"ל מגו מתחילה הימנ' רק דלא תקשה אם כן הכא נמי בכל אשה הנו"נ נימא דיש לה דין שליש לכך נכנס הרב הש"ך לחלק בין שולטת בכל אשר לו דהוא הימנ' ובין נו"נ גרידא דלית בי' דין שליש זהו תמצית דבריו בכל מה שהאריך בסי' נ"ו בסופו ועם כל האריכות אין בדבריו דבר ברור דמ"ש שולטת ומ"ש נו"נ בתוך הבית סוף כל סוף הימנ' ואם ממון בעלה מופקד בידה הרי ג"כ הימנ' וגרע קצת מנו"נ כמ"ש בס"ק שלפני זה ודבר זה חדש לא מצאנו במחברים ומי שם גבול וקץ לזה וכאן הבן חכים שואל מה נשתנה שולטת מנו"נ בתוך הבית הלא זה גדר נו"נ דעוסקת בכל דברי בעלה מכניס ומוציא ובאמת מתחילה כך עלתה במחשבה לפני לומר דמסתברי' דברי מהרי"ט דמ"ש היא משארי שלישי' הא הימנ' בעל רק כי אמרינן כן כשהיא אומרת דבעל נתן לה שהוא שייך לאחר והיינו שליש גמור כבעל אומר לפקדון וכו' והיא היא דאומרה דבעל מסר לה שיהיה שייך לאחרים ובאופן זה י"ל היה הנדון של הרא"ש בתשובה אבל באומר שבא לידה משל אחר בפקדון ולא משל בעל כלל אם כן מה שייך הימנ' הא מעולם לא הגיע דבר זה לפי דבריה מהבעל לידה כלל ואם כי האמין אותה בשארי דברים אין זה מה שאמרו בשליש הימנ' דשם נתן לו נאמנות בגוף החפץ והדבר שאנו דנין עליו אבל לא מהני במה שנתן לו נאמנות בדבר אחר ואם כן ל"ק מכאן דהיא אומרת שבידה פקדון ולא הגיע לידה משל בעלה כלל ולא שייך בי' כלל דין שליש וקרוב לזה כתב הט"ז לחלק אלא שלא נחית בענין שליש מ"ש בזה אך עם כל זה לא נחה דעתי בקט עיון דשם בתשובת הרא"ש כלל ס"ח לא נזכר דבא לידה משל יד בעלה בתורת שלישי'. וגם דא"כ עדיין קושי' תו' והרא"ש שם בפ' חזקת במקומו דלמה בנו"נ אין נאמנת לומר שלי היא הא יש לה מגו דשל אחר היא במקומו דמ"ש דג"כ אין נאמנת לומר של אחר הוא הא נאמנת לומר דהבעל מסר לה לתיתו לאחר ונאמנת מתורת שליש כהנ"ל ועוד דהרא"ש בתשובה ההוא פתח וסיים הואיל והאלמנה אחרי מות בעלה היה בידה לתת למי שהיתה רוצה לכך נאמנת משמע לולי כן ואלו תיכף במות בעלה היה הב"ד או

אפטרופסי' משגיחי' על עזבון בעלה לא היתה נאמנת ואם באנו עליו מתורת שליש וע"כ דמתחיל' בעת וחיי בעלה הימנ' בעלה דהי' שולטת בכל אשר לו כמ"ש הש"ך אם כן אף דלית לה מגו כלל תהיה נאמנת כדין שליש ועוד מה מייתי הרא"ש בתשובה ראי' מהך דראה שהטמין בשדה וכו' דשם אין הנאמנות מכח שליש רק מכח מגו דהיה נותן לו כמ"ש הרא"ש ואלו כאן אין טעם מכח מגו דהוי למפרע רק מכח שליש ואם כן מה ענין של זה לשל זה סך דפ' התקבל ה"ל להביאו בעל אומר לפקדון וכו' ועיקר הקושי' הוא דמה בכך דהיא שליש כיון לדעתה מסרה לב"ד ולא אמרה דבר מה בכך דאמרה אח"כ הא שליש שאין שלישתו תו בידו לא מהימן וכבר נכנס מהרי"ט והש"ך בדוחק כשמסרו ביד ב"ד בסתם לא הוי כיוצא שלישתו מתחת ידו ודבר זה לא שמענו דלעולם אם אין שלישי' בידו פקע נאמנות ואדרבא במוסרו ליד בע"ד ומעיד לטובתו בררתי לעיל סי' נ"ו דמהימן אבל במוסר לב"ד פשיטא דמקרי אין שלישי' בידו ופקע נאמנות ולכן האמת יורה דרכו להמעיין בתשובת הרא"ש דהיה באמת כך כשמסרה העזבון לב"ד תיכף אמרה שיש בו דברים השייכי' לאחרים ואם כן אז היה בידה לתת למי שתרצה אז באמירתה נאמנת במגו ותו לא ה"ל מגו למפרע וזהו שכתב הרא"ש ואם לא החזירו ובאו לב"ד מהמני במגו שאם רוצים היו מחזירים וברור דכוונתו כשבאו לב"ד תיכף אמרו כך ויש להם אז מגו ולכך מביא ראי' מהך דפז"ב ראה שהטמין בשדה וכו' דשם ג"כ המגו כשאומר ליתומים פה מוטל ומוטמן דבר אמר תיכף שהוא של פלוני דנאמן אבל אם לא אמר תיכף ליתומים רק אתר כך פשיטא דאינו מהימן כמ"ש הרא"ש ואם כן אף זהו מיירי כך והנדון דומה לנדון דתיכף אמרה כך לב"ד וכן מסיים הרא"ש בתשובה ואם יצא הממון מידה ובא ליד ב"ד או אפטרופס יעשו ב"ד בכל אשר תאמר האלמנה במגו דהיה מחזרת אחרי מות בעלה לכל א' שלהם וכו' וזה ברור דמ"ש כל אשר תאמר האלמנה היינו באמירה בעת מסירתה לב"ד ולא אחר כך דא"כ אין לדבר סוף וכי לעולם בידה לומר לגרע כח יתומים אלא ברור דמיירי בעת מסירתה לב"ד באמירה זו אנו דנין וזהו מגו מעליא דהרי אז בידה ליתן לפלוני ולא למוסרו לב"ד והוי ממש דומי' דראהו הטמין בשדה וא"ש והדברים פשוטים. אלא לפי שראיתי שגדולים מהמחברים נסתפקו בו לכן הארכתי קצת והאמת עד לעצמו. והא לא קשי' באמת אשה הנו"נ למה באין לה עכשיו מגו למה לא תהיה נאמנת כמו שליש הואיל והימנ' תחילה דשאני אשה בני"נ דידה כיד בעלה והכל בחזקת בעלה ואם כן תו לא שייך דיך שליש כיון דהכל בחזקת בעלה וכמ"ש הרא"ש בהטמין בשדה דהכל בחזקת היורשים ואף זה הכל בחזקת בעלה ועיין מש"ל בסי' נ"ו דסבירא ליה לתו' בדברים העשוי' להשאיל ולהשכיר וטוען שהשאילם לא שייך

בי' דין שלישות אף דבאמת הימנ' מכל מקום הואיל ודרכו של בני אדם להשאיל לא יצא מחזקת המשאיל ולא דנין בי' דין שליש ואם כן מכ"ש באשה הנו"נ בתוך הבית דהכל בחזקת בעל וכך סדרן של בני אדם והרי זה גרע מדברים העשוים להשאיל וכו' וא"ש ועיין לקמן סי' צ"ו מ"ש דהא יש לה מגו דנותנת שט"ח לאחרים וחייבים יתומים לשלם מעזבון אביהם כיון שנו"נ בתוך הבית עיין מ"ש שם:

ח **וכן נ"ל** והש"ך כתב דליכא כאן חולק כיון דקי"ל באחין עליהם להביא ראי' ה"ה באלמנה רק הרשב"א בתשובה איירי שמתה בחיי בעלה ואם כן לטעון ליורשים דלמא ניתן לה במתנה ע"מ שלא ירשנה בעלה זהו לא אמרינן ולכאורה אין זה מספיק לרשב"א דסבירא ליה כפמ"ש המ"מ וב"י בשמו דסבירא ליה דאשה יכולה לטעון ניתן לי במתנה שאין לבעלי רשות בו וא"כ למה לא נטעון כן ליורשיה אבל לפמש"ל דמודה רשב"א דלענין ירושה לא מצית לטעון רק לענין פירות א"ש דלא טענין ליורשים כן להפקיע כח הבעל והוא הבעל יורש ומוחזק אך אין זה מספיק דאם נטעון כן גרידא תו לא זכה בעל בסך הנזכר בשטרות דה"ל ראוי' כמ"ש בא"ע סי' צ' ס"א בהג"ה ע"ש בשם רשב"א ולכן נראה העיקר טעם הואיל והוא טוען ברי ויורשים שמא בכה"ג ובפרט דהוא מוחזק בנכסים ודאי ברי ושמא ברי עדיף:

ט **וכן אחד מהאחי' וכו'** דעת הש"ך דוקא כשרק אחד מהאחים נו"נ בתוך הבית אבל כשכל האחי' נו"נ כל מה שנכתב על שם אחד הוא שלו ועל האחי' להביא ראיה וכתב דכן כתב מהר"ם אלשיך בתשובה ואף שנזכר הדבר מפי גדולים מכל מקום לדינא לא נראה כן ודבר זה לא שמענו ולא מצאנו לשום מחבר קדמון שיחלק בכך דכי בשביל דאחיו ג"כ עוסק דהיה זה שנכתב על שמו בחזקתו דלא כך הסדר של הט"נ כשמקיפים המעות דמניחי' להעלות השטר על שמו כדי שלא יהיה כקדירה דבי שותפא. ואם כן למה יהיה נאמן ששלו הוא והראי' מן בעה"ת שער מ"ט חלק ט"ז דכתב דשותף דתפס דבר ואמר שלו הוא דנאמן וכתב ואל תשיבני מהך דבן שהיה נו"נ בתוך הבית וכו' וקשה מה ראי' שם עסוקים שניהם בשותפו' ולכך יכול כל אחד להחזיק בשלו א"ו דאין חילוק והטור ומחבר לקמן סי' קע"ט פסקו דדוקא במקום מגו נאמן שותף אבל בלי מגו לא ועמש"ל ולא חילקו בין שניהם עוסקים בשותפ' או א' לבדו והלא הבעה"ת השוה דין שותף לדין נו"נ בתוך הבית להדיא: וכ"כ הרמ"א דסתם אשה נו"נ בתוך הבית וכי היא לבדה נו"נ בתוך הבית והבעל ידיו אסורי' מבלי לעסוק כלל דבר זה לא שכיח כלל באשה אחת מאלף מצאתי כזה ואיך כתב רמ"א לסתם נשים ואם הבעל עוסק עמה אף אנו נימא

דכל השטרות הכתובים על שם אשה דתהיה שלה דחד דינא בגמ' לאשה עם א' מהאחין אלא ברור דהאי דינא אין לו שרש לדינא וראה זה חדש הוא מה שלא מצינו לו מחברים:

י **או מציאה מצאתי** הקשה הש"ך דלקמן בסי' קע"ו פסק הרב שותף שגנב או גזל לאמצע וחד דינא אית ליה עם מציאה וכאן משמע במציא' לעצמו ולק"מ דשם מיירי בסתם דאמרינן מסתמא אדעת' דשותפות זכה בי' והמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו אבל אם אומר להדיא בשעה שמגביה לעצמי ולא לזולתי אני זוכה פשיטא דהוא שלו כיון דלא נתכוון לזכות לחבירו ובכה"ג י"ל איירי כאן מציאה מצאתי ונתכוונתי לזכות בו לבדי:

יא **צריכין האחים** כתב הסמ"ע בשם רי"ו דבמטלטלין אף על היתומים להביא ראיה דבשלמא שטרות הראי' דכתוב על שם האח אבל במטלטלין כיון שאין ראי' מוקמינן בחזקת האחי' אף במותו וכן הסכים הש"ך דכן משמע בתו'. אבל נראה דמהר"ם במרדכי חולק דהביא בריש חזקת באשה נו"נ בתוך הבית ויש מקרקעות ומטלטלין שהם בחזקת הבעל דאע"ג דקי"ל על האחים להביא ראיה היינו בדבר שאינו ידוע שהוא של אחין אבל בדבר הידוע שהוא של אחין א"צ האחי' להביא ראיה ע"ש שהאריך ואם כן מבואר בדבר שאין ידוע שהוא של אחין אף במטלטלין על האחי' הראי' וכתב עוד שם בשם מהר"ם באשה שהכניסה לבעלה השני ספרים ומטלטלין ומתה ובא בנה מבעל הראשון לערער כי לא היתה נשבעת על כתוב' וכתב מהר"ם דאף על פי שהיה נושא ונותן בתוך הבית וקיימא לן עליה להביא ראיה מכל מקים כשמתה הא פסקו דעל האחים להביא ראיה ע"ש והרי הדבר מבואר דאפילו במטלטלין א"צ להביא ראיה כי אם על האחי' שוב מצאתי בט"ז דהביא ג"כ דמהר"ם במרדכי חולק אהנ"ל וכן כתבו הש"ך בשם מהרשד"ם דחולק וסבירא ליה אפילו במטלטלין על האחי' להביא ראיה וזו נראה היה דעת העיר שושן דכתב לקמן בסי' קע"ו סעיף מ"ו שאם מת השותף ובידו ממון של אחרים שהגי' הע"ש שעל האחין הראי' והיינו כמ"ש דלא סבירא ליה לחלק בין מטלטלין לשטרות ולכך סבירא ליה דעל האחי' להביא ראיה ונראה אפילו לפי הגירסא דלקמן שעל אחרים להביא ראיה אין כאן ראיה לדינו של הרי"ו ומ"מ אפשר לומר לדינא כמהר"ם דבשלמא בממון שלו אמרינן בשלמא אם היה חי היה יודע לברר וכשלא בירר אתרע משא"כ במותו מאין יהיו יתומי' דלא ידעו במילי דאבוהן יכולים לברר ולא אתרע ולכך על האחים לברר משא"כ באומר של פלוני הם ואותו פלוני חי אם כן כמו שהיה בידו לברר בהיותו חי שהגיע לידו מפלוני כן יש ביד פלוני החי לברר שמסר הדבר לפקדון ליד פלוני המת ואדרבא יותר הנותן מדקדק להדר מתחיל' בתר בירור לעת הצורך מן מה

שהמקבל מהדר בתר בירור ואם אינו מברר אתרע ביותר מן המקבל חי ואינו מברר ובלא"ה רבו הפוסקים דלא פסקו כן לחלק בין חיים למות כנודע ואם כן בנותן חי לכ"ע אמרינן דעליו לברר כמו אלו היה המקבל חי:

יב **דאימור מעיסתו קימץ ואפילו סך השטרות עולים יותר מכל מקום הדבר בחזקתו** ובאמת יש בזו הסברא חולקים רבים כי הבעה"ת בשער נ"א הביא בזה מקצת רבוות' דסברי דבעינן כשיעור הקימוץ ורשב"א הביא כן בשם ר"ח דכל דבריו דברי קבלה והראב"ד בספר תומת ישרים נסתפק בהו ובהגהת הרא"ש הביא בשם רבינו ברוך דאפי' בירושה שנפלה לו צריך שיהיה הירושה כשיעור השטרות ומכ"ש בקימץ מעיסתו ואמת כי הטור הכריע כהנך דסברי דא"צ דיעלה כ"כ אך הטור ובעה"ת לא כתבו כן רק בשטרות דבלא"ה אלים כחו הואיל וכתוב על שמו אבל במטלטלין דהם בחזקת האחי' כמ"ש בס"ק המוקדם ולכך אפילו במת על היתומים להביא ראיה ואם כן מהכ"ת נוציא מחזקת האחי' בסברא כל דהוא בשביל שקימץ דבר מועט מעיסתו יהיה סך מרובה בחזקתו ולכך לא מצינו בטור ובעה"ת שום רמז על מטלטלין דבדבר מועט נתלה דבר מרובה ומהכ"ת להרבות במחלוקת כיון דרבים כמ"ש חולקים וסבירא להו בכל גווני בעינן שיעור קמיצה כשיעור השטרות ואם כן במטלטלין אפשר דכ"ע מודים בזה ועכ"פ אף דנימא כן אפילו במטלטלין היינו בטוען מעיסתי קמצתי אבל בדלא טען כך רק של אחר הוא ואנן נימא דמהימן במגו דמעיסתו קימץ נראה דוקא כשעולה שיעור קימוץ בכדי סך השטרות ומטלטלין אבל אם אינו עולה רק דנימא אולי קיבץ לאחדי' ועלה כדי סך ההוא די שנימא אי טען כך אבל אין לומר בשביל כך מגו דהוא יותר גרוע ממנו לא שכיח ולא אמרינן כן רק אם דמי הקימוץ עולה כך ובהכי ניחא מ"ש הב"י לקמן בסי' קע"ו בשם תשובת רשב"א דאין אחים ושותפים נאמנים על מה שבידם של אחר הן והשיג בב"ה אם חלוקין בעיסתן דנאמנים וכן קבעו שם בש"ע ולפי מ"ש ניחא דודאי אין הקימוץ בסתם עולה כשיעור ההוא דאל"כ מה קמ"ל פשיטא ואם עולה יותר סבירא ליה לרשב"א דמגו לא אמרינן דהוי מגו דלא שכיח וכמ"ש וצ"ע:

יג **אבל בן בית וכו'** להיות כי יש בדין זה מחלוקת באחרונים אמרתי לברר הדבר אף כי צריך אריכות קצת ומקור דין זה הוא בירושלמי הביאו הרי"ף והרא"ש בפ' הכונס בעשו תקנת נגזל ושאל מה שיטענו דברים בלתי אמוד בהן נשמעני' מהדא אריסא דבר זוזי אפקיד גבי' חד ליטרא דדהבא ומתו אריסא ובר זוזי ובר זוזי אתא לקמי דר' ישמעאל בר יוסי אמר מאן לא ידע דכל מה דאית ליה לאריסי דבר זוזי הוא יהיבנ' לבנוי דבר זוזי הוי ליה בנין רברבין וזקוקין ויהבי פלגא לרברבין ובין כך שכב ר"י ב"י אתא לקמי' דר"ח

אמר אי מן הדא לית את שמע כלום עביד אינש דלא מפרסם יתי' יהיבנן לבני דאריסא א"ל מרי דפקדנא כבר נתתי פלגא א"ל מה שנתת עפ"י ב"ד נתת מה דאמרו בנין זקיקון לבנין רברבין נחלק עמכם יכולים לומר מציאה מצאנו עכ"ל ומזה יצא לנו הדין הזה דסתמא דמילתא הלכה כר"ח ולכך פסק הרי"ו וכן הרמ"א דמ"מ הכל בחזקת בן הנושא ונותן ובחזקת יורשיו כר"ח באריסי הנ"ל וכתב מהרש"ל ביש"ש לב"ק פ' הכונס דוקא בימיהם דהיה ריב"י גדול הדור ופסק עפ"י סברתו הוי טועה בשיקול הדעת ואינו חוזר אבל האידנא שכבר נפסק הדין עפ"י ר"ח חוזר הדין ומוציאין כה"ג עכ"ל והש"ך חלק עליו דמנ"ל הא נהי דלכתחילה יש לפסוק כר"ח מכל מקום אם אירע דתפס בעל הבית מנ"ל דלא מצי למימר קים ליה כריב"י והראי' דכל הפוסקים העתיקו הך מה דיאמרו הקטנים לגדולים הב לן פלגא ממה שקבלתם ואלו הדין חוזר לדידן מה נ"מ לדידן בזה הא לא קם דינא ואף מיד גדולים מוציאין ודוחק דנ"מ בעלמא בטעה בש"ה ועכצ"ל דקם דינא ובאמת אף דיפה טען על מהרש"ל דאין זה טעות בדבר משנה אבל מכל מקום בדין זה דאם תפס בעל הבית דאין מוציאין מידו אף לפי דבריו דקם דינא דה"ל טועה בשיקול דעת ולכך העתיקו המחברים הך דינא מה דיאמרו וכו' מ"מ אין כאן סברא שיכול המוחזק לומר קים ליה מה דשיקול הדעת דלא כוותי' וזה לא נהירא ולא נשמע בשום פוסק דיכול לומר קים ליה כנגד שיקול דעת גמור והשתא הדיין הטועה ופסק נגד שיקול הדעת צריך לשלם מביתו איך יכול הבע"ד להחזיק ולומר קים ליה ובפרט לפי דברי בעה"ת והביאו הש"ך בס' תוקפו כהן עיימש"ל בקונטרס התפיסות דלכך יכול לומר קים ליה משום דעביד אינש דינ' לנפשי' ודיין דעביד כהאי מ"ד דינו דין ואם טעה בש"ה דחייב לשלם אם כן לא יפה כח בע"ד מדיין עצמו דצריך לשלם מביתו ואיך שייך בגוי' עביד אינש דינ' לנפשי' ועוד זיכה את חייב וטעה בש"ה דאמרינן בפ"ד דסנהדרין היכי משכחת ליה הא יפה פסק דאם הוא רק הדבר תלוי' בש"ה הא זוכה בו המוחזק וכתורה זיכה את החייב א"י דליתא ובש"ה לא מצי למימר קים ליה ואם כן לפי דברי הש"ך צדקו דברי הסמ"ע דאף בדתפס בעה"ב מוציאין מידו. אך מכל מקום נר' דיש מקום לדינו של הש"ך והוא לפי מ"ש הרי"ף ברישׁ פד"מ הא דנחלקו בפר' ז"ב ריב"י ור"ח ואמר ר"ח כבר הורה זקן לאו טועה בש"ה גמור הוא דא"כ היה הדין חוזר כיון דלא נו"נ ביד הוה ופטור מלשלם ואם כן הדין חוזר רק נחלקו בסברא בעלמא ולכך לא היה הדין חוזר ע"ש וברא"ש ומש"ל סי' כ"ה אם כן אף בזו עכצ"ל דלאו ש"ה גמור היה דלא נראה בירושלמי דהיה ריב"י נו"נ ביד ואם כן היה ראוי להיות חוזר וע"כ דהיה רק סברא בעלמא ולא ש"ה גמור ולא היה כח ביד ר"ח לחזור הדין ואם כן כיון דאינו ש"ה גמור רק סברא בעלמא

אף דר"ח חשבהו לסברא ברורה מכל מקום מי יימר דיהיה כ"כ אלים הך סברא להוציא מיד מוחזק כיון דריב"י מסייע ליה ולא נחלקו רק בסברא בעלמא. ומה שהביאני לכך הוא דהרא"ש פסק בנגזל דא"י לטעון דבר שאין אמוד בו וכתב הרא"ש דאין זה סותר לעובדא דאריסי בר זוזי הנ"ל דהתם להחזיק הפקדון בחזקת המפקיד אמרינן כן יש מתרושש וכו' אבל לא להוציא מיד מוחזק והקשו הגהת הרא"ש וכן המעדני מלך ויתר מחברים הא בירושלמי אמרינן על נגזל מה שיטענו דבר שאינו אמוד נשמעני' מהדא וכו' הרי דהקישן הירושלמי להדדי ועיין לקמן סי' צ' מ"ש בזה הש"ך והדוחק מבואר שם כמ"ש שם בסי' צ' דבאמת ירושלמי מחולק עם הגמ' והדוחק מבואר דאיך העתיקו הרי"ף והרא"ש סתמא דירושלמי מבלי גלות אוזן דהוא חולק אתלמודא דידן וכבר כתב המ"מ בפ"ה מהל' שאלה דיש לנו לעשות כל טצדקאו' שלא יהיה דברי ירושלמי סותרים לדברי הגמרא דידן בזה ולכן נראה כי אין דעת ירושלמי להכריע כר"ח בבירור רק דהוא ספק שנחלקו בו ריב"י ור"ח ואף דמתחלה יש לדון כר"ח אבל ודאי אם תפס לא מפקינן דיכול לומר קים ליה כריב"י כיון דל"א הלכתא כמאן וכללא בכל הש"ס היכ' דלא אתמר הלכתא דיוכל לומר קים ליה ואם כן וודאי אף בזו יכול לומר קים ליה כריב"י ואם כן זהו כוונת ירושלמי נשמענ' מהדא דאריסי בר זוזי וכו' ונחלקו בו חכמי דור ריב"י ור"ח ולא אתמר הלכתא כמאן ואם כן פשיטא דיכול המוחזק לטעון קים ליה כריב"י דהיה גדול בחכמה עד שרבינו הקדוש נהג בי' כבוד ואם כן דמוחזק יכול לומר קים ליה כריב"י מכ"ש דאין להוציא מיד הגזלן בטענת נגזל בדבר שאין אמוד כי הגזלן יכול לטעון כריב"י ולא אמרינן יש מתרושש וכו' רק בדבר אמוד ואם כן א"י להוציא מיד הגזלן דבר בלתי אמוד וא"ש דברי ירושלמי ויפה פשט משם דאין לטעון דבר בלתי אמוד והירושלמי והגמ' ודברי הרא"ש מכווני להלכה ואם כן הדין דין אמת כמ"ש הש"ך. שוב מצאתי בתשוב' מהר"א ששון סי' קי"ג דכתב גם כן דיכול המוחזק לטעון קים ליה כריב"י ע"ש אלא דמפריז שם בתשובה על המדה לומר דבשביל כך לא היה מוציא ר"ח מיד יתומים הגדולים מה שכבר קבלו משום דהך מצו לטעון קים ליה כריב"י וזהו לא נראה לי דאם כן למה לא יתנו הגדולים לקטנים חלקם ומה זו למציאה כיון דתפסו על פי הדין ואמרו הדין עמנו דקי"ל כריב"י ולמה לא יתנו לפי טענתם דהדין עמם לקטנים חלקם ואם תופס עפ"י הדין משפט א' לכולם כקטן כגדול ומעולם לא שמענו מי שתופס דבר כי טוען קים ליה שלא יצטרך ליתן לחבירו השותף עמו חלקו בו דבר זה מהנמנע ולכן ברור דר"ח לא פסק קים ליה דלר"ח היה הדין פשוט וחשבהו לטועה בש"ה עפ"י סברא דקם דינא רק הואיל ובאמת ליתא לדינא רק לא ביקש להוציא נגד הוראת ריב"י דתלי' בסברא ה"ל

כמציאה ופטרם ליתן לקטנים חלקם וזהו ברור אבל עכ"פ לגוף הדין גם הר"א ששון מסכים דיכול לומר קים ליה כריב"י והמוחזק בו א"מ מידו. והנה הש"ך ביקש לומר הני מילי היכי דהפקידו ביד אחר דאמרינן הואיל והיה מפקיד בסתם מבלי אמור דהוא שלו אמרינן מסתמא שייך לבעל האריס אבל בנמצא בבית האריס אף ריב"י מודה ודבריו רחוקים כי המה נגד הסברא דמ"ש בידו או ביד אחר מהכ"ת ידע הנפקד שהוא של בעל האריס ובלי ספק יחזרו לו או לבניו ונהפוך איך הפקיד סתם ביד אחרים ולא הודיעו שהוא אינו שלו משא"כ כשהוא ברשותו כל שעה זימנא הוא למוסרו ליד בעליו וגם הא יש ריעותא איך שכב בעל האריס ולא פקד כי מסר פקדון ביד אחר ע"י אריסו והעיקר דא"כ לפי מ"ש דירושלמי נשמענא מהדא דהואיל דיכול לומר קים ליה כריב"י אף בנגזל יכול הגזלן לומר קים ליה כריב"י ולשיטת הש"ך הא בעודנו ביד אריס אף ריב"י מודה וא"כ אין זה ענין להך דטענת נגזל בדבר שאינו אמוד דהא אף ריב"י מודה דיכול לטעון דבר שאין אמוד רק שם אתרע הואיל ומסר בסתם ולא אמר שהוא שלו כמ"ש הש"ך וזהו לא שייך בנגזל וא"כ חזר הקושי' למקומו מה ענין הך דנגזל להך עובדא דאריס אלא ברור דליתא דמ"ש ושפיר יליף זה מזה והנה הרב הב"ח חולק בזה ארמ"א וס"ל דהך עובדא ודין דרי"ו דלמדו מן עובדא דבר זוזי הכל בחלק מעיסתו דאריס לא היה אוכל על שולחן דבר זוזי אבל באין חלוק בעריסתו כהני משרתי בעה"ב ודאי כל מה שברשותו בחזקת ב"ב והש"ך בס"ק ק"ח השיג עליו דא"כ דמיירי בחלוק בעיסתו מה צורך לרבינו ירוחם להביא דברי ירושלמי ולא קאמר דברי גמרא דבחלוקים בעיסתן על אחי' הראיה דאימור מעיסתו קימץ ועוד מ"ט דריב"י דהא זה דמעיסתו קימץ סברא ברורה בש"ס דילן ולא יתכן ביה מחלוקת ולכן פי' הש"ך דמיירי באינו חלוק בעיסתו ואעפ"י באחים ואלמנה הנו"נ ואין חילוק בעיסתו ס"ל דעליהם הראי' בנו"נ בתוך הבית שאני וטרח הש"ך לחלק בדחוקי' ואני שואל להיפוך א"כ דמיירי עובדא דירושלמי באינו חלוק אבל בחלוק ריב"י וכ"ע מודים דזכה בו האריס ובניו א"כ מה מייתי ראיה להך דנגזל טען דבר שאין אמוד מהך עובדא דאריסי בר זוזי ומחלק' ריב"י ור"ח הא הנגזל חלוק בעיסתו ולא נחלקו בזה כלל ואין זה ענין כלל להך דאריסי בר זוזי דשם אין חלוק וכאן חלוק ואפילו בדבר מועט אמרינן דבר מרובה כהנ"ל ולא ראי זה כראי זה ועוד הרא"ש דהקשה איך אמרינן דא"י הנגזל לטעון על הגזלן דבר בלתי אמוד מהך דירושלמי באריסי בר זוזי דס"ל לר"ח דהדבר בחזקת אריס למה הקשה מהך דירושלמי ולא הקשה מן גמרא דילן דקי"ל בחלוק בעיסתן אפילו בדבר מועט אמדינן בדבר מרובה ולמה אמרינן בנגזל בדבר מועט שהוא אמוד לא אמוד בדבר מרובה ואם כי באמת תי' הרא"ש נכון לחלק בין להוציא בין

להחזיק אף מהך דאריסי וכו' לק"מ כמ"ש באמת הרא"ש ואמת לפי מש"ל דכי אמרינן בקימץ מעיסה בדבר מועט סגי ה"מ בשטרות דנכתבים על שמו אבל במטלטלין אמרינן כדעת ר"ח וסייעתו דבעינן כ"כ קימוץ שאפשר שיעלה כשיעור המטלטלין וא"כ לק"מ דזהו השאלה מה שיטענו דבר בלתי אמוד היינו דבר שאין הדעת נותן שהיה באפשרי לקמצו מפרנסתו ולאסוף כ"כ הון וא"כ לא היה אפשרי להקשות מן הך דאמרינן מעיסתו קימץ דשם באמת בעינן במטלטלין כשיעור כנ"ל ולכך הביאו ראיה מהך דאריסי וכו' דשם ג"כ לא היה שיעור קמיצותו לפי אומד שנקבץ ממנו ליטרא דדהבא ולכך ריב"י אמר בחזקת בר זוזי ור"ח אמר יש מתרוששׁ וקי"ל כר"ח מבלי להוציא וכריב"י אם הוא מוחזק כגזלן שאין הנגזל יכול להוציא וכמ"ש הרא"ש וא"ש. וטעם הדבר למה באמת באחין הנו"נ במטלטלין בעינן כשיעור הקימוץ ובזה לא כבר טרח הש"ך לחלק ביניהם אך בריב"ש סימן נו"ן משמע חילוק אחר דשם באחין ואלמנה נודע מתחילה דלא היה להם כלום ועל זה אין כאן ספק רק אח"כ נימא אולי מציאה וכדומה מצא בזו אמרינן אם לא קימץ דרגלים לפניך תלינן בחזקתן הראשונה דלא היה להם מגרמ' כלום אבל פה באריס ונגזל וכי מבורר לנו מעולם שהיה עניים אולי הם עשירים מתחילה ועד סוף ואי דהיה תמיד מוחזקים לעניי הא עביד אינש דלא מפרסם יתי' ולכך אין להוציא הממון מחזקתם וזהו שכתב הריב"ש דבאריסי שאני מן אשה דעביד אינש דלא מפרסמן וכו' והוא הדבר שכתבתי אבל לפי דעת האומרים דאף במטלטלין א"צ לקימוץ מעיסתו כשיעור נראה לומר להיפוך דשם באחד מהאחים או אשה הם בעודם עוסקים במו"מ ושטרות ומטלטלין בידם לא החזיקו עצמם בפני המון כעניי סוכדלים דלית להו מגרמי' כלום אדרבא היה הם מכניסים ומוציאין ומאן מכריע של מי הוא אם שלהם לבד או של בעלה ואחיהם בשיתוף ואין כאן חזקה המגרע בהן רק עיקר הדבר שנחנו יודעים מתחילה טרם שהתחיל לעסוק במו"מ לא היה להם ואוקי אחזקה ראשונה ולכך בקימוץ כל דהוא די"ל דקיבץ אחת לאחת נסתלק חזקה ראשונה ועכשיו אין להם חזקה דהם עני' אדרבא מוחזקים ברבים לעשירים כמ"ש משא"כ התם בנגזל וכן אריסי דבר זוזי היו מוחזקים ברבים לאנשים ענים וחסרי לחם ושכיר בנפשו עבד וגדולה חזקה דהרי מוחזקים לגבר' דלית ליה בזו נחלקו ריב"י אם לומר לסמוך אחזקה או כר"ח הואיל דעכ"פ יש להם דבר מועט אמרינן יש מתרוששׁ וכו' וא"ש דיליף הך הנגזל מהך דאריסי כמש"ל וגם בריב"ש יש לכוון זהו מיהו לפ"ז אף באין חלוק ג"כ י"ל כך דמתחילה היה להם סך מה וכמש"ל וכן נראה דהך עובדא בכל גווני אייר וצ"ע:

סימן סג

א **אעפ"י שנתקיים כו'** הבעה"ת שער י"ז ח"א כתב ויש לברר וכו' וכתב הרב ר' משה ז"ל אעפ"י שנתקיים אין גובין בו לעולם והקשה הגי"ת הא גמרא ערוכה היא ואי דהרמב"ם הוסיף אעפ"י שנתקיים גם זה פשיטא דאי לא מקוים בכל השטרות אין גובין בו ונ"ל דלעולם מייריבגמרא דלא נתקיים עדיין ול"ק א"כ בכל השטרות נמי ז"א דיש עדים לקיימן וא"כ בכל שטרות ב"ד מזדקקין לקיימו אבל בזה דריעי אין ב"ד מזדקקין לקימו דמה להן בשטרי ריעי לקיימו וכ"כ הרמב"ן גבי הלכתה כוותיה דרבה בזווי פרק חזקת ע"ש וא"כ טובא קמ"ל הרמב"ם ועוד נראה בא לאפוקי מדעת ר"ת כי כתב בתשובת מהר"ם דפוס פראג סי' קכ"ה אומר ר"ת שכתב בפר"ח בפ' שבועת דיינים דכל מרענ' לשטרא בתלמוד סתמא היינו שבעל השטר ישבע תחילה קודם שיגבה בו כדמשמע לישנא בפ' אלו נערות האי שטרא ריעי לא מגבה גבינו ולא מקרע קרעינן עכ"ל הרי דמבואר דעת ר"ת ור"ח דאם נתקיים גובין בו בשבועה ולזה הביא דלא כן פי' הרמב"ם וס"ל דאין גובין בו כלל לעולם ולק"מ:

ב **לעולם נראה דבא ללמדינו דאפי' תפס המלוה מוציאין מידו** ומ"מ לא קרעינן לי' אולי יברר הלואתו סמ"ע ולא היה לו להחליט הדין דהא הרא"ש כתב בשבוע' בשמעתי' דסטראי דאמרינן אתרע שטרא דפירושו לא תגבה גבינן ביה ולא מקרע קרעינן ליה כהך שטרי ריעי דאמרינן בפרק אלו נער' דלא מגבה גבינין לא קרעינן לי' עכ"ל הרי דס"ל דהך אתרע שטרא גבי סטראי והנך שטרי ריעי' דבסי' זה חד דינא אי' לי' וילפינן זה מזה וכ"כ לעיל בשם ר"ת וא"כ הרא"ש דפסק גבי סטראי דאפילו תפס בעדים לא מפקינן מיני'. וכמש"ל בסי' נ"ח א"כ ה"ה הך דמ"ש ודברי סמ"ע סתומים:

ג **ואם עידי השטר מעידים וכו'** זהו דעת הרמב"ם והי"ח דהביא רמ"א הוא דעת הר"ן ונתקשו בו המחברים ומה שנראה בקצרה הוא כך דודאי אם עידי שטר מעידים בחתימתן וזוכרי' ג"כ הלואה לכ"ע כשר ואף הר"ן מודה בו דכולי האי ל"ל לזיוף ודלא כש"ך דכתב דאף בכה"ג פסול דזה לא אמרינן וכמש"ל באורים ואם העדים אומרים להדיא זהו חתימתן אך אין אנו זוכרים דבר מגוף הלואה לכ"ע אפילו לרמב"ם פסול ואפילו דבכת"י יוצא ממ"א אין צורך לעדים לזכור העדות לדעת הרמב"ם כמש"ל בסי' מ"ו מ"מ הא בררנו לעיל דמהדין אף בכת"י יוצא ממ"א צריכין לזכור דלא יהיה בתורת מפי כתבם רק דאנן אמרינן באמת זוכרים ואינן נאמנים להפקיע כח שטר וכאן הא יש להם מגו דמה בכך כל כמה דאין מעידים על חתימתן ושתקו הרי אין השטר מקוים דלא סמכינן אקיום דעלמא א"כ ודאי דנאמנים דאין זוכרים והשטר בטל וכ"כ הש"ך אלא כי

פליגי במעידים סתם וסבירא ליה לרמב"ם כמש"ל בסימן מ"ו דאין צריך לומר בפי' אנו זוכרים רק מסתם אמרינן הואיל ולא אמרו להדיא אין אנו יודעים מזה אף שזהו כת"י הוא בחזקת שזוכרים אף כאן במטידים סתם שזהו כת"י ה"ל כמעידים שזוכרים גוף הלואה כיון דלא אמרו אין אנו זוכרים וא"כ כיון שזוכרים והרי כת"י ליכא תו למיחש לזיופא אבל הר"ן ס"ל הא דבעלמא אמרינן מסתמא זוכרין משום דכיון דמעידים על חתימתן א"כ ברור דהשטר אמת וא"כ מהכ"ת ישכחו הא אמרינן בעדות דרמי' אנפשיה לעולם זוכרים ולכך בסתם הוא בחזקת זוכרים אבל כאן דאף דמעידים על כת"י מ"מ לא אתברר לן דהשטר אמת דאולי זייף כ"כ עד דטעו וא"כ במה נימא דודאי זוכרים ולכך צריכין לומר. בפי' דזוכרים וזהו י"ח של רמ"א אבל אם אומרים דזוכרים לכ"ע כשר:

ד **אלא מוקמינן ביד שליש** כתב הסמ"ע הא דלא מוקמינן ביד שליש הך דסטראי בסי' נ"ח והך דאמרו קטנים היו דסי' מ"ו משום דהתם מהני תפיסה משא"כ כאן ולשיטתו אזיל אבל כבר כתבתי ס"ק ב' דלהרא"ש אף בזו מהני תפיסה וכ"כ הב"ח ועוד מה יאמר הסמ"ע במחבר דס"ל אף בסטראי לא מהני תפיסה. והב"ח דחק ליישב ולא ישב כלום על הך דסי' מ"ו ולכן נראה דכל החשש דלמא יתבע מיתומים והם לא ידעו כלום כמ"ש הטור וקשה הא הב"ד כותבים פסק דלא למגבי בי' ואי דצריך לשומרו הא קי"ל כותבין שובר אלא בזה דחשוד להדר בתר זיופא אין מועיל אולי יזייף ויגרר היטב הזמן או סכום המעות וישנה אותו דלא יהיה סובב עליו הפס"ד ויגבה מיתומים דהא חיישינן דזייף חתימת עדים עד שהם בעצמן טועים בו ומכ"ש המעות משא"כ באינך דלעיל דסגי בפס"ד דלא נחשדו בזיוף:

סימן סד

א **דאלו לגבותם כו'** פי' אפילו לומר להדיא בחיי הלוה לפני עדים דתופסו בחובו לגבותו אינו מועיל דשטרות בעי כומ"ס רק אם אומר בעדים דתופסו למשכון דהיינו עיקר תפיסה בגוף נייר זו מהני ומועיל תפיסתו וצ"ל דהנך לוים שחייבים על השטרות פרעו במטלטלין וא"כ לא הוה גבים מדר"נ כדקי"ל יתומים שגבו מטלטלין בחוב אביהם אין הב"ח גובה ולא שייך ביה שעבוד ר' נתן כמ"ש התו' בפ"ב דפסחים דה"ל כאלו המטלטלין הם ביד יתומים ואביהם ואין ב"ח גובה מהם ולכך בעי כומ"ס דלא שייך כאן שעבודא דר"נ משא"כ אם היה גובים קרקע פשיטא דגובה מהם מדר"נ ופשוט וא"צ ממש לכותבו אלא שראיתי לחכם אחד מחכמי זמנינו שטעה בזה:

ב **ומיירי שיש עדים כו'** הש"ך כתב דרוב מחברי' חולקים בזה על הרא"ש דאפילו בלי עדי פקדון וראה לא מהימן בלי עדים לומר דהיה תופס מחיים ותמה על המחבר שהשמיט דעתם ובאמת לא על מחבר תמיהתי כלל כי אמת הראב"ד ור"ם בן נתן בבעה"ת וכן משמע לשון הרמב"ן במלחמותיו דא"צ לא עדי ראה ועדי פקדון כלל ומ"מ לא מהימני במגו אך זהו דאזלו לשיטתם דס"ל דאין נאמן לומר אף נגד המלוה שטר כומ"ס היה לי ואבד וא"כ כל השטרות הם בחזקת המלוה הואיל ולא יכול להחזיק בהם בתפיסה וצריך ראיה על הקני' וכ"כ הרם ב"נ שם להדיא דכל השטרות הן בחזקת מלוה כי בעינן כומ"ס ולכך לא מהני ביה מגו דה"ל מגו להוציא ולבטל חזקת המלוה וכ"נ דעת הרי"ף אפילו אם נפרש ברי"ף דלא מצריך עדי ראיה נמי כמ"ש הרמב"ן עיקר הטעם כמ"ש דלא דמי לשאר מטלטלין דבשטרות אינו נאמן אף נגד המלוה כי אם בכומ"ס אלא באמת נראי' הדברים ברי"ף כמ"ש הרא"ה וכן נראה מדברי הריטב"א דמודה הרי"ף דהיה שם עדי ראיה דאל"כ אדמקשה הרי"ף להימנ' במגו דלקוח ולא הקשה במגו דלהד"ם או נאנסו החזרתי אלא ברור דה"ל עדי ראיה רק לא היה שם עדי פקדון ולכך הקשה דהא יש לה מגו דלקוח כמו בשארי מטלטלין אף דאיכא עדי ראה ולכך משני דלא מ"ל לקוח דהא בעינן כומ"ס אך בליכא עדי ראה דאיכא מגו דלהד"ם וכדומה אף הרי"ף מודה דאף בשטרות מהימן כמו שמורה לשונו דהק' רק ממגו דלקוח וכ"כ הרא"ה ואין לדקדק א"כ דמוקי ליה הרי"ף בעדי ראה לימא דהיה עדי פקדון נמי נראה דס"ל להרי"ף הואיל בעובדא דבקרא דתפיס הב"ח שאיל ר"נ אית לך סהדי דתפס ולמה לא נאמר בגמרא ג"כ דשאל בהך עובדא ליתומים אי אית להו עדי פקדון ואם לאו יש לה מגו ואי באמת הוי להו ה"ל לגמרא לפרושי ולמה נקט הגמרא הך אי אית לך סהדי בעובדא דבקרא ולא בעובדא דמלוגמא דשטרי ולכך קאמר הרי"ף דיש הבדל בינותם דשם צריך אפילו עדי פקדון ולא מהני עדים שראו הבקר ביד ב"ח אבל כאן כיון שיש עדים הרואים שטרות בידה תו א"צ עדי פקדון ולכך נאמר שם אית לך סהדי ולא בהך והמעיי' ברי"ף ירא' דלזה נתכוון לתת הבדל בין הנך תרי עובדא וכן התו' לא ביקשו לאוקמי בעדי פקדון וכדומה דא"כ גם בזה ה"ל לר"נ לומר אית לך סהדי ועוד אילו הוה אמרינן זה בהך עובדא ג"כ דצריך עדים לא הוה צריך הגמרא לומר כלל הך עובדא דבקרא דמיניה דהך מלוגמא הוה שמעינן דיש לה מגו ומכ"ש בבקרא ולא הוה הגמרא צריך לומר תרתי עובדא והל"ל רק חד והיינו במלוגמא ולומר ביה דאית ליה סהדא דאל"כ ה"ל מגו ותרתי הוה שמעינן מיניה ודוחק לומר דקמ"ל בהך עובדא דתורי אינו בכלל גודרות דפשיטא אם נמסרים לרועה דיש להם חזקה ואין זה תלוי בסברא רק במציא' ועוד כבר נלמוד ממילת' דאבוה דשמואל בעזי

דאכלו חושלא ב"ב דף ל"ו ע"ש ועכצ"ל דבהך מלוגמא א"צ לעדי פקדון ולכך הוצרכו התו' לומר תי' שלהם ובזה מיושב קושית מהרש"א דהל"ל כהרא"ש דאיכא עדי פקדון. ולפ"ז כל דברי הרי"ף ופוסקים הנ"ל בנוי לשיטת האומרים וחולקים אהרמב"ם ורבו דלגבי המלוה ג"כ אינו נאמן לומר כומ"ס היו לי ואבד אבל המחבר דפסק לקמן סי' ס"ו ס"י כהרמב"ם דלגבי מלוה א"צ ראיה לענין קנינו א"כ קושי' הנ"ל במקומו דיש לו מגו דלקוח והוצרך לומר דמיירי בעדי פקדון כהרא"ש ולק"מ במחבר ואמת הרמ"א דהכריע לקמן בסי' ס"ו דלא כרמב"ם היה לו להביא דעת החולקים רק הואיל עכשיו לתקנת הגאונים ליכא נ"מ כ"כ קיצר כדרכו. אבל התו' יצאו בדבריהם לדון ולתרץ תי' אחר הואיל דמתחילה אמרה סתם מחיים תפסינהו ולא פירשה דבריה דתבעו מינה והיא לא רצתה לתתם דאלו אמרה כן אז בפירוש היה לה אז מגו ונאמנת כמו הך בקרא דאמר תיכף מחיים תפסה והיה לו מגו רק היא אמרה סתם ואין דבריה סובלים דכוונה לכך רק חשבה הואיל והוא ברשותה ה"ל תפיסה ממילא וא"כ אח"כ דרצתה לומר דתבעינהו ממנה מחיי' ה"ל מגו למפרע ולכך כתבו התו' דהא דאמרינן באומרת סתמא מחיים תפסתי דכוונה הואיל והיה ברשותה ולא אמרינן דכך היה כוונתה דהוא תבע ממנה ומאן לתתם לו משום דהיה טועה בדין וא"כ אין לפרש דבריה מדלא טענה בעצמה זהו כוונת התו' אבל הרא"ש לא ס"ל כך דלמה לא נפרש דבריו כך בשאמרה מחיים תפסי' היינו דהיה תובע ולא נתנתם לו והיה לה אז מגו ולא שייך ביה מגו למפרע דאז היה לה מגו כמו בקרא ולכך הוצרך הרא"ש לומר דיש עדי פקדון וכן הרי"ף ס"ל דלא הוה מגו למפרע דיש לפרש דבריה ונראה כי התו' והרא"ש אזלו לשיטתן כי בב"ב דף למ"ד ד"ה לאו דסבירא להו לתוספות אם אמר מפלוני זבנת' דזבני ממך אין יכול לפרש דבריו אחר כך ולומר קמי דידי זבנא ממך דה"ל מגו למפרע אבל הרא"ש כתב שם בעובדא דדר בקשתא בעילית' וכו' דאי אמר סתם יכול לפרש דבריו ולומר קמי דידי ולא היה טוען וחוזר וטוען ואם כן התוס' אזלו לשיטתן אף כאן לא מצית לפרש דבריה ולומר מחיים תפסתי שתבעני ולא חפצתי לתת לו אבל הרא"ש סבירא ליה דמצי לפרש דבריה אף בזו קשה דהרי תוכל לפרש דבריה דכך היה כוונתה באמרה דמחיי' תפסה ולכך הוצרך הרא"ש לשנות דה"ל עדי פקדון וראה וזה ברור. ובתשובת חות יאיר סי' ק"נ אשר תשובה ההיא יצא מבטן הגאון מהר"ר ישעי' הורוויץ ז"ל משמע דס"ל דהרי"ף והרא"ש דלא תי' כתי' התו' ש"מ דס"ל דאמרי' מגו למפרע וזה אינו דהוא נגד השכל וכמה ראי' בש"ס דלא אמרי' מגו למפרע רק ס"ל דמצי לפרש דברי' ועיין מ"ש בקונטרס כללי מגו. וא"כ כיון דמחבר לקמן בסי' קמ"ו פסק כהרא"ש דמצי לפרש דבריו באומר

מפלוני זבינת דזבנ' ממך ר"ל קמי דידי הוצרך לתפוס בכאן לאמת דברי הרא"ש דיש עדים דאל"כ לא שייך ביה מגו למפרע ודוק. מיהו הרמב"ם עצמו אף דס"ל דא"צ ראיה על הקנין שטר נגד המלוה פסק בפי"א מהלכות מלוה בדתפס מטלטלין ואמר מחיים תפסינהו נאמן לטעון עליהם עד כדי דמיהן וכל זה מבואר בדליכא עדי פקדון וראה דאל"כ איך יטעון בכדי דמיהן הא לית לי' מגו וכן נראה בדברי המ"מ ואח"כ כתב היה הדברים שתפס שטרות וטען שהן משכון על חובו ושתפסן מחיי' על המלוה להביא ראיה ואם לא יחזור ליורשים מפני שאין טוען לקנות גופם אלא לראיה שבהם עכ"ל והרי אפילו במגו אינו נאמן וכבר תמה בזה המ"מ וכתב דלשון זה מורה דא"נ לומר כומ"ס היה לי ואבד וזה סתירה לדבריו בכמה דוכתין ונראה דמטעם זה השמיט רבינו מחבר דברי הרמב"ם ושינה את דרכו הואיל והמ"מ חשבוהו לסותרי' זא"ז והוא פסק לקמן דנאמן לומר היה לי כומ"ס ואבד ובאמת לא הבנתי מה סתירה יש בדבריו דזה ודאי לא קשי' לי' דהא ה"ל מגו דלהד"ם והחזרתי או נאנסו דהא כתבו כולם כאחד כי זהו מגו גרוע והאמת כן בשלמא אם אומר ליתומים דהשטר בידו א"כ א"י לכוף ללוה לפרוע בשובר אף דקי"ל כותבין שובר כי הלוה יטעון הואיל ושטר בעולם אין רצוני בשובר לכו והתפשרו עם התופס ויחזיר השטר ואז אפרע משא"כ ביטעון אין שטר בידי א"כ מה איכפת ליתומים יתבעו הלוה וכשאין השטר בעולם כי לא נודע איה הוא מוכרח לשלם וכותבין שובר ועוד יש כמה טעמיה מה דלא שייך מגו דלהד"ם נאנסו והחזרתי ואין כאן רק מגו דלקוח הוא בידי וגם זה מגו גרוע דאם לקחו יאמר הראה שטרך ואם כי יטעון אבד זהו לא שכיח דיהיה בלתי משמר שטרו העומד לראיה ולא אמרינן מגו במלתא דלא שכיח אף גם דבאמת לק"מ כיון דגוף השטר אינו רק לראיה בעלמא וס"ל לרמב"ם אם יתפשרו היתומים עם הלוה מחויב התופס להחזיר גוף הנייר ללוה א"כ אין כאן חזקה ותפיסה כלל וה"ל מגו להוציא וזהו שדייק הרמב"ם שאין טוען לקנות גופם אלא לראיה שבהם א"כ השטר עומד בחזקת המלוה והלוה וה"ל מגו להוציא וא"כ נכונים דבריהם ולכן דברי מחבר שגריר בתר הטור והרא"ש יחיד הוא נגד רוב מחברים וכמ"ש בפירוש לדעת הרמ"א דס"ל דאין נאמן לומר כומ"ס הי' לי ואבד וכן עיקר:

ג **מגו דנאנסו** הא דלא אמרינן מגו דהחזרתי כתב הסמ"ע דהוי מגו דהעזה והש"ך השיגו דלענין ממון אמרינן מגו דהעזה והנכון אתו אלא לפי דעת הש"ך דבנאנסו א"צ שבועה כלל א"כ ניחא ליה למימר הך מגו דאין בו שבועה משנימא מקום דיש בו שבועה בפרט לפמ"ש הסמ"ע דאף דיטעון נאנסו אח"כ בסוד יתפשר עם הלוים קשה לומר אם יצטרך לישבע איך יתפשר עם הלוי' ויהי' מגלה נבלתו דנשבע בשקר ויהיה חשוד עפ"י עדים

ואפשר לומר דיטעון נאבד ונגנב ממנו יכול אח"כ להתפשר עם הלוי' ולומר דאח"כ מצאו או הגיע לידו בהחזרה מגנב ולסטים מזוין וא"כ אין שבועת שוא וא"כ בזה יש ליישב דלא נקט החזרתי דאז לא שייך זה אמתלא וקשה לו לפשר אח"כ עם הלוים שלא יהיה עי"כ נתוודע דנשבע לשקר וי"ל באנפי טובי וק"ל:

ד **אלא בידוע שהוא חייב לו** משמע לדעת הרמ"א אפי' אין ידוע דחייב לו והא אין לו מגו מ"מ נאמן ובזה השיגו הסמ"ע וכל אחרונים דמנין לרמ"א זה במקום שאין לו מגו ואין לו ראיה דחייב לו דיהיה יכול לתפוס ויהי' נאמן ועיין במה שהאריכו ונראה דהרמ"א דייק לי' מהרא"ש דכתב דאיכא בהך עובדא דמלוגמא עדי פקדון ועדי ראה וקשה כיון דהרא"ש ס"ל דלא נאמן לומר שטר כומ"ס היה לי ואבד וא"כ למה מצריך עדי פקדון בעדי ראה לחוד סגי דמה מגו יש לו הא לא מצי לומר להד"ם והחזרתי ונאנסו ולא לקוח דהא יש עדי ראה ואין לו כמו"ס ועכצ"ל דיש לו מגו דממושכן הוא בידו ועל טענת ממושכן נאמן אפילו בלי מגו כלל דהא אין לו מגו בשום אופן רק מעצמו בלי מגו נאמן כמו בדברים שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר דנאמן לקוח היא בידי אף דלית ליה מגו דהא איכא עדי ראה מ"מ נאמן מכח תפיסתו דלקוח אף בשטרות לענין טענת ממושכן ה"ל כדברים שאינם עשוים להשאיל דע"י תפיסתו נאמן ממושכן היא בידי בלי מגו ולכך מצריך הרא"ש דהיה שם במלוגמא דשטרות עדי פקדון ותו לא מצי למימר במשכון בא לידו. ולפ"ז דע"כ מוכח דלענין טענת ממושכן על שטרות הוי כמו דברים שאינם עשוים דאלו הוה כדברים העשוים להשאיל מה בכך דידוע דחייב לו מ"מ איך יהיה נאמן על השטרות דהמה ממושכנים והגע עצמך מי שידוע שחייב לחבירו בעדים ויש בידו משל חבירו חפץ העשוי' להשאיל ואיכא עדי ראה הנאמן לומר אותו חפץ משכן בידי זה אינו דאף דחייב לו בבירור מ"מ על החפץ ל"ל מגו וע"כ דהוי שטרות לענין משכון דברים שאינם עשוי' להשאיל אשר תפיסתן ראיה לפ"ז אף באין ידוע שחייב לו והשטרות בידו הא לענין משכון תפיסתן ראיה ונאמן לתפסו למשכון ולומר שחייב לו כמו שיש בידו חפץ שאין עשוי להשאיל ויש עדי ראה דמ"מ נאמן לומר שכך חייב לו אף דלא נודע מהחוב מחמת דתפיסת החפץ ראיה וכן הדבר בשטרות לענין משכון דאף דאין תפיסת השטר ראיה לענין לקוח הוא ראיה למשכון ובענין משכן שוה שטר לשארי מטלטלין וזהו כוונת רמ"א בבירור ומ"ש הרמ"א דאין לו מגו היינו דאיכא עדי ראה אבל מ"מ מודה הרמ"א דליכא עדי פקדון ולכך ס"ל לרמ"א דנאמן אף דלא נודע דחייב לו והמעיין בתשובת רמ"א סי' פ"ו יראה ברור דמיירי בכך דאיכא עדי ראה ולא עדי פקדון וא"ש. אך אף דטרחנו להעמיד דברי רמ"א מ"מ לדינא נכון כרשב"א וכמ"ש אחרונים דבמקום

דליכא מגו להד"ם או לקוחין לא מהימן לומר משכון וכאשר כתבתי לעיל דרוב מחברים פירשו הך דמלוגמא בדליכא עדים כלל ומ"מ לא מהימן ומכ"ש במקום דאיכא עדי ראה:

סימן סה

א **היה יכול לגבות בו** פי' הסמ"ע וכן הב"ח דאם כופר צריך להיות נשבע להכחיש העד דשליש באין שליש' בידו ה"ל כעד ולכך נאמר בלשון ספק דאולי לא ישבע לשקר והש"ך השיג דאין זה בגדר ע"א מעיד שפרוע הוא כיון דאף לפי דבריו של האיש יוכל להיות דכדין תובע בשטרו דהא א"י מה טיבו וגם בסטראי כתב הרמב"ן דלא תקנו בו שבועה הנ"ל דהוא רק להפסת דעת ומכ"ש בכה"ג. ובאמת יש להתנצל בעדם ולומר בשלמא בפרעון דגוף השטר בדין בידו לא היה ראוי להטיל שבועה דחזקה דשטרו בידו מה בעי מעיד דלא היה פרעו ולכך לולי הפסת דעת לא חייבו חז"ל שבועה אבל בזו דעל גוף השטר אינן דנין דזה מעיד דשלא כדין בא לידו וא"כ אין חזקת השטר מסייע ליה וחייב שבועה אך בלא"ה לא הבנתי הא קי"ל עדים שאמרו אמנה היה דברינו הואיל והוא עולה אין נאמנים דלא משוי' נפשיה רשעים וכן הדין בקטנים וכדומה וכאן הא הוא עולה ועבר על דברי חכמים כמבואר בש"ע להדיא א"כ הא משוי' נפשיה רשע כנ"ל ועיין לעיל בסי' מ"ו בכה"ג ולקמן בכללי מגו דאפילו באיסורא דרבנן אמרינן אין אדם משוי רשע וא"כ לא ידעתי מה גדר עדות יש כאן:

ב **ואם הוא וכו'** הקשו כל אחרונים דיהיה לו מגו דלא קיבל מידו ויהיה נאמן דקיבל מידו אבל באמת חייב לו והסמ"ע תי' דהוה מגו דהעזה וכבר ידוע דבממון אמרינן מגו דהעזה והש"ך תי' דאיירי דגם הוא המלוה טוען שמא וזה דוחק דלא ה"ל למסתם ופשיטא דחייב להחזירו כיון דמודה דלא הי' שטרו בידו וא"י אם חייב לו בבירור ועוד הקשו דבזה סתם המחבר דיחזיר למי שקבלו ואלו לקמן בסט"ז הביא מחלוק' בנמצא שט"ח והחזירו אם גובה בו או לא ואפשר לומר כיון דקי"ל בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין שליש נאמן והעלו המחברים דטעם דכך דעתו מתחיל' אם ישנה השליש שלישתו ויתן את הגט לגירושין דהוא מתחילה מרוצה לשם גירושין ולכך דעת הרשב"א בנשאת ובאו עדים דמסרו לשם פקדון מ"מ גט כשר הוא דמתחיל' היה דעתו שיהיה כפי השליש וכן אמרו בממון דאתייהב למחי' ואם כן זהו שמסר השטר ביד שליש אף דבאמת לא פרעו הלוה מכל מקום מתחילה כך דעתו כל מה שיאמר השליש יהיה אם יאמר פרעון יהיה פרעון ויהיה נמחל לו ואם יאמר מה טיבו דדינו יהא מונח מתחיל' כך רצונו שיהיה כך דינו ולא יהיה לו תוקף שטר כלל לגבות בו כי כך היה דעתו מתחילה לבטל דעתו

מפני דעת השליש כמו שאמרו בגט דהרי היא מגורשת לגמרי אף דבאמת מסרו לפקדון בעלמא ולפ"ז מה מגו יש כאן אנן אמרינן האמת אתך דלא נפרעת מ"מ הלא מתחילה סביר וקיבל לכל מה שיאמר השליש והוא אומר שיהיה מונח בלי גובייגא א"כ המעות מחיל' וצריך אתה לקיים דברי שליש אף שהאמת אתך בכל אופן דמה בכך בטלה הכל נגד הימנו' דשליש וא"כ לא קשה מנפל דשם לא שייך הימנו' ולכך בצועק הוא חייב לי וממני נפל ס"ל לרמב"ם דאין להוציא מידו כלל. וכן משמע קצת בתשובת רשב"א סי' אלף ל"ה דבשליש דהימנו' בטלה דעתו נגד השליש ולזה נתכוון הסמ"ע והפרישה אלא שקצרו בדבריהם ע"ש:

אך עם כל זה אין דעתי נוחה דאף בשליש לכ"ע אם באו עדים מתחילה קודם שנשאת בטלה שלישתו כמש"ל בסי' נ"ו באריכות דכן דעת הרמב"ן ואף רשב"א מודה לו וא"כ זהו שיש לו מגו הוי כבאו עדים ותו לא שייך הימני' דעל אופן זה הימנו' אם לא יזדמן שיהיה לו מגו אבל לא כשיזדמן לו מגו וכמ"ש גבי עדי' דעל אופן זה לא הימני' ובפרט דכבר הוציא שלישי' מתחת ידו דתו בטלה נאמנות דילי' ולא דייק כולי האי וכמש"ל ולא בזה אופן הימני' ועוד אם אמרינן כטעמו של רשב"א דלכך מונח בשליש מתורת שליש דהימני' א"כ בנמצא ביד יורש יחזיר כמ"ש הרשב"א להדיא בתשובה סי' אלף ל"ה דאם הטעם משום הימנו' זה לא שייך ביורש ע"ש והש"ע פסק בסעיף ב' דלא כרשב"א אפילו ביורש לא יחזיר וש"מ דליתא להך טעמא וקשה על הפרישה שנסייע מרשב"א מה דלא קי"ל כוותי' ולכן יותר נראה לישב בקושי' ראשונה כיון דהיא מודה דהשטר היה מונח ביד שליש ולא היה יודע מה טיבו א"כ כבר נעשה השטר חספא בעלמא ונתבטל ועכשיו הוא בא בכח מגו ה"ל מגו להוציא כדאמרינן לקמן בהלכה כר"י בזוזי דלא מהני מגו משום דהואיל דשטר חספא ה"ל מגו להוציא ואף זו ה"ל חספא בעלמא דהא השליש א"י מה טיבו וכבר נתבטל השטר ופקע שעבודו ואמרינן בי' דהו"ל מגו להוציא ובפרט לפי מה דבררתי לקמן בכללי מגו דלכך אמרינן גבי שטרא מגו להוציא לא מטעם דה"ל כגבוי ומוחזק דהא לא קי"ל שטר העומד לגבות כגבוי רק הטעם הואיל וחזקת השטר מסייע ליה דשטר בידו מה בעי וכאן זה לא שייך דהא מודה דהגיע לידו משליש שלא כדין וא"כ אזדא חזקת השטר וא"ש ולק"מ. ועיי' בכללי מגו והדבר מבואר דבמקום דלא שייך שטרך בידי מה בעי אמרינן תמיד אף בשטר מגו להוציא לא אמרינן. ובקושיא ב' בלא"ה יש להבין במה דאמרינן ב"מ דף י"ג לשמואל דס"ל לא חיישינן לפרעון דאי ס"ל כר"א מוקי למתניתין דקתני מצא שט"ח לא יחזיר בשטרי דלאו אקנייתא ומשום דילמא כתב ללוות ולא לוה ואע"ג דלר' אסי אין כותבין כיון דנפל איתרע וחיישינן דילמא אקרי וכתב

וקשה הך מתניתין מצא שט"ח ביד שליש וא"י מה טיבו יהיה מונח וכו' היאך מתוקמ' לפרעון הא לא חיישינן ולשמא כתב ללות ג"כ ליכא למיחש דהא בשטרא דלא אקנית' אין כותבין וכאן לא שייך דלמא אקרי וכתב דהא ליכא כאן ריעות' דהא לא נפל וכי שהשטר ביד שליש נימא בי' דעדים עשו שלא כהוגן ועוד אי כתב ללות ולא לוה בו כלל ושטר חספא מה טיבו שהשלישו הלא אין בו ממש ועכצ"ל כי לא חייש שמואל לפרעון בנפל דנימא לכך לא זהיר בשמירתו דפרעו אי איתא דפרעו ה"ל למקרעי' אבל בשטר ביד שליש אמרינן דפרעו על תנאי מתנאים והניחו בקיומו של התנאי ביד שליש כמו שאמרו מי שפרע וכו' והשליש שטרו וכו' וכהנה מעשים בכל יום ושפיר לכ"ע ולפ"ז בשטר בשליש יותר יש לחוש לפרעון משנמצא בשוק דבזה אף שמואל מודה בו לק"מ דשם ס"ל לרמב"ם בנפל אף דמתחילה לא קי"ל כשמואל ולא יחזיר דחוששין לפרעון מ"מ בדיעבד ס"ל כשמואל ולא חיישינן לפרעון וגם לדלמא דאקרי וכתב דחזקה עושים העדים כהוגן ולכך ס"ל להרמב"ם דגובה בו אבל כאן ביד שליש לכ"ע חיישינן לפרעון דהא אף שמואל מודה בו כמ"ש ולכך אף בהגיע לידו כשמודה לא יגבה בו וא"ש ולק"מ:

ג **לא יחזירו שום שטר וכו'** הרשב"א בתשובה הקשה ע"ז דא"כ הא דנחלקו אוקימת' בעובדא דר"נ בהאי סבתא דאמרה ידענא דשטרא פרוע אי הימנה ר"נ במגו דקלתי' או לא ומה צריך להימנ' דל אמירה שלה לא יהיה במה שאמרה פרוע הוא מאלו אמרה א"י מה טיבו דלא היה גובה בו כלל כדין שטר הנמצא ביד השלי' ותי' הש"ך דלא עסקו שם אי לגבות בו מהלוה פשיטא דלא גרע מא"י מה טיבו רק כל הפלפול אי להחזיר השטר קרוע ליד הלוה או יהיה מונח ולכך אמרינן דמגו דקלתי' תהיה נאמן אף לקרוע גוף שטר וכו' וזה דחוק בתכלית דמה נ"מ סוף כל סוף לא יגבה בשטרו לעולם ומה כל החרדה שם. והיה אפשר לומר דנ"מ בחזרה אי מצי הך איתת' לחזור ולומר דנזכרתי דלא נפרע כי אם נאמנת תו לא מציא לחזור מדבריה כמו עד כיון שהגיד וכו' אבל אם אינה נאמנת בעצם רק מחמת דה"ל מצא שטר וא"י מה טיבו א"כ תוכל לומר אח"כ נזכרתי וידעתי טיבו וענינו ואולי לזה כוון הש"ך אלא דגם בזה אני מסופק אם אמר א"י מה טיבו בב"ד אם יכול לומר אח"כ נזכרתי דה"ל לדייק מתחילה וע"ל סימן כ"ט ס"א בהג"ה וכן מורה לשון יהיה מונח עד שיבא אליהו ולא אמרינן עד דיהיה נזכר וצ"ע. אמנם מ"מ בגוף הקושי' לפי מ"ש לעיל בסי' נ"ו ס"ק ט"ו בתומים דמדברי הרא"ש כלל ס"ח נלמוד דאם שטרו של ראובן על שמעון ביד לוי ולוי אמר שהשליש בידו למחילה גמורה ולקורעו אף ששעעון א"י מזה כלום אם ראובן מודה שעשה ללוי שליש פטור שמעון ולא אמרינן דל שטר הוא תובעו בע"פ וא"י אם פורעו חייב לשלם ע"ש מילתא

בטעמא ולפ"ז לק"מ דבעובדא דר"נ בפז"ב לא היה הלוה יודע אם פרע ואפשר דהיה רק יורשי' וכדומה והאשה שהיתה שליש אמרה דפרוע ולכך אם אין השליש נאמן רק מכח דא"י מה טיבו יהיה מונח היה הלוה תייב לשלם דדל שטרא מהכא אתה חייב לי וא"י אם פרע חייב לשלם משא"כ כשהימנ' ר"נ לשליש דמתחילה הימנוה דאי בעי קלתי' וסביר וקיבל כל מה שתאמר א"כ אף הלוה דא"י פטור וכמ"ש הרא"ש. אך אין זה מספיק בהך אוקומתא דדוקא בדאית ליה מגו דקלתי' הימנה ר"נ ולא מטעם דאית ליה מתחיל' מגו דהימנוה ובזו קשה ל"ל מגו דקלתי' אפילו אתחזק בב"ד נמי הא הוי כאומר א"י מה טיבו ואי דחייב הלוה הואיל וא"י דפרע אף במגו דקלתי' עדיין מי יפטור הלוה מן תשלומין באומרו א"י דהא להך לישנא לא אמרינן דמתחילה הימנו' סביר וקיבל רק בעינן עכשיו מגו ולגבי לוה לא הוי מגו אם לא דאפשר דיש עד אחד המעיד כדברי התובע ובלא"ה אפשר דבע"א היודע טיבו אף דאין השליש יודע טיבו יעשה כמאמר המ"א ומכ"ש היכי דאין הלוה מכחיש לע"א דדינו כשנים ואם כן לולי דשליש נאמן היה ע"א נאמן אבל עכשיו דמהימן השליש ללישנא קמא הואיל והימנוה לכתחילה וללישנא אחרא מגו דבעי קלתי' נאמנת יותר מע"א כדלעיל ריש סי' נ"ו ע"ש. אך בלאו הכי לפי מה שכתב הטור לעיל סי' נ"ו והוא מבעה"ת דאתחזק בבית דין פי' דהניחה לקיים השטר בבית דין ולא אמרה דבר ואחר כך אמרה פרוע הוא ומכל מקום ללישנ' קמא דר"נ הימנו' דה"ל שליש וללישנא ב' לא הימנוה הואיל וקיימה בבית דין סתם ואם כן לק"מ דלולי הטעם מתורת שליש רק הואיל וא"י מה טיבו כיון שהניחה לקיימו בב"ד ה"ל כמודה שאינו פרוע כמ"ש הש"ך לעיל בסי' נ"ו ואין בכלל שאין יודע מה טיבו והי' שטר בתוקפו אבל כיון דהימנוה מתורת שליש יכול לחזור ולומר אף שהניחה לקיים השטר מ"מ יכול לומר אח"כ דהוא פרוע דהא אי בעי קלתי' וזה לענ"ד ברור לדינא דאם הניחה לקיים שוב א"י לומר אין יודע מה טיבו חוץ שליש מ"מ נאמן דהא הימנוה וא"כ לק"מ ומזה ראי' ברורה לדינו של הטור הנ"ל ודוק:

ד **אבל אנן לא טענינן להו** הקשה הש"ך דאיך סתם הש"ע הא כל טעמו של הרא"ש משום דהוא לא שכיח ומילתא דל"ש לא טענינן ליתמי ולשיטתו אזיל דס"ל לדינא דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיח אבל המחבר דהביא לקמן בסי' ק"ח שני דיעות די"א אפילו נאנסו דלא שכיח טענינן ליתמי א"ה אף כאן י"ל דטענינן ליתמי אולי ממושכן הוא ונראה דס"ל למחבר כי טענינן ליתמי מילתא דלא שכיח היינו כשיתומים באי' להחזיק תחת ידם והאחר בא להוציא אז טענינן להם אפילו בדבר דלא שכיח כדי להחזיק בידם והממע"ה אבל אם יתומים באו להוציא לא טענינן לכולי עלמא דבר בלתי שכיח וכן

דאין הולכין בממון אחר רוב ג"כ רק להחזיק ובנדון זה דגוף השטר שייך למלוה רק היורשים טוענים אולי ממושכן ס"ל להוציא דהא אפילו במשכן מטלטלין ה"ל להוציא ולכך קי"ל דטוען עד כדי דמיו צריך לישבע שבועה בנק"ח כדין נשבע ונוטל כמ"ש כל הגאונים וכמ"ש במשכן שטר שאין גופו ממון ואין עומד למכור רק בכומ"ס פשיטא דה"ל להוציא ולכ"ע לא טענינן מילתא דלא שכיח:

ה **גם שטר מתנה וכו'** כתב הסמ"ע היינו ביש מתנה קנין דאז זולת קשורים אין מחזירין אבל בקשורים מחזירין משא"כ בשטר שאין בו קנין אף בלתי קשורים מחזירין להנותן והש"ך השיגו דאדרבא בלתי קנין לולי קשורי' כיון דלא ידעינן דבא לידו מהנותן לא היה מחזירן כלל אבל כיון דקשורים מחזירין הכל לנותן אבל במתנה בקנין לעולם זכה בו המקבל ואין נ"מ בקשורי' והיטב אשר דיבר בזה אבל לעיל סי' נ"ו ס"ק כ"ז משמע בש"ך דה"ה שטר הלואה בקנין זכה בו המקבל שהוא המלוה ולכך הקשה על הטור דכתב בסי' נ"ו דשטר חיוב בקנין לא יחזיר דלמא פרע ועוד שמא התנה ליתן השטר לידו ולא ליד המלוה ובסי' ר"נ כתב הטור בשם הרמב"ם בנתן ביד שליש שט"ח ונא פירש כלום ומת הרי זה אינו כלום וכתב א"א הרא"ש בתשובה דוקא בשט"ח דכותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו וחיישינן שמא כתב ללות ולא לוה אבל במתנה בקנין כיון שקנה זכה עכ"ל ולכך תי' דמיירי בסי' ר"נ דידוע דהקנה בסתם ולא היה מתנה ע"מ שתחזרי לי אבל באין ידוע אף במתנה וכו' וכל דבריו דחוקים כמ"ש הוא בעצמו דא"כ מה צורך לחלק ברמב"ם בין שט"ח לשטר מתנה ה"ל לומר דמיירי באין ידוע אם התנה כן להדיא כנראה מסתימת דבריו. וגם בתשובת הרא"ש מבואר דלא היה נודע באיזה אופן נעשה קנין רק נמצא ביד אחר שטר מתנה בקנין ומ"מ פסק הרא"ש דיחזיר ועיקר בלא"ה צ"ל דמפרש לדברי הרמב"ם דאיירי בשט"ח דכותבין שט"ח ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו לשיטת הרמב"ם ע"כ איירי בקנין דהא פסק כר"א ובלי קנין אסור לכתוב ובקנין איך יהיה חשש ואם החשש מפני הפרעון לא ה"ל להרא"ש לומר הטעם משום שמא כתב ללות וכו' ואם אמרינן דחוששין אולי צוה מבלי ליתן רק ליד הלוה א"כ אף במתנה נמי. וחזר הדבר להיות שוה ולכן דברי הש"ך תמוהים ולכן העיקר דוקא במלוה בשטר דעיקר שטר הוא להלואה וסתמא דמילתא כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו ואין כותבין אלא בקנין לכך צוה לכתוב שטר כדי שיהי' מוכן ללות כאורח' דמילתא אבל מ"מ לא דעתו שימסור השטר מבלי שיגיע לידו המעות ולכך מצוה שימסרו השטר לידו אבל בשטר מתנה בקנין בממ"נ אם אין דעתו ליתנו מאן מעכב בידו. ומי מכריחו לכתוב א"ו דעתו להקנות לו ועוד בשטר הלואה אמרינן אלו דעתו לחוב היה נותנו למלוה א"ו

דהיה תנאי מבלי לתת לו עד שילוונו משא"כ במתנה י"ל דבאמת לא חזר ממתנה רק מן השטר כאותו שאמרו חוזר בשטר ואין חוזר במתנה וכמ"ש הרא"ש בתשובה וא"כ א"ש דבסי' נ"ו איירי בשט"ח שפיר חושש הטור דלמא כתב ללות ואעפ"י שהיה בקנין דלמא היה תנאי דבהלואה חוששין לכך והא דנתן טעם דלמא לא לוה ולא סגי בטעם הראשון דלמא פרע דקמ"ל אפילו במקום דליכא למיחש לפרעון בתוך זמנו וכדומה וכן צ"ל ברא"ש מ"ש הטור בסי' ר"נ דפירש דברי הרמב"ם בשט"ח ומשום שמא כתב ללות ולא לוה ולא בקיצור משום פרעון אלא דקמ"ל אפילו בתוך זמנו דליכא למיחש לפרעון כלל דבשלמא בנפל אתרע חיישינן לפרעון אפילו ת"ז אבל לא ביד שליש ולכך איצטרך לטעם משום שמא לא לוה אבל בשטר מתנה בקנין בהא לא חיישינן וזהו ברור בדברי הרא"ש והטור ודלא כש"ך בכמה דוכתי' ולכן אם נמצא השטר הלואה קשור אף דהיה בקנין והוא תוך זמנו דליכא למיחש לפרעון מ"מ לא מועיל לדעת הרא"ש ועיי' מש"ל סי' ל"ט סעיף י"ג בהגה"ה באריכות:

1 **נקב יש בצד אות פלוני** ונתן הטעם בבעה"ת כמ"ש הסמ"ע והש"ך דהלוה יכול לידע שהרי כותב שטרו בלי מלוה דכותבין שטר ללוה בלי מלוה והמלוה יודע הסימן שהיה בידו קודם שנפרע ואח"כ החזירו ללוה והקשה הש"ך דהך טעמא דכותבין שטר וכו' אין מספיק לשטרא דלאו אקניית' דאין כותבין עד שיהיה מלוה עמו ותי' דלאו דוקא רק הוא רואה כשכותבין השטר למלוה על הרוב ואפשר דבעה"ת מפרש כרש"י דאמרינן דלכך לא יחזור דלמא כתב ללות ולא לוה ואח"כ לוה בו והואיל והוא מוקדם לא נזהר לשומרו ועיי' באסיפת זקנים שרבי' מהמחברים דסוברים כן וא"כ הא בנפל חיישינן אף בלי שטר קנין דלמא אקרי וכתוב וא"כ איך נחזור ללוה בסימן שלו חולי אקרי וכתוב וכתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי וא"כ יודע הוא הסימן ואיך נחזור לו דמ"מ שטר כשר הוא לב"ח אף שהיא מוקדם וא"ש ולר"מ אך זהו שנתן טעם דהמלוה יודע הסימן מיותר דאפילו בנמצא בכלי ונותן סימן בכלי אין להחזירו דהא אפילו בחייב מודה לא יחזיר דחיישינן לקנוני' וא"כ אולי של לוה הוא והוא בתחבול' מסר הסימן למלוה לאמרו כדי שיהיה השטר ינתן לו לקנוני' וצ"ל דקמ"ל אפילו איתי בי' בפי' בלי אחרות נכסים דקי"ל בחייב מודה יחזיר וע"ז קאמר הא בסימן לא יחזיר וא"ש:

אך ראיתי בבעה"ת דבר תמוה דכתב על זה דאין מחזירין בסימן וקאמר אע"ג דגבי גט מחזירין בסימן זה גט שאני שאין נשאר לא ביד בעל ולא ביד העדים ועוד בבידו לגרשה וכו' עכ"ל ולא הבנתי דבריו דעל מה קאי בגט אי הא במה דאמרינן בגיטין וב"מ דקאמר נקב יש בצד אות פלוני הא שם מיירי דחוששין דלא היה גט שלו כלל רק מיד אחר נפל

וא"כ פשיטא דסימן מהני דמהיכי ידע הסימן אם אין גט שלו רק אחר ואי בהא סוף פ"ב דב"מ הוא אומר סימני גט והיא אומרת סימני גט ינתן לה הא באמת אין מועיל סימן שלו הואיל והיה הגט מתחילה בידו ואי הקושי' טעמא דאמרה ג"כ סימני הא בלא"ה ינתן לו ודלמא גרשה ויודע סימן ממה שהיה בידו והיא לא דקדקה (ועיי' בא"ז שהקשה קושי' זו) אך בזה אין תי' דבידו לגרשה שייך כלל דהא אדרבא אנו אומרים אולי גירשה והיא מכחיש ומה שנ"ל בדוחק דס"ל הא דמשני הגמ' בגיטין וב"מ דקאמר נקב יש וכו' היינו בכל אוקומתות אפילו למ"ד בשיירות מצוי' אע"ג דלא הוחזקו ע"ש וקשה עדיין ניחוש כמו דחיישינן לשני יב"ש ניחוש דלמא הוא יש לו עוד אשה אחת שהיה מקדש ולא נודע לנו (ועיין ב"ש סי' קנ"ב) ונתן לה גט זה בע"א וא"כ כבר נתבטל ועכשיו דנפל נותן בו סימן שהוא שלו לגרש בו אשתו השניה ששמה כשמה ומה יועיל הסימן דבקי בסימני הגט דהיה בידו לגרש השניה וע"ז תי' דלא משהה הגט לגרש בו וא"כ אלו היה מגרש בו לא היה יודע סימניו אלא דעדיין לא היה מגרש בו ונשתהה בידו ועוד הרי בידו לגרש את זו ואין מכוון לקלקלה כמ"ש התו' וצ"ע:

ז **ואם מפורש בשטר שאין חייב כו'** עיי' מש"ל בסי' מ"ג באריכות בישוב דברי הגמ' אליבא דר"מ ע"ש אבל עדיין בש"ע הקושי' במקומו דכיון דהוא פסק לקמן בסי' ק"ד דש"ד ולכך מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר וא"כ עדיין יש לחוש לקנוני' דזה יש לו מלוה בשטר ומכר אח"כ נכסים אבל נשאר לו ב"ח וא"כ אם יבא מלוה בשטר לטרוף ממשעבדי יאמרו יש לך מקום לגבות מב"ח אבל עכשיו שעושה קנוני' להחזיר לזה השטר שאין בו אחריות והוא מוקדם בזמן למלוה בשטר שלו וא"כ הוא גובה מב"ח וא"כ יטרוף המלוה בשטר מלקוח' שלא כדין וא"כ אף לסברת הסמ"ע בס"ק י"ט דלא חששו רק לפסידא דמשועבדים הקושיא במקומו כמ"ש דיש כאן הפסד למשעבדי וכל התי' שכתבתי לעיל סי' מ"ג לא שייכים בי'. ולכן או דצ"ל בדוחק אף דסתם מלוה ע"פ קודם לגביית ב"ח ממלוה בשטר ה"מ בסתם דשעבודא דאורייתא אבל בחוב שכתב והתנה בו להדיא שלא יהיה לו אחריות נכסים פקע שעבודו ואין לו דין קדימה לכ"ע למלוה בשטר שאחריו דהרי מחל שעבודו ובחוב כזה ודאי שעבוד' לאו דאורייתא. ויותר נר' לומר דהא דחיישינן לקנוני' הוא חששא בעלמא כמ"ש כל המחברי' רק הרבה חששו חז"ל לפסידא ולתקנות לקוחות וזהו דלקוח' טענו אנו על הקול סמכנו ולא שמענו מזה השטר קול כי באמת כתב ללות ולא לוה או שנפרע ולכך לקחנו ועכשיו הוא יבא ויתבע בשטר זה שלא כדת כי לא היה לו קלא ולכך חששו חז"ל מבלי להחזירו אבל החששא שכתבתי לעיל אין לוקח יכול לומר על הקול סמכתי כי הא לא היה נודע לך כמה מלוה

ע"פ מוקדמים שיש למוכר דהא לית להו קלא ואולי חייב באמת אלפים רבב' קודם למלוה בשטר הזה ואיך תוכל לומר הא לך ב"ח ואם כי מכל מקום נכנסת במקח ולא חשת לכך אנן איך ניחוש בחשש בעלמא מה שהלוקח בעצמו הכניס עצמו בתגר הלזה ועל נפשי' בספיקא ואיך אנן נחוש בחשש בעלמא ולכך לא חיישינן ויחזיר וא"ש ודוק:

ח **וכן אם יש ללוה בני חורי' וכו'** כבר תמהו המהרש"ל והסמ"ע והב"ח דאולי יודע שחייב לאחרים מקודם זמנו של השטר הנמצא והם יגבו מב"ח וזה בשטרו יגבה משעבדי או דחייב לאחר זמנו והוא יגבה מב"ח והם יגבו משעבדי שלא כדת דאילו לא טריף זה היה לו מקום לגבות ב"ח והעלה הש"ך על נכון דפי' בש"ע באמת דמיירי דיש לו ב"ח על אופן הלזה דליכא חששא לשארי בעלי תיבות אלא שאופן הלזה שכתב הש"ך שהכריזו מי שהוא ב"ח יבא ולא בא הוא דוחק דזה לא מצינו בש"ס ופוסקים ואם כן לעיל סימן ל"ז בהלכו' עדות דאין מעיד שמעמידו בפני ב"ח ג"כ הל"ל בהכריזו דמעיד וא"צ להאריך כי הדחק מבואר והיה נראה לפרש בזה האופן כגון שזה השטר שראובן הלוה לשמעון ויש ביד שמעון שדה שנתן לו ראובן במתנה באחריות ע"מ שלא יחול עליו שום חוב לגבותו ואם לאו בטלה מתנתו ועיי' לקמן סימן קי"א ס"ג וס"ד ע"ש ואם כן שום ב"ח בעולם לא יכול לגבות ממנו דהרי אם יגבה בטל המתנה אבל ראובן מצי לגבות בחובו בממ"נ דמה בכך אם הוא של שמעון הרי גובה בחובו ואם בטלה מתנתו הרי השדה חוזר לו ופשיטא דגובה ואם כן תו ליכא חשש קנוני' דהא לראובן יש מקום לגבות משדה הנ"ל דהא לגבי' לא מועיל התנאי אלא לשאר ב"ח ואין כאן חשש טריפת לקוחות שלא כדין בשום אופן דאף דלא נחזור זה השטר ב"ח אחרים יגבו משאר נכסים ולא מזה השדה ול"ל דילמא ראובן חייב לאחר מקודם למתנתו לשמעון ויטרפו הם השדה שנתנה במתנה ואחר כך יבוא ראובן בשטרו על שמעון לגבות משארי נכסין דהא קיבל ע"ע אחריות ואין כאן חשש גבי' דיאמרו פרע את עצמך ממה שנתחייב באחריות ול"ל דלמא יש לראובן עוד שטר על שמעון ואם כן יטרוף בשטר ההוא שדה הלזה שניתנה במתנה כנ"ל ואחר כך יבא בשטר זה לטרוף ממשעבדי דזה באמת בכלל אם נשאר ב"ח דהיינו דלא מחזירין לי' עד שיבטל בשובר כל שטרות שיש לו על שמעון זולת זה שט"ח המוחזר. ויתר חששות הן רחוקים כולי האי לא חיישינן כי הוא חשש בעלמא קנוני' ואפילו בעדות שהוא בדרך רחוקה לא יעיד תו לא חיישינן ומכ"ש בזה. או י"ל בדרך יותר פשוט דסבירא ליה לטור כדעת רשב"א דבאקני יכול לחזור קודם שבא לעולם ועיי' לקמן סי' קי"ב ואם כן י"ל כך דזה חייב מודה באחד בניסן והיה אז אביו גוסס וכדומה שמוכן כל רגע שיפול לו נכסיו בירושה והוא בזה שטר כתב דאקני ומכ"ש

לדעת הטור דסבירא ליה דאקני ט"ס הוא והוא הלוה דחייב מודה ביטל כל דאקני שהיה כותב בכל השטרות וחזר בשעבודן זולת זה שטר הנמצא כי לפי דבריו אין חייב לאחר כלום ואם כן ביום שלאחריו בהגיע לו שדה בירושה יחזיר לזה דמה קנוני' יש דאם חייב לאחרים יהיה מה שיהיה אם רוצה שיהיה גובים מלקוחות ולא מן שדה זה ב"ח הלא בידו למוכרו דלא משתעבדי להם כיון דקנה ומכר ואף דהיה להם דאקני הא חזר קודם שבא לעולם והך ב"ח א"י לטרוף מלקוחות דהא יש שדה ב"ח שירש ויאמרו הנחתי לך מקום ואי דהוי דאקני הא לגבי' לא חזר בשעבודו כלל ואם כן הרי גובה וליכא חשש פסידא דלקוחות כלל ואי דנימא בו ביום דהיה חייב מודה שהוא א' בניסן לוה מאחר וכתב דאקני בו ביום ליכא קנוני' דהא בו ביום שהודה קלא אית ליה ולא הוי ליה למיזף וגם תו ליכא חשש טריפת לקוחות שלא כדין כמ"ש וא"ש והוא פשוט:

ט **וכתוב בו הנפק כו'** עיי' בש"ך בשם מע"מ ודבר זה אמור ברמב"ם וכן הבי' המ"מ בשם ר' יהונתן דכתב דאם לא קיי"ל כאביי דסבירא ליה עבחז"ל בעינן הנפק ולכך מצריך הרי"ף הנפק הואיל ולא סבירא ליה כאביי וכן הבעה"ת העתיק כן דבעי ג"כ הנפק דאל"כ חיישינן דלמא כתב ללות ולא לוה:

ובאמת עם כל זה התמיה מבוארת כמ"ש המ"מ בשם הרשב"א דמה חשש יש בו ביום דלמא עדיין לא לוה מה בכך הלא לא פנה היום וכל רגע זימנא הוא להלות דאטו בירושלים עסקינן דכתבינן שעות וכ"כ הרז"ה והתוס' ודברי גי"ת בזה מה שהאריך בדברי הרשב"א אינם מובנים כלל דנראה דדעתו דאף בו ביומא שייך דילמא כתב ללות ולא לוה והאריך בזה בשם תוס' וצריך ישוב לגדול שכמותו שיעסוק בדברים בטלים הללו מעיקרא כי מאי שייך ביומו כתב ללות ולא לוה הבא לימלך מורין לו כך דכך יעשה וילוה ביומו בטרם בוא השמש כדי שלא יפסיד פשיטי דספרא ובאמת יפה כתבהש"ך שכמעט נלאו המחברים למצוא פתח התרה. וראה זה ראיתי לריטב"א לב"מ במהדורא לפ"ק דב"מ דכתב וכדי לקיים דברי הרב ז"ל נ"ל דהאי דכתב ללות ולא לוה פי' שנמלך מבלי ללות כלל והלך לעדים וסופר לבטל שליחתם ואם כן שטר ההוא כחרס הנשבר ובטל שעבודו ועכשיו דלוה בו הוא לוה בשטר שאין בו ממש והמלוה לא ידע מזה עד דנאמר מלוה גופי' לא שביק וכו' ולכך בעינן דוקא הנפק דבכתב הנפק תו ליכא חששא דמלוה מקיים שטרא עכ"ל בשינוי לשון קצת. ויש להבין לדבריו אם כן אף לאביי דסבירא ליה עבחז"ל החשש של הריטב"א כאן דלמא בטל לשטר ותו אין כאן שטר רק כחרס בעלמא אם כן מה זה דקאמר הגמרא בשובר שובר בזמנו טורף דעבחז"ל מה מהני זה דילמא ביטלו כהנ"ל וצ"ל כי מהני ביטול בשטר דמשוי' ליה שיעבוד נכסים

ובעינן שטר מקנה דמשעבד נכסיו ולכך סבירא ליה לריטב"א דכי מבטל השליחות אין כאן שיעבוד דהא בע"פ א"י לשעבד רק בשטר ובביטל השליחות מסופר ועדים בטל השליחות אבל בשובר דהוא מחילה גרידא ואין בו לא שיעבוד והקנאה כלל אין מפסיד בי' כלל ביטול שליחות דהא בע"פ נמי יועיל מחילה ואין השובר אלא לראי' בעלמא ולכך ליכא הך חששא בשובר ואם כן צ"ל הא דפריך הגמ' בדף י"ג הא דתנן מצא גיטי נשים וכו' כי נמלך מה הוי הא עבחז"ל ולא קאמר דילמא ביטל השליחות דהקושי' הוא משובריו כמ"ש מהרש"א ע"ש וכן הא דפריך גבי גט שחרור ניחש וכו' וקאמר הניחא לאביי דאמר זכות הוא ועבחז"ל ולא חיישינן דילמא בטלו לגט שחרור ואם כן בטל לכ"ע די"ל דאין עשוי לקלקל בידי שמים עבדו דכיון דבטלו אם כן הוי גט שחרור בטל לגמרי ואין עשוי לקלקלו כ"כ משא"כ במוקדם אין חושש דכיון דד"ת כשר ורבנן פסלו אך קשה מה פריך הגמ' לאביי למה מצא שט"ח לא יחזיר ואיצטריך לשנויי דחיישינן לפרעון ולקנוני' ולא קאמר דחיישינן לביטול השליחות כנ"ל וצ"ל לשיטת הריטב"א דודאי העדים והסופר זריזים לשמור השטרות שתחת ידם לבל יצא מתחת ידם קלקלה כלל ואין כאן חשש כלל דמידי ספרא ועדים נפל רק כל החשש דמיד הלוה נפל ואם הוא ביטל השליחות והשטר נעשה חספא בעלמא אין העדים וסופר מוסר השטר ליד הלוה דאולי יהיה נמלך וילוה בו ואתא לידי תקלה כי השטר חספא ואין מוציאין דבר בלתי מתוקן מתחת ידם ולר' יוחנן דחיישינן היינו משום דהואיל דנפל איתרע ואמרינן אולי איקרי ויהבי עדים השטר כזה ללוה אף דאין רשאין לעשות כן מכל מקום בנפל חיישינן משא"כ לאביי דלא סבירא ליה הך סברא דאיקרי וכתב וכו' אף זה לא חיישינן ואם כן תו ליכא חשש כי האי כלל וא"ש. והרי"ף צ"ל סבירא ליה דחיישינן דלמא איקרי וכתוב כרב אסי אע"ג דכתב הטעם לכך לא יחזיר משום דחיישינן לפרעון ולקנוניא ולא נתן הטעם משום דילמא כתב ללות וכו' משום רבותא כתבו אפילו כתוב בי' הנפק והראי' דהעתיק בשובר ודילמא כתב ליתן בניסן וכו' ש"מ דס"ל דחיישינן דילמא דאיקרי וכו' וא"ש. ואם כי טרחנו להעמיד דברי הריטב"א עם כל זה דבריו המה דחוקים כי עשה הרב ז"ל דין שטרות כדין גיטין דבעי כתיבה לשמה ובעינן שליחות ומהני בי' ביטול השליחות וכתיבת השטר כמו בגט ולא שווי' ליה שארי הפוסקים כי הרשב"א בתשובה הביאו הב"י לעיל סי' מ"ט כתב להדיא דבשטרות לא בעינן שליחות כלל ולא שייך בי' ענין שליחות כלל וכ"כ התוס' ב"ב דף ק"ע ע"ב ד"ה אין הלכה ע"ש וכן יתר הפוסקים לא סבירא להו ובפרט ר' יהונתן כפי מ"ש המ"מ בשמו דלמד מזה דלא סבירא ליה לר"י עבחז"ל ולטעם הריטב"א אין זה ענין כלל לעבחז"ל דהא כל החשש מביטול השליחות.

והנה יגעתי ומצאתי ת"ל דרך מרווח עד למאוד ליישב דברי הגאונים הנ"ל והוא דבלא"ה ק' לשיטת המרדכי והביאו הרמ"א לעיל סי' מ"ח להלכה דאף שטר שלוה בו ופרעו אי רוצה לחזור ביומו וללות בו בע"מ הרי זה כשר ללות בו שנית אם כן מה קאמר הגמ' מ"ד דלמא הדר יזיף בי' זימנא אחריתי מה בכך הא החזרת השטר ליד מלוה בצוי הלוה בב"ד הוי ע"מ גמורה ואם כן הרי חל לשעבו' מחדש וכן צ"ל בב"מ דף י"ט ד"ה אמר וכו' דכתבו התו' בזמן שהבעל מודה יחזיר הגט לאשה היינו דעתה חלים הגירושין ע"י החזרת הגט לידה ע"ש וע"כ צ"ל דהב"ד הן ע"מ דאל"כ במה יחולו הגירושין עכשיו בלי ע"מ לר"א וכן לר"מ בדבר שבערוה לדעת ר"ת ואם כן אף כאן כן ועוד אפילו נאמר דאין החזרה בב"ד מיקרי ע"מ מכל מקום היכי ס"ד לקנוני' ע"ז דאי חס על פשיטי דספרא המבלי אין עדים בעולם הלא יכול למוסרו בע"מ ויהיה השטר כשר וארווח לי' פשיטי דספרא מכל מקום (ואמת לפי גי' הנ"ל בסי' מ"ח דבעינן דעדי חתימה דוקא יהיה ע"מ א"ש דמיירי דליתנהו ע"ח לפנינו וא"א למסרו בפני ע"מ אבל כבר בררנו לעיל הנכון כמ"ש הרמ"א וגי' שלו עיקר דא"צ שיהיה הן הע"ח) בשלמא הא לא קשי' הא אפשר וסיפוק בידו לעשות קנין חדש וג"כ מועיל כמ"ש הרמ"א לעיל סי' מ"ח בשם רשב"א די"ל בדוחק דזה אין רוצה לעשות קנין דהקנין הוא בין ילוה. ובין לא ילוה וזה אין רוצה לעשות וכמ"ש הרא"ש דלכך איתליה קלא שהוא דבר תימה שאדם יעשה שיעבוד נכסיו בין ילוה ובין לא ילוה ולכך מוציאין קול ואם הוא דבר מתמי' איך נימא יעשה כן מתחלה אבל במרדכי קשה ביותר ואפשר דהמרדכי גופי' סבירא ניה כהך סברת הגאונים הביאו הרמב"ם והמחבר לעיל סי' מ' דסבירא ליה אף בע"מ צריך לומר כתבו וחתמו שנמסר בפניכם ואם כן מה יועיל בע"מ חדשים הא יצטרכו לכתוב שטר שנמסר בפניהם ואם כן עדיין יצטרך לשלם פשיטא דספרי ומה ירווח: אך זהו אין מספיק דקי"ל הך דמרדכי והך סברת גאונים לא קיי"ל והקושי' עצומה. ולכן ליישב כל זה הן מן ע"מ והן מקנין חדש כמ"ש לבל נצטרך לכנוס בדחוקים היא זה דודאי לא מיירי הגמ' משטר שזמנו בו ביום ובו ביום נמצא ובו ביום הביאו המוצאו לב"ד ובאו המלוה והלוה לב"ד בו ביום והודו כי מיד מלוה נפל דזה א"צ לפנים דכשר ומאן מעכב בידו לעשות כזאת וכזאת להתחייב עצמו נגד המלוה טרם פנות היום רק מיירי כנראה מלשונו דגמ' המוציא שטר שזמנו בו ביום והיינו שהוא מוצאו בו ביום אבל טרם שיבוא לב"ד ונקראו המלוה והלוה כבר עברו ימים טובא והגמרא לא מיירי רק דהשטר נמצא בו ביום שנכתב ולא איירי כלל מן אמירת הלוה שחייב מודה באיזה יום שיהיה ויכול להיות אחר כך ימים טובא ואמרינן דמ"מ יחזיר ולהך נאמר סתמא ולכך סבירא ליה הגמרא מתחילה דלכך יחזיר דמה בכך

דהלוה בא אחר כך ימים מריבים מכל מקום כיון דהמציאה היה בו ביום א"א לומר דפרע כי לפרעון בת יומא לא חיישינן ואם פרעו ע"כ ביומו פרעו דהא מצאו ביומו וזה פשוט אבל רב כהנא סבירא ליה משום הא לא ארי' רק דמיירי דחייב מודה ואי קשה מה בכך דילמא חיישינן לקנוני' דפרעו ועכשיו רוצה לעשות קנוני' על הלקוחות שלקחו בימים אלו בין יום המציאה ליום הודאת הלוה דהא איירי דאין הכל ביום א'. י"ל דודאי העלה הרא"ש דלא חיישינן לקנוני' רק בנפל אבל זולתו לא חיישינן לקנוני' ובנפל דחיישינן דאיתרע הואיל ונפל ש"מ לאו שטר מעליא הוא דאל"כ היה נזהר בשמירתו ואם כן בנפל ביום שנכתוב ליכא כאן ריעותא דנפילה כלל דמי לא נזהר בשטרתו דאי המלוה הא ודאי נזהר ואי הלוה שכבר פרעו הא מכל מקום נזהר כל זמן שלא עבר יום דהא יכול ללות בו זימנא אחריתי ע"י ע"מ או קנין חדש כנ"ל וירוויח פשיטי דספרא אם כן כל זמן שלא פנה היום נזהר בשמירתו אולי יצטרך להלות בו שיהיה מוכן לו ואם כן מהכ"ת לא יהיה נזהר בו ויותר נראה לומר דהא אמרינן שם בגמרא דאי איתא דפרעי' ה"ל למיקרע לשטרא וקאמר הגמ' דמלוה משתמיט ליה למחר יהיבנא לך דהשתא ליתא גבאי וזהו בשטר שישנו ביד המלוה זמן מה אם כן יכול להשמט לומר אינו מצוי בידי ולמחר יהיבנא אבל בשטר שנכתב בו ביום ובו ביום פרעו מה השמטה יש כאן למחר יהיבנא לך וכי ברגע זו לא יהיה מצוי בידו דבר זו מהנמנע ואף שאמרו עוד שם בגמ' דזימנין זייר לי' אפשיטי דספרא הא אמרו לשיטת הר"ן ופסקו לעיל הש"מ דאסור לעכב בשביל פשיטי דספרא הפי' בגמרא דזימנין דזייר ליה אפשיטא דספרי ובוש לומר דמעכבו בשביל כך כי אסור לעשות כן ודחהו בלך ושוב למחר כי אין מצוי בידו לתת לו כדי שבין כך יפרע לו פשיטי דספרא וזהו בו ביום לא שייך דחי' כלל בשום אופן וזהו דבר שיש בו מסברא למאוד דלית כאן חשש פרעון ואם כן מה"ת ניחוש לקנוני' דהא אין כאן ריעותא כלל ופרי' הגמ' מאי למימרא דכפי מ"ש הדבר מבואר דלית כאן ריעותא כלל ומשני הגמרא שפיר משום דקבעי למיזייפי בי' זימנא אחריתי וכו' והשתא לא קשה כל מה שהקשיתי לעיל הא יכול להקנות בע"מ או בקנין חדש דכי מהני זה ביומו אבל ביום שאח"כ לא דה"ל מוקדם כנ"ל וכאן כשחייב מודה הוא למחר ויומא אוחרא ואם כן הא א"א לו להקנות בע"מ ובקנין חדש ושפיר יש כאן חשש דחיישינן אפשיטי דספרא ולכך קמ"ל דלא חיישינן דמלוה לא שביק וכו' וא"ש:

אך לכאורה עדיין קשה אם כן הא אית ליה למלוה רווחא מיום שנכתב עד יום שחייב מודה ובדאית לי' רווחא שביק המלוה. אמנם יתורץ בנקדים עוד קושי' לפמ"ש התוס' בדף י"ג ע"א ד"ה היינו טעמא וכו' דכתב דכיון דפרעו אין עושה הלוה בשביל פשיטי

דספרא להפסיד ללקוחות כיון דכבר נהנה בפשיטי דספרא דהא באמת לוה בו ואם כן ק' בשלמא דמיירי דהכל ביום א' המציאה וכתיבת השטר והודאת לוה שפיר י"ל אף בפרעון חס על פשיטי דספרא דהא אין מפסיד לקוחות דהא באמת הכל ביום א' אבל לפמ"ש דהודאה לאח"כ למחר לאחר זמן אם כן מפסיד לקוחות והלוה אינו עושה אך באמת חדא קושי' מתורץ בחברתה דודאי יש לומר דלמא רוצה ללות בו זימנא אחרית משום פשיטא דספרי ואי דבמקום דמפסיד ללקוחות אינו עושה כן ז"א דהוא יודע בנפשו דבין יום כתיבה ליום ההוא שמודה לא הלוה משום אדם ולא מכר לשום אדם אם כן בנפשו יודע שאין מפסיד ללקוחות ואם כן שפיר יש לחוש דהדר יזיף בי' והשטר הוא באמת חספא ואף לגבי לקוחות שיקחו מיום ההוא והלאה אינו מהדין שיגבה כדאמרינן בגמ' ולכך קאמר דמלוה גופי' לא שביק במקום דלית ליה רווחא ובממ"נ חושב המלוה אלו היה שדה נמכר בנתים לא היה עושה בשביל פשיטי דספרא להפסיד ללקוחות וע"כ הוא יודע דלית ליה לקוחות אם כן דליכא לקוחות בין יום כתיבה אז ליום הזה אם כן לית ליה רווחא ומה נ"מ אם יהיה הזמן מאז או מהיום הא לית לקוחות בנתים ולא שביק המלוה וא"ש ודוק: ומעתה דאיירי כאשר הדבר מוכרח דהלוה מודה לא ביום המציאה שהוא יום שנכתב עדיין יש לחוש דילמא כתב ללות ולא לוה והמלוה שביק דאית ליה רווחא וגם הלוה משום פשיטי דספרא דבמקום דעדיין לא נהנה בפשיטי דספרא שלא יפסידו בחנם אין חוששין לפסידא דלקוחות וגם חושב בדין יש לטרוף מאותו זמן שנכתב כמ"ש התוס' להדיא בדף י"ג הנ"ל ד"ה היינו ע"ש ולכך בעינן הנפק דליכא תו חשש דלמא כתב ללות ולא לוה וא"ש ודברי הרמב"ם והרי"ף ומחברים מדוקדק היטב וא"ש. והנה עוד יש לשום עיון בבעה"ת שער נ"ב ח"ב דין ח' דכתב הך דינא במוצא שטר שזמנו בו ביום וחייב מודה ויש בו הנפק יחזיר דשמא כתב ללות ולא לוה ליכא חשש דהא יש כאן הנפק ולשמא פרעו ל"ל חדא דלא שכיח למפרע בו ביום שלוה ועוד הא קא מודה לוה דלא פרעו וכו' והדבר צריך תלמוד דהא לרב כהנא דמוקי ליה בחייב מודה נאיד מהך תי' דלא שכיח לפרעו ביום שלוה ומה ביקש בזה הא בהך דחייב מודה לבד סגי דתו ליכא למיחש כלל ואפילו דשכיח הפרעון ביומו ביותר. וכמו כן יש לתמוה על הרא"ש בתשובה סי' ע"ו דין ג' בשובר המבטל כל השטרות אי שטר שנכתב בו ביום השובר בכלל וכתב הרא"ש אע"ג דאמרינן המוצא שטר שזמנו בו ביום וכו' אי משום פריעה לפריעה בת יומא לא חיישינן ה"מ דליתא ללוה קמן אבל הכא הא צווח פרעתי וכו' ע"ש. והדבר תמוה הא לרב כהנא בעינן דוקא חייב מודה הא בליתא קמן חוששין לפרעון ור"כ לא סבירא ליה כלל הך סברא לפרעון בת יומא ל"ח ודוחק לומר דכוונו למש"ל

במילתא דרב כהנא דלכך לא חיישינן לפרעון לא דלא שכיח לפרעו ביומו דוודאי שכיח רק אנן אמרינן דה"ל למקרעי' וביומו א"א למלוה להשמט דנאבד ממנו וצריך חיפוש כמש"ל באריכות ולזה נתכוון הבעה"ת וגם הרא"ש שם דה"ל להחזיר השטר ולמה לקח שובר עליו דבו ביום היה השטר בידו ולזה קאמר מ"מ אם עומד וצווח חיישינן דזהו דוחק בלישנא דרא"ש וכן בבעה"ת כנראה למעיין בדבריהם ולכן היה נראה דהיה להם קצת פי' אחר בגמרא מעש"ל והוא דודאי סבירא להו כמו שהוכחתי דע"כ איירי דהלוה חייב מודה אינו ביום המציאה ויום שנכתב רק למחר ויומא אוחרא וכמש"ל רק קשי' להו אם כן מה משני ר"כ בשחייב מודה מה יועיל זה הא יש לחוש לקנוני' וכמש"ל ותי' שכתבתי לעיל לא סבירא ליה רק סבירא ליה בישובו דודאי לחוש לקנוני' בלא"ה סברא רחוקה היא עד שהרבה אמוראי לס"ל דחיישינן לקנוני' וגם דאם פרעו ביומא דנכתב שטר ג"כ לא שכיח כלל ותרתי דברים בלתי שכיח לא אמרינן דנימא דפרע ביומו וגם אף חייב מודה מכל מקום לחוש לקנוני' דהוא ג"כ לא שכיח כולי האי לא אמרינן ופליג ר"כ אר"א דסבירא ליה דבשביל הך סברא לא פרע אינש בו ביום דכתב מחזירין אפ לו אין חייב מודה ובזה לא סבירא ליה לר"כ רק בשחייב מודה דניחוש לתרתי כזה לא אמרינן ולכך סבירא ליה יחזיר והא דפריך הגמרא א"ה מאי למימרא אף דלפ"ז טובא קמ"ל כמ"ש דבצירוף שני סברות מחזירין ולא חיישינן לקנוני' י"ל דהם כך מפרשי' דהא כתבו תו' דף ט"ז ע"ב ד"ה אעפ"י כו' דר"י דסבירא ליה בדף י"ג דלכך לא יחזיר משום קנוני' ש"מ דלא סבירא ליה דאמרינן דאקרי וכתוב ע"ש ואם כן ק' למה ליה הנפק ואי דחיישינן שמא כתב ללות ולא לוה כמש"ל והואיל ועכשיו הוא אחר יום הכתיבה הא בשטרי דלאו אקנייתא אין עדים כותבין ולדאקרי וכתב לא חיישינן בשלמא אי איירי מלתא דר"י באין חייב מודה י"ל כי סבירא ליה לר"י דלא אמרינן דאקרי וכתב היינו בשחייב מודה דבאמת לוה ואנן נימא דמשקר והעדים טעו כולי האי לא אמרינן ולכך הוצרך לומר הטעם במשנה דקתני לא יחזיר אפילו בחייב מודה משום פרעון וקנוני' אבל באין חייב מודה וצועק לא לויתי אין להחזיר ולכך קתני הנפק אבל לר"כ דמוקי למילתא בחייב מודה ק' שפיר הנפק ל"ל וזהו מה למימרא בהנפק אפילו בלי הנפק נמי ומה צורך להנפק ומשני הגמרא מ"ד דילמא יזיף וכו' קמ"ל מלוה גופי' לא שביק כיון דלית ליה רווחא וכנ"ל בממ"נ או דאין הלוה עושה להפסיד ללקוחות או דמלוה גופי' לא שביק כנ"ל ואם כן איצטריך לרבותא הנפק דלא מבעי' דלית בי' הנפק דפשיטא דלית למלוה רווחא ולא שביק ואפילו ביש בו הנפק ה"א דאית למלוה רווחא במה שמלוה ב' על שטר זה אף דאין נ"מ לענין לקוחות כנ"ל דהא אם יקח שטר חדש יהיה מוכרח ליקח

יום אחר ויש לו טרחה והוצאה שכר קיום לספרא דב"ד משא"כ בשמלוה על זה השטר והנפק עליו מרוויח ההנפק וקמ"ל דמ"מ בשביל הך רווחא דהנפק כל שאין לו רווחא בטריפות לקוחות מלוה לא שביק וא"ש וטובא קמ"ל (ובאמת י"ל בפשטא הקושי' מה למימרא דסבירא ליה למקשן הך סברא כ"כ פשוט דאין לומר תרי חששות כנ"ל עד דסבירא ליה דא"צ לר' יוחנן להודעני אבל מ"ש הוא דרך נכון ג"כ וישר בסברא והמעיין יבחר) ואם כן השתא בר"כ דסבירא ליה חייב מודה צ"ל תרתי דכולי האי לא אמרינן אתרע בנפילה קנוני' ופרעו ביומו והן הן דברי בעה"ת דכתב שני סברות בצירוף דלכך יחזיר דלא פרע ביומו ועוד הא חייב מודה ומכיון להנ"ל וכן הרא"ש בתשובה סבירא ליה אף לר"כ הך סברא ע"כ קאי רק כיון דנפל איתרע אמנם בחייב מודה תרתי לא אמרינן דאתרע וכמ"ש ולכך בנדון שלו דלא נפל כלל ולא אתרע אף לר"כ לא חיישינן לפרוע בת יומא והדבר מוכח כמ"ש ולכך יפה כתב בתשובה שלו. וכן בפסקו העתיק דברי הרי"ף דבעי' דוקא הנפק והא דהשמיטו הטור הטעם דסבירא ליה כאביי עבחז"ל ואם כן ליכא חששא דכתב ללות ולא לוה וא"ש:

י **ויש מי שאומר** הלשון בלתי מסודר היטב אבל הכוונה דא"צ חייב מודה אפילו בדליתא קמן ואינו צוח בב"ד כי פרוע הוא מהדרינן ליה למלוה אבל בצוח פרוע מהדרין זה כוונתו ונמשך בדיעה זו אחר תשובת הרא"ש דסבירא ליה לפרעון בת יומא לא חיישינן וכבר תמהו כל האחרונים בזה דהא ר"כ מוקי ליה דוקא בחייב מודה הא בלא"ה חיישינן לפרעון ועיי' מ"ש בס"ק הנ"ל בישוב דברי תשובת הרא"ש. ומה שיש לומר בכוונת המחבר דסבירא ליה למחבר הואיל הרא"ש מעתיק סתמא דלפרעון בת יומא לא חיישינן ש"מ דסבירא ליה זה לדבר אמת ואי קשה הא לר"כ אוקמינן בחייב מודה י"ל דסבירא ליה לרא"ש לדוחק מה דאמרינן בגמ' מלוה גופי' לא שביק דאמר שמעו רבנן ומפסדי ליה איך אפשר בשטר שזמנו והפרעון בו ביום להתוודע לרבנן והעדים דידעו מפרעון ושטר וכי יתנו אל לבם השעות לדקדק היטב ואולי נכתב השטר החדש אחרי הפרעון ומה סימן יש בשעה ושתי' אי נימא דזהו שטר שנפרע או דנכתב אחר כך דהא הכל נעשה ביומו ומי יבחין ועיין ב"ב דף ל"ה דאמרינן בשני שטרות יוצאים ביום א' דליכא למיקם עלה דמילתא דאין כותבין שעות ומי יבחין איזה מוקדם ואיזה מאוחר ואם כן לא שייך שמעי רבנן ולכך סבירא ליה לרא"ש דודאי לפריעה בת יומא לא חיישינן לכ"ע רק כבר הקשינו לעיל סי' מ"ח דאולי מאוחר הוא ואם כן אין כאן פרעוך בת יומא ותרצנו בזמן ר"י לא היה רשאין לכתוב מאוחר עד דכתבו בי' שטרא דנא אחרנוהו וכנ"ל רק לפי מה דאמרינן לעיל דף י"ג דאין העדים רשאין לכתוב שטרי דלאו אקנייתא ללוה

עד שיהיה המלוה עמו רק בנפל חיישינן דלמא העדים טעו ועברו שורת הדין ואקרי וכתב ואם כן אף בזה י"ל דאף דאין עדים רשאין לכתוב בסתם שטר מאוחר כיון דנפל אתרע ואולי אקרי וכתבו מאוחר וצ"ל לרב אסי נחלק דכותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו שכיח דטעו אבל מאוחר מהכ"ת יטעו ולמה להם זה לאחר ולא שכיח בזה טעות אמנם רב כהנא לא סבירא ליה לחלק וחשש דילמא גם בזה טעו דמ"ש ואם כן לא שייך לפרעון בת יומא ל"ח ולכך משני ר"כ בשחייב מודה וכו' ומ"ד דילמא יזיף בי' וכו' קמ"ל מלוה גופי' לא שביק שמעי רבנן ומפסדי וכו' ואם כן בממ"נ א"ש אי הוא באמת בלתי מאוחר ובו ביום נכתב ובו ביום נפרע דלא שייך שמעו רבנן וכו' כמ"ש דא"א להתברר אם כן ה"ל פרעון בת יומא ולא חיישינן ואי באמת מאוחר הוא וכבר נפרע עליו מימי' ימימה אם כן זהו הדבר יכול להתברר ע"י עדים דראו שטר זה המאוחר ליום כך ביד הלוה שהחזירו לו המלוה וכהנה טובא הבירורים כיון שהפרעון והשטר נכתב בזמני' מיוחדים וזמן בינתים לדעת הענין ולהתברר ואם כן פשיטא דחושש דשמעי רבנן ומפסדי וא"ש ואם כן בממ"נ יחזיר הן דהוא מאוחר והן דאינו מאוחר בשניהם ליכא חשש וח"ש אבל לעולם ר"כ סבירא ליה כמו ר"א דלפריעה בת יומא לא חיישינן כלל ויפה כ' הרא"ש בתשובה בהחלט דלא חיישינן לפרעון בת יומא כלל מבלי זכר דברי ר"כ וא"ש. ולפ"ז המחבר דמיירי ברור בשטר כזה דלית ביה חשש מאוחר דפשיטא לדידן דכותבין שטר מאוחר דליכא למימר לפריעה בת יומא לא חיישינן דדילמא מאוחר הוא דהא לדידן כותבין מאוחר ועכצ"ל דמיירי בשטר דלא שייך בי' איחור כגון דכתוב בי' בזמנו כתבנו או דלית בי' דאקני ואם כן מאוחר פסול וכהנה דברים רבים דמדע דלית בי' חשש מאוחר דכתב בי' חתנו וקודם אותו יום לא היה חתנו כלל. ואם כן דלית בי' חשש מאוחר ודאי לפרעון בת יומא לא חיישינן כלל והא דבעי ר"כ חייב מודה משום חשש מאוחר אבל אי לית חשש מאוחר בלא"ה יחזיר דלא חיישינן לפרעון בת יומא כלל ודברי המחבר נכונים: ובהך קו' איך שמעו רבנן נ"ל דחושש אח"כ יאמר הלוה ערמתו ויזקיקו לשבועה ולא ישבע לשקר ואף דיהיה נאמן במגו דהלוהו מחדש הא עכ"פ שטר חספא ולא יטרוף ממשעבדי ועוד ה"ל מגו להוציא דשטר חספא ואם כן י"ל הקו' שהקשתי דהק' התו' ל"ל הנפק דדילמא רבות' קמ"ל דלא יזיף משום הנפק וכמ"ש בישוב דברי הרא"ש דתו' סבירא ליה בישוב הקו' שכתבתי דלמסרו בע"ע כמ"ש דעת הנך רבוות' דצריכים עדים לחתו' שנמסר בפניהם ואם כן עדיין צריך הלוה פשיטי דספר' אבל למלוה ליכא רווח' ימסרו בע"מ ויחתמוהו בנייר בפ"ע דנמסור ולא יקיימו ואם כן אם יבא בשטר שיש בו הנפק אף דיצטרך לישבע ויוד' דהיה מסירה חדשה נאמן במגו

דלא היה פרעון כלל וא"צ על חתימת מסירה חדשה קיום דמגו משוי' ליה קיום וא"ש אך זהו ביומו אבל ביום של אחר כך שפיר י"ל דאית ליה למלוה רוח' משום הנפק דהא צריך שטר חדש ממש ומה יועיל הנפק בשטר ישן ובזו יש לכוון מ"ש תו' ד"ה בשחייב דנקט הנפק משום רבות' בלאו בו ביום מכל מקום לא יחזיר דחיישינן לפרעון וכו' או פשיטי דספר' והקשו הא כ' תו' דלוה לא מפסיד ללקוח' בפרעון משום פשיטי דספרא וגם המלוה אינו עושה ולפמ"ש ניח' דכך הכוונה או דל"ח לקנוני' כאידך דר"י רק משום דבאמת ילוה עליו ומלוה עושהו דאית ליה רווח' פשיטי וכו' היינו מהנפק ודוק): ובהך סברא דבו ביום לא שייך שמעו רבנן ומפסדי יש להבין דברי בעה"ת שם דכתב ודווקא בו ביום הוא דמהני הנפק וחייב מודה אבל שטר אחרינא לא מהני וכדגרסינן אר"י המוצא שט"ח בשוק אפי' כתוב בו הנפק לא יחזיר דחיישינן לפרעון ואירי אפילו בחייב מודה והק' הגי"ת מה צורך לו למימרא אחרת ולא מהך גופי' למדו דהא אר"י המוצא שט"ח וכתוב בו הנפק וזמנו בו ביום יחזיר ומוקמינן בשחייב מודה הא אין זמנו בו ביום אפי' יש בו הנפק וחייב מודה מכל מקום לא יחזיר ולא תי' כלום ולפמ"ש ניחא דמהך י"ל דלא חיישינן לקנוני' כלל ולא מיבעי' קאמר ר"י לא מבעיא באין זמנו בו ביום פשיטא דיחזיר בשחייב מודה ויש בו הנפק דלקנוני' לא חיישינן כלל ולשמא כתב ללות נמי לא דהא יש בו הנפק ואי דילמא לא עביד קנוני' רק רוצה ללות בו זימנא אחריתי זה ליכא למיחש דמלוה גופי' לא שביק דילמא שמעו רבנן וכו' ובממ"נ כנ"ל דאם יש פסידא דלקוחות לא קעביד לוה ואי ליכא דלא לקח בנתיים מלוה לא שביק דהא בזה הדבר אפשר ונח להתוודע ולהתברר אבל בזמנו בו ביום דיש כאן חשש פרעון ביומו ה"א אולי יזיף בו זימנא אחריתי ומלוה גופי' שביק דקשה להתברר ולא חושש אולי שמעו רבנן וכו' לזה קמ"ל דמ"מ יחזיר ולא חיישינן לכך דאפילו בכה"ג ג"כ לא קעביד מלוה וגם לפרעון בת יומא לא חיישינן כולי האי וכמש"ל ולכך הוצרך בעה"ת להביא ראי' מהך דר"י דלעיל וא"ש:

ומה שהק' הגי"ת הא הך מימרא דר"י מוקי ליה התוס' באין חייב מודה כמ"ש התוס' ד"ה אעפ"י כו' אין כאן קושי' לבעה"ת מדברי תוס' דס"ל כן ועי"כ נכנסו בדחוקים כי אמוראי נינהו אליבא דר"י ובעה"ת לא ס"ל כן וכמה טרחות יגעו מהרש"ל ומהרש"א לברר דברי התו' מאין יצא להם זה דמילתא דר"י אירי באין חייב מודה וכמה רב מהדוחק שכתבו בזה וא"כ וכי יש לתמוה על בעה"ת דלא נטה אוזן לדחוקים הללו וס"ל דמיירי אפילו בחייב מודה ועוד נראה דהא דס"ל לתוס' דר"י אירי באין חייב מודה משום דר"א משני בהא דפרכינן וכל מעשה ב"ד יחזיר והיינו שטר שכתוב בו הנפק ומשני דהוחזק כפרן

פירש"י שהיה הלוה מוחזק לכפרן פ"א ולכך תו אין נאמן פרעתי ע"כ וקשה אי אמרינן אף דחייב מודה וצועק לא פרעתי לא משגיחין ביה דאנן אמרינן הואיל ונפל אולי פרעו ולקנוני' אומר כן א"כ מה יועיל הוחזק כפרן דאין נאמן לומר פרעתי לא יהיה זה עדיף ממודה בב"ד דלא פרע מ"מ אמרינן דפרע ומכ"ש בטוען פרוע רק אנן לא מהימני' ליה והוחזק לשקרן: ולכך הוכיח התוס' דלא מחזקינן בחזקת פרוע רק בעומד וצווח פרוע הוא ולכך בהוחזק כפרן לא משגיחין באמירתו והוה כחייב מודה וא"ש וא"כ זהו הכל להס"ד אבל למסקנא דמוקמינן להך דכל מעשה ב"ד באופני' אחרים ולא איירי כלל בהוחזק כפרן א"כ שפיר י"ל דר"י מיירי בחייב מודה וא"צ לומר כלל אמוראי נינהו אליבא דר"י וזהו אפשר כוונת הבעה"ת דנקט בלשונו ואפילו הוחזק כפרן לא יחזירו לבעלים דהא מילתא לכאורה ללא צורך אבל לפמ"ש כיון לזה דהואיל דלמסקנא אמרינן דאפילו בהוחזק כפרן לא יחזיר אמרינן אף בחייב מודה לא יחזיר ואין כאן קושיא כלל:

יא **ואם יש עמהם שובר וכו'** כן מפרש הרמב"ם המשנה כנראה מפי' המשנה נמצא שטר בין שטרות היינו בין שטרות קרועי' נמצא בשוק והיה מונח וכו' ואם יש עמהם סמפון וכו' והק' הלח"מ א"כ מאי פריך הגמרא מזה על סמפון היוצא מתחת יד המלוה דאינו אלא כמצחק ומשני שנמצא בין שטרות הקרועים דהא המשנה לא איירי בנמצא תחת יד המלוה רק בנמצא בשוק השטר והשובר והש"ך תי' דמ"מ קשה אלו השובר היוצא מתחת יד המלוה פסול א"כ אף בנמצא בשוק ושובר עמו עדיין קשה דלמא מיד מלוה נפל ולמה יעשה כמ"ש בסמפון ודבריו דחוקים דמה דמיון זה לזה בהשטר בחזקתו ביד המלוה דאין השובר מגרע כחו ואמרינן דאינו אלא כמצחק וכו' משא"כ שטר שנפל דאתרע ונפילתו מורה על ביטולו דלא חשש לשומרו ושוברו בצידו פשיטא דיש יותר להחזיק כח השובר ולימר דודאי נפרע הוא ומ"ה תישוה אותם להדדי וגם יש להבין מנ"ל להרמב"ם דין זה דאפילו אין עדים כלל על השובר דמ"מ מועיל ועיין מ"ש לקמן בסעי' י"ח ולכן נראה ברור כמ"ש הב"ח דבסד"ה הוי אמרינן כפרש"י דהך נמצא מילי מילי קתני רק הא דהכריח למקשן לומר כן נראה דהתו' הרגישו במילת סמפון דלמה נקט סמפון ולא שובר דכשהוא תחת יד המלוה שאין כחו חזק כ"כ נקרא סמפון וביוצא מתחת יד הלוה נקרא שובר ועיין באסיפת זקנים דה"ה באין חתום עליו עדים נקרא סמפון בעלמא ולא שובר ולפ"ז בס"ד דלא ס"ל דבין שטרותיו איירי בשטרות קרועים א"כ קשה סמפון דנקט ולא שובר ול"ל דאיירי דלא חתום עליו עדים דא"כ מה יועיל כיון דאין עליו עדים והרי הוא נייר בעלמא וע"כ דיש עליו עדים ונקרא סמפון משום דהוא ביד המלוה ושפיר פריך אם הוא ביד המלוה הא אינו אלא כמצחק ומשני הגמרא

לעולם דלא איירי ביד המלוה וסימפון דקתני היינו דאין עליו עדים כלל ולכך לא נקרא שובר וא"ק א"כ הוי נייר בעלמא ז"א דעלה דרישא קאי דנמצא בין שטרותיו דהיינו שטרות קרועים וא"כ אף בנייר בעלמא בלי חתם עדים איתרע הואיל ונמצא בין קרועי' ולכך קרי' ליה סמפון ולעולם דאיירי בנמצא בשוק וא"ש ולכך לא מוקי ליה הרמב"ם דבאמת דמשני בנמצא בין שטרות קרועים איירי בנמצא ביד מלוה וחתום בעדים רק הואיל ונמצא בין שטרות קרועין מהני דאי איירי בנמצא ביד מלוה א"כ לאו עלה דרישא דקתני נמצא בין שטרותיו דמיירי בנמצא בשוק קאי א"כ מהכ"ת י"ל דנמצא בין שטרות קרועים שטרות קרועים מאן דכר שמיה אבל אי אמרינן באמת עלה דנמצא בשוק קאי שפיר י"ל בין שטרות קרועים דמפרשין בין שטרותיו היינו שטרות קרועים וכמש"ל סי' נ"ט דאל"כ בין שטרותיו מה קמ"ל וא"ש:

יב **יתנו למי שנותן סי' בכלי** כתבו התו' וכן רבים מחברים בס' א"ז והרא"ש דלא חוששין לשאלה בממון כמו דסמכינן בממון אסימנים שאינם מובהקים והש"ך פקפק על זה ואין דבריו מוכרחים לדחות דברי התוס' והרא"ש ומחברים הנ"ל אבל הא יש לדקדק דבממון גופה קאמר הגמרא הטעם דניחא ליה כדי להדר ליה אבידה בסימנים וכו' ופריך הגמרא ותכריך של שטרות יחזיר וכי ניחא ליה ללוה להדורי למלוה ולא משני בגמרא עלה וכתב הרא"ש אע"ג דלא משני י"ל מ"מ סימנים דרבנן והתם טעמא אחרינא אית ביה מה דלא נודע לן אי נמי הא דתנן דמחזירין תכריך של שטרות היינו לת"ח דע"י זה שהוא נותן סי' כל דהו מהדרינן בטב"ע ע"ש ולפ"ז אין לסמוך על סי' בכלי להחזיר שטר דבשטר לא ניחא ללוה להדר אם לא לצורבא מדרבנן דאי' לי' טביעת עין בכלי בלא"ה דלא חיישינן לשאלה דיודע דלא השאיל ונאמן הוא ולתי' ראשון של רא"ש ניחא אבל לפי תי' שני לק"מ ובזה מיושב קושי' המ"מ דהק' דהרא"ש דייק הואיל וגמרא פריך חמור בסימני אוכף ולא פריך פירות בכלי ניחוש לשאלה דבממון לא חיישינן לשאלה דלמה לא הביא הרא"ש מהך דפ"ק מצא בחפיסה וכו' דלפמ"ש משם י"ל בת"ח כמ"ש דבלא"ה צריכין לומר כן רק הק' מפירות דקתני למי שנותן סי' בכלי אך הא גופי' תימה על הטור שהעתיק סתם דינתן למי שנותן סי' בכלי וכן הך דתכריך של שטרות סתם דלחד תירוץ של רא"ש לא מחזירין רק בצורבא מרבנן ובאמת לולי דמסתפינא הייתי אומר דבלא"ה יש לדקדק הא דקאמר רבא שם סימנים דאורייתא מן עד דרוש אחיך וכו' דהשוהו בסימנים ודחינן לא בעדים וק' דלמא בסימנים מובהקים דהוי ודאי דאורייתא ודוחק לומר דהני הוי ודאי כעדים ועיין ב"י א"ע סי' י"ז מ"ש בזה אלא האי דאמר רבא אי סימנים דאורייתא היינו כל סימנים אפילו מובהקים ביותר וכן צ"ל בחולין דף ע"ט דסימנים דאורייתא דקאמר התם

היינו סימנים מובהקים כמ"ש הר"ן ע"ש וזה הוא דפשיט ליה לרבא מן דרוש אחיך ובזה הוא דדחי לי' הגמרא די"ל בעדים והק' הרא"ש הא מן הך דתכריך של שטרות מוכח ולכך תי' די"ל דאיירי בצורבא מרבנן וכו' וזהו הכל אי סימנים מובהקים ביותר ג"כ לאו דאורייתא אבל אם הם דאורייתא בלא"ה לק"מ מן תכריך של שטרות דגדר סימן מובהק' ובינוני' הוא מה שהוא מצוי במקצת בני אדם הוא נקרא בינוני ומה דלא שכיח נקרא מובהק וא"כ בשלמא באבדה דכל העולם נכנס בספק וכמו כן נמצא הרוג בעינן סימן מובהק ביותר מהתורה ולא סגי בסי' בינוני דבזה מצוי אצל קצת בני אדם ואולי ממנו האבידה אבל בתכריך של שטרות שאין הספק רק בין הלוה ומלוה ולא בזולתן א"כ אצלם סי' אמצעי הוי מובהק דזה לא שכיח כלל שהסימן ההוא יהיה מסתייע דוקא בלוה כמו במלוה וזה אינו מצוי כלל שבמכוון בשני אנשים הללו יקרה סימן כזה בשווה וא"כ הוה סימן מובהק ולק"מ מתכריך של שטרות וא"צ לתי' הרא"ש וא"ש דבאופן זה הוי כסימן מובהק והגמרא דהק' כן לס"ד דשום סימן אינו מהתורה וא"ש ועיין רמב"ם הל' אבידה פי"ג בכ"מ ועיין באסיפת זקנים וריטב"א. אך לפ"ז צ"ל דבנפל גט הואיל וחיישינן ליב"ש דעלמא דאף דלמ"ד דוקא הוחזקו הא כתב רשב"א בגיטין דהואיל דהוחזקו חוששין לכל יב"ש בעולם א"כ הוי כסי' דרבים ובעינן סי' מובהק לגמרי ולכך ר"א דמספקי ליה אי סימנים תורה מצריך בגט שנפל סי' מובהק לגמרי נקב יש וכו' וכן הגמרא מק' מהא דמצא קשור בכיס וכו' ש"מ דלא ס"ל לחלק וצ"ל דס"ל דהוי כסימן דרבים ובזה שפיר י"ל אף דבעלמא אפילו בממון י"ל דחוששין לשאלה בהך דשטר הנמצא בחפיסה לא חיישינן לשאלה דהוי שאלה דיחיד דנימא במכוון השאיל מן הלוה זה הכלי זה לא שכיח ופשוט. רק דלכאורה ק' א"כ מה פריך הגמרא בגט נמצא קשור וכו' ניחוש לשאלה אף דשם הוי שאלה דיחיד דהיה משאיל ליב"ש כמותו בשם הנזכר בגט אך לפ"ש הואיל וחוששין ליב"ש טובא הוי שאלה דרבים ניחא (ובהכי ניחא קו' המעדני המלך הנ"ל דבזה י"ל דגמרא אלים לי' להקשות מחמור בסימני אוכף דהוי שאלה דרבים ומ"מ לא חיישינן משא"כ בחפיסה דהוא שאלה דיחיד כמ"ש מן לוה למלוה וי"ל בהא לא חיישינן ולכך פריך הרא"ש דה"ל להק' מפירות בכלי דהוי ג"כ שאלה דרבים) אך זהו דוחק וצריכין לומר טעמא דרבא לא קאי למסקנא דס"ל סימנים דרבנן אלא טעמא משום הפקר ב"ד הפקר כמו שכתבו התוס' ב"מ ד' י"ט ד"ה אי סימנים ואמת כי אמרתי בחידושי מ"ש התו' ביבמות דף ק"ב ד"ה מצאו וכו' דכתבו דאביי מוקי להו מצא קשור בכיס איירי באבד בעדים דל"ל מגו ובד"ה אמר רבא כתבו דרבא מוקי לי' במצאו בעצמו ונאמן במגו וקשה א"כ במה פליגי אביי ורבא וגם מה פריך הגמרא וניחוש לשאלה דלמא איירי דמצאו

בעצמו ואמר שלא השאיל ולכן נראה דודאי אסיקנא דהך דאבד הגט איירי בין הוחזק ובין לא הוחזקו שני יב"ש ובלא הוחזקו כתבו התוס' סוף פ"ק דב"מ דף כ' ד"ה אסורא דהוא רק מרבנן וא"כ אף דסימנים דרבנן הימנוהו רבנן בדרבנן ובהוחזקו דאורייתא לא אך י"ל אפילו באיסורא דרבנן לא מהני סימני' דרבנן דהא רבא נתן טעם דלכך תקנו רבנן דמינח ניחא ליה אבל באיסורא לא שייך כן דמה בכך דיב"ש ניחא לי' עכ"פ אין אשה מתגרשת בגט שאינו מבעלה כלל. אמנם אם אין הטעם משום ניחא לי' רק מגזירת חכמים שפיר י"ל כן וא"כ א"ש דאביי ס"ל מצאו בכיס לא יתחלק לשני פרושי' דבאין הוחזקו ודאי אפילו מצאו אחר דמה בכך סימנים דרבנן המנו' בדרבנן ובהוחזקו יהיה פי' דוקא במצאו בעצמו ואית לי' טב"ע וכי נפרש לשון הברייתא בתרי גוונא וע"כ דהכל בעדים וסימנים דאורייתא דאביי לא ס"ל כטעמיה דרבא כמ"ש הרא"ש בחד תי' דאיכא טעמא אחריני אבל רבא ס"ל טעמא דניחא לי' וא"כ שפיר י"ל במצאו עצמו אפילו בלא הוחזקו דהוי רק דרבנן הואיל ולא שייך ניחא ליה וא"ש וכבר כתבו התו' דבדרבנן לא חיישינן לשאלה וא"כ י"ל בשלא הוחזקו דהוא דרבנן ודאי לא חיישינן לשאלה דהוא רק דרבנן ואם כן פריך הגמרא שפיר וניחוש לשאלה דהא בלי הוחזקו איירי אפילו במצאו בעדים דלא חיישינן לשאלה אם כן אף בהוחזקו כן דלא מפרש המשנה בתרי גוונא וא"ש ולק"מ דילמא איירי במצאו בעצמו ודוק. מיהו מדברי הרמב"ם דפסק הנהגה בסוס וחמור לאו דאורייתא ומכל מקום קאמרינן בפר' אותו ואת בנו דפרדות דסמכינן אסימנים ש"מ סימנים דאורייתא ש"מ אפי' באיסורא דרבנן לא סמכינן אסימנין דרבנן וצ"ל הטעם דניחא לי' וא"כ הך דתכריך צ"ע ול"ל דהוי סימן מובהק או דבאמת ס"ל לרמב"ם בכל דוכתי סימנין מדאורייתא רק איסורא מממון לא ילפינן וכמ"ש באריכות בחידושי ודוק. ויתר דיני שאלה כתבתי בחדושי לא"ע סי' י"ז כי שם מקומו והארכתי בזה בקונטרס עגונו' אשר לי:

יג **למי שיאמר מנינ' יחזיר** וכתב הרא"ש מ"מ בעינן כרוכים דאל"כ מייאש דמי יודע שנפלו בהדדי שיהי' בהם סימן ע"ש ויש להבין דמה בכך מ"מ השתא דנמצא ג' ביחד והוא נותן סי' אנן סהדי דשטרי דידי' הוא וא"כ במלוה נותן סי' מה בכך דהיה מייאש דהא מ"מ הלוה חייב לו ובחוב ברור שחייב לו לא שייך לכאורה יאוש וא"כ דמלוה גובו חובו אף כאן המוצא אבידה חייב ליתן שטרי למלוה לגבות בו כדין מי שיש לו שטר שזכות חבירו בו שמחויב להראותו בב"ד לדון ולגבות בו ול"ל דבאמת גובה חובו במשלם רק גוף הנייר לצור בו צלוחיתו הרי זה של המוצא דמגוף הנייר מייאש אף דלא מייאש מדמים שביד הלוה דהא גוף הנייר אינו שלו והרי הוא של הלוה וא"כ המלוה דאבד

שטרו למה ייאש הלוה מהנייר דה"ל יאוש שלא מדעת וכ"ת דאף דלוה חייב לפרוע למלוה באבד שטרו מ"מ כדי שווים של גוף הנייר מנכה לו דאבד שטרו והנייר שלו וה"ל כנגד נייר השטר כמלוה על המשכון דאבד משכון אבד מעותיו כנגד המשכון לכ"ע דחדא זהו לא שמענו דמנכה לו פרוטה הלזו ועוד מכל מקום לא שייך בו יאוש דעל כל פנים גוף הנייר אינו שלו ואין אדם מייאש מדבר שאינו שלו וכי מייאש המלוה מפרוטה שעל גבי הנייר פקע שעבודו והרי חוזר הנייר להיות של לוה לחלוטין ואין יאוש המלוה חל עליו. וגם קשה מהא דאמרינן בדי"ג באין בו אחריות נכסים דיחזיר למלוה לצור עפ"י צלוחיתו הא איירי בשטר שאין בו סימן א"כ המלוה מיאש מגוף הנייר וה"ל של מוצא ול"ל דהתם אין מיאש דאולי יוד' הלוה דמה בכך דאין בו סימן הלא כל הספק אי מלוה או ממלוה נפל וכשמודה הלוה פשיטא דהוא חוזר בלי סימן ולכך לא מייאש דחושב הלוה לא ישקר באמונתו דא"כ אף במצא תכריך של שטרות נימא דבגוף נייר השטרות לא מייאש דחושב דהלוה יודע ואף דבמקום דיש בו אחריות אינו נאמן הלוה היינו למשעבדי אף במה ששוה גוף נייר בזו לא שייך אחריות והלוה נאמן. ובאמת בהרא"ש י"ל דבאמת אי המלוה נותן סי' לא שייך יאוש רק לכך אמרינן דוקא כרוכים משום דבכל גוונא איירי המשנה הן בנותן המלוה סי' והן בנותן הלוה סי' ובנותן הלוה סי' ומבקש גוף הנייר בזהו שפיר שייך יאוש דגוף נייר שלו והוא מיאש ומחזיק בהן המוצא ולכך קתני כרוכים דאף לגבי הלוה לא הוי יאוש ומהני סימן אך א"א לומר כן בדברי הטור והמחבר שסתמו הדברים ולא חילקו דבמלוה נותן סי' במנין אפילו דלא היה כרוכים כלל מ"מ מהני דלגבי' לא שייך יאוש כלל. ולכן יותר ברור דגם גבי חוב ביד חבירו שייך יאוש וא"כ א"ש דגם במלוה שייך יאוש דע"י שאבד שטרו מייאש החוב ולכך אף בנותן סי' לא יחזיר אך צ"ל כי הוי יאוש לגבי טריפת לקוחות אבל גבי ב"ח לגבות מלוה לא שייך יאוש דאל"כ קשי' הא דאמרינן בדף י"ג מצא שט"ח אם יש בו אחריות נכסי' לא יחזור וטרח הגמ' למצוא טעם בשחייב מודה למה לא יחזיר הא חייב מודה והוצרך הגמ' לומר דחיישינן לקנוני' וכדומה וק' מה צורך הא איירי באין בו סימן דבשטר גרידא לא שייך סי' כלל כמ"ש לעיל בס"ק וי"ו ע"ש וא"כ הוי יאוש ולכך לא יחזיר וצ"ל דלהס"ד דבחייב מודה יחזיר אין כאן יאוש דהמלוה חושב הלוה לא יהיה מחוסר אמנה ויודה ולא מיאש ולכך הוצרך הגמ' ליתן טעם אחר דחיישינן לפרעון וכדומה. והא דכתב הרא"ש דהוי יאוש היינו לפי דאסקינא במשנה דאפי' חייב מודה לא יחזיר דחיישינן לקנוני' וא"כ שפיר הוי יאוש דכיון דאין לו סי' ואף דיודה הלוה ויבטח בהימנותו מה יועיל הא לא יהיה מועיל הודאתו וא"כ מייאש וא"כ קם דינא דלגבי משעבדי דלא מועיל הודאת

הלוה הוי יאוש אבל לגבי בני חורין דמועיל הודאת הלוה לא הוי יאוש דחושב דלוה יודה וא"כ אם יש סימן אח"כ אף דלוה אין מודה מ"מ גובה מב"ח דלגבי ב"ח לא הוי יאוש והא יש לו סימן באמת ואנן סהדי דמיני נפל. וזה ראי' ברורה לדברי מהרי"ק לקמן בסי' קס"ג דאף לגבי חוב מהני יאוש ולכך פסק והביאו רמ"א דאם נתייאשו מחוב שביד השר ואח"כ גבו אותו הוי כמוצאי מציאה והט"ז והגאון מהר"ץ בהגהתו ובתשובה שלו האריך להשיג דלא שייך יאוש כלל בחוב וע"ש שהאריך ונעלה ממנו דברי הרא"ש הנ"ל דלפמ"ש הדבר מוכרח דגם בחוב שייך יאוש ודברי מהרי"ק מוכרחים ועמ"ש לקמן בסי' קס"ג באריכות:

יד **אבל הכריכה לבד לא הוי סימן וכו'** דברי הרמ"א הם דברי רמ"ה בטור ורבו בו הפירוש' מראשונים ואחרונים ולהיות כי רובם כול' הם סברות דקות אין בהם ראי' מהימנא מהגמ' מנעתי להאריך בהם רק באתי ללקט בשושנים דברים הקרובים לפשטות דברי רמ"ה ומה שנראה לי' להוסיף בו בתוספת ונשני' בשביל שנתחדש בו מה שי"ל בטעם כעיקר בראי' מהימנא וסברא ברורה מדברי הגמ' ופוסקים ולדעתי מקום הניחו לי הקדמונים להתגדר בו וז"ל הטור כתב הרמ"ה אע"ג דקיימ"ל דקשר או מנין לחודא הוי סימן הכא בעינן מנין עם כריכה וקישור וטעמא דהנך תרי שטרא דחד לוה ומלוה אינון ושמא בפ"א פרע הלוה והמלוה נתנו לו כרוכין ולכך ידע שהם כרוכין או כשלוה הלוה שמא לקח הימנו המעות בפ"א ונתן לו השטרות כרוכין ואותו שכרכן מכיר בכריכתן והאחד לא נתן אל לבו ולכך צריך מנין עם הכריכות או הקשירה וה"מ שאין שניהם לפנינו אבל אם הם לפנינו ואחד יודע בכריכה או בקשירה או במנין ואחד א"י לא זה ולא זה נותנים למי שיודע עכ"ל ונתקשה רבינו ב"י בזה דלמה נקט בלשונו וטעמא דהנך תרי שטרות וכו' הא לא מיירי בתרי שטרי רק בתלתא שטרי כמבואר בגמ' ופוסקים. עוד הקשה א"כ אף במנין נימא כך דהמלוה או הלוה כרכן כך ולכך שניהם יודעין המנין והכריכה ועוד אי לא נימא כך במנין א"כ למה צריך כריכה במנין לחוד סגי ועל קושי' א' תי' הרמ"א בד"מ וממש הסכימו עמו האחרונים דכך כוונת הרמ"ה באמרו אף על גב דקיימא לן דקשר או מנין לחודא הוי סימן וא"כ למה צריך ג' שטרות בשלמא אי מנין דוקא הוי סימן בעינן ג' שטרות דבב' ליכא מנין סימן כדאמרינן שטרי מכריז אבל אי כריכה הוי סימן א"ה תרי נמי הוי בי' סימן כריכה ולכך כתב דא"א בב' ליתן סימן כריכה דהני תרי שטרי דחד מלוה ולוה נינהו וכו' ולכך א"א בתרי שטרות רק כרכן שלשה וא"ש זהו מ"ש בישוב קושי' ראשונה והוא תי' מרווח ונכון: אבל בקושי' שנייה ושלישית הנ"ל דעת רמ"א דבאמת דעת רמ"ה כדעת הרא"ש דמנין לחוד הוי סימן ולא כריכה ובעינן

רק כריכה דלא יהיה יאוש כמו מעות ופירות מפוזרין ולא קשה הא גם בסי' מנין י"ל דהמלוה ולוה יודעין בו כמו בכריכה כמו שהק' הב"י די"ל דבמנין נותן ללבו לפעמים להפרידן זו מזו ולכך לא חיישינן דמלוה ולוה יודעון בו וזהו דוחק בתכלית כי מודה לשון רמ"ה בבירור דתרתי בעינן מנין וכריכות וכמ"ש רש"י ורמב"ם וכן משמע בבעה"ת ע"ש וגם סברת הרמ"א דבמנין יותר נותן ללבו להפרידן דוחק ובאמת זו אין כ"כ קושי' כמו שעקר הקושיא מהא דכתב לחלק בין שניהם לפנינו או לא דהא כתב הרמ"ה בעצמו דאין נותן אל לב להבחין וא"כ מה בכך דהוא לפנינו כיון דלא נתן אל לב להבחין ובזו דחק רמ"א ויותר מחברים ובכל דחק שלהם לא הועילו דמ"ש אם הוא לפנינו או לא דא"כ בכל אבידה נימא אם א' נותן סימן אולי גם חבירו נותן סימן רק שאין יודע מאבידה ושהיא נמצא אלא ודאי אמרינן הואיל והוכרז ולא בא הודה דאין לו סימן וכמו שכתב הריטב"א בב"מ להדיא וא"כ היינו כשהוא לפנינו דמ"ש הרי מדלא בא הודה דא"י סימן והגאון מהר"ץ אשכנזי בהגהתו הוסיף בזה דודאי יפה כח הנותן סי' אם אין שכנגדו לפנינו דהרי אין לו תובעין כלל ואמרינן אף הוא יודע בנפשו דלא שייך לו משבא לב"ד ותבעו והרי ממון שיש לו תובעין ע"ש ולכן ליישב זה נראה בתי' א' אשר יסתעף לתרי אנפין והוא דקשיא ליה לרמ"ה במה דפרכינן ש"מ קשר הוי סימן ומשני תני ר"ח שלשה שטרות כרוכין זה בצד זה דק' הא באמת קיי"ל דקשר הוי סימן וא"כ א"צ לר"ח למתני ג' כרוכין זה בצד זה דהא קשר לבד הוי סימן וכי יתני ר"ח בברייתא דבר שלא קאי להלכה רק למדחי בעלמא דלא תפשוט ועיי' בריטב"א וגם קשה א"כ דעיקר סימן הוי מנין איך קתני במשנה תכריך של שטרות דמורה על כריכה הא לא נ"מ בכריכה כלל רק במנין וגם בברייתא תני שלשה שטרות ואלו במשנה קתני רק סתם תכריך של שטרות ולא קתני כמה וכיון דעיקר תלוי בשלשה שטרות ה"ל למשנה לומר ג' שטרות כדקתני אח"כ ג' שלוו וכו' וכן קתני בברייתא וכבר דקדק הש"ך בזה באריכות לכן נראה דודאי הך חששא דכתב הרמ"ה דשניהם יודעין מהכריכה הן המלוה והן הלוה חששא רחוקה ולא שכיח כלל כמ"ש כל האחרונים וכל המחברים זולת הרמ"ה לא זכרו כלל דבאמת וכי אין מצוי שא' מהן משנה הכריכה המלוה בהגיע השטרות לידו מן הלוה וכן להיפך ואדרבא בכוונה משנה לבל יהיה בו סימן לזה שמסרו לו ואי לא נימא הכי א"כ כל מטלטלין לא יועיל סימן דדלמא פלוני מכרו לזה וא"כ בקי בסימנם מקודם המכירה אלא כולא האי חששא רחוקה רק אם אינו חששא גמורה חשש כל דהו מיהא איכא לגרע כח הסימן וא"כ לפי דקי"ל סימן אמצעי לאו דאורייתא ושורת הדין מבלי להחזיר בסי' זה רק חכמים תקנו להחזיר א"כ הבו דלא לוסיף כשיש כאן דבר המגרע כח הסימן וחששא

בעלמא שאפשר שלא לסמוך על סי' זה חזר הדבר לדינא מבלי לסמוך על סי' זה והנה כבר כתבתי בסעי' קטן י"ב הנ"ל דהא סי' דקשר ותכריך שהוא סימן האמצעי דאין הוא הקשר ותכריך שרגילים העולם לקשור ולכרוך בו הוא בשטר שכל ספק בו רק בין לוה ומלוה ולא זולתו הוא סימן דיחיד הוי סימן מובהק ולא אמצע דזה לא שכיח שבמכוון המלוה יכווין ענין קשר וכריכה כמו הלוה מבלי שנות ואין זה דומה לספק ההיה בכל הבריות דנימא לא סגי' אדם אחד מאלף שג"כ יכוון קשר וכרך הנ"ל כמו האיש הלזה המבקש אבידתו ולפ"ז דהוי כסימן מובהק א"כ אף דנימא חששא דרמ"ה מגרע כח הסימן מ"מ לו דנחית חד דרגא וה"ל כסימן אמצעי וג"כ מהדרינן בי' אבידתו ובפרט אי הוי סימן מובהק מהתורה מהדרינן וא"צ לתקנות חז"ל כלל. אך באמת אין זה מוחלט דהוי רק סימן דיחיד והספק רק בין מלוה ללוה דהא עדיין הספק בכל הבריות דדלמא הלוה או המלוה הפקידו שטרותיהן ביד א' יהיה מי שיהיה והוא הנפקד כרכן וקשרן כך דרגיל לעשות כמו הלוה או מלוה דבא לב"ד ליתן סימן וכריכה וקשר הנ"ל ועדיין הוא סימן אמצעי כמקדם וא"כ בנוסיף בו חששא דרמ"ה מגרע כחו כנ"ל ושוה הוא לחיוורי וסומקי דלא מהדרין בו ולכך מצריך הרמ"ה עוד בנוסיף לסי' כריכה סימן מנין ואמת דגם במנין לבד יש חששא דרמ"ה כמו שכתב הב"י דאולי כך מסרן במנין המלוה ללוה ולוה למלוה רק תרתי בצירוף שיזדמן המנין והכריכה במכוון כולי האי לא שכיח שיכוון שניהם המנין והכריכה ולא יהיה אחד נשתנה מיד ליד דבר זה בלתי שכיח וכבר עלה בלב רבים מחכמי ישראל אפילו בהתר' עגונה לומר תרי סימנין גרועין מצטרפין לסימן מעלי' ואפילו החולקים חששו לאיסור א"א אבל בממון כ"ע מודו שמוציא מזה שהוא רק חששא בעלמא וגם ודאי דהמלוה או הלוה חושש לשנות הדבר מכפי שנמסרו לו בשינוי דבר רק א' מהן משנה או הסימן או הכרך ואינו מניחו בכל אופן כמקדם ולכך באומר שני סימנים ביחד תו אזלא חששא דרמ"ה וחזר הדבר להיות סימן אמצעי וזהו כוונת הרמ"ה דמצריך ב' סימנים דבכל א' יש חשש משא"כ בצירופן וכתב הרמ"ה ה"מ בשאינם לפנינו וא"כ אנו חוששין דלמא הפקידו ביד אחר והרי זה ספק בכל והוי רק סימן אמצעי ובהחשש הנ"ל נחית חד דרגא ככ"ל משא"כ בשניהם לפנינו המלוה והלוה ושניהם מודים שלא מסרו בפקדון ביד אחר רק זה אומר ממני נפל וזה אומר ממני א"כ חזר הדבר להיות סימן מובהק כנ"ל ומה בכך דהחשש הנ"ל מגרע כחו הרי הוא סימן אמצעי ואף בזו מהדרינן ולכך בחד סימן מנין או כריכה מהדרינן וא"ש ולכך תני ר"ח ג' שטרות כרוכין דר"ח מיירי באין לפנינו וא"כ בעינן תרתי סימנין וכמ"ש והמשנה איירי בהם לפנינו וסגי בתכריך אפילו תרי שטרות דסמכינן אסימן כריכה וקשירה באמת

דקי"ל קשר הוי סימן וא"ש. ועוד אופן אחר י"ל כזה דישוב הרמ"ה בהררי קודש דברי הגמ' שכתבנו לעיל בס"ק י"ב דאמרינן דניחא ליה לבעל אבידה להחזיר וכו' והק' הגמ' בתכריך של שטרות וכי ניחא ליה ללוה להחזיר למלוה ולא משני בי' הגמ' מידי ועיי' ברא"ש וכמש"ל דבאמת למה דקי"ל סימנין דרבנן קושי' הגמ' במקומו ודעת הרא"ש לחד תי' לומר דאיירי באמת בצורבא מדרבנן ודוחק כמש"ל רק כבר כתבנו דזהו הוי סימן דיחיד והוי סימן מובהק וא"צ לטעם דניחא ליה ולק"מ אך כבר בררנו דבחששא דרמ"ה נחית חד דרגא ולא הוי רק סימן אמצעי ועדיין קשה מי ניחא ליה וא"כ דלא מהדרינן ליה למלוה בסימן אמצעי דלא ניחא ליה ללוה אף להיפוך ללוה לא מחזירין בסימן אמצעי דמהכ"ת יהיה ניחא ליה למלוה להחזיר ללוה כיון דבהיפך אף דהוא יהיה יודע הסימן לא יחזירו לו ולא שייך טעמא דגמ' מימר אמר אנא ידענא סימנא דמה בכך הא מ"מ לא יחזירו ליה אך קושי' הגמ' מי ניחא ליה ללוה וכו' הוא באין הלוה לפנינו בב"ד אם המלוה מבקש ליתן סימן וע"י כך להחזיר לו אבידתו ושפיר אמרי' מי ניחא ליה אבל בבוא שניהם לב"ד ומבקשי' ליתן סימן להחזיר להם הרי דגלו דעתם דניחא להם להחזיר אבידה בסימן דהא באי' לב"ד שניהם ומבקשים ליתן סימן וע"י כך יוחזר להם אבידה פשיטא דניחא להו וא"כ חזר הדבר להיות שוה בכל אבדות ומחזירי' בסימן אמצעי ובהכי ניחא לרמ"ה במסקנת הקושיא מתכריך דמיירי דשניהם בב"ד והרי חזינן דניחא להו הן המלוה והן הלוה משא"כ בבא המלוה לחוד דלא ניחא ליה ללוה ובבא לוה לחוד לא ניחא ליה למלוה דידע אלו היה לו סימן לא היה הלוה מסכי' להחזירו משא"כ בבאו שניהם וא"כ דברי הרמ"ה נכונים דבשלמא בשלא באו שניהם א"כ שייך קושית הגמ' מי ניחא ליה וצריך סי' מובהק דאף מהתורה מחזירין וזה לא שייך בתכריך דאף דהוי סי' יחיד מ"מ יש בו חששא דרמ"ה ולכך מצריך רמ"ה שניהם מנין וכריכה וכמש"ל דזהו הוי סי' מובהק בסימן דיחיד משא"כ כששניהם לפנינו לא שייך קושי' הגמ' מי ניחא ליה ואף בסימן אחד מידי סימן אמצעי לא נפיק ומהדרי' וא"ש. ובזה מיושב קושי' הגמ' דפריך ש"מ קשר הוי סימן ולשיט' רמ"ה קשה עדיפא ה"ל להקשות הא בזה אף למ"ד קשר הוי סימן בזה גרע מכח חששא דרמ"ה וכי בזו יחלוק המקשן ותרצן מה דלא מצינו מחלוקת להדי' דלפמ"ש המקשי' פריך ש"מ קשר הוי סימן וסימני' אמצעי דאורייתא דהא לא איפשט' לקמן ואם כן וודאי דמחזירי' דלא צריך לטעמא דגמ' דמינח נייח ליה ואם כן הוי סימן אמצעי ומחזירין ואתי שפיר ובמסקנא דקיימא לן דרבנן אינן צריכין לדברי ר' חייא דהוי תרתי מנין וכריכה וא"ש ובזו יש ליישב אפשר גם מה שעמד הב"י בדברי רמ"ה איך פשיטא לי' דאיירי הכל במלוה ולוה אחד דהא יתכן אפי'

בשלשה מלוי' ולוי' כמ"ש המ"מ והאחרונים תי' דהכריחו דאל"כ ודאי יהיה כרך סימן ולפמ"ש ניחא דהרמ"ה מודה דמיירי בכל ענין רק בזה לא קשי' ליה למה בעינן תרתי מנין וכריכה דהוי סימן אמצעי וקשה קושי' הגמ' מי ניחא ליה וכו' וצ"ל תרתי והוי סימן מובהק כמ"ש בצירוף שני סימני' אמצעי' הוי ס"מ (ועיי' בקונטרס עגונות וכמש"ל) ודבר תורה מחזירין ולא קשה הא הוי סימן דיחיד דהא יש כאן שלשה מלוי' ושלשה לווי' והכל בבית ספק משל מי נפל רק קשי' ליה לרמ"ה בחד לוה ומלוה בזה הוי סימן יחיד למה בזה צריך תרתי ולכך נתן טעם דשם אין הכריכה לחוד כ"כ סימן וכמש"ל וא"כ דברי הרמ"ה עולי' לדינא בכל גווני ודוק:

טו **נותני' למי שיודע** וכתב הש"ך בס"ק כ' וס"ק ל"א דהא דנותנים למלוה בסימן היינו לגבות מב"ח אבל לא ממשעבדי דהא אפי' חייב מודה לא מחזירי' דחיישי' לקנוני' וא"כ אולי אמר לו הלוה הסימן כדי שיטול השטרות ויטרוף שלא כדין ותמהני עליו איך העלים עין דבעה"ת בשער נ"ב ח"ב ס"ג הקשה קושי' זו בשם רבותיו חכמי צרפת ז"ל דלמה אמרי' בסי' יחזיר ולא חיישי' לקנוני' כמו חייב מודה. ותי' שני תי' והעיקר כתי' האחד דבלי סימן דבנפילה יש כאן מקום ספק ממי נפל רק עפ"י הודאתו אנו באי' להחזירו הרי כבר אתרע בנפילתו וחוששי' לקנוני' משא"כ בדבר שיש בו סימן שע"י סימן מתברר למי הוא שייך הוי כלא אתרע כלל ולא חיישי' לקנוני' ולתי' זה נתכוון הרא"ש בשמעתי' אגודה של שטרות דכתב הרא"ש הרי זה יחזיר למי שנותן בו סימן ולא אתרע בנפילה (ופירוש דא"כ ניחוש לקנוני') כיון שע"י סימן מתברר אי ממלוה או מלוה נפל עכ"ל והיינו הדברים של בעה"ת וכן הוא באסיפת זקנים תי' זה בשם תוס' ואולי כוונת הש"ך להקשות להך דיעה דס"ל אפילו ביוצא מתחת יד שליש וחייב מודה לא יחזיר לעיל סעי' ג' דהא לא אתרע בנפילה ולכך אין מהרא"ש ראי' דהוא באמת חולק שם אך גם בזה לק"מ דכ"ע מודים כ"כ דלא אתרע לא חיישי' לקנוני' רק שם ס"ל דגם ביד שליש אתרע הואיל ולא נודע מה היה לו ע"ש וח"ו לחלוק אהני רבוותא בלי ראי'. שוב מצאתי בריטב"א לב"מ גבי וליחוש דלמא זבנא לכתוב' וכו' דכ' דהא דמחזירין השטרות בסימן היינו באין בו אחריות אבל יש בו אחריות לא מהני סימן משום קנוני' והיינו כמ"ש הש"ך ומ"מ בטלה דעתו נגד הנך רבוות' הנ"ל ויחיד הוא בדבר זה וכן מורה מסתימת כל הפוסקים בכלל מיהו בהך גוונא דרמ"ה דאם אין הלוה בפנינו אין מוסרים למלוה בסי' כריכה לחוד רק כשלוה בפנינו ולא נתן סי' כלל אז מחזירין בזו יש לומר דמסתבר דעת הש"ך דאמירתו של לוה לא מעלה ולא מוריד דקנוני' הוא והוי כאינו לפנינו ובאין לפנינו הא אין מחזירין למלוה וכל מה שתלוי באמירת לוה לא מפיו אנו חיי' בחשש

קנוני' ודוק ומכ"ש לפמ"ש לעיל טעם כשהלוה בפנינו דגלי' דעתי' דניחא ליה די"ל אם הוא ניחא ליה לקוחות מי ניחא להו:

טז **יחזירם ללוה אף בלי סימן דא"א דנפל מיד מלוה** ויש לי מקום לספק בשטרות שכתב בו ג"כ לכל המוצאים דקיי"ל לקמן סי' ס"ו דנקנים במסירה לחוד וא"צ כומ"ס אי בהא יחזירם ללוה דהא יש לחוש דהמלוי' אלו מכרו שטרותם לאחד ומיד לוקח נפל ואם חששו בגמ' לחששא רחוקה דלמא מיד ספרא נפל וכדומה למה לא ניחוש לזו דהוא דבר מצוי שמוכרי' שטרותם זה לזה והמחבר והפוסקים דכתבו דא"צ סימן איירי בסתם שטרות דבעי כומ"ס וא"כ הלוקח שטר הרי יש לו שטר מכירה על שטרות הללו וכשבא לב"ד ומראה שטר מכירה אין לך סימן גדול מזה דשלו הוא דאלו פרעו הלוה הי' מחזיר לו גם שטר ואף דשטרות ביד הלוה גובה הוא בשטר מכירה שלו ועל הלוה לברר דפרעו. משא"כ בשטרות דאין צריך כומ"ס קשה לי דאיך לא נחוש דלמא מכרן שוב ראיתי בריטב"א בב"מ גבי וליחוש דלמא מכרה כתובתה וכו' הקשה קושי' זו איך מחזירן הך שטרות דלמא מכרן לאחר ותי' דבאמת אין מחזירן בלי סימן רק קי"ל דבאחד הלוה משלשה בסימן שנותן הלוה מחזירן ולא המלוה דמבורר לרמאי דמה בעי גבי' ג' שטרות. וא"כ תו ליכא למיחש ללוקח דכיון דאין בא ליתן סימן הרי אנו עושין כתורה להחזיר אבידה בסימן והוא דאפסיד אנפשי' ששמע ההכרזה ולא בא וכן מצאתי באסיפת זקני' בשם מהרי"כ דפי' דבכל הנך דקתני מחזירן היינו בסימן אבל בלי סימן בשום גוונא לא יחזירו ואני תמה שלא הזכירו הפוסקים דעתם כלל ואיך שמו זכרון חכמי דור כמותם אחרי הדלת. ולכן הי' נראה דהמה כתבו כן לפרש המשנה דרשב"ג הוא דאמר אחד הלוה משלשה וכו' ורשב"ג ס"ל בב"ב דף קס"ט אותיות נקני' במסירה לבד ושפיר קשי' להו דלמא מכרן ולכך שניהם לדבר אחד נתכוונו דלא מחזירן רק בסי' אבל לפי דלא קיי"ל כרשב"ג דאותיות נקני' במסירה לחוד כי אם בכומ"ס א"כ ליכא למיחש למכר דא"כ הלוקח יבוא בשטר מכירה שלו ויתבע מיד הלוה ולכך לא הביאו דעתם ועכ"פ בשטר שאין צריך כומ"ס הקושי' הנ"ל במקומו ובפרט שכן דעת הריטב"א והרמ"כ ומסתבר וברור דצריך ליתן בהם סי' דאל"כ חיישי' שמא מיד לוקח נפלו:

יז **ואם אינם מקוימי' וכו'** כתב הסמ"ע דבעי' סימן מנין או כריכות אבל סי' בגוף השטר כגון נקב יש באות פלוני' לא מהני כדלעיל בס"ו וזהו שייך בלוה נתן סימן דהוא יודע כל סימן בכל השטרות דהם ממנו אבל במלוה נותן סי' נקב יש בצד אות של שטר ממלוה השני א"כ פשיטא דה"ל סי' דאי מלוה נפל מנא ידע ומ"ש סימן זה מסימן דכריכות או מנין:

יח **שנותן בהם סי'** וכתב הב"ח דבהך בעינן דוקא ג' שטרות אבל בב' שטרות אין כאן סימן דמנין לא שייך בשני שטרות וכריכה לא הוי סימן לדעת הרא"ש עכ"ל ודבריו בלתי מובני' לי דאנה כותב הרא"ש זה דהרא"ש כתב בדחי' גמר' ש"מ קשר הוי סימן ודחי הגמרא דלא הוי סימן רק מנין הוי סימן אבל לפי דקיי"ל דקשר הוי סימן וכן כריכה א"כ הא הוי כרך סימן ומכ"ש לפי דעת הרמ"ה דכתב דלכך לא הוי כריכה סימן משום דשניהם יודעים בו המלוה ולוה וזהו כששטרות מחד לוה וחד מלוה משא"כ משני מלוי' ולוה א' אף הרמ"ה מודה דכריכה הוי סימן והא דאמרי' במשנה שלשה ולא נקט שני' הוא דיש להבין במה דאחד הלוה משלשה והלוה טוען ממני נפל והמלוי' אומרי' דמאתם נפל וצריך לומר דהם אומרים דנתנו שלשה שטרותם בכרך אחד יהיה באיזה אופן שיהיה ונאבד מאתם וא"כ למה נאמן הלוה הא על כל מלוה ומלוה יש כאן שנים מלוים המעידים שממנו נפל ואין אחר עדות כלום ולגומלים לא חיישי' כמבואר בסי' ל"ז סעיף ה' ע"ש ואי דנוגע בעדותו בשביל מלוה שלו הא יש לומר פלגינן דבורא ולגבי עצמו לא יהא נאמן ולגבי אחרים יהיה נאמן ומ"ש זה מהא דלעיל בסי' ל"ז שחוב כל אחד מבורר ואמרו שפרעו דנאמני' זה על זה ואף כאן הא החוב של כל אחד ואחד נפרד מחבירו ומבורר ומ"ש דכתבו בשטר אחד או דהיו שלשה שטרות בכרך אחד וצ"ל דבאמת אי המלוי' לפנינו ומעידים כן נאמנים וכמו כן וכ"ש באחד המלוה לשלשה דלוי' נאמני' רק מיירי דהמוצא שטרות בא לב"ד ואמר כך וכך מצאתי אומרי' ב"ד זיל והחזיר שטרות אלו ללוה בחד בבא או למלוה באידך בבא דמסתמא ממנו נפל ובלי ספק דלא יעידו המלוי' או הלוים נגד הברור אמת שמיד זה נפל ואוקמינן אחזקה דמידו נפל ולא יהיה עדות נגדו ומחזירי' לו וכן במקום דצריך סי' כגון דלאו מקוימים מחזירין בסי' לאחד ולא ממתיני' אם יבואו ויעידו כנ"ל אבל באמת אם באו אלו השלשה והעידו נאמני' כל א' על חבירו כהך דלעיל סי' ל"ז וא"כ טובא קמ"ל דמחזירין ולא אמרי' אולי יבואו אלו שלשה ויעידו ונהי' ממתיני' אולי יתברר הדבר בעדי' וקמ"ל דסמכי' אהך חזקה ומסתמא לא יהיה עדים וא"כ מיושב קושי' הב"ח דלמה נקט שלשה ולא שני' דבשנים לא שייך עדות דדל בע"ד מהכא לא נשאר רק עד אחד וא"כ פשיטא ולכך קאמר שלשה דהא איכא עדות ומ"מ מחזירין וא"ש ולק"מ:

יט **יד סופר אחד וכו'** יש לדקדק לפי דלא קיי"ל עבחז"ל א"כ אימת יש לחוש דנפל מיד הסופר אי לאחר שעבר היום שנכתב בו הא בפנות היום נפסל השטר דה"ל מוקדם וא"כ חזקה על הסופר לבל ישכין באהלו עולה וקרעו ומהכ"ת ישהה שטר הפסול ואי דאמרי' דלמא מיד סופר נפל בו ביום שנכתב ואז היה כשר ואי דנמצא אח"כ מה בכך דלמא

היה מונח במקום שנאבד זמן מה ואח"כ נמצא ואטו בשוקי ירושלים עסקינן דעשוי להתכבד יום ביומו א"כ קשה מה פריך הגמרא דף ס"ג איך חיישי' דלמא כתב ללות ולא לוה הא בשטרי דלאו אקניית' לא כתבינן דמה קושי' דלמא ביומו נאבד מן הסופר והעדים ועכשיו דנמצא לאחר זמן זמני' טובא וע"כ צ"ל דלא חיישינן דנפל מיד הסופר שטר כשר וכמ"ש הריטב"א דהם במלאכת' זריזי' א"כ הנ"ל במקומו ודוחק לומר כמו דאמרי' כיון דנפל אמרי' דלמא אקרי וכתב אף כאן אף דסופרים מוזהרים מבלי להשכין באהלם עולה ולקרוע שטר שעבר יומו מ"מ כיון דנפל אתרע וחיישי' דלמא אקרי והיו הסופרים משהים השטר יותר מזמנו וממנם נפל ודוחק דבשביל דנפל נימא על העדים דאזדא כל החזקה שלהם שעשו שלא כהוגן ואף דנעשה בקנין וכדומה נימא הואיל ונפל וכו' וזהו לא שמענו ואם אמרי' דאקרי וכתבו היינו דהיו מאמיני' ללוה שילוה המעות בו ביום ומסרו בידו השטר אבל בשביל כך לא נימא דעשו בשארי דברי' שלא כהוגן וראיתי ועיינתי שנית ומצאתי במהדורא לריטב"א דתופס זה סברא לאמת דחיישינן ביומו נאבד מהסופר ולאח"כ נמצא בזמני' מרובים וכקושי' הנ"ל א"כ מה פריך הגמ' הא לא כתבינן דלמא בו ביום נאבד הארכתי בחדושי ואמרתי דלכך פירש"י חיישי' דלמא כתב ללות ולא לוה והיינו אח"כ לוה עליו ומ"מ הואיל והוא שטר ריע לא נזהר לשומרו ולא פי' כפי' תוס' דבאמת לא לוה כלל ועכשיו מבקש ללות עליו דא"כ קשה קושי' הנ"ל מה קושי' הגמ' הא יש לומר מיד ספרא ועדים נפל ולכך ס"ל לרש"י דעכשיו לא חיישי' דילוה עליו דמי פתי ילוה מעותיו על שטר שנפל ואתרע בב"ד רק כל חשש אולי כבר לוה עליו וא"כ ל"ל דמיד ספרא נפל דא"כ עדיין לא לוה עליו וזהו לא חיישי' דעכשיו ילוה עליו דזהו לא עביד המלוה ושפיר פריך הגמ' הא בשטרי דלאו אקניי' אין כותבי' ול"ל דכבר לוה וא"ש ולשיטת התוס' י"ל דבס"ד לא חיישי' לקנוני' וא"כ מה ללות בו בשטר מוקדם ולהפסיד ללקוחות רק כל כוונתו להרוויח פשיטי דספרא וכ"כ התוס' שם להדיא ולכך בשטר שכבר נפרע דלא נתן פשיטי דספרא בחנם אין חשוד דיפסיד לקוחות ע"ש ולפ"ז אי מיד ספרא נפל הלא לא ישלם פשיטי דספרא ואין כאן חשש ולמסקנא דאמרי' חיישי' לקנוני' באמת המ"ל כך רק דעדיפא מיני' קאמר אפילו בשטר קנין חוששי' לפרעון וא"ש ובזו ישבתי בחדושי קושי' רבות ת"ל ואחד מנהון מ"ש הר"ן בגיטין פ' המגרש דשמואל לא סבירא ליה עבחז"ל דא"כ מה דוחקא לשמואל לומר אומר היה ר"מ וכו' ואי דסבירא ליה דאקרי וכתב ל"א אם כן למה אמר במוצא שטר הקנאה וכו' אפילו בלתי הקנא' ג"כ דהא אין עדים רשאים לכתוב ולפמ"ש ניחא דבשלמא בחייב מודה ל"ל מיד ספרא נפל דהא לא חייש לקנוני' וגם פשיטי דספרא ליכא כמ"ש אבל באין חייב מודה שפיר י"ל

מיד עדים וספרא נפל ולא לוה באמת כלל ולכך בעינן דוקא הקנא' ולפ"ז אם אין שטרות הנ"ל בזמן אחד ואחד מאוח' לחברו וללל"מ בהו דשניהם נכתבו ביום א' ונתאחר אחד כגון דכ' בי' בזמנו כתבנו וכדומה אין לחוש דמיד ספרא נפל דאין הסופר משהה ומשכן באהלו עולה וצ"ע:

כ **יחזיר לבעליו** כ' הש"ך בשם הרמב"ם פ"ה מהל' גזילה ואבידה מצא כתובה אעפ"י ששניהם מודים לא יחזיר כ' המ"מ דמשוה הרמב"ם דין כתובה לשאני ב"ח ותמה הש"ך הא גמרא ערוכה הוא ב"מ דף ז' מצא שטר כתובה בשוק והאריך ודבריו בזה בלתי ברורים דאדרבא בגמרא מבואר להדיא בזמן שבעל מודה יחזיר לאשה רק הפוסקים הקשו דמ"ש זה משאר ב"ח ולמה לא ניחוש לקנוני' ותי' דמיירי באין בו אחריות ואם כן יפה כתב המ"מ דהא דחשש הרמב"ם לקנוני' אף דבגמרא מפרש בזמן שבעל מודה יחזיר מכל מקום השוה אותו לשארי ב"ח ופתר ליה הך דלעיל כמ"ש המחברים באין בו אחריות ולענ"ד דרמב"ם מוקי לי' בכתובה מארוסין וס"ל לרמב"ם דמאירוסי' לא גבה משעבדי ואם כן ליכא חשש קנוני' ועכ"פ הא דחיישי' לקנוני' גבי כתובה יליף ליה הרמב"ם משאר ב"ח ויפה כתב המ"מ ודברי ש"ך אינם מובני' כלל אך כ"ז דאמרי' דגוף עיקר כתובה לא יחזיר נר' דהוא לשיטת הרי"ף ורמב"ם ורא"ש דסבירא להו כי אמרי' הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום היינו במקום שאין כותבים אבל במקום שכותבי' ואין כתובה בזה נאמן לומר פרעתי אבל לשיטת התוס' וסייעתם דס"ל דא"נ לומר פרעתי אם היא טוענת אבדה כתובתי כדתנן הוציא' גט ואין עמה כתובה דטוענת דאבדה כתוב' מכל מקום גובה כתובה אם כן מ"ש דהיא אומרת אבדה כתובתה או דנמצא בשוק הא אין נאמן לומר פרעתי ולהך דעה צ"ל דהך ברייתא דמחלוקת דרבנן ור"י איירי בתוספת כתובה וכן כ' באס"ז בשם כמה רבוות' אבל בכתובה העיקרית א"א לומר כן ואם כי תוס' ב"מ דף י"ז ד"ה הטוען וכו' כתבו על הך ברייי' דאצ"ל בתוספ' רק בעיקר ומ"מ אף במנה ומאתיי' מפסיד דהא נאמן לומר פרעתי מנה במגו דאלמנה נשאתיך או פרעתי הכל במגו דאין את אשתי ע"ש ובעו"ה לא יכולתי להלום רבריהם כלל דהא כתובה לפנינו רק שהיא ביד המוצאה ואם כן בבוא האיש ואשה לפנינו אמרי' צא ופרע לה כל המאתי' דמה מגו יש אלמנה נשאתיך או לא נשאתיך הא כתובה לפנינו דהיתה בתולה ונשאת לו ומה בכך דהיא ביד המוצא אותה עכ"פ ראיה יש ולא מצי למימר דאלמנה או אין את אשתי כלל ואם כן דחייב לפרוע כל מאתים מ"ש דחייב לפרוע תיכף או דאמרי' להחזיר לה כתובה ויפרע לה אחר כך כשתתבענו וגם מה יועיל שתהיה כתובה נשארת ביד המוצאה לעולם יצטרך לפרוע לה כדין הטוען אחר מעשה ב"ד ולעולם לא יהיה לו

מגו הנ"ל דהא כתובה בעולם ואם שאין ביד אשה וכו' ומגו במקום כתובה איך אמרי' ואם אמרינן בכל זה יש לו מגו אם כן מ"פ הגמרא ר"י אדר"י או רבנן ארבנן דבעלמא לא חיישי' לפרעון וכאן חיישי' דמה קושי' הא יש לבעל מגו ופשיטא דמקום מגו הבעל נאמן ומגו להחזיק אמרי' בכל הש"ס וצ"ע ועיי' א"ע סי' ק' מ"ש שם:

כא **ומיהו אם יבוא העבד וכו'** הב"י וד"מ נתקשו בטור ורא"ש דסבירא להו כדעת אביי דעבחז"ל וגם קיי"ל כרבנן דזכות הוא לעבד שיוצא מתחת יד רבו לחירות ובגמרא אמרי' הניחא למ"ד זכות הוא לעבד וסבירא ליה כאביי דעבחז"ל אין צריך להביא ראיה ועיין בש"ך מש"כ לתרץ דכי אסיקינן דעיקר שטר שחרור הוא לשחררו ל"א בי' עבחז"ל ותמהני שהוא כ' על דברי ב"ח דלא מסתברי' דבריו וממש דבריו הם דברי הב"ח אלא שב"ח מקצר והוא מאריך אבל מכל מקום האמת אתו שאין לו שרש ועיקר כלל כי מי לא ידע דעיקר של גט שחרור להיות יוצא לחירות ויהיה ישראל מותר בבת חורין וכי זו נעלם מעין מקשן ח"ו רק המקשן לא סבירא ליה דאית ליה קלא ושיאמרו הלקוחות אייתי ראי' אבל ח"ו שלא ידע דעיקר עומד לאיסורו ואם כן איך יתכן לשיטתם הניחא ולכן מה שנר' ליישב פשוט הוא כך דתוס' הקשו בגיטין דף י"ז וכן בב"מ דף י"ט הא דתנן כותבי' גט לאיש אף שאין אשתו עמו אולי יכתבו בניסן ויתנו בתשרי ומפיק פירות שלא כדין ותי' כיון דמסר לה בע"מ יש לו קול ולא מצי לטרוף מלקוחות עד דמייתי ראי' ורא"ש בפ"ב דגיטין הוסיף לפרש בתי' זה דקלא אית להו ולא דמי' לשאר שט"ח דחיישי' דילמא כתוב וכו' דבגט מסקי דעת' להנשא בו יהבי' ניהלי משא"כ בשאר שט"ח וכה"ג מפליגן בין שטר לגט הנמצא בשוק פרק שנים אוחזי' עכ"ל הרי דכל יסודו של תי' זה בנוי לפי מסקנת הגמרא דמחלקי' בין שטר חוב לגט דזהו קלא אית ליה ואמרי' לקוחות דלהתגרש יהבי נהלי מה שאין כן שטר חוב אבל לפי סלקא דעתך דלא נחתינן לחילוק זה אין מקום לתי' זה דיקשה אם כן שט"ח נמי דהא ל"א לחלק בין שטר חוב לגט בס"ד וצ"ל תי' השני שכתב הרא"ש ותוס' דלא מקדים אינש פורענות' לנפשי' ע"ש אך זהו דמספיק בגט אשה אבל לא בעבד דשם לא שייך זה והנה תו' ב"מ דף כ' ד"ה שובר כו' כתבו הך דעבחז"ל הוא רק תקנת' דרבנן שתקנו להקל על עדים שאל"כ לעולם לא יכולים לחתום עד שיראו מסירה מחשש דלמא כ' ליתן בניסן וכו' לכך הואיל הוא תקנה נסתפקו בעבד אי גם מותר תיכף בשפחה משום ל"פ דממון או לא רק לענין ממון בעלמא ע"ש וזו תלי' בשני תירוצי' הנ"ל דלהך תי' דלא מקדים אינש פורענות' וכו' ולגבי עבד לא שייך כן אם כן הרי לולי דעבחז"ל לא היה עדים יכולים לכתוב עד שימסור בו ביום לעבד כמו בשאר שטרי ממון ואם כן תקנו בו כמו בשארי שטרי ממון דעבחז"ל אף

דלגבי איסורי אפשר דלא שייך כמ"ש תוס' מ"מ לענין ממון תקנוה משא"כ לתי' הראשון דיכולים לכתוב משום דבעי ע"מ ואית ליה קלא וזהו תי' שייך אף בעבד דהא בעי ע"מ גם כן אם כן לא שייך טעמא דתוס' דתקנו דהעדים יהיה יכולים לכתוב ולא והיה צריכין להמתין ביומו שימסור השטר ביד העבד ביומו דהא בשטר שחרור כותבים שטר לאדון אעפ"י שאין עבד עמו כנ"ל ואם כן מהכ"ת יתקנו תקנה זה ובפרט לגבי עבד דעיקרו משום איסור ובזו לא שייך עבחז"ל כמ"ש התוס' ואם גבי ממון ופירי דעבד ג"כ לא שייך הטעם מהכ"ת יתקנו חז"ל עבחז"ל וא"כ א"ש דלס"ד דלס"ל לחלק בין שטר לגט דבזה אמרי' אייתי ראי' ובזו ל"א אם כן לא שייך הך תי' של הרא"ש דלכך כותבין גט לאיש משום דאמרי' אייתי ראי' כנ"ל וע"כ צ"ל משום דלא מקדים אינש וכו' וזהו לא שייך בעבד ואם כן שורת הדין דאין עדים כותבים שחרור לאדון עד שיהיה עבד עמו ואם כן אף בזו שייך התקנה עדיו בחז"ל ושפיר קאמר הגמ' וכו' דגבי שחרור שייך נמי עבחז"ל אבל לבתר דאסקינן אייתי ראי' ומחלקי' לסוף במסקנא דיש הבדל בין גט לשט"ח וכו' אם כן אמרי' כתי' הראשון של תוס' ורא"ש ואף בשחרור יכולים העדים לכתוב אף שאין העבד עמו ואם כן תו לא תקנו חז"ל גביה עבחז"ל כלל דמה צורך לתקנה זו ויפה עשו הטור ורא"ש דלא סבירא להו בשחרור עבחז"ל:

אמנם המרדכי כתב וז"ל וגבי גט שחרור נמי חוב הוא לו ולהכי אמרי' אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך וצ"ל אע"ג דקיי"ל בגיטין זכות הוא לעבד נר' דהא תוס' גופי' מסופקים כיון דהך עדיו בחז"ל אינו רק תקנה אם אלמוהו חז"ל לתקנתם דיהיה מותר תיכף אפי' עדיין לא הגיע לידו בבת חורין והריטב"א החליט דאין מותר בבת חורין ונר' דתוס' אזלו לשיטתם דסבירא להו ביבמות פ' אשה רבה דבדבר הדומה ויש בו טעם אפילו בקום ועשה יש כח ביד חכמים לעקור ד"ת אבל לפי הרא"ה ונ"י דפליגי שם וכן דעת הר"ן סוף נדרים דבקום ועשה אין כח ביד חכמים לעקור ד"ת א"כ וודאי דאסור בבת חורין אבל מכל מקום אסור בשפחה ואכילת תרומה דלהחמיר ודאי אמרי' עבחז"ל ותקנת חכמים להחמיר. ולפ"ז מיום דנכתב גט שחרור והיה עדים בחותמיו ז"ל עד שהגיע הגט לידו הרי הוא חמור גמל בשפחה ובבת חורין ואסור בתרומה וזהו וודאי חוב לו דהא לעולם לר"מ חוב הוא לו דפוסלו מתרומה ואסור בשפחה רק חכמים דחלקו הוא במקום דמותר בבת חורין והרי הוא בן חורין לגמרי אבל בזו דהעדים זוכי' בעבורו הוא עדיין אסור בבת חורין ואינו משוחרר גמור ומכל מקום אסור בתרומה ושפחה וכל חומרא של בן חורין עליו ולא הקולות אם כן זהו וודאי לכ"ע חוב לו ויותר הטוב שלא יזכו עדים בעבורו ויהיה עבד גמור לכל הדברים עד שיגיע הגט לידו כי ע"י זה מגיע לו רעה רבה ואם כן לא

שייך עבחז"ל והבו דלא לוסיף הא לר"מ לעולם חוב הוא לו ומהכ"ת יפלגו רבנן בכה"ג כשהוא חמור גמל אך כל זה אם הך דעבחז"ל הוא רק תקנה בזו שפיר י"ל להחמיר הוי כב"ח ולא להקל דלא עקרו חז"ל אבל אם ד"ת עבחז"ל אם כן שווי הוא בכל דבריו אם להחמיר הוא כב"ח אף להקל וכן להיפך ואין הבדל וכבר כ' מהרש"א שם בתוס' ד"ה שובר וכו' דהא דכתבו תוס' דהוא רק תקנת' דרבנן היינו לרבי אליעזר דסבירא ליה עדי מסירה כרתי אבל לרבי מאיר דסבירא ליה ע"ח כרתי שורת הדין דעבחז"ל ואם כן הא דפרכי' בגמרא הניח' למ"ד זכות הוא לו וכאביי דעבחז"ל היינו לר"מ וזהו כוונת הגמרא למ"ד היינו לר"מ דסבירא ליה ע"ח כרתי ואם כן שפיר זכו' הוא לו וגמרא מקצר וכיון למ"ד הנ"ל דסבירא ליה ע"ח כרתי. אבל לפי דקיי"ל ע"מ כרתי אם כן הוא מתורת תקנה ואם כן אסור בבת חורי' ובשפחה ובתרומה וה"ל וודאי חובה ולא זכין לו עבורו כלל וא"ש דברי המרדכי הנ"ל דגבי עבד חוב הוא לו דלכך אמרי' אייתי ראי' וא"ש והב"ח העתיק לשון מרדכי וגבי עבד איכא למ"ד חוב ובנוסחאו' שלפנינו ליתא הך איכא למ"ד ויהיה נוסח איזה שיהיה הדין ופי' שכתבתי נכון לענ"ד בכוונת המרדכי וגם דברי הטור והרא"ש יש לפרש כן וא"ש. ואין להקשות בגמרא דפריך הניח' למ"ד עבחז"ל וכו' הא אף להך מ"ד לא ניח' דילמא לאחר שכ' וחתמו הגט שחרור ביטלו הגט דהוי כמו גט אשה דאם בטל מבוטל ועיי' פ' השולח ולכך זרקו לאשפה דהא הוא רק חספא ובין כך מכר נכסי עבדו וכעת קנוני' עושה להפקיע נכסיו ומחזיר לו הגט שחרור דבטלו כבר ומה מהני בזה עבחז"ל בגט שבטלו וצ"ל כי חוששי' לקנוני' היינו היכא דגט כשר רק גיבוי שלא כדין מהפירות אבל שחרור בעצמותו כשר בזו חיישי' לקנוני' אבל במקום שגט בטל ואין כאן שחרור כלל לא נחשד הרב שיתן לו שחרור בטל ויקלקלו בבת חורין וכאותו שאמרו בריש גיטין גבי גט אשה דאין עשוי לקלקלה בידי שמים ואף זהו כמוה לא נחשד לתת לו גט בטל בתורת גט כשר ולהכשילו וא"ש. ובזו יתיישב מה דהקשה הש"ך לעיל בסי' ל"ט בקצרה על הרי"ף כפי מ"ש הרא"ש לדבריו דאם עבחז"ל אם בין חתימה למסירה מכרה לאחר פקע זכות וזכה בו הלוקח דא"כ מ"פ הגמרא הניחא למ"ד עבחז"ל ולהך מ"ד מי ניחא אולי כ' לשחררו בניסן ולא שחררו עד תשרי ובין כך מכר העבד לאחר ועכשיו יחזיר בקנוני' השטר שחרור ופקע מכירת עבד שלא כדת כי תו לא שייך עבחז"ל כיון שמכרו בנתיי' ולפמ"ש לעיל לק"מ דכיון דמכרו בנתיים הוי ביטול לשטר שחרור ואין לקלקלו בידי שמים ליתן לו גט בטל וחרס בעלמא ולק"מ. אך זה שאמרנו לעיל דא"ל דמשחררו בחספא דאינו עשוי לקלקלו תלי' במחלוקת דר"נ ור"ש בריש השולח אם בטלו אם חוזר ומגרש בו ועיין ברא"ש ופוסקים וא"ע סי' קמ"א אי אף

בביטל הגט גופא שייך הך מלתא דר"נ חוזר ומגרש בו ולפ"ז הקושי' במקומו דילמא בטל ומכל מקום כשר דקיי"ל חוזר ומגרש בו אבל עכ"פ עבחז"ל לא שייך כאן דהא שליחות וענין ראשון כבר נתבטל ופני' חדשות בא לכאן מה שנמלך אחר כך לחזור לגרש בו. אך לר"ש דסבירא ליה דאין חוזר ומגרש א"ש דל"ל דבטלו וכמ"ש דאינו עשוי לקלקלו ואם כן גם בזה יתיישבו הרא"ש והטור דסבירא להו דהניחא דקאמר הגמרא בב"מ הוא הכל לר"ש דסבירא ליה דאין חוזר ומגרש בו ואם כן ליכא למיחש דילמא בטלו כמ"ש דאין מקלקלו אבל לפי דקיי"ל כר"נ וכנר' מדברי הרא"ש אפי' בביטול גט עצמו חוזר ומגרש בו אם כן שפיר י"ל דביטל השליחו' תו לא שייך עבחז"ל ולכך צריך להביא ראי' לכ"ע ולק"מ:

כב **מזמן הכתוב בו** נחלק הסמ"ע והש"ך כמ"ש באורים כי דעת הסמ"ע בדיוק לשון הש"ע דמביא ראיה דהיה בידו קודם נפילה אינו מועיל רק צריך לברר שהגיע בידו ביום הנזכר בשטר וש"ך השיגו דכיון דמברר דהיה בידו קודם נפילה אם כן כיון דתו לא חיישי' בזה לפרעון מה צורך יותר והא תו ליכא ריעותא והרב הש"ך דחה לדברי סמ"ע בשני ידי' ודבר זה תלי' במחלוקת גדולי חקרי לב רש"י וריטב"א ותוס' דדעת רש"י וריטב"א בדף י"ג ב"מ דחוששי' בנפל דילמא כ' ללות בניסן ולא לוה עד תשרי פי' דבאמת הלוה עליו רק לא לוה בזמנו רק מאוחר והואיל ושטר פסול לא חשש לשמרו ואם כן לשיטתם אף כאן שמברר שהיה בידו קודם נפילה אין מועיל דהא אף בלי ראי' אין אמרי' דהיה בידו גבי מלוה קודם נפילה רק אתרע בנפילה ואמרי' דלא הגיע בידו בזמנו כראוי ואם כן מה יתן ומה יוסיף שיברר שהיה בידו מקדם אין זה מעלה ארוכה לחששא דילן וברור דצריך לברר שהגיע בידו בזמן של שטר ואין להקשות לפי' רש"י הא דמשמע בדף י"ו ע"ב דבהנפק לא חיישי' לשמא כ' ללות ולא לוה מה בכך דילמא ליה אחר כך והניחו לקיים דבר זה הרגיש בו הריטב"א ותי' בדוחק ע"ש ולי נר' דהא אנן אמרי' הואיל וידע פסולו לא נתן ללבו לשומרו והא חזי' דטרח לקיימו ואם כן אף בשמירתו נזהר ולק"מ ובפי' רש"י מיושב מה שהקשו תוס' גיטין בשמעת' וכתב כו' דפי' רש"י דגט שביד אשה דצריכה להביא ראיה אימת מטי גט לידה הואיל וכותבי' גט לאיש וכו' והקשו תוס' מהא דפרכינן ב"מ בגט הנמצא אמאי יחזיר דילמא כ' ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי דהא צריך להביא ראיה ולא תי' המחברים כלום ונפמ"ש ניחא דהא כ' הרא"ש בגט שנכתב לאיש ואין עמו אשתו צריך למסור ע"י שליח ואם לאו פסול ואם כן צ"ל לפי' רש"י מה אהני דתביא ראי' דהיה גיטה בידה באייר דילמא מסרו הבעל בינו לבין עצמו והוא פסול לגמרי דהא ע"כ ליכא קלא דשליח דאי איכא קלא אם כן אף

יום מסירה נודע כמ"ש התוס' ומהרש"א דקלא דשליח אלים ואפי' יום מסירה נודע מה צריך לראי' וצ"ל דזה לא חשדי' דימסור לה גט פסול דאין חשוד לקלקלה בידי שמים וכצ"ל בתו' והרא"ש דכ' דלכך כותבי' גט לאיש וכו' דעדי מסירה יש לו קול ולא חיישי' דימסור בלי עדי מסירה אלא צ"ל דאין חשוד לקלקלה ואם כן אם הביא ראי' שהיה בידה באיר אמרי' מסתמא בהכשר נמסר וזה בגט דעלמא אבל בגט שנפל אמרי' הואיל ולא שמרה מסתמא פסול היה ואם כן מה בכך שתביא ראיה שהי' בידה קודם נפילה בתשרי אנן אמרי' בברור דמסרה בינו לבין עצמו ופסול הוא ומוקדם ולכך לא שמרה אם כן מה אהני שתביא ראיה שהיה בידה בתשרי קודם נפילה ותרצה לגבות מתשרי ואילך דהא פסול הוא לגמרי דנמסר בינו לבין עצמו כמו דחוששי' לפי' רש"י בשאר שטרות ואם כן איך מחזירי' גט שנפל וקו' הגמרא שפיר ומשני הגמ' דנפל יש לו קול וצריך להביא ראי' דנמסר ביום כתיבה וכמ"ש הסמ"ע לפי' רש"י וא"ש וכל קושי' תוס' מיושב לפי' רש"י וא"ש ודוק אבל תוס' שם השיגו וסבירא להו דאם הלוה עליו אף מאוחר לזמן כתיבה תו חושש לשומרו רק כל חששא אולי לא לוה כלל עליו ועכשיו רוצה ללות עליו ובזה צדקו דברי הש"ך דדי בראי' שהיה בידו קודם נפילה וא"כ תו אזלא ריעות' דנפילה דהא נזהר לשמרו וע"כ שלא בטובתו ובאונס נאבד ומה ה"ל למעבד ועיין מש"ל סי' מ"ג סק"ו בתומים:

והנה בחדושי פלפלתי בחכמה להביא ראי' לכאורה לדברי הסמ"ע מדברי תוס' ב"מ דף י"ח דהקשו התוס' דר"ז דדייק מברייי' מצא גט בזמן שבעל מודה יחזיר לאשה אין הבעל מודה לא יחזיר דאיירי לזמן מרובה דמנ"ל לר"ז הא דילמא אייריי בלאלתר ותי' לחד תי' דא"כ פשיטא מה קמ"ל ואי דקמ"ל דהא קשה וליחוש דילמא כ' ליתן בניסן וכו' ומפקע לפירות שלא כדין ומשנינן דנפל אית ליה קלא ואמרי' אייתי ראיה ואם כן זהו דקמ"ל די"ל סבירא ליה כרשב"ל דמשעת חתימה שוב אין לבעל פירות ולק"מ ועוד תי' דאי לאלתר אם כן ראינו שנפל מיד אשה א"כ באין הבעל מודה למה לא יחזיר ואי מודה דיחזיר פשיט' דהא ראינו גט בידה ומה נ"מ אם זה הגט הנמצא שלה או אחר והביא מהרש"ל בשם גליון תוס' וכן הוא בד"א החדשים דילמא קמ"ל דלא חיישי' דזהו הגט הנמצא הוא גט אחר והגט שהיה בידה היה זמנו מאוחר לגט זה ואם כן אף דמגורשת מכל מקום תגבה בגט זה פירות שלא כדין ותי' כיון דבעל אומר שזהו הגט כולי האי לא חיישי' והקשה מהרש"ל עדיין קשה במה שכתב כשאין בעל מודה אמאי לא יחזיר הא מהך חשש דבעל גליון לא יחזיר ותי' דבאמת לא קשה קושי' הגליון דהא אמרי' אייתי ראי' וכו' רק קושי' הגליון דאם כן אין זה פשיט' וכו' וקשה אם הראיה כשיטת

הש"ך דאין צריך יותר רק שהיה גט בידה קודם נפילה עדיין קושי' הגליון במקומו דמה יועיל הראי' שתביא שהיה הגט בידה קודם נפילה פשיטא דזה אמת דהא אנן ידעי' דהי' מקודם בידה רק אנן חיישי' אולי גט אחר היה שהיה מאוחר לזמנו של זה הגט ומה יועיל ראי' שלה כמ"ש הש"ך. ודוחק לומר דהא דאמרי' צריך להביא ראיה לא סגי בראיה שהיה הגט בידה רק צריך ראי' שהגט כזה שהיה בידה זמנו שוה היה לגט דזה דוחק ולא משמע כן לישנא דגמ' ומחברים כלל אבל לשיטת הסמ"ע ניחא דהא צריך להביא ראי' דהגיע לידה ביום אשר נזכר בשטר וא"כ פשיט' דלא שייך חששא דגליון דמאוחר היה הגט שלה דהא ראי' יברר אימת בא לידה ויובחנו הדברים ואי קשה א"כ עדיין אינו מיושב מה שכתבו תוס' דאי הבעל מודה פשיטא דיחזיר דהא י"ל דקמ"ל מה שהקשה בגמ' דלמא כ' ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואי דהיה בידה קודם נפילה מה בכך הא לשיטת הסמ"ע עדיין הואיל ונפל חוששי' דלמא לא הגיע בזמנו ולכך קמ"ל כתי' הגמ' דנפל קלא אי' ליה וצריך להביא ראי' דהגיע לו בו ביום של השטר כסמ"ע וכמ"ש תוס' בקושי' מקדם דל"ל התוס' לא נאדי בתי' זה ממש מקדם דאית ליה דר"ל דאין לבעל פירות משעת חתימה רק דבתי' ראשון ס"ל לתו' דר"ז היה לו הוכחה דאיירי לזמן מרובה דאי לאלתר פשיטא וזהו דלא ס"ל לתוס' בתי' שני די"ל היא גופא קמ"ל דלא חיישי' לאלתר לגט שני וכמ"ש מצאו לאלתר כשר ולא קשה מה קמ"ל ולכך תי' דאי לאלתר מה נ"מ אף דהוא גט שני הא כבר מגורשת דראינו ע"כ גט בידה וכו' אבל מ"מ ס"ל כר"ל וא"כ לק"מ דמה בכך דלא הגיע גט בידה מזמן ההוא דא"כ אין מקום לתי' מהרש"ל אייתי ראי' דהא לר"ל לא שייך זה ודוחק דיטענו לראיה מחשש קושי' הגליון אבל י"ל דלכך כתבו התוס' דהקושי' הוא במודה ואינו מודה על דרך ממ"נ דאי ס"ל כר"ל א"כ הקושי' מן בעל מודה פשיט' וכתי' הגליון אבל מן אין בעל מודה לא ק' כקו' מהרש"ל ואי ס"ל כר"י א"כ אינה פשיטא דקמ"ל אייתי ראי' אבל קשה מן אין בעל מודה כתי' מהרש"ל דהא צריך להביא ראי' וא"כ לשיטת מהרש"ל ניכרים הדברים בתוס' כסברת הסמ"ע: אך עם כל זה אין זה מספיק לבטל דברי הש"ך דדברי מהרש"ל בגליון תוס' אינם מובנים דהגליון יפה הקשה בתו' דכתבו דאי ראינו גט בידה מקודם והבעל מודה פשיטא דיחזיר דאף דגט אחר הוה מ"מ היא מגורשת ושפיר הקשה דהא יש נ"מ בזמן לענין גביית פירות וחי דהא איירי בלאלתר וליכא למיחש לאחר דלמא הא קמ"ל דלאלתר לא חיישי' לגט אחר דהא בהך תי' תוס' כל כוונת התוס' מבלי לומר כתי' ראשון לאלתר פשיטא די"ל דקמ"ל כמו במשנה לאלתר לא חיישי' לנפילת גט אחר וא"כ עדיין קשה דלמא הא קמ"ל ושפיר הקשו אבל באידך בבא שכתבו התוס' באין

בעל מודה למה לא יחזיר קושי' תוס' כך דהא באמת לאלתר לא חיישי' לאחר דמשנה שלימה היא לאלתר כשר וא"כ וודאי בריי' מיירי לאלתר נמי דהא סתמא קתני ואי מיירי באופן דראינו גט בידה באמת למה לא יחזיר הא קושי' הגליון דלמא אחר הוא לא שייך בלאלתר כפי המשנה ולשמא כתב ליתן ולא נתן כלל ל"ל דהא ראינו בידה מקדם וא"ש ול"ק קושי' הגליון כלל על תוס' וא"כ אף הך ראי' לסמ"ע ליתא וחזר הדבר כפשיטו של דבר דמוכח מתוס' כש"ך ואצ"ל מה שדחקנו עצמנו דאף בתי' השני ס"ל לתוס' דר"ז כרשב"ל ס"ל דזה דוחק והדבר ברור כש"ך ובפרט לפמש"ל בס"ק כ"א דאף שטר שחרור יכול לכתוב להרב אעפ"י שאין עבדו עמו א"כ אף לרש"י וריטב"א נראה דאי מייתי ראי' דהיה בידו מקודם הנפילה דסגי בכך דמה"ת נימא דלא נזהר לשמרו בשלמא בשט"ח ס"ל הואיל והוא פסול דה"ל מוקדם דהגיע לידו זמן רב אחרי כתיבה לכך לא הקפיד בשמירתו אבל שטר שחרור דכשר א"כ מהכ"ת לא יהיה נזהר בשמירתו הא שטר כשר הוא ומה ריעות' יש בנפילה. ועוד דכל הטעם דמותר לכתוב הוא דהואיל דבעי ע"מ א"כ אי לא נמסר ביום שנכתב אית ליה קלא וא"כ אם מביא עדים שהיה קודם נפילה בידו ואין קול כלל א"כ מסתמא נמסר לידו בזמן כתיבה ותו ליכא חשש אם לא לדעת הרמב"ם וסייעתו דס"ל לר"א אף ע"מ כרתי ויכול ליתן גט בינו לבין עצמו א"כ ע"כ הטעם דכותבי' גט לאיש וכו' משום דלא אקדמי' פורענות לנפשי' וזהו לא שייך בעבד וא"כ אף בעבד אם נכתב בניסן ונמסר באייר פסול דה"ל מוקדם וכולי האי ל"א ולכך לדינא הנכון כדברי הש"ך:

והנה הרמב"ם בפ' ח"י מהל' אבידה כתב סתם במצא גיטי נשים אם בעל מודה יחזיר וכן במצא שטר שחרור אם הרב מודה יחזיר לעבד ולא כ' כלל הך דינא דצריכין להביא ראי' אימת מטו הגט ושחרור לידן כמבואר בגמ' והדבר תמוה למה השמיט הך דינא רבתי דאתמר בגמר' ואף דנימא דס"ל כמ"ש מקצת מחברים ועיי' באס"ז דלא לבד בנפילה כי אם תמיד בכל גיטין ושחרורים הבאים לטרוף צריכין להביא ראי' פשיטא דקשה דין כזה הל"ל לרמב"ם להביאו. ולכן נר' בגט דס"ל להרמב"ם וודאי הא דחיישי' לקנוני' היינו בנפל דאתרע אבל בלי נפל לא חיישי' וכי אתרע בנפילה היינו במקום שראוי לו לשמור שטרו ולא שמרו בהא אמרי' בלי ס' שלא היה לו חזקת כשרות כי אם פסול ולכך נמנע מלשמרו אבל במקום שאין כאן חשש ריעות' דא"צ לו לשמור מהכ"ת נחוש לקנוני' ובגט מהכ"ת נימא ריעותא וע"כ הטעם משום דה"ל לשמור גיטה וצריך טעם מה צורך יש בשמירתה אי לאנסובי הא אשה שאמרה גרשתני בפני בעלה נאמנת גם יש לה עדי גירושין וצ"ל הטעם משום גביית כתוב' דהא הוציאה כתובה ואין עמה גט א"י

לגבות כתובתה ועיין בר"ן דמפרש אפי' לר"י דס"ל הטוען אחר מעשה ב"ד ל"א כלום מ"מ צריך גט ממש וא"כ שפיר אתרע בנפילה מדלא שמרה גיטה דהא בשאין גיטה בידה א"י לגבות כתובה וזהו לדינא קמייתא במשנה אבל לרשב"ג דס"ל בשעת סכנה גובה אשה כתובתה שלא בגט ופירש הרמב"ם לא בשעת סכנה לבד רק מסכנה ואילך בטלו חכמים לתקנה ותקנו דתגבה בכתובה לבד כמ"ש באריכות לחדושי לא"ע וכמ"ש הרמב"ם להדי' בהלכ' אישות פרק ט"ז דין כ"ו האשה גובה עיקר כתובתה שלא בגט כלל ע"ש והיינו כרשב"ג וכמש"ל בסי' ס"ז וא"כ אין צורך לשמירת גיטה כלל וא"כ אף הוא לא אתרע בנפילה כלל וא"ש דהגמרא דהקשה כן הוא אליבא דמשנה דנשני' קודם שעת סכנה דכתובה ואין עמה גט אין גובה כתובתה וא"כ חזקה על אשה דמשמרת גיטה וא"כ בנפל אתרע ושפיר פריך הגמרא וכיון דנפל ליחוש דלמא כתב ליתן בניסן וכו' אבל לדידן דקיי"ל כרשב"ג דמהסכנה ואילך אשה גובה שלא בגט א"כ אין לה צורך לשמור גיטה כלל דאין תועלת לה בשמירתו כ"כ ואף דנפל לא אתרע דאמרינן נתגרשה בו ולכך לא שמרה אותו וא"כ מה"ת ניחוש לקנוני' בדליכא ריעות' דנפילה ול"ק קושי' הגמרא וא"צ לראיה ולק"מ ולהא לא אמרינן דה"ל לשמור גיטה אולי ימכור בעל פירות ותוציא גיטה ותטרף דהיא לא אסיק אדעת' דהבעל ימכור פירות שלה עד שתצטרך להוציא גיטה וכן י"ל בדף י"ח דאמר אביי דבעי גיטא לאנסובי ולא להוציא פירות משום דזה לא מסק' אדעת' כלל. אמנם בשטר שחרור לעבד דהשמיט הך דינא דצריך להביא ראיה נראה דס"ל לרמב"ם הלכה כר"י דאמר טעמא במצא שט"ח לא יחזיר משום דחיישינן לפרעון ולקנוני' אבל לשמא כ' ללות ולא לוה לא חיישינן אף דלא קיי"ל כאביי עבחז"ל משום דאקרי כתב ל"א וכן כתבו לשיטת ר' יוחנן בדף י"ו ע"ב ד"ה אעפ"י ע"ש ולכך העתיק הרמב"ם הטעם משום פרעון וקנוניא אבל משום דכ' ללות ולא לוה לא משום דעדים אין רשאים לכתוב והא לא חיישי' דלמא מיד ספרא ועדים נפל דס"ל כמ"ש הריטב"א וכמ"ש דביומו נפל ונתאחר למצאו עד אחר כמה ימים לא חיישינן וכמ"ש הריטב"א לחד דיע' ועדים אין משהין השטר כשעבר יומו וקורעי' אותו לבל ישכנו באהלם עולה וא"כ אין כאן חשש לשמא כ' ללות ולא לוה רק בשטר שנמצא ביום שכתב ולי' בי' הנפק דכתב הרמב"ם דחוששי' שמא כ' ללות ולא לוה התם ביומו שאני דיש לחוש דלמא מיד ספרא דהא באמת נמצא ביומו וא"ש וא"כ אין כאן חשש בשטר שחרור דלמא כ' ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי דהרב"ם ס"ל כמ"ש לעיל דלרמב"ם דאין צריך עדי מסירה בגט שחרור אין עדים כותבים עד שיהיה עבד עמו ולדאקרי וכתבו לא חיישי' א"כ איך יש לחוש דלמא כ' ליתן בניסן וכו' הא אין עדים רשאים לכתוב ולדאקרי וכתב לא חיישינן

והגמ' דהקשה ומשני אייתי ראיה הוא הכל לשיטת ר' אסי וסייעתו דס"ל דאקרי וכתב חיישי' בנפל ישפיר פריך אבל הרמב"ם פסק כר"י ולא חיישינן לדאקרי וכתב ולק"מ ולכך השמיטו הרמב"ם הך דינא דאייתי ראיה ודוק:

כג **ובמקום שעבחז"ל וכו'** הסכימו הסמ"ע והש"ך דאין כוונתו למ"ד עבחז"ל דהא לא פסק כן כלל לעיל סי' ל"ט כהנך רבוותא אלא פי' הסמ"ע דאמר מעכשיו או דעדים זכו בשבילו ושני פירושים לא הבנתי דפי' הראשון לא יתכן דלא דמי לגבי הלוואה דאמר הריני משעבד נכסי מעכשיו ואף שלא אלוה אלא לאחר זמן מ"מ יהיה נכסים משעובדים תיכף מעכשיו כאלו הלוה לו דא"כ חל שעבוד' תיכף ואין בו דין מוקדם משא"כ בשטר שחרור מה בכך דאמר כשיגיע גט בידך תהיה משוחרר מעכשיו וכי הוא משוחרר מעכשיו ואפילו אמר תהיה נכסים שלך מעכשיו במה קני' העבד ומה יד יש לו לקנות אין לעבד יד עד שיהיה משוחרר וכי זוכה למפרע בפרט מה שכבר מכר האדון ואפי' לר"מ הנותן לעבד מתנה מעכשיו לאחר שיהיה משוחרר לא קנה לגמרי ויכול לחזור בו קודם שחרור ומכ"ש לרבנן וכל שטר שחרור הוי כאומר לו מעכשיו דהא יש בו זמן וקיי"ל כר"י דזמנו של שטר מוכיח ה"ל כאומר מעכשיו וכשהגיע גט לידך ומ"מ חשש גמרא דלמא כ' ליתן וכו' והדברים בלתי מובנים כלל. והפי' השני דעדים זכו בשבילו לא הבנתי למה אין האדון מודה לא יחזיר הא אפילו אמר רק תנו קיי"ל דאין יכול לחזור בו ומכ"ש זכה דהוא תיכף משוחרר א"כ אין האדון יכול לחזור ואין צריך ראיה כלל דמה ראיה יש הא תיכף משוחרר לגמרי באומר זכה כמבואר בי"ד הלכות עבדי' ע"ש ואפילו זרקו אח"כ לאשפה ולכן הנר' דכוונת הרמ"א דלפי דבררתי לעיל סי' ל"ט בתומים ס"ק כ"ג בשיטת הרא"ש דאף רב אסי ס"ל עבחז"ל לר"מ רק ס"ל דלי' לי' קלא וא"כ הא בשטרות הרבה מחברי' דפוסקים כר"מ א"כ לגבי ב"ח לכ"ע עבחז"ל וא"כ אם שחרר לעבד בשטר הנ"ל ויש לאדון מלוה ע"פ ורוצה לטרוף מפירות של נכסי עבד שהיה בנכסיו מניסן עד תשרי והוא העבד רוצה לגבותן בשטר שחרור שלו הנכתב בניסן א"צ להביא ראיה אימת מטי לידו אף דנפל דלגבי מלוה ע"פ ובני חורין דא"צ לקלא לכ"ע עבחז"ל וזכות הוא לעבד וזכה בו מעת כתיבת השטר וא"ש כוונת הרמ"א ולק"מ אך לדינא כבר בררתי בכמה אופנים דלמסקנא לא שייך בשחרור עבחז"ל:

כד **שטר מתנת בריא וכו'** גם בזו תמוה על הטור דס"ל עבחז"ל א"כ אף במתנה יחזיר דאף דכתב ליתן ולא נתן הא עבחז"ל וכבר כתבתי לעיל סי' מ"ג דחוששי' שמא בו ביום מכר או נתן במתנה לאחר ומסרו בידו השטר וכשיגיע זה השטר לידו יהיה בו שודא וזהו עול דלזה שנמסר בו ביום זכה בו וחלקתי בין שובר למתנה ע"ש. ושוב ראיתי בגליון תו'

הובא בס' אסיפת זקנים שהקשה על תו' דכתבו לאביי דס"ל עבחז"ל אף שטר מתנת בריא יחזיר דליכא למיחש למידי הא יש הך חששא דלמא בו ביום מכר לאחר ותי' דלא חיישי' כולי האי כמו בשובר עכ"ל והשוה אותן לגמרי ואולי בזה הסבר' מחולקים הרא"ש וטור עם תוס' וס"ל דלא דמי כמש"ל בסי' מ"ג מלתא בטעמ' אבל עוד י"ל דאמת דדמין לגמרי אבל הרא"ש לא ס"ל כלל תי' תוס' אף בשובר דלא שכיח דמה בכך דלא שכיח הא בנפל דאתרע חיישי' כל מלתא דלא שכיח ואפילו בדרך רחוק כמבואר בגמרא בדוכתי טובא ואי קשה קו' תו' לאביי דלא ס"ל לשמואל ושובר דחוזר הוא משום דעבחז"ל דלמא בו ביום של שובר מכרה לאחרי' וכו' י"ל דהרא"ש אזיל לשיטתו דהביא דעת י"מ ש"מ איתי' לדשמואל וכו' וא"כ אין כאן חשש דתזבן כתובה דמי פתי יקח הכתובה כל לגבי בעלה וודאי מחלה וצ"ל עדיין קשה דלמא לעולם ליתא לדשמואל ומ"מ סברת י"א אמת דמי פתי יקח הכתובה דלמא תיכף בו ביום שתמכור תיכף לאחר מכירה תמחול לבעלה בו ביום וא"כ לא יכול להוציא מבעל דיאמר בו ביום מחלה לי ומחילתי קדמה וצ"ל דבשביל כך שכיחי הלוקחים דיכולים לשמור האשה בו ביום מבלי לזוז ידם מתוך ידה שלא תלך לעדים לכתוב שובר ולא יתנו לידה דמי זבינה של כתובה עד פנות היום והשמש באה וא"כ תו ליכא חשש ועדיין מצוי' קוני' ולכך איצטרך למימר ש"מ איתא לדשמואל ולפ"ז יפה משני אביי לעולם ליתא לדשמואל ועבחז"ל דבממ"נ במה לחוש אולי מכרה בו ביום הא אם אין הקוני' משגיחי' כנ"ל מבלי שתוכל למחול ביומו אין הלוקחים קונים אותו דלגבי בעל ודאי מחלה כנ"ל וע"כ בו ביום א"א לכתוב שובר וא"כ מה אמרת דלמא נכתב שובר מקודם והושלך לאשפה והשתא עושי' קנוני' הא בדין מהני השובר דעבחז"ל וא"כ תו ליכא חשש קנוני' כלל וא"ש ועוד י"ל דאביי לתרוצי ברייתא אתא א"כ שפיר י"ל דעבחז"ל גבי שובר ובריית ר"מ היא וס"ל דאותיות בעינן כומ"ס וא"כ צריך לכתוב לכתובה קני לך איהו וכל שעבודא והוא שטר קנין וספר המקנה א"כ לר"מ דס"ל ע"ח כרתי בעינן מוכח מתוכו וא"כ אין מכירה חל רק בסוף היום כמ"ש תוס' כתובות דף צ"ד בשמעתי' דשודא ואף השובר חל בסוף היום וכיון דמכירה ומחילה באי' כאחד הממע"ה דהא שורת הדין חולקים וכל היכא דחולקים אם קדם וגבה גבה מכ"ש במה שכבר תפס ושפיר משני עבחז"ל ואפשר להוסיף בסברא דודאי הא דאמר אביי אפילו ליתא לדשמואל לא דלא ס"ל דינא דשמואל רק בזו לא ס"ל מכח קושי' המחברים דהא צריך לשלם מדיני גרמי ותי' מחברים לא ניחא ליה ולכך משני בממ"נ מאן ס"ל ד"ג ר"מ ולר"מ בלא"ה ניחא דעבחז"ל ולר"מ לא קשה מיום אחד כמ"ש ודוק ואפשר התוס' דהקשו כן הוא לשיטת ר"ת בכתובות הנ"ל דלא ס"ל לר"מ סוף היום קונה ע"ש

אבל לשיטת מחברים לק"מ ועוד י"ל דיש להבין למה דמשני אביי בשטר כתובה יוצא מתחת ידה ועוד אביי לטעמיה דס"ל עבחז"ל וקשה א"כ לאיזה צורך אמר אביי כלל הך תי' בשטר כתובה בידה דהא באמת ס"ל עבחז"ל ולמה לי' לתרוצי במה דלא ס"ל ועוד קשה הא הך תי' בשטר כתובה יוצא מתחת ידה אין מספיק על המשנה דכותבים שובר לאשה אעפ"י שאין איש עמה דאיך נכתוב אולי לא תתננו לבעל ובין כך תמכור לאחר כתובה והדר מפקי לשובר ומפסיד ללוקח כקושי' הגמרא ובזו לא שייך בשטר כתובה יוצא מתחת ידה דפשיטא בעת הכתיבה היה בידה רק אח"כ אנו חוששים דתמכור ולא יהיה בידה ואם אמרינן דאף אביי מוקי לי' למשנה בקנין מלבד דזה דוחק דאביי לא מוקי שום דבר במשנה בקנין דאל"כ מנ"ל דעבחז"ל דלמא כותבין שטר וכו' ג"כ איירי בקנין אף גם א"כ הך ברייתא נימא בקנין ואי דסתמא קתני הא הוא מוקי לי' ג"כ בכתובה בידה אף דסתמא נאמר ולכן י"ל דתרתי תי' צריכי דוודאי יפה כתבו תו' דנימא דמכירה ושובר היה ביום אחד לא שכיח רק בנפל חיישינן אפילו מלתא דלא שכיח דהא אתרע וא"כ על המשנה שפיר משני עבחז"ל דשם לא שייך שטר כתובה בידה ושם לא קשה קו' תוס' די"ל כתי' דלא שכיח דהא שם ליכא ריעותא דנפילה ולא חיישינן למלתא דל"ש ובברייתא דנפל לא שייך עבחז"ל מקושי' תוס' ומה בכך דל"ש בנפל חיישי' הכל ומשני שטר כתובה יוצא מתחת ידה ושניהם צריכין וא"ש ועכ"פ הרא"ש וטור דכתבו הך וי"מ א"צ לתי' תוס' ולכך אף במתנה ה"ל הך חששא והתוס' אזלו לשיטתם דלא ס"ל כלל סברת של וי"מ כנראה מדבריהם שם וא"ש ונכוני' הדברים מש"ל סי' מ"ג. ומיושב קושי' הדרישה והב"ח דהרא"ש מפרש דלכך קאמר אביי מתנות דקתני במשנה לא יחזור איירי במתנת בריא שהוא כמתנת ש"מ דמצי למהדר בי' משום דלא תקשי הא אמר תנו נותני' ואמאי ניחוש לקנוני' וקשה הא לאביי בלא"ה ליכא קנוני' דהא ס"ל עבחז"ל דלפמ"ש ניחא דיש לחוש למכירה בו ביום וא"ש:

והש"ך כתב דמ"ש הרא"ש דאביי לתרוצי משנה קאתי הם דברי הרי"ף ודוחק דא"כ הא דהוכיח הרא"ש לקמן גבי מצא שובר מדיוקא דלישנא דרי"ף בעלמא דס"ל במכר אם בין כתובה למכירה מכר לאחר דתו לא שייך עבחז"ל הא מהך ה"ל להוכיח דאל"כ מה צורך אביי לשנוי' הקושי' הא אמר תנו נותנים הא לאביי לק"מ ולכן לא נראה מ"ש בזה:

כה **לא יתננו לו** כתב הב"ח אפילו מקוי' דמקבל מקיים שטרו ולא נותן מ"מ לא יחזיר דדלמא חזר הנותן וקנאה מן מקבל מתנה ומכרה לאחר ועכשיו נותן שטרו להמקבל בקנוניא ויטרוף מיד הלוקח השני שלא כדין ולדבריו קשה איך כתב הטור בשטר אקנייתא מחזירין מה בכך הך חששא דהב"ח איך אזיל דלמא קנאה ממנו ובטל קנין שלו

וכמ"ש גבי קיום ועוד הא אמרינן בבבא בתרא דף קס"ט בשטר מכר שנאבד כותבים חוץ מאחריות שבו ורשב"ג פליג ואמרינן הטעם דס"ל אותיות נקנית במסירה וחיישי' המקבל החזיר שטר לנותן ומכרה לו ולכך א"א לכתוב שטר חדש אבל ת"ק סבירא ליה אותיות בעי' כומ"ס ואין לחוש ולשיטת הב"ח השתא בנמצא שטר והנותן מודה אין כותבין שטר אחר או אותו שטר בעצמו אין מחזירין דחיישי' לקנוניא מכ"ש באין הנותן לפנינו דאין לכתוב לו שטר אחר מזמן הראשון דיש לחוש לקנוני' וע"ש בתוס' דכותבים מזמן ראשון השטר ועכצ"ל דלמ"ד דצריך כומ"ס ליכא חשש קנוני' דהא אפילו השטר ביד הנותן וא"י לומר קניתי שנית ממנו דבזה לא נקנה השדה בהחזרת השטר ומכ"ש בנמצא ונאבד וא"י שהי' ביד הנותן כלל וגם אם נמכר ע"י כומ"ס וקנין קלא איתי לי' דמאן דמזבן בפרהסיא מזבן ולא שייך קנוני' להכחיש מילתא דפומבי וכל החשש רק דלמא כתב ליתן ולא נתן כלל אבל אם נתנו וחזר וקנאו ממנו כיון דצריך קנין או כומ"ס תו לא חיישינן כלל ובהכי ניחא מה דהקשו בהרא"ש דהעתיק דאביי לתרוצי משנה קאתא ולכך מוקי לי' במתנת בריא שהיא כמתנת ש"מ והא אביי ס"ל עבחז"ל ועיי' מ"ש בס"ק לפני זה דלפ"ז ניחא דאביי ס"ל אותיות נקנית במסירה וא"כ יש כאן חשש כמ"ש הב"ח דלמא חזר וקנאו ממנו ומכרו לאחר דבמסירה לחוד נקני' והיינו דרשב"ג דס"ל אם נאבד אין כותבין שטר אחר דלמא במסירתו להנותן חזר והקנה אותו וא"כ אף במודה לא יחזיר דחיישי' לקנוני' ולא שייך עבחז"ל ולכך הוצרך אביי לתרץ כך והתוס' דכתבו דלאביי לא ס"ל הך תיר' דר"א בר ממל היינו סברת אביי דס"ל עבחז"ל אבל לא במה דס"ל אותיות נקני' במסירה דהתוס' כתבו כן כי המה פוסקי' הלכה כאביי דעבחז"ל:

כו **אא"כ פירש וכו'** כתב הנ"י קושיא בשם הר"נ דלמה תנן מתנות לא יחזיר בממ"נ אי שטרי הקנאה הא מ"מ יחזיר ואי לאו הקנאה הא לי' להו לסהדי לכתוב עד דהי' המקבל עמו ותו ליכא חששא כמו דאין כותבי' שטר ללוה עד שיהיה מלוה עמו ותי' דבהך כותבי' הסופרים אעפ"י שאין המקבל עמו ואפילו בדלא אקניי' משום דהוא מלתא דלא שכיח ודבר רחוק שיחזור בו הנותן עכ"ל ונתקשה בו הדרישה ויתר המחברים דהא מבואר לעיל בגמרא להדיא בנפל חיישי' דלמא אקרי וכתוב אף דאין רשאי' לעשות כן וא"כ אף בזו נימא דלמא אקרי וכתב אפילו בלי אקניי' וכבר זכינו לס' אסיפת זקנים שהעתיק דברי הר"נ וכתב הר"נ בעצמו דל"ל דלמא אקרי וכתב דלמסקנא דטעמא דחיישינן לפרעון ולקנוני' משמע דלא אמרי' דלמא אקרי וכתב ולק"מ וברור דנתכוון לדברי תוס' דף ט"ו ע"ב ד"ה אעפ"י דכתבו להדי' דר"י דס"ל דטעמא דמשנה חיישינן לפרעון ולקנוני' אי לא ס"ל כאביי ס"ל דל"א דלמא אקרי וכתב וא"כ קושיא לר' יוחנן הך ברייתא דמתנת

בריא אין נותנים איך מתוקמ' אליבי' וזה פשוט וגם מ"ש הר"נ ואביי ג"כ משום דלא ס"ל דר"א ס"ל דר"א לא אמר לאוקמת' כר"א צ"ל אף דלאביי בלא"ה רשאי' לכתוב משום עבחז"ל וצ"ל כתי' ר' זביד דדעתו כדעת הרי"ף דאם בין כך חזר ומכרו בטלה עבחז"ל וא"כ הקושי' לאביי חזרה דהא אין העדים רשאי' ליכתוב ודאקרי וכ' ל"א וכעין קו' זו הקשה הש"ך לעיל בסי' ל"ט על שיטת הרי"ף דלאביי דמפרש משנה דב"ב כותבי' שטר ללוה בלי קנין הך כותבי' שטר למוכר איך מפרש ליה דהא יש לחוש דבין כך יזבן לאחר ונעלם ממנו תי' הר"נ דכ' דלא חיישי' דימכור ויחזור וימכור כולי האי לא אמרי' ולכך רשאי' לכתוב ולק"מ דהעדים רשאי' לכתוב דלא חיישי' לכך אבל כיון דנפל חיישי' וא"ש הכל ולק"מ או י"ל דקשי' לאביי איך רשאי לכתוב דלמא ימות והיורש ימסור השטר והוי לא מטי לידו ול"ל למיתה לא חיישי' תינח מתנת בריא מתנות ש"מ מא"ל הא מצוה מחמת מיתה ודוק: אבל יש להבין בתי' מ"ש דלא חששו מתחילה העדים דלמא יחזור ויזבן דהר"נ גופי' הקשה לעצמו כמ"ש באס"ז הנ"ל דדלמא לא יהיה מוכרים אח"כ רק יהיה לוה מאחר אח"כ ואח"כ יתן שטר מכירה לזה ויפקיע שעבודו של זה המלוה שלא כדת ודבר זה מצוי לעשות כי אין זה קנוני' דחושב לפרוע מלוה שלו וכן צ"ל דהא פרכינן כן לר"א דלמא יכתוב ליתן בניסן ולא לוה ובין כך מכר ואח"כ יתן לזה השט"ח ולא אמרי' דאין עושה כן להפקיע ללוקח שלו משום דחושב דיפרע משלו ולא יגיע לענין טריפה ואף זהו כן וכן הקשה הר"נ ז"ל לעצמו אלא שתי' דמ"מ הואיל ושדה שלו הוא רק שמפקיע החוב ממנו אעפ"י שהוא שלא כדין אין לחוש כ"כ אבל הגמ' פריך שפיר איך כותבים שטר וכו' דלמא ימכור וזה יטרוף שלא כדין וגזלה הוא עושה עכ"ל ולא הבנתי החלוק דמ"ש טורף שדה הנמכר שלא כדין או שדה המשועבד לבעל חוב ומפקיע שעבודו שלא כדין. ועוד רב אסי דמשמע דלא ס"ל דחיישי' לקנוני' דאי חיישי' נ"ל הטעם משום שמא כ' ללות נימא טעם משום קנוני' דהא ר"א חייש לפרעון כמבואר בגמ' דב"מ דף י"ז דא"ר אסי אר"י לפרעון בת יומא לא חיישי' משמע אח"כ חוששי' לפרעון וע"כ דס"ל דחיישי' לקנוני' וכ"כ תוס' שם להדיא דלר"א אין כוונתו רק להרוויח פשיטי דספרא ולא לקנוני' להפקיע כח לקוחות שקנו קודם שלוה מזה ע"ש וק' הך בריי' דמתנות לא יחזיר מה טעם יש בה דא"א לומר דכ' ליתן ולא נתן ואח"כ מכרה לאחר וכעת להפקיע מכירתו מודה ליתנו לזה כדי שיהיה מוקדם דא"כ היינו קנוני' גמורה להפקיע לזה הלוקח מן מקחו ולר"א לא חיישי' לקנוני' ואין לך קנוני' גדולה מזו ועכצ"ל לר"א דבאמת רק חשש כמ"ש דלמא כתב ליתן ולא נתן ובין כך יזיף וכעת נותנו לזה ואין כאן קנוני' דחושב לפרוע לזה בלי נזק וכמש"ל ומפקיע שעבוד של מלוה שלא כדת

וא"כ ה"ה דיש לומר כן לאינך אמוראי ולא קשה לר"א הא במתנה אין מפסיד פשיטי דספרא דהמקבל מתנה משלם שכר ז"א דמתחילה כשכתב ליתן ונמלך ולא נתן הוצרך הוא לשלם פשיטי דספרא ואח"כ שכבר נתן המקבל הוצרך להחזיר לו ולכך עכשיו חס כדי שלא יאבדו דאם יתן לו זה השטר יחזיר לו המקבל פשיטי דספרא ובאמת בחדושי חשבתי כי זה תלי' בשעבוד' דאורייתא או לא דוודאי י"ל אם כתב ליתן או ללות תיכף העדים מוציאים קול דאינם יודעים אימת ילוה ואימת יגיע שטר לידו ויחול שעבוד' וא"כ תיכף מוציאים קול כמ"ש הש"ע סי' ס"א ס"ז בשם תשובת הרא"ש ע"ש: רק דכל זמן דלא מטא שטר לידו לא חל שעבוד' ומה בכך דיצא תיכף הקול שעבודא לא חל עד דמטא שטר לידו של מלוה ומקבל לר"א ולפ"ז אם כתב ליתן שדה בניסן ולא נתן עד תשרי ובין כך יזיף באייר ועכשיו נותן לזה המקבל השטר מתנה מניסן ופקע שעבודו של המלוה באייר לאו עולה הוא דד"ת בלא"ה אין לזה המלוה שעבוד על שדה של זה אף שניתן לו מאוחר בתשרי דשעבוד' ל"ד רק חכמים תקנו כדי שלא ימנעו להלות ובזו לא שייך זה דהא זה לא נמנע בשביל כך דהא שמע שכ' בניסן ליתן וכי ידע הוא אם כבר נתנה או לא הלא הקול היה מניסן וא"כ תו ליכא תקנת חכמים והדרן לד"ת דאין לו לטרוף ולכך ר"א בר ממל ור"ז הכל משני לאביי דס"ל שעבוד' ל"ד ולכך לא קאמר הגמ' טעם דלמא נתן והדר יזיף כמ"ש דליכא כאן חשש ולכך קאמר דלמא בקש ליתן והדר יהיב ומוציא קרקע בגזל גמור מיד בעליו כמ"ש הר"נ אבל ר"א ס"ל ש"ד וא"כ זה דיזיף באייר נשתעבד לו הקרקע מהתורה והוי כמכורה לו דמ"ש שעבוד ומ"ש מכירה ואם יהיה שטר נמסר לזה בתשרי וכ' בו בניסן מפקיע שעבודו שלא כדת דמה בכך דאית ליה קול מ"מ לא חלה מתנתו עד תשרי ובין כך קדמה שעבודו ור"א ס"ל שעבוד' דאורייתא ולכך לא קשה לר"א מידי ולר"א באמת הטעם כמ"ש דלמא כתב ויתן והדר יזיף וכו' ואם כי זה נכון בסברא וראוי' הדברים לאומרן וניחא נמי דלמה קאמר הגמ' טעמא אחרינא מה דלא יתכן לר"א והל"ל דהדר יזיף תי' העולה אף לר"א (ועיי' באס"ז כי הך דקאמר הגמ' דיהיב לאחרינא הוא תוס' ר"י הגאון) מ"מ לפי שמצאתי הדברים הנ"ל באס"ז בשם הר"נ חזרני בי ובטל' דעתי נגד דעתו הרמה דכ' כן לתרץ לר' יוחנן כפי מ"ש לעיל ור"י ס"ל ש"ד וגם שהעלה כן לדינא וקשה לומר דפסק של"ד:

ולכן נראה דס"ל להיפך דאף ר"י ור"א סוברים דעבחז"ל מדינא רק עדים אין מוציאי' קול כמ"ש לעיל בדברי הרא"ש בפ"ק דב"מ כמ"ש בס"ק כ"ג ע"ש ולפ"ז זה דכ' ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי מ"מ מהתורה זוכה בו לענין קדימת שעבוד' מניסן רק חכמים הפקיעו דל"ל קלא א"כ אף דיהיה לוה בנתיי' וזה הפקיע שעבודו לא יעשה גזל של תורה דגוף

שעבודא חל רק חז"ל הפקיעו דל"ל קלא וא"כ אין זה גזל של תורה ואין לנו לחוש לכך דכיון דאינו גזל של תורה משא"כ ביהיב והדר יהיב הא ס"ל להרי"ף דבזה בטלה אפילו לאביי דסבר עבחז"ל ומכ"ש לדידן דפקע זכי' של עדי' הנ"ל ושפיר איצטריך הגמ' לומר הטעם דיהיב והדר יהיב ור"א דקאמר לעיל הטעם דלמא כ' ללות ולא לוה לר"מ דקאמר כן ור"מ דס"ל של"ד כמ"ש לעיל בסי' מ"ג באריכות א"כ הם אמרו והם אמרו דבמקום דליכא קול אין כאן שיעבוד וא"כ הרי כאן טריפות שלא כדין וגזל גמור דהא אין כאן שעבוד כלל לא מהתורה ולא דרבנן והא דפריך אלא הא דתנן כותבים וכו' ג"כ לר"מ פריך וסתם מתני' ר"מ ודוחק דיחלוק ר"מ על הך כותבי' וכו' וא"כ צ"ל שפיר דלקמן אף לר' אסי דוקא יהיב והדר יהיב אבל ליכא למימר דהדר יזיף דבממ"נ בין למ"ד ש"ד בין למ"ד של"ד אין כאן חשש רק גזל דבריהם דבממ"נ אי ש"ד הרי תיכף בכתבו בניסן חל שעבוד' אף דליכא קלא ואי לאו דאורייתא א"כ מה דמפקיע שעבודו של ב"ח הוא רק מלתא דרבנן ואי קשה הא לר"א לא חיישי' לקנוני' כמ"ש לעיל י"ל הטעם דלא חייש ר"א לקנוני' משום דאם באמת השטר פרוע והוא עושה קנוני' עם המלוה כשיגב' המלוה יצטרך לעשות כדין הבא לפרוע מנכסי' משועבדים ישבע ואיך ישבע לשקר וכי נחשדו ישראל לשקר בשבועתם זהו לא ס"ל לר"א ולכך ס"ל דלמא כ' ללות ולא לוה וזהו אינו מטיב שבועה שישבע שאין שטרו מוקדם ושבועה זו לא תקנו חכמים אבל בהך חששא דלמא כ' ליתן ולא נתן והדר יהיב לאחרינא וכעת רוצה להוציא מתחת ידו ונותן לשני והוא יבא בשטרו המוקדם וקרקע שלו הוא בזו אין כאן טיב שבועה כלל ואינו בגדר הבא לפרוע מן משועבדים וכו' ואפילו היסת אינו דה"ל טענת שמא וא"כ כיון דליכא שבועה שפיר יש חששא לקנוני' אפילו לר"א ודוק. ובזה מיושב מה שכ' הרי"ף בכ' ללות בניסן ולא לוה עד תשרי או דאיכא למיחש לקנוני' והקשה הרא"ש הא ר"א לא חש לקנוני' ואני הקשיתי להרי"ף עוד הא דפריך הגמ' גבי שטר שזמנו בו ביום הא דחוששי' דלמא כ' ללות בניסן ולא לוה עד תשרי נימא מלוה גופי' לא שביק וכו' וקשה מה קו' הא באמת לא ילוה לו רק קנוני' עושה כדחישינן לפרעון ולקנוני' והוא צ"ע לכאורה על שיטת הרי"ף ולפמ"ש הא דר"א לא חייש לקנוני' הוא משום סתמא קתני אפילו שטר אחר זמנו וזהו אם יחזיר לו ליתבע אותו איכא שבועה דת"ז א"צ שבועה ולכך קאמר משום שמא לא לוה עד תשרי ולכך כ' א"נ לקנוני' פירוש אם הוא זמנו אבל אחר זמנו וודאי ליכא קנוני' דצריך לשבועה ודוק. ובזה נר' דעת התוס' דהקשו הא דאמרי' בברייתא לא יחזיר אפילו מתנת ש"מ משום דלמא ברי' יהבו לא' במתנה והקשה התוס' דמצי למימר דאבוה נתן לאחד במתנה מתחילה ועכשיו מצוה הבן ניתן לזה המאוחר לבטל

מתנת ראשון ולפמ"ש לכאורה לר"א דלא חייש לקנוני' צ"ל דלמא אזיף מעות כהנ"ל וזה לא שייך באבוה דאם אביו יזיף לא יזיק החזרת מתנת ש"מ בשום אופן הן מוקדם והן מאוחר להלוואתו דמלוה ע"פ גובה ממתנת ש"מ (ובזה דמלוה ע"פ גובה ממתנת ש"מ דלא כראב"ד אמרתי לכך נתקשה התוס' בפי' קשי' ור"א בחדא ושמואל בתרתי ולא פי' בפשוט דלר"א לא קשי' מהא דקתני בברייתא דבשניהם מודים מ"מ ביש בו אחריות לא יחזיר די"ל בברייתא איירי בבריא כמו דאמרי' על בריי' דייתקי מתנות לא יחזיר דאיירי בבריא אף דסתמא נשנית וה"ה הך בריי' דמ"ש הך מהך וא"כ חיישי' דלמא כ' ללות ולא לוה ואי דעבחז"ל הא בבריא לא שייך עבחז"ל כמ"ש תוס' אבל המשנה דאיירי בי' דומיא דסיפא מצא גיטי וכו' בחייב מודה יחזיר דלל"מ דלמא כ' ללות דהא עבחז"ל אבל לשמואל ליכא למימר בבריא דא"כ באין חייב מודה ואין בו אחריות למה לא יחזיר לר"מ הא לא הוי רק מלוה ע"פ ואין גובה מיורשי' לשמואל כמו מלקוחות וא"ש ובזה ניחא דא"כ אף באין בו אחריות וחייב מודה לא יחזיר דלמא כ' ללות ולא לוה ואם יהיב מתנת ש"מ ושכיב והבן לוה בזה שטר ויפקיע מתנת ש"מ דמלוה ע"פ גובה ממתנת ש"מ והוא לא כדת ודוק) ולכן קאמר הגמ' הטעם בבריא ושפיר י"ל דבנו יזיף וחל שעבודא על כל נכסיו שירש מאביו וכעת דבנו מצוה להחזיר מתנת אביו כי חושב דיפרע חובו כנ"ל ואין בו שום קנוני' כמש"ל הרי נפקע שעבודו דכבר זכה בו מאביו ולא יכול ב"ח של בנו לגבות ממנו ולכך לא יחזיר וא"ש ואין מקום לקושי' תוס' אבל לפי מ"ש ניחא דגם לר"א י"ל בזו חוששי' לקנוני' וא"ש וזהו מה שנ"ל בשיטת הר"נ. אך לפ"ז דקיי"ל ש"ד אף שטר ללוה בלי מלוה אפילו בשטר דלא אקניית' כותבי' (ואולי זהו שיטת רש"י בריש ר"ה ולא קשה עליו קושי' התוס' שם ע"ש) וזו לא מצינו במחברי' וביותר דברי הרמב"ם בריש פרק כ"ד מהל' מלוה דס"ל בשטרי הלוואה אין כותבים בשטרא דלאו אקניי' עד שיהיה מלוה עמו אבל בשטר מכירה ומתנה לעולם כותבים וכ' המגיד משנה דלא ידעו שום ברור לחלק וברור דס"ל ר"נ דהוא ג"כ ס"ל כר"י דדאקרי וכתב ל"א כמש"ל בדבריו ס"ק כ"ב וקשה ליה קושי' הר"נ וס"ל לתרץ כמ"ש הר"נ דלא חיישי' לכך וכמ"ש לעיל לכך פסק דיכולים לכתוב שטר מכירה ומתנה בלי קנין למוכר ונותן והן דברים ברורים ואמית' אך עם כל זה לית' החילוק שכתבתי דהוא בשטרי הלוואי' ס"ל דאין כותבים ולכן יפה כ' המ"מ דלא ידע טעם לחלק כי אף דמוכח מגמר' כבר כתבתי די"ל אף בשטרי מלוה כן למ"ד ש"ד צ"ל לדבריו לחלק בין עושה לשב ואל תעשה דקשה עושה מעשה ולכך אי יהיב והדר יזיף מפקיע שעבודו של מלוה בשב וא"ת לא חששו כולי האי אבל אי יהיב והדר יהיב וזה יוציא השדה מיד שני היא קום ועשה בגזל חששו וכן בשטרי

הלוואה דכ' ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ובין כך מכר וזה בהחזרת השטר יטרוף מניסן הוא קום ועשה ובזה חששו והא אין להקשות איך כותבים שטר מכירה בלי לוקח דלמא עשאה לשדה ההוא אפותקי ואח"כ נמלך למכרו ומכר שדה אחרת וחזר בתשרי וזבין להאי הך שדה דעשה אפותקי ואם יבוא ב"ח ויטרוף ממנו יטרוף מהך שדה שנמכר אחריו ובאמת לא זבין רק בתשרי וטריף מהך שלא כדין ועושה מעשה בעול ולפי מ"ש בר"נ הא ג"כ לא קשה אבל להרמב"ם קשה וצ"ל דזה לא שכיח ואפותקי אית ליה קלא ולכך לא חיישי' וצ"ע:

כז **ויש אומרים וכו'** הרמב"ם ורי"ף השמיטו כל הך ופוסקים סתם דלעולם חולקים וכבר תמהו המ"מ וכסף משנה וכתבו דהיה לו גירס' אחרת בגמ' וש"ך בס"ק מ' טרח ליישבו בדוחק כנר' להוגה בדבריו ולפענ"ד נר' פשוט דס"ל להרמב"ם כפי' רש"י שם דשמין התורף עדיף מתופס משום עילוי הזמן אף דזה תופס עדים החתומים בשטר הא מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו ומה שהקשה תוס' עליו עיי' בא"ז מה שתי' בו קדמונים וגם ס"ל להרמב"ם כמ"ש תוס' דכי שיימינן העילוי היינו בתופס בדבר שלא נפסל השטר לגמרי אם ינטל כמו זמן דאף דגזיז כשר אבל דבר שאם ינטל יפסול השטר לא שמין בכלל עלוי' כלל א"כ זהו דתופס בשני עדים וודאי למשקל כל ב' עדים אין כאן עילוי דהא בזה מבטל השטר כמ"ש תוס' רק הא זה מודה בשטר רק דטוען פרעתי וכמ"ש רש"י א"כ הרי יכול ליטול או למחוק ע"א ולהניח רק ע"א א"כ אף בהו לא יפסל השטר דהרי אין יכול לטעון פרעתי בשטר בע"א כמ"ש הרמב"ם לעיל סי' נ"א ולהד"ם א"א לטעון דכבר הודה בגופו של שטר כמ"ש רש"י רק דע"כ אין יכול לגבות משעבדי א"כ הרי זה שוה לשטר שאין בו זמן דג"כ כשר ואין יכול לגבות משעבדי ולפ"ז מה עילוי יש להתורף מהתופס דאם בתורף יכול למיגז הזמן ולא יכול לגבות ממשעבדי הא גם בתופס יכול לגזוז לע"א וג"כ לא יהיה יכולים לגבות ממשעבדי והרי שוה העילוי בתופס כמו בתורף מבלי הבדל כלל אך זהו לדידן דקיי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו אבל למ"ד אין צריך לקיימו ואפי' ממשעבדי גובה כמבואר בגמר' דב"מ דף ע"ב ע"ש ועיי' מש"ל סי' ק"ו ע"ש וא"כ לשיטת רש"י פשיט' דיש להאוחז בתורף עילוי בשביל זמן דאי גייז ליה לא מצי גבי ממשעבדי אבל האוחז בתופס אף דגייז עדים לגמרי מכ"ש רק לע"א כיון דכבר הודה שכתבו א"צ לקיימו וגובה משעבדי אין כאן הפסד ויש כאן עילוי לזמן וא"כ א"ש דכל שיטת הגמ' הכל לרשב"ג דס"ל מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו ולכך אומרים דשמין מה ששוה זה יותר מזה אבל לדידן דקיי"ל צריך לקיימו ואינו גובה ממשעבדי כדלקמן סי' ק"ו ע"ש א"כ אין כאן עילוי זמן כלל ולכך השמיטו

הרי"ף ורמב"ם והעיטור וכן נכון ועילוי אחרת לא ס"ל דלא מצינו בגמרא רק עילוי בזמן זהו לא שייך לדידן:

כח **יש מי שאומר שגובין בו** הוא דעת הרמב"ם וכנר' בדבריו וכמ"ש המ"מ בכל גווני איירי אפילו אין חייב מודה ויש להבין מאין יצא לו להרמב"ם זה ודקדק המ"מ דקתני לא יחזיר ולא קתני אינו גובה בו הוא דקדוק קלוש ונר' לפי מה שהקשה עוד בעה"ת בשער נ"ב ח"א דין ט' עליו מהא דגט אשה ושחרור עבדים דאפי' מחזירים מ"מ כשבא לטרוף פירות או נכסים צריך לאתויי ראי' אימת הגיע לידה ומכ"ש אם מעצמו בלי רשות ב"ד בא לידו דצריך ראי' קודם גבי' ונר' דוודאי טעם הרמב"ם כמ"ש להדיא דמניח השטר בחזקתו וזה בשטר אשר עיקר ענינו לענין גבי' א"כ אי נימא דלא לגבות בי' א"כ הרי אנו מוציאים אותו מחזקתו וכל ענינו לכך משא"כ בגט ובשחרור וכי עיקר לטרוף פירות או נכסים הלא טיב ענינם רק לשחרר וגט לכריתות ועל זה עיקר הגט או השחרור רק אגב נתברר הראיה שהיתה אז מגורשת או משוחרר וטורף ע"י כך א"כ אין זה הוצאת הגט מחזקתו דאמרינן בשעת טרפי אייתי ראי' משא"כ בשט"ח דעיקרו נראי' ולגבי' ואם אנו אומרים דלא יגב' הרי זה יוצא מחזקתו וס"ל להרמב"ם כשהשטר בידו מוקמינן אותו בחזקתו ולק"מ. ולפ"ז נר' דיש לרמב"ם ראי' בגמ' דאמרינן בגט שנפל דאמר לה אייתי ראיה כו' והגירס' בגמר' שלפנינו א"ה שארי שטרות נמי וכו' כ' באס"ז דאין זה מנוסח הגמר' רק ר"י הגאון הוסיף כן בגמר' וע"ש שהאריך ולרמב"ם לא שמיע ליה ולא ס"ל תי' של ר"י הגאון דיאמרו בגט דהדרינן להתנסבא אבל בשטר למה אהדרי' דהא גם בזה י"ל דאהדרי לגבות ממנו מכאן והלאה וגם לגבות מב"ח ולמ"ל להד"ם או פרעתי וא"כ קושי' הנ"ל במקומו מ"ש גט ומ"ש שטר ולכך ס"ל להרמב"ם דינו דאם החזיר השטר גובה בו ואין מוציאים מחזקתו כלל וא"כ אם יהיה מחזירי' לו השטר לא יוכלו אח"כ הלקוחות לומר אייתי ראי' כקושי' בעה"ת על הרמב"ם משא"כ בגט ושחרור דאינו בו ראי' להעמיד הדבר בחזקתו כמ"ש דעיקרו אינו אלא לגירושין בעלמא שפיר אמרי' אייתי ראיה וא"כ דברי הרמב"ם מוכרחים ולכך לא הקשו הגמ' א"ה שארי שטרות נמי ולפענ"ד ראי' ברורה לדברי הרמב"ם:

כט **בזמן שמלוה מודה וכו'** הקשה הסמ"ע דלמא חייב לאחרים ונתן שובר להפקיע ותי' בלתי ברור כי נמשך הכל לשיטתו ס"ק י"ט וכבר השיגו הש"ך דתי' בלתי ברור אבל גם תי' הש"ך בלתי נכון דתי' מגו דקלי' לשטרא דתינח אם לא אתחזק החוב בב"ד אבל אי הוחזק בב"ד מה א"ל וכן הקשה הגאון בעל חדושי גרשוני ומה שכתב דגם בזה שייך תי' הגמ' דאיתא לדשמואל זהו בלתי מובן דהא מבואר לקמן בסי' כ"ו דבדר"נ א"י למחול

ותינח בשטר שאין בו נאמנות לק"מ כמש"ל בסי' מ"ז דהא יכול לטעון השבע לי וכנ"ל אבל בשטר שיש בו נאמנות מא"ל וכבר הקשה המהרש"ל קושי' זו בח"ש על מצא שובר על כתובה ותי' דבכתובות לא שייך מדר"נ וגם מהרש"א לא תי' תירוץ אחר וזה לא שייך כאן בשטר דיש בו שעבוד' דר"נ ותמהני מהש"ך דהוא גופי' הביא הך דמהרש"ל לקמן סי' ס"ו ע"ש. ואני מוסיף להקשות דלפי דקיי"ל דבמעמד ג' א"י למחול א"כ קשי' ודלמא זבין לשטר במעמד ג' דקיי"ל לקמן דאיתא בע"כ ותי' התוס' דבכתובה לא שייך מעמד ג' לא קאי בב"ח ועוד קשה קו' התוס' דלפי מ"ש המחבר לקמן סי' ס"ו סל"ב דמוחל צריך לשלם כל דמיו שהשטר שוה א"כ מה מגו יש דאי בעי מחיל הא אי מחל צריך לשלם כל דמים ובהחזרת שובר לא יצטרך ליתן רק דמים שקיבל וכל תי' תוס' כמעט לא שייכי' בזו גבי שט"ח ומי לא עסקינן דהעני והעשיר ומכרו בדמים מועטים ואם ימחול ישלם דמים מרובים ותי' הי"מ של רא"ש דכל לגבי בעלה מחלה וא"כ מי הוא דיקחו לא שייך ג"כ בשטר ול"ל דאמירה זו החזרת השובר היינו מתחילה ולא מטעם מגו אתינן עליו רק היינו מחול דהא כ' המחבר בא"ע סי' ק"ה דמוכרת כתובה ואמרה נפרעתי מקודם לכן אינה נאמנת במגו דמחילה דיראי להפסיד כל דמים ששוה כתובה ואלו אמירה זו הוי מחילה מה בכך דלית ליה מגו סוף כל סוף הא איכא מחילה וע"כ לא מתורת מחילה רק מתורת מגו מהני וא"כ כל קושי' במקומו. ולכן נר' ברור דהוא הדבר שכתבתי לעיל בסי' נ"ד דהא אי בעי להפקיע כח הב"ח או הלוקח הלא יכול לכתוב שובר בלי זמן בעדים ומי יוציא מספק וכמש"ל רק כל קושי' הגמ' בזמן ברייתא דאז לא היה התקנה לכתוב שובר בלי זמן רק היה מאוחרים פסולים למ"ד כותבים שובר ובפרט גבי כתובה דל"ל כולי האי למאוחר וכמש"ל באריכות וא"כ א"א לכתוב שובר בלי זמן דהעדים אין כותבים וכמש"ל משא"כ עכשיו דתקנו לכתוב שובר בלי זמן א"כ תו ליכא חששא דקנוני' דהא תמיד יכול לכתוב שובר בלי זמן ומפקיע כח הב"ח והלוקח דתו ליכא קנוני'. ולא קשה א"כ לעיל סי' מ"ז דאין נאמן פרוע במקום שחב לאחרים נימא ג"כ דמגו דכתב שובר בלי זמן די"ל דאין רוצה לעשות קנוני' פן יתוודע ויהיה נתפס כשקרן אבל בהך דשובר ג"כ קנוני' ויכול להתברר אם נמסר בידו וא"כ שפיר יש לו מגו ובפרט במקום שובר מסייע אמרינן מגו כל דהו כמ"ש תוס' בפ"ב דכתובות וכן בעה"ת וגם י"ל אם יתן שובר בעדים היינו מחילה גמורה ויפסיד חובו כמ"ש הרא"ש וסמ"ע בס"ק א' ע"ש. ולפ"ז בשובר שנמצא אחר מיתת המלוה והיורש אומר להחזירו יש כאן כל חששות הנ"ל דל"ל דיכתוב שובר בלי זמן דמה בכך הא העדים יכתבו דהיורש נותן שובר וא"כ אם מכרו המלוה בחייו לא יהני שובר רק מתורת מחילה וא"כ חזר הדבר

לכל מש"ל. אמנם נרא' בדליכא בשטר נאמנות מפורש דתו ליכא למיחש חששא דלמא חייב לאחרים כהנ"ל בסי' מ"ז משום הנך אידך חששא דהנ"ל אין לחוש לקנוני' דכיון דאינו מרווח דסתם שטר נמכר בדמים יקרים כולי האי לא חששו לקנוני' כמ"ש התוס' בדף כ' ד"ה ש"מ בסופו באריכות דהואיל דאינה מרווחת והיא נשארת ב"ח לא חששו וזהו בכל שטרי דעלמא וכ"כ מהרש"א להדיא שם דלכך לא הקשה אמשנה דקתני מצא שוברים לא יחזיר שאני אומר וכו' טעמא דנמלך הא אמר תנו נותנים משום דבשטר ליכא הרווחא ולא חיישי' כולי האי ואמת כי ראי' זו דלמה לא הקשה אמשנה יש לדחות דהא י"ל אפילו באמר תנו אין נותנים כמ"ש רש"י להדיא שם דף י"ט ע"ב ד"ה קמא וכו' ולכך אלימא ליה להקשות מבריי' רק דהא קשי' א"כ אין עדים רשאי' לכתוב שובר למלוה עד שיהיה לוה עמו כי אם בשובר שיש בו קנין כמ"ש תוס' ד"ה מצא שובר כו' וא"כ קשה הא דאמרי' סוף פרק סמפון שיוצא מתחת יד המלוה פסול איך היו עדים רשאי' לכתוב אי בקנין הא תיכף נמחל ואי לא בקנין הא אין עדים רשאים לכתוב וע"כ דנמסר ליד הלוה וחזר והפקידו למלוה ול"ל דנפל אתרע ודאקרי וכתב דהא אין כאן נפילה ויוצא מתחת יד המלוה ול"ל דאיירי בכת"י המלוה אף דאמרי' שם דהוא כתב סופר מ"מ חתם המלוה וא"כ מה פריך ממשנה סמפון יעשה מה שבסמפונות דלמא משנה מיירי דחתם בעדים וליכא חששא כלל ודוחק לומר הואיל ויוצא מתחת יד המלוה אתרע דמנ"ל לגמר' להקשות כן ולכן הדבר מוכרח כמ"ש מהרשב"א דבשארי שטרות חוץ כתובה אין זה חששא ורשאי' עדים לכתוב ויחזיר דלל"מ מש"ל דיכתוב שובר בלי זמן דבזמן משנה לא היה עדיין תקנה הנ"ל וק"ל. ואמת כי לכאורה מהרש"א בעצמו סותר דבריו דמפרש בדף י"ג משום דקשי' וכו' אלא הא דתנן וכו' דלאביי הוכיח מהך דמצא שוברי' וכו' כי אמר תנו נותנים אמאי יחזיר וליחוש דלמא זבני וכו' אלא ש"מ דעבחז"ל וזה דלא כמש"ל דבשובר משטר ליכא למיחש לכך. אמנם נראה דכוונת מהרש"א דשוברים סתם קתני וכל שוברים בכלל הן שובר שט"ח והן שובר דכתובה וא"כ יפה תי' מהרש"א לקמן בדף כ' די"ל דלכך נתן המשנה טעם דלא יחזיר משום דנמלך הא אמר תנו היו חוזרי' שוברי שארי שטרות ולכך קתני משנה טעמא דנמלך וכו' ולכך בכל שוברי' לא יחזיר אבל לעיל בדף י"ג הוכיח אביי כך דהא כל שוברי' קתני לא יחזיר וקשה הא שובר כתובה בדין יש להחזיר ול"ל דנמלך דהא בשובר דכתובה שפיר יש חשש דלמא זבני וא"כ אין עדי' רשאים לכתוב ודאקרי וכתב לא ס"ל לאביי ומדכתבו ש"מ דנמסר ללוה ולא שייך נמלך ועכצ"ל עבחז"ל ורשאי' עדים לכתוב וחיישי' להמלכה ודברי מהרש"א ברורים:

והנה דדעת האומרים עבחז"ל דעת הטור בסי' ל"ט דלא בעינן מטי לידו אף דבעלמא

בעינן מטי לידו בשובר לא בעינן מטי לידו והקשה הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ל"ט דא"כ אמאי בשוברי' לא יחזיר לאביי דאמרי' דלמא נמלך מה בכך הא בשובר לא בעינן מטו לידו כלל ומכח זה דחה לדברי הטור בשני ידי' ומתחילה חשבתי כי וודאי לדברי הרי"ף והטור איך מצאנו ידינו ורגלינו אם המלוה מצוה לכתוב שובר כשיפרענו הלוה שיוכל ליתן לו השובר א"כ תיכף יהיה חל המחילה ויפקע שעבודו של הלוה ולא יהיה אפשר לכתוב שובר באופן הלזה וזהו מהנמנע אבל ברור אם מתחילה מתנה עם עדי שובר דכותב אותו ע"ת אם יפרעו הלוה ואם לאו דלא יחול המחילה פשיטא דלא חל אלא בקיום התנאי וכל תנאי שבממון קיים ואפי' בשטרי אקנייתא אם התנה שלא יחול עד שילוהו חל תנאי ועיי' לעיל בסי' ל"ט ולכך במוצא שובר' לא יחזיר דלמא נמלך ליתנם ומתחיל' היה תנאי בכתיבת השובר שלא יחול עד שיפרע לו ובאמת לא פרעו ואף השובר לא חל ולא קשה א"כ שהתנה כן איך היו עדים רשאים לכתוב אולי בין כך ימלך ליתנו ויזבן השטר ואח"כ ימסור השובר כקושי' הגמ' דהא דאקרי וכתב ל"א לאביי ז"א דהא בשטר ליכא רווחא כולי האי לא חיישי' להך קנוני' כמש"ל בשם מהרש"א אך בהך דשובר לאשה שפיר תי' אביי דעבחז"ל ואפילו לא מטו לידו ולא קשה דלמא התנה דא"כ אין עדים רשאים לכתוב דבכתובה שפיר יש לחוש דלמא זבניה דביה אית רווחא ולא רשאי עדים לכתוב ולא קשה א"כ מנ"ל לדשמואל דיכול למחול ומנ"ל לאביי דעבחז"ל והא דמחזירים שובר משום דעדים אין רשאים לכתוב עד שיהיה נמסר ליד הבעל ודאקרי וכתוב ל"א דא"כ אף באין אשה מודה יחזיר לבעל דע"כ נמסר ליד בעל וממנו נפל וע"ז משני גמר' ש"מ איתא לשמואל ואביי משני עבחז"ל ויכולים עדים לכתוב אמנם משוברים דמשנה לק"מ ואין מקום לקו' הש"ך: ובזה יש ליישב דברי הטור במאי דהקשה עליו הדרישה דכיון דלא פסק כרי"ף דס"ל לאביי אם כ' שטר מתנה או מכירה בניסן ולא נתנה ובין כך מכר או נתן שדה ההוא לאחר תו לא שייך עבחז"ל דפקע ע"י מכירתו לאחר וטור לס"ל כן ומ"מ פסק בשובר לא בעינן מטי לידו דמנ"ל לטור זה בשלמא לרי"ף צ"ל כן דאל"כ קשה איך אמר בשובר עבחז"ל הא בין כך מכרה לכתובה לאחר וכמ"ש הרא"ש אבל לטור אין כאן הכרח ונר' דיש לטור ראי' דקשה ליה הא דמתרץ ר"ז בהך דפריך משנה אברייתא במתנות ומשני המשנה בש"מ ובריי' בבריא למה לא מוקי אף המשנה בבריא כבריי' כך פי' הואיל דיש לחוש דנמלך אם כן אף דעכשיו מצוה ליתן אין שומעי' לו דיש לחוש לקנוני' כמ"ש מהרש"א באמת בקושי' על רש"י ע"ש לכך סבירא ליה לטור דהא הך תי' דר"ז הוא לאביי דסבירא ליה עבחז"ל ובבריא לא שייך עבחז"ל הואיל ולא מטי לידו כמ"ש התוס' וזו בשאר דברים אבל בשובר לא שייך כן דלא בעינן מטי לידו

ואם כן א"ש דבבריי' לא נזכר שוברים שפיר י"ל בבריא אפילו אמר תנו אין נותנים דלא שייך עבחז"ל דהא לא מטו לידו משא"כ במשנה קתני שוברי' נמי ואם כן ע"כ באומר נותנים אפילו בבריא דהא עבחז"ל אף דלא מטו לידו ואם כן אי אפשר לפרש לישנא במשנה שאני אומר כתובי' היו וכו' בתרי אפי ופירושי' שוני' דלגבי שוברי' יהיה הפי' הא אם אמר תנו נותנים ולגבי מתנות יהיה פירוש אפילו אמר תנו אין נותנים וזה א"א דיהיה סובל פירוש המשנה לכך מוקי הכל גבי' ובכולם אם אמר תנו יחזיר וא"ש ולכך ידויק דקתני במשנה שוברים נמי ואלו בבריי' השמיט שוברי' והלא דבר הוא למה שינה סדר המשנה בזו אבל דברי' מכווני' לפי' הנ"ל דבריי' דאיירי בבריא ואפילו אמר תנו א"נ א"א למתני שוברים דבזה נותנים דלא בעי' מטו לידו אבל במשנה דבאמת נותני' באמר תנו תנא שוברי' באמת וא"ש. אך אף שכתבתי ליישב דברי טור ורי"ף על נכון מכל מקום נ"ל נכון דוודאי אף בשובר סתמא במצוה לעדים לכתוב שובר לא נמחל כלל ללוה וסמפון היוצא מתחת יד המלוה מוכח ודוחק לומר דהכל איירי בהתנה רק כמו במתנה והלוואה דאמרי' עבחז"ל ומכל מקום בעי' מטו לידו והיינו דהוה כאלו התנה אם אמסור לו שטר מתנה מהיום יחול שעבוד' למפרע וכן הדין בשובר ומחילה אלא דזה הבדל במתנה דלא נקנה באמירה רק בשטר וכי אמר שדי מכורה או נתונה או בהלוואו' נכסי משועבדים לך וכי מהני הלא בעינן שטר אם כן הוי כאלו התנה בתחילה אם יגיע לך שטר זה לבסוף בידך יהיה באיזה זמן שיהיה מהיום ימתיל שעבודך ועבחז"ל ולכך בעינן מטו לידו דאז חל שעבוד' למפרע אבל בשובר ג"כ הוי כאלו התנה אבל הואיל ומחילה נעשה בפה וא"צ שטר כלל אם כן התנה רק בכך אם ארצה למחול לך יהיה היום או מחר לאחר זמן יהיה מחילתי חל למפרע מיום שעבחז"ל וא"צ למסור אז השטר בידו ואפילו נשרף השטר דהא אין קנין מחילה תלוי בשטר רק בע"פ ואם אמר מחול לך חל למפרע ועבחז"ל אבל כל כמה דלא אמר לא שייך למפרע עבחז"ל כמו בשטר מתנה דלא מסר שטר מתנה ואם כן א"ש כל כמה דלא אמר תנו אפילו בשובר לא מועיל דמה בכך דעבחז"ל הא תלוי הכל באם יתרצה אחר כך למחול ולכך סמפון מתחת יד מלוה פסול דמה נ"מ בעדים בחז"ל הא לא נתרצה עכשיו הא באומר תנו אף דשטר שובר נאבד במחילתו למפרע חל הזכי' דעבחז"ל וא"ש ולכך במתנה לרי"ף אם נתנה בין כך לאחר נתבטל השטר ושם אין קנינו אלא בשטר משא"כ בשובר דאין מחילתו תלוי בשטר כלל אף דבין כך זבני' לכתובה ושטר לאחר מה בכך דבטל השובר מחילתו תלוי ואם ימחול אחר כך חל זכי' למפרע וא"ש וזה ברור בטור ובחנם הרעיש הש"ך ורבים מתשובת המחברים על הטור דצ"ע בגמרא דלפמש"כ ברור ואמת ואין הבדל בין שובר

למתנה רק מסירת השטר דבזה צריך למסור שטר ובזה סגי באמירה ע"פ ותו לא מידי וכל דברים מיושבים והארכתי קצת בזה כי הוא דבר שגדולי ישראל לא ירדו לעומק המכוון וה' האיר עיני בזה ת"ל בדבר פשוט ונכון ושפיר אמרי' במשנה אף בשוברי' שאני אומר כתובים היו וכו' דכל כמה דלא אמר מעכשיו תו לא חל מחילתו למפרע הא אמר דמחל חל למפרע ודוק:

ל **מודה וכו'** ואם הלוה אמר להחזירו למלוה כי לא פרע עדיין כ' הסמ"ע מכל מקום לא יחזיר דמ"ש מוצא שט"ח דאפי' חייב מודה לא יחזיר דחיישי' לקנוני' והש"ך השיג דאדרבא בנפל דאתרע שובר השטר ביד מלוה לא אתרע ולקמן סעי' י"ט מבואר בטור ובש"ע בשובר הנמצא ביד שליש וא"י מה טיבו אפי' לוה מודה לא יחזיר למלוה מחשש קנוני' והיינו כמ"ש סמ"ע: ואולם ש"ך בס"ק ס"ט חושב לחלק דשם הרי מודה המלוה שנמסר ממנו ליד שליש ודבריו אין בהם ממש לדחות דברי סמ"ע מ"ש דכאן דאמרי' מיד המלוה נפל ומ"ש דאמרי' דמלוה הפקידו ביד שליש כמבואר שם שאפי' הודה שהפקידו היא היא ומ"ש דשטר לא אתרע בנפילת השובר ז"א דאנן אמרי' אלו היה שובר ביד מטה ולא קבל פרעון כלל איך לא היה המלוה משמרו לבל יאבדו דאולי ימצאנו הלוה ומפסיד חובו אלא דבאמת כבר קבל הפרעון ולכך לא חשש בשמירת שובר ואם כן ע"י נפילת השובר אתרע שטר לגמרי וכן כ' בחדושי הגרשוני ופשוט ואין לנו להדר בתר דחוקי' במקום שאין בו צורך גדול:

לא **אם הוא כת"י הלוה וכו'** הש"ך בס"ק נ"ב הביא ירושלמי דאמר אין סמפון כשר אלא ביוצא מתחת יד מלוה וכתב הלוה והתנה שלא פקדנו אבא שלא מצינו בין שטרותיו ששטר זה פרוע הא נמצא פרוע מה כדון אריב"ז תפתר כגון הדא דייתקי שאין אדם מצוי לפגום דייתקי שלו עכ"ל ופי' הש"ך הקו' הוא מה צורך לישבע שלא מצאנו ששטר זה פרוע הא אף בנמצא כשר כקושי' גמרא דידן דזה וודאי אין לחוש דאולי היה כתב יד הלוה ומשני אם כתב בתורת מתנה אני נותן ר' זוז לפלוני במתנה ושובר בצדו דכבר נפרע השובר כשר ולא אמרי' להתעסק כתבו דאין אדם פוגם דייתקי שלו ואין כותב שובר אלא כשבאמת נפרע ופי' בירושלמי אין לו רגלים דהתם דיורשים הבאים לגבות שט"ח שבידם מאביהם אמרו דישבע שלא מצאו שובר אם כן מה טיבו של דייתקי להתם וכי הם באי' בכח דייתקי שהוא שטר מתנה שעשה אביהם לאחר אדרבא הם באים להוציא בכח שטר מיד אחר ואם כוונת הש"ך דהם באים לתבוע מיורשים אחרים שמורישם נתן לאביהם במתנת ש"מ סך מה ולכך ישבעו אולי נמצא ביד אביהם שובר שכבר קבל וזהו מועיל דאין כותב שובר על מה שחייב לו אחר במתנה דבר זה אין לו שורש שם במשנה

דמיירי בכה"ג רק מיירי הכל בשט"ח וגם אין לו טעם דמה בכך לגבי מלוה מה הבדל אם הלוה חייב לו דהלוה לו או שנתן לו מתנה ר' זוז ובאמת פי' ירושלמי כך דהיתומים ישבעו שלא מצאו בשטר צוואת אביהם שנקרא בדברי חז"ל דייתקי ששטר חוב זה פרוע דאז וודאי פרוע דבשלמא שובר אמרי' דכתבו אם יפרע הלוה ואם לאו יקרע וימחוק אותו אבל בכותב בתוך שטר צוואי' שלו שפלוני פרע אלו לא פרע איך היה כותב וכי אם לא יפרע ימחוק מ"ש בתוך דייתקי שלו מטיב פרעון אין אדם עשוי לפגום לעשות בו מחק ודבר בלתי ברור בדייתקי ואם כן וודאי פרע ועל זה סובב שבועת יורשים שלא מצאו בצוואת אביהם וזה פשוט ונכון ומסתבר ומ"ש הש"ך דבירושלמי מבואר אם הוא כתב הלוה אף בישנה תחת יד המלוה כשר אמת שכ' בירושלמי אבל הוא תי' אותו על המשנה ואם יש ממהם סמפון בכה"ג אבל הואיל והגמרא דידן טרח ליישבו בשנוי' אחרינא שנמצא בין שטרות קרועי' ולא משני בו בכה"ג ש"מ דסבירא ליה לגמר' דידן דאין נ"מ בזה כלל ומעולם פסול ובפרט שיש בירושלמי עצמו נוסחאות שונות כמ"ש העיטור סוף שער השובר אם כן אין לזוז מפשטא דגמרא דידן:

לב **שהשטר וכו'** והש"ך האריך בס"ק נ"ד דדעת הרבה מחברים כרש"י דאף בנמצא השובר בין שטרות קרועי' ג"כ כשר דאילו עדיין היה צריך למלוה לא היה זרקו בין שטרות הקרועי' ע"ש אלא דהש"ך הקשה ברש"י דכתב בהא דפרכינן נמצא שטרו של יב"ש פרוע שטרות שניהם פרוע ופי' רש"י דאיירי במשולשין בשטר דאל"כ הא אין אחר יכול להוציא עליהן שטר ומשני גמ' בנמצא בין שטרות הקרועי' ופירש"י וכל אחד אומר זה שטר שלי הוא ונתקשה ש"ך הא אין לספק בשטרות דהם משולשי' וכל הספק בשובר ולק"מ או דשובר קרוי ג"כ בלשון שטר ויותר נכון דכוונתו דבשובר נכתב שטרו של יב"ש פרוע הוא וכל אחד אומר שלי הוא השטר הנזכר בשובר שהוא פרוע וזהו כוונתו זה השטר ר"ל הנזכר בשובר דפרוע שלי הוא ופשוט:

לג **אין על השובר עדים** הש"ך כתב דיצא לרמב"ם דין זה מהא דפריך סמפון שיש עליו עדים יתקיים בחותמיו ש"מ דסמפון תחת יד מלוה כשר ולא מוקי ליה נמי כשנמצא בין שטרות קרועי' אלא דא"כ מאי אריא דיש עליו עדים אפילו אין עליו עדים נמי ודחה אותו הש"ך דהואיל דלא קתני נמצא כמו בשאר בריי' רק סתם סמפון וכו' לא משמע ליה דאיירי דנמצא בין שטרות קרועי' ודחי' זו דוחק וכבר בררתי לעיל ס"ק י"א הוכחה גמורה לדברי רמב"ם דאפי' באין עליו עדים דכשר ע"ש:

לד **לא גרע וכו'** ש"ך כתב די"ל הדעת הי"א בבעה"ת דאין היורשים הטוענים שמא גובי' בו דכל הראיה של הנך רבוות' דסבירא להו דגובין בו משום דסבירא להו שנמצא בין

שטרות הקרועי' דקאמר הגמרא היינו דנמצא השטר בין שטרות קרועי' ואם כן קשה תו שובר ל"ל וצ"ל דשטר לבד לא אתרע בכך אם לא בצירוף שובר אבל לפי' רש"י וסייעתו דפי' באמת שנמצא שובר בין שטרות קרועי' ואם כן אף בנמצא שטר בין שטרות קרועי' מפסל דה"ל לשומרו כמו דאמרי' בשובר ולשיטתו אזיל מ"ש בס"ק הקודם דהואיל דלא קתני נמצא אי אפשר לומר שנמצא בין שטרות קרועי' אבל אי לא נתפס דבר זו לדחי' שיש בו ממש עדיין קשה הא דפריך סמפון שיש עליו עדים כשר לישני שנמצא שובר בין שטרות קרועי' וכאן ליכא למימר דא"כ עדים ל"ל דזה וודאי בשובר גרידא שנמצא בין שטרות קרועי' בעי דחתום על השובר עדים ושובר שאין עליו עדים ומונח בין שטרות קרועי' פשיטא דאינו מועיל לגרע כח שטר כשר ועכצ"ל דשובר לבד אפי' בעדים ואפילו נמצא בין שטרות קרועי' אין מועיל רק בעינן דגם שטר יהא בין שטרות קרועי' ואם כן שפיר קשה עדים ל"ל. איברא דנר' דאפי' נימא בנמצא שובר בשטרות קרועים אתרע שטרא בשטר המונח בין שטרות קרועי' לא אתרע דמה"ת נימא פרוע הוא בשלמא בשובר לפניך הא מבואר בו דנפרע רק אנן נימא אולי כתבו שיהיה מזומן בידו לעת הצורך ובנמצא בשטרות קרועי' ושובר מעיד ואומר דפרוע הוא אבל בשטר בלתי שובר וכי בשביל שמונח במקום גרוע הוא נחזיק בפרוע מה שאין לו רגלים לכך: וזהו לענ"ד מוכרח דהא היורשים משביעי' אנו אותם שנא נמצא בין שטרותיו של אבא ששטר זה פרוע ואר"ס בין שטרותיו הקרועי' ולהך שיט' הפי' שלא מצאו שובר בין שטרות קרועי' וכמ"ש הש"ך בס"ק ס' וקשה למה לא נטל עליהם שבועה זו נמי שלא מצאו לשט"ח הלזה בין שטרות הקרועי' ולמה משביעי' אותן על מציאת שובר ולא על גוף שטר אם נמצא בין קרועי' ואולי נמצא שם וזהו יותר שכיח משיהיה נמצא שובר בין שטרות קרועי' ולומר דגם בלשון שלא מצינו נכלל ג"כ זה דוחק ומבואר בלשון שלא מצינו בין שטרותיו של אבא וכו' וגלל כן מפרשי' בשובר דשובר נמצא בין שטרותיו וא"א לכוונו בלשון דיהיה פי' דשטר נמצא ודבר מוכרח כמ"ש:

לה **ודוקא ששטר בידו עם השובר** עיי' אורים שהעליתי כסמ"ע וב"ח דאפי' א"י אם פרוע או לא מכל מקום הואיל ושטר ושובר בידו אתרע וא"ל לפי' רש"י דפי' נמצא שטר וא"י מה טיבו קאי על שליש אם כן מה דוחקא דגמ' לפרש הך סיפא ואם יש עמהם סמפון ענין בפ"ע ומוסב על מלוה והקשו הא שובר פסול ביוצא מתחת יד המלוה ואיצטרך לשנוי' בנמצא בשטרות קרועי' ולא משני דמוסב על שליש דאם יש עמו סמפון יעשה מה שבסמפון וא"צ לדוחק כלל דבשליש א"צ לשטר שיהיה בשטרות קרועי' דבר זה בבעה"ת שער נ"ב ח"ג דין יו"ד ובסופו מיושב דדייק ליה הגמרא מדקתני אם יש עמהם

ולא קתני אם יש עמו דהוי משמע אדלעיל קאי בלשון יחיד מצא שטר וכו' אלא דהוא ענין נפרד ומוסב על שטרותיו של בעה"ב ולא קאי אדלעיל אשליש ושפיר פריך הגמרא

לו **ואפי' במקצתו** דעת הסמ"ע דוקא דשובר נכתב במקום דא"א לחתכו אבל במקום דאפשר לחתכו נאמן דלא נפרע במגו דהיה גייז לי' וש"ך הביא בשם הגהת הרא"ש דלא שייך מגו דהוי מגו במקום חזקה ואמת שכתב כן הגהת הרא"ש אבל הביאו בשם הר"ב מרעגנשבורג דחולק ונר' דכן הוא דעת תוס' בסנהדרין דף ל"א ע"ב ד"ה אין עליו עדים בהא דפרכי' ללישנא בתרא דבעי' בשליש מגו מהא דתנן אין עליו עדים ויוצא מתחת יד שליש וכ' תוס' דליכא למימר דמיירי בלי אתחזק בב"ד דדומי' דיוצא לאחר חתום שטרות קתני וי"ל דילמא הך נמי איירי בלי אתחזק בב"ד וקמ"ל רבותא דמ"מ ביוצא לאחר חתום כשר אלא דסבירא ליה לתוס' כהסמ"ע ואם כן אלו לא אתחזק בב"ד הא יש לו מגו דגייז ואף כי שאומר דלא נפרע נאמן כמ"ש הסמ"ע ועכצ"ל דכבר אתחזק בב"ד ותו לא מצי לגוז אותו וה"ל מגו למפרע ואם כן אף בשליש הדין כן וא"ש דהוי תיובת' דאם נדחוק בסברא בעלמא אין זה מספיק לומר תיובתא אבל לפמ"ש נכון ונר' דברים שס"ל תוס' כסמ"ע וכן מצאתי באס"ז לב"מ בשם מהרמ"כ דאפילו לאחר חיתום שטרות סמוך לחתימת עדים ממש הרי הוא כשר דאי הוי פסק לי' בתר הכי לא הוי מצי לקיים שטרא אלא בלופופי ניירא אחרינא ואיכא למיחש עלה דשטרא דלמא סמפון הוי בי' והתקרע עכ"ל הרי דמצריך כל כך קרוב לשטר עד שאם יחתכו יהא זיופא בקל ניכר ומירתת אבל בלא"ה לא אם כן הדבר במחלוקת:

סימן סו

א **אותיות וכו'** הרב הש"ך האריך בס"ק א' להכריע כהנך רבוותא דסבירא להו מכירת שטרות ד"ת ומ"מ יכול למחול כמ"ש התו' דשני שעבודי' יש וכו' ועיקר יסודו שהרא"ש והר"נ והמ"מ כולם חשבו שהרי"ף סבירא ליה דרבנן וכולם טעו בהבנתו. ודבריהם בלתי ברורים כי ודאי אם האמת כמו שחשב הש"ך דיסודם ברי"ף ומה שהקשה למה אמרינן שם דאפי' יורש מוחל ואלו בפ' י"נ אמרינן נתנו במתנת ש"מ א"י למחול ומזה שפטו הם הואיל דרי"ף הקשה קושי' זו ש"מ דמכירה דרבנן יפה דחה דבריהם די"ל מה בכך אדרבא הואיל והוא דאורייתא ומכל מקום יכול למחול ואף בש"מ למה לא יהיה יכול למחול אמנם מתי' הרי"ף נלמוד דבריהם דלמ"ד דהוא דאורייתא צ"ל במתנת ש"מ לכך אין היורשים יכולים למחול דכיון דגם הוא כיורש דאורייתא וכאלו הגיע בחלקו ואיך יהיה היורש השני מוחלו. ואולם הרי"ף כתב הטעם דלכך א"י למחול דעשו אותו כמתנה

דאורייתא כאלו מטו ליד מקבל ע"ש ואלו סבירא ליה דמכירת שטרות דאורייתא הא כל מוכר ונותן הוי מתנה דאורייתא ומטו לידו כיון דנגמר המכירה ד"ת הרי מטו לידו גמור ושלו הוא בכל אופן כמו שארי מטלטלין ומ"מ יכול למחול ואם כן אין זה טעם כלל דבשביל כך אין מתנת ש"מ נמחל וכך ה"ל לרי"ף לומר דהוי כמו יורש דאורייתא אבל לא לומר מתנה דאורייתא וכמטו לידו דמי מה שהוא בכל מכירת שטרות והדבר ברור דנתכוון כמ"ש דאלו הרי מכירה דאורייתא לא הוה יכול למחול ולכך כתב דשם הוי כמתנה דאורייתא וזה ברור לכל מעיין ועוד יש להבין לר"ת דסבירא ליה דאורייתא ולא מכר אלא שעבוד נכסים אם כן למ"ד שעבודא לאו דאורייתא מה מכר ולשמואל דסבירא ליה שעבוד' ל"ד ע"כ מכירת שטרות ל"ד וצ"ל דסבירא ליה כדעת רשב"א בחד תי' במפרש אחריות הוי דאורייתא ובזה אופן איירי אבל בלא הזכיר אם כן לכ"ע הוי דרבנן דהא שעבודא ל"ד וכמה מדוחק יש לחלק במכירת שטר דמפרש בו אחריות ללא מפרש בי' אחריות וצ"ע וביותר על הש"ך דסבירא ליה לעיל סי' ל"ט שעבודא ל"ד וכאן הכריע דמכירה דאורייתא והדבר מתמיה וצ"ע ועיי' מש"ל בסי' פ"ו. וכן משמע לפי דעת רי"ו אשר הסכימו עמו בא"ע סי' כ"ח הד"מ והב"ח דקידשה במעמד ג' הואיל והוא קנין דרבנן אינה מקודשת רק מדרבנן וע"ש בב"ש ס"ק ו' ואם כן בגמרא דקדושין דכללינהו בחדא בקידשה במלוה דס"ל לר"מ מקודשת דאיירי הן במלוה בשטר והן במלוה ע"פ וכמעמד ג'. איך יהיה מילת מקודשת נחלק לשני פירושי' דלגבי מעמד ג' ע"כ הפי' דרק מדרבנן מקודשת ואלו במלוה בשטר יהיה פי' מקודשת גמורה של תורה דמכירת שטרות תורה. ואיך כלליהו בחדא ושני פירושי' במובן ועכצ"ל דגם מכירת שטרות דרבנן והכל קדושי דרבנן לדעת רי"ו: איברא לכאורה יש ראי' דמכירת שטרות הוי תורה מהא דאמרינן בבכורות דרבי דדריש רבוי ומיעוט לא ממעטינן מתפדה לא עבדים וקרקעות רק שטרות ע"ש. וקשה הא ע"כ בשטרות שהיה לאב על אחר ונתנו לכהן בפדיון דאי שטר שלו שכתב לו הנני חייב לך הא באמת ד"ת פדוי וכו' וע"כ בשטרות של אחרים ואי קנינם לאו ד"ת אם כן אף הכהן לא קני' ליה לשטרות כלל ולי' בי' נתינה כלל ומהכ"ת יהיה פדוי הא לא מטו לידו דכהן כלל ול"ל קרא. ודוחק לומר דרבי דסבירא ליה אותיות נקנים במסירה אם כן הרי הוא כשאר קנין מטלטלין הוי באמת קנין תורה והתם לרבי קאי והא דאמרינן דתנא במשנה דמוקי לי' תפדה על עבדים וקרקעות משום דדריש כלל ופרט ולא אמרינן דסבירא ליה אותיות בעינן כומ"ס ואם כן מכירתן דרבנן ול"ל קרא לשטרות היינו משום דתמיד מהדרינן לומר סתם משנה ר"מ כדאמרינן ריש גיטין ור"מ איכא למ"ד בפ"ב דקדושין דסבירא ליה כרבי דאותיות נקנין במסירה לחוד. דזה

דוחק דהא איכא שנוי' אחריני התם דפליגי בדר"פ ועוד אם כי נחליט לרבי דסבירא ליה אותיות נקני' במסירה א"י למחול דהא להנך רבוות' זה בזה תלי' ואם כן מילתא דשמואל במחלוקת שנוי' ומה נתחבטו המחברים אי הלכה כרבי דבמסירה לחוד שטר נקנה כיון דהלכתא כשמואל דיכול למחול ולדעת רשב"ם הא דפליגי אביי ורבא סוף גט פשוט אי צריך להביא ראי' היינו לרבי דסבירא ליה דנקני' במסירה הא רבא אית ליה לדשמואל להדיא ובפרט כמ"ש רוב מחברים דהך מסירה אינו כשאר קנין משיכה בשארי מטלטלין ואין נקני' בכסף וע"כ דמשונה קנין זה משארי קניני' ממטלטלין ואם כן עדיין י"ל דהוי דרבנן כמו אי בעינן כומ"ס ואי סבירא ליה דאורייתא וכך הלכה דבעי קנין מיוחד אף למ"ד דבעי כומ"ס ה"ל כן ומהכ"ת לחדש מחלוקת ואין כאן הפרש בין רבי לרבנן (ועיי' מש"ל בזה מה די"ל לרבי ע"ש) ולכן ליישב זה צ"ל בשטר שכתב בו שמשעבד עצמו לכל המוציאו זהו ודאי מכירתו ד"ת דהרי הלוה משעבד עצמו לכל מי שיהיה השטר בידו ואם כן כיון שמכר זה שיש בידו השטר או נתן לאחר הרי חל שעבודו של זה הלוה לזה שהשטר בידו ד"ת דהא כך שעבד עצמו תחילה. ולכך הסכימו כל הפוסקים ממש דאין בידו למחול שטר זה אף דלדבריהם תלוי הך מחילה בגוף הקנין אי הוה תורה או לא אלא דשטר כזה ודאי נקני' דבר תורה דהרי לכל מי שמוציאו שעבודו דלוה חל ואם כן א"ש דבהך גוונא איצטרך תפדה דאם נתן לכהן שטר כזה בתורת פדיון דאף דקני' ליה הכהן מכל מקום מיעט התורה דלא יהיה פדוי מכל מקום ולרמב"ם דסבירא ליה גוף שטרות לאו דאורייתא ל"ק עיין מש"ל בסי' כ"ח ועוד י"ל דכתב שטר ומסרו בעדים לכ"ע הוי דאורייתא דע"מ כרתי והן מעידים בע"פ ולא הוי מפי כתבם ואפשר דבשטר כזה א"צ מסירה רק נקני' כשארי מטלטלין ודבר תורה נקני' בכסף כיון דשטר כזה יצא מכלל שארי שטרות דא"צ כומ"ס אי אתה יכול בו קנין חדש משארי מטלטלין דאנה רמז בש"ס ובדברי חז"ל בזה השטר קנין חדש מופרד משאר שטרות דלא בעי כומ"ס ומופרד ממטלטלין דלא נקנה בכסף ואוקמי אכללא דשארי מטלטלין ובהכי ניחא גי' הגמ' ב"ק דף י"ד מ"ב דעבדים ושטרות נקנים בכסף ורש"י כתב דשטרות נקני' בכסף לא אתפרש היכי ואולי כוונו להך שטר דקנינו בכסף ונקני' כמו שארי מטלטלין וסבירא ליה דמכירת שטר כזה לא שכיח ואם כן אוקמינן אשל תורה דכסף לחוד קנה כדאמרינן שם בפ' הזהב מילתא דלא שכיח כסף קונה לר"י ואולי רש"י דכתב דלא אתפרש היכן כוונתו דאם אתה כוללו בכללא דשאר מטלטלין אף בהא לא קנה כסף מדרבנן כמו אינך מטלטלי' ואלו הוה הבדל הוה אמרינן בגמרא וא"ש. ונראה דגם התו' סבירא ליה זה ולכך לא הקשו מהך דבכורות והקשו בכתובות פ"ה מהך דאיצטרך קרא למעט שטרות

מאונאה דיש בהו תי' רבי' ובפרט לתי' התו' בב"ב אינו מיושב הך דבכורות רק שם סבירא ליה כמ"ש והא דהקשו מהך דאונא' משום דסבירא ליה כרמב"ן דשטר לכל המוציאו למ"ד אין ברירה לא מהני ועמש"ל סי' נו"ן ולכך בבכורות לק"מ די"ל רבי וסתם משנה ר"מ כולהו סבירא להו יש ברירה אבל התם הקושי' למ"ד אין ברירה ל"ל קרא ובפרט במשנה משמע ר' יהודא דאמר אף המוכר וכו' ור"י ס"ל אין ברירה. ולכן לדינא זולת שטר כזה דנר' ברור דמכירתו דאורייתא כל שארי שטרות מכירתן דרבנן דאנה מצינו קנין זו מתורה (ודוחק לומר דהיה קבלה מד"ת ועיין ברמב"ם דסבירא ליה בקבלה לא יפול בו מחלוקת חכמים והארכתי בדבר זה במקום אחר) וכפמ"ש הרי"ף ורמב"ם וכן הביא בעה"ת בשער נ"א ח"ה בשם הרמב"ן וכן דעת בעה"ת וכן הוא דעת הרא"ש והר"ן כולם הסכימו דהוי דרבנן מי יתרס נגדם וזה ברור:

ב **אלא בכתיבה ומסירה** כתב הש"ך בשם ריטב"א דכתב בקדושין דהמקדיש הקדש לעניים הוי ככתובי' ומסורי' אם כן אם הקדיש שט"ח ואמר קני לך איהו וכל שעבוד' זכו עניים כאלו כתב ומסר עכ"ל ואמת שהריטב"א בקדושין כתב זה פעמים ושלש וכ"כ בתשובת ר"ב אשכנזי סי' ט"ו בשם הרא"ה ז"ל אמנם בש"ע י"ד סי' רנ"ח סעיף ו' כתב בשם רשב"א דהמקדיש שט"ח צריך כומ"ס כמו בהדיוט ונתן רשב"א בתשובה הטעם משום דלא אמרו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אלא בהקדש גמור אבל לא בהקדש עני'. והש"ך הוסיף שם דיכול למחול דדינו שוה כמו בהדיוט ותמהני מש"ך איך לא זכר כאן דבר מפסקי ש"ע להדיא בי"ד מבלי חולק לא מהמחבר ומהרב בהגהה. אך באמת אף שסתם המחבר שם דין זה תלוי במחלוקת רבוות' כי באמת רבינו ב"י גריר בתר רשב"א כאלו היא הלכה פסוקה ולכך לקמן בסי' רכ"ה דכתב הטור דנדר לעני' אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכתב הב"י לאו דוקא רק מתורת נדר מחויב אבל לא דקנה בקנין גמור והוי כמסירה להדיוט דזה לא שייך בצדקה ובאמת כך הן דברי ר"ה גאון ור"ח ובעל המאור בפ' שור שנגח דו"ה ע"ש להדיא דלא שייך בצדקה כמסירה דמי. ואף ברמב"ן במלחמותיו לא מצאנו הכרע ברור בדבריו דחולק ארז"ה כלל. אבל הרא"ה וריטב"א חולקים וכן נוטי' דברי הרא"ש בתשובה כלל נ"ח דין ה' דכתב להדיא דהקדש לעני' נקני' באמירה דכל דבר שמועיל בהדיוט בקנין מועיל בהקדש בדברים: ואם כן י"ל אף הטור בסי' הנ"ל ודכוותי' גריר בתרי' וביותר ביאור כתב הר"ן כן בפ"ק דקדושין בהך שמעתי' אמירה לגבוה וכו' דאף הקדש לעני' בכלל הזה בכל דבר וכ"כ בפי' לנדרים בדף למ"ד ע"ש להדיא לא זו אף זו הרשב"א ז"ל גופי' כפי מ"ש הרב רבינו בצלאל אשכנזי בתשובה סי' ט"ו מצינו לו בתשובה כת"י סתירה בדבריו פעם כה פעם

כה ואף אני בחדושיו לנדרי' ראיתי בדף כ"ט דכתב להדיא במקדיש לאחר ל' יום דחל הקדשו משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי וה"ל ככסף וע"ז כתב דה"ל כזוכה מעתה ועדיף מהא דתניא משוך פרה ולא תקנה אלא לאחר ל' יום ועומדת באגם כל ל' דלא קני דכיון אמירתו לגבוה וכו' ה"ל כזוכה מעתה וכתב ומהכא שמעינן דהאומר סלע זו לצדקה לאחר ל' א"י לחזור בו דהוי אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. וכן מסיים שם בהך ענין ה"ה האומר קרקע זו לעניים עד שאעלה לירושלים דאמירה כמסירה ע"ש והדברים מבוארים כריטב"א. ולכן היה נראה דאף הרשב"א לא אמרה להך דינא דיש הבדל בין הקדש לצדקה רק בחוב ולא בעלמא דכל ראי' שהביא הוא מהך דב"ק ניתביה לעני' הדר א"ל כו' והיינו דהך אי צדקה להקדש לגמרי דמי או לא כבר כתב הר"ן בקדושין הנ"ל דתליא מה דמספקא לגמרא בריש נדרים אם יש יד לצדקה או לא אי דמיא להקדש הואיל הוא בבל תאחר כהקדש או לא לגמרי מדמינן ועלתה בתיקו ואם כן אי אמרינן לגמרי מדמינן להקדש או לא תלי' באיבעיא הנ"ל והעלו הפוסקים והרשב"א בחדושיו דספק איסורא לחומרא גבי יד לצדקה ואם כן אף בזו לחומרא רק זהו במקום דגבי הדיוט קנין תורה א"כ אמירתו לגבוה הוי כקנין גמור בהדיוט והוי בצדקה ספק תורה ולהחמיר אבל בשטרות דאין קנינם ד"ת כלל ואפילו מכרן ועושה בהן כו"מ אין בו קנין ד"ת רק מדרבנן ואם כן אף דנימא בצדקה אמירתו לגבוה ככתוב ומסור דמי מכל מקום אין כאן קנין ד"ת ואם כן הרי כל ספק מדרבנן וכיון דהוי איבעי' דלא איפשט' ספיקא דרבנן לקולא דכל הספק באיסור אינו רק מדרבנן דמתורה ודאי לא זכו בו עני' כלל. ואם כן אין כאן סתירה כלל ואף הרא"ה והר"ן אפשר בשטר מודים זולת הריטב"א דכתב להדיא אף בשטר ואזיל לשיטתו דסבירא ליה מכירת שטרות ד"ת. כמ"ש הב"י בשמו או דסבירא ליה דהך יד לצדקה איפשוט הואיל ונאמר את"ל כשיטת רמב"ם אבל לפי דהעלו רוב מחברים דהוי רק ספיקא ולא איפשטא איבעיא כמ"ש בטור י"ד סי' רנ"ח ע"ש וקי"ל מכירת שטרות דרבנן אמרינן דספקא לקולא ובהכי ניחא דברי הרא"ש בתשובה דכפי מש"ל מתשובה דכלל נ"ח משמע דאף צדקה בכלל אמירה לגבוה וכו' ואלו בכלל י"ב דין ב' כתב וז"ל אפילו נדר בקרבן דאמירתו לגבוה כמסירתו נהדיוט יכול להתיר נדרו כ"ש אם נדר לעניים שיכול להתיר נדרו וזה מורה דלא דנין בצדקה לעני' אמירה לגבוה וכו' דאנ"כ מה כ"ש איכא: ואם כן יש כאן לכאורה סתירה אבל לפמ"ש ניחא דבהקדש ודאי ובצדקה ספק ואיבעיא דלא איפשטא ויפה דן כ"ש ספק מודאי דאם בוודאי אמרינן כן מכ"ש בספיקו. ובאמת יש לדקדק בתשובת רשב"א סי' תקס"ג דהביא ראי' מהך דב"ק דאיצטרך ר"י למימר יד עני' אנן וה"ל מ"ג ולכך לא מצי למהדר ש"מ דלא אמרינן בצדקה

אמירה לגבוה וכו' והא כבר ישבו הרי"ף דהתם לא היה ברשותו ואפילו הקדישה אינו קדוש והרשב"א גופי' בחדושיו לב"ק העלה כתי' הרי"ף ע"ש:

ולכן נראה דסבירא ליה כדעת הר"ם במרדכי ב"ק פרק ש"ש דל"ה ע"ש דהעלה דאין בהקדש לעניים אסמכתא דהואיל אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ה"ל כאלו מסר באופן המועיל דלא יחול בו אסמכ' דכך פי' בכ"מ כמסירה להדיוט באופן המועיל וכן גבי ש"מ ככתובים וכמסורים היינו באופן המועיל דהא ש"מ שאמר הלואתו לפלוני מועיל משום דהוה ככו"מ כאלו הקנה במ"ג הואיל מצינו בבריא קנין המועיל במעמד ג' אף בש"מ אמרינן כן וכן בהקדשו' ע"ש שהאריך ואם כן מזה נלמוד בהקדיש הלואתו שביד פלוני דקנה הקדש דהא יש בו קנין מעמד ג' אם כן הוי כמסירה כאלו מסרו לו במעמד ג' וכמ"ש בש"מ ומהר"מ כלילנהו בחד כללא הקדש וש"מ. ולפ"ז יפה הקשה דמה בכך דלא ה"ל הנך זוזי דהקדיש ברשותו מכל מקום הא מצי להקדישו במ"ג כדאמר ר"י באמת יד עני' אנן וה"ל מעמד ג' אם כן אף דאינו יד עני' וליכא מגו מכל מקום כיון שיש באפשרי הו"ל להקנות בצדקה וקושי' גדולה וטענה חזקה הוא ולכך הכריח דלא אמרינן כן בצדקה והא דהוצרך הרי"ף לשנויי דלא ה"ל ברשותו משום דאל"כ עכ"פ קשה הא ה"ל נדר בפיך זו צדקה וכו' וא"ש. אך לפמ"ש דזהו הכל בחוב וקנין מ"ג דהכל דרבנן ובקנין דרבנן לא אמרינן צדקה ה"ל כהקדש דהוא ספיקא כנ"ל ולפ"ז מיושב דהרמ"א לא הגיה כלל בי"ד סי' רנ"ח על הך פסקא דשטר חוב אין נקנה לענים באמירה מטעם דאמירה לגבוה וכו' לא שייך בצדקה. ואלו לקמן בסי' ר"ז פסק כמרדכי דאסמכתא לא שייך בצדקה והא כל טעמו דהוי כמסירתו להדיוט והוסיף לומר דהוי כנמסר באופן המועיל בשום צד בב"ד חשוב וכדומה דרכי' המועילי' לבטל אסמכת' דלפמ"ש יש לחלק בין חוב דהוי ספיקא דרבנן לשאר מילתא דיש בו קנין של תורה (ומה שיש לדקדק מזה על דברי תשובת הרב רמ"א סי' מ"ח דהשיג על רבינו הב"י יבואר אי"ה במקום אחר אשר שם מקומו) ולכן לדינא בקנין חוב נקטינן כפסק המחבר ורשב"א דלא זכו בו עני'. ועיין מש"ל בקונטרס תפיסו' אי מהני קים ליה גבי צדקה וע"ש:

ג **צריך לקיים וכו'** כתב הסמ"ע דאין לפרש דמים שקיבל פשיטא מה צורך לאחריו בזה אלא דצריך לשלם לו כל דמי שויו של שטר והש"ך בס"ק ד' פקפק ע"ז דמ"מ אף בדמים שקיבל צריך אחריות דאל"כ יאמר עוד ידי נטוי' לכתוב לך כומ"ס וכו' ולכן העלה דאין לחייבו לשלם כל דמי שויו השטר אם לא שפי' לו בפי' ע"ש ואני תמה אם מקבל על עצמו אחריות שאם לא יגבה מהלוים שמחויב לשלם כמבואר בתשובת רשב"א מקור דין הלזה בב"י מחו' ט"ז הא הוי רבי' גמור כמבואר בי"ד סי' קע"ג סעיף ד' ע"ש ואפי'

אין המוכר מקבל ע"ע אחריות רק מדמים שקיבל הוי איסור רבי' כמ"ש הש"ך שם בס"ק ט' ע"ש. ואולי קבלת אחריות האמור כאן אינו בהחלט אף שלא משמע כן בתשובה הנ"ל רק בדרך תנאי שאם יתן לו כומ"ס אף שיהיה החוב יאוש אין אחריות על המוכר אבל אם לא יתן לו הרי באחריותו ולכך או דצריך ליתן לו באמת כומ"ס או ישלם כל דמי החוב ואם כן אין כאן רבי' דהרי יכול ליתן לו כומ"ס ואין לו הפסד כלל וזהו דלא כש"ך דמשמע בדבריו מכח שקיבל אחריות א"י לומר אתן לך עוד כומ"ס. אבל עם כל זה לא נראה לדינא דסוף כל סוף לא קנה כלל אם כן ה"ל הנך זוזי לגבי' הלואה גמורה ואם נוטל יותר ממה שנתן רבי' נוטל ודל מהכא קבלת אחריות שלו בלא"ה אם נתן לו שטר במנה בעד נו"ן ולא הקנה לו בכומ"ס או בשאר קנין המועיל הוי רבי' וכ"כ הגה"ת הרא"ש להדיא דצריך לסלק עצמו ואם לאו יש כאן רבי' והש"ך גופי' בסי' קע"ג ס"ק ח' הביא דבני הגהת הנ"ל ע"ש ואלו מוכר קרקע שאין לו סבירא ליה שמואל דאין לו שבח דהוי כרבית ואפילו החולקים הוא דהוי זבינ' ואין רשות ביד המוכר לבטל המקח ומכ"ש לוקח עד שיטרפנו הנגזל אבל כאן הא שניהם יכולים לחזור בו ואפי' מ"ש ליכא לדעת רמ"א הרי הוא הלואה גמורה והוי כמו בקרקע הכיר בי שהוא אין שלו דודאי אין לו שבח. ואפי' בשומא הדרא דהא אין הלוה מוכרח לפדותו מ"מ אם פדהו כתב הטור לקמן בסי' ק"ג דאין לו לשלם למלוה שבח' דממילא דמחזי כרבית ומכ"ש בזה. דלעולם אם בטל הקנין וה"ל זוזי בהלואה אין לו שכר מעותיו. וכמ"ש הגה"ת הרא"ש בפ' א"נ ביש לו חוב על גוי ומקבל תמורתו דמים מן ישראל אחר ואמר אני מסולק ממך מחמת זה המעות וגם לגוי אני פוטרו ולא יודע לגוי והדמים שתקבל מגוי יהיה לצורכך מכל מקום חוכך להחמיר שם ומכ"ש בזה דבישראל צריך כומ"ס לא מועיל מה דיבטיח לו ליתן כומ"ס ואם לאו דיתחייב בכל. ובאמת בתשובת רשב"א לק"מ דמבואר שם דנתן לו הכל במתנה וקיבל על עצמו אחריות ואם כן ליכא כאן רבי' אבל במוכר ודאי דיש כאן איסור רבי' ואם כן פשיטא דצריך לשלם הכל דלא שייך דמים שקיבל וכן יש לפרש דברי רמ"א דמיירי במתנה אף דנקט לישנ' דלוקח משום דלא נחית כאן בדיני דרבי' כלל. ואפשר גבי לוקח נמי קמ"ל דצריך לשלם מעותיו שקיבל דה"ל מלוה גבי' ולא פקדון דזולת אחריות ה"ל זוזי פקדון כמש"ל משא"כ בקבלת אחריות ואף דהוא נעשה באיסור רבי' דהא אין בו ריב' גמור של תורה הואיל והוא דרך מקח וממכר וצ"ע:

ד **י"א דאין חייב לקבל** מ"ש הש"ך בס"ק ח' הניח בצ"ע דהא בבעה"ת שער נ"א חלק ד' נתן טעם דלכך א"צ לקבל מ"ש דהואיל דנתקיים המכירה באופן מה דיכול לומר קניתי גוף הנייר לצור עפ"י צלוחיתו ע"ש ובגי"ת אבל לפי דלא קי"ל כן ולא קנה כלל

הנייר הדרן לדינא דמקבל על עצמו מ"ש. ובאמת הטעם הנ"ל נזכר בדברי בעה"ת אבל הבעה"ת דהוצרך לטעם זה הוא כמו שכתב שם דהא יש כאן מעות ודברים והרי הוא במ"ש. וזה תלוי במחלוק' רבוותא דשם בפ' הזהב פרכינן לריש לקיש דסבירא ליה מעות אינם קוני' אם כן הא דקתני אבל אמרו מי שפרע וכו' בשלמא למ"ד מעות קוני' היינו דקאי באבל אבל אי אין מעות קוני' מה אבל ואי משום דברים הא"ר אנו אין לנו אלא כל החוזר בדברים אין רוח חכמים נוחה הימנו ומשני הגמ' דברים לחוד אין רוח חכמים ומעות ודברים באבל ע"כ ונחלקו בו רבוותא דדעת ר"י בן מיגאש כפי מ"ש באסיפת זקנים בשמו הך תי' קאי אף לר' יוחנן בכל מעות ודברים אפילו אין הקנין ד"ת כגון דלקח במלוה או דבר שאינו ברשותו מכל מקום הואיל וקיבל דמים ודברים איתנהו במ"ש. אבל הר"ן וכ"כ הנ"י חולקים דהך תי' הוא רק לר"ל אבל לפי דקי"ל כר"י דמעות קונ' ד"ת תו אין אנו צריכין לתי' זה וכל כמה דלא הוה קנין ד"ת אין כאן מ"ש ולכך לקח במלוה או במשכון לית בהו משום מ"ש דהא אין כאן קנין דבר תורה. ועיין באסיפת זקנים דנראה דרמ"כ והרשב"א ג"כ דעתם כך ע"ש ולפ"ז הבעה"ת או דסבירא ליה להלכה כר"ל כדעת גדולי מחברים או דס"ל כדעת ר"י בן מיגאש הנ"ל דאף לר"י אמרינן מעות ודברים במ"ש אף דליכא קנין תורה ולכך הוצרך ליתן טעם דקנה הנייר וכהנ"ל אבל לפי מ"ש המחבר ורמ"א לקמן בסי' ר"ד דבמשכון וכן הקונה במלוה ליכא מ"ש וכן בדבר שאינו ברשותו מבואר לקמן סי' ר"ט ס"ו דוקא בדבר המצוי מחויב לקבל מ"ש דהוי כדבר שבא ברשותו אבל זולתו לא וזהו מבואר כר"ן וסייעתו דמעות ודברים במקום שאין קנין תורה לא שייך מ"ש ואם כן אף כאן כן ולק"מ:

ה **לא קנה וכו'** וכתב הסמ"ע בס"ק ד' דהני זוזי דישנו ביד המוכר המה רק אצלו כש"ש ואם כן נאמן לומר פרעתי במגו דנאנסו ד"מ בשם מהרי"ו ואולם הרב הש"ך בס"ק ח' כתב דשגגה הוא אצלם דהא הן בעובדא דפרדסי בא"נ וכן בבעה"ת שער מ"ז מייתי בכה"ג עובדי טובא דהוי מעות בהלואה גמורה אף דזביני הדרי וה"ה כאן ע"ש. ואני אומר להיפוך שגגה יצאה מלפני השליט הזה לומר כי הם שגגו במקום שדבריהם נכונים. כי התוס' בב"מ דף מ"ג ד"ה מה איריא וכו' הקשו בממ"נ אם לר' יוחנן דאמר ד"ת מעות קונ' מותר המוכר להשתמש במעות אם כן מה פריך הגמרא לקמן לר"י נתן לספר לא מעל עד שימשוך וקשה לר"ל נמי דהא מותר לשמש במעות ומעל לר"ה וע"כ דאסור להשתמש אם כן עדיין יאמר נשרפו מעותיך בעלי' ותי' אף דאסור לשמש מכל מקום לא שייך נשרפו מעותיך דכספי' אין להם שמירה וכו' ועוד תי' דלר"י דהוי קנין ד"ת אף דעקרוהו חכמים מכל מקום בזה הניחו דהמוכר מותר להשתמש במעות והוי שואל עליהם אבל

לר"ל דאין כאן קנין ד"ת לא הרשהו חכמים לשמש ולכך לא מעל עד שימשוך עכ"ל והנה בפ' הזהב דהאי גברא דיהיב זוזי אשומשמי והדר בי' וא"ל שקיל זוזך ולא שקיל ונאנסו דקאמר רבא לא מבעיא ש"ש לא הוה אפילו ש"ח נמי לא הוי א"ל והא בעי לקבולי מי שפרע פסקו הרי"ף והרמב"ם דכך הדין דכל כמה דלא קיבל מ"ש חייב באונסין ועיין לקמן סימן קצ"ח סט"ו באריכות וכתב המ"מ דזהו דלא כהתו' והב"י כתב דזהו כתי' השני של התו'. ויש להבין איך כתב הב"י שהוא כתי' השני של תו' הא אף דכתבו התו' לתי' השני הואיל דקנין ד"ת הוי שואל דמותר להשתמש כתבו כן לר"ה דסבירא ליה בהנאת היתר שימוש ה"ל שואל וחייב באונסין אבל לפי דקיי"ל כר"נ נאנסו לא אם כן אינו רק ש"ש בהאי הנאה דיכול לשמש וכן מוכח מדברי הרא"ש דבהך עובדא דשומשמי הנ"ל הביא השני תי' של התו' וכתב לדידן דהכל חשובים כשולחני אין נ"מ לדינא ולכאורה הא נ"מ טובא דלתי' הראשון לא חייב המוכר באונסין ולתי' שני חייב אלא לדידן דקי"ל כר"נ אף לתי' השני אינו אלא ש"ש ואם כן אף דנימא דלא הוי אלא פקדון בעלמא כתי' הראשון הא המפקיד אצל שולחני מעות מותרין הוי ש"ש ולא נ"מ מידי: ואם כן לכאורה קשה על הב"י אבל סבירא ליה לב"י דאף התו' והרא"ש לא אמרו דבריהם אלא במקום דא"צ לקבל מי שפרע כגון בשינוי שער וכדומה אבל במקום דצריך לקבל מ"ש כל כמה דלא קיבל מ"ש המקח במקומו ונחית אדעת' דזוזי והוי מלוה גבי' והדבר מוכרח מדברי הרא"ש דלאחר שהביא דברי שני תי' של התו' וכת' דאין נ"מ לדידן לדינא כנ"ל הביא אחר כך דברי הרי"ף דכ"כ דלא קיבל מ"ש ה"ל מלוה גבי' להלכה מבלי זכר דזה חולק על מ"ש מקדם וכן הטור ברמזים ובטור העתיק רק דין הרי"ף מבלי זכר תי' הנ"ל מ"ש התו' והרא"ש מתחילה אלא דבזה אף התו' והרא"ש מודו ולכך כשהביא הרא"ש הנך שני תי' הביאן בס"ד דרבא דאמר לא מבעיא ש"ש לא הוה אלא ש"ח נמי לא הוה ולא ס"ד עדיין הא בעי לקבולי מ"ש והיינו להתלמד ממנו למקום אחר במקום דלא שייך מ"ש כמ"ש ואם כן שפיר י"ל דהתו' סבירא ליה כרי"ף בזה. והא דכתב הב"י דהוא דוקא לתי' שני של התו' היינו משום דלתי' ראשון של תו' עדיין קשה אם כן הא דנתן לספר לא מעל עד שימשוך קשי' לר"ל דהא אף לר"ל במעות ודברים צריך לקבל מ"ש אם כן עדיין ה"ל מלוה גבי' וחייב באונסין ומטעם זה סבירא ליה להמ"מ דהתו' חולקים ארמב"ם וריי"ף ול"ל דכי אמרינן הך סברא כ"כ דלא קיבל מ"ש דחייב באונסין היינו לר"י דסבירא ליה דקנינו ד"ת אבל לר"ל אף דלא קיבל מ"ש עדיין הואיל ואין קנינו ד"ת לא מתחייב דהא לתי' ראשון של תו' לא נחתינן לחילוק זה כלל. ולכך כתב הב"י התי' שני אתיא כרמב"ם דלתי' השני אמרינן חילוק זה וכמ"ש הריטב"א בחידושיו להדיא בפ' הזהב

ע"ש וא"ש. כללו של דבר מכל הנ"ל במקום דא"צ לקבולי מ"ש שפה אחת בתו' ורא"ש וריי"ף ורמב"ם דזוזי לא הוי גבי' רק לדידן כש"ש ולא כשואל ומלוה ובפרט במקום שאין קנינם ד"ת כלל אפילו מי שפרע לא מהני כמ"ש לר' לקיש כהנ"ל וזה ברור. ואם כן אף דנימא כנראה לכאורה כי הבעה"ת בשער מ"ז ח"א ד"ב חולק דכתב בהכיר בו שאינו שלו ובמכר מה שאירש מאבא דזוזי הוי כמלוה מכל מקום יחיד הוא לגבי התו' והרא"ש ויתר מחברים דנמשכו בתי' הנ"ל אחרי דברי התו' הנ"ל ועיי' באסיפת זקנים שהביא הרבה מחברים דסבירא להו בזה כתי' התו' וכ"כ הריטב"א ולפמ"ש אף הריי"ף ורמב"ם מצי סבירא להו כן ואם כן הם המורים כהלכה. אף גם דאפשר דבעה"ת לא פליג כלל דהתם כבר נחית הלוקח לקרקע וכ"כ דלא מערער בקרקע יתוב וזבינ' ליומא ממכר הוא ולכך המעות בהלואה גבי' מוכר אבל במה שאין הלוקח נחית למקחו כלל וכמו כאן באין לי כומ"ס על שטרא במאי תפיס בנייר בעלמא דתפיס ולא נחית למקחו כלל לכ"ע מודים דה"ל רק פקדון והוי ש"ש. והמעיין שם בבעה"ת יראה דנתן הכל טעם הואיל וקאכיל פירות עד דאתא הלה ומערער והוא הדבר שכתבתי לחלק ועכ"פ לדינא הנכון כתו' ורא"ש. ואין לפקפק הואיל וכתב מהרי"ו אע"ג דנתן לקנוני' שטר על מעות ובשטר אפשר לומר דהואיל דלקח שטר אף דודאי מיירי באופן דלא נתפרש בי' באיזה אופן הם המעות מכל מקום נחית להלואה ובכל דברי תו' ורא"ש לא נזכר שטר. אך מדברי בעה"ת הנ"ל בעצמו לא נראה לחלק בין שטר לזולת שטר כלל כי לא הזכיר חילוק בזה כלל והביא ראי' מעובדא דפרדסי ושם היה שטר וברור דסבירא ליה דאין לחלק:

ו **ואפי' הנייר וכו'** דין זה הם דברי הטור ואולם באות ט"ו הביא בשם בעה"ת דאם לא כתב המוכר ללוקח קני לך איהו וכו' שלא קנה השעבוד והלוקח משתמש בנייר לצור ע"פ צלוחיתו ופרע הלוה למוכר ב"ד כופין ללוקח להחזיר ללוה השטר והקשה הב"י כן דברי הטור אהדדי ותי' הב"ח דשם בסט"ז מיירי הטור שאין טוען שקנה הנייר כי אין קנין לחצאין רק מחזיקו למשכון עד שיחזיר לו המוכר מעותיו והש"ך השיג דלשון משתמש בנייר וכו' לא משמע כן. והרב כה"ג הקשה דברי רשב"א אהדדי ג"כ דבתשובה סי' תתקי"ח נראה להדיא דסבירא ליה דקנה הנייר ואלו ריי"ו כתב בשמו דלא קנה. ולכן דעת הבעל כה"ג לחלק בין דמסר לחוד בלא כתיבה כלל לא קנה אפילו הנייר משא"כ בכתיבה ולא כתב איהו וכל שעבודו קנה גוף הנייר. וכתב דחילוק זה מבואר בריטב"א לקדושין והרמב"ן בפ' הספינה ע"ש. ואני לא הבנתי טעם לחלק ביניהם או דיש קנין לחצאין או אין קנין לחצאין דאם יש לחצאין אף במסירה גרידא יהני כי מה טיבו של גופו של נייר כתיבה ומה מועיל כתיבה למטלטלין ועיקר קנינו מסירה. ואם אין קנין לחצאין

אף בכתיבה שלא מועיל לקנות השעבוד איך יועיל לקנות הנייר ובריטב"א לקדושין דף מ"ד לא מצאתי חילוק זה דהא מדמי שניהם להך כור בל' דיכול לחזור ע"ש ובחדושי רמב"ן לב"ב לא מצאתי הדבר מבואר רק שיעור דבריו אפשר כך דבמסירה לחוד א"א לגמ' להקשות וכי לצור וכו' דמה בכך דלא נתכוון לנייר מכל מקום פשיטא דלא קנה שעבוד דמה בכך בכוונתו ואמירתו אין זהו הדרך המועיל לקנות בשטר וכיון דזה לא קנה אף זהו לא קנה אבל בכתיבה שפיר פריך הגמרא דהא יש כאן קנין המועיל רק דלא נתפרש היטב הא סתמא כפי' דכי לצור הוא צריך. ואף שהלשון של הרמב"ן כפשוטו לא מורה כן מכל מקום לא ידעתי סברא לחלק ואיהו דחיק ומוקי אנפשי'. ולענ"ד נראה החילוק ודאי מכר לו שטר במנה והלוקח אומר החזיר לי מנה הואיל ואין שעבודו נקנה חוץ מפרוטה אחת שהנייר שוה בזה יחול קניני ואתפוס הנייר בזו יפה כתב הרמב"ן דאין קנין לחצאין וכמו דלא קנה השעבוד אף בזו לא קנה. אבל אם הלוקח טוען אעפ"י שלא זכיתי בשעבוד נכסים מכל מקום אין אני חוזר ומה איכפת לך אני אחזיק הנייר בעד דמים שנתתי עבור כל השטר ומה איכפת לך ואין בידך לחזור ממקח כי אני אתן בעד הנייר כ"כ בזו נראה לא מבעי' לדעת הרי"ף ורמב"ם דאם הלוקח המוחזק ורוצה במקחו אין ביד המוכר לבטלו כמ"ש לקמן סי' רכ"ה ע"ש פשיטא דמי מעכב ע"י אלא אפי' לדעת הרא"ש ור"י דסבירא להו לקמן סי' רכ"ה דאף המוכר יכול לחזור מכל מקום בכאן הוא בכלל אין אונאה לשטרות ויכול לומר לדידי שוה טובי ואין שומתו ידועה וכ"כ התו' בכתוב' דף פ"ה ע"ב ד"ה המוכר דהקשו אי מכירת שטרות ל"ד איך נתמעטו מאונאה ותי' דהוא שוה הרבה לקונה הנייר שיכול למכרו ללוה בדמים יקרי' הרי אפילו ד"ת דלא מהני כתיבה כלום והרי זה כאלו לא כתב לו כלל מכל מקום יכול לקנותו בדמים יקרים ולית בי' דין אונאה ואם כן ה"ה לדידן אם לא כתב ליה דיכול לומר הנייר שוה ליה כמ"ש התו' ואין אני מבטל המקח ואע"ג דלדידן אם רצה הלוקח לבטל המקח יכול לבטלו היינו משום כל כמה דלא כתב ליה יכול לומר לא נתכוונתי לקנות הנייר רק באופן שיהיה לי כתיבה כראוי אבל אם אין הלוקח טוען כך הדרן לדין תורה דיכול הלוקח לומר אני מחזיק הנייר בעד כל הדמי' ואין בו אונאה ולא שייך אין קנין לחצאין כיון שאין מבקש להחזיר לו הדמים רק מבקש לקיים המקח על נייר גרידא. ובהכי יתיישב דברי התו' בכתוב' דף פ"ה ד"ה אית וכו' דהקשו דהא יש לו מגו לקוחין בידי לקנין נייר וכו' ולכאורה קשה דהא זה ממש אינו במציאות מי הוא המלוה שימכור שטרותיו אשר הן עומדים לגבות לבושם בש"פ ואם כן אין לך לא שכיח יותר מזה והא סבירא ליה לתו' מגו דל"ש ל"א ומכ"ש כזה וכ"כ הר"ן אבל לפמ"ש ניחא דמכר אותו בדמים יקרי' לנייר

כמ"ש התו' הנ"ל דבזה שכיח דהלוקח בטוח שלא יגבה בלתי שטר והיינו כמו למשכון תפסתים דהוא גם כן מטעם זה וא"ש:

ובהכי ניחא מ"ש הטור באות ט"ז דאם מחזיר הנייר ללוה דצריך לשלם לו דמי נייר דהא ודאי חוזר על המוכר לשלם לו דמי זבינא ואם כן אף דמי הנייר נפרע ואי מיירי דלית ליה למוכר אם כן יגבה הכל מלוה דהא זבינ' לאו זבינא ואם כן זוזי בהלואה גבי' מוכר ומשתעבד לי' לוה מדר"נ וא"י למחול כמבואר בטור סי' פ"ו דר"נ א"י למחול וכמ"ש הרמ"א בהג"ה: ולפמ"ש ניחא דהוא אומר לדידי שוה לי דמי נייר והשטר בדמי כל החוב אם כן נפקע תביעתו מן המוכר כיון דסביר וקיבל ומה לו תו לגבי מוכר ודוק. ואם כן כל המחברים כנראה מדברי ר"ח אשר הביא הרא"ש דבריו שם בפ' הספינה וכן המ"מ ורשב"א בתשובה כולם מיירי דתופס הנייר בדמי זבינא ואמר לדידי שוה לי כ"כ בזה דעתם דקנה אבל במבקש להחזיר המקח ולתבוע מעותיו מן המוכר רק עד ש"פ בכדי דמי הנייר בעלמא כ"ע מודים כרמב"ן דאין קנין לחצאין וכמ"ש הריטב"א דה"ל כור בל' דעדיין לא נגמר המקח. ובזו יובנו דברי ריטב"א בקדושין דמחלק בין מתנה למכר דבמתנה קנה הנייר וקשה אטו האומר כור תבואה אני מודד ויהיה לך במתנה וכי א"י לחזור בו קודם שנגמר הכור כמו במקח דמ"ש ולפמ"ש ניחא דאף לוקח אם רוצה להחזיק הנייר בעד כל דמי זבינ' הרשות בידו דנגמר ואין שייך בו אין קנין לחצאין ובמתנה מהכ"ת לא יאמר כן וא"ש. וא"כ גם דברי רשב"א הנ"ל אינם סותרי' דיש לחלק כמ"ש וכן בטור יש לפרש כן ואין כאן סתירה כלל ואף דאי' לקמן דלוקח משתמש בו לצור ע"פ צלוחיתו לכאורה אין מובן דהא תופסו בשביל כך הדמי' ומהכ"ת ישתמש בו לצור עפ"י צלוחיתו. אבל באמת אין זה דקדוק דבלא"ה איך ישתמש להפסיד זכות שני אלא הוא לשון בעלמא או דמיירי בהא דכבר פרעו וא"כ מה לו צורך בו עוד דעל מה שהחזיקו מתחילה כבר תוחלתו אבדה דכבר נפרע והרי הוא מחזיקו לצור ע"פ צלוחיתו וע"ש והדברי' נכוני' בעצמותן ובפרט כל כמה דנוכל למעט במחלוקת רבוותא עבדינן. ולפ"ז ברור להלכה כמ"ש הריטב"א דבמתנה יכול להחזיק הנייר דהא בכה"ג אף במקח יכול להחזיק וא"כ אף דריטב"א גופי' בכתוב' בעובדא דהאי סבתא דתפסה מלוגמי דשטרי כתב אבל לוקח ומקבל מתנה של שטר שלא זכה בשעבודו של שטר אף בנייר לא זכה ע"ש ולא ידעינן הי בתראי והש"ך העתיק דברי ריטב"א דקדושין ולא דבר דבכתוב' כתב להיפוך אבל לפי מה שכתבתי העיקר כמ"ש בקדושין וכמ"ש טעם לחלק. ויש להבין במה דכתב הטור בשם רמב"ן והסכים עמו כמו שכתב' דלכך לא קנה הנייר הואיל ואין קונה השעבוד ואין קנין לחצאין דלא תקשה ממה שכתב הרמ"א

לקמן בהגה סי' ר"ג בסופו והיא הדין אם קנו באיזה דבר המועיל בו קנין עם דבר שאין מועיל בו קנין וכו' דקנה מחצה לפי דקי"ל קני את וחמור קנה מחצה וע"ש סמ"ע ס"ק י"ט באריכות. והרי אמרינן קנין לחצאין וצ"ל דשם לא טוען המוכר ונותן ולוקח ומקבל שהם תלוי' זה בזה ד"מ הקנה לו מטבע ובית בק"ס ושניהם מודים דלא שייך הקנין זה לזה ואפילו לא הקנה לו המעות היה מקנה לו הבית רק דשם אנו דני' דיהיה הק"ס בטל הואיל ואין מועיל לגבי מטבע בזו רבו הדיעות ע"ש אבל אם המוכר או לוקח טוען אדעת' דהכי נעשה קנין על הבית בשביל שיקנה המטבע ג"כ אבל זולת זה לא מכרתי ואין רצוני למכור או ליקח זה בלי זה לכ"ע הרי שם טענה וכיון דלא נתקיים הקנין על מטבע אף על הבית לא חל כלל דלא נגמר הקנין כלל וכמ"ש הריטב"א מכור בשלשים וכו' וכאן המוכר טוען לא היה רצוני למכור לך הנייר בלי שעבוד כי מהכ"ת אמכור הנייר ושעבודא שלי וכן הלוקח י"ל מה לי בנייר בלתי שעבוד ע"ז לא היה רצוני א"כ ודאי בטל וזהו כוונתו דאין קנין לחצאין:

ז **י"א דשטר שכתב וכו'** הש"ך האריך בס"ק יו"ד להשיג על ת"ה ודבריו בלתי כראי מוצק כי ראשון טען שכל דברי ת"ה בנוי' על תשובת הרא"ש דפסק בכלל ס"ח דשטר שכתוב בו שמשתעבד בו למלוה ולכל מי שמוציאו דא"צ הרשאה כלל ודעת הש"ך דאין צריך הרשאה אבל כומ"ס בעי ואני לא הבנתי בממ"נ אי אין הלוה משועבד למי שמוציאו א"כ אף הרשאה יצטרך דהא מלוה שעשה שליח לגבות אין יכול להכריח ללוה שישלם לו רק בבא בהרשאה כמ"ש כל פוסקים דהרשאה הוי כמכירה ולכך מדינא דגמרא במקום דא"י למכור א"י להרשות כלל וא"כ למה נשתנה בזה דא"צ הרשאה ועדיף משליח דעלמא דבא ג"כ מחמתו של המלוה וע"כ הואיל דלוה משועבד לו דכתב לכל המוציאו הרי הוא בעצמו יכול לתובעו וא"כ אף כומ"ס א"צ. ואי צריך כומ"ס א"כ לא הוי רק שלוחו של מלוה ויכול הלוה לדחותו וצריך הרשאה וגדולה מזו דעת רבי' מחכמים קדמאי דאפילו ביש לו כומ"ס לגבי הלוה צריך ליכתוב דון ואפיק לנפשך כמ"ש בבעה"ת שער נ"א ח"ד דין ה' בשם הראב"ד. ועיי' מ"ש שם בעה"ת הרי דאלים כח הרשאה מכח כומ"ס. אלא שאין אנו צריכין לכך כי מתשובה שבכלל ס"ח דין ז' שהיה שטר נכתב מראובן על לאה אשתו בלשון הנ"ל ללאה ולכל מי שמוציאו ומתו גם שניהם ולוי בנם יורשם ועתה יהודא בא בשטר לגבות בו כי נכתב בו לכל מי שמוציאו. וכתב הרא"ש שזהו שנכתב בו לכל מי שמוציאו הוא במקום הרשאה או כומ"ס ולא עשה תנאי זה אלא שלא יצטרך להרשאה וכו' ואם ירצה למוכרו לאחר שלא יצטרך כומ"ס אלא ימסור לידו השטר ויגבה בו וכו' מיהו כתב כיון דקי"ל דיורש מוחל הרי זה יכול למחול לעצמו ע"ש. וא"כ לשיטת הש"ך

הלא כתב להדיא דא"צ הרשאה ולא כומ"ס ואין לפרש כמ"ש הש"ך דא"צ לכומ"ס נגד הלוה אבל באמת המלוה יכול לחזור דא"כ היינו רק הרשאה כמ"ש הש"ך דהרשאה א"צ א"כ בכפל הדברים ל"ל הרשאה וכומ"ס דהיא היא הרשאה והיא היא כומ"ס וגם מה זה שכתב שאם ירצה למכור לא יצטרך כומ"ס הא ודאי יצטרך דמי הוא הלוקח שיקנה שטר שיהיה רשות כל יום ביד מוכר לחזור ועיקר טיבו של כומ"ס הוא לנגד המלוה וא"כ פשיטא דאיצטרך כומ"ס אלא ברור דא"צ. ועוד א"כ דאינו רק בבא בהרשאה א"כ אף המלוה ויורשו יכול לחזור בו ולבטל הרשאתו וא"כ מה זה צורך להרא"ש למצוא תרופה ליורש במחיל' בקיצור הא פסק הרא"ש דצריך להביא ראי' על כומ"ס א"כ יאמר היורש אייתי ראי' דמכרה לך אמי ואי דהוי' מורשה הריני מבטל הרשאתי והרשאת אמי ואיך יכול לגבות מהלוה כיון שיורש המלוה מבטל הרשתה וכומ"ס ל"ל. ואין כאן מכירה ושטר כתיבה היה לי' ואבד לא קטען וגם להרא"ש אינו נאמן לומר שטר כומ"ס היה לי ואבד ומכ"ש בזה אופן. וא"כ במה יגבה ועכצ"ל דבזה א"צ כומ"ס וא"כ נאמן לומר קניתי כדעת הרא"ש בב"ב דלמ"ד אותיות במסירה א"צ להביא ראי' כלל. והדברים מוכרחים ועומדים וכן הרא"ש בהכותב בויכוחו עם הראב"ד בכתב משתעבדנ' לך ולכל דאתא מחמתך דס"ל להרא"ש דיכול למחול כתב והא דכתב כן כדי שיוכל למכור לאחרים וע"כ כוונתו בלי כומ"ס דבכומ"ס אף דלא כתב כן מאן מעכב ע"י ואי כוונת הרא"ש דא"צ הרשאה הל"ל כדי שיוכל להרשות עליו מה בעי בזה שיוכל למכור לאחרים והדבר ברור כשמש בצהרים דס"ל להרא"ש דא"צ כומ"ס כלל בכותב לך ולכל דאתא מחמתך ומכ"ש בכותב לכל המוציאו: ומ"ש הש"ך אם כן איך יכול למחול דסבירא ליה להש"ך דזה תלי' בזה לא קשה מידי דהא העלה הרא"ש בפרק הכותב דאף דכתב כן לך ולכל דאתא מחמתך גופו של לוה אינו משועבד לשניהם דאין רצונו להשתעבד לשנים רק נשתעבד בגופו למלוה לבד רק נכסיו משעבד לו ולכל דאתו מחמתו ולכך א"צ כומ"ס דהא כל המכירה לשעבוד נכסים של לוה דגופו אינו נמכר ונכסיו בלא"ה הן משועבדים בשטר אבל מחילה שמוחל שעבוד גופו ממילא שעבוד נכסי' נפקע דנכסי בר נש אינן ערבי' ולכך הוי מחילה. וכן למ"ד דמכירת שטרות דרבנן הטעם הואיל וגוף שעבוד הלוה א"י למכור אף שעבוד נכסיו א"י למכור מהתורה דנכסי בר נש רק ערבין וא"כ בכותב לך ולדאתא מחמתך דנשתעבדו נכסי' ולא גוף כמ"ש הרא"ש דאין רצונו להשתעבד עצמו לשנים אין כאן קנין תורה אבל קנין דרבנן הוה כמו בכומ"ס דמה יתן ומה יוסיף כומ"ס הא נכסי בלא"ה מתשעבדי וא"כ פשיטא דיכול למחול וזה ברור למעיין בדברי הרא"ש שם בפ' הכותב ובאמת בלא"ה י"ל כדעת הרמב"ן דס"ל הואיל ובדאורייתא אין

ברירה כל שעבוד לך ולכל דאתא מחמתך הוא רק דרבנן כמ"ש הר"ן בגיטין בשמעת' דמ"ג וכמש"ל בסי' נו"ן. איברא דמתשובת הרא"ש כלל ס"ח נראה דס"ל דהוי דאורייתא דמביא ראי' מהך דשאול איש אשר יכה וכו' יעשרנו המלך וכו'. אך מש"ל ניחא. וגם י"ל כנראה מדברי ריטב"א לקידושין דכך פי' לך ולכל דאתא מחמתך היינו אם לעולם יהיה מחמתך אבל אם תמחול ותו לא יהיה מחמתך אין אני משועבד לו כי תמיד צריך להיות מחמתך א"כ גם בזה קושי' הש"ך מיושב אך אין צורך לזה כי כפמ"ש נכון בלי פקפוק וכל מה שכתב הש"ך ומהרשד"ם אין מספיק לדחות דברי הת"ה ורמ"א. וכן כתב הש"ה בפ' הספינה בשם ריא"ז ז"ל דהכריע כפוסקים דאותיות בעינן כומ"ס ואם כתב בשטר לו ולכל המביא שטר זה הרי המביא שטר יכול לגבותו בלי כומ"ס וזהו מבואר כת"ה אלא שאפשר הריא"ז ס"ל כדעת הראב"ד דשטר שכתוב בו לך ולכל דאתא מחמתך א"י למחול א"כ פשיטא דא"צ כומ"ס אבל לשיטת החולקים יש מקום פקפוק כמ"ש הש"ך דזה בזה תלי' אף כומ"ס צריך אבל כפי מה שבררתי לעיל מתוך דברי הרא"ש לכ"ע א"צ כומ"ס אף דיכול למחול:

איברא הרב הש"ך הוסיף לומר לקמן בס"ק פ"ה דאפילו לשיטת הראב"ד דלא מצי למחול מ"מ בעי כומ"ס וכל טעמו דהא צריך להיות בא מחמתו ובלי כומ"ס לא שייך מחמתו ודבריו בלתי ברורים דכיון דמכירה בזו שטר מהני במסירה דכל הכתיבה הוא לקנין השעבוד נכסי לוה ובזה אופן בלא"ה נכסי לוה משועבדים וא"כ בזו שהשטר בידו היינו מבואר דבא מחמתו כמו לרבי דס"ל במסירה לחוד נקנים כל השטרות וא"כ המסירה מורה דבא מחמתו כן לדידן בשטר כזה דסגי מסירה הדין שוה כמו לרבי ואם הרשאה א"צ וא"י לומר מי יימר דבא אתה מחמת המלוה כמ"ש הרשב"א בתשובה סי' תתקכ"א דא"צ הרשאה א"כ אף כומ"ס א"צ דלענין שיברר שבא מחמת המלוה אין הבדל בין מכירה להרשאה ואדרבא הראב"ד מחמיר יותר בהרשאה מן מכירה ומ"מ ס"ל להראב"ד בשטר כה"ג א"צ הרשאה דהוא המלוה בעצמו א"כ מה צורך לכתיבה במסירה נקני' מהמלוה והא כל ראי' רשב"א דא"צ הרשאה מהא דאמרינן במ"ג משתעבדנא לך ולכל דאתא מחמתך ואם אין משם ראי' דמ"מ בעי כומ"ס לברר דאתא מחמתו אף להרשאה דא"צ ליה להרשב"א ראי' די"ל דצריך הרשא' לברר דאת' מחמתו וכמש"ל דכל דין הרשאה תלי' בקנין וכ"כ הסמ"ע והב"ח דלשיטת הראב"ד ודאי דא"צ כומ"ס ולפמ"ש לכ"ע א"צ כומ"ס. וכן מבואר בר"ן דבהך משתעבדנ' לך ולכל דאתא מחמתך הוי שעבוד ד"ת ולכך א"י למחול והרמב"ן סובר דהוי דרבנן הואיל ואין ברירה והוא כתב דלא שייך בהו אין ברירה. וכמש"ל בסי' נו"ן ע"ש וא"כ דמכירתו ד"ת פשיטא דא"צ כומ"ס דהא כך

אמרו דלכך מכירת שטרות דרבנן דאנה נזכר בתורה כומ"ס וא"כ הא בזה יש מהתורה כומ"ס ואם קבלה נקבל בכל שטרות אלא ברור דא"צ כומ"ס כלל ומה שהקשה הש"ך לקמן ס"ק פ"ה א"כ הא דטענו על הראב"ד מה דאמרינן בגיטין דבכל השטרות נעשה כאומר משתעבדנ' לך וכו' א"כ ליתא לדשמואל דהא א"א למחול בקיצור ה"ל להקשות לנפשי' דא"כ דבכל הלואה הוי כאומר א"כ איך שום שטר צריך כומ"ס ונפל מחלוקת רבי וחכמים בבירא. הא לא קשי' דודאי דהוי בשעת הלואה כאומר משתעבדנ' לך וכו' וכי באומר משתעבדנ' לך ואין כותב שטר נשתעבדו נכסי' לגבות משעבדי הא אין טורף ממשעבדי רק בשטר דהוא משוי ליה השעבוד וא"כ כשאין נכתב בשטר לך ולכל דאתא מחמתך אף דאמר לו בשעת הלואה בע"פ מ"מ אין הלוקח שטר יכול לטרוף משעבדי דהא לא נשתעבד לו כלל בשטר ולכך צריך כומ"ס דיש לו כל כח כמו המלוה ראשון וטורף ממשעבדי וא"ש משא"כ בנכתב בשטר לכל דאתא מחמתך אף מלקוח' טורף דהא כתב בשטר וא"ש ולכך הקשו מן מחילה ולכן דברי הת"ה נכונים ואין בהם פתלתול. ומה שקשה מן סי' נו"ן כבר ישבתי לעיל בסי' נו"ן בטוב טעם ודעת ע"ש:

ח **ולכל מי שמוציאו** וה"ה אם זה הקנה לאחר ואחר לאחר עד סוף כל אדם א"צ וכן בכתוב בשטר לכל דאתא מחמתו הכוונה עד סוף כל אפילו בלוקח שלישי וכו' כ"כ הרשב"א בפ"ק דגיטין וכן מוכח מר"ן דכתב דלכך לא שייך בי' אין ברירה דהרי יוכל ליתנם לכל אדם בזה אחר זה ע"ש והדבר מוכרח:

ט **בחליפין כו'** הש"ך גם בזה השיג את"ה דס"ל דר"ה מספקא ליה אי חליפין הוי כמסירה ובאמת ר"ה ס"ל דלא מהני ק"ס בשטרות ולכן אפילו בשטר שכתב סתם לכל המוציאו לא מהני חליפין. ואני כבר כתבתי ברישׁ סי' דכל שאתה מוציאו בקנינו מכללא דשארי שטרות דשאר שטרות צריכין קנין כומ"ס וזה אין צריך אי אתה יכול לדון בו דבר חדש לתת בו הבדל בינו לשארי קניני מטלטלין דבממ"נ מי חידש לנו קנין אחר מה שלא נזכר בגמ' אי הוא נכלל בתוך שארי שטרות אף אתה תצריכו כומ"ס ואי לאו מנ"ל לחדש בו קנין אחר והרי הוא בכלל קנין כשארי מטלטלין בק"ס וכדומה קניני' המועילי' וכמו שכתבתי לעיל ובפרט לפי מ"ש דעל שעבוד נכסי הלוה א"צ קנין דהרי נשתעבד לו הלוה ולכך א"צ רק מסירה א"כ אף מסירה א"צ רק לקנין הנייר ובק"ס סגי. ומהכ"ת לחדש בו דבר חדש בדבר ממוצע לומר כתיבה א"צ רק מסירה דבר זו לא שמענו ובפרט כי הך דינא דק"ס לא אלי' כמסירה בלא"ה רבו המחברי' החולקים כמש"ל בסעיף ד' וא"כ הבו דלא לוסיף ועיי' תשובת הרא"ש כלל פ"ה ס"ב דכתב להדיא דס"ל לרשב"ם דקנין סודר מהני בשטרות היינו דאזיל לשיטתו דס"ל אותיות נקנים במסירה גרידא ע"ש

הרי דבמקום דנקני' במסירה גרידא דקיל בי' הקנין אף בחליפין סגי והרי הדבר מבואר ומה כל החרדה וקול הכהן הגדול הזה והדבר ברור:

י **אלא צריך וכו'** המחבר נמשך אחר לשון הטור ויש לדקדק הטור אזיל לשיטתו דפסק לקמן ס"ס קצ"א דשטרי דידן שטרי ראי' ולא שטרי קנין ואין קונין בו שדה וא"כ אף אותיות אינם ניקנים דבעינן שטר מקנה אבל לפי דהעלה המחבר לקמן דשטרי דידן אעפ"י דכתוב בי' שנתתי ושמכרתי מ"מ שטרי קנין הם וקונין בו שדה א"כ ה"ה אותיות יש לקנות בי'. וכן מצאתי להרב בעל בני יעקב שהרגיש בזה והניחו בצ"ע ולכן הדבר צריך תלמוד ועימש"ל סי' קצ"א:

יא **לא קנאם וכו'** והש"ך הביא תשובת ריטב"א דס"ל בכלל נכסי אף שעבוד בכלל נכסיו וכשאמר נכסי אף שעבוד ניתן וכאומר קני לך איהו וכל שעבודא: ואולי הריטב"א לשיטתו דס"ל מכירת שטרות דאורייתא והיינו דיש להמלוה יד בשעבודו של לוה ונכסיו עד שיכול למוכרן ולכך שפיר י"ל דשעבוד בכלל נכסיו דהרי הוא בכלל שחל עליו מכירה אבל לפי דקי"ל מכירת שטרות ליתא ד"ת דאין כאן שום ממש שיחול עליו הקנין דאין למלוה ברשותו דבר וב"ח מכאן ולהבא גובה אף בכלל נכסי לא שייכי ולא חל הלשון נכסי כלל אשעבוד. ובאמת זה תלי' במחלוק' דלקמן סי' רנ"ג בש"מ שאמר שטרי לפלוני אי צ"ל קני לך איהו וכל שעבודא או אין צריך דאי צריך לכאורה הדבר מוכרח כמ"ש הריטב"א דהא אמרינן ש"מ שאמר נכסי לפלוני שטרי בכלל מדתניא וכו' וקשה בממ"נ אי אמר בפי' הן וכל שעבוד' מה צריך לראי' הא אמר להדיא הן וכל שעבוד' וחזינא דנתכוון לשטרות והכי דייק הרא"ש בתשובה כלל ע"ה ד"ב דלא היה שם מסירה בשטר ע"ש ואי לא אמר מה יהני דשטר בכלל נכסי הא צ"ל הן וכל שעבודן ועכצ"ל כריטב"א דנכסי הוי כמו כל שעבודן ומזה יליף הריטב"א דינו עיי' בנ"י. כי מ"ש בקדושין מהך כאותו ששנינו נכסי' שיש להם אחריות וכו' אין כאן ראי' דבאמת כתב רשב"א בחדושיו דצ"ל קני לך איהו וכו' והגמ' מקצר דכמו דצ"ל אגב וקני ולא נזכר בגמ'. אבל לפי דעת המחבר ורוב פוסקים כמש"ל בסי' רנ"ג דא"צ לומר כלל בש"מ איהו וכל שעבוד דאי' בי'. א"כ אין כאן ראי' כלל מהך דשטרות בכלל נכסי א"כ מי מכריח אותנו לדוחק הלזה דשעבוד בכלל נכסי' ובפרט אי מכירות אותיות דרבנן וכמ"ש וכ"כ דאין לנו ראי' ברורה מהכ"ת לומר כן. אלא דקשי' ליה על רשב"א דהוא סובר כהך רבוות' דש"מ שאמר שטרי לפלוני צ"ל קני איהו וכל שעבודא דאי' בי': וא"כ ראי' הנ"ל מוכרח ומ"מ פסק דאין שעבוד' בכלל נכסים וקו' הנ"ל במקומו וצ"ל דס"ל לרשב"א באמת הא דאצטריך הגמ' להביא ראי' דשטרו' בכלל נכסי' נ"מ בשטרות דא"צ לומר קני לך איהו דהיינו

שכתב בו לכל המוציאו דא"צ לומר כלל וכל שעבוד' דשעבוד' ממילא חל דהרי נשתעבד לכל המוציאו וסגי בקנין חליפין כמש"ל וא"כ אצ"ל כלל להלוקח ומקבל כל שעבוד' דאי' בי' ובזה קמ"ל הגמר' באומר נכסי סתם דשטרי בכלל נכסי אינן. משא"כ בשארי שטרות פשיטא דלא נ"מ כלל דבממ"נ אי אמר הן וכל שעבודן הא אמר ואי לאו מ"מ לא מהני ודוק וזה ראי' ג"כ לדידן הנ"ל דבכה"ג שטרות אפי' אמירה א"צ שוב ראיתי בנ"י פ' הספינה משמע דס"ל לרשב"א לחלק בש"מ גופי' באומר שטרי צריך לומר איהו וכל שעבודא אבל באומר נכסי בכולל הקילו עליו דאצ"ל והדבר דחוק בעצמותו וגם מנ"ל להגמ' הא דהא הגמ' הביא ראי' מהך כאותו ששנינו נכסי' שיש להם וכו' ושם הא פירש הרשב"א להדיא כמש"ל דצ"ל קני וכו' ולכן יותר ברור כמש"ל וצ"ע כי לשונו בתשובה לא משמע כן דכתב דא"א להעמידו בבריא ואם כמ"ש אף בבריא יכול להעמידו בהקנה לו אגב קרקע וכדומה ולכן נוטי' הדברים דס"ל לרשב"א דלשון נכסי אי גם שעבודא בכלל או לא הדבר סתום ובבריא אמר אי איתא דנתכוון לשעבודא ה"ל לפרש משא"כ בש"מ דלא שייך כן דלקצר קעביד ולכך אף שעבוד בכלל וזה דוחק. וגם מה ראי' יש כמש"ל דשם לא מיירי אלא דגוף שטר בכלל נכסי' ולא שעבוד דהא בבריא באמת אין שעבוד בכלל וצ"ע:

יב **שצריך מסירת השטר קודם** וכתב הסמ"ע דה"ה בבת א' ג"כ מועיל ולא אתא אלא לאפוקי דאין להקדים הכתיבה למסירה והש"ך בס"ק י"ד פקפק דאין לסמ"ע ראי' בזה. ואולם בסעיף שלפני זה בנותן כל נכסיו א"ק וכתב בשטר ההוא איהו וכל שעבוד' מועיל אף דהמסירה וכתיבה באי' כאחד כי כשזיכה בקרקע וה"ל מסירה אז חל כתיבה ג"כ וזהו ראי' ברורה לדברי הסמ"ע אך מ"מ פקפק הש"ך דא"א לצמצם ולכך טוב לעשות מסירה מקדם ועל זה אינו ראי' מהך דלעיל דשם ודאי באים כאחד:

יג **בקנין חליפין וכו'** הרבה תמהו דמה להטור להביא דברי הרמב"ן בסוף והמחבר סתם הדברים מה שיש בו מחלוקת והרמב"ן בעצמו בבע"ת שער נ"א ח"ג דין ד' כתב דנראי' בסברא דברי הראב"ד ונוטי' לדבריו דברי ר"י בן מיגאש. והתוס' בב"ק מספקא לי' אי חליפין מועיל ע"ש ואולם באמת על הטור אין כ"כ תמיה דאף דכתבו דנראה דהרא"ש ס"ל כראב"ד דחליפין הוי כמסירה דהא כתב הרא"ש בפ' הספינה ומיהו אותיות לא מקני אגב קרקע בלי שטר וכן בקנין בלי כתיבת השטר עכ"ל הרי דבשטר מהני קנין כמו מסירה וכ"כ הרא"ש בתשובה סי' ע"ה דין ב' דרשב"ם דמפרש נכסי לפלוני שטרי בכלל בבריא ובקנין לטעמו אזיל דס"ל אותיות נקנין במסירה וה"ה לחליפין וא"כ האיך העלים הטור עין מדברי אביו ז"ל. יש לומר דס"ל לטור כרמב"ן שם בבעה"ת דהך תלי' בזה דאם

מפרשינן מסירה דקתני באותיות צריך הגבהה ומשיכה עמו רק עוד צריך למסור מיד ליד א"כ מה יהני חליפין וכי עדיף ממשיכה והגבהה בשליפי זוטרי דלא מהני ולמה יועיל קנין וזהו הטענה שטען שם הרמב"ן על הראב"ד ע"ש וא"כ לפי דפסק הרא"ש כן א"א לומר דיהיה חליפין מועילי'. ועוד נרא' דלפי התו' והרא"ש בהא דפרכינן מן כיון שהחזיק בשדה נקנה השטר בכל מקום שהוא והקשו תו' ורא"ש התם דשטר נכתב על שם לוקח פשיטא דא"צ לקנין יותר ממסירה והיינו משום דגוף השטר שנכתב על הלוקח ה"ל ככתיבה ותי' דס"ל דאגב קנין גרוע הוא ומכל מקום מהני במקום מסירה מיניה נשמע דמסירה לחודא במסירה מעליא מהני ותי' הגמ' דאגב קנין חשוב הוא. ולפ"ז ע"כ בס"ד ס"ל דחליפין לא מהני כמו מסירה דאי מהני מה צריך לפלפל מאגב הא אפילו חליפין מהני וכי ס"ד דאגב גרע מחליפין ועכצ"ל דבאמת ס"ל חליפין לא מהני וא"כ התרצן דמשני אגב שאני דחשיב מ"מ בחליפין לא זז הס"ד ממקומו דהא בס"ד ס"ל אפילו לרבי בעי מסירה כשהשטר לא נכתב על שם הלוקח אפילו אגב לא מהני ומכ"ש חליפין ומיני' למסקנא דאגב חשיב זהו קאי כס"ד דחליפין לא מהני לרבי ומיניה נשמע לרבנן דאין לנו לחלק בין מסירה דרבי למסירה דרבנן דהא רבנן עלה קאי דרבי וזהו פשוט. ולכך י"ל במה דכתב הרא"ש דרשב"ם ס"ל דק"ס הוי כמסירה משום דלרשב"ם אין כאן ראי' מהך דאגב שאני דהיא אזיל לשיטתו כמ"ש התו' שם ד"ה נקנה כו' בשמו דס"ד לא ידע כלל מהך דקנין אגב א"כ שפיר י"ל דק"ס הוי כמסירה אבל לפירוש התו' ורא"ש א"א לומר כן וכ"כ הרמב"ן שם בבעה"ת להדיא דלראב"ד דס"ל חליפין הוי כמסירה צ"ל דהא דמשני אגב שאני כפי' הרי"ף דהוי כמו כומ"ס ולא כפי' ר"ח דהוי כמסירה לחוד וא"כ התו' ורא"ש דס"ל כפי' ר"ח ליתא לדינא דראב"ד. וצ"ל דמ"ש הרא"ש דלא מקני בקנין בלי כתיבת השטר לא מיירי מקנין סודר דהוא לא איירי בהו מקדם כלל אלא הכוונה קנין של משיכה או הגבהה הראוי להקנות בו שטר מ"מ אין מועיל לבדו בלי שטר דקי"ל דלא כרשב"ם דאותיות ניקני' במסירה גרידא. ולדעת ר"ת דקנין כו"מ ד"ת קשה מהתורה מה יועיל מסירה לקנין גוף נייר הא ד"ת משיכה אין קנין כלל לפי דקי"ל כר"י ומה מעלה ומה מוריד משיכה ועכצ"ל ק"ס וזהו קנין דאורייתא רק לפי דתקנו משיכה מועיל קי"ל דמסירה מועיל ודוק. אך אין זה מספיק במחבר דס"ל לקמן בסעיף יו"ד דאגב לחוד הוי ככמו"ס וא"כ שפיר י"ל כראב"ד וסייעתו ובפרט שכתב בסעיף ט' די"ל מסירה לא בעי מיד ליד א"כ אף חליפין יהני וע"ש בש"ך דכתב דזהו עיקר דא"צ מיד ליד א"כ למה יגרע חליפין משארי קניני'. והא הרמב"ן דחולק נר' דנמשך אחר דעת קדמונים דס"ל דלא מהני משיכה או הגבהה לחוד אבל לפי הך דעה דבזו לחוד מיקני א"כ אף חליפין מהני

דלמה משונה זו משאר קניני' ובאמת לולי דעת הרמב"ן ז"ל דתלי' זה בזה כמ"ש ולזו נוטי' דעת הטור הייתי אומר דהא דמספקא ליה לתו' בב"ק אי חליפין מהני אצל שטרות אף דדעתם כמש"ל בהרא"ש וא"כ תו ליכא ספק לכאורה דחליפין לא מהני די"ל דקנין עדיף ממשיכה ומאגב דכל הטעם דלא מהני משיכה דודאי לנייר בעלמא פשיטא דמהני משיכה רק לקנות השעבוד מצריך המסירה לסייע לכתיבה שיקנה קצת שעבוד ולכך לא אלים משיכה דמה טיבו של משיכה לשעבוד השעבוד קרקעות לית בי' משיכה: ולכך הוסיפו איזה שופרא בקנינו דבעי מיד ליד וכמ"ש הרמב"ן להדיא שם אבל בקנין חליפין שמקנה לו השטר הקנין חל קצת ג"כ על שעבוד דמקנה בקנין חליפין שעבוד קרקע כמו דמקנה קרקע גופו. והלא לכך אמרו דצריך שטר הואיל ואי' בי' שעבוד קרקע וא"כ הוא הדבר בחליפי' ג"כ דקרקע נקני' בו ואף השעבוד נקני' בו וה"ל כמו מסירה דמועיל לגבי נייר ולגבי שעבוד וא"כ אף דס"ד דאגב קנין גרוע הוא הטעם ג"כ דאין מועיל לשעבודו של קרקע דהא קרקע אינה נקני' באגב וגם שעבודו אין נקנית אבל ק"ס עדיף: וא"כ י"ל דק"ס מהני ודאי כמו מסירה ולכך נסתפקו התו' בב"ק. איברא דברשב"ם יש להבין כפי מ"ש הרא"ש בדבריו דס"ל דק"ס מועיל כמו מסירה ולכך ס"ל הא דאמרינן נכסי לפלוני דשטרי בכלל נכסי אף בבריא איירי ובקנין דס"ל אותיות נקנות במסירה בדף קנ"א באימ' דר"ע חסידא דאמרה שטרי לברי ואתו לקמי דר"נ דלא משך וא"ל דברי ש"מ ככתובי' ומסורי' ופי' שם רשב"ם או דהיה במקצת או בכולו וקנו מיניה ע"ש במהרש"א עכ"פ היה קנין ומה פריך והא לא משך הא קנין ה"ל כמשיכה: נרא' דהא דדחק עצמו הרשב"ם דהיה בקנין משום דרשב"ם ס"ל אף דהלכתא אפסקא לגי' שלו אותיות נקני' במסירה מ"מ ר' נחמן ס"ל כומ"ס כדמוכח מעובדא דסבתא פז"ב וכמ"ש התו' להדיא רק ס"ל לרשב"ם דלית הלכתא בהא כר"נ וא"כ קשי' לי' קושי' התו' מה פריך והא לא משך הא הך עובדא הוי קנרי' ר"כ ור"נ ס"ל בעינן כומ"ס ותי' התו' דידע מדברי ש"מ ככומ"ס דמי דוחק כנראה לכל מעיין ולכך ס"ל לרשב"ם כהנך דאמרי כיון דסתם קנין לכתיבה הוי ככתיבה אך זה ס"ל לרשב"ם וכן מסתבר דלא יהיה קנין משמש לשנים דיהיה במקום כתיבה ואף במקום מסירה כולי האי לא מקלינין בקנין אותיות מה דהחמירו חכמים בקנינו ולכך למ"ש דשם היה קנין פריך הגמרא והא לא משך דבשלמא משך א"כ משמש בקנין כמו כתיבה דלכתיבה עומד אבל כיון דלא משך א"כ הוי קנין כמסירה וחסר כתיבה ומשני הגמרא דא"צ דברי ש"מ ככומ"ס דמי וא"ש ועכ"פ נראה דהך הוי מחלוקת רבוות' כמ"ש כל מחברי' ויכול המוחזק לטעון קים לי' לכ"ע:

יד **אבל שט"ח וכו'** וכן פסק הטור ומחבר בסעיף למ"ד דא"י למחול ותמהני על הטור דהא כל זה למדו הבעה"ת מן הא דאמרינן קדשה במלוה שיש עליו משכון מקודשת דב"ח קונה משכון וזה עיקרו של הדין כמבואר בבעה"ת להדיא ואלו הטור בא"ע סי' כ"ח הביא דעת אביו הרא"ש ז"ל באחרונה דס"ל כדעת התו' דדוקא במשכון שלא בשעת הלוואתו אבל קידשה במשכון בשעת הלוואה אינה מקודשת וא"כ איך כתב כאן סתם ול"ל דלא יליף הטור הך דינא מן קידשה במשכון כמ"ש בעה"ת רק יליף לה מהא דאמרינן וכי לצור עפ"י צלוחיתו הוא צריך א"ל אין לצור ולצור משמע דיש מקום לומר דקני הנייר במסירה לחוד וכמ"ש הרמב"ן לולי דאין קנין לחצאין וקשה הא גופו של נייר הוא של לוה ואין לו למלוה רק שעבוד עליו שא"צ להחזיר ללוה עד שיפרענו וזייר אותו עד שיהיה נפרע כולו וא"כ ה"ל כמלוה שיש עליו משכון ובמה קנה אותו הלוקח עד שא"צ כומ"ס כלל וע"כ במלוה שיש עליו משכון קני' בלי כומ"ס אך עם כל זה כמ"ש דא"י למחול קשה א"כ למה אינה מקודשת הא במלוה בשטר גרידא דאמרו חכמים דאינה מקודשת ונתנו בגמרא הטעם או דלא קנה או דיכול למחול ולא סמכה דעת' וא"כ במלוה במשכון דקני' וא"י למחול לכ"ע מקודשת כמו לר"מ במלוה בשטר וקשה למה פסק שם דאינה מקודשת וצ"ע. כי דוחק לומר דהטור סמך עצמו בכאן על מה שכתב בא"ע. וגם על הרמ"א שהגיה בא"ע סי' כ"ח והביא דעת הרא"ש דדוקא שלא בשעת הלואה מקודשת אין לתמוה דה"ל להגיה כאן ג"כ די"ל דס"ל לעיקר לדינא דלא כרא"ש רק שם מפני חומרא דא"א דנ"מ אם קיבלה קדושין מאחר חשש להחמיר. והנה הרמ"א הביא שם דעת המרדכי דקידשה במשכון שיש לו מגוי א"מ דישראל מגוי לא קנה משכון ומוכח ג"כ דס"ל דיכול למחול או דלא קנה כלל דאל"כ למה גרע מקידשה בשטר לר"מ. וא"כ לפי דקי"ל בהל' פסח לדינא דישראל מגוי לא קנה משכון א"כ אף כאן לא קנה ויכול למחול קצת תימא מרמ"א שלא הביאו כאן:

טו **האי מסירה וכו'** הש"כ בס"ק כ"ב דעתו להכריע נגד פסקי תו' והרא"ש והטור ומחבר כי אם כרמב"ן ונ"י דמסירה גרוע כמו בספינה מהני בשטרות ואין דבריו מוכרחים לדחות כל הני רבוות' ובפרט כי הנראה בבעה"ת שער נ"א ח"ג דין ד' אף הרמב"ן לדינא ביטל דבריו מפני דברי התו' דהא הכריע למול הראב"ד דלא מהני ק"ס במקום מסירה וכתב להדיא שצריך הגבהה בשליפי זוטרא וברברבי משיכה ע"ש ונמשך אחרי דבר שמקובל בו ע"ש ואם הרמב"ן בעצמו ביטל דבריו איך יכריע הוא כנגדם ובאמת במחילה מכבוד הש"ך שסותר דברי עצמו דהוא הכריע לעיל ג"כ דבשום שטר אין מועיל חליפין דלא כראב"ד וכאן מכריע דקנין גרוע כמו מסירה מהני והא כל מה שהרמב"ן חוכך בראב"ד

הוא דצריך מסירה נוסף על קנין משיכה והגבהה: ואם כדבריו ודאי נראי' הדברים כראב"ד: ועוד הוא לקמן בס"ק כ"ד הכריע כרא"ש דשטר אין נקנה באגב ולדבריו צ"ל הא דפרכינן בגמרא כמש"ל בשם התו' דאם אגב דהוא קנין גרוע מועיל מהדין דמסירה דהוא קנין חשוב דיועיל ואלו הפי' כרמב"ן דמסירה הוא בלי משיכה והגבהה כלל מה חשיבתו הוא דבר שאין מועיל קנינו ממש בשום דוכתין ופשיטא דזה גרע מאגב ולכן דבריו סותרים זא"ז. איברא בהא דכתבו התו' והרא"ש והטור ומחבר א"נ אפילו לא בעי וכו' ג"כ יש להקשות איך ס"ד לתו' דלא בעי רק דעת אחרת מקנה א"כ למה עדיף זה מסירה דהוא רק משיכה או הגבהה מקנין א"ק שהוא קנין הנאמר בתורה כמו משיכה ואדרבא לפי דקי"ל כר"י ד"ת מעות קונות אין משיכה כלל קונה מד"ת ואגב קנין תורה א"כ מהכ"ת לומר דמסירה עדיף מאגב הא גם באגב ד"ת מקנה כמו במשיכה והרא"ש ביאר להדיא דמסירה קנין חשוב הוא מן אגב ובאמת הרמב"ן כמ"ש בשמו בבעה"ת הזכיר להדיא דבעי מסירה מיד ליד בכל אופן וכן נראה מדברי הריטב"א לקידושין דף כ"ה ע"ש ולולי דמסתפינא הייתי אומר דודאי שני תי' בתו' צריכין דודאי יש להבין למה אגב לא בעינן מסירה ליד ליד ואלו הגבהה ומשיכה יצטרך מיד ליד מה אולמא דהאי קנין מהאי קנין ולכן י"ל דתלי' במחלוקת דר"י ור"ל דאי משיכה לאו מפורשת בתורה א"כ אין משיכה קנין כלל מהתורה ועיין אסיפת זקנים בשם רבים חכמים שטרחו למצוא דרך לר"י במה יקנו מתנם ד"ת ואמרו באגב ע"ש. ולכך בעי בצירוף משיכה והגבהה מסירה מיד ליד להקנותו וזהו קנין חשוב למסירה מיד ליד אבל אגב דהוא קנין תורה א"צ מיד ליד משא"כ לר"ל דס"ל משיכה קנין ד"ת וא"כ מ"ש משיכה והגבהה מן אגב ועכצ"ל לר"ל באמת דנקט מסירה הוא למעוטי הפקר וזהו אף באגב לא קני ובזו נתכוון התו' בשני תי' חד לר"י וחד לר"ל וא"כ לקמן דפריך הגמרא לדידן דקי"ל כר"י שפיר פריך הגמ' דמסירה חשוב דהוי מיד ליד דלר"י בעינן כך דצריך קנין חשוב וא"כ לדינא לר"י בעינן מיד ליד ומכ"ש דבעינן דעת אחרת דזהו צריך אפילו לר"ל ומכ"ש לר"י וצ"ע כי לא מצאתי בזה דבר למחברים:

טו **לפיכך הזוכה בשטר הפקר כו'** עיין בש"ך שהקשה מ"ש מהר"ם לובלין דהא בלא"ה לפי דקי"ל דבעינן כומ"ס א"א למצוא בהפקר דהא לי' לי' כתיבה והש"ך הוסיף להקשות דהא הלוה זוכה בהחוב כמו בגר שמת דפקע חובו ותירץ הש"ך דאיירי שכתב בו לכל המוציאו דא"צ כתיבה ועל קושי' שני' תי' דאיירי בשטר כה"ג על כותי ודבריו בלתי נכונים דמ"ש דאיירי בשטר של כותי מה בכך דכיון דבשל ישראל בכה"ג פקע שעבודו אף בגוי הדין כן וא"כ תו לא חייב הגוי לאותו ישראל וא"כ הדין כל הקודם זכה כזוכה

מהפקר וכל הקודם לגבות מהגוי זכה ומה נ"מ בשטר כבר נעשה חספא וכמו כן בקושי' ראשונה ג"כ קשה דהא רבי אומר במסירה וחכמים עד שיכתוב וימסור וע"כ לא איירי בשטר כה"ג דזה אף לרבנן א"צ כתיבה ומ"מ קאמר רבי במסירה וגם ח"א עד שיכתוב וימסור ומזה דייקו התוספות דמסירה יש בו דבר נוסף מן משיכה דעלמא לשיטת הש"ך הא בהך שטרות ליכא במציאות דבר נוסף ונ"מ במסירה דלא מצינו בי' הפקר ובפרט לפי מש"ל כדעת הת"ה דבכה"ג אפילו חליפין מהני ולא נאמר בו מסירה כלל דיצא מכללו של קנין שטרות וכמש"ל באריכ' וא"כ ל"ל הכי. ולי נראה בישובן דבר פשוט דכן יש לדקדק בתו' ב"ב דף ע"ו מ"ב בד"ה קני וכו' דכתבו הא דמיעט הקרא שטרות מאונאה אף דמכירתן אינו ד"ת דמשכחת לי' שמצא שטר לאחר יאוש והוא מכרו לבעליו ביוקר וקשה הא גוף החוב נפקע ומה יועיל החזרתו חספא בעלמא הוא וע"כ צ"ל דמהחוב בעצמו לא אתייאש רק משט"ח ועיין מש"ל בסי' ס"ה אי יאוש שייך בחוב לגבי לוה ע"ש וא"כ אף כאן הכוונה דנתייאש מן שט"ח דנגע בו משום הפקר אבל מגוף החוב על לוה לא אתייאש ולא הפקירו כלל וזה שט"ח מצא אחד ובאמת בגוף הנייר זכה זה המוצא ובכל שט"ח אבל לא בחוב והוא הולך אח"כ למלוה למוכרו וליתן לו על החוב כתיבה אין יכול דהא כתיבה בלי מסירה לא מהני וכאן ליכא מסירה דמסירה בעינן מדעת אחרים מקנה אותו וכאן הא על מסירה ליכא דעת אחרת דכבר זכה בהפקר וא"כ אין כאן רק כתיבה על החוב ואין כאן מסירה לקנין שטר וא"כ דבר המועיל על גוף החוב כי כתיבה אינו מועיל עד שיהיה מסירה עמו וכאן הא ליכא מסירה המועילו לקנין שעבוד דאין מועיל מה שכבר זכה בו מהפקר ובפרט כיון שזה הפקיר שטרו א"כ תו נשאר חוב שלו כמו מלוה בלי שטר דא"י להקנותו לאחר דבעי מסירה עמו ואף בזו ליכא מסירה מדעת אחרת וזה ברור ונכון ופשוט. אמנם בסמ"ג דכתב בשטר גר שמת דלא קנה המושך בחוב דמאן מקנה לו והקשה הש"ך הא כיון שמת זכה הלוה ומה שתי' הש"ך בגוי מלבד דבסמ"ג נאמר גר אף דכבר כתבתי לעיל דא"א לומר כן דא"כ עדיין קשה הל"ל כל הקודם זכה וגם הסמ"ג כתב לדברי האומר אותיות נקנית במסירה וכו' ואלו כפי' הש"ך הא יתכן לכ"ע ולכן נראה ברור דלשון מושאל הוא בסמ"ג ושיגרא דלישנא הוא דנקט חוב רק עיקר הכוונה בגר שיש לו שטרי קנין ממכר או ממתנה שקנה שדות וקרקעות וזהו במותו לא נפקע שיזכה בו המוכר דהרי השדה מוחלט לגר ואל"כ נכסי גר בסתמא היכי משכחת לי' וא"כ אם בא ישראל וזכה בו בשטר ההוא והוא שטר קנין ולמ"ד אותיות נקני' במסירה אלו מסרו לו הגר שטר ההוא היה זוכה בשדה וא"כ ה"א ה"ה הזוכה בשטר עצמו יזכה בשדה ולכך קאמר דבעי דעת אחרת מקנה ולא זכה בשטר

לזכות בו בשדה הגר וא"ש ולכך לא כתבו הסמ"ג רק למ"ד אותיות נקני' במסירה דלמ"ד כומ"ס לא שייך זה דהא בלא"ה לית לי' כתיבה מהגר כקושי' מהר"ם וגם בתו' יש לפרש דמיירי בהך שטרות ולכך לא הקשה מהר"ם רק קושי' ראשונה ולא קושי' הש"ך ודוק:

טז **המקנה כו'** זהו נלמוד מהא דאמרינן דאם קדם המוכר וכתב לו השטר כיון שזכה בשדה נקני' לו השטר בכ"מ שהוא ודייק הגמרא מיניה דא"צ כומ"ס ומשני אגב שאני ומזה למדו דקנין אגב מועיל במקום כומ"ס והנה מזה יליף הרשב"א בחדושיו לקדושין וכן בתשובה כמש"ל בסימן נ"ה בתומים ס"ק כ' דאם צוה לכתוב שט"ח שחייב לשמעון מנה ואמר יהיה בידכם או בידי עד שאתרצה ליתנו לו ואח"כ נתרצה בעי כומ"ס דלא הוי מתחילה שטר של מקנה ע"ש והוכיח דאלו יש הבדל בין שטר שנעשה על שמעון או שיש לו על אחר לא הוי הגמרא מקשה מידי להוכיח דאגב מועיל כמו כומ"ס אלא דס"ל לגמרא דאין חילוק והא דפרכינן בריש דב"מ כי נמלך מה הוי הא עבחז"ל אף דצריך כומ"ס ומי יתן די"ל דס"ד דלא בעי מטי לידו דיד עדים הוי יד מלוה וכאלו בא לידו אף כומ"ס אין צריך: ולפ"ז קשה להמחבר והרמ"א דקיימו וקבלו להלכה דין זה דלא כתו' ורא"ש דבאמת יש הבדל ודווקא בכה"ג מהני אגב א"כ ה"ל להביאו דין זה להלכה דאם כתבו עדים שטר ע"ת שאם יתרצה ליתן לו שצריך אח"כ כומ"ס ודבר זו לא נראה ולא נשמע בכל הש"ע ועיין לעיל סי' נ"ה ס"ק ב' דהבאתי כמה דוכתי דמבואר ההיפוך דא"צ כומ"ס. ולכן נראה דס"ל לא כמ"ש הרשב"א דהפי' אם קדמו וכתבו שטר למוכר הוא השטר ממוכר ללוקח על שדה זו הנמכרת דכבר הקשו איך אפשר הא ה"ל מוקדם ובאקנייתא א"א ותחת ידי עדים כבר הקשה הרשב"א בחדושיו דקנה השטר בכ"מ שהוא לא משמע כן ולכן ס"ל הפירוש כמ"ש ריטב"א לקדושין דיש למוכר שטר ממוכר שלו על שדה והוא מכרה לאחר כיון שהחזיק הלוקח בשדה זכה בשטר שיש לו למוכר ממוכר שלו וא"כ הוי שפיר בשטר דעלמא ויפה דייק הגמרא דשטר נקנה בכומ"ס דהא שטר זה מעולם לא נכתב על שם לוקח זה ונקנה באגב ומשני אגב שאני. ובהכי ניחא הא דהשמיט המחבר הך דינא דאם קדם מוכר ונכתב לו שטר והרמב"ם הביאו בפ"ו מהל' מכירה והש"ע לא הביאו בשום דוכתין משום דס"ל הפי' כריטב"א וא"כ הרי זה כשארי שטרות ומה צורך בו להודיעני דנקנה באגב דהיא היא מ"ש בכל שטר' אבל באמת באותו שטר שנכתב על שם לוקח א"צ לכומ"ס כלל ולכך לא הובא דין זה בש"ע כלל וא"ש והרמב"ם דמפרש דלא כריטב"א לשיטתו דס"ל בשטר מכר כותבין למוכר שטר אחר בלי קנין כמש"ל בסימן ס"ה באריכות ולק"מ ודוק:

יז **וי"א דשטר אין נקנה באגב** ובתשובת הרא"ש כלל ע"ה ס"ג מבואר דמ"מ משתעבדי באגב וכתב הרא"ש שם דאלים כח שעבוד מכח מכר כדחזינן דא"י למכור דשלב"ל ודאקני מהני לשעבד דשלב"ל וכתב הש"ך דאין דמיונו יפה דכאן אין גופו ממון ובמה יחול שעבוד והא אפילו במכירה לכ"ע צ"ל קני לך איהו וכל שעבודו והרשב"א בתשובה סי' תתקי"ד כתב להדיא ההיפוך דאפילו יכול למכור באגב לא משתעבד ובפרט דלא כתב קני לך איהו וכו' וע"ש והנה יש להבין בתשובת הרשב"א דכתב דלא משתעבדי הואיל ואין גופן ממון וכו' ואי משום נכסי לוה אותן נכסים אפילו גבה אותו בסוף הרי הן כשעבוד שנשתעבדו לו ועדיין לא גבה אותן דקי"ל כרבא מכאן ולהבא גובה וה"ה דלא חל שעבודם אפילו בפי' וכו' ויש להבין מה בכך דקי"ל כרבא היינו לענין מכירה וכ"כ התו' ויתר פוסקים דלכך לא מהני מכירה בשטרות על נכסים שיגבה ולא אמרינן דהא קרקע נקני בשטר וכמו כן שעבוד וא"כ אפילו מסירה לא יצטרך דלא חל מכירה דקי"ל מכאן ולהבא גובה ואי אקדיש או זבין לאו כלום הוא ע"ש ב"ב בתו' דף ע"ו ד"ה קני ע"ש: אבל בשעבוד דיכול לשעבד דשלב"ל א"כ הרי יכול לשעבד נכסים שיגבה מהלוה שלו ומה בכך דמכאן והלאה גובה הא שעבוד חל על דבר שלא בא לעולם ול"ל דמיירי בדלא כתב לי' דאקני הא רשב"א ס"ל דאקני ט"ס הוה כדלקמן סי' קי"ב ע"ש. ועוד הא ביאר אפילו בפירש השעבוד וצ"ל דודאי לענין תחילת גבי' פשיטא דמשתעבד רק שם בנדון כבר גבה ב"ח מאוחר משטרות והמוקדם בא להוציא דנשתעבדו לו באגב דיש לו שעבוד מא"ק וע"ז כתב רשב"א דאין מועיל שעבוד על נכסי' דהא מכאן ולהבא גובה ואי מחמת שעבוד א"כ ה"ל דאקני דחל השעבוד אז כשיגבו השטרות מהלוים וא"כ לא מיבעיא דגם לב"ח המאוחר יש כאן מא"ק ודאקני דזכה בגבייתו דהא קי"ל לוה ולוה קנה יחלקו ואי קדם המאוחר וגבה גבה אלא אף דאין למאוחר זה מ"מ הרשב"א לשיטתו דס"ל אף בדאקני קודם שקנה יכול לחזור כדלקמן בסי' קי"ב וא"כ כיון דלהבא גובה כ"ז שלא גבה מהלוה עדיין לא בא לעולם מיקרי והרשות בידו לחזור בו ואין לך חזרה גדול מזה שהגבה אותו לאחר לב"ח מאוחר וא"ש ולפ"ז להחולקים על הרשב"א לקמן וס"ל דא"י לחזור אי כתב לו דאקני או דאקני ט"ס פשיטא דגובה דהא נשתעבדו לו נכסי לוה כקושי' התו' ותי' התו' לא שייך בשעבוד כמ"ש וא"כ הרי נכסי לוה משועבדים לו כמ"ש רשב"א להדיא. ואמת כי יש להבין בתי' התו' דתי' דלכך לא חל מכירה דקי"ל מכאן ולהבא גובה לר"מ דס"ל אדם מוכר ומקדיש דשלב"ל מה א"ל וכי יחלוק ר"מ אהך קיניני שטר וביותר לרבי דס"ל בקדושין פ' האומר כר"מ דאדם מוכר דבר שלב"ל א"כ למה ס"ל לרבי במסירה ולא בכתיבה דהוא קנין תורה ואיך שביק לקנין של תורה ונקט

קנין דלא מהני ואפי' נימא דאף בכסף קרקע נקנה כמו בשטר והא דבעי מסירה עשוהו חכמים שלא יוכל המוכר לחזור קודם שגבה מהלוה דכ"ז שלא גבה הוי כלא בא לעולם ואם כן יוכל לחזור בו אף לרבי מאיר ולכך אף לרבי מאיר אמרינן שם בקדושין פ"ב לחד אוקימתא דאית ליה לשמואל דיכול למחול אף דלפמ"ש התו' הא לר"מ הוי מכירה תורה דהא יכול למכור דשלב"ל ובמכירה תורה ס"ל לתו' ופוסקים דא"י למחול די"ל דהוי כחזרה ואין לך חזרה יותר מזה שימחול לזה כל החוב ולכך פקע מכירה של תורה דחדא עדיין לרבי קשה תינח במכירה דקני בכספא במתנה מא"ל כמו שם במקדש אשה וכדומה למה עקרו לקנין תורה בשטרא והניחו על מסירה דלי' בו קנין כלל מהתורה. ועוד לרשב"א דס"ל באומר מעכשיו לר"מ א"י לחזור בו כמ"ש בחדושיו לקידושין א"כ עדיין מצאנו מכירה מספקת ד"ת שא"י לחזור ולמחול באומר מהיום ומכ"ש בכתיבה דקי"ל זמנו של שטר מוכיח וה"ל כמעכשיו. וביותר יש להבין לאביי דס"ל למפרע גובה ואי אקדיש או זבין הוי זבינא א"כ קושי' התו' במקומו דהא חל הקנין תיכף ולפי מ"ש מהרש"א בפסחים דהא דלאביי למפרע גובה היינו בקרקע אבל לא במטלטלין א"כ אצטריך כומ"ס אם הלוה משלם מטלטלין וכן יכול למחול דאמר הריני כאלו קבלתי מטלטלין מלוה וזהו לא שייך למפרע וצ"ע ביתומי' דלא משעבדי מטלטלין ואף דנימא דבאמת אביי לי' ליה דשמואל הדאמרינן בב"מ גבי מצא שובר דאביי אמר אפי' תימא דליתא לדשמואל מ"מ לשון אפי' תימא משמע דאין כאן הוכח' אבל מ"מ ס"ל לדשמואל וכן מוכח מתו' כתוב' דף י"ט ד"ה וכגון דהקשו הא מצי למחול וכן הקשו ברא"ש ור"נ וקשה הא אביי דאוקי לרב כגון שחב לאחרים ואביי אמר אפילו תימא וכו' אלא ברור דס"ל לדינא לא יחלוק אביי אדשמואל ועוד הא אביי ס"ל כרבי דאותיות נקני' במסירה גרידא כמ"ש התו' והרא"ש בפ' הספינ' וקשה למה הניחו קנין של תורה בכתיבה ומה שיש לומר בישובו הוא דודאי לר"מ ולרבי לק"מ דעיקר קנין דבעינן כומ"ס הוא לגבי הלוה דמצי לטעון זולתו לאו בעל דברים דידי וא"כ אף דיכול להקנות דשלב"ל והיינו קרקע זו שאגבה מלוה שלי יהיה שלך ובאמת קנה אבל כל כמה דלא גבהו אינו שלו א"כ אין לו דין ודברים לגבי הלוה דיאמר כשתגבה אז אתה זוכה בו אבל עדיין לאו נגבה ואף אתה אין לך זכי' בחוב כלל ולאו בעל דברים דידי את כלל ולכך צריך מסירה או כומ"ס מתיקון רבנן והא דחל מחילה אף דהוי קנין דאורייתא או דס"ל כמש"ל דהוי חזרה או דכבר כתבתי דר"מ ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ולאביי דס"ל למפרע הוא גובה י"ל דבאמת כתיבה מהני דהא אמר אביי להדיא אי זבין הוי זבינא רק ס"ל דחכמים הקילו בקנינו אי ליכא כתיבה דיהני מסירה ג"כ ובאמת אי מכרו בכתיבה לא מצי מחל

רק אי מכרו במסירה אז איתא לדשמואל ובזה א"ש דקאמר אביי אפילו תימא ליתא לדשמואל וכו' דמה ביקש בזה וכי יחלוק אדשמואל ועוד קשה הא מילתא דשמואל מוכח מהך משנה דהחובל דאמרי' פגיעתה רעה ומקשינן ותזבן לכתובה בטובת הנאה ומשנינן ש"מ איתא לדשמואל וא"כ איך יחלוק אביי מה דמוכח ממשנה וגם מה צורך רבא להוכיח מברייתא. אלא דודאי במסירה ס"ל לאביי דהוי קנין דרבנן ומצי מחל רק בכתיבה ס"ל דהוי קנין דאורייתא או במעות דכסף קונה והוי קנין תורה בזו לא מצי מחל ולכך חשש אביי שם בנפל אולי מכרה כתובה בשטר ואי זבין הוי זבינא וא"כ ליתא לדשמואל ולכך אמר אפילו ליתא לדשמואל מ"מ ליכא למיחש דשטר כתובה בידה וכו' ושם בב"ק בהחובל ליכא להקשות תזבין בשטר או כסף דשם בכתובה מודה אביי דלא למפרע גובה דהא אפשר דלא אתא לכלל גבי' מעולם דאם תמות בעלה יורשה וליכא כאן גביה ברורה ופשיטא דלא אמרינן למפרע גובה אבל בב"מ איירי בנתגרשה שפיר יש קנין דאורייתא. או י"ל דאביי דס"ל שעבודא לאו דאורייתא שפיר מצי מחל דאף דלמפרע גובה היינו מדרבנן דשווינהו לשעבודא אבל מהתורה אין כאן שעבוד כלל ואיך שייך למפרע גובה מה דלא נשתעבדו כלל הנכסים וכל הקנין הכל מדרבנן וא"כ אף הוא מצי למחול וקושי' התו' הוא לדידן דקי"ל ש"ד ולזה מתרץ התו' דאנן קי"ל דמכאן ולהבא גובה כרבא אבל לאביי לק"מ דס"ל שעבודא לאו דאורייתא: ויותר נראה דס"ל לתו' כמ"ש בעל עיטור ובעל התרומות בשער מ"ב ח"ב ד"ד בשם ר"ח דהא דפליגי אביי ורבא שם בפסחים היינו במשכנת' ואפותיקי אבל בסתם חוב אף אביי ס"ל מכאן ולהבא גובה וא"כ לק"מ בכל הנ"ל דהכל איירי בלי משכנת' ואפותיקי ולכך סתם התו' סתם דמכאן ולהבא גובה כאלו אין חולק ולהנך פוסקים דס"ל בכל גוונא איירי אביי וס"ל לרבא במטא זמנא אף הוא מודה דמצי למזבין צ"ל בקושי' התו' דודאי למכור בנחלה שיגיע לו מצי לזבין אבל לומר סתם קני לך איהו וכל שעבודא זה אינו בכלל מכירת הקרקע ודוק כי דברים אלו ניתן לכתוב ולעיין לברר דבר הברור כי לא מצאתי למחברים בו דבר ול"ל כמ"ש התו' בב"ק פ' המניח דהקדיש שור תם לר"י אף לאביי אינו מקודש למפרע הואיל לבסוף לא גבה דמזיק מסלק לניזק בזוזי אף כאן דמחל המלוה ה"ל כהך דהתם הקדיש דבר פרטי שור וא"כ אם יתן לו מעות אין הקדשו למפרע כלום דלא היה שלו מעולם אבל כאן דמכר כל שעבודו איך יכול להפקיע קנינו ועיין תו' גיטין דף מ"א ד"ה הקדש דכתבו להדיא בעשה עבדו אפותקי והקדישו או שחררו אינו יכול וכו' דלמפרע גובה ואם לא יכול לשחרר איך יכול למתיל ומה שיש לדקדק בדברי הרא"ש ורשב"א

מה צורך אי שטרות משתעבדים באגב או לא תיפוק ליה דמשתעבדא מר"נ בזה בררתי הדברים בס"ד סימן פ"ה וסימן קי"א כי שם מקומו ולשכנו תדרשו:

יח **ולענין הלכתא וכו'** והרב הש"ך בס"ק כ"ו האריך להכריע כסברת האומרים דאגב לא הוי רק כמו מסירה ובכל דבריו אין הכרע ולי נראה דהרא"ש והטור אזלי לשיטתן דס"ל כאביי עבחז"ל וא"כ שפיר מפרשי הא דאמר מנין כאותו ששנינו כותבין שטר למוכר איירי בכל שטרות דעבחז"ל וכמ"ש הרשב"א בחדושיו לקדושין וא"כ שפיר קשי' להו לתו' ורא"ש מה ראי' מהך דהתם פשיטא דא"צ כתיבה דהרי השטר נכתב על שם הלוקח ולכך פי' הסוגי' והא דמשני אגב שאני היינו דא"צ מסירה אבל לפי דלא קי"ל עבחז"ל קשה קושי' הרשב"א הא עדיין אין רשאין לכתוב רק בקנין וכמש"ל בס"ק י"ז וצ"ל הפי' יותר ברווח מ"ש הריטב"א לקדושין בשם רבו כנ"ל דזכה זה הלוקח בשטר שעשה המוכר למוכר שלו וא"כ דברי הגמ' ברורים דאגב מועיל לשטר אפי' לא נכתב בשם לוקח כלל (וצ"ל לפי' הא דאמר אם קדם מוכר וכו' ורבות' קתני לא מיבעיא בשטר דלאו אקניית' פשיטא דודאי הגיע השטר ליד זה המוכר אפי' בשטר דאקניית' דעדיין לא הגיע השטר כלל ליד זה המוכר מיד מוכרו רק עדיין ביד עדים מ"מ אם החזיק זה הלוקח בשדה זכה בשטר זה שביד עדים כיון דהיה בקנין הרי הוא כאלו כבר הגיע לידו וכמ"ש הריטב"א) ולק"מ ולכן לפי דקי"ל דלא אמרינן עבחז"ל יש כאן פנים מכרעת לדברי המחבר ועכ"פ ח"ו להכריע למולם ודי דנימא דהוא ספק והממע"ה והנה הרב הש"ך בס"ק הנ"ל הקשה דברי הרא"ש אהדדי דספ"ק דב"מ הביא בשם ר"ח דאגב ל"מ כלל אפילו במקום מסירה ודייק לי' מהא דמשני אביי בכתוב' יוצא מתחת ידה דמה בכך דלמא הקנה ללוקח באגב ואלו בפ' הספינה כתב הרא"ש דאגב בלי שטר לא מהני משמע דהוי כמו מסירה וכן משני בגמ' דאגב שאני והוי לפחות כמו מסירה וכמו שבאמת לא נמצא בשום חיבור שר"ח יחשוב דאפילו במקום מסירה לא יועיל אגב ובאמת צ"ע. ומה שנ"ל בישובו הוא כך דידוע לפי דעת התו' והרא"ש הך קושית הגמ' שם בספינה מהא כיון שהחזיק בשדה וכו' דס"ד דאגב קנין גרוע וכיון דחזינן דמועיל בשטר הנכתב על שם לוקח ראוי למסירה שהוא קנין חשוב יותר מאגב שיועיל בשארי שטרות ולמה אתה מצריך כומ"ס ומשני הגמ' אגב שאני דאין קנין גרוע וכו' אך זהו צ"ל למ"ד דבעי כומ"ס אבל למ"ד דסגי במסירה גרידא הך ס"ד קאי דאגב גרוע מן מסירה וכי מהני בשטר הנכתב על שם לוקח אבל בשארי שטרות בעינן קנין חשוב והיינו מסירה וא"כ יש הבדל למ"ד בעי כומ"ס צ"ל דאגב קנין חשוב א"כ מהני במקום מסירה בכל שטרות אבל למ"ד במסירה לחוד אמרינן כס"ד ואין מועיל בשאר שטרות אגב. אמנם לפי' הרי"ף

וסייעתו דלא ס"ל כפי' התו' ורא"ש וס"ל דאין הבדל בין שטר דעלמא ובין שטר הנכתב בשם הלוקח ולכך פריך הגמ' שפיר או דס"ל כמש"ל בשם ריטב"א ופשיטא דפריך שפיר ומשני הגמ' אגב שאני דמועיל במקום כומ"ס וא"כ ה"ה למ"ד דנקני' במסירה דאגב הוי כמו מסירה ובפרט דלשיטתו אין לחלק כנ"ל בין שטר לשטר וא"כ כי היכי דהתם בהחזיק בשדה זכה בשטר ה"ה בכל דוכתין וא"כ דברי ר"ח והרא"ש ברורים דר"ח דייק לי' מה משני אביי בשטר כתוב' יוצא מתחת ידה דלמא הקנה באגב ול"ל דאביי לטעמו דס"ל אותיות נקנים במסירה כנ"ל וא"כ אין אגב חשוב כמסירה דהא לשיטת הרי"ף דס"ל אגב הוי ככומ"ס ע"כ לאביי הוי כמסירה וכמ"ש ועכצ"ל דלס"ד צריך כומ"ס אין אגב רק כמו מסירה ופי' כמ"ש תו' דס"ד דאגב קנין גרוע וכמש"ל וא"כ לאביי אין מועיל כלל בשאר שטרות ולכך לשיטתו ליכא למיחש לאגב כלל אמנם לדידן דקי"ל דבעי כומ"ס אמרינן דאגב חשוב כמו מסירה ובפרט אם בעי ג"כ כתיבה א"צ כל כך קנין חשוב כמסירה דהא איכא כתיבה בהדיה וא"כ ודאי דאגב מהני דא"צ רק קנין לנייר דשעבוד נקנ' בכתיבה וא"ש לדידן דמהני אגב ומ"מ לאביי לק"מ דלאביי לא מהני דס"ל במסירה לחוד ורבא דאמר חיישינן לשתי כתובות ולא אמר באגב הקנהו דהא רבא ס"ל דצריך כומ"ס דרבא לשיטתו של אביי הקשה אפי' לדבריך דלמא היה ב' כתובות אך הא קשי' לאביי מה יועיל דשטר כתוב' בידה דלמא חייב לאחרים ואף דבכתובה לא שייך דר"נ כמ"ש מהרש"ל וא"כ כיון דלית גבי' דר"נ מצי הבעל לומר לב"ח לאו בעל דברים דידי את כמבואר בכתובות דף פ"א ע"ב להדיא מ"מ דלמא היה משעבד מא"ק ואף שטרות בכלל לדעת הרא"ש בתשובה דאף דאין נקנה באגב משתעבד באגב וצ"ל כמש"ל סי' מ"ז דמיירי דלית בי' נאמנות וא"כ הרי יכול לומר השבע לי משא"כ במוכר דלא אמרינן כן כדלעיל מ"ז ע"ש: או הואיל לא בריר' לן הגבי' דלמ' מיית' היא ברישא אף באגב לא משתעבד ומודה הרא"ש לרשב"א:

יט **אינו צריך עדי' לענין קנייתו** המ"מ כתב דדוחק ליתן טעם לחלק למה נאמן נגד המלוה ולא נגד הלוה ולפמש"ל דיכול לתפוס הכי ולומר דלדידי שוה כמו כל החוב אם כן לגבי התובע הוי מסירתו טענה ונר' דסבירא ליה לרמב"ם דזהו מילתא דל"ש שיטעון כן כומ"ס היה לי ואבד או באגב דכה"ג קלא אית ליה והלוקח נזהר בראי' שלו ובפרט הא לגבי הלוה לא מהימן ומצ"ל לאו בע"ד דידי את דא"כ וודאי נזהר בראי' שלו דאולי ידחוהו הלוה ולא מכניס נפשו בספק וגם אגב הא יוכל לברר בקנין הקרקע שהקנה לו כמ"ש הראב"ד בבעה"ת ע"ש רק אי טען מכל מקום הרי טענתו ענה אבל שיהיה נאמן בטענה אחרת במגו דהיה ליה שטר כומ"ס או קנין אגב לא אמרינן דה"ל מגו דלא

שכיח כלל ומגו דל"ש לא אמרינן ובהכי מיושב מה שקשה לשיט' זו מהך סבת' דסוף פז"ב דהימנ' ר"נ במגו דקלתא ולחד לישנא לא הימנ' משום דאתחזק בב"ד ולא הימנ' במגו דלקוח בידי בכומ"ס ואגב ואבד כמו דאמר רבא התם כמאן כמ"ד אותיות במסירה וכו' דזהו הוי מגו דל"ש ולא טענינן משא"כ למ"ד במסירה דאף לגבי הלוה נאמן שכיח משא"כ בזו דלא מהימן לגבי לוה לא שכיח דמהיכי תיתי לא יהיה נזהר בראי' הא מצי הלוה לטעון לאו בעל דברים דידי את וגם מהך סבת' דמלוגי דשטרא בפ' הכותב לק"מ דהא אית ליה מגו דלקוח דהוי מגו דל"ש:

כ **אבל צריך עדים לענין תביעתו וכו'** רבינו ב"י בא"ע סי' צ"ו כתב דלהרמב"ם דש"מ שאמר שטרי לפלוני א"צ לומר קני לך איהו וכל שעבודא א"צ להביא ראיה אפי' נגד הלוה אם יטעון נתן לי במתנת ש"מ (ודייק דהואיל דא"צ לומר דאל"כ קשה מה הבדל יש בין מתנת ש"מ לקנין אגב לדעת הרמב"ם אבל לפמ"ש ניחא דשם דצ"ל אם כן אין מה שהוא בידו ראי' כ"כ) והרב הש"ך בס"ק ל"ט השיג והביא ראי' מהר"ן ורמב"ן וכן ר"מ בר נתן בבעה"ת ע"ש והנה כל הני רבוות' גרירי בתר דעת הרי"ף דסבירא ליה דלא כרמב"ם דאין נאמן לומר כומ"ס היה לי ואבד כנודע ואם כן השטר בחזקת המוכר ונותן ולכך בכל טענתו אין נאמן בלי ראיה כי הכל בחזקת המוכר וכ"נ הדברים בבעה"ת שער נ"א ח"ח ע"ש אבל לשיטת הרמב"ם דנגד המוכר נאמן בכל דוכתי' לומר כומ"ס היה לי או נתנו באגב אם כן הרי הוא מוחזק בו ואם כן רק דלגבי לוה אינו נאמן הואיל ואתרע דאין לו ראיה אבל אם טוען מתנת ש"מ ניתן לי חזר הדבר כמ"ד דאותיות נקני' במסירה דלכ"ע א"צ להביא ראי' אם כן ה"ה במתנת ש"מ דהוי כמו למ"ד דנקנ' במסירה לבד דמ"ש והדברים כמעט מוכרחי' ברמב"ם דהא קשי' ליה מהא דאמרינן שם ב"ב אביי אמר צריך להביא ראי' ורבא אמר א"צ ופריך הגמרא א' מאחין ששטרות יוצאים מתחת ידו עליו להביא ראיה מה לאו ה"ה לאחר וכו' וקשה מה קושי' הא רבת סבירא ליה בעינן כומ"ס ואם כן דקאמר רבא היינו לגבי מוכר כמ"ש הר"ן מינאש להדיא ואם כן הא דתניא בברייתא דצריך להביא ראיה היינו לגבי הלוה דיכול לומר לאו בעל דברים וכו' ואעפ"י דאחד מאחין יכול לתבוע ללוה וא"צ הרשאה היינו כשאין האחין מוחין י"ל דמסתמא מרוצים למעשיו אבל כאן שהם צועקים ככרוכיא אל תתן לו פשיטא דיכול לומר לאו בע"ד דידי את וקושי' זו בלח"מ ובט"ז בשם מהרש"ק ז"ל ועיין לקמן סי' ע"ו ס"ט ובסמ"ע דמבואר דא"צ לתת לו לא' מאחין רק חלקו אלא ברור כמ"ש הב"י דהטוען במתנת ש"מ ניתן לי א"צ להביא ראיה אפילו נגד הלוה ואם כן א' מאחין דמיירי במות אביהם הרי נאמן לומר במתנת ש"מ ניתן לי וכן אם אומר שלי הוא ממקום אחר יש

לו מגו דהיה מתנת ש"מ בידי ונאמן ולכך שפיר דייק אביי לרבא והוצרך לשנויי אחי' שמטי מהדדי וכן הא דמוקמינן התם בשני יב"ש דמוציאין שט"ח על אחרים משום דאותיות נקני במסירה וא"צ להביא ראיה ולכאורה קשה לרמב"ם מה בכך הא נגד הלוה צריך ראי' ואיך מוציאין על אחרים ודוחק לומר כמ"ש הלח"מ דבשני יב"ש לכ"ע אמרינן דאף לגבי הלוה א"צ ראי' דשטרך בידי מה בעי ואי דנפל ל"ח ולפקדון ג"כ כיון דשמיה כשמי' לא מפקיד אבל בעלמא צריך ראי' נגד הלוה דיטעון אולי הפקיד אצלך דא"כ איך מייתי עליה ענין רבא ואביי ומייתי צריך וא"צ להביא ראיה מה דיש ב' פירושי' שונים דכאן אפילו לגבי הלוה א"צ ראי' וכאן רק גבי מלוה וצ"ל ג"כ כמ"ש דכי אמרינן לגבי הלוה צריך ראי' למ"ד צריך כומ"ס אם כן אין מסירתו ראי' על קנין שעבוד והוא דבא להוציא מיד הלוה בשעבודו ואין ראי' על השעבוד כלל דהא במסירה לא נקנה השעבוד משא"כ למ"ד דנקנה במסירה גרידא אף לגבי הלוה א"צ ראיה דמה שהוא בידו הרי ראי' שהוא שלו וכמו התופס במטלטלין דנאמן לקוח הוא ומ"ש שטר ממטלטלין כיון דהוא במסירה כמו מטלטלין משא"כ למ"ד כומ"ס עשוהו כקרקע ואין נאמן לגבי הלוה וא"ש דכי מוקמינן למשנה כמ"ד אותיות במסירה וא"צ להביא ראי' אף לגבי לוה א"צ לראיה ולכך מוציאין על אחדים ולכך מוקי ליה למ"ד אותיות במסירה ולדידן באמת אין הטעם במשנה משום כך רק דהכל יודעים דבמסירה לא קני ולא מקני ליה במסירה ולפקדון ג"כ ל"ח ולנפילה פשיטא כמ"ש התו' והמחברים וא"ש: ובזו יובן דבהל' מכירה פ"ו דין יו"ד פסק הרמב"ם לחלק דנגד המוכר א"צ ראיה אבל לגבי הלוה צריך ראי' והסכים עמו ראב"ד וכתב ג"כ הך סברא דכי אמרינן אותיות נקני במסירה אפילו לגבי הלוה א"צ ראי' דוק שם בדבריו ואולם בהל' נחלות פ"ט כתב הרמב"ם שאחד מהאחין שיצא מתחת ידו שט"ח שטוען שהיה לו כומ"ס או ניתן לו במתנת ש"מ עליו להביא ראי' בד"א באחין וכו' אבל אחר שטוען שניתן לו או שקנהו מבעליו גובה בו וא"צ להביא ראיה ע"כ וכתב הראב"ד הולך בדרך רבו דמפרש דא"צ להביא ראי' דיכול לומר שטר היה לי ואבד והך פי' לא דייק וכו' וסותר דברי עצמו כמ"ש המ"מ וקשה לומר כן אבל נר' כי לישנא דרמב"ם שכתב סתם גובה בו וא"צ להביא ראי' ולא אמר שלענין גבי' צריך ראי' לגבי הלוה וכתב גובה בו מורה שמלוה גובה והיינו דנאמן במתנת ש"מ ניתן לי ובזו א"צ ראיה כמ"ש הראב"ד בעצמו בבעה"ת שער הנ"ל וזהו כוונתו ניתן לי והיינו במתנת ש"מ ניתן לי דמזו מיירי להדיא וסבירא ליה דה"ה באומר שקנהו נאמן במגו דהיה במתנת ש"מ ולכך השיג הראב"ד דהוא בהשגתו בפ"ו מהל' מכירה דעתו דאף לש"מ צריך ראיה (וסותר דעת מ"ש בעה"ת בשמו) נגד הלוה ולכך כתב הולך בדרך רבו דרי"נ מגאש סבירא

ליה דאף נגד הלוה א"צ ראיה כמ"ש הר"ן ויתר מחברים בשמו וא"ש. ויש לומר דאפשר סבירא ליה לראב"ד מגו ודאי ליכא דהוי מגו במקום חזקה דמזהרי זהיר בשטרו ובזה כוונתו להשיג אבל באמת בטוען על מתנת ש"מ מודה הראב"ד כמ"ש בעה"ת בשמו אבל א"צ כי בהשגתו לפ"ו מהל' מכירה מבואר דדעתו דאף על מתנת ש"מ צריך לראי' וא"ש: ובהכי ניחא מ"ש המחבר לעיל בסי' ס"ד דבעינן עדי פקדון וראה דלכאורה קשה מה מגו יש אי שטר מכירה היה לי ואבד או באגב הא בררנו דכך מוכיח מן עובדא דז"ב דמגו לא אמרינן דהוי מגו ל"ש אלא דכוונתו דה"ל מגו דניתן לי במתנת ש"מ דאז נאמן ומגו כזו סבירא ליה לרמב"ם ג"כ דנאמן ולכך מצריך המחבר לעיל עדי פקדון וראה וא"ש. והרמב"ם דסבירא ליה כפי מש"ל בסי' ס"ד דאין נאמן בשטרות אף דסבירא ליה די"ל מגו דניתן לי במתנת ש"מ צ"ל דסבירא ליה אף דשכיח דנתן במתנת ש"מ ה"מ אם אין חייב לאחרי' או חייב ואית ליה לאשלומי ממקום אחר או דהוא בריא וסבירא ליה דיהיה לו רווחא לפרוע ממ"א אבל בש"מ דחייב לאחרים מהכ"ת יתן במתנה לאחר והוא חייב וימות ויהיה לוה רשע וכו' זהו לא שכיח ואין בי' המנותי' כלל וכ"כ הרא"ש גבי סטראי בשבועות והא לא מצי לטעון נתן לי במתנת ש"מ לפרעון חובי דבזה לא אמרינן דברי ש"מ ככומ"ס דמי כשאומר תנו לפרעון חובי וכ"כ התו' ב"ב דף קע"ה ד"ה ורב וכו' ועיין לעיל סי' ס"ד ובזה מיושב קושי' הש"ך מהך מלוג' דשטרי דשם ליכא מגו כמ"ש:

כא **ואם יש ראי' שמכר כו'** הקשה גי"ת דהא מירי דמודה דמכרו ואם כן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי וישלם ותי' הש"ך דאם יש עדים שמכר אין נאמן דפרוע הוא רק במגו דמחל אם כן צריך לשלם כל דמי שטר כמו במחילה משא"כ בליכא עדים נאמן דנפרע קודם שמכר במגו דהיה אומר דלא מכר כלל ואין משלם רק דמי' שקיבל עכ"ל ודבריו דחוקים בכי' המ"מ דעיקר חסר בדבריו כמ"ש הש"ך בעצמו בס"ק ל"ב דדברי המ"מ סתומים בזה כמה ישלם ועוד לפי שכתבתי כמה פעמים הא יש לו מגו דעושה שובר בעדים בלי זמן ואם כן אף ביש עדים דמכר יהיה נאמן דנפרע מקדם במגו דהיה עושה שובר בלי זמן ועכצ"ל דחזקה דלא מכר דבר הפרוע ולכך לא מהני מגו דהוי מגו במקום עדים ואם כן אף מגו דלא מכר לא מהני ולכן נראה דיש להבין למה באין רוצה לישבע ישלם הלא אין זה גרמי רק מניעת טובה ומ"ש זה מכובש עדו' דמ"מ פטור מדיני אדם ואף זהו בכלל הלא אין זה גרמי כלל ועכצ"ל הואיל והלוה צועק פרעתי והלה אין רוצה לישבע אמרינן מסתמא האמת כן דפרע ולכך נמנע לישבע ואלו האמת דלא פרע מהכ"ת לא ישבע לברר שלא פעל עול ומכר לחבירו חספא דבר פרוע ולכך חייב לשלם (וא"ל הלוקח תובעו השבע לי שלא קבלת פרעון מן הלוה והרי זה טענת ברי עפ"י הלוה

כנודע ואם לא ישבע חייב לשלם ככל שבועות דא"כ אין לו אלא היסת ושבועות משנה מה בעי הכא ועוד הלוה נוגע) הא אלו נודע האמת דלא פרע ומ"מ אין רוצה לישבע לא מחייב כלום דלא הוה רק ככובש עדותו כהנ"ל ואם כן א"ש באין לו עדים שמכר אם כן יש לו מגו דלא נפרע במגו דאמר דלא מכר כלל ואם כן דנתברר במגו כן אף דלא נשבע ומפסיד לוקח אין לחייבו ממון בשביל כך כמ"ש דהוי ככובש עדותו וא"ש. ול"ל דלכך לא הוי ככובש עדותו משום דהוי כמקח טעות דאנן סהדי מתחיל' כשלקחו היה אדעת' כשיצטרך לישבע שישבע דאל"כ הניח מעותיו על קרן צבי דתמיד יטעון הלוה השבע לי והוא ימאן ויפסיד ואין לך מקח טעות מזה דא"כ אין עליו חיוב רק הדמים שקיבל כמו בשאר מקח טעות ובמ"מ וכן כתב הש"ג בשם ריא"ז להדיא באין רוצה לישבע דמשלם הכל ועוד בנותן מאי איכא למימר ומשמע' הש"ע דמיירי הן במכר והן בטתן אלא וודאי דאמרינן מסתמא פרוע הוא ועכשיו לאחר מכירה נפרע דבחזקת אינו פרוע מתחלתו כמ"ש הריא"ז אלא בגוף הדבר דיש לו מגו דלא מכר הן כפי מ"ש הש"ך והן כפי מ"ש לא הבנתי כלל דהא אם אמר דלא מכר יצטרך לישבע היסת נגד ראובן הלוקח כמבואר לך סס"ז ומה מגו איכא ואי דגם עכשיו בטענתו נשבע כדרך המגו בכל הש"ס דצריך לישבע כמו שהיה נשבע בטענה ההוא בעצמו הרי זה לא רצה לישבע ואם נשבע תו א"צ לדבר ודוחק לומר שבועת המשנה אין רוצה לישבע אבל שבועת היסת רוצה לישבע ואם כן מהימן במגו ומ"מ מפסיד ללוקח דאין הלוה פורע עד שיעשה שבועת משנה דזה דוחק לפרש דלא רצה לישבע כלל משמע ומכ"ש לפמ"ש דלכך חייב דמחזיקינין דבאמת נפרע והרי נשבע דלא נפרע ולכן יותר טוב לומר דלאו דווקא וחדא מיני' נקט וה"ה במודה בע"ד דהוי כעדים כמ"ש הש"ך באמת לחד תי':

כב **הוד' לוי שפרעו וכו'** דעת הבעה"ת דוקא בלי נאמנות בשטר דאז החיוב שבועה על המלוה והא הוא אומר דפרע אבל ביש בו נאמנות וכדומה אין יכול לומר פרוע הוא להפקיע זכות חבירו והן הן הדברים האמורים לעיל סימן מ"ז ועיין מ"ש שם. והש"ך תמה עליו דהא יש לו מגו דמחילה והיינו לשיטתו דדחה גם דברי תשובת הראב"ד שהביא בעה"ת בשער נ"א ח"ב דין ב' דבאומר פרוע הוא לא אמרינן מגו דמחילה בס"ק ל"ד בשני ידים ובאמת אין לו לדחות דברי בעה"ת וראב"ד במקום שתו' מסייעים לו דהא כתבו התו' כתוב' דף י"ט ד"ה וכגון שחב וכו' דהקשו דיהיה נאמן פרוע במגו דמחיל' ותי' דאין רוצה להפסיד דבטוח הוא בלוה שיפרע ואם ימחול לא יפרענו והקשו התו' אם כן איך אמרינן בב"מ בשובר דנאמנת במגו לימא ג"כ זהו הטעם ותי' דהתם דאיכא שובר דמוכח במגו כל דהוא אמרינן וזהו דעת ראב"ד ג"כ דאין כאן מגו דמחיל דשטר בחזקתו

דלא נפרע דלא משווי' נפשי' רשע וגנב למכור חספא ואם כן ה"ל מגו במקום חזקה והתם בשובר כיון דשובר לפנינו במגו כל דהו אמרינן דע"י שובר אתרע השטר וכמ"ש התו' ולכך מצריך בעה"ת דכאן איירי בדלית נאמנות בשטר ואם כן יכול לטעון השבע לי ואמת כי הרבה מחברים חולקים בזה וסבירא ליה בקושי' התו' דמדר"נ לא מצי למחול ואף לראב"ד בעצמו צ"ל כן דטעמא דלא משוי נפשי' רשע וגנב וזהו שייך במוכר אבל לא בלוה ושטר חוב בידו ומ"ש הש"ך דהרמב"ן והרא"ש והר"ן כתבו להדיא בפרק כל הנשבעין דנאמן המוכר פרוע במגו דמחילה אין כ"כ ראי' דשם איירי בלי נאמנות ואם כן כ"כ דלא נשבע המלוה אין יכול לגבות רק די"ל הואיל ומכרו תו לא מהימן המלוה כמש"ל בסי' מ"ז בזו כיון דיש לו מגו נאמן אף דהוא מגו גרוע כיון דיש חד סברא דהא מכל מקום צריך לישבע והוי כמו שובר אבל ביש בו נאמנות לא הוי מגו דמגו גרוע היא ועיין מש"ל בישוב דברי הרא"ש אבל עכ"פ אין לך כל כך התימא על הבעה"ת וראב"ד ומידי מחלוקת רבוות' לא נפקי ואי תפס הלוקח בכה"ג אפשר דמצי למימר קים ליה וצ"ע. והנה הגי"ת הקשה לשיטת הראב"ד למה מוקי ליה אביי לרב האומר שטר אמנה בחב לאחרים ולא מוקי ליה במכר שט"ח לאחרים והמלוה שהוא המוכר אמר פרוע א"נ אע"ג דאית ליה מגו דמחילה י"ל דסבירא ליה לראב"ד דאביי דמשני כך דלא ברירי ליה להלכה מילתא דשמואל כדאמר בפ"ק דב"מ אפילו תימא ליתא לדשמואל ואם כן ליכא רבות' במוכר דאינו נאמן ולכך איצטרך לשנוי דחב לאחרים ולק"מ. הנה המ"מ נתן ב' טעמים א' מפני דנאמן במגו דמחילה וב' מפני דזה הוי מחילה דאין לך מחילה גדולה מזו והקשה המ"ל תיפוק ליה באין רוצה לישבע צריך לשלם ומכ"ש במודה ואומר דהוא פרוע ותי' דיש הבדל דאם חייב לפרוע מחמת שא"י לישבע אין חייב לשלם רק הדמים שקיבל ולא יותר משא"כ בטוען ומודה דנפרע צריך לשלם כל דמי שטר כדין מוחל ע"ש ולא כן משמע בש"ע דהשוה אותן וכתב וכן אם הודה לוי משמע חד דינא אית ליה וגם הא כל לשון ש"ע סובב אף על מתנה כנר' להדיא מסוף דבריו ואם טוען שלא מכר ולא נתן וכו' ואיך ישלם באין רוצה לישבע במתנה ובאמת מתחיל' חשבתי דיש הבדל ומ"ש המ"מ הטעם משום מחילה בשביל שטר שיש בו נאמנות כתב כן דאז א"צ המלוה לישבע בזו כתב דמ"מ אם הודה דחייב מתורת מחילה וכן מצאתי בכה"ג בשם תשובת כ"י מן מהר"א ששון דהמ"מ איירי בשטר שיש בו נאמנות וכיון לתר' קושי' הנ"ל אך מסתימת לשון הש"ע לא משמע ולכן נראה דאדרבא הא בהא תליא אלו שורת הדין דאין יכול למחול כגון בשט' שכתב בו לך ולכל דאתא מחמתך דא"י למחול לראב"ד וסייעתו אף לטעון פרוע אין נאמן דלאו כל כמיני' כיון שמכרו רק הואיל ויכול למחול יכול לטעין

פרוע ואם כן לולי דנתן הטעם דלכך נאמן במגו והיה הסברא נותן דאין נאמן אף שבועה ליכא בו דמה ישבע הא אף דיודה לא יהיה נאמן ול"ל השבועה ואם כן אף דאין רוצה לישבע פטור משא"כ עכשיו דזכינו לדין דיכול לומר פרוע במגו דמחיל' אף שבועה חייב דהא אם יודה יהיה נאמן וחדא בחברתא מישך שייכי ולכך נתן המ"מ טעם על עיקר וממילא נמשך עמו הטפל וכן מבואר ברא"ש ור"ן בפ' כל הנשבעין דלכך משביעי' ליה הואיל אי מודה דפרוע נאמן במגו דמחילה הרי חדא תלי' בחברתא ואעפ"י דלעיל בסי' מ"ז לא משמע כן דהא שם א"נ פרוע במגו דמחיל דל"מ למחול ומכל מקום באין בו נאמנות צריך לישבע כבר כתבתי שם וחלקתי בין חב לאחרים ובין מוכר שטר ולק"מ ואם כן בשטר שלא יכול למחול אף שבועה א"צ אפילו דלית בי' נאמנות ובהכי ניחא בא"ע סי' צ"א במכנסת שט"ח דא"י למחול כתב רמ"א דא"י לומר פרוע וצידד הב"ש שם דאם אין רוצה לישבע בשטר שאין בו נאמנות תהיה נאמנת ע"ש ולפמ"ש ניחא דהא בהא תליא אך מכל מקום צ"ע דזהו אפשר דמיא להך דסי' מ"ז וצ"ע:

כג **ישלם** המ"מ וכן הסמ"ע וש"ך הסכימו דצריך לשלם כל דמי שטר אפי' אומר להדיא דפרע קודם מכירה מכל מקום חייב לשלם כל דמי שטר ואני נבוך בזה דבשלמא אי אמרינן טעם השני של המ"מ דהוי כמחילה אם כן שפיר צריך לשלם הכל אבל אי אמרינן מתורת מגו אם כן אדרבא למה מהימן כלל לומר שפרע מקודם הא ל"ל מגו דמחילה דאז יצטרך לשלם הכל כמ"ש קושי' זו בפ"ק דב"מ ממש רוב מחברים ואם כן מהכ"ת יוגרע כחו שיפרע הכל אי מהימנ' ליה הא אומר שפרע קודם ואי לא לא יהיה נאמן כלל דהא לית ליה מגו דמחילה והרב הש"ך בס"ק ל"ד ל"ה החזיק בסברא זו דהוי' כמו מחיל' והיא היא מחיל' וכמעט סברא זו יחיד' הוא דרוב מחברים תו' והרא"ש והרמב"ן והר"ן כולם אומרים במגו דמחילה ומ"ש דבהא מיושבת קושי' התו' ורא"ש במצא שובר דהקשו דל"ל מגו דמחילה דתצטרך לשלם הכל וכתב הש"ך דמה בכך אף עתה שמחזירין שובר ה"ל כמחילה ותשלם הכל אין תי' זה מספיק דאיך מחזירין שובר הבעל ילך למדינ' אחרת במקום דלא ידעו מנפיל' כי בשאר שטרות זולת גיטין לא אמרינן דנפיל' קלא אית ליה ואם יבאו הלוקחים כתובה יוציא שוברו וכי ידעו הם דנפל וכי צריך לשלם כל דמים ולכתוב ע"ג שובר דנפל א"א לומר דבלא"ה אין מקום לקושי' הגמ' ולכל הסוגי' שם ויחזור משמע ממש כמו שנמצא בלי שינוי כלל ולכן סברא זו לא משמע בפוסקים ומה צורך לאריכות כבר בררתי לעיל סי' ס"ה דהך סברא ליתא מהא דפסקו הטור והמחבר בא"ע סי' ק"ה ס"ב דברי הרא"ש דאשה מכרה כתובה ואמרה שנפרעת קודם מכירה דאינה נאמנת דל"ל מגו דמחילה דאין רצונה לשלם כל הדמים ששוה כתוב' מוכרח

דלא כש"ך דאל"כ אין לך מחילה גדולה כזו ואמת כי הש"ך בס"ק נ"ו אף ע"ז הש"ע השיג אבל עיין מש"ל בסט"ו בישובו ואם כן לפי הכרעת הש"ע שם בא"ע הדבר מבואר באומר דנפרע מקודם שמכר דא"צ לשלם הכל ואפשר דאפילו אין נאמן כלל ועיי' מש"ל בסט"ו הנ"ל ולכן לדינא צ"ל דמיירי שטען באמת נפרע אחר כך ואז מחוייב לשלם הכל אבל מקודם לכן עכ"פ אף דנימא דנאמן מכל מקום א"צ לשלם יותר רק הדמים שקיבל ובמתנה פטור לגמרי:

כד **שלא מכר וכו'** פשוטן של הדברים כמ"ש המ"מ וממש רוב מחברים דאם הוא טוען אמת דפרע לי אבל לא מכרתי לך ישבע היסת דהא איכא דררא דממון ופשיטא דיש היסת. אמנם הב"י ביקש לחדש דין אחר כמ"ש הרמ"א בתשובה סי' נ"ה אות ב' דהיכי דלוי תובע לשמעון ב"ח ושמעון אומר דפרע והשטר שביד ראובן מאתנו נפל צריך שמעון לישבע היסת דהוי כשטר שנמצא ביד אחר ולא הבנתי דשטר שנמצא ביד אחר היינו שאין יודע האחר מה טיבו וכמ"ש הכ"מ להדיא ברמב"ם פרק ט"ז מהל' הלואה אבל כאן שכל אחד אומר שלי הוא ובין לדברי זה ובין לדברי זה השטר בחזקת אינו פרוע למה יהיה שמעון נאמן בהיסת נגד שט"ח וכן מצאתי בס' תפארת שמואל למהרש"ק שהרגיש בזה: ובאמת לא ידעתי למה לא פירשו בפשוט דמוסב אלעיל דקאמר דראובן נאמן נגד לוי וגובה בו אם ירצה שמעון לפרוע לו ואם טען לוי אתה אומר לא מכרתי ונתתי לך ואתה מחזיק בשטרי על חנם צריך לישבע היסת ראובן ונפטר מלוי והך נשבע היסת על ראובן קאי וזהו אמת לדינא:

כה **וי"א שגם לעניין קנייתו** א"נ היא דעת רבים מחברים דסבירא להו הא דאמר רבא א"צ להביא ראיה היינו למ"ד אותיות נקני' במסירה אבל לפי דקי"ל דבעינן כומ"ס עליו הראיה ומקשים אם כן מה פריך אביי לרבא מהא דתנא א' מהאחין ששט"ח יוצא מתחת ידו עליו להביא ראיה מאי לאו ה"ה לאחריני וכן לא"ד מייתי רבא ראי' טעמא דאחי' הא אחריני א"צ להביא ראיה דילמא הך ברייתא רבנן היא דסבירא ליה בעינן כומ"ס ואם כן פשיטא דצריך ראיה והא לא נחלקו אביי ורבא רק למ"ד דבמסירה לחוד נקנה. וצ"ע לכאורה אמנם נראה ברור דהעיקר כמ"ש רמ"א בתשובה סי' כ"ב דשותפים שיש להם שטרו' דבשותפים א"צ כומ"ס ונקני' במסירה לחוד הואיל וא"צ הרשאה ע"ש ואם כן כאן שהשטר בשותפות בתפיסת הבית מאביהם לכ"ע א"צ רק מסירה ומכל מקום קתני עליו הראיה ש"מ אף דשטר נקנית במסירה כרבי מכל מקום עליו הראי' וכן לא"ד דייק רבא כך טעמא דאחים דשמטי הא אחרים דומי' דאחי' במה דנקני' במסירה לחוד כגון שטרות הנזכרים לעיל בסעיף א' בעי ראיה וא"ש ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם כמש"ל

בס"ק כ' אך שם אין אנו צריכי' לזה אבל כאן הוא מוכרח וראי' ברורה לדברי רמ"א ודלא כרשד"ם הובא בש"ך ס"ק י"ח דסבירא ליה אף שותפי' צריכי' כומ"ס ודוק ולשיטת הרמב"ם ל"ק מה מייתי ראי' דילמא באחי' דא"צ רק מסירה הוא בכה"ג באחריני נאמן משא"כ במקום דצריך כומ"ס דמכל מקום ראי' לאביי דסבירא ליה אותיות נקני' רק במסירה ומכל מקום צריך ראי' ודוק:

כו **ואפי' היה שטר מונח תחת יד שליש וכו'** הקשה הש"ך להנך רבוותא דסבירא להו אף במקום דלא ס"ל למידע מכל מקום אמרינן מתוך שאיל"מ אם כן נגד הלוה הא יש כאן ע"א שהיה לזה כומ"ס ואם כן חייב לו לשלם והא א"י להכחישו ישלם ותי' דבאמת איירי בקרוב ופסול ודבריו בלתי מובנים חדא דהא שטר ה"ל שעבוד קרקעות ואם כן לית בי' ש"ד כלל ולא אמרינן בי' מתוך שאיל"מ ועוד במקום דלא ה"ל למידע כלל פשיטא דלא אמרינן מתוך שאיל"מ אלא אף גם העיקר לא נראה כי מה ענין מתוך שאיל"מ לגבי הלוה הלוה יאמר מה איכפת לי ומה טיבו של שבועה בי אני אניח המעות ביד ב"ד יתנו הם למי שירצו אני איני מאמין אותך ומה טיבו של שבועה עלי והגע עצמך ראובן שיש לו פקדון ביד שמעון ויבא לוי ועד עמו לשמעון החזיר לו הפקדון כי מכרו ראובן ללוי וכי שמעון מחויב לתת לו הפקדון ונימא הואיל ואין מכחיש לע"א ה"ל משאיל"מ נשתקע הדבר ולא נאמר דא"כ אנו מוציאין ממון עפ"י ע"א ודבר זה ליתא דאין כאן ענין שבועה כלל ללוה ונפקד דהם יאמרו אין אנו אחראין להאמין לך ומה טיבו של שבועה עלינו וכי יש לנו שייכו' בדבר אם המלוה מכרו או לא עד שיהיה עלינו חיוב שבועה בעולם ודבר זה אין לו שרש כלל בדינא והמלוה ולוקח מחולקים אם מכרו או לא נטיל שבועה על הלוה וכל א' שיש לו פקדון ביד חבירו וא' תובעו למפקיד בע"א א"כ יצטרך הנפקד ליתן הפקדון לתובע ההוא דהא בשני עדים ה"ל משועבד מדר"נ וגובה הפקדון מיד נפקד ואף בע"א מתוך שאיל"מ ולכן כלך מדרך זו ואין לו עיקר ושרש. אלא אי קשיא הא קשי' איך גריר הרמ"א בתר הנ"י דנאמן השליש נגד המלוה דלמה יהיה נאמן הא אין לשליש יותר נאמנות מאלו מסרו למי שאומר ששייך לו השלישות כדלעיל בסי' נ"ו וא"כ אלו מסר השליש השטר ללוקח הא לא הי' נאמן בלי כומ"ס דהא קי"ל כהך דיע' דאף לגבי המלוה אינו נאמן וא"כ השתא שהוא ביד שליש למה יהי' נאמן והנ"י אזיל לשיטתו דס"ל לעיל בסי' נ"ו דשליש יש לו יותר נאמנות מאלו מסרו לבע"ד דהא שובר שאין מקוי' אלו ביד לוה אינו כלום וכשהוא ביד השליש הואיל והמלוה מודה דהימנ' נאמן ואף כאן הואיל והמלוה מודה דהמניה נאמן יותר מאלו מסרו ליד הלוקח משא"כ לדידן דקי"ל דלא כנ"י לעיל בסי' נ"ו ואין לשליש בשום דבר יותר נאמנות מבע"ד בעצמו

א"כ למה יהיה השליש נאמן וצ"ע לכאורה ואולי הרמ"א אזיל לשיטתו בתשובה סי' פ"ו דהביא דעת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דנגד המוכר נאמן כומ"ס הי' לי ואבד וכתב אע"ג דהרבה רבוותא החולקים מ"מ בנדון דידן נראה דנאמן דהא איכא ע"א המסייע וא"כ לכ"ע נאמן ומדכתב דעת הרמב"ם וכתב בהא לכ"ע נאמן נראה ברור דע"א המסייע אינו מועיל רק להאמין נגד המלוה דאיכא חזקת הלוקח בהדיה אבל לנגד הלוה דליכא רק ע"א לא אמרינן להוציא וא"כ א"ש דנגד המלוה הא ה"ל שליש כע"א ונאמן לכ"ע אבל לגבי הלוה לא מהני ע"א וא"ש ודוק כי לפ"ז יש לרמ"א בתשובה ראי' מדין זה ומ"מ צריך ביקור בספרים אם נמצא לרבינו רמ"א חבר:

כז **לא חזרה מתנתו וכו'** יש לי מקום ספק אם ביד המוכר שטר מכירה או שטר מתנה ואמר ניתן לי בכומ"ס ואבד או אגב אי מהימן הן לדעת הרמב"ם הן לדעת החולקים כי לכאורה נראה דלכ"ע נאמן דהא שם ב"ב דף קס"ח ע"ב דס"ל לרשב"ג דשטרי מקח אפי' בלי אחריות אין כותבין דס"ל אותיות נקני' במסירה ודלמא החזיר לו השטר המקח וזכה בו המוכר ועכשיו כשיהי' ללוקח שטר אחר יפסיד המוכר הראשון והקשו התו' בד"ה אבל לאביי דס"ל צריך להביא ראי' א"כ אף דשטרו בידו צריך להביא ראי' מה מפסיד דאם לא יהיה לו ראי' מעולם לא זכה ואי אית ליה ראי' אפי' שנכתב לו שטר הא אית ליה ראי' ותי' התו' דבזה אף לאביי א"צ ראי' דלנפילה לא חיישינן ולקפדון אינו מפקיד אצל המוכר אולי יכבוש שטרו ע"ש ולפ"ז מדאביי נשמע לרבא לדידן דקי"ל נקני' בכומ"ס דס"ל לרבא כמו אביי מ"מ בזו מה ראי' צריך למה איכא למיחש לנפיל' ל"ח ולפקדון ל"ח ודלמא מסר ולא כתב הא כתבו התו' בפ' הספינה דלזה ל"ל דהכל יודעים דבעי כומ"ס ואולי יש לחלק דשם לא אתרע דהא שטרו בידו ומה יש לחוש אבל כאן לדידן דצריך כומ"ס אתרע דצ"ל דנאבד ממנו כזה ל"ח בממ"נ אם אתה אומר דנאבד אף אנו אומרי' דשטר הקנין נאבד מיד הזוכה דהא ע"כ אתה אומר דחייש לנפילה ומ"ש הך נפילה מהך נפילה ודלמא הקנה לו באגב בלא"ה צ"ל לא חיישינן דלא שכיח דאל"כ יקשה לרבנן דס"ל דכותבין שטר אחר משום דבעי כומ"ס וא"כ אלו הקנה לו השטר שני' הרי יש לו כתיבה ויתברר הדבר וקשה דלמא הקנה לו באגב ובמה יתברר אלא צ"ל דלאגב לא חיישינן ולכן הדין זה צל"ע כי לא מצאתי ממנו דבר במחברים ומדברי רמב"ן בחדושיו לב"ב נראה דלא ס"ל תי' התו' הנ"ל וס"ל אף בכה"ג לאביי צריך ראי' וא"כ ה"ה לדידן לרבא וא"כ הדבר ספק:

כח **או בחזקה או בקנין כו'** תמהני שהביא רבינו המחבר הך דיעה להלכה פסוקה במקום שרבים חולקים כי אמת הך דינא כתבו הרא"ש בפ' גט פשוט וכבר קדמו הר"י

בן מיגאש בחבורו על ב"ב דכתב כן להדיא דאם קנה בקנין והשטר לראי' לא מהני בי' כומ"ס אבל הרמב"ן בחדושיו לב"ב הביאו וכתב שאין יודע חילוק דמה בכך דקנה השדה בקנין מ"מ בשטר כתב כל שעבודו וכן מוכח דס"ל לתו' כן דהתו' פי' ב"ב דף קס"ח ד"ה אבל הטעם לרשב"ג לכך אין כותבין שטר מכר דס"ל אותיות נקנים במסירה ודלמא חזר ומכר השדה למוכר וקנהו בהחזרת שטר ואם יהיה עכשיו ללוקח עוד שטר יאמר לא מכרתי לך רק כותבין שטר למוכר והיה לך שטרות הרבה וכ"כ הרמב"ן שיאמר אם יהיה ללוקח עוד שטר מה ששטר בידך הוא שכותבין שטר למוכר וכו' וקשה בממ"נ האי שטר ה"ד אי לית בי' קנין הא לר"א אין כותבין למוכר עד שיהיה לוקח עמו וימסרו בידו ואיך אפשר לטעון דהיה למוכר שטרות הרבה בידו וע"כ בשטר קנין א"כ איך אפשר למוכרו במסירה הא שטר שיש בו קנין ובקנין נקנה השדה הוי שטר ראי' כמ"ש הר"י הלוי והרא"ש להדיא ומה חששא יש כאן ואם לאביי נקנים במסירה ה"ה לדידן בכומ"ס. וצ"ל דהרא"ש מפרש כפי' שני של תו' דלרשב"ג דאותיות במסירה אף דיהיה למוכר שטר מכירה שלו בידו אם יהיה ללוקח ג"כ שטר מכירה יאמר את זה לא החזרתי לך ולא מטעם דכותבין שטר למוכר וכו' וא"כ איירי בשטר דלאו בי' קנין אבל על פי' זה כבר השיג הרמב"ן וכתב דאין תי' זה נכון ע"ש שהאריך לדחות זה. ואולי ס"ל להרא"ש תי' אחר דהרא"ש ס"ל כמ"ש בתשובה כלל צ"ד ועיין לעיל סימן מ"א דברייתא איירי אפילו ביש לו עדי אבידה רק כ"כ דאין לו עדים דנשרף באור לא כותבין ע"ש וא"כ ס"ל להרא"ש לכך לרשב"ג לא כתבינן משום דחיישינן דלמא יש לו עדי אבידה אף דאמר בב"ד דאין לו עדי אבידה ומכ"מ באמר דיש לו וימצאו לבסוף השטר האבד והרי יש לו בידו שני שטרות וימכור הא' למוכר ולא יקח ראי' כלל כי יהיה בטוח שיש לו מגו דלא מכרתיך כלל כמ"ש הרמב"ן משא"כ אם יבא זה בשטר השני והמוכר לא יהיה לו ראי' ומגו ל"ל דהא ביד לוקח שטר שני יפסיד המוכר וכ"כ הרמב"ן רק הרמב"ן הקשה תינח לאביי דס"ל דצריך להביא ראי' אבל לרבא דאמר א"צ להביא ראי' מא"ל ולכך הוצרך הרמב"ן לפרש לרבא תי' הנ"ל כמ"ש התו' אמנם הרא"ש ס"ל דגם לרבא לק"מ דכי ס"ל לרבא א"צ להביא ראי' מסתמא דאמרינן מה בעי גבי' לנפילה לא חיישינן וגם לפקדון אבל כאן דמברר בעדים הנפילה ודאי דחיישינן דלמא הוא מצאו ולכ"ע צריך להביא ראי' וא"כ יפסיד המוכר אף לרבא וא"ש ולק"מ. אך עם כל זה שבררנו דברי הרא"ש עכ"פ מבואר שהרמב"ן להדיא חולק וכן מוכח מדברי התו' להדיא וכ"כ הטור בשם רבינו ישעיה א"כ עכ"פ הרי כאן מחלוק' שקול כי הרי"נ מיגאש והרא"ש חולקים וא"כ פשיטא דיש כאן ספק דין במחלוקת רבוותא ובפרט אי נימא דדעת הרא"ש וטור כמ"ש סמ"ע לעיל בכמה

דוכתי' דכי אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד היינו כשנכתב לבסוף א"כ שפיר יש לחלק בין שטר מכירה ונעשה ק"ס לשטר הלואה ונעשה בק"ס כי בהלוא' עיקר שעבוד נכסי' בשטר ואי דבקנין כבר נשתעבדו נכסי' הא מ"מ עיקרו שטר דאי לא נכתב השטר לבסוף לא היה מועיל קנין כלל אבל לפי דקי"ל לעיל ובכמה דוכתי' דגובה בקנין אפילו לא נכתב שטר כלל וא"כ שטר הוא אין בו כלל תועלת רק לראי' אולי ימותו וילכו עדי קנין ומ"מ נקנה בכומ"ס ולמה יגרע בשטר מכיר' דהכל חדא תקנת':

כט **ואם אין רוצה לישבע וכו'** כתב הב"י וד"מ וסמ"ע ה"מ כשאומר פרוע הוא אבל אם המוכר אומר עיינתי בחשבוני ולא פש גבי' מידי אם אין מבורר בעדים לא מהימן ע"כ והש"ך בס"ק נ"ב הרבה להשיג דהא יש לו מגו דמחיל והקשה על בעה"ת דבשער נ"א ח"ד ד"ב כתב דאי לא אתברר ע"י עדים דטעה לאו כל כמיניה וכתב כמ"ש בשער כ"ח ואלו שם גופא פסק כרמב"ן בשיטת הרי"ף במקום דיש לו מגו דפרעתי נאמן טעיתי והדברים סותרים וגם על הנ"ל הקשה דאף לשיטת התו' וסייעתו דס"ל בעובד' דגינאי אפילו אית ליה מגו א"נ דטעה היינו התם הודה הלוה שחייב וחזקה דאין אדם מודה להתחייב אלא שמדקדק היטב משא"כ כאן מה מעשה עשה והרי לא הודה על עצמו בכלום וכן הרי"ף הביא הרבה רבוות' דפי' חזר ומחלו מחול בכה"ג דאמר טעיתי ע"ש. ומה שהקשה על בעה"ת לא הבנתי וכי שם אחר הדלת זכרון דברי בעה"ת שכתב הוא גופיה לעיל אשר דעתו בשער נ"א ח"ח דין ג' דכי מהימן מלוה לומר פרוע היינו בשטר שאין בו נאמנות אבל ביש בו נאמנות לא מהימן וכבר כתבנו לעיל כי דעתו כדעת הראב"ד אשר הביא בשער הנ"ל ח"ב ד"ב דחזקה דלא נפרע דהוי רשע וגנב והוי מגו במקום חזקה כמש"ל וכן י"ל דס"ל כדעת התו' והרא"ש דעושה קנוני' לתבוע את שלו אח"כ מיד המלוה משא"כ במחל לו והוא גופי' הביא בריש ח"ב תי' זה בשם הרז"ה וא"כ אף כאן לא מבעיא בשטר שיש בו נאמנות דלא מצי אמר טעיתי דהא ל"ל מגו כלל פרעתי דפרוע א"נ ומחיל' לא ביקש למחול כדי שיהי' יכול אח"כ לתבוע את שלו מיד הלוה וכמ"ש בדעת התו' ורא"ש אלא אפי' אין בו נאמנות הא על טעות א"צ לישבע ואי אמרינן במגו דפרוע זהו אינו עושה דלא משוי' נפשי רשע וגנב דמכר בשאט נפש דבר פרוע וכמ"ש ראב"ד ולכך אמר טעיתי ולק"מ בדברי בעה"ת כי לשיטתו אזיל אמנם לדידן קשה דס"ל דבכה"ג הוי מגו ולכן נראה דצריך להבין מה זה דקאמר עיינתי בחשביני אי אומר דמתחיל' היה שטר נכתב כהוגן והיה חייב לו ואח"כ נפרע והוא רואה בחשבון שנפרע הוא הטענה שאומר פרוע הוא ואין זה בגדר טעיתי דהא אמרינן דאם אמר דפרוע הוא אפילו מקדם נאמן. והיינו הך מ"ש דאומר סתם פרוע הוא או שנתן טעם למה פרוע רק כל הענין כך כי

אמר שהשטר נכתב בטעות מהלוה כי הם חשבו ועלה בחשבון שלוה חייב לו וע"ז עשה לו שטר ועכשיו נתברר שטעה בחשבון ומעולם לא הי' חייב לו והשטר בטעות ובטל מעיקרא וע"ז שפיר כתבו כיון דלקמן בסי' קכ"ו סי"ג הכריע רמ"א כדעת תו' ורא"ש דאין יכול לומר טעות במגו דאנן סהדי דמדקדק בעת הודאה ואם אמרו כך בהודאה גרידא בע"פ מה יאמרו בשטר דזהו לכ"ע חזקה דאין כותב הלוה שטר ע"ע אם לא שמדקדק היטב ומעיין בחשבונו ולדעתי בזה לכ"ע א"נ במגו דהוי וודאי מגו במקום חזקה אלימתא ולכן העלו הפוסקים הנ"ל דאין נאמן אף דיש לו מגו ולכן אין מדברי הרי"ף ראי' מ"ש בשם רבוותא כי הם מיירי לאחר עשיית שטר ואין כאן מעשה רבוותא ויכול לומר עיינתי אבל לומר כי השטר נכתב בטעות אף הרי"ף אפשר מודה ומכ"ש לדידן ולק"מ:

ל **חוזר הלוקח עליו** פי' הסמ"ע היינו בהניח אביו נכסי' אבל אם אין כאן נכסי' מאביו במה יתחייב לשלם והש"ך השיג דמ"מ חייב לשלם דהוא המזיק ומתחייב מדיני דגרמי והאריך בזה לקמן סי' פ"ו ובאמת הש"ך סותר דעת עצמו דלעיל סי' מ"ז דעתו דאם אין מקום ללוקח לגבות מהמוכר אין נאמן המוכר דפרוע ואין עליו חיוב שבועה כלל כי מה טיבו של שבועה זו הא אף במודה לא יועילו דבריו א"כ אי איירי כאן שמת מוכר ולא הניח נכסי' א"כ אין כאן חיוב שבועה כלל דאף דיודה היורש דפרוע הוא ואביו נפרע לא משגיחין בי': אלא אף דלא ברירן דעת הש"ך לעיל בסי' מ"ז כמש"ל ע"ש מ"מ כאן דבריו בלתי מובנים דלגבי היורש ודאי דלא נקרא גרמי רק מניעת טובה ככובש עדותו כי מה לו בעסקי אביו כיון שלא ירש כלל מאביו ועוד הא אלו אמר יודע אני דפרע הלוה לאבי ובמעמדי היה ודאי דיורש פטור כי מה איכפת ליה וכי יאמר שקר ולשלם א"צ כיון דלא ירש כלל ובשביל שאין רוצה לישבע ישלם אף הוא יהיה פקח ויאמר אמת כדברי הלוה דפרע ולכן אין בדבריו הללו ממש והעיקר כמ"ש הסמ"ע דחייב לשלם מנכסי אביו כמש"ל לא מטעם גרמי רק אנן אמרינן הואיל ואין נשבע מסתמא האמת כמ"ש הלוה ונפרע ואף הוא חייב לשלם ללוקח וכנ"ל ולכן אפשר אם הלוה טוען דפרע ליורש גופי' והיורש אין רוצה לישבע בזו צדקו דברי הש"ך דאנן אמרינן מסתמא כיון שאינך רוצה לישבע האמת אתו וא"כ עליך לשלם כיון שקבלת פרעון וחזקת שעבודו. ולולי דלא מצאתי מבואר כן הייתי מחליט בדעת אם לא הניח המוכר נכסים דאין על היורש שבועה כלל והרי הוא כשר להעיד דלא פקד לו אביו ואין יודע דפרוע הוא כי הא אין נוגע כלל בשום אופן ומה נ"מ אם באמת פרוע או לא פרוע הלא אין כאן נכסי' משל אביו שיפרע א"כ מה צד נגיעה יש לו והרי הוא כמו שאר עד המעיד ויכול להעיד כן ועד המעיד א"צ שבועה כלל וזה פשוט לדעתי רק הואיל ולא נזכר כן במחברים אולי

י"ל הואיל וגוף שעבוד הלוה נשאר לו דבשביל כך יכול למחול ה"ל כבע"ד ואינו מעיד דבאמת שעבודו קיים וצ"ע ועכ"פ הדין של סמ"ע אמת:

לא **ואח"כ מת מלוה אינו גובה אפילו בשבועה** הש"ע מחלק בין אם לקחו קודם שמת הלוה דלא היה עדיין שום חיוב שבועה על מלוה א"כ אף שאח"כ מת לוה הרי הלוה חייב ללוקת ולא למלוה ומה בכך דהמלוה מת הלוקח חי משא"כ בלקחו כשכבר מת לוה כבר חל חיוב שבועה על המלוה ובמכירתו לא נפקע וא"כ כשמת המלוה נתבטל השטר ודבר זה כתבו הרא"ש והר"ן בפ' כל הנשבעים בשם הרמב"ן ע"ש. והנה בא"ע סי' ק"ה ס"ב העתיק המחבר דינו של רמב"ם האשה שמכרה כתובתה בחיי בעלה ומת בעלה ואח"כ היא מפסיד המוכר. והדבר סותר לכאן ומה שמתמיה הענין ביותר דהרא"ש בפ' הנ"ל אחרי העתיקו דברי הרמב"ן הנ"ל כתב והרמב"ם נמי משמע שסובר כן שכתב בס' נשים שאם מתה האשה קודם שנשבעת אין ללוקח כלום עכ"ל הרי כאלו בחדא שיטה קיימי והם שני הפכים דרמב"ם פוסק כנ"ל אפילו מכרה בחי' ומת הבעל ואח"כ היא מפסיד. ובחדושי לא"ע הבאתי ראיה לדינו של הרמב"ם הנ"ל מהא דקתני במשנה אבל יורשיו של הבעל משביעין אותה ואת יורשיה ואת הבאים ברשותה ופרש"י שמכרה להם כתובתה וכן הוא בתוספתא וע"כ איירי שמכרה להם בחיי בעל דאל"כ מה שבועה יעשו ואי שיטענו היתומים אנו פרענו אין זה בכלל שבועה שדיבר בה המשנה דמיירי משבועת יתומים דלמא אבוהן פרע ושבועה זו שהם פרעו צריכי' לטעון השבע לי זו אינו מהמשנה להדיא וא"כ קשה הא דפריך מיני' בשבועות היאך משביעי' יורשי בעל ליורשי אשה הא ס"ל מת לוה בחיי מלוה ומשני לצדדין קתני אותה באלמנה אבל יורשי' בגרושה וקשה הא גם באי' ברשותה שייך באלמנה דהואיל דלקח בחיי בעל תו לא שייך בהו אין אדם מוריש וכו' וא"כ איפכא הל"ל אותה ואת הבאים ברשותה דזה שייך אפילו באלמנה ואת יורשי' דשייך רק בגרושה אבל השתא דקתני הבאים ברשותה בתר יורשי' א"כ שייך דוקא בגרושה וזה אינו דהא אפילו באלמנה שייך ומזה דינו של הרמב"ם מוכרח דאף שמכרה בחיי בעל מ"מ דנין בו דין אין אדם מוריש וכו'. ולכן לתרץ הנ"ל ותי' הח"מ דחוק דפשיטא דמכירה חל תיכף ומה בכך דגבי' הוא לאחר מיתה ונראה דבלא"ה יש להבין לפי מה שדעת רוב מחברים במת פתאום כגון נפל הבית וכו' א"צ שבועה דלא מתפיס לה צררי רק סמוך למותו א"כ זו שמוכרת בחיי הבעל הכתובה מה חשש יש כאן הא בחייו אין מתפיס לה צררי וסמוך למותו למה יתפיס לה כיון שיודע שאין הכתובה שלה וכבר נמכר לאחר ומכירה קלא אי' לי' וכמ"ש כל מפורשי' ועכצ"ל דודאי הא במכר בחיי מלוה לא אמרינן אין אדם מוריש וכו' משום דליכא חשש ממש בפרעון למלוה

קודם מכירה חדא מדשמע דמכר ולא מיחה דקלא אית לי' ה"ל הודאה וכ"כ הכה"ג וגם אחזוקי אינש ברשעי דמכר דבר הפרוע לא מחזיקינן ולאח"כ מהכ"ת פרע למלוה כיון שכבר מכר שטרו וא"כ חומרא בעלמא מחמירין להצריך למוכר שבועה אבל לא בשביל כך נימא דיהיה בגדר אין אדם מוריש וכו' ואף זהו בכלל הבו דלא לוסיף וכו' אך זו יש לספק אולי לאחר מכירה מחל המלוה ללוה ופקע שעבודו רק זהו חששא רחוקה עד שרבים מפוסקי' ס"ל דאפילו טען להדיא השבע לי שלא מחלת לי א"י להשביעו ואפילו להחולקים בדטען אבל אנן לא טענינן ולומר בשביל כך שיהיה בכלל אין אדם מוריש וכו' ובפרט כשכבר מכרו מהכ"ת יזיק שעבודו של חבירו ולכך אין כאן חשש ופקפוק אבל בכתובה לא זו דדעת הרמב"ם בפי"ו מהלכות אישות דצריכה לישבע שלא מחלה ביותר יש חשש במכרה לאחרים דהא חז"ל בב"ק פ"ט החליטו כל לגבי בעל ודאי מחלה ואטרוחי בכדי לא מטרחינן וכן כתב הרא"ש בפ"ק דב"מ בשם י"מ דליכא דמזבן כתובה דלגבי בעל ודאי מחלה ע"ש וא"כ פשיטא במוכרת כתובה דטענה זו שמא מחלה יותר טובה מכל הטענות והוא יש בגדר טענת ברי דהא חז"ל החליטו הענין ואמרו ודאי מחלה ופשיטא דטענינן ליתומים וא"כ אף דמכרה חייבת לישבע מדינא ובמתה הרי זו בגדר אין אדם מוריש וכו' ולק"מ ודוק:

לב **אפילו בשבועה** כתב הרא"ש בפ' הכותב מכרה כתובה ועכשיו אמרה שנפרעה מבעלה קודם שמכרה אינה נאמנת דל"ל מגו דמחילה דאם תמחול תצטרך לשלם הכל משא"כ באמרה פרוע אין משלמת רק דמי' מעוטי' שקיבלה ואפי' לדעת ר"ת דס"ל דאף במוחלת אינה משלמת רק דמי' שקיבל מ"מ לאו כ"ע דיני גמיר' והיא יראה למחול דחושבת שתצטרך לשלם הכל עכ"ל והביאו הטור וכן הש"ע בא"ע סי' ק"ה להלכה מבלי חולק. ואולם הרב הש"ך בס"ק נ"ו. כתב דהוא נגד הגמרא דקאמרינן בפ"ק דב"מ דנאמנת לומר להחזיר שובר במגו דמחילה ש"מ דאמרינן מגו והרא"ש גופי' דהקשה למ"ד דצריך לשלם הכל במוחלת א"כ מה מגו יש וכתב אבל לר"ת דס"ל דא"צ לשלם רק דמי' שקיבל ניחא ולפי דבריו בכתובה אף לר"ת לא ניחא דמ"מ לית לה מגו דמירתת והאריך לדחות דברי הרא"ש בשני ידיו וח"ו לומר כן על הרא"ש והטור ומחבר וכל דבריו אינם מספיקים לדחות דברי תלמיד תלמידי הרא"ש אף כי דברי הרא"ש והרבה תשובות יש בדבר כי מה שטען דהוא נגד הגמרא הא כבר תירץ הרא"ש בב"מ דברייתא איירי שהוא באופן שמכרה וא"כ ליכא כאן הרווחה וכ"כ התו' ב"ב דף קמ"ז. ועוד תי' הרא"ש בשם י"מ דלכך לא חיישינן שמא מכרה משום איתא לדשמואל וכל לגבי בעלה ודאי מחלה ולא שכיח דתזבן ולא חששו למילתא דל"ש הא בעומדת לפנינו והכתובה מכורה פשיטא

דנ"ל מגו דאם תמחול תצטרך לשלם הכל ומ"ש שסותר דבריו דבב"מ כתב להך פי' דאין משלמת רק מה שקיבלה א"ש ואלו בכתובה ס"ל מ"מ ל"ל מגו דלאו כ"ע דיני גמירי. גם בזה הרבה תשובות יש חדא דהא דכתב הרא"ש דלאו כ"ע דיני גמירי היינו בזמן הזה דרבו מחלוקת הפוסקי' זה אומר דתשלם הכל וזה אומר דא"צ לשלם רק כפי מה שקיבל וא"כ אף דדן דיינא הלכה כהאומרים דאין משלמת רק מה שקיבל מ"מ לא בשביל זה יש לו לדון דיש לה מגו דמחילה דהיא מירתת אולי ידין הדיין כהנך רבוותא דס"ל משלמת הכל ומה לה להכניס עצמה בתגר הלזה שרבו מחלוקת בבתי דיני' בישראל זה בכה וזה בכה אבל בזמן הגמרא משפט אחד היה לכולם והם יודעי' אמיתת הלכה ומשפט אמת וצדק ולשיטת ר"ת בימי תלמוד היה זה הלכה פסוקה דאין משלמת יותר ולא נכנס לבית הספק כלל פשיטא לשיטתו יש לה מגו וזהו מאמר הרא"ש בב"מ דלהך פי' הגמרא א"ש וכן הא דהקשו התו' והרא"ש על ר"י דס"ל במוחל שט"ח משלם מדינא דגרמי כל הדמים איך אמרינן בקדושין המקדש בשט"ח שיש לו על אחרים דאשה לא סמכה דעתה דמצי מחיל איך ימחול הא יצטרך לשלם וקשה מה קושי' כמו דאמרינן אף דקי"ל כשיטת ר"ת דאין משלם רק דמי' שקיבל מ"מ אשה מירתת דלמא הלכה כמ"ד דצריך לשלם הכל א"כ ה"ה איפכא אף הלכה כר"י דצריך לשלם הכל מ"מ מירתת אולי הלכה כר"ת ולא סמכה דעת' דלמא מחיל נמי א"ל כמ"ש בזמן הגמ' דהיה הלכה ברורה לא שייך לאו דיני גמירי וא"ש ודוק. שנית הא י"ל ביש שובר במגו כל דהו אוקמינן אדינו והש"ך שכתב שהוא דוחק העלים עין מתו' כתובות דף י"ט שכתבו להדיא אף דמגו כזו כמגו דמוחלת ל"א מ"מ בשובר במגו כל דהוא אמרינן וכן דעת הראב"ד בבעה"ת כמש"ל. שלישי' הוא העיקר כי ודאי אף דמגו זו דהי' מוחלת מגו גרועה כמ"ש הרא"ש מ"מ היינו אומרים דאלים כח מגו רק גם זה לא שכיח דיהיה נפרעת ומכרה כתובה וכמ"ש הראב"ד דזהו מהרשעת ואחזוקי אינש בגנבי לא מחזקינן וא"כ הוי מגו נגד חזקה ומגו בעצמו גרוע לכ"ע לא אמרינן משא"כ במצא שובר דלא נודע דמכרה רק אנו חוששין דילמא מכרה וכו' א"כ אנו אומרים בממ"נ הא יש כאן מגו ואי דגרוע דלא שכיח שתהיה נפרעת ותמכור כתובתא אדרבא גם זה יכנוס במיגו ואמרינן דזו אמת דנפרעה ובאמת לא מכרה כלל טענתה והמגו דמחילה מסייע לה והשובר אמת וחשש קנוני' שקר משא"כ כאן דמכירה לפנינו ואומרת דנפרעת מקד' זהו נגד חזקה ומגו ג"כ גרוע כולי האי לא אמרינן ודברים אלו ישרים: איברא יש לדקדק מה צורך הרא"ש לזה הא כתב בפ"ב בחב לאחרים דלכך לא מהימן במגו דמחילה דאין רוצה למחול ללוה באומר פרוע הוא אח"כ יתבענו א"כ באומרת פרוע הוא מה מגו דמחילה יש כאן הא רצונה לתבוע המעות

מבעלה מה שלא יתכן במחילה. וצ"ל דס"ל לרא"ש במכר לא שייך סברא זו דאומרת פרוע הוא ג"כ לא תוכל לתבוע המעות מלוה אף דיודע לא פרע. ואמת כי התו' לא ס"ל כן דהא הקשו מהך דמצא שובר ותי' דבשובר במגו כל דהוא אמרינן ולפמ"ש לקמ"מ משובר וצ"ל דס"ל לתו' דאף במכר לא יוכל לומר לאו בע"ד דידי את דהרי היא צריכה לשלם דמים שקבלה והלוקח מבטל מקח אמנם נראה דהרא"ש לס"ל כן ועכ"פ דינו אמת ואין לזוז מפסק הש"ע. וא"כ יש כאן ספק אי בזה יכול המוכר לטעון כי נפרע מקדם קודם המכירה או לא כי באמת לכאורה הדין דין אמת כמו גבי כתובה בא"ע דאם אמר דנפרע מקודם א"נ ומהכ"ת נחלק והש"ך דייק מכאן דנאמן לומר פרוע הוא אפילו קודם מכירה ולא ברירה לי הך דיוקא כי בכל מקום נוכל להתפרש דנפרע אח"כ או שהיה אומר ללוקח בשעת מכירה להדיא דפרוע דאז היה נאמן ולכך צריך הלוקח לישבע שלא אמר לו המוכר בעת מכירה אבל שיהיה לאחר מכירה נאמן שנתפרע קודם מכירה אין כאן הכרע אמנם לפמש"ל בכמה דוכתין דהא יש לו מגו דכותב שובר בעדים בלי זמן ונותנו ללוה ויכול הלוה לטעון קודם מכירה פרעתי א"כ י"ל דמהימן אבל שם בכתובה ל"ל כן דהעדים כותבים זמן בשובר אם היא גרושה או אלמנה דבהו דיבר הרא"ש והש"ע דליכא למיחש למאוחר דמה בכך דשטר כתובה מאוחר אם השובר נכתב לאחר גירושין או מיתת בעל תו ליכא חששא דהרי איחורו מוכח מתוכו דהא לאחר גירושין ומיתה לא כתב לה כתובה ולכך ל"ל מגו ולפ"ז אף ביורש אין נאמן לומר דיודע דנפרע אביו קודם מכירה דהוא א"י לכתוב שובר דיהיה ניכר דהיה אחר מכירה איברא גם במוכר גופי' אני מסופק כי לא מצאתי סברא זו בכתיבת שובר למחברים ואם הדבר אמת בנמצא שובר היינו דשם אמרינן מגו כל דהוא דהא אין כאן רק חששא בעלמא ושובר לפניך אבל כאן דבעינן מגו גמור אולי אין זה מגו גמור דמירתת דיתוודע ע"י עדי שובר שישאלו להם מאיזה זמן כתבו ואם אפשר דאין נאמנים תו מ"מ מגו גרוע הוא ולכן צ"ע:

לג **חוזר וגובה ממנו לוקח** פי' כל מפורשים מן המוכר אבל הלוה נפטר והרב הב"ח יצא לדון בדבר חדש דאם בב"ד נפסק שהלוה ישלם ללוקח תו חל שעבודו של לוקח על הלוה לגמרי בכח פסק ב"ד ותו לא מצי המוכר למחול ואם כן אם פרע שוב למוכר חייב לשלם שנית ללוקח. והרב הש"ך דחה דברו בשני ידים ואמת כי מ"ש הב"ח לדמותו להך דר"נ דא"י למחול לא דמי כלל כי מה ענין דר"נ להך נדון דאין לו ללוקח זכות רק מכח מכירה ומה יוסיף בקנינו פס"ד אמנם נראה כי הראב"ד ז"ל סבירא ליה כמ"ש הב"ח דבעה"ת שער נ"א ח"ד ד"ה כתב בשם ראב"ד דכל כמה דלא כתב זיל דון ואפיק לנפשך אעפ"י דכתב ליה קני לך וכו' לא מצי לתבוע ללוה ואחד מהראי' שלו מהא דאמרינן אי

פקח הוא מקרקש לי' בזוזי וכתב ליה שטרא בשמיה ש"מ דלא יכול לתבוע ע"ש והקשה הגי"ת דהא שם טעמא אחרינ כדי שלא יהיה יוכל המוכר למחול כמבואר בגמרא והניח בצ"ע אמנם נראה דהיה כוונתו לקושי' הש"ך דהקשה לשיטת הב"ח למה ליה לקרקש בזוזי יתבענו בב"ד ויפסקו ב"ד שמחויב לשלם לו ותו לא מצי למחול ולכך הוכיח דיכול הלוה לומר לאו בע"ד דידי אתה ואם כן אף דיתבענו בב"ד לא יפסקו הב"ד כלום כי יכול לדחותו ודינו מוכרח וברור דנתכוון לדינו של הב"ח ואין מקום לתמיהת הגי"ת: ואין להקשות לפי זה הא דאמרינן בהחובל דלכך פגיעתה רעה דאם תזבין כתוב' לנחבל כל לגבי בעל ודאי מחל' וכו' יפסקו הב"ד שישלם הבעל להנחבל ותו לא מצי למחול די"ל בכתוב' שאני חדא דאין הפסק בהחלט דאם תמות הרי אין כאן חיוב לבעל ועוד כתבתי לקמן דבכה"ג דחל שעבוד הגוף דבעל לגבי הלוקח ה"ל כמשהה בלי כתובה ולכן מצאנו להרב הב"ח חבר אך עם כל זה נר' לדינא כש"ך הואיל ולא נמצא בשארי פוסקים:

לד **וי"א שאם פרע וכו'** הרב הש"ך הרבה להשיג על דיעה זו כי כל ראיה שלהם מהא דמצא שובר וכו' דפרכינן וניחוש דילמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה ובנתיים מכרה כתובה וכד מפקי ליה לשובר מפסדי ללוקח ש"מ דשובר בתר המקח א"א לכתוב דאל"כ עוד בידה לכתוב שובר מהיום ודבריהם תמוהים פשיטא דכי ליתא לדשמואל דאין בידה לקבל פרעון וגכתוב שובר כלל אבל השתא דאיתא לשמואל למה יגרע פרעון ממוחל בלי פרעון והא כשמקבל פרעון פקע שעבודו של מוכר על הלוה וממילא נפקע שעבודו של הלוקח כהנ"ל וי"ל השיג אם לא שנאמר באשר שמצאתי בתשובת הרא"ש כלל ע"ג סי' א' דכתב הרא"ש במסרב ועכבהו ב"ד מעותיו ביד מי שמחויב לו מדר"נ והוא עבר צווי ב"ד ופרע למסרב וחייב הרא"ש לחייב ההוא לפרוע שנית ונתן טעם א' דה"ל מזיק שעבודו של חבירו ויש בו דיני דגרמי וע"כ סבירא ליה לרא"ש בתשובה ההוא דר"נ יוכל למחול דאל"כ בלא"ה חייב לפרוע דהא משתעבד מדר"נ ובמקום דמחילה ל"מ פשיטא דפרעון לא מהני וע"כ דסבירא ליה דיוכל למחול ומכל מקום חייבהו משום מזיק נראה דסבירא ליה בשלמא מוחל דהוא לטובתו אינו קרוי מזיק אבל בפורע דאין לו הנאה הרי בגדר מזיק שעבודו של חבירו כיון דלית ליה הנאה מני' וזהו הוא דעתם ואין בו מהזרות כמו שחשבתי לכאורה כי דברים אלו אמורי' ברא"ש ודוק. או כי הנך רבוותא סבירא ליה כדעת הראב"ן שאכתוב לקמן דעתו דסבירא ליה אם אין למוכר נכסים אעפ"י שמחלו צריך הלוה לשלם ללוקח ועיין מש"ל בטעמו ואף אינהו איירי בכה"ג דלא נשאר למוכר נכסים רק ה"א תינח במוחל דלא מפסיד הלוה אבל בפורע דכבר פרע ה"א דא"צ לשלם ולכך הביאו ראי' דאין רשות ללוה לפרוע למוכר כלל רק מכח מחילה אתי' עליו אם כן

הדין שוה כמו מוחל וצריך לשלם שנית ללוקח אם אין למוכר לשלם ולק"מ. והנה יש לדקדק על דעת ראשון שהוא עיקר בפוסקים דיכול לפרוע למלוה אם כן הא דאמרינן בקדושין בקדשה בשט"ח שיש לו על אחרים דר"מ סבירא ליה מקודשת ואמרינן לחד שנויי' דר"מ סבירא ליה כדשמואל דיכול למחול רק סמכ' דעתה לא שביק דידי ומחיל לאחריני וקשה הא מ"מ אולי יקבל פרעון לעצמו ואי דתחזיר על בעלה הא כבר הקשו כן התו' בב"ב דף קמ"ז ע"ב דאף אם ימחול יהיה בעלה חייב לשלם ותי' דאשה בושה לתבוע בעלה בדין. וצ"ל או דמהכ"ת יעשה כן הלוה דשורת הדין מתחיל' לפרוע ללוקח וכיון דלית ליה רווחא למה יעשה כן וסמכ' דעת' ויותר נראה כי אמרינן אשה בושה היינו שישלם מחמת דינא דגרמי בתורת מזיק אבל אם חייב לה שקיבל מיד אחד מעות השייך לה לא שייך אשה בושה ובהכי ניחא מ"ש הבית שמואל באע"ע סי' כ"ח ס"ק ל"ה בשם ש"ג דיכול לקדש אשה בנותן לה שט"ח שהוא חייב לה ולכאורה הוא נגד דברי התו' דכתבו דאשה בושה לתבוע בעלה בב"ד ולפמ"ש לק"מ דדוקא מתורת דיני גרמי בושה ולא באופן אחר ובפרט די"ל הך מ"ד סבירא ליה ד"ג קנסא ולא קנסו בנו אחריו ואם כן אף דאשה בושה לתבוע בעלה היא סמכ' דעתה במות בעלה לתבוע ליורשים והלא כל כתובה בכך ואם תמות בחיו בלא"ה בעל יורש הכל ולגבי יורשי' אינו בושה אבל הך ד"ג בנו פטור וצריך לתבוע בחיי בעל וזה בושה אבל בחוב דעלמא אינו בושה דיכול לתבוע להיורש ודוק:

לה **מכל מקום אם תפס הלוקח כו'** נראה דיש עדים ללוקח או שמודה לו שמסרו וא"ל קני לך וכו' אבל אם אין לו ראי' רק ששטר בידו לא מהימן ואפילו תפיס מפקינן מיניה דאל"כ בהך סבתא בפז"ב דאמרינן למ"ד אין אותיות נקני' במסירה בעינן מגו דקלתי' או הימנה מתחילה ולא אית לה מגו דמכר לי במסירה ולי פרע ואיך מוציאין א"ו דאין נאמן אלא בראי'.

לו **ואם אין הלוה יכול לשלם וכו'** כן דייק הת"ה מלשון רא"ש דכתב חוזר וגובה מהלוה ולא כתב חוזר וגובה מלוקח ש"מ דאין לו על הלוקח כלום והרב הש"ך וכן הגי"ת כולם כאחד מתמיהים בממ"נ אם אתה משוה למחילה אף מהלוה לא יגבה ואם לאו אף מלוקח יגבה ועוד וודאי כשיגבה מלוה יחזור הלוה על הלוקח החזיר לי מה שפרעתיך שלא כדת וחייב להחזיר ואם כן באין ללוה לשלם יחזור המלוה על הלוקח מדר"נ ועיין ש"ך דדחק עצמו למאוד ולפי מש"ל בקונטרס התפיסות דסבירא ליה לרא"ש גבי פועל שאכל וכו' כל היכי דחוב ברור וספק בפרעון לא מהני תפיסה דה"ל א"י אם פרעתיך אם כן י"ל דהרא"ש לשיטתו דסבירא ליה בתשובה הביאו הטור ס"ס רמ"ח וז"ל אעפ"י דפוסק

רשב"ם דאותיות נקני' במסירה הרי"ף ור"ח ור"ת פוסקים דבעי כומ"ס וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן ממונא עכ"ל הרי דאין דעתו להלכה ברורה פסוקה דבעינן כומ"ס רק ס"ל דהוי פלוגתא דרבוותא ואין להוציא ממון ע"ש ולפ"ז מלוקח א"י כלל להוציא דיאמר קים ליה כרשב"ם וסייעתו דאותיות נקני' במסירה וכדין קניתי ומי יוציא ממון מיד מוחזק אבל על הלוה חוזר דהוא חייב לו בבירור וזהו הפרעון ספק דלשיטת האומרים דבעי כומ"ס לא יצא ידי פרעון כלל דפרע לאיש דלית ליה זכותא בגבי' דשטרא ואם כן לא מצי למימר קים ליה ובפרט דסוגין דעלמא כרי"ף וסייעתו ופשיטא דלא מהני ללוה קים ליה ומ"ש הש"ך דהא הלוה יחזור על הלוקח לפי מש"ל בסי' נ"ח דרא"ש ס"ל כל כמה דלא בא לידו בתורת פקדון דמחוייב לקיים השבה מעלית' אף דשליח צריך לשלם מ"מ לא איכפת ליה לתופס ע"ש ואם כן אף זהו כמוהו דהלוקח יטעון אני כדין תופס דקים ליה כרשב"ם ואם אתה מפסיד דלית לך טענת קים ליה מה נ"מ לי בך אני אומר הדין עמי בכל אופן ולק"מ מכל טענת הש"ך זהו מה שנ"ל להליץ בעד הת"ה ולהצילו מקושי' הש"ך אבל לדינא ג"כ נראה אף דאפשר הרא"ש משוי' לי' ספיקא מכל מקום שיקול הדעת סוגי' דעלמא לפי פסקי הש"ע ואחרונים דהלכה כמ"ד בעי כומ"ס ואם כן תו לא מצי לטעון קים ליה ואם כן חזר הדין דאף מלוקח גובה המוכר כיון דלא קנאו כדין. ובאמת לולי דברי הת"ה הייתי אומר הא דכתבו הטור והרא"ש דחוזר וגובה מלוה ולא כתבו מלוקח דיש נ"מ בגבי' דמלוה גובה כל דמי שטר ולא מצי לוה לומר תנכה עכ"פ דמי זבינא שנתן לך הלוקח כי יאמר כיון דלא נקנה כלל וזוזי אצלי בפקדון כמש"ל מה נ"מ לך בפקדון של הלוקח בידי אתה חייב לשלם לי שטר ואם הלוקח יתבע אותי אני אשיב לו ומה לך בפקדון של הלוקח בידי ואם יבא עליו בטענת דר"נ דהא אני אחזיר על הלוקח והלוקח יתבע ממך דמי זבינא וה"ל מדר"נ הא בזו יש חילוקים רבים דבמקום דאית ללוקח נכסי לא שייך דר"נ ועיין לקמן סי' פ"ו וסי' קכ"ה ע"ש ולכך צריך הלוה לשלם כל דמי זבינא מבלי ניכוי כלל משא"כ כשגובה מלוקח ודאי דמנכה כל דמי זבינא שנתן לו עבורו וטובא קמ"ל הרא"ש וטור דגובה כל החוב מלוה בלי ניכוי כלל מה שקיבל דמי זבינא מלוקח:

לז **אבל אם מכרו לשנים וכו'** הש"ך בס"ק ע"א פקפק בזה על הבעה"ת וטור דא"כ דחשדא גמורה היא אם כן אף אחד איך יוכל לקנות אם תסלק אחד נשאר רק ע"א ואיך נוציא ממון עפ"י ע"א: ואין דבריו כדאי' לדחות דברי הגאונים הנ"ל כי חדא בגמ' דיבמות דף כ"ה ע"ב פריך הגמרא טעמא דב"ד הא תרי לא והא אמרינן עדים החתומים וכו' רשאים ליקח וקשה מה קושי' בשלמא התם בדיעבד אין כאן חשדא ולכך בשנים רשאים

ליקח אבל בזה הא איכא למ"ד אם כנס מוציא ואם קושי' הגמרא למ"ד אם כנס אינו מוציא הל"ל הניחא למ"ד אם כנס מוציא וכו' ומדלא פריך כן ש"מ דקושי' הוא לכ"ע וגם מדברי תו' כתובות דף כ"ב ע"ב ד"ה כגון וכו' דהקשו הא אמרינן הרגנוהו לא ישא אשתו וכו' וע"כ קושי' התו' או למ"ד אם כנס מוציא דבלא"ה אין מקום לקושי' התו' דהא באמת אמרינן הרי זו לא תנשא לכתחילה או דסבירא ליה לתו' בכה"ג לכ"ע כנס מוציא הואיל יש חשש איסור כמ"ש התו' ביבמות דף הנ"ל ד"ה אמר להו וכו' מוכח כהנ"ל דתי' הואיל והם שנים ליכא משום חשדא וקשה הא אם נחשד אחד תו ליכא רק ע"א ושנים מכחישים אותו וה"ל חד במקום שנים וכמו שבאמת דעת ר"ח דבעינן שנים זולתו ועכצ"ל דבשנים תו ליכא חשד ואף הע"א דיש חשש נוגע חוזר לכשרותו ע"י השני והש"ך הביא מדברי תו' בגיטין ומזה ראי' לעומתו דכתבו דהואיל דמהתורה כותים גרי אמת אם חתום רק ע"א ישראל כשר ומזה למד רמ"א בתשובה בכל מילתא דרבנן סמכינן כיוצא בזה ואף בזה הנדון וכי כאן פסול תורה רק חשדא דרבנן ואם כן סמכינן על עד השני ודברי בעה"ת וטור מוכרחים כהנ"ל:

לח **אם חזר ומחלו מחול** כתב הש"ך בס"ק ע"ג בשם תשובת מהראנ"ח דאם ראובן מכר שטרו שהיה לו על לוי לשמעון ושמעון חייב ללוי אין שוב ראובן יכול למחול דהואיל דשממון חייב ללוי אם כן בזה שהגיע לידו שטר שלו ה"ל כגבוי ותו לא שייך מחילה והש"ך השיג דהא קי"ל זה גובה וזה גובה ואם כן לא מיקרי כגבוי והנכון אתו וראי' מהא דפרכינן בנמצא שובר דילמא זבנא לכתובה בטובת הנאה ומשני ש"מ איתא לדשמואל וכו' וקשה דילמא מכרה כתובתה למי שהיה הבעל חייב לו ואם כן תו לא מצי למחול ובנפילה הכל חוששין ואם אפשר לומר דכתובה לא הגיע זמנו ולא שייך דהוי כגבוי מכל מקום כתבו התו' דבעת מציאה יתכן דהיא גרושה ואם כן אז כבר הגיע זמן גבי' והרי הוא כגבוי דמי ועכצ"ל דבכל אופן יכול למחול

לט **מיהו אין הלוקח וכו'** והרשב"א הכריע כהך שיט' וראי' שלו מהא דאמרינן בקדושין פ"ב קידשה בשט"ח ר"מ אומר מקודשת וח"א אינה מקודשת ואוקמינן בגמרא טיב מחלוקתם באנפי טובי או דפליגי במחלוקת רבי וחכמים אי בעינן כומ"ס או סגי במסירה לחוד או דסבירא ליה דפליגי אי צריך לומר קני לך וכו' או דפליגי בדשמואל אי מצי למחול או דפליגי אף דמצי למחול אי סמכ' דעת' לא שביק דידי ומחיל ופריך הגמ' תנן קדשה בשט"ח ר"מ אומר אינה מקודשת וח"א שמין את הנייר אם יש בו ש"פ מקודשת במה עסקינן אי בשט"ח של אחרים קשי' ר"מ אדר"מ דלעיל סבירא ליה מקודשת וכו' ודייק הרשב"א הא אף דרבנן אדרבנן קשי' דלעיל דאינ' מקודשת משום דיכול למחול

אם כן אף על הנייר לא סמכה דעתה דאם ימחול מוכרחת להחזיר הנייר וע"כ צ"ל דאף דמוחל א"צ להחזיר הנייר והרב הש"ך בס"ק ע"ו חשב לדחות ראיה של רשב"א ולהכריע למולו. וכתב די"ל דלכך לא פריך רבנן אדרבנן די"ל הנך אוקימת' אחריני דפליגי במסר ולא כתב אבל לכ"ע אשה סמכה דעתה וכו' ואם כן נהי דלא קנתה גוף החוב מכל מקום הנייר קנתה כמ"ש ריטב"א והב"ח במסר ולא כתב במתנה הנייר קנה ולכך סבירא להו לחכמים שמין הנייר זהו תורף דברי הש"ך במה שהשיג על רשב"א אף שהאריך ובאמת לא ראה חדושי רשב"א לקדושין כי הרשב"א הקשה מה פריך הגמרא קשי' ר"מ אדר"מ נימא דלעיל איירי בכתב ומסר ופליגי בדשמואל ור"מ ל"ל דשמואל וכאן איירי במסר ולא כתב ולכך אף לר"מ אין מקודשת ותי' דניחא לי' לגמרא לאוקמי אליבא דכולי שמיי דלעיל ולפ"ז יפה הקשה להך תי' דלעיל דפליגי בדשמואל אף רבנן אדרבנן קשי' ול"ל הך גופי' מנ"ל לרשב"א דילמא חדא קושי' בחברתה מיושבת דקושי' הגמרא בממ"נ אי פליגי בדשמואל ואם כן ל"ק ר"מ אדר"מ די"ל כאן במסר ולא כתב אם כן קשי' חכמים אחכמים דהא סבירא ליה דלא סמכ' דעתה ואי פליגי במסר ולא כתב ולכ"ע סמכה דעתה ולא קשי' דרבנן אדרבנן כמ"ש הש"ך אם כן קשי' ר"מ אדר"מ דא"כ למה נקט הגמרא בלישנא קשי' ר"מ אדר"מ יותר מן קשי' רבנן אדרבנן ועוד הא י"ל דלעיל פליגי כתב ומסר ולא כתב קני לך וכו' ופליגי בדר"פ ולכ"ע סמכה דעתה ובאידך בריייתא איירי בדלא כתב כלל ולכך לר"מ א"מ ולק"מ דלכ"ע סמכה דעתה ועכצ"ל כמ"ש רשב"א דלכולי שינויי פריך והוכחתו ברורה: איברא דהוא לא ראה חידושי רשב"א הנ"ל ונמשך אחרי דברי תו' דמתרצין בהך קושי' רשב"א ד"ה אילמא כו' דסבירא ליה לגמרא דמסתמא הנך תרי ברייתות בסגנון ואופן אחד נאמרו אך עם כל זה דברי הש"ך בלתי מובנים לי כלל דמה בכך דסמכ' דעתה לא שביק דידי ומחיל לאחריני מכל מקום אם בריייתא איירי במסר ולא כתב דלא נקנה לחכמים לה השטר מה סמיכת דעת יש בנייר הא הלוה יפרע ע"כ לבעלה דהא היא לא קנתה השעבוד ואם כן אף היא תוכרח להחזיר הנייר ללוה דגופו של נייר שלו והשתא בקנתה השטר בכומ"ס לגמרי מכל מקום אם מוחל צריכה להחזיר הנייר מכ"ש בלא קנתה לגמרי ונפרע השטר למלוה פשיטא דצריכה להחזיר והריטב"א דסבירא ליה דא"צ להחזיר היינו דסבירא ליה אף במוחל א"צ להחזיר הנייר אבל אי אמרינן במוחל צריך להחזיר פשיטא דכ"ש במסר ולא כתב דצריך להחזיר כשפרע הלוה למלוה. ואם כן פשיטא בכה"ג לא סמכה דעתה כלל. ועוד בממ"נ או דאתה אומר דה"ל גוף נייר כמשכון ביד מלוה או לא דאם ה"ל כמשכון ביד מלוה למה תוכרח להחזיר הנייר במוחל הא במלוה שיש בו משכון לא מצי למחול ופרוטה שוי של נייר ה"ל מלוה

שיש בו משכון ואם אמרינן דלא ה"ל משכון ביד מלוה דלא נחית להלות על זה אם כן איך ס"ד במסר ולא כתב דיקנה הלוקח הנייר וכי אדם מוכר דבר שאין שלו הא גוף הנייר של הלוה ומשכון ליכא ביד המלוה והמוכר ואמת כי קושי' זו גם ברמב"ן לב"ב קשה דכתב וי"א דקנה הקלף ומכל מקום אם חזר ומחלו או שפרע הלוה מוציאו מתחת ידו וקשה ג"כ בממ"נ כמ"ש רק י"ל באמת הך וי"א סבירא להו דאפי' מלוה על משכון כל שהוא בשעת הלואה יכול למחול או כמו שנראה להדיא בדברי ריטב"א בכתובות דסבירא ליה הא דקנה היינו הנאת תשמיש הנייר דהא המלוה מותר להשתמש בנייר כל זמן שלא נפרע וזו הנאת תשמיש נקנה ליה ללוקח אבל מכל מקום לא הוי כמשכון וכן משמע סברא זו ברא"ה לכתוב' גבי מגבי' בי' דמי ניירא אבל זה אי אפשר לומר בגמרא שמין את הנייר דמשמע גוף שוי' של הנייר ודוק. ועכצ"ל חדא בחברתה מישך שייכי וכיון דבמסירה גרידא קני גוף הנייר ש"מ דה"ל משכון ואף במוחל א"צ להחזיר גוף של נייר עד שיתן לו דמי שוי הנייר דודאי גוף נייר של לוה רק כפי שיווי של הנייר ה"ל משכן. ואף הרשב"א סבירא ליה דלא הוי רק משכון ואי מחזיר לו דמי הנייר צריך להחזיר לו גוף הנייר וכ"כ רשב"א להדיא בגיטין דהנייר הוי כעין משכון. ולכן לא הבנתי מ"ש הש"ך בס"ק נ"ט בצ"ע על הטור בא"ע דפסק בסי' כ"ח דשמין הנייר וכו' דהא הנייר חוזר ללוה דהוא של לוה דהא הטור אזיל לשיטתו דפסק לעיל סט"ו להדיא דצריך ליתן לו ללוקח כשמחזיר הנייר דמי שוי הנייר ואם כן פשיטא דה"ל משכון ובו מקודשת ומה שקשה על הטור ממ"ש בריש ס"א כבר כתבתי לעיל בתחילת הסימן מ"ש בזה. ואדרבא הדבר מבואר דגם הטור ס"ל כרשב"א אמת דיש לטור קושי' דמה בכך דה"ל משכון הנייר דהא גופו של נייר אין קנוי לו רק משכון כהנ"ל והא הטור ס"ל דמקדש במשכון בשעת הלוואתו אינ' מקודשת כלל בשלמא לרשב"א י"ל דס"ל דמקדש במשכון בעת הלואה מקודשת אבל להטור דבעי דוקא משכן שלא בעת הלוואתו א"כ למה מקודשת וצ"ל דמ"מ במשכן כזה אף הטור מודה דקנה בשעת הלוואתו דעיקרו עומד לכך להלות בו ומבלי להחזירו עד שיפרע לו ומקנה לו הלוה הנייר וצ"ע. ומ"ש הש"ך דהרא"ש כתב בפ' הכותב בשם חכמי פרובנציא דחייב להחזיר הנייר לא ידעתי איך מבורר דהרא"ש ס"ל כוותי' אדרבא הא הרא"ש מפרש דהך דמי נייר שייך להך דשורף שטרו של חבירו וכי בשביל דהעתיק דבריהם ס"ל כוותי' ועוד דאם אמרינן דהמוחל אין צריך לשלם רק דמים שקיבל צ"ל הא דאמרי' כשורא לצלמא לא על הך דמוחל קאי רק על הך דשורף קאי כמ"ש הרא"ש וא"כ אף מן מגבי דמי נייר ליתא ראי' דקאי על שורף וא"כ תו ליכא ראי' לחכמי פרובנציא והא ס"ל דמשלם כל דמי שטר וס"ל דעל מוחל קאי והטור דפוסק

דמשלם רק דמי' שקיבל פשיטא דליתא לדעת חכמי פרובנציא הנ"ל ודוק אך אע"פ שהטור ס"ל כרשב"א מ"מ הש"ע בא"ע בסי' כ"ח סעיף י"ג משמע דלא ברירה ליה הך דכתב סתם בקידשה בשטר בכום"ס אינה מקודשת אלא מספק ולא כתב שמין הנייר שמע מינה דסבירא ליה בכל גוונא מספקא והב"ש ביקש להוכיח דלא מספקא ליה כלל וסבירא ליה כהר"נ דאין שמין הנייר כלל דאל"כ למה לא כתב במסר ולא כתב דשמין את הנייר ואין זו ראי' דהמחבר אזיל לשיטתו דהשמיט בסי' זה מ"ש הטור בסעיף ט"ו במסר ולא כתב דיכול להחזיק בנייר הואיל וכתב בתחילת סימן אין קנין לחצאין וכמ"ש הרמב"ן ע"ש ועמש"ל בריש סימן זה וא"כ ל"ל במסר ולא כתב דא"כ אין כאן קנין כלל אבל וודאי במסר וכתב פשיטא דס"ל דדברי רשב"א נכנסי' בכלל ספק דמהכ"ת לא יחוש המחבר לדברי רשב"א וטור ובפרט בנושא החמור כזה. ואפשר לענין ממון מודה דדברי רשב"א אמת רק לענין א"א חושש להחמיר להצריך גט אם קדשה אחר. ולא אתי' ספיקא דמחבר לדחות ודאי דהטור ובפרט שכל ראי' הרמב"ן כמ"ש הרמב"ן ורשב"א הוא מהך דגיטין פ"ב היו מוחזקים בטבלא וכו' דמשמע שם דצריך להיות השטר של המקנה וא"כ אי קני' ליה המלוה הא לא הוי שטרו של מקנה לפמ"ש התו' ורשב"א בחדושיו דבשטרי הלואה באמת א"צ רק בשטרי קנין וכל סוגי' גמ' שם הכל משטרי קנין א"כ אין כאן ראיה כלל ודברי הרשב"א ברורים אך באמת י"ל לפי דעת האומרים במוחל א"צ לשלם רק דמים שנתן וא"כ במתנה פטור לשלם לגמרי אין לרשב"א ראי' דא"צ להחזיר הנייר דלהך שיט' א"צ לתי' התו' ב"ב דף קמ"ז דאשה בושה לתבוע בעלה וכו' רק לא סמכ' דעתה דאולי ימחול ואין לה תביעה בבעלה אך אם הנייר ש"פ בזו ודאי לכ"ע יש לה תביעה בבעלה דזהו חייב לשלם אפילו דלא דאין ד"ג כמבואר בגמ' דמגבי דמי ניירא ודעת חכמי פרובנציא דדמי הנייר משלם המוחל לכ"ע אפילו ליכא ד"ג דזהו קנה וא"כ אף במתנה חייב לשלם וסמכ' דעת' דתתבע מן הבעל והרשב"א לשיטתו דס"ל משלם כל דמי שטר ועכצ"ל דאשה בושה וכו' ומעתה ל"ק בטור דפסק בא"ע דמקודשת ודאי כי הטור פסק דמשלם רק דמי זבינא וא"כ אף לדעת חכמים הנ"ל מקודשת כי לא אמרינן אשה בושה ועיין מש"ל:

מ **ואין לי לשלם וכו'** הקשה הגי"ת להך שיט' דהיכי דנתכוון לטובתו פטור מדיני דגרמי הא דפרכינן גיטין דף מ"ג העושה מלאכה במי חטאת פטור מדיני אדם ואם היזק שאינו ניכר שמי' היזק בדיני אדם נמי חייב מה קושי' התם לטובתו לעשות מלאכתו נתכוון ואין זה קושי' דכי אמרינן לחלק היינו בגרמי אבל במזיק בידים ודאי דאין חילוק אם נתכוון להנאת עצמו או להזיק וא"כ אי היזק שאין ניכר היזק הא ה"ל מזיק גמור

בידים דעשה בידים מלאכה בהם ובזו וודאי דאין חילוק בין שהוא להזיק או לטובתו ושפיר פריך ואדרבא י"ל דהנך ילפי מהך די"ל דקשיא ליה קושי' מהרש"א דלמ"ד היזק שאין ניכר לא שמיה היזק למ"ד דילפינן קנסא מהדדי א"כ מפני מה פטור מדיני אדם היינו מטמא ולפי הנ"ל ניחא דאם אין שמי' היזק רק קנסא לא נרע מדיני דגרמי דהיכי דמתכוון לטובת עצמו פטור אבל אי שמי' היזק הוי מזיק גמור ובידי' ובזו אין לחלק כלל מיהו לפמ"ש התו' ב"ק לחד תי' בקושיתם דמה פריך הגמ' אי שמי' היזק לחייב הא אמרינן ב"ק דף צ"ח דאפי' עשה בו מום פטור דסתם שורי' לאו לגבוה עומדים רק נקט מלאכה דאפי' בזה חייב בד"ש ותי' התו' דאי שמיה היזק עדיין קשה ליתני מום דמ"ש מום ומ"ש מלאכה וא"כ למ"ד לא שמי' היזק י"ל כקושי' התו' ולא שייך תי' התו' ול"ק קושי' מהרש"א כלל רק מהרש"א נמשך אחרי תו' דכתבו פרה ודאי לגבוה דדמי' יקרי' אבל אין שאר מפורשי' שוים בזה כדמשמע מתו' בגיטין: ובזה מיושב הרמב"ם פ"ז מהל' חובל דפסק בעושה מלאכה בפרה חייב כי אם נכנס לרבקה וטען הראב"ד דהא למ"ד לא שמי' היזק לא קשי' כלל ולפמ"ש ניחא דלכך לא קשי' לי' די"ל דס"ל כרבה דאפי' מום פטור דלאו לגבוה קיימא אבל לפי דפסק כרבא דמום חייב א"כ אף להך מ"ד צ"ל כן דמיירי דהכניסו לרבקה וא"ש ולק"מ:

מא **שאף לעצמו יכול למחול** וחייב לשלם כדין מוחל וכתב הש"ך דאם אשה נשואה מוחלת שט"ח שהיה לאבי' על אמה או אחי' ונמכרו לאחרים ומתו דהיא מוחלת לעצמה מ"מ אין צריכה לשלם כלל מדיני דגרמי עד שתתאלמן ותתגרש דכל מה שקנתה אשה וכו' עכ"ל ודבר זה לאו דברי הכל דלמ"ד במקום פסידא דחבלות נמי אמרינן בעל בנכסי יורש הוי א"כ הירושה יכול למכור לאחר כדאמרינן בגמ' דהחובל דאי ליתא לתקנת אושא תוכל למכור מנכסי מלוג לאחרים אי אית לה לפרוע לניזק וכתבו התו' סוף יש נוחלין דהמ"ל ולטעמיך אפי' איתא לתקנת אושא הא במקום פסידא כיורש שוי' רבנן ע"ש דכתבו עוד תי' דלא שכיח וזהו בחבלות אך זהו אפשר דשכיח דמהכ"ת לא תמחול לעצמה וא"כ אפשר לכל תי' של תו' מכריחים למכור נכסי מלוג ומכ"ש להך תי' דהמ"ל ולטעמיך ועיין לקמן סי' שפ"ח ס"ב וש"ך ס"ק ט"ז ע"ש ובהכי ניחא דברי בעה"ת מ"ש בשם רבי' מחכמים דלכך לא הך דנסבה ר"נ עצה למחול כתובת אמה לגבי אביה צריכה לשלם מדיני דגרמי משום דקנסא הוא ולא קנסו בנו אחרי' והדבר לכאורה תמוה ביותר דזהו טעות גמיר דה"מ כשאב מוחל ומזיק פטור היורש אבל כשיורש מוחל היא המזיק והיא חייבת לשלם ומה ענין זה ללא קנסו בנו אבל לפי הנ"ל ניחא דידוע דריטב"א ורא"ה תי' דהיא נשואה היתה ולכך אין לחייבה כמ"ש הש"ך כל מה שקנה אשה וכו'

אך התו' דלא תי' זה בשום דוכתי' משום דאזלו לשיט' דהא ה"ל נכסי מלוג מה שיורשת מאביה וא"כ לגבי פסידא יורש הוי הבעל. וע"ז יפה תי' הם דלעולם י"ל דנשואה היתה ואי דהבעל היה רק יורש מה בכך די דנעשה אותו כשאר יורש גמור לא קנסוהו בשביל היזק מה שעשה מורישו ואף הבעל אין חייב לשלם מה שעשה אשתי ואין הבדל בזה אלו לוקח הוי או יורש וא"ש וברור. והא לא קשי' תמכור נ"מ בטובת הנאה וכדאמרינן בב"ק באשה שחובלת תמכור נ"מ בטובת הנאה ומשני דלית לה הרי באית ליה מזבנית בטובת הנאה וכמש"ל סי' תכ"ד וצ"ל בתי' דרש"י פי' במשנה דלכך פגיעתה רעה דנ"מ שלה משועבדיס לבעלה ותמה התי"ט הא בגמ' אמרינן דלית לה דאל"כ תמכור בטובת הנאה. וצ"ל דבא"ע סי' צ' ס"ט פסק הש"ע תקנת אושא וכתב הרמ"א דאם נתאלמנה או נתגרשה מכרה קיים וכתב ב"ש ס"ק ל"ט כי כן הוא בירושלמי והוא טען כיון דאין לה יד למכור לאלתר איך תהיה יכולה למכור על אחר גירושין הא אין אדם מוכר דבר שאין ברשותו ע"ש ולכאורה קשה הא גמ' ערוכה היא ותזבון נכסי מלוג בטובת הנאה והיינו שתהיה ללוקח לאחר גירושין ולכן צ"ל דס"ל דקושי' הגמ' הוא למשנה דר"מ היא דאסור להשהות וכו' כמבואר שם בגמ' ותו' דאל"כ תזבון לבעל ולר"מ אדם מוכר דבר שלא בא ברשותו ועיין תו' ב"ק וב"ב דהסכימו דהואיל דר"מ היא לענין שהיה כתוב' ה"ה לכל מילי דר"מ לענין ד"ג וא"כ ה"ה למוכר דבר שלא ברשותו אבל לדידן דקי"ל דאין אדם מוכר א"א למכור בטובת הנאה כמ"ש הב"ש וצדקו דברי רש"י דכתב לדידן וכן מתפרשי' דברי הרא"ש וריטב"א. וא"כ לפי דפסקינן ד"ג ממונא הוי ולא קנסא וחייב יורש לשלם א"כ באשתו נשואה דיש לה נ"מ אי בעל לוקח או יורש הוי ספיקא דרבוות' היא ועיין לקמן סי' שפ"ח מ"ש שם אי"ה:

מב **לעצמו יכול למחול** וכתב הש"ך בס"ק פ' דאם מחל הקטן יכול למחול וא"צ לשלם כשהגדיל ובאמת הך דינא צריך ישוב דלפי מה דכתב הש"ך בעצמו לקמן בס"ק ק"ט דלשיט' רוב מחברי' דס"ל למאן דד"ג חייב לשלם כל דמי השטר הוא הדין למאן דלא דן ד"ג דמחויב לשלם עכ"פ הדמי' שקיבל על הזבינא דזהו משורת הדין ולא מתורת מזיק ולפ"ז אף קטן שמחל נהי מתורת מזיק פטור מ"מ הדמים שקיבל מורישו אם הוא מוחל הא מתחייב בממון מתורת דמי' פשיטא דחייב לשלם. ובזו א"ש דברי התו' בב"ב דף קמ"ז ע"ב ד"ה המוכר דהקשו לשיטת האומרים דצריך לשלם כל דמי שטר מה הרווח' ברת' דקריבת' דר"נ וכו' ותי' דקטנה היתה וכו' וכתבו עוד קשה לי איך השיאה ר"נ עצה למחול הא איסור מיהא איכא ותי' כיון שלא היה מפסידי' כלל שהיה מחזיר להם מה שנתנו בה שרי וקשה בממ"נ אי ס"ל לתו' כדעת הרא"ש בפ"ק דב"מ דקטנה מותר

להשיאה עצה ולית בי' משום דיני דגרמי דאסור מה קושי' נימא לכ"ע לכל השיטות דהיתה קטנה ואי דס"ל דלא כרא"ש דאף לקטנה אין להשיא עצה במקום שמזקת לאחרים א"כ עדיין קשה מה דתי' התו' דקטנה היתה דעדיין קשה איך השיא עצה ואי דעכ"פ תחזיר מה שנתנו הא קטנה לא תשלם כלום ופגיעתה רעה תנן ומי יכריח אותה לשלם דבר אבל לפמ"ש ניחא דלהך שיטה דמשלמת כל דמי שטר א"כ דמי' שקיבל חייב בלי ד"ג. וזהו אף קטן חייב לשלם וא"כ לאותה שיטה שפיר מתוקמ' בקטנה ומ"מ מותר להשיא עצה דהך דמי' שקיבלה אמה מחוייב' לשלם תמיד אפילו היא קטנה וליכא כאן פסידא כלל וא"ש ועיין מש"ל עוד פי' אחר בתו' בדרך פלפול אבל דברים בעצמותן מורי' בתו' כמ"ש והא דכתבו התו' בסוף קושית' מהך דמצא שובר וכו' דאם אמרינן דאתיא כמאן דלא דאין ד"ג א"ש אך אין להביא ראיה כלל אין להקשות הא ראיה יש מ"מ דודאי דמי זבינא צריך להחזיר א"כ מ"מ יש טריפה שלא כדין כקושי' התו' וכמש"ל בפי' קושי' או כפי' מהרש"א או כפי מ"ש בפי' י"ל דכוונתו דמהך אין ראיה דיש לדחות דאולי אין הסברא כ"כ מוחלט דלמאן דלא דאין ד"ג משלם דמי' שקיבל ובהכי ניחא דכתבו דא"כ אין ראיה וקשה באמת אי אין ראיה מה להם כל חדדה הזו נימא דאתיא דלא כר"מ ואין כאן קושי' אלא דבאמת ס"ל לסברא הך דלעיל אך עיין לקמן מ"ש בזה ביותר אמת וביאור וחדא מכלל חברת' אתמר מ"ש הש"ך בס"ק פ"ב בשם ש"ג שמותר להשיא עצה למחול כשמגיע ליורש תועלת ממנו ובלבד שלא יהיה היועץ מעורכי דייני' והש"ך הסכים עמו יש בזה מקום ישוב דלדעת הרא"ש בפ"ק דב"מ אסור כי אם בקטנה כמ"ש שם להדיא אבל בגדולה לדעת האומרים דאין משלם רק דמי' שקיבל אסור דגורם להפסיד לחבירו וגרמי אסור ולדעת התו' בב"ב כפי מ"ש נראה דאם המוחל משלם מה שנתן אעפ"י דמפסיד הנשאר מותר להשיא עצה אבל בקטן לדעת האומרים דאין משלם והוי פגיעתו רעה אסור לייעץ וא"כ הדבר צ"ע ותמיהני מהש"ך איך העלים עין מהרא"ש ותוס' מבלי זכר להם וגריר בתר דעת ש"ג:

מג **יכול למחול** ויש לי מקום עיון לפי' ר"ת דס"ל מכירת שטרות תורה והא דיכול למחול ביארו הפוסקים וביחוד הרא"ש בפ' הכותב דתרי שעבודי' יש שעבוד הגוף מלוה למלוה וזה א"י למכור ושעבוד נכסי' וזהו הנמכר ללוקח ולכך במוחל דפקע שעבוד הגוף אף שעבוד נכסים נפקע. וצ"ל לפיר"ת א"כ במת לוה ונפלו נכסי' קמי יורשי' דהא פקע שעבוד גוף באיזה אופן יחול שעבוד נכסי' וצ"ל דאף במת לוה כשיורש זוכה בנכסי' אף הוא משתעבד כמו לוה בעצמו ועליו מוטל לפרוע כמו אביו הלוה. ולפ"ז בכה"ג דראובן חייב ללאה אשתו ולאה אשתו מכרה שטרה ללוי ומתו ראובן ואשתו וא"כ שמעון בנם

יורש לראובן הלוה ולאמו לאה המלוה והרי הוא במקום לוה ומלוה וא"כ איך כאן שעבוד הגוף באפשרות כלל דהוא הלוה והוא המלוה וכי משתעבד בעצמו מיני' ובי' וא"כ דפקע שעבוד גוף פשיטא דפקע שעבוד נכסי' והרי החוב נתבטל א"כ מה צריך למחילה עד דאמר ר"נ ליכא דליתיב עצה ולבסוף נצער דה"ל עורכי דיינים הא ממילא השטר פקע והרי הוא כחרס וא"א לב"ד להזדקק בו כלל ואם אמרינן הואיל מתחיל' נעשו ערבים בעד שעבוד הגוף אף דלאח"כ לא נשאר שעבוד הגוף שעבוד נכסים הוא במקומו דא"כ אף במוחל הדין כן כיון דמתחילה היה שעבוד גוף ונכסי' אף דפקע שעבוד גוף שעבוד נכסי' ישאר. ובאמת לר"ת ל"ק די"ל דס"ל באמת כן לדינא ומוקי ליה הך עובדא דר"נ וקריבת' דהיה אביה עדיין חי כרבים מהמפורשים וא"כ עדיין שעבודו של אביה לה לברת' יורשת כתוב' אמה קיים אבל על הריטב"א קשה דס"ל מכירה תורה ומ"מ ס"ל דלא מצי יורש למחול לעצמו קושי' הנ"ל במקומו. שוב עיינתי בריטב"א לקדושין והרגיש בגר שמת ושטרותיו מכורי' יהיו בטלים דהא שעבוד הגוף מהמלוה על לוה פקע ותי' דבאמת דה"ל כאומר בשעת הלואה דאף ללוקח דאתא מחמתו המוכר משתעבד בשעבוד הגוף אך הוא כל זמן דלא מחל ללוה אבל אם ימחול יפקע שעבודו וא"כ ל"ק ממ"ש דהא אף ללוקח משועבד בשעבוד גוף כל זמן שיורש אין מוחל כמו בגר אלא שדבריו ביותר צ"ע א"כ מה צורך ר"ת לישני שעבודי' נימא דה"ל כאלו התנה אם ימחול יהיה חוב מחול. וביותר כתב הרא"ש להדיא בפ' הכותב דלא משתעבד עצמו בשעבוד גוף לשנים לפיר"ת וגם לשיטת הראב"ד דכתב באומר לך ולכל דאתא מחמתך משתעבד וא"י למחול למה ה"ל כאלו התנה כ"ז שלא ימחול ולכן הדברים צ"ע. וגם דינו של ריטב"א לא קאי להלכה לקמן בסעיף ל"ז דפוסק בעה"ת דלא כוותי' וא"כ הנ"ל צ"ע קצת וצ"ע בר"ן בפ' הכותב כי כתב במת לוה לחלק וג"כ אין מובן לי:

מד **בדיניהם דייני' לי' וכו'** לא הבנתי זה מה טעם יש בדבר בשלמא בעלמא אמרינן הבא מחמת גוי הרי כגוי הטעם דאמרינן מה אפסידך ויהיה זה כאלו לא לקחו מיד גוי ומה תרוויח אם קניתי אותו או לא קניתי אותו והרי זה כאלו אמרו אי שתקת ואי לא מהדרנ' שטרא למרא והוי כאלו מהודר אבל כאן אלו היה ביד גוי והיה מוחל הא נמחל לישראל רק ישראל קנאו ולמה יגרע כח הלוה בשביל שישראל קנאו מיד גוי לו שהיה ביד גוי הלא היה נמחל לו וא"כ ישראל שקנאו אפסידו לישראל הלוה למה יהיה כחו יפה איך מצינו דבר זה. ובאמת בנ"י לפי' גי' שלפנינו לא כך הוא רק ישראל שיש לו שטר על גוי ומכרו לישראל אחר ואח"כ מחל המלוה לגוי בזו אין חוב של גוי מחול וכדיניהם דייני' ליה דלית בי' מחילה וזהו נכון וכך אמרו גוי וישראל שבאו לפניך לדין

אם אתה יכול לזכותו כפי דיניהם זכה לו וא"ש אבל להיפוך לא מצינו בו ואפילו נימא גירסת הב"י היה כך י"ל דנ"י הביא כן בשם ריטב"א והוא אזיל לשיטתו דס"ל כפמ"ש כן בס"ק הקודם דלכך מחלו דהוי כאלו התנה אם ארצה למחול שיהיה מחול וא"כ בגוי המוכר לא הוי כאלו התנה זה דהא בדיניהם א"י למחול ולכך א"י למחול הגוי דלא ע"ת זה מכרו אבל לפי דעת רוב פוסקים החולקים ליתא להך דינא וא"כ צל"ע אם לא דנימא מחמת דינא. דמלכ' עיין סמ"ע סי' מ"ה סקל"ח:

מה **אפילו בלי כומ"ס כו'** המחבר השמיטו אף שגם זה נאמר בנ"י נראה משום דאזיל הרב מחבר לשיטתו דס"ל לקמן בסי' קנ"ד דלא אמרינן הרי כגוי רק לגרעות' ולא למעליותא וא"כ איך יכול להוציא מיד ישראל בלי כומ"ס והא דפסק דא"צ למחול אף דגם זה הוי למעליותא י"ל כמ"ש הסמ"ע לעיל סי' מ"ה ס"ק ל"ח דהואיל דישראל מזיקו בידים שאני ויותר נראה דהא אין ישראל מוחל רק הגוי מחול והוא העושה מעשה א"כ בתרי' גרירין והוי כגוי אך זה לא שייך בכומ"ס והרמ"א שהביאו משום דאזיל לשיטתו דס"ל לקמן אף למעליותא אמרינן הרי הוא כגוי אף דבכומ"ס ישראל עושה דהא דעת קונה ומקנה בעינן וא"כ הך דינא לאו ד"ה היא ובמחלוקת שנוי' והוי ספיקא דדינא:

מו **וישראל שמכר לכותי וכו'** הש"ך ס"ק פ"ג צידד לומר דאף דמכירת שטרות דרבנן מ"מ יכול למכור לגוי דכל מה דתקון כעין דאורייתא תקנו ונכון הוא בסתימת דברי רבינו המחבר דודאי נמשך אחרי הרמב"ם וסייעתו רוב פוסקים דמכירת שטרות דרבנן וכמש"ל סעיף א' ע"ש ומ"מ פסק כן כאן אך יש להבין למה לקמן בסי' קכ"ו בדין מ"ג הביא דעת ר"ת וסייעתו דאם ישראל המחהו לגוי לא קנה במעמד ג' דתקנת חכמים לא היה רק על ישראל ולא על גוי ומ"ש הך תקנ' מהך תקנתא נימא דלא פלוג והשוו חז"ל תקנתם ואמת כי ראיתי בתולדות אדם לרשב"א סי' ל"ט משמע דס"ל אע"ג דגבי מ"ג לא תקנו בגוי במכירת שטר תקנו בגוי ע"ש אבל מ"מ טעמא בעי דמ"ש ובפרט דלא מצאנו לו ראיה מש"ס ואולי ס"ל דגבי מעמד ג' לא תקנו חכמים רק שימכור שעבוד גוף כי שעבוד נכסי' בע"פ לא שייך המחאה רק הוא שעבוד גוף ולא תקנו בגוי שיהיה ישראל משעבד גופו לגוי וח"ו כי ירש שפחה גבירתה אבל במכירת שטר דכל הקנין הוא רק שעבוד נכסי' וזה יתכן אף בגוי דמ"ש דמשעבד נכסי לישראל או לגוי או דבמכירת שטר יכול לכתוב בשטר קני לך איהו וכו' וא"צ להזכיר שם גוי רק מי שמוציא השטר גובה בו כדלעיל סימן נ' ממך ואפי' מר"ג ע"ש א"כ הכל בכלל ותקנת חכמים הי' כוללת אבל במ"ג א"א בדרך כלל רק פרטי ולנוכח תן לפלוני גוי לא תקנו חז"ל תקנתם על גוי וצ"ע:

מז **ולכל דאתא מחמתך כו'** הרב הש"ך פי' היינו דהודיע הקונה ללוה ונתרצה לו אבל זולת זה לכ"ע יכול למחול ונסתייע מתשובת הרשב"א הביאו הב"י דכתב והודיעו ללוה וגם כמ"ש רשב"א בחדושיו והר"ן בתשובה סי' ס"ד דהא דאמרינן במ"ג נעשה כאומר לו משתעבדנ' לך ולכל דאתא מחמתך היינו אם אתרצה לו ועיין בש"ך סעיף קטן פ"ו מה שכתב בזה. וסתימת לשון הש"ע לא משמע כן. ולכן נראה להיפוך דבכה"ג דמיירי הש"ך דהודיע הלוה ונתרצה לו אף הרא"ש החולק מודה דכל עיקר דברי הרא"ש בפ' הכותב ובתשובה כלל ס"ט הוא דהא אמרי' במ"ג נעשה וכו' היינו כשאהי' מתרצה לו וכמ"ש התו' בפ"ק דגיטין הלכך כשנתרצה פקע שעבודו של ראשון וחל לשני משא"כ במכירת שט"ח לאחרים אפי' כתב ליה לכל דאתא מחמתך לא פקע שעבודו של ראשון וכו' וכ"כ לשיטת הרי"ף דס"ל דרבנן מ"מ לא דמי למ"ג שעומדין שלשתן כאחד ונתרצה לשעבד לו וכו' עכ"ל הרי ברור דאם גם בכתוב משתעבדנ' לך ולכל דאתא מחמתך נתרצה הלוה בשעת קנין ללוקח דהוי בכל אופן כמו מ"ג ואין כאן טעם וסברא לחלק וא"כ אף הרא"ש החולק מודה ולא נחלקו רק באם לא נתרצה הלוה וא"כ מבואר הרשב"א והר"ן דס"ל כמו הראב"ד אף בלי נתרצה הלוה א"י למחול. וכן מוכח בדעת הראב"ד מדברי רשב"א והרא"ש דהקשו לראב"ד הא דמצא שובר דאמרינן יחזיר משום דאיתא לדשמואל דיכול למחול אולי היה כתוב בי' לך ולכל דאתא מחמתך וא"י למחול ע"ש בישובו בדוחק ולפי דעת הש"ך אין כאן קושי' כלל דבממ"נ אם לא יברר הלוקח שנתרצה הבעל במכירת הכתוב' וקנינו עדיין תוכל למחול אף דכתב כן וא"כ אית לה מגו ואי יברר דנתרצה א"כ למה לא נחזיר שובר דאיך אפשר להוציא שובר דכבר פרע קודם מכירה במה שהוא בעצמו נתרצה ללוקח לקנותו ולא אמר שהוא פרוע והרשב"א והתו' והרא"ש כתבו כן להדיא בתי' דלמא מכרה כתוב' במ"ג ע"ש. וכן מוכח מתשובת הר"ן הנ"ל סי' ס"ד דנשאל באיזה אופן דיכול למכור שט"ח ולא יהיה המוכר יכול למוחלו והשיב דסתם שטרות שלנו כותבים בו לך ולב"כ והדין אמת כראב"ד דבכה"ג א"י למחול והביא הקושי' מה שהקשה הרמב"ן עליו א"כ לס"ד דאמימר דכל הלואות הוי כאומר לו משתעבדנ' לך ולכל דאתא מחמתך א"כ ליתא לדשמואל דיכול למחול במציאות וקשי' שמואל אדשמואל ותי' דפי' לכל דאתא מחמתו כשמתרצה לו ומילתא דשמואל יתכן בשלא נתרצה ע"ש ואי כהש"ך דאף דינו של הראב"ד רק בנתרצה איך השיב הר"ן דסתם שטרות כתבינן לכל דאתא מחמתך מה יועיל זה הא בעינן בשעת קנין רצוי מלוה וכי זהו בסתם שטרות שהלוקח נמלך בלוה אם יקנה שטר ואיך סתם הר"ן ולא השיב בדינו עיקר התנאי שהכל תלוי בו שצריך להיות המקח ברצוי הלוה אלא ברור דליתא דודאי

שם במ"ג דמתחילה ל"א דבר רק חכז"ל אמדו דעתו דנעשה כאלו אמר משתעבדנ' לך ולכל דאתא מחמתך בזו אמדו דלא היה רק כשירצה אבל מהכ"ת ישעבד עצמו בסתם לכל מי שירצה המלוה בלי רצונו ואפילו לאיש אלם וזרוע וגוי מהכ"ת נימא כן והלא על כל אומד הדעת צווחו הרשב"א בגיטין שם וכן הרא"ש הנ"ל ולכן ודאי אף דנימ' אומדן דעתו מסתמא לא היה יותר רק אם ירצה ולכך ל"ק לס"ד מדשמואל דיוכל למחול דמיירי בדמוכר בלי רצוי וא"ש כמ"ש הר"ן אבל בכותב להדי' לך ולכל דאתא וכו' אין אנו צריכין לאומד דעתו כלל ודברים שבלב אינם דברי' כלל נגד מה שכ' להדיא ובמילת דאתא מחמתך משמע סתם כל שיבא מחמת המלוה הן ברצון או שלא ברצון הלוה פשיטא דמשועבד לכל וא"י למחול וא"צ כלל רצוי ולכך השיב סתם דסתם שטרו' שלנו כנ"ל לית בי' מחילה וא"ש וכן הגי"ת שער נ"א ח"ד כ' בכותב להדיא א"צ רצון הלוה רק דנתן טעם דאל"כ מה צורך לכתיבה הא בלא"ה נעשה כאומר וכו' ודבריו אין להם מובן דהא במסקנ' ל"א בסתם הלוא' נעשה וכו' ומ"ג הלכת' בלי טעמא ואם כוונתו דאם מתרצה הא אז משעבד עצמו מלבד דזהו דוחק דבזה יחול שיעבוד אף גם א"כ השעבוד חל אז ולא מזמן כתיב' שטר ולא כן בכות' וכו' דגם ללוקח יש שעבוד מזמן השטר ופשוט אבל דברי' מ"ש הן אמת וצדק ומ"ש בתשובת רשב"א הבי' הב"י בשטר שכ' בו לכל דאת' וכו' והודיע הקונה לחייב שמכר לו שטר כזה מעתה לא תועיל טענת מחילה ולא טענת פרעון כדעת הראב"ד ולזה דעתו נוטה עכ"ל מזה סתירה לדברי הש"ך דלפי פי' מה תלי' בהודעה רצוי בעינן והל"ל ונתרצה החייב לקונה ומה נ"מ בגלוי אוזן ועוד מדבריו נראה דהודיעו אחרי שכבר לקחו ולפי דעתו צריך להיות בשעת קנין דאז בא מחמת המוכר אלא ברור דמוסב על טענת פרעון דס"ל אם לא הודיעו והוא בירר דפרע למלוה נפטר דמה ה"ל למיעבד וכי יסיק אדעתיה דמכר שטרו ועיין לקמן סי' פ"ו ס"ה ובש"ך ס"ק י"ד ג"כ מבואר דאף בדר"נ א"י למחול מ"מ אם פרע טרם שנתברר לו שחל עליו שעבוד ר"נ פטור ובהכי ניחא ליה לרשב"א מה שהקשינו לעיל בהוציאה גט ואין עמה כתובה דכותבין שובר אולי מכרה כתובתה וה"ל לגמ' להוכיח מילתא דשמואל מהך משנה ולא מברייתא ע"ש ולפמ"ש לרשב"א ניחא דאם לא הודיע הלוקח לבעל והבעל פרע נפטר ולכך כתב רשב"א כיון שהודיעו בעלמא דתו ליכא לטעון לא ידעתי אין לו טענת מחילה ולא טענת פרעון דמגו ליכא לאשמוטי ג"כ לא מצי וא"ש וזה ברור: איברא בגוף הדין הזה אפילו במקום דלא שייך מחילה מ"מ יכול הלוה לומר אני לא ידעתי ממכירה ובתומי ונקיון כפי פרעתי מה ה"ל למיעבד נראה דצ"ע לדינא כי כבר לעיל סי' נ"ד כתבתי בשם הרא"ה דהקשה בהוציאה גט ואין עמה כתובה דלמא זבני ותי' איתא לדשמואל

או דמיירי דיש עדים דנשרף ש"מ דלא ס"ל כרשב"א דאל"כ אין מקום לקושי' שלו ועוד נראה דרשב"א גופי' בחדושיו לא ס"ל כן דלשיטה זו קשיא הא דמשנינן במצא שובר וליחוש דלמא זבנ' לכתובתה ומשנינן ש"מ איתא לדשמואל ולא אמרינן הא יש בידו וידה מגו שתכתוב עכשיו שובר מזמן הזה ואם יבא לוקח יטעון הבעל אנכי לא ידעתי מן מכירה זו ומה לעשות ואם יברר הלוקח שידע א"כ בלא"ה ליכא למיחש לקנוני' דהא ידע ממכירה ושתק ובאמת בתו' בחד תי' דהקשו ממ"ג ותי' דליתא בכתוב' והיינו להך פי' דמ"ג איתא בע"כ מזה נלמוד הואיל וא"צ רצוי לא משגחינן בידיעתו ויכול לטעון מקדם פרעתי ומה איכפת לי' להודיע לך מעניני עם אשתי דאל"כ אין כאן מקום לקושי' מ"ג כלל וא"כ אף כאן נימא כך דידע ומ"מ יוציא שובר ולא יוגרע כח שובר בשביל כך אבל לא כן משמע בחדושי רשב"א לגיטין דכתב להדיא הואיל ושתק לא צווח שתיקה כהודאה דמי' ותו לא מצי לבוא בשובר ע"ש. וא"כ קושי' הנ"ל במקומו. ול"ל דאם תכתוב שובר תצטרך לשלם הכל דהא הרשב"א ס"ל כפי מ"ש הב"י אף במוחלת צריכה לשלם הכל ואולי ס"ל ודאי בשטר בידו רק הקנה למוכר באגב דמצי לטעון כן דמהכ"ת יעלה בדעתו דהיה מוכר לאחרים ושטרו בידו או אפי' אין שטר בידו והוא בשהגיע ז"פ יכול ג"כ לטעון מה ה"ל למיעבד הוא טען אבד שטרי וקי"ל כותבין שובר מה לעשות עוד אבל אם אין שטרו בידו והוא תוך זמן פרעון ודאי לא מצי לטעון מה ה"ל למיעבד מי הכריחך לפרוע תוך זמן פרעון וה"ל להמתין אולי יברר ערמתו. וא"כ לק"מ מהך דמצא שובר דרשב"א ס"ל דברייתא איירי ביושבת תחת בעלה כדקתני בזמן שהבעל מודה וכמ"ש באסיפת זקנ' דהך דייק' ליה לגמ' דאיירי בנשואה ולא בגרושה ע"ש. וא"כ עדיין לא הגיע ז"פ ואין כתובה בידה לא מצי לטעון פרעתי וא"ש משא"כ רשב"א בנדון שלו מיירי בהגיע ז"פ או שטרו בידו ובזה י"ל קושיא מה שהקשו לרי"ף וסייעתו דיכול למכור שטר באגב מה משני אביי בשטר כתובה יוצא מתחת ידה מה מהרי דלמה מכרה באגב דאם יוצא מתחת ידה בלא"ה יכול הבעל לטעון פרעתי כי מה ה"ל לאסיק אדעתא כלל ואין כאן ריעותא. ואמת כי אין זה כ"כ הוכח' כי יש לדחות דאולי יברר הלוקח שנודע לבעל אחר מכירת כתובה זמן מה ומכל מקום א"י ליקח עכשיו שובר דהא כבר נתוודע לו מהמכירה ולא ה"ל לפרוע אבל שובר מקדם כשר דמה ה"ל לצווח כיון שכבר נד ולד וכבר נמכר והרשב"א לא אמרו אלא במ"ג דנעשה הכל בעת מכירה ואז ה"ל לצווח ולבטל המכירה אבל מ"מ נראה לדינא הנכון כמ"ש כי בלא"ה מבואר דרא"ה חולק וג"כ לא מצאנו בשארי מחברים מזה ולכן מסתבר כפמ"ש לחלק ודוק:

מח **למי שהיה נולד וכו'** עיין מש"ל בסי' ס"א ס"ד ועדיין הקושי' במקומו לשיטה זו כל שטרות דכתב בי' כן והר"ן כתב דסתם שטרות הורגלו לכתוב כן יפסול מאוחר דדילמא ימכרו למי שלא היה נולד בעת עשיית שטר א"כ מהדין לא יוכל לגבות ומחילתו של המוכר ה"ל מחילה ועכשיו שנתאחר השטר א"כ הרי הוא לפ"ז נולד באותו זמן ויטרוף מהלוה אף שמחלו המוכר שלא כדין. ואולי ס"ל דהואיל דאין למחול והמוחל איסור קעביד ומזיק לא חששו חז"ל לכך דאם ימחול לא יועיל וגם לא שכיח דימחול הואיל ולא קעביד מסתם איסורא:

מט **שוב א"י למחול** עיין בש"ך כי האריך להכריע דלא כראב"ד ואין בכל דבריו ממש לדחות דברי הראב"ד במקום שהרשב"א מחזק דבריו והר"ן הסכים עמו וכתב שכן כתבו כל גדולי אחרונים וכל הטענה שטען הש"ך הוא קושי' הרמב"ן דבס"ד דנעשה כאומר לו וכו' א"כ איך יכול למחול הא יפה תי' דכך עשו חכמים וכו' ואני מוסיף בטעם דלכך אמרו בשעת הלואה נעשה כאומר לו כי אדעת' דהכי הלוהו שיהיה משועבד לכל דאתא מחמתו דאל"כ אם יצטרך המעות ליתן לאחר ויטרח לעשות קניני' שלא יועיל במלוה ע"פ וא"כ מהכ"ת ילוהו הא לא יהיה בידו אח"כ לעשות בו דבר ולכך מתחילה כשמלוה ה"ל כהתנה עמו שמשעבד עצמו לכל דאתא מחמתו כדי שיהיה סיפוק בידו לתת לאחר משא"כ במלוה בשטר דהא יש סיפוק בידו למכרו בכתיבה ומסירה אם כן אין דעתו של מלוה כלל ומכ"ש לוה שישעבד עצמו לכל דאתא מחמתו כי מה צורך בו ואם יצטרך למעות הקצרה ידו ליתן כתיבה ומסירה וזהו נכון ופשוט אמנם הא קשי' בחובלת בבעלה דפרכינן ותזבון לכתובה לאחר בטובת הנאה וכו' ומשני כל לגבי בעל ודאי מחלה וכו' וקשה יכתוב לה הבעל כתובה לה ולכל דאתא מחמתה ויקרע הישינה והך תזבין ול"ל דתמחול לבעלה דהא א"א למחול והבעל יתרצה לכתוב כך דהוא לטובתו כמ"ש התו' ונראה דבלא"ה יש להבין דהא דמשני הגמרא בחובלת בבעלה דפרכינן ותזבן לבעלה ומוקי לה כר"מ דאסור להשהות אשה בלי כתובה וקשה א"כ לחד אוקומתא בקדושין גבי התקדשי לי בשט"ח דאמרינן בשמואל קמפלגי דר"מ ס"ל דא"י למחול וא"כ להך אוקימתא דהך ברייתא ר"מ היא תזבן לאחר דהא לא מצי למחול ואין לומר דאף דר"מ היא לענין אסור לשהות מ"מ לאו בכל מילי ר"מ הוא דמתו' ב"ב דף קמ"ז ד"ה המוכר דהקשו איך מוקי ר"מ הא ר"מ דן ד"ג משמע דס"ל לתו' אי ר"מ היא היינו ר"מ ממש ולא דס"ל כר"מ בהך דאסור להשהות וע"ש במהרש"א דפירש כן להדיא וא"כ הקושי' במקומו (ולפי מש"ל ס"ק י"ז י"ל דלכך לר"מ לא מצי למחול דהואיל דלר"מ אדם מוכר דבר שלא בא לעולם מכירתו תורה ולכך אינו יכול למחול אבל כתובה דלא דמי לפירות

דקל דלא עבידי דאתא דאולי לא תבוא לכלל גבי' אין מכירתו ד"ת ואף לר"מ יכול למחול ולק"מ' ולכן צריך לומר דכל הטעם בכותב לו ולכל דאתא מחמתו שוב א"י למחול משום דאינו לוקח רק מלוה הוא לגבי לוה וכ"כ הרשב"א והר"נ להדיא א"כ זה בכתובה א"א דאם יכתוב כן והיא תמכור כתובתה לאחר א"כ פקע שעבוד האשה וה"ל כאלו הבעל חייב לאחר א"כ ה"ל תו כמשהה אשה בלי כתובה כמ"ש תו' שם ב"ק דף פ"ט ד"ה כל וכו' דהיכי דהכתובה בשם אחר אעפ"י דלא שייך שלא תהיה קלה בעינו להוציאה מ"מ ה"ל בכלל איסור שהיה וא"ש וא"כ אף להך אוקימתא דס"ל לר"מ דא"י למחול הטעם ע"כ דס"ל משום דפקע שעבוד המוכר הן שעבוד קרקע והן שעבוד הגוף וחל לגבי לוקח בלי שיור כלל למוכר ולכך א"י למחול דאי יש שיור פשיטא דמצי למחול וא"כ פשיטא דאין אשה יוכל למכור כתובתה בטובת הנאה דהרי עי"כ נתרוקן רשות האשה מכל וכל הוי כיושבת בלי כתובה כהנ"ל וא"כ לר"מ דאסור להשהות וא"י למחול בלא"ה לק"מ דתזבן כתובתה לאחר. וכל הסוגי' שם או כרבנן דמותר להשהות או אפילו כר"מ רק ר"מ ס"ל דמצית למחול וא"ש. ובהכי ניחא הא דדייק רבא מברייתא דמצא שובר וכו' ש"מ איתא לדשמואל ואביי דחה אפילו תימא וכו' וקשה הא כך מוכח ממשנה דהחובל דאשה פגיעתה רעה דקשה תזבן וכו' וצ"ל תי' הגמ' ש"מ איתא לדשמואל וא"כ מילתא דשמואל מוכח ממשנה בהוכחה גמורה ולפי הנ"ל ניחא דאי מוקמינן כר"מ דאסור להשהות וכו' וליתא לדשמואל בלא"ה לק"מ וי"ל דמשנה איירי דלא נפישי כתובתה משל תורה ולק"מ. אמנם הך ברייתא דקתני נמצא שובר ש"מ או דמיירי בתוספת כתובה או לאחר גירושין וא"כ אף למכור וכו' (אך י"ל דלמא בנשואה איירי רק דנכתב תוספת עם כתובה כאחד וא"כ שובר יכול לכתוב על תוספת אבל למכור א"א למכור תוספת לבד דהוי צריך להקנות במסירה כל הנייר ולכתוב קני לך וכו' איהו היינו גוף השטר ואיך שייך על הנייר השטר קנין לחצאין וצריך למכור כל הכתובה ביחד וזהו אסור הואיל ואסור להשהות וכו' ובזו יבנו דברי הרא"ש בפ' החובל דהקשה דתזבן הכתובה במ"ג ולא תוכל למחול ותי' דלא יתרצה הבעל להיות במ"ג להפסיד לאשתו והקושי' במקומו בחבלה בבעלה מא"ל אבל לפי הנ"ל ניחא דמ"ג א"י למחול כלל הטעם דפקע שעבוד הראשון ונשתעבד לשני כמ"ש הרא"ש להדיא בגיטין דנתרוקן רשות הראשון לגמרי וא"כ א"א למכור כתובה לאחר במ"ג דהרי הוא בכלל אסור להשהות וכו' הנ"ל משא"כ בחבלה באחרי' דמשמע בגמרא דאיירי בנפישי כתובה מכתובה דאורייתא דהא על הך דחבלה בבעלה מוקי לי' בגמרא דלא נפישי וכו' משמע בחבלה באחרי' י"ל אפילו נפישי והקשה שפיר א"כ תוכל למכור הך דנפישי במ"ג דאין זה באיסור שהיה וע"ז שפיר משני דלא

ירצה הבעל וכו' משא"כ בחבלה בבעלה באמת הא מוקמינן לי' בגמרא בדלא נפישי וא"כ א"א למכור במ"ג וא"ש. ומעתא גם מה שהקשו לראב"ד מהך דמצא שובר וכו' דלמא נכתב כתובה לכל דאתא מחמתך וכו' י"ל דס"ל להנך דהקשו עליו דודאי שובר נכתב ביושבת תחת הבעל כמ"ש התו' שם דף כ' ד"ה ש"מ וכו' וא"כ קשה שובר איך אפשר הא אסור להשהות וצ"ל דמיירי בתוספת כתובה כמ"ש בספר א"ז ע"ש וא"כ שפיר הקשו דיש לחוש דכתב ביה בתוספת לכל דאתא מחמת' משא"כ הראב"ד לא ס"ל הך סברא ומוקי הכל בגרושה וא"כ י"ל דשובר הכל על גוף כתובה וא"כ בגוף כתיבה מעולם לא היה כותבי' לכל דאתא מחמת' דפן תמכור הכתיבה לאחר ותהי' יושבת תחת בעלה באיסור ולכך מעולם לא נכתב כך בכתובה ואין כאן חשש כלל הרי בס"ד בררנו דברי הראב"ד כסולת מנופה ויפה הכריעו כוותי' (והגמרא בב"ק דחיקי' לי' לא קמי מכר וכו' ולא מצות למכור דקתני נתגרשה אשתו וכו' דחייב לשלם וקשה פשיטא מה קמ"ל אלא דקמ"ל דודאי חייב לשלם דאף לגבי בעל מחלה דלגבי נחבל דחייב דוקא לא מצי למחול וכמש"ל סי' פ"ו וא"כ מוכח דבשאר מוכר מצי למחול):

נ **וי"א שאעפ"כ יכול למחול** יש להבין לפי דפסק המחבר לקמן בסי' קכ"ו ס"ה דמעמד שלשתן איתא בע"כ א"כ עכצ"ל הא דאמרינן במ"ג נעשה כאומר לו משתעבדנ' לך ולכל דאתא מחמתך היינו אפילו אתא שלא ברצונו ואפי' בע"כ וא"כ קשה כיון דבממ"ג א"י למחול למה בכותב משתעבדנ' וכו' יכול למחול והרא"ש בפ' הכותב ובתשובה דחולק אראב"ד הוא דמפרש דאתא מחמתו פי' ברצונו כמ"ש הרא"ש להדיא אבל לפי דעת המחבר דמחמתו איירי אפילו בע"כ א"כ נסתר דחי' הרא"ש ואמת דגם דברי הרא"ש תמוהי' דהב"י לקמן בסי' קכ"ו הכריח מדברי הרא"ש בפ"ק דגיטין דפסק להדיא דמ"ג איתא בע"כ ומ"ש הש"ך דלס"ד דהטעם דמ"ש משום נעשה כאומר וכו' באמת מ"ש ליתא בע"כ אבל למסקנא דמ"ג הלכתא בלי טעמא מ"ג כשר ומועיל אף בע"כ ודבר זה ליתא דודאי לא יחלקו בטיב מ"ג הס"ד ומסקנא וכ"כ רשב"א בחדושיו לגיטין להדיא דכולהו ידעי טכסיסיא דמעמד שלשתן וכן מוכח מהרא"ש גופי' בפרק הכותב דכתב לחלק בין מ"ג להך דינו של ראב"ד ולפי' הש"ך הא במסקנא לא קאי ומה שנ"ל בישיבו הוא דבלא"ה קשה אם כן הוא דנעשה כאומר א"כ מה צריך מ"ג ואפילו דנימא מחמתו היינו מרצונו די שיסכי' לכך ומה בעי מ"ג דווקא ולכן נראה דהיא הנותנת דחכמים עילה מצאו הואיל דודאי הוא כאומר משתעבדנא לך ודאתו מחמתך ובאמת יש בו ב' פירושים אי כוונה מרצוני או שלא ברצוני וכיון דעכ"פ יש במשמע' שלא לרצון ג"כ עילה מצאו חכמים לתקנו ואין זה הלכתא בלי טעמא אף דשורת הדין הממע"ה מ"מ

זהו היה תקנת חכמים לתקנו וטעם יש בו עכ"פ ולכך תקנו חז"ל מ"ג כדי שיהיה על הרוב לרצון דאי אינו מרוצה מי מכריחו לילך כמאמר רבא ב"ב אי במ"ג לא אזל נא וכיון דעל הרוב הוא לרצון אף דהוא לפעמים דלא שכיחי דהוא בע"כ לא חששו חכמים להך ותמיד היה תקנתם בדרך כלל מה דשכיח טפי ולכך הצריכו מ"ג כדי שיהיה על הרוב ברצון ולא תמיד בע"כ כי לא רצונם לעקור דין תורה להדיא וא"ש דבעי מ"ג דוקא בס"ד אבל זהו וודאי דמחמתך י"ל ג"כ ברצון וסובל פי' זה בע"כ דאלו פי' ברור אפילו שלא ברצון א"כ לס"ד מה צורך למ"ג כלל וזה ברור רק בע"כ היה מתקנו' חכמים כיון דמצאו סמך ויתד לתלות בו ולכך במוכר שטר דאין תקנה כלל ושורת הדין אנו דנין בו פשיטא דיד בעל השטר עה"ת ויוכל למחול כמ"ש הרא ש והממע"ה אבל עכ"פ נראה כמ"ש בס"ק מ"ז דאם נתברר דנתרצה הלוה לקנין הזה שלקח הלוקח השטר לכ"ע א"י למחול כמ"ש הרא"ש דמחמתו היינו כשאתרצה וכמש"ל וזה ברור להלכה כי כמעט לא מצאנו בזה חולק וכמש"ל:

נא **אבל אם היה חייב לו וכו'** זהו מדר"ן ועיקר דינו ושרשו לקמן בסי' פ"ו ע"ש מ"ש באריכ' והנה הר"ב הש"ך בס"ק פ"ט הביא דעת ראב"ן בכתובות דס"ל דהא דיוכל למחול היינו בדאי לי' למוכר לשלם אבל בדלית לי' חייב הלוקח לשלם למר כדאי לי כל דמי שטר ולמר כדאי לי' הדמים שקיבל עבורו והש"ך השיג עליו דהוא נגד דעת הפוסקים בכלל וגם נגד הש"ס ב"ק דק פ"ט דמשני הגמרא כל לגבי בעלה ודאי מוחלת וכו' דמה יועיל מחילתה הא מ"מ גובה מבעלה כיון דלית לזה ובצירוף לה דילג הש"ך מגברא לגברא בדברי התו' ב"ב דף קמ"ז ד"ה המוכר וכו' דכתבו ומיהו קשה לי מ"מ יטרוף שלא כדין שהרי יחזרו עליה ממה שנתנה בה לכל הפחות ואר"י דדבר מועט כזה אין לחוש דאין כאן טריפה שלא כדין ומיהו קשה (כך הוא גירס' הש"ך בתו' ונכון הוא דגי' שלפנינו ועוד הוי קשי' לי' אין נכון דקושי' זו נמשכת אלמעלה) דהוי מצי למפרך מגרושה וכו' וא"כ מוכרת כתובתה בדמין יקרין וא"כ הפסידה הרבה ללקוח' וטורף בעלה שלא כדין שהרי לא תוכל למחול מה שהפסידם וכו' ומיהו לפי מה שפירש ר"י בפ"ק דב"מ דבגרושה ל"ל הכי הוה א"ש וכן עיקר כמו שפי' שם דלא המ"ל מגרושה עכ"ל וכתב הש"ך דקושי' אינו מובן ואפילו נימא כמו שכתב מהרש"א מ"מ קשה דמה מקשין הלא תוכל למחול לבעלה כנגד המעות שנתן לה בעלה בעד השובר ולא תמחול בחנם. וגם מ"ש דדבר מועט אין לחוש י"ל מה בכך הלא בעד כך מכרה כתובתה ע"ש וצ"ע: והנה האמת כי יפה דחה דברי מהרש"א כי דברי מהרש"א נראי' לכאורה דחוקים דכתב דודאי אף במחזרת השובר לבעלה צריכה לשלם ללקוחות מה שנתנו לה אלא שאנו

אומרים שעשה קנוני' עם בעלה אבל למחול לבעלה בחנם לא תעשה כיון דלכל הפחות מחזרו עלי' מה שנתנה לה עכ"ל ובזו לכאורה יפה טען הש"ך דגם במחילה תעשה קנוני' שיחזיר לה דמים שקיבלה וכמ"ש מהרש"א להדיא דהרא"ש כתב כן בפ"ק דב"מ ע"ש. אמנם דברי מהרש"א יש להם שורש ועיקר בתו' דכתובות דף י"ט ד"ה שחב לאחרים וכו' דהקשו ליהימן במגו דמחיל ותי' דירא פן יחזיק הלוה במעות משא"כ באומר אמנה הוא בטוח הוא בו שלא יגזלו. וכתבו התו' אע"ג במצא שובר אמרינן מגו המוחלת התם בשובר אמרינן מגו כל דהוא עכ"ל והרי כוונת התו' מבוארת דשם במצא שובר ליכא מגו דבמחזיר שובר ליכא מגו דבמחזיר שובר לבעלה בטוחה בבעלה שלא יגזלנה כי הלא יודע ששקר הוא שלא פרע על שובר ונכתב ליתן ולא נתן משא"כ אם תמחול לא יחזור לה בעלה דבר ואין מאמין בבעלה שיחזור לה מה שתצריך לשלם כיון שמוחלת לו והן הן דברי מהרש"א בישוב דברי התו' כאן דהתו' בב"ב לא ס"ל הך תי' שתירצו בכתובות דבשובר אמרינן מגו כל דהו וא"כ זהו קושית' כאן מה מגו איכא בשלמא בשובר בטוחה בבעלה שלא יגזלנה משא"כ במוחלת אולי לא ירצה הבעל לשלם לה ואף דלגבי בעל ודאי מחלה היינו במקום דליכא פסידא אבל כאן דאין לה פסידא מהכ"ת תמחול אולי לא ירצה הבעל לשלם לה ותפסיד ואולי אין לה קנוני' עם בעלה ומה מגו איכא וקושי' התו' כאן בב"ב כמו בכתובות רק בתוספת ביאור דסבירא ליה ודאי אינה מפסדת כלום דין שובר כמו דין מחילה דאף בשובר לא יחזור לה הבעל דאמר הבעל מה לך בזה לשקר הלא יש בידך למחול ותפטור אני ואתה ואין הבעל מכניס עצמו לקנוני' לשובר ולהחזיר לה המעות דטוב לו ביותר שתמחול משא"כ אם במוחלת ג"כ צריכ' להחזיר המעות אם כן בשובר מאמנת לבעל שלא יגזלנה ואין מפסדת משא"כ אם תמחול אולי לא ירצה הבעל לשלם לה והיא תצטרך לשלם ותפסיד וכמ"ש התוס' בכתובות בתוספת ביאור ודברי מהרש"א הן דברי התו' וא"ש ג"כ דברי תי' התו' דכתבו דבדבר מועט אין לחוש כי ודאי דין פרוטה כדין מאה רק הכוונה הואיל הוא דבר מועט אין אשה מקפדת על בעלה ואינה חוששת על דבר מועט שיעשה עול וא"ש. ומ"ש מהרש"א דהא בשמעת' דחובלת אמרינן דכל לגבי ודאי מחלה אע"ג דמפסדת. עיין מש"ל בסי' פ"ו דהא יצטרך לעשות לה כתובה חדשה כמ"ש התו' שם אם כן לא מפסדת מידי. משא"כ בהך דב"מ דאיירי בתוספ' כתובה כמש"ל דאל"כ שובר מה עבידת' וא"כ שפיר י"ל דיפשוט לה הבעל הרגל. והנה זולת דברי מהרש"א אמרתי בחדושי פי' לדבר. התו' כפי מש"ל בסי' מ"ז בישוב דברי הר"נ דאין השובר על כל הכתובה רק על מקצת ואם כן קושי' התו' שפיר דמ"מ יטרוף שלא כדין דאם תמחול תצטרך לשלם עכ"פ דמי' שקבלה משא"כ בהחזרת שובר

ניחוש דמכרה כתובתה סתם ואם כן אף דבאו עליה הלוקחין תטעון לא מכרתי לכם רק הנשאר מכתוב' אותו שנפרעתי לא מכרתי לכם כלל כי היא מוכרת רק סתם כתוב' ואם כן אין ללוקחין עליה לטענה והממע"ה והיא פטורה לגמרי וא"ש. ועיין מש"ל סי' מ"ז בישוב דברי הר"נ ג"כ כדברי' האלה וא"ש. ואין להקשות אם כן מה מסיי' התו' דלפר"י בגרושה לא איירי לק"מ דהא לפי הנ"ל היא גופי' קשי' מנ"ל דלא איירי בגרושה ואי דלא מרווחת כמ"ש שם הר"י הא לפי הנ"ל מרווחת אף דמכרה בדמים יקרים דתוכל לומר אותו לא מכרתי רק הנשאר. ואינה משלמתו כלל דמי שובר. דזה אינו דהיינו קנוני' עם בעל דתאמר דנפרע ולא נפרע להפסי' ללוקח והא התו' כתבו שם לקנוני' לא חיישינן בשלמא כשמחזרת להם מה שקיבלה רק מבקשת להרוויח העודף אין בכלל קנוני' אבל אם אין מחזרת להם כלל שום דבר היינו קנוני' בהחלט ומ"ש אם דאין רוצה לשלם להם כלל או דאין לה לשלם סוף כל סוף קנוני' איכא. ושיעור המשך התו' כך דלפי דהעלה ר"י בקושי' דילמא מכרה במ"ג והעלה דסבירא ליה לגמ' בגרושה ליכא למיחש וכן עיקר שם והטעם דלקנוני' לא חיישינן אם כן ממילא קושי' זו נסתרת דהא אם תכחיש להם הא אין לך קנוני' גדול מזה וא"ש. וכן יש ראיה דלא חיישינן לקנוני' להפסיד למוכר מעותיו דקשה דילמא מכרה כתוב' לראובן וראובן מכרה לשמעון והיא האשה רוצה בתקנת שמעון ולא בשל ראובן כי שמעון אחי' הוא וכדומה וא"כ במוחלת והיא לית ליה או דלא דנין ד"ג יצא שמעון נקי ולא יוכל לחזור על ראובן אבל בשובר מכר ראובן לשמעון חספא בעלמא וחוזר עליו ומפסיד ראובן וצריך לומר קנוני' בזה להפסיד מעות שלו לא חיישינן. אך עם כל זה אין דעתי נוחה כל הצורך בהלשון דכתב התו' שהרי לא תוכל למחול מה שהפסידם וזה מורה דאין בידה למחול כלל:

ולכן יותר דעתי נוטה ומכרעת כמ"ש מהר"ם מלובלין דכוונת התו' דבמחול צריך הבעל לשלם ולא בשובר אלא דתמה וכתב דבר תימא הוא ונעלם ממנו לשעה דברי הראב"ן הנ"ל ולכן ברור דתו' בב"ב דעתם כדעת הראב"ן דבמקום דלית ליה למוחל צריך הלוה לשלם וקושי' התו' שפיר הא אשה זו לית לה מגרמ' כלום אם כן בשלמא בשובר יאמר הבעל מה לי ולה שמכרה כתובתה מה שכבר פרעתי מתמול שלשם משא"כ אם תמחול והיא לית לה ישלם הבעל וקושי' התו' שפיר. ומה שכתבו התו' דלפי' ר"י דלא מצי איירי בגרושה א"ש אין להקשות עדיין קשה דילמא המכירה בעוד נשואה והמציאה בגרושה ואם כן לא שייך הפסד דבר מועט (לפי מה שאפרש לקמן פי' התו' מה כוונתם באמרם דבר מועט) חדא די"ל מסתמא הכל בחד גווני או הכל בגרושה או הכל בנשואה איירי או דוודאי המציאה ביושבת תחת בעל איירי דהא קתני בזמן שהבעל מודה. וכמ"ש הא"ז

רק י"ל דאולי גירשה הבעל והחזירה ואם כן אם א"א לומר דנתגרשה ומכרה דאם כן מכרה ביוקר ריווח ל"ל וא"ש או דכוונו התו' לי"מ דכתב הרא"ש דכיון דיכול למחול לא שכיחי דתמכור. רק אי ר"ל דמכרה בעוד גרושה שפיר שכיח דתמכור אבל לפי שהעלו התו' דא"א בגרושה אם כן שפיר י"ל סברת הי"מ. דלא שכיח שממכור הכתובה (וכל זה צ"ל ג"כ למהרש"א דפי' דאם מכרה בעודה תחת בעלה ואחר כך נתגרשה לדברי הכל צריכה לשלם כל דמי כתובת' וקשה אם כן אף לפיר"ת מי ניחא כמו להחולקים על ר"ת הנ"ל ולפמ"ש ניחא דזהו א"א כמ"ש) אבל יותר נראה כפמש"ל דכתבו לפי' ר"י דבגרושה לא חיישינן דלא חיישינן לקנוני' רק דחיישינן במקום דמרוו' אבל במקום שאין מרווחת בקניני' הואיל ואין לה לשלם לא אמרינן וא"כ אף הנ"ל לק"מ דנימ' דכל החשש דאין לה לשלם אבל מכל מקום חייב' לשלם כמו במוחלת זהו לא אמרינן דאם חייב' לשלם אף דאין לה תו לא חיישינן וא"ש. וזה ברור בכוונת התו' אמנם מה שהקשה הש"ך דאין מובן מ"ש התו' דהפסד דבר מועט הא על זה קנו וכי לחנם פזרו מעות שלהם נ"ל כך דודאי דרך משל כתובת' ר' זהובים ומכרה בטובת הנאה בעד ק' זהו' הואיל והוא על ספק אם יבאו לכלל גבי' ואם כן כשמוחלת והם באין לפרוע הק' זהובים שנתנו אין משלמת תיכף דאולי תמות בחייו של בעל ולא הפסידם כלום ואם כן אין גובין הק' רק במות בעלה ואם כן אף הק' בספק אם תשום אותן בטובת הנאה שהן ממון העומדים בספק אין שומתן עולה כי אם דבר מועט ולזה כיוונו התו' שהפסידן דבר מועט והבן כי זה ישר ונכון ובהך מיושב מה שקשה על התו' דהקשו אם אמרינן דמשלם כל דמי שוי השטר אם כן איך תוכל למחול הא תצטרך לשלם הכל וקשה מה קושי' דילמא איירי הכל הן זמן שובר והן המציאה ביושבת תחת בעלה ואם כן אין הבדל לדמי מכירה לדמי שוי של השטר. כמ"ש הרא"ש בפ"ק דב"מ. ולפמ"ש ניחא דאף דאמרינן כן מכל מקום יקשה קושי' ב' כנ"ל דבמוחלת ואין לה צריך עכ"פ הבעל לשלם דמי מכירה. משא"כ בשובר וצ"ל כתי' דהוי דבר מועט והיינו כמ"ש דאף זה אין משלם רק כשתבוא לכלל גבי'. דזה אינו להך שיט' דמשלם כל שוי השטר (כמ"ש באריכו' בסי' פ"ו בהבנת דברי תו' בב"ק) צריך לשלם תיכף דהא דאנו שמין כתובה שעולה ר' בק' הוא הטעם דנותן מעותיו בספק הא אלו נמכר ונישום בכך שלא יתן הלוקח מעות כי אם בהחלט שיבא לכלל גבי' ואם לאו לא יתן פשיטא דשומתו כל ר' דהא לא נותן מעות בשום ספק ואם כן אם אנו אומרים דישלם דמי שר שטר רק אז אין שוי יותר מק' צריכין אנו לומר שישלם תיכף הק' אבל אם נימא דימתין אם יבא לכלל גבי' ואז ינתן לו ואם לאו לא אף שיווי השטר כל ר' ואם כן כשיבוא לכלל גבי' יגבה כל כתוב' ולא הק' שנתן ואין כאן הפסד מועט ודוק כי הוא

אמת ונכון ודברי התו' מדוקדקי' וצרופי'. היוצא מכל הנ"ל דדעת התו' בב"ב כראב"ן ומצאנו חבר לו אלא שנר' דבזה מחולקין התו' וראב"ן דהוא סבירא ליה למ"ד דצריך לשלם הכל במוחלת אף באין למוחל צריך לשלם הלוה הכל אבל דעת התו' נרא' דכולי האי לא אמרינן ודי דנימא דישלם מה שנתן וכן מסתבר שלא יאבד זה מעותיו ויאכל הלה וחדי. ולכך כתבו התו' דר"נ השיא עצה למחול הואיל ומשלם הדמים שנתן וכבר הקשינו לעיל הא בקטנה פטורה לגמרי ועמ"ש בכוונת דברי התו' אבל לפמ"ש ניחא דמ"ש דאי לו לשלם או דהוא קנין סוף כל סוף כל זמן שאין מגיע לו תשלומין ממוחל צריך הלוה לשלם ואם כן היה אביה של סך קטנה צריך לשלם ללוקחים ודברי התו' נכונים אבל וודאי זולת ד"ג אין צריך לשלם כלל ואצ"ל מ"ש לעיל בתו' דמ"מ אף בלי ד"ג צריך לשלם דמים שנתן וא"כ הא דכתבו התו' דלמאן דלא דאין ד"ג א"ש ואין כאן ראי' כלל ניחא וא"צ לדוחק הנ"ל וא"ש לכל הפי' הן לפי' ר"י והן לפי' החולקין ולפ"ז מיושב קושי' הש"ך מהך שמעת' דמוחלת דאמרינן כל לגבי בעל מחל' וכו' דהא אם אין לה ישלם הבעל דהא א"צ לשלם רק הדמים שנתנו ואין לך הפסד גדול מזה כמש"ל דהם נתנו מעו' בטובת הנאה שיגיע להם אם לא תמות ר' תמור ק' ועכשיו אין מגיע להם רק ק' אם לא תמות ואם תמות מפסיד אם כן אין לך הפסד גדול מזה וזהו כוונת התו' בב"ק בשמעת' הנ"ל וכמש"ל סי' פ"ו. אמנם להראב"ן דסבירא ליה דמשלם הכל צ"ל דסבירא ליה כדעת הנ"י בב"ק שכתב לחלק כי אמרינן דמשלם הכל ה"מ בשארי שט"ח אבל בכתוב' דבלא"ה לא ברור קנינו אין משלם רק הדמים שנתן. וא"כ לק"מ ממוחלת כיון דשם אינו משלם רק הדמים הוא הדבר שכתבתי בפי' התו' דה"ל פסידא וכמ"ש ולק"מ מכל מה שטען עליו הש"ך. ועיין לעיל סקל"ט בתומים דכתבתי דגם דעת הסוברי' דא"י לומר דנפרע סבירא ליה כראב"ן וא"כ צ"ע לדינא אי לא מצי המוחזק לומר קים ליה כוותי': ולפי שיטת הראב"ן הרווחנו מה שהקשו התו' בב"ב שמעת' הנ"ל בהא דפרכינן ותזבן לנחבל דכי מחלת לי' ל"ל פסידא והקשו התו' דהא אית ליה פסידא דלולי דתמחול אז תבוא לכלל גבי' כתובת' יגבה חבלתו ובמחילתה מפסיד ועיין מש"ל בסי' פ"ו בהבנת דברי תו' הללו. אבל לפי הנ"ל לק"מ דדמי חבלתו אין מפסיד מכל מקום דהבעל צריך לשלם עכ"פ דמי חבלתו מה שנישום בב"ד בעד טובת הנאה מכתובתה ולק"מ. אמנם הא קשי' בדברי ראב"ן הא דאמרינן בגמ' דקדושין קדשה בשט"ח אינה מקודשת ואמרינן דלא סמכה דעת' דחוששת אולי ימחול הבעל והקשו התו' הא יצטרך לשלם ותי' דאשה בושה לתבוע את הבעל בב"ד ולשיטת הראב"ן קשה תינח עשיר עני דלית ליה נכסי תהיה מקודשת דהא א"צ לתבוע הבעל בב"ד דהלוה צריך לשלם דמי שוי של שטר

לשיטת הראב"ן. ואיך קפסיק ותני א"מ וצ"ל לדברי הראב"ן דמ"מ אין הלוה חייב לשלם עד שיתבע המוחל תחיל' כמו ערב שצריך לתבוע הלוה תחילה וכן הדבר בזה ואם כן עדיין י"ל דאשה בושה לתבוע בעלה בב"ד וכל זמן שאין תובעת בעלה בב"ד אף לנגד הלוה לית לה דין ודברים ולכך לא סמכה דעתה כלל וכתב הש"ך בשם תשובת המבי"ט ראובן שיש לו שטר על שמעון ומכרו ללוי במנה יש לשמעון משפט הקדימה לומר אני אתן המנה. והש"ך השיגו והנה לכאורה מהך דב"מ דאמרינן בנמצא שובר ש"מ איתא לדשמואל וכו' ופי' התו' לקנוני' לא חיישינן רק כל הענין להרוויח שהיא מכרה במנה ורצונה להחזיר המנה ע"ש. וקשה דילמא ליתא לדשמואל ומ"מ ליכא חששא דמה לה לשקר היא ובעלה בשובר הנמצא יאמר ללוקח אני אתן המנה שנתת בעד כתוב' אשתי ולי משפט קדימה ואי דיברר הלוקח שהבעל נתרצה במכירה אף שובר לא יהיה יכול להוציא כדלעיל וע"כ דליתא לדינו של המבי"ט. רק ודאי אם נשתנה טיב וענין של הלוה ד"מ דלקחו בהיות הלוה עני ואחר כך נתעשר פשיטא דאח"כ א"י לומר אני אתן מה שנתת עבורו כי אם הוא הניח מעות שלו בספק ואלו היה עני לא היה יכול לגבות ועכשיו דמזלו גרם שנתעשר יבא הלה לזכות בו ואך זה לשוא שמר וכי אמר המבי"ט דינו בשלא נשתנה ענינו מאז ועד עתה ובזו סבירא ליה לו משפט קדימה. ולפ"ז אין משם ראי' אולי דלקחו בהיותה תחת בעלה ואלו מתה היו נפסדי' ועכשיו שנתגרשה א"י הבעל לומר אני אתן עבורו כ"כ. אך לפמ"ש בדברי מהרש"א ע"כ הכל איירי ביושבת תחת בעלה וכצ"ל לקושי' מהרש"ל למ"ד דר"נ א"י למחול דילמא אשה זו חייבת לאחרים ותי' בכתובה לא שייך דר"נ דסבירא ליה דלא איירי בגרושה דא"כ חזר להיות שייך דין דר"נ מזה מוכח כמ"ש דלא כמבי"ט דאל"כ אפ לו דליתא לדשמואל הא הבעל יכול להחזיר המעות ודוק ובלא"ה אין למבי"ט ראי' ודין הש"ך אמת:

נב **ואם הקנה לחוב עצמו א"ק וכו'** ומדברי תו' ב"ב דף קמ"ח ד"ה ש"מ משמע ג"כ דלא מצי מחיל דאל"כ הא דהקשו דנימא בשביל כך מהני בש"מ הואיל ומהני בבריא בא"ק דילמא הגמ' ביקש ליתן טעם למה כ"כ אלי' קנין ש"מ דא"י למחול ואלו הוה אמר משום דבריא יכול להקנות בא"ק ה"א לא יהיה זה חמור מזה דג"כ יכול למחול ולכך נתן ר"פ טעם הואיל ויורש וכו' ופי' רשב"ם ש"מ כיורש שוי' רבנן ע"ש ור"א אמר הואיל ואיתא במ"ג דג"כ א"י למחול וע"כ צ"ל דס"ל לתו' דלהך שיט' דמהני קנין א"ק אף למחול א"י. ואין להקשות לשיטה זו יעמוד קושי' הגמ' בחובלת ותזבן חוב כתובתה שיש לה על בעלה א"ק ולא תוכל למחול ולא יהיה פסידא מיהו אפשר כמש"ל דבכה"ג בא"ק נתרוקן רשות האשה לגמרי ואסור להשהות בלי כתוב' מיקרי אך יקשה כמו כן במצא שובר

דמחזירין משום דאית' לשמואל וכו' דילמא מכרה א"ק ותו לא מצית למחול ול"ל מגו וצ"ל לשיטה זו דודאי בחוב דברור שעבודו הוא דמהני א"ק אבל כתוב' דאפשר דלא תגיע כלל לכלל שעבוד לא מהני בי' קנין כלל. וצ"ל דהך דמצא שובר לא איירי בגרושה כמ"ש התו' וכמש"ל דאל"כ עדיין קשה דילמא מכרה בגרושה א"ק:

נג **וי"א דיכול למחול לשיטה זו** י"ל אף כתובה יכול להקנות כן וא"צ לחלק כמ"ש בס"ק הקודם. וא"כ יש קצת ראיה לשיטה זו מהא דפרכינן בשמעתא דחובלת דתזבן כתובתה לאחר ואצטריך לשנויי בשנויי דחיקי ולא מוקמינן המשנה דאיירי במקום שאין כותבין כתובה עסקינן וא"כ א"א לה למכור דחוב אינו נמכר ומ"ג לא שייך שם כמ"ש התו' וכמש"ל. אבל לפי שיטה זו ניחא דעדיין מצית להקנות אג"ק ולא מהני דמוקי ליה במקום שאין כותבין כדמוקמינן כמה משניות בכתו' ובחדושי אמרתי או דקשיא בחובלת בבעלה דהא סתמא קתני אפילו בחובלת בבעלה כדקתני בברייתא להדיא אף שאין כותבין כתובה יכתוב לה הבעל כתובה ותמכור והוצרך לשנויי כל לגבי בעל וכו' או י"ל דוודאי רוב נשים יש להם נצ"ב דאפילו עניה לא יפחות מנ' זוז כמ"ש התוס' ריש הכותב וזהו ודאי נכתב וע"ז ק' לזבן בט"ה ומשני הגמ' דאיירי במקום שכותבי' ואסור להשהות ובמקום שכותבים כותבים נצ"ב וכתובה כחדא וא"כ אם תמכרן תמכור הכל כמש"ל דאין כומ"ס לחצאין וכתובה א"א בס"ד ודוק ועי"ל דק' א"כ לפלוג בדידיה דבמקום שכותבין חייבים דתמכור בט"ה ומה מפליג בנתגרשה אשה דחייב לשלם ומשני הגמרא דאף במקום שכותבים כל לגבי בעל מוחלת וא"כ א"א במקום שכותבים דגם שם י"ל דלמחול ובזה מיושב קו' התו' דהק' הא א"א למחול ותי' דיגרשנה וק' אשת כהן מא"ל ולפי הנ"ל ניחא דעכ"פ כיון דבישראל אפילו במקום שכותבים כתובה א"א לגבות א"כ א"א לפלוג בדידיה דלא פסיקה ליה ברוב נשים ודוק. ואין להקשות לשיטה זו הא דמוקמינין בקדושין דף מ"ח פליגי במלוה בשטר ופליגי במלוה ע"פ במ"ג ודייק ליה התו' מדלא קאמר דגם במ"ג פליגי אי יכול למחול ש"מ דס"ל דא"י למחול ועדיין קשה מנלן דפליגי במ"ג דילמא הא דאמרינן או שהיה לו מלוה ביד אחרים והרשה עליהן היינו בקנין אגב קרקע דנקנה ביה מלוה ע"פ ופליגי ג"כ אי מצי מחיל כקושי' התו' די"ל או דא"כ מקודשת מכח קרקע דלא יבצר מקרקע כל שהוא שוה ש"פ וזהו סיוע להר"נ דאשה מתקדשת בקרקע או דוודאי אין הוכחת התוס' מכח דלוקי גם במ"ג עיקר מחלוקתם משום דשמואל דא"כ היינו התקדשי לי בשט"ח ותרתי ל"ל דקתני בשט"ח או היה לו מלוה ביד אחרים וכו' דהיינו מלוה ע"פ כיון דהכל חד פלוגתא רק הקושי' א"כ באמת דקתני תרתי משום דפליגי במ"ג א"כ להך אוקימתא דפליגי בדשמואל מה

נ"מ דפליגי במ"ג דלא תקנו במלוה אפילו תקנו במלוה מ"ג הא יכול למחול ומה צורך לפלוג אי תקנו ביה או לא ועכצ"ל דאי תקנו תו ל"מ למחול. ולכך ל"ק לאוקמי בהקנה א"ק ובדשמואל קמפלגי דא"כ היינו קמייתא וא"ש ועיין מש"ל וצ"ל להך דיעה סבירא ליה דא"י למחול הטעם משום דמכירת שטרות דרבנן ולכך יכול למחול והך קנין א"ק של תורה דלסברת התו' דגוף שעבוד נשאר למלוה אם כן וכי אפשר להקנות אגב קרקע גוף שעבוד הלא אין מקנה רק שעבוד נכסין ולמה לא ימחול:

נד **במעמד שלשתן וכו'** עיקר ראיה מהך דקדושין דף מ"ח דאמרינן קמפלגי במלוה בשטר וקמפלגי במלוה ע"פ ואמרינן ביה אוקימתא טובי וחד מר אית ליה דשמואל ומר ל"ל דשמואל או דכ"ע אי' להו דשמואל ובסמכ' דעתה קמפלגי מר סבר מימר אמרה לא שביק דידי ומחל לאחריני ומ"ס לא סמכה דעתה ובמלוה ע"פ קמפלגי אי מ"ג גם במלוה או רק בפקדון. והקשו התו' למה לא נימא גם במלוה ע"פ קמפלגי בהך דשמואל אלא ש"מ דמ"ג א"י למחול. ויש להקשות דילמא הא דאמרינן בדשמואל פליגי ודאי דכ"ע סבירא להו דיש כאן סברא לא שביק דידי ומחל לאחריני רק בשביל כך לא סמכה דעתה דחוששת אולי שטר פרוע הוא ואם תתבע הבעל בב"ד הלא אשה בושה וכו' וא"כ לא שייך לא שביק דידי ולכך מאן דאי' ליה דשמואל לכך אינה מקודשת אבל ר"מ דלא סבירא ליה דשמואל ואם כן אינו נאמן לומר פרוע הוא כיון דלית ליה מגו דמחילה כהנ"ל בכמה דוכתי דהא דנאמן הוא משום מגו דמחילה ודילמא יש שובר בעדים אין לה לחוש דקלא אי' לי' כמבואר בכמה דוכתי. וא"כ לר"מ שפיר היא מקודשת אבל רבנן דאי' לי' דשמואל וא"כ נאמן לומר דפרוע הוא ובשביל כך לא סמכה דעתה וא"ש. אך זהו במקדש שלא בפני הלוה אבל במ"ג דיש כאן הלוה בפנינו ושותק ואין צוח דהוא פרוע תו לא שייך למימר כבר נפרע כמ"ש התו' והרא"ש ורשב"א גבי מצא שובר. וא"כ א"א לומר במ"ג בדשמואל קמפלגי האף דאי' ליה דשמואל מ"מ סמכה דעתה ולק"מ. וצ"ל תינח להך אוקימתא בדשמואל קמפלגי אבל להך אוקימתא דכ"ע אי' להו דשמואל ובסמכ' דעתה פליגי וקאמר ר"מ לא שביק דידי משמע דלא חושש ר"מ לטענת פרעון וגם קאמר מ"ס אשה נמי לא סמכה דעתה ולא אמרינן טעמא אחריני דחוששת לפרעון ועכצ"ל דליתא להך סברא וא"ש הוכחת התו'. ובזו מיושב קושית מהרש"א בגיטין דף י"ג ד"ה תנהו וכו' דהוכיחו התו' דינא דהנ"ל להך אוקימתא בסמכה דעתה קמיפלגי וכ"כ בב"מ והקשה מהרש"א דלמה לא הוכיחו אף לאוקימתא דבשמואל פליגי ע"ש שתי' בדוחק ולפי שכתבתי ניחא דכל הוכח' מהך אוקימתא וכמ"ש ונכון. מיהו גם זה יש לדחות דר"מ סבר דהך סברא לא שביק דידי אלים וא"כ לית ליה מגו דפרוע במגו

דמחילה ורבנן סברי לא אלים כל כך ואמרינן מגו ודוק. והנה הש"ך יצא לדון בדבר חדש ולומר דבמלוה בשטר לא מהני ביה כלל ולא תקנו חכמים אלא במלוה ע"פ והאריך בזה אבל הואיל הוא גופיה כתב דלא משמע כן בתו' ורמב"ן ורשב"א והרא"ש ויתר מחברים ולא מצא לו חבר עזר בצדו אין רצוני להאריך בזה וחלילה לנו לבדות ולברר לנו דרך בפ"ע אשר לא דרכו בו ראשונים ומה נדע אשר לא ידעו הם ואין דרך זו סלולה אמנם מ"ש דאף דנקנה מ"מ לא הוי רק מלוה ע"פ וחשב דאין בזה סתירה לדברי התו' גם זה לא יוכשר דהא התו' בב"מ הקשו דלמה קנו הכתובה במ"ג ואי דבכתובה לא שייך מ"ג דילמא אחר גירושין מכרה וע"ש שתי' דא"כ לא מרווחת ולפי הש"ך בלא"ה לק"מ דל"ל אחר גירושין מכרה דא"כ ה"ל גבי לוקח רק מלוה ע"פ ואחר זמנו ותו לא ה"ל ת"ז כמ"ש הש"ך ונאמן לומר פרעתי וא"כ הא יש לו מגו דנפרע מקודם במגו דיאמר פרעתי לכם ומגו דהעזה במקום ממון אמרינן ועכצ"ל דכמלוה בשטר דמי ובאמת אפשר לומר להיפוך בכתובה דאין נאמן לומר פרעתי לאו מחמת שטר כתובה דאפילו במקום שאין כותבין או אבדה כתובה מ"מ א"י לומר פרעתי מחמת תנאי ב"ד והטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום א"כ אף במ"ג לא זז כח תנאי ומעשה ב"ד וא"נ לומר ללוקח פרעתי אבל בחוב דעלמא דכל נאמנותו מחמת שטר א"כ זה דלא קנה שטר רק החוב ה"ל כמלוה ע"פ. אך גם זה לא נראה מסתימת כל מחברים וכן מסתבר דהא אי פרע להך לוקח הא מחויב מלוה להחזיר שטרו וזהו פשוט וא"כ עדיין החזקה משטרו בידו מה בעי היה לך ליקח שובר או השטר. אבל מה שאני נבוך ומסופק אימת יתחיל שעבודו של זה הלוקח כיון דקנאו במ"ג ונתרוקן שעבודו של מוכר והרי הוא חייב ללוקח א"כ עכשיו מתחיל שעבודו דשעבודו שהיה למלוה עד עתה כבר פקע ובמה קנאו הלוקח או לא דבלא"ה הלכתא בלי טעמא וחז"ל עשו בו קנין אף שאין טעם לקנין א"כ י"ל כך תקנו שיהיה נקנה כל זכות ושעבוד שהיה לראשון להשני מאותו עת וזמן שהיה לראשון. וזהו לא מצינו בו מכל המחברים בכל פלפולם ראיה ומהא דבס"ד נעשה כאומר משתעבדנא לך וכו' ואם כן מתחיל השעבוד תיכף דזהו איירי במלוה ע"פ ואין כאן שעבוד ולכן צ"ע לדינא. ובאמת בגוף הדין אי מצי למחול תמהני שלא הביאו ראייה מהך דפריך בפרק מ"ש ש"מ שאמר הלואתי לפלוני קנה והא ליתא בבריא ומשני ר"פ משום שיורש יורשו ופי' רשב"ם כיורש שוינהו רבנן ור"א אמר דאיתא במ"ג וקשה מה בכך דהוי במ"ג מ"מ הא לא איתא בבריא שיפקע קנינו ושעבודו של ראשון לגמרי שלא יכול למחול וגבי ש"מ אמרינן דא"י למחול דכיורש שוינהו רבנן זהו טעמו של ר"פ ולא של ר' אחי וע"כ צ"ל דגם במ"ג א"י למחול ושפיר אמרינן דאיתא בבריא במ"ג ואין כאן הבדל כלל. והוא

לענ"ד ראיה ברורה ונכונה ותמיהני שלא מצאתיו למחברים ז"ל. ואני תמה למה דחקו התו' עצמן בב"מ הנ"ל בקושי' דלמא מכרה כתובה במ"ג וכן בשמעתא דמוחלת דתמכור כתובה במ"ג הא לשיטת התו' הך תי' דפליגי ר"מ ורבנן במ"ג אי איתא אף במלוה קאי לכל התי' וא"כ מה דוחקי' דנימא הך ברייתא דמצא שובר ובריתא דחובלת בבעלה רבנן הם ומכ"ש משנה דחובלת דאצ"ל כלל ר"מ היא דאסור להשהות אשה בלי כתובה ונימא רבנן היא דסבירא ליה לא אמרו במלוה במ"ג ומה בכך דלית הלכתא כך הא אף זו תי' דאתיא כמאן דלא דן ד"ג אף דקי"ל כר"מ. ובחדושי לחדד התלמידים אמרתי כי באמת קשה לומר דחכמים יחשבו דלא אמרו מ"ג במלוה וא"כ הלכה כרבי' ואנן קי"ל דמ"ג גם במלוה ולכן אמרתי מה שהתו' בפ' אע"פ הקשו על רש"י דרש"י פי' הלואתי לפלוני דלא מהני בבריא משום דמטבע אינו נקנה בחליפין ודייקו התו' הא אגב מועיל והקשו התו' דבב"ב לא מצינו קנין להלואה רק במ"ג ועיין לעיל ס"ק נ"ב ע"ש. ובאמת ברש"י גופי' בפ' הזהב בהא דהקנהו אגב סיפא דביתא משמע ברש"י דהיה פקדון וש"מ דלא גריס מסיק והיינו כמ"ש התו' דהלואה לא נקנה כלל באגב ולכן נראה דסבירא ליה לרש"י הא דהלואה אין נקנה בשום קנין הטעם משום דמלוה להוצאה נתנה ואינו תו ברשותו זהו למ"ד אין אדם מקנה דבר שאין ברשותו אבל למ"ד אדם מקנה כגון ר"מ דאמר מה שאירש מאבא מה שיעלה מצודתי מכור דנמכר אף הלואה נמכר באגב דמה מפסיד הואיל ואינו ברשותו הא לר"מ מכור אבל לא בק"ס דאפילו ברשותו אין מטבע נקנה בק"ס וא"כ א"ש דבאמת לדידן דלא קי"ל כר"מ מודה רש"י דלא מועיל אגב ולכך לא גריס מסיק וסבירא ליה דהוי פקדון ולכך בב"ב לא מצינו קנין רק מ"ג אבל שם באע"פ פי' רש"י לרב דאמר הלואתי לפלוני ורב סבירא ליה כר"מ כמבואר יבמות דף צ"ב וא"כ לרב סבירא ליה דאגב באמת מועיל וא"ש. ולפ"ז י"ל כמש"ל בס"ק נ"ג דר"מ וחכמים בזו פליגי במלוה ע"פ והרשה דהקנה א"ק ור"מ לשיטתו דסבירא ליה נקנה בא"ק כמ"ש וחכמים לשיטתן דאין מקנה דשלב"ל ואין קונה באגב וסבירא ליה לתו' כדעת האומרים דאין אשה מתקדשת בקרקע רק הא דלא מוקמינן בכך משום דיוכל למחול וא"כ היינו מלוה בשטר ולכך מוקמינן במ"ג דא"י למחול ומ"מ פליגי חכמים דלא אמרו מ"ג במלוה וא"ש. אך זהו להך אוקומתא דפליגי בדשמואל אבל לאוקימתא אחריני דפליגי אי בעינן כתיבה ג"כ או דיכתוב ליה קני לך וכו' אבל משום דימחול סמכה דעתה א"כ שפיר י"ל דפליגי במלוה ע"פ כהנ"ל אי מהני ביה הקנאה באגב ומהכ"ת לחדש פלוגתא אחריני וא"כ באמת להלכה קי"ל כהך אוקומתא דפליגי אי בעי כומ"ס וקני לך וכו' ופליגי אי מהני אגב במלוה ע"פ ולא פליגי כלל במ"ג א"כ הלכה כרבנן בכל אופן דבעינן כומ"ס

וקני לך וכו' ומלוה אין נקנה באגב ומ"ג מהני במלוה דל"פ חכמים כלל. ובהכי ניחא קושי' הרמב"ן על התו' דדייקי מהך דאין יכול למחול במ"ג מהא דפליגי במ"ג והקשה הרמב"ן דלמא הא דאמרינן דפליגי במ"ג היינו לאידך אוקומתא דלא פליגי בטעם מחילה כלל דלפמ"ש ניחא דבזה א"צ לתי' דמ"ג כלל רק אמרינן פליגי במלוה אי נקנה באגב. ויש להוסיף הא דדחק הגמ' עצמו לומר דפליגי במ"ג אף דלאוקומתא ראשון יש לנו תי' מרווח היינו לאביי דסבירא ליה ליתא לדשמואל ושטר כתובה בידה דקשה דילמא מכרה במ"ג ופשיטא דכתובה בידה ודשמואל ליתא (ודוחק לומר דסבירא ליה כמ"ש גבי אגב דאין סדר להניח כתובה בידה ועיין מש"ל סימן מ"ז בזה) ולכך אמרינן לאביי פליגי במ"ג ורבנן סבירא להו דליתא במלוה וא"כ הך ברייתא רבנן היא. עכ"פ למסקנא לא קאי אליבא דהלכתא הך תירוצא ולכך לא רצו התו' לפרש דהך ברייתא אתיא כרבנן ודוק כי ישר הוא בסברא אלא שלא ה"ל לתו' לסתום דבריהם כ"כ אבל אם לא נאמר בתו' ראוי שיאמר. ובזה מיושב מה שהקשה בגיטין דף י"ג בשמעתא תנו גט לאשתי דהקשו התו' מה פריך והא לא משך דילמא מצוה לקיים דברי המת ותי' דרב לא מוקי משנה כיחידאה אף דהלכתא כוותיה וצ"ע א"כ איך קאמר הגמ' ר"פ לא סבירא ליה כר"ז דסבירא ליה דרב סבירא ליה מ"ג אף במלוה דמה בכך מכל מקום פלוגתא דחכמים ור"מ היא בברייתא דקדושין ואף דסבירא ליה לרב כר"מ דהוא אף במלוה מ"מ לא רצה לומר כיחידאה ולכך מוקי לי' בצבורין דהוא פקדון ואתי' ככ"ע אף לרבנן ודוחק לומר הואיל ולא פליגי במשנה יתכן כיחידאה דזהו דוחק. אבל לפמ"ש כאן ניחא דלמסקנא אמרינן דכ"ע ס"ל דמ"ג אף במלוה וא"ש ודו"ק:

נה **וה"ה אם היתה משכנות קרקע** עיין מש"ל בקושי' על הטור גבי משכון בשעת הלואתו מן הלכות קדושין ע"ש ועיין מ"ש לקמן בסימן ק"ח בזה. ונראה דאם הוא משכנת' באתרא דלא מסלקי ודאי דא"צ כומ"ס דלפי דהעליתי לעיל מתו' בפשיטות דהקשו על רש"י מהלואתו דסבירא ליה דאף לר"מ אין הלואה נקנה א"ק א"כ הא דפרכינן יכיר ל"ל הא אי בעי למיתב לי' במתנה יהיב ליה וכו' וקשה הא מכירת שטרות דרבנן וא"כ אי קאי למ"ד בכור נוטל במלוה למ"ד גבה קרקע או למ"ד גבה מעות פשיטא דלא מקשה דילמא יש לו מלוה ביד אחרים ולהקנות לו במתנה א"א ד"ת דמכירתן ל"ד ומכ"ש במלוה ע"פ לפי דהעלינו אפילו לר"מ לית ביה קנין א"ק אבל באומר זה בני בכור נוטל חלקו כראוי ועכצ"ל דהקושיא הוא למסקנא דקי"ל הלכתא אין בכור נוטל במלוה כלל הן גבה קרקע והן גבה מעות. וקשה דילמא איירי דיש לו הלואה במשכנתא באתר דלא מסלקי דאמרינן להדיא בפ' א"נ דבכור נוטל בה פי שנים ולהקנותו א"א דקנין לאו תורה

וא"כ ל"ל מגו וקמ"ל יכיר ועכצ"ל דגם זה נקנה ד"ת דה"ל כמוחזק בקרקע ובחזקתו בקרקע נמכר דכן מסתבר כיון דהוי כגבוי לענין בכור ושביעית וא"כ דהוי קנין תורה ודאי דא"י למחול וכן מסתבר ומהו פירושו של אתר דלא מסלקי עמש"ל ר"ס ס"ז ע"ש:

נו **אין לוקח ראשון יכול למחול** יש להקשות א"כ מה דוחקו התו' בכתובות דף פ"ב במי שהיה נושה באחיו מנה ומת ל"א הואיל ואני יורש החזקתי והק' תו' וכן בבעה"ת ימחול לעצמו דקיי"ל יורש מוחל וק', דילמא איירי דלא היה אחיו מלוה אותו להדיא רק שהיה לוה מאחר ואותו אחר מכר לשט"ח לאחיו וא"כ הרי הוא עכשיו נושה באחיו ומת לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי דמחיל לא מצי דאפילו אחיו שהיה חי לא היה יכול למחול אם מכרו הואיל והוא לוקח והיינו במכרו דמשתעבד לכתובתה כמבואר שם וצ"ל דלישנא שהיה נושה באחיו דחיקה ליה דמשמע דהוא היה בעצמו מלוהו וצ"ע דאין דוחק זה כדאי מה שתי' בו תי' שונים וקצת ביקשו להוכיח מזה דאין יורש מוחל לעצמו:

נז **אף הרבית וכו'** והש"ך הקשה דהא מבואר בתשובת רמב"ן סימן רכ"ג דרבית הנכתב בשטר אף דכבר עלה הרבית הואיל מתחלה בעת כתיבת השטר לא נתחייב לא הוי רק כמלוה ע"פ וא"י למכרו וא"כ אף במחלו מה ישלם הא לא נמכר כלל ולכן דעתו דמיירי שהיה הריב' זקוף בשטר ר"ל דאף אם היה הגוי פורעו תיכף היה ג"כ צריך לשלם הכל וא"כ הוי הוא כשטר גמור ונמכור ובמחלו צריך לשלם אלא דלישנא ריב' שעלה עליו לא משמע כן. ולי נראה דודאי רבי' שעלה עליו קודם שנמכר זהו שאינו נמכר דה"ל רק מלוה ע"פ ולכך יפה כתב הש"ך אם מחלו דא"צ לשלם אבל הריב' שעלה עליו אחרי שנמכר א"כ קרנו של לוקח השביח והוא דמחלו וא"כ אין הגוי משלם כלום פשיטא דהזיקו וה"ז בכלל גרמי מ"ש קרן מ"ש רווחי' זהו שהיה לו על קרנו והוא הפסידו וזהו צריך לשלם בבירור ובזה מיירי הרשב"א וא"ש ודוק:

נח **אבל רבים חולקים וכו'** הנה בתו' ב"ב דף קמ"ז ד"ה המוכר סייעו התו' להך דיעה מהך קריבת' דר"נ דמחל' לכתובת אמה דמה הרוויחה הא ר"נ דן ד"ג אלא ש"מ דא"צ לשלם רק דמים שנתן וכתבו התו' וא"ת מכל מקום הפסדתם הרבה שהרי גרושה היתה והיה להם ללקוח' לגבות כתובה אז מגרושה וא"ר דשמא קטנה היתה ולא היו יכולים אז לגבות ממנה כלום ומכל מקום מחילתה הוה מחילה. ופירשו בו בקושי' התו' שני גדולי דור מהרש"א ומהר"ם לובלין דאם לקחו כתוב' ביושבת תחת בעלה ואחר כך נעשה גרושה דכתובה מרובה לכ"ע אם מחלה בגרושה צריכה לשלם כל הדמים ששוה הכתובה וסברא חדשה זו לי ולא מצאנוהו לשום מחבר ופוסק ואדרבא הרא"ש בפ"ק דב"מ כתב ההיפוך דלמ"ד דא"צ לשלם רק הדמים שקיבל מכרה כתוב' ביושבת תחת

בעלה ומחלה בנתגרשה מכל מקום אינה משלמ' רק הדמים שקיבלה וכ"כ בפ' הכותב רק כתב דל"ל מגו דלאו כ"ע דיני גמירי אבל באמת א"צ לשלם רק הדמים שקיבלה. וגם קשי' לי' למהרש"א מתו' ב"ק בשמעת' דמוחלת דהקשו איך תמחול לבעלה הא תצטרך לשלם הכל וכתבו לפיר"ת דא"צ לשלם רק דמים שקיבלה א"ש טפי. ואלו בדבור הקודם כתבו התו' דהא א"א לה למחול ותי' דיגרשנה ואחר כך תמחול ולפי' מהרש"א אף לר"ת לא א"ש דהא במוחלת בגרושה צריכה לשלם הכל והארכתי בזה בחדושי: והיה נראה לומר בפשט התו' א' משני אופנים או דודאי כבר תמהו וכמ"ש הש"ך למה לא יצטרך לשלם כל דמי שוי של שטר ומ"ש זה משורף וגרם היזק. אמנם הרא"ש נתן טעם בשם ר"ש גאון דאיהו דאפסיד אנפשי' והני זביני רעי נינהו וה"ל לכתוב שטרא בשמיה ע"ש ולא נתן טעם דלא ה"ל ללוקחו דזה אינו דהא מכירת שטרות תקנת' דרבנן מפני תקנת מוכרי' ולוקחין ואיך נימא דלא ה"ל ללוקחו רק זה אמרינן דה"ל למזקיף בשמיה אך זהו א"א בכתובה כמ"ש התו' בפ' החובל שם דף פ"ט דא"א דהוי בגדר איסור לשהות לאשתו בלי כתובה וצ"ל דהא דנקט ר"ש גאון למזקוף בשמיה לאו דוקא רק ה"ל להכניסה בשעת מכירה באלה ושבועה. וכמ"ש התו' בהחובל דהא דאמרינן במכות אומדים כמה אדם נותן בכתובה וכו' אף דכל לגבי בעל ודאי מחלה דיכולה להכניס עצמה באלה ושבועה וכו'. ואם כן אף זהו ה"ל לעשות וחזקה שלא היתה עוברת על שבועה ואם כן אפסיד אנפשי' אך זהו באם היא בחיים אבל במותה והיורש מוחל בזו טוען הלוקח מה ה"ל למיעבד אמת נשבעת או לא נשבעת היא נאמנת עלי כאלו נשבעת מה ה"ל לעשות ביורש היורש אין משגיח בכל שבוע' אמו. ואצלי הכל חדא אם היה מורישו נשבע או לא נשבע א"כ בכתובה ולגבי יורש לא שייך אפסיד אנפשי' דמה ה"ל לעשות וחזר הדבר לכללו דשוה לכל ד"ג ושורף שטרו דצריך הוא לשלם הכל ולכך בכתובה ויורש שפיר הקשו התו' דה"ל לשלם הכל אבל שם בב"ק דאיירי באשה המוחלת בעצמה א"ש לר"ת דאף בגרושה א"צ לשלם רק דמים שקיבלה ואפשר לומר דגם המהרש"א ומהר"ם כוונו לזה ואולי סבירא ליה למהרש"א דילמא אמ'. מכרה כתובה ותוספת ביחד ואמת כתובה דליכא למכתב בשם אחר היה צריכה לשלם הנ"ל אבל תוספת דהיה יכול לכתוב בשם אחר אינה משלמת רק דמי' שקיבל ובזה הרוויחה. ועיי' מש"ל אם למכור לחצאין. או י"ל התו' ע"כ לא סבירא ליה דעת ר"ש גאון דלפ"ד דה"ל לכתוב בשמיה היינו מ"ג כמ"ש א"כ רבנן דס"ל מ"ג ליתא במלוה צריך לשלם הכל לכ"ע ואם כן התו' דהקשו להנך דס"ל דמשלם הכל למה לא סמכה דעתה משמע דלפירש"י ניחא וקשה הא לרבנן לכ"ע צריך לשלם הכל. ועכצ"ל דלא סבירא ליה סברת

ר"ש גאון רק סבירא ליה ד"ג קנסא ודי שקנסוהו שצריך להחזיר המעות ודוק. אמנם עוד אופן אחר י"ל בישוב התו' דבלא"ה יש לדקדק בלישנא דתו' דשמא קטנה היתה ולא היו יכולים אז לגבות מילת אז בלתי מדוקדק רק הל"ל סתם ולא היו יכולים לגבות. וגם מה שהקשו התו' אחר כך דאיך השיא עצה הוא סותר לדברי הרא"ש בפ"ק דב"מ דכתב בקטנה מותר להשיא עצה וגם כבר עמדנו לעיל כמש"ל בתי' התו' דכיון דמחזרת להם הדמים שקיבלה דהא קטנה פטורה ואיך תחזיר דמים שקיבל אמה וגם אם כן דקטנה היה דקארי ליה מה קארי להביא ראי' שא"צ המוחל לשלם רק דמים שקיבל מהך בת דזו היתה קטנה כמ"ש הרא"ש ולכן היה נראה דבעל גי"ת בשער נ"א ח"ו דין ז' הקשה אי אמרינן דקטנה היתה מה קאמר ר"נ עשינו עצמנו כעורכי דיינים ומעיקרא סבר מבשרך אל תתעלם וכו' אם קטנה היתה פשיטא דחובה היא להפוך בזכות' וב"ד אבוהן דקטנים כאלה: והנך בהא דקתבעי לברתא ולא קתבעי לאביה המגרש כתב הרא"ש דגם האב מת והיא היורש דמחל לעצמו אמנם הריטב"א ת"י' דהיתה הבת גובה קרקע בכח. ולכך תבעו לקוח' ממנה והואיל והיה גבי' שלא בב"ד עדיין היתה יכולה להניח קרקע לאביה ולמחול ע"ש. ויש לומר לפי' ריטב"א למה המתינו עד שגבתה הבת הקרקע ולא באו תיכף לאב. נר' כי אז היה קטנה ויודעים היה אם תמחול יפסידו רק בטוחי' היה דליכא דליתבה עצה למחול ויהיה כעורכי דיינים ואיסור הוא גרמי בנזיקין כקושי' התו' ולכך חשבו אם נבוא לגבות עכשיו והיא קטנה הרי חיוב על ב"ד להשיא עצה כקושי' הג"ת וליכא איסור' כלל ובע"כ נפסיד ולכך המתינו מבלי לילך לתבוע אב עד שגדלה ואז באו לתבוע קרקע שכבר גבתה כמ"ש ריטב"א ואז חשבו דליכא דליתב עצה ויהיה כעורכי דיינים ור"נ דהשיא עצה משו' דסבר קרוב מותר וכמו באמת דנתחרט לבסוף וגם אם יתבעו בגדל' אף דתמחול סוף כל סוף יגיע להם דמי זבינ' משא"כ בקטנה דלא יגיע להם כלום ולכך המתינו עד דגדלה והניחו לה לגבות קרקע ואחר כך תבעו לה:

והנה לפי' הרא"ש דהיה מוחלת לעצמה י"ל להך דיע' כמ"ש התו' דד"ג קנסא דקנסוהו שלא יגרום היזק לחבירו בשלמא במוחל לחבירו אף דאין משלם רק דמים שנתן הלוקח הוי קנסא דהא הוא מפסיד מכיסו גם זה ומהכ"ת יהיה רגיל לעשות כן כשמפסיד מכיסו ולקנוני' ל"ח אבל במוחל לעצמו מה קנסא יש שישלם כל מה שקיבל מורישו והוא ירוויח הנשאר כל האי קנסא מקבל על עצמו ולא ימנע לעשותו ואין זה קנס כלל וא"כ פשיטא דצריך לשלם כל דמי שטר שלא יהיה חוטא נשכר ולא יהיה רגיל לעשות כן. וא"כ א"ש המשך התו' דהתו' הוכיחו דע"כ אין משלם רק דמים שקיבל ולא כל הדמים דא"כ מה הרווחה הבת במחילתה ונ"ל דקטנה היתה כמ"ש הרא"ש דא"כ קשה קושי'

הגי"ת איך ציער ר"נ במה דנתן עצה. ובקושי' סבירא ליה לתו' כר"אש דלעצמה מחלה דאל"כ כי אם כדעת ריטב"א למה באמת המתינו עד שגבתה הבת ולא באו תיכף לאב לפרוע להם וא"כ דלעצמה מחלה דגם אביה מת אם כן התו' דסבירא ליה משום קנסא בזה לכ"ע צריך לשלם כל דמי כתובת גרושה וזהו שהוקשו דמ"מ הפסדם מרובה שהרי גרושה היתה. ולזה תי' התו' דלעולם לא אייריי במת אב רק הא דתבעה לברתא היינו דכבר גבתה כמ"ש הריטב"א והא דהניחו והמתינו לזה תי' דקטנה היתה ולא היו יכולים לגבות אז הרי דדייקי אז ומחילתה מחילה ואם כן אלו תבעו אז היו מלמדין עצה למחול ולכך התחכמו להמתין עד כי גדלה דתו דליכא איש דיתן עצה ויהיה כעורכי דיינים וא"ש ודברי תו' מדויקי' ולכך הקשו א"כ באמת אח"כ כשמחלה כבר נתגדלה איך באמת השיא ר"נ עצה כו' דכבר היתה גדולה. וע"ז תי' שפיר כיון דמחזרת להם דמי' שקיבלה ול"ק מהנ"ל דבשעת מחילה היתה גדולה ושפיר צריכה להחזיר ולק"מ בשום דבר אך אעפ"י שטרחנו לברר דברי תו' מ"מ יותר נכון אפשר להטות אוזן לדברי מהרש"ל שהגיה בתו' ע"ש ואפשר דמסתבר לדינא מ"ש למ"ד קנסא במוחל לעצמו שצריך לשלם כל שוי שטר דאל"כ מה קנסא יש (ובהך קושי' מה הקשו התו' לר"י מהך דמצא שובר דלמא המציאה ומכירה הכל בזמן א' כמ"ש הרא"ש. יש ליישב עוד דלפי מש"ל במקו' פסידא בטלו חז"ל לתקנ' אושא ושוינהו כיורש והתו' כתבו בחובלת לא שכיח ולפ"ז במוחלת שכיח דלגבי בעלה מחלה אבל למכור כתובה והוא כבר פרוע לא שכיח א"כ קשה מה מגו יש הואיל דאשה זו יש לה הרבה נ"מ. ואם תמחול יחזור עליה הלוקח ואי דלית לה הא אי' לה נ"מ ותקנת אושא לא שייך במקום פסידא והוא שכיח משא"כ באומרת פרוע לא שכיח ומה בכך דתשלם מאין יש לה הכל הוא משועבד לבעלה ועיי' מש"ל דגם בטובת הנאה א"א למכור ולא שכיח ולא שייך במקום פסידא וע"כ דמציאה בגרושה והכל משועבד והמכירה כתבו התו' בנשואה וא"כ אין זמנם שוה ודוק):

נט **אלא הדמים שנתן** והרב הש"ך בס"ק ק"ט הכריע כדעת האומרים דצריך לשלם כל דמי שטר דכן משמע בגמ' מגבי' בי כשורא לצלמא וכן הביא בשם גדולי פוסקים קדמאי ובתראי ע"ש אלא עם כל זה לא השיב על טענות התו' דבר דמ"ש שתי' על קושי' במצא שובר וכו' בדוכתי טובא כבר כתבתי דאין תי' שלו מרווח דהם הקשו הא נח לה להחזיר שובר ממחילה דתצטרך לשלם דמי כולו ותי' דהיינו מחילה ואף היא באמת צריכה לשלם דמי כולה מלבד דלישנ' יחזיר לא משמע כן אף גם אם תלך למקום אחר והבעל יוציא שובר מהכ"ת תפרע יותר לפי שובר וכמש"ל ומכ"ש לשיטת הרמב"ם דבהחזיר שטר דלא היה לו להחזיר מ"מ הרי הוא בחזקתו מכ"ש אם הרשות להחזיר

בבאו לידו הרי הוא בתוקפו ומהכ"ת נצריך פרעון יותר לפי שובר. וכמו כן על קושי' דב"ק במוחלת דכל לגבי בעלה ודאי מוחלת לא תי' כלום. ובאמת בהך קושי' דב"ק כפי מה שהקשו התו' בב"ב דעיקר הקושי' באשה שחבל' בבעלה דתזבין כתובה ולא מצית למחול דתצטרך לשלם ועיין במהרש"א דפי' דוקא מהך פריך דמאידך לק"מ די"ל כתנא דלא דן ד"ג רק מהך פריך דר"מ היא י"ל כן דודאי עיקר קושי' התו' דתצטרך לשלם ואי דלית לה הא כתבו התו' שם צריך לכתוב לה כתובה חדשה וא"כ שעבודו על כתובה החדשה וכן לעולם. רק אין כאן קושיא דהא ודאי אף דנפיש כתובה מחבלה מ"מ ודאי אם ימכר כתובתה בטובת הנאה לא יגיע לפרעון כל דמי חבלתו כי דבר מועט שנותנים בעד כתוב' וכמ"ש התו' וא"כ אם תמכור ודמי זבינ' תתן לבעל ותהיה נ"ח לבעל בדמי חבלתו כי לא נפרע כולו א"כ תו תמחול ואי דתצטרך לשלם הא לית לה ואי דיכתוב לה הבעל כתובה חדשה הא על הך כתיבה חל שעבודא דלוקח מכח ד"ג וחיובא דבעל בו דחבלה דנ"ח לו והבעל תפיס והוי בכלל כל קודם לגבות ובפרט למ"ד מלוה ע"פ מוקדם קודם לגבות וא"כ הבעל מוקדם מחבלתו להך לוקח במחילתו ויגבה הבעל ויפסיד ולק"מ. ונראה דהתו' לא היו מעלימי' עין מזה רק התו' בב"ב ס"ל כחד תי' בתו' דב"ק דצריך לגרש ואח"כ תמחול ושוב יכנוס אותה וא"כ איך אפשר לכנוס אותה אם ינכה דמי חבלתו מכתובה והלא כל הפוחת וכו' וכבר הקשו כן בתו' שם ד"ה כגון וכו' ותי' דכיון דהיא גורמת וכו' וזהו הכל בדלא מגרשה אבל כשמגרשה ורוצה לחזור ולכונסה ודאי דאסור דהרי פוחת לבתולה ומי מכריחו לחזור וליקח אותה וא"כ ע"כ דמוחל לה דמי חבלתו וא"כ שפיר קשה איך תמחול יבא הלוקח ויגבה מכתובה חדשה דכבר נמחל בעת שנשאה וכתב לה כתובה דמי חבלתו דלא יהי' בכלל הפוחת דליקח אותה מחדש ודאי דאסור אין היא גורמת רק הוא גורם שלקחה וא"ש. ולפ"ז לפי דקי"ל דא"צ לגרשנה ואפילו בעודה תחת בעלה מצית למחול שפיר י"ל כמ"ש ולק"מ דעכ"פ מפסיד הלוקח. אך מהא דב"מ במצא שובר קושי' דדוחק לאוקמי כדרבנן דלא דנו ד"ג וגם אף דטרחנו כמ"ש ליישב הך דהחוב מ"מ קשה לומר דכל סוגי' שם בחבלה באחרי' אתי' דלא כר"מ כמ"ש מהרש"א ולכן אף שאין אני כדאי להכריע ח"ו מ"מ הואיל כבר עלה השם בימין כה"ג הש"ך להכריע הואיל ולישנא דגמר' מסייע לי' נ"ל עיקר כדעת הנ"י שכתב בשם ר"ת לחלק בכתובה לשארי שט"ח דבעלמא אמרינן משלם כל דמי' שנתן אבל בכתובה דכיון דלא היה מכירה מעליא דאולי לא תבוא כלל לידי גבי' אין משלמת רק דמים שנתן וא"כ מרווח הכל דכל לישנא דגמ' ופועקים הכל מיירי בשארי שטרות והך דקריבת' דר"נ וכן הך דב"ק וב"מ במצא שובר הכל בכתובה ובו אין

משלמת רק דמי' שקיבלה וא"כ שמעת' מרווח' ול"ק כלל וא"כ י"ל דאין בדברי הרא"ש סתירה דבפסקיו פסק דאין משלם רק דמי' שנתן ואולם בתשובה פוסק דמשלם הכל כמ"ש הב"י דלפמ"ש ניחא דבפסקיו הכל מיירי מכתובה כנראה בב"מ ובכתובות אבל בתשובה איירי בשארי שטרות ולק"מ. איברא מהך דקדושין קדשה בשט"ח דאמרינן דלכך אינה מקודשת דלא סמכ' דעת' דלמא ימחול קשיא דהא יצטרך הבעל לשלם לה ומ"ש התו' דאשה בושה לתבוע בעלה בב"ד. עדיין אין מספיק דקשה מנלן לגמ' הך סברא ולחדש בר"מ וחכמים פלוגתא חדשה דפליגי בדשמואל וכדומה לימא לכ"ע אין אשה בושה והלך ר"מ לשיטתו דס"ל ד"ג ולכך סמכ' דעת' דאף דימחול יצטרך הבעל לשלם וחכמים אזלי לשיטתן דלא דנין ד"ג ולכך לא סמכ' דעת' דאולי ימחול הבעל ויהיה פטור מתשלומין ותהי' קרח מכאן ומכאן. ובאמת זולת שיטת הרשב"א היה לי בזה תר"י נכון דס"ל כדעת חכמי פרובנציא דלמאן דלא דאין ד"ג משלם דמי ניירא דצריך להחזיר הנייר ללוה וצריך המוכר לשלמו אף דלא דן דינא דגרמי וא"כ קשי' לן רבנן דסברי סתם א"מ למה לא ישומו הנייר אולי שוה פרוטה ועכצ"ל משום דצריכה להחזיר הנייר ללוה וקשה הא זה צריך הבעל המוחל לשלם לכ"ע אפילו למ"ד דלא דנין ד"ג וע"כ צ"ל דאשה בושה ובהך סברא לא יחלקו ר"מ וחכמים וא"כ קשה במה פליגי וצ"ל אוקימת' אחריני ולק"מ והא דפרכינן אי בשט"ח דאחרי' קשי' ר"מ אדר"מ ולא רבנן אדרבנן כבר כתב הריטב"א דבאמת המ"ל כן רק בדר"מ מפורש טפי וא"ש:

אך לרשב"א דס"ל דבאמת שמין הנייר דלא הדרא וחכמים דאומרי' א"מ לא איירי בשמי' הנייר ומ"מ ס"ל דמשלם דמי כולו וא"כ הקושי' במקומו מנ"ל הך סברא דאשה בושה דלמא אזלו לשיטתן כנ"ל. ואולי ס"ל לרשב"א כסברת הסמ"ע בס"ק פ"ד במתנה לכ"ע צריך לשלם כל דמי שטר די"ל דעשה לו כ"כ טובה כדמי שוי של השטר וס"ל לרשב"א כמ"ש הש"ך וכמש"ל דלמאן דלא דאין ד"ג דעכ"פ צריך לשלם מדינא הדמי' שנתן דלאו כל כמיני' לאפקועי בחנם וא"כ מיני' במתנה לכ"ע צריך לשלם כל דמי שטר דבמתנה ה"ל כאלו קיבל כל המעות. וא"כ שם בקדושין דה"ל כמתנה וא"כ לא תלי' בד"ג כלל ואפי' מאן דלית ליה ד"ג מ"מ מודה דצריך לשלם וע"כ צ"ל אשה בושה ובמה קמפלגי וא"ש. ולפ"ז יפה פסק רשב"א במוחל א"צ להחזיר הנייר והא דדייקו חכמי פרובנציא מלשון דמי ניירא דצריך להחזיר הנייר כהנ"ל אין כאן דיוק דהא המעות שקיבל מחויב להחזיר ונוסף ע"ז צריך לשלם דמי נייר כמ"ש הראב"ן וש"ך וא"כ כשמשלם לו דמי' אין לו להחזיק הנייר אבל כשאין משלם כלל פשיטא דיכול לתפוס בנייר וא"ש. והש"ך כסק

כאן כראב"ן ולעיל דעתו נוטה לחלוק על רשב"א מהך דיוקא דדמי נייר ודבריו סותרי' זא"ז ודוק:

ס **שהוא מזויף** בטור כתב ג"כ דין זה והטור ס"ל דמוחל א"צ לשלם רק דמי' שנתן וא"כ לכאורה קשה דל מחילתו הא צריך להחזיר לו דמי' הואיל ומכר לו חספא ומקח טעות הוא. וצ"ל דהואיל דלא נתברר דמזויף הוא רק הלוה טען מזויף הוא ואין להוציא ממנו בספק מ"מ המוכר טוען שקר אומר והשטר אמת ואי דאין מקוים הלא כך לקחת בלתי מקוים א"כ אין לו על המוכר דבר דהממע"ה והוא יאמר שטר כשר הוא והלוקח הפסיד על נפשו דלקח שטר בלתי מקוים:

סא **פטור המוחל וכו'** הב"י הביא תשובת רשב"א דלוה הטוען ללוקח ישבע לי המלוה דאין פרוע והמוכר מודה במקום שחב לאחרים כגון דאין למוכר לפרוע מכיסו א"נ והאריך הש"ך בס"ק ק"י להשיג דהא יש לו מגו דמחילה וכן בכה"ג האריך ולק"מ דרשב"א מיירי דטוען דקודם מכירה פרע ובזו ס"ל דאין נאמן ולא שייך מגו דמחילה דהא אי ימחול יצטרך לשלם הכל וכן הוא בש"ע א"ע סי' ק"ה ע"ש וכבר בררתי לעיל בדוכתי טובי דלק"מ מגמ' דב"מ רק הוא רשב"א ס"ל דביש לו לשלם לא הפקיעו חז"ל תקנתם דיטעון השבע לי ואם לאו יפסיד אבל במקום דלית ליה פשיטא דבמכר לא משגיחין בשבועתו ועיי' סי' מ"ז מ"ש בזה לחלק בין הלואה למכר. והא דכתבתי לעיל הא אי' לי' מגו דכותב שובר צ"ל דס"ל לרשב"א דהוי מגו במקום חזקה כמ"ש ראב"ד דחזקה דלא מכר שטר פרוע והוא דאמר דמכר שטר פרוע שקר אומר ולא מהני בי' מגו:

סב **ששטר זה שלו וכו'** וצריך לשלם כל דמי שטר כן הסכי' הרמ"א וכל אחרונים ויש להבין מ"ש זה מאם נמצא פרוע קודם שמכרו דנתבטל המקח ואין חוזרי' רק דמי' מהמקח ומה שנא דמכר דבר שאין שלו דגם כן המקח אין לו שרש דמכר דבר שאינו שלו וגם כן יהיו המעות חוזרים ואי דקיבל אחריות הא אף בזה קיבל אחריות. וצ"ל בזה במוכר דבר שאין שלו ה"ל כמוכר שדה גזולה לקמן בסי' שע"ג שע"ד ע"ש. דהלוקח נוטל שבח והיינו מכר שוה מאתים במנה נוטל כל מאתים ואף זהו כמוהו והטעם אמרינן שם דניתן לכתוב דאם טרח וקנאו מנגזל המקח עם לוקח קיים דניחא ליה דליקו בהימנו' וא"כ אף כאן דאמרינן דיטרח ליקח מן זה שהשטר שלו ונתקיים מקח ללוקח שלו וא"כ ניתן לכתוב ולכך גובה שבח משא"כ בפרוע א"א תו לקיים המקח בשום אופן דאף דיפייס הלוה זה השטר כבר נמחל א"כ הוה לא ניתן לכתוב כלל ואין לו רק דמי' שקיבל. ולפ"ז יצא לי במוכר שטר שאין שלו וקיבל אחריות דמי' שנתן גובה מזמנו ממשעבדי אבל מה שהשטר שוה יותר ה"ל שבח ואיי גובה רק מב"ח וגם אם ידע הלוקח שאין

שלו ומ"מ לקחו אין לו אלא דמי' שנתן כדלקמן שע"ג בהכיר בו שאין שלו ולקחו מעות יש לו שבח אין לו:

סג **שה"ה בנותן וכו'** דעת הסמ"ע במתנה לכ"ע צריך לשלם כל שויו של שטר דאולי עשה לו טובה בדמי שויו של שטר והש"ך חולק דלמ"ד דא"צ לשלם רק דמי' שקיבל במתנה אינו נותן כלום והביא ראי' ולא ידעתי למה לא הביא ראיה מתו' בב"ב הנ"ל דהקשו להך שיט' דצריך לשלם הכל מהא דקידשה בשט"ח דלא סמכה דעת' דלמא ימחול הא יצטרך לשלם מבואר הא למ"ד דא"צ לשלם רק דמי' שנתן לק"מ ולסמ"ע לכ"ע קשה דלא גרע קדושין מן מתנה ובכל דמי שטר עבד' לי' נייחא דנתקדשה לו. ואמת כי בחדושי לחדד התלמידים אמרתי כי ס"ל לסמ"ע דודאי זהו ס"ל לתו' דאשה בושה רק ה"מ בדמי נזק כמש"ל בס"ק ל"ו אבל בדמי' שחייב הבעל שפיר י"ל דלאו בושה. וא"כ הא מבואר בראב"ן למ"ד דצריך לשנם הכל הדמים שקיבל חייב מדינא וא"כ מיני' במתנה חייב לשלם כל דמי שטר דה"ל לשיטת סמ"ע כאילו קיבל כל דמיו. וא"כ כך קשי' ליה לתו' בשלמא לשיט' האומרי' דאין משלם רק דמי' שקיבל א"כ למאן דלא דן ד"ג אין משלם כלל א"כ אף דבקדושין ומתנה חייב לשלם הכל מד"ג לק"מ דאשה בושה לתבוע נזקין מבעלה אבל למ"ד דצריך לשלם הכל א"כ במתנה א"צ לד"ג ובתורת ממון חייב לשלם ושפיר קשה הא תתבע לבעלה וע"ז תי' התו' בכל גווני אשה בושה כן י"ל. אבל מ"מ אין זו כוונת התו' והנכון כדברי ש"ך אבל לעיל בס"ק נ"ט נראה דלרשב"א צ"ל כדעת הסמ"ע. והא לא קשי' לסמ"ע א"כ אף להך פי' דא"צ לשלם הכל קשה מהך דמצא שוב' דדלמא נתנה הכתוב' במתנה וא"כ אם תמחול תצטרך לשלם הכל דלמתנה לא חיישינן דמהכ"ת תתן מתנה כתוב' לאחר. ואפשר לומר טעם אחר דלכך במתנה חייב לשלם הכל דר"ש גאון נתן טעם דה"ל למכתב שטר בשמי' וצ"ל אולי לא ירצה דא"כ לא ה"ל ליקח א"כ במתנה לא שייך כן דמה שנתן לו מקבל א"כ לא שייך אפסיד אנפשי' ולכך צריך לשלם דמי כל שטר. אמנם התו' ב"ב ס"ל ד"ג קנסא א"כ א"צ לסברת ר"ש דחז"ל לא קנסו כולי האי כנ"ל א"כ לק"מ לר"ת ודוק. והנה אם קיבל בפי' על עצמו שאם ימחול שישלם כל דמי שויו של שטר אני מסתפק אי מהני לדעת האומרי' דא"צ לשלם רק דמים שקיבל דה"נ אסמכת' וכמו אם לא אוביר אשלם אלפא זוזי או הוצאה על הכפל או נימא דכיון דמפסידו כ"כ אף דאינו מחויב מ"מ אם קיבל על עצמו ליתא לאסמכת' וכמ"ש הסמ"ע סי' ס"א גבי הוצא' אף דאינו מחויב מ"מ אם מקבל ע"ע מתחייב ולא הוי אסמכת' ע"ש סמ"ע ס"ק י"ב וש"ך ס"ק י"א ויש לפשוט דהתו' דהקשו שם ב"ק דף פ"ט דאם אמרינן דצריך לשלם הכל איך תוכל למחול ולפי' ר"ת א"ש טפי וקשה אף לר"ת

מי ניחא הא תמכור ותקבל אחריות לשלם כל שוי שטר ותו לא מצית למחול ודוחק לומר דאף זהו בכלל מ"ש התו' שם סוף ד"ה כל וכו' דאין משועבדת לניזק לעשות לו קיומים. דמה קיומי' יש דמקבלת אחריות שלא תזיק וכמו כן יש להבין במה שדייקו מהך דמצא שובר דאמרינן איתא לדשמואל וכו' דא"צ לשלם רק דמי' שקיבלה דאל"כ הא ל"ל מגו וקשה עדיין מי ניחא דלמא זבנא לכתוב' בטובת הנאה וקיבלה אחריות ע"ע לשלם הכל. ולכך מערמת להחזיר שובר. מיהו בלא"ה יש להבין לפמ"ש התו' שם בב"ק בקושי' דמכו' אומדין כמה אדם רוצה ליתן הא אין קונה ותי' ע"י אלה ושבועה שלא תמחול וקשה א"כ בהך דמצא שובר דחיישינן שמא זבנ' לכתיב' היינו באלה ושבועה שלא תמחול דהא זולת זה אין קונה כמ"ש התו' וא"כ איך יש לה מגו דתמחול דא"כ תהי' חשודה על שבועת שוא ומלקין אותה בעברייני' ולכך מערמת להחזיר שובר ודוחק לומר דמסתמא כשלוקחין כתוב' גם ע"ז משביעין שלא קיבלה פרעון מקדם דמהכ"ת ניחוש לזה ואין זה דומה למחילה. דאמרינן בי' כל לגבי בעל מחלה. ולכן צ"ל בשובר הקילו ובמגו כל דהו אמרינן ולא חששו בי' יותר מדאי מיהו לדינא כיון דבלא"ה רוב מחברים דס"ל דמשלם כל הנזק בקיבל ע"ע ודאי דחייב:

סד **פקע ליה** הרב הש"ך חולק ועיקר ראי' שלו מדברי הריטב"א דכתב להדיא דאף דמת הגר זוכה לוקח ואין דבריו ברורים כמש"ל ס"ק מ"ג כי טעמו של ריטב"א דחוק ובפרט למ"ד מכירת שטרות דרבנן א"כ עיקר שעבוד נשאר ביד הגר ובמותו פקע ותו לא מתחייב כלל. ואין לדקדק לשיטת הרמב"ן דבמ"ג יכול ג"כ למחול א"כ אף בגר פקע א"כ הא דא"ר באיסר גיורא אי במ"ג לא אזלינא מה נ"מ יזיל במות איסר יפקע שעבודו די"ל ה"מ בהלואה דעיקר שעבוד הגוף הוא אצל מלוה ובמותו פקע אבל בפקדון ליכא בנפקד כלל שעבוד גוף ולא נכסי' רק הדבר עומד ברשות מפקיד ואם המחה במ"ג הרי יוצא מרשות מפקיד לרשות המקבל וא"כ מה בכך דמת המפקיד לא פקע שעבוד ולא היה מעולם שעבוד ולכך שם היה פקדון ושפיר קאמר אי במ"ג לא אזלינא:

סה **ויש חולקין וכו'** הרב הש"ך האריך להכריע כדיעה א' דעד עולם אין להם אונאה אפילו מכר שוה מנה באלף ולא אדון אנכי להכניס ראשי בין הרי' הגדולים אבל מ"מ אילו הייתי כדאי להכריע היה דעתי נוטה כדעת הי"ח בלי פקפוק כלל. כי תחילה נאמר בדברי הרמ"א עצמו דכתב דוקא ביותר ממחצה הוי ביטול מקח אבל עד מחצה ומחצה בכלל קיים המקח. והסמ"ע דעתו דלא עד בכלל עד מחצה ולא מחצה אולם הש"ך לקמן בסי' רכ"ז סכ"ט הסכי' לרמ"א. וכן האמת נכון כי אף עפ"י שהרא"ש לא כתב כן מ"מ הואיל ותו' בקדושין נסתפקו ובבבא קמא פרק קמא כתבו להדיא דבעינן יותר מחצי

ובזו אתי' לישנא דגמרא מכר שוה מנה במאתי' על בורי' ואין צריך לומר לאו דוקא א"כ למה נימא כן ובפרט דהא רבי' חולקים וס"ל דלא הוי ביטול מקח לעולם א"כ כ"כ דממעטין במחלוקת ממעטינן. וכן כתב הרז"ה לב"מ דוקא יותר מחצי הוי אונאה וכ"כ ריטב"א בב"מ. וכן נראה דהא אמרינן כתובות דף ק' ע"ב לרשב"א דס"ל דב"ד דמכרו וטעו בשומא מקחן קיים שכחן יפה עד כמה ואמרינן עד פלגא ופלגא בכלל כמבואר שם בגמ' וא"כ אם בשארי בני אדם רק מקחן קיים אם מכרו שוה ק' בקצ"ט ולא יותר מה ראו חכמים ליתן לב"ד כח יותר בדינר א' ולמה לא השוו מדותם שיהיה כח ב"ד כאלו מוכר אדם שלו ומה יתן ומה יוסף להוסיף בכחם דינר אחד זהו מהנמנע אלא ברור דהשוו מדתם לכל אדם וכן הוא בכולם וזה נכון. והנה ברמב"ם הל' מלוה פי"ב הלכה י"א בב"ד שהכריזו כראוי ומכרו שוה מנה במאתים מאתים במנה מכרן קיים וכתב המ"מ בשם רמב"ן דוקא מנה ומאתים הא אם ביותר דמכרו במנה שוה מאתים ואחד חוזר ולא מבעי' לדעת הכ"מ שם דדעתו כדעת הסוברים דיותר מפלגא הוי ביטול מקח ואמרו חכמים כן בב"ד שהכריזו דא"כ הדבר מבואר כמ"ש רמ"א דוקא ביותר מפלגא הוי ביטול מקח אלא באמת לבבי לא ידמה דס"ל לרמב"ן כן דא"כ לא ה"ל להרב מ"מ מעתיקו אדברי רמב"ם כאלו אין ביניהם מחלוק' והא הרמב"ם ס"ל כדעת הרי"ף דלעולם אינו חוזר ועוד במלחמותיו פ' הזהב השיג על הרז"ה ודעתו להדיא כרי"ף ולכן נראה דעתו דאין לב"ד רשות יותר מכפי סתמא דדעת האדם לקנות קרקע ואמרינן בערכין דף כ"ג הפודה שדה שיש עליו חוב או כתיבת אשה אין פודה עד כדי דמיו בכפל כגון אם היה שוה מנה וחובו קצ"ט פודה אבל מאתים אינו פודה והביאו הרמב"ם הל' עירכין פ"ז הלכה ט"ז להלכה ונתן הראב"ד הטעם משום דאין אונאה לקרקעו' עד פלגא והכ"מ נתן ברמב"ם טעם שאמדו חכמים דעתו של אדם שלפעמים קונה קרקע כפלים בדמיו אבל לא ביותר ולכן ס"ל לרמב"ן בכדי שדעת האדם ליקח נתנו חכמים כח ב"ד אם טעו אבל ביותר שאין כן דעת האדם לא נתנו חז"ל כח לב"ד אבל עכ"פ נלמוד דירדו חז"ל לדעת האדם דקונה לפעמים כפל בדמיו א"כ למה נימא במקום דמיעט התורה מאונאה דיהיה ביטול מקח בדבר שדרך בני אדם ליקח כן דהא דרך אדם ליקח ק' בר' ואתה תאמר בלקח כן יש בו ביטול מקח וא"כ אף זו אין דרך בן אדם וכמ"ש דודאי לדעת זו דס"ל עד פלגא יש ביטול מקח דלא אמרינן כטעמו של הכ"מ דנדחק לומר כן ברמב"ם דס"ל לעולם הוי ביטול מקח רק אמרינן כטעמו של ראב"ד דהוי ביטול מקח וזהו לאות אמת דפלגא בכלל מקחו קיים. וכן דעת הראב"ד להדיא. ומ"ש ירושלמי על משנה מכרה שוה מנה בר' או שוה ר' בק' ותבטל המקח ומוקי לי' ר"י בהוקרה והוזלה ש"מ דבכה"ג הוי ביטול

מקח י"ל דס"ל לירושלמי דע"כ המשנה דלא נחית כאן לדקדק ענין הטעות כמו דלקמן בב"ד שעשו הכרזה ומכרו שוה ר' בק' וכו' דנחית להודיע טיב הטעו' בלא הכרזה שתות ובהכרזה אפי' ק' בר' ודאי בדקדוק נקט ודוק' קתני אבל לעיל דנחית להודיע למי הפחת והשבח אם ליתומי' או לאלמנה לא נחית התנא לדייק כולי האי ואיירי דיש טעות יותר מפלגא דאי ליכא מה קמ"ל במכרה שוה מנה במאתים דהוא ליתומים הלא כך שורת הדין דאין בו ביטול המקח והרי זה כאלו מכרה בשוי' א"ו דלאו דוקא ואפילו ביש ביטול מקח מ"מ הכל ליתומים והיינו בהוקרו וכו' ואפילו נימא דאין כאן דעת ירושלמי מ"מ גמרא דידן עיקר דס"ל מנה בר' אין בו ביטול מקח כדאמר ר"נ בפ' המקבל. ולא קשה דא"כ דלא ניזול בתר תלמודא דמערב' מנלן הך דביותר מפלגא דוקא ה"ל ביטול מקח מנלן גבול זה הא בגמ' נאמר סתם ביטול מקח יש להם. דהא מפרשי הא דפרכינן עד כמה ואמרינן עד פלגא ומפרשים דלא על מילת' דר' יהודא לבד שאל רק על כל השנוי במשנה אלו דברים שאין להם אונאה כמה וכמ"ש מפורשי' וכן מהך שמעתי' דעירכין הנ"ל מוכח כן ולכן ברור כדברי רמ"א וכמ"ש הש"ך לקמן: ואחרי שבררנו כן לא ידעתי מה סברא דחוקה יש בדעת הלזה דהא מצינו בגמ' להדיא דס"ל לר' יוחנן ביטול מקח יש להם וכן קאמר ר' נחמן בעצמו בשם ר"א דביטול מקח יש להם ולא מצינו ממש חולק כי אם הא דר' נחמן בפרק המקבל גבי מכר שוה מנה במאתים ואם אמרינן כהנ"ל בכה"ג לכ"ע אין ביטול מקח אין משם סתירה לדברי ר"י ור"א ומהכ"ת לא נפסוק כן ומה שהקשה הש"ך דמה בכך בהא דמכר שוה מנה בר' סבר מיני' מצי אמר לתקוני שדרתיך וכו' א"ל מר קשישא וכו' הכי אמרי נהרדעי משמי' דר"נ אין אונאה לקרקעו' ואי איתא הל"ל הך מילתא בזבין שוה ק' בר"א דלא שייך בי' מילתא דר"נ אי מצי אמר לתקוני וכו' וכן ראיתי קושי' זו בס' א"ז במחברי'. אך באמת לא ק"מ כי כבר הקשו התו' בכתובות דף צ"ט ע"ב ד"ה ה"ג ע"ש דמה צורך למילת' דר"נ הא משנה היא אלו דברים שאין להם אונאה קרקעות ותי' דה"א בשליח יכול לומר לתיקוני שדרתיו וכו' וקמ"ל מילתא דר"נ דאמר למילתי' בשליח דבבעה"ב מה קמ"ל משנה היא וא"כ ודאי בדבר שאף אם לקח בעה"ב יש בו ביטול מקח פשיטא דיש ע"י שליח וכי אלים יד שליח מיד בעה"ב גופי' דיכול לבטל המקח ומכ"ש שליח ומה צורך לענין לתקוני וכו' רק כל השאלה במקום דאם לקחן הבעה"ב דלית בי' משום ביטול מקח אי ע"י שליח יכול לבטלו דנימא לתקוני וכו' וע"ז מביא ראיה דאר"נ אין אונאה לקרקעות והיינו ע"י שליח כמ"ש התו' ולק"מ דא"א לומר למילת' בנתאנה ביותר מפלגא דא"כ אף בעה"ב חוזר ומכ"ש שליח וא"צ לפנים כלל. וא"כ כמעט דבריהם מוכרעים בש"ס ומה"ת לחדש פלוגתא וכן נוטי' דברי

רש"י בגיטין דף ל"ז דפי' דקרקע כל שהוא נכתב עליו פרוזבול דראוי לגבות כן פעמים הרבה וכו' ולא פי' כפירשב"ם דאין אונאה לקרקעות אלא משום דביתר מחצי יש ביטול מקח. ואף דבאמת יש לדחות דרש"י לפרש טעם במשנה מילתא דפסיקא נקט דשוה לכל המ"ד דהא הך דאין אונאה לקרקעות אין מספיק לשיט' ר' יוחנן דס"ל ביטול מקח יש לו וכי יפלוג אמשנה דקרקע כל שהוא כותבין עליו פרוזבול. ובהכי מיושב דברי הר"ע ברטנורה דכתב בפיאה טעמו של רשב"ם ובשביעית טעמו של רש"י דלהלכה ס"ל כהרי"ף ורמב"ם ולכך בפיאה פירש כך אבל בשביעי' כי שם מקום המשנה תפס הפי' דשוה אף לר' יוחנן כנ"ל. אך עם כל זה דעתי נוטה שרש"י ס"ל כן מדלא שם זכר לדברי רשב"ם. ולכן מידי ספיקא לא נפקא על כל פני' כמ"ש מהרשד"ם. שוב ראיתי בירושלמי ולענ"ד גם דעת ירושלמי כמ"ש דבירושלמי שאל על שוה מנה במאתים והלא בטל המקח ומשני כשהוקר' ועל שוה מאתים במנה לא שאל ולא משני כלל כשהוזלה כגי' התו' ואדרבא משמע בירושלמי דזה ניחא אבל ס"ל לירושלמי כשאמרו שוה אין מדקדקין בשומא כ"כ וא"א לצמצם ולעולם שוה בפחות קצת וכמו שאמרו הוא וחומשו מחול על מעות ראשון שא"א לצמצם ולכך שוה ר' ומכרה בק' א"כ אין כאן ביטול מקח דודאי באמת שוה בפחות קצת מר' והרי לא הוי עד פלגא אבל שוה מנה ומכרה בר' אם אין שוה כ"כ הרי כאן אונאה יותר מפלגא ולכך שאל דהוי ביטול מקח וא"ש ודוק:

סו **אין נשבעין וכו'** ודעת הראב"ד והר"ן דנשבע שבועה שאינו ברשותו וכן דעת הש"ך והקשה הר"ן וכן הב"ח א"כ מה פריך בגמ' דב"מ מהא דבני עיר ששלחו וכו' דנשבעין לגזברין דמה קושי' הא צריכין לישבע שבועה שאינו ברשותם והש"ך תי' בדוחק דלישנא דנשבעין לא משמע כן ולא ידעתי מהו המשמעות הא סתמא נשבעין תנן. ונר' דלפי מ"ש הריטב"א הא דמשני שם הגמ' בשקנו מידו מה צורך לקנין הא מתנה ש"ח להיות כשואל בדברי' בעלמא ותי' דהתם בהאי הנאה דמהימן לי' גמר ומקני משא"כ בהקדש כל בני אדם בחזקת נאמנים דמי ימעול בהקדש ולכך צריך קנין. עכ"ל ומסייע לי' דברי הגמ' אין אדם עושה קנוני' על הקדש ולפ"ז י"ל כי צריך לישבע שבועה שאינו ברשותו דלמא עין נתן בו ומחזיקו לעצמו בשארי דברי' שאין נשבעין אבל בהקדש דאין אדם מזלזל בהקדש לשלוח בו יד ולגבי הקדש הכל בחזקת נאמן וא"כ שבועה זו מה טיבו הא לא נחשד בכך. ובהכי ניחא מה דמשני ר"א שבועה זו תקנת חכמים שלא יזלזלו בהקדשות וקשה תינח משנתרמה תרומה עד שלא נתרמה דאין להקדש פסידא ובני עיר שולחין אחרים תחתיהן ואין להקדש נ"מ בו מה א"ל ובירושלמי שקלים מפורש דהך דר"א לא קאי ושייך רק לאחר שנתרמה אבל קודם שנתרמה לא שייך הך דר"א ודוחק לומר דהך

דר"א מוסב על מילתא דר' יוחנן דר"ש היא וא"כ מקודם שנתרמה בלא"ה ל"ק דאין זה משמעות הגמרא אבל לפי מ"ש ניחא דקודם שנתרמה דאין להקדש הפסד רק לגבי בני עיר פשיטא דצריכין לישבע שבועה שאינו ברשותו וע"ז חשודי' רק עיקר קושי' לאחר שנתרמה דאז הפסד להקדש ולא נחשדו שיטלו של הקדש לעצמן ולכך משני דהשביעו שלא יזלזלו בשמירתו וא"ש:

ובהכי ניחא דברי המרדכי בפרק השוכר את האומנין דפסק שליח באגרת שקרהו בדרך אונס מפסיד שכר שליחותו והקשה הג"ה מהך דשמעתי' דבני עיר ששלחו וכו' דאמר שמואל נשבעין ליטול שכרן הרי אעפ"י שקרה להם אסון מ"מ לא מפסידים השכירות והניחו בקושי' ולפי הנ"ל ניחא דודאי על הא דנשבעין עד שלא נתרמה התרומה בלא"ה לק"מ די"ל שבועה שאינו ברשותו רק כל הקושיא לאחר שנתרמה דאז לא שייך שבועה שאינו ברשותו ובזה משני שפיר ליטול שכרן דבזה צריכי' בני עיר לשלם שכרן אף דנאבד מהם בדרך דהא מרוויחים ע"י שליחתם דא"צ ליתן אחרים ללשכה ולולי דהיו מוסרים להם והם היו הולכים בדרך וקרו אסון היו צריכין לשקול ועכשיו הם פטורים וא"כ נתקיים שליחותם להועיל להם בכל אופן ופשיטא דצריך לשלם משא"כ אגרת דאך לשוא שלח כי נאבד האגרת ולא הואיל שליחותו ולכך פטור. ועוד בדרך אחר יש ליישב דברי ראב"ד דס"ל לראב"ד דאמרינן מגו דהעזה רק מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ולכך הן במ"מ והן גבי שבועת שומרי' צריך לישבע אף דיש להם מגו דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן וס"ל לראב"ד ה"מ בשבועת תורה אבל שבועה דרבנן אמרינן בי' מגו ולכך גבי שכיר דאם אין עדים ששכרו דיש לו מגו דל"ש נאמן אף דה"ל מגו לפטור משבעה מ"מ אמרינן וכמ"ש רבים מהמפורשים עי' לקמן סי' פ"ט וא"כ בשלמא לדידן דיש שבועת היסת שפיר צריך לישבע דל"ל מגו דלהד"ם דאף בזו צריך לישבע אבל בזמן המשנה אלו היה טוען להד"ם היה פטור אף עכשיו דטוען אינו ברשותו וקרהו אסון יש לו מגו ובשבועה דרבנן אמרינן מיגו ולכך א"ש הא דמשני ר' יוחנן הא מני ר"ש היא דקאמר קדשים שחייב באחריותן נשבעי' עליהם ופריך הגמרא תינח עד שלא נתרמה התרומה משנתרמה התרומה מא"ל דתנן תורמים על האבד ועל העתיד לגבות. והניחו התו' בתימא דל"ל הך ברייתא הא מגופו דמשנה שמעינן דאמרינן משנתרמה תרומה נשבעין לגזברין ש"מ דתו לא מחייבי בני עיר באחריות כלל וגם יש להבין ר"י גופי' איך משני לי' במשנתרמה תרומה דאף דנימא ברייתא לא שמיע לי' או לא ס"ל ר"י תנא ופליג מ"מ הא מגופ' דמשנה קשי' לי' ולפי הנ"ל יש ליישבו דרש"י ותו' נחלקו בכתובות דף ק"ח דרש"י ס"ל אם נתרמה תרומה אפילו לא שקלו כלל ולא שלחו מ"מ אינו מחויב

לשלחו דתורמין עליו ולכך המודר הנאה מחבירו שוקל שקלו דלא משתרשי לי' ממון דמשנתרמה תרומה פטור והתו' דייק לי' מדקתני תרתי בברייתא על האבד ועל העתיד לגבות וליתני על העתיד לגבות ויהי' אבד נלמוד במכ"ש ולכך פי' הם דוקא שלח שקלו ע"י שליח וכדומה ונאבד הוא דפטור ואז יכול המודר הנאה לשלח שקלו אבל כ"ז שלא שלח כלל לא נפטר במה שנתרם התרומה ע"ש. וא"כ א"ש דלולי הברייתא היינו אומרים כפירש"י הואיל תנן סתמא בנדרים שוקל שקלו ולפ"ז לק"מ דעד שלא נתרמה למאן דלא ס"ל כר"ש אין כאן שבועה אפילו שבועה שאין ברשותו דהא יש לו מגו דלהד"מ ול"ל הא בני עיר מעידין שמסרו להם דבני עיר נוגעים דאי לא אמרו צריכין לשקול אחרים כ"ז שלא נתרמה ולכך אומרים שנתנו ולכך יש להם מגו. ומגו דהעזה אמרינן אבל משנתרמה פשיטא דחייב שבועה שאין ברשותו דל"ל הא יש להם מגו דלהד"ם דבני עיר מעידין שמסרו להם והם אין נוגעים בעדותן דאף דלא נתנו כלל מ"מ פטורים כיון דכבר נתרמה וכדעת רש"י וא"כ דכל הקושיא מן קודם שנתרמה שפיר משני ר' יוחנן הא מני ר"ש היא דאמר קדשים שחייב באחריותן נשבעין להם. ולכך פריך הגמרא תינח וכו' משנתרמה מא"ל דהא גם בזו יש להם מגו דלהד"ם דמ"מ בני עיר נוגעין דתנן תורמין וכו' ומוכח מהך ברייתא כדעת התו' דחייבים אם לא שקלו כלל וא"כ לעולם הם נוגעים ופריך הגמרא שפיר ולק"מ. והכל מדויק היטב ודוק:

סז **אפילו בפשיעה פטור מלשלם** סברא זו היא דעת התו' דבפ' הזהב דף נ"ד ע"ב ד"ה ש"ח אין נשבע כתבו נראה דה"ה דאין משלם דאפי' ש"ש אם פשע נראה דאין משלם מדפריך לקמן מהשוכר הפועל לשמור וכו' לא משני כשפשע וכו' עכ"ל והאריך הש"ך כי אין ראיה ושרש לזה כלל דהא קתני בברייתא שכרו לימים אין לו שכר שבת ולפיכך אין אחריות שבת עליו ואי כוונת הברייתא כשפשע מה בכך דאין לו שכר שבת והוא ש"ח מ"מ מתחייב בפשיעה וכמו כן י"ל מגופי' דקתני בהבלעה יש לו שכר שבת ולפיכך אחריות שבת עליו ואי הפי' כשפשע מה לפיכך הא אפילו לית לי' מ"מ מתחייב כדין ש"ח שפשע וכן דברים הללו אמורים עם הספר בספר אסיפת זקנים להמחברים שדחו דברי התו' בזו. ובאמת על התו' אין כאן השגה כלל כי המעיין בשבועות דף מ"ב ע"ב ד"ה ש"ח וכו' דכתבו על ש"ח דאינו משלם אם פשע כמו ש"ש דפטור מחיוב שלו דהיינו גניבה ואבידה כן ש"ח פטור מחיוב דילי' דהיינו פשיעה. וכתבו דנראה דש"ש נמי פטור מפשיעה וכו' הביאו ראיה מהך ארנקי צדקה וכו' ע"ש מזה למדנו דהתו' חלקו זה לשני בבות דהא דש"ח פטור מפשיעה בזו לא נסתפקו וחשבוהו למושכל ראשון דא"צ ראיה כמ"ש דכמו ש"ש פטור מחיוב דילי' וגם מדקתני אינו נשבע ואם חייב ישבע. רק בש"ש

אי פשע יש ספק שמקבל שכר עליו לשמירתו אפשר לומר דחייב ולכך כתבו ונראה דגם ש"ש פטור מראי' דארנקי וכו' ולפ"ז דיש כאן שני בבות אף דברי התו' בפרק הזהב כפשוטן דכתבו אינו נשבע נראה ה"ה דאינו משלם ולא תימא דוקא ש"ח אבל ש"ש חייב לשלם וע"ז כתבו דאפילו ש"ש נראה דלא משלם כשפשע ודלא תימא דוקא ש"ח אבל ש"ש חייב ולכך הביאו ראיה מהך ברייתי' דקתני אחריות ואין אחריות עליו לוקמי כשפשע ולכך בש"ח פטור ולכך באין לו שכר שבת דהיא ש"ח פטור וביש לו שכר דהוי ש"ש חייב בפשיעה א"ו דגם בש"ש פטור מפשיעה כמו בש"ח ודברי התו' פשוטי'. והיה אפשר לומר דקשה לר' יוסף איך קתני שכרו לימים אין נוטל שכר שבת ואין אחריות שבת עליו הא בשומר להקדש שפירש"י הא מ"מ ה"ל ש"ש מפרוטה דר"י ועכצ"ל דכך פי' שכרו בהבלעה אם אמר בשבת איני רוצה לשמור ואשב בביתי ועי"כ קרה הפסד לזרעי' ואינך אין לך פשיעה גדולה מזו דלא כל כמיני' לסלק שמירתו תוך זמן שנשכר אבל בשכרו לימים ודאי אם מ"מ משמר בשבת ה"ל ש"ש מפרוטה דר"י רק הרשות בידו לומר אינו רוצה לשמור כלל בשבת כיון שאיני שכור לשבת ואיני מקבל שכר שבת ולא אהי' שומר משום פרוטה דר"י וא"כ קושי' התו' שפיר דהכל מיירי מפשיעה דלא שמר כלל ובזו חייב ובזה פטור. אך ברש"י ור"ן נדרי' לא משמע כן בפי' אין אחריות שבת עליו דמיירי דאין משמר כלל רק פי' דמשמר ולא הרי רק ש"ח וקשה פרוטה דר"י להיכי אזיל לפי' דפירשו דאיירי בהקדש וצ"ע לכאורה. וצ"ל הואיל דיכול ליקח שכירות משלכה בהבלעה ולא לקח לא מפטר מפרוטה דר"י דלאו כל כמיניה לפטור עצמו מעני' ולוותר להקדש ואין עניות וכו' וכה"ג צ"ל גבי יתומים לקמן בסי' ר"צ עמ"ש אך לפ"ז עכ"פ אין כאן לרמב"ם סתירה מהך כלל דהא הרמב"ם ס"ל באמת אף ש"ח שפשע חייב וא"כ דברי הש"ך נכונים דל"ל דמיירי בפשיעה דמ"ש ש"ש מש"ח. אך בימי חורפי כשהייתי בהתחברות חכמי לבב השלימי'. אמרתי דבר לפרש דברי התו' בסגנון אחר והוא מהא דפסקינן לקמן סי' ש"ג ס"ח שומר שהיה לו לקדם ברועי' ומקלות ולא קדם בש"ח בחנם ובש"ש בשכר חייב ומסיים הש"ע וכן הפוסקים ואם היה לו לשכור ולא שכר הרי זה פשיעה וחייב עכ"ל. הרי דיש לפניך פשיעה דאיתא בש"ש וליתא בש"ח דיש מציאות להציל בשכר כהך דהיה לו לקדם ברועים ובש"ש הוי פשיעה וחייב ולא ש"ח ולפ"ז קושי' התו' שפיר דמה קושי' על ברייתא הא ברייתא גופי' קמ"ל דאם מקבל שכר שבת בהבלעה נקרא ש"ש בשבת ואחריות שבת עליו להיות נקרא ש"ש אין מקבל שכר שבת אפילו בהבלעה אף דמקבל שכר שאר ימים אין נקרא בשבת ש"ש להיות אחריות שבת עליו כדין ש"ש והנ"מ לחייבו בפשיעה מה דיש בש"ש ולא בש"ח כגון דיכול להציל

בשכר ואין מציל דבש"ח פטור ובש"ש חייב ועכצ"ל בזהו אף בפשיעה פטור אפילו ש"ש. והוכחת תו' שפיר והוטב הדבר בעיני חכמי' הנ"ל. ואם כי לדעתי כוונו התו' כמ"ש מתחילה מ"מ אם לא אמרו ראוי שיאמר כי הוא ראיה גדולה נגד שיטת הרמב"ם דה"ל לגמרא לאוקמי כהאי גוונא איברא דיש לדקדק לתו' דפטרי לשומרי' מפשיעה עדיין מי ניחא דה"ל לאוקמי אחריות שבת בפשיעה ואף דמהתורה פטור הא ר"א משני על הך משנה דשקלים שבועה זו תקנת חכמים שלא יזלזלו בשמירת הקדש וכמ"ש רש"י א"כ מוכח דאם מודים דפשעו חייבים מכר תקנה א"כ שפיר יתכן אחריות ואין אחריות לפשיעה לבתר דתקנו חז"ל דמתחייב. וכמו כן קשה להיפוך דלמא לעולם בפשיעה חייב אבל בהקדשות ודאי דפטור מפשיעה דכל טעמו של המחייב בפשיעה דה"ל מזיק והא בהקדש המזיק להדיא פטור דדרשינן כי יאכל פרט למזיק ועיין תי' ב"ק דף ז' ד"ה שור רעהו דכתבו להדיא דד' אבות נזיקין דבתוכו אדם לא שייכי בהקדש דמזיק פטור וכן כתבו התו' בב"מ דף צ"ט ע"ב ד"ה פרט למזיק דד"ת המזיק הקדש אפילו קרן פטור וכן מורה סתימת לשון הרמב"ם בפ"ג מהל' נזקי ממון ע"ש וא"כ אין כאן ראיה מהך דאחריות שבת עליו. ונראה דס"ל לתו' כמ"ש הרז"ה וכן הובאו בריטב"א וא"ז בשם ר"ח דהך קושי' השוכר את הפועל לא קשי' כלל מן הקדשות דהנך עדיין לא קדשו כלל רק קושי' הגמרא מהא דתנן אין נשבעין על הקרקעות וכאן קתני לשמור זרעים וצריכי' לקרקע כקרקע דנין להו וא"כ לק"מ דבזו המזיק חייב ולא היה עליהם תקנה כלל והא דכתבו התו' לשמור זרעים אע"ג דמשקה לישראל כו' ולא פי' דלא קחי כלל על זרעים דעומר רק זרעים דעלמא אי ס"ל כרז"ה י"ל דקשי' להו מה קושיא דלמא לא איירי בצריכין לקרקע והך תנא הוא דס"ל דדיניהו כמטלטלין דכל העומד לקצור וכו'. ולזה פי' התו' דמיירי מזרעי' דעומר וא"כ לא שייך כל העומד לקצור כיון דא"א לקוצרו קודם עומר ולא הוי כקצור כלל ודוק ולעולם ס"ל כרז"ה. וזו נראה היה ג"כ דעת הרמב"ם דפ"ו מהלכו' שבת בסופו העתיק הך ברייתא דהנוטל בהבלעה שכר שבת דאחריות שבת עליו ולא העתיק דדוקא כשקנו מידו כדמשני הגמרא ותמה על השמטה זו הלח"מ בהל' טוען ונטען עיין שם. ובאמת מה נעמו דבריו וספרא דייקנא הוא דהוא סבירא ליה גם כן כהנ"ל דכל הקושי' הוא מזרעי' ולכך בהעתקתו להלכות שבת דכל כוונתו שם להודיע ענין שבת ונטילת שכר שבת לבל יבלבל להמעיין בדברים שאין נוגעים להלכות שבת כלל אי בעינן קנין או לא לכך השמיט מילת' זרעים והעתיק רק השוכר וכו' לשמור התנוק והפרה וא"כ אין כאן קושי' וצורך כלל לתי' הגמרא שקנו מידו וא"ש ובכוונה השמיט זרעי' ועיין תוספתא פ"ח דב"מ לא נזכר זרעים רק פרה ותנוק וצ"ע. מיהו י"ל דהרמב"ם השמיט

הך מילת' זרעי' דקשי' ליה לרבנן דס"ל דלא כר' יוסי דמתנדב ש"ח דלמא לא ימסור לצבור יפה כמבואר בפרק הבית ועלי' ע"ש א"כ איך אמרינן שכרו לימים אין נוטל שכר שבת ולפיכך אין אחריות שבת עליו הא אסור להניחו בשבת לשמור בחנם וע"כ צריכין לקצוב אתו בהבלעה וצ"ל ר"י היא דאמר מתנדב וכו' וא"כ הרמב"ם דפסק כת"ק ודלא כר"י השמיט מילת' זרעי' דאינו במציאות כלל:

ולפ"ז מה שחשב הש"ך ברמב"ם לראיה מדאמרינן שבועה זו תקנת חכמים שלא יזלזלו בהקדשות משמע כל התקנה היה על השבועה ולא על התשלומין אם באמת פשע ולשיטת התו' הל"ל על עיקר תשלומין היה ג"כ תקנה. ליתא ואף הרמב"ם צ"ל כמ"ש תו' דהיא היא התקנה תשלומין ושבועה כאחד דהא בהקדש ודאי תשלומין ד"ת פטור דלא עדיף ממזיק דפטור וכמש"ל. ובהכי יובנו דברי רמב"ם בפ"ג מהל' שקלים דכתב בני עיר ששלחו שקליהם ביד ש"ח ונגנבו ונאבדו אפילו משנתרמה תרומה חייבים בני עיר לשקול אחרים תחתם הא אם שלחו ביד ש"ש פטורים לשקול אחרים תחתם כשנתרמה התרומה והקשה הכ"מ דהא בשמעת' הנ"ל משמע דס"ל בש"ח איירי המשנה דפריך הא נגנבו ואבדו קתני וש"ש חייב בגניבה וכו' ש"מ דס"ל בס"ד דבש"ח נשתלחו ומ"מ קתני להדיא משנתרמה תרומה בני עיר פטורים ונשבעים לגזברין ולפי הנ"ל ניחא דס"ל לרמב"ם בני עיר תיכף כשהפרישו שקליהם הם שומרים עליהם ושמירת השקלים עליהם וס"ל לרמב"ם דה"ל ש"ש הן מחמת פרוטה דר"י דבעוד עסקו במצוה זו בהפרשה ושמירה פטורים מריפתא לעניים ועוד כ"כ דלא נתרמה תרומה חייבים באחריותן וא"כ כיון דעל בני העיר שמירת ש"ש אם הם מסרו לש"ח הא ס"ל לרמב"ם בהל' שומרין ש"ש דמסר לש"ח דמגרע גרע לשמירתו פושע הוא וחייב רק אמת דה"ל פשיעה הא בהקדש אף פושע פטור דלא עדיף ממזיק דפטור אך זהו מד"ת אבל ר"א אמר חכמים תקנו אפילו שבועה שלא יזלזלו ומכ"ש תשלומין כשפשעו בבירור וא"כ א"ש בגמרא בס"ד דלא אסיקנן הך דר"א שפיר אמרינן אפילו מסרו לש"ח פטורים בני עיר ואי דפשעו מה בכך הא אין בהקדש חיוב פשיעה כמו במזיק אבל לפי המסקנא דקי"ל כר"א דתקנת חכמים הוא א"כ שפיר אמרינן דאם מסרו לש"ח פשיעה הוי וחייבי מדרבנן ובמסקנא צ"ל באמת דמשנה בש"ש איירי ונגנבו בליסטים מזוין וספינה בים כדאמרינן שם וא"ש. ומעתה נכרי' הדברים כדעת התו' דהא המשנה כלליהו כחדא הקדש ושארי דברים שטרות וקרקעות ועל כולם נאמר ש"ח אין נשבע והיינו קודם תקנה דלאחר תקנה נשבעי' על הקדשות וקודם תקנה אפילו פשע בהקדש פטור כמ"ש ואם כן יהיה מילת אינו נשבע נחלק לשני פירושים ותואמים במובנו על הקדשות יהיה פי' אפי' פשע פטור ועל אינך

יהיה פי' דוקא אינו נשבע הא פשע באמת חייב בתשלומין וזהו דוחק. ולכן לא מצינו מקום שמצא הש"ך להתגדר כאשר התפאר שמקום הניחו לו להתגדר ובכל מ"ש ראי' ברורי' נוטי' לדברי התו' וסייעתם:

סח **אבל מפסיד שכרו עד שישבע** הא בנשבע שנאנסו נוטל שכרו ונראה דאם שכרו להוליך חפץ זה להוליכו לעיר אחרת ונאנס בחצי דרך אין לו אלא שכרו על החצי הדרך דלא מבעיא לדעת הרא"ש לקמן בסי' שי"א באומר לו יין זו וספינה סתם דאף דיטעון בעל ספינה הב לי יינך ואקח ספינה להוליכו מכל מקום אין משלם רק מחצי הדרך שהוליך הספינ' אבל לא מחצי דרך הנשאר דכל דהאי לא ידע וכן האי פסידא דפועל הוא אף כאן חצי שכירות מדרך שלא הלך פסידא דשליח הוא רק ממה שהלך צריך לשלם אע"ג דלא אהני ליה מידי כמו בנטבע ספינה באמצע הים דג"כ לא מהני מה שעבר עד כה אלא לפי דעת הרי"ף דסבירא ליה שם דמשלם שכר כל הדרך דיכול לומר הב לי יינך ואוליכנו מכל מקום הא כתבו דוקא התם דגם לזה יש הפסד בטביעות הספינה וכמ"ש התו' אבל זולת זה פסידא דפועל ואם שכרו לימים כל יום בעד דינר וביום ג' וד' שמרו כראוי רק ביום ה' נגנב או אבד נראה דמ"מ חייב לשלם שכירות מן ימים שעברו רק אם קרהו אסון דגניבה באמצע יום החמישי אם באונס משלם החצי יום ואם בגניבה אין משלם כלל אבל בשביל כך לא מפסיד ימים שקודם וכן מוכח בגמ' שם דמשני הא דקתני לפיכך אחריות שבת עליו להפסיד שכרו ופריך הגמרא אלא רישא דקתני אין אחריות שבת עליו ה"נ להפסיד שכרו מי אית ליה שכר שבת וקשה מה קושי' דלא יפסיד השכירות אם נגנב או נאבד בשבת מן כל ימי שבוע הואיל ואין בשבת ש"ש ולא עליו שמירה דגניבה ואבידה ועכצ"ל הואיל והוא לימים נפרדי' אף דהוא בשבת ש"ש אין מפסיד של שאר ימים ובשבת הא לא שקיל שכר משא"כ בסיפא דלא היה לימים נפרדים אם נגנב או נאבד הפסיד כל שכר מיום ההוא או משבוע אם שכרו בפ"ע לשבוע ולא לימים נפרדים. ודעת המרדכי בפ' השוכר את האומני' להיפוך דאפילו מחצי דרך שעבר ג"כ א"צ לשלם דמה אהני לי' וכבר כתבנו מה שהקשה הגהת מהך דבני עיר וכו' ומשנ"ל ליישב עיין ס"ק ס"ו. אך מהא דשוכר הפועל וכו' דמשני אחריות שבת עליו להפסיד שכרו וקשה למרדכי מה ארי' דאחריות אפילו אין אחריות כלל מכל מקום כל אפילו שנאנס מפסיד כל שכרו דמה אהני ליה ונ"ל דסבירא ליה ג"כ דקושי' הוא רק משמירת זרעים ואם כן י"ל אהני לי' דד"מ שמר בית כור זרעי' ובשבת נגנב סאה א' א"כ הואיל וחייב בגניבה רק התורה מיעט מכל מקום שכרו מפסיד דה"ל לשמור שלא יגנב אבל אם נאנס בלסטי' מזוין יש לו כל שכרו דודאי אהני בשמירתו דאולי לא שמר כל

שבוע רבו גנבי' עד שלא השאירו שריד ועכשיו נשאר לפחות כ"ט סאי' וא"ש ולכן לא הקשה בעל הגהה רק מהך דבני עיר. אך זהו מ"ש לדעת דברי הגהה במרדכי אבל לענ"ד נר' דאין הנדון במרדכי כך דמרדכי מדמה לספינה זו ויין סתם דקי"ל אפילו נתן יחזיר וצ"ע כי נהפוך הוא כי המשכיר יש לו דין פועל ושוכר דין בעה"ב כמ"ש הרא"ש. ועיין לקמן סי' ש"י ס"ג ובסמ"ע שם ואם כן בספינה זו ויין סתם המשכיר אינו יכול לומר הא אנא קאי דהא ספינתו נאבדה ואחרת לא קיבל דהא אמר זו אבל השוכר אמר הא אנא קאי דיין סתם אמרתי ואם זה נאבד יש לו יין אחר. משא"כ כאן הפועל שהוא כמו משכיר אמר אנא קאי דלי לא קרה אסון ובעה"ב המשלח דהוי כמו שוכר לא מצי למימר דהא הך אגרת או חפץ נאבד וצ"ע נדעת הגהת ולכן ברור דשם נאמר שליח שהיה מביא אגרת בשכר ומצא תגר וחזר וכו' ופי' כך דהתגר היה על שליח דהיו אורבי' לו מחמת איזה עלילה לו לעצמו אבל שליח אחר היה יכול לילך ואם כן זה שחזר והביא אגרת ליד משלחו היה אמר אנא קאי לשלח אגרת ע"י שליח מי שירצה וה"ל כיין סתם דהא אגרת מוכן לשלח ביד השליח והשליח א"י לילך וה"ל כספינה זו כי העיכוב מצדו כמו שנשבר למשכיר ספינתו כן קרה לו שלא יוכל לילך והוי דמיון שפיר ופשיטא דצריך להחזיר השכירות דהרי לא נהנה ודברי המרדכי ברורי' ובחנם השיג עליו בעל הגה"ה ודוק

סט **ויש מחייבים בפשיעה** הוא דעת רמב"ם ותמהו התו' והרא"ש והר"נ עליו מהך דס"פ החובל בהאי ארנקי צדקה דאפקיד ר"י גבי חד ופשע בו וחייביה ר"י והקשה אביי לשמור ולא לחלק לעניים ומשני שאני עניים דקיץ להו משמע לולי זה הוי פטור מפשיעה והש"ך ביקש לישבו דכיון דאינו בכלל שומר מודה הרמב"ם דפטור מפשיעה ודבריו בלתי מובנים מ"ש דאתמעט מן לשמור או קרקעות דאתמעט מן כסף בכולהו לית בי' דין שומר אבל לא הבנתי קושיתם כלל דרש"י פי' להדיא הטעם כיון דאמר חלקהו תו לא דמפקיד נינהו ומאן תבעו ועני' לא מצי תבעו דכל אחד אומר לאו לדידך יהיבנ' אם כן מבואר דכל הטעם משום ממון שאין לו תובעי' דהוא הנפקד יאמר לו לאו בע"ד את דנתת לי לא להחזירך ועני' אין לו תובעי' וכ"כ הרמב"ם להדיא בהל' פקדון הטעם דכתב לשמור ולא לחלק לעני' והרי הוא ממון שאין לו תובעי' ואם כן מה בכך דפשע לו יהיה מזיק בידי' ג"כ בממון שאין לו תובעי' פטור כדאמרינן בפ' הזרוע המזיק מתנות כהונה פטור משום דה"ל ממון שאין לו תובעי' וזהו דעת הנ"י שהקשה בהא דאמרינן ב"ק דף קי"ז ע"ב דהציל עצמו במעות פ"ש ואמר רבא אין לך פ"ש גדול מזה והקשה הנ"י הא בלא"ה לשמור ולא לחלק לעני' וקשה הא יהיבי בידי' ומזיק גמור הוא אלא דסבירא ליה לנ"י דכל ענין לשמור הוא משום דה"ל ממון שאין לו תובעי' ואם כן אף מזיק בידים

פטור ואולי קושיתם דא"כ ה"ל אביי להקשות מן ממון שאין לו תובעי' ולא מן לשמור ועוד דסבירא ליה כמ"ש המרדכי ברפ"ק דב"ב להדיא דלכך פריך אביי מן לשמור ולא דס"ל ממון שא"ל תובעי' משום דר"י היה גבאי צדקה והוא היה תובע ע"ש מיהו מלבד דאין זה תפיסה על הרמב"ם אף גם נ"ל דלק"מ דודאי מודה הרמב"ם דאין פושע מזיק גמור דא"כ אף פשיעה בבעלי' יתחייב רק גרם היזק הוא דע"י פשיעתו הגיע היזק ואם כן אין לך זה יותר מן דיני דגרמי וכי זה חמור משורף שטרו של חבירו דפטור למאן דלא דן ד"ג ואם פשע בשמירת שטר יהיה חייב זהו מנמנע דאין זה אלא גרמי ולמאן דפטר מכ"ש פושע וכבר נודע כי דעת הרמב"ם כדעת הרי"ף ורש"י מבלי לחלק בין גרמי לגרמא רק מאן דפטר בגרמא אף בגרמי פטר כמ"ש רש"י ב"ב דף ק"ב ד"ה גרמא וע"ש תו' ולפ"ז שם דף כ"ג אמר ר' יוסף אפיק ליה קורקר מהכא א"ל אביי והא גרמא הוא א"ל וכו' גרמא בנזיקין אסור הרי דסבירא ליה לר"י דאין חייב בדיני דגרמי רק איסורא לכתחילה לעשותו כמ"ש שם רש"י ואם כן לר"י פשיטא דפושע פטור במקום דלא שייך דין שומרים ושפיר הקשה ליה אביי מן לשמור דאף דה"ל תובעי' מכל מקום פטור אבל לדידן דמחייבין ד"ג אף פושע חייב ולכך יהיב הרמב"ם הטעם משום דה"ל שאין לו תובעי' וביש לו תובעי' באמת חייב בפשיעה כמ"ש כל מפורשי' וא"ש:

ע **כגון שהשליכו לנהר מקור דין** זה נובע מתשובת הרא"ש כלל ל"ט באחד שהיה לו למסור השטר ליד שמעון וטעה הסופר ומסרו ליד אביו של שמעון ומת והפסיד שטרו ופסק הרא"ש דזה לא הוי בגדר פשיעה דפטור בו בשטרות רק הוי כמשליכו לנהר ומזה כתב רמ"א לקמן בסי' ש"א ס"א בשטר בשומר שמסר לשומר חייב והשיגו הש"ך כאן ושם דמי גרע מפשיעה וג"כ פטור וכ"כ מהרי"ק וכתב הש"ך דשם מיירי בתשובת הרא"ש דלא נתנו לאב בתורת שמירה רק לגמרי ע"כ ואם הדין אמת כמ"ש הש"ך דודאי שומר שמסר לשומר פטור מכל מקום לא הבנתי תי' הש"ך דמהו שמסרו לגמרי האב ראה שטר שהוא של בנו ולקחו מיד השומר הרי קיבל שמירה על עצמו ומסרו לבן דעת גמור ואם כי חשב שהוא שלו ולא של בנו פשיטא דמשמרו ואפילו נאמר הואיל ואין שלו אין משמרו כ"כ מה בכך מכל מקום מידי יותר מפשיעה לא מצית משוי ליה ועוד הרא"ש סיים שם בתשובה אם בא האב לסופר בתורת שליחות בנו אם ידוע שהאב שולט בנכסי בנו אין לחייב סופר ע"ש וקשה מה איריא שבא בשליחות בנו הא סגי כשאומר לו הא לך שטר בנך ג"כ הוי שומר שמסר לשומר פטור ואפי' לא שולט בנכסי בנו כלל ואין בנו מאמינו כלל. ומה זהו שהאריך הרא"ש בתשובה בהך דינא דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו מפקיד ע"ש ולכן נראה ברור דשם היה ידוע שאביו של שמעון היה מאבד

השטר ושורפו וכדומה כנר' מלשון השאלה שם שהגיע לו היזק מחמת זה ואם כן כיון שאביו חייב ואביו אינו לשלם ויתמי לא ידעו מזה כלום הוא הסופר שמסרו חייב לשלם דמ"ש דהוא אבדו או שלוחו ושומרו. וזהו שכתב הרא"ש דלא תימא מ"ש שבא גנב ונטלו ושרפו או שהאב נטלו ושורפו וע"ז קאמר דהואיל דיהיב ליה ה"ל כמאבדו בידים דמ"ש הוא ומה שנא אביו ואם אביו חייב אף הוא השומר חייב ולכך לא מהני במסרו בתורת שמירה והוא שליט בנכסי בנו דמה בכך דמ"מ האב חייב ואם כן אי ליכא לאשתלומי מאב הוא חייב כדעת הרא"ש להדיא לקמן סי' רצ"א ע"ש בטור ולכך קאמר הא בא אביו בתורת שליחות וידוע דשליט בנכסי בנו אם כן יצא ידי חזרה ואסתלק לגמרי ופטור וא"ש הא אם נוכל לתלות שפשע בו האב אף סופר פטור דידו כידו ובפשיעה פטור:

עא **אם קנו מידו וכו'** וכתב הד"מ וסמ"ע דה"ה בש"ח על להתחייב שבועה. והש"ך הסכים להב"י דאין כאן רק קנין דברים. והנה המרדכי בפ' הזהב בשם הר"ם דהך שינויא דמשני בפ' הזהב על לשמור הזרעי' כשקנו מידו מוסב ג"כ על הקושי' דנשבעין לבני עיר וכ"כ הריטב"א דה"ל תיכף בקושי' דבני עיר ששלחו שקליהן בשקנו מידו ש"מ דאף בש"ח על השבועה שייך קנין דדוחק לומר דסבירא ליה במסקנא ג"כ אמרינן בש"ש איירי דמשמע' הגמ' דבש"ח איירי מיהו אמת לשיטת התו' וסייעתם פשיטא דאם קנו שיתחייב בפשיעה אם כן ממילא חייב שבועה אם לא פשע. דלדעת התו' לכך ש"ח אין נשבע הואיל דאף האמת דפשע מכל מקום פטור ואם כן שבועה זו למה אבל בקנו להתחייב בפשיעה פשיטא דיש כאן שבועה אבל לשיטת הרמב"ם דאף דחייב בפשיעה מכל מקום פטור משבועה ואם כן כל הקנין יהיה חיוב שבועה ובזו סבירא ליה להב"י דה"ל קנין דברים אלא דלא הבנתי וכי עושה קנין דישבע בהחלט אולי לא יהיה יכול לישבע וכי ישבע לשקר ח"ו רק הקנין דאו ישבע או ישלם ואם כן חל הקנין על תשלומין ומה קנין דברים שייך כאן עיקר הקנין על התשלומין רק בתנאי כ"ז שלא ישבע אלא בגוף הקושי' דלמה לא משני לעיל בשקנו מידו י"ל תרתי חדא דלפי מ"ש הריטב"א וכמש"ל דבקדשי' לא שייך בהאי הנאה אם כן י"ל דקנין ה"ל אסמכת' דהוא חשב דלא יהיה בי' פשיעה וכדומה ובאסמכת' לא מהני קנין גרידא. ועיין לקמן סי' ר"ז רק הא דמהני קנין משום דהוי כמו ערב בהאי הנאה דמהימן לי' ולכך מועיל ולית בי' אסמכת' ועיין מש"ל בסי' מ' משא"כ בקדשי' דלית בי' הנאת מהימני' אית בי' אסמכת'. והא דמשני בשקנו מיני' י"ל כמש"ל דלאו מקדשי' פרכינן רק מן זרעי' דהוי כקרקע. או י"ל דכיון דקי"ל בעינן בקנין כליו של קונה אם כן איך יועיל קנין לאחר שנתרמה תרומה דמי נתן לו כליו של הקדש ואי דבני עיר הקנהו הסודר להקדש כמ"ש לקמן בסי' קצ"ה ס"ג. אם כן ה"ל

הקדש ואיך ינתן להשליח והרי מועל בהקדש ואפילו נתנו במתנה ע"מ להחזיר מ"מ ממ"נ אימת יקנה אי כ"ז שה"ל מתנה בהקדש הא מעל ולאח"כ לא ה"ל כליו של קונה ולכן קשה לומר בי' דקנו מיני' דכל זה ה"ל כמועל. ולק"מ והריטב"א ומרדכי אפשר סבירא להו כמ"ד דאף בשאול יכול לעשות ק"ס ואם כן יכול להיות דבני עיר משאיל להקדש סודר ואם כן לית בי' מעילה אבל לפי דסבירא ליה דשאיל לא מהני לקנות קשה לומר דיהיה בהקדש קנין ואין לומר בכלי שאין בו ש"פ דמהני בי' קנין דאף דאין מעילה בפחות מש"פ מכל מקום איסורא מיהא איכא ולא גרע מכל חצי שיעור בתורה. ולכן שפיר י"ל דלא קתני בשקט מיני' על הך דבני עיר וכו' ויש לזה קצת ראי' מהא דאמרינן בפסחי' בפ"ק שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה יכול לקבל פקדון מן הנכרי ת"ל לא ימצא ופריך הגמ' והאמרת אתה רואה של אחרים ומשני הגמ' כאן שקיבל עליו וכאן שלא קיבל אחריות וקשה פתח בתרתי וסיי' בחדא הל"ל ג"כ יכול יקבל פקדון מהקדש וגם גבי הקדש הל"ל הך דינא נמי דבקיבל אחריות דחייב ובפרט דגבי הקדש ה"ל פרוטה דר"י. ולפי הנ"ל ניחא דגבי הקדש לית דין שומרים כלל ובקנו מידו ליתא במציאות גבי הקדש ובלי קנין לא מהני כמ"ש התו' ועיי' מ"ש אורי' ס"ק ולכך אינו במציאות קבלת אחריות. ולפי מ"ש הש"ך לקמן בסי' קכ"ג דלא שייך בגוי קנין סודר וא"ק כלל ע"ש אם כן לכאורה קשה איך שייך דקיבל אחריות הא אין דין שומרים ואי בקנו מידו הא אין ק"ס לגוי. ומזה נרא' יליף הרמב"ם אף דאינו מחויב בדין כל שגוי אלם ומכריחו לשלם חייב באחריותו קרינן לי' ועובר והיינו ממ"ש דלדינא אינו כלל במציאות שיתחייב באחריות לגוי ודוק:

עב **ויחלוקו** כתב הצ"צ בסי' צ' אחי' שחלקו שטרות אע"ג דקי"ל אחין שחלקו כלקוח' מכל מקום אין האח השני יכול למחול השטר שהגיע לאחיו אפי' החצי שהיה שלו וה"ל כמכר לאחיו. ועיקר ראי' שלו דאל"כ איך כופין בשטרות לחלוק ולדין בי' דין גוד ואיגוד דלמחר ילך זה וימחול חלקו ויפסידו: ואין זה ראי' דמלבד די"ל למזיק דעביד איסורא כמ"ש התו' ב"ב גרמא וכ"ש גרמי אסור אף גם לפימש"ל בסי' ק"כ דמה שהוא בגביית ב"ד אין בו מחילה כי כח ב"ד יפה ליתן לכל א' שלו ולא חל בו מחילה אם כן אין כאן ראי' כשב"ד כופין לחלוק ויד ב"ד מעורב בו וה"ל גובייא בב"ד ולית בי' מחיל' ובנו בהגהה תמה מה צריך לראי' הלא מבואר להדיא בנ"י ולא יפה כח הבן. כי הנ"י כתב שני אחי' יורשי' שט"ח לא מצי חד מנייהו למחול מנת' דחברי' ובזה ודאי איו ספק כי מה לו למחול החצי שהגיע לאחיו בירושה אבל כל הספק אם יכול למחול חצי שניה שהיה שייך לו רק מכרו לאחיו בעבור שארי דברים שהגיע לו בחלקו דקי"ל כלקוח'

הן וע"ז כל הספק ואם כן מה זה לדברי הנ"י. שוב ראיתי כי קדמו הרמ"א בתשובה סי' צ"ב דפסק ג"כ כמוהו אבל לא מטעמו רק הואיל מכנסת שט"ח לבעל א"י למחול משום דיד בעל כיד אשה הרי היכי דיד שניהם שוה א"י למחול ואף בזו יד שניהם שוה. ואני בעניי לא זכיתי להבין ראי' שלו דבשלמא התם בכל פרוטה ופרוטה אין יד לאשה בלי בעלה והגע עצמך הכניסה חמשי' וכי נימא כ"ה לו וכ"ה לה אלא כל פרוטה יד שניהם שוה וא"א בחלוקה ולכך אין לה יד למחול אבל כאן דהרי לזה חלק ולזה חלק ושטר של חמשים דינר ברור לזה כ"ה ולזה כ"ה והלא יכול ליתן חלקו במתנה ואם כן כיון דיכול ליתן חלקו במתנה אף למחול יכול משא"כ באשה תחת בעלה דא"א לה לתת במתנה איך תוכל למחול הלא אין לה יד כלל ומכל מקום כבר הורו זקנים שבדור ומי ירום ראש נגדם. ולכאורה קשה לדבריהם דא"כ מה הקשו התו' אי מכירת שטרות לאו תורה ל"ל קרא למעט מאונאה. וע"ש דדחקו למצוא דרך ישוב לזה ולמה לא תי' בפשוט כגון דירשו שט"ח וחלקו וקי"ל אחים שחלקו יש להם אונאה ולכך קמ"ל דשטרות אין להם אונאה כשחלקו בשטרות: ועכצ"ל דאם מכירת שטרות לאו תורה אף אחי' א"י לחלוק שטרות דהא לקוח הן ובמה יקנה חלק אחי' וא"כ דלאו מכירה מהתורה אף למחול יכול לדעת רוב פוסקים דלכך יכול למחול הואיל מכירתו מד"ס. וליישב צ"ל דסבירא להו לתו' דהך ברייתא לכ"ע אתיא ואם כן לע"ד אחי' שחלקו כיורשי' הם לא שייך אונאה בחלוקתם דיש ברירה ואין ענין כלל ללוקח ומוכר האי קרא למה אתיא וצ"ע:

עג **גוד או איגוד** הק' הסמ"ע לקמן סי' קע"א סי"ד סבירא ליה לרמ"א די"א דל"א במשכנת' גוד או איגוד ומכ"ש בחוב בלי משכנת' וחילוק הסמ"ע דחוק כמ"ש הש"ך ואולי י"ל דודאי מה לנו גוד או איגוד השני יטעון מה לי בזה נמתין עד שנגבה המעות ונחלק בינינו רק עיקר הטעם כל אשראי ספק אתי' וצריך זהירות ושקידה לגבותו ואם בא לחלק א' אף הוא משגיח בשלו לגבותו מה שאין הן כשהוא בשותפו' קדרה דבי שותפ' ובין כך החוב יאוש ולכך ראוי לטעון בו גוד או אגוד וכל א' ישגיח בשלו וזהו נכון אך במשכנת' בידם דליכא חשש שיוכל לבוא החוב לידי יאוש אם כן ל"ל גוד וכו' נמתין עד גביות ויחלוקו ודבר זה נכון בסברא אבל מכל מקום לדינא יפה כ' הש"ך דרשב"א דפקפק אם יש בשטרות גוד או אגוד לשיטתו אזיל דסבירא ליה בשטרות אין דין גובייני' אבל לפי מה שהכריע המחבר לקמן סי' ק"א ואף הרשב"א גופי' למעשה הורה דיש בו גובייני' כמו שארי מטלטלי' אף לענין גוד או איגוד שוה לשאר מטלטלין ונכון הוא:

עד **שסילק מנכסי אשתו וכו'** צל"ע לפי דפ' המחבר לעיל סעיף ג' דאף דאמר נכסי לפלוני מא"ק ל"ק שטרות דל"ק השעבוד עד שיאמר קני לך וכו' ואם כן מה בכך דמסלק

עצמו מנכסי מן שעבודו של אשה לא סילק עצמו רק מנייר ואין לחלק בין שעבוד ומכירה לסילק דמהרי"ק כל ראי' שלו מהא דאמרי' נכסי לפלוני שטרות אקרי נכסי והא דעת רוב מחברים דוקא בש"מ הוא דמקרי שטרות בכלל דהקילו חכמים עליו שלא יצטרך לומר וכל שעבודו ולרשב"א אף בש"מ צריך שיאמר כל שעבודו ולדעת כולם בבריא צריך שיאמר זולת זה אין השיעבוד בכלל נכסי ול"ק רק הנייר ואם כן אף כאן לא סילק עצמו רק מנייר וגוף שעבוד שיש לה ידו כידה כמו אלו היה לה מע"פ דנוטל וה"ה זה ונרא' דמהרי"ק סבירא ליה כריטב"א דסבירא ליה אף בבריא באומ' נכסי א"צ לומר קני לך וכו' שעבוד גופי' בכלל נכסי ואם כן אף במסלק מנכסי' מן שעבוד מסלק אבל לפי דלקיי"ל כריטב"א לעיל ס"ג אף דין זה הן ועכ"פ מידי ספיק' דדינ' לא נפקי וצע"ג:

עה **אין שטרות בכלל** וכ' הש"ך בשם נ"י אפי' אומר נכסי מקרקע ומטלטלי' אין בכלל אלא מה שבפרט ואין שטרו' בכלל ובד"מ משמע דנ"י פליג אטור ולא דק עכ"ל ותמהני האיך העתיק הנ"י לדינא הא הרא"ש פ' בכלל ע"ה ס"ג בשיעבד לו נכסים מטלטלי' א"ק דאף שטרות נשתעבדו דשטרות בכלל נכסי והא לדעת הנ"י כיון דפרט אחר כך מטלטלי' א"ק אין בכלל שטרות כלל ולכן הר"י דהעתיק כן הוא מדברי הרשב"א לשיטתו אזיל דסבירא ליה באמת אף בכותב כן לא משתעבדי שטרות וכמ"ש הש"ך גופי' בשמו סי' זה סקכ"ו והוא תשובת הרשב"א סי' תתקי"ד ועמש"ל בזה ואם כן שפיר דל"ק לשטרות אבל לפי דקיי"ל לעיל סי' ס' ולקמן קי"א כהרא"ש דמשתעבדי' באגב והיינו כמ"ש הרא"ש דשיעבד לו כל נכסי מא"ק וע"כ דל"א אין בכלל אלא מה שבפרט ולכן מה יפה דברי הד"מ דהטור חולק ואין הלכה כדברי הנ"י ובמ"כ מהש"ך שהוא לא דק לדבר סרה במשה ואולי סבירא ליה לש"ך לחלק באומר נכסי מטלטלין וקרקע אם כן ע"כ לפרושי קאי דאל"כ למה הזכיר מטלטלי' כלל אבל באומר אגב ע"כ הוצרך לומר מטלטלי' לשיעבד' באגב אבל מכל מקום לא חזר ממ"ש נכסי אבל זה דוחק דעכ"פ לא שיעבד א"ק רק מטלטלי' ומה טיבו של שטרות להשתעבד הא לא נכלל בלשונו כלל לכן ברור דרשב"א לשיטתו אזיל:

סימן סז

א **ונראה שעליהם סמכו וכו'** ובאמת אף שהיה אמת ונכון כדברי הרז"ה וסייעתו דאמרי' דאין שמיטה נוהג בזה"ז כלל וכלל היה מהראוי ויפה לנו להחמיר בזה ולנהוג דין שמיטת כספי' כי מה מאוד מזהיר אותנו הנביא בגולה הציבי לך ציונים ולעשות זכר למצות ה' שהיה חובה עלינו בהיותנו שוכנים בקרב הארץ ובהלו נר ה' על ראשינו

ואיך לא נשים זכר למצות שמטה ונשים אחרי הדלת מצוה זו בזכרונה מבלי תת לה זכר כלל. היא המצוה אשר היה ראשון בסיבת גלות הארץ וראשון מהמרי והחולי אשר גרם שקאה הארץ אותנו כמאמר הפסוק אז תרצה הארץ את שבתותיה כל ימי השמה ובעו"ה מאז אשר חודלנו והולכנו בקרי באנו מדחי אל דחי אשר לא זכינו עלי' עוד בשלימות כי אף כי פקד ה' את עמו בבית שני מכל מקום לפי דעת הרמב"ם ורבים מפוסקים לא היה יובל נוהג מן התורה בבית שני כי לא היו כל יושבי' עליה ואף שביעית לא היה מן התורה לדעת הפוסקים כרבי דסבירא ליה שמטה ביובל תלי' והיא המצוה אשר בא בגללה נס מפורסם באומה ישראלי'. ובארץ חמדה אשר תמיד בשנת שש לשמטה היה הברכה מצוי' בגדולי ארץ על הספקה לשלשה שנים וכאשר נסמכה ליובל על ארבעה שנים והתמיד הענין תמיד במכוון בשנת שש לשמיטה לא הקדים ולא האחיר כלל עד שיכירו וידעו כל כי לא בא במקרה ולא מפאת מערכת כוכבי שמים וכסליהם אשר שמם משטרם בארץ כי המקרה לא יתמיד וכוכבי שמי' נבוכים בארץ לפי מסילתם ומעגלתם פעם שנה זו פעם שנה זו לא יסבו בלכתן להסכים תמיד אל שנה זו ולהתמיד תמיד וידעו כל העם כי ה' בקרב ישראל לברך את עמו ולקדשם במצותיו ומה עצום מצוה זו וטעם יש בה וע"י ידע איש הישראלי אשר ימינו כצל על הארץ וגרים ככל אבותיו אריסי בתי אבות ולה' הארץ ומלואה וידע כי לא שלימות אנושי לעסוק בקיבוץ הקניני' ולאסוף חמרים חמרים יצבור ולא ידע מי אוספם כי יראה כי שבתה הארץ שבת לה' ויד הכל שוה בארץ אשר עיני ה' בה תמיד והוא הרומז על עולם שכולו טוב אשר שם ינוחו כל יגיע כח מעצבם ומעבודתם להוציא לחם מהארץ עשיר ורש נפגשו קטון וגדול שם הוא ועבד חפשי מאדוניו והיא שנת שביעית שנת רצון לה' אשר ישליך אדם אלילי כספו ולא יאמר אלקינו למעשי ידינו הוא היקום והרכוש כי אז אין כסף נחשב כלום ולא יועיל הון ביום עברה. ולכך נוהג שמיטת קרקע וכספי' בשנה ההי'. שבתה נוגש עול מדהבה. ומצוה זו גרמה לישראל שלא נשתקעו יותר מדאי בעסק מו"מ ולהרבות בסחורה כאניות סוחר ולבלות בו זמן יום ולילה כהגוי' אשר ע"פ האדמה ולא כל המרבה בסחורה מחכים כי לזו צריך הלואת איש באחיו ולהיות נושה איש ברעהו מזמן לזמן וזה א"א בהחזיק מצוה הנ"ל כי בהגיע תור השמיטה ישמט הנושה ויצא נקי מכל חובו ואם כן היה חובה עלינו להחזיק במדת הסתפקות כראוי ונאות לעובד השלם מבלי לשים כל חושו וחילו וראשית אונו בהבל המדומה ותחבולות לאסוף עושר שלא כמשפט התורה כי אם להיות מתמימי דרך ההולכים בתורת ה' יבטח באלקי יעקב הוא הנותן לחם לכל בשר ובתורתו יהגה יומם ולילה עושר וכבוד אתה וכאשר היו אבותינו לא

פנו אל הון רועי צאן מגז כבשים יתחממו ומחלב עתודי' ישתו וברכת ה' היא תעשיר ברצונו נותן וברצונו נוטל ושוא כל תחבולות בני אדם. ואם כן הוא מצוה זו למה לא נדבק בה בתכלית הדביקה ושמחה ואלו חכם אחד מחכמי פילסופים בעלי מדות ואנשי מוסר אמרו שיעשה האדם אותו לקנין מדות השלימות. ידעתי כי יאותו האנשים לשמוע בקולו ויאמרו ראה וחכם אף כי יצא מפי ה' בעל החכמה ותבונה עצמו וחכמינו בתורה שבע"פ מעתיקי שמועה ז"ל קבעו בו מסמרות להיות נוהג בזה"ז ג"כ והכל מרועה אחד יהיב חכמתו לחכימין. הלא ראוי על כל הירא וחרד לדבר ה' לשמוע ולשמור ולעשות עכ"פ זכר למצוה זו שהיה נוהגת אצלינו בזמן שהיינו שרוי' על אדמתינו זכרה ירושלים בימי עני' ומרודי' כל מחמדי' אשר היה מקדם עד לא נפל עמה ביד צר ראו צרים שחקו על משבתי'. וזהו אלו הדין כהרז"ה אבל באמת רבו עליו חכמי הדור וממש רובם ככולם קיימו וקבלו כפי פשוט' ומשמעות דברי הגמ' דנוהגת אף בזה"ז ואם הם דעתם מדרבנן האחרון לחכמי קדם וראש במעלה הרמב"ן ז"ל כפי שהעתיק דבריו בעה"ת בשער מ"ה ח"א דין ד' שהאריך ודעתו דשביעית בזה"ז אפי' בח"ל מהתורה לענין השמטת כספי' דלא קי"ל כרבי דתלי' ביובל רק תלי' בשמיטת האדמה כ"ז שנוהג בא"י. ולפי דעת הרמב"ם ותו' שמיטת קרקע נוהג בזה"ז בא"י ד"ת כי קדושת עזרא לא בטלה ואף שמטת כספי' נוהגת בכל מקום ד"ת ואם כן מאוד ראוי לכל איש להחמיר לעשות עכ"פ זכר למצוה זו בפרוזבול וכמש"ל לבל ישכח זכר מצוה זו מקרב ישראל:

ב **וכבר כתבו וכו'** אמת הרבה טרחו למצוא טעם למה אין נוהג בארצות הללו אבל אין דן דיננו למזור כי הבעל תרומת הדשן נתן טעם די"ל מדינות הרחוקות מא"י כמו ארץ אשכנז ואגפי' לא היה בכלל גזרת חז"ל לקבוע בו שמטת כספי' כמ"ש ר"י בתוספת לענין חיוב מעשרות ותקין את עצמנו שוכני בארצות הללו ולא תקנתם את אחינו היושבי' בארצות הסמוכי' לא"י מצרים ושנער וארם צובה ואשור. וגם כבר כתב הב"ח דלא מצאנו בזה רמז לחלק בשביעית בזו בשום דברי חז"ל. ובאמת אין הנדון דומ' לראי' כלל בשלמא בתרומות ומעשרות דהוא חובת אדמה ועיקר חיובו ד"ת אינו אלא בא"י רק חז"ל הוסיפו להחמיר ולקבוע חיובו אף בח"ל משום א"י בזו שפיר אמרי' דלא קבעו רק במדינות הסמוכי' לא"י ועומדים על הגבול לבל יתחלפו בא"י ולא במדינות המופלגים מא"י משא"כ שמטת כספי' שהוא מצוה חובת הגוף ואין הבדל בין א"י לח"ל או דנוהג בכל ארצות או דאין נוהג נמי בא"י כלל ואין במצוה זו הבדל בין הארצות ואם כן אם חז"ל תקנו שיהיה נוהג כשל תורה מ"ש ח"ל ומ"ש א"י ומה נשתנה ארצות הסמוכים או הרחוקים הלא אין מצוה זו מפאת א"י. ובלקוטי מהרי"ל מתחילה נתן טעם הואיל

וכותבין ברובי השטרות והקנתי לו ד' אמות קרקע בחצרי וכו' הוי כמלוה על משכנתא ואין שביעית משמטתו. ודברים חלו דחוי' אין להם שורש כי מה טיבו למשכנת' לומר סמכא דעתו ואינו בכלל לא יגוש כיון דלא נודע אי' איפוא מקומו ואנה הם ואפי' לדעת האומרים דכל אדם יש לו קרקע מכל מקום הסכימו דאין כותבין פרוזבול עד שנדע שיש לו איזה מקום קרקע כל שהוא כי לולי זה אין כאן סמיכת דעת ואיך נאמר כי הוא משכנת'. ועוד טעם אחר כתב הואיל וכותבין בשטרות לגבות הן בד"י והן בדא"ה ה"ל כמתנה שלא תשמטנו שביעית ותמיהני הלא דבר זה אמור בטור סי' זה בשם אביו הרא"ש שאם התנה לגבות בין בדרכים דתים או אינו דתים אינו מועיל להפקיע שביעית דס"ל מתנה על מה שכתוב בתורה ונר' דסבירא ליה למהרי"ל דהרא"ש אזיל לשיטתו דכתב בפ"ק דכתובות דכתובה דרבנן וקימ"ל במתנה ע"מ שאין לה כתובה תנאו בטל וע"כ צ"ל דרבנן עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ואם כן כמו בשמיטה דאוריי' א"י להתנות כן בזה"ז דהוא דרבנן א"י להתנות אבל מהרי"נ אזיל לשיטתו של ר"ת דסבירא ליה כתובה מהתורה ואם כן י"ל לכך הדין דא"י למחול ולהתנות על כתובה אבל בדרבנן לא אמרי' עשו חיזוק כשל תורה כסתמא דגמ' בפרק אעפ"י דף נ"ו ע"ש ואם כן הואיל ושמיטה דרבנן מועיל בהו תנאי אף דמתנה לעבור על דברי חז"ל זהו מה שנ"ל להליץ בעדו כי כן היתה דעתו הרחבה. אבל עם כל זה קשה לסמוך ע"ז הן כי מה בכך דאמר לגבות בדא"ה וכי בשביל זה נימא דכוונתו לבטל דברי חז"ל ולהתנות עליו ואפי' נימא דמהני תנאי עכ"פ צריך תנאי גמור באר היטב דחזינו דדעתו לעבור על דברי חז"ל ומתנה עליו אבל בסתם מהכ"ת נפרש כך ומה זהו תנאי הלא נוכל לפרש דכוונתו לכופו לפרעון בדא"ה דחובשי' במקלות ובמאמר פרע ותן אבל לא דלא ישמטנו שביעית ועוד הא מבואר בא"ע סי' ס"ו דרוב פוסקים בכללם סבירא להו דכתובה דרבנן ואם כן ע"כ צ"ל דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה עכ"פ ובפרט בדבר שיש לו עיקר מהתורה כמ"ש התוס' בב"ב ובמ"ע ש"ש ואם כן נפל הך התירא בביר'. והמהרי"ק בשרש צ"ב חשב ליתן טעם משום דקי"ל כב"ש שטר העומד לגבות כגבוי דמי ונסתייע מדברי המרדכי וכבר השיגו הב"ח וכן בעל ש"ג בפ' המקבל דהא לא קימ"ל כב"ש והש"ג וכן הב"ח ביקשו לחלק בין כתובה לשארי שטרות דבכתובה אמרי' כגבוי דמי דה"ל מעשה ב"ד ואין מעלה ארוכה במרדכי דבמרדכי בכתובות ובשבועות ובב"ב בכל דוכתי הביא באלמנה שלא נשבעת על כתובתה ומתה דמפסדת כתובתה ואי בכתוב' קימ"ל כב"ש הא לא מפסדת כלום כדאמרי' להדיא בפ' כל הנשבעין לב"ש דסבירא ליה שטר העומד לגבות כגבוי דמי לא אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו וגם הגמ' לא הוה מקשה

עלי' דרב ושמואל מהך דמשביעי' אותה והבאים ברשות' דילמא בכתובה רב ושמואל מודים דה"ל כגבוי. ולכן אין טעם בחילוק זה אף כי בהגה"ת מרדכי לכתובות בתשובת המרדכי באשה שמת ולדה תוך ל' יום וזקוקה ליבם וכו' דכתב להדיא הטעם ביבמות משום דאלים מעשה ב"ד אבל מכל מקום הנ"ל קשה. ומה שי"ל בישובו דסבירא ליה למרדכי לחלק בין כשתובע' כתובתה והבעל חי והיא גרושה ובין כשהיא נתאלמנה ובאה לגבות מיתומי' דסבירא ליה כמ"ש תוס' בכמה דוכתי' ובסוטה דף כ"ה ע"ב ד"ה לאו וכו' דבעלמא קי"ל כל העומד לזרוק כזרוק דמי וכו' הכא דצריך ב"ד להגבותו ומי יימר דמזדקק ב"ד לא אמרי' בי' כגבוי דמי. וצ"ל מה צריך ב"ד להגבותו ואטו מאן דגבי בב"ד קגבי רק ביתומי' דצריכה שבועה והשבועה צ"ל בב"ד וא"א לגבות זולת ב"ד וא"כ שפיר י"ל אולי לא יזדקק לה ב"ד ולכך לא הוי כגבוי משר"כ כשהבעל חי דא"צ שבועה אי לא טען ישבע לי ובפרט כשתובעת כתובה תיכף א"י להשביעה כלל דה"ל תוך זמנו כנודע א"כ מה צריך זיקוק ב"ד מהכ"ת ימנע להגבות לה. ובפרט אי נימא דדעת מרדכי כדעת האומרים לקמן בסי' ק"ג ס"ו דבעבר זמן פרעון יכול לירד לנכסי הלוה ולמכור בלי שומא ורשות ב"ד כלל עיין מ"ש שם וא"כ פשיטא דכגבוי דמי דהא א"צ לב"ד. משא"כ ביתומי' דצריך שבועה ולכך במתו עד שלא שתו קימ"ל כב"ה דביתומים ל"א כגבוי דמי: אמנם אף דלענ"ד זה ברור ואמת בדברי מרדכי לחלק מ"מ בדברי מהרי"ק בישוב דלא ישמטו שמטה אין מספיק דהא אמר להדיא בגמ' דגיטין דף ל"ז ההיא ב"ש היא אבל לב"ה עדיין מחוסר גוביינא מקרי והיינו דאם ימאן הרי יצטרך לנגוש אותו ובכלל לא יגוש הוא ואלת"ה למ"ד שעבוד' דאורייתא כל חוב יש לו שעבוד נכסי' ושמיטה דמשמט היכי משכחת לי' אלא הואיל ויכול לכפור לא מקרי גבי' לענין שמיטה כלל וכצ"ל בתוס' דסוטה דף הנ"ל דחילקו כי פליגי ב"ה אב"ש היינו כשיש ספק בשטר אבל אם אין ספק בשטר ויתומים מודים בשעבודו לכ"ע הרי כגבוי ולכך קאמר ר"י בפ' המקבל דקרקע לגובייני' קאי ע"ש וקשה א"כ שמיטה מא"ל למה אמר ר"י ב"ש היא הא אפי' לב"ה כשאין ספק בשטר כגבוי דמי אלא כיון שיש בידו להטיל בו ספק לא יגוש קרינן בי' ועוד הא רוב פוסקים לא ס"ל כמרדכי הנ"ל ולא מצינו לו חבר בפוסקים כלל. ומה שנ"ל בישוב המנהג בשטרות שאין משמט נ"ל כך ואולי לזה נתכוון המהרי"ק דהרמב"ן בבעה"ת בשער הנ"ל הוכיח דר' יוחנן ס"ל דשביעית בזה"ז דאורייתא דהא ר' יוחנן אמר מתחילה שטר שיש בו אחריות נכסי' אין שביעית משמטתו ולבסוף כי אתא עובדא לפניו חזר מדבריו ואמר הטעם אע"פ שאנו מדמי' נעשה מעשה וכ' הרמב"ן בשלמא אי ס"ל דשביעי' דאורייתא שפיר עשה שלא ביקש לסמוך על סברתו ודעת של תורה הכריע ומידי ספיקא לא נפקי

ולא מלאו לבו להקל באיסור של תורה משא"כ אי שביעית דרבנן למה לא סמך סברתו כפי דעת של תורה הנוטה לדמות ולעשות. וא"כ אף אנו אומרים דברי הרמב"ן כנים בכל דבר הזה אלו היה מדרבנן היה ראוי לדון ע"פ דעת של ר"י רק ר"י ס"ל שביעית בזה"ז ד"ת. אך מ"מ אין הלכה בזה כר"י דשביעי' מהתורה דהא חזינן אמוראי בתראי דס"ל דרבנן אבייי ס"ל כרבי וכן שאר אמוראי בתראי דהקילו בענין שמיטה במסירת מילי בעלמא וכדומה ש"מ דס"ל מדרבנן וכמ"ש הפוסקים וא"כ הלכה כוותיה אף במקום ר"י וכמ"ש הרי"ף לעיל בסי' ס"ו גבי דברים שאין בהם אונאה אף דס"ל לר"י ביטול מקח יש להם מ"מ הלכה כבתראי החולקים אר"י ואף בזה הדין כן דרבנן ומ"מ אין כאן חולק אסברת ר"י דעלה בדעתו לומר דאין שביעית משמט בשטר שיש בו אחריות רק הוא חזר מיני' הואיל וס"ל שביעית דאורייתא וכמ"ש הרמב"ן אבל אנן דלא קימ"ל בהא כוותיה א"כ חזר וניעור סברתו כי בזה לא מצינו באמוראי בחראי חולקים והלכה כוותיה דר"י ובמילתא דרבנן סמכינן אמדומה וסבר' בעלמא כמ"ש הרמב"ן ודמיון ר"י הוא דמיון אמת וצדק מבלי פקפוק כלל והלכה כוותיה וא"ש. ודרך זו נ"ל דרך ישרה והתרה גלוי' בעד השטרות שיש בתוכן אחריות מפורש כי קי"ל כר"י בהא ולא בהא ודוק ועיין מש"ל בס"ק וי"ו עוד דרך אחר להצדיק מנהגנו בשאר שטרות כת"י וח"כ הנהוגים בזמנינו אם הם בהלואת עיסקא עיין שם:

ג **ובחשבון שנת השמטה** נפל מחלוקת להיות כי הב"י והאחרונים לא ביארו מעין נובע מחלוקת הזה מהש"ס ובדרישה האריך וקיצר עד שקשה לעמוד בו בלי עיון מתחילה בש"ע וגם טרח מאוד לישב דעת רש"י ולבסוף לא חייש רק מה שנאמר בראש"ש לכן באתי להעתיק בתכלית הקיצור שרש המחלוקת וגם ליישב דברי רש"י במה שיש עליו מהקושי' אשר לענ"ד הוא דבר נאה ומתקבל אמרו חז"ל בעירכין בית ראשון ובית שני בעו"ה נחרב במוצאי שביעית ובית שני עמד ת"כ שנים ושנת ת"כ ההוא כפי שאמרו במס' ע"ז היה לבריאת אדם הראשון שלשה אלפי' שמנה מאות עשרים ושמונה והיה חסר מאלף רביעי קע"ב שנים ודעת רש"י כפי שמיישבו הרא"ה ז"ל דבשנת תי"ט לבנין בית שני היה שמיטה שהוא שנת תתכ"ז לאלף רביעי ושנת ת"כ שבו נחרב הבית היה מוצאי שביעית שהתחילה שנה ראשונה של שמיטה. ונתן הטעם כיצד עלה החשבון דבעירכין פרכינן לרבנן דלא ס"ל שנת חמשים עולה לכאן ולכאן א"כ ת' שנים עולה בשמיטות ונשאר עשרים שנה נמצא חרב הבית בשנת שש לשמיטה ערב שביעי' ולא מ"ש. ומתרצין ר"י הוא דאמר שנת שמיטה עולה לכאן וכאן. וא"כ הוצא מן ת' שנים מכל מאה ב' שנים וצרפם לכ' שנים הנוספים הרי כאן כ"ח וכלו בשמיטות ונמצא שנת

ת"כ היה מכוון שנת שביעית. ור"א תי' דלא התחילו תיכף למנות בבנין בית שני עד שעברו ששה שנים דעלה עזרא והוא התחיל למנות שמטה ופירש"י בעירכין דהך תי' לרבנן ובמקצת גי' נמי לרבנן וא"כ היה מכוון שנת ת"כ שמטה. אבל רש"י בע"ז הרכיב שני לחדא דגם ר"א תי' אליבא דר' יהודא כי דוחק לומר ששנת ת"כ שבו נחרב הבית היה שמיטה ובריייתא אמרי' מ"ש היה ולכך דעת רש"י דר"א אליבא דר"י אמר וא"כ כשתסיר מן ת"כ שנים וי"ו שנים הרי נשאר תי"ד שני' והוסיף עליהם ח' שנים מן יובלות של ת' שנים לר"י הרי כאן כ"ב שנים ובו נחרב הבית שהוא מ"ש וכ"א שנים הם שלשה שמיטות וא"כ בשנת ת"כ שהוא תתכ"ח לאלף רביעי התחילה שנה ראשונה לשמיטה. אמנם התוס' הסכימו בזה לרש"י דלא יתכן לומר בשנת חורבן היה שמטה דהא נאמר מ"ש היה אבל אינם מסכימים להרכיב שני תי' יחד ולר"י לא אמרי' ששה שנים עד שעלה עזרא לא חשבי' כי זהו רק לרבנן וא"כ בין למר ובין למר היה שנת ת"כ שמטה ולכך אמרו דבאמת לא נחרב הבית בשנת ת"כ רק בשנת תכ"א שהוא שנת תתכ"ט לאלף רביעי ואז התחיל למנות שנה ראשונה לשמיטה והרמב"ם בהל' שמטה ויובל בדעתו ודעת הגאונים הסכים ג"כ בזה לתו' דהיה שנת ת"כ שמיטה ולא מ"ש כפירש"י אלא דלא ס"ל כתו' דהבית נחרב בשנת תכ"א רק לפמ"ש היה ר"ל תיכף השנה שהיה אחר החורבן חדש תשרי הסמוך היה מ"ש ואין בזה נ"מ למנינו עכ"פ כולם עונים ששנת ת"כ היה שמטה ולשיטת רש"י היה שנת תי"ט שמטה וזהו השנה האחת שנפל בו הספק ומחלוקת. והנה לענין אי הלכה כר' יהודא דאמר שנת חמשים עולה לכאן וכאן או כרבנן הסכימו הגאונים וכמ"ש הרמב"ם דבעו"ה בגולה שאין אנו מונין יובלות ואין אנו מקדשים שנת חמשים כלל פשיטא דעולה למנין שמטה דנחשוב שנת חמשים לתחילת שנת שמטה דלמה לא יכנוס הא אין נוהגין בו קדושה בשנה ההיא כלל ומה נשתנה משארי שנים וכך דעתם דבע' שנים בגלות בבל לא היו מונים יובלות רק שמיטות ואף אנו בגלות זה כמוהם (ולכך הביא הרמב"ם לדעתם שהיו בגלות בבל מונים שמיטי' ולא יובלות להקיש ממנו שגם נחנו נעשה כן כי מה נשתנה גלות זו מזו והכ"מ תמה מה יש צורך בזה מ"ש הרמב"ם לדעתם דבגלות ראשון מונין שמיטים ולא יובלות ולק"מ וכמ"ש בדרישה ע"ש) ובהגהת מרדכי במס' גיטין כתב לדעת ר"ת והרמב"ם היה שנת ל"ט לאלף הששי ולרש"י שנת ל"ח והיינו כמ"ש כי אם לדעתם שנת תתכ"ט לאלף רביעי היה תחילת השמיטה ואז תו לא היה מונים יובלות בעו"ה א"כ היה אלף רביעי ד' שנים לשמטה וא"כ אלף החמשי כשתשליך כל מאה ומאה לשמיטות וישאר לך מכל מאה שנים הרי כאן כ"ד שנים ונשאר ג' שנים לשמטה ותצרפם לל"ט שנים שלאחריו הרי

כאן מ"ב שנים עולים בשמיטות כי הם ששה שמיטות ולרש"י שהיה שנת תתכ"ח לאלף רביעי תחילת שמיטה א"כ פשיטא דיש להקדים שנה והוא שנת ל"ח כתב הגהת מרדכי הנ"ל דרבנן סבוראי כתבו דשנת ד"א תקס"ד שנה לבריאת עולם היה שמיטה ומכותלי כוונתו ניכר שדעת בעל הגהת שזהו חשבון שלישי אין מסכים לשום דיעה הנ"ל וכן הוא באמת לכאורה כי כבר כתבנו לדעת רמב"ם היה סוף אלף רביעי שנת ד' לשמיטה וצרפם לס"ד שנה הרי ס"ח ומן ת"ק שנים לאחר שתחשבם בכלל לשמיטות תקח יו"ד שנים מכל מאה שנים הרי ע"ח שנים בצירוף ואין זה שמטה רק מ"ש ולפירש"י פשיטא דהוא שנה שניה בשמיטה וכן לכאורה הקושי' בדברי רמ"א שאמר שנת ש"כ לאלף הששי היה שמיטה דאיך אפשר הא באלף רביעי נשאר ד' שנים והשלך שלשה עשרה מאו' שנה לשמיטות ישארו שנים שנים בהנ"ל כ"ו שנים ועם הד' הנשארים הן למ"ד שנים ועם הכ' הם נו"ן שנים והרי מ"ט כלי' בשמיטות ושנה זו מ"ש ולא שמיטה. אבל העיקר כמ"ש מדברי הרמב"ם וכ"כ מהרלב"ח וכ"כ בדרישה. כי כל חשבונו' הנ"ל שאנו אומרי' שבשנת תתכ"ח לאלף רביעי נחרב הבית היינו מיום בריאת אדם הראשון וברא ה' אדם על האדמה אבל אנו במנין שנות הבריאה כדי שיהיה מסודר לסדר תקופות ומולדות לא חושבי' מיום אדה"ר רק משנה שלפניו קראו שנת תוהו כי הואיל היה איזה ימים מקודם ר"ה שנברא בו אדה"ר יום א' בשנה חשוב שנה וחושבין מולד של ר"ה התוהו ההוא שהיה ראוי להיות בהר"ד ואדה"ר נברא בשנה שנית לב"ע וכך עכשיו כל מנינינו כשאנו אומרים עכשיו תק"ט לב"ע הוא לבריאת אדה"ר רק תק"ח וא"כ א"ש דבצרי ליה שנה כי שנת תקס"ד לרבנן סבוראי הי' רק לאדה"ר תקס"ג וכן שנת ש"כ לרמ"א לא היה רק שי"ט והוא המנין המכוון לחשבון תוס' ורמב"ם וא"ש. ולכך טועים כל מדפיסי לוחות שמדפיסי' ד"מ על שנה זו שנת תק"ט שהוא לחורבן בית תפארתינו וחיי מעוזנו אלף תרפ"א והיינו כי חשבו מחורבן עד סוף אלף רביעי קע"ב שנים ובצירוף אלף תק"ט שנים הרי תרפ"א וטעו בשנה אחת שם בחורבן הבית נאמר לבריאת אדה"ר ומנין שלנו לבהר"ד ולמנין אדה"ר אינו רק תקח"ל וא"כ אין לחורבן רק אלף ותר"פ שנים וכל שנה ושנה זימנא הוא שירחם ה' עמו ולקרוא דרור. והנה מבלי לצאת בזה בלי חידוש מה שנ"ל ברש"י דשם בעירכין פי' בתי' ר"א שית שנין עד לא סליק עזרא לא קחשיב הוא תי' בין לרבנן בין לר' יהודא כמ"ש הרלב"ח כי יש גי' דגרסי נמי כרבנן וכצ"ל להרא"ש וקשה לרש"י דא"כ שני כי' בהא דמ"ש היה דלר"י כפי חשבון רש"י פי' דשנת ת"כ היה מ"ש דשנת תי"ט היה שמטה ולרבנן פי' דשנת ת"כ בעצמו היה שמטה ואיך נחדש מחלוקת בין ר"י לרבנן בפי' מ"ש הי' וזהו מעיקר הקו' שיש לתו' על רש"י. ונראה דס"ל

לרש"י דע"כ מוכרחי' אנו לומר כן דהא זה דמ"ש היה נאמר על חורבן בית ראשון ואמרו וכן בשני' ולר' יהודא פריך הגמ' הא לא נחרב ראשון במ"ש כי לאחר י"ד שבאו לארץ התחילו למנות וישבו בארץ מאז עד גלות ארץ תתנ"ו שנים וא"כ לרבנן ניחא דכלו הכל בשמיטות ויובלות והיה מ"ש אבל לר"י הוצא ט"ז שנים שנשאר מן ת"ת שנים וצרפם לל"ו שנים הרי כאן נ"ב שנים והרי שנת ג' לשמיטה ומתרץ הגמ' לר"י בגלות יו"ד שבטים פסק המנין והתחיל יאשיהו בשנת י"ח למלכותו למנות שמטה ויובל ול"ו שנים לאחריו בעו"ה נחרב הבית הרי עברו ה' שמטות ובמ"ש חרב. זהו תמצית הגמ' ויש להבין לרבנן איך מדוקדק החשבון דבאמת הא לא ישבו בארץ תתנ"ו שנים רק תתל"ה כי הכתוב אומר בשנת ארבע מאות ושמנים שני' ליציאת מצרים באחד באייר התחילו לבנות הבית צא מהן מ"ם שנים במדבר נשאר ת"ם שנים וי"מ מונין מניסן כמבואר בגמ' דר"ה א"כ בניסן ההוא חודש אחד קודם בניינו התחיל שנת ת"מ ושנה ההוא התחילו לבנות הבית והוא נמנה בכלל שנת הבית כי גם זו מונין ודאי מניסן כי כל החשבון שעמד ת"י שנים היה מחשבון מלכי יהודא והם דמונין להם מניסן וא"כ שנה ההוא עולה לכאן וכאן ובפרטן אי אתה מוצא ישיבת ארץ רק תתל"ה שנים והיה שמיטה ולא מ"ש. ולכן י"ל באמת בתשעה באב שנחרב הבית היה שמיטה רק שנת הבית היו מונין מניסן וא"כ עד ניסן שבא אח"כ היה הכל בכלל שנה שנחרב בו הבית כי לא תם השנה ההוא עד ניסן הבא ובתוך כך בא תשרי והתחיל מ"ש כי לשמיט' מונין מתשרי וא"כ היה שנה שנחרב הבית במ"ש כוונו לתשרי שאח"כ שהי' בתוך השנה ההוא ולזה כיון הרמב"ם שכתב נמצא למד שהשנה שנחרב בה הבית באחרונה שתחילתו מתשרי שאחר החורבן ב' חדשים שהרי מתשרי המנין לשמיטה וליובלות אותו השנה מ"ש היתה עכ"ל ולכאורה אין לו מובן הא אמרו שנה שנחרב בו הבית ולא שנה אח"כ אבל כוון למ"ש. כי שמיטין מתחילין מתשרי אבל שנת הבית מניסן מנינן וא"כ הכל היה בתוך השנה שנחרב בו הבית וכמ"ש וברור. והא דאמרי' שם י"ד שנים אחרי שנה שנחרב הבית הי' יובל בתשרי הוא ג"כ כמ"ש כי עד ניסן שלאחר חורבן שהיה בשנת ל"ו ליובל היה הכל נחשב לשנה שנחרב בו הבית ומאז התחיל למנות י"ד שנים הרי ניסן שנת מ"ט ליובל מתחיל שנת י"ד והולך עד ניסן שנת נו"ן ליובל ובתשרי בתוך שנה ההוא התחיל היובל כי יובל מונין מתשרי וא"ש א"כ לרבנן היה חרבן בית ראשון בשביעי' אבל לר"י דס"ל דהתחיל המנין מיאשיהו הרי היה בשנת ל"ו ליובל והיה מ"ש וא"כ א"ש דהא קתני וכן בשני' א"כ הרי ממש שניה כמו ראשונה וא"כ לכאורה הקו' עצומה איך תאמר דבשני' היה בשמיטה

וראשון הי' באחד בשמיטה א"כ איך קאמר וכן בשני' לא ראי זה כראי זה אבל לפמ"ש ניחא דהוא מכיון לר"י ולרבנן לכל א' לשיטתו ודברי רש"י מדוקדקים ומזוקקים היטיב:

ד **עד סוף זמנו וכו'** הסמ"ע דקדק דברישא קתני לסלק בכל עת ובסיפא קתני שאינו יכול לסלקו עד סוף זמנו משמע דבעינן דוקא שאין יכול לסלקו כלל אבל אם יכול לסלקו בסוף שנה אתרא דמסלקו מקרי. ולכך דעתו דמחבר חומרי חומרי נקט דאם מסלקו בכל עת פשיטא דהוי אתרא דמסלקי אלא אפי' אינו מסלקו כל עת מ"מ לא מהני עד שלא יכול לסלק כלל. ובאמת זהו דוחק רק מה שחשב הסמ"ע לדוחק הוא אמת דסוף זמנו פירושו מה שקבע לסילוק הן זמן מרובה או יום אחד כי הרי"ף כתב אתרא דלא מסלקי האי דלא מסלקי עד משלם זימנא והביא הנ"י עליו דברי רשב"א דכי לא יכול לסלק אפי' יום אחד מקרי אתרא דלא מסלקו וכן ברמב"ם פ"ז דכתב הרמב"ם הך לישנא דא"י לסלקו עד סוף זמנו הביא המ"מ עליו דברי הרשב"א דכל שאינו יכול לסלק יום א' מקרי אתרא דלא מסלקו ולא כתב לא המ"מ ולא הנ"י דרשב"א חולק ארי"ף ורמב"ם. אלא ברור דאין הכרע מזה הלשון דפי' סוף זמן שקבע ואם קבע יום א' ולא יכול לפרוע בו אע"פ שאח"כ עבר זמנו ה"ז בגדר אתרא דלא מסלקי. והט"ז ביקש לומר דכך פי' באם יכול לסלקו בכל עת לית בו מחלוקת אבל באם יכול לסלקו באמצע יש בו מחלוקת כמ"ש המחבר ונעלם ממנו כי זהו הלשון של מחבר הוא לשון הרמב"ם בפ"ז מהל' מלוה דכתב מתחילה בכל עת ואח"כ כתב בסוף הזמן ושם לא נזכר מחלוקת כלל ברמב"ם וא"כ אין מקום לדבריו אבל הנכון כמ"ש:

ה **וכל שאין יכול לסלקו וכו'** דעת הסמ"ע בס"ק וי"ו דוקא בסיים לו השדה דעדיף ממשכנת' אבל במשכנת' לא מהני דא"י לסלקו יום ח' רק בעינן שלא יכול לסלקו עד משלם זימנא. וכבר השיגו הט"ז דרשב"א דס"ל הך דיע' כמבואר בתשובה אמרה במשכנת' ונכון אתו דכ"כ בחדושיו לגיטין וכ"כ המ"מ בשמו בהל' מלוה פ"ז וכ"כ הר"נ בפ' השולח וכ"כ באס"ז לב"מ גבי משכנת' וכן הוא בדוכתי טובא. אמנם נראה דק"ל לסמ"ע איך סתם המחבר כדעת רשב"א מה שבטור י"ד סי' קע"ב הביא הטור שני דיעות וע"ש בב"י דהרי"ף חולק ואפי' הרשב"א לא אמרו רק להלכה ולא למעשה וכמ"ש הט"ז ומה שיותר מתמיה דלקמן בסי' רע"ח כ' הטור בשם ר"י הלוי הא דאמרי' משכנת' באתרא דלא מסלקי בכור נוטל פי שנים היינו בלי הגיע זמן סילוק בחיי אביו והרשב"א כ' הא דלא שקיל באתרא דמסלקי היינו באתרא דמסלקי מיד אבל בסתם משכנת' שתא ה"ז כמכר ואפי' לאחר זמן וכו' עכ"ל הרי הך במחלוקת שנוי' ורשב"א לטעמיה כי הדין שוה בשניהם הן בבכור והן בשביעית בחד מימרא אתמר וע"ש ב"ח ופרישה. וא"כ קשה

המחבר דלקמן בסי' רע"ח סעיף וי"ו סתם כדברי הר"י הלוי דבעינן דוקא מטו זימנא לאחר מיתת האב ולא הביא כלל דעת הרשב"א איך הביא כאן דעת הרשב"א בסתם ודברי המחבר סותרי' זא"ז ולכן היה דעת הסמ"ע אמת אף דרשב"א אמרה בכל משכנת' המחבר הכריע במשנת' לא קי"ל כוותיה אבל בסיים לו שדה דבזו דעת הרמב"ם לגמרי אין משמט. רק רשב"א חולק בזו הרכיב המחבר שני דעות יחד דאם לא יכול לסלקו רק יום א' לא מסלקו מקרי והיינו בסיים לו שדה ולא במשכנת' כלל כי בזה לא רצה המחבר לסמוך על דעת הרשב"א הנ"ל זהו כוונת הסמ"ע בבירור כי לא נעלם מאתו בלי ספק שהרשב"א אמר למילת' אף במשכנת'. אך עם כ"ז אין דברי סמ"ע מסתברי' לחלק בין סיים לו שדה למשכנת' ויותר נראה דמחבר ספוקי מספקא לי' בהנך שני דיעות ר"י הלוי ורשב"א ולכך בבכור דאחים הפשוטים מקרי מוחזק נגד בכור דמתנה קרי' רחמנא ולכך פוסק כר"י הלוי ומספיקא לא מפקינן ממון מיד האחי' אבל בשמיטה דהוא מילתא דרבנן ס"ל דאין להחמיר בו וכדאי רשב"א לסמוך עליו במילתא דרבנן וצ"ע:

ו **פלגא שהיא מלוה** כן הוא דברי מהר"ם במרדכי ובתשובת הרדב"ז ח"א סי' רי"ד פסק להיפך דאפי' מלוה שבו אינו משמט וראי' שלו הואיל ואמרי' אם מת אינו נעשה הך פלגא מלוה מטלטלין אצל בניו ש"מ דברשותו קאי ולא אמרו פלגא מלוה רק לטובת המלוה שיהיה הלוה חייב בחצי העיסק' באחריותו אבל מ"מ הוא ברשות המלוה ואיך יהי' שביעית משמטו ואולם לא הבי' הרדב"ז בכל תשובתו הנ"ל דברי מהר"ם הנ"ל וכמדומה שהיה אז בהעלם עין ממנו וא"כ כללא הוא כל שלא ראה האחרון דבר פוסק קדמון הלכה כקדמון. אבל להיות שהוא להליץ בעד מנהג ישראל שרוב הלואה שלהם איש באחיו בעיסקא אמרתי לצדד ונראי' דברי הרדב"ז אף שאינו כדאי לחלוק על מהר"ם כי מהר"ם גופי' כ' מה בכך דהמקבל אינו רשאי לכלותו מ"מ הרי הוא כראובן שמלוה לשמעון על משכון ואפי' נטלו ראובן וחזרו ויחדו אצלו שיהיה ממושכן לו עבור מעותיו שביעית משמטתו כיון דלא תפיש לי' ומחוסר גובייניא עכ"ל ואני בעניי לא הבנתי תלי תניא בדלא תני' כי לזה יש מקום עיון למה יהיה שביעי' משמטתו הלא המשכון ברשותו בכל מקום והא אמרינן בהמקבל במשכון שלא בשעת הלואתו והחזירו מ"מ אין נעשה מטלטלין אצל בניו ואין שביעית משמטתו והטעם משום דב"ח קונה משכון. ואי דשם איירי שלא בשעת הלואתו דב"ח קונה הא בשעת הלואתו לא. הא רמב"ן ויתר פוסקים ס"ל דאף בשעת הלואה קונה משכון וכמש"ל בסי' ע"ב ועיין מ"ש שם ואם כן מבואר דבזה אין שביעית משמטתו. ועוד הא מבואר לקמן בסי' ע"ב להדי' בשיטת ר"י המלוה על משכון דהוי ש"ש אף דהחזירו ללוה בפקדון ונגנב ונאבד דמ"מ הלוה פטור דה"ל ש"ח

והמלוה חייב דהוי ש"ש הרי אף דהוא ביד הלוה הרי הוא ברשות המלוה כאילו הפקידו ביד אחר וא"כ למה יהיה שביעית משמטתו לענין שומרים אתה מעמידו ברשותו דהוי כפקדון ביד הלוה מיד המלוה ולענין שביעית אתה מוציאו מרשותו ואם הוא פקדון ביד הלוה איך ישמט. ולכן ברור לענ"ד דמהר"ם ס"ל כשיטת רבינו ברוך הובא בהגהת מרדכי האחרונים לב"מ דחולק אהך דינא של ר"י הנ"ל דאם המלוה מפקיד המשכון ביד הלוה דאין המלוה חייב כלל באחריותו וכ' דאפי' מטלטלין אצל בניו נעשה דהא דאמרינן בהמקבל דאין נעשה מטלטלין אצל בניו היינו במשכנו שלא בשעת הלואה אבל בשעת הלואה נעשה מטלטלין אצל בניו ע"ש שהאריך ובשיטה זו יפה כ' מהר"ם דאם החזיר המשכון דשביעי' משמט דהא מטלטלין נעשה והרי הוא לגמרי מוחזר אבל לפי דקי"ל לקמן בסי' ע"ב ס"ג כר"י ולא כרבינו ברוך ש"מ דברשות מלוה קאי ולא נעשה מטלטלין א"כ אף אין שביעית משמטתו וזה ברור. ואפילו רבינו ברוך דטרח לומר בשהחזיר המשכון הוי מטלטלין אצל בניו ש"מ דמודה כשאינו נעשה מטלטלין דברשותו דמלוה קאי וכאן בעיסקא מבואר בגמרא דהוי בחזקת נותן לענין שלא יעשה מטלטלין ולכן נראה דאפי' ר"ב מודה. וא"כ כשל עוזר ונפל עזור דמהר"ם כל חילו לדמות הך עיסקא ללוה על המשכון והחזירו ללוה וכיון דגם שם אין שביעי' משמטתו אף בזו הדין כן דמ"ש וכמ"ש מהר"ם לדמותו להדדי ואם אין נעשה מטלטלין למה ישמטנו שביעית ולכן יש לרדב"ז מקום על מי שיסמוך וזהו להליץ בעד אחינו בני ישראל שרוב עסקיהם בעסקא. ועל הש"ע צ"ע כי נגרר אחרי דברי מהר"ם וברור דס"ל כרבינו ברוך וכנ"ל וא"כ איהו דפסק לקמן בסי' ע"ב ס"ג דלא כרבינו ברוך לא ה"ל לסתום כמהר"ם וצ"ע. ועיין לקמן ס"ק כ"ה הבאתי לדברי מהר"ם ראיה מרמב"ן ע"ש:

ז **כל דבר ששביעית משמט וכו'** הרא"ש בפ' השולח העתיק התוספתא וזה דבר השמיטה דבר ששביעי' משמט משמט שבועתו ודבר שאין שביעית משמטו אף שבועה אינו משמט וכ' הכה"ג קושי' בשם מהרי"ט דהקשה דלמה לו להרא"ש להביא תוספתא הלא משנה שלימה היא ושביעית משמטת השבועה וע"ש בכה"ג שתי' בדוחק ולא הבנתי קו' שלו דהרא"ש להורות נתן כדעת הפוסקים דוקא שבועת מלוה משמטת ונא שבועת שומרין ולכך הביא התוספתא דבר ששביעית משמטתו דהיינו מלוה אף שבועה שעליו משמט אבל דבר שאין שביעית משמט דהיינו פקדון ביד אחר אף שבועה שעליו דהיינו שבועת שומרין אינו משמט וטובא קמ"ל מהך תוספתא מה דלא נאמר כלל במשנה כי שם נאמר סתם שביעית משמט השבועה ולק"מ ופשוט:

ח **ונשבע לשלם וכו'** כתב הסמ"ע ה"ה דאם חייל זמן פרעון בשנה ששית בשמיטה והנשבע נשבע שעכ"פ לא יאוחר זמן תשלומין עד ב' ג' שנים אח"כ ובין כך חל בנתיים שמיטה ג"כ פטור משבועה. ויש להבין כיון דידע זה דיש בנתיים שמיטה ומ"מ נשבע לפרוע הרי לא שייך דהוי אפקעת' דמלכא דכיון דידע דשמיטה בתוכו ופטור ומ"מ נשבע לפרוע וצ"ל דשבועה היה דחשב דבלי ספק יעשה מלוה פרוזבול וא"כ יתחייב בתשלומין ולכך נשבע על הזמן אבל אלו ידע דלא יעשה פרוזבול ויתעצל בו ויהיה חובו נפקע לא היה מתחייב בשבועה וצ"ע כי הן דברים המסורים ללב ונאמר ויראת:

ט **וכפר ונשבע לו.** ברמב"ם פ"ט מהל' שמיטה נשמט ונשבע לו רק סתם וכפר ואחר שביעית הודה חייב וטען הראב"ד עליו הא משנה שביעית משמט שבועה הא בממון עומד בכפירתו בשמיטה וא"כ אם יודה יתחייב ממון ואף שבועה יצטרך ודוחק לומר דגזירת הכתוב הוא אף שאם יודה ישלם מ"מ אין עליו שבועה כי שביעי' הפקיע אותו וכמ"ש הבעה"ת ולכך פי' הוא הא דאמרינן בירושלמי מלוה ונעשי' כפרנות דאין משמט היינו בנשבע כבר קודם שמיטה וכך הם דברי הטור ומחבר. והב"י כתב לישב דברי רמב"ם דלכך משמט שבועה דמה בכך דמתחייב בממון שכפר מ"מ בהך ממון שהודה שביעית משמט וא"כ תו ליכא מ"מ רק כופר בכל ואין כאן שבועה וכ"כ הב"ח והד"מ כ' דהוא תי' קלוש. ולכאורה דבריו תמוהים איך כתב כך במה שהר"ן כתב להדיא כן ודעתו מסכי' כן להלכה ודבריו נכונים אמנם באמת יפה טען דודאי במשנה יפה פי' הר"ן דלכך משמט שבועה דלית כאן הודאה במקצת ולא קשה תינח שבועת מ"מ שבועה להכחיש העד דהוא בכופר הכל למה יפטר די"ל דהמשנה נשני' בשבוע' דייני' דמיירי הכל מן מ"מ ומן שבועה להכחיש העד לא מיירי שם כלל בהך פרקין וכמ"ש בכמה דוכתין. אבל על הרמב"ם קשה לא זו איך כתב סתם ושביעי' משמטת שבועה דהא איכא הך שבועה דע"א אף גם לדידן הא איכא היסת בכופר בכל וא"כ מה בכך דליכא כאן הודאה במקצת והרי הוא כופר בכל הא אף בכופר בכל חייב שבועה ואיך כ' הרמב"ם דשביעית משמטת שבועה הא היסת בעי. וצ"ע על הב"י איך לא הרגיש בזה ויפה כתב הרמ"א דהוא תי' קלוש. אמנם גם תי' ד"מ דבאמת מיירי הרמב"ם בנשבע לו דחוק דא"כ הא זה העיקר תלוי בו דאם נשבע תו לא מצי למתבע משא"כ בלי נשבע ואיך השמיט הרמב"ם העיקר ולכן נראה בפשוט דגם הרמב"ם ס"ל כל כמה דלא נשבע הרי זה בכלל לא יגוש ולכך שביעי' משמט שבועה והטעם דאף דאין יכול לתבוע בממון דהא כופר מ"מ יכול לנגוש שיעשה שבועה בב"ד או ישבע או ישלם א"כ הרי כאן נגישה וכמ"ש הרא"ש בכמה דוכתין שבועה היינו ממון דאם אינו נשבע צריך לשלם והרי זה בכלל לא

יגוש ולכן שבועה משמט אבל בכופר במקום דא"צ שבועה כגון קודם ר"נ בכופר בכל ועכשיו דע"א מסייעו או דאין עליו טענת ברי או דפטרו משבועה א"כ אין כאן נגישה כלל דממון כפר ושבועה ליכא ולכך לא שייך לא יגוש ולאחר שביעי' כשהודה חייב לשלם וא"ש ובזו האופן מיירי ירושלמי מלוה ונעשה כפרנות דאין שביעי' משמט וגם הרמב"ם מיירי בכה"ג ולכך לא הזכיר משבועה כלל רק סתם כפר ומיירי באופן דליכא שבועה וזה ברור ונכון לדינא בלי פקפוק:

י **ואפילו בשביעית תנאו קיים** הלח"מ בהל' מכירה הקשה מ"ש זה מע"מ שאין לך עלי אונאה דקי"ל דמ"מ יש בו אונאה כדלקמן סי' רכ"ז ולמה בשביעי' תנאו קיים ואי דשם הטעם דלא ידע דמחיל הא גם בשביעי' לא ידע דאולי לא יעבור שביעי' ויפרע מקודם וכ' דוחק דהואיל דידע דשביעי' בתורה ואם יגיע שביעי' יהי' נשמט ידע ומחיל קרינן ביה ותמה הגי"ת וכן הכה"ג דזה פשוט דה"ל ידע ומחיל ונראה דהלח"מ נמשך אחרי דברי תוס' בכתובות דף פ"ד ע"א ד"ה וסבר וכו' דירושת אשתו ה"ל לא ידע ומחיל דאולי לא יגיע לכלל ירושה שתמות בחייו וא"כ יפה כתב הלח"מ אף זו ה"ל ספק אולי לא יבא לכלל זה שתשמטנו בשביעי' כי יפרע מקודם אבל באמת רוב מחברים תמהו ע"ז ולא ס"ל כתי' התוס' והתוס' גופי' בב"מ כתבו תי' אחרים ועיין ברמב"ן בס' המלחמות ור"נ לכתובות והרא"ה והריטב"א דס"ל דה"ל ידע ומחיל הואיל ידע שיש כאן כלל ירושה אף דלא ידע דיגיע לו כנ"ל וא"כ אף שביעי' ה"ל ידע ומחיל: וא"כ דין זה במחלוקת שנוי אבל אי קשי' הא קשי' מש"ל בריש סימן דמה בכך דידע ומחיל זהו לר"י דס"ל תנאי שבממון תנאו קיים אבל ודאי לר"מ דס"ל תנאו בטל אף בזו בטל א"כ לפי דפסקו כל הפוסקים דכתיבה דרבנן ומ"מ פסקו בא"ע סי' ס"ו דהתנה בכתובה אין תנאי מועיל ש"מ דס"ל דחכמים עשו חיזוק בשל דבריהם יותר מבשל תורה ובשל דרבנן אפילו בדבר שבממון תנאו בטל א"כ שביעי' דה"ל דרבנן א"כ הא אפילו דבר שבממון לא מהני תנאי ושמואל דס"ל ע"מ שלא ישמט חוב תנאו קיים או דלא ס"ל זה או דמיירי בשביעי' של תורה. ואמת המ"מ בהל' אישות פי"ב כתב בדעת הרמב"ם דס"ל תנאי לפחות כתובה לא מהני אע"ג דכתובה דרבנן דס"ל לרמב"ם דעשו רבנן חיזוק לדבריהם כשל תורה. ונתקשה בו הרב בית שמואל הא בתורה גופי' קימ"ל כר"י כל תנאי שבממון קיים וא"כ מה מהני דעשו כשל תורה ולכאורה הוא דבר שצ"ע ונראה דס"ל להמ"מ בדעת הרמב"ם דאשה ביושבת תחת בעלה או אפילו בסוף ביאה אין בידה למחול כלל כתובתה דאין לה יד למחול לבעלה ולא מטעם מתנה עמש"ב וכ"כ ב"ש בסי' ס"ו בא"ע ע"ש רק דהא במוחל אבל במתנה ואמר ע"מ כך אני כונסך שתפחות כתובתך א"כ ה"א אין זה דומה למוחל

דמוחל לא הסכימו חכמים להפקיע כח ותקנת חכמים דאל"כ כל אשה דעתה קרובה לבעלה ותמחול לו ופקע תקנת חכמים אבל במתנה ואדעתה דהכי כונסה ולולי כך לא כנסה ה"א דמועיל וז"ש בגמ' כל הפוחת אפילו בתנאי משמע דמוחל ודאי דנכון דאין מועיל אבל למה לא יועיל בתנאי ולזה אומרים דעשו חיזוק לדרבנן כשל תורה ותנאו בטל וא"כ לא קשה הא אף בתורה בממון תנאו קיים ז"א דלכך בממון תנאי קיים דדל תנאי מהכא הא ה"ל מחילה והרי יכול למחול ולומר הריני כאלו התקבלתי אבל בכתובה דמחילה לא מהני רק מכח תנאי נימא דהוא עדיף ממחילה וע"ז שפיר אמרינן דתנאי אינו מועיל לבטל ד"ת רק בממון דמהני הוא מתורת מחילה ובשלא מהני מחילה אף תנאי לא מהני ולק"מ ודברי המ"מ מדויקי' ונכוני' בהבנת דברי רמב"ם שם ולשיטתו לק"מ דא"כ בשמיטה דאף בשמיטה דאורייתא מהני תנאי היותו דבר שבממון אף בדרבנן מהני אך לפי דעת רוב המחברים דסבירא להו מחילה בכתובה מהני ותנאי לא מהני צ"ל מטעם שכ' הר"נ דרבנן עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה וצ"ל לשיטתם הא דקי"ל דאין הלכה כרשב"ג ויכול להתנות שלא ירש את אשתו במתנה ועודה ארוסה דס"ל ירושת בעל תורה אם כן קו' הנ"ל במ"ע בכל אופן וליישבו צ"ל בשני אופנים או דס"ל כמ"ש תוס' בכתובות דף פ"ג ע"ב ד"ה וקסבר וכו' דכי עבדו רבנן חיזוק לדבריהם יותר משל תורה במילתא דשכיח אבל במילתא דלא שכיח כגון פירות לא עבדו רבנן חיזוק וע"ש במהרש"א דסבירא ליה ירושת נ"מ גם כן ל"ש ואם כן יש לומר הך שלא תשמטנו בשביעי' הך תנאי ל"ש דהא יוכל לעשות פרוזבול ומה לו להתנות ואדרבא כאן נראה יותר דלמה להו לחכמים לעשות חיזוק כדי שלא יפקיע תקנתם בזו בלאו הכי לא יפקיע תקנתם דהא יוכל לעשות פרוזבול ולכך אמרו דנאמן פרוזבול היה ליה ונאבד דלא שבקי היתרא וכו' ואם כן מהכ"ת יפקיע כח תקנת חכמים ולא עשו חיזוק והרי זה כהנ"ל דלא שכיח ובזה יש ליישב קושי' הריטב"א שהביא בב"ה למה הצריכו לתקן פרוזבול ואי שהיו נמנעים מללות זה לזה היו יכולים להתנות וע"ש בתי' שכולם אין מספקי' ליישב במה שאמרו נמנעו להלות זה לזה דלמה היו נמנעים הא היו יכולין לעשות כהנ"ל ולפמ"ש ניחא דבשלמא עכשיו דתיקן הלל פרוזבול אם כן לא שייך עשו חכמים חיזוק יותר משל תורה ומהני תנאי כמ"ש דאין כאן חשש דיפקיע תקנתם דל"ש דהרי יש פרוזבול משא"כ אלו לא תקנו וסמכו ע"ת הנ"ל לא היה מועיל דהוי שכיח דכל מלוה היה מתנה כן ועשו חכמים חיזוק ודוק: אי באופן אחר י"ל ובזו יתיישב ג"כ מה שקשה איך קימ"ל במתנה שלא ירשנה דתנאי קיים דקימ"ל כר"י בדבר שבממון תנאו קיים דהא רב אמר בכתובות דף פ"ג דהלכה כרשב"ג ולא מטעמיה דלא מהני תנאי

ולרבא דסבירא ליה בפ' הזהב דרב סבירא ליה כר' יהודא ומ"מ באונאה לא מהני תנאי דלא ידע דמחיל אם כן ע"כ סבירא ליה לרבא הא דאמר רב הלכה כרשב"ג ולא מטעמיה משום דסבירא ליה ירושה דרבנן ועשו חיזוק יותר משל תורה ואפי' בממון לא מהני תנאי ואם כן לפי דפסק הרי"ף וכל הפוסקים כרבא דבאונאה לא מהני תנאי אף דהוי דבר שבממון והיינו משום דלא ידע דמחיל א"כ צ"ל דסבירא ליה לרב או דהך דירושה ה"ל דלא ידע דלמחול כמ"ש תו' וכמש"ל או דסבירא ליה כס"ד בגמ' דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה וא"כ ה"ל לפסוק כוותיה ולמה פסקו דלא כרב כיון דאין מ"ד דחולק ואי דסבירא ליה כר"י דבר שבממון תנאו קיים הא בזה מודה רב דסבירא ליה כר"י ומ"מ סבירא ליה הלכה כרבן שמעון בן גמליאל וכבר עמד קצת בזה הרמב"ן במלחמות בפרק הכותב אלא דתי' שלו לא נודע ע"ש ולכן נראה דסבירא ליה דודאי אף דחכמים עשו חיזוק בשל דרבנן יותר משל תורה מכל מקום לא עשו יותר מה דהוא לר"מ בשל תורה דלא סבירא ליה בממון תנאי קיים אבל מה דהוא לר' מאיר בשל תורה תנאו קיים ודאי דאף בדרבנן תנאי קיים ולכן בכתובה קשה לכאורה הא לר"מ מי יימר דעקר דילמא תמות בחיי בעל רק י"ל כיון דמוכרת כתובתה בטובת הנאה הלא בפוחתת כתוב' דמיה למכור בטובת הנאה מעוטין דאין דומה דמוכרת כתוב' בר' או בק'. אם כן וודאי תיכף עקר דהא אין יכולת למכור כתוב' בטובת הנאה כ"כ כמו אלו כתוב' מאתים. ובהכי ניחא הא דאמרי' שם בכתובות דף נ"ו ע"ב דלכך לר"מ לא מהני תנאי בכתוב' דסבירא ליה כתוב' דאורייתא: וקשה מה בכך הא מי יימר דעקר ואם כן קשי' לשמואל דסבירא ליה בכה"ג אף ר"מ מודה דתנאי קיים ולפמ"ש ניחא דזהו ודאי עקר. ואם כן בירושה בזה תלי' אם יכול למכור עכשיו מה שיהי' יורש מאשתו ודאי עקר דאם לא התנה היה יכול למכור בטובת הנאה משא"כ בהתנה אבל אם אין יכול למכור לית כאן ודאי עקר. ואם כן א"ש לרבא דס"ל בהזהב דחכמים עשו חיזוק יותר משל תורה וכס"ד דגמ' שם בכתובות ול"ק הא אף בשל תורה אפי' לר"מ תנאו קיים דמי יימר דעקר ז"א רב לשיטתו דסבירא ליה אדם מקנה דבר שלב"ל כדאמרי' ביבמות דף צ"ב ואם כן הרי יכול למכור מה שירש מאשתו והרי ודאי עקר אבל אנן דקימ"ל אין אדם מקנה דשלב"ל אם כן בלא"ה אין יכול למכור ולא וודאי עקר ואם כן תנאו קיים דלא אלים דרבנן לר' יהודא משל תורה לר"מ וא"ש ואם כן גם משמיטה ל"ק דמה בכך דהוי דרבנן דהא אפי' הוי של תורה הא לא ודאי עקר כמש"ל דאולי יפרע קודם שמיטה ואין כאן עקירה ודאי ובהכי ניחא מ"ש הטור והרא"ש בהתנה ע"מ שלא ישמט שביעית דה"ל מתנה עמ"ש בתור' ולכאורה קשה מה בכך הא בממון תנאו קיים ולפמ"ש ניחא דכאן וודאי עקר כמ"ש הרא"ש בתשובה

כלל ל"ג ועיין תשובת מהרא"ש סי' ס"ד דבכה"ג מקרי ודאי עקר אם כן פשיטא דא"י להתנות ולא מהני בדבר שבממון כמ"ש ודוק ובו מיושב קו' רבות בדוכתי טובא. ועיין ריטב"א לב"מ דכתב הך סברא דלכך מקרי כתובה ידע דמחיל דהא נפחת דמי' במוכרת כתובתה בטובת הנאה ע"ש. והוא הדבר שכתבתי לעיל ודוק:

יא **לעשר שנים וכו'** בגמ' יש ב' לשונות אי משמט או לא והאריכו בו המחברים למה פסקו כהך לישנא ע"ש ג"ת וכה"ג ונראה דיש קצת ראי' לזה מהא דאמרי' כתובות דף ק"י תרגמא כגון שלוה זה לעשר שנים וזה לחמש ופריך הגמ' אלא ראשון לחמש ושני לעשר אי דמטי זימנ' מ"ט דרבנן וכו' וקשה מה קו' דילמא אף דזה היה יכול לגבות מעותיו בכוונה הלוה ממנו כי פן ואולי ישכח לעשות פרוזבול ויהיה חובו נשמט ולא יצטרך לשלם כלום ועכצ"ל ביו"ד שנים אין שביעית משמט וסתמא דגמ' מסייע להך לישנא:

יב **דהשתא לא קרינן וכו'** כתב הרמב"ם התנה עמו שלא יתבענו שביעית משמטתו וכ' הכ"מ דהוא ירושלמי ור"י קורקוס נתן טעם דהואיל דלצאת י"ש חייב לפרוע וכן אי תפס מהני הוא בגדר לא יגוש וגרע מהלוהו ליו"ד שנים ע"ש. ומדבריו משמע דכוונת הרמב"ם דהתנאי היה שלא יתבענו לעולם ולכך כתב דלצאת י"ש חייב. וכן אי תפס ולא כן משמע בירושלמי דבירושלמי מקשה אהא מהשוחט פרה וחלקה בר"ה ושם א"י לתבוע רק בשביעי' אבל אחר כך יכול לתבוע וכ"כ בעה"ת שער מ"ה ח"א דין ח' הגי' ברמב"ם שאם התנה עמו שלא יתבענו בשביעית שביעית משמט הרי דהתנאי היה רק שלא יתבענו בשביעית ולא שלא יתבענו לעולם ואם כן אין הטעם משום דחייב לצאת י"ש. דהא לאחר שביעית יפרע לו בהכרח רק צ"ל טעם אחר דאף דלא ניתן לתבוע מכל מקום אי תפיס לא מפקינן מיני' הרי הוא בכלל לא יגוש וצ"ל תפיס בעדים ולתפיס' שלא בעדים לא חיישי' דאל"כ במלוה ונעשה כפרני' קודם שמיטה למה אין משמט הא בדתפיס שלא בעדים לא מפקי' מיני'. ונראה דמשום זה כ' בעה"ת שם דלא בריר ליה אבל באם התנה שלא יכול לתבוע לעולם אפשר לכ"ע לא הוי בגדר החוב ואין שייך בו השמטה ודוק:

יג **מה שכנגד המשכון** ואין להקשות לשיטה זו הא דאמרי' במכות דף ג' ע"ב בהך משנה אומדים כמה אדם רוצה ליתן בין ליתן מכאן ועד ל' יום ובין מכאן ועד יו"ד שנים ופריך הגמ' כולי בעי שלומי למ"ד דהלוהו ליו"ד שנים שביעית משמטת ומשני הב"ע במלוה על משכון ובמוסר שטרותיו לב"ד וקשה אם המשכון ביד המלוה אם כן מה הפסידו עדים דאמרו מכאן ועד למ"ד יו' הא כיון דהמלוה טוען עד ל' יום ולא יותר הא נאמן בכדי דמיו על המשכון ודוחק לומר דיש כאן עדי משכון ועדי ראה דא"כ יאמרו עדי

משכון על זמן מה השכינו. בשלמא על הך מוסר שטרותיו לב"ד ג"ק נחזי מה זמן כתוב בשטרא ואי דכתוב סתם אם כן לא הפסידו עדים דבלא"ה היה יכול המלוה לתבוע כל עת מעותיו בשטרא (ואפשר דמזה הטעם פי' רש"י פרוזבול ולא פי' כפירוש התוס' דקשי' ליה כנ"ל ולכך פי' פרוזבול ואם כן על מלוה ע"פ חל ואיירי במלוה ע"פ) די"ל דשטר אינו מקוים רק על פי הלוה שמודה בשטר שכתבו ונאמן במגו דהיה הלואה על יו"ד שנים ועדים מעידים דהחוב ההוא היה על למ"ד יום או דנתן לו ללוה בשטר נאמנות כשיאמר דפרע ואם כן נאמן במגו דהוא על זמן יו"ד שנים וכשעדים מעידים ה"ל מגו במקום עדים אבל בהך דמשכון קשי' ואם אמרי' דמיירי דלקח ממנו משכון והחזירו ללוה ומ"מ אינו משמט לק"מ אבל לפמש"ל ס"ק וי"ו בדעת מהר"ם דסבירא ליה בכה"ג באמת משמט קשי' בשלמא להך דעה דאפי' יותר מכדי דמי משכון אינו משמט לק"מ דלקח ממנו מחט במנה בהלואה ואם כן נאמן לוה לומר דהיה על יו"ד שנים דל"ל מגו דלקוח דהא אינו שוה יותר מכדי פרוטה ומ"מ אינו משמט אבל לדיעה קמייתא קשה. די"ל דהך קושי' לשמואל דאמר לחד לישנא הלוהו ליו"ד שנים משמט ושמואל וודאי סבירא ליה כדיעה בתרייתא דשמואל סבירא ליה אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי ודיעה קמייתא דסבירא ליה דאינו משמט רק כנגד מעותיו משום דסבירא ליה דלא קי"ל הלכה כשמואל אבל שמואל ודאי דסבירא ליה אפי' במחט בעלמא אינו משמט ולק"מ. ומה שהקשה הגי"ת דכיון דקי"ל ערבון כנגד כולו קונה כר"י אם כן אף כנגד כולו לא יהיה משמט כמשמעות הגמ' ב"מ דף מ"ט לק"מ דודאי להיפוך מדמינן אם משמט כנגד כולו מכ"ש דקונה ערבון כנגד כולו אבל אם ערבון קונה כנגד כולו לא מחויב לומר דאינו משמט כנגד כולו דבשלמא ערבון נתנו לחלוטין בתורת קנין משא"כ משכון דלא נתנו רק למשכון וזכרון דברים בעלמא ועיין בא"ז לב"מ והדבר מבואר שם:

יד **ויש מי שאומר וכו'** המחבר סתם ואולם היה לו לפרש דהך דיעה הוא הרא"ש דפוסק כשמואל אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי ואמרי' לשמואל אף כנגד כולו אינו משמט ואולם לקמן בסי' ע"ב מבואר בדעת התו' והרא"ש אפילו לשמואל לא אמרי' אבד אלפי זוזי רק בדפי ואומר אע"פ שאינו שוה כנגד כל החוב קבלתיו אבל בסתם לא ואם כן ה"ה לענין שמיטה דכ"כ התו' שבועות דף מ"ג ע"ב ד"ה מתני' דהא דאר"י ערבון כנגד כולו ומדמינן אותו להך דאינו משמט כנגד כולו ומוקמי' ליה כשמואל צ"ל דאיירי נמי בדפירש ע"ש ואם כן איך סתם פה המחבר. ועוד קשה הא דאמרי' בהשולח דלכך מלוה על משכון אינו משמט דקני מדר' יצחק וקשה הא ודאי דר"י לא איירי אלא כנגד דמי שויו כנודע ואם כן למה לא ישמט יותר ואי דבלא"ה שורת הדין דלא ישמט היותר כדשמואל

אבד קתא וכו' אם כן ל"ל כלל הך דר' יצחק וצ"ל בדוחק דבשביעי' שאני הואיל ויש בו בגוף משכון קנין בזכר בעלמא עילה מצאו חכמים לומר דאינו משמט הואיל ואלו פי' היה תופס המשכון כנגד כולו אם כן אף בדלא פי' אינו משמט כמו שאמרו בקרקע כל שהוא כותבין פרוזבול הואיל ויש מציאות כמעשה דקטיני דאביי אם כן לעולם כותבין פרוזבול אם כן אף זהו כמוהו הואיל בדפי' יש לו להפסיד כל חובו ויש לו קנין במשכון אם כן ראוי שהוא בכלל לא יגוש ואינו משמט כלל ושפיר יליף לי' לגמרא דבשלמא אי איתא לדשמואל בפי' לענין אחריות וכמו כן לענין ערבון אמרי' בשמיטה דאינו משמט אפי' בדלא פי' דהקילו בו חכמים משא"כ אי אף בפי' לא מהני שמיטה ודאי דמשמט והכי דייקא לישנא תוס' בשבועות דכתבו דלפי' ר"ח צ"ל הך דערבון איירי בדפירש והשמיטו הך דשמיטה דהוא העיקר והך דערבון נלמוד מהך דשמיטה כמבואר בתוס' דגמ' מדמי ערבון לשמיטה ושמיטה לדשמואל והנ"ל הך דשמיטה איירי בדפי' אלא צ"ל דשמיט' שאני דהקילו בה חכמים ולכך לא כתבו רק למלת' דערבון. וצ"ע כי לא מצאתיו למחברים מבואר בשום דוכתי. אבל נראה לכ"ע אם נאנס המשכון דיכול לתבוע משארי נכסי לוה דהא להך מ"ד יכול לתבוע הנשאר מנכסי לוה וש"מ דמשכון מועיל שלא ישמט שביעית ומכל מקום גובה מנכסי לוה ואם כן ה"ה כנגד משכון לכ"ע אם נאנס לאחר שביעי'. וכתב הגי"ת בדף ר"ו ע"ב דאי חייב לו ותפס מן הלוה מטלטלין אע"פ שלא נתנו לו בתורת משכון מכל מקום כיון דתפס ואין צריך להחזיר לו עד שישלם מעות לא הוי בכלל לא יגוש ואין שביעי' משמטתו ותמיהני עליו הא בגמ' לא קאי הך סברא דטעמא משום דתפיס דפריך בפ' השולח אלא מעתה הלוהו וכו' אלא דקני מדר' יצחק משמע בלא מסרו לידו דמלוה בתורת משכון אע"פ דתפיס כיון דלא שייך בי' דר"י לא קנה וכ"כ התוס' שם בד"ה אלא וכו' מדלא נקט הלוהו ויש לו משכון בידו והיינו כמ"ש מהרש"א דיש לו משכון על חוב אחר ויש במשכון עודף לתפוס בו בשביל חוב זה ולכן אין מקום לדבריו כלל:

טו **הקפת חנות וכו'** כתב הסמ"ע בשם ב"י לחלק כשהחנוני מקיף דרכו שלא לתבוע אלא בסוף שנה ושנתיים עד שיצטרף אחת לאחת לחשבון מרובה ולכך אינו משמט אבל המוכר אוכלין ופירות בפ"א לא מיקרי הקפות חנות ונרא' דלא לחנם השמיטו הב"י בש"ע דטרח רק בזה התי' ליישב ברמב"ם דלא תקשה מהך דהקפת חנות על הך דשוחט פרה וחלקה בר"ה דאם חודש מעובר דמשמט. אבל באמת לדינא אין לו שורש דמהכ"ת נחלק בסברא אתלמוד ירושלמי במקום שאין לנו ראי' ברורה מתלמוד בבלי שחולק דהא בירושלמי פריך אהך דשוחט הפרה דהא ה"ל הקפת חנות ותי' ר' יהודא

היא דסבירא ליה אף הקפת חנות משמט הרי דלא סבירא ליה לחלק כנ"ל. ואף דגם במרדכי פ' כ"ה כתב ג"כ לתרץ הך קו' דשוחט הפרה ומתרץ דמיירי בזקפו במלוה מכל מקום אינו חולק אדינו של ירושלמי דפשיט' בזקפו במלוה משמט רק דחיקא ליה לירושלמי לוקמי בכה"ג ואין כאן מחלוקת בדין. אבל לדעת הב"י הרי ירושלמי חולק אדין אם כן סבירא ליה מסברא דין נגד ירושלמי מה דלא מצינו ראי' ברורה ומכרעת בתלמודא דידן להיפוך. ובאמת היה מקום ליישב הך קו' מהשוחט פרה בד"א דודאי מה שדרך להקיף בימי חול אם כן אין שביעי' משמטתו דאין דרך לנגושו תיכף משא"כ מה שאין דרך כלל להקיף בימי חול ואין נמכר רק בדמים רק במוכר בשבת א"א ליתן דמים הוצרך להקיף אבל תיכף כשיגיע זמן ראוי לפרעון יתבעו אם כן אין זה בכלל הקפות חנות ולזה נוטים הדברים בפי' המשנה לרמב"ם וכ"כ הכ"מ קצת אלא דלא ביאר להדיא כמ"ש דאיירי דבימי חול אין דרכו להקיף כלל אך זהו סותר לדברי ירושלמי דאמר ר' יהודה היא והג"ת ביקש לומר דמתחיל' משני ר"א ר"י הוא ואחר כך פריך והא אין ראוי לתבוע בי"ט ומשני כיון שראוי להאמינו כמו ראוי לתבוע וליתן לו מעות וכיון שלא נתן לו מעות נעשה ראשונה מלוה ומשמטת ופי' הוא שכוונת הדברים כמ"ש דראוי לתובעו רק מחמת איסור י"ט א"א לתבעו ומכל מקום ראוי לתובעו מקרי. וא"כ אף קו' ראשונה מיושב דלא דמי להקפות חנות. ואין דבריו ברורים חדא דמה ענין זה ראוי להאמינו ולתבעו להך דהקפת חנות דשם תי' אחר יש דאין רצונו להקיף רק בי"ט הוצרך להקיף ומה ענין זה דראוי לתובעו וכי אין הקפת חנות ג"כ ראוי לתבעו ועיקר חילוק חסר. וגם נראה שלא היה לג"ת הגי' וכיון שלא נתן מעו' נעשי' ראשונה מלוה רק סתם נעשית מלוה דלגי' דידן בכל הספרים נעשי' ראשונה מלוה והיינו כר"י דסבירא ליה הראשון ראשון משמט ולכך קאמר נעשית ראשונה מלוה. ולכן נרא' בישוב דברי הרמב"ם כתי' הראשון ול"ק הא סותר דברי הירושלמי די"ל כי יש לחלק בהנ"ל היינו כמ"ד המלוה לעשר שנים אין שביעית משמטתו והקפת חנות כתב הב"י להדיא הואיל ומקיפו לשנים מרובים ה"ל כמלוהו עד אחר שביעית דלדעת רוב פוסקים אינו משמט הא לחד לישנא דהלוהו ליו"ד שנים שביעית משמט אין טעם זה מספיק וע"כ צ"ל דלכך הקפת חנות אינו משמט הואיל ולא חייב מכח מעות כמ"ש תוס' בפ' אעפ"י בריש הפרק ואם כן עדיין קשה מהך דהשוחט הפרה כמ"ש הר"ן שם. וצ"ל ר' יהודא היא והנה בירושלמי שם קאמר המלוה את חבירו שלא תשמטנו שביעי' שביעית משמטתו ופריך מהא דתנן אומדים בין נותנים מכאן ועד שלשי' יום ובין מכאן ועד עשר שנים וכי יש עשר שנים בלא שמיטה תפתר ח"א במלוה על המשכון וח"א בכותב פרוזבול הרי דסבירא ליה

מלוה לעשר שנים משמט כלישנא קמא דגמרא דמכות ולכך הוצרך הירושלמי לומר דהא מני ר"י הוא אבל לפי דקי"ל כהך לישנא דמלוה לעשר שנים אין משמט שפיר י"ל חילוק של הב"י ודוק. אך לדינא לא נראה כן מדברי התוס' והר"ן והר"ש וראב"ד שם בפ' אע"פ וכ"כ המרדכי ומה"ט השמיטו כל מחברים הך דשוחט הפרה ואי דאינו במציאות לדידן דיהיה אלול מעובר מכל מקום ה"ל להעתיק גוף הדין דמוכר בשר פרה דמשמט אלא ע"כ דסבירא ליה דהוי כמו הקפת חנות וברור דאין משמט:

טז משעה שקבע לו זמן וכו' הכה"ג הקשה דרש"י בפ' א"נ וכן הנ"י ור"ן בפ' מי שהיה נשוי פי' זקף במלוה פי' כתב שטר אני חייב לפלוני כך. ונראה דהרא"ש דמפרש זקוף במנוה גבי שביעית דקבע זמן פרעון מלבד די"ל זקיפה האמור בשמיטה אינו כשאר זקיפה דהא על כתובה אמרי' דמשעה שתזקוף משמטה ושם ל"ל כתיבה דהרי כתוב ועומד הוא מתחילת כתובה. וגם במשנה לא נאמר הלשון זקפו במלוה רק סתם הקפות חנות אינו משמט ואם עשהו מלוה משמט ע"ש אף גם משום דקשי' הך דשוחט הפרה ודחיק' לי' דר"י הוא ומישבו דאיירי דזקפו במלוה או לפרוע בי"ט בפירות או בשאר אוכלין או דקבע זמן לפרעון כשיהיה אפשר לפרוע ואם כן כשאגלאי מילת' דחול היה אף לענין זמן פרעון היה חל תיכף (וזהו נראה הפי' בירושלמי דפריך וכי ראוי לתבעו בר"ה ומשני כיון שהוא ראוי להאמינו ראוי לתבוע וכיון שהוא ראוי ליתן לו מעות ולא נתן נעשה ראשונה מלוה והיינו כיון דמשום שמחת י"ט התירו חכמים להאמינו אף דהלואה והקפה בי"ט אסור אף ראוי לתבוע בפרעון פירות לצורך הרגל אף דפרעון בי"ט אסור מכל מקום כמו שהתירו הלואה לצורך י"ט כן התירו הפרעון ועיין א"ח סי' ש"ז ואם כן דראוי ליתן לו מעות ומעות ל"ד רק דמי שויו של בשר פרה ולא נתן ה"ל מלוה ונשמט דיש בו לא יגוש. או כיון שראוי להאמינו כלומר דהשתא אגלאי מילת' דחול הוי והיה ראוי לעשות בו הלואה גמור' אף לענין תביעה אמרי' כן דנעשה כאלו בחול היה וא"ש ידוק והמפרש לס' זרעי' לא פי' בו כראוי) ואם כן די"ל דמיירי בזקוף ע"כ צ"ל דזקוף פי' דקבע זמן דל"ל דכתוב דכתיבה בי"ט מי שרי ולכך הוצרך לומר זקיפה פי' קבע זמן לפרעון. ובזה י"ל דגם הרמב"ם מפרש כן והיה לו הוכח' משבת פרק השואל דפרכינן למ"ד הלואת י"ט לא ניתן לתבוע למה אם בהך דשוחט הפרה אם חודש מעובר משמט וקשה לפי גי' הכ"מ ור"י קורקוס שכתבתי לעיל בס"ק י"ב דאם התנה שלא יתבענו כלל מכל מקום שביעי' משמט ונתנו הטעם הואיל ומצי תפיס אם כן מ"פ הגמ' למה משמט הא ליתא בכלל דלא יגוש דהא בזה ג"כ אי תפיס לא מפקינן כמ"ש הר"ן להדיא ומה נשתנה זו מהתנה ע"מ שלא יתבענו ואפי' נימא דלא כפי' רשב"א בחידושיו רק כפירש"י

מה משמט שייך בי' הא מושמט וקאי דלא ניתן לתבוע מכל מקום קשה דהא גם בהך דהתנה שלא יתבענו כתב הרמב"ם דמשמט והיינו לענין שלא יועיל תפיסה ואם כן אף י"ל הפי' כן וקושי' זו צ"ע לגי' הכ"מ ורי"ק: ולייישב צ"ל דגמ' לא סבירא ליה דהך השוחט אתי' כר"י דדוחק הוא רק סבירא ליה דמיירי בזקוף במלוה והיינו שקבע זמן לפרעון ואם כן פריך הגמ' שפיר בשלמא ניתן לתבוע י"ל דזקוף זמן לפרעון והוי זקף ונעשה מלוה משא"כ אי לא ניתן לתבוע מהכ"ת יזקוף ומה יהני זקיפתו הא לא ניתן לתובעו כלל ואם כן חזר הדבר דה"ל כהקפת חנות בעלמא ומשני הגמ' כיון דאגלאי מילתא דחול הוי ולא הוי רק י"ט דרבנן ניתן לתבוע ומהני בו זקיפה כמ"ש תוס' וע"ת כך זקפו דאם יתעבר ולא יהיה הלואת י"ט דיפרעו ושפיר שייך בי' זקיפה וא"ש ודוק. אך עיין מש"ל בס"ק י"ב דנראה עיקר כגי' בעה"ת דלא יתבענו בשביעי' אבל לא יתבעו כלל פשיטא דאין משמט. ולכן הנכון בדברי הרמב"ם מ"ש בס"ק הקודם ובזו היה לכאורה נדחה דינו של הב"ח דסבירא ליה במלוה סוף שביעית אף דסתם הלואה למ"ד יום ואם כן ה"ל כמלוה עד לאחר שביעית מכל מקום משמט הואיל ולא קבע זמן וראי' שלו מהך דשוחט הפרה דאם חודש מעובר נשמט הא ה"ל סתם הלואה למ"ד יום ולפמ"ש דאיירי בזקף לו זמן פרעון תיכף אם כן נסתר ראי' שלו. אך מכל מקום לדינא נראה דבריו נכונים חדא דהא בירושלמי לא מוקי לה בזקף רק כר"י וקשה הא סתם הלואה למ"ד יום. ועוד נראה דכך מפורש בירושלמי דקתני התם מה ת"ל קרבה שנת השבע שנת השמטה דלא תאמר כל שלשים אינו רשאי לתובעו לאחר שלשים בהשמט כספי' הוא ולא יגבנו ת"ל קרבה שנת השבע שנת השמיטה ופריך לא כן אמר רב וכו' המלוה את חבירו ע"מ שלא יתבענו שביעי' משמטתו וכו' עכ"ל והמפרש לזרעי' מפרש דכך פי' דה"א המלוה סתם דיש לו זמן למ"ד יום לאחר למ"ד יום יהיה נוסג בו שמיטה ע"ש ודבר זה זר מהכ"ת נאמר כן ואם כן בטלת כל הלואות שבעולם דמי ילוה אם אחר כך יהיה מחוסר גביינא ואין צריך להאריך בפי' זה שרחוק מדעת אנושי. אבל הפי' כך דה"א בהלוהו סמוך לסוף שביעית בפחות מל' יום והא אף על פי דכל שלשים אינו רשאי לתובעו מכל מקום לאחר שלשים דכבר עברה סוף שביעית יהיה בהשמט כספי' ואף על פי שלא היה יכול לתבוע כל שלשים. לכך נאמר שנת השבע שנת השמיטה דוקא שכל שנה היה ראוי להשמט יצא זה שלא היה ראוי להשמט כי כל שלשים יום לא ניתן לתבוע ואינו ראוי להשמט ועל זה פריך דבאמת ליתא לדין זה דמה בכך דכל שלשים יום אין רשאי לתובעו מכל מקום שורת הדין דשמיטה נוהג בו דהא"ר על מנת שלא יתבענו מכל מקום שביעית משמטתו ואם כן הוא הדין לסתם הלואה וזה ברור ונכון בפי' ואם כן למסקנא דינו של הב"ח אמת

ומבואר בירושלמי וצריך לומר גם כן דאף על גב דסתם הלואה למ"ד יום מ"מ אי תפיס המלוה משל לוה לא מפקינן מיני'. וכמ"ש גבי ע"מ שלא יתבענו עיין לעיל ס"ק י"ב משא"כ בקובעו זמן אע"פ דתפס מפקינן מיני' כיון דקובעו זמן ודוק:

יז **י"א דמיקרי זקיפה וכו'** דברי רמ"א דמשמע דזהו מקרי זקיפה ולקח דין זה מדברי מרדכי בפ' כל הנשבעין. לא הבנתי דהמרדכי הקשה שם על הך דשוחט הפרה דה"ל בהקפה והא הקפות חנות א"מ וי"ל דהתם מיירי בכותב מעות פי' שזקף בפנקסו וכו' שוה פירות והוי כמו חוב והכא איירי שלא כתב מעות ולא זקף לכתוב רק כמה מדות עכ"ל. ואם היה דעת מרדכי דהך דהשוחט איירי בזקיפה א"כ מה צורך עוד לחלק בין מעות לפירות הא גבי הקפות חנות גופי' מבואר דאם זקפו משמט וא"כ לישני התם בשוחט פרה איירי בזקפו מלוה ואין כאן קו' כלל ומ"ל לחלק כלל. וגם לרמ"א דפי' זקפן שכתב בפנקסו כל החשבון ביחד א"כ מה צורך לומר שלא זקף לכתוב רק מדות לימ' ליה דכתב אפי' מעות שמן בדינר חלב בדינר וכדומה רק לא צרפן יחד כמ"ש רמ"א. ולכן ברור דלא מיירי מזקיפה כלל דס"ל זקיפה כתיבה וזה א"א בי"ט או קובע זמן וזה ג"כ א"א ביומו די"ט לא ניתן לפרעון ואי קבעו לאחר י"ט הא ה"ל כמלוה על יו"ד שנים ומה שדחקתי לעיל בפי' הרא"ש לא ס"ל ולכך מפרש דאפי' בלי זקיפה יש חילוק בהקפות חנות דאם כשהקיפו לא הזכיר סכום מעות רק כך וכך מדות כך וכך ליטרות אז א"מ אבל אם הזכיר המעות כו"כ ליטראות כל ליטרא בשקל עולה כך שקלים משמט ולא עינה המרדכי כן מלבו רק אמורה בתוספתא לשביעי' בפלוגתא דר' יהודא וחכמים. אם הקפת חנות ראשון משמט וא' רבי נראין דברי ר' יהודא בכותב מעות ודברי חכמים בכותב פירות וא"כ ס"ל למרדכי דהך שוחט פרה רבי דסידר לי' במשנה עפ"י הכרעתו דבכותב מעות הדין עם ר"י ושם הי' כותב מעות ומזה מוכח דלא איירי בזקיפה דא"כ מה נראין הא בעשהו מלוה אף חכמים מודים. ואולי באמת לא נתכוון רמ"א לפרש ענין זקיפה רק לדינא דאם עשהו כך שחשב הדמים ולא הפירות שהוא מדות ומשקל לבד בלי סכום דמיו משמט. לפי שיטת מרדכי דפוסק כהכרעת רבי ומינ' אף בפירות גופי' אם עשהו מלוה והיינו שקבע זמן לפרעון משמט דהא הקפת חנות בפירות איירי וקתני להדיא עשהו מלוה משמט ולא כן משמע מלשון רמ"א אבל הדין אמת כמ"ש. ולשון זקיפה האמור במרדכי לאו דוקא כי במשנה לא נזכר זקיפה רק עשהו מלוה ולא נחית לדקדק בלשון זקיפה כמו דלא נחית לדקדק בלשון כתיבה כמ"ש כי מוכח דלאו דוקא וכן לשון זקיפה וזה ברור. ועכ"פ מבואר דמ"ש המרדכי שזקף בפנקסו וכתב שוה פירות כתב לאו דוקא רק אמר בע"פ נמי מהני רק כיון שהזכיר סכום דמים דהא המרדכי מוקי

ליה הך דשוחט פרה בכה"ג ושם בי"ט כתיבה מי שרי. ודוחק לומר דיש להם בפנקס סימנים ומניח לתוכו רשימה מסך הדמים מי שנתחייב דינר מניח לתוך הדף שרשם עליו שם פלוני הלוקח דינר וכן הכל ובמ"ש וי"ט מעלה על הכתב וא"כ כיון דעביד מעשה ה"ל כמלוה דזהו דוחק ולכן ברור דאמיר' נמי מועיל וגריר המרדכי בתר לישנא דתוספתא הנ"ל. דנקט דברי ר"י בכותב וכו' אבל לדינא ה"ה אומר:

יח **ואם פגמתה וכו'** בריש אעפ"י אמרי' תוספת כתובה ככתובה לכמה מילי וחד מיניהו לשביעית ופירש"י דאין נשמט דה"ל תנאי ב"ד כמו כתובה עצמה והתוס' והרא"ש הקשו דבלא"ה הואיל ואין תורת הלואה א"מ כמו הקפת חנות ולכך פי' הוא דקמ"ל דאם פגם בגוף הכתובה ה"ל כפגם בתוספ' ג"כ ושביעית משמטתו והטור בא"ע סי' ק"א כתב דלכך כתובה א"מ דה"ל תנאי ב"ד וזהו כרש"י דס"ל לולי תנאי ב"ד אפי' כתובה היה משמט (ונראה דרש"י אפשר ס"ל הא דתנן בהקפת חנות עשהו מלוה משמט דהיינו דכתב שטר עלי' וא"כ כתובה דנכתב כשטר לולי תנאי ב"ד היה משמט כמו הקפת חנות עצמו) וקשה איך פסק להדי' כנגד דעת הרא"ש והתו' ע"ש. ונראה דהטור ביקש לומר אפילו נצ"ב דהכניסה לו ג"כ אינו משמט וזהו הוי מלוה גמור דקיבל המעות מידה לידו והתי' וכרא"ש לא מיירי רק מכתובה ותוס' שנותן לה משלו וא"כ אין זה מלוה אבל נצ"ב כשמגרשה קודם סוף שביעית ה"ל מלוה גמור ולכך נתן הטור טעם דה"ל תנאי ב"ד והכל בכלל כנודע דחכמים תקנו נצ"ב ואין משמט ולק"מ:

יט **הבא מכח כותי' וכו'** הקשה הסמ"ע הא מחבר ס"ל דלא אמרי' כן לגריעות' ובאמת מרא דהך דינא הוא הרשב"א והוא גופי' ס"ל דלא אמרי' הרי הוא כגוי רק לגריעותא אבל באמת לק"מ דבדין ראשון דישראל שלקח שטר שיש לכותי על ישראל באמת לא נתן טעם משום דהרי ככותי רק כל חוב שאין מתחילתו בכלל שיחול בו שביעית אף בסופו אין שביעית משמטתו וכמו הקפת חנות עד שיזקפו במלוה רק בדין השני שכתב רמ"א שנעשה קבלן בעד ישראל לגוי וכשפרע לגוי מחמת קבלנותו נתן לו הגוי שטרו בכומ"ס בזו לא הי' הרשב"א מצי לטעון טענה זו דמתחילתו לא חל עליו שביעית דשם היה לקבלן שט"ח ממנו שאם יפרע שיתחייב כמ"ש רשב"א בתשוב' הביאו הב"י וא"כ ה"א דתיכף מתחילה חל שביעי' על שטרו ולכך נתן רשב"א טעם דהרי הוא בא מחמת גוי ושם לא שייך דלא אמרי' רק לגריעותא דזה אמרי' בעלמא מה היה לו להכניס עצמו בעסק לגוי וליקח ממנו ולכך ידו על התחתונה אבל כאן שהוא הכניסו בכך ובבקשתו נעשה קבלן לגוי בשבילו ועי"כ הוא מוכרח לבא בכח גוי לכ"ע אמרי' אפי' למעליות' הרי הוא כגוי:

כ **פרוזבל** הרמב"ם דעתו דאינו מועיל אלא לשמיטה דרבנן אבל לא לשמיטה דאורייי' והראב"ד השיג וכן נראה מפירש"י דאם אמורי' תי' של רבא אפי' בשמיטה תורה מהני פרוזבול דהפקר ב"ד הפקר ולפי מש"ל בתי' קו' הריטב"א דה"ל להתנות ע"מ שלא תשמיטנו שביעית דא"כ יהיה דבר שכיח ולא יועיל תנאי שבממון ע"ש א"כ זהו אם הוא מדרבנן דעשו חיזוק יותר משל תורה אבל בשמיטה של תורה בדאורייתא אמרי' כל תנאי שבממון תנאו קיים וא"כ ל"ל פרוזבול הא יכול להתנות כקוש' הריטב"א. ובאמת לפי שהשיג התו' על רש"י בריש מכות דמשני במוסר שטרו לב"ד דאין פי' פרוזבול מוכח כרמב"ם דקשה באמת למה לא משני דעשה המלוה פרוזבול בכלל והך דמסר שטרו כבר כתבתי לעיל דצ"ל דוחקי' רבים ובירושלמי משני באמת דעשה פרוזבול א"ו דמשנה נשני' דין עדים זוממין אפי' בזמן דהיה שמטה ד"ת ואין פרוזבול מועיל ולכך קאמר אופן דמועיל אפי' בשמיטה של תורה. ובאמת לא הבנתי דבריו של הראב"ד דאף דאמת אתו דיש כח ביד הלל בפרוזבול מכח הפקר ב"ד לתקנו אפילו בשמיטה של תורה אבל להיות כי באמת שמטה דרבנן היה כל זמן בית שני ומה יבקש הלל בזה לתקן פרוזבול על ימי משיח שיחזור יובל ושמיטה על בורי' לדין תורה וכיון דקי"ל שמטה דרבנן ולא כתבו הרמב"ם רק הלכת' למשיח כדרכו בספרו אם נזכה למנין יובל וקיבוץ נדחי' שיהיה כל יושבי' עליה דאין פרוזבול מועיל מהכ"ת נימא דהלל תקן בזה דבר ולכן אולי ס"ל לראב"ד כדעת רמב"ן דשמטה בזה"ז תורה אבל למ"ד דרבנן נכונים דברי הרמב"ם. וכן דעת התוס' דס"ל כמש"ל דמוסר שטרותיו לב"ד מהתורה אינו משמט כמ"ש במכות ש"מ דס"ל כמ"ש דתי' רבא הפקר ב"ד לא קאי על שמיטה תורה כמ"ש להדיא בד"ה מי איכא וכו' גיטין דף ל"ו דאם אמרי' דמוסר שטרותיו תורה ל"ל פירש"י דקאי על שמיטה דאורייתא דלזו הפי' דהוי תורה צ"ל קו' הגמ' דלא היה לו להלל לעשות תקנה לל"ד כיצד יתחכמו לבטל ד"ת א"כ לא שייך תי' הפקר דמ"מ לא ס"ל לבטל וכמ"ש מהרש"א ואין להקשות מי דוחק' לזו הפי' לומר כך דהא אי מוסר שטרותיו לב"ד דאוריי' ע"כ צ"ל דלא זו היא פרוזבול כמ"ש תוס' במכות דאל"כ איך שייך הלל התקין פרוזבול מה שהוא של תורה ובכל הש"ס אמרינן פרוזבול דרבנן וא"כ מה קשי' ליה לתוס' עד דהוצרכו לומר דלא היה לו ללמד ורבים אשר הניחו דברי תוס' בצ"ע. ונעלם מאתם דברי התוס' ביבמות דף פ"ט ע"ב ד"ה כיון דכתבו דבמקום דמצא מקום לתקן דבר הדומה לשל תורה יש כח לעקור אפי' בקום ועשה ד"ת וא"כ כיון דפרוזבול דומה לשמסר שטרו' לב"ד יש בידם לעקור ד"ת ואין מקום לקו' הגמ' והלל איך עקר וכו' וצ"ל דלא היה לו ללמד תקנה כיצד יפקיעו וא"ש ודוק:

כא **כי יכול לומר שלא בפניהם וכו'** דין זה צל"ע כי לא נראה כן מכל הפוסקים דנסתפקו אי בעינן ב"ד מומחי' וכי אלמן ישראל שלא יהיה ח"ו בכל תפוצות ישראל מומחי' והרי יכול לומר מוסרני לכם. וכן דעת ר' יחיאל במרדכי דאין מועיל כ"א בפני ב"ד והמרדכי חולק עליו מדברי ירושלמי דקאמר אפילו נתונים ברומי ובאמת מדברי הר"נ בפ' השולח נראה דמפרש דאפי' נתונים שטרות ברומי ואמר מוסרני לכם והא אין שטרותיו בידו מ"מ מועיל וכן באמת לשון נתונים יותר מסתבר דקאי על השטרות ולכן דין זה צל"ע:

כב **אלא ע"נ קרקע** עיין בסמ"ע שכתב כי רש"י נתן טעם כי לא שכיחי להלות למי שאין לו קרקע ולמילת' דלא שכיח לא תקנו חז"ל. ויש לדקדק לרש"י א"כ אם היה לו קרקע בשעה שלוה ובעת כתיבת פרוזבול לא היה לו קרקע יכתבו מ"מ פרוזבול דהא בעת הלואה היה לו קרקע וצ"ל דגם זה ל"ש דמי הוא זה שיקנה קרקע המשועבדת לב"ח וא"כ אם בעת הלואה היה לו קרקע מסתמא גם בעת פרוזבול יש לו קרקע אך תינח מלוה בשטר מלוה ע"פ מא"ל דלמה לא יקנה הא מלוה ע"פ לא טרפי וצ"ל באמת אפשר לרש"י מלוה ע"פ לא תקנו פרוזבול וכן משמע בבעה"ת שער מ"ה ח"א דין טו"ב מ"ש בשם ר"י אלברצלוני ז"ל דבעינן למלוה קרקע כדי לקנותו לב"ד ואגבן השטרות כמבואר להדיא שם ש"מ דליתא במלוה ע"פ: ודוחק לומר ברש"י הנ"ל דס"ל הואיל ורוב הלוחות הם בשטר לא חילקו חז"ל וקבעו פרוזבול אפי' במלוה ע"פ אבל מ"מ יפה כתב הרמ"א בסעי' י"ט דמהני אפילו למלוה ע"פ והסמ"ע כתב בס"ק ל"ט דלא קמ"ל כלום ומילתא דפשיטא דהא א"צ למסור גוף שטר ולפמ"ש טובי קמ"ל. אמנם הר"ש בשביעי' נתן הטעם בשיש ללוה קרקע כגבוי דמי ואפי' כל שהוא דאין אונאה לקרקעות. וכתב הר"נ נ"מ בין הנך תרי טעמים אם בעת כתיבת פרוזבול היה לו קרקע ואח"כ בעת שמיטה מכרו לרש"י מהני אבל להר"ש לא מהני וצ"ל דס"ל דאף דיכול לגבות ממשעבדי מ"מ אפשר דלא אמרי' כגבוי. רק בב"ח דבמשעבדי מחוסר מעשה רבתי אבל בב"ח א"צ רק לתובעו ללוה תחילה או דלא פלוג בין מלוה ע"פ למלוה בשטר דאל"כ אפילו ל"ל בעת פרוזבול רק בעת הלואה יהני דהא ה"ל כגבוי דיטרוף ממשעבדי והניח הדבר שקול בלתי הכרע. וי"ל הא דתנן פרוזבול מוקדם כשר דהורע כחו של מלוה בעל הפרוזבול ולשיטת רש"י כפמ"ש הר"נ יש כאן חשש פיסול דהוא הלוה היה לו ניסן קרקע ובאייר מכר והוא המלוה עושה באייר פרוזבול ולא מהני לגבי הלוה הזה דהא אז אין לו קרקע וכשהם מקדמים לניסן ואז היה לו קרקע ויוכשר הפרוזבול שלא כדת ויוציא ממון מהלוה שלא כדין אבל לפי' הר"ש ניחא דהא פרוזבול כותבין קודם שמיטה והוא צריך להיות לו קרקע מתחילת כתיבת פרוזבול עד שמיטה ועד בכלל ותו ליכא חששא. ודוחק לומר

דאין כותבין פרוזבול עד שידעי הכותבי פרוזבול דיש ללוה קרקע וא"כ אם נעשה באייר והלוה כבר מכר קרקעו לא יכתבו פרוזבול. דזה דוחק הוא מוסר סתם כל שטרותיו לב"ד ואפי' הן ברומי מהיכן ידעו ב"ד מי הם לוים שלו ואם יש להם קרקע או לא ולכן נוטים הדברים לדברי הר"ש כנ"ל. ובלימוד הישיבה לחדד התלמידים אמרתי דזהו כוונת התוס' גיטין דף ל"ו ד"ה אלימי וכו' דכתבו דר"ת כתב פרוזבול דא"צ ב"ד רבינא ור"א וכדומה וכו' תנן במס' שביעית פרוזבול מוקדם כשר וכו' ופי' המשנה ולא נודע שייכת וענין הדברים זה לזה בחד דיבור ואין לו ענין במ"ש קודם ומה ביקשו תוס' במשנה זו. ולפי הנ"ל י"ל דוודאי לרש"י היה פרוזבול רק תקנת חכמים בלי טעם רק מכח הפקר ב"ד א"כ י"ל דוקא ב"ד הסמוך וכדומה דאלימי לאפוקי ולהפקיר ממון וכח ב"ד יפה. אבל לשיטת הר"ש היה טעם בדבר דה"ל כגבוי ואין אונאה לקרקעות ושעבודא דאורייתא ועיין מש"ל בריש סימן בדברי מהרי"ק וא"כ דיש לו טעם וסמך וא"צ ממש לטעם הפקר ב"ד א"כ כל ב"ד מומחה בדורו יכול לכתבו רק לא ב"ד של הדיוטות שלא יזלזלו במילת' דשביעית וכמ"ש המפרשים. וא"כ דברי תוס' משולבי' כפתור ופרח דהוכיחו דעיקר כטעם הר"ש והיינו משום דתנן פרוזבול מוקדם כשר וש"מ כר"ש וכהנ"ל וא"כ יש טעם לפרוזבול וא"צ ב"ד סמוכים ויפה עשה ר"ת שהנהיג בדורו לכתוב פרוזבול וא"ש:

כג **אפילו ע"י אחר אפילו שלא בפניו** משום דהקילו בשביעית דרבנן אף דחוב הוא ללוה ואין חבין לאדם שלא בפניו ואני מסופק אם יכולים הדיינים להיות קרובים ללוה דהא ע"י יבוא חוב ללוה ואיך יכולים לחוב לקרובם או דבמילת' דרבנן הקילו דהא מוסר סתם כל תיבותיו ועוד יש לדקדק כנ"ל בס"ק הקודם דא"כ פרוזבול מוקדם יפסול דלמא זה שמסר כל חובותיו דלמא ללוה אחד היו כשרים בניסן ונעשו חתנו באייר וא"כ באמת אין מועיל פרוזבול נגד אותו הלוה והן שהקדימו וכתבו על ניסן יוכשר לגבי' דאז היו רחוקים ויש לדחות וצ"ע לדינא:

כד **היתה לו שדה ממושכנ' וכו'** הוא משנה שלימה בשביעי' פ"ט והטור השמיטו ועי' גי"ת שדחק בטעמו ול"נ דס"ל לטור דאי מיירי דהלוה השכי' הקרקע לאחר פשיט' מה קמ"ל הא גוף הקרקע שלו ויכול למוכרו וכדומה רק עיקר הפי' דהיה לו למלוה שדה ממושכנת הוי כיש למלוה קרקע ויכול לזכות ללוה ולא תימ' איך יכול לזכות דבר שאין שלו קמ"ל דמ"מ הואיל וממושכן בידו יכול לזכותו. וזהו דסתם משנה דלא כר"נ כדמצינו כמה משניות דלא כר"נ ואמרי' בכתוב' לא אשכחן תנא דס"ל כר"מ וכר"נ ועיין קדושין גבי הענקה ע"ש אבל לפי דקי"ל כר"נ מוציאין מזה לזה וכו' א"כ קי"ל אפילו למלוה אין נכסים רק לחייב לו יש נכסי' יכול לכתוב פרוזבול א"כ מכ"ש במשכנת' בידו דיוכל

לכתי' ולכך הטור דכתב הך דינא אם להחייב למלוה יש נכסי' דכותבין פרוזבול השמיט הך דינא דשדה ממושכן וזה פשוט ונכון:

כה **יתומים קטנים שיש להם מלוה ביד אחרי' וכו'** פי' סמ"ע הן שירשו מאביהם והן שהלוהו הם לאחרים ולפי דברי הב"י ברש"י וכמ"ש הדרישה דלכך לא פסק רש"י כר"ש דאין של יתומים משמט משום דפי' הא דאר"ח כותבין פרוזבול ליתומים על נכסי אפטרופסי' איירי דיתומים הם המלוים וא"כ קשה הא בהניח להם אביהם הא אין של יורש נשמט ואי בשל עצמן הא איתא הך דאמר ר"י א"ש דא"צ פרוזבול אלא ס"ל לרש"י דר"ח פליג אר"ש ואיירי ביתומי' שהלוהו הם והך דר"י א"ש איירי בירשו מאביהם דוק' אבל אם הם מלוי' צריכין פרוזבול וכ"כ הסמ"ע בס"ק מ"ז: אך לא הבנתי טעם לחלק דלמה יהי' ב"ד יד יתומים דוקא למה שירשו מאביהם ולא מה שהלוהו הם מ"ש אדרבא אם הם מלוים פשיט' דידם יד ב"ד וכן משמע בפ' ד' וה' דלכל מילי אמרי' דב"ד יד יתומי' ובאמת הא דפירש"י שירשו מאביהן ולא פי' שהם הלוו שני תשובות יש בדבר חדא דהא אמרי' בפרק א"נ דף ע' דלא יהיבינן זוזי דיתמי רק למאן דאי' ליה דהבא פריכא ליתן אותו למשכון וקאמר ר"א תינח וכו' אי לא משכח גברא דאית ליה כהאי ניכלו זוזי דיתמי אלא יהיבנן לגברא דמשופע בנכסי וכו' הרי לוני חשש דניכלו זוזי דיתמי א"כ לא יהבינן לגברא רק בדהבא פריכא א"כ איך במציאות ביתומים שהלוו דיצטרכו פרוזבול בלי עסקא א"כ לית להו רווחא ליתמי ולא שייך נכלו זוזי דיתמי א"כ לא יהיבנן רק בדהבא פריכא וה"ל משכון ואינו משמט כלל ואי דיהיבנן בתורת עסקא דשייך בי' ניכלו זוזי דיתמי הא בעסקא אין משמט לדעת הרדב"ז שכתבתי לעיל ס"ק וי"ו. ולכך פירש"י שהיו יורשים החוב מאביהם. אבל עוד פי' שני נ"ל ברש"י דלא הבנתי מה צריכי' יתומים קטנים פרוזבול הלא אינם בכלל מצות ואינם חייבים בשמיטת כספי' כלל וקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווים להפרישו ומכ"ש לדעת רשב"א דבאיסור דרבנן אפי' למספי ליה בידים שרי ושביעית דרבנן ועיין בא"ז לב"מ דף ע' שם דהביא בשם רשב"א וריטב"א ביותר ביאור דאפי' רבית קציצה ביתומים לית בהו איסורא כלל דיתמי לאו בני מצוה נינהו ואפילו למ"ד קטן אוכל נבילות ב"ד מצווים להפרישו אין זה רק לענין שחיט' דהוא להרוויח ולא לכלות קרנם רק חכמים אסרו דלא לגרור בתרי' כשיגדילו ע"ש. וכל זה באלף קו' לשמיטה דאין דומה כלל לרבית דפשיטא דלא שייך בי' חיוב השמיטה ובפרט בשמיטה דרבנן. ולכן נראה דרש"י ס"ל דכיון דיד ב"ד הם אף שגדלו יתומים ואח"כ חל שמיטה ג"כ אינו משמט דכבר ה"ל כאלו נעשה בקטנותם פרוזבול דאז ה"ל כמסור לב"ד וכנעשה פרוזבול וכי צריכין לעשות פרוזבול כל יום כשנעשה פ"א סגי

ובהיותם קטנים כבר נעשה פרוזבול ומה צורך עוד וא"כ שפיר משכחת ליה שירשו חוב מאביהם בקטנותם ועכשיו הגדילו וחלה שמיטה וא"כ עכשיו בני מצוה נינהו והיה צריכין פרוזבול וקמ"ל שמואל דא"צ דה"ל כאלו כבר עשו פרוזבול בקטנותם דמסרו שטרם לב"ד וכן צ"ל לבעה"ת דהואיל דס"ל כרמב"ן דהלכה כר"ש דאין היורש משמט פי' הא דאר"ח כותבין ליתומים על נכסי אפטרופסי' דמיירי דיתומים הם הלוים ולא פי' דעושים פרוזבול כשהם מלוים כדי כשיגדילו יתומים ויחול שמיטה ולכך אם יש ליתומים אז קרקע מזכה ללוה וה"ל כשיש לו קרקע בעת פרוזבול ומועיל אף לכשיגדילו ואף דאין להם כיון שיש לאפטרופוס ה"ל כיש ליתומים ועכצ"ל דכיון דבקטנותם ה"ל ידם כיד ב"ד אפי' כשיגדילו תו א"מ דה"ל כפרוזבול. אבל ל"ל דהם מלוים א"כ כשמלוים בקטנותם א"כ לא היה שטר בכלל שמיטה דקטן לאו בר מצוה אף כשיגדילו תו לא חל שמיטה כלל וכמש"ל בס"ק י"ט בשם רשב"א על שטר של גוי שנמכר לישראל דבעינן שיהיה שטר התחלתו חל עליו שמיטה ומ"ש גוי ומ"ש קטן וא"ש. ויהיה הפי' ברש"י בא' משני אופנים עכ"פ ס"ל לרש"י דע"כ הך מילתא דיתומים א"צ פרוזבול ע"כ איירי בירשו מאביהם וא"כ מוכח דלית הלכתא כר"ש. ובאמת לולי דמסתפינא הייתי אומר דס"ל לרש"י פי' אחר בדברי ר"ש דלא קאי על יורשי המלוה רק על יורשי הלוה דאם מת הלוה והניח נכסי' אין בהם שמיטה דעיקר מה שהקפיד התורה הוא ללא יגוש אותו דהוא משועבד גופו ונכסיו אינו ערבי' ובשביעית פטרה התורה לבל יכול לנגוש אותו והפקיעה שעבוד הגוף. וזהו בלוה חי אבל במת בלא"ה על יורש אין שום שעבוד הגוף דהוא לא נשתעבד כלל רק נכסי אביו הם ערבי' בשביל אביו ובמה יחול שמיטה אביו מת ונכסיו ערבי' מיום הלואה ועליו הוא לא נשתעבד כלל וא"כ ברור דמסתבר למאוד דיורש הלוה בו לא שייך שמיטה וא"כ י"ל כך פי' דברי ר"ש ולשון הוא משמט ויורש אינו משמט י"ל שהוא לשון מושאל דהוא הלוה יכול לטעון משומט אני ולא היורש. ובקל יש לתקן בין משמט למשומט כי דברים אלו שכתבו בשם ספרי לא נמצא בספרי כמ"ש הגי"ת וכתב דחפש ולא מצא. ובאמת נעלם מגי"ת (עד שהוצרך לדחוק עצמו) שהוא תוספתא סוף מס' שביעות ר"ש אומר היא משמט ואין יורשים משמטים וכו' וכבר נודע כמה מהטעות נמצא בתוספתא ובקל יפול בזה הטעות וכצ"ל הוא משומט ואין יורשי' משומטים וקאי הכל בלוה דזה מסתבר לחלק כמ"ש: אמנם הרמב"ן דתפס להלכה דברי ר"ש אליבא דפירושו צ"ל דאיירי הך דשמואל דא"צ להעמיד אפטרופוס ביתומים המלוי' וצ"ל דאיירי בעסקא דהא בלא"ה אין להלות רק בדהבא פריכא א"כ דברי המהר"ם מוכח דאף בעסקא פלגא מלוה משמט ולא כהרדב"ז ודוק ומ"ש הכה"ג אף אליבא דרמב"ן אין

יורש משמט היינו יורש קטן ולא גדול אין טעם בדבריו כי מה שמיעטה תורה יורש אין הבדל בין קטן לגדול וכמ"ש הגי"ת ואדרבא ביורש קטן אפשר דא"צ קדא דהוי כמוסר שטרות לב"ד דד"ת אין משמט כמ"ש התי' בפ"ק דמכות. ובאמת בדברי הב"י דמוקי לפירש"י הא דתנן כותבין ליתומים על נכסי אפטרוסי' אייריי כשיתומים הם מלוים יש לדקדק דהא בעינן דיזכה הקרקע ללוה ומי הוא המזכה אם הם היתומים הא קטנים הם ולאו בני זכיי' ואי אפטרופוס א"כ פשיטא כשיזכה קרקע משלו ללוה מהכ"ת לא יהני ולא יהי' אפטרופוס רק איש אחר אם הוא רוצה לזכות משלו ללוה מאן מוחה ע"י. ומזו אפשר להליץ במ"ש בבעה"ת בשם ר"י אלברצלוני דבעינן דאף למלוה צריך שיהיה קרקע ונתן טעם כדי להקנות השטר לב"ד ותמה הב"י הא בירושלמי פליגי רב ור"י ולר"י א"צ למלוה קרקע והלכה כר"י ואפשר לומר דר' יוחנן בירושלמי אזיל לשיטתו שם דס"ל דעל שט"ח לפי דקימ"ל אחריות ט"ס א"צ פרוזבול ומוקי ליה בירושלמי הא דתנן דאף מלוה בשטר משמט ר"מ היא דס"ל אחריות לאו ט"ס היא וא"כ לדידיה עיקרו של פרוזבול למלוה שלא בשטר א"כ למה צריך למלוה קרקע אי להקנות השטר הא עיקרו רק למלוה בע"פ אבל לפי דלא קיימא לן כר' יוחנן בזה ואפי' מלוה בשטר בעי פרוזבול א"כ מסתברין מילתא דרב דצריך למלוה קרקע כדי שיקנו ב"ד השטרות ולישנא דמשנה מסייע ליה דקתני ליתומים על נכסי אפטרופוס משמע הפרוזבול לטובת היתומים והם המלוים כמ"ש הב"י וקש' ליה כנ"ל איך אפשר ליתומים קטנים לזכות ללוה ולכך לרב ניחא דבעי הן למלוה והן ללוה נכסי' וקמ"ל דאם אין ליתומים המלוי' נכסים וללוה יש יכול לכתוב פרוזבול הואיל דיש לאפטרופוס וא"ש ודוק:

כו **אין שביעית משמטת כו'** הרא"ש חולק ע"ז כי גיר' תוספתא שלו היתה דכל שנת שביעית לא היה רשאי לתובעו אלא דאם פרעו אצ"ל משמט אני וגם אין ב"ד נזקקין לגבותו הא עבר סוף שביעית משומט ואם רוצה לפרעו צ"ל משמט אני ולכך אין לכתוב פרוזבול בשביעית. ודעת הרדב"ז כפי מ"ש בשמו הכה"ג והב"ח לעשות פשרה דממון הנלוה קודם שביעית אין לעשות פרוזבול בשביעית וצדקו דברי הרא"ש והרמב"ם כ' המלוה חבירו בשביעית כיון דהלואה גופי' נעשית בשביעית יכול לעשות פרוזבול בשביעית ובזו הרא"ש מודה. ולשיטתם לא קשה א"כ הא דאמרי' בריש פ"ד דסנהדרין דשטר שאחרו וכתב על אחד בניסן בשמיטה כשר הא מגרע כח הלוה דאם היה קודם שמיטה זמנו כראוי והוא שכח מלעשות פרוזבול היה שביעית משמטתו ולא היה אפשר לו לעשות פרוזבול בשביעית והם דאחרו וכתבו כאלו נעשית הלואה בשביעית עצמה וא"כ יכול לעשות פרוזבול עד כ"ט באלול ומגרעי' כח הלוה ודוחק לומר דכיון דהוא

מאוחר א"י לתובעו קודם וה"ל כהלוה לו בשנת שמיטה דהא יכול לגנוז שטרו ולתבוע בע"פ כי הלוה לא ידע מהאיחור והר"ז בכלל לא יגוש די"ל דבלא"ה לולי דבריהם קשה בכל מאוחר שהיה בשנת רי"ו לשמיטה והם אחרו שני שנים עד שזמנו מ"ש א"כ מגרעי' כח הלוה דאלו נכתב בזמן הראוי ולא היה המלוה עושה פרוזבול היה משמט ועכשיו שזמנו מ"ש איך ישמט. וכמו כן קשה להפוסקים דמוקדם פסול רק לגבות ממשעבדי דלגבי ב"ח לא נעשה פיסול ועולה. וקשה הא אף לגבי ב"ח נעשה דאם היה למלוה פרוזבול סתם על חובו' שלו בכלל כדרך פרוזבול נכתב בניסן והלואה זו נעשית באייר א"כ באמת לא חל עליו פרוזבול ומשמטת הלואה זו והן דהקדימו לאדר א"כ חל פרוזבול עליו וגובה שלא כדין ומה"ט קימ"ל פרוזבול מאוחר פסול וצ"ל הואיל ושכיח לעשות בקל פרוזבול ודאי יעשה כדינו פרוזבול ומה"ט אמרי' דנאמן פרוזבול היה לו ואבד דלא שביק התירא א"כ לא עשו העדים היזק דמינכר להלוה דאלו לא היה פרוזבול זה סובב עליו ברור דעשה פרוזבול אחר ומה אפסדי' וכן בהלואה הנעשית קודם שמיטה ואחרו זמנו לא נעשה הפסד ללוה דודאי לא היה המלוה שוכח לעשות פרוזבול והיה גובה כדינו וא"כ אין ללוה הפסד ואף דמ"מ עי"כ נעשה איסור דסוף סוף השתא אפשר דגובה שלא כדין כיון דלא ברור היזקו דלוה לא פסלוהו ולק"מ. אלא דלא ידעתי פשרה זו מה טיבו ומנ"ל זה אם צוותה התורה כמ"ש הרא"ש בפי' הפסוק מבלי לנגוש את רעהו בכל שנת שמטה מה הבדל יש אם הלוהו קודם או בשנת שמיטה סוף כל סוף חל שמיטה עליו תיכף לאחר הלואה והרב הב"ח מביא ראיה מהשוחט פרה וחלקה בר"ה דאם מעובר משמט. ולא הבנתי ראיה זו כלל דמודה הרא"ש דאין משמט עד סוף שביעית רק א"י לתובעו ולכתוב פרוזבול כל השנה אבל מודה דעיקר השימוט הוא סוף שביעית. ואפשר דראיה שלו מהא דפריך בירושלמי וכי ראוי לתובעו בי"ט ומשני כיון שראוי להאמינו וכו' וקשה הא בלא"ה במלוה בשביעית א"י יכול לתובעו כדעת הרא"ש ומאי ארי' י"ט אפי' חול נמי אבל אין זה ראיה דמה שא"י לתובעו מחמת קדושת שביעית היא היא התחלת הפקעת שעבודו ותלי' עד סוף שמיטה דאז נגמר הפקעה ובשביל זה דא"י לתובעו לא יגרע כח שמיטה לשמט חובו אדרבא תיכף מתחיל גרעון כח חובו. ולכך פריך כיון דאין ראוי לתובעו בי"ט ה"ל כהלוהו עד אחר שביעית וקבע לו זמן והנה יש להרא"ש ובעל עיטור דס"ל כיותיה ראיה מגמרא דסנהדרין הנ"ל דחמרינן דא' בניסן בשמיטה אלימא לי' דלא שכיח דמוזפי בשביעית ופירש"י דיראים מהשמיטה שלא תשמט מעותיהם ע"ש. וקשה מ"ש ניסן בשמיטה או אלול קודם שמיטה הא יש לו זמן לנגוש ללוה שלו כל חמשה חדשים עד כ"ט באלול ולהעמידו בדין דתו א"מ או

לעשות פרוזבול וכל ענינ' המועילי' כמו אלו הלוהו באלול ע"ש ומה הבדל יש אם יש לו זמן וג' חדשים או ה' חדשים ובפרט לעשות פרוזבול הא דבר נקל למאוד וכמ"ש לעיל בישוב הרבה קושי'. ולדברי הרא"ש א"ש דמה יעשה בשביעית לא יכול לתובעו ולא לעשות פרוזבול מהכ"ת ילוהו ופשיטא דלא שכיח וא"ק א"כ באמת מה כל החרדה שם אם הוא זיוף או שטר כשר עכ"פ הוא מופקע משביעית ז"א די"ל דמיירי דתפיס קודם כ"ט באלול מעות בשל לוה לידו בתורת גוביינא וזהו ודאי מועיל דלא יגוש כתיב כמ"ש הרא"ש. אבל אי תפיס לא מפקי'. או דאיירי דהמלוה מת ובאי' היורשי' וכר"ש דאין היורש משמטים כדלעיל בס"ק הקודם. אבל עכ"פ לא שכיחי כלל דילוהו על סמך הלזה ודברי הגמרא נכונים אבל לשיטת החולקים ורש"י בכללן דרש"י פי' שם להדיא דיכול לעשות פרוזבול וזהו דלא כהרא"ש קשה מה הורע כחו ולמה לא שכיח דיוזפי בשביעי': ולפרש"י והמחברים צ"ע ואולי י"ל דוחק דבשביעי' לא יוזיף דס"ל לרש"י דמוסר שטרותיו לב"ד היינו פרוזבול ואין כותבין אלא בשיש לו קרקע ואולי יערים הלוה תיכף למכור קרקע ואי דיזכה לו הא יוכל למחות כדלעיל סכ"ב ואי דיתבעו בב"ד לגבות ע"ז לא סמיך בזמן קצר דזמן סתם הלואה למ"ד יום ואח"כ כשיצעוק יפסול שטרו ונותנים לו זמן ל' יום לא בא מנדין אותו צ' יום בכל זה אין כותבין פס"ד דודאי חייב דאולי יברר דאינו חייב וא"כ כבר עבר זמן ומשמט ובא לקרוב לסוף אלול ובקט זמן יגיע סוף אלול ויעבור שמיטה וצ"ע כי כל זה דוחק. וגם הראב"ע בפי' לתורה מפרש מקץ שבע שנים היינו תחילת שבעה שנים נראה דנתכוון לדברי הרא"ש כי ח"ו לומר שהיה בו שמץ מינות לחלוק אקבלת חז"ל דס"ל סוף שמיטה משמט כמבואר במשנה דהשוחט פרה. רק נתכוון לדברי הרא"ש דמתחיל תיכף אפקעתא דמלכא וא"י לתובעו ולא יגוש את רעהו ולכן יש להחמיר ולעשות פרוזבול בסוף שנה שישית וירא שמים יוצא ידי כולם:

כז **והמאוחר פסול** וכתב הר"נ בתשובה אם נעשה בניסן והם כתבו באייר פסול לגמרי ואינו מועיל אפילו על הלואה שנעשה בניסן ומוקדם לו דשטר נפסל לגמרי והרב התי"ט הקשה שם במשנה דאיך העלים עין מן ירושלמי שם דקתני הך משנה שט"ח מוקדמים פסול ר' יוחנן אמר פסולי' ממש ורשב"ל אמר אינו מונה אלא משעת כתיבה והתניא פרוזבול בין מוקדם ובין מאוחר כשר ואינו מונה אלא משעת הכתב ואי אתה אומר כן בשטרות מה בין פרוזבול ומה בין שטר עכ"ל וידוע דהלכה כר"י לגבי רשב"ל וא"כ כשר משעת כתיבה ודלא כר"נ ע"ש שהאריך ולענ"ד שלא בעיון כתבו דיש להבין איך קאמר ר"ל מוקדמים פסולי' דקתני היינו עד שעת כתיבה אבל אח"כ כשר א"כ פשיטא ומה שם פיסול שייך בזו הגע עצמך כותב שטר באייר והקדימו לניסן וכי יעלה ברוח שום

איש שיהיה טורף מן לקוחות שקנו בניסן ויהיה חוטא נשכר לגבות מאותן שקנו קודם ששטרו וחיובו היה ונברא בעולם. הס מלהזכיר ועוד בבבלי בפרק א"נ בהא דתנן שט"ח מוקדמים קאמר ר"ל הא מני ר"מ היא על קו' הגמרא נהי דלא ניתן לגבות מזמן ראשון מזמן שני נגבה ומשני ר"מ היא דס"ל קנסוהו חכמים כמו בשטר שיש בו רבית ולכך אפילו מזמן שני לא גבי ואלו בירושלמי ס"ל לרשב"ל דכן הוא פירושו באמת דמזמן שני גובה ואינו פסול רק לגבות מזמן ראשון וא"כ הבבלי וירושלמי מחולקין במילתא דרשב"ל. ולכן ברור דמילת פסולים הנאמר במשנה שט"ח מוקדמים פסולים ברור דפי' לגמרי אפילו מזמן שני. כמ"ש רק ר"י ור"ל לא נחלקו בפי' המשנה כלל. רק לדינא ר"י ס"ל אף לדידן דלא קימ"ל כר"מ בשטר שיש בו רבית מ"מ מוקדמים פסולים ממש אפילו מזמן השני דבזהו אף רבנן מודים כמאמרו בפ' א"נ דכאן מודים רבנן דקנסוהו שמא יגבה מזמן שני ורשב"ל סבר לדידן כשר מזמן שני דהא דקתני פסולים היינו ר"מ היא דגזר שטר שיש בו רבית וכמ"ש ר"ל בגמ' דאיזהו נשך וא"כ לדידן דלא קימ"ל כר"מ רק הלכה כרבים א"כ אף הך דמוקדמים לא קאי לדינא וכשר מיום הכתיבה האמיתית. ופריך הגמרא מהא דתני בברייתא פרוזבול בין מוקדם בין מאוחר כשר ואינו מונה אלא משעת כתיבה הא מני אי ר"מ הא ר"מ קניס כמו בשטר שיש בו רבית ואם כן רבנן היא ולמה קתני כן בפרוזבול ולא בשטרי חוב עצמם דהן מוקדמים והן מאוחרים כשרים מיום הכתיבה א"ו דלרבנן בשטר מוקדם פסול אפילו מזמן שני גזרה שמה יגבה מזמן ראשון דלעולם יערים להקדים הזמן דאם יתוודע ערמתו לא יפסיד ועל כל פנים יהיה לו מזמן שני לכך קנסוהו דאפילו מזמן שגי לא יהיה לו ואם כן מירתת לעשות תחבולה וערמה לבל יפסיד שטרו כשיתוודע התחבולה וערמה. אבל פרוזבול ליכא למיחש לערמה דמה נ"מ לי' הא יכול כל יום לעשות פרוזבול או להתנות וכדומה והתיר' מצוי ולכך לא קנסוהו כלל וא"ש. וא"כ מוכח דאף לרבנן במוקדם פסול וקשי' לרשב"ל. וזהו מאמרו ומה בין פרוזבול לשטר ומדקתני על פרוזבול ולא על שער ש"מ כהנ"ל לרבנן וא"ש ודברי ירושלמי ובבלי עולים כאחד ולפ"ז ברור דפסולים לגמרי משמע דאי מזמן הכתיבה מה בין מאוחרים ומוקדמים דהא בשניהם קתני כשר רק דמונין משעת כתיבה ולמה קתני במשנה פסולים גבי פרוזבול מאוחר אלא הדבר כאשר בררנו לשוי פסול משמע לגמרי כמבואר בהנ"ל וגמרא דב"מ דפריך מזמן שני לגבי ואי י"ל פסולים לאו לגמרי משמע קושי' דילמא באמת מזמן שני כשר אלא דזה ליתא והמשנה והברייתא מחולקים אי קנסו בפרוזבול כמו בשטרות או לא ועכ"פ פריך שפיר דהשתא ברייי' דמיקל בפרוזבול מחמיר בשטר מכ"ש להמשנה דלרבנן פסלי אפי' בפרוזבול והקו' שפיר לר"ל: ובפרט

דלר"ל אצ"ל דהמשנה ובריייתא פליגי בסברא די"ל משנה ר"מ ובריייתא רבנן א"כ הקו' לר"ל אליבא דרבנן. ולפ"ז אנן דקימ"ל כר"י וכרבנן וקתני במשנה מאוחרי' פסולים ע"כ לגמרי אפי' מזמן הכתיבה דאי לאח"כ פשיטא היינו כשרים כדקתני ברייתא וכהנ"ל דמהכ"ת יהיה חוטא נשכר וא"כ שפיר פסק הר"נ כסתמא דמשנה ולק"מ. וכל דברי התי"ט הם לפום רהיטא וח"ו לומר על מילת פסול דכשר מזמן שני דא"כ פשיטא. אמנם יש לעיין במילתא דלפי דעת רמב"ם וסייעתו דמוקדם דפסול היינו למשעבדי אבל לב"ח כשר ואפילו לדעת התוס' מ"מ ודאי דגוף הדבר והמעשה אינו בטל ולרבינו יונה א"י לטעון להד"ם א"כ בשלמא להרמב"ם דבעי' דוקא פרוזבול בכתב אבל כל זמן שלא נכתב אינו מועיל להפקיע כח שמיטה ואלמוהו לכתוב א"כ הואיל ונעשה בפיסול הך כתיבה חספא בעלמא הוא ולכך א"י לבטל כח שמיטה אבל לדעת הרא"ש וסייעתו כמ"ש רמ"א לעיל ס"כ דבאמירה בעלמא סגי א"כ דל מהכי הפרוזבול מ"מ הא המעשה שאמר מוסרני לכם וכו' הוא אמת וכן נעשה א"כ דל מהכי פרוזבול ופסול האמירה כשר וכמו דכשר לגוף הלואה אף כאן יכשר לגוף המסירת דברים. ומהמשנה אין ראיה דבזמן משנה וודאי לא היה אמירה מועיל כי אם דוקא כתיבה ושייך שפיר פסול משא"כ עכשיו דכבר בא ר' נחמן ותקן כמ"ש הרא"ש דבאמירה בעלמא מהני א"כ מה פסול יהיה בפרוזבול. ואמת כי י"ל בשלמא במוקדם אף דמעשה שטר כשר לענין להד"ם מ"מ יש קנסא מרובה שיפסיד מן תורת שטר לגמרי ותקנתא טובי לבל יעשו תחבולות רשע אבל בפרוזבול אם אעפ"כ נכשיר. ונימא דמעשה כשר הלא זו מבקש וא"כ לא הפסיד לגמרי דבר ומה הפסיד הרמאי ולכך קנסוהו דאף בתורת אמירה אינו אך אם כי ישר בסברא מ"מ מנלן זה בלי ראיה דמן המשנה ליכא ראי' כמ"ש ובפרט כי בלא"ה כבר כתבנו דליכא בפרוזבול חשש תחבולה רק הואיל הכתב נעשה בפיסול אינו מועיל וקו' במקומו:

כח **נאמן אדם לומר וכו'** הוא דעת הרא"ש והרי"ף השמיט הך מימרא דרב והעתיק רק סתם משנה בכתובות ת"ק ס"ל דאין ב"ח גובה שלא בפרוזבול ורשב"ג אמר מהסכנה ואילך ב"ח גובה חובו שלא בפרוזבול מזו ישפטו דס"ל דאין הלכה כרב אבל הרמב"ם בפ"ט מהל' שמיטה פסק דנאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד ונתן טעם מן הסכנה ואילך ופי' בו הכ"מ דס"ל לא בשעת הסכנה לבד אמר רשב"ג כי אם מסכנה ואילך בטלו לתקנה דצ"ל פרוזבול ועשו דמעולם נאמן לומר פרוזבול היה לו ואבד אפילו בטלה סכנה וכ"נ מדבריו בפי' המשנה והנכון אתו וכן משמע בירושלמי כתובות שם דמן הסכנה ואילך בכל זמן נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד וא"כ אף דברי הרי"ף יש לפרש כן דס"ל כרמב"ם ולכך העתיק משנה שם כסתם ולמדין דברי הרב מדברי התלמוד ז"ל. אך

עדיין יש להקשות א"כ מה פריך הגמרא שם גיטין דף ל"ד ע"ב על מ"ד דנאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד מהא דתנן שט"ח ואין עמו פרוזבול הרי אלו לא יפרעו והוצרכו לומר תנאי היא בברייתא ולא קאמר הא רשב"ג היא במשנה דמסכנה ואילך אין צורך לפרוזבול כלל. ובפרט הקו' שם בגמרא לרב ורב ס"ל דכל המשנה רשב"ג היא כמבואר בגמרא שילהי הכותב ומה שיש לתרץ היא או די"ל דודאי יש נ"מ אי נאמן מטעם דחזקה לא שביק התירא ועביד איסורא. או דמן הסכנה ואילך א"א לשמור פרוזבול וכך תקנו שיהיה נאמן בכך הואיל וא"א לשמור. דבלא"ה הר"ש בפ"ט בשביעית נסתפק אי יש לו פרוזבול משטר מוקדם לשטר זה וחזינן דשמרו אי נאמן לומר ע"ז דמחמת סכנה קרעו ולא ביקש לשמור אותו ע"ש דנבוך בפי' התוספתא והלחץ לפרש התוספתא הכריחו כן אבל כתב הרמב"ם שם בפי' המשנה דט"ס הוא בתוספתא וא"כ מיסתבר דהיכי דחזינן דיש לו פרוזבול על שטר אחר דלא שייך לומר מחמת סכנה קרע זה. וכ"כ הגי"ת על דברי הר"ש דקולא גדולה לומר שלא שמרו מפני סכנה כאשר ראינו דפרוזבול אחר שמר משא"כ הטעם משום דלא שביק התירא וכו' א"כ בכל אופן נאמן דודאי נאבד ממנו שלא במתכוון דחזקה דלא שביק וכו' וא"כ קושי' הגמ' שם בגיטין על הטעם דנתן דלכך נאמן משום דלא שביק התירא וכו' ולא מטעם סכנה וכו' דנ"מ בין הטעמים כמ"ש. הא תנן הרי אלו לא יפרעו ואי דמכשיר רשב"ג מן הסכנה ואילך הטעם משום סכנה ולא מטעם דלא שביק וכו' וא"כ הל"ל הך טעמא דחשש סכנה ולא טעמא דלא שביק וכו' ויש נ"מ בין הטעמים. ומשני גמרא תנאי דתני צריך כו' וחכמים אומרים א"צ הואיל וסתמא אמרו א"צ ולא אמרו מן הסכנה ואילך דנדע הטעם משום סכנה ש"מ דלא תלי' בסכנה כלל רק הטעם משום דלא שביק וא"ש. והרמב"ם פסק כסתם משנה וכרשב"ג דאין הטעם משום חזקה וכו' רק מן הסכנה ואילך וכו' ולכך נתן הטעם מפני הסכנה וא"ש. ויותר נראה דס"ל לרמב"ם להך מילתא דאמר רשב"ג מהסכנה וכו' יש ב' פרושים אי בשעת סכנה פי' רק בזמן סכנה ואח"כ כשיעבור הסכנה חזר הדין למקדם או דמן הסכנה והלא' בטלו לדין הראשון וקבעו להלכה דא"צ לעולם אפי' עבר זעם. והנה רב ס"ל בשילהי כתובות גט גובה עיקר וכתובה תוספת ורב לדינא קאמר ולא לשנים קדמוניות קודם רשב"ג ודורו דור השמד. וא"כ רב דמפרש למשנה חסורי מחסרא וכו' רשב"ג וכו' וקאמר רשב"ג מהסכנה ואילך אשה גובה עיקר כתובה שלא בגט וקשי' לרב וע"כ צריך לומר דרב מפרש מהסכנה היינו בזמן סכנה אבל כשבטלה סכנה הדרן לקדמותא דבעינן בעיקר כתובה גט ובלי גט לא גבי' כמילתא דרב. אבל רבי יוחנן דסבירא ליה בפרק קמא דב"מ הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום והיינו כדעת הרי"ף וסייעתו במקום שאין

כותבין כתובה דבמקום שכותבין ולא הוציאה כתובה איתרע כנודע וכדעת רמב"ם ואם כן צריך לומר לרבי יהודה אף עדי גט א"צ דאל"כ מה קמ"ל דפשיטא דלא אמר כלום דהא א"א להיות בידה כתובה דהא אין כותבין כתובה כלל ואם כן קשה לר"י דקתני הוציאה גט ואין עמה כפובה היינו עדי גט דאטו גט מנה ומאתים כתב בי' כדאמרינן בגמ' וכמ"ש תוס' ואם כן אימא סיפא דקתני כתובה ואין עמה גט היינו עדי גט דגט ממש מה צורך הא הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וע"כ עדי גט ולכך נאמן הבעל במגו דלא גרשתיך וקשה אם כן איך אמרי' הטוען אחר מב"ד לא אמר כלום והכל הן מילתא דר"י והן משנה איירי הכל לשיטת הרי"ף וסייעתו במקום שאין כותבין ואם כן קשי' לר"י המשנה וע"כ צ"ל חסורי מחסרא ורשב"ג סבירא ליה מן הסכנה ואילך א"צ עדי גט וסבירא ליה לר"י פירוש דרשב"ג מן הסכנה ואילך עד עולם אשה גובה בלי עדי גירושין ואלמוהו רבנן אפי' עדי גירושין א"צ. וכמ"ש התוס' שם דאלמוהו רבנן דאפי' במגו אינו נאמן ולכך אר"י דהטוען אחר מב"ד דאין צריך עדי גירושין כלל היינו גדידן דקימ"ל כרשב"ג ומהסכנה ואילך וכ"כ הרמב"ם להדיא בפ' ט"ו מהל' אישות דעיקר כתובה גובה במקום שאין כותבין אפי' בלי עדי גט כלל אפילו דאית ליה מגו והשמיט הך מילתא דרשב"ג וע"ש בלח"מ דתמה והדבר פשוט דמילתא דרמב"ם שם קאי עכשיו לרשב"ג משעת סכנה ואילך א"צ עדי גירושין כלל ול"ק לרמב"ם דפסק דא"צ לעיקר עדי גט כלל הא משנה שלימה היא כתובה ואין עמה גט לא יפרעו דזהו קודם סכנה אבל מהסכנ' ואילך לעיקר א"צ גט ולא עדי גט כלל ומילתא דר"י לדידן משעת סכנה ואילך אתמר. ודברי רמב"ם נכונים שם ולא קשי' להו כלל ממשנה דבעי עכ"פ עדי גט דזהו הכל קודם סכנה ודוק כי זה ברור. ובהכי ניחא לשיטת הרי"ף והרמב"ם דמילתא דר"י הטוען אחר מב"ד במקום שאין כותבין דמה קמ"ל פשיטא כמ"ש תוס' דאל"כ מה הועילו חכמינו ז"ל בתקנתן ותי' הרא"ש דנימא אל תפרעני וכו' דחוק כנראה מתוס' ולכן סבירא ליה דקמ"ל אפי' מגו לא מהני מן סכנה ואילך דאלים מעשה ב"ד למאוד כמ"ש התוס' וזהו סתמא לא אמר כלום ודוק. וא"כ א"ש דבגיטין שם הקו' לרב ולרב צ"ל דסבירא ליה מהסכנ' היינו בזמן סכנה כנ"ל דהא סבירא ליה גט גובה עיקר ואם כן שפיר פריך ממשנה דאף רשב"ג לא אמר אלא בזמן סכנה אבל לדידן דלא קימ"ל כרב רק כר"י ומוכח דמשע' הסכנה פי' משם ואילך עד עולם אם כן שפיר פסק הרמב"ם כסתם משנה וכרשב"ג דמשעת סכנה ואילך גובה אפי' שלא בפרוזבול וא"ש והמעיין בהל' אישות פ"ט יראה דדברי בזה הם כנים ונכונים:

כט **נאמן במגו וכו'** ברמב"ם נתן שני טעמים במגו דפרוזבול היה לו ומכח דחזקה דלא שביק וכו' ואמת לפי שכתבתי לעיל דסבירא ליה לרמב"ם עיקר טעם משום דקימ"ל כרשב"ג מן הסכנה ואילך וכו' אבל על הך חזקה לחוד דלא שביק התירא וכו' לא סמכינן אם כן א"ש דל"ל הטעם משום חזקה דהא על חזקה לחוד לא סמכי' ול"ל הטעם משום מגו לחוד דתינח במלוה בשטר במלוה ע"פ מא"ל דה"ל מגו להוציא כמ"ש הבעה"ת ולכך צירף הרמב"ם שני טעמים יחד דלענין מגו להוציא הא ה"ל חזקה דלא שביק התירא ובמקום דחזקה מסייע אמרי' להוציא ולענין גופו של דבר הא ה"ל מגו וא"ש ולק"מ: אך לדעת המחבר דנמשך אחרי הפוסקים דלא נתנו טעם מפני הסכנה ואילך רק סבירא ליה הטעם מהך חזקה לחוד נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד אם כן קשה אף בזו באומר תנאי וכדומה ל"ל מגו תיפוק ליה דהוי חזקה וסמ"ע בס"ק נ"ה נתן טעם בתנאי דלא שייך חזקה דילמא לא התרצה הלוה. ודבריו בלתי מובני' חדא דאף דתי' זה מספיק על תנאי אין מספיק על הטוען הקפת חנות היה ואף גם מה בכך דלא נתרצה אם לא נתרצה לא הלווהו ומי היה מכריחו להלוות אנן אמרי' חזקה דלא שביק וכו' ואי דלא נתרצה הלוה ודאי דלא היה מלוהו או דהיה עושה פרוזבול מה לו לאבד מעות שלו בחנם ומדלא עביד פרוזבול והלוהו ש"מ דהיה תנאי. ועוד לדברי סמ"ע קשה הא דאמרי' בי"ד סי' קס"ב דנאמן לומר עסקא היה ובהיתר נעשה דלא שביק התירא ונלמוד מהך דשביעי' וקשה דילמא לא נתרצה הלוה ואי דשם גם הלוה עושה איסור תינח רבית קצוצה אבק ריבית מא"ל. ולכן נראה דבלא"ה יש להבין דכאן מבואר בש"ע ורמב"ם ובעה"ת דאפי' במלוה ע"פ נאמן הלוה לומר פרוזבול וכו' וכדומה וכן הקפות חנות היה ואלו בי"ד סי' הנ"ל בטוען בעיסקא היה והיא מלוה ע"פ פסק רמ"א דנאמן הלוה בשבועה ונפטר אף דגם התם שייך הך דלא שביק התירא וכו' אלא ברור כי אמרי' חזקה זו להוציא ממון היינו כשאין הלוה מכחישו בברי ובלא"ה י"ל ברי ושמא ברי עדיף רק חזקת ממון אלים משא"כ כשחזקה לא שביק התירא מסייע ליה מוציאין אפילו ממון ור"נ מודה לר' יהודא אבל כשהלוה טוען ברי לא מוציאין ממון עפ"י חזקה זו ומהכ"ת בחזקה זו להוציא ממון. ולכך בהקפת חנות דטוען הלוה ברי לא היה או תנאי היה דלוה מכחישו ואמר לא היה תנאי אין חזקה זו דלא שביק וכו' מספיק להוציא ממון ולכך בעינן דהא י"ל מגו פרוזבול היה ושם אין הלוה מכחישו בברי וה"ל חזקה ואם כן כיון דיש לו מגו וגם חזקה תרתי ודאי דמועילי' להוציא מיד מוחזק וא"ש ומעתה ל"ק מהך דרבי' שם הלוה מכחישו בברי ואין כאן מגו רק חזקה אם כן בזו לא מוציאין ממון ולכך נשבע הלוה ונפטר. ולכן לולי דמסתפינא הייתי אומר הא דמביא הטור מחלוקת הרמ"ה דסבירא ליה דצריך לישבע

ור"ת כתב דנאמן בלי שבועה לא פליגי דר"ת מיירי בטענת פרוזבול דליכא כאן ברי מלוה המכחישו אפי' שבועה א"צ אבל הרמ"ה איירי כנראה מלשון הטור מטענת הקפת חנות וזהו הוי הכחשה בברי פשיטא דחייב שבועה ואי דה"ל מגו בהיסת לכ"ע מגו לפטור משבועה לא אמרי' וא"ש וכן נכון להורות ודוק:

ל **והמוכר ישלם ללוקח** אני נבוך מה ישלם אם כל דמי שויו של השטר או הדמים שקיבל דלכאורה מסתימת לשון מחבר נראה דמשלם כל הדמים דאל"כ קושי' ש"ך חזקה איך נאמן בהודאתו לחוב לאחרים דהא הלוקח מפסיד ע"י הודאתו דאין מגיע לו רק הדמים שקיבל וכל מקום שמפסיד אינו נאמן כלל ולכן הייתי חושב דבאמת אינו נאמן רק הא מ"מ המוכר נאמן ע"ע וחייב לשלם ללוה כל מה שהפסידו דמכר שטר שנמחל בחזקת קיים לגבות מהלוה וגרם היזק לו וא"כ אפוכי מטרתי ל"ל אמרינן תיכף ישלם המוכר ללוקח ומשלם לו כל דמי שויו ולק"מ. אך לשון הטור והבעה"ת משמע דאין משלם רק דמים שקיבל הואיל והטעה אותו. ולכן נראה בישוב קו' הש"ך דבלא"ה קשה דאיך שייך דאין נאמן המלוה במקום שחב לאחרים דזהו מצינו באומר שטר אמנה או פרוע דסתם שטר לית בי' ריעותא כלל רק הוא ביקש להטיל בו דופי אמרי' דחב לאחרים אינו נאמן ואוקמינן השטר בחזקתו משא"כ כאן הרי ריעותא לפניך דעבר עליו שמיטה רק אנו מכשירין מכח חזקה לא שביק וכו' והוא עומד וקאי לא עשיתי ומבטל חזקה ההוא וא"כ איך נוציא ממון מספק. וא"כ הבו דלא לוסיף דהיכא דמפסיד לגמרי אינו נאמן אבל במקום דמחזיר לו מעותיו א"כ מתחילת שטר ריעי נינהו דלא ה"ל למזבן שטר שעבר עליו שמיטה בלי פרוזבול וכמ"ש ר"ה גאון גבי מוחל ולכך במחזיר לו מעותיו סגי וצ"ע:

סימן סח

א **שטר שכתוב בכל לשון וכו'** דבר זה מבואר בגמ' ובכל דוכתי דכל שטרות כשרים בכל לשונות וכל כתיבה בלי הבדל אם כתב בלשון עברי או שאר לשונות. איברא בתו' גיטין דף יו"ד ע"ב ד"ה חספא בקושית' הא דפריך הגמ' דהא חספא בעלמא הוא והקשו דילמא בע"מ היא כתבו ואין לומר דלהכי חשיב לי' חספא בעלמא משום דמשנה כיילא שטר מתנה בהדי שארי שטרות דכשרים אפילו כתיבתן וחתימתן נכרין דהשתא לא מהני ע"מ מידי דהא ברייתא דבסמוך וכו' כולל וכו' אפילו גיטי נשים ואפ"ה לא מכשירין בגיטין אלא בכתיבה ישראל ובע"מ וכו' עכ"ל אם כן נראה לכאורה מתוך דבריהם דסבירא להו בשטר קנין שקונה מתוך השטר כגון שדי נתונה לך וכו' פוסל כתיבת וחתימת נכרים

אפילו בשמות מובהקין דלא שייך בי' מודה ר"א במזויף מתוכו אך באמת אין לדין זה שורש ועיקר ואדרבא מבואר לקמן בגמ' דף י"ט ע"ב דאפילו גט בכל כתב ולשון כשר כדתנן גט שכתבו וכו'. וכבר תמה מהר"ם מלובלין בזה. ולכן הפי' הנכון הוא דשם בגמ' על האי שטרא פרסאי דמס' באפי סהדי ישראל דמכשירין בע"מ פריך הגמרא יהא בעינן כתב שא"י לזייף והא בעינן צריך שיחזור מעניינו של שטר וכתב הרא"ש וכן המהרש"א דה"ל להקשות קושי' זו ג"כ על המשנה דכל שטרות העולים בערכאות והא לא מהדר והא ה"ל שיכול לזייף דהא דרך הנכרים מבלי להדר ומבלי לדקדק לכתוב דוקא על דבר שבלתי לזייף כמ"ש רש"י להדיא וע"ש מה שתי' בדוחק אבל נראה דלתו' לא קשי' דהתו' כתבו גיטין דף ט' ע"ב ד"ה אעפ"י דלכ"ע מהתורה ערכאות פסול דהא לאו בני עדות נינהו אלא תקנתא דרבנן נינהו היכי דקים לן דקושטא קאמרי מכל מקום פריך הגמ' מן מתנה שפיר. ולפ"ז דלכ"ע בערכאות רק תקנת' דרבנן אם כן א"א להקשות על המשנה והא ה"ל שטר שיכול לזייף וצריך להדר בשטה אחרונה והיינו אף דבאמת לא זייפו דהא יש כאן ע"מ מ"מ הואיל ולא נעשה בתורת שטר מפסלי כמ"ש המפורשים דהא בלא"ה פסול מדין תורה רק תקנתא דרבנן להכשיר ערכאות וא"כ מה יוסף ומה יתן עוד פסול או לא הלא כל ההכשר מדרבנן ולכך לא פריך רק אמילת' דר"פ דלא איירי מערכאות וא"כ ליכא תקנתא דרבנן לדינא קאמרי ושפיר פריך. וזהו כוונת הבעל עיטור במאמר שמיני בסופו דהך קושי' לר"פ פריך ולא על משנה דערכאות והרשב"א השיג עליו ולפמ"ש ניחא דסבירא ליה כדעת התוס' ואם כן לזה נתכוונו התוס' דא"ל דלכך חשבינן חספא בעלמא משום דאיירי כתיבתן וחתימת נכרי' ואם כן ודאי דלא מהדרי בשט"א וכתבו על שטר שיוכל לזייף כדרכן תמיד וכמ"ש רש"י ובשלמא שטרי ראי' יש בהו תקנת חכמים להכשיר אף דאינו כשר אבל שטרי מתנה דקונין בגוף שטר השדה בס"ד בעינן שטר גמור דכשר למקני' בי' והך שטר חספא בעלמא היותי כתוב על דבר שיוכל לזייף והחתומין לא חזרו בשט"א ולא מהני ע"מ כדלקמן ושפיר פריך הגמרא ולכך כתבו התו' דהאי דומי' לאו דוקא דהא גם גט לא דמי' וא"ש וזה ברור. ורבים שגו בהבנת תוס' הנ"ל:

ב **שאינם ידועין בקבלת שוחד כו'** נראה דהרי"ף ורמב"ם אזלו לשיטתן דלא סבירא להו הך תי' דינא דמלכותא דינא רק סמכינן אחזקה דלא משקרי ואם הם מקבלי שוח' אזלי החזקה אבל לפי דעת רוב פוסקים וכמ"ש הרמ"א בהג"ה במקום דיסד המלך דיועיל הוי דינא דמלכות' דרשות ביד המלך להפקיר מזה וליתן לזה אם כן אם המלך צוה שכל מה שיכתוב הערכאי הלזה שיקוים בכל תוקף מה בכך דמשקר כל זה צוה המלך שלא ימרו

עדותו ויהיה אמת או שקר הפקר מלך הוא שכך צוה ופשיטא דמועיל ומה בכך דמקבל שוחדא כיון שנתמנה מהמלך וגזרת מלך שיהיה עדותו מועיל וזה ברור. ולכן נוהגין במדינית אלו לסמוך אשטרי ערכאות אצל מקום קיבוץ ערכאות או נאטריוס שלהם ולרוב פעמים הוחזקו בקבלת שוחד משום דדינא דמלכותא היא שיהיו נאמנים ותו אין לחוש ודו"ק:

ג **אז גובים** מב"ח והרמב"ם כתב בשם רבותיו דוקא בשטרי מכר אבל בשטרי הלואה אע"פ שראו נתינת המעות פסולים והרמב"ם חולק עליהם והראב"ד בהשגות כתב יפה הורו דכיון דאינו גובה ממשעבדי דלית ליה קלא יוכל לטעון שפרע והמחבר הכריע כרמב"ם דגובה מב"ח וא"י לטעון פרעתי הואיל והעיטור והרשב"א ורמב"ן סוברין כוותי' וע"ז יפה טעון הש"ך כי מהם אין הכרע כלל כי הם סבירא להו גובים אפי' משעבדי ופשיטא דא"י לטען פרעתי אבל להסוברים דאין גובה רק מבני חורין י"ל כמ"ש הראב"ד דשטרא כהאי אינו חש להניח כמו בכת"י אבל אני לא הבנתי לדבריהם הא בגיטין דף י"א אמר רבא האי שטרא פרסאי דמסרו באפי סהדי וכו' גובה מבני חורין דלית להו קלא לטעון ולומר פרעתי וצ"ל באמת לא מהני רק לענין להד"ם ואם הוא תוך זמנו דא"י לטעון פרעתי (דהיינו לדידן אבל בגמרא במילתא דרבא א"א לפרשו דרבא סבירא ליה אדם פורע תוך זמנו) חדא דל כל שטר הא הוי ע"מ ואיך אפשר לטעון להד"ם ועוד מה פריך הגמ' והא צריך להחזיר בש"א והיינו כמ"ש התוס' ומפורשים בב"ד דאף דכאן ליכא חשש זיוף באמת דהא ע"מ לפנינו מכל מקום תקנת חכמים לפוסלו וכמ"ש הר"ן דהם העדים גוים מרחיקין יותר מב' שיטות וקשה מה בכך הא אפילו שמרחיקין כמה שיטות הא לא מצי לטעון להד"ם כמש"ל בש"ע סי' מ"ה ס"ד ע"ש ומה קושי' ועכצ"ל דהא דהכשיר רבא אפי' דא"י לטעון פרעתי לא הבנתי איך מתוקמ' לדעת הראב"ד ודוחק לומר דשם הואיל ורואה הלואה דטרח למסור שטר באפי ע"מ ש"מ דלא יהיה נאמן לומר פרעתי דלענין להד"ם הא ע"מ לחוד יועילו דהמלוה בעדים לא מצי לטעון להד"ם א"ו דכוונתו שלא יאמר פרעתי ואם כן אף הלוה כי פורע אין מניח שטרו ביד מלוה משא"כ בשטר בערכאות לחוד דחושב הלוה דנעשה לענין שלא יטעון להד"ם ולכך פורע שטר ואינו חושש ללקחו וזהו דוחק גדול וצ"ע ליישבו בדוחק ואם כן נראין דברי הרמב"ם דאף פרעתי א"י לטעון ומן ירושלמי יש ראי' לדברי רבותיו של רמב"ם דשם בבית שאון שעדיו גוים ופסל ר"י ורב"ל הכשיר שלא לנעול דלת בפני לוים וע"כ מיירי בערכאות דבהדיא מבואר במשנה דפסול וגם מה נעילת דלת יש בזו ומ"מ ר"י פוסל והלכה כר"י ש"מ דסבירא ליה דמשנה לא איירי כלל בשטרי הלואה:

ד **מבני חורין** משמע דקאי גם על שטר מכר ולא דמי למוכר שדהו בעדים דגובה ממשעבדי דבעדים ישראל אית להו קלא משא"כ בערכאות לית להו קלא כלל ולכך לא גבי ממשעבדי. אך קשה הא ה"ל מזויף מתוכו דאולי יחשבו דהן עדי ישראל ויבאו לטרוף בו משעבדי דהא סתמא קתני אפילו בשמות שאינו מובהקים ול"ל כיון דיש עליו ערכאי ליכא למטעי בישראל דישראלים אין חוחמין בערכאות וכיון דרואין ערכאי חתום עליו ידעינן דנכרים הם דהא בגמרא בשמעת' דערכאות מבואר אף בערכאות בעינן שמות מובהקים דאל"כ ה"ל מזויף מתוכו ע"ש וצריך לומר כיון דשטר כשר הוא לגבות בו מב"ח רק לענין משעבדי אין לגבות לא הוי מזויף מתוכו דעכ"פ כשר הוא לגוף השעבוד:

ה **וכן שטרי הודאות וכו'** המפורשים בכלל תמהו שטר הודאה ומחילה ופשר דאינו אלא לראי' למה לא יוכשר בערכאות דהא א"צ לשטר אלא לראי' ונר' דרמב"ם סבירא ליה כתו' הנ"ל דאף במכר ודאי דמהתורה פסולים דלאו בני עדות נינהו ומה בכך דלא משקרי ואם כן יוכשר משה ואהרן ועיין בהגהת הרא"ש וע"כ צ"ל כמו שכתבו התוס' דהוא תקנתא דרבנן להכשירו ואם כן קשי' ליה לרמב"ם מה פריך מן מתנה כיון דהוא תקנתא דרבנן ותי' התו' דידע דהוא תקנת' ומ"מ פריך מן מתנ' סבירא ליה לרמב"ם לדוחק דמנ"ל לחלק בין תקנה לתקנה ולכך סבירא ליה לרמב"ם הא דפריך הגמרא במשנה חספא בעלמא אין הפי' משום דשטר בעצמותו פסול די"ל דהכשירו מפני תיקון עולם רק הקושי' במתנה דלא תלי' בנתינת מעות אם כן ספיקות הרבה יש בו וטעות רבות מילתא דלדידן הוי קפידא ולדידהו לא קנין אתן ותנאי באונס או ת"כ ותנאי ומעשה בדבר אחד ואסמכת' ומתנה טמירת' וכהנה עצמו מלספר ולכך פריך איך נסמוך עלייהו הא יאמרו ויעידו בדדמי ואין ממש בעדותן וזהו הכוונה חספא בעלמא וא"ש ומעתה זה הספק והוא הדין והסברא בשטרי פשר ומחילה וכל הספיקות שיש במתנה כנ"ל יש ג"כ בהנך על תנאי בדרך פטומי מילי או השטאה והשבעה וכהנה רבו מלספר ולכך השוה אותן הרמב"ם לשטר מתנה וא"ש ולק"מ:

ו **וכן להיפוך אם פסול לפי דיננו וכו'** כתב הסמ"ע בשם הטור שאין דין של מלכות אלא להכשיר שערותיהן אבל לא בדרכי הקנאות וכו' עכ"ל הסמ"ע כיון אל הרמב"ן שכתב הטור ובאמת זה אין כלל למחלוקת הזה דרמב"ן מיירי כגון דלא הקנה מא"ק או שטרות ולא כתב קני לך איהו וכל שעבוד' דאית בי' וכדומה ובזה ליכא מחלוקת כלל דאל"כ איך סתם הטור והעתיק דברי הרמב"ן ולא כתב דהרא"ש בתשובה כלל י"ח חולק אלא דשם מיירי מלשון בזו אזלינן אחר לשון שרגילין בשטרותהם ולא יהיה אלא לשון הדיוט קי"ל דאזלינן בתרי' כמה שנהגו לכתוב ומכ"ש במה שהוא בדינא דמלכותא אבל

לא לומר שיועיל קנין במה שאינו מועיל בדין תורה ומה ענין לזה דינא דמלכותא הא אפי' בשטרי מתנה כתב הרא"ש כי אמרינן דיני דמלכות' דינא היינו כשהמלך גזר שלא יוכשר שום שטר רק בערכאות אבל כשדין מלכות רק שכשר השטר בערכאות ואינו פוסל שארי שטרות הנעשין בישראל לא אמרינן דינא דמלכ' דינא ואם כן בכה"ג וכי מקפיד המלך שלא לכתוב קני לך הוא או מטלטלין אגב קרקע וכדומה אם כן לא שייך דינא דמלכותא כלל לכן ברור דלא דיבר הרא"ש רק בלשון דהוי מטעם דורשין לשון הדיוט. וגלל כן לא הבנתי מה שעשה הרמ"א בין מהרי"ק ובין הרא"ש מחלוקת וכתב וי"ח בזה כי באמת בטלה מחלוק' מהרי"ק איירי בשרש ההוא שרש קפ"ח בענין דינא יד בעל שטר תחתונה וכדומה והרא"ש מיירי מלשון של שטר ולא פליגי כלל והדבר מוכרח דהרא"ש הקשה בפסקיו בהא דפרכינן והא בעינן שטר שא"י לזייף והא בעי מהדר בש"א דה"ל להקשות כן אמשנה וע"ש שדחק וקשה מה קושי' הא במשנה י"ל כאידך תי' דדינא מלכותא דינא ולא הוי מקשה רק לחד תי' ואלימא ליה להקשות גבי מילתא דר"פ דאיירי בשטרות הדיוטות דליכא גבי' כלל דינא דמלכות' אלא ברור דמה שנוגע בדינין ס"ל להרא"ש דלא שייך דינא דמלכותא ואם כן ע"כ מוכח דלא אמרו בתשובה אלא לענין לשון שטר בעלמא. אמנם לענ"ד איכא מחלוק' אחרת דמהרי"ק גופי' בשרש הנ"ל הביא בשם ר"ש ראי' מדפריך והא בעינן שאין יכול לזייף ולהחזיר בש"א ש"מ דלזו לא מהני דינא דמלכותא וזהו הכל כסברת הרשב"א ורמב"ן והרא"ש דהך קושי' והא בעינן שאין יכול לזייף מוסב ג"כ על המשנה כל שטרות העולין בערכאות וכו' נמי אבל לפי דעת הרמב"ם וכמ"ש המ"מ להדיא דסבירא ליה לרמב"ם בשטרי ערכאות כשר אף בשטר שיכול לזייף ולא החזיר בש"א וכן דעת רמ"א בטור וכ"כ העיטור ועמש"ל בס"ק א' דכן מוכח מדברי התוס' להדיא אם כן ש"מ דסבירא ליה הואיל והכשירו מתקנת חכמים אף דאין כשר בדיננו הכשירו אם כן ליתא לדיננו הנ"ל: אך זה הכל בענין כתיבת השטר אבל מה שנוגע לשארי קנינים כמ"ש הרמב"ן מא"ק דזה אין ענין לשטר פשיטא דלא שייך דינא דמלכות' דאל"כ בטלת דין תורה ח"ו וכל נימוסי המלך הוא בטוב בעיניו ומשפטים בל ידעום ח"ו ובמה יודע כי נפלינו אנו מכל עמים אשר ע"פ האדמה אם לא במשפט לאלקי' הוא אשרי העם שלו ככה:

ז **שטר שעדיו כותי' וכו'** זהו דעת הרמב"ם ולא הזכיר כלל שיהיה לאלו שמות מובהקין בגיות דאל"כ ה"ל מזויף בתוכו ויש להבין למה הא אמרינן להדיא דבשמות שאינו מובהקים כ"ע סבירא להו דהוי מזויף מתוכו וביחוד יש לתמוה דלעיל בסעיף א' הגיה רמ"א בתוך דברי רמב"ם דשטר מתנה פסול אפילו נמסר בעדים ישראל ולא

חילק רמ"א בין שמות מובהקים לאינו מובהקים כלל. והיינו דסבירא ליה הלכה כת"ק דגזרינן מובהק אטו אינו מובהק וכמ"ש בפ"ז מהל' גרושין במ"מ שכן דעת הרמב"ם וכ"כ המחבר בא"ע סי' ק"ל ע"ש ובזו סתם דאפילו אינו מובהקים כשר וצריך טעמא ונר' דגם רש"י מפרש בהא דאמר ר"פ האי שטרא פרסאי דמסרו באפי סהדי ישראל דחתומים עליו הדיוטות נכרי' ולא מחלק בין שמות מובהקי' לאינו מובהקים. אלא די"ל הך מזויף מתוכו הוא רק חששא בעלמא אולי יסמוך עליהם כמ"ש רש"י ולכך בשלמא בשטר מתנה יש כאן רק חשש אחד דאולי יסמוך עליהם והאי שטרא חספא בעלמא. אבל כאן דאילו אינם משקרין הא שפיר דמי למסמך עליו רק כל חשש אולי משקרין ואם כן יש כאן ס"ס אולי יסמוך עליו ואם תימצי לומר יסמוך עליו אולי ישקרו וכולי האי לא חיישינן וביותר נראה דלא שייך כאן מזויף מתוכו דמזויף מתוכו שייך היכי דשטרא חספא בעלמא דבמה באת לזכות בשטר השטר חספא בעלמא וכ"כ רש"י בפז"ב בהאי מתנת' דחתימי עליו תרי גיסי ע"ש אבל כאן הרי בערכאות קי"ל כשר והיינו משום דלא משקרי ובהדיוט' פסול משום דחיישינן דמשקרי הא אלו ידעינן דלא משקרי הם כשרים כמו ערכאות ואם כן ביש כאן עדי מסירה ישראל הא קמסהדי דלא משקרי ואם כן חזר הדבר דין הדיוטות לדין ערכאות וכי לא יהיו שני עדים ישראלים כמו ערכאי המקיים חתימת ידי הדיוטות דכשר ומ"ש דערכאי מקיים או שני עדי ישראלים וכמו דלא אמרינן גבי שטר דעולה בערכאות דתחילה חתמו הדיוט' והוא מזויף מתוכו רק אחר כך חתם ערכאי ומודה על כשרתו דלא משקרי וכמו כן דע"מ מורים על כשרתו דהם מודין ומעידים דלא כזבו ושקרו. ואם כן חזר הדיוט' להיות להם דין ערכאות ולא שייך מזייף מתוכו דאין כאן חספא בעלמא כמ"ש רש"י בסנהדרין הנ"ל דשם במתנה אף דלא משקרי הוא חספא לענין מתנה אבל כאן דלא משקרי כשר והרי ע"מ מעידין דלא משקרי ומהכ"ת לפסול בשביל גזרה אם השטר בעצמותו אינו פסול ואם תאמר כן אף שטר בערכ' יפסול כשחתמו הדיוט' קודם שבאו לידי ערכאי דה"ל מזויף מתוכו ומכל מקום אמרינן כשמעיד ערכי חזר לכשרתו ואף בע"מ כן דלעולם ב' עדים טובים מקיום ערכי וזהו שדייק רש"י בסנהדרין ז"ב הנ"ל מזויף מתוכו דבמה קני' בהאי שטרא חספא בעלמא הוא וזהו שייך בשטר מתנה אבל בשטר ראי' אין השטר אם אינו משקרין חספא ולא אמרינן מזויף מתוכו. ובזה מיושב קושי' מהרש"א בתוס' דפי' בד"ה לא נחלקו וכו' דחכמים דפסלי' בשטר שחתומים עליו נכרי' הדיוט' וע"מ ישראל משום דגזרינן אולי יבהו להכשיר בלי ע"מ הואיל דמצינו בערכאות דכשר ור"ע לא גזר והקשה המהרש"א מנלן לתו' זה דילמא בהא פליגי דרבנן סברי דלא אמרינן ע"מ כרתי בשאר

שטרות ור"ע סבירא ליה אף בשטרות ע"מ כרתי ע"ש ולפמ"ש לק"מ דמה בכך דלא קי"ל כר"א דע"מ כרתי מכל מקום עכ"פ ע"מ מעידין דהאמת אתם ולא שקרו בעדותם אם כן חזרו עדות הדיוט' נכרי' כעדות ערכאות דמ"ש וכי לא יהיה עדיף שני ישראלים מעידין דלא משקראי מערכי מעיד ואם בערכאו' כשר בלי ע"מ אף בהדיוט' כן דהא חזינן דלא משקרי ותו לא נ"מ אי ע"מ או ע"ח כרתי. ולכך הוצרך התוס' לתרץ דגזרינן וכו' וא"ש. ואם כן דברי הרמ"א נכוני' לעיל בשטר מתנה סתם דאפי' שמות מובהקים פסול דשם במתנה השטר חספא בעלמא ולא תלי' כלל במשקרי משא"כ כאן דבערכאות כשר משום דלא משקרי ואם כן אף בע"מ כשר משום דלא משקרי ובזה מיושב מה דהקשו לשיטת הפוסקים דלא קי"ל כר"א בשארי שטרות דמה פריך הגמרא א"ה משעבדי נמי הא לא קי"ל כר"א בשטרות ע"ש ברשב"א ריש מס' גיטין דדחק ולפמ"ש ניחא דסוף כל סוף מעידין דלא משקרי וחזר הדבר לשטר ערכאות דגובה ממשעבדי לפי דעת רוב מחברים וא"ש ולק"מ:

ח **וי"א דה"מ ששמות העדים מובהקין וכו'** הש"ך בס"ק יו"ד תמה על הרמ"א דלמה השמיט דעת הרא"ש דסבירא ליה דגזרינן מובהקים אטו א"מ כת"ק דפליג על ר"ש ע"ש וביותר יש לתמוה דהא לעיל בסי' א' גבי שטר מתנה כתב להדיא אפילו נמסרו בעדי ישראל ולא כתב דבשמות מובהקים כשר ש"מ דסבירא ליה כהרא"ש דאין הלכה כר"ש וכן בא"ע סי' ק"ל פוסק מחבר דלא כר"ש לפסול אפי' בשמות מובהקים וכמ"ש המ"מ שכן דעת הרמב"ם והרמ"א לא הגיה שם כלל:

ולכן ליישבו נברר ראשון דברי הרא"ש בפ"ק דגיטין שהוא צריך ביאור דכתב במסקנא לפסק הלכה וז"ל שטרי מתנה הנעשה בערכאות הואיל וליכא דינא דמלכות' וכו' חספח בעלמא הוא ואפי' נמסר בפני ישראל דחיישינן שמא ימסרם הנותן למקבל בפני ערכאות גוים שיהיה סובר כמו שנאמנים חותמים נכרים כן נאמנים למסור בפניהם והא ליתא דוקא לחתום שקר לא מרע נפשי' אבל בעדות בע"פ מרע נפשי' ומשקרי ואפילו בשמות מובהקים אטו א"מ עכ"ל. ודבריו תמוהי' ראשון למה בחר הטעם דאתו לסמוך עליו ולליקח אותן הנכרים לע"מ ולא פי' בפשוט דהא בעינן ע"מ ואם יבא שטר מתנה זו למקום אחר יחשבו דהני עדים ישראלים ויאמרו דחזקה דהיה שם ע"מ כמו בכל שטרי מתנה וזהו שקר דהם נכרים ואצלם ליכא חזקה זו ויפסקו עפ"י חספא בעלמא וכ"כ רשב"א בריש גיטין גבי הלכתא כר"א בגיטין פי' זה ע"ש: ואמת דגם רש"י מפרש בגמ' כך מזויף מתוכו דלמא אתו למסור קמייהו וכ"כ המ"מ בפ"א מהלכות גרושין אבל מ"מ צריך טעם לכולהו למה לא פי' כפשוטה כהנ"ל וכמ"ש רשב"א שנית כיון דשטר מתנה

שלהם אף דלא משקרי אין מועיל כקושט' הגמ' חספא בעלמא א"כ מה צורך לרא"ש לומר דבע"פ משקרי ויש הבדל בין כתב לבע"פ ל"ל זה אף דקושטא קמסהדי לא יהיה עדותם בע"פ יותר מכתב הא חספא בעלמא הוא בדבר שצריך קנין בשטר כמבואר בגמ' ועוד ל"ל זה דיטעה בין כתב לבע"פ ולמה לא אמר בפשוט דיחשוב דהן ישראלי' כמ"ש כל המחברים ועוד דא"כ דחשש דידע שהן נכרין ומ"מ ימסור בפניהם דיטעה בין כתב לבע"פ א"כ פשיטא דאין הבדל בין שמות מובהקים לאינו מובהקים דכל טיבו של ש"מ להכירו שהוא נכרי ואם אמרינן דאף דידע דהוא נכרי ומ"מ ימסור בפניו מה יועיל ש"מ וא"כ קשה להולמו מ"ש דגזרינן ש"מ אטו א"מ מה צורך לגזירה הלא לפי טעמו אין נ"מ כלל בש"מ ועוד לדבריו בשטר שנעשה בהדיוט וע"מ יש להכשיר דלא אתו למטעי הואיל והכשירו בכתב דגם בכתב פסולים וגיורא בארעא וכו'. ולישבו נראה בקושי' ראשונה דלמה לא פי' כפשוט' דאתו לסמוך עליו בחושבו דהיה ע"מ י"ל דקשי' ליה לרש"י קושי' התוס' דר"ש דמכשיר בע"מ וש"מ א"כ למה פוסל בזמן שנעשה בהדיוט מ"ש וכמ"ש התו' באמת ישוב דוחק ולכן ס"ל לרש"י דודאי יש כאן כל חששות במזויף מתוכו אי דיקחם לע"מ כפירושו או כמ"ש רשב"א בבא הגט לפנינו נחזקם בישראלי' ונימא מסתמא היה ע"מ כהנ"ל והנה ס"ל לרש"י לטעם רשב"א ודאי דאינו מועיל ש"מ דאם במדינה זו שם מובהק הוא מי יודע במדינות רחוקים אם לא שם אף ישראלים שמם כך כדאמרינן בא"י אין שמות ישראל כשמות גוים ובמד"ה רוב שמות ישראל כשמות גוים וא"כ יש לחוש מה יועיל ש"מ אולי תלך האשה בגט למדינת הים ושם יחשבו דהם ישראלים כי שם גם ישראלים נקראים בשם כך יסמכו עליו כמ"ש רשב"א אבל חששא דרש"י לא שייך דיברו למסור בפניהם דבמקומם דיש להם ש"מ הלא ניכרין בגיות וליכא למטעי והנה זהו הכלל דאין הבעל עשוי לקלקל אשתו בידי שמים ליתן לה גט פסול ולכך לר"א דבעי דוקא ע"מ אין כותבין גט לאיש אעפ"י שאין אשתו עמו אולי יתנו לה בינו לבינה בלי ע"מ ואינו גט אלא דסמכינן חזקה דלא מקלקל אותה לגרשה בלתי ע"מ ולפ"ז בבא לפנינו שטר הגט בערכאות דלא משקרי וא"כ בלי ספק נתן הבעל הגט לגרש אשתו דלא משקרי וא"כ אף דלאו בני כריתות נינהו מ"מ אם הבעל נתן גט לאשתו חזקה דעשה כהוגן ומסר לה בע"מ וא"כ באמת היא מגורשת דע"מ כרתי ומה חשש פיסול יש כאן דאתי למסמך עליו כל כי האי יש לסמוך ואין כאן חשש תקלה. ולכן צריך לומר חשש תקלה דהבעל יטעה ואף דודאי ימסור בע"מ מ"מ ימסור בפני גוים כי יטעה שהם ישראלים אך בזה מהני שם מובהק דלא אתי למטעי כמש"ל וכן כתב הש"ג בשם ריא"ז גט העולה בערכאות ושמות מובהקים כשר והיינו מטעם שכתבתי דודאי היה ע"מ דהא

לא משקרי וחזקה דעשה כהוגן ולומר דחשב דהם ישראלים ל"ל דהא יש להם ש"מ ופסק כר"ש. ולכך בהדיוטות פסול דאולי משקרי וליכא חזקה ודבריו ברורים כשיטת רש"י ורבים נתקשו בו ולק"מ. ולפ"ז א"ש בזמן שנעשה בהדיוט אף בש"מ פוסל ר"ש דודאי הא ליכא למיחש דיסבור שהם ישראלים וימסור קמייהו דהא שמותם מובהק בגיות רק יש כאן חשש דרשב"א דאתי למסמך עליו דיחשבו דהם ישראלי' ובזו אין מועיל ש"מ כמש"ל דלמא יבא הגט למדינת הים. וליכא למימר מה בכך הא חזקה דבעל מוסרו בע"מ דמי יימר זה דלמא הבעל לא גירשה כלל ולא היה דברים בעולם דהא הדיוט' חשידי דמשקרי ולכך פסול לכ"ע ואין מועיל ש"מ משא"כ בערכ' דלא משקרי וא"כ ליכא חשש דאתי לסמוך עליו כמ"ש דבאמת יש לסמוך רק כל חשש דימסור בפניה' בחזקת ישראל' ולכך בש"מ כשר. ונראה דס"ל להרא"ש דהך חזקה דאמרינן בגט ה"ה במתנה נמי דג"כ חזקה דאין מוסר הנותן למקבל רק בע"מ דאל"כ לר"א דס"ל ע"מ כרתי איך כותבין שטר לנותן אעפ"י שאין מקבל עמו למ"ד עבחז"ל דלמא לא ימסרו בע"מ ועיין מש"ל בסי' נ"א בזה אלא דחזקה דכיון דנותן בדין נותן ומוסר בע"מ ודין מתנה שוה לגט וכן מוכרח לפמ"ש ברש"י דהא לחד שנוי' אמרינן בגיטי נשים והיינו אף מתנה ועל זה מכשיר ר"ש בע"מ וש"מ ולא חיישינן דבמד"ה לא שייך ש"מ כמ"ש לרש"י אלא דגם במתנה איכא הך ולכך נתן הטעם ג"כ דיסמוך עליו לע"מ אך נראה דס"ל להרא"ש כמ"ש הגהת הרא"ש והמרדכי בשם ספר החכמה מר' יקיר דמן התורה גוי' כשרים לעדות אם נודע דלא משקרי וכ"כ רש"י גיטין דף ט' ע"ב ד"ה חוץ מגיטי נשים דלאו בני כריתות נינהו שאינו בתורת גיטין וקדושין אבל על הדינים נצטוו בני נח וכו' ע"ש הרי דמורה דהם בני עדות דהא הם בכלל דינים והם בתורת עדות. ולדבריהם צ"ל מה פריך בגמ' גבי מתנה הא חספא בעלמא הא הם כשירים לעדות אי לא משקרי וצ"ל כיון דע"ח כרתי ובע"פ אי יאמר אלף פעמים שדי נתונה לך אין מועיל רק בכתב והם עושים הקנין בשטר דע"י החתימה בשטר נעשה הקנין א"כ כמו דאמרינן לאו בני כריתות נינהו אף אינהו לאו בני קנין השטר נינהו ואין שטר בנכרי דאין שטר קונה בנכרי כלל וא"כ לאו בני קנין הם ובפרט לאביי דס"ל עבחז"ל והם עדי חתימה כרתי הם הזוכי' בחתימתן בשביל המקבל ולכך ע"ח כרתי דהם הזוכי' בשביל המקבל ועיין במהרש"א ב"מ דף כ' כתב להדיא לר"מ דס"ל ע"ח כרתי עבחז"ל דאורייתא דהם הזוכי' בשביל המקבל ועיין מש"ל סי' ל"ט דמוכח דאף לר"א צ"ל כן דאל"כ מנלן לומר כן לאביי וא"כ דהוא מתורת זכי' ונכרי לאו בני זכי' דלאו בתורת שליחות וזכי' מתורת שליחות ושפיר פריך הגמרא חספא בעלמא. ולפ"ז קשה מה מזויף מתוכו יש כאן למסמך עליו

הא בררנו דליכא חששא ואי דימסור בפניהם מה בכך דימסור בפניהם הא בעדי מסירה לא הם עושים קנין כלל ולא זוכים בשביל המקבל רק המקבל זוכה בקבלת ומסירת שטר והם רק עדים על המסירה והא נכרים כשרים לעדות וא"כ מה חשש פיסול יש כאן ולכך הוצרך הרא"ש לומר דבע"פ משקרי אפילו ערכאות וא"כ אם יקחום לע"מ יהיו פסולים דמשקרי והרא"ש ס"ל כרשב"א בחדושיו דזה לא יטעה למוסרו לעדים דקאים קמי' שהם ישראלים דהא מכירן ובפרט הרא"ש דס"ל עולים בערכאות פי' דהערכאי בעצמו הוא המעיד יהכותב כמ"ש הטור וא"כ איך יטעה ויחשוב לערכי ישראל ולכך הוצרך הרא"ש לומר דאמת דידע דהם נכרין רק דיטעה כהנ"ל. וס"ל להרא"ש דמה בכך הא מ"מ ליכא כאן חשש פיסול דאם יבאו בגט או מתנה לב"ד והב"ד הם יביטו יראו בו דחותמיהן גוים לא יסמכו על חזקה דהיה ע"מ דיחושו אולי הם ע"מ ויצטרך להביאן לב"ד הע"מ ובעלמא סמכינן אחזקה אבל כאן אתרע חזקה די"ל כמ"ש הרא"ש דמסרו לפני גוים רק בשמות בלתי מובהקין י"ל דהב"ד יחשבו דהם ישראלי' ולא אתרע ויסמכו אחזקה אבל בשמות מובהקין ליכא למטעי לר"ש (וזהו לא ס"ל להרא"ש כמ"ש לרש"י דבמדינות רחוקות אין מועיל ש"מ רק ס"ל כמ"ש התו' על נעשה בהדיוט) ולת"ק דר"ש גזרינן אטו שמות שאינו מובהקין במובהקין. וא"כ שפיר פסולים ולק"מ ומעתה לא קשה ג"כ מש"ל בנעשה בהדיוט מה איכא למימר דהא לא יטעה כנ"ל דבהדיוט א"צ לזה די"ל דהב"ד יטעו שהם ישראלי' ויסמכו אחזקה ובאמת כולו שקר דהבעל לא צוה מעולם לגרש או ליתן דהם בחזקת משקרי וא"ש דמכל צד פסול: וזאת תורת העולה מהנ"ל חדא דמה שכתב הרא"ש דכי מהימנו הערכאות בכתב אבל בע"פ לא מהימני והמרדכי כתב להדיא דאפי' בע"פ מהימני הערכאות. נראה לפמ"ש דתלי בזה אי גוים כשרים לעדות ד"ת או לא דאי כשרים לעדות ד"ת מוכרחין לומר כמ"ש הרא"ש דבע"פ משקרי אבל אי אמרינן כדעת התו' דגוים פסולים ד"ת א"כ אצ"ל דבע"פ משקרי דמה בכך דקושטא קאמרי ליכא כאן עדות כלל ועוד נלמד לכאורה מדעת התו' והרא"ש דמחשבי הך שטרי מתנה לחספא בעלמא אי ליכא ע"מ דהא דכתבו התו' בגיטין דף ד' ד"ה דקי"ל וכו' ובדף יו"ד ד"ה חספא וכו' דא"צ ע"מ רק הודאת בע"ד כק' עדים אין פרושו דמודה דמסרו ליד המקבל דא"כ מה טעם יש לפסול בהך שטרי מתנה דחתום ערכאות דכיון דלא משקרי א"כ וודאי מסרו ליד המקבל ואנן סהדי דמסרו לידו והוי ע"מ ומ"ש דחתומים עליו עדים ישראלים אי חתומים עליו גוים סוף כל סוף לא משקרי דצוה ליתן לזה והשטר בידו הרי ברור דהוא מסרו והא א"צ ע"מ במתנה ובינו לבינו נמי מועיל וכיון דלא משקרי ע"כ מסרו לידו והרי כאן ע"מ וזהו דעתו של רש"י ז"ל דפי' דה"ל לוקמי כר"א בע"מ וכי

נעלם מעין רש"י דאף במתנה אמרינן מודה ר"א במזויף מתוכו בהני תרי גיסי דשם אין כאן ראיה על המסירה דקרובים לא מהימני אבל כאן בערכאות דמהני דלא משקרי רק דלאו בני עדות או זכיה נינהו א"כ כיון דלא משקרי ודאי בא לידו. ואנן סהדי דמסרו לידו והרי כאן ע"מ ולכן דברי התו' והרא"ש דה"ל מזויף מתוכו קשה להבין דהא יש כאן ע"מ ולא דמי לגט דה"ל דברים שבערוה ולא מהני מסירה בינו לבינה. ולכן צריך לומר דמ"ש התוספות בהודאת בע"ד היינו דחתום עליו בע"ד והודה שנתנו או כתוב בכת"י אבל כתוב על הנייר מבלי חתימה אף דמודה דנתנו לו אינו כלום דאין כאן תורת שטר רק נייר בעלמא מסרו לו לצחק בו ובעינן דיהיה עליו תורת שטר או חתום בעדים או כתוב או חתום בחת"י או מסרו בעדים והן משוי לי' לשטר אבל מוסר נייר בינו לבין עצמו שכתוב בו שדי נתונה לך אינו כלום וכן הוא בזה בעדים גוים כיון דלאו בני עדות או זכי' נינהו ה"ל כאלו לא חתמו כלל ומה בכך דאמת אתם זהו שנראה ברור בכוונת התו' וכן נראה. ואמת דיש מקום לדחוק ולומר דמה בכך דלא מסהדי שקרא בשלמא בחתומים ישראל אמרינן איך מגיע השטר ליד המקבל או מיד הנותן וא"כ קנה במסירה או דעדים מסרו ה"ל כשלוחים של הנותן וקני ליה אבל בחתומים גוים אמת דנמסר לידו ובצווי הנותן רק הואיל ואין שליחות לגוי אף דמסרו הם בצווי הנותן לא זכה המקבל וזהו דוחק דכיון דנמסר לו ה"ל כע"מ ולכן ברור הדבר כמ"ש ובזו נחלקו התו' ורא"ש עם רש"י. ועיין מש"ל בסי' מ"ב בזה ע"ש:

ואחרי שבררנו דברי הרא"ש נשוב בדברי הרמ"א ונראה דהנכון כדברי רמ"א דהשמיט דעת הרא"ש דהא באמת רש"י מפרש הך דר"פ בשטרי דפרסאי דמיירי דיש ע"ח גוים וכ"כ הרשב"א להדיא דמיירי בע"ח גוים הדיוטות וכ"כ הר"ן והרא"ש הקשה דאיך פסק כר"ע ולא כחכמים ולכאורה אין זו קושי' דהא בתוספתא כך שנוי' וכן הביאו הרמב"ן במלחמות כל שטרות העולים בערכאות אעפ"י שחותמיהן גוים ר"ע מכשיר בכולן וחכמים פוסלין בגיטי נשים ושחרורי עבדים. והיינו כת"ק דס"ל אפילו בע"מ ושמות מובהקים ס"ל לחכמים דפסול משום גזרה. ואר"ש לא נחלקו על שטרות העולים בערכא' שהה כשרים ואפי' גיטי נשים וכו' לא נחלקו אלא בזמן שנעשו בהדיוט שר"ע מכשיר וחכמים פוסלים חוץ מגיטי נשים וכו' היינו כשמעתין. וא"כ לפי דקי"ל כת"ק לא נחלקו ר"ע וחכמים כלל בשאר שטרות ולכ"ע כשר בע"מ וש"מ רק פליגי בגט או מתנה למ"ד תני כגיטי נשים וא"כ מה קושי' ר"פ כר"ע הא לת"ק לכ"ע שארי שטרות כשר ולכאורה הדבר תמוה על הרא"ש אמנם הרא"ש הקשה דהא אין טעם למה מתנה פסול אפילו בע"מ וש"מ ושארי שטרות יוכשרו בע"מ וש"מ וע"כ דליתא ולת"ק אפי' בזה פסלינן רק

י"ל בשלמא במתנה איכא רק חששא וספק א' אם לא יבדילו בין ש"מ לאין ש"מ דאם באמת יטעו ויסמכו הרי פסול גמור דמתנה הנעשה ע"י נכרי' בע"ח וע"מ פסול לגמרי ואין ממש במתנה וא"כ אם יטעו ויסמכו על הנכרין הרי עושין גזל גמור ומכ"ש בגט ולכך גזרו אבל בשטרי הלואה אף דחותמיה' גוים וע"מ כמו כן נכרין וכי ודאי פסול אלו המעשה אמת הא כשר רק אנו חוששין דלמא משקרין וא"כ הרי כאן חששא רחוק' לגזור בש"מ ספק אי יטעו ויסמוכו על נכרי' ואת"ל דיטעו ויסמכו מאן יאמר דלא העידו האמת וכי ודאי משקרי וא"כ בזה ודאי אין לגזור אך הרא"ש לשיטתו כמש"ל דס"ל אלו לא משקרי אף במתנה כשר בע"מ כמש"ל דהם בני עדות והוא רק חששא אולי בע"פ משקרי וא"כ חזר הדבר להיות שוה כמו שטרי הלואה וכנ"ל וא"ש דהקשו כן על רש"י אבל לפי דקי"ל לעיל סי' ל"ד סי"ט דגוי פסול לעדות. ומשמע' הרמב"ם ורוב מחברים דפסול ד"ת וא"כ א"צ לחלק בין בכתב ובע"פ דבע"פ משקרי רק אמרינן כמרדכי דלעולם לא משקרי ומ"מ פסול וא"כ שפיר יש לחלק בין מתנה לשטר הלוא' וא"כ צדקו דברי הרמ"א שהשמיט דברי הרא"ש דס"ל לחלק ובזו בשטרי הלואה לכ"ע בש"מ כשרים משא"כ בשטר מתנה אפילו בש"מ פסול משום גזרה אטו אין מובהק ולק"מ ודוק כי הדברים ברורים וביותר בדברי הרא"ש ורש"י כנ"ל:

סימן סט

א **וחתם למטה** כתב הש"ך בשם הגהת הרא"ש על הא דלא לחתום אינש כי אם ברישא דמגילתא דהקשה הריב"ם מה מהני אם יחתום עצמו בראש מגילה יכתוב בצדו על הגליון אני לויתי מפלוני מנה ולכך תי' דאם כ' אני לויתי מפלוני מנה וחתם עצמו באותו שיטה לא מהני והש"ך כתב דממ"ש הפוסקים דאיך יחתום עצמו העד באמצע שיטה אולי יחתוך כל שטר ויכתוב לפני העד דחייב מנה ותי' הואיל וליכא חשש ריעות' ללוה כי אם לעד לא חיישינן דאפסיד אנפשי' מזה מוכח דליתא לדברי ריב"ם ולי נראה אפשר לחלק דודאי דיוקו של ריב"ם מגמ' דקאמר לא לחתום אינש אריש מגילת' ולא קאמר נמי בתחילת השור' ש"מ דאי חתם בראש מגילה תו ליכא למיחש. ולכן נראה ודאי כשנכת' הכל בראש הדף מבלי חלק לפניו צדקו דברי הריב"ם דאין מועיל כיון דלפעמים חותם עצמו כן להראות חתימתו בב"ד וא"א לצמצם שיחתום עצמו תיכף ובתחילת שיטה מבלי שיור מקום פנוי כלל. ולא עבדי רבנן מילתא דאתי לידי תקלה ולכך אינו גובה בו משא"כ כשיש למעלה מהשיר' שכ' הח"י וחוב שלו מקום פנוי ומכ"ש כשנכתב מלא שיטה ומחצה ואח"כ חתם פשיטא דמועיל לגבותו דאין זו תקנת חכמים דהם אמרו לחתום

עצמו בראש מגילה ואם שינה אפסיד אנפש' וא"כ שפיר הקשו התו' ומחברים מהעד דמניח חצי שורה פנוי דבלא"ה יש בין חתימה לשטר שורה פנוי דלכך קי"ל דאין למידין מש"א וא"כ הרי יוכל לחתיך כל השטר למעלה ויכתוב כחצי שיטה ושיטה למעלה פנוי או שיכתוב שטה ומחצה ואם כן כשר לכולה עלמא ויפסיד העד ואתי שפיר. ולכן נראה למעשה אם בא כתיבת ידו בזה בראש השיטה והחוב וחתימת ידו בשיטה אחת יש להתישב אם יש להוציא נגד דעת הריב"ם כי לפמ"ש אין כאן חולקים ויכול לומר קים ליה:

ב **ולא מן הלקוחו'** כתב הסמ"ע אפי' הודה הלוה דלא פרע מ"מ לית ליה קלא ועוד חיישינן לקנוני' והש"ך השיג מה קנוני' שייך ואי דהחזיר כבר ללוה כת"י ועכשיו חזרו למלוה בשטר נמי נימא הכי אלא כיון דלא נפל לא חיישינן לקנוני' ודבריו בלתי מובנים דהרי דברי סמ"ע כפשוטן דאנן טענינן ללקוח' פרוע דהא נאמן על כת"י פרוע ואי דהוא הלוה לא טען לאו כל כמיני' לחוב לאחרים בהודאתו ולזה נתכוון הסמ"ע בקנוני' דאנן טענינן פרוע והוא עושה קנוני' עם המלוה לומר דלא נפרע לחוב ללוקח והלא כה דברי הש"ך בדוכתי' טובא דטענינן ללוקח פרעתי אף דהוא חייב מודה עיין לעיל סי' ל"ט גבי פס"ד דחולק בזה אסמ"ע. והנה הא דהוסיף הסמ"ע הטעם קנוני' אף דסגי לגבי לקוח' כטעם ראשון דל"ל קלא נר' דנ"מ לגבי מלוה בשטר מאוחר לגבות מב"ח דיש לפי הדין דלקמן בסי' ק"ד לכת"י המוקדם דין קדימה ולא מצי למימר כדלעיל סי' מ"ג השתא דכתב דהא הוחזק בב"ד וכמ"ש הש"ך מ"מ לפי דברי הסמ"ע יטעון מלוה בשטר דילמא פרע לכת"י והוא אינו נאמן לחוב לי בהודאתו משא"כ מלוה בשטר דאין נאמן לומר פרעתי. ואין להקשות לפ"ד הסמ"ע מה פריך בגמרא סוף ב"ב בהא דאמרי' אפי' הוחזק כת"י בב"ד מכל מקום אין טורף ממשעבדי ופריך הגמרא דתנן אם מוסרו בעדים גובה ממשעבדי דמה קושי' דבשלמא שם ידע הלוה דהוא מוסרו אם כן א"י לומר פרעתי דלמה הניח שטר בעדים וגובה ממשעבדי אבל כאן וכי ידע הלוה דהמלוה החזיקו בב"ד מלוה ולא לוה מקיים שטר ואם כן יכול לטעון פרעתי כשאר כת"י דעלמא ואם כן אף כשחיי' מודה מכל מקום אין טורף מלקוח' דטענינן להו פרעו הלוה. די"ל אלו שורת הדין דהואיל דהוחזק בב"ד אית ליה קלא וגובה ממשעבדי אף הלוה לא היה נאמן לומר פרעתי דהיה לך לחוש אולי הניחו המלוה לקיימו בב"ד כדרך המלוים ויגבה ממשעבדי ושטר כזה חושש להניח בידו. ומכ"ש לטעם הרא"ש דהואיל דלית ליה קלא י"ל שכחתי ואם כן אי דהא אית ליה קלא אין נאמן פרעתי ולכן דינו של הסמ"ע לגבי ב"ח בשטר מאוחר צ"ע:

ג **מן הלקוח**' ואם כתב כת"י מסתם ללות בו ואחר כך נמלך ומסרו בעדי מסירה משמע מדברי הגמרא דב"ב דף קנ"א דמ"מ לא טריף ממשעבדי כלל דמשני על הוחזק כת"י בב"ד דגובה מב"ח מהא דתנן אם מסרו בעדים גובה ממשעבדי שאני התם דמשעת כתיבה הוא דשעביד נפשי' ופי' רשב"ם כשנכתב שטר נכתב כדי למוסרו בפני עדים שיהיה ע"מ וכו' אבל הך כת"י כשהלוהו כמלוה ע"פ דמי ותו לא מצי ב"ד בקיומן לעשותו שטר שיש בו אחריות נכסים שהרי לא לדעת כן נכתב מתחיל' עכ"ל וכן הדבר כהנ"ל איברא דהש"ך בס"ק ז' הקשה לפי טעמו של בעה"ת דלית קלא לקיום ב"ד דהדיינין מקיימין אעפ"י שלא קראוהו ואפי' קראוהו לאו אדעתם כלל ולכך נאמן לומר פרעתי אם כן מ"פ הגמ' מהא דמסרו בפני עדים גובה ממשעבדי התם צריכין העדים למקרי אבל כאן הדייני' חותמים אעפ"י שלא קראוהו ותי' הש"ך דכן באמת פי' הגמרא ש"ה דמשעת כתיבה שעבד נפשיה דנכתב שיקראו אותו העדים ולפי זה אין ראי' להנ"ל. אבל באמת פירושו דחוק ואין לשון הגמרא סובלו כלל ולא כן פי' שום מחבר ומפורש:

ולכן נר' בגוף הקושי' דהא כתבו תו' כתובות דף ק"ט ד"ה לא שנו כו' דהקשו בהא דא"ר ראיה בקיום שטר הא הדיינים חותמים אעפ"י שלא קראוהו ותי' דהתם רמו אנפשי' לדייק ולמקרי וכו' הרי במקום דנ"מ בקריאתם רמו אנפשי' למקרי ולכך לס"ד דקיום משוי ליה מלוה בשטר א"כ רמו אנפשי' ומקרי אבל השתא דמשני דמ"מ לא הוי מלוה בשטר א"כ מה להם לקרות ואי דלא יהיה נאמן לומר פרעתי הא יכול לכתוב נאמנות וכדומה והבעה"ת כתב זה למסקנ' אבל הגמ' לא מצי לשנויי כך דה"א באמת חוב עליהם למקרי. מיהו לפי דיוקו של רשב"א מהך דהדיינים חותמי' אע"פ שלא קראוהו דאין צד קורב' פוסל בקיום דאל"כ הא צריכין למקרי וכמ"ש לעיל סי' מ"ו סי"ח וסי"ט ע"ש והטעם דהקילו בקיום שטרות דרבנן ולפי דעת ש"ך בס"ק י"ג והב"ח קיום כת"י דאורייתא וא"כ פסולים בו קרובי' וא"כ צריכין למקרי וליתא לדינא של בעה"ת וטעמו:

ד **אם נתקיים וכו' או שעדים מעידים וכו'** משמע דקיום דנקט לאו עפ"י עדים כי אם משני שטרות וכדומה דמדמי' כתב לכתב כדלעיל בסי' מ"ו ולאפוקי מר"ש גאון דסבירא ליה בכתב ידו אין מקיימי' רק מפי עדי' המעידים שזהו כת"י הואיל והקיום כת"י דאורייתא וכתב הש"ך הטעם דלא ס"ל כוותי' דאף דאמת אתו דכת"י מהתורה בעי קיום מ"מ אין לחלק בין קיום לקיום ואפי' בדאורייתא מהני קיום זה ונר' דיליף ליה ר"ש גאון מהך דאמרי' בשמעתי' מצא שט"ח דשמואל ס"ל אי נמצא שטר שיש בו אחריות לא יחזיר דהיינו שאין חייב מודה ולא דטען פרוע דאינו נאמן לשמואל רק דטען מזויף והקשה התו' בממ"נ נהדרי' אי ימצא לקיימו הא טען שקר ואי לא אף דשטרא

בידו לא יגבנו ותי' התוס' דאף דימצא לקיי' מ"מ הואיל ונפל לא סמכינן אקיום דלמא זייפו כולי האי עד דדמי לגמרי ור"ש גאון ליישב קושי' זו ס"ל דוודאי כי מהני הך קיום דשני שטרות בקיום דרבנן אבל בשל תורה לא מהני דאי הוי משל תורה לסמוך על קיום הלזה אף בנפל היה מועיל כיון דדין גמור הוא רק לא אמרו רק בקיום דרבנן ובנפל וטוען מזויף אזדי חזקה דאורייתא דלא חציף אינש לזייף ובעי קיום של תורה ולכך לא מהני הך קיום דשני שטרות ולכך לא יחזיר דאי יהיה בידו יתקיים ע"י שני שטרות וזהו לא מהני בקיום סורה ולק"מ מכל קושי' התוס' איברא דהך גופי' אי בכת"י ד"ת בעי קיום במחלוקת שנוי' ורמ"א כ' לעיל גבי מה שנהגו לקיים הרב יחידי דקיום שטרות דרבנן והוא הקיום דנהוג בפולין בממרנ"י שהוא כת"י ולכן גם בזה תלי' הכל לפי מה שעיני הדיין רואות ולבו יהיה לש"ש להוציא הדין לאמיתו. ונר' דאף ר"ש גאון לא אמרו אלא במכחיש להדיא ואמר מזויף הוא דבזה בעי קיום ד"ת ועיין מ"ש לעיל בסי' מ"ו באריכות מזה אבל אם אינו מכחישו בבירור וטוען מזויף אף בכת"י יכולים לסמוך בקיום הנ"ל כיון דלא טען מזוייף ובזה אזלו ראי' הט"ז בי"ד סי' רכ"ה דפסק הרמב"ן דמהני נתינת רשות בנדרי' עפ"י כתבו אם מכירין כתבו ומזה רוצה הט"ז להוכיח דסמכינן אפי' בדבר של תורה על קיום הלזה ואין משם ראי' דשם ליכא דטוען מזויף ולא חיישי' כלל לזיופו ובקיום כל דהו סגי:

ה **ואם כפר ואמר שאינו כ"י וכו'** הקשה הש"ך דלקמן בסי' פ"ב הביא הרב דעת רשב"א דאם טען על שטר מזויף הוא ונתקיים אח"כ דלא הוחזק כפרן דר"ל שיקיימנו ואח"כ ידין עמו ורשב"א גופי' אמר למלתא על כת"י וא"כ איך סתם כאן דלא כרשב"א ולקמן בסי' פ"ב הביאו דעתו. ונר' ליישב דבשלמא בשטר דא"נ לומר פרעתי אם כן שפיר מצי למימר ידעתי דאם אטעון פרעתי לא אהיה נאמן ולכך טענתי מזויף ואם לא יכול לקיימו אהי' נאמן דפרעתי במגו דמזויף דקיי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ואפי' יש לו עדי פרעון יכול לומר מתחילה לא ידעתי מעדי' או לא היו בנמצא ולכך לא הוחזק כפרן משא"כ בכ"י דמעולם נאמן לומר פרעתי לדעת מחבר א"כ אלו פרע מה לו כל זה לטעון מזויף ולהטריחו להדר בתר קיום תיכף ה"ל לטעון פרעתי והשטר חספא והיה נאמן ואהדורי טענות ל"ל אלא וודאי שקרא הוא ולכך הוחזק כפרן ולכן הרשב"א דס"ל אף בכת"י א"נ לומר פרעתי כתבו גבי כת"י דלדעתו שוה דין כת"י לדין שטר בכל אופן אבל לפי דקיי"ל בכת"י דלא כרשב"א וודאי יש חילוק ולכך לא כתבו הש"ע רק גבי השטר בסי' פ"ב וא"ש כי חילוק זה פשוט וברור ועיין לקמן סי' פ"ב דהוכחתי חילוק זה דאל"כ הרשב"א סותר דבריו בחידושיו ע"ש סק"ג:

ו **וי"א דא"י לומר פרעתי** הרשב"א הביא ראיה מהא דאמרינן המפקיד בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו משמע לולי מגו לא היה נאמן אף דאין בו אחריות נכסי' כלל וה"ה לכת"י והרב הש"ך דחהו ואמר דלולי דנאמן הוא דהחזיר במגו דנאנסו באמת היה גובה ממשעבדי בכח שטרו רק הא דאין גובה הוא מכח דטענינן ללקוח' החזיר או נאנס ויפה כתב והגאון מהר"ג בחדושי גרשוני פקפק עליו שיהיה שעבוד חל על לקוח' בפקדון במקום דלא יכול לומר נאנסו ולי נראה דדברי הש"ך מוכרחים דהא רב ושמואל ס"ל מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים הרי לדעתם שוה דין יורשי' לדין לוקח ובמקום שגובה מלוקח גובה מיורש ואי לא גובה מלוקח אף מיורש אין לגבות. וא"כ איך אמרו בב"ב דף ע' שטר כיס היוצא על יתומים דייני גולה אמרו גובה כולו ודייני גולה הוא שמואל וקרנא וקשה לשמואל איך יגבו מיורשי' דע"כ איירי דעסקא אינו בעין דאל"כ איך אפשר לטעון החזיר ואם אינו בעין רק שיתחייב המקבל לתת תמורתו למה יתחייבו היורשים כמו דלקוחו' פטורים אף יורשים יפטרו לתת מחיר העסקא וע"כ צ"ל כש"ך דכיון דלא טענין החזירו לדייני גולה נתחייבו בו הנכסי' וה"ל כמלוה בשטר. ועיין לקמן סי' ק"ח דמבואר דהך שטר כיס איירי דאין העסק בעין רק נתחייבו נכסי' ע"ש. ודברי הש"ך ברורין. אך יש להבין ברשב"א בממ"נ למה לא דייק מהך דשטר שאין בו אחריות דמבואר בגמ' דב"מ דף י"ג דאין נאמן פרעתי ולכך כשאין חיי' מודה לא יחזיר דחיישינן לפרעון ואם יחזיר לא יהיה נאמן וצ"ל דס"ל כריב"ש דכיון דיש שטר תו א"י לומר פרעתי וא"כ אף מהך דשטר פקדון אין לו ראיה וכבר עמד כעין קושי' זו הרב בעל משנה למלך בפי"א מהל' מלוה ולא תי' כלום ונר' דס"ל לרשב"א כמ"ש באורים השטר שאני דרואה הואיל וטרח ליקח שטר ש"מ דלא מהימן לי' ואף הוא לא מהימן לי' וכעין סברא זו חלקו בין מלוה בעדים למודה בעדים התו' ב"ב בשמעתי' אין אדם פורע תוך זמנו ע"ש. ולכך א"א להקשות מהנ"ל אמנם מההיא דשטר פקדון קשי' ליה דשם אמרו כן אף על שטר כיס דהוא פלגא מלוה ופלגא פקדון וכאן אין ראיה דלא מהימן ליה דלקח שטר כדי שיהיה לו על הפלגא מלוה שעבוד נכסים לטרוף מלקוח' וא"כ שפיר הקשה למה צורך על פלגא פקדון מגו הא בלא"ה נאמן והוי כמו כת"י:

ז **לומר פרעתי** הרב הש"ך הכריע כהנך רבוות' דס"ל דנאמן לומר פרעתי וכ' אפי' תפס בעדים מפקינן מיני' ולא יכול לטעון קים ליה והפריס על המדה דהרא"ש גופי' כ' בתשוב' כלל ס"ז דהוא מחלוקת רבוות' ואי תפס בחיי אבוהון מטלטלין לא מפקינן מיני' והיינו בתפס בעדים דבלי עדים אפי' בלי כת"י נאמן במגו וכן מהני אפי' בתפס לאחר מיתה מתורת מגו דמהני אפילו בדברים העשוי' להשאיל ולהשכיר ודברים מכלי אוכל נפש

דחיי' להחזיר וזה פשוט וא"כ דכיון דהרא"ש ס"ל תפיסה מהני מי יורה נגדו ובפרט דאין לרי"ף וסייעתו שום ראי' מהש"ס כמ"ש תוס' בכתובות אם לא מהך דב"מ דף ע"ה ע"ב דשדר לי' נייתי מר סהדי ונכתב ולא אמר ליה דישלח ליה כת"י והטורח מעדים ל"ל וע"כ צ"ל משום דמצי לטעון פרעתי ולכך אהדר על שטר בעדי' ומיהו זה יש לדחות דעדיין קשה ה"ל לכתוב בי' נאמנות אלא דאפשר רבינא החמיר מבלי לעשות מלאכה אפי' עראי בסמוך לשבת ולכך אמר יקחו עדים והם יכתבו כמ"ש ועיי' א"ח סי' ת"א ע"ש ואיברא יש להבין ברא"ש השתא דתקנו רבנן לגבות אפי' ממטלטלין דיתמי מאי איריא דתפס מחיי' הלא אפי' תפס לאחר מיתה נמי יועיל תפיסה כיון דמטלטלי דיתמי משתעבדי והרב משנה למלך הניח' בצ"ע בפ' הנ"ל אמנם נר' דס"ל להרא"ש כמ"ש מרדכי בפ' אלמנ' נזונית דהואיל דצריך שבועה קודם שתבעה מיתומי' א"כ אף לבתר דמשתבע מ"מ נכסי' בחזקת יתומים ולא שייך בי' תפיסה ועיי' תשובת מהר"ם מינץ סי' צ' במחלוקת אי אדם מוריש שבועה לבניו כ' ג"כ דתפיסה בשל יתומים לא מהני אפי' לבתר דתקנו רבנן סבוראי לגבות מטלטלי' של יתמי כדעת רבינו יואל במרדכי פרק אלמ' נזונית וזה דעת הרא"ש ולכך בעי תפיסה דוקא מחיי' ועיי' מ"ש מזה לקמן בסי' ק"ו ביותר עכ"פ דעת הרא"ש כן בלי ס' בתשובה ולק"מ ואין מקום לתמיהת המשנה למלך והנה בח"כ הנוהגי' בזמני' נהגו כל בתי דיני בישראל לפסוק דא"נ לומר פרעתי ורוב לומדים נתנו טעם משום דינא דמלכותא דינא ובאמת אין זה טעם כי דינא דמלכות אין לבד על ח"כ רק כל נימוסם הוא אפי' על כ"י בעלמא וחשבון בפנקס א"נ לומר פרעתי ולכך אף גבי ח"כ א"נ לומר פרעתי וא"כ אם באי' אנו לדון כפי הנימוס המלכות בטלו כל ד"ת וכבר כתבתי לעיל דוקא אם גזירת המלכות שלא יועיל שום שטר רק שטר ערכאי הוא דאמרי' דינא דמלכות' דינא ולא זולת וא"כ וכי גזר המלך שיהיה דוקא נכתבים ח"כ מבלי נאמנות בתוכו או שאר שטר שמועיל וא"כ לא שייך דינא דמלכות' וכמ"ש דאל"כ ח"ו יבטלו ד"ת ולכן נר' הטעם הנכון דכל עצמותו של הטעם דנאמן לומר פרעתי משום דאין משגיחין ומדקדק כ"כ להניח כ"י ביד המלוה הואיל ואינו גובה ממשעבדי בח"כ דטיבו לתתו לאחרים ונגד אחרים קשה לטעון דיאמר לאו בע"ד דידי את תבע למלוה שמכרו לי ולי אתה פורע וכך טיבו של ח"כ דאפילו יש לו שובר מהמלוה צריך לפרוע ללוקח הח"כ שבידו הח"כ וכך נימוסו וא"כ על כ"י כזה וודאי מקפיד מבלי להניחו ביד המלוה אם פרעו דאולי ימכרו ומאי לו לדינא ודיינא וכן מצאתי בתשובת הרמב"ן סי כ"ג דכ' להדי' היכא דאיכא דינא דמלכות' דא"י לטעון פרעתי פשיטא דמצי אמר לי' שטרך בידי מה בעי דאנן סהדי דכיון דהורמנא מלכא הוא ואולי אפיק בערכאות לא מצי

למימר פרעתי ואף הוא לא שבק שטרו בידו דחבריה ע"ש ומכ"ש בח"כ דדרכו למסרו מזה לזה אפי' ליד גוי ואפילו למדינות רחוקות וא"כ וודאי מקפיד עליו ויפה הורו בתי דינים בישראל ואלקי' נצב בעדת אל:

ח **ולא מהני וכו'** זהו שכ' ליישב מה שהקשה בהא דאמרינן דלא לכתוב אלא אחספא דלמא משכח אינש דלא מעלי וכתב מה דבעי דהא יכול לטעון כן שכחתי וחתמתי שמי ואתה מצאתיו ותי' דאי לא יטעון כן אנן לא טענינן לי' והוא לא יטעון כן וכעי' תי' זה תי' הרא"ש בקושי' למ"ד דנאמן לומר פרעתי יטעון פרעתי ותי' ג"כ דהוא לא יטעון פרעתי רק להד"ם ויוחזק כפרן. והקשה הדרכי טעם בחלק ח"מ סי' ל"א ויתר מחברים מה קושי' דילמא יכתוב ע"ג חוב שהוא תוך זמנו ולא מצי לטעון פרעתי וגם טענה הנ"ל של בעה"ת לא מצי לטעון דעל הכל הוא רק נאמן במגו דפרעתי ולק"מ דאביי הוא דאמר הכי בכתובות ודוקא אסכא ואביי ורבא סבירא להו תרווייהו אדם פורע ת"ז ולק"מ אך הא קשי' דילמא יכתוב ע"ג נאמנות דיהיה מלוה נאמן שלא נפרע כדאמרינן וכ' עליו מה דבעי ותו ל"ל פרעתי וכל אינך טענת דיהיה נאמן במגו דפרעתי וצ"ל דאיהו סבירא ליה הא דאמר לי' אביי דוקא חספא ולא ארישא דמגילת' ועיין תוס' דהך חספא הוא דוקא לר"מ ולא לר"א וצ"ל דיותר טוב דרישא דמגילת' א"א לצמצם דיכתוב תיכף רצוף בתחילת עמוד מבלי להניח מקום קטן פנוי ואם כן בקל יכול לכתוב איזה אותיות בכתב קטן פלוני לוה מפלוני מנה ועיין סק"א מש"כ בזה בשם ריב"ם דבאמת ס"ל בכה"ג לא מהני והיינו ג"כ דהרגיש דא"א לצמצם כ"כ ולכך קאמר אביי יותר טוב אם אפשר בחספא ואם כן תו ל"ל דיכתוב נאמנות דכ"כ פנוי לא יניח לכתוב בו שופרי דשטר ודי דיהיה יוכל לכתוב פלוני לוה מפלוני מנה ושפיר הקשה וא"ש ודוק. ואחר זה מצאתי כעין דבר זה בדרישה והנאני אלא דלא ביאר כ"כ דכ' דדייק מרישא דמגילת' וזהו אין דיוק דרישא קאי שלא יהיה למעלה מקום פנוי ועיין סק"א ודוק:

ט **כתוב בו נאמנות וכו'** כ' הש"ך בס"ק י"ז בשם עיר שושן דהמוציא על חבירו כת"י חתום על נייר חלק ואמר שחיי' לו עליו דאינו כלום דיכול לומר ממני נפל ואתה מצאתיו והסמ"ע חולק עליו דהא לנפילה לא חיישי' וש"ך הסכים לדע"ש מטעם דבמה יתבע הא אין בכתב כ' כלום ואי דיש לו מגו דיכול לכתוב ה"ל מגו להוציא ויפה כ' ועיין לקמן בסי' פ"ב בכללי מגו דאם טוען הנתבע שמא והתובע ברי אמרי' מגו להוציא ואם כן יכול לתבוע בכתב זה או דאם תפס המוציא בעדים ג"כ מהני מגו דה"ל מגו להחזיק ונר' דבלא"ה לא אמרי' דהוי כאלו נכתב נאמנות דהא בנאמנות בעינן קנין מפורש וצריך לכתוב בנאמנות מפורש ואם כן מה"ת נחזיק לכת"י לנאמנות כיון שאין כ' בו נאמנות

כלל ואם כן הרי יש לו מגו דפרעתי וב"ח בספרו ובתשו' סי' ל"ב כ' דיכול לטעון ששכחתי וכתבתי כך וזהו דוחק דמיזהר זהיר בחתומו סתם שיכול כל אדם לכתוב ע"ג מה שירצה בזו וודאי מיזהר זהיר אך מ"ש אם שניהם חתומי' והם כשרים להעיד ה"ל שטר שיכול לזייף דיכול לכתוב ע"ג שטר והן עדי' יפה כתב והיינו דמצי לטעון פרעתי אבל להד"ם לא מצי לטעון דהא לעיל סי' מ"ה ס"ז מבואר בהרחיק ב' שיטין דה"ל שטר שיוכל לזייף דמ"מ אין יכול לטעון להד"ם ולכן העיקר כמ"ש הש"ך דה"ל מגו להוציא אך לכל הטעמים אם קודם שבא לב"ד כתבו ע"ג כתב חוב אעפ"י שידוע שכ' לאחר זמן חיתו' ידו מכל מקום כשר דהא מגו להוציא לא מקרי כיון שעכשיו כ' בו ולוה האמינו שיכתוב עליו כראוי וכן עשה כמ"ש הש"ע לעיל ס"ס ס"ח בחתום על שטר שאין יכול לקרות דהאמין הלוה למלוה ויליף ליה רשב"א מן בעל אומר לפקדון וכו' דהאמינו אם יאמר השליש אחר כך שיהיה לגירושין ואף זהו כמוהו דהאמין הלוה למלוה כל מה שיכתוב בו אחר כך שמשתעבד ומה"ת יפסול וכ"ש לפי מה שכ' הב"ח דלכך פסול משום דמקרי שטר שיכול לזייף דלעיל בסי' מ"ה סי"ד מבואר בהרחיק ב' שיטין ומלאו בקרובי' קודם שבא לב"ד כשר ואפי' מאן דמצריך התם דעת הלוה הכא הוי דעת הלוה דמסרו לו ע"כ דיכתוב ע"ג ואף ע"ג דכ' התוס' גיטין דף ד' ד"ה מודה ר"א דאם חתמו עדים תחילה ואחר כך נכתב ע"ג חתימתם דפסול התם בעדות שאני וכי יכולים העדים לומר אנו נעיד על כל מה שיכתוב אחר כך ע"ג חתימ' ידינו ומי יודע מה יכתוב והלא זה עדות שקר אבל הלוה יכול לחתום אני מתחייב לכל מה שיכתוב ע"ג חתימתי והגע עצמך עדים א"י לחתום אם לא קראוה והלוה יכול לחתום אף על פי שלא קראו והוא הדין דלא נכתב כלל דמ"ש וזה פשוט דחד טעמא אית להו כמ"ש והארכתי בזה כי ראיתי כי הרב בתשוב' שבות יעקב חלק ראשון סימן קמ"ט דעתו אם רשומה ניכר שכתב אחר כך קודם שבא לבית דין דפסול ודבריו אין בהם ממש כלל אף דמשמע קצת בתשוב' הב"ח ג"כ מכל מקום בספרו לא משמע כן והבו דלא לוסיף ובלא"ה דעת הסמ"ע ומגדל דוד דאפי' לא נכתב כלל דכשר לגבות בו ואם כן מה"ת לפסול אף כשנכתב בו דליכא שום טעם למפסל ודברים אין להם שרש כלל. עוד כתב הסמ"ע וש"ך בסי' מ"ח דאם נכתב בצד אחד חתימתו ומעבר לדף סכום החוב כמה עולה כדי שנודע על כמה התחיי' צריך שיהיה נכתב באופן שלא יכול לחתוך הנכתב מע"ל ויכתוב ע"ג חתימה ד"א ואם כן ה"ל דבר שיכול לזייף ע"ש ואולי איירי בחתומי' שניהם והם כשירי עדות זה על זה דיכול לזייף ולכתוב שט"ח על אחר והן הן עדים אבל זולת זה כיון דאין כאן דבר זיוף לעלמא רק לאותו חתום והוא בעצמו לא נזהר ועשוהו באופן שיכול לזייף ולכתוב עליו דברים

הרבה אשר שלא כדת מה איכפת לן בזה אם הוא אינו מקפיד אנן היכי קפדינן ואנה מצינו דבר זה כי בגמרא הכל בעדים ושפיר יש חשש דיזייף ויגיע ריעותא ללוה והוא לא יודע כלל והם גורמים לרעה לאיש היושב לבטח ומכ"ש אם יש חשש דיבוא גריעות' לאיש אחר משא"כ כאן דאין כאן חשש דיזייף רק ללוה והוא ידע ועשה כן וסבר וקיבל כהנ"ל בעל אומר לפקדון וכו' מה"ת לפוסלו ולכן צ"ע דין זה:

י **והחתימו ע"א וכו'** הקשה הש"ך דל פנקס מהכא הא לדעת מחבר ע"א בשטר ג"כ א"י לומר פרעתי דהוי ליה מחויב שבועה ומשאיל"מ ועל גוף תשובת הרא"ש לא קשה דהא מחולקים לעיל סי' נ"א על הרמב"ם בדין זה וסבירא ליה דנאמן לומר פרעתי משא"כ המחבר דסבירא ליה כרמב"ם לעיל סי' נ"א קשה ותי' הש"ך דחתמו בלי צווי ואם כן לי' בי' דין שטר ולשון והחתימו ע"א עמם לא משמע כן. אך י"ל דנ"מ אם כתב בפנקס דישנו תחת ידו שטרות ואם כן ליכא גבם ש"ד ואף משאיל"מ לא אמרי' ועוד נר' אם מת ובא על יורשים בפנקס אפשר דלולי טעם הרא"ש היו יכולים יורשים לטעון פרע אבינו אף דאם הוא היה חי לא היה נאמן דהיה חייב שבועה להכחיש העד וכיון דאין מכחישו ה"ל משאיל"מ אבל ביורשים אלו אינם יודעים אין כאן שבועה ולא משאיל"מ דדרשי' שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים אם כן יטענו אולי פרעו ואין כאן חיוב שבועה כלל וצ"ע אבל תי' ראשון ודאי אמת וע"ש בתשו' הרא"ש דהיה כפירה ג"כ בשטרות של גוי ע"ש באריכות:

יא **הואיל ומודים שהוא כת"י אביהם וכו'** הרב הש"ך בס"ק כ"ו האריך לתמוה הא אלו היה קיים והיה טוען פרעתי ת"ז היה נאמן במגו דמזויף הוא אם כן אף ליתומים נטעון כן דפרע אביהם תוך זמנו כמו דטענינן ליתמי על שטר כיס החזרתי הואיל דאבוהן היה נאמן במגו דנאנסו וכתב הש"ך דהטור סבירא ליה כדעת האומרים דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיח ואם כן זהו דפרע ת"ז ג"כ לא שכיח ולכך אף דהיה לאבוהן מגו מכל מקום לא טענינן ליתמי אבל על מחבר קשה דפוסק לקמן דטענינן ליתמי מילתא דל"ש אם כן נטעון דילמא פרוע בגו זמנו ויפה הקשה וקושי' זו צ"ע כי נראה כי אפי' האומרים דלא טענינן ליתמי מילתא דל"ש מכל מקום מודים דטענינן ליתמי דפרע גו זמנו במגו דמזויף כי התוס' בריש גיטין ד"ה אם יש עוררי' וכו' נסתפקו אם בא שטר על יתומים בלתי מקוים אי גובין בו ולא טענינן ליתמי מזויף או לא וכ' דע"כ טענינן דאל"כ לא שבקת חיי דכל א' יעשה שטר מזויף על יתומים ויגבה מהן וכתבו דמזה אין להוכיח דאף דלא טענין מזויף מכל מקום טענין פרוע ליתמי במגו דמזויף דאלו הוי קיים הוי נאמן בהך מגו טענין ליתמי אך מכל מקום יש להוכיח דטענין מזויף דאל"כ

כל א' יכתוב שטר מכר או מתנה מזויף ויגבה כל נכסי יתומים ובזה לא שייך פרעתי וכו' עכ"ל ומזו נראה כי סבירא ליה דאפי' בתוך זמנו טענין פרעתי במגו דמזויף דאל"כ מה להם כל חרדה לדלג מענין לענין בשטר מכר ומתנה ולא קאי בהאי ענינא דהתחילו דיכתבו שטר הלווא' באופן דמת הלוה ת"ז ויגבה בו וא"א לטעון ליתמי פרעתי היות ת"ז ועכצ"ל דגם כי האי טענין ואף דדעת תו' מלתא דלא שכיח לא טענין וצריך לומר תוך זמנו לא מיקרי לא שכיח כולי האי והדבר מוכרח לכאורה ואמת כי הרב מהר"ם לובלין בחדושיו כתב במ"ש תוס' די"ל מזויף לא טענין ליתמי רק פרעתי במגו דמזויף טענין וכ' הוא ז"ל דנ"מ בין טענה לטענה אם מת תוך זמנו של שטר דא"א לטעון פרעתי ואם לא טענין מזויף חייבים יתומים לשלם אך לשיטתו באמת קשי' כמש"ל למה הקשה תוס' דיעשה שטר מכירה ולא הקשו בפשוט דיעשה שטר הלוואה באופן דמת הלוה ת"ז. והיה נר' ליישב דבריו דסבירא ליה דבלא"ה יש להבין בתוס' דהא ריש דבריהם דלא טענין ליתמי מזויף משום דלא חשיד אינש לזייף ולכך אמרו קיום שטרות דרבנן ואם כן איך הקשו לא שבקית חיי לכל ברי' דיזייף וכו' הא אמרי' דלא חשיד ולא עביד אינש לזייף. ולכן צ"ל דוודאי לא חשיד אינש לזייף לבדות מלבו שטר על חבירו מה שלא היה דברים מעול' כי שקר אין לו רגלים והיה מוכחש מעדים דיאמרו מעולם לא כתבנו שטר כזה וגם מהאנשים אשר בקיאי' בטיב הלוה יכחישו ויאמרו לא מיני' ולא מקצתו לכך לא טענין ליתמי מזויף אמנם קושי' תוס' כך דאולי באמת היה חייב לו ופרע לו וקרע שטר ועכשיו במותו כותב שטר מזויף אות באות בעדים וכל דברים שנזכרים בשטר ראשון בדמותו ובצלמו ואם כן אדרבא יהיו עדי שטר מסייעי' ליה כי האמת שכתבו לו שטר כזה וקלא אית ליה וידעו כל העם כי הנכון אתו וע"ז קאי קושי' תוס' ולכך ת' דמ"מ טענין ליתמי אמת ששטר הוא בלתי מזויף מכל מקום פרעו ומעתה לא קשה אולי יערים לכתוב שטר שהוא ת"ז דבממ"נ לכתוב שטר חדש מה שלא היה לו כבר לא חיישי' כמ"ש ואי דשטר ישן היה ג"כ ת"ז א"כ איך נחוש דפרעו הא חזקה אין אדם פורע ת"ז ובחזקה כזו מוציאי' מיתומים ואיך נחוש ליה כלל ולק"מ ולכך הקשו התוס' משטר מכר ומתנה והיינו מכר לו והחזיר לו שטר מכירה וחזרה מקחו דאותיות נקנית במסירה ואם כן ג"כ קושי' דילמא היה לו שטר מכירה או מתנה וחזר וקנאו ממנו והחזיר לו השטר ועכשיו מתחבל לכתוב אות באות כשטר ראשון ואם כן ל"ל מכחישי' וכי האי חציף אינש וא"ש אך אף שטרחתי ליישב דברי מהר"ם והוא דרך חדוד ומפולפל מכל מקום האמת יורה דרכו כי פשוטן של דברי תוס' הואיל ולא הקשו מהך דיכתוב תוך זמנו ש"מ דסבירא ליה דאף בת"ז טענין ליתמי פרוע במגו דמזויף ובקושי' מהר"ם דמה

נ"מ אי טעין מזויף או פרוע י"ל דיש נ"מ טובא חדא למ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו אם כן מזויף טענין אבל פרוע לא טענין והא לא קשי' אם כן להך מ"ד לא שבקת חיי אי מזויף לא טענין יוציא תמיד שטר על יתומים כקו' מהרש"א ומהר"ם הנ"ל די"ל הא להך מ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו דלאו מגו הוא מזויף דחזקה דלא מזייף ואם כן לא שייך קושי' לא שבקת חיי דיזייף הא אנן אמרי' חזקה אלימתא דלא מזייף עד דלא אמרי' בי' מגו כלל וא"כ איך יחוש ליה וכל קושי' תוס' למ"ד צריך לקיימו דנאמן במגו דש"מ לא חזקה היא דלא מזייף אם כן הקשו שפיר לא שבקת חיי וא"ש ואם כן נ"מ טובי. אף גם נ"מ דבלא"ה ה"ל לתוס' להקשות לא שבקת חיי' אף דטענין ליתמי פרעתי מכל מקום איש כי ימות ויניח שט"ח על אחרים אף המה הלוים יעשו שוברים ויזייפו בעדים שקרים ויצאו היתומים נקי מנכסיהם ולא טענין להו מזויף וצ"ל דהואיל דיש ביד המלוה להזהר בזה לכתוב בשטר נאמנות עד דיכתוב עליו על השטר ממש תברא אם כן תו לא חיישׁ לא שבקית חיי' וכו' דהיה לו להזהר ואם לא עשה כן איהו דאפסיד אנפשי'. ולכך הקשו מהך דיעשה שטר מכירה וכו' וא"ש ואם כן נ"מ טובי אי מוציא שובר בלתי מקוי' וגבי יתומים אי טענין ליתמי מזויף אף בשובר צריך הלוה לקיימו ואי לא הפסיד שוברו אבל אי לא טענינן רק פרעתי זה לא שייך בשובר ושוברו מועיל ונ"מ טובי ועוד בס"ק אח"ז אכתוב עוד נ"מ טובי ע"ש אבל עכ"פ מבואר בתו' כפי מ"ש דאף בתוך זמנו טענינן פרוע במגו דמזויף ודלא כסמ"ע כאן וכמש"ל. ואמת כי מתחילה חשבתי לחלק בשלמא באינו מקוים ואין אנו יודעים אם מזויף או לא רק דלא טענין הואיל ורוב שטרות הם בחזקת בלתי מזיפי' אם כן טענינן אולי פרעו אפי' בגו זמנו ואי דרוב אינם פרועי' ת"ז סמוך מעוטא דמזויף ג"כ לכך והוי כעין תרי ספיקות דילמא מזויף ואת"ל דאינו דילמא פרוע ותרי חששות בצירוף אף דשניהם בלתי שכיחי' מולידים עכ"פ ספק מבלי להוציא ממון משא"כ בידוע לנו שאינו מזויף כי היתומים מכירים שהוא שטר אמת רק חשש אולי פרעו תוך זמנו כולי האי לא חיישי' ולא טענינן ליתמי אך שבתי וראיתי אם כן הא דהקשו התוס' לשמואל דאמר בפ' ג"פ אמר תנו בש"מ קיימו לשטרא לא אמר תנו לא קיימו לשטרא הא לא טענין ליתמי מזויף ול"ל דטענין להו פרעתי דהא סבירא ליה מודה בשטר שכתבו אצ"ל כלל וקשה מה קושי' בשלמא דמודה שכתבו ואין כאן חשש רק דילמא פרעו א"נ דלא שכיח דיפרעו ויניח שטר בידו של מלוה דזה חזקה שטרך בידי מה בעי אבל בלא נודע לנו אם מקוים או מזויף אף דלא טענין מכל מקום נצטרף עם הך חששא אולי פרוע הוא כמ"ש דעכ"פ יש כאן תרי ספיקות או מזויף או פרוע ולק"מ ועכצ"ל דלא סבירא ליה לתו' סברא זו ואם כן הדבר מוכרח כמ"ש ואולי לדינא

אין חולק תוס' אמ"ש בטור ובש"ע דבתוך זמנו לא טענין פרוע וכמ"ש מהר"ם לובלין רק התוס' לא בעי להקשות מיני' דאולי יש לדחות דבאמת אף ת"ז טעון ולכך אלימא ליה להקשות מהך דיכתוב שטר מכירה דלית בי' מקום לדחות אבל מכל מקום במסקנא י"ל דלא טענינן וצ"ע:

יב **ואם אין מודים וכו'** הסמ"ע ביקש ליישב דברי הטור ובעה"ת דמצריך אפילו בהודה בחליו שיתקיים דאל"כ דילמא שלא להשביע אמר כן וכ"כ רמ"א בד"מ והש"ך הקשה דא"כ דאף דנתקיים מכל מקום דילמא פרע ושלא להשביע הודה דחייב ונר' דיש להם ראיה מהא דסוף גט פשוט אמר תנו קיימו לשטרא לא אמר תנו לא קיימו לשטרא ואמרי' שם במקוים אמרי' דנאמן והקשו תוס' מה צורך לנאמנות דילי' ואי לפטרו משבועה מה בכך אף דאמר מנה לפלוני מכל מקום דילמא פרעו ושלא להשביע הודה ויצטרך שבועה ותי' התו' דאם שטר מקוים אין רגיל להודות שלא להשביע דהעולם יטעו ויחשבו דלא פרעו הואיל דשטר מקוים ביד שני ואם כן אף כאן לענין כת"י אי נתקיים אינו מודה שלא להשביע דחושב דהעולם יטעו ואי דשם איירי בשטר דא"נ לומר פרעתי וכאן איירי גבי כת"י דנאמן לומר פרעתי דמ"ש לענין שצריך לישבע גבי שטר שוה לכת"י וכמו דלא אמרי' דשלא להשביע הודה וסמיך עצמו אדין הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע כו' אף בכת"י לא אמרי' דהודה שלא להשביע וסמך אדין דטוענין פרעתי גבי כת"י ועוד הא הרמב"ן שם ויתר מפרשים מוקי' ליה הך דמנה לפלוני מנה פקדון ולא מנה מלוה מכל מקום בשטר מקוים נותנים ולא אמרי' שלא להשביע הודה וסמך עצמו דטוענין ליתומים פרעתי במגו דנאנסו ועכצ"ל בשטר מקוים והודה לא אמרי' כת"י ואם כן ה"ה לכת"י דשוה דין כת"י למנה פקדון בשטר דבשניהם טוענין פרעתי וא"ש אבל באמת הש"ך תי' יפה דצוה בחוליו סתם דיש לו ממנו כת"י דחייב לו ולא פרט הסכום אם כן י"ל דחייב לו דינר והוא זייף זה כת"י העשוי במנה ולכך צריך קיום ותי' נכון הוא אלא דא"א לכוונו במ"ש פטור בלא נתקיים דעכ"פ חייב ליתן לו הפחות מה שנהוגים לכתוב בשטרות אם דינר אם שקל. ויותר נר' דכך פי' צוה בחליו שכל כת"י שביד שמעון אינם בחזקת פרועי' כי זהו יודע כי מעולם היה זהיר כי לא הניח תחת ידו כת"י פרוע ולא פרעו אם לא שהחזיר לו כת"י אבל אין מודה דחייב לו בהחלט ואם כן א"ש אם נתקיים איך אפשר לטעון פרוע הא הודה כי מעולם לא פרע בלתי החזרת הכ"י אבל באין מקוי' אמרי' מזויף הוא ואין חייב לו כלל כי לא הודה דחייב ולפמ"ש הש"ך ולפמ"ש מיושב קושי' מהר"ם מ"ש בס"ק הקודם בתוס' דיש נ"מ אי טענינן ליתמי פרוע או מזויף באופנים הללו ואם טענין מזויף אינו גובה ואם טענין רק פרוע גובה ופשוט. אך על נידוהו ומת

בנדוי קשה ליישבו וכמו שבאמת הרמ"א הגיהו ומ"ש הב"ח דחהו הש"ך ולכן נר' כפי מ"ש הב"ח ודרישה לא הוי נדוי לשלם בהחלט דא"כ היינו פס"ד וא"צ לכת"י רק הנדוי היה בסרבנות לבוא לב"ד ולכך במקוי' אמרי' אלו פרעו למה סרב עד שנתנדה יבוא לב"ד ויאמר פרעתי משא"כ באינו מקוי' י"ל דהיה למלוה עדים שיכולים לקיימו והיו רחוקים ללוה וקרובי' לבניו ולכך בחייו דידע דעדים הללו יעידו כן מה לו לבוא לב"ד לכך סירב ולא טען מזויף משא"כ עכשיו דנפסלו עדים טענין מזויף דלא מצי להביא עדים כי נפסלו וכל חששא לטובת יתומים חוששים. או י"ל יש עד א' המכיר ומקיים ולכך בחייו סבל נדוי דחושב אם אטעון מזויף אצטרך לישבע ואהיה אחר כך חשוד עפ"י שנים הבע"ד והעד מצטרפי' לפוסלו כדלעיל סי' ל"ד ועיין תוס' ב"ב בשמעתי' דנסכא דר"א ולכך סבל נידוי אבל במותו אין מועיל ע"א לגבי יתומים ולכך אין מוציאי' ודוק:

סימן ע

א **ואפילו לת"ח וכו'** הקשו בגמ' דב"מ דף ע"ה ע"ב אמרינן וכ"ש מר דטריד בגירסא ונראה דבלא"ה הק' הכה"ג בשם מהרש"ך דלמה מהני בעדים עדיין יטעון פרעתי וע"ש שדחק ואולי י"ל דכוונתו להלותו בעדים ולומר אל תפרעני אלא בפניהם רק דלא ה"ל לפוסקים לסתומי כולי האי והיה להם לפרש די"ל כן ולכן נראה דהא דיכפור בפועל ויאמר להד"ם לא חיישינן והא לכך אמרו דכופר בכל פטור משבוע' דאין אדם מעיז בפני ב"ח ואם כן איך יש לחוש דיעיז ויכפור ואטו ברשיעי עסקינן רק כל החשש דאולי ישכח ויאמר אינו יודע וכמ"ש התם כ"ש מר דטריד בגרס' דאשתלי ואם כן בשלמא הלוהו בלי עדים יטעון אינו יודע אם הלותני ופטור משא"כ במלוהו בעדים אם יטעון א"י אם פרעתי יהיה מחויב לשלם ולהכחישו בפועל לא חיישינן דאין אדם מעיז וא"ש. ובזה י"ל דהא שם שלח ליה נשדר לי מר עשרה זוזין ואם כן ע"י שליח תו ליכא למיחש דהא יוכל לומר אני פוטר השליח משבועה ונאמן לי כדלקמן בהל' שלוחי' ואם כן ה"ל שליח ע"א ואם טוען אינו יודע ה"ל מחויב שבועה ואיל"מ ולכך ליכא חשש משום עובר לפני עור וכו' דלא יפסיד מעות אמנם לענין גורם קללה לעצמו יש לחוש דמ"מ יאמרו דעושה עול ולזה כ"ש ת"ח דפשיטא דיחשוד העולם דתובע בשקר ולכך אמר וכ"ש וכו' אבל במלוהו בעצמו דיש חשש לפני עור אדרבא שארי אנשים גריעי טפי דת"ח אף דאמר אינו יודע אם הלותני מכל מקום הא לצאת ידי שמים ודאי דחייב ליפרע ות"ח ודאי יצא ידי שמים וליכא לפני עור אבל שארי אדם לא יחוש לפרוע כיון דמדינא פטור ולכך

הרמב"ם ומחברים דאיירי במלוה בעצמו נקט אפי' ת"ח וא"ש דבזה לא שייך לפני עור כולי האי:

ב **וי"א דאין חילוק וכו'** הרב הש"ך תמה על הרמ"א דליכא למ"ד דסבירא ליה כן דהא גמ' ערוכה היא בשבועות מילתא דלא רמי' לאו אדעת' ודוחק דסבירא ליה לחלק בין מלוה בעדי' למלוה שלא בעדים כמ"ש הה"מ להרמב"ם בחד תי' והן דברי יחיד ותמיהני מהש"ך איך העלים עין דדעת הראב"ד כמ"ש הבעה"ת משמו וכן הגי"ת בשם תומת ישרים הא דאמרינן בגמ' מילתא דלא רמי' עלי' לאו אדעת' לא דמהימן לומר פרוע רק כלפי מילתא דר"ש דאמר הוחזק כפרן וע"ז קאמר רבא מילתא דלא רמי' וכו' ואם כן די דלא מהימן דכבר פרע אבל אי טען פרעתי אחר כך נאמן דלא הוחזק כפרן והרמב"ן בחדושיו. לב"ב מפרש הא דאמרינן לאו אדעת' היינו דיש עדים אחרים מעידים על הפרעון רק ס"ד מדהא שקרי הא נמי שקר' ואולי פרעון ההוא היה סטראי דהא הוד' דעל חוב הזה לא פרע רק בפני אילו והם מכחישים אותו ועז"ק רבא לאו אדעתי' הואיל ולא רמי' עליו וטעה בין עדים לעדים אבל בדליכא עדים לא מהימן כלל והרשב"א בתשובה סי' תתקס"א כ' דעתן וכ' דאין דעתו מכרעת במקום גדולים והיינו הרמב"ן וראב"ד הנ"ל ובדברי הרמב"ם העיקר כמ"ש ה"ה דכן מור' לשונו לחלק באומר סתם פרעתיך בפני פ' ופ' דצריך לברר ואם הכחישו חייב לשלם בין שאמר בלשון שלילא הלא פרעתיך בפני פ' ופ' אך לא מטעם שנתנו דזה יותר רמי' אדעתא מזה דהא הרמב"ם לא מפרש רמי' אדעתא על הלוה כי אם על העדים ומה נ"מ בעדים אם הלוה אמר בלשון החלט או לא וכן הק' ג"כ הלח"מ אלא נראה באומר פרעתיך בפני פ' ופ' הוה כקבלו עליו שיהיה הדבר כמו שיאמרו אם באמת ואם בטעות וזהו כל ענין שצריך לברר דאמרינן בעלמא דאמרינן קיבל על עצמו לבירור הזה יהיה איך שיהיה ואף זו באומר בלשון החלט פרעתי בפני פ' ופ' היינו שמסכי' לכל מה שיאמרו ואם כן אי אמרו דלא פרע אף דאפשר דטעו מכל מקום הא קיבל עליה משא"כ באומר הלא פרעתיך וכו' לא נתכוון רק להזכירו למלוה וליתן לו אות ומופת שיהיה מידכר בפרעון וישים בזכרונו שאלו העדים היו במעמד הפרעון כמו שאמר אח"כ הדין הלא פרעתיך בצד עמוד פלוני. שהוא ג"כ רק להזכיר להמלוה ולכך אף דעדים מכחישים לית לן בו דעדים לא רמו אנפשייהו ולא קיבלן וא"ש ובש"ע לא נזכר הלא פרעתיך לשון שלילא רק פרעתיך ופשיטא דחייב לשיטת הרמב"ם ואם כן הרי כאן הרמב"ם וראב"ד והרמב"ן והרמ"ה דמחייבים והרשב"א מאן להכריע למולם ופשיטא דיש כאן ספיק' דדינא ואי תפס משל לוה אפילו בעדי' לא מפקינן די"ל קים ליה כהנך רבוות':

ג **בין שאמר לו בשעת הלוואה וכו'** וכ' הסמ"ע בשם הר"נ דאפילו אין הלוה מרוצה לכך מכל מקום חייב לפרוע בעדים דאנן סהדי כיון דהמלוה גילה דעתו שלא יפרעו אלא בעדים ולא מהימן ליה מה ללוה לצרה זו שיפרע בלתי עדים והש"ך כ' כי ודאי דיכול הלוה לטעון קים ליה כרמב"ן ורא"ש דסבירא להו שלא בשעת הלואה כ"ז שלא נתרצה הלוה בהדיא אעפ"י ששתק למה שאומר לו שלא יפרע אלא בעדים מכל מקום יכול הלוה לומר לא השגחתי בהתרא' שלך ויפה כ' כי פשיטא הממע"ה אמנם מתוך דברי הש"ך משמע דאפילו בשעת הלואה אם מיחו' הלוה א"צ לפורעו בעדים רק בשתק אמרינן דנתרצה לתנאי ובאמת כפי שהביא דברי רמב"ן במ"מ ובר"ן לא נזכר לאחר הלוא' ולא בזמן הלואה כי באמת בזמן הלוא' לא יכולתי להבין איך היה הדבר אם מוחה בשעת התנאי שהתנ' מלוה ומכל מקום נתן לו המעות אם כן הרי סביר וקיבל המלו' ולכ"ע א"צ לפורעו בעדים ואי מיירי דמתחילה מיחה ולבסוף בעת נתינת המעות חזר המלוה והתנה ושתק הלוה הא שתיקה כהודא' דמיא לכן ק' עלי לצייר טיב המציאות בשעת הלוא' אלא שאני מוסיף לומר שאם הגיע זמן פרעון והמלוה אומר או פרע לי תיכף או שאל תפרעני אלא בעדים אעפ"י שהלוה מוחה לאו כל כמיניה וצריך לפורעו בעדים דזהו הוי כמתחילת הלוא' וע"ת כן מלוהו והראי' דאל"כ קשי' דברי הרא"ש במ"ש פ"ק דב"מ דר"י שאמר הטוען אחר מב"ד לא אמר כלום לשיטת הרי"ף איירי במקום שאין כותבין כתובה וכ' הרא"ש ול"ק אם כן מה הועילו חכז"ל בתקנתם ומה קמ"ל ר"י הא לעולם יוכל לטעון פרעתי דהרי תוכל להתרות בו בעת גירושין אל תפרעני אלא בעדים וק' מאי יהני התראה שלה אולי ישתוק או ימחה לגמרי ואחר כך בשעה שתים יאמר דפרע לה ואעפ"י שכ' הרא"ש והטור במתרה בפני ב"ד לא מצי לטעון פרעתי הא אמרינן אטו כל דמגבי בב"ד מגבי ועוד הם מיירי שנתחייב עפ"י פס"ד וכמ"ש הואיל וטרח להעמידו בדין ע"כ ע"ש אבל זולת זה שלא העמידו בדין בשביל כך אין הבדל בין ב"ד לחוץ לב"ד כנר' מדברי הרא"ש וטור וה"ל לרא"ש לומר דמתר' בו בעת נשואין ולא בעת גירושין ועכצ"ל כמ"ש ואם כן תוכל לומר או פרע כתובתי תיכף או מכאן והלא' אל תפרעני אלא בעדים ולא מהני מחאתו וזה נר' ברור ואולי סבירא ליה דזה ל"ש שתאמר בעת נשואין אל תפרעני אלא בעדים משום איבה דיאמר עיניך נתת במיתה וגרושין. ובזה י"ל במה דהק' המע"מ אם כן היאך קאמר אביי אלמנה מאירוסין לטעון פרעתי ומה הועילו חכמים בתקנתן הא מ"ל אל תפרעני ודוחק ליישב קושייתו דהא בס"ד טעה אביי וס"ל דר"י אמר למילתא במקום שכותבין דבמקום שאין כותבין בלא"ה א"נ פרעתי דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן ש"מ דלא סבירא ליה הך סברא להתרות אל תפרעני

אלא בעדים ולשיטה זו שפיר הק' מאלמנה מאירוסין וכו' וזה דוחק דבהך סברא יחלקו בס"ד ובמסקנא לכן יותר נראה דסבירא ליה להרי"ף דלא כתו' בב"ב דבמקום שלא ברור הגבי' אף אביי מודה אין אדם פורע תוך זמנו רק סבירא ליה כדעת ר"י שם דאף בכה"ג סבירא ליה אביי ורבא אדם פורע וכו' ואם כן מה יהני בעת גירושין אל תפרעני הוא יאמר קודם גירושין פרעתיך ואתפסתיך צררי ולכך מיושב נמי להרי"ף דסבירא ליה דר"י אמר למילתא במקום דאין כותבין דהא סוגי' בגמרא דב"מ לר"י במקום דכותבין דכל הסוגי' הכל לאביי ול"ל באין כותבין דפשיטא ומה צורך למילתא דר"י דאל"כ מה מהני בתקנת' דהתרא' לא מהני לאביי כמ"ש ולכך מוקי לר"י במקום שכותבין אבל לדידן דקיי"ל אין אדם פורע תוך זמנו ושפיר יש תקנה בהתרא' אל תפרעני דקודם גירושין ה"ל ת"ז ואם כן טוב' קמ"ל ר"י אבל במקום שכותבין דאתרע מוד' ר"י דנאמן פרעתי באין כתובה בידה ודוק. ובזה מיושב קו' התו' דלמה לא הק' אביי מאלמנה מנשואין דשם שפיר י"ל הא יכולה להתרות ואי בתוך זמנו הא אסור להשהות בלתי כתיבה לר"מ ואביי ביקש להקשות אליב' דכ"ע ולכך פריך מאירוסין ודוק אמנם מכל מקום דייק אביי מילתא דר"י במקום שכותבין דבאין כותבין י"ל פרעתי ת"ז לרבנן דמותר להשהות ודוק. רק אני מסופק באם הלוה לו שלא בעדים אי ג"כ שייך כזה דאפשר דווקא במלוה בעדים דרא"ש נתן טעם כיון דמתחילה הימנוהו יכול לומר אחר כך לא איפכ' לי' ואם הלוהו בעדים על זמן ובמשלם זמנו אמר לו כן אם כן מעולם לא הימנוהו וכן הדין שם באשה היושבת תחת בעלה משא"כ כשמלוהו בלא עדים הרי יכול לכפור בכל ומה נ"מ בזמן אם כן י"ל לעולם בעינן רצוי לוה אלא דלא נראה סברא זו לחלק כשהלוה מוחה להדיא וצ"ע וכ' הש"ך מיהו אם התרה בו בפני ב"ד אל תפרעני אלא בעדים לכ"ע אפילו מיחו' אין יכול לפורעו שלא בעדים כ"כ הרא"ש וטור וגם ע"ז י"ל איך יוכל להכריחו לקבל תנאי ולא הבנתי דהרא"ש מיירי בנתחייב על המעות בב"ד כמ"ש להדי' ונתן טעם הואיל והוצרך להביא לב"ד על כך והרא"ש וטור לטעמיה דסבירא ליה לעיל ל"ט דנאמן על פס"ד לטעון פרעתי משא"כ לפי דהכריע הש"ך לעיל דבפס"ד א"נ לומר פרעתי אם כן ליתא לדין זה במציאות דבנתחייב בב"ד בלא"ה א"נ ובלא נתחייב רק סתם מתר' בו בב"ד לא אמר הרא"ש:

ד **ופרעתיך בפני פ' ופ' כו'** כ' הב"ח דוקא בפורט' בשם פ' ופ' אבל סתם א"נ דבשלמא במייחד לא מבעיא בהלכו למ"ה דמירתת אולי ישובו ויענו בפניו כחשו אלא אפי' מתו מירתת דילמא יבואו עדים ויעידו שעמם היה ולא זז ידם וכו' אבל בלא מייחד לא מירתת עכ"ל והסכים הש"ך עמו בס"ק י"ג ע"ש ואני תמהני לדבריו דאם אמר סתם לא מהני

הואיל ולא מירתת אם כן מה הק' הרא"ש והר"נ דבאומר שפרע שלא בעדים יהיה נאמן במגו דפרעו בפני פ' ופ' והלכו למד"ה או מתו. דאם לא מייחד עדים א"נ ואי דיפורטם בשמם באמת מירתת כמ"ש הב"ח והשתא אי אמר סתם פרעתי בפני עדים לא מהימן מכ"ש באומר שפרע שלא בעדים וע"כ דלא אמרו הב"ח אלא לשיטת רמ"ה ורשב"א אבל באמת הרא"ש והר"נ חולקי' ואם כן הש"ך שבס"ק י"א כתב דעת הרא"ש והר"נ והמ"מ איך החליט פה כרמ"ה ולכן דבריו צ"ע ולענין דינא פשיטא דמצי מוחזק לומר קים ליה כהרא"ש והר"נ והמ"מ ואפשר דהש"ך לס"ל כלל טעם הב"ח רק טעם שכ' הב"י דאם פרע בעדים איך לא ידע בפני מי וגרע טענתו רק לא הל"ל וכן כתב הרשב"א דכ' בפירוש משום דמירתת:

ה **הרי זה נאמן** עיין ש"כ דהאריך לומר דנוטי' הדברים לגי' הרי"ף וסייעתו א"נ והדבר שקול ואפשר דמצי המוחזק לטעון קים ליה ואם לא הסכים הלוה לתנאי רק דנימא כדעת הר"י הלוי והר"נ דמ"מ חייב הלוה לפרוע בעדים דאנן סהדי דפרוע בעדים דמה לו להכניס עצמו בתגר בזו לכ"ע בטוען פרעתי בפני פ' ופ' והלכו דנאמן דהא הוא אומר דעשה כן וקו' הרמב"ם במ"ע מה יעשה זה וכי יאסרם וכדומה ותירץ הש"ך דמה בכך הא מחויב לקיים התנאי ל"ש בזה דהא הוא לא התנה כלל וזה פשוט. אך יש לדקדק במ"ש הסמ"ע סקי"א דכל הסעיף איירי בהתנה בפני עדים דאל"כ הא נאמן במגו דלא התנה וכ' ועיין בפרישה ובפרישה הביאו בשם המ"מ ולא הבנתי דבריו דלא נראה ולא נמצא כן בדברי המ"מ אדרבא מוכח להיפוך דהא המ"מ הק' קו' המפורשים דיהיה נאמן פרעתי בינו לבינו במגו דפרעתיך בפני פ' ופ' וכו' ותי' דכיון דהתנה לפורעו בעדים צריך לקיים התנאי ולא מהני בי' מגו כלל וא"כ אם התנה שלא בעדים והלוה מודה בתנאי איך יש לו מגו דלא התנה סוף כל סוף הא בעי לקיים תנאו מכ"ש אם נדחוק בכוונת המ"מ כמ"ש הש"ך ס"ק י"א כדברי הר"ן והב"י דאנן סהדי דל"פ שלא בעדים כיון דראה דמלוה מקפיד דוקא לפורעו בעדים א"כ אף בזו כן דאנן סהדי דפרעו דוקא בעדים וה"ל מגו במקום עדים. והמ"מ לא הק' אהראב"ד רק כך דראב"ד ביקש לומר הא דאמרינן דנאמן לומר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו היינו בלא התנה בעדים וא"כ יש ללוה מיגו דהוא לא התנה כלל ובזו קיים תנאו דאמר דפרע בעדים רק הלכו להם וע"ז הק' המ"מ דא"כ פשיטא דמגו כזו מהני כמו בכל הש"ס דהא כאן ל"ש תי' הנ"ל וא"כ מ"ט דמ"ד דגמרא דא"נ דהא יש לו מיגו וקיים תנאו לפי דבריו ויפה הק' אבל שניהם הראב"ד והמ"מ מודים דבטוען דפרע שלא בעדים דלא מהני מיגו מטעם שכתבתי ולכך לא הק' המ"מ לראב"ד אי אית לי' מגו דלא התנה מה איריא דטוען פרעתי בעדים והלכו אפילו

טוען פרעתי שלא בעדים כלל ליהימן ואמת לפי תי' הרא"ש דלכך ל"ל מיגו דפרעתיך בפני עדים ומתו משום דה"ל מגו גרוע הרוצה לשקר ירחיק עדותו או לדעת רשב"ם ב"ב בשמעתי' דאומן דס"ל כרשב"א דוקא בהלכו למד"ה נאמן ולכך ל"ל מגו דמירתת מגו כזו דלא התנה כלל מגו מעליא הוא ונאמן אבל רהיטא דסוגי' הפוסקים הכל כראב"ד והה"מ והר"ן א"כ ליתא לדינו של סמ"ע לפי גרס' הש"ע נאמן כרמב"ם דלענין פרעתיך בפני עדים והלכו או מתו לעולם נאמן ופרעתיך שלא בעדים לעולם אינו נאמן:

ו והעידו שפרע בפניהם פטור וש"ך האריך כדעת הרי"ף והרבה פוסקים דס"ל דלא מיפטר ובאמת כל זה תלוי בדין הנ"ל דאם אמרינן דאינו נאמן לומר פרעתי בעדים והלכו להם א"כ הך עובדא בגמרא דאמר ליה אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' ואזל ופרעו באפי אחריני דקיי"ל דא"נ ע"כ איירי דאיכא הנך אחריני דאל"כ בלא"ה א"נ וש"מ דאעפ"י דאיכא אחרינא מ"מ אינו נאמן דפסלינהו לכולי סהדי אבל ודאי לפי מה דקיי"ל בש"ע כגי' הרמב"ם דנאמן א"כ י"ל דהנך עדים דאמר דפרעו בפניהם הלכו להם וליתנייהו קמי' רק לולי דהתנה היה נאמן אבל הואיל ופרטם בשם תו לא מהימן להרחיק עדותו והדין בש"ע אמת וחד בחברתה מישך שייך אמנם לשיטת הרי"ף וודאי דמסתברי' דברי הראב"ד וכמ"ש הש"ך ופשוט:

ז מיהו המלוה כו' הש"ך השיג ע"ז דמנלי' לרמ"א דין זה דהמרדכי כ' זה לשיטת הרי"ף דס"ל באומר ומיחד עדים אין עדים אחרים נאמנים ולכך יכול לומר סטראי אבל לשיטת המחבר דגריר בתר הרמב"ם דלא פסל לאינך עדים ליתא להך דינא ע"ש ונראה דרמ"א מיירי דעדים אומרים סתם דפרע וסבירא ליה הרמ"א דנאמן המלוה סטראי והיינו משום דהרא"ש הק' מה צורך לסטראי מגו בלא"ה יהיה נאמן ותי' הרא"ש דטענה גרוע היא דלא שביק הך מלוה ופרע למלוה אחרת עיין לעיל סימן נ"ח וכאן להיפך טענת הלוה גרוע דאם הוא התנה שיפרע בפני פ' ופ' מה לו דפרע בפני אחרים ואם ימותו וילכו להם יפסיד וחזקה דפרע על חוב אחר ולכך מהימן המלוה כיון דאין עדים הללו מעידים ביחוד על פרעון חוב זה א"כ טענת המלוה טענה מעליא היא ובלא"ה הא הרבה פוסקים סבירא ליה דפסלינהו לעדים אחרים וא"כ בנדון כזה לכ"ע אמרינן כן:

ח אלא פורעו בב"ד כ' הש"ך דהא דלא סגי בעדים דילמא ימותו ולא יהיה נאמן וליקח מהם שובר א"א דה"ל מפי כתבם וכ"כ הט"ז ולא הבנתי דבריהם המלוה דתובע מן הלוה פרעון לא יפרע לו עד דיצוה לעדים לכתוב לו שובר וכשר בלי ספק ולכן נראה דכיון דדעת הרי"ף וסייעתו דא"נ אפילו מביא עדים אחרים וא"כ אי תפס המלוה יוכל לומר קים לי וכן דיין שטעה ופסק כהרי"ף ודאי לא מהדרינן עובדא וא"כ מה ללוה

להכניס עצמו בתגר הלזה ולהניח מעותיו בספק שיכול לבוא לחיוב פרעון שנית שלא כדת אך הא קשיא יקח כת"י שובר מהמלוה עצמו ותו ליכא למיחש ואפשר דחושש לדברי רב שרירא גאון דכת"י צריך קיום גמור וא"כ אולי יכחישו כתב ידו ואי' איפוא דימצא קיום גמור ואי דילך לב"ד תיכף לקיימו א"כ למה ליה כל הטרחה כיון שבא לב"ד פורע בב"ד וצ"ע:

ט **וגם נאמן לומר פרעתי** והש"ך כ' בס"ק כ"ו דהרב בבעה"ת שער מ"ז כ' להדיא דא"נ לומר פרעתי ויש לתמו' באמת למה העלים המחבר עין מבעה"ת ולא הזכירו כלל ונראה כי הבעה"ת דימה זה למוקדם כמו במוקדם דעתו א"נ לומר פרעתי אף בזה א"נ וכבר תמ' הג"ת דהא גבי שט"ח מוקדמים כ' אע"ג דרי"ף סבירא ליה בכת"י דנאמן לומר פרעתי כאן אולי לא יתברר דהוא מוקדם והרי הוא שט"ח גמור ועוד דהא מזמן השני ניתן ליכתב רק דקנסינן שמא יגבה מזמן הראשון ולכך לא מצי לטעון פרעתי וכל הנך טעמי לא שייכי כלל בזה דלא ניתן ליכתב כלל ודבר מבורר דהא אקני לבנו קטן ודבר עומד להתברר ולכן נראה דבהא דעכת"י נאמן לומר פרעתי נתנו ב' טעמים והרמב"ן כ' משום דאין גובה ממשעבדי אין מקפיד להניחו והרא"ש נתן טעם דבכת"י שוכח ואין מעלה בזכרונו דנתן כת"י ע"ש וא"כ לפי תי' הרמב"ן שפיר יש קו' הא גם שטרי כהאי לא גבייה ביה ממשעבדי וע"ז טרח הבעה"ת לחלק דכאן יש חשש גבייה ממשעבדי דאולי לא יתברר וגם מדינא מזמן שני ניתן ליכתב וטעמים אלו לא שייכי גבי שטרות דנתבטלו מכח מודעות ואונס כמ"ש הג"ת משא"כ לטעם הרא"ש דאין זוכר כו' וזהו לא שייך בשטרי המוקדמים ומכ"ש בשטרי הנעשה באונס דהוא מעשה רבה והוצרך לבטל מחשבתו בתחבולה שיהיה מקנה לבנו קטן א"כ איך יתכן דשכחו לכן ודאי לטעם זה א"י לומר פרעתי וא"כ נראה דגבי מוקדמים כ' הבעה"ת כן לרווחא דמילתא דאפילו נימא כדעת הרמב"ן דתלי' בשעבוד נכסים כתב דגבי מוקדמים אף זו שייך אבל באמת הא סבירא ליה לבעה"ת טעמו של הרא"ש כמבואר בדבריו שער י"ג וכמש"ל סימן ס"ט וכמ"ש הש"ך שם סק"ח א"כ פשיטא דאף במוכר באונס דאין יוכל לטעון פרעתי דאיך יצוייר בזה שכחה וזה ברור ומעתה ל"ק על המחבר דהוא נמשך לעיל סימן ס"ט בתר טעמו של הרמב"ן כמ"ש הש"ך שם ס"ק כ"ב א"כ ודאי דאין לדמות שטרי אונס לשטרי מוקדמין כקו' הג"ת על בעה"ת ולכך אף במוקדמים פסק דא"י לטעון פרעתי בשטרות כאלה פסק דנאמן וכן דייקו מדברי הרמב"ם פכ"ג מהל' מלוה ולוה והיינו דרמב"ם ג"כ סבירא ליה כטעמו של הרמב"ן וכמ"ש הה"מ ולק"מ. ומהטור אף דברור דסבירא ליה כטעמו של הרא"ש לק"מ דלמה פסק דנאמן דפרע דהא הוא סבירא ליה אף במוקדם

נאמן לומר פרעתי הואיל ופסלוהו חכמים מגזרת שטר וא"כ כ"ש שטר כזה דלא ניתן ליכתב כלל ולק"מ. והנה בהא דאמרינן מודעה היה דברינו נאמנים משום דניתן ליכתב אי מפרשינן כמ"ש הר"ן דניתן ליכתב להצילו האנוס מיד אונסו ולכך דעת הרא"ש דווקא באין כת"י יוצא ממקום אחר נאמנים א"כ שפיר אמרינן דלית דין שטר דל"נ כלל לטובת הלוקח והרי הוא חספא בעלמא ולא יהיה חוטא נשכר אבל לפי דפסק הש"ע לעיל סימן מ"ו דאף בכת"י יממ"א נאמנים לומר מודעה דברינו וצ"ל הפי' ניתן ליכתב כפי' שני של הר"ן כדי שיצטרך לשלם ללוקח דמי זבינא א"כ הרי ניתן השטר ליכתב לטובת הלוקח כו' ובשביל שיהיה בטוח במעותיו א"כ מהכ"ת לא יהיה לו דין שטר לגבות מב"ח כמו מוקדמים וזהו נראה דעתו של בעה"ת דכ' דלא מהימן לומר פרעתי כמו במוקדם ולדעת מחבר צ"ל כמ"ש לעיל סימן מ"ו כפי' של הר"ן דהיה יכולים לכתוב שטר מודעה בכתב וזה הפי' ניתן ליכתב ולא דשטר זבינא ניתן ליכתב וא"כ הרי הוא חספא בעלמא וזה יותר מסתבר למחבר דלא יקשה דבב"מ אמרינן שטר כי האי לא ניתן ליכתב ובכתובות אמרינן גבי מודעה דניתן אבל לפ"ז ניחא דזה קאי על שטר וזה קאי על מודעה:

י **וה"ה לכל שטר של"נ ליכתב** והא דפסקינן במוכר שדה גזולה לקמן סימן שע"ג דהלוקח גובה ממשעבדי בשטרא הא ל"נ ליכתב כבר תי' בגמרא דניחא ליה דליקו בהימנותא ולכך טרח וזבין וא"כ ניתן ליכתב ובזה א"ש דברי תו' ב"מ דף י"ד ד"ה שעבוד כתבו דאם טרפה הנגזל דהוי זוזי דלוקח מלוה בשטר אף דתו' כ' בהאי עובדא בפרדסא דהוי מע"פ ולק"מ וכמעט שאין צורך לכותבו רק ראיתי בתשובת פני משה ח"ב סימן ל"ב ול"ג דנתחבטו בו בקו' זו בתו' הוא וחכם מהר"ש גאון בתי' שוני' ותמהני האיך העלימו עין חכמתם מדברי הגמרא הנ"ל. שוב ראיתי ונתתי ללבי כי תו' ובעה"ת אזלו לשיטתן כי ק' במה שאמרו בגמרא דלכך לא גבייה ממשעבדי הואיל ול"נ ליכתב מה בכך הא אמרינן המוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי ופריך הגמרא הלואה נמי ומשני מאן דזבין בפרהסיא זבין ומאן דיזיף בצנעה יזיף הרי לולי כן היה שורת הדין אף מלוה בעדים גובה ממשעבדי דאי' לי' קלא וא"כ זה שמכר שדהו ומקדם אקני' לבנו הק' עכ"פ העדים שכתבו מכירה ולא ידעו שכבר הקנהו לקטן הוציא קול במכירה דהא בפרהסיא זבין ואם כן אף דל"נ ליכתב כלל ודל שטרא מהכא וזוזי מלוה ע"פ עכ"פ אי' לי' קלא ולא שייך ביה מאן דיזיף בצנעה יזיף וא"כ מה זהו דשטר ל"נ ליכתב מה צורך לשטר אדרבא אי זוזי רק בהלואה ה"ל לגבות ולכך סבירא ליה לתו' דהוא כיון דלא חשבהו חכמים לשטר הרי זה מלוה ע"פ גמור ונאמן לומר פרעתי וא"כ טענין ללקוחתו דפרע ולכך לא גבינן ממשעבדי וזהו עיקר הספק שם בגמרא כמ"ש התו' אי טענין ללוקח פרוע הוא

ומשני הגמרא לא ניתן ליכתוב כלל והרי זה מלוה ע"פ וטוען פרוע וכ"כ באסיפת זקנים ע"ש אבל הבעה"ת אזיל לשיטתו דסבירא ליה בשער מ"ז הא דמכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי היינו בדפירש אחריות אבל סתמא לא וצ"ל דסתמא לא משעבדי וא"כ לק"מ דכיון דל"נ ליכתב כלל ה"ל כלא פי' אחריות דאטו כתבה מידי מששא אי' בי' ועמש"ל סי' קי"ו בישוב דברי בעה"ת וא"כ לק"מ כיון דשטר בטל לא טריף ממשעבדי מכח המוכר שדהו בעדים ולכך פסק דא"נ לומר פרעתי וזהו לענ"ד אמת נכון וא"כ כיון דהך דינא במוכר שדהו בעדים לקיי"ל כבעה"ת וכמש"ל סימן קי"ו ובכל גווני גובה משעבדי א"כ דינו של תו' מוכרח דנאמן לומר פרעתי ולק"מ ויפה פסק המחבר ואמת וצדק:

סימן עא

א **אבל הביא עדים כו'** כתב הסמ"ע מדיוק המחבר עדים משמע דסבירא ליה כמ"ש הרא"ש דנאמנות סתם מועיל נגד ע"א והש"ך האריך דא"כ דיוק והאריך דהרבה פוסקים דסבירא להו כדעת הראב"ד והרמב"ן דלא מהני נגד ע"א כלל ובאמת מחלוקת קדמאי הוא אמנם אם באנו לדון בכוונת הש"ע ממקומו נלמד דעיקר מחלוקת תלוי בהא דתנן נדר ושבועה אין לי עליך פטורה משבועה ופריך הגמרא שבועה מה עבידתה אר"י א"ר על אפרטופוס ור"נ אמר על פוגמת ודייק הראב"ד ל"ל קאמר על שבועת ע"א מעיד שפרוע אלא ודאי דנגד ע"א לא מהני נאמנות סתם והרא"ש חולק וסבירא ליה דחדא מנייהו נקטי ומזה מסתעף מחלוקתם ואולם בש"ע א"ה סימן צ"ח ס"א פסק המחבר כ' לה נדר ושבועה אין לי עליך אין יוכל להשביעה שום שבועה הרי דפוסק כרא"ש דאפי' שבועת ע"א אין יכול להשביעה וכ"כ הב"ש וא"כ כמעט הדבר מוכרע. אם לא די"ל דכי קאמר הרא"ש היינו בכתב לה נדר ושבועה אין לי עליך דמכל שבועה פוטר וכמ"ש הרא"ש פ' הכותב להדיא אבל בכותב תהא נאמן עלי שלא נפרע יש לפרש נגדי תהיה נאמן ולא נגד ע"א ובזה היה מקום לישב מה שהקשה הסמ"ע דרא"ש בתשובה כלל ס"ח די"ט פסק דאין מועיל נאמנות נגד ע"א וכן הטור ברמזים לא העתיק רק פטור שבועה מהני אפילו בשבועה דע"א ולא כתב מנאמנות סתם אלא מדברי ר"ח שהביא הרא"ש ל"נ דדעתו לחלק דהוא מפרש מילתא דר"פ דאמר אבא מרי דקים ליה מרענא לשטרא אפומי דנ"מ שהיה כתוב סתם נאמנות ומהני נגד ע"א ואלו יש סברא לחלק מנלי' לר"ח לפרש בנאמנות סתם ולא בפטור שבועה דהא בהך מילתא דר"פ דיתיב קמי' דרבא דאמר לי' עד דאיכא חד בהדיה ע"כ דמפרש דמיירי דכתב בשטר דפטרו משבועה דל"ל כמ"ש ר"ח דהאמינהו בסתם דהא רבא סבירא ליה בפ' שבועת הדיינים דנאמנות

סתם מועיל אפילו לגבי תרי סהדי ועכצ"ל דלא פטרו רק משביעה ולא האמין אותו וא"כ נימא אף בעובד' דר"פ כן ומנ"ל לר"ח לומר דין זה בנאמנות אלא דלא סבירא ליה לחלק וא"כ מהכ"ת נימא אנו לחלק מה דלר"ח גאון לא ס"ל.

והנה לענין דינא רבו באמת החולקים הראב"ד והרמב"ן והרא"ה והריטב"א ורבים מחברים לכן נראה לפענ"ד לחלק כי ודאי דברי ר"ח דברי קבלה ומי יחלוק עליו בלי ראיה ולכן היה נראה בשטר צדקו דברי ר"ח ורא"ש כי ע"א מעיד בשטר דפרוע בלא"ה מדינא אינו מועיל רק חז"ל תקנו שבועה להפיס דעתו של בעה"ב וזהו בשלא נתן נאמנות אבל בנתן נוקמי אדינא דמה הפסת דעת צורך כיון דהוא מעצמו האמינהו ואם דעת הרמב"ן כמש"ל בשמו סימן נ"ח דבסטראי ל"ש הפסת דעת מכ"ש בנותן נאמנות אבל במלוה ע"פ שנתן הנאמנות להמלוה דשורת הדין אין המלוה נאמן כלל רק אנו באנו לדון מכח לשון תנאי ונאמנות הממע"ה ואמרינן כנגדו האמין אותו ולא כנגד ע"א ומהכ"ת נוציא ממון בלשון מסופק ודבר זה לא מצינו לר"ח והרא"ש דחולקים כלל וכן נראה לדינא:

ב **ואפילו הביא מאה עדים שפרעו וכו'** כתב הש"ך בס"ק ג' דווקא באומר סטראי נינהו אבל במכחישן לגמרי איך ס"ד לכפור בממון שהעדים מעידים עליו והלוה אף דיתחייב לפרוע מחמת נאמנות הא לאחר פרעון יכול לתבעו שני' הא עדים דפרעתיך שלא כדת ונוציא ממנו ממון ואפוכי מטרתי ל"ל ע"ש וכן בסי' ע"ן שהאריך בזה וע"כ האריכות לא נראי' דבריו דלפ"ד צ"ל הא דנשא ונתן הר"ן בסברא אי יכול אח"כ לתובעו שני' לאחר פרעון בעדים הללו והעלה דלא מצי לתובעו דאל"כ אפוכי מטרתי ל"ל יהיה הכל בטוען סטראי והמעיין בדבריו לא משמע כן בשום משמעות וגם רחוק מסברא בממ"נ או דתאמר דעדי משקרי או לא אם תאמר דפסלינהו לעדים אף באם אינו טוען סטראי מה לי לעדים הא פסלינהו לגבי הך ואי לא תאמר דפסלינהו א"כ מה יועיל סטראי אם העדים עונים ואומרים להדיא על חוב זה פרע המעות להדיא ולא על אחר והכחשה בכולו או במקצתו לא ידעתי הבדל ואם אתה אומר דמשקרי' במאמרם במה שאומרי' שעל חוב זה פרע א"כ אף הם רשעים והם מעידים שקרים ואף לגוף הפרעון אינם נאמנים והעיקר דקשי' להש"ך א"כ בע"א במעיד דפרוע והמלוה מכחישו ולא טוען סטראי נינהו לדברי הש"ך לאחר פרעון יכול לתבעו בע"א וצריך לשבועה דמ"ש ממון בשנים ומ"ש שבועה בע"א כללא הוא כ"מ ששנים מחייבים ממון אחד מחייב שבועה וא"כ מה קו' הראב"ד והרמב"ן בהא דאמרינן דאם פטרו משבועה דאמרינן מפוגמת ולא משבועת ע"א ומזה הוכיחו דאין נאמנות סתם מועיל נגד ע"א וק' מאי ראי' דילמא בטוען סטראי מועיל אבל

באומר להד"ם מה יועיל הא יצטרך לישבע אח"כ ואפוכי מטרתי ל"ל כמ"ש הש"ך והר"ן וא"כ איך אפשר לפרש במשנה דקתני בסתם פטורה משבועה דמיירי משבועת ע"א הא במכחשת לע"א לגמרי צריכה לישבע וא"ל בפטור שבועה מודה הש"ך דא"י לתובעו אח"כ דכבר כתבתי בס"ק הקודם דהשוום הפוסקים פטור שבועה ונאמנות סתם כחדא ודוחק לחלק בין ע"א כיון דבלא"ה יוכל להכחיש העד רק צריך שבועה יוכל להאמין דהריני כאילו נשבעת משא"כ בשני עדים דל"מ זולת נאמנות להכחישן כלל דמה בכך גם שם יוכל לומר הריני כאילו לא פרעתי ומכ"ש לדעת הרשב"א בקדושין שהבאתי לעיל סימן נ"ח וכן דעת הש"ך לעיל בע"א מעיד על פרעון והוא משיב סטראי ופרע ואח"כ תובעו בע"א ה"ל משאיל"מ א"כ אפוכי מטרת' ל"ל א"כ ק' כפי מ"ש הש"ך בשם כה"ג דכי המניה בתלתא ואיתניהו ד' סהדי משתבע להכחיש העד הרביעי וקשה ממנ"פ אי לא טען סטראי הא אפילו נגד הנך תלתא לא מהימן לדעת הש"ך ואי טען סטראי נינהו איך ישתבע שבועה זו מה טיבו הא בתר פרעון יתבעו ומתוך שאיל"מ ול"ל שבועה זו ונגד עד זה לא הימניה כלל לדעת ר"ה גאון ואמת לפי האומרים מגו לאפטורי משבועה יש לחלק בע"א אף דטען להד"ם א"י להשביעו לאחר פרעון דה"ל מגו דטען סטראי והא הימנו אבל בשנים מה מהני מגו נגד תרי אבל חדא רוב פוסקים סבירא להו מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ובפרט אף דזו מספיק לדחות קו' הנ"ל בדברי הראב"ד בהך פיטור שבועה מ"מ אינו מספיק לדחות ראיה זו מכה"ג לשיטת רשב"א דראיה גמורה היא דהא שם לא המניה נגד עד רביעי וא"כ בתר פרעון ה"ל מתוך שאיל"מ ואיך אמרינן ישבע ויטול וע"כ דלא מיירי מטענת סטראי כלל וכן עיקר:

ג **ואפילו היה ללוה מגו וכו'** הסמ"ע הקשה הא הרמ"א כתב לעיל ודוקא בדאיכא עדים וכו' אבל אי ליכא וכו' נאמן במגו ותי' הסמ"ע דיש הבדל בין היכי דהאמינו כשני עדים אבל אם האמינו סתם מהני מגו ועוד תי' דלעיל יש מגו על גוף נאמנות וכאן יש לו מגו מצד אחר והש"ך דח' תי' ראשון דהא דין ראשון של דברי הטור ובעה"ת ושם מבואר אפילו טען עליו התנתי עמך שאהיה נאמן כבי תרי אפילו הכי נאמן במגו דלא היה תנאי ולדעת הסמ"ע וב"ח צ"ל דבאמת דהבע"ת הנ"ל מחולק עם רשב"א דממנו לוקח דין זה ואפילו היה ללוה מגו מחולקים והרמ"א הכריע ביניהם לחלק כנ"ל בין נאמנות סתם לנאמנות דבי תרי אך זהו דוחק לעשות מחלוקת בין הפוסקים ובבעה"ת מבואר דמדמה אותן למודה בשטר שכתבו שצריך לקיימו אע"פ שכתיב בו נאמנות ושם הטעם ג"כ דיכול להכחיש הכל ואפילו ביש בו נאמנות כבי תרי צריך לקיימו וזהו פשוט. אך מ"מ י"ל אפילו במקום דלא מצי להכחיש נאמנות ויש לו מגו מצד אחר כמו בפקדון

דיש לו מגו דנאנסו דסבירא ליה לרשב"א דא"נ אי בעינן דווקא דהאמין לו כבי תרי או אפילו בסתם נאמנות בזו יש לספק דבתשו' הרשב"א נתן להדיא הטעם איך יהיה נאמן החזרתי במגו אלו העידו עדים דלא החזיר פשיטא דלא היה נאמן נגדם במגו דה"ל מגו במקום עדים וא"כ זהו שהימניה ה"ל כעדים וא"כ י"ל דווקא בהימנוה כבי תרי דאלי' לדחות המגו אבל בנאמנות סתם דאם העידו העדים דהחזיר היו נאמנים א"כ מגו דידי' ה"ל כעדים והש"ך כ' דלאו דווקא המנוהו כבי תרי רק בנאמנות סתם ג"כ לא מהני מגו ולי הדבר מסופק והממע"ה ואמת דלכאורה הדבר מוכרח מרא"ש דסבירא ליה בנאמנות סתם וע"א מעיד פרוע א"י להשביעו וק' הא ה"ל מגו דטען בפני הודה דמהני ומגו דבי תרי ליכא דהיינו העד והבע"ד דטוען דפרע בפני העד דהא וכי צריך העד לסמוך על דברי בע"ד שיהיה בנדר מגו דבי תרי הלא לא יכול לומר אף דפרע בפני כדברי בע"ד מ"מ הודה לפני ג"כ ואין צריך כלל לדברי בע"ד גם מדברי א"ע סימן קמ"א סנ"ה בבעל אמר לפקדון ושליש אומר לגירושין דבעיר אחת י"א דבעל נאמן דאי איתא דלגירושין לדידה הוי יהב אבל אם אמר להולכה נתתי אותו ורוצה לבטל הגט א"נ וקשה הא יש לו מגו דפקדון וכן קשה להנך רבוותא דסבירא להו דא"נ השליש רק במודה ענין שלישת אבל במכחישו ואמר שלא עשהו שליש הבעל נאמן וע"ל סימן נ"ו בש"ך ובמ"ש ובבעה"ת וק' הא ה"ל מגו דמכחיש לשלישות ועכצ"ל הואיל והמנוהו ה"ל מגו במקום עדים וכ"כ הב"ש להדיא בסימן קמ"א הנ"ל ס"ק י"ג ע"ש ומזה מוכח אפילו לא המנוהו כבי תרי דהא אי מכחישי' שנים לשליש אין השליש נאמן כדלעיל סימן נ"ו ע"ש. אך נראה דבזה תליה אי סתם נאמנות מהני נגד ע"א כדעת הרא"ש ור"ח הנ"ל או לא מהני כדעת הראב"ד והרמב"ן הנ"ל דאי מהני י"ל נגד מגו ג"כ מהני דהא הימנו וכהנ"ל גבי שליש משא"כ אי נגד ע"א לא מהני פשיטא דלא מהני נגד מגו דאלים מגו מע"א כדמצינו בכמה דוכת בטוען סטראי אי אי' ליה מגו נאמן ואי לית ליה מגו דפרע בעדים סתם וע"א מעיד דהוא סטראי וכי מוציאין עפ"י ע"א וכהנה טובא במלוה על המשכון וליכא עדי ראה מהימן עד כדי דמיו במגו ואי איכא עדי ראה וע"א מעיד כדבריו וכי מהני להוציא ממון מלוה וא"כ דאין נאמנות נגד ע"א לא מהני איך יהני נגד מגו דאלים ולפ"ז אין ראיה משליש דהוא נאמן יותר מע"א כדלעיל סימן נ"ו ע"ש בש"ך ולכך אף נגד מגו מהימן וא"כ הדברים במחלוקת שנוי. ודעת המחבר נראה דאפילו נגד נאמנות סתם לא מהני מגו. ומיהו מסתימת לשון הטור ומחבר לקמן סימן ק"ח ס"ד בשטר עסקא דכתבו דאם האמין לבעל עסקא אם יאמר שלא החזיר דעתו אין טוענים להם שנאנסו וק' הא עדיין יטעון החזרתי דה"ל מגו דנאנסו ומהני במקום נאמנות סתם והל"ל לפרש כשני עדים

ודוחק לומר אף דבעי תרי היינו בחייו אבל ליתומים סוף כל סוף מילתא דל"ש ולא טענינן ליתמי דהלשון בש"ע משמע אפילו להך מ"ד דטענינן מילתא דל"ש ודוק. והנה שיחת חולין של סמ"ע צריך לימוד לברר מתוכו דין א' דסמ"ע כתב דדוחק לומר דדוקא בנאמנות בשנים לא מהני מגו אבל בנאמנות סתם מהני מגו דלפ"ז לא מהני נאמנות סתם דהא לעולם יש לו מגו דנאנסו ותמה הש"ך מה ענין נאנסו לגבי הלואה והרשב"א דקאמר למילתא בפקדון קאמרו וח"ו דיהיה זה בהעלם דבר מעיני הכה"ג הזה רק כוונתו למה ליה לרשב"א לתלות הטעם דלכך א"נ החזרתי משום דהימניה כבי תרי וה"ל מנו במקום עדים ת"ל בקיצור דאל"כ מה מהני נאמנות דיליה ולאיזה צורך הימניה הא לעולם יש לו מגו דנאנסו ואין אדם מתנה לבעלה ועל כרחך דהיה התנאי דלא יהיה ליה מגו וכ"כ הבעה"ת בדין נאמנות דאי לא צריך והתנה לטפוי קאתא ומכ"ש דלא יוציא דבריו ויתנה לבטלה ועכצ"ל דבאמת דנאמנות כבי תרי דנקט הרשב"א ל"ד וזהו נראה כוונתו בבירור כי אם לשונו מגומג' קצת והנה יש ללמוד ממנו בדי' שכ' הט"ז סימן ס"ט באחד שקיבל עסקא והתנה שלא יהיה נאמן לומר שהיה הפסד בדבר עד שיברר ועתה רוצה לומר דיש לו מגו דהיה הפסד במגו דלא היה דברים מעולם ודעת הט"ז דנאמן ואמת כי ראיה שלו יש לדחות כמו שכתב הרב ח"צ ואין צריך להאריך בו כלל אך מהך דלעיל יש ללמוד דאם נתן לו נאמנות שלא יהיה נאמן לו דפרעו ומכל מקום הואיל וליכא עדים על נאמנות ויכול לכפור בנאמנות מועיל ואם כן אף בדינא של ט"ז דלא היה עדים בתנאי שצריך לברר הפסדו ומה שכתב דהתנאי שלא יהיה נאמן במע"פ פרעתיך כי אם המלוה יהיה נאמן ומה שכתב שהתנאי שלא יהיה נאמן לומר דהיה הפסד סוף כל סוף כיון בגוף נאמנות ליכא עדים ויוכל לכפור הוי ליה מגו ואם כן ממש דינו של הט"ז מבואר בש"ע אך לפמש"ל בסמ"ע וכן הוא סברא נכונה דאין אדם מתנה לבטלה ואמרינן לצורך ולטפוי אמר' אם כן נראה הא דכ' הטור והבעה"ת דאם טען בע"פ דהתנתי עמך שיהיה נאמן כבי תרי והוא אמר הן ומ"מ פרעתיך דנאמן במגו היינו מתחילה היו עדים בשעת תנאי ועכשיו ליתניהו נבי' דמתו או הלכו ואם כן מתחילה לא היה תנאי לבטלה דאילו היה העדים פה ומעידים כן היה נאמנות מועיל ועכשיו נולד מגו הואיל ועדי תנאי ליתניהו אבל במתנה תחילה בינו לבינו אם כן ע"כ דכך היה תנאי דלא יועיל מגו דאל"כ לאיזה צורך התנה הא תמיד היה לו מגו וזהו לענ"ד ברור. וכל דינא של בעה"ת אהא דמוד' בשטר שכתבו דצריך לקיימו אפילו יש בו נאמנות ושם יש לתנאי מציאות כשימצא קיום ופשוט ואם כן אף דינא של הט"ז הכי מתפרש אם היו עדים בשעת תנאי ועכשיו דליתניהו אם כן יפה כ' הט"ז דהיינו בירור המגו ומתחילה היו תנאי דהיה עדים בתנאי

אבל אם לא היה עדים כלל אם כן ע"כ דתנאי היה שלא יהני בו מגו כלל וז"ב ובקושי' הסמ"ע בהרשב"א הא שם ג"כ הנאמנות לבטל' דלעולם יש לו מגו דנאנסו לק"מ דכי תמיד יש לו מגו דנאנסו הלא במקום דל"ש אונס ולא נפיק קלא דאונס א"נ אונס הייתי ואיירי הרשב"א בש"ש דאין לו טענה רק נאנסו כמבואר בלשונו רק מגו דנאנסו ואם כן טובא מהני הנאמנות היכי דלא מצי לטעון נאנסו אף החזרתי לא יכול לטעון וגם לולי הנאמנות נאמן החזרתי בהיסת ועכשיו דנאמן במיגו צריך שבועה בנק"ח ככל דין שבועת שומרים ופשוט ונכון:

ד **אבל אחר הלוא' ולא קנו מיני' לא משתעבד** כ' הש"ך מסתימת דברי המחבר משמע אפילו לנאמנות סתם בעינן קנין לאחר הלואה אבל לדינא העלה עיקר לחלק בין נאמנות סתם לנאמנות כבי תרי ואע"ג בדברי הרא"ש בטור סי' כ"ב משמע דאפילו בנאמנות כהאי לא צריכי קנין מכל מקום נרא' דטור גופו חזר בו ופסק כהרמ"ה בסי' זה ע"ש. וקודם לכן נברר דברי הש"ע והטור כי לכאורה קשה הא הטור סימן כ"ב הביא לשון רמ"ה דהא דאמריק דמהימן ליה וכו' היינו דא"ל הכי בשעת הלוא' וכו' אבל לאחר הלוא' ולא קני מני' לא כיון שקיבל עליו פסול כבי תרי דאדם קרוב לעצמו עכ"ל משמע דווקא הטעם משום דקיבל קרוב כבי תרי והוי תרתי לריעות' וסבירא ליה להרמ"ה כמ"ש הטור דבתרתי לריעות' בעינן דווקא קנין וכן נראה מדברי הרי"ף והנ"י שם ואם כן זהו הכל למ"ד דבתרתי לריעותא בעינן קנין ולפ"ז המחבר דפסק לעיל בסימן כ"ב כרמב"ם דאפילו תרתי לריעותא א"צ קנין אם כן למה מצריך קנין ומנ"מ אי הוי תרתי לריעותא או לא וצ"ע לכאורה וצ"ל דגם קו' זו ק' להמ"מ בפרק ט"ו מהל' מלוה דכ' דנראה דדעת הרמב"ם כהרמ"ה וקשה למה הא הרמב"ם סבירא ליה אפילו תרתי לריעותא א"צ קנין וכן יש להבין ברש"י בשבועות שפי' על האי דאמר מהימנ' לי וכו' דהיא בשעת הלואה ודייקו מיני' הא לאח"כ בעי קנין וק' ג"כ הא סבירא ליה לרש"י הא דאמרינן והוא דקיבל עליו בחד היינו לר"מ אבל לרבנן אין נ"מ ואם כן לא סבירא ליה דתרתי לריעותא גרוע ולכן צ"ל דבלא"ה יש להבין מה ביקש הרמ"ה דהוי תרתי לריעותא לא יהיה רק חדא לריעותא הא קיי"ל קודם גמר דין אפילו בחד' לריעותא יוכל לחזור בו וכאן בנאמנות הא עדיין לא נגמר דינו לשלם ופשוט דמצי הלוה לחזור בו וע"כ דבעינן קנין וצ"ל דסבירא ליה להרמ"ה כמ"ש הרמ"א לעיל סי' כ"ב דאם קיבל קרוב לעד והעיד הוי כגמר דין ואם כן בגמרא בהך עובדא דאמר מהימנ' לי משמע דכבר בא המלוה והלוה לב"ד והמלוה טען שלא נפרע ולכך ביקש רבא לפסוק דמהימן וכו' ואם כן כיון דאמר הוא בב"ד דלא נפרע ה"ל כאילו העיד פסול בב"ד דתו לא מצי נחזור בו ולכך נתן הרמ"ה טעם משום

דהוי תרתי לריעותא ואף בג"ד חוזר משא"כ לשיטת הרמב"ם דלא נקרא ג"ד עד שהוציא ממון אבל קודם לכן אף שנפסק פסק ב"ד לא מיקרי ג"ד אם כן מכ"ש עדות הפסול כמ"ש הש"ך להדי' סי' כ"ב אם כן דלא מיקרי ג"ד פשיטא דיוכל לחזור בו אפי' בחדא לריעותא לכך מצריך הרמב"ם לדעת המ"מ בנאמנות קנין דזולת זה יוכל לחזור קודם שיגבה הב"ד עפ"י אמירתו וכן דעת רש"י ומחבר ולק"מ ואם כן פשיטא דיכול לחזור בו אפי' בסתם נאמנות דלו יהיה דקיבל בחד הא בכל גווני יכול לחזור קודם ג"ד וכ"ז שלא הוציא ממון מקרי ג"ד ודוק. ועתה נשוב לדברי הטור לעיל סי' כ"ב כתב דהרא"ש חולק וסבירא ליה דלא בעי קנין בנאמנות ואילו בסימן זה סתם כדעת הרמ"ה וכל האחרונים דחקו ולא העלו דבר ברור ול"נ דלק"מ דהא יש להבין בדברי הרא"ש דנתן טעם דלכך מהני באומר מהימנ' עלי כב' עדים משום דפסל כל הנך סהדי אחרינ' וקשה מאי בכך דפוסל כל סהדי ואין כאן עדים כלל על הפרעון מ"מ האיך יכול להוציא מהלוה הא שורת הדין דמלוה ע"פ הלוה נאמן פרעתי ואם המנוהו כע"א מה בכך וכי מוציאין ממון בע"א וע"כ דהימניה כבי תרי ואם כן עדיין קו' הרמ"ה הא ה"ל תרתי לריעותא דהאמין בע"ד דהוא קרוב על עצמו בתרי והגע עצמך לדברי הרא"ש אי אמר למלוה אתה תעיד עלי שאני חייב לך מהימן בלי קנין ואם אמר לאחיו של מלוה את' תעיד דאני חייב לאחיך אינו מהימן בלי קנין דהוי תרתי לריעותא דא"כ יפה כח של מלוה בעצמו מכח של אחיו שארו וקרובו נשתקע הדבר ול"ל דלכך מהימן הואיל ואנן סהדי דכי הימניה דאין הוא פורע זולת שלוקח שובר אם כן ה"ל להרא"ש לומר טעם זה ועוד הא הרא"ש לס"ל הך סברא דהא הק' דיהיה נאמן במגו דפרע בינו לבין עצמו במגו דפרעו בעדים והלכו למד"ה ואולי סבירא ליה כהך לק"מ דהוי מגו במקום עדים וכמ"ש הר"ן באמת וגם לא הוי פוסק דבאמר לו אחר הלואה אל תפרעני אלא בעדים צריך הלוה להסכים עמו אבל אי שתק א"צ לפורעו בעדים ולמה ל"א אנן סהדי דלא פרע בלתי עדים הואיל דקפיד המלוה כמ"ש הר"ן ולכן ברור דסבירא ליה להרא"ש הך דאמר מהימנ' לי כבי תרי היינו במלוה בשטר ואם כן יפה טען דכי פסל לכולהו עדים ואם כן הרי מלוה תובע בשטרו ואי דטוען פרעתי אין לו על המלוה כ"א שבועה ובזה לא הוי רק כע"א וע"א פוטר משבועה ולק"מ. ובזה נראה ג"כ להבין דהרי"ף כפמ"ש הרא"ש בשמו בפ' ז"ב הביא ראי' מהך דהימנ' כבי תרי דהכשיר קרוב כבי תרי מהני ואולם הרמ"ה כפי מ"ש הטור הביא ראי' מהך דאמר מהימנ' בסתם דג"כ נאמן אף דה"ל תרתי לריעותא והך עובד' אתמר בגמרא בראשונה ומזה ה"ל להרי"ף להביא ראי' כי גם מזה מוכח כמ"ש דאיך יהיה נאמן דלא פרע וכי ע"א נאמן וע"כ דהימניה כבי תרי אמנם לפי הנ"ל ניח' דכל הנך עובד'

איירי במלוה בשטר אם כן בנאמנות סתם אין כאן רק כע"א דעד מסייע פוטר ואין כאן תרתי לריעותא ולכך מביא הרי"ף ראי' דנאמן כבי תרי ואפילו שנים מעידים דפרעו הוא נאמן יותר ש"מ דקרוב נאמן כב' עדים ובזה דח' הרא"ש דפסל הנך עדים אמנם הרמ"ה נראה דסבירא ליה כמ"ש הב"י בסי' מ"ו דע"א המסייע אינו פוטר משבועה ואם כן שפיר דייק מהך עובד' דנאמנות סתם דג"כ צריך לומר דהוי נאמן כב' דאין ע"א פוטר משבועה וע"כ דהמניה כב' מכל מקום כשר בקרוב והוי תרתי לריעותא ועכ"פ כל דחיות הרא"ש הוא במלוה בשטר דלזה י"ל כיון דפסל לעדים חזר הדבר למלוה בשטר וע"א מסייעו דפוטר משבועה אבל במלוה ע"פ מה מהני נאמנות דפוסל לעדים הרי חזר למע"פ וכי יוציא ממון בע"א וע"כ בשני עדים וברור דצריך קנין דהוי תרתי לריעותא ולפ"ז אין כאן סתירה בדברי הטור דכאן בסי' ע"א הכל איירי במע"פ כמ"ש הב"ח דבתר מזה איירי במלוה בשטר ואם כן במע"פ פשיטא דבעי קנין כמ"ש דזהו הוי ודאי תרתי לריעותא ולא סגי במה דפוסל העדים ולא עוד אפילו במלוה בשטר נראה כמש"ל דמה בכך דהכשירו רק כע"א מכל מקום הא קודם ג"ד אפילו בחדא ריעותא יוכל לחזור וכבר כתבתי דשם בגמרא דכבר אמר בב"ד דלא נפרע ואם כן ה"ל דכבר העיד הקרוב וה"ל ג"ד וכמש"ל אבל אם רוצה לחזור קודם שבא לב"ד ואמר אני לא מהימן ליה אם כן פשיטא דיכול לחזור דהוי קודם ג"ד ואם כן א"ש דלעיל סי' כ"ב קאי הרא"ש על עובד' דגמ' דא"ל מהימנת לי וכו' דמשמע דעובד' דבא לב"ד דזה אמר לא נפרעתי וכנר' מדברי הגמרא ובזו שפיר כ' הרא"ש דה"ל רק חדא ריעותא וה"ל אחר ג"ד וא"י לחזור משא"כ בסי' זה דמיירי בגוף הנאמנות דיהיה מהני ולא יוכל הלוה לחזור בו לעולם פשיטא דצריך קנין דאפילו בחד לריעותא קודם ג"ד יכול לחזור בו ודברים אלו ברורים ונכונים בס"ד. והש"ך כ' דנאמנות סתם א"צ קנין דה"ל קיבל פסול כחד תמהני הא קודם ג"ד יוכל לחזור ודבריו בלתי ברורים. איברא דיש להבין במחבר דסבירא ליה דאפילו נאמנות סתם בעי קנין וא"ל לא מהני אם כן מ"ש מהא דאמר ליה לאחר הלואה אל תפרעני אלא בעדים דדעת הר"י הלוי אפילו הלוה מוח' ודעת הרמב"ן והרא"ש עכ"פ בשלוה מסכים מהני ואם כן אם אינו מברר בעדים דפרע נאמן המלוה וא"צ קנין וכאן בנאמנות סתם דהוא ג"כ אם מביא עדים באמת נאמנות לא מהני ואי דאין לו עדים אז המלוה נאמן והיינו כמו אל תפרעני אלא בעדים דהוא כזה אם יברר בעדים לא יהיה נאמן וא"ל יהיה נאמן ולמה בזו בעי קנין ולעיל לא בעי קנין ודוחק לחלק דשם המלוה מתנה ולוה מסכי' א"צ קנין וכאן מיירי דלוה אמר מהימנת לי והמלוה שתק דהוי כפטומי מילי בעלמא דזה דוחק וצ"ל דלעיל ליכא נאמנות ברור למלוה דהא אם יאמר פרעתיך בפני עדים ומתו נאמן ואפי' במיחד

עדים אם יאמר פרעתני בפניהם ומתו לכ"ע נאמן אם כן אין זה נאמנות ברור למלוה ולכך אין צריך קנין אבל בנאמנות כ"ז דלא מברר בעדים דפרעו אפילו יאמר פרעתיך בפני עדים ומתו א"נ עד שיביא עדים אם כן הוי נאמנות גמור ולכך צריך קנין. אך לפ"ז לגירס' הרי"ף דלא מהימן פרעתיך בפני עדים ומתו קו' במ"ע וצ"ל להרי"ף באמת נאמנות סתם א"צ קנין דה"ל כאל תפרעני אלא בעדים וכמ"ש הבעה"ת רק נאמנות כב' הוא דקשי' ליה דבזו אפילו עדים בפנינו דפרע ובזו סבירא ליה דה"ל כמכשיר קרוב ולכך בעי קנין ובזו א"ש מה שדקדקתי לעיל דלמה מביא הרי"ף ראיה מנאמנות כב' ואולם הרמ"ה הביא מנאמנות סתם ולפ"ז ניחא דהרי"ף לשיטתו דגרס א"נ באמר שפרע בעדים ומתו והרמ"ה גורס כהרמב"ם ותו' נאמן וא"ש אלא דעדיין יש לפקפק קצת דהא גם בנאמנות כבי תרי יש לו מקום דא"צ לפרוע כשמביא עדים דהוד' בפניהם לדעת המחבר וסייעתו וצ"ע כי יש לחלק בדוחק:

ה **אבל הוד' מילתא אחרית'** עיין ש"ך דרבים מחברים החולקים וסבירא להו אף לגבי הודא' הימני' והאמת אתו אבל מ"ש דמרמב"ם אין הכרע דמ"ש כיצד יעשה בנאמנות שיפרע יעיד ע"ע שלא בפני הלוה שקיבל כל החוב וכו' י"ל דכוונתו דיעיד ע"ע בב"ד אבל בעדים לא מהני אין דבריו נראי' דא"כ הא דכתב שלא בפני הלוה מה קמ"ל מה נ"מ אם הוא בפני הלוה או שלא בפניו פשיטא דהוד' בפני ב"ד הוי הודא' אלא ברור דכוונתו לפני עדים יודה וקמ"ל דלא מצי טען שלא להשביע הודיתי הואיל ולוה מוחזק במעות וכמש"ל סי' פ"א וטובא קמ"ל וכן פי' המפורשים והרב בעל מ"ל ע"ש גם מ"ש דלא ידע מנ"ל לטור ברמזים ובספרו דס"ל לרא"ש דמהני הודא' והיינו בנאמנות דבא"ל אל תפרעני אלא בפני פו"פ מבואר ברא"ש דס"ל דהודא' מהני דהא כ' על הא דהא אנא ור"ש דמילתא דבדיחת' בעלמא אמר ש"מ דהודא' מהני דאל"כ הא צריך כמ"ש הרז"ה דלולי כן הודא' בפני ר"נ לא מהני אם ילך למד"ה או ימות אלא דבנאמנות י"ל דלא מהני הודא' כהכרעת הרמב"ן וסותר דברי עצמו דבריש הסי' כ' לתרץ על קו' הסמ"ע דברי הרא"ש דסבירא ליה נאמנות סתם מהני נגד ע"א להא דפסק בתשובה דלא מהני ותי' דשם בתשובה מיירי בהודא' ע"ש והרי הדבר מבואר ברא"ש אף גם מפסקים נלמוד דהא הרא"ש כתב כמש"ל דלכך נאמנות לא בעי קנין ולא הוי תרתי לריעותא דהא פסל לכולהו סהדי כמו אל תפרעני אלא בעדים א"כ מדמה הרא"ש הדברים להדדי ואם שם שלא פסלם להודאה אף זו כמוהו אך זה יש לדחות אבל מתשובה הנ"ל ראיה מכרעת איברא שיש להבין בסברא עדים שראו פרעון משמעון לראובן אין לך הודאה ומחילה יותר מזה ואלו שתקו ואמרו בב"ד רק סתם בפנינו מחל ראובן לשמעון והודה לו דלא חייב לו היו

נאמנים וכי בשביל שהם הוסיפו לחזק דבריהם שראו עין בעין כי מנה לו המעות מיד ליד ולמה בשביל זה יוגרע כח עדותם ולא יועיל ולכאורה הוא נגד השכל והסברא. וצ"ל דהא דביקש המלוה להאמינו נגד עדים וכי נחשדו עדים לשקר רק דלפעמים טועים כי הלוה נותן לו ע"ז החוב והמלוה מקבל הפרעון על דבר אחר דהדין עם המלוה כדלעיל סי' נ"ח ע"ש ובזו העדים טועים ולא רמי' עליהם ואומרים בדדמי כי פרע על זה החוב כמאמר הלוה באמת אז ונלקה המלוה ולכך מבקש נאמנות וזהו שייך בפרעון אבל בהודאה מיוחדת ממלוה או מחילה בזו לא יפול טעות בדברי המלוה הלא יהיה זהיר ברוחו להודות על איזה חובו נפרע ולכך לא פסלינהו דמהכ"ת ולא נחשדו עדים לשקר:

ו **אין לו עליו אלא שבועת היסת** הקשה הב"ח מהא דאמרינן בכתובות אי פקח הוא מייתי לידי שבועה דאורייתא דפרע והדר תבע לי' שנית בע"א ש"מ אע"ג דפרעי' מ"מ ניתן לתבוע ותי' דשאני הכא דפרעון ראשון הוי כמחל לי' והקשה הש"ך א"כ איך קאמר בסעיף זי"ן דמאן דמחרים לימא כל מאן דאיתא לגזילה בידיה דהא אין כאן גזילה כיון דהוי מחילה בידו. ולא ידעתי למה הרחיק להקשות ולא מיני' ובי' דאין לו עליו אלא היסת היסת זו מה טיבו הא מחל לו ואם אמרינן דבאופן זה היה מחילה אם יאמר דלא פרע ויהיה חייב שבועת היסת וישבע דיהיה מחילה למפרע אבל אם יודה ע"י שבועה לא מחל לו א"כ אף בקבלת חרם יש לומר כן דאם יודה ע"י חרם לא יהיה מחילה אבל באמת זה לא יתכן דסוף כל סוף אם יהיה נשבע מחול לו למפרע א"כ לעולם בקושטא קמשתבע דאף דאין אמת אתו מ"מ כיון דכבר נשבע דלא פרע לו הוי מעות מתנה ולא פרעון וא"כ לא נשבע לשוא וטורח שבועה זו למה ודאי דישבע כן אף דכבר פרע לו ולכן ל"ל כך כלל אך באמת לא ידעתי מה קושי' הא כל טעם הר"נ דא"י לתבוע דפסל לעדים וכיון דפסלם איך יוחזרו לכשרותן משא"כ שם מי פסל לע"א אדרבא זוקק לשבועה רק הואיל והוא נשבע ונוטל ושעבוד קרקעות אין כאן ש"ד אבל בתר פרעון איכא ש"ד ומעולם לא נפסל העד משא"כ כאן בנאמנות דפסלינהו ולק"מ ופשוט. והנה הב"ח כתב בעיקר קושי' הר"נ דהקשה לדעת האומרים דאח"כ יכול לתובעו שנית בעדים הללו א"כ אפוכי מטרתא נ"ל ותי' הב"ח דנ"מ לענין בינוני' וזיבורית ועדית דהוא גובה ממנו עדית כיון דלית ליה נכסים אחריני אבל כשחזר וגובה אין לו אלא בינונית והש"ך השיג דכיון דבא שנית בעדי פרעון ואגלאי מילתא דבטעות גבה אף הוא חוזר לגבות ממנו מה שגבה ממנו ודינו צ"ע אמנם בלא"ה ודאי יש נ"מ בכמה דברי' דלא שייך בי' אפוכי מטרת' כגון דלזה שני עדים ולזה שני עדים א"כ לולי הנאמנות כבי תרי הוי הממע"ה אבל השתא מוציאין מידו דהא הנך תרי דאומרים דפרעו כמאן דליתא דמי ואם כבר פרעו ואח"כ

תבעו בעדים הללו הא יש שני' המכחישין ודין הממע"ה ומחזיק זה במעותיו ועוד ודאי דאף דיכול לתובעו בעדים הללו לאחר פרעון מ"מ צריכין הני עדים להעיד שני' לפני ב"ד כי מה שהעידו קודם פרעון אין מועיל דאז פסלינהו והמלוה נאמן וא"כ דצריכין להעיד אח"כ שנית פשיטא דיש נ"מ אם בין כך מתו או נפסלו מחמת קורבא א"כ הרי תו א"י להעיד ומפסיד הלה מעותיו וכן א"ל שהמלוה חייב לאחרים מוקדמים וא"כ לולי נאמנות לא הי' יכול להוציא מיד הלוה אבל עכשיו שפרעו רק חוזר ותבעו במלוה א"כ הרי כשארי ב"ח והמוקדמים טורפי' קודם והוא יוצא נקי וכן טובי נ"מ וברור דקושי' הר"נ רק דלא על זה נתכוון זה בנאמנות שהתנה שיהיה נאמן כבי תרי מה אהני לי' הא יצטרך אח"כ לפרוע שנית ומה נ"מ לי' וכי התנה על דבריו הנ"ל שאינם שכיחי' ויעברו ימי' ולא יזדמן כנ"ל וא"כ למה זה התנה ומה תועלת לו באפוכי מטרתי ואין מקום לקושי' הש"ך אך בתר עיון ראיתי כי לכאורה מ"ש דלא כב"ח דס"ל דמוחל המעות רק סגי במה דפוסל לעדים לא נראה רק צ"ל כמ"ש הב"ח דמוחל למפרע משום דק"ל איך מניחין אותו לישבע אם הוא הלוה פוסל לעדים אחרי' אנן איך פסלינן להו הלא עדים כשרים הם והם מעידים שפרעו ואם נשבע דלא פרעו הלא נשבע לשקר ואיך נמסור אותו מתחילה לשבועת שקר במזיד ואפילו נימא דטוען כמ"ש הש"ך דסטראי היה הפרעון מכל מקום הא העדים מעידים דעל אותו דבר פרעו ואיך ישבע לשקר. מלבד דא"כ פסול לעדות ולשבועה. ועוד קשה דא"כ הא דאמרינן בגמרא דשבועות דף ל"ד הזיד בשבוע' פקדון והתרו בו מהו. ודייק הגמרא מכלל דאי לא אתרו בי' מחייב הא כפירת דברי' בעלמא הוא ופי' רש"י דאע"ג דכופר לא תועיל כפירתו כלום דהא ישנו עדים דמעידים על הלואה זאת אומרת הכופר במלוה שיש עליו עדים חייב ועיין שם ברש"י ד"ה הזיד ותוספו' ד"ה הזיד וכו' וקשה מה קושיא דילמא איירי בכהאי גוונא דתבעו דפרעו פעמיים ונשבע לו לשקר דהא אף על כפירת מלוה חייב ואפילו כופר בכל דליכא שבועת דייני' רק נשבע מפי עצמו ואפילו שלא בבית דין כמבואר בגמרא וברמב"ם הלכות שבועות ואם כן אף דעדים מעידים דלשקר נשבע אין נאמנים להוציא ממון דהא הלוה פסלינהו אבל לענין קרבן ומלקות ודאי נאמנים דנשבע לשקר דכי אנן ב"ד פסלו אותם הלא עדים כשרים ונאמנים הם ואפילו הלל ושמאי וא"כ הוי כפירת ממון ומ"מ מתחייב קרבן בעדותם ובהתראתם מלקות כמבואר בגמרא ואין מקום לכל קושי' הגמרא וקושי' זו עצומה לכאורה. אמנם ברור כמ"ש הב"ח דלא לבד דפסול לעדים אף גם דמחל לו א"כ תו ליכא שבועת כפירת ממון דכשנשבע חל מחילה למפרע וא"ש. אך הדרא קושי' הנ"ל לדוכתי' א"כ שבועה זו למה הא מחל לו וכדין נשבע ולכן צ"ל כמ"ש לעיל סי' ל"ד בקושי' דלמא העדים קרובים

די"ל א"כ דליכא עדים ליכא מלקות דיכול לומר מלוה ישינה יש לי עליו וא"כ מלקות ליכא וא"ש ועיין מש"ל בסי' ל"ד ומש"ל בסי' צ"ב מזה באריכות וא"כ גם בהך קושי' דהא בשקרא קמשתבע דיש עדים כאן י"ל דבאמת אינו משתבע דלא פרענוהו דאיך ישבע להכחיש עדים רק משתבע דלית ליה זוזי גבי' א"כ י"ל מלוה ישינה יש לו עליו וכדמשתבע לקושטא קמשתבע דפרשי אינשי מספק שבועה וכיון דפסלינהו אמרינן כן אך מ"מ צ"ע דנעשה אח"כ חשוד על שבועה בעדים דלענין למחשדהו לשבועה לא אמרינן דמלוה ישינה יש לו עליו כמש"ל בסי' ל"ח בשם רמב"ן וצ"ל באמת הוא משתבע ונפטר ונעשה אח"כ חשוד וצ"ע. גם צ"ע להרי"ף ורמ"ה לעיל בטור סי' כ"ב דהא דאמר כי' מהימנת עלי הוי כקבל קרוב כתרי ולכך בעינן קנין א"כ צ"ע וכי אם מכשיר קרוב כבי תרי בקנין הרי עדותו מועיל כשני עדים וא"כ איך יוכל להטיל אחר פרעון שבועה וכי יוכל כשקרוב מעיד בתר דקבל עליה להטיל עליו שבועה בתר פרעון הלא יש כאן שני עדים ודוחק לחלק בקרוב ולא לגמרי דמנלן זה כיון דלא מצינו לו ראיה בגמרא וצ"ע:

ז **אא"כ פירש בהדיא** נראה דהרמ"א כתב זה לישב דברי תשובת הרשב"ץ דבתשובה חדא קאמר אם התנה אם לא יכתוב ע"ג השטר הפרעון לא תהי' נאמן דינו כאומר אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' ופרעו בעדים אחרים אבל בתשובה אחרת קאמר כתוב בשטר כ"ז שלא נקרע שטר זה ודלא כתוב ע"ג תבריה תהיה נאמן בזו לכולי עלמא אפילו להרי"ף דסבירא להו באמר אל תפרעני ופרעו בעדים אחרים דאינו נאמן ועיין בש"ך שדחק לחלק בחילוק קלוש בין כשלוה מתנה או מלוה וחילוק זה קלוש למאוד כמ"ש בתשובת עבודת גרשוני ולכן ס"ל לרמ"א לחלק בדכתיב בדלא נקרע ודלא כתוב ע"ג תברא הוא נוסח שטרות ולשון ע"ג לאו דווקא כמ"ש תשובת הרמב"ן סי' ק' ומהרי"ק ע"ש משא"כ במתנה אם לא נכתב ע"ג השטר הפרעון לא יהיה נאמן לא שייך בזה נוסח שטר כך דהא התנה להדיא דיהיה צריך לכתוב ע"ג השטר הפרעון וכוי רנאי גמור דצריך לקיים התנאי ולשון אם לא תכתוב ע"ג שער הפרעון יודו הכל דאינו מנוסח השטר לכתוב כך וא"כ ודאי דהיה תנאי גמור וזה פרוט זהו שכתב רמ"א אא"כ פירש בהדי' וכיון באופן זה. ומ"ש הרמ"א ואם הביא עדים וכו' נראה מדברי הש"ך שהבין דקאי על הך דאם לא התנה בפי' וע"ז השיג דהא בזה אמרי' ע"ג ל"ד א"כ אפילו טוען סטראי. א"נ. ובאמת מוסב על מה שאמר דצריך לקיים תנאו וע"ז כתב דמ"מ אם הביא עדים אחרים נאמן כמ"ש הרשב"ץ להדיא ונ"מ דצריך לקיים תנאו בזה אם טוען סטראי נאמן וגם נ"מ אם אין השטר בידו אם לא התנה שיהיה דוקא ע"ג השובר א"כ כשאין השטר בידו א"צ לברר בעדים דהא הוי כמע"פ כיון דלא שייך שטרך בידי מה בעי משא"כ בזה שהתנה

מ"מ צריך לברר בעדים דאפילו במע"פ הא ה"ל כאומר אל תפרעני אלא בפני פו"פ דצריך לברר דווקא בעדים וכמ"ש המהרי"ק בשורש פ"ט ע"ש מיהו כתב הסמ"ע דווקא בלא התנה שיהיה נאמן כב' אבל בהתנה כן אין מועיל מה שמביא עדים וכן משמע במהרי"ק דכתב שם דמהני פטורים אם נכתב דלא יהיה הלוה ולא שום אדם נאמן לומר דפרע זולת דקרע בקרע ב"ד או נכתב ע"ג תברא דעל גבי השטר דנקט ל"ד וק' לו יהיה דוקא הא יש שם עדים דפרעו אלא דשם מבואר דנכתב בשטר דלא הלוה ולא שום אדם א"נ לומר פרעתי ומדכתב לא שום אדם הוא נאמנות יותר מב' דהא כתב ולא שום אדם וא"כ אלו היה תנאי דו קא לא היה נאמן ולכך כ' המהרי"ק דע"ג לאו דווקא וא"ש:

ח **שאין מועיל נאמנות** וכ' הרא"ש בתשובה אם טוען הלוה למה יהיה שטרי מונח בחנם השבע לי דלא פרעתיך חייב לישבע אף דיש בו נאמנות וכמו כן אם יאמר המלוה ישבע הלוה דפרוע הוא ואם לאו אטול בלי שבועה ישבע ואם כל א' טוען שחבירו ישבע יתפשרו והק' הש"ך דזהו הכל למ"ד דבמונח ביד שליש לא חיישינן לקנוניא אבל לפי דיעה הנ"ל בסימן ס"ה דגם בזה חיישינן לקנוניא ואם שניהם רוצים מ"מ לא יחזיר א"כ אין נ"מ בדין זה ולק"מ חדא דהא נ"מ בשטר שאין בו אחריות נכסים דלכ"ע יחזיר דלא גרע משטר שנפל ועוד ע"כ אמרינן לא יחזיר אלא כשאין הלוה רוצה לפרוע למלוה תיכף רק אומר החזירו לו שטרו בזו אמרינן דקנוניא הוא לגרום היזק ללקוחות שקנו אח"כ כהנ"ל אבל כשלוה רוצה תיכף לפרוע במזומנים או כשמלוה מצוה להחזיר להשטר בחנם מחזירין ולא חיישינן דמלוה חב לאחרים דהא יוכל ליתן שובר ועיין לעיל סימן ס"ה ס"ח מ"ש הסמ"ע והש"ך ומ"ש שם וא"כ לק"מ דהלוה טוען מה לי להניח שטר ביד שליש ישבע המלוה ואם ישבע אפרענו לו במעות תיכף וא"כ תו לא חיישינן לקנוניא דהא רוצה לפורעו תיכף והשליש יקרע השטר ואם לא ישבע ג"כ יקרע השטר וא"כ תו ל"ל לקנוניא בשום אופן והמלוה טוען א"צ לישבע דהא יש לי נאמנות וע"ז קמ"ל דהואיל דאיתרע לא מהני נאמנות ולק"מ והרא"ש דתלה דבריו שם בתשובה במחלוקת אי חיישינן ביד שליש לקנוניא היינו כשאין רוצה לפרוע תיכף במעות רק להחזיר לו שטר כמבואר שם:

ט **דווקא שאמר כן וכו'** כך כתב הרמ"א לתרץ דברי הטור והש"ע בפסקו לעיל ריש סימן שלא בשעת הלואה בעי קנין ול"נ קנין ל"ד רק כשכותב בשטר מהני נמי וכ"כ גבי הא דמשני בש"ח כשקנו מידו ל"ד קנין ה"ה כותב ויש לזה ראיה מדברי תו' כתובות דפ"ו ד"ה אלא כו' במשנה נדר ושבועה אין לי עליך דמוקמינן על אפוטרופוס שנעשית בחיי בעלה ופריך הגמרא מי ידעו דנעשית אפטרופסים דהתנה וכו' והקשו בתו' דמה קו'

דילמא התנה עמו אח"כ כשנעשית אפטרופס וק' מאי קושיא הא במשנה לא נזכר קנין רק כותב בשלמא בשעת נשואין ה"ל כשעת הלואה כי אז נשתעבד לה לחיבת נשואין בכתובה ומהני תנאי שתגבה כתובה בלי שבוע' ואדעתא דהכי נשאת לו משא"כ אח"כ כשכבר נשאת ונעשית אפטרופסים מה בכך דמתנ' על כתובה שתגבה בלי שבועה הא ה"ל לאחר הלואה ובעי קנין ואף דמקבלת רק עכשיו האפטרופסים מ"מ נאמנות על כתובה כבר קדמה הכתובה וה"ל נאמנות דלאחר מתן מעות וע"כ דהתני' בשעת נשואין ושפיר פריך הגמרא מנא ידע' וכו' ועכצ"ל דסבירא ליה לתו' כותב ה"ל כמו קנין דאלימא מילתא דשטרא ומתחייב עצמו להדיא ובמשנה נאמר כותב וכן דעת הטור וש"ע ולכך בסעיף זה ולעיל סס"ט כתבו דאם כתב בכ"י נאמנות מהני ולא חלקו אם הוא בשעת הלואה או אח"כ דבעי קנין משום גבי כתובה א"צ זה דהיינו כקנו וא"ש וזה נראה ברור וכן משמע בריב"ש סימן תצ"ד דכתובה הוי כקנין:

י **אא"כ שפירש שפוטרו ממנו** והק' הש"ך דהא בא"ע סימן ל"ת פסק הרמ"א כדעת האומרי' דאפילו האמינו נגד יורשים מ"מ לא מהני וצריך לישבע שבועת יתומים ובאמת לא על הרמ"א לבד ק' אף גם על הר"ח כפי שהביא הטור בסימן זה ק' דכתב בשמו דאע"פ דפיטור מועיל לגבי יתומים אינו מועיל לגבי לקוחות הא לענין יתומים מודה דמועיל ואלו בא"ע סימן הנ"ל הביא בשם ר"ח וכ"כ הרא"ש דהלכה כאבא שאול דנגד יתומים לא מהני פיטור אפילו פטרו בפירוש נגד יתומים. ולכן לברר זה צ"ל דהב"י כתב בשם תשובת הריטב"א שם סי' צ"ח דכתב אליביה דר"ח דלכך פיטור בפי' נגד יורשים ל"מ לפטור משבועת יתומים דאמרינן לא נתכוון לפוטרה רק משבועת אפטרופס ושבועת פוגמת אבל לא משבועת יתומים ולכאורה דברים אלו צ"ע. דהא דפסק ר"ח דאפילו פוטרו בפי' נגד יורשים לא מהני נאמנות הוא משום דסבירא ליה הואיל ור"ש דאמר כ"ז שתובע' כתובה יורשים משביעים אותה כאבא שאול משמע אפי' פוטר' בפי' נגד יתומים וכמ"ש הרא"ש והלכה כר"ש כמ"ש התו' ולדעת ר"ש דפליג אר"א ות"ק א"כ לעולם אין יוכל להשביעה בשבועת אפטרופס' ואם כן איך אפשר לומר דלכך נתכוון לפוטר' משבועת אפטרופסי' הא אין כאן שבוטה אפטרופס' ופוגמת ג"כ ל"ל דאימת חל שבועת פוגמת כשהיא תובעת כתובתה והא צריכ' לישבע דלא קבלה פרעון כלל ודברים אלו לא לבד אמורי' לריטב"א בפי' ר"ח כי אף גם בשערי' דרבינו אלפס שער י"ו הסכים לזה דאף דנתן לה פטורי' לא נתכוון לפוטרה משבועת יתומים כשתבעה כתובתה רק נתכוון לפוטר' משבועת של אפטרופסי' וע"ש דמחלק בין מחול לך לאתן לך וגם אליבי' קו' הנ"ל קשה וצריך לומר דר"ח כפימ"ש הריטב"א עם שערי' דר"א בחדא

שיט' קיימי דסבירא ליה לר' אלפס הא דאמרינן דאין יוכל להשביעה שבועת אפטרופסי' היינו הבעל בחייו אבל במותו יכולים היורשים להשביעה על שבועת אפוטרופסי'. ואם כן שפיר י"ל הא דנתן לה פטורים משבועה ממנו ומיורשים לצדדין נאמר ממנו דל"ש שבועת אפוטרופסי' לעומת זה שייך בי' שבועת פוגמת ומזה פטר ומיורשים דל"ש פוגמת דכשתובעת כתובה צריכ' בלא"ה לישבע לעומת זה שייך שבועת אפוטרופסי' אפי' לא תבעה כתובה אבל משבועת יתומים לא מחלה ואם כן ל"ק כנ"ל. אך הא גופי' קשי' דאיך אפשר לומר דאף דקיי"ל כר"ש דחולק אר"א ות"ק וס"ל דאין יוכל להשביעה שבועת אפטרופסי' מ"מ היורשים משביעים אותה דהא הך דר"ש אהא אתמר דקאמר כ"ז שהיא תובעת כתובת' יורשים משביעים אות' ומפרשי' דכוונתו כא"ש דאפי' נתן לה נאמנות משביעי' אותה וכ"ז שאין תובעת כתובתה אין יורשי' משביעי' אותה מפרשינן לי' דכוונתו דלא כת"ק ור"א דאין יכולים להשביע שבועת אפוטרופסי' והרי דלא כבעל שערי' הנ"ל דלשיטתו הא לכ"ע היורשים משביעי' אותה שבועת אפוטרופסי' והכי הל"ל הוא אין משביע אותו אבל לישנא דאין היורשים משביעי' אותה לא דייקו כלל וצ"ע לכאור'. וצ"ל דסבירא ליה לשערי' דר"א ור"ח כר"ה גאון כמ"ש הרא"ש בשמו בפי' המשנה הלכה מקבר בעלה לבי' אבי' דאין יורשי' משביעי' אפילו על שבועת אפוטרופסי' בחיי בעלה אין יתומים יכולים להשביע הואיל דלא השביע בחייו מחל לה על השבועה והם מפרשי' הא דפריך הגמר' לר"ש דסבירא ליה כאבא שאול מסיפ' דקתני אין תובע' כתובת' אין היורשים משביעי' אותה כוונת הקו' כך דזה ידע דפי' הדברים דכ"ז שאין תובעת כתובה אין להם להשביע שבועת אפטרופסי' רק ע"ז הקו' דקתני כ"ז שתובעת כתובתה וכו' משמע בנאמנות ומ"מ יורשים משביעים כאבא שאול ואם כן משמע דאף סיפא דקתני דבאין תובעת אין משביעין אירי ג"כ בנאמנות וע"ז פריך מה ארי' דקתני הך בנתן לה נאמנות הא בלא"ה אפילו בלי נאמנות אין להם להשביע שבועת אפטרופסי' כדתנן הלכה מקבר בעלה וכו' וכפי' רה"ג ואם כן למה קתני זה עליה דהך בבא בנתן לה נאמנות לאשמועינן רבות' טפי אפילו בליכא נאמנות ומשני הגמ' שפיר דהא דקתני לעיל הלכה מקבר בעלה כי' דא"י להשביעה היינו לשיטת ת"ק ור"א דס"ל דבעל עצמו יכול להשביעה א"כ מדלא השביעה מחל לה ותו אין ביד יורשים להשביעה אבל ר"ש פליג אר"א ות"ק וס"ל דלא מצי הבעל להשביעה רק יורשים וח"כ ל"ש מחלה לשבועה הואיל ולא השביעה דהא לא היה יכול ואם כן לולי נאמנות אף דלא תובעת כתובה היה ביד יורשי' להשביע שבוע' אפוטרופסי' אבל בנאמנות נגד יורשי' אמרי' דע"ז נתכוון לפטור אותה משבוע' זו אבל משבועת יתומים לא פטר' ולכך תובעת כתובה

משביעים אותה וא"ש ודברי שערים מכוונים. אך עדיין יש לפקפק אליביהו איך אפשר לומר דמה שאמר בנאמנות מיורשי על שבועת אפטרופסי' היה כוונתו דהא שם בגמ' פריך מי ידע' דנעשה אפטרופסי' דהתנה עלי' ולכך מוקי ליה באוקימ' אחרינ' ודוחק לומר דוודאי דיהיה כל כוונת נאמנות בשביל שבועה זו ודאי דחיק' ליה לגמרא אבל הואיל ואמר שתהיה פטור ממנו דנתכוון לשבועת פוגמת אמר אף מיורשי והיה כוונתו לשבועת אפוטרופסי' דכיון דכבר נחית לפטור' אף בכי האי פוטרה דזה דוחק גדול:

ולכן יותר נרא' דסבירא ליה הא דנאיד הגמרא מאוקימ' זו דפוטר פי' על שבועת אפוטרופסי' מספק אם תהיה אפטרופסי' או כמ"ש תו' דבאמת לא היה תנאי בעת נשואין רק שכבר נעשית אפוטרופסי' וכהנ"ל ומוקי ליה בשנויי אחריני משום דסבירא ליה לגמרא במה קמפלגי ת"ק ואבא שאול אי נאמנות מהני לגבי יורשים או לא אלא בזה נחלקו דת"ק סבר ל"א דנתן נאמנות אספיקו אם תהיה אפטרופס דמנא ידעו כקושי' הגמ' וא"כ הך פטורי' דאמר מיורשי למה נתכוון ע"כ דאם תתבע כתובה שלא תצטרך לישבע אבל אבא שאול ס"ל דכותבין אספיק' אם תהיה אפטרופס' פטורי' א"כ י"ל דלכך נתכוון באמרו מיורשים כהנ"ל ויד בעל השטר עת"ח ולכך בתובעת כתובה חייב' לישבע וא"ש ולכך לא רצה הגמ' לשנויי אליבא דת"ק דאבא שאול דהימנה מספקא אם תהיה אפטרופסי' דהא בזה נחלקו הת"ק ואבא שאול כנ"ל וא"ש. ובהא יובנו דברי השערים דכתב אהך דפוטרה משבועת אפטרופ' דל"ק לדינא דקיי"ל כר"ש החולק אר"א ות"ק ובלא"ה הבעל א"י להשביע וק' ל"ל זה הא בלא"ה הגמרא דחיא ליה דמי ידע' דנעשית אפטרופס' ומה צורך להדר בתר דחי' אחריני ולפמ"ש ניח' דלאבא שאול דקיי"ל כוותי' ליתא להך דחי' דאתמר בגמרא לשיטת הת"ק דבזו וא"כ יש כאן מקום לומר דע"ז סובב הפיטור רק בלא"ה אדחי' דהא קיי"ל כר"ש וא"ש. וזהו שבררנו דעת השערים ודעת ר"ח כפי מה שפי' הריטב"א אמנם הרא"ש כ' סתם בשם ר"ח דס"ל אף דפוטר' ממנו ומיורשים מ"מ יורשים משביעי' אותה כשתובעת כתובה ודעת הב"ש סי' צ"ח בא"ע דלס"ל להרא"ש כמ"ש הריטב"א דאם אמר בפי' לפטור משבועה זו הבא לפרוע מנכסי יתומים דמהני רק סתמ' אמרינן דנתכוון לשבועת אפטרופס' כהנ"ל רק ס"ל בכל גווני ל"מ נאמנות נגד שבוע' זו ולבבי לא ידמה דמלבד דלמה לנו להרבות במחלוקת אף גם אף דלאו בפי' אתמר ברא"ש מכללא אתמר דהא כ' על דעת ר"ח וכ"כ רב אלפס ז"ל ול"נ להרי"ף בהלכות דהא הוא פוסק דלא כר"ח דפוטר ממני ומיורשים מועיל כמ"ש הרא"ש שם להדיא וע"כ דנתכוון לר"א בשערי' דפסק להדיא כאבא שאול ור"ש דלא מהני וא"כ הא בשערי' מבואר דלכך ל"מ דאמרינן דנתכוון לשבועת אפטרופס כנ"ל בדברינו בישוב

דבריו הא באומר בפי' לכל דיני שבועה מהני וא"כ אילו ס"ל להרא"ש בכוונת ר"ח כוונה אחרת דבכל אופן אין מועיל כמו שחשב הב"ש איך כ' וכ"כ ר"א מה שיש רב הבדל בינותם וענינו של זה לא כשל זה. ועוד הא הרא"ש והטור בסי' צ"ח נחלקו עם הרי"ף אם לענין שיורשים יכולים להשביעה שבועת אפטרופסי' אי בעינן דווקא פוטר או לאו ופסק הרא"ש דבעינן פיטור וקשה הא בסי' צ"ד פוסק כר"ש דפליג את"ק ור"א דאפילו בני פיטור א"י להשביע שבוע' אפוטרופס' ועכצ"ל דסבירא ליה כדעת השערים דהוא א"י להשביעה אבל יורשים משביעי' ואם כן קשה קושי' הנ"ל הא במשנה נאמר אין יורשים משביעי' וקאמרינן דלא כר"א וכו' ואי איירי בנאמנות אף ר"א לא פליג וצ"ל כפי מש"ל בפי' דברי הגמרא ואם כן ע"כ מוכח דסבירא ליה כהנ"ל דאל"כ מה דוחקא דילי' לפרש כך בגמרא ולא כפשוט' אלא הדברים מוכרחים כמ"ש וא"ש ולפ"ז כל זה באשה די"ל הא דנתן לה פטורים ממנו ומיורשים היה כוונתו על שבועת אפטרופסי' אבל במלוה ולוה בעלמא דנותן הלוה למלוה נאמנות ממנו ויורשים מה טיבו של אפטרופסי' לכאן וכי נעשה המלוה ללוה אפטרופסי' דנימא דכוונתו היה על כך ואם כן ודאי נתכוון על שבועת יתומים דזולתו לא ידענו מה נדון בי' וכל תנאי שבממון קיים ומהני הנאמנות ופיטור לכ"ע ולכן אין כאן סתירה לדברי ר"ח כמש"ל דכאן במלוה ולוה מודה ר"ח ואין דבריו סותרים כלל: וגלל כן אף הרמ"א דהביא שם בא"ע דעת ר"ח כאן לא הגיה כלום דמהני לכ"ע ואין בו מחלוקת כלל וכן נכון. ואמת כי מדברי ריב"ש בסי' תצ"ד משמע אף גבי מלוה ולוה דעלמא לא מהני נאמנות נגד יורשים. אך לעומת זה משמע שם דלא זו דקנין מהני לכ"ע כמ"ש הטור אף גם כתיבה בשטר ג"כ דכתב הא דתנן במשנה כתב ליה וכו' ופליג אבא שאול היינו בכותב לה ועודה ארוסה ומה כותב אומר ע"ש הרי כתיבה מעליא מהני ובלא"ה הנכון לדינא כמ"ש בדברים מוכרחים:

יא **ממנו ומיורשים** כתב הסמ"ע בסי' ל"ב דאם היורשים טוענים נחנו פרענו לך ולא אבינו נראה דאין מועיל נאמנות של האב לגבם ולא הבנתי דאמת שם בפ' הכותב במשנה היורשים משביעים אותה על העתיד ולא על העבר ופירש"י דקאי אם פטרה משבועה ממנו ומיורשים ומכל מקום אם נעשית אחר כך אפטרופס היורשים משביעין אותה דהשתא הנכסים דיורשים ולא מהני פיטור דהאב וכן פירש"י שם בגמרא חבל הא כתב הרא"ש שם להדיא בנתן לה נאמנות נגד יורשים אף דפוגמת כתובה מיורשים מכל מקום פטורה משבועה וכתב דלא דמי לשבועת אפטרופסי' דהתם לא נעשה אפטרופסי' על ממונו רק על ממון של יורשים אבל בפוגמת פטרה מכל פגם יהיה מה שיהיה לאותו כתובה שכתב לה ועוד דמסק' אדעתא דילמא לא יוכלו היורשים לפרוע כתוב' בפ"א

ותצטרך לפוגמה ע"כ ביקשה שיפטרנה גם משבועות יתומים אבל לא מסק' אדעת' כלל שתהיה אפטרופ' ליתומים עכ"ל והרי בפוגמת ליתומים ע"כ איירי דיתומים טוענים אנו פרענו כי מה ענין שהם פוגמים הכתובה שאביהן פרע הא כל טעם פוגם דצריך שבועה הואיל וחזינן דפרע מקצתו אולי פרע כולו ואם כן אין ראי' מיתומים שפרעו מקצת לומר דאביהן פרע מה שהיה תוך זמנו ולא ניתן לגבות מחיי' כלל וברור דהם טוענים דפרעו כולו כדין הפוגם שטרו ומכל מקום פטורה משבועה וכן פסק הטור וש"ע א"ע סי' צ"ח וע"ש בב"ש ואם כן הדבר מבואר להדיא דלא כסמ"ע וצ"ע:

יב **ומקבל מתנה** ג"כ בכלל קשה לאיזה צורך נקט זה לפי מה דפסק בסעיף י"ט דנגד לקוחות וה"ה מקבל מתנה כמ"ש הר"נ להדיא לא מועיל נאמנות אם כן מה נ"מ אי הוא בכלל או לא וה"ל לש"ע למקבע אהך בבא בהאמין הלוה למלוה אותו וב"כ דמקבל מתנה בכלל אם נתן המלוה השט"ח לאחר במתנה אבל בבא זו הא ליכא נ"מ כלל לשיטת הש"ע. וצ"ל או דמיירי ממתנת ש"מ דבזו לכ"ע מהני נאמנות כמ"ש הר"נ שם להדיא ויותר נראה דאף דאמרינן דנגד לקוחות לא מהני נאמנות היינו משום דחיישינן לקנוני' אם מכר או נתן שט"ח שיש לו על המלוה (לפי דקי"ל זה גובה וזה גובה ועיין לקמן בסי' פ"ה) לאחר בכומ"ס באחריות ונתן למלוה נאמנות ויש למלוה שעבוד מא"ק ה"ז גובה מהשטר שמכר ואין צריך לישבע כלל דל"ל חיישינן לקנוני' דהא חי בעי מחיל ליה ואי דצריך לפרוע מדיני דגרמי עכשיו דטורף מלוה שלו ג"כ חייב לשלם דהא קיבל אחריות וא"כ קמ"ל בנותן נאמנות לב"כ והוא נתן שט"ח לאחר במתנה מקבל מתנה נכלל בכלל ב"כ וטורף שטר בלי שבועה כלל אך זהו דלא כר"נ הובא בסי' מ"ג דס"ל דאין רוצה להחזיק עצמו למזיק ע"ש דרוב פוסקים לא סבירא להו כן:

יג **אין נאמנות מועיל לגבי לקוחות** ודאי אם נתן הלוה למלוה נאמנות אחר שכבר לקחו לקוחות פשיטא דאין יועיל לכ"ע ולאו כל כמיני' להימנ' בדבר שאינו שלו (אך מדברי תוס' כתובות דף צ"ד ד"ה שנמצאת דהקשו הא הבא לפרוע מנכסי יתומים צריך שבועה ומ"ט דת"ק ותי' כגון דפטרהו וקשה לפ"ז הא דדחיק למצוא במה דפליגי ת"ק ובן ננס נימא בפלוגתא דר"ש ורבנן פליגי אי נאמנות מהני לגבי יתומים ובן ננס דסבירא ליה דלא מהני אמר אף היא תשבע ועכצ"ל דסבירא ליה אם הוא נתן נאמנות אף לגבי לקוחות מהני וה"ה לב"ח מאוחר וע"כ דאיירי דיתומים פטרהו ובזה לא יחלוק ר"ש ומזה מוכח דאף לאחר כן מהני נאמנות דאל"כ עדיין י"ל כתי' הנ"ל ולאח"כ) רק אי נתן נאמנות קודם שמכר בזו מחלוקת בין מחברים כמ"ש הש"ך ומונה במספר כמה רב גוברי' החולקים על זה ומי אדון להכריע. רק מה שהקשו וכן הש"ך דלשיט' זו במה דקתני במשנה אותה

והבאים ברשותה פירוש של באים ברשותה היינו כדקתני בתוספתא שמכרה כתובתה ואלו במה דקתני לא הוא ולא באים ברשותה א"י להשביעה יהיה פירושו הבאים בהרשאה אבל לקוחות שלו יכולים להשביעה ואם כן נחלקו הפי' בחד משנה ולכאורה קושי' עצמה. ונראה ליישב דמילתא בא ברשותה פי' וכן משמע דעדין לא נתרוקן רשות הראשון לגמרי ועדיין רשות הראשון קיים רק הוא בא בהרשאתו וזה הבדל בין מילת בא ברשותו לבאי כחו דברשותו מורה דעדיין רשותו של ראשון קיים וא"כ בשלמא היא ובאי' ברשותה שפיר י"ל כמ"ש בתוספתא דמכרה כתובתה ומ"מ לא נתרוקן רשות של אשה לגמרי דהא קי"ל חזר ומחלו מחול והטעם דגוף השעבוד נשאר למלוה וזה לא נמכר והוי רק בבא בהרשאה ועיין לעיל סי' ס"ו דדעת הראב"ד דגרוע בבא בהרשאה ע"ש משא"כ בהא הוה והבאים ברשותו גבי לוה אם מפרשינן לקוחות א"כ נתרוקן רשות הבעל והלוה לגמרי לא שייך הבאים ברשותו ולכך מפרשינן בהרשאה דא"כ רשות הבעל עודנו קיים או כמ"ש הר"נ דנתנו במתנת ש"מ דגם רשות הנותן קיים דהרי הוא כיורש ויכול לחזור בו כנודע וא"ש ולק"מ. ולדינא נראה אם הימנו כבי תרי לכ"ע אין מועיל לגבי לקוחות דהא דהימנו משום דפסל לכל עדים ואם הוא פסל לעדים לגבי לקוחות מי פסלן בשלמא בנאמנות סתם דלא מהני רק לפטרו משבועה ושבועה בלא"ה רק תקנת חכמים והוא דהימנו והלקוחות ידעו מזה דקלא אי' לי' שפיר י"ל אפסיד אנפשי' ואוקמינן אד"ת דא"צ שבועה אבל ביש עדים דנפרע דשורת הדין דהוא חספא בעלמא א"כ מי פסל לעדים נגד לקוחות ולית בזה מחלוקת כלל. אבל בהימנו סתם וודאי דהוי מחלוקת ויכול המוחזק לומר קי' לי' כמ"ש הש"ך וכמ"ש הרא"ש בעצמו דהוא ספיקא דדינא ונראה דאם הימני' בניסן ומכר באייר ואין כאן ספק שמאייר ואילך לא פרעו ועדים מעידים שלא זז ידו מתוך ידו וכדומה רק הספק אלו בניסן קודם שמכרו השדה פרעו בזו נראה לכ"ע מהני נאמנות דהא טיב נאמנות אם אתה אומר שלא נפרע יהיה הפרעון שלך כאפס וכאין והי' על מלוה ישינה כהנ"ל ולכך לא מועיל לגבי לקוחות דמי הרשהו למחול פרעון זו ולהפסיד לאחרים אבל בזו שאומר מתחילה בשעת הלוואה בניסן אם תאמר שלא נפרע יהיה הפרעון למפרע כלא יחשב ואז היה בידו ליתן הפרעון במתנ' דהא קודמת למכירה וא"כ הפרעון שקדם למכירה ודאי נמחל מתחילה מכח נאמנות כי כך היה תנאי וע"ז בידו להתנות ולמחול הכל קודם מכירה ולמה לא יועיל וזהו מסתבר ובזו ג"כ מיושב מה שדקדקתי ס"ק י"ב דמה נ"מ במקבל מתנה שנכלל בכלל נאמנות הא אין מועיל לגבי משעבדי דלפמ"ש נ"מ בענין זה בחשש פרעון שקדם למתנה ומכירה

וצ"ע כי לא מצאתי חילוק זה במחברים אבל ודאי מסתבר כי הרי בידו להתנות דאם יאמר שלא נפרע שיהיה למפרע בטל הפרעון ויהיה על מלוה ישינה שלו כנ"ל:

יד **אבל שלא בפניו לא וכו'** והש"ך תמה למה סתם דהרא"ש בתשובה סי' ע"ג דין ג' חולק וכמ"ש הטור להדיא בסי' ק"ו. ואני מוסיף קושי' כי נרא' כי אזלו לשיטתן כי הראב"ד דדייק דאין נאמנות מועיל לגבי ע"א מהא דאמרינן נדר ושבועה אין לי עליך מאיזה שבועה ואמרו מפוגמת ולא אמרו משבועת ע"א אלא הנאמנות אין מועיל לגבי ע"א וא"כ קושי' זו קשה ג"כ דנימא דלכך התנה דלפעמים הבעל במד"ה והיא רוצה לגבות כתובה והתנה עמו שלא תהיה צריך שבועה וזה יותר שכיח מפוגמת ועכצ"ל דלזו לא מהני נאמנות סתם ולכך הבעה"ת והרמב"ן דס"ל לענין ע"א כראב"ד אף בזו ס"ל דל"מ נאמנו' סת' אבל הרא"ש אזיל לשיטתו דס"ל דמועיל נגד ע"א וכתב דכיון שפטר' מכל שבועו' שב"ד מחייבין אותה פטרה (ולקוח' שאני דמה בכך דפטר' מ"מ אין בידו להפקיע כח אחרים) והא דמדכר פוגמ' רישא דמשנ' נקט וה"ה כולהו ולכך ס"ל דאף על הנפרע שלא בפניו מהני נאמנות וזה ברור. וא"כ כיון כבר בררתי בריש סי' דדעת המחבר בא"ע סי' צ"ח כהרא"ש לא היה לו לסתום פה כבעה"ת דנמשך אחרי דעת הראב"ד וסייעתו ועיין מש"ל וצ"ע:

טו **אפילו תוך הזמן וכו'** דין זה לענ"ד צ"ע כי מקורו מבעה"ת שער כ"ד ומתחילה נסתפק בו אי נאמן לומר תוך זמנו ולבסוף הכריע דנאמן כיון דאתני אתני. ואם איירי בסתם נאמנות איך התנה שיהיה נאמן תוך זמנו הלא כל נאמנות לבטל כח שטר והוא ממש כמלוה ע"פ וגם במלוה ע"פ לא מצי למימר כרעתי ולכן ברור דבעה"ת איירי כמבואר שם דהתנה שיהיה נאמן בכל עת לומר פרעתי מילת בכל עת מורה בבירור אפילו תוך זמנו ולכך יפה כתב כיון דהתנה התנה אבל בנאמנות סתם בלי אמירת בכל עת לא ידעתי למה יגרע ממלוה ע"פ והדבר צ"ע:

טז **שאנו טוענים שאביהן פרע** קשה דלקמן סימן ק"ד ס"ד הביא הרב מחבר דיע' זו בראשונה דלא טענינן ליתמי נאנסו רק החזרתי במגו דנאנסו אבל נאנסו לא דלא טענינן להו מילתא דלא שכיח ואיך נטעון להו דפרע גו זמנ' דהוא לא שכיח ולא טענין ליתמי מילתא דלא שכיח וכ"כ הג"ת וכה"ג דזה תלי' בזה ודוחק דשם אף דאבוהן הוה טען כן הוה צריך לישבע שבועה דאורייתא וכ"כ דלא הוה נשבע היה מחויב לשלם כדין משאיל"מ ולכך לא טענין ליתמי להפקיע כח המפקיד דחזינן דהקפידה התורה כ"כ דלא נשבע דישלם משא"כ כאן אלו אבוהן טען פרעתי לית כאן חיוב מהתורה כלל רק היסת גרידא ופקע תשלומין ולכך אף ליתמי טענין אפילו במילתא דל"ש אך זהו דוחק כי בתו'

ריש גיטין משמע דלא ס"ל חילוק זה דמדמין אי נטעון ליתמי מזויף להא ע"ש ועיין לקמן בסי' ק"ח מ"ש בזה:

יז **כיון שהאמין וכו'** פי' הש"ך ודאי אפילו בלי נאמנות גובה כולו ואם הם שותפים גובה החצי שהוא חלקו רק צריך שבועה אבל בנאמנות א"צ שבועה ויש להבין שבועה זו מה טיבו הא הלוה מודה דלא פרע לו רק להשני ובממ"נ אם הוה פרעון א"כ מה יועיל נאמנות הוא הלוה טוען אמת כדברך לך לא פרעתי ואיש אמונים אתה אבל לחבירך פרעתי ואי לא הוה פרעון א"כ אף בלי נאמנות מה ישבע הא הלוה גופי' מודה דלא פרעו רק נתן לחביר' וצריך לומר דטען לחבירו נתתי ואמר לי שמסרו לידך וא"כ יכול להשביעו על פיו דה"ל טענת ברי כמו חנוני ע"פ דה"ל טענת ברי ע"י אמירת פועלי' אף דהוי נוגעים ולכך כשהאמינו א"צ שבועה זו דלא מסר לו חבירו. ובזה כל דברי הרב ראנ"ח שהביא הש"ך ס"ק נ"ד נדחי' דהוא הוכיח מדאמר לאו כל כמיניה משמע הא אלו מבורר שפרע לחבירו היה נפטר בזה ועיין ש"ך שדחק ולפמ"ש בממ"נ אם מהני והוי פרעון מה יועיל נאמנות הא באמת לא פרע לו אלא כל הטענה שחבירו מסרו לידו ולכך בנאמנות לאו כל כמיניה להזקיקו לשבועה על כך אבל זולת זה היה צריך שבועה ומכ"ש ביש עדים דמסרו לידו וא"ש:

סימן עב

א **מפני** שהוא כמו ריבי' הסמ"ע כתב כמו ריבי' ולא ריבי' גמור הואיל וגוף הלואה לא נתרבה בו ואין זה נכון דהא הלואה בחצר והתנה עמו לדור בו ג"כ אין הלואה מתרבה ומ"מ הוי ר"ק אלא הואיל ומרויח השכירות ה"ל הלואה מתרב' וא"כ אף כאן רק עיקר הטעם דנקט כמו ריבי' משום דלא התנה בפי' בשעת הלואה שיהי' יכול להשתמש במשכון בחנם. ואפי' התנה כן בפי' מ"מ לדעת רוב פוסקים הואיל דהוי משהון ומשכון ליומא ממכר הוא לית בי' משום ריבי' קצוצה זולת דעת הרמב"ם דמחלק בין בית לשדה ולשיטתו אם התנה במשכון מטלטלין דדמי לבית ה"ל ר"ק ועיין י"ד סי' קע"ב מ"ש שם:

ב **כמו** ריבי' כתב הסמ"ע ואם עבר והשתמש בו אם הוא דבר דלא קיימי למיגר אע"ג דגברא עביד למיגר תלי' במחלוקת הפוסקים בש"ע י"ד סי' קס"ו אי חייב לצאת י"ש או לא וכ"כ הש"ך ואני לא הבנתי איך מדמה משכנו בית דלא נפחת בתשמישו דקימ"ל ביתא מייתבי יתיב למשכון מטלטלין דלא ימלט דנפחת בתשמישו וא"כ הא מבואר לקמן סי' שס"ג ס"ד דבמקום דנפחת אפילו פ"א אף דלא קיימא לאגרא חייב לשלם הכל ואף כאן חייב לשלם הכל ואפילו דלא הוי ר"ק מ"מ מוציאין ממנו בדיינים דה"ל גזל

כמ"ש הש"ך בי"ד סי' קס"ו ס"ק ה' ע"ש אם לא דהתנה עמו דתלי' במחלוקת כמ"ש בס"ק הקודם במשכון אי הוי א"ר או ר"ק ע"ש:

ג **אבל** אם התנה מתחילה שרי פי' בנכייתא כמ"ש הסמ"ע ומקור דין זה מפירש"י במלוה צריך למשכון דפירש"י להשתמש בו ולפסוק עליו להיות פוחת מהחוב והולך ע"ש ומזה למדו דכל כה"ג מותר. והש"ך בס"ק ד' הקשה דא"כ ה"ל שוכר גמור ומ"ט דר' אליעזר דס"ל דה"ל ש"ח ולכך ביקש לפרש ברש"י פי' דוחק ולדעתי אין לדין הנ"ל שורש דמה בכך דהתנה מ"מ מידי חשדא לא נפיק דאיכא דידע בהא ולא בהא ואף לדבריו לא הבנתי מ"ש זה משדה המשכנת' בנכיית' דהוא מותר ומ"ש זה דאסור ולמה איכא במטלטלין יותר חשד מן מקרקעות. ומשכנת' בקרקעות מותר אפילו בלי שטר וה"ה למטלטלין והדבר מבואר בספר אסיפת זקנים לריטב"א על הא דתנן מותר להשכיר משכונו של עני וכו' דלעצמו לא ישכיר משום חשדא אם לא שהתנה כן בשעת הלואה דמותר ומבואר להדי' כמ"ש הרמ"א. ובגוף הקושי' של הש"ך בפירש"י דה"ל שוכר כבר קדמו להקשות כן הראב"ד הובאו דבריו בחדושי ריטב"א לב"מ וכ"כ א"ז הנ"ל ותי' דמיירי שלא נתן לו רשות להשתמש רק על זמן מוגבל ובתוך הזמן ה"ל כשוכר רק דמיירי דעבר הזמן ההוא ותו ליכא לחיובי משום שוכר וע"ש. ואמת כי הריטב"א כ' שהוא דחוק מ"מ קצת נראה כי גם דעת רש"י בזה דהא הקשה התורת חיים ברש"י דפי' הא דתנן בברייתא אבל הלוהו אלף זהובים בשטר והניח עליהם משכון וכו' דמיירי בשעת הלואתו רק הואיל ולקח שטר א"כ משכון דנקט ליה תו ל"ל לזכרון נקטי' וע"כ לגובייא והקשה הת"ח הא למסקנא איירי כל הברייי במלוה צריך למשכון א"כ מה הוכרח דנקטו לגובייא הואיל ונקט משכון נוסף על השטר דהא נקטו כדי לשמש בו. אבל לפי הנ"ל ניחא דהא לא לקחו להשתמש בו רק לזמן ובאותן הימים הוא ודאי ש"ש רק לאחר שעבר זמן והמשכון בידו חזר הדבר דלמה תופס המשכון ולמה אינו מחזירו ללוה הא בידו שטר ולא שייך לזכרון אלא דתופסו לגובייא וא"ש. (ועיין מ"ש בס"ק בדברי ראב"ד בזה) אך עם כל זה נראה ליישב קו' הראב"ד בדרך פשוט וא"צ לדוחקו של הראב"ד והוא דבדף פ' ע"ב אמרי' דלכך אומן ש"ש משום דבההיא הנאה דשביק כ"ע ומוגיר לי' לדידיה הוי ש"ש ופרכינן א"ה שוכר נמי בההיא הנאה דשביק לי' לכ"ע ומוגיר לי' לדידיה הוי ש"ש ולמה קאמר ר"מ ש"ח וכו' וקאמר הגמרא טעמא אחריני באומן א"א כדמחליף וכו' ור"מ באמת ס"ל שוכר ש"ש ולפ"ז לא מבעיא להך שינוי כדמחליף דקם הך טעמא הן באומן והן בשוכר מכח הך טעמא דשביק לכ"ע וכו' אלא אפי' להך תי' דאית באומן טעמא אחרינא מ"מ בשוכר למ"ד שוכר ש"ש י"ל הך טעמא כקו' הגמרא באמת דשביק לאחריני

ומוגיר לדידי'. ולפ"ז תינח בשוכר דעלמא דשכיחי שוכרים ויכול להשכירו לאחר ואוגיר לדידיה ה"ל בהך הנאה ש"ש אבל זה שמשכירו לא בשביל שכר גרידא רק שמשכנו לו בשביל הלואתו רק הוא מתחסד עמו לשכור היינו כדי שיהיה פוחת והולך בחובו א"כ בזו לא שייך ברור הך טעמא דשביק לכ"ע וכו' וכי שכיחי המלוי' כ"כ ובפרט שיתחסדו עמו לגבות הלואה בשכר ולכך לא הוי רק ש"ח וא"ש ונכון לענ"ד ופשוט. אבל עכ"פ דינו של רמ"א באמת מכל צ לית בה פקפוק:

ד **ויש** מחלקין וכו' הקשה הסמ"ע דבי"ד סי' קע"ב דמותר לכתחילה להלות על ספרים או מקומות בה"כ ולהשתמש בהן בלי נכייתא ותי' דשם התנה מתחילה אבל כאן מיירי דלא התנה בתחילה. ועוד הקשה הסמ"ע דנראה אף לדעת זו מתחילה אסור לשמש בו רק בדיעבד לא ה"ל שולח יד בפקדון דקסבר מצוה קעבי' ואילו לקמן בסי' רצ"ב פסק רמ"א דת"ח שהפקידו אצלו ספרים מותר לקרות בהן ולהעתיקן ותי' הסמ"ע דכאן במשכון גרע דיש חשש איסור ריבי' עכ"ל. ולפי דבריו בתי' הזה א"כ כל ענין איסור כאן משום חשש ריבי' א"כ יפה טען הש"ך על תי' ראשון דמחלק דלכך מתיר בי"ד להשתמש בו הואיל והוא מצוה דמיירי דהתנה לכתחילה דאם באנו לחשש ריבי' יותר חל איסור ריבי' במתנה בעת הלואה דדמי לר"ק מריבי' שאח"כ ומשתמש בלי תנאי דה"ל כריבי' מאוחרת ולכך כ' הש"ך דהך דיעה דמתיר שם לכתחילה לאו הוא דעת הראבי"ה כי אם דעת מהרי"ל ואגודה שהם מתירים אפילו לכתחילה הואיל והוא מצוה ע"ש. ובכל זה אין מעלה ארוכה דלמה העלים הרמ"א כאן דעת מהרי"ל מאחר שהביא בי"ד לעיקר דברי מהרי"ל דמותר לכתחילה וכאן לא הביא רק דעת ראבי"ה דבדעבד לא מקרי שולח יד בפקדון והעלים הך דיעה דאפילו לכתחי' מותר ומה ראה רמ"א על ככה. ולכן ברור דרמ"א לא מיירי כאן כלל מאיסור ריבי' ואין כאן מקומו ובי"ד מיירי דהתנה עמו וא"כ ליכא גזל דהתנה עמו וברשות משתמש ולכך דעת מהרי"ל הואיל ואבק ריבי' התירו לצורך מצוה דמותר לכתחילה אבל כאן לא מיירי דהתנה כלל ולא הרשהו כלל וא"כ ליכא ריבית אבל הרי זו גזל דמשתמש בשל חבירו שלא מדעת ופשיטא דלכתחילה אסור רק בדיעבד אי הוי שולח יד בפקדון בזו נחלקו וס"ל לראבי"ה הואיל וטעה דחשיב מצוה קעביד לא מקרי שולח יד ולק"מ. ואי קשה קו' שני' הא אי לא איירי מאיסור ריבית הא לקמן בסי' רצ"ב מתיר לכתחילה מלבד דיש לחלק בין ספרים שיש דוגמתן בבית או לא דספרים דדוגמתן בבית מקדם אף המרדכי לא התיר. כמבואר לקמן בסי' רצ"ב ועיין במרדכי וי"ל דכאן איירי בספרים שיש לו דוגמתן בבית מקדם. אף גם נראה הא מבואר שם במרדכי הטעם הואיל והפקידן אצל ת"ח ש"מ דסביר וקיבל שיקרא בהן כי לא יבוזו

לגנב כי יגנוב וכו' וה"ל כמפקיד מעות אצל שולחני וזה שייך בפקדון דכל ארץ לפניו להפקידן בידן ומסרן לת"ח שחזקה שיקר' בהן ש"מ דסביר וקיבל ולאו גברא קפדנא הוא. משא"כ במשכון דקמא קמא דנמצא לו להלות מלוה ממנו ומי שכיח יותר למלוה על ספרים כ"א ת"ח ומילתא אלבשייהו יקירא ואין כאן חזקה דאין מקפיד והדרן לדינא של תורה מבלי שולח יד במלאכת רעהו ולק"מ:

ה **בין** שמשכנו אחר הלואתו וכו' הרב הש"ך בס"ק ט' האריך לברר כדעת רש"י דאם משכנו שלא בשעת הלואה ברשות ב"ד כמש"ל בסי' ל"ז דקימ"ל כר"י דב"ח קונה משכון אף לענין אונסין מתחייב ולכך העלה דמצי הלוה לומר קים לי כרש"י וסייעתו וע"ש ואני אומר אף שאיני כדאי להכניס ראשי בזה ומה כחי כי אייחל להכריע במקום שנחלקו אבות עולם מ"מ נראה דסוגי' דעלמא דלא כרש"י וסייעתו דנראה דרש"י אזיל לשיטתו דתופס לעיקר כפי' בברייתא לחלק בין הלוהו בשטר לבלי שטר דאם תופס לגוביינא לכ"ע הוי ש"ש רק נחלקו דר"א ס"ל דלא לקחו רק לזכרון גרידא ולכך בשטר מודה ר"א דחייב כש"ש דלקחו לגוביינא כמ"ש רש"י וקשה א"כ שלא בשעת הלואתו פשיטא דלקחו לגוביינא דהא נחית למשכנו ע"י שליח ב"ד בשביל חובו וא"כ ל"ל קרא דר"י דב"ח קונה משכון מולך תהיה צדקה הא בלא"ה מסברא הוי כמו מלוה בשטר שש"ש דבשלמא לר"י ל"ק ל"ל דר' יצחק הא הוא ש"ש מחמת שיטוח וניעור ופטור מפרוטה דר"י דמה בכך שיש לו שכר פרוטה מ"מ לא הוי ידעי' דהוא שלו לקדש אשה משא"כ לפירש"י דלכך הוי ש"ש דנקטיה לגוביינא והוי כשלו וא"כ אף בזה ה"ל כשלו לקדש אשה כיון דאמרי' אי הוי באחריותו לש"ש יכול לקדש בו וקשה שפיר אבל לר"י אינו אלא ש"ש בעלמא ואין לו יד במשכון וכי שומר שכר בעלמא יכול לקדש אשה ופשוט. לכך פירש"י דקרא אתי' לקני' גמורה דיהיה שלו אפילו לאונסין (ומה שהקשו ע"ז דגמ' ביקש לאוקמי ר"ע שאמר ש"ש כר"י תי' הש"ך דחוק ועיין מ"ש בזה בס"ק כ' בישוב נכון ופשוט) וזהו לשיטתו אבל התוס' ורוב מחברים לא ס"ל כפירש"י דתליא בגוביינא כמבואר בסברתם וא"כ מדהא ליתא הא נמי ליתא ואמרי' כפשוט' של הגמ' דאינו אלא ש"ש. ועוד נראה דרש"י מפרש הא דתנן אבל הלוהו בשטר וכו' אשעת הלואתו והתו' הקשו ע"ז ומפרשי' על שלא בשעת הלואתו וכל הפוסקים בכלל לא זכרו דין זה לחלק בין מלוה בשטר ולקח משכון או מלוה ע"פ ולקח משכון. ואילו ס"ל כפירש"י ה"ל להביאו וכי תימא מאי נ"מ הא קימ"ל כר"ע ובכל משכון הוי ש"ש משום פרוטה דר"י הא ליתא דהמלוה לישראל מומר דלא שייך פרוטה דר"י דלא מצוה קעביד ומ"מ לשיטת רש"י בהלוהו בשטר דלאו לזכרון כי אם למשכון נקטיה ולגוביינא ה"ל ש"ש דאפי' ר"א

מודה בה וכהנה טובא דלא שייך בי' פרוטה דר"י א"ו דס"ל כתו' דשטר דנקט לאו דוקא והעיקר הפי' במשכון שלא בהלואתו וקניה מדרי"צ וזהו הביאו כ"ע. וא"כ דהפי' בבריי' כמ"ש בתו' דמשכנו שלא בשעת הלואתו וכי נחלק בפי' אבד דאבד דקתני ברישא יהיה פי' דוקא בגניבה ואבידה אבל לא באונסין ואילו בסיפא יהיה פי' דאבד אפילו באונסין ולסטי' מזויין וזהו א"א לומר בחד ברייתא שני פירושים. וע"כ מוכח כתו' וא"כ יפה כתב בס' כה"ג בשם כמה גדולים מחברי' דלא מצי למימר קים לי בזה כי כפמ"ש סוגין דעלמא דלא כוותי':

ו **ה"ז** ש"ש כתב הסמ"ע בשם רשב"א הטעם דבאותו זמן כשהלוה אילו היה מזדמן עני היה פטור מפרוטה צדקה וא"כ בשכר האי פרוטה נעשה ש"ש על המשכון כ"ז שאצלו המשכון וכ' הש"ך בס"ק יו"ד דאפילו כבר נפרע ולא החזיר המשכון מ"מ דעת רשב"א דהוי ש"ש וכ"מ מדברי הטור ורא"ש ומחבר סעיף מ"ג ע"ש. והנה הרב הש"ך דעתו דרשב"א והרא"ש עולים בדעת אחת ולבבי לא כן ידמה דדעת רשב"א משום פרוטה דשעת הלואה א"כ אף דפרע ולא קבע לי' זמן אימת יבוא ליטול משכונו ויכול ליטלו כל שעה מ"מ הוי ש"ש כמ"ש הש"ך להדיא דלא דמי לאומנו' טול את שלך וכו' אבל דעת רא"ש דלא משום הך פרוטה בשעת הלואה נעשה ש"ש רק משום דכל זמן שהמשכון אצלו צריך לשטחו ולנערו ובאותו זמן פטור וא"כ דוקא בקבע לו זמן שיבא ליטול משכונו ולא מקודם א"כ אף קודם הזמן חיוב שטוח וניעור עליו דאין בעל המשכון יכול לבוא לשטחו ולנערו ולכך המלוה חייב בשיטחו וניערו והוי פרוטה דר"י משא"כ כשיש רשות ביד הלוה ליקח משכונו אימת שירצה אין כאן חיוב על המלוה לשטח ולנער המשכון כמו גבי פקדון דיכול המפקיד לנערו וכמ"ש הרא"ש א"כ תו ליכא ש"ש. והדבר במחלוקת והרב מחבר דסתם לקמן בסעיף מ"ג כהרא"ש לחלק בקביעות הזמן א"כ ליתא לרשב"א. והנה יש עוד נ"מ לדינא בין רשב"א להרא"ש אם בשעת הלואה לא היה שייך פרוטה דר"י כגון שהיה מומר ואח"כ חזר בתשובה א"כ לשיטת רשב"א ליכא כאן פרוטה דר"י משא"כ להרא"ש היה חיוב שטוח וניעור וכן אם נתן לו משכון אחרי שהלוהו. וכמו כן להיפוך אם אמר לו כל זמן שתרצה לבוא ולשטח ולנער המשכון בוא ואתן לך ברשותך לשטחו ולנערו א"כ תו ליכא ש"ש לדעת הרא"ש ולדעת רשב"א הוי ש"ש ולכאורה מתי' המחברים הנ"ל בס"ק ג' דמלוה הצריך למשכון דמיירי דגבל זמן שיהיה אצלו להשתמש בשכר ותו עבר זמן ולא מצי לשמש בי' מוכח כרשב"א דלהרא"ש למה ס"ל לר"א דהוי ש"ח דלהנאתו מתכוין תינח בשעת הלואה הא לאח"כ כשעבר זמן והוא משטחו ומנערו אז ואז אילו בעי עניא ריפתא הלא פטור דמה הנאה יש לו אז דכבר כלה זמן שכירות אך

לפמ"ש בס"ק י"ז בשם ריטב"א אם אין תחילת הלואה מצוה תו לא שייך מצוה ופר"י בשטוח וניעור ע"ש א"כ לק"מ דכיון דתחילת הלואה לר"א ליכא מצוה דלהנאתו אף סופו בשטוח וניעור לא משוי' ש"ש וגם הך דינא דאם היה מומר בשעת הלואה אף דחזר אח"כ לא הוי שיטוח וניעור בכלל פר"י וצ"ע. איברא דיש לדחות דמתוס' בב"מ דף פ"ב ד"ה נימא וכו' דכתבו דאם טעם דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י אין טעם לחלק בין דשוה משכון כדי חוב או לא דאדרבה יותר המצוה במלוה על משכון דאינו שוה. ואח"כ כתבו ועוד דלפי גי' הספרים א"כ היה משמע כר' יוסף ואין הלכה כר"י משמע להך תי' ועוד דיש מקום לחלק אף בדר' יוסף בין שוה ללא שוה וכ"כ הרב מהרש"א להדיא בפ' הכונס בשמעתי' דשומר אבידה דלשיטת רש"י אף לר"י לא שייך דיהיה ש"ש בדלא שוי' וכיון לתי' התוס' במ"ש ועוד וכו' דמשמע לר' יוסף לא נעשה ש"ש בדלא שוה המשכון כדי הלואה והדבר תמוה בעצמותו דמה חילוק יש בזה ועיין בספר אסיפת זקנים דהביא גם כן סברא זו בשם כמה מחברים והביא דתמהו רבים מה הבדל יש ע"ש אבל נראה דתליה במחלוקת הנ"ל דהא הרא"ש בתשובה הנ"ל בסעיף מ"ג כתב להדיא לחלק בין משכון לפקדון דבפקדון יכול המפקיד בעצמו לנערו משא"כ במשכון דאין מניחו ללוה ע"ש. ולפ"ז י"ל ה"מ כשלוקח המשכון לבטוח ולגוביינא דהיינו לבטחון אבל כשלוקח רק המשכון למזכרת בעלמא ושלא יכול לכפור א"כ על זמן מה וקטן לנערו הלא יכול למסור לו בעדים או נגד כת"י שלו וכהנה דברים רבים לרגע אחד שלא ישכח זכרונו וכי ישכח או יכפור ברגע אחד שמוסר לו רק לנערו ולחזור ולהביאו וזה פשוט. וא"כ א"ש דודאי אם אמרי' דפרוטה דר"י הוא משום מצות הלואה א"כ פשיטא דאין חילוק בין אם המשכון שוה אולא שוה בכדי חוב וזהו כוונת התוס' בתי' ראשון אמנם בהך תי' ועוד נמשך התוס' לפמ"ש בשבועות דף מ"ד ע"ב ד"ה ור"י דמשום פרוטה בשעת הלואה שהוא בפ"א לא שייך הנאה דיכול להיות שלא יבא עני אבל במשכון שהוא הרבה פעמים שצריך לעסוק בשיטוח וניעור ע"ש. וא"כ לפירש"י דבי' אנו קימי' דס"ל בדשוי' נקטו לגוביינא משא"כ בדלא שוי נקטו לזכרון דברים ואם כן בשלמא בשוי' איכא פר"י דאין מאמינו ללוה שיהיה משטחו ומנערו דהא נקטו לגוביינא ולכך הוי פרוטה דר"י משא"כ בדלא שוי' הלא נקטו רק לזכרון בעלמא ומניחו ללוה לשטחו ולית בי' משום פרוטה דר"י והוי ש"ח לכ"ע וא"ש דברי התוס' ומהרש"א ולכך בס"ד דאמרי' בדשמואל קמפלגי אמרי' דל"פ בדשוי דזהו לרבה דאליביה אמרי' בדשמואל פליגי כמ"ש התוס' וי"ל בדשוי לא פליגי אבל באוקומתא אחרינא דנחית לומר הכל דאליבי' דר"י עכצ"ל דפליגי בדשוי דבדלא שוי אף לר"ע הוי ש"ח כמ"ש וס"ל לתוס' דאף ר"ע ס"ל בדלא

שוי הוי לזכרון רק מכל מקום ס"ל אינו משמט מדר' יצחק ובהא נחלקו ת"ק ור"י נשיא ולכך התוס' דהקשו לרש"י הקשו מלר"א אם היה משכון נגד כילו ולא הקשה בפשיטות בשוי' ס"ל לר"ע משום פרוטה דר"י ש"מ לאו לגובייגא א"כ אמאי אינו משמט לעולם יהיה משמט וקו' גדולה לרש"י אלא לפמ"ש ניחא די"ל אף דהוי לזכרון מ"מ ס"ל אינו משמט מדר' יצחק ולכך הקשו לר"י נשיא דס"ל מ"ש לזכרון משמט א"כ כולו נמי ישמט דבזה לא יחלקו במסקנא ר"א ור"ע רק במלוה צריך למשכון ודוק. ובהא יש ליישב במה שכתבו התו' שם ב"מ ד"ה לא דכ"ע כו' דכתבו לפירש"י ל"ל דכ"ע אית להו דשמואל וכגון דפי' דלא יפסיד דא"כ לא היה חולק ר"ע. ונתקשה המהרש"א שם ב"מ ובשבועות ודבריו סתומים קצת אבל תמצית קושייתו כך בממ"נ אם בהך תנאי ואמירה שלא יפסיד פקע דין שומרים א"כ אף ש"ח אינו נעשה ואינו חייב בפשיעה לשיטת תוס' החולקים ארמב"ם וס"ל דלא הוי מזיק בידים וא"כ שבועה זו לר"א דישבע שלא פשע מה טיבו הא אין לו דין שומרי' ועכצ"ל דבאמירה זו לא פקע דין שומרי' והוי דינו כש"ח לר"א וחייב שבועה וא"כ אף לר"ע דינו כש"ש וחייב לשלם דמ"ש ש"ח לר"א או ש"ש לר"ע. וזהו כוונת קו' מהרש"א והיטב להקשות. אבל לפי הנ"ל יובן דס"ל לתוס' דעיקר אוקימתא בגמ' דכ"ע לית לי' דשמואל היא משום הך אוקימתא דבדר"י פליגי וכמ"ש תוס' בדבור הקודם ד"ה נימא ופשוט. וא"כ הא דהקשו התוס' דהל"ל כ"ע ס"ל דשמואל רק כדפי' שלא יפסיד אין הכוונה שאומר כן להדיא דא"כ פקע דין שומרי' לכ"ע אפילו לר"א וכל תנאי שבממון קיים ולא איירי הברייי' בכך רק כוונתו שאמר שאין לוקחו לגובייגא רק לזכרון דברים בעלמא וא"כ פקט דינו דשמואל דכל דינו דשמואל דלקחו לגובייגא כמ"ש רש"י וכדמשמע שם בשבועות דלכך אינו משמט כל החוב דאלו נקטו לזכרון משמט ע"ש אבל באומר דנקטו לא לגובייגא רק לזכרון דברים פשיטא דלא שייך דינו של שמואל דיפסיד אלפא זוזי ע"י אבידת קתא. וא"כ חזרו הדברים לדין שומרים ולר"א הוי ש"ח וישבע ולר"ע הוי ש"ש וישלם דמי שויה המשכון וקו' התוס' שפיר ולזה תי' התוס' דא"כ לא היה חולק ר"ע דייקא דטעמו דר"ע משום פרוטה דר"י ואילו אמר להדיא דלוקחו לזכרון א"כ הרי מחזירו לשעה לשטחו ולנערו ותו ליכא פרוטה דר"י דה"ל כמו פקדון וכמ"ש מקדם ומודה ר"ע דאינו ש"ש ודייקו התוס' שפיר דוקא דלא יחלוק ר"ע (ובחדושי הארכתי בזה בדברי תוס' ומהרש"א באופנים שונים ולמה התוס' בב"מ כתבו דלא יחלוק ר"ע ובשבועות כתבו דאין טעם לדברי ר"א ולהיות כי הדברים ארוכים ולא נ"מ רבתי לדינא מאנתי לכותבם) דברי תוס' נכונים וברורים וא"ש. וגם דברי רש"י דפי' נימא ר' יוסף תנאי ופירש"י דלרבה ודאי תנאי ולכאורה קשה הא לרבה י"ל בדשמואל

פליגי כמ"ש התו' באמת אבל לר"י ל"ל בדשמואל פליגי דעדיין ר"א דל"ל דשמואל מ"מ יפסיד כנגד משכון משום פרוטה דר"י וע"כ דתנאי אבל לפ"ז א"ש דאם ר"א ל"ל דשמואל והטעם כמ"ש רש"י להדיא דס"ל לר"א דנקטו לזכרון דברים בעלמא וא"כ אף פרוטה דר"י ליכא כמ"ש דמחזירו לזמן מה לשטחו ולנערו ותו לא הוי ש"ש כמו בפקדון וא"ש וע"כ צ"ל דלא קאי הך מילתא דשמואל א"כ לרבה ודאי תנאי וא"ש ואיירי בדשויה דאז לכ"ע לגובייגא ושייך ביה כדר"י אבל בלא שוי' לכ"ע לזכרון ולית ביה דר"י כן י"ל לשיטת רש"י ודוק. ויהיה הטעם הן לרשב"א והן לרא"ש מיושב מה שהקשו אם משכנו שלא בהלואתו לא הוי רק ש"ש ל"ל הך דר"י דב"ח קונה משכון ת"ל דה"ל ש"ש מכח פרוטה דר"י וכבר כתבתי לעיל דקמ"ל לענין קדושי אשה אבל בלא"ה לא קשה דלשיטת רשב"א הא כל הדבר נעשה בעת הלואה ומאז נעשה ש"ש לעולם ובזו לא שייך כן דבעת הלואה לא היה לו המשכון. ולשיטת הרא"ש דהוי ש"ש משום שטוח ונעור ג"כ לא הוי בזו ש"ש דהא מחזיר הכר בלילה ומחרישה ביום וכיוצא בזה א"כ בזו אין חיוב על המלוה לשטחו דיכול לשטחו ולנערו בעת חזרה וא"כ לא הוי ש"ש מטעם דר"י רק מכח ריצ"ב קונה משכון וא"ש. ובזה י"ל גם הך תי' במלוה צריך למשכון דפי' דהוא רק על זמן ועבר זמן י"ל דס"ל גם כרא"ש ולא קשה הא צריך לשטחו ולנערו אח"כ די"ל דס"ל תרתי הן טעמו של רשב"א והן טעמו של הרא"ש וס"ל ודאי סתם משכון אמרי' דלא לקחו לזכרון דאם לזכרון משכון ל"ל הא יכול ליקח ממנו שטר או כת"י אך ה"מ בסתם משכון אבל במלוה צריך למשכון שפיר אמרי' דלקחו לא לגובייגא ומאמין ללוה רק לקחו היותו נצרך לו רק בזמן הלואה מ"מ הוי ש"ש מטעמו דרשב"א ובזוחולק ר"א וס"ל דאז להנאתו עושה ולית ביה פרוטה דר"י ולאחר זמן שגבל להשתמש כיון דאמרי' דלוקחו לזכרון ה"ז מחזירו ללוה לעת הצורך לרגע כהנ"ל ולית ביה מצות שטוח וניעור כמ"ש ולכך לא הוי ש"ש. ולכן דינים הנ"ל צ"ע כי מסתימת מחבר משמע הכל כהרא"ש:

ז **וי"א** דאם פי' וכו' פירש הסמ"ע בס"ק יו"ד דס"ל להנך וי"א כדעת הגאונים דהלכה כר' יוסף ולא כשמואל רק ס"ל כגי' רש"י דמילתא דשמואל בסתם וא"כ י"ל בהא אין הלכה כשמואל אבל באומר להדיא שמקבל המשכון בכל החוב לכ"ע אבד קתא אבד כל החוב (ובדרישה כתב דהש"ע מירי באומר להדיא דמקבל אחריות אבל בסמ"ע כתב דאין הלשון מש"ע משמע כן והנכון אתו בכל אופן) והב"ח והש"ך השיגו דלא אשכחן מאן דס"ל הכי ואולי ס"ל לסמ"ע הא רש"י דס"ל לרבה ודאי תנאי ש"מ דס"ל דאין הלכה כרבה וכ"כ התוס' בב"מ להדיא דף כ"ט ד"ה והוי וכו' ע"ש ורש"י ס"ל להדיא דלכך לא הוי ש"ש לר"א משום דלא נקטו לגובייגא ולכך ביש בידו שטר דמוכח דמשכון דנקט לגובייגא

הוא לכ"ע הוי ש"ש וא"כ במפרש ואומר אע"פ שאינו שוה מ"מ קבלתיו דאומר להדיא דנקטו לגוביינא לכ"ע הוי ש"ש והיינו אבד קתא דמגלא וכו' וכ"כ התוס' שם ד"ה נימא בגי' ופירש"י דאמרי' אי בדשוי מ"ט דר"א דטעמיה דהוי ש"ש לכ"ע מטעמא דשמואל דחשיב כאילו פי' אבד המשכון אבד מעותיך וכו' הרי אף דר"א לית ליה דשמואל דהא אמרי' בהך אוקימתא בדשמואל פליגי מ"מ בדפירש מודה ר"א וזהו אף לדידן דלא קימ"ל כשמואל מ"מ במפרש הרי הדין כר"א ואף דנאיד הגמ' מהך ואמרי' אף בדשוה פליגי היינו דלא אמרי' דהוי כמפרש אבל במפרש גופי' אפשר לכ"ע מועיל. אך כל זה דוחק דהדין אמת כמ"ש ברש"י אם פי' דלכ"ע הוי כש"ש דהא נקטו לגוביינא אבל רק נגד דמי שווי של המשכון אבל לא דיאבד כל אלפא זוזי באבידת הקתא אם לא דמפרש להדיא דיפסיד כל החוב וכמש"ל אבל לא באומר קבלתיו ולכך כתבו התוס' דה"ל כמפרש נגד שווי המשכון דיפסיד החוב אבל לא במפרש קבלתיו לגוביינא דמה בכך כיון דלא קימ"ל כשמואל אין מועיל במה דנקטו לגוביינא רק נגד דמי שיווי של המשכון:

לכן היותר נכון כמ"ש הש"ך דהוא דעת ר"י דס"ל הלכה כשמואל רק הגי' כמ"ש ר"ח שמואל אייריי בדפי' דאע"פ שאינו שוה כדי כל החוב מ"מ קבלתיו ובזו הלכה כוותי'. וזהו וי"א דכתב רמ"א. איברא דקשה דהרמ"א העמיד הגהתו בדברי מחבר דפוסק כר"י משום פרוטה דר"י הוי ש"ש וסתם אפילו במלוה צריך למשכון מדלא חילק וכמ"ש הש"ך להדיא ס"ק יו"ד וכמש"ל. וא"כ איך אפשר דהלכה כשמואל דהא ר' אליעזר אומר ישבע ויטול בממ"נ או דיהיה חייב באחריותו נגד המשכון מטעם דר"י או מטעם דקימ"ל כשמואל ואף דלא פירש ה"ל כדפירש מה שכנגד המשכון כמ"ש תוס' להדיא דכן מוכרחים אנו לומר אי קימ"ל הלכתא כשמואל דאל"כ ה"ל לימר כ"ע אית להו דשמואל וא"כ בממ"נ יתחייב לר"א ועכצ"ל דר"א לא ס"ל כשמואל ולא ס"ל פרוטה דר"י וא"כ ר"ע דפליג ומחייב או דפליג וס"ל כשמואל או דפליג וס"ל פרוטה דר"י אבל ודאי דלא נימא שני פלוגתות דס"ל כשמואל וכר"י דמהכ"ת נימא שני מחלוקת בתנאים בענין אחד והוא נגד סוגי' הש"ס בכל דוכתי ואפושי פלוגתא לא מפשינן וא"כ א"א לומר דהלכה כשמואל וכר' יוסף דודאי כחד מיניהו ס"ל לר"ע כר"א והתוס' דתמהו דלמה ר"ח לא פוסק הלכה כשמואל אף דספ"ב דב"מ הביא התוס' בשמו דקי"ל לר"ח הלכה כר' יוסף הוא משום דיש במלוה צריך למשכון לכ"ע הוי ש"ח ובריייתא אייריי בכה"ג ולכ"ע לא שייך ביה פרוטה דר"י רק פליגי בדשמואל והלכה כר"ע אבל לומר דגם בצריך למשכון הוי ש"ש והלכה כשמואל קשה כהנ"ל. ואולי י"ל כי אמרי' בסתם כנגד דמי שווי משכון ה"ל כמפרש היינו בדלא צריך למשכון אמרי' מסתמא קיבלו להיות לגוביינא ובטחון

לקצת מעותיו דאל"כ למה קיבלו ואי לזכרון הלא יכול ליקח כת"י וכדומה אבל במלוה צריך למשכון א"כ ודאי י"ל דלקחו לזכרון רק הא דנקט משכון דטעם דצריך ליה אבל לא לגובייא כלל ולא הוי אפי' כנגד שווי המשכון כמפרש עד דיפרש להדיא וא"כ א"ש די"ל כ"ע אית להו דשמואל הן ר"א והן ר"ע רק במלוה צריך למשכון ובסתם לא שייך מילתא דשמואל ופליגי אי הוה ש"ש משום פרוטה דר"י וא"ש והא דקאמר כ"ע לית להו לשמואל היינו בס"ד דאמרי' בדר' יצחק ב"ח קונה משכון פליגי ולא במלוה צריך למשכון וא"כ ל"ל דס"ל כשמואל כמ"ש התוס' דסתם ה"ל כמפרש בשווי המשכון וא"ש ודוק וצ"ע. והנה י"ל להנך פוסקים דס"ל כגי' רש"י דשמואל איירי בסתם וא"כ יפה כתבו התוס' דל"ל כ"ע ס"ל כשמואל ובדפירש דא"כ מ"ט דר"ע. וא"כ קשה למה לא פסקו הלכה כשמואל דהלכתא כוותי' בדינא ובפרט דר"נ ס"ל כוותי' והלכתא בדיני כר"נ. ואי דס"ל מכמה ראי' בגמרא דהלכה כר"י הא י"ל דתרוויהו אמת דודאי מחלוקת בשניהם לא אמרי' כמש"ל אבל הא י"ל כמש"ל דלכ"ע בצריך למשכון ליכא פרוטה דר"י והוי ש"ח ואיירי הבריי' בכה"ג ופליגי בדשמואל ור"ע כשמואל וי"ל שניהם נכונים להלכה שמואל ור' יוסף וצריך לימוד לכאורה. וצ"ל אחד מב' אופנים או דבלא"ה הקשה מהרש"א שם בתו' לגי' רש"י דגריס אי בדשוי שיעור זוזי מ"ט דר"א אלא בדלא שוי וכדשמואל וכו' ופי' התוס' דבשוי לכ"ע נקטו לגובייא והקשה המהרש"א איך יחלקו המקשן ותרצן בסברא דמקשן ס"ל כ"כ לדבר פשוט עד דשאל מ"ט דר"א ותרצן אמר דכ"ע ל"ל דשמואל ובדשוי פליגי בדר"י ואיך יחלקו מהיפוך להיפוך ועוד הקשה נימא בהך סברא מחולקים ר"א ור"ע בסברת המקשן ותרצן והניח קו' זו בצ"ע. ולכן נראה כפמש"ל כי אמרי' סברא זו דלגובייא נקטו בדשוי היינו בדלא צריך למשכון דאמרינן למה לקח משכון אלא לגובייא ולכך לקח משכון בשויו אבל אם צריך למשכון לא אמרינן דלקחו לגובייא וא"כ ליתא לדינו של שמואל דס"ל לרש"י דכל הטעם של שמואל דנקטו לגובייא כמ"ש רש"י להדיא ולפ"ז בלא"ה י"ל בגמרא דפריך לימא ר"י תנאי היא ויש להבין מה זו שאלה חדשה נימא ר' יוסף תנאי משמם דמקדם ס"ל דכ"ע כר"י וקשה אדרבא לכל אוקומתא דמקדם הן דפליגי בדשמואל או דפליגי בדר' יצחק כ"ע דלא כר"י דהא לולי ב"ח קונה משכון היה אף ר"ע מודה דהוי ש"ח ודלא כר' יוסף ומזו נראה למדו הנך רבוותא דהביא המ"מ בפ"י מהל' שכירות דס"ל לשמואל אבד קתא אפילו באונס אבד כל החוב וקשה מנ"ל הא ועוד הקשה הלח"מ איך אמרי' בדשמואל קמפלגי א"כ מני מתני' דהא במשנה קתני ש"ש ולא דחייב באונסין אלא דדייקי מהא דקתני לימא ר' יוסף תנאי משמע דמקדם אתי' כ"ע כר"י וזהו א"א כמ"ש ולכך פי' בהך אוקימתא דאמרי' בדשמואל קמפלגי

היינו כ"ע אית להו פרוטה דר"י והוי ש"ש רק אבד דקתני בברייתא היינו באונס כמ"ש הרמב"ן והש"ך לשיטת רש"י ור"א ל"ל דשמואל ור"ע אית ליה ומתני' ר"א היא וא"ש והא דאמרי' דמתני' כר"ע היינו למסקנא דקי"ל בצריך למשכון פליגי וליתא לדשמואל (וכן י"ל באוקימתא בדר' יצחק פליגי לשיטת רש"י דחייב באונסין) והא דפסקו הנך רבוותא כשמואל כיון דסוגי' דגמ' מחוורתא ר"ע היא דלא כשמואל די"ל בתר דחדית לן גמרא דשבועות דמשנה דשבועות בדפי' לגי' רש"י שלא יפסיד אף הך משנה דב"מ איירי כך ומ"מ דין שומרי' במקומו כמ"ש מהרש"א ולכך הוי ש"ש לכ"ע ומיושב הלשון במשנה דשבועות אבד דקתני ואצ"ל אבד בפשיעה ואתי' המשנה אף כר"א ודוק: וצ"ל בהך אוקימתא בדרי"צ קמפלגי שפיר ה"א כ"ע כר"י ואיירי בצריך למשכון ולכ"ע הוי ש"ח ולכך פליגי דרי"צ וכו' אבל כי קאמר פליגי בדרבה ור"י פריך שפיר לימא ר"י תנאי וכו' וא"ש. ולפ"ז מיושב קו' מהרש"א דודאי בהך אוקימתא בשמואל פליגי איירי אליבא דרבה כמ"ש התוס' דלרבה איירי הך אוקימתא בשמואל פליגי ומכ"ש לפמ"ש דלר' יוסף ע"כ איירי בצריך למשכון דתרי מחלוקת לא אמרי' כמ"ש וא"כ לא שייך דינו של שמואל כמ"ש דהא אין כאן ראיה דנקטו לגוביינא רק לקחו לצרכו ולפ"ז דקאי זו אליבא דרבה ולא איירי בצריך למשכון שפיר פריך הגמ' אי בדשויה מ"ט דר"א דודאי לקחו לגוביינא ולק"מ אבל כד נאיד הגמ' מהך אוקימתא דפליגי בדשמואל והיינו אליבא דר' יוסף דלרבה אמרי' בדשמואל פליגי וע"כ איירי כמ"ש בצריך למשכון וא"כ שפיר אמרי' אף בדשוי פליגי ולא קשה מ"ט דר"א הא ודאי נקטו לגוביינא דבצריך למשכון לא לקחו לגוביינא ואין כאן מופת ע"ז כמ"ש ול"ק מ"ט דר"א וא"ש. וא"כ גם דברי קו' שניה של מהרש"א מיושב דנימא כ"ע ל"ל דשמואל רק פליגי בדשוי ובסברת מקשן ותרצן פליגי דאליבא דמאן נימא הך אוקימתא לרבה הא ס"ל הלכתא כשמואל ואיך נימא ר"א ור"ע לא ס"ל כשמואל ויהיה שמואל דלא כמאן ואם הקו' לר"י דלא ס"ל כשמואל כמ"ש התוס' הא לר"י צ"ל דמיירי בצריך למשכון אי נימא דפליגי בסברא שכתב מהרש"א דאל"כ בלא"ה ש"ש מפרוטה דר"י הא תרי מחלוקת לא אמרי' כמש"ל וע"כ בצריך למשכון דהוי ש"ח א"כ איך נימא ר"ע ס"ל כסברת המקשן הא בצריך למשכון אף המקשן מודה דאין מוחלט דנקטו לגוביינא דלמשכון הוא צריך ולכך לקחו ומכ"ש אי ליתא דשמואל וא"ש. ובזה יש ליישב ג"כ קו' התוס' על רש"י בד"ה ד"ה דהקשו לרש"י דס"ל דלכך הוי לר"א ש"ח הואיל ונקטו לזכרון בעלמא א"כ למה אמרי' דאם שוה המשכון כנגד מעותיו לכ"ע אין משמט ע"ש דלפי הנ"ל לכאורה לק"מ דאליבא דמאן הקושיא אי לרבה הא רבה מוקי לפלוגתא כס"ד דבדשמואל פליגי ובהך אוקימתא אמרי לגי' רש"י אי בדשוי שעור

זוזי מ"ט דר"א דודאי נקטו לגוביינא וא"כ לק"מ דבאמת בדשוי הוי ש"ש לר"א ובדין שלא ישמט ואי לר' יוסף הא אוקמה בצריך למשכון ולכך אפילו בדשוי הוי ש"ת כמ"ש אבל התם גבי שמיטה לא איירי בצריך וא"כ בדשוי נקטו לגוביינא ולכ"ע אין משמט ואולי קו' התוס' דה"ל לפלוגי שם בשמיטה בצריך למשכון או לא ואין זה קו' אלימתא לרש"י ואפשר קו' התוס' להא דאמרי' לימא בדר"י תנאי וקשה איך אפשר א"כ סיפא הלוהו בשטר מה מפרשית לי' ואי כפרש"י תקשי שמיטה די"ל דגם רש"י עלה ברוחו לפרש כפי' התוס' דקאי שלא בשעת הלואה רק להך אוקימתא במלוה צריך למשכון ס"ל לרש"י שלא בשעת הלואתו בלא"ה מותר לשמש בו כמ"ש הש"ך לפירש"י וא"כ מהכ"ת ינכה א"כ מה אריא שלא בשעת הלואתו אף בעת הלואתו בכה"ג דאין צריך למשכון הוי ש"ש וכן להך אוקימתא דשמואל ג"כ קשה לפרש שלא בעת הלואתו דלא יהיה אבדו דרישא וסיפא בשוי כמ"ש התוס' בשבועות ולכך פירש"י פי' שלו ולק"מ אבל בס"ד דבר"י פליגי באמת אמרי' בסיפא כפי' התוס' ובחדושי הארכתי בזה ביותר. וג"כ אמרתי דלזה נתכוונו התוספות שבועות דף מ"ד ד"ה לא בדשוי כו' דהקשו ג"כ דנימא בדשוי דמר סבר דתפיס ליה בשביל החוב ומר לא ס"ל וכו' וכתבו לפיר"ת דפי' מילתא דשמואל בדפי' ניחא וכו' וקשה א"כ לגי' רש"י איך מיושב ודוחק לומר דהתוס' הניחו בצ"ע לגי' רש"י וה"ל לתוס' להוכיח מזה דגי' ר"ת עיקר. ולמה טרחו התוס' מקדם לישב גי' רש"י אבל לפי הנ"ל ניחא דלגי' רש"י בלא"ה לק"מ דלרבה ניחא לן לאוקמי דשמואל כר"ע דהלכתא כוותיה ולר"י הא איירי בצריך למשכון ולא שייך לומר דתפס בשביל החוב. אבל לפיר"ת דמיירי בדפי' שפיר קשה אילו ידוע לגמ' דרבה ס"ל הלכתא כשמואל א"כ מנלן דילמא גם ר"י ס"ל כן ומוקי ליה בצריך למשכון ולכ"ע לא שייך פרוטה דר"י. ולא שייך לומר מש"ל דבצריך ליתא לסברת שמואל דזהו לרש"י דס"ל בסתם אבל לר"ת דמיירי דמפ' קבלתיו בכדי חובי א"כ אף בצריך יתכן דאין לנו אלא כפי מאמרו ופיו ענתה בו דנקטו לגוביינא ולא דנין כאן מאומד הדעת. ועכצ"ל דלא מסתבר כשמואל ורבה גופי' אילו ה"ל אוקימתא אחריני הוי חולק אדשמואל רק דחיק ומוקי אנפשי' הואיל ול"ל אוקימתא אחריני וא"כ שפיר פריך התוס' הא אית ליה כקו' דפליגי בסברא בדשוי' וע"ז תי' התוס' דאף לפר"ת לק"מ כמ"ש הטעם דאין סתם עדיף ממפרש וכו' וא"ש ולכך לא הקשו קו' זו לרש"י כלל. גם בהך סברא דהא דאמרי' בדרי"צ פליגי הוי אמרי' דכ"ע אי להו דר"י רק בצריך למשכון וס"ד דלכ"ע לית ביה פרוטה דר"י יש לישב מה שטענו על רש"י דס"ל בדרי"צ חייב אפי' באונסין א"כ לס"ד דאף בשעת הלואתו איירי איך קתני ש"ש במשנה ועיין בא"ז והש"ך מה שדחקו ולפי הנ"ל י"ל כך דהא

העלה הש"ר לדרי"צ דב"ח קונה משכון לאונסין ע"כ מותר הב"ח להשתמש בו דקני ליה ולכך חייב באונסי' דכל הנאה שלו ע"ש וזהו באין צריך למשכין בשעת הלואה ולא פסק עמו בנכייתא אבל בצריך למשכון ופסק עמו בנכייתא דלכך ס"ל לר"א דהוי ש"ח הואיל ופסק בנכייתא ולפ"ז דנותן לו שכר משימוש א"ה לא ה"ל שואל דהא אין כל הנאה שלו ופשיטא דלא הוי רק ש"ש ושפיר קתני מלוה על משכון ש"ש ולק"מ דבנותן שכר שימוש מודה רש"י דאין חייב באונסין. היוצא מזה הוא הדבר שכתבנו דהא אף דקימ"ל כר"י יכולים לומר כ"ע אי' להו דשמואל ובמלוה צריך למשכון פליגי וכו' כאוקימתא דגמ' ולא הוי קשה משמואל כלל דבצריך למשכון שמואל מודה דלא נקטו לגוביינא והוי מצי למימר כ"ע אי' להו דשמואל ומדלא אמר כן ש"מ דלית הלכתא כשמואל כסוגין בכל הש"ס. וא"כ שפיר פסקו הפוסקים דלא כשמואל ואין להקשות א"כ בדצריך למשכון לא שייך מילתא דשמואל א"כ הא דפרכינן שבועות מהך משנה סלע הלויתיך וכו' ומוקמי' ליה בדפי' למה לא מוקמי' בצריך למשכון כסתם בריי' ומשנה בהאומנין כמ"ש התוס' דמיירי בכה"ג דאל"כ לא יחלוק ר"י וליתא לדשמואל דר"ל דצריך למשכון היינו בנכייתא א"כ הלוה שטוען ברישא סלע הלויתני עליו וסלע היה שוה הוא תובע מהמלוה מעות דהא חובו אין סלע דהיה עליו נכייתא וא"כ הא דקתני בסיפא סלע הלויתני ושתים היה שוה דהוא תובע למלוה והמלוה כופר דהוי המלוה פטור הא כבר הך בבא ברישא הוא דלוה תובע ממלוה ודוחק לומר דמיירי דנאבד תיכף בעת שלוה ולא עלה עליהם נכייתא כלל דזהו דוחק שיהיה ברגע תיכף אבידה ואינו מצוי. ולכך ניחא לי' לאוקמי בגווני אחריני בדפריש ולא איירי בנכייתא כלל וא"ש. וזהו מה שנר' ליישב אמנם הר"ן בחדושיו לשבועות וכן שארי מחברים תי' בשם הרמב"ן דהך מילתא דשמואל אין ענין להך פלוגתא דרבה ור"י כלל דשמואל לא אמר דכמו שהוא חייב באחריות מן דמי שויו של המשכון כן מתחייב באחריות כל החוב דאבד קתא אבד אלפי זוזי אבל למר כדאי' ליה לרבה דחייב כשפשע בקתא ה"ה דמתחייב באחריות כל החוב כשפשע בקתא ולר"י בגניבה ואבידה וא"כ שפיר המ"ל דכ"ע אי' להו דשמואל ובדר"י פליגי דר"א דס"ל דהוי ש"ח א"כ אבד המשכון בגניבה ואבידה ישבע שלא פשע ואם אין נשבע באמת מאבד כל החוב ולר"ע דס"ל כר"י הפסיד כל החוב ומדלא אמר כן ש"מ דלית הלכתא כשמואל. ודבריו בנויום על אדני השכל ובינה אבל צריך תלמוד דהא בס"ד בעינן לומר בדשמואל קמפלגי ולא בדרבה ור"י קמפלגי כלל דתרתי פלוגתות לא אמרי' א"כ בממ"נ אי אבידה דברייי' בפשיעה איך ישבע לר"א ואי אבידה דגניבה כדתנן במשנה ש"ש למה הא אף דס"ל לר"ע כשמואל מ"מ לא יחייב דהא ה"ל ש"ח ולמה משוי ליה ש"ש ודוחק לומר

דס"ל לרמב"ן בפשט הגמ' כמו שחשבו קצת לפרש דברי מהרש"א בשבועות דהקשה לגי' רש"י נימא משנה אתי' אף כר"א בדלא פי' דהוי ש"ש ופליגי בדפי' שלא יפסיד וכו' ורוצים לפרש דבריו דנימא כ"ע אי' להו פרוטה דר"י רק מיירי באמרו שלא יפסיד ובדשמואל פליגי ר"ע אי' ליה דשמואל אמרי' תנאי היא למעט דינו של שמואל שלא יפסיד כל החוב אבל עכ"פ על שווי המשכון הוי ש"ש כר"י ור"א ל"ל דשמואל וא"כ תנאי דלא יפסיד מה טיבו וע"כ אף על דמי המשכון דלא יפסיד בגניבה ואבידה וכן י"ל בתוס' דכתבו ועוד דמשמע דבר"י יש חילוק בין שוי ללא שוי והדבר תמוה כמש"ל ס"ק וי"ו די"ל כך אלימא בדשוי מ"ט דר"א הא הוי פרוטה דר"י ול"ל בדפירש שלא יפסיד דא"כ מ"ט דר"ע אלא בדלא שוי ופי' שלא יפסיד ר"ע אי' ליה דשמואל א"ה הכוונה היה שלא יפסיד כל החוב הואיל ולא שוי וש"ש במקומו ור"א ל"ל דשמואל וע"כ שלא יפסיד למעט דין שומרים אתו ולכך כד נייד הגמ' מהך דפי' דשמואל א"כ אמרי' דברייתא לא איירי כלל דפי' שלא יפסיד ולכך אף בדשוי איירי וא"ש רק דא"כ הכל כר"י וע"ש בתוס'. ולפ"ז י"ל דס"ל לרמב"ן בס"ד ס"ל לגמרא דכ"ע כר"י ס"ל דאח"כ פריך גמרא לימא ר"י תנאי היא וכהנ"ל רק בס"ד ס"ל דמיירי דפי' שלא יפסיד ובהא קמפלגי ר"א ל"ל דשמואל א"כ התנאי למעט גניבה ואבידה ור"ע ס"ל כשמואל והתנאי היה למעט דלא יאבד אף יותר מדשוי כנ"ל. אך דברים הללו רחוקים מפשט הגמרא אם אפשר דנתכוון לו המהרש"א מ"מ בפשט הגמ' רחוק וגם א"כ לא טען הרמב"ן על רש"י דס"ל בדרי"צ אף לאונסין מהא דאמרי' בדר"י פליגי והא ש"ש קתני די"ל ג"כ דהא השתא כ"ע אית להו דר"י רק בדפירש שלא יפסיד ולכך ר"ע דאית ליה דרי"צ י"ל דתנאי היה על פסידא דאונסין דלא יהיה נדון כשואל וש"ש הוי ור"א ל"ל דרי"צ וא"כ התנאי ע"כ היה על פסידא דש"ש. ולכן היותר נראה דס"ל לרמב"ן הא דאמרי' בגמ' בצריך למשכון ס"ל לר"א דלאו מצוה קעביד דלהנאתו קמכוון ה"מ אם אין אומר בפי' שמקבל אחריותו בכל החוב ויאבד קתא דמגלא יאבד אלף זוז אבל בהתנה כן הא זו לא הוי צריך מחמת הנאתו ואין זה אלא טוב לב שכוונתו למצוה לישב דעת הלוה ומצוה היא זו ואף לר"א הוי פרוטה דר"י אך זהו אם מועיל אבל אי ליתא דשמואל א"כ דבריו כאינם ופטומי מילי בעלמא הן לגי' ר"ת דשמואל בדפי' א"כ חזר הדבר לר"א דלהנאתו נתכוון וזהו כוונת הגמרא לימא בדשמואל פליגי והיינו דכ"ע אית להו פרוטה דר"י רק בצריך למשכון איירי ולכ"ע אמרי' להנאתו מתכוון בסתם רק כאן בדפי' שיפסיד כל החוב ולר"ע דס"ל דשמואל א"כ דבריו קיימי' וא"כ הרי הוא ש"ש מחמת פרוטה דר"י ואף בכל החוב מפסיד בגניבה ואבידה אבל ר"א ל"ל דשמואל א"כ י"ל להנאתו מכוון ואינו ש"ש כלל ואף כנגד המשכון לא הוי רק

ש"ח וישבע וכו'. וזהו די"ל ג"כ בכוונת התוס' דהקשו בב"מ ושבועות לגי' ר"ת דנימא כ"ע אית להו דשמואל בדפי' ואתי' המשנה ככ"ע והם פליגי בדלא פי' ותי' דס"ל לגמ' דמה דמשכון שוה הוי כפי' וכו' ע"ש. וקשה דקארי ליה מאי קארי ליה אם ס"ל בדלא פי' אף בדמי שוי לא הוי ש"ש כלל לר"א א"כ בדפי' שיאבד כל החוב עדיין מנלן דהוי ש"ש דילמא רק ש"ח וקיבל על עצמו דאם יפשע דיתחייב באחריות כל החוב ואי דאיירי דבאמת פי' שמתחייב בגניבה ואבידה א"כ מאי אריא דקתני מלוה על המשכון ש"ש שואל נמי הוי כפי תנאי דהא הכל הולך כפי מאמר פיו וע"כ דמיירי דאמר בסתם. וא"כ קשה מנ"ל דנתכוין לש"ש ול"ל דהואיל דפי' דנקטו לגוביינא ולא לזכרון לכך הוי ש"ש דהא התוס' לא ס"ל סברת רש"י דתלי' בזה אם נקטו לגוביינא כמ"ש משמיטה. ועכצ"ל דס"ל הנגד חובו הוי ממילא ש"ש וא"כ כשפי' הרי אחריות כל החוב עליו כמו אחריות דמשכון בשוי דהוי ממילא ש"ש וא"כ קשה דקארי ליה מאי קארי ליה. אבל לפי הנ"ל ניחא די"ל בצריך למשכון פליגי ור"א ס"ל להנאתו מתכוון אבל המשנה איירי בדפי' ובזה אף ר"א מודה דלא אמרי' להנאתו והוי ש"ש מפרוטה דר"י ולכך הוי ש"ש בכל החוב אף דקאמר התם מפרוטה דר"י וא"ש ולכך יפה הקשו והתוס' דחו בתי' דלא אמרי' כן וממילא כנגד דמי משכון ה"ל ש"ש וה"ל כפי' דמקבל אחריות ש"ש עליו:

ח **שמקבל** המשכון בכל החוב הרמ"א תפס לעיקר כפי' התוס' דפי' שמואל בדפירש דאמר שמקבלו בכל החוב ולא כפי' השני דאמר להדיא דאם יאבד דיפסיד כל החוב דס"ל כה"ג לכ"ע מהני דכל תנאי שבממון תנאו קיים. וא"צ למילתא דשמואל כלל וכ"כ הב"י להדיא דבכה"ג לכ"ע מהני דהוי תנאי שבממון מיהו מדברי רבינו הב"י אין ראיה דאיהו לשיטתו אזיל דס"ל לקמן בסימן ר"ז סעיף י"א דמחול לך לא הוי אסמכתא ובזו הוי כמחול לך כמ"ש התוס' בב"מ להדיא אבל לרמ"א דס"ל שם דאף במחול לך שייך אסמכתא צ"ל דשם הטעם כמ"ש הב"י דהואיל דהוי אסמכתא לגבי מוכר אף לגבי לוקח הוי אסמכתא משא"כ כאן דהוא רק לגבי מלוה והוי כמחול לך ומועיל. אך הב"ח וש"ך כתבו דהוי ספיקא דדינא דאולי אמת כמ"ש התוס' דנחלקו בשמואל בדפי' ואמר להדיא שיפסיד מעותיו ומ"מ פליג ר"א דהוי אסמכתא וא"כ ה"ה למה דלא קימ"ל כשמואל הוי אסמכתא. ויש להבין להך פירושא דס"ל לתו' כנגד דמי שויו של המשכון הוי כאילו פי' א"כ מ"ט דר"א דבממ"נ אי אתה אומר דבסתם אף כנגד דמי שוי של המשכון לא הוי כפי' דמקבל אחריות א"כ איך אמרי' הואיל וס"ל לשמואל בפי' מפסיד אף כנגד דמי משכון ה"ל להפסיד אע"פ דלא פי' מה ענין זה לזה כאן פי' דמקבל אחריות וכאן לא פי' דמקבל אחריות וע"כ צ"ל דה"ל כאילו פי' דמקבל אחריות בעד שוי המשכון א"כ

קשה מ"ט דר"א הא פי' דמקבל אחריות ואסמכתא ליכא כיון דלא גזים וה"ל מתנה ש"ש או ש"ח להיות כשואל דמהני ליה ולית ביה משום אסמכתא וכמ"ש הרמב"ן בסוף מס' ב"ב ע"ש ובב"י סימן ר"ז והיה מתחלה עולה ברוחי דלקמן פריך ב"מ דף צ"ד על הא מתנה ש"ח להיות כשואל במאי בדברים וקאמר ר"י אפילו תימא בשלא קנו מידו בהאי הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד וזהו בסתם שומרי' דעלמא אבל במלוה על המשכון מה הימנותא אדרבא הוא המלוה האמין ללוה המעות ולקח המשכון ולי' כאן הימנותא מלוה למלוה כלל וא"כ אף בהא דפי' להתחייב יותר מכפי הראוי ה"ל גזים. דהא ש"ח הוא ואיך יתחייב כש"ש בדברים. ודוחק לומר הימנו דיכול לישבע שנגנב באונס דזהו לא שכיח ובמקום רבים צריך לברר וגם אי מתנה כשואל מה הימנו אלא דזה לא נראה דא"כ שמואל דס"ל דבעי לקמן במתנה ש"ח להיות כשואל בקנין איך יועיל במה דמתנה להיות מפסיד כל החוב יותר מדמי משכון בתנאי בעלמא בלי קנין דהא אמרי' סתם לשמואל בדפי' מבלי זכר קנין כלל. ועוד מה דוחקו דתוס' לפרש בהך ברייתא דקתני אבל הלוהו בשטר וכו' דאיירי שלא בשעת הלואה דלא ידעו טעם לחלק בין שטר לבלתי שטר ולא פי' דודאי נגד דמי שוי ה"ל כפי' רק דמ"מ לא קני' דה"ל דברים דלא שייך דהימנו ולכך ס"ל לר"א ישבע ויטול אבל בהלוהו בשטר על אלף זהוב' ולקח משכון ולא נזכר בשטר המשכון דנתן אם כן המלוה לא האמין ללוה דהא שטרו בידו וכמ"ש רש"י משא"כ הלוה האמין למלוה דהא יכול לתבוע חובו בשטר ולכפור במשכון. וא"כ שפיר אמרי' בהך הנאה דמהימן משעבד נפשיה בדמי משכון דלא גזים ולכך ס"ל אף לר"א דהוי ש"ש (ובחדושי הארכתי בזה דרך חדוד בכוונת דברי תוס' דאפשר לומר דזהו הפי' לרש"י רק מה דמפרש רש"י שטר לגוביינא הוא לשמואל דס"ל לקמן קנין ובלא"ה צריך לחלק בין הך לדלקמן ולכך פירש"י לשמואל פי' שלו ולשמואל ל"ק משמיטה כהנ"ל ולכך הקשו התוס' ממשנה ותי' הלוהו על משכון לא משמע בשטר והיינו לפי' רש"י דבשטר נקט משכון לזכרון ולא שייך הלוהו על משכון אבל לאידך פי' שייך שפיר אף בשטר וקשה שפיר) וע"כ צ"ל מה דמתנה בשעת הלוואה ומתן מעות דאם יפסיד המשכון דיהיה החוב מחול מעיקרו לכ"ע א"צ קנין ולא שייך ביה קו' הגמ' במה בדברים דהא יכול למחול מה שבידו לחבירו. (ובזה אמרתי בחדושי ליישב דברי בה"ג כמ"ש התו' בשמו שמעתא הנ"ל ד"ה דברי הכל דס"ל במילתא דשמואל דוקא בדליכא שטרא אבל בדאיכא שטרא לא קני ולכאורה אין טעם לזה ודברי תו' דחוקים אבל לפי הנ"ל ניחא דהא בדברי' לא קנה רק מתורת מחילה דה"ל כמחול לך ולא בעי קנין ולא הוי אסמכתא אבל דעת בה"ג כרבינו ישעיה בטור סימן י"ב דבשטר לא מהני מחילה בלי

קנין וא"כ לא הוי כמחול לך והוי אסמכתא ולכך מחלק בין שטר לאינו שטר וא"ש. ויש לבעל ה"ג קצת ראיה דהא דפרכינן בשבועות על שמואל מסיפא דמשנה סלע הלויתני ושלשה דינרים היה שוה ולא פריך מרישא סלע הלויתיך ושקל היה שוה וכו' ולשמואל מה קטען הלא יהיה שוה רק פרוטה אבד מעותיו ולכך לבה"ג לק"מ די"ל דילמא מיירי בשטר ולא שייך דינו דשמואל. ולכך פריך מהך בבא דקתני חייב שבועה כמו מודה מקצת ועיין לר"ע מברטנורה ויתר מפרשי משניות א"כ ל"ל דהוי לי' שטר דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ולית כאן ש"ד וא"ש ודוק) . ולפ"ז הדרא קו' הנ"ל לדוכתא ולכן צ"ל דבשלמא אם אמרינן דלא הוי אסמכתא במפרש כי כך אמדו חז"ל כי בלב שלם גמר ומשעבוד נפשיה לבל יקרה ללוה תקלה המוסר לו משכונו א"כ אמרי' ה"ה בסתם ה"ל כמפרש שמקבל אחריות בדמי שוי של משכון לפחות אבל אם אמרי' דהוי אסמכתא ש"מ דאמרי' דאין לבבו שלם להבטיח ללוה א"כ איך נימא בסתם דמסתמא דעתו היה כנגד מעותיו קיבל אחריות הא אף במפרש אמרי' דאין דעתו שלם כ"כ בבטחון עם הלוה עד דהוי אסמכתא וא"כ איך נימא בסתם ה"ל כקיבל נגד שוי המשכון. ובזה יש להבין במ"ש התוס' שם בב"מ ד"ה נימא וכו' דהביאו התוס' הגי' אי בדשוי שיעור זוזי מ"ט דר"א וכו' והאריכו תוס' לפלפל מ"ש שוה ומ"ש לא שוה ולכך העלו דכך הפי' לימא בדלא שוי קמפליגי בדשמואל פי' אף בדלא שוי וה"ה בדשוה וכו' ועדיין לא מיישבים התו' מה דקאמר בגמ' אי בדשוה מ"ט דר"א ובאמת בשבועות מוחקים התוס' גיר' הנ"ל אבל בב"מ לא מוחקים התוס'. וכן הקשה המהרש"א מה נחלקו המקשן ואוקימתא בתרייתא דאמרינן אף בדשוה פליגי אבל לפי הנ"ל ניחא דכך המשך הגמ' והכל לגי' ר"ת דשמואל אייריי בדפי' וקאמר הגמ' נימא בדשמואל קמפלגי דאי בדשוי ופי' ודלא כשמואל רק כיון דשוה ופי' פשיטא דמהני דהא מתנה ש"ח להיות כשואל ולא גזים מ"ט דר"א דודאי מהני אלא בדלא שוי וא"כ גזים והוי אסמכתא לר"א ובזו פליגי כמ"ש התו' רק קשה לתוס' הא י"ל אף בשוה פליגי ובסתם דתלי' כמש"ל אי במפרש הוי אסמכתא או לא ולזה קאמרי התו' דאף בדשוה נמי מחלוקת והיינו בסתם כיון דאמרי' בדשמואל פליגי וא"ש הגי' דמתחלה דמיירי במפרש להדיא ודלא כשמואל פליגי פשיטא דלא יחלוק ר"א ולכך באוקימתא אחריני דאמר' בדרי"צ או בדר"י פליגי דלא מיירי כלל מן מפרש פשיטא דאין הבדל בין שוה ללא שוה ופשוט ולק"מ ולכך נראה הא דבשבועות קאמר הגמ' אי בדשוי מ"ט דר"א ולא בב"מ משום דלכאורה אין טעם למש"ל דקאמר הגמ' אי לא ס"ל כשמואל רק דפירש דקיבל אחריות ובדשוה לא גזים דעדיין קשה אי סתם אמר דילמא מפשיעה קיבל דהא עדיין לא אסיקין ממילתא דשמואל או ר' יצחק או רב יוסף

ואי במפרש דמקבל אחריות גניבה א"כ ה"ה במקבל אחריות אונסין ומה אריא ש"ש דנקט אבל שם בשבועות אין זכר מהך משנה דמלוה על משכון ש"ש רק מבריי' דקתני אבד וי"ל באמת באונס כמ"ש רמב"ן וש"ך בישוב דברי רש"י ולכך שפיר י"ל במפרש. ולהביא משנה דב"מ הוצרך להאריך פריך בקצרה מ"ט דר"א משא"כ בב"מ דעלה קאי דמוסב הכל במשנה דקתני ש"ש ל"ל כלל בלי מילתא דשמואל ובמפרש דלכך קאמר תיכף הגמ' לימא בדשמואל קמפלגי ודוק. ואפשר לומר הו"מ אי מפרש להדיא אבל לפיר"ח דאמר קבלתי ולא איירי מזה מפרש להדיא כלל א"כ ל"ל מ"ט דר"א דלא ס"ל באמירה קבלתי לגוביינא יתחייב באחריות ולכך התו' בשבועות דהעתיקו הך פי' באומר קבלתי מחקו הגי' אבל בב"מ דלא זכרו כלל מהך דר"ח רק מפרש להדיא לא מחקו הגי' ודוק:

ט **ואם** נאנס המשכון וכו' כתב הסמ"ע בס"ק י"ג דוקא דאין הלוה מכחישו וא"י אם באונס או לא אבל אם מכחישו ואמר שבפשיעה היה או הוא ברשותו נשבע הלוה היסת ופטור ודייק ליה דהטור והמחבר נתנו טעם דחייב לשלם משום דה"ל א"י אם פרע הרי בטוען ברור פטור והא דנתנו בעה"ת והטור לקמן באות כ"ג הטעם דלכך בטוען ברי ששלחת בו יד פטור מכח מגו דפרוע משמע במקום דליכא מגו לא מהימן הוא דבמקום דאין מגו היה צריך הלוה לישבע עכ"פ ש"ח. והש"ך השיג דמשמע בבעה"ת וטור להדיא דצריך מגו דוקא אבל בלי מגו אינו נאמן וכ"כ הב"ח והא דנתנו הטעם דלכך חייב משום דה"ל א"י אם פרעתי התם אפילו בדאיכא מגו חייב כיון שאינו יודע עכ"ל. ואמת בדברי בעה"ת שער מ"ט בסוף ח"ב משמע להדיא כדברי הש"ך דהא דנאמן הלוה משום מגו הוא דנאמן אלא דעם כל זה לא הבנתי טעמו דמ"ש דנאמן פרעתי או לקחת המשכון בחובך דהא ידוע דהיה לו משכון והפרישה בעצמו בטור אות כ"ג חזק מדבריו של סמ"ע וכתב ג"כ דצריך מגו דלולי כן ה"ל החוב ברור לב"ד וענין משכון איך נעשה בו ספק לב"ד ולא הבנתי כלל בכל פרעון נימא כן ואדרבא כאן חוב בלתי מבורר כיון דיש בידו משכון והלוה טוען ברי ששלחת בו יד וזה יותר ספק לב"ד כי כל זמן שאין מוציא משכון מידו אין חובו מבורר מסתם חוב בלי פקפוק דחוב ברור לב"ד והפרעון ספק לב"ד משא"כ במשכון דגם חוב אין ברור דהא יש כאן משכון. וגלל כן פסק הטור באות כ"ח ביורש שמוציא שטר ונזכר בתוכו משכון וא"י כיצד נעשה במשכון לא אמרי' דישבע היורש בשטרו דהשטר ודאי ופרעון ספק אלא כיון שהיה משכון על החוב אין כאן חוב ברור בלתי משכון. והעיקר מה שלא הבנתי מה הבדל יש בין כל המשכון למקצתו אם המשכון אינו והמלוה אומר שקל היה שוה ולוה אמר סלע אין להוציא מיד הלוה כלום וברור

אפילו ליכא מגו דפרעתיו כנראה מסתימת כל הפוסקים דלא חלקו כלל בכך ועיין לקמן סעיף ט' והטעם דהלוה טוען ברור דאינו חייב לו ואילו חלוקים בכל המשכון דהמלוה אומר באונס נאבד דה"ל כאומר המשכון אינו שוה כלום והלוה אמר בפשיעה וא"כ הרי זו כנגד דמי הלואה כפרעון לא יהיה הלוה נאמן בלי מגו ומי יתן אדע מה הבדל יש בין הכל לחלק. וכמו דשם הדבר ספק לב"ד כן כאן לענין אונסין ואם אמרו בזה דאין ענין נשבע ונוטל אף בשוי המשכון נימא כן הלואה שלם ובמשכון אם תתבע למלוה שומר שלך לשלמו ישבע כמה היה שוה וישלם כמו שארי שומרים ולא יותר. ולכן באמת הב"ח נתן בטור טעם דלכך בטוען הלוה אתה מכרתו בעי מגו משום דמכירה הוא טענה גרוע למי מכר ואנה הוא הלוקח יבא לב"ד הרי מודה בטוען טענה שאינו גרוע כגון שפשע בו וכדומה א"צ מנו והש"ך נסתייע מדברי הב"ח ונהפוך דהב"ח ס"ל כסמ"ע ולכך לא השיג עליו. ולכן ברור דהך מגו דנקט לאו דוקא ולא נאמר רק לרווחא דמילתא כמבואר לקמן בסעיף כ"ט דהעתיק הך דינא והשמיט סיום דברי הטור דאית ליה מגו רק כתב סתם דנאמן ואילו ס"ל לרבינו מחבר דבעינן דוקא מגו ובו תלוי עיקר נאמנותו של הלוה לא היה נמנע להביאו ואיך השמיט העיקר אלא ברור דס"ל דמגו ל"ד וכן נכון ואמת וכל דברי מחבר מזוקקים כניתנו מסיני:

י **אין** המלוה נותן וכו' כתב הש"ך בס"ק י"ז דאף שלא בשעת הלואתו אין משלם היתרון שיש במשכון מכדי חובו ואף דנעשה ש"ש מדרי"צ מ"מ לא נעשה ש"ש יותר מכדי חובו כן דעת מהר"ם במרדכי והש"ך חולק והביא דעת שערים דר"א דס"ל מלוה על משכון הוי ש"ח ומ"מ בלאחר הלואתו הוי ש"ש אפילו ביותר מכדי חובו ולא ידעתי מה צורך לשערים מר"א גופי' ש"מ דכפי שבררתי לעיל בס"ק וי"ו דאפילו לדעת הרא"ש במשכון שלא בשעת הלואתו לא שייך פרוטה דר"י ומכ"ש לדעת רשב"א וא"כ איך כ' הרי"ף וכן הרמב"ם פ"י מהל' שכירות והמחבר דהוי ש"ש בין בשעת הלואה ובין במשכנו לאחר הלואה הא דיניהם אינם שווים דבשעת הלואה דשייך פרוטה דר"י אפילו ביתרון של המשכון חייב אבל לאחר הלואה מחמת ר' יצחק הא אינו חייב ביתרון ועכצ"ל דנם משום דב"ח קונה משכון חייב באחריות כל המשכון וא"כ מינייהו נשמע להפוסקים כרבה ושמואל דכי בשביל שחולקים בזה לפסוק כרבה יחלקו בדברי רי"צ עד היכן מניע קנינו ושכר צדקה שלו אם בכדי החוב או ביותר נמי מה ענין זה לזה הא לא בהא תליה כלל. ואם רוב גדולי מחברים ס"ל דקונה כל משכון לחייב באחריות א"כ דברי מהר"ם יחיד בזה דאין זה תלי' כלל בהך דשמואל. ואמת כי לפמ"ש רש"י דלכך קונה משכון דלגובייא נקטו שלא בשעת הלואה א"כ זהו לא שייך ביתרון מכדי חובו אבל

רוב פוסקים חולקים על הטעם זה כמ"ש מהר"ם גופיה טעמו של התוס'. והש"ך ביקש לומר בהאי הנאה דתפיס ליה אזוזי הוי ש"ש אף על מה שמשכון שוה יותר מחובו ולא כן משמע בריטב"א כמ"ש הא"ז בשמו והבאתיו לקמן ס"ק כ"ב באריכות דהקשה ל"ל דר' יוסף ת"ל דתפס ליה אזוזי ותי' דאיצטריך דר"י למהוי ש"ש אפילו מה דמשכון שוה יותר מכדי חובו ש"מ דהך סברא דתפס אזוזי אין מספיק ליתר מחובו שיתחייב באחריות וצ"ל אף אומן דתפיס לי' אאגרא ג"כ מתחייב בכל החפץ ששוה ודאי יותר מכדי שכרו. דגבי משכון לא ניחא ליה למלוה ליקח יותר ואילו הוי לוה הבטיחו במשכון כדי חובו בשופי ג"כ הוי מתרצה ויתר ל"ל אבל באומן לפום ענין החפץ כן ענין שכרו וא"כ ניחא ליה בכל החפץ ודוק. אבל מ"מ גם מדברי הריטב"א מוכח דרי"צ איירי אפי' יותר מכדי חובו דאל"כ עדיין קשה ל"ל כדרי"צ לימא משום דתפיס אזוזי וע"כ צ"ל כתי' ריטב"א דגם משום דרי"צ מתחייב בכל המשכון ועיין לקמן ס"ק כ"ב במ"ש בהא דאמרי' בדשמואל פליגי. ובהכי ניחא להנך דס"ל תפיס לאחר הלואה ה"ל ש"ש מטעם דתפיס ליה אזוזי כמש"ל ס"ק כ"ב דקשה נ"ל לגמ' משום דרי"צ וכמו שהקשה הרא"ש בפ"ק דקידושין דלפי הנ"ל ניחא דאיצטריך ליתר מכדי חובו. מיהו זהו בלא"ה יש לדחות במשכנו שלא בשעת הלואתו דחייב להחזירו לעת צורכו לא מקרי תפיס ליה אזוזי אף דאין נעשה מטלטלין אצל בניו בשביל זה לא נעשה ש"ש כיון דצריך למיעל ומיפק בהחזרה ואינו תפיסה גמורה ודוק. ואני חשבתי שיש כמעט לדעת הש"ך ראי' ברורה מדברי הגמ' דהא בחד אוקימתא בגמ' איכא טעמא דש"ש משום דרי"צ דאמרו אף בשעת הלואתו ודעת רמב"ן דאף באמת קאי ע"ש ברשב"א ורמב"ן. וקשה א"כ יהיה הך מילת ואבד המשכון דנקט במשנה דשבועות מוסב לתרי פירושי' דברישא שאין המשכון שוה בכדי החוב והמלוה תובע יתרון יהיה פי' אבד בגניבה ואבידה דהא הוי ש"ש ובסיפא דהמשכון שוה יותר והלוה תובע יתרון יהיה לדעת מהר"ם ע"כ פי' ואבד דהתחיל במשנה בפשיעה דהא אין המלוה על היתרון רק ש"ח וא"כ ארכביה הך אבד המשכון אחרי רכשי א"ו דאף ביתרון מכדי חובו הוי ש"ש וא"ש דאבד מיירי בגניבה ואבידה וכן להך אוקימתא בדר' יוסף פליגי וכן לרבה י"ל דהמשנה לא שייך בדשמואל הן לגי' רש"י והן לגי' התוס' וגם לא ס"ל בדרי"צ כמ"ש הרמב"ן. א"כ הוי ש"ח ואבד בכל המשנה בפשיעה איירי אבל לפי שיטת מהר"ם קשה ולכן הנכון וברור כדברי הש"ך:

יא **ללוה** היתרון ואם המשכון שוה בפחות מכדי החוב אין מפסיד היתרון אם לא שהתנה להדיא שמקבלו בכל החוב כגי' התוס' דשמואל איירי בדפירש ואם לקח משכון שלא בעת הלואה והתנה כן דעת רבינו ב"י דלא מהני ולא אמרי' שלא בשעת הלואה אבד קתא

אבד אלפא זוזי כלל. ונסתייע מדברי התוס' דבשבועות ומהגהת הרא"ש ובאמת מדברי תוס' דשבועות אין ראיה וזכר כלל כמ"ש הב"ח ופרישה אך בדברי הגהת הרא"ש בפרק האומנין דכתב להדיא אם אבד המשכון אבד כל מעותיו אפילו היתרים על המשכון אבל שלא בשעת הלואתו לא אבד אלא כנגד המשכון משום דרי"צ אבל דשמואל נראה דלא שייכי אלא בשעת הלואה וכן משמע מפר"י דפוסק כשמואל עכ"ל והרי ממש מבואר כב"י והב"ח לא הזכיר דבר מהך הגהה. איברא דהקשה הב"ח מה טעם יש בדבר לחלק בין שעת הלואה לאח"כ לכאורה קו' עצומה היה אמנם נראה דהתוס' כתבו שבועות ד"ה מתני' וכו' דלכך לא הוי אסמכתא ולא דמי למשחק בקוביא דהתם לא הפסיד אבל הכא שהפסיד משכון גמר בדעתו להפסיד כל החוב וכו' עכ"ל וצריך פי' דמה מפסיד משכונו הא הוי ש"ח וצ"ל דקאי על הלוה דהלוה מפסיד משכונו אף הוא המלוה גמר בדעתו מוחלט להפסיד כל החוב וכן הוא הפי' הנכון בתוס' וצ"ל הא גם אם אוביר ולא אעבד אשלם אלפא זוזי מפסיד הנותן מה שהיה השדה ראוי לעשות וצריך לחלק בשלמא התם אף דיהיה אסמכתא מכל מקום לא יפסיד מה שהוא ראוי לעשות כמ"ש הרא"ש וריף דמכל מקום משלם במיטבא אבל בזו אי אתה משוי' ליה לאסמכתא כל דבריו וקבלתו בטילי' כמ"ש התוס' לר"א דמי א"ל קני לגובייא וא"כ יפסיד הלוה משכונו ולכך אמרי' דאומרו בלב שלם וכל דבריו קיימי'. וזה ברור בפשט התוס' וא"כ ה"מ בשעת הלואתו דלולי קבלתו ה"ל ש"ח ומפסיד הלוה משכונו משא"כ שלא בשעת הלואה דכנגד המשכון לכ"ע הוי ש"ש מדרי"צ א"כ אין הלוה מפסיד כלום וא"כ מה שמקבל היתרון הוא רק גוזמא כקובי' וכדומה והרי אסמכת' ולכך סבירא ליה להגהת הרא"ש דאינו מועיל וא"ש. ובזה יש להבין במ"ש התוס' בשבועות דנימא מתני' ר"א היא ובדפירש מודה ר"א לשמואל ותירץ התוס' כנגד דמי משכון ה"ל כפי' וכו' וכתבו בהכי ניחא דלא אמר כ"ע אית להו דשמואל בדפירש ופליגי בדלא פי' וכו'. ולכאורה קשה היינו קושי' ראשונה והיינו קושי' אחרונה דאם אמרי' כ"ע אית להו דשמואל אתיא מתני' אף כר"א וכן להיפוך דאי מתני' אף כר"א ע"כ דכ"ע אי' להו דשמואל ובב"מ לא כתבו התוס' כלל הך קושי' דנימא מתני' ר"א הוא רק דהל"ל כ"ע אי' להו דשמואל והשמיטו זאת ועיין במהרש"א שעמד בזה והעיקר מה שמקשי' איך א"ל במשנה בדפירש וכ"ע מודים דא"כ איך יחלוק ר"י אר"א ור"ע. אבל נראה לפמ"ש א"כ אין מקום לקו' דנימא בדפי' כ"ע אי' ליה דשמואל וכי פליגי בדלא פי' וס"ל לר"ע מכל מקו' הוי ש"ש מטעם דרי"צ או דר"י דא"כ יקשה מ"ט דר"ע בדפי' דאבד כל מעותיו הא ה"ל אסמכתא ואי דהלוה מפסיד המשכון הא לא מפסיד דהא אף בלי אמירתו הוי ש"ש לר"ע בכדי המשכון ולא

מתוקמ' מילתא דשמואל אלא אי סבירא ליה כרבה דהוי זולת קבלתו ש"ח וצ"ל באמת להך פי' ל"ק קו' זו רק קשיא לפי' השני שאמר התו' דלא נחלקו באסמכת' רק מיירי שאמר סתם קבלתיו ואסמכת' לכ"ע לא הוי דהוי מחול לך ובזו שפיר קשה ולכן בב"מ הקשו כן דשם נתן התו' טעם משום דמחול לך ולא הטעם הנ"ל דמפסיד המשכון אבל לטעם דמפסיד המשכון לק"מ אבל לעומת זה מן משנה קשה דנימא בדפי' כ"ע מודים דאין לך אלא כפי שהתנה ואי קשה כנ"ל הא הוי אסמכתא ז"א בשלמא סתמא דגמ' לא מ"ל כ"ע אית להו דשמואל דהא אנן קי"ל אסמכתא לא קני' וקשי' כנ"ל אבל סתם משנה בפ' א"נ דף ס"ה וס"ו דמוקי ליה דסבירא ליה כר' יוסי דאסמכתא קניא א"כ ודאי בחד מסכת לא יהיו הסתמים סותרי' אהדדי וא"כ אף הך התם משנה המלוה על משכון סבירא ליה דאסמכתא קניא וא"כ שפיר לכ"ע הוי ש"ש דתנאי שבממון קיים ולכך פליג ר"י דר' יהודא לשיטתו דסבירא ליה בב"ב אסמכת' ל"ק. והקשה תוס' על נכון ותי' התוס' דה"ל כאלו פי' ובזו כתבו והשתא א"ש כלומר לכל התי' ואין צריך לסברא הנ"ל משום אסמכתא דאפי' לתירוץ השני ג"כ לק"מ ולכן התוס' בב"מ דלא הזכירו הך תי' הואיל והפסיד המשכון לא הקשו הך קו' דנימא המשנה ככ"ע דיש לומר יחלוק ר' יהודא ודוק. ומזה נראה להצדיק דברי הגהת דברי רבינו ב"י ולכן לדינא צל"ע:

יב **היתרון** הש"ך הביא דברי מרדכי שהוא תשובת רש"י אשר ענינו בקצרה כך ראובן משכן חפץ לשמעון ושמעון ללוי ולוי נתנו במתנה ליהודא כי אמר שמעון ללוי שקבע זמן לראובן לפדותו ואם לאו יהיה מוחלט לו ופסק רש"י דזה הוי אסמכתא ולכך יחזור יהודה החפץ לראובן וראובן ישלם ליהודא מה שחייב לשמעון ואם יטעון יהודה שכבר מכרו או שאין בידו מחויב לישבע כמה היה שוה ואע"ג דקימ"ל כר"א דאמר במלוה אומר סלע הלויתני ושקל היה שוה והלוה אמר ג' דינרים היה שוה דשבועה גבי לוה היא דמ"מ הוא וארא זה נשבע שאין ברשותו וזה נשבע כמה היה שוה משום דלא קים ליה למלוה לפי שאינו שלו מ"מ כיון דיהודא היה סבר דהוא שלו במתנה קים ליה בגוי' כמה היה שוה ונשבע כדין כל הנשבעין שבתורה עכ"ל ותמה הש"ך דמה ענין דחשב דהוא מתנה אפילו הוא מלוה גרידא ג"כ נשבע כמה היה שוה ונפטר כדאמרי' להדיא שם בגמ' פרק המפקיד רק בהא דאמרי' שם דלוה מאמין למלוה שאין ברשותו ולא מהימן לי' בכמה היה שו' משום דלא קי' לי' אבל שיהי' שבועה נעקר ממלוה לא ס"ד כלל ולכן הניחו בצ"ע: וחובב' עלינו לישב דעת רש"י והגדולים שהעתיקו דבריו לכן נראה דס"ל לרש"י מה ראה רב אשי על ככה לחלוק אשמואל ור"י ויתר אמוראים דסבירא להו דעקרוהו רבנן שבועה מלוה ושדי' אמליה מחשש דשמא ישבע הלוה וכו' ופי' דשניהם

נשבעים מה דדחוק במשנה דישאל כי נשבע תחיל' במה דלא נזכר מקדם שבועת המלו' שאינו ברשותו כלל ואין זכר לו וסבירא לי' לרש"י דס"ל לר"א לדוחק דיקחו חכמים שבועה מלוה להטילו למלו' מחשש ח"ה שמא ישבע וכו' מה שגבי מלו' יש יותר חשש שבועות שוא דישבע כמה הי' שו' מה דלא קים לי' ובקל טועה בשויו ודי כשהשבוע' גבי מלוה מי הוא השליט ליטול ממנו השבוע' והוא צועק קי' לי' אבל מהכ"ת לעוקרו מהלו' במקום חשש הלז' ולכך סבירא לי' לר"א דלא עקרוהו רק שניהם נשבעין ובזה יובן שיעור דברי רש"י דפסק דייהודא מחויב לישבע כמה הי' שוה וכוונתו ואם אין יודע חייב לשלם דה"ל מחויב שבוע' דודאי פרוט' הי' שו' יותר ואין ידוע כמה מחויב לישבע ומתוך שאיל"מ. וע"ז כתב רש"י אע"ג דקי"ל כר"א וכו' משום דלא קים לי' פי' הואיל ולא קים לי' לא סבירא לי' לר"א דעקרוהו חכמים שבוע' מלו' למלו' ואם כן דכך הסדר דלא קים לי' ואין המלו' מדקדק לדעת שוי המשכון אם כן איך נאמר דה"ל מתוך שאיל"מ הא לא ה"ל למידע ובמקום דלא ה"ל למידע לא שייך מתוך שאיל"מ. וע"ז כ' רש"י דיהודא דסבר דהוא שלו קי' לי' בגוי' וה"ל למידע ומתוך שאיל"מ ואתי שפיר והדברים ברורים רק קיצר בלשון במה דקאמר מחויב לישבע הכוונ' ואם אמר א"י מחויב לשלם דה"ל מתוך שאיל"מ וע"ז סובב כל הדברים וא"ש. דכל הכוונ' דחייב לישבע ואי א"י משלם. והמעיין במרדכי יראה דלכך נתכוון דוודאי א"י כמה הי' שו' דהא אין ברשותו וע"ז קאמר דישבע שאין ברשותו ומחויב לישבע כמה הי' שו' וזה אין ידוע לו ומחויב לשלם ובהכי ניחא הא דתובע ליהודא ולא ללוי דהא כ' רש"י שם בתשוב' רצה מזה גובה רצה מזה גובה ואם לוי אינו יודע לוי ישלם כמו שתבעו ראובן דלא מהני שבועת יהודא לגבי לוי דיכול לומר את מהימנ' בשבועה ואידך לא מהימן וכמ"ש הש"ך גופי' דלכך לא שייך שומר שמסר לשומר הואיל ויהודא משלם וניחא מה שמשלם אבל מה שנשבע בשווי יתבע ללוי לא בעינ' שבועת יהודא אלא דזהו טובתו של ראובן לתבוע ליהודא דלגבי לוי אלו טען א"י היה פטור דלא ה"ל לידע כיון דבמשכון בא לידו ולא קי' לי' ולכך תובע ליהודא דהוא ה"ל למידע והדבר מוכח כמ"ש. ומה שהשיג הש"ך על הגהת מהר"ם טיקטין יפה השיג וכנים דבריו כמ"ש באורים ע"ש. אבל יצא לן הדין לדעת הפוסקים לקמן סעיף י"ב דאף במשכון אמרי' דהוי לי' למידע אם כן יכול לתבוע ללוי ואם אין לוי יודע אף שיהודא יודע יכול לומר איהו לא מהימן לי וחייב לוי לשלם וזה ברור:

יג **יותר** כו' כ' הסמ"ע ה"מ במלו' על משכון ישראל אבל המלו' לישראל על משכון של כותי ולוקח עליו רבית כיון דהוא כמלו' לכותי עצמו דישראל הוא רק שלוחו של גוי דאלת"ה איך שקיל מני' ריבתא אם כן בשביל ריבית ה"ל ש"ש גמור וחייב לשלם אפילו

מה ששוה ביתרון אם לא כשיש דינא דמלכותא מבלי לפרוע היתרון דאז פטור הישראל וכדינהם דנין לי' ומהר"י לב ז"ל נסתפק בזו והנלענ"ד כתבתי עכ"ל והש"ך כתב דמהר"י לב לא דיבר בנדון זה כלל רק מיירי משכנו של ישראל לחבירו בהיתר עסקא וכדומה והספק הואיל ואין הרווח ברור דאם יהי' הפסד בעסקא לא שקול מידי וגם אין הרווח בא מחמת המשכון רק מחמת הלוא' ולכך נסתפק וכו' עכ"ל. ושותא דמרנן אלו לא ידענא דבמשכון ישראל מגוי בריבית הסכימו שניהם דה"ל ש"ש ומשלם אפילו היתרון וטעמם נסתר' לכאור' דהא אם כן דישראל שומר לגוי הא אין דין שומרי' לגוי דרעהו כתיב בפ' וכן מבואר לקמן סי' ש"א ס"א והוא לשון הרמב"ם ואפשר דאפילו בפשיע' פטור לדעת התו' וסייעתו לעיל סי' ס"ו דכל היכי דליכא דין שומרי' לא מתחייב בפשיע' דלא מיקרי מזיק בידי' ואמת כי יש מקום עיין בר"ן בפ"ק דפסחים פי בדברי רש"י דנכרי שהפקיד חמצו אצל ישראל דאם הוא באחריות ישראל דחייב לבער דלא מיירי דקיבל בפירוש אחריות רק בסתמא ומ"מ ישראל חייב באחריותו כדאמרי' בב"ק הכניס שורו לחצר בעה"ב וכו' דחייב באחריותו והדבר תמוה בשלמא בישראל יש דין שומרים אבל בגוי הא ליכא דין שומרים ופשיטא דצריך קבלה להדיא ולחד תי' בתוס' ב"מ דף כ"ח ד"ה אר"י וכו' משמע דהיכי דאפי' משבוע' פטור דאין בו דין שומרים לא מהני קבל' גרידא כ"א בקנין וכמו כן יש להבין במ"ש הריב"ש בתשוב' סי' ת"א דאסור לישראל לקנות בפסח חמץ לגוי מגוי במעותיו של גוי דגוי השני לא קנה וגם ישראל אין דעתו לקנות אסורא. אם כן ה"ל חמצו של גוי ראשון ואחריותו על ישראל וקש' למה הא אין דין שומרי' לגוי ולכן היה נרא' קצת מדברי תוס' בשבועות דף מ"ד ד"ה שומר וכו' דכתבו כיון דקי"ל כרבה ושמואל אם כן ישראל שהלו' לנכרי על חמצו אסור בהנא' בלא דרי"צ ורבנן אמאי פליגי שהרי חייב באחריות כש"ש מכח שמואל וע"כ צריך לומר דבעינן אחריות דאונסין נמי אבל אחריות דגניב' ואביד' גרידא אין זקוק לבער וכתבו אבל אי אמרי' הלכ' כר' יוסף אין צריך לומר דבעינן אחריות אונסין לענין חמץ דאצטריך דרי"צ לאסור חמצו של נכרי המושכן ביד ישראל משום דפרוט' דר"י לא שייך בנכרי דליכא מצוה ועוד אפי' ש"ש גמור לא מחייב לנכרי דכתיב רעהו ואיכא למעוטי נכרי כמו להקדש וכו' עכ"ל הרי מורה לשון התוס' ואיכא למעוטי וכו' וגם מדכתבו שני סברות דפרוט' דר"י לא שייך דלא פסיק לי' בהחלט דממעטינן מרעהו ובאמת אין ראי' לו מגמ' והרמב"ם למדו מן מכילתא כמ"ש המ"מ ע"ש. ולכך בחמץ חששו להחמיר ואולי יש דין שומרי' בגוי' כיון דלא מצינו לו ראי' מן גמר'. ועכ"פ לא חל טענת רבינו ב"י על הטור בא"ח דהצריך דוקא שקיבל ישראל בפי' אחריות וטען עליו רבינו ב"י מהך דברי ר"ן ולק"מ דהטור סבירא

לי' לקמן ש"א כרמב"ם דהעתיק הפקיד בידו כשהיה גוי ונתגייר לית בי' ד"ש ומכ"ש בגוי גמור ולכך צריך קבלה להדיא וכן דעת הרא"ש כמ"ש ואין בזה ספק ופקפוק אך אם מפסיד מה שהי' חובו בזו יש כאן ספק דהא התוס' כתבו לשמואל דאבד קתא אבד חובו אף בגוי שייך כן ולכך הוצרכו לומר דהא דבעי' טעמא דר"י דב"ח קונה משכון משום דבעי' אחריות דאונסי' ש"מ דסבירא לי' לתוס' אף דאמר' מלו' על משכון הוי ש"ש ואין שמיר' לנכרי' מכל מקום מתחייב דהא נגד שוי אשכון הוי לי' כפי' דמקבלו באחריותו נגד משכון וכל תנאי שבממון קיים ואפילו בנכרי אבל נרא' כי דין זה צל"ע ולאו ד"ה היא דפשיטא לפי תי' התוס' בשבועות דלכך איצטריך הך דרי"צ משום דבעינן אחריות אונסין א"כ לפי דקימ"ל בא"ח סי' תמ"א דאחריות גניבה ואבידה לכ"ע חייב לבער א"כ קו' התו' במקומו וע"כ צ"ל דאף דקימ"ל דשמואל היינו דמקבל על עצמו ד"ש ומכ"ש לפי שאכתוב לקמן סעיף ו' דהך הנאה משוי ליה ש"ש לשמואל דיש בידו משכון ולכך קתני ש"ש והרי הוא בגדר שומרי' ואילו דין אחר בו לא הוי למתני סתם המלוה על המשכון ש"ש. אלא אפילו לדברי תו' פסחים דף ל"א ע"ב ד"ה שקונה וכו' דכתבו דכל שמעתא איירי שלא קיבל ישראל אחריות להדיא וא"כ ל"ק קו' התוס' מ"מ הא קשה לתוס' ל"ל לגמ' לחדש בהא דפליגי בחמצו של נכרי ביד ישראל בפלוגתא דרי"צ וכו' מה דלא מצינו בשום דוכתי ביה מחלוקת נימא דפליגי בשמואל דהא למסקנא דקי"ל כרבה בהא פליגי ר"א ור"ע ור' מאיר דס"ל עובר הוא דס"ל דמלוה על המשכון ש"ש והיינו דס"ל כשמואל (ועיין קדושין דף ח' ע"ב תוס' ד"ה מנין כו' בו מבואר דת"ק דר' יהודה דאמר מלוה על משכון ש"ש הוא ר"מ) וא"כ חייב באחריות ות"ק ס"ל דלא כשמוחל ולא הוי אפי' ש"ח ולכך אינו עובר. ומנ"ל לומר דקיבל בפי' שלא באחריות ובזה לא שייך תי' מהרש"א מ"ש שם בפסחים דא"כ ה"ל למתני בפקדון חדא דבפקדון צריך למתני דקיבל עליו בפי' אחריות ובקנין דהא אין דין שומרי' לגוי ויותר נוח ליה למתני דלא איירי במתנה רק סתמא דמילתא הוי באחריות משום דשמואל. ועוד עיקר פלוגתא במשכון אי איתא לשמואל או לא כמו דאמרו דפליגי בדר"י ובפקדון לא פליגי ולכך סיפא גוי המלוה לישראל אף דגוי חייב משום הך דשמואל מ"מ גופו של חמץ של ישראל ומה בכך דחייב באחריותו דהא מכאן ולהבא גובה ולכך עובר ויש כאן תי' מרווח ביותר. ולכן צ"ל דס"ל לתוס' כדעת הפסקים הובא ברא"ש פ"ק דפסחים חמצו של ישראל ברשות גוי ויש לגוי אחריות עליו אין ישראל עובר וא"כ קשי' ליה סיפא דקתני נכרי שלוה לישראל על חמצו ד"ה עובר למה הא הגוי חייב באחריות מכח שמואל וא"כ מה בכך דגופו של חמץ לישראל ולכך הוצרך הגמ' לומר דמיירי דלא קיבל אחריות כלל וכך היה התנאי

וא"כ צ"ל דפליגי בדרי"צ וא"ש. ואי קשי' מה דוחקי' דמשנה לומר דאיירי במעכשיו לימא דמתני' כר"ע דס"ל כשמואל ובסתם איירי ולכך נכרי שהלוה לישראל ה"ל חמצו של ישראל ברשות ואחריות גוי ומותר משא"כ להיפוך ישראל שהלוה לגוי כיון דחייב באחריות אסור ולא שייך כאן תי' מהרש"א דהל"ל פקדון דלא ביקש לומר דמקבל בפי' רק קתני מילתא דסתמא הוי אחריות וכמש"ל וגם קמ"ל מילתא דשמואל לאפוקי תנא החולק וסתם משנה כר"מ דאית ליה דשמואל הא ל"ק די"ל דס"ל לתוס' כהר"נ דאף דאמרי' חמצו של ישראל ברשות ואחריות גוי אינו חייב מהתורה מ"מ מדרבנן אסור וא"כ א"א לאוקמי ברישא נכרי שהלוה וכו' דמותר מהך טעמא דמ"מ מדרבנן אסור אבל בבריי' שפיר קשה אי ס"ד דמיירי בסתם ואיתא לשמואל איך קתני נכרי שהלוה לישראל ד"ה עובר דהיינו בל יראה (ודלא כנראה ממהרש"א) למה הא מהתורה מותר וא"ש דברי תוספות ומדוקדקים בגמרא:

אך כל זה אם אמרי' כמש"ל דחמצו של ישראל ברשות גוי ואחריות גוי אינו עובר אבל לפי מסקנת הפוסקים הרא"ש והטור והש"ע א"ח סימן ת"מ דעובר א"כ הקו' הנ"ל קמה כנד ואין פותר אלא כמ"ש דאף הך דשמואל שייך בדין שומרים ובגוי ליתא ובהכי ניחא דברי הרא"ש דכתב בישראל שהלוה לנכרי דבעי' דאמר ליה הנכרי מעכשיו והניח משכונו ביד ישראל ואז עובר וכתב דמיירי דלא קבל ישראל אחריות דאי קיבל אפילו בלי הלואה חייב וקשה דא"כ אף בנכרי שהלוה לישראל ל"ל משכנו בידו של גוי ומעכשיו ונתן הרא"ש הטעם דאל"כ הא חייב ישראל באחריותו וקשה לימא ג"כ דמיירי דאין באחריות ישראל ואצ"ל דמשכנו בידו של גוי ובאמירת מעכשיו סגי. אבל לפי הנ"ל א"ש דלא מיירי הרא"ש דא"ל בפי' דאין מקבל אחריות דהא סתמא קתני במשנה רק גבי נכרי שהלוה לישראל וישראל א"ל אם לא אפדנו מעכשיו יהיה קנוי לך הכוונה אם יהיה אז ראוי לפדות אבל אם יקרה ביה אסון לא שייך לגוי (וכן דעת המ"א דהקשה בא"ח סימן תמ"א ס"ק ג' דמה מועיל מעכשיו ומשכון ביד גוי וגוי שהלוה על חמצו של ישראל הא אילו נאנס המשכון היה ישראל חייב לשלם כמבואר בח"מ סימן ע"ב וכו' ולכאורה דבריו תמוהים כיון דא"ל אם לא אפדנו קנוי לך מעכשיו וא"כ ודאי כשיקרהו אסון דלא יפדהו א"כ למפרע שייך לחלוטין לגוי ובשלו נאנס ואין זה ענין כלל לסי' ע"ב בח"מ. ולכן צ"ל ג"כ כמ"ש דכי חל מעכשיו כשלא יקרהו אסון לפדותו אבל אם אין בעין לפדותו לא חל קנין מעכשיו) וא"כ פשיטא דחייב באחריותו ולא שייך אין שומרים לגוי דאם יקרהו אסון הרי הקנין של גוי בטל ולכך צ"ל ברשות גוי ומעכשיו והדבר יותר מסתבר ממ"ש במ"א דודאי אדעתא דהכי נחית לקנין הגוי שישמרנו ישראל

כדרך שומרים ואם לאו אין דעתו לקנות למפרע ומהכ"ת יקנה והמשכון בידו דישראל והוא יפשע בו ויניחנו במקום הפקר כיון דאין בו דין שומרים. ולכן ברור דחייב לשומרו ולכך בעינן תרתי הרהינו ומעכשיו משא"כ בישראל שהלוה לגוי סתמא הוי שאין מקבל אחריות דאין שומרים לגוי ולא אתא הרא"ש לומר אלא למעוטי דלא יאמר בפי' מקבל עלי אחריות אבל סתמא ה"ל שאין בו אחריות וא"ש ולא מיירי הרא"ש דהתנה שאין בו אחריות ולק"מ. ולפ"ז יצא לנו לדינא דאפילו נגד מעותיו לא הוי שומר בשל גוי דאין בו דין שומרי' ולא יהיה אלא ספיקא דדינא הממע"ה אף כי לענ"ד ברור לדינא דאין דין שומרים כלל אפי' בדשמואל כדמוכח מגמ' והרא"ש. ועתה נשוב לדברי מרן הש"ך דכתב בלוה בעסקא והניח משכון יש מקום ספק אי הוי ש"ש הואיל ומרוויח בהלואה וגם בזה לא הבנתי דהא כל ענינו של עסקא הוא פלגא מלוה ופלגא פקדון ועל החצי פקדון נאמן נאנסו כנודע וא"כ אימת יהיה זה המלוה ש"ש על המשכון בשעה שמקבל הלוה מעות עיסקא דמקדם אין כאן התחלת הלואה ולא התחלת שכר רק אז בעת נתינת מעות בעיסקא אז הוחל להיות ש"ש ולעומת זה שלוה מקבל ממנו פלגא פקדון וא"כ ה"ל שמירה בבעלים שמור לי ואשמור לך ואפילו פשיעה בבעלים קימ"ל דפטור ואמת כי חוזרים הדברים למ"ש מקדם דודאי יתרון מהמעות או אפילו כנגד המעות למאן דלא פסק כשמואל רק מכח פרוטה דר"י ובשמירה בבעלים לא שייך זה אבל למאן דפוסק כמו שמואל א"כ נגד חובו י"ל לפי שיטת התוס' דאפילו בגוי מהני אף דאין בו ד"ש משום דה"ל מתחייב בפי' א"כ אף בשמירה בבעלים דמ"ש זה מזה ולכן כמו שהנחתי למעלה הדין בצ"ע אף זהו כמוהו בכל אופן. אמנם אי ראובן הלוה לשמעון בעיסקא ולוי נתן לראובן בשביל שמעון משכון שאינו מאמין לשמעון א"כ ראובן שומר של לוי שקיבל ממנו משכונו ושמירה בבעלים ליכא דהא העיסקא ביד שמעון ולא ביד לוי בזו נראה דהוי ש"ש דהא מרוויח בקבלת המשכון דעי"כ מלוה לשמעון ומקבל שכר עסקא ומה שנסתפק הש"ך דהא אין ברור שירוויח לא הבנתי הא מ"מ הך ספק רווח הוא שוה פרוטה בהחלט דאדם יתן לו פרוטה אם יאמר כשיזדמן לו רווח שיהיה שלו א"כ דהך דספק רווח הוא ש"פ בהחלט הרי כאן ש"ש בודאי בשביל פ"א והגע עצמך פרוטה דר"י וכי ודאי יבואו ענים באותו שעה שעוסק במשכון ועוד אם ישבע שלא באו ענים יפטור מגניבה ואבידה אלא ברור הך ספק כשיבואו עני' שיפטור ש"פ בהחלט ומכ"ש בזה בעסקא דקרוב לשכר ורחוק להפסד ומכ"ש מה שאמר הטעם דאין זה רווח על המשכון כ"א על הלואה דלא הבנתי דהא חדא בחברתה מישך שייכי לולי המשכון לא היה מלוה וראיה לזה מהלוהו פירות דס"ל לר"י דהוי ש"ש ואף דאין רווח על המשכון רק על הלואה

אלא הדבר כמ"ש דחדא בחברתה שייכי ובירושלמי אמרי' למה לר"י מלוה פירות ש"ש דאדם רוצה ליתן כמה שילוה פירות ויתן לו משכון עליו וא"כ ה"ה זה דאדם רוצה ליתן כמה שילוה מעותיו בעסקא ויהיה לו משכון על דמיו והיא היא. ומכ"ש לפי מ"ש התוס' והרא"ש דלכך לא אמרי' דלא הוי ש"ש הואיל ותפיס ליה אזוזי משום דאם לא ילוה א"צ לכל זה אבל זה דצריך לכך להשתכר בו ה"ל כמו אומן דתפיס ליה אזוזי ולא שייך תי' התוס' ורא"ש ולכן תמהני דהש"ך גופי' לעיל ס"ק ט"ז תפס זה הסברא נעיקר דשלא בשעת הלואתו דלא שייך תי' התוס' אמרי' דה"ל ש"ש הואיל ותפס ליה אזוזי ומכ"ש בכה"ג דמרויח בהלואתו ותופס אזוזי דה"ל ודאי ש"ש וזה ברור. ואם ראובן קיבל שקל משמעון להלות ללוי והוא הלוה ללוי במשכון דזה מותר ולא ה"ל רבית הואיל ולא מטי מיד לוה למלוה ה"ל ש"ש לכ"ע דהא מתהני בקבלת המשכון ע"י הלואה והיינו כמו הלוה פירות דג"כ אין הרווח בגוף משכון רק מ"מ הלואה בא מכח משכון וכמ"ש דתפיס אזוזי וזה ברור:

יד **ומספיקא** לא מפקינן ממון וכתב הש"ך לפי מה דהעלה בס' תוקפו כהן דמצי לומר קים לי כהך רבוותא בהא ולא קים ליה בהא א"כ אם תפס המלוה אפילו רק כנגד מעותי י"ל קים ליה הלכתא כרבה ולית הלכתא כשמואל דהיינו דהוי כאילו כו'. ודבריו תמוהים דאמת אתו דיכול לומר קים ליה בזה ולא בזה אטו מי שאומר נכון בזה יהיה מוכרח שכל שמעתי' יהיה מכוונים. אבל במה דתלי' זה בזה אי אפשר לומר בחד אסבור ובחד לא כיון שהוא כשלהבת בגחלת וע"ז נאמר כסיל בחושך הולך ואם כן אי נאמר הלכה כרבה וצ"ל הא דקתני במשנה ור"ע דס"ל דהוי ש"ש משום דס"ל כשמואל וקשה א"כ למה אמר כ"ע נ"ל דשמואל ולמה לא אמר כ"ע אית להו דשמואל וכמ"ש תוס' וצ"ל דסתם הוי כמפרש כמ"ש התו' (ואף דכתבנו כמה סברות בחדושינו וכן לעיל מ"מ אין לנו לחדש דין ולומר קים ליה רק מה שבא בתו' ובמחברים) וכל מפורשים וכן מסתבר דהוי כמפרש ועיין מש"ל דתמהני בתוס' דקארי ליה איך קארי ליה דהדבר מוכרח כמ"ש התו' בתי' שלהם וא"כ איך יאמר קי' ליה דלא הוי כמפרש א"כ מוכח דלית הלכתא כשמואל וא"כ הלכה כר"י ולא כרבה ולכן דברי הש"ך צל"ע בזה דודאי אי הלכה כשמואל צ"ל כנגד המשכון הוי כמפרש כדעת רוב מחברים ואי הלכה כרבה אף כשמואל הלכה:

טו **והפקידו** ללוה הב"ח כתב דרבינו בריך בהגהת מרדכי חולק ע"ז והנכון אתו והש"ך כתב זהו הכל למאן דפסק כרבה וכשמואל וכי אמר שמואל כל זמן שמשכון בידו אבל כשמחזירו ללוה תו לא שייך מילתא דשמואל אבל למחבר וסייעתו דפסק כר"י פשיטא דהוא הוי ש"ש ולוה שהופקד אצלו הוי ש"ח ועיין לעיל סי' ס"ז שכתבתי דנראה דמהר"ם

ס"ל כרבינו ברוך דחולק אדין זה ומתו' בשבועות דהקשו מהא דאמרי' שם בחמצו של ישראל ונכרי דפליגי אי ב"ח קונה משכון ולא אמרי' דישראל חייב באחריותו משום דשמואל ותי' בתי' שונים כמש"ל בס"ק י"ג ע"ש ולא פי' בפשוטה דקשי' ליה לגמרא אילו הוא ביד ישראל מ"ט דמ"ד אינו עובר כמ"ש התוס' בעצמו אלא הא מתחלה ס"ד דלא מסרו לישראל כלל רק שעבודו של ישראל עליו כמ"ש רש"י להדיא א"כ אף בתר דמשני בשהרהינו אצלו היינו דמסרו לישראל בתורת משכון אבל הישראל החזירו לגוי ואינו ברשות ישראל כלל וא"כ מחמת מלוה על משכון ש"ש מדשמואל ליכא כדעת ר"ב רק פליגי אי ב"ח קונה משכון וכיון דאית ביה קנין אפילו הוא ברשות הלוה לא פקע קנינו וכמ"ש רבינו ברוך להדיא דלכך שלא בשעת הלואתו אין נעשה מטלטלין אצל בניו הואיל ואית ביה קנין מדרי"צ וע"ש בהגהת מרדכי באריכות ולא ק"מ ועכצ"ל דמכל מקום לא פקע חיובו דש"ש דשמואל אפילו חזר והפקידו אצל לוה. איברא דאיני מבין אמת דהוא ביד הלוה רק פקדון מכל מקום הא קימ"ל המפקיד מעות מותרין דמותר להשתמש בהו מכח האי הנאה הוי ליה ש"ש ועיין מ"ש בסעיף ד' באריכות. ואם כן הא מלוה לא קנהו כלל רק שומר עליו וגופו של לוה וכשמפקידו ללוה פשיטא דלוה יכול להשתמש בו כחפצו דמאן מעכב להשתמש בשלו וכי קרינן ביה שלא שלח ידו במלאכת רעהו הא הוא שלו ואין למלוה עליו קנין רק ש"ש הוא והרי להשתמש בו יותר מותר ושכיח מן מעות מותרים ולמה לא יקרא לפחות שומר שכר ודוחק לומר הואיל ומשתמש בשלו א"כ לא שייך בהך הנאה דמותר לשמש ה"ל שומר שכר דהא בשלו משמש. דזהו הנאה דהיה חוזר להפקיד אצלו כדי שיוכל לשמש בו דאילו היה ביד מלוה לא היה יכול לשמש בו ובהאי הנאה דמסר חפץ בידו שיכול לשמש בו לצורכו ה"ל שומר שכר. וכן מוכח מדברי הרא"ש בקדושין דהקשה למה לי הטעם במשכון שלא בשעת הלואה דה"ל שומר שכר מדרי"צ תיפוק ליה דהוי שומר שכר הואיל ותפס אזוזי וע"ש מה שתי' וקשה הא איצטריך אם נגנב או נאבד בעת החזרה ללוה דזהו לכ"ע ברשות מלוה קאי הואיל וקני' מדרי"צ כמ"ש הגהת מרדכי להדיא בזה דקאי ברשותו דמלוה הואיל ויש בו קנין משא"כ אילו הטעם הואיל ותפיס ליה אזוזי כשהוא ביד הלוה מה תפיס יש לו במשכון ופטור כמ"ש ר"ב בהגהת מרדכי להדיא ופשוט. אלא דס"ל לרא"ש הואיל והחזירו ללוה לשמש בו לצורכו כר בלילה ומחרישה ביום א"כ ה"ל שואל והוא חייב באחריותו א"כ עדיין אנ"מ דלעולם כשמחזירו ללוה אין המלוה חייב בגניבה ואבידה ולכן נראה דמיירי שאין המשכון שוה אלא בכדי חובו ונפחת ע"י תשמישו וא"כ אם מסרו ללוה בתורת פקדון אסור ללוה אף דגוף משכון שלו לשמש בו דמפחית המשכון

משויו והרי מקלקל בטחונו של המפקיד על המשכון ומפחיתו ואסור התשמיש בו. אבל במשכון ששוה יותר מכדי חובו או שאינו נפחת בתשמישו כלל ודאי דמותר לשמש בו הלוה בשלו וא"כ עכ"פ נעשה ש"ש וצ"ע

טז **וגם** הבגדים ההם דאלו החזיקה הבגדים הללו בידה והיה אומרת שלא משכן הבעל ברשותה היתה נאמנת במגו דהחזרתי אבל עכשיו שהבגדים ביד המלוה אמרי' מסתמא ברשותה והסכמתה משכנם הבעל סמ"ע וכ' הש"ך דהיינו בבגדים שהכניסה לבעל אבל בבגדים שעשה לה הבעל דעת רשב"א בתשובה הובא בב"י סי' ע"ג בא"ע דרשות ביד בעל למוכרן ולהשכינם ע"ש. ולפי הטעם אחד שנתן רשב"א בתשובה דיש בו משום תקנת שוק א"כ לא ידעתי מה הבדל יש בין בגדים שעשה לו או הכניסה לו סוף כל סוף תקנת השוק איכא ואי נימא דלא היה לו להלות על בגדים הנכרי' שהם של אשה א"כ אף בבגדים שעשה לה יהיה ג"כ זה דמי יכיר ויבחין בבגדים אם הם מבעל עשוי' או משבח בית אביה וא"כ לעולם צריכה להחזיר המעות שלוה ולכן כל דברי רשב"א בתשובה ההם הם הכל בתורת ספק מי ימר ולא בדרך החלט ולכך כשהם ביד המלוה א"י להוציאם מידו אבל כשאשה תופסת בהם אין להוציא מידה כי לא אמרו הרשב"א בדרך החלט והממע"ה. שוב ראיתי בחדושי רשב"א לב"ק דכתב על האי דאסקינן כר' אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא (דמ"ש הש"ך דלמדו רשב"א מהא דאמרינן כל המקדיש אין דעתו על כסות אשתו ובניו תמהני הלא הך לא קאי רק אמסקנא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא) דפי' רשב"א בחד פי' דלאחר שקנאו במעותיו דעתו קרובה לאשתו ובניו ונתכוון לזכות להם ולקנותם ולפי' זה א"כ א"י למוכרו ולמשכנו דהא כבר זכה להם אבל עוד פי' כתב הרשב"א דלא משום הקנאה אלא משום דאין אדם נותן דעתו על מה שכבר לקח לצורך אשתו להקדישן וכתב וזה נ"ל עיקר ולפי' זה יכול למוכרן וא"כ א"ש מש"כ הרשב"א ואולי כי נבוך בשני פרושים אף שכתב נ"ל עיקר כפי' השני מ"מ הא כתב שני פירושים ואין להוציא מיד מוחזק ובאמת הא בהגהת הרא"ש בב"ק שם מבואר דא"י כלל למוכרן וכן הביא ב"י לקמן בסי' צ"ז בעה"ת בשם רמב"ן כפי' הראשון דהבעל זיכה להם תיכף בקנין וא"כ א"י כלל למוכרן. רק יש מחלוקת בין פוסקים בין בגדי חול לבגדי שבת וי"ט כמבואר לקמן בש"ע בסי' צ"ז סכ"ו ע"ש ואף בכאן המחלוקת דמ"ש:

יז **נעשה** עליו שומר בתשובת מהר"ם פאדווא שממנו מקורו של הדין הזה מבואר כך דמחמת פרוטה דר"י אין שומר כלל כי ליכא מצוה ומ"ש דנתן משכונו לגוי או משכון של ראובן כי הוא פורע חלקו ברווח שיהיה לגוי אלא מחמת שמואל אבד קתא כו' ה"ל

שמעון ש"ש על משכונו והיינו בכדי חובו. והקשה הש"ך מה ארי' דנותן ריבית לגוי אפילו אינו נותן כלום לגוי מ"מ קשה מה ש"ש בפר"י יש כאן דמה נ"מ לראובן שנתן משכונו או משכון של ראובן ותי' הש"ך דאיירי דגוי אין רוצה לקבל משכון של ראובן ולכך הוצרך הוא ליתן משכונו. ודבריו בלתי מובני' א"כ פשיטא דשייך פר"י גבי שמעון דמ"ש דמלוה לראובן מעות על המשכון או דהיה משאיל לו חפצו על המשכון כדי שיגיע לו עליו מעות מן גוי כי הגוי לא חפץ להלוות אם לא שיתן לו משכונו א"כ ה"ז מצוה גמורה דהמציא לעני מעות בהלואה ומ"ש מהלוה מעות ולכן נראה דכתבו מהר"ם הואיל ונתן ריבית וכו' די"ל כיון דגוי אינו מכיר כלל לראובן ולא היה לו עסק כלל עם ראובן רק שמעון לוה מגוי ונתנם לראובן א"כ נימא שמעון הוא הלוה מגוי לעצמו והוא אח"כ הלוה לראובן והרי הוא מלוה של ראובן על משכון כי הא ראובן לא ראה הגוי ואין לו עסק עמו והר"ז כשאר מלוה על משכון ומה נ"מ אם לקח מעות הלואה מכיסו או בהקפה מגוי. ולבטל טענה זו כתב מהר"ם כיון דנתן רווח לגוי וא"כ אלו שמעון יחשב מלוה לגבי ראובן איך אפשר ליקח רבי' מישראל אחיו וע"כ צ"ל דהוא שמעון שליחות דראובן קעביד והגוי הוא המלוה וראובן הלוה ושמעון שליח של ראובן וא"כ ליכא מצוה בחליפי משכנות דאף על משכון של ראובן היה הגוי מלוה. ועוד הקשה הש"ך אף דמתחילה בעת הלואה ליכא פרוטה דר"י מ"מ עכשיו שמשכון של ראובן בידו הא מחויב לשטחו ולנערו ואז פטור מריפתא לעני' ותי' הש"ך כיון דחשב ראובן שיתנה לגוי ולא יהיה בו שטוח וניעור ומ"מ אין מקפיד אף שמעון פטור משיטוח וניעור כמו דאם המפקיד עם הנפקד במדינה דאין הנפקד מחויב לשטח ולנער וכו' עכ"ל ודבריו בלתי מובנים דאין הנושאים שוים דהתם כיון דסיפוק בידו לשטח וללער ולהשגיח בשלו ואין עושה אבידה מדעת היא ואין תו חיוב על הנפקד אבל זה שהיה צריך למעות ובע"כ הוצרך להשכין חפצו ברבי' אצל גוי אם כי לא יהיה משוטח ומנוער מה ה"ל למעבד וא"כ אם יש סיפוק ביד ישראל לשטחו ולנערו לא יהיה זה בכלל מצות השבת אבידה נשתקע הדבר ולא נאמר ולכן נראה דהואיל דמשלם לגוי רבית אף על הגוי אפילו בדיניהם מוטל לשטח ולנער ולשומרו מכל פחת ונזק כיון דמקבל רבית עליו להשגיח בשמירתו. וא"כ תו לא הוי מצוה דאם נתן משכון של ראובן לגוי היה הגוי משטחו ומנערו וא"כ ג"כ א"ש מ"ש מהר"ם כיון דגוי לקח רבית דזולת זה לא היה ענין שטוח וניעור מוטל על הגוי והוי קשה קו' הש"ך: שוב ראיתי באסיפת זקנים שהביא קו' בשם ריטב"א כל מקבל פקדון יהיה ש"ש מפרוטה דר"י מחמת שיטוח וניעור (והיינו כשאין המפקיד במדינה) ותי' שומר שאינו תחילתו מצוה אף בשטות וניעור לא נעשה ש"ש דאנן סהדי דהוי כפי' איני ש"ש

אבל שומר אבידה ומלוה על משכון דתחילתו משום מצוה אמרי' דמתחילה ועד סוף דעתו להיות ש"ש ואף בשטוח וניעור אמרינן פרוטה דר"י ע"ש ולפ"ז כאן דמתחלה לא נעשה מצוה כמ"ש מהר"ם א"כ אף שטוח וניעור אין משוי ליה ש"ש. וצ"ע כי מתשובת הרא"ש הביאו הטור ס"ס זה משמע קצת לא מן השם הזה רק בפקדון יכול ליתנו למפקיד וצ"ע ועיי' מש"ל סק"ו:

יח **כאלו** הלוהו כו' כתב הסמ"ע והש"ך בשם תשו' הר"ן וזהו תמציתו ראובן השאיל לשמעון ספר ושמעון נתן לו ספר למשכון ודאי אם ראובן צריך לספר של שמעון כמו שצריך שמעון לספרו פשיטא דלא הוי שואל כדאמרינן השאילני ואני אשאל לך אלא אפילו לא היה ראובן צריך כלל לספרו של שמעון ולקחו רק למשכון מ"מ לא נעשה שמעון שואל שיתחייב באונסין כי אין כל הנאה שלו דהא ראובן קעביד מצוה בהשאלת ספר וא"כ פטור מריפתא לענים ואף הוא נהנה ואין כל הנאה לשמעון ולא הוי רק כשוכר זהו תמצית דברי ר"ן בתשובה סי' י"ט. וכתב הש"ך א"כ לדידן אי תפס ראובן י"ל דלא קי"ל כר"י וחייב שמעון באונסין דה"ל שואל וזה נכון אלא שיש לתמוה דגם בכל שואל חפץ לחבירו והוא נותן עליו משכון א"כ המשאיל חייב בשיטוח וניעור המשכון פטור מפרוטה דר"י ואין כאן כל הנאה שלו. וא"כ קשה קושי' הר"ן באותו תשובה עצמה למה קתני השאילני ואני אשאל לך הוי רק ש"ש לתני רבותא טפי השאילני ואני אתן לך משכון ל"ה רק כש"ש. וצ"ל דס"ל להר"ן כריטב"א שכתבתי בס"ק הקודם כל שתחילתו אין מצוה אף דאח"כ מצוה בשיטוח וניעור מ"מ לא הוי ש"ש ולכך בשאלה דעלמא אין בתחילתו מצוה. אך אין זה מספיק דבשלמא דלא יתחייב בגניבה כש"ש שפיר כתב הריטב"א דס"ל כהתנה שלא יהיה בשביל פרוטה דר"י ש"ש אבל סוף כל סוף נהנה בפרוטה דר"י וא"כ אין כל הנאה של השואל ודוחק לומר דאף ע"ז אמרינן דהוי כהתנה דמ"מ יתחייב כשואל דזהו דוחק בתכלית דתנאי זה צריך להיות מצד שואל. ולכן היותר נראה דס"ל להר"ן כרשב"א דעיקר פרוטה דר"י הוא בשעת הלואה דאז פטור מליתן ריפתא לעני' וכמש"ל סק"ו באריכות וא"כ בשואל חפץ שאינו ס"ת וספרים אין אז בעת הלואה מצוה כלל ואז לא פטור מריפתא לעני' ותו לא שייך פרוטה דר"י וצ"ע ועכ"פ לדעת רשב"א דבהך פרוטה בשעת הלואה דמפטר מעני' הוי ש"ש כל משך הלואה א"כ לסברת הר"ן המשאיל ספר לחבירו אין השואל חייב באונסין דהא בשעת שאלה אלו אזדמן עני' הוי פטור א"כ אין כל הנאה שלו ואפילו לא לקחו משכון תמורתו רק בשאלה תיכף מטו הנאה למשאיל ולא כן משמע לקמן סי' שמ"ב דמשמע להדיא השואל ספר חייב באונסין אם לא דנתקלקל מחמת מלאכה ומזה ראיה למש"ל סק"ו דהעיקר דלא

כרשב"א ועיקר פרוטה דר"י לא בשעת הלואה רק אח"כ בשעת שטוח וניעור וצ"ע: וברור דעובדא דר"נ היה דתחילה השאילו ספר ואח"כ נתן לו שמעון משכון דאי הדברים כהווייתן כמ"ש הר"ן דזה השאילו וזה נתן לו משכון בפ"א הא ה"ל שאילה בבעלים ואפילו מדין ש"ת פטור וא"צ כל פלפולו של הר"ן ועכצ"ל דלא קיבלו שמירה כאחד.

יט **אפשר** דאפילו בנתינת רשות וכו' דברי' אלו הם אמורים לתשובת רשב"א וכתב דיש לדמותן לדמי אבידה דקימ"ל מותר לשמש בהן וחייב באונסין והש"ך בס"ק ל"א כתב דיש להבין ספקו דהא הוא שואל גמור דכל ששאל חפץ מחבירו אע"פ שלא נשתמש בו ה"ל שואל ומתחייב באונסין ולכן ביקש לומר שאני הכא דאפשר דלא הוי שואל דנעשה בשביל מעותיו שהיה אצל המשאיל אבל במפקיד חפץ ואח"כ נתן לו רשות לשמש בו לכ"ע הוי שואל. דלא דמי למעות מותרין דשם לא נעשה בפי' שואל ודבריו דחוקים דלא יהיה כל הנאה שלו כיון דמיירי דאחר הלואה נתן רשות כמ"ש הש"ך גופי' וגם איך כתב לדמותן לדמי אבידה כיון דיש חילוק אם אמר בפי' שישתמש בו או שבלא"ה מותר. אבל באמת א"צ לזה כי הדברים פשוטים כי גדר השואל הוא דהשואל גילה דעתו דרוצה בזה להשאילו והלה הסכים עמו ומשאיל אז תיכף נעשה שואל כשמשך או נסתלק הימנו המשאיל תיכף קם ליה ברשותו. אבל כשהמלוה לא ביקש ממנו שישאילו רק הוא הלוה בא מעצמו ונתן לו רשות להשתמש בו וא"י אם המלוה קיבל א"ע כך להכניס עצמו בדבר הלזה להיות חייב באונסין ומה בכך שהוא הרשהו אולי אין רצונו בכך ולכך י"ל דלא הוי שואל. וכ"כ בספר אסיפת זקנים לב"מ דף כ"ט בשם הר"ן דלכך במפקיד מעות מותרין דקימ"ל מותר להשתמש בהן ומ"מ קי"ל כר"נ דלא הוי שואל דאמר נאנסו לא התם טעמא שאין אדם נעשה שואל בע"כ ודלמא אין דעתו להיות שואל ע"ש. וזהו דייקא הלשון של רשב"א וש"ע בנתינת רשות בלבד הרצון דהמלוה לא גילה דעתו רק הוא נתן רשות א"כ י"ל דמי למעות מותרין ולא הוי רק ש"ש או יש לדמות לדמי אבידה ודייקא מדמי אבידה דשם ג"כ לא גילה השומר אבידה רשות דניחא לי' בתשמישו ורצונו ומ"מ אמרי' דהוי שואל וא"כ ה"ה הכא וא"ש דלמדו מדמי אבידה דשוה בכל דברים והדברים ברורים. אבל באמת המפקיד חפץ לחבירו ונתן לו רשות להשתמש בו לא זו דקודם שימוש אינו רק ש"ש כמו מעות מותרין דקי"ל כר"ן דלא הוי רק ש"ש אלא אפילו אם כבר נשתמש בו י"ל דמ"מ לא הוי שואל כיון דאתה אומר בשכר הנאת שימוש הוי ש"ש א"כ אף שנשתמש מ"מ הא אין כל הנאה שלו דהא בשכר שימוש היה מתחילה ש"ש על החפץ והוי כנותן למשאיל פרוטה בשביל שהשאיל לו הא לא הוי שואל ואם השאיל לו חפץ בתנאי שישמור לו חפץ אחר הא לא הוי שואל דאין כל הנאה שלו ואף זה כיוצא בו

ובגמרא דקי"ל במעות מותרין לר"נ נאנסו לא דמשמע לאחר שימוש הוי חייב באונסין לק"מ די"ל דשם במעות נעשה מלוה ומלוה להוצאת ניתנה ופשיטא דחייב בכל אונסין וא"צ לטעם דכל הנאה שלו במלוה אבל בחפץ דהדר' בעיני' דצריך כל הנאה שלו וזהו לא שייך בזה וא"כ י"ל דלא הוי שואל כלל ומי יוציא מעות מספק ודו"ק: איברא עדיין קשה מ"מ הא דמי לדמי אבידה לגמרי לדעת הרשב"א דפוסק במלוה על משכון כר"י דש"ש וא"כ מה זה שנסתפק בו הרשב"א ודברי הש"ך הנ"ל המה דחוקים. וי"ל בשני אופנים אחד דודאי מעות תיכף כשיגיע לרשותו של השומר ה"ל מלוה דהא אם תיכף בא בעל אבידה אין מחויב ליתן לו הנך דמים בעין אבל יכול להחליפן כמ"ש התו' שם ב"מ דף כ"ט ד"ה והוי שואל וכו' דלישנא דשואל לאו דווקא רק ה"ל תיכף מלוה עליו ולכך במעות הקדש אעפ"י שלא הוציא מעל מטעם זה ולכך הוי תיכף שואל ולוה משא"כ במשכן חפץ דהדרא במיני' וגוף הכלי ברשות הבעלים ואין לשואל בו אלא הנאת שימוש וכל זמן שלא נשתמש בו אעפ"י שמותר לשמש קי"ל דלא מעל בשל הקדש עיין ב"ק דף ע"ט בתו' ד"ה תקנו ע"ש משום דעדיין עומד ברשות המשאיל א"כ י"ל דלא הוי רק ש"ש ולא שואל וזה ספיקו של הרשב"א אבל העיקר נראה דהרשב"א ס"ל כר' אפרים וסייעתו דלכך דמי אבידה הוי שואל ודמי פקדון ש"ש משום דשם בלא"ה הוי ש"ש משום הנאת פרוטה דר"י ובצירוף הנאת שימוש נעשה שואל אלא דדבריו צריכין ביאור דיפה טענו התו' והרא"ש וכי בשביל ששכרו כפול יהיה שואל וא"כ אם אתה מרבה לש"ש שכרו יעשה שואל. ונראה דודאי הא דהתירו חכמים בדמי אבידה לשמש ולהוציאן בלי רצון ודעת בעל אבידה וצריך טעם דהא הוא לבעל אבידה גריעותא גדולה דפתאום יבא ואין כסף ולהוצאה נתנה אולי ילך לטמיון וכדומה וכל אשראי ספק אתא ואפילו בזוזי דיתמי טרחי חז"ל שלא לעשות כן אם לא מחשש דיכלה קרן של יתומים וצ"ל דאמדו חז"ל דזהו טובתו של בעל אבידה להתיר לו השימוש כשירצה אך לעומת זה יהיה חייב באחריותו של האבידה וניחא ליה לבעל אבידה בכך רק תינח אם כבר נשתמש בו אבל למה התירו קודם שנשתמש ובא בעל אבידה שיוכל להחליפן ונעשה מלוה עליו כמ"ש התו' ואפילו בעל אבידה צועק וצ"ל דזהו ג"כ לטובתו של בעל אבידה כדי שיהיה תיכף אפילו קודם שהוציא מעות חייב באחריות המעות וכ"כ באסיפת זקנים בשם ריטב"א דלכך התירו השימוש כדי שיהיה טובת בעל האבידה שיתחייב באחריותו אך תינח אם אמרינן דעי"כ נעשה שואל אבל אם יהיה ש"ש עדיין לא הועילו לומר דיהיה שלו תיכף דבלא"ה הוי ש"ש משום פרוטה דר"י ומה הועילו בזה כלל וא"ש דברי ר"א גבי פקדון דהוי מקדם ש"ח זהו טובתו של המפקיד שישתמש בו הנפקד ויעשה ש"ש בהאי הנאת שימוש

משא"כ באבידה אלו לא נעשה שואל לא התירו חז"ל דיהיה ברשותו וע"ז היה תנאי ב"ד דהא ש"ש בלא"ה הוא וכי בחנם נוקמי ברשותו ולכך היה תנאי ב"ד שיעשה תיכף שואל וא"ש ולק"מ מקושי' התו' ובשביל כך ע"כ התירו תיכף שיהיה שלו שיתחייב כשואל. וזהו יותר נאות מסברת הראב"ד הן בסברא כי מה בכך דהנאתו מרובה ואם אתה מרבה בשכר כל יום אין שואל והן דא"כ בהך סברא לא מחלק רבה ור"י וכמ"ש אח"כ בישוב דברי רמ"א וא"כ הא דפריך אבדו קתני ומשני כדאמר רבה בליסטין מזוי' וכו' ופירש"י לקמן גבי בני עיר ששלחו וכו' וקשה למה נטר לפרש אבדו בהך משנה הלא בהך משנה דדמי אבידה דקתני אבדו ה"ל לרבה לפרש אבדו בליסטי' דהא אף לרבה נאנסו חייב לכך מיאנו התוס' בפי' זה ולפמ"ש ניחא דלרבה באמת א"צ לומר אבדו בליסטי' וכו' דאליבי' הוי רק ש"ש. עכ"פ ראיה ברורה לדברי הש"ך לקמן סי' ע"ג דאף לר' נחמן דאמר נאנסו מ"מ אותן דמי' א"צ להחזירן אף שעדיין לא הוציאן דהא ר"א פסק כר"נ ומ"מ דייקינן הואיל ונתנו רשות שא"י לחזור ולתבוע המעות ודוק. ובהכי ניחא דיש מקום לישב דברי הרמב"ם פ"ז מהל' מעילה שפסק במפקיד מעות מותרין אצל שולחני והוציאם שניהם לא מעלו לא השולחני דהא הוציא ברשות ולא הגזבר מעל דהא לא אמר לו להוציא. והקשה הכ"מ הא במשנה הובא בפ' המפקיד דף מ"ג מבואר דאם הוציא מעל הגזבר ומהר"י קורקס תי' דקשי' ליה לרמב"ם קו' התו' שם ד"ה מאי ארי' וכו' מהא דאמרינן נתן לספר לא מעל עד דמשיך אף שמותר להשתמש במעות וכו' ולכך דח' ליה להך משנה מהלכה ודבר זה דחוק בעצמותו וכי בשביל קושי' אשר שערי תי' לא ננעלו מצדי צדדים ידחה הרמב"ם המשנה נגד ברייתא מהלכה ולפי הנ"ל נ"ל ישוב נכון דיש להבין דרש"י בדף הנ"ל ד"ה מותרין פי' דלכך מעל דה"ל כנותן רשות וה"ל שלוחו. דמי דוחקו לרש"י לפרש מטעם שליחות דהוא דוחק דהא לא אמר לו להוציאן רק הרשאה בעלמא ולא פירש הטעם כדאמרי' לקמן בב"מ דף צ"ט המשאיל קורדם של הקדש מועל ומשאיל לפי טובת הנאה שאומדים כמה אדם רוצה ליתן בשביל זה שישאל לחבירו ומוכ"ש שיש טובת הנאה במשאילו כסף היוצא בהוצאה. בשלמא לקמן לא קשה דה"ל לרש"י לפרש משום שלוחו דשם אייר בשאילה גרידא אפילו לא בקע בו עדיין השואל מעל הגזבר וצ"ל דתיכף נהנה משא"כ כאן ה"ל לומר משום טובת הנאה ולכן נראה דס"ל לרש"י בשלמא שם דהשואל ביקש ממנו השאילני קורדם א"כ גלי דעתיה דניחא ליה ויש כאן טובת הנאה למשאיל משא"כ כאן מתחילה כשנתנו לו מותרין לא היה אז שום גילוי דעת מהנפקד דרוצה וניחא ליה בתשמישו רק הוא הרשהו לשמש וזהו לטובתו של המפקיד כדי שעי"כ יתחייב הנפקד באחריות וכך אמדו חז"ל דעתו של המפקיד

דניחא ליה בשימוש אפס שעי"כ יתחייב באחריות ולכך התירו באבידה השימוש וא"כ איך יהיה בכלל טובת הנאה מהנפקד למפקיד דכל הענין שהפקידו מותרין לא היה רק לטובתו ולא לטובת הנפקד דמי יימר דניחא ליה אז השימוש כשירצה ולעומת זה יתחייב תיכף באחריות אפילו עדיין לא שימש בו כלל וא"כ לא שייך כאן טובת הנאה דבעת נתינה לא היה טובת הנאה ולכך צריך רש"י לפרש דה"ל שלוחו והנה הרמב"ם לא ס"ל דה"ל שלוחו כמש"ל וכמ"ש הרמב"ם להדיא דהא לא צוהו רק ס"ל הטעם כמש"ל בגמ' דה"ל טובת הנאה רק קשה הא ליכא טובת הנאה כמ"ש דהא נתכוון לטובתו שיתחייב באחריותו וזהו צ"ל אף לר"י קורקס דהרמב"ם דחה המשנה מהלכה ומ"מ טעמא בעי הא יש כאן טובת הנאה וצ"ל כמ"ש דליכא טובת הנאה אך זה תינח בהדיוט אבל בהקדש דלית ביה דין שומרים ש"ח אין נשבע ש"ש אין משלם וא"כ הא דהרשהו לשמש הוא רק לטובת הנפקד וא"כ פשיטא דיש בו טובת הנאה ולכך מעל ואי קשה הא כיון דמעל נפיק לחולין וחזר עליו דין שומרים ז"א בשומרים בעינן תחילת נתינה בחיוב כמ"ש הרמב"ם וטור סי' ש"א מסרו כשהוא גוי ונתגייר מ"מ לית ביה דין שומרים דתחילת נתינה לא חל בו ד"ש ואף בהקדש תחילתו היה הקדש ולכך מעל הגזבר וא"ש. אך זהו לדינא של תורה ושל משנה דתנן בהקדשות ש"ח א"נ וכו' אבל בתר דתקנו חכמים כדאמרי' בב"מ דף נ"ח דתקנו שלא יהיו אדם מזלזלים בהקדשות ולפמ"ש הרמב"ם בהל' שקלים משמע אף על ש"ש היה תקנה שישלם כמו בהדיוט א"כ חזר הדבר שאין בו טובת הנאה כי ע"י כך נתחייב באחריותו וא"כ לק"מ דהך משנה דנתנו לבלן וכו' דמשמע הא לספר לא מעל נשנית אחר תקנה דדין שומרים להקדש כמו להדיוט כהך מתני' דשקלים בני עיר ששלחו וכו' והך משנה אם הוציאן מעל הגזבר נשנית כמו המשנה דזהב ואלו דברים שאין נשבעין וכו' קודם תקנה לד"ת ולכך מעל הגזבר כיון דאין בהקדש ד"ש וכהנ"ל ולכך בתר תקנה ליכא טובת הנאה וגם דין שליח ליכא ולכך לא מעל הגזבר כלל ודברי הרמב"ם ברורים ונכונים. ובהאי יש ליישב נמי דפסק הרמב"ם בהל' מעילה נתנה לספר נכרי מעל אבל לישראל לא מעל דמחוסר משיכה והקשו הא לר"י בישראל מעל דדמי קוני' כדאמר רבא קרא ומתנתא מסייע ליה לר"ל וי"ל דבלא"ה עמדו התוס' הא רבא סבירא ליה להלכה כר"י ואיך מייתי סייעתא לר"ל אבל כבר הקשה באסיפת זקנים מה קושי' לר"י מנתנו לספר עכשיו דתקנו חז"ל דלא יקנו דמי' אם כן עקרוהו לקנין של תורה ולכך לא מעל אך י"ל דקשה ליה לגמ' קו' התו' כיון דלר"י מעות קונים אם כן מותר המוכר לשמש במעות דבזה לא עקרוהו כמ"ש התוס' בזה ימעול הואיל ומותר לשמש והוא חייב באונסין לכ"ע אפילו לר"כ כל כמה דלא קיבל מ"ש לשיטת הרי"ף ורמב"ם

ועיין מש"ל סי' ע"ו אך הא אינו קשי' דהא ליכא טובת הנאה כמ"ש ואי דבהקדש שאני דלמא לאחר תקנה נשני' אמנה ר' יוחנן משני על הך קושי' דבני עיר ששלחו שקליהן וכו' ר"ש היא ור"א משני תקנת חכמים שלא יזלזלו וכו' אם כן ר"י לא סבירא ליה הך תקנה וא"כ א"ש דרבא אמר לשיטת ר"י מתניתא סיוע לר"ל דל"ל דמעות קונים דימעול בטובת הנאה של שימוש דהא אינו חייב באחריות ההקדש אבל רבא להלכה סבירא ליה כר"א דאף בהקדש חייב באחריות וליכא טובת הנאה ולכך לא מעל הן הן דברי רמב"ם בספר ישראל לא מעל דמחמת שימוש מעות הא ל"ל טובת הנאה ומחמת קנין הא אפקיעו חז"ל לקנין משא"כ בספר גוי דסבירא ליה דגם מעות קונות ואם כן מעל מתורת קנין ודוק:

ואחרי שבררנו כל זה בדברים ברורים יפה נסתפק הרשב"א וספק עצום הוא לרשב"א אם בנתינת רשות לשמש במשכון הוי ש"ש דמ"ש מותרין בפקדון דיש לו ג"כ רשות לשמש ומ"מ קימ"ל נאנסו לא חייב ולמה בזו אף באונס יתחייב ואי דכאן בלא"ה זולת השימוש הוי ש"ש כיון דקימ"ל כר"י מלוה על המשכון הוי ש"ש בזו קו' התוס' נצבה וגם קמה פה דכי בשביל דמוסיף שכרו יהיה שואל ובזו לא שייך התי' מ"ש דא"כ למה נתנו לו רשות להשתמש בכדי דזהו אם הב"ד נותני' לו רשות אבל בזו דלא הב"ד רק בעל בעצמו נותן לו רשות להדיא ולא באומד הדעת כלל. וכי אנו אחראין לדעת טעמו ומה נ"מ לנו אם היה צורך בנתינת רשות או לא סוף כל סוף קושי' התוס' במקומו. וכי בשביל שהרבה להפריז שכרו יעשה שואל ואם הוא בעצמו מרבה שכרו ויפריז לבעל המשכון לשומר שכרו ליתן שכר שמירתו וכי בשביל זה יהיה שואל ואף זהו כמוהו וספק עצום הוא זה עד שכמעט הוה הדעת נוטה מבלי לחייבו באונסין מספק. אך בלא"ה הקשה הש"ך להרב דס"ל לעיל דהוי ש"ח אם כן לא נעשה רק ש"ש בנתינת רשות כמו מותרין דפקדון. וכבר קדמו הסמ"ע להקשות לקמן סי' רס"ז סכ"ה למה סתם רמ"א דדמי אבידה שמותר בהן השימוש דהוי שואל הא איהו סבירא ליה די"א כרבה דשומר אבידה ש"ח ודמי לפקדון לגמרי ע"ש דדחק. ונראה דרמ"א סבירא ליה עיקר דהתו' סבירא ליה כסברת הרי"ף ורמב"ם לא דאסקינן חד דרגא רק כראב"ד כמ"ש הרא"ש בשמו וכ"כ פוסקים אחרי' דפקדון הוא דסבירא ליה לר"נ דאין הנאת היתר תשמישו כ"כ אלים לשוי' שואל דמירתת פתאום יבא המפקיד לתבוע פקדונו משא"כ באבידה הואיל ולא בא עד עכשיו נגמר בדעתו שלא יבוא עד ימים מרובים ולכך אלים היתר הנאת תשמישו שנעשה תיכף שואל וא"כ סברא זו אין הבדל בין לרבה ובין לר"י ולכך סתם שם סי' רס"ז דהוי בדמי אבידה שואל דמקרב' הנאתן כמ"ש הראב"ד ולק"מ. ולפ"ז אף כאן במלוה

על משכון לא זו דחזקה תוך למ"ד יום להלואה לא יפרע ולא מירתת שיבא ויפרע ויתבע משכונו וא"כ הנאת שימוש לל' יום משוי' ליה שואל אף גם בשלמא מעות שיהיה מוציאן בפרקמטי' וכדומה מירתת דאולי יבא המפקיד ויתבעו איך יהיה לאל ידו להחזירן ברגע ולכך מירתת לשלוח בהן יד משא"כ במשכן חפץ ומשתמש בו לצורכו אבל גוף החפץ בעיני' וכל רגע זימנא הוא כשיבא המלוה לשלם יאמר לו הרי שלך לפניך א"כ לא שייך כלל מירתת ודמי לכל אופנים לדמי אבידה ולכך הוי שואל ודברי רמ"א נכונים:

כ **ולא** לנאמן דין ש"ש הרב הש"ך בסעיף קטן ל"ד תמה דהא ה"ל ש"ש לדעת המחבר משום פרוטה דר"י דאף דנימ' דלא הוי ש"ש משום דנפק עלי' קלא דהימני' לא שייך בזה כמ"ש רשב"א באריכות מ"מ פרוטה דר"י איכא וממנעי ולא עבדי לא שייך כאן דהא הם רצים לקבל וכמ"ש הרשב"א להדיא ובאמת לדעת המחבר לקמן בסי' ר"צ דכל אפטרופס הן מינהו אבי יתומים והן מינהו ב"ד הוי ש"ח וצ"ל דלא הוי ש"ש משום פרוטה דר"י דלא מקרי עוסק במצוה דהא יש ליתומים לשלם לא' שיעסוק בדבריהם ועסקיהם בכל אופן ועיין מש"ל בסי' ר"צ ואם כן לק"מ אלא שהש"ך לשיטתו דשם בסי' ר"צ השיג על מחבר ודעתו דגם אפטרופס הוי ש"ש מכח פרוטה דר"י ואם כן ה"ה הכא בנאמן דדמי לאפטרופוס וכמ"ש הש"ך באריכות ולכך קשה כנ"ל. ולפמ"ש לק"מ דהא הנאמן דמשכן לבעלי בתים בשביל מסים אין מלוה להם ברצונם אדרבא אם יש להם צריכין לשלם רק כשאין להם לוקח משכנו' ואם כן בעת הלקיחת המשכון אין כאן מצוה דהא אין מלוה מרצונו כלל וחז"ל אמרו ונוגשיך בצדקה אפי' גבאי צדקה ומכ"ש הממשכנים בשביל מס וליכא כאן בשעת לקיחת המשכון כלל מצוה עד דיפטור באותו רגע מריפתא לעני' רק אחר כך דמחויב לנער ולשטח המשכון בזו הוי פרוטה דר"י וא"כ לא מבעיא לדעת רשב"א לעיל דסבירא ליה דעיקר תלוי בפרוטה דר"י בשעת הלואה וזו לא שייך כאן אלא לפי הסוברים כמש"ל בסק"ו דפרוטה דר"י הוי משום שטוח וניעור הא בררתי לעיל בס"ק י"ז בשם ריטב"א דכי הוי שטוח וניעור ש"ש אם תחילתו בעת הלוא' מצו' אבל בלא"ה לא וא"כ זהו דאין תחילתו מצוה כמ"ש דלא הוא המלוה כלל אף שטוח וניעור לא יחשוב לעוסק מצוה למחשביה לש"ש משום פרוטה דר"י ולא הוי ש"ש כלל ולק"מ והרשב"א דכת' בתשובה משום פרוטה דר"י לא קאי על הנאמן כלל כ"א על אפטרופס דאיירי ביה ולכך כתב אלא דקשי' מהך דגיטין ולא תי' מענין נאמן הנ"ל כלל ואילו כוונתו להקשות על נאמן דה"ל ש"ש מפרוטה דר"י איך הניחו בקושי' ויהיה כוונת הרשב"א איך שיהיה הדין אמת כמ"ש דלא שייך בנאמן פרוטה דר"י וכמ"ש בשם ריטב"א ודוק:

כא **אא"כ** יש מנהג וכו' הש"ך תמה דמה שאינו מנהג ותיקין אין הולכין אחר המנהג לבטל הלכה ולכן פי' דלא קאי על הנאמן כ"א על הקהל כי אם יש מנהג דקהל פורעים המס מכיסם והן גובי' אח"כ מכל יחיד דנמצא דיחידים הם הלוים מקהל וקהל ש"ש. ולא ידעתי מה פרוטה דר"י יש כאן דהא לא מצוה עבדי בהלואה דהא הם רוצים לגבות המס רק הואיל אין פורע לוקחים משכנות ומה מצוה יש כמ"ש ובפרט אצלם אפילו שיטוח ונעור ליכא דהא אין בידם רק ביד נאמן וא"כ וודאי דלא הוי ש"ש מחמת שיטוח וניעור ולכך לפי מש"ל בשם ריטב"א ליכא כאן פרוטה דר"י כלל ואולי הוי ש"ש מכח דתפי' ליה אזוזי כמ"ש אח"כ דבזה לא שייך תי' התוס' דאילו לא הלוה לא הוי צריך לתפוס אזוזי דהא בע"כ הוצרכו לפרוע המס של כל הקהלה מכיסם וכך מנהג. ויותר נראה דקאי אנאמן דבמקום דמנהג דנאמן הוי ש"ש ול"ק איך יהיה המנהג מבטל הלכה דכיון דמנהג כך והוא הנאמן קיבל ע"ע להיות נאמן מאן דנחית אדעתא דמנהגא נחית וה"ל כהתנה שיהיה ש"ש לכל משכנות ומתנה ש"ח להיות כש"ש וא"כ שורת הדין לחייבו:

כב **אף** בנו וכו' הנ"י כתבו בשם ריטב"א ונתן טעם משום דתפיס על זוזי כמו אומן בכלים שעושה ומהרש"ל דחהו כמ"ש התו' דזהו לא שייך בהלואה דאילו לא נתן לו משכון לא הלוהו כלל ומה משתכר בו והש"ך כתב דלק"מ דה"מ גבי המלוה גופי' דלא מרוויח מידי כמ"ש התוס' אבל בנו דכבר הלוה אביו א"כ אצלו הוי רווח דתפיס ליה אזוזי ודבריו בלתי מובנים כלל דמ"ש אם הוא מחזיק המשכון אצלו שנות היובל נימא בשנים שאח"כ הואיל והלואה כבר עברה נהנה במה שתופס המשכון לזוזי אלא דז"א דאילו לא נתן לו תחלה משכון לא הלוהו כלל ועכשיו הרי משכון מתחלה ועד עתה בידו ואף בבנו של המלוה כן דאילו לא נתן משכון לא היה אביו מלוה וברא כרעא דאבוה ומ"ש דהוא אצל המלוה זמן רב או שמת ובנו במקום אביו קאי סוף כל סוף מתחלת הלואה כשהגיע המשכון לידו לא היה רווח כלל. ובאמת בגוף הדין דתפס אחר הלואה דנימא דהוי ש"ש הואיל ותפיס ליה אזוזי נראה דבמחלוקת שנויה דהרא"ש כתב להדיא בפ"ק דקדושין דל"ל משכנו שלא בשעת הלואתו ה"ל ש"ש משום דתפיס ליה אחובו כמו באומן דא"כ ל"ל כלל הך מילתא דר' יצחק אלא ודאי דוקא גבי אומן שייך ה"ט דיש לו שכר אחר שמשתכר ובשביל שבתפיסת הכלי הוא בטוח בשכרו הוי ש"ש אבל בהלואה אם לא ילוה לא יצטרך למשכון עכ"ל ולכאורה הדברים תמוהים דהא משכנו לאחר הלואתו וכבר הלוהו בלי משכון ועכשיו דמשכנו הרי יש לו הנאה דתפיס אזוזי וכ"כ הרא"ש גופי' בהאי פסקא דלכך הוי ש"ש דיש לו הנאה דיכול לקדש בו אשה וכתב הרא"ש אע"ג דגם בהמעות היה יכול לקדש מ"מ בשעה שנוטל המשכון תו אין המעות

בידו וא"כ ה"ה לעיל והש"ך לעיל ס"ק ט"ז דחה לדברי רא"ש בשני ידים ולא פי' בו דבר. ולכן נר' דהרא"ש נמשך אחרי דברי תו' ב"מ דף פ"א ד"ה הא גמרתיו וכו' דמדמי גמר' גמרתיו לכלה ימי שאילה והקשו בתו' שאני הכא דתפיס ליה לאגרא ותי' דלא מהני תפיס ליה אאגרא אלא בעוד שמשתכר באומנתו כי תרתי בעינן שמשתכר ותפי' ליה אאגרא עכ"ל וצ"ל א"כ באומר להדיא הבא מעות וטול את שלך דהוי ש"ש מטעם הואיל ומפרש להדיא שלא יטול עד שיתן מעות וכמ"ש התוס' בד"ה לא וכו' למה הא תו ליכא תרתי דשאני התם דבאמירה זו מורה דעדיין לא כלתה השמירה ראשונה דקבל ע"ע בלקיחת הכלי ואז הוי ש"ש ושכר פרוטה זו מועיל לכל ימי השמירה דהוי ש"ש ולכך באומר גמרתיו כלתה שמירה ובעי' דיהיה לו עכשיו שום שכר וליכא אבל במפרש הבא מעות וכו' עדיין שמירה ראשון קאי והרי יש לו שכר מתחלה וכי צריך שכר כל עידן ועידן. ולפ"ז צ"ל הא דפריך התו' בד"ה דקא וכו' דהל"ל מלוה על משכון הוי ש"ש מטעם דתפיס אזוזי אף דבהלואה ליכא תרתי רק דתפיס אמעות שלו או דקושי' התוס' להך תי' בגמרא דאמרי' אף גמרתיו הוי ש"ש ולזה התי' צ"ל דלא תרתי בעינן או י"ל חדא תי' בחברתא מישך שייכי למה אמרי' בגמרתיו אף דתפיס לי' לא הוי ש"ש משום דכיון דנגמר שכירתו ה"ל מלוה ואף דתפיס ליה אמה שחייב ליה מקדם מ"מ אילו הוי תיכף משלם ליה לא הוי צריך לתפוס אותו א"כ תו ליכא ש"ש דמה שכירות לו אילו שילם תיכף לא היה צריך לתופסו ולכך תרתי בעי' דאז ל"ל אי דהוי פרע ליה וכו' דהא יש לו רווח בשכרו ושכירות א"מ אלא לבסוף אבל אח"כ לא מהני ותרתי בעי' וא"כ הן לתי' זה והן לתי' הראשון לפי דקימ"ל דגמרתיו הוי ש"ח כמ"ש הטור סי' ש"ו ע"ש א"כ תרתי בעינן אבל במשכון שלא בשעת הלואה דליכא תרתי דהא מתחלה ועד סוף לא היה ליה רווח לא הוי ש"ש וזו שדייק הרא"ש בלישנא שיש לו שכר אחר שמשתכר וכו' דהמדייק בלישנא דרא"ש יראה כמ"ש בלי פקפוק. ומה שהביא הש"ך ראיה בס"ק ט"ז מהא דר"פ שור שנגח ד' וה' דהא דאמרי' אי תפיס השור לר"י דס"ל ב"ח נינהו ה"ל הניזק דתפיס ש"ש כבר נשמר הרא"ש בפסקיו וכתב הואיל והוא תופסו להפרע ממנו וס"ל אפותוקי עליו כמ"ש הרמב"ן במלחמות והעומד להתפרע מגופי' פשיטא דקני' ליה דה"ל ש"ש דאי ליכא שור תו לא גבי' מאינך. וכן צ"ל בתו' דכתבו שם ב"מ ד"ה דקא וכו' דלכך לא הוי שוכר ש"ש משום דתפיס אשכרו משום דכל השוכרים תפוסים בדבר ששכרו דלא סגי בלא"ה ויש להמתיק דבריהם דמה בכך מ"מ הוא נהנה דתפוס על שכרו ואי דכולם תופסים מה איכפת ליה וצ"ל דס"ל דכי הוי הנאת תפיסה אי בעל החפץ עביד ליה מילתא יתירתא ובהאי הנאה דקעביד ליה מילתא יתירתא דהיה מוסר החפץ לידו מה

שלא היה מוכרח לעשות בהאי הנאה מתחייב עצמו בחיוב ש"ש אבל אי לא עביד בעל החפץ מילתא יתירתא אף דתפיס בו מ"מ לא אלים הך הנאה כ"כ שיהיה ש"ש בשביל כך וא"כ קשה בתפוס מב"ח לאחר הלואה בע"כ של הב"ח מה ש"ש יש דתפוס ליה אחובו הא בשביל כך לא הוי ש"ש והוי כמו שוכר דמ"ש אם כולם תופסים או לא סוף כל סוף התפיסה ממילא בידו בלי רצון בעל החפץ וא"כ קשה למה אסקינן בב"ק דאי תפוס לשור דה"ל ש"ש וצ"ל כמ"ש דשם דתפס ליה להשתלם ממנו ונפרע מגופו כמ"ש לכ"ע הוי ש"ש ואפשר דגם הרא"ש ס"ל הך סברא והא דהקשה דמשכון שלא בשעת הלואתו נימא בשביל דתפיס היינו אם משכן מדעתו דלוה דלוה נתן לו המשכון מדעתו דמ"מ יש בו מצות חזרה וב"ח קונה משכון כדלקמן בסי' צ"ז וצ"ע בדעת הרא"ש אבל לתו' ברור לחלק כנ"ל וכן הביא הריטב"א לקדושין דף מ"ח בשם הרמב"ן דכתב לחלק בין מקדש במשכון ומקדש אומן בכלי דתפיס אשכרו דהיכא דאתו לידו בתורת משכון קניה ולא אומן תדע דהא בין לר' יהודה ובין לר"מ מלוה על המשכון ש"ש ואילו באומן אמרי' לר"מ הוי ש"ש ולא לר"י ש"מ דאין דין אומן כדין מלוה על המשכון וכו' ויש להבין חדא הא דכ"ע ס"ל ש"ש הוא משום פרוטה דר"י וזהו לא שייך באומן וצ"ל דרמב"ן לשיטתו דס"ל הא דאמרי' ותסברא אימור דאמר ר"צ וכו' הוא רק דחי' אבל קושטא דמילתא בדרי"צ פליגי א"כ הוי ש"ש מטעם קונה משכון וא"כ אילו אף אומן קונה לקדש בו אשה ה"ל ש"ש ושנית יש להבין הא ר"י ס"ל להדיא הלוהו מעות ש"ח רק הלוהו פירות וצ"ל דכמו בהלוהו פירות ס"ל לר"י דהוי ש"ש דתפיס ליה אהקפת פירות אף כאן אומן תפיס ליה אהקפת שכרו ולכך משני אף לר"י דוקא בנתן לו משכון דאיכא בי' קנין ג"כ משא"כ אומן דלא נתן לו בתורת משכון ש"מ דתפיס לי' לחוד לא משוי' ש"ש. אך אף דדעת התו' והרא"ש כן יש פוסקים הרבה דס"ל דהוי ש"ש כמ"ש הרז"ה וכן משמע בא"ז בשם כמה רבוותא וזו דעת הראב"ד בפ' המפקיד בשמעתא דבקרא דהביא הרא"ש בשמו דלכך הוו יתומים ש"ש דכל זמן שלא ידעו אין המקח קיים שמא בעל מום הוא ועומד השור לחזור לבעליו ויחזיר להן הדמים וצריכים הם לשמרו נמצא היתומים ש"ש על השור בשביל מעותיהן שהן באחריותו וכו' עכ"ל וצריך להבין מה ש"ש יש אף דהוי כהלוה על משכון ומה שכר מגיע להן ואי פרוטה דר"י חדא יתמי לאו בני צדקה ובלא"ה ל"ש פרוטה דר"י ועוד הם ס"ל דשור שלהם הוא וא"כ בשלהן שומרים ואיך יפטרו מריפתא לעני' אם השור לית בי' מום הא שלהם שומרי' ומספיקא לא יפטרו מהצדקה אלא ברור דס"ל דהואיל דתופסו אזוזי וכמ"ש להדיא דהם ש"ש על השור בשביל המעות שלהם שהם באחריותו של המוכר ושור אצלם למשכון וזו ברור וזו הוי כמשכנם שלא בשעת

הלואתו דכאן לא שייך תי' התו' דאילו לא הלוה לא היה צריך למשכון דזה קנהו בחזקת בלתי מום בו והיה צריך למקחו ואם איתרע מום הרי תופסו בחובו והוי ליה שומר שכר וא"ש. ובזה מיושב קו' הדרישה על הטור לקמן סימן רל"ב דהקשה על הטור דהשיג על הרמב"ם דפסק סרסור שמכר שור לבעה"ב שהוא בעצמו בקרא ולא הודיעו לסרסור שיש מום בו שאין לו וכו' דבעה"ב חייב והשיג הטור למה יתחייב וכתב דרישה דנעלם ממנו דעת הראב"ד כמ"ש הרא"ש דהוו יתומים ש"ש וה"ה בעה"ב הנ"ל ושם לא שייך אנא לבקרא מסרתיו דהוא גופי' בקרא ולפמ"ש ניחא דכל טעמו של הראב"ד דהואיל דתפיס אזוזי ה"ל ש"ש והא הרא"ש לא ס"ל כן רק תרתי בעינן משתכר ותפיס אזוזי וא"כ הך דינא ליתא ויפה עשה הטור דלא ס"ל הך דראב"ד (ובחדושי הארכתי ועיין מש"ל סימן רל"ב באריכות) וא"כ דהך דינא בעצם במחלוקת שנויה והארכתי בו לברר שרשו ויצאתי קצת מענין זה מ"מ עכ"פ בבנו דבא בכח אביו לכ"ע לא שייך תפיס אזוזי כמ"ש מהרש"ל וכמ"ש לדעתו והבו דלא לוסיף. אמנם בבירור דברי הנ"י נראה דבאס"ז הבי' קו' הנ"ל בשם ריטב"א דל"ל טעם במלוה על משכון דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י ולא אמרי' מגו דתפיס אזוזי ותי' חדא כמ"ש התו' אילו לא הלוה לא היה צריך למשכון ועוד תי' דבאמת בכדי חובו אמרי' טעם הלזה רק כל כוונת הגמ' מפרוטה דר"י לחייבו אפילו במה ששוה יותר על חובו ע"ש ויש להבין בהך תי' דאמרי' בדשמואל פליגי מה דוחקי' דשמואל לימא בשביל דתפיס לי' אזוזי דהא אף דאמרי' בדשמואל מ"מ אינו חייב ביותר מכדי חובו. ולכן צ"ל דס"ל לריטב"א כמ"ש ר"ב בהגהת מרדכי במלוה שהפקיד משכון ביד הלוה דכתב דכ"ז דמשכונו ביד המלוה הוי ש"ש בהאי הנאה דלא צריך למיפק ולמיעל אזוזי וצריך פי' לדבריו הא טעם זה לא נזכר בגמרא אלא דס"ל דהיינו דשמואל לכך אבד קתא דמגלא כו' וסתם ה"ל כפי' דבשביל זה דתפיס אזוזי מכניס עצמו לחיוב זה והיינו דשמואל וכ"נ דעת רבינו ב"י בס"ס זה דכתב למאן דלא ס"ל פרוטה דר"י הוי ש"ש מטעם דתופסו בחוב וע"כ נתכוון למילתא דשמואל וכ"כ הש"ך קצת בס"ק כ"ה ע"ש. וא"כ לק"מ בשמואל דהיא היא הטעם דתפיס ליה אזוזי וא"ש וזה ברור. ומעתה צדקו דברי הנ"י מ"ש בשם ריטב"א דמ"ש דבבנו נעשה ש"ש משום דתפיס אזוזי כיון אמילתא דשמואל וזה שייך אף בבנו כמ"ש מהרש"ל והש"ך גופי' והך דתפיס אזוזי ס"ל לריטב"א דהוא טעמו דשמואל והיא היא כמ"ש ולק"מ: ואפשר דעת בה"ג דפסק כשמואל ס"ל ג"כ טעמא דשמואל הואיל ותפיס אזוזי ולכך בשטר דיש בו בלא"ה שעבוד נכסים ולא שייך תפיס לי' אזוזי ס"ל דמודה שמואל וזהו טעמו דפוסק דאם יש שטר עם משכון דלא הוי ש"ש ומודה בי' שמואל ודוק:

אבל לפי הנראה מחדושי ריטב"א לב"מ נראה דפוסק כר"י וא"כ קשה למה לא אמר הטעם דבנו חייב לשטח ולנער וכמ"ש הש"ך וצ"ל דריטב"א לשיטתו דס"ל כמש"ל בס"ק י"ז דאם אין תחילתו מצוה לא מהני שטוח וניעור ולגבי בנו לא היה תחילתו מצוה דלא היה הוא המלוה רק אביו ואינו בנו שותף עם אב במצוה ולכך נתן טעם אחר. ולשיטתו אזיל דס"ל כמ"ש בשמו דאף ר"י מודה דתפיס ליה אזוזי על דמי חוב ע"ש ולפ"ז צ"ע על מחבר דפסק ש"ש משמע אפילו יותר מחובו וז"א וצ"ע וכמ"ש מהרש"ל נראה לדינא דאינו מפסיד רק כדי החוב לכ"ע והארכתי בזה קצת לברר דין זה בתפס בבירור דעת פוסקים וכתב הכה"ג בהגהת ב"י אות ל"ח דיש לספק אם הך דינא של הנ"י אף בבן קטן שייך ולכך יש לפשר מהרשד"ם סי' צ"ח ונראה דהספק היה שם רק לשואל אבל לא למהרשד"ם דהא קטן אינו בגדר שומרי' וא"כ מה חיובא יש הא שמירתו של אביו אינו מחייב רק שמירתו והוא קטן ואינו בגדר שומרים ופשיטא דפטור אם לא שנאמר הואיל וחייב משום שמואל אין ענין לגדר שומרי' כדעת התו' בשבועו' אבל כבר בררתי לעיל ס"ק י"ג דלדינא לא קי"ל כן:

כג **ופטור** אפי' מפשיעה דלשון אחריות משמע אפי' אחריות דפשיעה כ"כ ש"ך וכן הוא במהר"ם במרדכי והא דקתני במשנה בפ' אלו מציאות לפיכך אם אבדו חייב באחריותן ואינו חיי' באחריותן והכוונה או מאונסין או מגניבה ואבידה אבל בפשיעה ודאי חייב וכן הוא בהמפקיד דף מ"ג וצ"ל דהתם מוסב על אבדו וסתם אבדו אין הכוונה בפשיעה רק בגניבה ואבידה או באונסין אע"ג דלרבה צ"ל הא דקתני בשבועות המלוה על משכון ואבד הכוונה בפשיעה כמ"ש התו'. אך יש להבין דמשמע מפשיעה פטור הא אם אבדו בידים חייב הא מהר"ם יליף ליה מהא דתנן הרי עלי קרבן ע"מ שאקריבו בבית חוני דאם הקריבו בבית חוני דפטור וקאמר הגמ' הטעם דה"ל כאמר הרי עלי עולה ע"מ שאיני חייב באחריותו ומזה דייק מהר"ם דסתם באחריותו משמע אפילו בפשיעה והא התם מקטל קטלי' דה"ל שחוטי חוץ כמבואר בגמרא ומ"מ פטור ש"מ לשון אחריות מוסב אפילו על מזיק בידים וצ"ל דשאני התם דהוא נדר ע"מ כן וא"כ ה"ל כאומר אם אהרגו בידים לא יחול הנדר מעיקרא וא"כ תו ליכא נדר ולא חיוב משא"כ כאן י"ל אם אפשע לא יחול מעיקרא קבלת שמירה אבל להיזק בידים דל שמירתו לגמרי וכי יכול להזיק של חבירו וה"ז דומה לאומר קרע את כסותי אם לא א"ל ע"מ לפטור חייב וכי אמר ליה ע"מ לפטור ולכך כשמזיק בידים חייב אבל באמת בלשון אחריות אף מזיק בידי' נכלל. וא"כ יצא לנו מזה הנותן מתנה וא"ל ע"מ שאיני חייב באחריותו אפילו הזיקו בידים פטור דאם הזיקו למפרע מתנתו בטילה ולא עשה לרעהו דבר ובשלו הזיק. אך לפ"ז יש לנו

ספק למ"ד דפשיעה בשטרות וכדומה חייב משום דה"ל כמזיק בידים אם כן עדיין י"ל דחייב דמה בכך דהוא בכלל אחריות כמ"ש הסמ"ע בס"ק נ"ז גם מזיק לגמרי בכלל ומכל מקום ודאי דחייב כמ"ש דה"ל כמו קרע את כסותי וה"ה פשיעה ומה שהביאני לזה דברי הגהת הרא"ש בס"פ השוכר את הפועלים דהביא בשם רבינו ברוך מרעגנשפורג דש"ח לא מפטר מפשיעה אפילו התנה הרי מבואר דס"ל אפילו תנאי להדיא לא מהני ודייק ליה מדקתני ש"ח להיות פטור משבועה ולא קתני מתשלומין והיינו דסבירא ליה כרמב"ם וסייעתו דבפשיעה אפילו שטרות חייב דה"ל מזיק בידים. וכן דייקי שם מדקתני ש"ח אינו נשבע ולא קתני אינו משלם ולהחולקים ס"ל כמ"ש בקרא נקט ואם כן ה"ה בהך דיוקא דרבינו ברוך ולכך דין זה צל"ע דלרמב"ם וסייעתו אפשר דבפשיעה חייב כדעת מהר"ב מרעגנשפורג ומסתימת המחבר אין ראיה דהוא סבירא ליה עיקר כהחולקים על רמב"ם אבל לשיטת הרמב"ם נראה כדעת רבינו ברוך:

כד **ויכלול** בשבועתו שאין יודע מ"ש לזה מסימן ע"ה ומסימן צ"ד להיות כי עיקרו בסימן צ"ד ושם הארכתי בביאור דיני ג"ש על בוריו לכך לא רציתי לכתוב בו דבר ע"ש בסימן צ"ד מ"ש שם באריכות:

כה **ומשלם** כו' הראשונים טענו ע"ז דהא לא הוי דבר שבמדה ומשקל ומנין כדתנן בית מלא מסרתי לך והוא אומר מה שהנחת אתה נוטל ותי' הרמב"ם ודבריו קצת סתומים ופי' הש"ך דבריו והם נכונים וכבר קדמו הריב"ש לפרש והוא ודאי במשכון שנאבד והוא אומר סלע וזה אומר יודע אני שהיה שוה יותר משקל רק א"י כמה ה"ל דבר קצוב דהא א"א מעולם להתברר ואם כן אין אנו מחייבי' אותו מתוך טענתו רק פרוטה א' יותר משקל ולא יותר ואם כן ה"ל כאומר דודאי אינו חייב יותר אבל בבית מלא פירות והלה אומר מה שהנחת אתה נוטל דיתברר אחר כך כמה שיעור הכחשה אם מעט או רב אם כן מתחילה בעת הטענה לא נודע כמה הודה וכמה כפר והוא דבר שיתברר אחר כך לכך הוי דבר שאין במדה וכו' זהו תי' הרמב"ן אבל להרא"ש לא ישרו דברי הרמב"ן והוא כתב כך וז"ל ונר' דל"ק דכיון שאמר יודע אני שהיה שוה יותר אם כן הרי הודה בפרוטה דפחות מפרוטה אינו ממון וכיון שהודה בסתם אין בכלל הודאה זו יותר מפרוטה וה"ל כאלו הזכיר יותר מפרוטה א"י ואלו כפר על השאר יש כאן שתי כסף כפירה ממילא בא"י משאיל"מ ולא דמי לבית מלא וכו' דהתם אין הנתבע משיב שמא אלא כך אמר מה שאמרת בית מלא לא נתתי לבי לדקדק אם היה מלא לגמרי וגם הטענה אין כ"כ ברי דאף דאינו מלא כ"כ רגילי' לקרותו מלא אבל זה א"י בודאי מה שהנחת אתה נוטל הלכך אין כאן הודאה כיון שלא טען ולא השיב דבר שבמדה וכו' שהרי לא טען עליו אלא

חסרון פירותיו והוא אומר שלא חסרו וכו' עכ"ל והבין הש"ך דכוונת הרא"ש בתי' דכאן עכ"פ הודה בפרוטה משא"כ מה שהנחת אתה נוטל דאף בפרוטה אינו מודה דאפילו פחות מש"פ קרוי פירות וע"ז הרבה הש"ך להשיב דמי לא עסקינן בפירות חשובים דודאי הודאה ש"פ וגם במ"ש הרא"ש אין הנתבע טוען שמא כתב גם כן דאין דברים מובנים ואני לא הבנתי דבריו דדברי הרא"ש הם נכונים ופשוטים דהרא"ש הקשה שני קושי' חדא דאין הודאה וכפירה שני כסף ופרוטה וע"ז השיב הואיל ולא הודה רק סתם מסתמא אינו אלא פרוטה והנשאר בכלל כפירה אלו לא טען א"י והיה חייב שבועה ועכשיו דטען א"י משיל"מ אבל אין זה תי' כלל על קו' דדבר שבמשקל ומנין כמו שחשב הש"ך רק ע"ז תי' כך דודאי בעלמא סבירא ליה לר"ה ברי ושמא ברי עדיף רק ר"נ סבירא לי' הממע"ה וה"מ כשאין עסק שבועה אבל כשיש עסק שבועה שהתור' חששה לטענת התובע והטילה שבועה לנתבע אם כן אם לא נשבע חייב לשלם ואם כן במשכון שהלוה טוען עליו אתה חייב לי בבירור והמלוה א"י אנן אמרי' אלו היה המלו' כופר בבירור הא היה מחויב שבוע' דאילו היה כופר בבירור היה כפיר' בדבר מדה ומשקל ומנין אם כן עכשיו אף דאינו בדבר שבמשקל וכו' דהא א"י מכל מקום בזו לכ"ע ברי ושמא ברי עדיף כיון דאפילו היה טוען בבירור ולא היה אומר א"י כלל לא היה מהימן רק בשבוע' אם כן עכשיו דטוען א"י והתובע אמר ברי בזו לכ"ע ברי ושמא ברי עדיף ולכך חייב לשלם משא"כ בהך בית מלא והלה אומר מה שהנחת אתה נוטל אמת דא"י לכפור דבר קצוב מכל מקום לא שייך ביה ברי ושמא דהא הוא טוען ברי לא נחסר לך דבר וכל מה שנתת כך הוא ואיני חייב לך אפי' פ"א כי לא נחסר לך ואם כן הרי כאן ברי וברי ואיך שייך משיל"מ שהוא צועק ככרוכיא איני חייב לך כלום בבירור וזהו מטענת הרא"ש דהא אינו טוען שמא והיינו כמ"ש דטוען ברי דאינו חייב ואם כי אין להשביעו הואיל ולא טען וכפר דבר שבמדה מכל מקום אין לחייבו ממון כיון שטוען ברי שאינו חייב משא"כ במשכון שא"י אם חייב אמרי' אלו הית' טוען וכופר דבר שבמדה מכל מקום הית' צריך לשבועה עכשיו דפיך ענתה כך דאין נודע לך אם חייב אתה אי לא זיל שלים. ועוד במשכון אילו היה טוען ברי היה הסכסוך בב"ד בהודאה וכפירה זה אומר כך שוה וזה אומר כך שוה אבל גבי בית מלא פירות הסכסוך בב"ד אינו בכפירה והודא' רק הכל כפירה שזה טוען נחסר לי כך וזה אומר לא נחסר לך ואין ענין דבריהם בב"ד בא לכלל הודאה וכפירה רק הכל כפירה ואף דנרקבו הנשארים מכל מקום לא ע"ז דנין בב"ד רק מחולקים כמה נרקבו והתובע אומר יותר נרקבו והוא אומר לא ואין כאן הודאה בבית דין כלל כי טענתם אין רק כפירה כי מה שצריך לשלם בעד רקבון ע"ז לא דנין בב"ד כלל

ופי' ראשון ברור יותר ואתי שפיר והמעיין בדברי הרא"ש יראה כמו שכתבתי והן דברים נכונים וכן הדין במשכון אם אמר המשכון שנרקב ו' אמות היה והוא אומר אינו יודע כמה היה אבל הרי שלך לפניך כמו שהיא מתחילה גם כן אינו בכלל משאיל"מ דהוא טוען ברי שאינו חייב לו שלא נחסר ממנו דבר ותמהני מש"ך איך העלים עין מזה ודברי הרא"ש מתוקים כדבש להוגי' בם:

כו **ואם** היה הלוה מאמינו הקשה הסמ"ע והב"ח כיון דהלוה צריך לישבע מה יועיל דמאמינו אנן לא שבקינן דשמא יוציא אח"כ הפקדון ותי' הואיל דגם מלוה נשבע היסת אינו מוציא הפקדון. וצריך פי' לדבריהם למה לא יוציאו אמנם נראה דהא דאמרינן שמא ישבע הלוה ויוציא הלה הפקדון ויהיה ח"ה או יהיה נפסל הלוה כבר תמוה מה פסול יש ומה ת"ה יש מסתמא לאמת ישבע וכי נחשדו ישראל לישבע לשקר והריטב"א הוסיף להקשות א"כ בכופר במנה והתובע אומר יש לי עדים במד"ה אך אין רצוני להמתין יום בואם צא והשבע והפטר והלוה מרוצה אנן נמחה בידו אולי יבאו ויתחלל ש"ש אלא דלא חיישינן לשקר. ולכן צ"ל כי שומת החפץ וכדומה אין דעת בני אדם שוה בו זה חושב בכך וזה בכך וקשה למצוא שיסכימו כולן בשפה אחת לשומא אחת וא"כ זה הלוה דנשבע בשומו בתום לבו נשבע דכך היה דעתו לשום אבל אם יוציאו המלוה אחר שבועה שארי בני אדם לא יסכימו לדעתו ושומתו והרי נתחלל ש"ש דנשבע לשקר ונפסל לישבע ולבבו היה תמים ועיין בריטב"א משמע ג"כ כמ"ש. ובזה יש ליישב קושי' הריטב"א דלוקי במינו מצוי דאם כן שומתו ידוע ואינם נחלקין רק במין המשכון כמו שכתב הש"ך ובזה לא שייך הך טעמא דאין דעת ברי אדם שוה אם כן קושי' הנ"ל במקומו ולא קשה מידי ודוק. ולפי זה במקרה הזה אשר קרה ללוה גם למלוה יקרה כי מה שנא גם דעתו בשומא אינו שוה לכל נפש הוא וישבע לפי דעתו כך היה שוה ורבים בני אדם יאמרו אך לשקר נשבע ולכך ל"ל דיוציא הפקדון לאחר שבועה דגם בו יהיה ח"ה וחשד וק"ל:

כז **ושהיה** שוה יותר וכו' פי' הסמ"ע אפי' דאין העדים יודעים שומתו רק המלוה מודה מ"מ חייב שבועה שלא פשע בנק"ח ול"ל מגו דלא היה שוה יותר דה"ל מגו דהעזה והש"ך השיג דמגו דהעזה אמרינן ולכן פי' הוא דווקא ביש עדים בשויו אבל בדליכא עדים נשבע היסת שלא פשע במגו דלא היה שוה יותר ודבריו תמוהין ביותר דהא זהו שאלת הגמ' שבועת שומרין דכתב רחמנא היכא משכחת ליה הא יש לו מגו דלהד"ם ומוקמי' דאפקיד בשטר ואנן לא ס"ל כן ולא בעינן שטר ובישוב קושי' הגמ' דעת ר"י מיגאש דמגו לאפטורי משבועה ל"א ודעת תוס' ורא"ש דס"ל מגו דהעזה ואף דגבי ממון אמרינן מגו דהעזה בשבועה לא אמרינן וא"כ יהיה איזה תי' שיהיה עכ"פ ליכא כאן מגו

לפוטרו משבועת שומרים וגם מה שטען הש"ך דא"כ יש לו מגו דא"י דהיה שוה יותר ואי דה"ל העזה דאין אדם טוען ברצון א"י בזה יכול לטעון ברצון דאולי אינו יודע ובקי כ"כ במשכון וגם זהו מהתימא א"כ איך אמרינן במשנה דשבועות זה אומר סלע הלויתני ושתי' היה שוה והלה אומר חמשה דינרי' היה שוה ישבע המלוה הא ה"ל מגו דא"י ולדברי הש"ך הא בזה לא שייך תי' תו' דאין אדם טוען ברצון ומזה הבאתי ראיה לדברי הש"ך דכתב במשכון לא אמרינן דלא ה"ל למידע דבקי בו לדעת שויו דאל"כ קשה הא ה"ל מגו דא"י ואי לא ה"ל למידע לא שייך תי' תו' דאין אדם טוען ברצון (ולתשובת רש"י כפי שכתבתי לעיל בס"ק י"ב דס"ל דגם במשכון לא ה"ל למידע ל"ק כנ"ל דרש"י ס"ל דמגו ליפטר משבועה ל"א כמ"ש בדוכתי טובי) וע"כ דה"ל למידק ודוק:

כח **נשבע** הלוה כנגד העד כתב הש"ך היינו שבועת המשנה ואם רצה מחזיר לו משכונו ואח"כ תובעו עפ"י עד ומשביעו ש"ד ונמשך אחרי תשובת הרשב"א ששם היה ענין ששמעון שאל לראובן חפץ ונאבד ושמעון אמר שהיה שוה סלע וע"א מעיד שהיה שוה רק שקל וראובן א"י בזו אומר דמשתבע שמעון שבועה להכחיש ונוטל וזהו שבועת המשנה דהא הוא נוטל לגמרי ולכך כתב ג"כ אם רצה פורעו ומשביעו אח"כ ש"ד אבל כאן דהמשכון הוא ברשות לוה ושלו ולכך ה"ל כאומר איני יודע אם אתה חייב לי וא"כ כשיש ע"א הרי המלוה תבעו ע"פ עד והוא נשבע להכחישו ונפטר דהמשכון אינו בגדר נוטל דבלא"ה הוא שלו וברשותו וא"כ הרי זו שבועה של תורה לגמרי בלי פקפוק:

כט **שכל** מינו שוה וכו' עיין ברמב"ם בפי' המשנה לשבועות מ"ש בזה והקשה בתפארת שמואל א"כ מה פריך הגמרא בב"מ דף ל"ד לר"ה דאמר משביעין שבועה שאינו ברשותו דלמא עינו נתן בו מהא דתנן מי נשבע מי שהפקדון אצלו וכו' ומפרשינן דעקרוהו רבנן שבועה מלוה ושדי' אמלוה דחיישינן שמא ישבע הלוה וכו' הא צריך לישבע שאינו ברשותו ומוקי לי' גמרא תחילה שיש עדים שנשרפה או שנגנבה ע"ש. ולמה לא מוקמינן דאיירי במשכון שמינו מצוי ולא שייך הך שבועה שמא עיניו נתן בו. ובאמת כבר קדמו להקשות כן הריטב"א לב"מ ותי' חדא דלא משמע לי' במשנה דמיירי בהך גוונא. ועוד תי' דאם מינו מצוי הא שומתו ידוע ואיך יחלקו בשומא ע"ש ושני תי' צ"ע כי תי' ראשון כבר כתב הרב מהרש"ק דהא הגמרא משני שנויא יותר דחיקי כגון שיש עדים שנשרפה או נגנבה מה דלא מצינו לו זכר במשנה וסתמא קתני ונאבד. ואולי ס"ל להריטב"א דוודאי זה דוחק דרבה ור"י דמוקו מתני' כגון שיש עדים שנשרפה דהא במשנה סתם קתני ונאבד אלא דבאמת איירי במינו מצוי רק דקשה לגמ' ה"ל לחלק ולומר דכי שדי' שבועה אמלוה כשמינו מצוי אבל אם לא יהיה לוה נשבע ואיך סתם דשדי' אמלוה וע"ז שני הגמרא

דלכך לא קתני בד"א כשמינו מצוי אבל באינו מצוי משתבע הלוה דלא פסיקא ליה דאף דאין מינו מצוי מ"מ משתבע המלוה לפעמים והיינו כגון שיש עדים שנשרפה או נגנבה והי' המשנה צריך להאריך בגוונא טוב' וזהו דוחק ומזה אפשר למד הרמב"ם דינו לחלק במין מצוי כי דחיקא ליה דהנך אמוראי יפרשו המשנה באוקומתא דחיקי אבל לפמ"ש ניחא ודוק. ועוד י"ל דודאי המקשן ס"ל לדוחק לאוקמי המשנה בכה"ג דהא סתמא קתני והתרצן רבה ור"י דתי' נשרפה או נגנבה ולא תי' בכה"ג י"ל דלא מבעיא רבה בלא"ה צריך לומר כן דיש עדים דרבה ס"ל בפ' חזקת דמגו להוציא אמרינן וקשה א"כ במלוה אומר סלע הלויתיך ושקל היה שוה והלוה אומר סלע היה שוה יהיה המלוה נאמן במגו ובשבועה דמגו דבעי אמר נאנסה וחייב הלוה לשלם כל הלואה והוא פטור מן המשכון עכשיו דאמר נאבד בפשיעה רק לא היה שוה אלא שקל ישלם הלוה כי נאמן ועכצ"ל דיש עדים דנשרף בפשיעה. אלא אפילו לר יוסף דאמר דיש עדים שנגנבה בלי אונס ור"י ס"ל דמגו להוציא לא אמרינן מ"מ י"ל דודאי אליבא דשמואל דאמר עקרוהו חכמים שבועת לוה למלוה לא היה צריך לומר כן די"ל דמינו מצוי רק בשבועות דף מ"ג אמרינן דגם ר' יוחנן אמר כן ולר' יוחנן קשה סיפא מלוה אומר סלע הלויתיך ה' דינרים היה שוה ולוה אמר שתיי' חייב מלוה ש"ד למה הא י"ל מגו דנאנסה וחייב הלוה לשלם הכל ואי דהוי מגו דמ"מ לכופר בכל הריטב"א ס"ל כדעת התו' דאמרינן מגו לפטור משבועה רק משום העזה וכאן ליכא העזה דהא אין חבירו מכיר בשקרו. ואי דגם בטוען נאנסו צריך שבועה ז"א דהא ר"י אין מחייב שבועת שומרים אנאנסו גרידא כי אם שלשה פרות עיין ב"ק דף ק"ו ובתו' שם באריכות ומטעם זה אפשר לא מוקמינן דהלוה היה במעמד כשנגנב ונשרף ומ"מ עקרו רבנן שבועה דלא כל כמיני' אולי אומר כן כדי לישבע דבלא"ה צ"ל כן דהיה עדים דזולת זה יש למלוה מגו דאי דהוה העזה הא אף עכשיו בשומת משכון מעיז ודוק ועיין אורים ס"ק נ"ז מ"ש שם אך כל זה דוחק. והנה תי' השני שתי' הריטב"א דאי מינו מצוי איך שייך שנחלקו בשוי' ודבר זה תמוה לכאורה דכבר כתב הש"ך בס"ק ס' דיש כאן שני מיני' גדול וקטן ושניהם מצוי' והם נחלקין בכמות המשכון אם גדול וקטן אבל מ"מ הכל מצוי לקנות. ונראה דכוונתו כך דלכאורה קושי' זו שייך ג"כ במה דמקשה הגמרא שם בב"מ אסיפא דהלוה אומר סלע הלויתני ושתים היה שוה והמלוה אמר דלא היה שוה רק סלע דפטור משבועה ואמאי הא בלא"ה צ"ל שאינו ברשותו ישתבע נמי ע"י גלגול כמה היה שוה ותי' הגמרא במאמינו ופריך הגמרא ולהימן נמי בהא בשוי' ומשני הגמרא לא קים לי' וקשה נמי לוקמי במינו מצוי ואצ"ל במאמינו. אך באמת אין זו קושי' דודאי הא דאמרינן מינו מצוי היינו באותן דמים הנשומי' הי' מצוי

אבל אם מצוי ביוקר אינו בכלל מינו מצוי כי פשיטא אין לך דבר שאינו נמצא אם יפריז על המדה במקח. וא"כ בלוה אומר שהיה מן דבר שמינו גדול והוא שוה ב' סלעים והוא אומר שהיה ממין הקטן ושוה בפחות א"כ פשיטא דחיישינן שמא עין נתן בו דמה בכך שמינו מצוי וכי מצוי שיכול ליקח שוה שני סלעים בסלע ואם חששו לנתינת עין רק בדבר שאין מצוי כ"כ אף שמשלם כל דמי שוי' איך לא ניחוש במקום שיש לו רווח ממון ואינו יכול לקנותו בשום מקום בדמים הללו וא"כ איך נאמר דלא ישבע על השוי' כלל משום דמינו מצוי וזה פשוט. ולפ"ז שפיר י"ל דהתרצן ברישא דלא תי' דאירי במינו מצוי משום דגם לתרצן לא היה נעלם קושי' הגמרא מסיפא דישבע ע"י גלגול שבועה ובזו לא שייך התי' מינו מצוי כמ"ש וצ"ל תי' הגמ' במאמינו וקשה קו' הגמרא ולהימנו נמי בהא וצ"ל תי' הגמרא לא קים לי' והיינו כפי' רש"י לא נתן דעתו עליו לדעת דמיו וס"ל לגמרא ה"מ בדבר שאין מינו מצוי בשוק א"כ צריך הכרע בדמיו אבל בדבר שמינו מצוי בשוק וא"כ השער ומקח ממנו ידוע לכל רק כל המחלוקת באיכות המשכון מאיזה מין אם גדול או קטן או טוב ורע אבל שניהם מקחן ידוע א"כ איך שייך לא קים לי' וקו' הגמרא במ"ע. ועכצ"ל דאירי בדבר שאין מינו מצוי ואף אין מקחו ידוע לכל כי בלתי מצוי ושפיר י"ל לא קים לי' ודוק וא"ש. ואפשר לומר דקשה מה פריך הגמרא מר"ה דלמא במשנה לכך משתבע שאינו ברשותו ד"ל מגו דלהד"ם או החזרתי למ"ד מגו לפטור משבועה אמרינן דהוי מגו דהעזה אבל בזה הא אף בהא בשוי המשכון מעיז להכחיש ללוה וה"ל מגו וצ"ל דלא הוי העזה בשוי המשכון דמימר אמר הלוה לא קים ליה ולפ"ז במינו מצוי דלא שייך כן כמ"ש בלא"ה לק"מ די"ל דה"ל מגו דלהד"ם ודוק. אך זהו לשיטת התו' אבל להרמב"ם מגו לפטור משבועה ל"א. וזהו אפשר בכוונת הריטב"א בתי' השני אמנם לולי תי' הריטב"א נראה ליישב קושי' הנ"ל בדרך פשוט דכבר הקשה הריטב"א בגוף סברת הרמב"ם. דמה בכך דמינו מצוי מ"מ מצוי דאדם נותן עין בדבר להקפיד דווקא אהך חפץ אף דכיוצא בו אלף בנמצא וגם למעט בטרחתו להדר בתר אחריני. וליישב נראה דבאמת מצד המלוה יש לומר כן דמ"מ נותן בו עין רק דמצד הלוה בעל המשכון אין כ"כ קפידא כיון דמינו מצוי בשוק והוא משלם לו כל דמי שוי' ומה נ"מ לו ואם הוא ג"כ גברא דקפדנא ורוצה בשלו לא השגיחו חכמים בו לתקן עליו שבועה כיון דליכא לו פסידא ודבר הראוי להקפיד ולא חששו חכז"ל לדעת שוטי' ולפ"ז כשיש ביניהם סכסוך בשוי המשכן ושורת הדין דהיה הלוה נשבע ונפטר רק מחשש שישבע ויוציא הלה פקדון עקרוהו חז"ל השבועה ממנו וכשישבע המלוה יצטרך הלוה לשלם א"כ וכי אין זו קפידא יותר מדבר שמשלם לו בשוי ואין מינו מצוי בשוק דתקנו שבועה

ללוה מחמת קפידא דלוה הואיל ואינו מצוי מכ"ש שיתקנו בזה כי יש ללוה דבר הראוי להקפיד כי אלו היה נשבע לא היה צורך לעקור השבועה ועכשיו דאין נשבע עקרוהו ופשיטא דמקפיד ביותר. ולגבי מלוה הא וודאי חששא היא כקושי' הריטב"א רק הואיל וליכא נ"מ ללוה וכאן היה נ"מ ללוה טובא ודאי דמקפיד וכעין זו כתבו תו' שם ד"ה תהא במאמינו וכו' ע"ש והוא הדבר כמ"ש ודוק:

ל **בשבועה** וכתב הש"ך בס"ק ס"ז דאפילו התובע טוען שמא וע"ש שהאריך ולדידי מספקא טובא דכל הראיה שהביא הוא מהך עובדא דהנך עזי דאכלו חושלא דנוטל הניזק כדי דמי' בשבועה בנק"ח אף דמזיק לא ידע כמה אכלו. ושם דין הוא שלא יטול רק בשבועה הואיל ולמזיק לא ה"ל לידע כמה אכלו וכללא הוא כל היכא דהאי ידע והאי ידע משתבע הך דידע. אבל כאן במלוה על המשכון דהא ה"ל ללוה לידע כמה היה לוה ולא ידע פשיטא דגרע טענתו ולא ישביעו למלוה על ספק. ובלא"ה הך דינא דגאונים דיהיה צריך לישבע בנק"ח כבר צוחו בי' קמאי והבו דלא לוסיף במקום דלוה טוען שמא וה"ל למידע כמה הלוה מחבירו והלא בעלמא ס"ל לר"ה ברי ושמא ברי עדיף אפילו להוציא רק ר"נ פליג וקיי"ל כוותי' משום דהממע"ה אבל כאן דהמלוה מוחזק במשכון אף ר"נ מודה לר"ה ונוטל בלי שבועה וע"כ אתה ס"ל דקרוי משכון מוחזק והילך דאל"כ ה"ל בלא"ה הלוה הטוען שמא משאיל"מ דהא מודה בהלואה פרוטה ואין שכנגדו צריך לישבע כלל ועכצ"ל משום דה"ל הילך וש"מ דהוי כמוחזק

לא **אבל** תופס מעות וכו' סתמא דמילתא משמע אפילו מעות בפקדון וזה אינו דמקור הדין הוא מבעה"ת שער מ"ט ח"ה דין ו' ע"ש. ושם לא נאמר אלא ביש בידו מלוה דלא ניתן להדר בעיניה ולכך לא הוי רק חושבנא בעלמא אבל כשיש בידו פקדון דניתן להדר בעיני' וברשותו דמפקיד קאי מ"ש מעות מ"ש חפץ סוף כל סוף נוטל הוא ומכ"ש לדעת מחבר דס"ל מגו לפטור משבועה לא אמרינן וא"כ איך צריך לתי' הרא"ש כיון דלאו על גופי' דמשכון קטען דבלא"ה צריך לישבע וא"כ אין כאן הבדל בין חפץ לממון ולכן נראה ברור דמיירי ממעות מותרין דקי"ל ישתמש בהן לדידן דהכל דינו כשולחנו (ועיין מש"ל בסי' ע"ג במחלוקת בין הש"ך והגאון ח"צ) וא"כ הרי הוא ברשותו של הנפקד לגמרי וה"ל כמנה מלוה אבל מעות צרורין דקי"ל לא ישתמש בהן והרי הם ברשותו של המפקיד לכל דבר והרי זה דומה לשארי חפצים ונשבע ונוטל כדין נשבעי' ונוטלים בנק"ח:

לב **ואפילו** היה הדבר וכו' דברים אלו הן גמרא ערוכה בס"פ המקבל בהאי גברא דחביל סכין דה"ל כלי אוכל נפש ומ"מ הימניה רבא בכדי דמיו משום מגו. והנה לכאורה יש מזה ראיה לדינא של הגאונים דמ"מ צריך שבועת המשנה דאל"כ מה מגו יש הא אמרי'

בפ"ק דב"מ דלכ' חשוד אממון אינו חשוד אשבועה משום דספק מלוה ישנה ופרשי אינשי מספק שבועה דליתא בחזרה מדיפרוש מספק ממון דאיתא בחזרה וא"כ אף כאן מה מגו יש דלמא ספק מלוה ישינה עליו ולכך תפס מספק ובשלמא בדאומר דחייב לו עליו ומודה שהוא משכון א"כ מחזירו ואינו עובר על לאו לא יחבול דניתק לעשה כדלקמן סי' צ"ז ואי דתפס ממון הרי ניתן לחזרה משא"כ אם יכפור ויאמר שלי הוא א"כ לא ניתן לחזרה לפי טענה ההיא א"כ אם אחר זמן יהיה נזכר דאינו חייב לו מ"מ הך לאו דלא יחבול כלי אוכל נפש כבר עבר ולא ניתן לחזרה דכבר עבר והרי זה דמי' לשבועה דפרשי אנשי מספק וא"כ אין זה מגו ולכן צ"ל כדעת גאונים דמ"מ חייב לישבע וא"כ איך נימא דלכך לא טען להד"ם דביקש לפרוש מאיסור לא יחבול וכו' דהא עכשיו עבד איסורא יותר דמשתבע לשקרא ופשיטא דלא ניתן לחזרה ואלו טוען להד"ם לא היה משתבע כלל כי בימיהם עדיין לא היה היסת משא"כ להחולקין על הגאונים ולא היה אז שבועה כלל א"כ שפיר קשה מה מגו יש. וצ"ל ה"מ דעבר על לאו דכלי אוכל נפש וכדומה כשבאמת חייב לו ולקחו למשכון אבל כשאינו חייב לו רק לקחו בזרוע אינו רק איסור גזל וזהו ניתן לחזרה אבל איסור דכלי אוכל נפש לא מצינו ביה רק בלוקח למשכון הקפידה תורה ואין לנו לחקור עניני וכללי תורה ולדמותן להדדי אף כי לכאורה הוא כ"ש וא"כ לק"מ ועיין מש"ל בסי' צ"ז בזה:

לג **כיצד** דברים שאינם עשוים וכו' כתב הש"ך ס"ק פ"א בשם רמב"ם דאכילו עדים מעידים שהשאיל כלי זה לאחר אבל אינם יודעים אם השאילו לזה אין זה הכלי בחזקת כלי עשוי להשאיל ולהשכיר וכתב הש"ך דדין זה אמת בלי חולק כלל. ולדידי מספקא טובא אם עדים מעידים שהשאיל כלי זה לאחר פעם פעמיי' כי וודאי חד זימנא לית ראי'. דהרמב"ם אזיל לשיטתו דסבירא ליה דפי' כלי עשוי להשאיל ולהשכיר היינו תחילת עשייתן הם להשאיל ולהשכיר כמ"ש בסעיף י"ט נשאלים לפרקים לא קורי' אותו דברים עשוי' להשאיל אם כן מה בכך דמעידי' דהשאילו לפרקים לאחרי' דלהרמב"ם אין זה בגדר עשוי' להשאיל הואיל ותחילת עשייתו אינו לכך אבל לדעת רוב פוסקי' החולקים על רמב"ם וסבירא ליה דלא תלי' בתחילת עשייתן לכך רק בקפידת האיש אם רגיל להשאיל או גברא קפדנא הוא ואם כן בעדים מעידין שהשאיל כלי זה לאחר הא קמן דלאו גברא קפדנא הוא וא"כ זה שהכלי בידו רגיל אצל בעל החפץ כמ"ש בסעיף י"ט אמרינן מסתמא גם כן לו השאילו דהא חזינן דהשאילו לאחרים וזה ברור ודברי הש"ך צ"ע:

לד **שאין** ראוי' להחזיר ע"פ אותו טענה בתשובת פ"מ הקשה דסותר למ"ש הרא"ש בתשובה הובא במחבר לקמן סי' קל"ג ס"ג דצריך להתרות בעדים שלא יחזיר לו אלא

בעדים כדי שלא יוכל לטעון אח"כ החזרתי לך וכו' ולק"מ דשם אמר בעדים ממושכן הוא בידי וא"כ וכי לא יוכל לטעון אח"כ פרעת לי והחזרתי לך משכונך והלא כך דבריו היה מתחילה שהלוה עליו ועומד לפרעון ולחזרה ולכך צריך להתרות שאל יחזירהו אלא בעדים אף שיפרע לו מעותיו משא"כ כאן דטוען לקוח הוא בידי בהחלט איך יתכן להחזיר לו כיון שלפי דבריו הוא לקוח בידו ופשוט:

לה **ואפילו** אמר בשעה שראוהו וכו' כתב הש"ך בס"ק צ"א דווקא באומר תחילה בשעת שמראה לעדים לקוח ואח"כ בב"ד ממושכן ומכ"ש אם אמר תיכף ממושכן בידי אבל אם אמר לקוח ועומד בטענתו כן מתחילה ועד סוף לא ה"ל ראה דהא בשעת שהראו לעדים אמר לקוח משא"כ באומר ממושכן דאינו זוכה רק בשבועה וב"ד פוסקים לו שבועה. ודבריו בלתי ברורים ולא נראי' לדינא כלל דהא בס"ק שקודם לזה החליט וכמ"ש באורים ס"ק ע"ט בדברים שאין עשוין להשאיל וה"ל עדי ראה ואמר אז לקוחין יכול לומר אח"כ בב"ד ממושכן בידי ונאמן במגו דלקוחין דהיה עומד בטענתו וא"כ אף בזה כיון דאלו עומד בטענתו ואמר לקוחין היה נאמן לדעת הש"ך אם כן אף באינו עומד בטענתו ואמר ממושכן יהיה נאמן במגו דהיה אומר לקוחים ואם כי אין זוכה בו רק בשבועה אף באין עשוי להשאיל מכל מקום בטוען ממושכן אין זוכה רק בשבועה ומ"מ סבירא ליה לש"ך דנאמן במגו דהיה עומד בדבריו ואם כן אף בזה נימא כן. ועוד הא הך דינא דסבירא ליה להרא"ש דאפילו אומר בשעת ראי' לעדים דחייב לו עליו כך דלא מהימן לא אמרה הרא"ש מלבו רק הוא מוכח מגמ' דב"ב דף מ"ו ע"ב אי פקח משוי' ליה ראה דאמר אמאי תפיסת לאו משום דאית לך גבאי ש"מ אף דאמר כן בפני עדים בשעה שמראהו מ"מ אינו נאמן ואם כן אי הטעם דווקא כמ"ש הש"ך משום דבעי שבועה בנק"ח א"כ מכאן יהיה ראי' ברורה לדברי גאונים דס"ל דבמשכון בעי שבועה ומעולם לא שמענו לשום מחבר שמסייע לדברי גאונים מהך גמרא ותהוי תיובתא לדעת רבוות' דחולקים אדברי גאונים וס"ל דא"צ שבועה וכמו כן לדעת הרמב"ן דסבירא ליה לא אמרו הגאונים דהואיל דקונה בשבח כלי א"כ הנך רמאי דפומבדית' הוי אומנים והא בהו ליכא שבועת הגאונים כלל. וע"כ טעמו של הרא"ש דנקט משום שבועה לאו דוקא וכל טענה בפני עדים שלא בפני ב"ד לאו כלום הוא ולכך אין כאן ראיה לדברי גאונים כלל וכן מוכרח ממקומו דל"ל לרמאי דפומבדיתא לכבוש הטלית מבלי להראותו כלל ולומר לסהדי האי אחריני וכדומה לימא לקוחה היא בידי (אך לשיטת התו' שם בד"ה שפיר וכו' יש לדחות מכל מקום ה"ל לתו' להוכיח דינם מזה ע"ש) ויהיה נאמן וזה ראיה גדולה לשיטת רשב"ם וכן הוא בברייתא ראה טליתו ביד אומן ואמר מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי וכו' לא

אמר כלום ומשמע דאיירי כן בשעת ראי' כפשטא דברייתא וכדאמרינן ראה תניא וכו' ולשיטת הש"ך הא נאמן באמרו כן דמ"ש אומן ומ"ש דברים העשוי' להשאיל כנודע בגמ' דחד דינא אית ליה ואיך קאמר סתם דאינו נאמן הא באמרו בשעת ראיה נאמן. וכן נלמד במקומו בהגהת הרא"ש ס"פ המקבל דקאמר אי שויה ראה שראהו פ"א עדים בידו אם לפי אותו טענה אין ראוי להחזירו חשוב ראה. אבל אי לא שויה ראה במיגו דיכול לומר להד"ם או החזרתי נאמן לומר לקוח הוא בידי וכו' וקשה מה ארי' דלא שויה ראה אפי' ראו עדים ואמר לקוח הא לשיטת הש"ך ג"כ נאמן והל"ל אי לא שויה ראה יכול לומר ממושכן הוא בידי במגו ולמה נקט לקוח דבזה אפי' ראו עדים תחילה נאמן א"ו דליתא וע"ש והדברים מבוארים דלא כש"ך וכ"מ בתשובת מיימוני' לספר משפטים סי' ל"ב ומ"ש הש"ך ראיה מן המ"מ דכתב דיש תקנת שוק בכלים העשוי' להשאיל דאם לא כן אין לך אדם שקונה מחבירו כלי העשוי' להשאיל נראה להיפוך דמשם ראיה דלא כש"ך דהא הסכמת רוב פוסקים דטוענין ללוקח כל מה שהיה מוכר יכול לטעון וכמ"ש הש"ך גופיה בס"ק צ"ז והשיג על רשב"א ועמש"ל בזה וקשה אם כן אם יקח כלי ויראו עדים אצלו יאמר פלוני שמכר לי אמר שלקוח בידו וא"כ אלו היה ביד מוכר היה נאמן לשיטת הש"ך אף הוא הבא מכח המוכר נאמן וטענינן ליה כאלו הוא ביד המוכר והמוכר אמר כן אלא ברור דאף שאמר המוכר כן אינו נאמן ואף הלוקח אינו נאמן ויפה כתב המ"מ דלא שבקית חיי. ולא הבנתי כלל מה ראיה דמייתי הש"ך מן המ"מ. והא לא קשיא להמ"מ מה מהני תקנת שוק המוכר יטעון השאלתיו זה אינו דזה יכול להזהר וליקחו בעדים אבל על זה א"א להזהר דיבא אחר ויאמר דהיה שאול ביד המוכר ולכך העלה דעשו גביה תקנת שוק וברור. ועוד הוכחתי לקמן בכללי מגו אות ל"ד מתשובת הרא"ש דלא כש"ך ע"ש בביאור:

לו **אין** ראובן נאמן. בהך בבא ראשונה דיש עדים דהיה של לוי ואיכא עדי ראה לית כאן פקפוק פשיטא דאין ראובן נאמן כלל אבל בבא שני' דשמעון יודע שבא ליד ראובן פקדון דסבירא ליה להרשב"א דממנו הדין הזה דה"ל שמעון כעדים וראה. צ"ע דנראה דרוב מחברים מחולקים בזה וכבר עמד בזה הש"ך בס"ק צ"ז אלא שלא ביאר וביר הדברים על בורי' ככל צורך דשורש ויסוד דינו של רשב"א בזה בתשובה כפי שהובא בב"י הוא מהך גמרא דפ' חזקת דאמרינן לאו קמודה דארע' דידי הוא וכו' ומפ' איזהו נשך דאמרינן אין להלות מעות יתומים על משכון דבר מסוי' דלמא פקדון הם ויבוא המפקיד ושקיל אותו בסי' ש"מ דאפטרופס ה"ל כעדי ראה זהו ראיה שלו. ויש כאן קושיא לכאורה הרמ"א דפסק לקמן בסי' רצ"ז בהגהה דכי חייב להראותו ביש בו סימן כשלא פקד אבי

יתומים שהוא שלו אבל בפקד אין מועיל סי' ויתומים זוכין בשלו וכאן הא ראובן עומד וצווח לקוחה היא בידי וא"כ למה מפסיד שמעון מ"ש מיתומים דפקיד אביה' אך זה יש לדחות דלקמן דאין מכיר האפוטרופס החפץ בטב"ע ועל סימנים ס"ל להרא"ש לא סמכינן להחזירו ליד המפקיד דאולי איתרמי רק הואיל ע"י סימני' ניכרי' הדברים לא טענינן ליתמי מילתא דל"ש דאתרמי ומחויב להראות לעדים והם יכירוהו בטב"ע (ועיין מש"ל בסי' רצ"ז באריכות דלא כש"ך שם) משא"כ בפקד האב אמרינן דלמא אתרמי ואין מראין לעדים כלל וליכא כאן עדי ראה דעל סימני' לא סמכינן ואם כן לק"מ מכאן דכאן איירי דשמעון מכירו בטב"ע ואף לקמן בסי' רצ"ז אם אפטרופס מכירו בטב"ע לא מהני דפקיד אב. אך הא דתמך הרשב"א ז"ל יסודתו על הך דפ' חזקת הבתים דאמרינן לאו קמודית דקרקע שלי הוא יפה כתב הש"ך דרשב"א סבירא ליה אפי' היה דר בו מוכר יום אחד מ"מ מפסיד הקרקע ש"מ דלא טענינן ללוקח כמו שהיה המוכר יכול לטעון אלו היה המקח בידו. אבל לפי מ"ש המחבר והרמ"א לקמן סי' רמ"ו דאם דר בו המוכר יום א' טענינן ללוקח כל מה שהיה המוכר יכול לטעון אם כן אף כאן נטעון כן. ואין לחלק בין קרקע לחפצים דלהדיא כתב הרמב"ן בחדושיו לב"ב בסוגי' הנ"ל וז"ל ומה דומה לזה המפקיד אצל חבירו בעדים ומת ותבע מפקיד את יורשיו והודו שהוא בידם מאביהם ואיכא עדים ולא ראה מי לא טענינן אנן מה דמצי אביהן לטעון חזרתי ולקחתי ממך דנאמן במגו אעפ"י ששניהם מודים בפקדון עכ"ל הרי דמירי דיתומים מכירין שהוא של המפקיד דאל"כ פשיטא דאין להם להחזיר דאולי החזיר האב הפקדון ומכל מקום לא ה"ל עדים וראה כיון דאביהם היה נאמן וכן הדין בלוקח דחד דינא אית ליה כמ"ש הרמב"ן דדמי' להדדי איברא דיש להבין הא בהך דפ' א"נ דאמרינן יהיב סימנ' ושקיל והיינו בעדי פקדון ש"מ דמה שהוא ביד יתומים ה"ל כעדי ראה כמ"ש הרשב"א וכאן החליט הרמב"ן דטענינן ליתמי מה שהיה אביהן יכול לטעון אף דיתומים יודעים שהוא של המפקיד וכי אין זה עדיף מאלו יהיב סימן ואפשר דלכך החליט הרמ"א לכוון בסי' רצ"ז דלא פקד אביהן לתרץ קו' זו דכי פקד באמת טענינן וכן משמע בגמ' דכתובות גבי רבי יאשי' דשכיב ולא פקיד וקאמרי והא קא יהיב סימנא ועיין בר"ן ובב"י לקמן סי' רצ"ז וא"כ לא ק"מ דעובדא דפ' חזקת קאמר דזבני ממך הרי דטוען דכך אמר המוכר. ולכך דייק בכתובות דלא פקיד הא פקיד לא מחזירין בסימנים. ויותר נראה דשם בפ' א"נ מיירי דיתומים קטנים והב"ד רואין המשכון ולגבי ב"ד ה"ל ראה וודאי אי יהיב סימנא דהב"ד הם אביהן דכל ישראל והם הרואים החפץ וה"ל עדי ראה ולא שייך דטענינן ליה מה דמצי אביהן לטעון דאף באביהן אלו ה"ל עדי ראה לא הי' מהימן והב"ד ה"ל עדי

ראה אבל ביתומים גדולים או לוקח שאין עין ב"ד משוטט בו זו כיד המוריש ומוכר וכמו דה"ל מגו כן יש לבאי כחו בכל אופן ועיין מש"ל בסי' רצ"ז מזה באריכות וא"כ כאן דהוא ביד הלוקח והמוכר אמר שהוא לקוח בידו לכ"ע טענינן ללוקח מה דהיה המוכר יכול לטעון ולכן דין זה צל"ע ובפרט דשמעון מוחזק דיכול לטעון קים ליה כהנך רבוותא ובפרט דרובא הכי ס"ל:

לז **שחייב** לפדותו מפני ת"ה עיין באסיפת זקני' ונ"י והריטב"א לב"מ. דהקשו בהא דאמרינן אבל דבר מסוים לא דלמא יהיב מרי' פקדון סימן ושקיל מה יפסדו היתומים הא יצטרך לשלם המעות מפני ת"ה. והביאו בשם הראב"ד ויתר מחברים דבעסקא לא שייך ת"ה דברשותו קאי והחפץ אינו אלא לבטחון בעלמא ע"ש וצ"ע. ובחדושי הארכתי בישוב קושי' הנ"ל באנפי שונים ובפרט לדעות דסבירא להו לקמן בסי' ק"ח דטענינן ליתמי ומכ"ש ללקוחין בשטר עסקא על פלגא פקדון נאנסו אם כן י"ל ודאי דפלגא מלוה יהיה צריך לשלם מפני ת"ה אבל פלגא פקדון לא ישלם דהא החפץ שלו רק אנו רוצים להוציא ממנו מפני תקנות השוק לעומר זה טוען הוא אולי נאנסו ואין לך לגבות כלום ואין כאן תקנת השוק ואי דלא אמר כן לאו כל כמיניה לגרוע כחו ולא מהימן ליה ובפרט לפמ"ש התו' והרא"ש החשש דימות הלוה ואם כן בשלמא בדהבא פריכ' לא מצו לטעון יתומים נאנסו דמשכון ביד יתומים המלוין ומספק לא יוציאו המשכון משא"כ אם בדבר המסוי' דיהיב סימן א"כ גוף החפץ שלו רק אנו תובעין דמי תקנות שוק אף הוא יטעון מספק נאנסו ואיכא פסידא ליתמי ועיין מש"ל בסי' שנ"ו ביותר וכן לקמן בסי' רצ"ה אי"ה:

לח **אינו** נאמן לומר לקוח כו' וכתב הש"ך בס"ק ק' בדליכא עדים דראהו אף בהו נאמן מידי דהוי דברים העשוי' להשאיל ולהשכיר ואמת כי בתו' בשבוע' דף מ"ו ד"ה בטוענו כו' משמע דגודרת ודבר העשוי' להשאיל חד דינא אי' להו. אמנם בכתובות דף פ"ה בבקר' דאמר בע"ח מחיים תפיסנא ואמר ר"נ אי אית לך סהדי דלאחר מיתה תפסהו וכו' והק' הר"ן די דיביא עדים דתפסהו וא"כ תו אין נאמן דחייב לו ומה צורך דתפסהו ל"מ ותי' אי אית ליה עדי ראה הכי נמי הב"ע דלית ליה עדי ראה ואם כן אי אין עדים דתפסהו לאחר מיתה ה"ל מגו דהחזרתי וקשה אם כן מה פריך בגמ' והאמר ר"ל הגודרת אין להם חזקה הא במקום דליכא עדי ראיה מודה ר"ל לשיטת הש"ך ועכצ"ל דלא כש"ך והטעם הואיל ואין להם חזקה הם עומדים בחזקת מרא קמא כמ"ש תו' ב"מ דף ק' ד"ה ולחזי ע"ש. וא"כ אין מועיל מגו דה"ל מגו להוציא וכן משמע בגמרא דפריך אהך עזי דאכלו חושלא דנאמן עד כדי דמיהן ופריך בגמ' והא הגודרת אין להם חזקה ודחיק הגמ' שאני

עזי דמסירי לרועה ולא תי' בפשוט דשם לא היה עדי ראה והי' נאמן במגו דהחזרתי אלא דבזה לא מהני מגו כלל:

לט **וישבע** היסת וכו' זהו סיוע למ"ש הסמ"ע דהך חזקה ג"ש לא קאי רק על עבדים ולא על בהמה וא"כ פשיטא דצריך לישבע היסת ולא שייך שבועת הגאונים דעבדי' הוקשו לקרקעות ולית בהו ש"ד כלל ואף לישבע וליטול לא תקנו חז"ל וכמ"ש לקמן בסי' קמ"ט סכ"ב וא"צ לדוחק הש"ך דהך שבוע' היס' מוסב על לקוחין ולא על שמסרו לו בחובו דלא ה"ל למחבר לסתו' ובפרט בסי' הזה דכל ענינו ממשכון אבל לפי הסמ"ע ניח' ועימש"ל בסי' קל"ה:

מ **הדין** עם ראובן הש"ך האריך להסכי' עם תשוב' הרשב"א בסי' אלף וארבעי' דאף דליכ' מגו כלל מ"מ כיון דאיכא עדים דמסרו לידו בתורת משכון המלוה נאמן וסייע לזה מדברי הרמב"ם בפי"ג מהלכ' מלוה דנתן טעם למה במלוה על משכון ישבע בנק"ח הא יש לו מגו דלקוח וכתב ואלו השכינו בעדים היה צריך לישבע וא"כ אף בדליכא עדים מגו לפטור משבועה לא אמרינן ע"ש וכמ"ש המ"מ. ומזה נלמוד בביאור כמ"ש הרשב"א ובאמת יש לתמוה על הרב מחבר איך לא זכר דברי הרמב"ם ואיך פסק להדיא דלא כוותי' במקום שרשב"א מסייע לי' ואין זה דרכו של רבינו מחבר ולכן נראה דקשיא ליה לרבינו הב"י בדברי הרמב"ם דדבריו מורים אלו לא היה במציאות לתקן שבועה רק במקום דיש מגו לא היה מתקנים שבועה כלל ולא היה שייך מגו לפטור משבועה ל"א (ועמש"ל סי' פ"ב בקונטרס המגו) רק הואיל ותקנו שבועה במקום דלא שייך מגו א"כ אף במקום דיש מגו השבועה לא זזה ממקומו זהו ענין דבריו. א"כ קשיא לי' מה יאמר הרמב"ם באומן אומר שתים קצצת לי' דבאיכא עדי ראה דלית לי' מגו הבעה"ב נאמן כמ"ש הרשב"א גופיה בתשובה הנ"ל דאומן שאני דל"ל תפיסה בגוף החפץ ובדליכא עדי ראה נשבע האומן בנק"ח והקושי' במקומו הא ה"ל מגו ולא מצינו ביה מקום לשבועה במקום דליכא מגו עד דנימא ביה מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. ולכן אפשר לומר דידוע מ"ש גבי מגו דהעזה דאמרינן לגבי ממון ולא לגבי שבועה והטעם דלהוציא ממון במגו כל דהו אפילו גרוע מוקמינן ממון בחזקתו אבל לפטור משבועה צריך מגו טובה ואלים. וכ"כ כל המחברים והנה באמת ביש עדים שמסרו לידו בתורת משכון או לאומן לתקן רק דליכא עדי ראה והוא טוען שהלוה עליו או שחייב לו בשכרו סך מסוים באמת המגו זו דטוען החזרתי מגו גרוע הוא דניחא ליה לטעון דבר שהעדים מסייעין לו ונכרים הדבר לפני הבריות לדבר אמת דבטוען שהלוה עליו סך מסוים הא העדים מסייעים לו דבאמת משכונו בידו וכן האומן הא העדים מסייע' לו שמסרו לתקן בשכר

ונכרי' הדברים שקצץ עמו משא"כ כי טען החזרתי אין עדים מסייעין לו וגם צריך לכבוש לעולם החפץ לבל יהיה עדי ראה א"כ מגו זו גרוע כמ"ש כל המחברים דניחא ליה תמיד לטעון טענה שנחשב בעיני הבריות יותר לאמת. רק לממון אמרינן אפילו מגו גרוע אך לא לשבועה וא"כ פשיטא דצריך לישבע ול"ש לגבי' מגו אך בדליכא עדים כלל שמסרו לו למשכון או לאומן לתקן. וא"כ מגו דטען לקוח היא מגו אלימתא בזו היה מגו וודאי מועיל אף לגבי שבועה רק צריך לומר הואיל ביש עדים כנ"ל ודאי חייב שביעה א"כ אף במגו אלימתא אמרינן כן דלא אמרינן מגו לפטור משבועה כמ"ש הרמב"ם וא"ש. ודין א' למלוה עם אומן וא"צ לחלק. וכן יש לפרש דברי בעה"ת שער מ"ט ח"ב דכתב דנאמן על המשכון בכדי דמיו הואיל ולא היה עדים בשעה שהמשכנו שיעידו בכמה משכנו אצלו דמשמע דבעינן שידעו בכמה נתמשכן משום דלא מיירי שם מעדי ראה וא"כ בעינן דידעו עדים בכמה נתמשכן אבל במקום דליכא מגו לא שמענו. והנה בגוף הדין מ"ש רשב"א בתשובה הנ"ל לחלק בין אומן למשכון דבמשכון ב"ח קונה משכון אבל לא אומן נראה דרשב"א נמשך אחר דעת רמב"ן והובא בריטב"א לקדושין בהך קושיא עשה לי נזמים וטבעות ואקדש לך דלמה לא תהיה מקודשת למה יגרע מן קדשה במשכון ותי' דמשכון דאתי לידי' בתורת משכון ב"ח קונה משכון משא"כ אומן אף דתפיס לי' אאגרי' מ"מ אין לו קנין בגוף החפץ כלל ולכך א"י לקדש בו ע"ש דף מ"ח שהאריך והן הן הדברים שכתב הרשב"א לחלק. אבל לשיטת הרא"ש דהוכיח בפ"ק דקדושין דהך קידשה במשכון היינו שלא בשעת הלואה דאי בשעת הלואה נמי א"כ למה אומן א"י לקדש בשכרו מ"ש ממשכון מאחרים דהאי נמי ממושכן לו בשכרו דתפיס ליה אאגרי' ע"ש הרי דלא ס"ל לחלק כהנ"ל דאל"כ הא אמרינן דלכך מקודשת הואיל וב"ח קונה משכון ובאומן ליכא קנין במשכון ומה קושי' וכן פסק הרמ"א בא"ע סימן כ"ח סט"ו דאם הכלי עדיין אצל אומן וקדשו בשכרו לכ"ע מקודשת דה"ל כמלוה שיש עליו משכון והם דברי ריי"ו וכ"כ בד"מ כשתופס לי' אשכרו הוי כמלוה על משכון וכן דעת הר"ן כשתופס לי' ה"ל כמלוה על משכון וא"כ קשה למה באומן אינו נאמן דהא תופס ליה בשביל הקציצה שכרו ולמה אמרינן להדיא בב"מ בדאיכא עדי ראה אין נאמן דהא אומן קונה דהא יכול לקדש בו אשה והדבר מוכח דלא כרשב"א וכן מוכח מרמב"ן דלא כרשב"א ולכן תשובה ההיא הנדפסת בתשובה המיוחסת לרמב"ן דרמב"ן היא כי יש בו ערוב תשובה קצתן לרשב"א וקצתן לרמב"ן כנודע ודברים הנ"ל הם לרמב"ן דהא הרמב"ן כפי מ"ש הר"ן בשמו תי' על הך קושי' דקתני אומן אומר שתי' קצצת לי והלה אומר א' כ"ז שהטלית ביד אומן על הבעה"ב להביא ראיה נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל דמשמע אם

הטלית בידו נאמן בלי שבועה הא הגאונים אמרו דצריך לישבע ותירץ דאומן לא מבעי' למ"ד קונה בשבח כלי אלא אפילו אין קונה בשבח כלי מ"מ עדיף ממלוה על משכון ע"ש בר"ן ובש"ך לקמן סי' פ"ט שהאריך בזה ומ"מ אמרי' להדיא בגמרא בדאיכא עדי ראה דל"ל מגו אינו נאמן האומן אף דעדיף בקנין ממלוה על משכון ומכ"ש מלוה על משכון ולכן ברור דרמב"ן חולק וכמ"ש מהרי"ק ודלא כש"ך שכתב דמהרי"ק בסי' צ"ד טעה דבאמת אינו והך תשובה דהרמב"ן היא והרמב"ן להדיא ס"ל כמ"ש דאף במשכון אינו נאמן אם ל"ל מגו ובפרט לחד תי' דמוקי ליה אומן קונה בשבח כלי ע"ש ודאי עדיף ממשכון. ומכל מקום בלי מגו אין נאמן ולכן ברור לדינא כמו שכתב מהרי"ק ואף דרמ"א בתשובה סי' פ"ו כתב דאין להוציא מיד המוחזק דיכול לומר קים לי' כרשב"א מ"מ נראה דחזר בו בספרו דהא פסק להדי' בא"ע באומן דה"ל כמלוה על משכון וכן נכון כפסק המחבר וכדעת הרמב"ן וכמ"ש:

מא **לא** קנה דדחויי וכו' הרב הש"ך בס"ק קי"ד תמה דהא הנ"י בסוף ב"מ למד הך דינא מהא דקי"ל בפועל שאמר לו הבעה"ב טול מה שעשית בשכרך דיכול לחזור בו כ"ז שלא פינהו הפועל בפניו ושתק ולמד ממנו הר"ן ונ"י דה"ה למשכון אבל לפי מה שפסק המחבר לקמן סי' של"ו ס"ב כרשב"א דווקא היכא דלא חייב לו כלל כגון טול עצים ואבנים הוא דבעינן כן אבל בפועל אם הוא בחצירו דזוכה לו חצירו תיכף אין יכול לחזור וא"כ אף במשכון א"י לחזור וא"כ דברי הש"ע סותרים אהדדי ויפה הקשה. ובישובו י"ל דס"ל למחבר וודאי להיפוך יפה כתב הר"ן והנ"י דאם בפועל יכול לחזור ולומר דחוי' קמדחי ליה מכ"ש במשכון ע"ש דכן כתבו להדיא אבל אם אמרינן כדעת רשב"א בפועל דתיכף אינו יכול לחזור לא יחויב דגם במשכון לא היה יכול לחזור דהא הנ"י כתב לחלק בין הגיעך דלעצים ואבנים להגיעך דפועל דבעצים ואבנים אין דרך לפנות מיד א"כ מדחה לי' דחושב בין כך יזדמן לי מעות ואתן לו ואטול שלי אבל בפועל דיודע דתיכף מפנה הקש ותבן כי בא בשכרו ואליו נושא נפשו א"כ אינו מדחה לו וכוונתו בלב תמים. א"כ י"ל במשכון דהלוה יודע אף דיאמר לו יהיה שלך דלא יהיה מהיר למכור המשכון וא"כ שפיר קמדחה לי' ויותר נ"ל דס"ל לרבינו ב"י כמ"ש באסיפת זקנים בשם גליון תו' במה דעבדינן צריכתא דאי הוה תני פועל לא הוי ילפינן מיניה אבנים דפועל אי' לי' אגרא והקשה הא באבנים איירי בדפינהו א"כ ג"כ חייב לו שכר פינוי על חלקו באבנים ותי' דווקא בפועל דעובר בל תלין גמר ומקנה ולפ"ז י"ל באמת הא דמחלקינן בין אבנים לפועל ומצריכין באבנים דווקא לפנות הואיל ולא עבר בל תלין אינו גומר ומקנה כ"כ במהרה משא"כ פועל דממהר להקנות דאולי השמש יפנה ויעבור בב"ת ובזה י"ל

קו' הר"ן לרשב"א דל"ל לגמרא לעשות צריכתא מאבנים לפועל דאי' לי' אגרא וכו' הלא דינו של זה אינו כדינו של זה דזה צריך פינהו וזה א"צ ולפמ"ש לק"מ דהא יש חילוק בין אבנים לפועל הטעם משום דבפועל עובר בב"ת ופי' אגרא דאמרינן בגמרא גבי פועל הוא הפי' שכר שעובר עליו ב"ת כמ"ש הגליון דאל"כ גם באבנים חייב וא"כ היא היא הצריכתא דכל כמה דלא חידש הגמרא לנו לחלק בין חיוב שיש עליו ב"ת לאין עליו ב"ת אף הך חילוק של רשב"א אין לו טעם למה באבנים צריך פינוי ולא בפועל ולא הוי יכול לעשות צריכתא זה לכך קאמר הגמרא צריכתא דיש הבדל בין חיוב דיש עליו ב"ת לאין עליו וא"כ ממילא גם לחילוק של רשב"א יש טעם נכון ודייקי לי' המשנה דמצריך באבנים פינהו ולא בפועל וא"צ לטעמו של הנ"י הנ"ל דדחוק רק יש הבדל הואיל ועבר עליו בב"ת וא"כ לק"מ ממשכון דאינו עובר והרי זה דומה לאבנים לגמרי ולק"מ ודוק:

מב **שנפחת** דמיו וכו' הסמ"ע והב"ח הקשו הא ה"ל ש"ש שלא פשע ולמה ישבע היסת ותי' הב"ח והסמ"ע לחלק בין דבר שנפסד לגמרי ובין היכא שהפקדון כאן רק מחולקים באיזה אופן קרה הפחת דאין זה בכלל ש"ש דנשבר או נשבה כתי' מה נשבה כולה אף נשבר כולה ואמת כי קצת ראיה יש לדבריהם מהא דפריך הגמרא בפ' כל הנשבעין ש"ש דכתב רחמנא היכי משכחת ליה להימן במגו דלהד"ם או החזרתי ומשני דאפקיד בשטר וקשה ל"ל הדוחק הזה בשטר דלא מצינו בשום דוכתי ולא תי' בפשוט דמשכון בפנינו ועדי' וראה דלא מצי לטעון להד"ם או החזרתי ומחולקים בפחתו אם באונס או בפשיעה וכדומה א"ו דזו לא הוי בכלל ש"ש אבל מ"מ צדקו דברי הש"ך דאין לנו לבדות דוחק זה דמ"ש כולו נאבד או מקצתו והגמרא דקאמר בשטר או דקאי על קרא כדאמרי' דכתב רחמנא ובתורה משמע לגמרי כמ"ש הפרישה נשבר דומי' דנשבה ולכך מהדר אופן ליישב מה דכתיב בקרא או דבאמת ל"ד וחדא מינייהו דנקט דהוי מ"ל דאפקיד בעדים וא"ל אל תחזירו אלא בעדים וכדומה. והנה הרב הש"ך יצא לדון בדבר החדש בדין השומרים ולומר כי חייבו התורה לשומר שבועה היינו דטוען עליו המפקיד שמא פשעת דליכא העזה אבל בטוען המפקיד ודאי פשעת בו והוא השומר מכחישו אין שבועה שומרים כאן כלל רק משתבע היסת דהרי הוא כשאר תביעה דכופר בכל פטור ונסתייע מדברי הריב"א בתו' ופ' הגוזל ד' ק"ז דכתב דהא דאמרינן כי הוא זה אמלוה דכתיב היינו טענה דשייך במלוה דמכיר בשקרו ומעיז ולכך כופר בכל פטור דבר תורה אבל בטענה דשייך בפקדון דאין מכיר בשקרו לא כתב כי הוא זה דאין שייך העזה ולכך א"צ מודה במקצת לחייבו שבועה ומזה יליף הש"ך כשמפקיד הטוען ברי והלה מכחישו חזר הדבר להיות שוה למלוה. ולהיות כי דעתו להחליט ולומר אפילו במקום דלי' ליה לשומר מגו

וכן לדעת האומרים מגו לפטור משבועה ל"א מ"מ במכחיש בברי אין כאן אלא היסת והוא מקצוע גדול בדיני שומרים נתתי בלבי לתור בחכמה בדברי תו' ופוסקים ונראה ברור שלא כדברי הש"ך ואין להקשות לשיטת הש"ך הא דאמרינן ב"ב דף ע' המפקיד בשטר דנאמן החזרתי במגו דנאנסו וא"ל לאו שבועה בעי וא"ל ה"נ וקשה הא יש לו מגו דנאנסו לפניך ופטור משבועה די"ל דוודאי החזרתי במגו דנאנסו הוי מגו ל"ש רק לעומת זה בטוען החזרתי יש העזה וא"כ נח לו לטעון דבר דל"ש משיטעון דבר דמעיז וחבירו מכיר בשקרו אבל במגו דנאנסו לפניך הרי ל"ש וג"כ מעיז לא אמרינן. ובזה יובן הא דס"ד דר' עמרם שם בגמרא דר"ח דקאמר נאמן כוונתו בלי שבועה כמ"ש התו' וקשה איך ס"ד לפטור משבועה כיון דבנאנסה גופא איכא שבועה אבל לפמ"ש ניחא דהא יש מקום לטעות דא"צ שבועה דיש לו מגו דנאנסו לפניך ולכך לא ה"ל לומר סתם ודוק. וגם אין להקשות מהך ס"ד בפרק כ"ה ברמי בר חמא ש"ש דכתב רחמנא וכו' דאפקיד גבי' בשטר דאמרינן מגו דהעזה עדיין קשה הא יש לו מגו דנאנסו בפניך ואי דהוי מגו דהעזה הא ס"ל דאמרינן מגו דהעזה די"ל אף בס"ד תרתי ל"א מגו דהעזה ול"ש ל"א וזהו לא שכיח כלל שיהיו הבעלים עומדים ורואים האונס ובזה יש לכוון דברי רשב"ם דכתב ב"ב דף ע' הנ"ל דהא דאמרינן שם במפקיד בשטר צריך להחזיר בעדים ואלו ב"ב אמרינן דנאמן החזרתי במגו דנאנסו בשבועה דשם אליבא דרמב"ח נאמר ולי' הילכתא כוותיה וקשה מה ענין רמב"ח להך דמשום הך קושי' ש"ש היאך משכחת ליה אין הכרח לומר דאפי' בשבועה אין נאמן החזרתי ודי דאמרינן דצריך שבועה ומיושב ג"כ הך קושי' וכמ"ש תו' ורמב"ן בחידושיו וצ"ע אבל לפי הנ"ל ניחא דלרמב"ח החזרתי נאמן במגו דנאנסו לפניך דמה בכך דל"ש לחוד כיון דליכא העזה גבי' ונאנסו נאמן במגו דהחזרתי וא"כ קשה ש"ש איך משכחת ליה וצ"ל דאינו נאמן החזרתי במגו דנאנסו דהוה ל"ש דהא ליכא לחלק בנאנסו גרידא אמרינן מגו אבל לא נאנסו לפניך דשם בנאנסו גרידא אף דלא שכיח לעומת זה ליכא העזה דלרמב"ח לא איתרע הך העזה כלל דהא אמר כמה מעלי' שמעתא ולא ס"ל העזה כלל אבל לפי דלא קי"ל כרמב"ח ולא אמרינן מגו דהעזה א"כ לא קשה ש"ש איך משכחת דלא אמרינן נאנסו במגו דהחזרתי דהוי העזה וגם להיפוך החזרתי במגו דנאנסו יש לחלק בין גרידא דבעי שבועה לנאנסה לפניך מטעם שכתבתי ודוק היטב ואלו הדברים נראים כמ"ש הש"ך אבל עם כ"ז נראה ברור דלא כש"ך דבב"מ דף צ"ח ד"ה משכחת דהביא התו' דעת ר"ת וריב"א אי בהדי טענת נאנסו בעינן הודאה או לא וכתבו התו' לריב"א אף דלטענת נאנסו א"צ הדאה מ"מ מצריך שתי פרות חדא דמודה ביה דמה שטוען א"י אי שאולה או שכורה הוי טענת כפירה ובעינן הודאה לחייבו

שבועה ולפיר"ת דמצריך לנאנסה הודאה א"ש טפי וצריך להבין מה נ"מ יש בטענת כפירה לפי' ר"ת וריב"א הלא לא נחלקו רק בש"ש ואם נאמר כוונת התו' דלריב"א קשה לישתבע ע"י ג"ש דש"ש משא"כ לר"ת דאין זה מקומו פה דכבר פלפלו התו' בזה במשנה ד"ה ביום וכו' ותי' דאין מגלגלין באינו יודע ושם מקומו לומר דלפי' ר"ת א"צ לתי' זה אלא דבאמת אף דברישא א"צ לתי' זה דאין מגלגלין בא"י מ"מ במציעתא וסיפא צ"ל כן כמ"ש התו' במשנה אלא ברור דיש כאן סברא לומר דהך הסכסוך אי שאולה או שכורה מתה היא בגדר שבועת שומרים דהא אי שאולה מתה והוא לוקח שכורה דחי' ונותן לו תמורת תשלומין דשאולה היינו שבועה דאינו ברשותו ומ"ש דאכלה ועיין בתו' בריש ב"מ שהיא שבועה שאינו ברשותו או שלקחה ופורע בה חיובו דנתחייב לשלם פרה השאולה דמתה ועיין באסיפת זקנים דהביא פלפול ארוך בין הרז"ה להראב"ד דדעת הרז"ה דהך שבועה מסתעף מש"ש ובכללה היא אבל הראב"ד ס"ל דאינו מכלל ש"ש רק היא טענה וכפירה בעלמא ועיין בנ"י דנתן טעם הואיל דבשומרים יכול להיות דאמר בדדמי משא"כ בין שאלה לשכורה לא טע' ותי' זה מספיק על שבועה דפשיעה אבל על שבועה שאינו ברשותו דהוא ג"כ מעיקר שבועה שם לא שייך טעמו בדדמי וצ"ל דס"ל להך שיטה דגם שאינו ברשותו אינו מעיקר שבועה רק פשיעה וזה דוחק דעיקר שבועה היא שאינו ברשותו ולכך כתבו התו' דלריב"א דס"ל ש"ש אין צריך הודאה וא"כ למה מרבה בפרות די דיהיב פרה אחת ויתחייב שבועה ד"ת וצריך לומר דמה שטען א"י אם שאולה או שכורה מתה היינו כפירה ר"ל דאינו בכלל ש"ש והיא ככפירה בעלמא כדעת הראב"ד הנ"ל ולכך בעי הודאה וזהו שכתבו ולפיר"ת א"ש טפי דלדידיה א"צ לכל הדוחק הזה ואמרינן דגם זה בכלל ש"ש ומ"מ בעי הודאה ולפיר"ת אפילו נאנסו בעי הודאה. ולכך סיימו התו' דלר"ת מדרבנן בנאנסה גרידא צריך שבועה. וכתבו ודלעיל דצריך הודאה משום דא"י הוי כפירה כדפי' לריב"א הרי דסיימו כדפי' לריב"א דלר"ת א"צ לומר דהוי כפירה די"ל דהוי ש"ש. אבל לריב"א צ"ל כן ולכך כתבו כדפי' לריב"א ואי קשה סוף כל סוף גם לר"ת צ"ל דהוי כפירה א"כ מה ארווחנא לר"ת עד שכתבו לעיל דלפי' ר"ת א"ש טפי הא לא קשה דוודאי בדין תורה דחייבו התורה לשומר ש"ש אין סברא לחלק בין ש"ש להך שבועה דשאולה מתה כמש"ל דמ"ש אבל אם אמרינן מהתורה לעולם בעי הודאה רק חכמים תקנו על נאנסו גרידא שפיר יש לחלק במילתא דרבנן בין נאנסו להך שבועה דהוא מילתא דלא שכיח ולא תקנו ביה רבנן שבועה כמ"ש המפרשים וא"כ שפיר כתבו התו' דגבי תקנתא דרבנן י"ל אף לר"ת דהוי כפירה כמו לפי' ריב"א וא"ש. ואי קשה לפי' ר"ת דהוי בכלל ש"ש. א"כ למה במשאיל טוען א"י

פטור השואל הא כל ש"ש המפקיד א"י. קושי' זו הקשו תו' במשנה ד"ה השוכר כו' ותי' אשר דבריהם מחוסרים קצת ביאור. אבל כוונתם כמו שנראה ג"כ באסיפת זקנים דהא דחייבו התורה בש"ש שבועה על טענת ספק ולא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף לכ"ע כשהוא מוחזק וא"צ שבועה משום דבכל דוכתי הברי טוב והשמא גרוע דגם התובע היה יכול להכיר ולידע הברי כמו הנתבע ולכך ברי עדיף משא"כ בש"ש דשמא אין גרע דמאין ה"ל לידע אם נאנסה וכדומה לכך גם הברי גרוע כי יודע כי התובע א"י ונקל בעינו לטעון ברי ולכך צריך שבועה וזהו לא שייך בשאלה ושכורה דגם המשאיל ה"ל להכיר אם פרה זו הנצבת היא אם היא הך דשאולה או דשכורה וא"כ חזר הדבר לכללן ברי ושמא ברי עדיף וזהו שכתבו תו' דהכא שאין יודע אם מתה השאולה אין להשביעו מספק דהוי כאלו אומר המשאיל ספק לי אם השאלתיך שעל אותו הטענה א"צ השואל לישבע והיינו הטעם דה"ל לידע וא"כ ברי ושמא ברי עדיף וא"כ אף בזו דא"י איזה מתה ג"כ ה"ל לידע והוא ג"כ בכלל ברי ושמא ברי עדיף וזהו הכל לפיר"ת. אבל לפי' ריב"א א"צ לזה וזה שסיימו התו' ועוד דהכא אפילו משאיל טוען ברי אמרינן דאינו נשבע אלא ע"י גלגול פי' ועוד דהעיקר כפי' ריב"א (כמ"ש התו' בכל הש"ס דנאנסה א"צ כפירה כלל) וא"כ אפילו בטוען ברי אין כאן שבועת שומרים רק בגלגול שבועה כמ"ש התו' בד"ה ביום כו' וזה ברור בכוונת התו' דמתחילה כתבו לפי' ר"ת ואח"כ דכתבו ועוד כו' פי' העיקר כפי' ריב"א. ובזה יובנו דברי התו' בב"ק דף ק"ז בד"ה עירוב וכו' דהקשו לפי' ריב"א דמשמע בפרק השואל אף לר"ח בר יוסף בעינן עוד פרה בהדי נאנסו דמצריך רישא שתי פרות ולולי הנ"ל אין דבריהם מובנים ואי כוונו על ג"ש דהא מחייב ש"ש וא"כ אף ע"י גלגול ישבע ששכורה מתה חדא דעיקר חסר בדברי התו' ועוד הא העלו תו' בב"מ במשנה ובכל דוכתי דאין מגלגלין בטוען א"י ולא הוה משאיל"מ וכ"כ כל מחברים ומה זה שהניחו בקושי' לריב"א אבל ברור דתו' ב"ק ס"ל בהחלט כרז"ה דהך אי שאולה או שכורה מתה היינו ש"ש ושפיר קשה לריב"א למה צריך עוד פרה הא הך טענה גרידא זוקקו לשבוע' דאורייתא משא"כ לר"ת אף בשומרים צריך חדא דהודאה וא"ש וברור כשמש בכוונת דברי התו'. ואחרי שבררנו כן הדבר מבואר דבטענת שומרים ממש אפילו בטענת ברי יש כאן ש"ד דאל"כ אין כאן צורך לומר לריב"א דשאלה ושכורה לא הוי טענת שומרים דאף דהוה מ"מ צריך להוסיף בפרה כיון דטוען ברי שאולה מתה אין כאן שבועה לדעת הש"ך כלל ולא קרינן בי' משאיל"מ כמ"ש הש"ך ולכך פשיטא דבעינן הודאה בהדיה. וכל דברי התו' לא יהיה בהם ממש לשיטתו ובפרט כפי מ"ש בתו' ד"ה השוכר וכו' דכתבו אפילו משאיל אומר ברי ומה זה אפילו לדעת הש"ך הא

בברי אף בשומרים גופא אין כאן שבועה לדעת הש"ך. שוב מצאתי בהגהת מיימנות פ"ב מהל' שכירות אות וי"ו כתב שיטת ריב"א דכי אמרי' דווקא כי הוא זה דווקא דבעי מודה במקצת היינו בטענה דשייך במלוה כמו פקדון דהיינו החזרתי או להד"ם אבל טענת אונס דלא שייך רק בפקדון ולא במלוה אפילו בלי מודה במקצת חייב דאין שייך כאן לומר חזקה אין אדם מעיז דבטענת אונס מעיז אפילו חבירו יודע בשקרו וכו' עכ"ל הרי מבואר להדיא דלא כש"ך בדעת ריב"א ומ"ש הש"ך ראיה מתו' דכתבו להדיא דלא כהגהת מיימונות דכתבו אבל טענה השייך בפקדון כגון נאנסו דלא ידע בה חברי' מעיז ומעיז ומחייב בלי הודאה משמע הא ביודע בשקרו דמעיז באמת מפטר נראה דאין זה כוונת התו' דהא התו' סיימו על זה דאי כופר בכל פטור מ"מ נמי יפטור במגו דכופר בכל ולא כתבו בפשוט דאין טעם לפטרו בכופר בכל דהא מעיז אלא כבר כתבו התו' שם דהא דכופר בכל פטור הוא גזרת הכתוב דאפילו בבנו דמעיז מ"מ פטור. וא"כ אין כאן ראיה הואיל דמעיז יתחייב שבועה דבנו במלוה יוכיח רק כוונת הגמרא לפי פי' ריב"א כך דע"כ כי הוא זה לא על פקדון כלל שייך וא"כ כיון דכופר הכל פטור הוא מגזרת הכתוב ולא נאמרה בפקדון כלל מה"ת לפטור ולדמות גזרת הכתוב להדדי היכי דנאמר נאמר והיכא דלא נאמר לא נאמר דל"ל כי הוא זה כתב בפקדון נמי דהא סתם פקדון הוא היכי דאין המפקיד יודע אם פשע או לא ואם כן עדיין קשה מכל מקום בפקדון יפטור מכח כופר הכל דהא התורה מצריך הודאה גבי נאנסה או דנילף מיניה דלא אמרינן מגו. ועכצ"ל דכי הוא זה לא כתב בפקדון כלל. ועיקרו על מלוה ונאנסה לחוד חייב וא"כ דזה מוכרח דלא קאי על פקדון אף בטען ברי פשעת ג"כ חייב שבועה אף דאינו מעיז דהא דפטור כופר בכל הוא רק מכח גזרת הכתוב כי הוא זה וכיון דלא קאי על טענת נאנסה דשייך בפקדון א"כ אף בכופר בברי דהוא טוען פשעת חייב דאין לדמות גזרת הכתוב ועיין בתו' והדבר מבואר כמ"ש דמן ספק נאנסו למידין לטוען וודאי פשעת דמזה מוכח דכי הוא זה לא קאי על טענת נאנסה וא"כ אף בוודאי פשעת מ"מ יש כאן שבועה ואעפ"י שמעיז דאין זה הטעם לפטור משבועה כופר הכל רק גזרת הכתוב וכמ"ש ועיין לקמן סי' צ"ב מבואר ג"כ בש"ע דלא כש"ך ועיין מ"ש שם באריכות. אמנם אף שכלל דכלל הש"ך נסתר מ"מ פה יפה דיבר במקצת דהא לדעת המחבר בלא"ה לק"מ דהא פסק לקמן בסי' רצ"ד ס"ב דאם אין כאן שבועה על גניבה ואבידה לא משתבע שלא פשע דאין עיקר ש"ש שלא פשע ואינו נשבע רק ע"י גלגול וכאן המשכון לפניך ואין כאן שבועה שלא פשע ולק"מ וכ"כ בפרישה ואין כאן קושי' רק על הטור והרב רמ"א דס"ל לקמן דשבועה שלא פשע היא עיקר שבועה והם הא ס"ל מגו לאפטורי משבועה אמרינן רק

לכך ליכא בש"ש מגו משום דה"ל מגו דהעזה וזהו לא שייך בטוען עליו ברי שפשעת והוא מכחישו אם אין כאן עדים וראה הרי יש לו מגו דלהד"ם או החזרתי בשטוען לא פשעתי נאמן ופטור מן שבועה דהא גם בזה דמכחישו מעיז וא"ש. ובהכי מובן דברי התו' בב"ק בסוף דיבור הנ"ל דכתבו ואין להקשות יהיה נאמן במגו דאי בעי אמר להד"ם נמי אההיא דנאנסו דבריש כל הנשבעין משני ליה דאפקיד בשטר עכ"ל ותמה המהרש"א דלשיטת ר"ת דבעי הודאה בהדי נאנסו מה בכך דיכפור בנאנסו מ"מ ה"ל מודה במקצת ולשיטת ריב"א הא הוי מגו דהעזה ע"ש. ולפי שכתבתי ניחא דהתו' סבירא להו אפי' בטוען ברי שפשעת ג"כ חייב שבועה דלא מצינו חילוק בש"ס ואם כן קשה בזה הא ה"ל מגו דלהד"ם דהא גם עכשיו מעיז ולכך תי' דבאמת בכה"ג לא מחייב רק במקום דליכא מגו (ועיין לקמן כללי מגו דכתבתי פי' אחר בתו' ומ"מ הדין דין אמת) וא"כ א"ש דכאן הא יש לו מגו ובחנם השיג הש"ך על הסמ"ע וגם בחנם דחק הסמ"ע בפרישה דלדעת הטור לק"מ וברור:

מג **או** לא נערו כראוי וכו' ויש להבין הא שיש לנער המשכון הוא מחמת השבת אבידה ולכך מפטר מפרוטה ורפתא לעני' כהנ"ל ואם כן אם אינו רוצה להשיב אבידה וכי יתחייב בתשלומין וביותר קשה בטור דסבירא ליה מלוה על המשכון הוי רק ש"ח כשארי פקדון וצריך לומר אף דמתחילה תקנו חכמים לנערו מפני השבת אבידה מכל מקום עכשיו דמקבל החפץ בשמירה מקבלו לנהוג בו כל דין שמירה כפי שתקנו חז"ל ואם נמנע ה"ל פושע וחייב בתשלומין ומ"מ הוא מצוה דמי מכריחו לכתחילה לקבלו במשכון ולקבל שמירתו ע"ע ולכך הוי עוסק במצוה ופטור מרפתא לעניא אבל מכל מקום אם נמנע חייב בהפסדו ומזה נראה דצדקו דברי הרב רמ"א בא"ח סימן תמ"ג דדעתו במי שיש בידו פקדון מחבירו חמץ ולא מכרו דה"ל פושע כמו שאמרו ש"ח שהיה לו לקדם ברועי' ומקלות כו' והקשה הח"י דהא דאמרינן מכרו הוא מפני השבת אבידה ואם נמנע לקיים מצוה למה יתחייב בתשלומין ומהנ"ל ראיה ברורה לדברי רמ"א דעכשיו דקיבל על עצמו שמירת חמץ קיבל על עצמו כל דיני שמירתו כתקנת חז"ל וחייב בתשלומיו אם פשע ולא מכרו ועיין מ"ש בחידושי לא"ח:

מד **שניהם** נשבעים היסת יש להבין למה ישבע המלוה היסת הא לפי דבריו ממושכן הוא בידו וא"כ ה"ל לישבע בנק"ח כמ"ש הגאונים דלאו אגופא דמשכון קטען וי"ל או דמיירי דמשכון נאבד באופן שחייב באחריותו כדמשמע הלשון היה שוה ואין המשכון בעולם להבחין שויו ויותר נראה בשלמא כשהלוה טוען החזיר לי משכוני בזו שפיר קאמרי הגאונים דלאו אגופי' דמשכון קטען ולכך ה"ל נוטל ושבוע' בנק"ח משא"כ כשהלוה

אומר דמכרו א"כ הלוה מודה דאין לו תביעה בגוף החפץ רק תובע דמיו ואף שמצד המלוה בהודאתו נראה דהוא ממושכן וגוף חפץ שייך ללוה מ"מ כפי הודאת הלוה אין לו תביעה בגוף החפץ וא"כ לא שייך נוטל דהא הלוה אין זוקקו כלל להחזיר לו משכונו ולא אמרו בזה הגאונים ולכך נראה נקט בעל העיטור העובדא בכך דזה טוען ממושכן וזה טוען נמכר להורות דבכה"ג לא אמרו הגאונים ואין כאן רק היסת. ואף דבעל העיטור לא סבירא ליה כגאונים כי אם כרבינו אפרים דלעולם במשכון אינו נשבע רק היסת מכל מקום כתב זאת לכ"ע אפי' לגאונים וע"ש באות פקדון:

מה **ואם** רצו להפך שבועת' כו' פי' הסמ"ע שישבע שהיא מכורה ולא משכונה ודבריו דחוקים כמ"ש הש"ך דפשיטא דאם היא מכורה אינו משכונה והם שני הפכים בנושא אחד והש"ך והב"ך תי' דיאמר השבע אתה ואשלם לך וכן טוען השני ומלבד דלשון היפוך לא מורה כן אף גם דקשה להבין במ"ש ואם לא נתרצו שניהם נשבעים דהא ראובן שאמר לשמעון השבע וטול ושמעון אמר בהיפוך לראובן השבע וטול ואם שניהם נשבעים הלא אי אפשר שישבעו כאחד ואחד נשבע תחילה או בגורל או ברצוי הצדדין וא"כ כיון ד"מ ראובן נשבע תחילה למה ישבע עוד שמעון הלא אותו ביקש שיהיה ראובן נשבע וישלם והרי נעשה כן ומי יכריחו לשבועתו. וצ"ל כך דאם נתרצו וא"כ כשראובן נשבע חייב שמעון לשלם וא"י לחזור אבל אם כל אחד אומר אני לא אשבע והוצרכו להטיל גורל ועלה בגורל שראובן ישבע וודאי אם שמעון רוצה לשלם פשיטא מאן מוחה בידו אלא שאם שמעון ג"כ רוצה לישבע לא אמרינן הואיל וראובן נשבע ואתה אמרת בב"ד אם ישבע ראובן תשלם צא ושלם דיכול לומר זהו אלו נשבע בלי גורל אבל עכשיו דלא רצה עד דעלה גורלו הדרני בי ויכול לישבע אך אף דלדינא אמת מ"מ אין הלשון סובלו. ולכן יותר פשוט דוודאי זה שנשבע שמכרו לו אינו נשבע שחייב לו דמיו כיון דאין משלם לו א"כ אין לישבע עליו וזהו מבואר בריש ב"מ דפריך ויהיה נשבע דכולו שלו דלא קי"ל כבן ננס כמ"ש התו' שם ומשני מי יהבינן ליה כולו ואין לישבע על מה דלא יהבינן ליה וא"כ אף כאן נשבע רק שמכרו אבל לא נשבע שחייב לו דמי זבינ' כיון דלא יהבינן ליה וכן זה נשבע שמשכן בידו אבל אינו נשבע שחייב לו יותר מכדי שוי המשכון דלא יהבינן ליה ולכך אמרינן אם רצו להפך שישבע בזה שחייב לו דינר וישלם וכן השני יש להם רשות ואם שניהם מהפכים נשבעים סתם זה שמכרו וזה שמשכנו ולא שזה חייב לו כלום הואיל ולא יהבינן ליה כמבואר בגמרא וכ"מ אח"כ בט"ז אלא דלא סייע מגמ' דב"מ וכתבו כאלו עינה מלבו ע"ש:

מו **וא"י** לישבע ומשלם הקשה הסמ"ע דמה בכך דא"י לישבע על האונס מ"מ ישבע שלא היה שוה רק דינר ותי' הסמ"ע הואיל וכל שלשה שבועו' באין כאחד ולא מצי משתבע חד מנייהו אף אידך דמצי משתבע מ"מ חייב לשלם ודבר זה דחוק למאוד ומי יאמר כך לחבר הנפרדים וכי בשביל שא"י לישבע על זה לא ישבע על מה שיכול לישבע. ולכן פי' הש"ך דבאמת הך שבועה מכל מקום נשבע ואינו משלם אלא דינר רק דלפי דבריו דנאנס היה פטור מלשלם כלום ולזה אמרינן דאינו דה"ל שומר שמסר לשומר אבל מ"מ א"צ לשלם יותר מדינר ולא קשה לשיטת הש"ך דלמה ישבע במ"מ הא לוי עד מסייע דלוי אין נוגע אם שוה הרבה או מעט דהא הוא נשבע שהיה נאנס ופטור מהכל די"ל או דלוי אין מכיר שיויו ועוד כיון כ"כ דלא משתב' דנאנס ה"ל נוגע א"כ אין עדותו כשר אלא אחר שבועה וה"ל עד דמשתבע ואין עדותו כלום ולא כן משמע לשון הפוסקים דלמה כללן בחדא אם אין ענין זה לזה כלל וגם עיקר חסר דהל"ל דמשתבע שבועת התורה כדין מ"מ דלא היה שוה יותר מדינר ולמה השמיטו השבועה. וע"ק במ"ש דמחרים על מי שטען ששוה המשכון יותר מכפי שיודע האמת חרם זו מה טיבו הא אינו משלם רק דינר שהודה ולא יותר ואי הכוונה דיחרים בשביל ש"ח כנהוג אין כאן מקומו הראוי וזהו כללא בכל שבועות. ולכן ברור דליתא פי' והדברים מורי' בבירור דמשלם כל ארבעה דינרים כפי טענת התובע. אמנם טעמו של דבר הרב בעל גי"ת כתב ושמא תאמר דמ"מ לא יוכל להמלט משבועה שאינו ברשותו כר"ה וזה א"י לישבע ולכך משלם גם הדינר הרביעי דבר זה אין לו שרש דפשוט הך שבועה לאו דאורייתא והוסכם מטור ואחרונים דאין דנין משאיל"מ אלא דווקא בשבועה של תורה ע"כ. וכן הוא בדרישה ופרישה הרי הודה אלו היה שבועת התורה והיה שייך ביה משאיל"מ וודאי דצריך לשלם הדינר הרביעי רק דהחליט דהוא שבועה דרבנן. ובאמת אין זה מוסכם דהריטב"א ב"מ כתב על הא דרב הונא משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו איכא פלוגתא ביני רבוותא איכא מ"ד דאורייתא ואיכא מ"ד דרבנן הוא. ובמהדורא בתרא בדף שאח"כ כתב בשם רבו הואיל וקודם דאמר הריני משלם היה עליו ג' שבוע' וכו' אף לאחר ששילם לא יצאה השבועה מכלל שבועת המשנה או שבועת התורה כיון דעל שבועת התורה נגללה מקדם דאמר הריני משלם ואפי' דלא טען בעל דבר וכל זה לשון רבינו עכ"ל הרי דס"ל דשבועה ראשונה לא זזה ממקומו בתשלומין רק הוא סבירא ליה אף מתחילה שבועה שאינו ברשותי אינו אלא ג"ש ועיין מש"ל בס"ק מ"ב אבל לפי דקי"ל לקמן בסי' רצ"ד דשבועה שאינו ברשותו היא עיקר שבועה אף דשילם לא זזה ממקומו וכ"נ מדברי בעה"ת שער מ"ט ח"א ז"א סלע הלויתני עליו שתים היה שוה והלה אמר

לא היה שוה אלא סלע פטור פי' הלוה תובע המלוה שהיה שוה כפלי' ממה שהלוה לו והמלוה כופר בכל פטור משבועת התורה אם הלוה מאמינו שנגנב ממנו ומשתבע היסת ומכל מקום אם אין מאמינו שנגנב ישבע מדר"ה שבועת התורה שאינו ברשותו וכו' עכ"ל הרי מבואר דסבירא ליה הך דר"ה הוי שבועת התור' וכן מסתבר דאנה נזכר שבוע' זו במשנה ובברייתא בכלל תקנות חכמים עד שנאמר שתקנו חכמים שבוע' זו ואי' איפא מקומו והיסת ל"ל דהיא דהא פריך מיני לר"ה ממשנה וש"מ דעכ"פ שבועת המשנה היא. ובאמת כיון דאין מינו מצוי ויש כאן חשש נתינת עין א"כ הרי הוא דררא דממון דאדם רוצה ליתן כמה פרוטה שיהיה שלו בידו וכן הלוקח אשר נפשו חמדו ואם כן הרי הוא שבועת התורה דמה לי דכופר בכל החפץ ואמר שנגנבה ומה לי דכופר במקצתו דהא הך שימת עין שוה ממון ודררא דממון הוא כך היה נר' בסברא דזו היא סברת רבוותא דה"ל ש"ד. איברא מלשון הרמב"ם משמע דכך היה תקנת חכמים שיהיה שבוע' שאינו ברשותי שהיה חל עליו מקדם טרם שאמר הריני משלם מהתורה בלתי זז ממנו אף שמשלם ולא היה מופקע בתשלומיו והרי היא ככחה ש"ד כמקדם ולכך עכשיו אף דמשלם שבועה במקומה שבועת שומרים כמקדם בכל הלכותיו. ולכך אף שכתב בפ"ו מהל' שאלה חוששין שמא עין נתן בו ומשביעין אותו בתקנת חכמים שבועה שאינו ברשותו בנק"ח כתב בפי"ג מהל' מלוה ולוה דין ד' אמר המלוה סלע הלויתיך עליו וב' דינר' היה שוה והלוה אומר סלע הלויתני וסלע היה שוה (בדפוס אמשטרדם נדפס ושקל היה שוה והוא טעות) הרי המלוה נשבע תחילה שבועת שומרים שאינו ברשותו והלוה נשבע היסת שהיה שוה כנגד חובו ע"כ הרי דקראו להך שבועה שבועת שומרים. וכן אח"כ סלע הלויתני עליו ושתים היה שוה ומלוה אומר סלע הלויתיך וחמשה דינר' היה שוה ישבע המלוה שאינו ברשותו ויכלול שלא היה שוה יותר מה' דינר' ומשלם דינר עכ"ל ואלו הך שבועה שאין ברשותו שבועה דרבנן איך שם הך שבועה לעיקרית ושבועת מודה מקצת דהיא וודאי דאורייתא לכולל ומי נתלה במי אלא ברור דסבירא לי' בתר התקנה היא במקומו וה"ל דאורייתא. וכן מורי' דברי המ"מ דכתב במ"ש הרמב"ם דאם אמר המלוה איני יודע אם היה שוה יותר מחובי ישבע שאינו ברשותו ויכלול שא"י וכתב המ"מ אלו היה שבועת שאינו ברשותו כטענת ברי כיון דטוען על הג"ש א"י היה דנין בו משאיל"מ אבל הואיל וטענת שבועת שאינו ברשותו היא על הספק לא דנין בגללה מתוך שאיל"מ ע"ש ולכאורה קשה הא שבועה שאינו ברשותי הוא שבועה דרבנן ולא דנין בעיקרה משאיל"מ כהנ"ל ומכ"ש בג"ש עלי' ולכן ברור דסבירא לי' כמ"ש דהיא שבועת התורה ודנין בה משאיל"מ. וא"כ שפיר קאמר הבעה"ת הואיל וחייב לישבע

שאינו ברשותו וא"י לישבע דיאמר לוי לא מהימן לי בשבועה כלל א"כ צריך לשלם כפי תביעת התובע לסלק החשש נתינת עין ומכ"ש במקום דלוה תובע דררא דממון דינר אחד יותר וכמ"ש הגי"ת להדי' דאם היא שבועה של תורה שפיר יתכן בו משאיל"מ וכן נכון דאל"כ לעולם יפקיע שבועה של תורה וימסרו לאחד ויאמר א"י או ימסרנו לאשתו ובניו הקטנים ויאמר א"י ולכך אם א"י לישבע משלם ומכ"ש דלוה טוען שהיה שוה יותר. ויש לזה ראי' קצת מהא דפרכינן שם בב"מ על הך בבא סלע הלויתני ושתים היה שוה והמלוה אומר סלע הלויתיך וסלע היה שוה פטור ואמאי מגו דמשתבע שאינו ברשותו לישתבע נמי ע"י גלגול כמה היה שוה ודחק הגמ' במאמינו ולמה לא משני דכל המשנה איירי דמסר הפקדון ליד אחר ואצלו נאבד וא"כ עליו אין שבוע' שאינו ברשותו רק השומר השני חייב לישבע כך כדין שומר אבל אי אתה יכול לגלגל עליו לישבע שוי המשכון דהא הוא אינו מלוה כלל ומה איכפת לי' בתביעה שבין מלוה ולוה והוא דבר שאין לו שייכות כלל בשבועה. וברישא דקתני לפי אוקמת' דר"א מי נשבע תחילה מי שהפקדון אצלו ג"כ מתפרש על שומר השני דישבע תחילה שאינו ברשותו ותו ליכא חשש שמא ישבע הלה וכו' ול"ל את לא מהימן לי בשבועה דזהו בדבר של ממון שנוגע בין מלוה ולוה אבל דבר זה נמסר לב"ד דחששו שמא יוציא הפקדון ויתחלל ש"ש ולגבי ב"ד כל ישראלים בחזקת כשרות וכשישבעו הרי סר החשש מלב ב"ד דלא יבא לידי ח"ה דחזקה דבאמת נשבע וא"ש. וזהו נכון יותר משארי דחוקים שאמר שם בגמ' כגון דאיכא עדים וכו' ע"ש. אלא לפי הנ"ל לק"מ דאם מסרו לשומר אחר ולא מצי משתבע שבוע' שאינו ברשותו אף דמצי לישבע דלא היה שוה רק ה' דינרים מ"מ חייב לשלם כפי תביעת התובע וכמש"ל ומכ"ש באומר רק סלע היה שוה דחייב לשלם כפי תביעת התובע דדנין בי' משאיל"מ וא"כ א"א לאוקמי המשנה בכה"ג דקתני להדיא דפטור וא"ש. איברא בבא דפחת דכתב בנפחתה ג"כ ה"ל משאיל"מ אף דבזה אין צריך לישבע שאינו ברשותו דהמשכון לפניך צ"ל לפמ"ש וכן לפי מ"ש הגי"ת בעצמו דאלו היה שבועה שאין ברשותו ש"ש דלא היה ק"מ. דהך נפחתה לא היה ביד השומר ראשון רק ביד שומר שני וכן משמע להדיא בבעה"ת שם וא"כ מה שמחולקים בפחת אין שמעון טוען ברי רק הכל מפי לוי דאצלו נפחתה וא"כ גם בזה הוי שומר שמסר לשומר דא"י לישבע שמעון ולוי לא מהימן ליה ולכך חייב לשלם כל הפחת. ויותר טוב שנסבול איזה דוחק בלשון רק יהיה הדין נכון משנאמר דינים דחוקים לא שערום הקדמונים ז"ל וכמ"ש באורים:

מז **ואין** לו לשלם וכו' דעת הסמ"ע דאף הרמב"ם דס"ל אם פשעו אשתו ובניו הבעל פטור מ"מ אם מסרו לאיש אחר לכ"ע חייב ולכך לא הביא רמ"א דעת הרמב"ם החולק

פה והש"ך כתב היפוך דביד אחד יותר מסתבר ממסרו לאיש אחר מכח קו' ר"ת דא"כ כל אחד ימסור המופקד אצלו ביד אשתו והם יפסידם והוא יושב וחדי. ואמת דסברא זו הובא בס' אסיפת זקנים וכ"כ הישי"ש ולולי מסתפינא הייתי מכריע בסברא אחרת לחלק בין ש"ח שמסר לשומר או ש"ש. דבש"ש דחייב בגניבה ואבידה ואפי' בגניבת אונס ע"י חתירה ואפילו הקיפהו במחיצה של ברזל לדעת רוב מחברים וא"כ הגע עצמך ש"ש שהניח אדם שרגיל המפקיד להפקיד אצלו לכנוס לביתו בלי השגחה כלל עליו והוא גנב החפץ שנמסר לו לשומר לשמור והלך לו וכי אין ש"ש מחייב אע"פ שלא פשע כלום וה"ל כמו אונס מ"מ מתחייב דכללא הוא בגניבה ואבידה מתחייב וא"כ ה"ה שמסר הפקדון לשומר השני ואם הוא פשע הא פושע ה"ל לדע' הרמב"ם מזיק בידי' ואין לו לשלם למה לא יתחייב הראשון ומ"ש דגנבו השני ואין לו לשלם דראשון חייב ומ"ש בפשע בו ואין לו לשלם דפטור סוף כל סוף היינו אבידה וכי בשביל דמסרו מידו לידו יהיה פטור ואלו נכנס השני בלי רשות ואכלו ואבדו ודאי דראשון חייב דכללא הוא כל גניבה ואבידה ש"ש חייב ובשביל דמסר הפקדון של חבירו יהיה יפה כחו דיפטור זהו לא שמענו אבל בש"ח דפטור בגניבה ואבידה ואינו חייב אלא בפשיעה ובזה שמסרו לאחר לא פשע דרגיל המפקיד אצלו ואם השני פשע לו יהיה דשני גנבו יהיה פטור ומה לי פשע או גנבו סוף כל סוף אינו מחייב רק בפשיעה והא לא פשע ואין זה אצל השני רק כאלו גנבו ולכך פטור וזהו ברור ונכון וישר בסברא וא"כ אף כאן דהוא ש"ש פשיטא דראשון חייב אך לא מצאתי חבר לזו במחברים וצריך בחינה בספרים אולי יש ג"כ ראיה מדברי מחברים כי לא מלאני לבי לומר דבר חדש מה שאין זכר לו בדברי ראשונים ז"ל

מח **אפילו** הוא גדול וכו' וכן פסק רמ"א בסי' ש"מ דהמחזיר חפץ המושאל לאשת המשאיל דלא נפטר השואל ואלו בסי' רצ"א סכ"א כתב רמ"א והוא מתשובת מהר"ם במרדכי ב"מ פ"ג דאם החזיר הפקדון ליד אשת המפקיד דפטור וטרח סמ"ע לחלק דבשאלה כל הנאה שלו צריך שמירה ביותר וכן המלוה על משכון דקונה משכון הוי כשואל והש"ך כתב דדוחק לחלק וגם תי' הב"ח לחלק בין אשה הנו"ן בתוך הבית או לאו לא משמע לי' בישוב דברי רמ"א ומ"מ לדינא הסכים עם הב"ח דאף בפקדון אם אין נו"ן בתוך הבית לא שמי' חזרה ובאמת המעיין בתשובת מהר"ם במרדכי משמע דליתר התאמת הדין כתב דנו"ן בתוך הבית ולרווחא דמילתא ולדינא אמר באמת אפילו אין נו"ן בתוך הבית אך באמת לק"מ דהמעיין במהר"ם יראה כי זה כתוב לעוד כל המפקיד על דעת אשתו ובניו וכו' אבל מתחילה לא בשביל זה פוטר למפקיד כי ודאי י"ל כמ"ש הרא"ש והרשב"א להדיא דאף דנאמר כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא

מפקיד מ"מ לא שמיה חזרה והוא חייב באחריותן כמ"ש בתשובה סי' תצ"ג רק מה בכך דעדיין הפקדון בחזקת השומר מ"מ הוא מסרם לבן דעת והוי שומר שמסר לשומר בשומר שרגיל להפקיד אצלו דלא שייך למימר אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר או לא מהימן לי בשבועה ולכ"ע לא שמי' פשיעה וא"כ כאן דמסרם לאשתו של המפקיד פשיטא דלא מצי למימר אין רצוני וכו' או לא מהימנא בשבועה וא"כ אין כאן פושע על השומר ואי דאשתו אין לה לשלם יתחייב הוא לשלם הא תינח לדעת התו' והרא"ש הא הר"ם במרדכי פסק להדיא שם פ' הנ"ל סימן רפ"ב בתשובה המתחלת ראובן שתבע לשמעון השאלתיך ספר קדשים וכו' כרמב"ם וא"כ מה בכך דלא שמי' חזרה מ"מ הוי שומר שמסר לשומר אך זהו בש"ח אבל בש"ש ומכ"ש בשואל דמסר החפץ ליד אשת בעל החפץ א"כ כיון דלא שמי' חזרה והרי היא ברשות השומר עדיין פשיטא דחייב ואי דה"ל שומר שמסר לשומר הלא גרע לשמירתה דהאישה אינו עליו רק שומר חנם והם ש"ש או שואל וא"כ ה"ל פשיעה כדלקמן סי' רצ"א בסופו וחייב וא"ש. ואין להקשות תינח להר"ם דס"ל כרמב"ם אבל הרמ"א דהביא שני דיעות בסי' רצ"א אם שומר ראשון חייב באחריותו של שני לא ה"ל להחליט הך דינא של מהר"ם דאם החזיר הפקדון לאשת המפקיד דנפטר דחדא י"ל הואיל דספיקא דדינא פשיטא דפטור די"ל קים לי' כהרמב"ם והר"ם אף גם י"ל דס"ל כמ"ש הישו"ש וכמ"ש בס"ק הקודם דדוקא באשתו ובניו ס"ל דחייב דאל"כ כל אדם יערים אבל באחר ומכ"ש באשת המפקיד דלא שייך כל אדם יערים לכ"ע הראשון פטור ולק"מ ודוק כי זה ברור:

מט **ויש** לאותו פלוני משכון משמע דאין המשכון נזכר בשטר כ"כ הש"ך ויש להבין אם אין היורש יודע אם נאנסה וכן הלוה א"י וא"כ למה לא יפרע הא יש כאן שטר ועיין לעיל סי' נ"ט ולקמן סי' פ"ב במלוה ולוה א"י אם נפרע השטר בחזקתו וגבינן בי' וע"ש בש"ך וצ"ל או דהתם שמא של הלוה גרוע דה"ל למידע כמאמר חז"ל דפרע דייק משא"כ כאן מנין יודע אם נאנסה או דשם אמרינן דשטר בחזקתו ולא נפרע כלל משא"כ כאן דידוע דהיה משכון על שטר וא"כ איתרע שטרא רק דאין נודע אם נאנס המשכון כבר יצא השטר מחזקתו ומספיקא לא גבינן בי':

נ **נשבע** הנתבע היסת וכו' הקשה הש"ך הא היורש טוען ספק ואיך ישביעהו מספק ותי' לצדדין קתני דאם אין היורש טוען וודאי החזיר פשיטא דאין כאן שבועה אבל אם טוען ודאי החזיר צריך הנתבע לישבע היסת ויש להבין הא בשיורש טוען וודאי החזיר הא יש ליורש מגו דטוען וודאי נאנסה ויהיה נאמן בשבועה וצריך הלוה לשלם. כמ"ש הש"ך גופיה בס"ק זה א"כ אף בטוען החזיר יהיה נאמן במגו בשבועה ואי דה"ל מגו להוציא

הא במקום שטר אמרינן מגו להוציא וצריך לומר דכוונת הש"ך דטוען ברי החזיר לך לא דראה דהחזיר רק דכך צוה לו אביו. וא"כ יכול להשביע היסת כיון דשטרו בידו ומסייע לו ועיין לקמן סי' ע"ה סכ"ב ולפ"ז ליכא כאן מגו דהוא אינו משקר רק אביו לא היה נאמן כי אם במגו דנאנסה והיה צריך שבועה והא מת לא אשתבע וא"כ אין להוציא בלי שבועה כיון דאביו היה צריך שבועה כנודע. ולפ"ז שפיר י"ל כלישנא דש"ע דטוען ברי דנאנסה והיינו דכך פקד אביו וא"כ ל"ק קושי' הש"ך והב"ח דישבע שכדבריו וישלם הלוה דהא לא ראה שנאנסה רק מכח צוואת אביו ואביו מת ולא נשבע וקו' הסמ"ע דאיך קתני נשבע הלוה שלא החזיר הא מודה שלא החזיר רק נאנסה ג"כ ל"ק דהא באמת הך שבועת הלוה אינו מוסב אלמעלה ולצדדין קתני כמ"ש הש"ך. ואם באנו לזה י"ל דא"צ לצדדין רק מה שטוען נאנסה היינו דאביו פקד בבירור שחייב לו כי אין משכונו בידו וא"כ לפי דברי הלוה שלא החזיר ע"כ נאנסה ולכך טוען ברי נאנסה והלוה דאמר לא נאנסה ולא מהימן ליה אמרינן א"כ החזיר ולכך ישבע וא"ש. אך לפי שהעליתי לקמן בכללי מגו דלכך לא הוי מגו להוציא במקום שטר לח מטעם דהוי כגבוי רק דחזקה שטרך בידי מה בעי מסייע עלי' ע"ש א"כ לק"מ מכאן דכאן הא הלוה לא טען דפרע עד דנימא ה"ל להחזיר שטרו רק הוא טוען פשע או שלח יד במשכונו והוא לא ידע. וא"כ הוי מגו להוציא ולק"מ אך מכל מקום י"ל הפירוש בש"ע כמ"ש:

נא **וטוענים** יתומים וכו' כתב הש"ך דווקא דטוענים ברי אבל אם טוענים שמא אף דטענינן ליתמי לקוח הואיל ואביהם מצי לטעון כך מ"מ ממושכן הוא בכדי דמיו דגוף החפץ של לוה לא טענינן עד יטענו ברי כך צוה אבינו. ולדבריו אדם שמת והניח משכנות ולא פקד יהיה הלוים נאמנים שחייבים עליהם פ"א ולא ידעתי מנ"ל זה דהא כללא הוא כל מה שיכול אביהם לטעון טענינן ליתמי ובפרט לדעת הש"ך שהסכים לעיל כדעת רשב"א בתשובה דב"ח קונה משכון וה"ל כלקוח ונאמן בכדי דמיו אפילו ל"ל מגו כלל, ומדברי בעה"ת שער מ"ט ח"ג ד"ה משמע להדיא כסמ"ע דהרי כתב דישליש החמשים עד שיגדלו יתומים וישבעו שבועת יורשים שלא פקדנו אבא ולדברי הש"ך צריכין לישבע שפקד האב שכך חייב לו הלוה על המשכון ומה זה שלא פקדנו אבא ועוד כתב במה שטען הלוה שקרובים ישבעו שכך צוה ופסק דפטור אפוטרופס לישבע כי חובה עליהם לטעון כל טענות שאפשר לטעון וכו' ובשלמא דסגי במה שטוענים אילי חייב שפיר כתב שבועה זו מה טיבו כך חובתם לחפש בזכות יתומים ולטעון כל אפשרי אבל אם לא סגי רק שיטענו שכך צוה בבירור ואי לא צוה עול הוא בחיק יתומים ליטול מיד הלוה א"כ איך חובה עליהם לטעון וכי הרשות להם לטעון שקר וכי זהו חובתם או כך

יפה להם ח"ו דובר שקרים לא יכון ואי דהיתומים טוענין כך צוה והקרובים לא ידעו בממ"נ מה טיבו של שבועתם הא לא ידעו ואי דהלוה טוען הם ידעו דלא צוה א"כ עדיין קשה מה זה שכתב שחובה עליהם לטעון כי חובה עליהם להיות סנגורים ליתומים הטוענים שקר ולא יגנבו המעות עד שיגדלו וישבעו וכי יניחו לישבע לשקר וגם מה יועיל אמירת קרובים הן לזכות והן לחובה הלא הם פסולים ליתומים לכן ברור כדברי סמ"ע דבשמא אין מוציאין ויפה כתב בעה"ת שחובה על אפוטרופסים לטעון ואין נ"מ אי צוה או לא צוה:

נב **וישבעו** שבועת היורשים כתב הש"ך לקמן בסי' ק"ח ס"ה מבואר דוקא בדטען אשתבע לי אבל בדלא טען לא משבעי' לי' ול"נ דאין דומה להתם דשם מיירי בשטר ואלו חי המלוה והיה טוען הלוה פרעתי לא היה מחויב המלוה שבועה אלא בדטען אשתבע לי ה"ה במותו אין יורשי המלוה חייבי' לישבע שלא פקדנו רק בדטען השבע לי. משא"כ כאן דליכא שטר רק משכון ואלו המלוה חי והיה בסך הלואה המלוה והלוה מחולקים לא היה נוטל רק בשבועה אע"פ דלא טען השבע לי כדינו של גאונים הואיל ולא טען על גופו של חפץ רק על דמיו כהנ"ל וא"כ אף במותו צריכין יורשי' לישבע שלא פקדנו אפילו בדלא טען כלל ופשוט:

נג **אבל** אם הוא מדברים העשוים וכו' כתב הסמ"ע אפילו ליכא עדי ראה כלל וא"כ אלו אביהם חי היה נאמן במגו דלקוח מ"מ גבי יתומים כיון דהוא אמר חפץ זה שסימנו כך שאול הוא בידו ממני ביד אביהן היו והב"ד מכריכין ליתומים להראותו ואם מכוונים הסימנים והוא עשוי להשאיל ולהשכיר מחזירין ליד התובע מה דלא היו מכריחין למלוה כשהיה חי. הש"ך השיג והסכים למהרש"ל דטענינן ליתמי מה דאבוהן מצי לטעון וא"כ בעינן עדי ראה. ובאמת שניהם לא דיברו להלכה כי הש"ך לשיטתו אזיל כי לקמן השיג על הש"ע ורמ"א בסי' רצ"ז באריכות ואני בררתי שם בס"ד כי לא ירד לעומק הלכה כראוי והעיקר שם כמ"ש רמ"א והתו' והרא"ש בפ' א"נ דודאי על סימנים אפילו מובהקים לא סמכינן להחזירו ליד התובע רק צריך שיכירו עדים בטב"ע שזהו כלי של פלוני רק אין הב"ד מכריחין ליתומים להראות החפץ לעדים שיכירו בטב"ע אמנם אם אמר סימנים והב"ד רואים החפץ ומכוונים הסימנים לפ"מ שאמר א"כ רגלים לדבר שזהו החפץ שטוען עליו ולא שכיח דמתרמי חפץ שסימניו שוי' ובזה מכריחי' ליתומים להראותו לעדים ואם אח"כ יכירוהו העדים בטב"ע מחויבים להחזיר. זהו העיקר מ"ש התוס' והרא"ש והן דברי הרמ"א לקמן סי' רצ"ז ע"ש. ולפ"ז מ"ש הסמ"ע דמשמע מדבריו דאין כאן עדים כלל אשר מכירים החפץ בטב"ע שהוא שלי רק הוא נותן סימניו ובזה ס"ל לסמ"ע דמחזירין

וזהו אינו נכון דעל סימני' גרידא אינו מחזיר וכמו כן מ"ש הש"ך דלעולם אין מחזירין עד שיהיה ראה ג"כ אינו נכון רק אם הוא יש לו עדים המכירים בטב"ע אע"פ שאינם רואים והוא נותן סימנים כמ"ש הסמ"ע ג"כ מכריחים הב"ד להראותו לעדים ואם הם מעידים שמכירים מחזירים לו וזה ברור ונכון. אלא זהו אם הם אינם טוענים ברי שכך צוה אבל אם טוענים ברי שכך צוה פשיטא דלא מהני סימנים כלל כמבואר ברמ"א לקמן סי רצ"ז וכמ"ש שם באריכות וכמש"ל ע"ש. ולכך הסמ"ע לשיטתו דפי' דכאן מיירי דאינם טוענים ברי שכך צוה וא"ש. שוב ראיתי בט"ז שביקש לחלק בין הך דלקמן בסי' רצ"ז דאיירי בדברים שאינם עשויים להשאיל ואיכא עדי פקדון ובין דברים העשוים להשאיל וליכא עדי פקדון דכל טעמו של הרא"ש והטור לקמן דלא טענינן ליתמי מילתא דל"ש והיינו שימסרנו בפקדון ואח"כ ימכור לו משא"כ דברים העשוים להשאיל. שכיח שימלך למכור. ומלבד דגם הש"ך כתב סי' הנ"ל דגם זה לא שכיח שימכור דברים העשוים להשאיל ואין אדם עשוי למכור כליו אף גם במחילה מכבודו דשם אין הפי' לא שכיח דימכרנו דלמה לא שכיח רק אנן ראינו סימנים מכוונים לזה החפץ וה"ל עדי ראה רק חיישי' דלמא מתרמי זה כזה בסימנים זה לא שכיח ולא טענינן ולכך צריך להראותו לעדים שיכירוהו בטב"ע וכ"כ לקמן הפרישה דזה ל"ש שיזדמן עוד חפץ שסימן כסימן זה ברור. ולכך מצריכין שיאמר סימנים וא"כ אין מקום לדבריו כלל וזה ברור:

נד **וי"א** דה"ה דמעות וכו' כל האחרונים השיגו לרבינו ב"י בזה דהא המעות להוצאה ניתנו כמ"ש הרמ"א והרב הש"ך כתב נוסחא מוטעת נזדמן לרבינו ב"י ברבינו ירוחם ואם כי הם החליטו הדבר לדידי מספקי טובא ויש לדעת רבינו ב"י מקום לסמוך עליו כי הב"ח כתב בהשגתו על הב"י וראיה ברורה מפ"ב דקדושין במלוה ברשות בעלים וכו' ואפילו הוא בעין כאלו הוציאו יחשב עכ"ל ואני אומר משם ראיות ב"י דהא שם דף מ"ו פליגי בקדשה במלוה ת"ק ס"ל אינה מקודשת ורשב"א אומר בשם ר"מ מלוה הוא כפקדון ואמרינן במאי קמפלגי במלוה ברשות בעלים לחזרה קמפלגי דת"ק ס"ל דאינו ברשות המלוה לחזור בו ולתבוע מעותיו אע"פ שהם בעין וא"כ אינה מקודשת ורשב"א סבירא ליה דיכול לחזור ולתבוע מעותיו וא"כ הרי הם רק כפקדון בעלמא ויכול לקדש בו אשה דשלו הם וברשותו קאי ופריך הגמרא אלא הא דאמר ר"ה השואל קורדום מחבירו בקע בו קנאה לא בקע בו לא קנאה לימא כתנאי אמרה לשמעת' ומשני עד כאן לא פליגי אלא במלוה דלא הדרא בעיניה אבל בשאלה דהדר' בעינה כ"ע ס"ל דוקא בקע בו עכ"ל וא"כ ברור דלת"ק דאם הוא ביד לוה אע"פ שלא הוציאה אין ביד מלוה לתובעם. וגלל כן אינו ברשותו לקדש בו אשה כלל אין דינו של הב"י מחוור כמ"ש

כל המחברים כיון שהגיע מעות ליד גוי אף שהם עדיין בעין תו יצא מרשות ישראל לגמרי והרי הן של גוי אבל לרשב"א דס"ל דהוי כפקדון ויכול לקדש בו אשה דהרי יכול לחזור בו א"כ יתכן דינו של ב"י דהא הם של ישראל לגמרי והם רק כפקדון ביד גוי כל כמה דלא השתמש בהן ויכול לקדש בו אשה א"כ פשיטא דבנפל הוא כפקדון של ישראל ביד גוי וחייב להחזירו. ומדברי הב"ח גופי' משמע דתלי' בהנך דעות. ומעתה צריכין אנו לברר כמאן קי"ל הלכה וברור דהלכה כת"ק דאינה מקודשת אבל נראה לפמ"ש התוס' ב"ק דף ע"ט ד"ה תקנו וכו' דבהך דשואל קורדום יש שלשה מחלוקות לר"ה לא תקנו ביה משיכה כלל ויכול לחזור בו קודם שבקע בו ולר' אלעזר דאמר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים ד"ת יכול לחזור בו ומדרבנן עפ"י תקנה א"י לחזור כיון דמשך ור' אמי ס"ל אפילו ד"ת א"י לחזור ולכך מעל וקי"ל כוותי' דר"א כמבואר שם בגמרא ובכל הפוסקים דתקנו משיכה בשומרים וא"כ אם בקורדום דהדרא בעינא קימ"ל דמשעה שמשך לא יכול לחזור מכ"ש במלוה דלא הדרא בעינה ולכך קי"ל דמלוה לא ניתן לחזרה. רק אי גם המלוה הוא רק מדרבנן דתקנו ביה משיכה כמו קורדום לר"א או נימא במלוה דלא הדרא בעינ' לכ"ע הוי דאורייתא בזו יש לספק ונראה דגם זה מדרבנן דהא ודאי רשב"א דס"ל מקודשת ע"כ דס"ל דלא תקנו משיכה בקורדום דאם בקורדום תקנו מכ"ש במעות ואיך תהיה מקודשת הא עפ"י תקנתא דחז"ל נפקע רשות כדאמרי' בכל דוכתי במקדש באיסורי הנאה דרבנן והגע עצמך המוכר כלי לחבירו וחבירו קנאו במשיכה וכי יכול המוכר לקדש בו אשה אע"פ דמהתורה לא קנאו הלוקח והוא ברשות המוכר וה"ה בזה ואפילו לגבי מעילה ס"ל לרמב"ם דלא כתוס' דס"ל הואיל ותקנו משיכה אי נתן קורדום של הקדש לחבירו מעל ויצא לחולין ודלא כתו' הנ"ל דס"ל דלהך מ"ד צ"ל דהוי דאורייתא דהא הרמב"ם בפ"ב מהלכות שכירות פסק דתקנו משיכה בשומרים ומ"מ פ"ו מהל' מעילה פסק דיוצא לחולין וכו' ש"מ דס"ל דאלים תקנת חכמים להפקיע אפילו ידי מעילה וא"כ כ"ש לענין קידושין ועכצ"ל דלא ס"ל לרשב"א דתקנו משיכה בשומרים כלל וא"כ לפ"ז לת"ק דס"ל דאינה מקודשת אי אמרינן דס"ל במעות הואיל ולא הדרא בעינה מהתורה א"י לחזור א"כ תו לא מצינו דיהיה חולק ארשב"א דס"ל דלא תקנו משיכה בשומרים גבי קורדום וכיוצא בו דמה שסבר במעות דאינו חוזרת הוא ד"ת אבל דחכמים תקנו לא מצינו לו ומהכ"ת לחדש פלוגתא חדשה מה דלא מצינו ולמה נימא דפליגי בתרתי אי ד"ת יכול לחזור במלוה ואי תקנו משיכה בשומרים מחלוקת זו אין צריכה ואפושא פלוגתא היא וא"כ קשה להני בי רב דס"ל דפליגי במלוה ברשות בעלים לחזרה הך מילתא דר"א וכן קימ"ל במרובה דף

הנ"ל דתקנו משיכה בשומרים דלא כמאן דהא כ"ע ס"ל דלא תקנו כלל. ועיין בריטב"א לקידושין דכתב להדיא דמגופי' דברייתא דייקינן דבהך פליגי במלוה ברשות בעלים לחזרה ולא בסתמא דמלוה ע"ש. וא"כ קשיא לר"א ור' אשי במרובה. ועכצ"ל דלר' אלעזר לא נחלקו כלל בד"ת דבדין תורה אפילו מלוה חוזרת רק פליגי בתקנה אי תקנו משיכה ור"א ס"ל כת"ק וכ"כ הריטב"א דרבנן כר"א קיימי. ולפ"ז הא דתקנו משיכה לגרע כח המשאיל בישראל אבל ישראל המשאיל לגוי מהכ"ת לומר תקנה ואנה מצינו זו דיתקני חז"ל תקנה לגוי ולגרע כח ישראל ולהוסיף כח הגוי דבר זה לא היה ולא מצינו ואין לנו אלא ד"ת וא"כ כל זמן שהמעות בלי הוצאה ממנו כלל ביד גוי הרי הוא ברשות ישראל ויכול לקדש בו אשה והרי הוא כפקדון וא"כ פשיטא דהוי אבדת ישראל כמש"ל. איברא דיש לפקפק לפמ"ש באסיפת זקנים בשם הריטב"א שם ב"מ פרק השואל דלכך ס"ל לר"ה דלא בקע יכול לחזור דר"ה ס"ל משיכה לאו קנין מד"ת רק תקנת חכמים וס"ל בשומרים לא תקנוהו ור"א פליג וס"ל דאף בשומרים תקנוהו. ולפ"ז ר"ל דס"ל משיכה מפורשת ד"ת אף בשומרים מודה ר"ה ומכ"ש אינך אמוראי דא"י לחזור בו דקניה במשיכה. וא"כ עדיין קושי' הנ"ל במקומו דבגוי ודאי א"י הישראל לחזור דקימ"ל כר"י לישראל בכסף וא"כ לנכרי במשיכה ד"ת וא"כ לכ"ע א"י לחזור בו והוא קנין ד"ת. מיהו נראה דהרי"ו והב"י ס"ל דלא תליא בזה אף דמשיכה קנין ד"ת ה"מ במקנה גוף הכלי והחפץ אבל בשאלה אין מקנה לו רק תשמיש וכ"כ הריטב"א לקידושין בשם רבו דאלת"ה הא שאלה הוי ליומא כעין מתנה וכמ"ש הריטב"א שם ובמתנה כתבו תוס' ע"ז דף ע"א ד"ה פרדשני וכו' ע"ש דלכ"ע משיכה קונה ד"ת ועכצ"ל כמ"ש הריטב"א בקדושין. ועוד דהא רב אשי ס"ל בפ"ב דבכורות משיכה בישראל קונה ור' אשי דייק בב"ק דף ע"ט ממשנה דתקנו משיכה בשומרים. ואלו תלי' זה בזה מה צורך לדייק הא הדבר מבואר בעצמו וכן כל החרדה שהחריד הגמרא לומר דבמלוה ברשות בעלים לחזרה פליגי דלא יהיה רב כתנאי ועדיין רב כתנאי דהא רב ס"ל דמשיכה קונה ד"ת כמ"ש תו' להדיא ע"ז דף ע"א ע"ב ד"ה מידי ע"ש וא"כ א"א בחזרה וכ"ת בהך דמשיכה קונה או לא לא נ"מ אי רב אמר כתנאי דבלא"ה ר"ש פליג וס"ל מעות קונה דא"כ לא מקשה תו' שם דרב כתנאי והוצרך לשנויא דרב איירי במלוה שהתחיל להוציא דלפמ"ש לק"מ דבהך לא נ"מ אי כתנאי ועכצ"ל דלא תליא זה בזה כן ר"ל ליישב דברי רי"ו וב"י. אמנם מדברי תוס' ב"מ דף מ"ג ד"ה מאי וכו' משמע דס"ל כמ"ש ריטב"א לעיל דתליא אם משיכה קונה ד"ת או לא דיש להבין בגמרא שם דפריך לר"ה המפקיד מעות מותרין אם הוציא מעל הגזבר לר"ה מאי איריא הוציא אפילו לא הוציא נמי וקשה הא בדף כ"ט ד"ה והוי וכו' הקשה תו' מה קושיא

הא אפילו בשואל קורדום כ"כ דלא השתמש בו לא מעל לר"ה ותי' ה"מ בקורדום אבל במעות אפילו הן עדיין בעין א"י לחזור וא"צ ליתנם בעין ע"ש וקשה תינח למ"ד מלוה ברשות בעלים לא ניתן לחזרה אבל למ"ד ניתן לחזרה א"כ במכ"ש במפקיד מעות מותרין דלא הלוה לו להדיא רק הרשהו אם יצטרך וא"כ מה קושיא דלמא הך ברייתא אתיא כהך תנא כרשב"א דס"ל מקודשת דמלוה יכול לחזור ומכ"ש במפקיד ולכך כ"כ דלא הוציא לא מעל וצ"ל דא"כ דאתיא כהך תנא אדתנא אם הפקיד מעות מותרין לא מעל אם לא הוציא לאשמועינן רבותא טפי דאפילו הלוה הגזבר מעות הקדש ולא הוציאו הלוה דלא מעל הגזבר ומכ"ש במפקיד מעות מותרין א"ו דוקא מפקיד ולא מלוה וקשיא לר"ה או דקי' ליה לגמרא דהך משנה דגזבר אליבא דהלכתא אתמר וקימ"ל כוותיה ולכך פריך מיניה לר"ה וא"כ ל"ל דס"ל מלוה לחזרה דהא לא קימ"ל כן. ולפ"ז אין מקום לקו' התו' דהקשה האי דאמרינן נתן לספר לא מעל הואיל ולא משך תספורת לר"ה מה בכך הא מותר להשתמש במעות וא"כ מעל וקשה מה קושי' דלמא הך אתי' כתנא דמלוה ברשות בעלים לחזרה ולא עדיף הך ממלוה גופי' ולא מעל משא"כ כאן ע"כ איירי כמ"ש כמ"ד לא ניתן לחזרה כמ"ש ואין מקום לקו' התו'. ועכצ"ל דסבירא לי' לתו' כמש"ל בשם ריטב"א וא"כ הא ר"ה דסבירא לי' כר"י דמעות קונות ד"ת ע"כ מוקי לה הא דקתני לספר לא מעל בספר נכרי כמ"ש התוס' וא"כ בגוי משיכה קונה לכ"ע מלוה לאו לחזרה קאי וקושי' התוס' שפיר דה"ל למעול ודוק כי הוא נכון וברור בישוב דברי התוס'. ובאמת גם הרא"ש עמד בקושי' התוס' כנ"ל ומזה ג"כ מוכח כנ"ל ולכן הרמ"א דחולק כביר מצאה ידו בראי' מפוסקים כמ"ש ובפרט דגם לא מצינו בא"ע בשום מ"ד ופוסק דאם קידש אשה במלוה שיש לו ביד גוי קודם שהוציאה דיש בו חשש קידושין דלפי דעת מחבר דהוא בחזקת ישראל כמש"ל פשיטא דיש בו חשש קדושין וצ"ע. איברא דמלוה דיש לו ביד גוי במה קני' לאשה לקדש בו בק"ס מטבע אינו נקנה בחליפין בא"ק בלא"ה מקודשת מכח קרקע במ"ג חדא מי יימר בגוי שייך מ"ג ועוד במ"ג אפילו במלוה מקודשת וכמו"ס בפקדון לא שייך כמש"ל בשם מהרי"ט. מיהו עדיין יכול ליתן אגב קרקע וקרקע בשאלה והדמים בנתינה לחלוטין וא"כ בקרקע אינה מקודשת דה"ל כשאלה. ועכ"פ יש לרבינו הגדול יתד לסמוך בו ולא לשוי' לטועה כאשר חשבו אחרונים ז"ל:

נה **וכבר** יצאו לגמרי וכו' וכתב הסמ"ע דמהר"ם סיים על המשכון של ישראל ביד גוי אם הוחלט המשכון ביד גוי דהיינו שעלה עליו הריב' והקרן יותר משוים דהגוי דינ' ליזל בתר ערב' ונכסי דבר נש אינון ערבין א"כ המשכון מוחלט לגוי וזכה בו המוצאו עכ"ל וכתב הסמ"ע דמזה סיוע לרמ"א דכ"ש במצא מעות וגלל כן כתב הש"ך דהשמיטו

המחבר הואיל דפסק כרי"ו דאפילו במעות לא זכה המוצאו. ואני לא הבנתי איך זה דומה לזה דשם הטעם כמ"ש דעדיין המעות ברשות ישראל ולא קנאם גוי אבל כאן הרי חובותיו רבו משויו והרי מוחלט לו. ולכן נרא' דודאי אין כוונת מהר"ם דישראל החליט המשכון לגוי ואמר יהיה שלך בחובך דפשיטא דהרי הוא של גוי וא"צ להטעם דגוי בתר ערבא אזיל וכו' אלא דממילא מוחלט כיון דגוי א"י לתבוע בישראל רק במשכון דבתר ערבא אזיל ועיקר שעבודו עליו והחוב יותר מן שוי משכון מהכ"ת יתבע ישראל המשכון לשלמו יותר מהראוי וא"כ ממילא מוחלט לו אך זהו אם אין הלוה יכול לומר אעפ"י שחוב יותר מן המשכון אשלם לך שוי המשכון ולא יותר כי המשכון שלי א"כ פשיטא דמוחלט המשכון לגוי וכן משמע במרדכי בפ' מקבל דעת חכמי רבותיו של מהר"ם דבידוע דחובו יותר מכדי משכונו א"י לפדותו עד שישלם הכל אבל לפ"מ דהעלה המחבר בסי' זה סעיף כ' ולקמן בסי' ק"ט אפי' ביורש דאין מחויב לשלם היתרון כלל מה שנ"ח לו ומ"מ א"י לומר אקבלנו בכל חובי רק משלם לו שויו והנשאר מפסיד א"כ עדיין אין המשכון חלוט לו דמה בכך שמשכון אינו כ"כ כמו החוב מ"מ יכול לישראל לשלם שויו וחייב להחזירו מהדין והרי כאלו לא הלוה עליו רק בכדי שויו דלכ"ע אין מוחלט. ואפשר לומר הואיל בערכאות ובדיני גוים א"י להוציא משכון מגוי א"כ ישראל מתייאש ממנו וא"כ משום יאוש נגע בו ולכך הוא של מוצאו ולכך לא כתב זה הדין במשכנו של ישראל ביד גר והחוב יותר מהמשכון והישראל מת והיורשו אין לו לשלם המותרות ואם כן הרי זה כמו משכון בגוי דמ"ש דלפמ"ש משום יאוש זה לא שייך בגר דיש לאלקים שופטים בארץ אמנם הרב המחבר לא סבירא ליה משום טעם זה כנראה מלשון מהר"ם אבל מהרי"ט בחלק ח"מ סי' פ"ד דחילק דוקא כשמשכון ביד גוי אבל הושלש ביד ישראל לשעבודו של גוי לא דהא ישראל צריך לפרוע מעותיו וליקח המשכון ש"מ סבירא לי' מטעם יאוש בעלים דלטעם הזה יש חילוק דביד ישראל אינו מייאש אבל להב"י יהיה המשכון ביד מי שיהיה סוף כל סוף מוחלט לו המשכון וצ"ע מיהו אם הטעם להדיא משום דגוי בתר ערבא אזיל הא כתבו הש"ע וטור י"ד סי' ק"ע דעכשיו דיניהם כדינינו דלא אזלי בתר ערבא אבל לפמ"ש משום יאוש אף לדינינו שייך:

נו זכה שמעון בכל המשכון כתב הסמ"ע אם מעצמו הלך ומשכנו אצל ישראל בלי צוי גוי אם מת הגוי ג"כ אין מחויב ליתן המשכון לישראל ראשון רק אם הניח יורשים ויודעים מזה ודעתם לפדות המשכון חייב להחזירו לישראל הראשון משא"כ כשצוה הגוי למשכנו אצל ישראל אחר ומשכנו אין מחויב להחזירו כלל וכ' הש"ך דב"ח חולק דלעולם אין מחויב להחזיר כ"ז שאין היורשים באים לפדותו ולכך הניח הש"ך דין זה

בצ"ע ואני לא הבנתי מקום ספק כיון דקי"ל גוי יורש אביו ד"ת ואם כן מ"ש דהגוי חי דמחויב ליתן לישראל לפדותו כמ"ש הרמ"א בי"ד סימן קס"ט ומ"ש דמת הגוי וקם בנו תחתיו הלא ככח האב כן כח הבן מבלי שינוי ולכן דינו של הסמ"ע ברור בכל אופן אך נראה ה"מ בהניח בן לירש אבל לא הניח זרע רק קרובים לפמ"ש הרמב"ם בהל' נחלות פרק וי"ו דין ט' גוי יורש את אביו דבר תורה אבל שאר ירושות הן מניחי' אותם לפי מנהגם וכ' המ"מ דסדר נחלאות לישראל לבד נאמרו א"כ משמע דאין כאן ירושה תורה ומכ"ש שאר אב דלית ליה כלל כנודע ואם כן אפשר דאין מחויב ליתן לפדותו כיון דאין להם משפט ירושה:

נז יש להסתפק הש"ך כתב מה זה מקום ספק מ"ש משכון של גר ביד ישראל וקדם אחר וזכה בו דזכה במה שהוא יותר מהחוב וכ"כ מהרש"ל ביש"ש פ' הפרה ובאמת ספקו של מרדכי דהואיל דישראל השני קבלו בפקדון מישראל ראשון אפשר דגרע הוא ספק קלוש כמ"ש מהרש"ל דהא פסק כח ראשון והרי הוא הפקר אלא שיש לי ספק אחר עצום דבממ"נ איך יכול השני לזכות הא הקשה הגהת הרא"ש שם בב"ק הא ה"ל גזל גוי ואסור וגוי יורש אביו ד"ת וצ"ל דהואיל בהיתרא וברשות גוי בא לידו ה"ל כהפקעת הלואתו ומותר דמ"ש דיהיב לי' זוזי או חפץ סוף כל סוף בהיתרא בא לידו ולפ"ז אין זה דומה למשכנו של גר כלל דהתם כל זמן שהגר חי אין לישראל הראשון שום צד זכיה בו ובמות הגר הא לא זכה בו ישראל הראשון וקדמו השני לזכות אבל כאן תיכף בהגיע המשכון ליד ישראל הרי מופקר ורחמנא אפקר' להלואתם והרי ישראל זוכה בהפקר רק צריך להחזירו מחמת אלמותו של גוי וינתן בפלילים ואלו ידי ישראל תקיפה לדון בדינינו היה פושט לו הרגל וכזה במשכון ואם כן הרי תיכף זכה בו וכשהפקידו ביד ישראל שני שלו הפקיד דזכה בו מהתורה ובדינינו ומה יועיל אח"כ זכי' של שני כבר קדמו הראשון איברא דמדברי הגהת הרא"ש משמע דאין בכלל הפקעת הלואתו פקדון ומשכון וצ"ל דוקא מלוה להוצאה ניתנה אבל לא חפץ ודבר מסוים והא דאמרי' דאם מת הגוי דאין להחזיר המשכון ליורשים אעפ"י דיורש גמור הוא היינו באין יודע ואם כן ה"ל כאבידת גוי דהא נאבד הוא ממנו וכמ"ש הישש"ש להדיא דה"ל אבידה ובאמת אם היורשים יודעים ממנו חייב להחזירם דה"ל גזל. וא"כ דמי לגר לגמרי דהא לא חל ענין אבידה רק במותו ואז זכה ישראל השני. וזהו הסברא מסתייע לי' ממ"ש רמ"א בא"ע סי' כ"ח סי"ב קדשה במשכון שיש לו מכותי אינה מקודשת וקשה הא הוי הפקעת הלואתו וע"ש בב"ש ולפמ"ש ניחא וכן מיושב הא דאיצטריך רעהו למעט גוי' מדין שומרים הא בהגיע חפצו של גוי יכול לזכות בו ומה ד"ש יש כאן אלא דבפקדון לא שייך זה וה"א

דישבע ש"ש שאינו ברשותו. אך לעומת זה מסתימת כל הפוסקים דלא חילקו בדינים הללו אם היורשים תובעים המשכון או לא וכן כתבו כולם הטעם דלכך הפקעת הלואה מותר משום דבהיתרא בא לידו ולא לאמרו להוצאה ניתנה משמע אפילו בפקדון וכן משמע להדיא בתשובת מהרי"ו סי' קל"ח ע"ש ובקושטי' נ"ל רעהו אצטריך למעט גר תושב דאתה מצוה החיותו ומכ"ש דאסור להפקיע הלאותו ומ"מ דין שומרים לית לי' דלא נאמר רק לישראלים וא"כ ספק עצום הוא אם ישראל השני זכה ודעת של תורה מכרעת ממש דהדין עם הראשון ולכך יפה עשה הסמ"ע דנתן לעיל בסעיף מ' הטעם דזכה ישראל השני הואיל ונתן לו רבית ש"מ דישראל סילק זכותו ונתרוקן זכות הראשון לגמרי דלולי כן דאם הלוהו בלי רבית הרי כאן ספק כמו בסעיף זה ובחנם השיג עליו הש"ך:

נח **מפירי** דארע' הסמ"ע פי' כל הפירות כפי שויין שמין לו לגביות חובו ותמה הסמ"ע למה לא יאכל כל הפירות בנכייתא ותי' הש"ך דאיירי דכבר יכול לסלקו וכלה שני משכנת' אך עדיין אין מיושב א"כ מי מכריחו למלוה להמתין שנה אחר שנה עד שיקבל הפירות לפרעון יעשה שומא וחלטה בגוף קרקע ולכן נראה דכך פי' דש"ע אזיל לשיטתו דסבירא ליה דמשכנת' לא שרי' רק במשכנתא דסורא במישלם שנין אלו תיפוק ארעא דא בלי כסף ואם כן היא קמ"ל דלא זו נאמן דמשכנתא בידו לגוף החוב אף דגם היא בידו כמשכנתא דסורא ועד שיהיה נפרע החוב ומישלם שנים הקצובים אוכל הכל מפירי דארעא כפי שקצב וזהו הפי' מפירי דארעא היינו בזול כפי שקצב שבמשלם שנין יצא קרקע בלי כסף ושהיא שכורה בידו עד זמן ההוא וזה ברור:

נט **אם** נגנב קודם וכו' בתשובת הרא"ש אשר ממנו מקור הדין הזה הי' כך ששכר לו חביות ונתן לו בעבור החביות לשכרו משכון ואחר כך החזיר לו החביות ושאל משכונו ואמר לו שיבח בזמן ויחזירנו לו ובין כך ניטל המשכון ע"י גנבים וכ' הרא"ש דאם נגנב קודם זמן שקבע עדיין הי' מיטל עליו לנערו וש"ש משום פרוטה דר"י משא"כ אחר כך דאין עליו חיוב לנערו כלל. ומזה מבואר דלא סבירא לי' להרא"ש מ"ש לעיל ס"ק י"ז וי"ח בשם ריטב"א דשטוח וניעור לא משוי לי' ש"ש רק היכי דתחילתו הי' ג"כ מצוה בהלואה דהא כאן לא הי' תחילתו מצוה כלל דהא השכיר לו חביות בשכרו ומה מצוה איכא והנה הב"י הרגיש וכ' ועיין נ"י מ"ש בשם ראב"ד ורשב"א והיינו דהעלו דודאי משום פרוטה א' נעשה ש"ש לכל זמן דמה קצבה יש בשכר ואם כן יש להבין בהרא"ש ל"ל הטעם דהי' מחייב לשטח ולנער באותו זמן שקבע לו שיבא ויטול משכונו הא בלא"ה כיון שקבע לו זמן עד מחר אם כן עד אותה זמן עדיין שמירה ראשונה עליו ולא כלה שמירה ראשונה ואם כן בתחילה קודם שהחזיר לו החביות והי' אצלו משכון גמור הרי הי' ש"ש מפרוטה

דר"י והרי הוא ש"ש כל משך זמן שהוא שומר עליו וכי אתה מצריך פרוטה דר"י בכל יום ובכל רגע וצ"ע לכאורה אמנם נראה דבלא"ה יש להבין בראש"ש דזה השכיר לו חביות והוא נתן עבורו משכון ומשוי' לי' לש"ש אימת נעשה ש"ש כשקיבל השני החביות דזולת זה הרי מניחו לנער חפצו ואינו ש"ש כמ"ש הרא"ש גופי' ואם כן הא הוי שמירה בבעלים שמור לי ואשמור לך דזה ש"ש לחביתו וזה ש"ש למשכונו. ועכצ"ל דאחר שהחזיר לו החביות וביקש ממנו משכון שאל ממנו בעל החביות שיניח לו עוד המשכון על זמן מה ואם כן נעשה שומר חדש עליו ולא משמירה ראשונה שכלתה בהחזרת החביות לבקש' המשכון ואם כן דנעשה שומר חדש עליו אז הוי שמירה שלא בבעלים דכבר הוחזר החביות ואע"ג דבבירא לי' לרא"ש וטור שכרה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים מ"מ הוי שמירה בבעלים כמש"ל סי' שמ"ה צ"ל דסבירא לי' לרא"ש בתשובה כמ"ש באסיפת זקנים בשם בעל השיטה דמיירי דתוך זמן של שכירות ראשונה החליף להשכיר ולכך בהדדי שייכי אבל אם שכר אח"כ דכלה זמן שכירות ראשון כבר כלתה שמירה ראשונה ומה טיבו של זה לזה ע"ש ובריטב"א ולפ"ז דשמירה חדשה בא לכאן א"כ לא מהני דנעשה בזמן משך המשכון ש"ש מפרוטה דר"י דאז היה שמירה בבעלים ולכך טרח הרא"ש לומר דאף עכשיו מחויב לנערו והוי בכלל פרוטה דר"י והוי ש"ש וא"ש ודוק. אבל זולת זה ברור דמודה הרא"ש בשביל פ"א נעשה שומר לעולם כמ"ש הרשב"א:

ס **ונשרף** המשכון וכו' זהו לדעת הרמב"ם וסייעתו וכמו שפסק המחבר לקמן סי' צ"ב דחשוד שטען על פקדון נאנסה פטור אבל להרמ"ה ורבינו ישעיה דסבירא להו דחייב לשלם כיון שאינו יכול לישבע אם כן י"ל כאן דגוי צריך לישבע דלא פשע ודלא שלח יד וכדומה מש"ש וא"י לישבע דהוא חשוד כמ"ש הב"י סי' כ"ח ע"ש ואם כן הגוי חייב לשלם לו מדין תורה רק א"י להוציא מגוי מחמת משפט ערכאות ואם כן שמעון דלוה מגוי וחייב לגוי משועבד לראובן מדר' נתן ואם כן הא יכול ראובן להוציא מעותיו מן שמעון ועיין לקמן סי' פ"ו מ"ש אי שייך דר"נ בזה שישראל חייב לגוי ונ"מ אף לדידן אם הגוי חייב בד"י ופטור בדא"ה דלא מצי לתובעו לגוי:

סימן עג

א **נשבע** היסת וכו' צ"ע כיון דהך הבדל בין תשלומין תיכף או לאחר עשרה ימים הוא מילתא דררא דממון דאל"כ לא היה זוקקו להיסת ובע"א לש"ד וכן הוא באמת במשנה ריש מכות מעידים אנו באיש פלוני שהוא חייב אלף זוז לשלם מכאן ועד שלשים יום והוא אומר מכאן ועד יו"ד שנים ונמצאו זוממין אומדים כמה אדם רוצה ליתן וכו' הרי

דהוא ממון גמור עד שהעדים הזוממין חייבים לשלם היזקו וא"כ קשה דרך משל הוא תובע ק' זהו' לשלם תיכף והוא אומר לשלמו תוך חמשה שנים וכפי האומד הנך מאה אינם שוים כעת רק צ"ח זהובים כמבואר במשנה הנ"ל וא"כ הרי יש כאן מודה מקצת גמור דהוא תובעו ק' והוא מודה בצ"ח וחפשתי ומצאתי להרב מהרי"ט בחלק ח"מ סי' ק"ה שהרגיש בזה ותי' דמיירי דיש עדים על גוף הלואה רק אינם יודעים אימת זמן פרעון וא"כ אין מה דמודה בגוף הלואה בכלל הודאה ואין זה במשמע בלישנא דפוסקים וגם מה שתי' דאין הודאה ממין הטענה דחוק ויותר אפשר לומר דלא הוי דבר שבמדה ובמשקל ומנין דזה צריך שומת ב"ד לדעת כמה הבדל יש בין זמן קצר לזמן ארוך ולא מתפרש מתוך טענתם כמה הוא אינו בכלל מ"מ וצ"ע כי גם בזה לא נחה רוחי.

ב **הרי** זה וכו' כתב הש"ך טענו חייב אתה לי מנה לפרוע תיכף והוא מודה בחמשים לפרוע תוך יו"ד ימים נשבע על הנו"ן שאמר שזמנו ביו"ד ימים תיכף היסת ובכלות היו"ד ימים ישבע ש"ד על החמשים שכופר ולא הבנתי דין זה אך עפ"י שכתב שכן מורין דהא הך הודאה שחייב חמשים בתוך יו"ד ימים הוי הודאה שיש בו ש"פ דהא הוא ש"פ ובנו"ן כופר לגמרי הרי כאן מודה מקצת גמור ולמה ימתין עד תשלום יו"ד ימים הלא הוא כופר לגמרי בהם והתובע אמר עכשיו זמנו וצ"ל דחושבים ההודאה לזמן לא קרוי הודאה ולדבריהם אף לאחר יו"ד ימים תו ליכא ש"ד וכמ"ש הט"ז באמת בשם קצת דיינים והא ליתא כמ"ש הט"ז והעיקר דצריך לישבע תיכף אמנם אם תובע ק' לפרוע תוך יו"ד ימים והוא מודה בנ' נראה דלא ישבע רק בכלות הזמן דהא אף לדברי המלוה עדיין לא מטי זימנ' כלל ואולי בין כך יודה:

ג **ישבע** המלוה היסת וכו' הרב הש"ך דעתו לומר במשכון ישבע בנק"ח דהא לא על גופו דמשכון קטען והדין היה עמו אלו היה מש"ל בס"ק א' מיושב למה אין כאן ש"ד כמודה מקצת אבל כל זמן שאין לנו טעם ברור וצריך לומר דלא הוי ממון גמור לחייב עליו ש"ד רק דזוקקו להיסת א"כ אף מהמשכון לק"מ דלא שייך שבועה בנק"ח בדבר שאינו ממון גמור וצ"ע:

ד **לא** חלה השבועה וכו' הקשה הש"ך לחול השבועה בכולל כמו בנשבע שלא לאכול מצה סתם דאפילו בליל פסח אסור ותי' הש"ך דשם נשבע באמצע שנה עדיין לא חל חיובו של מצה משא"כ כאן דכבר מוטל עליו פרעון חוב מעת עשיית החוב תו לא מהני כולל. והגאון חכם צבי אשכנזי בהגהתו לט"ז בח"מ כתב דהוא סותר למ"ש תוס' ורוב מחברים דנחתו לחלק בהא דאמרינן שבועות דף נ"ד דליתא בלאו והן לומר שבועה שאוכל נבילות ושחוטות ולא אמרינן בכולל. דמ"ש משבועה שלא אוכל מצה ונכנסו

בתי' שונים כמ"ש שם ד"ה אלא הן וכו' ולא תי' כמ"ש הש"ך דבנבילות כבר חל חיוב שלא לאכול נבילות משא"כ במצה והאמת אתו אבל מ"מ מצאנו בס' תומת ישרים כמ"ש הש"ך חילוק זה מבואר. ואני הארכתי ג"כ בחדושי דזהו דעת רש"י בנזיר דף ד' דדרשינן יין ושכר לאסור יין מצוה כברשו' ופריך הגמרא אילימא קדוש' ואבדלתא הא הוי מושבע ועומד בהר סיני ופי' רש"י איך תחול עליו נזירות הא ה"ל מושבע ועומד מהר סיני וה"ל נשבע לבטל המצוה. ומשני אלא דאמר שבועה שאשתה וחזר ואמר הריני נזיר דחל נזירות על שבועה והקשה התו' לפי' רש"י עדיין אין מיושב פשיטא דה"ל נשבע לבטל המצוה. והיא קושיא עצומה לכאורה ולכן נראה דס"ל לרש"י בכולל אף דר"ש לית ליה כולל מ"מ י"ל בנזיר גזירת הכתוב דלחול אבל כשאינו כולל לא מסתבר ליה לגמרא כלל דנימא גזירת הכתוב שיחול מה דהוא נגד הסברא דאין איסור חל על איסור. וס"ל לרש"י זהו הוא כולל דהנשבע לשתות וכי אטו כנהרה ישתה יין מאין פסיקה רק ישבע לשתות מדה ולוג וכדומה והוא שבנזיר נדר ואסור בכל יין הרי מגו דחל על יין הנשאר אף על זה יחול ועיין בתשובת חות יאיר סי' י"ב וי"ד דס"ל דהוי כולל ע"ש. אך בהא דאיצטריך קרא דיהיה נזירות חל על קידוש בלא"ה יש להבין ל"ל קרא א"כ נזיר ל' יום היכא משכחת ליה דהא איכא בתוכו כמה שבתות וצריך לשתות יין וא"כ מצינו נזיר ששותה יין והתורה אמרה מיין ושכר יזיר ופשיטא דחל על קידוש והבדלה ל"ל קרא מיוחד וצ"ל ודאי דאם באמצע שבוע נדר בנזיר דחלה עליו נזירות פשיטא כשיגיע שבת אין הפסק לנזירות ואסור ביין רק בנודר בכניסת שבת או בצאתו דאז הגיע זמן קידוש והבדלה א"כ תו ליכא כולל כלל וה"א דיקדש ואח"כ יתחיל נזירתו ולא יהיה הפסק בנזירתו כלל וקמ"ל דתיכף כשנדר חל ואסור בקידוש והבדלה ופריך הגמ' הא מושבע ועומד וכו' ובאמת למה יחול הא אין כאן כולל כשכבר הגיע וחל חיובו דקידוש תו לא שייך כולל ולכך מוקי לי' הגמרא דקאמר שבועה שאשתה והיינו לא תיכף אלא לאחר ג' ימים ונדר תיכף בנזיר וקמ"ל דחל נזירות דה"ל איסור כולל דהא עדיין חיובו דשבועה לא מטי ובין כך חל נזירות וא"ש דהוי כולל ולק' ל"ל קרא הא מוכח מנזיר באמצע שבוע דודאי אסור לשתות יין קידוש בשבת ש"מ בכה"ג בכולל שקדמה נזירות חל די"ל חדא התם שאני דלא אפשר בענין אחר וכך היא תורת נזירות כמ"ש דאל"כ נזיר היכי משכחת ליה משא"כ בנשבע שישתה דהוא דבר פרטי ועוד מהתם הוי כולל באיסור מוסיף דנודע דאיסור נזירות חמור ממצות קידוש היום דאף דהוא דאורייי' מ"מ אינו רק דרש מקרא כנודע משא"כ נזירות על שבועה ודאי שבועה חמור וה"א דלא אמרינן וקמ"ל דמ"מ אמרינן כולל וא"ש דברי רש"י ולק"מ. אך מ"מ התו' ויתר מחברים לא ס"ל סברא

הנ"ל ולכך השיגו על רש"י וגם י"ל דזה לא מקרי כולל דבשלמא בנשבע לאכול תמרים וחזר ונשבע שלא אוכל תמרים וענבים א"כ על ענבים לא שייכות כלל לשבועה ראשונה ופשיטא דחל שבועה שני' וכמו כן דחל על ענבים גורר השבועה לחול ג"כ אתמרים אף דהוא נגד שבועה ראשונה דהא יש באפשרי לקיים שבועה ראשונה וגם שלא לאכול ענבים וא"כ ודאי דחל על ענבים ובכולל אף על תמרים משא"כ בנשבע לשתות יין ואח"כ נדר בנזיר אם אתה נותן מקום לשבועה ראשונה תו פקע נדרו דאיך אפשר לנזיר שישתה יין וכי תוכל לומר שישתה יין לוג וכדומה ועל הנשאר יהיה נזיר הא אין נזיר כשישתה יין וא"כ דפקע נדרו תו לא חל ולא שייך כולל משא"כ בתמרים וענבים אף דפקע נדרו מתמרים מענבים לא פקע והרי זה כולל ושמור דבר זה כי הוא דבר ראוי וישר ומיושב בזה קושי' הח"י הנ"ל (כי מ"ש הח"י ליישב דר"ש לית לי' כולל אינו מיושב דבגמרא פריך ורבנן הא איצטריך לאסור מצוה כרשות וק' לרבנן הא לא צריך קרא דה"ל כולל אבל לפמ"ש ניחא ולק"מ והארכתי בזה קצת כי היא כלל גדול בדיני שבועות ובביאורי ליו"ד הארכתי בזה) ונשיבה להנ"ל לפי דעת התו' קושיית הש"ך במקומו ומה שטען ה"ה חכם צבי ז"ל כי מה כולל יש הא בנשבע שלא לפרוע לב"ח הא כל שבועה לבטל מצות פריעה ב"ח. ח"ו לומר דטעה הרב הש"ך בדבר פשוט כזה רק קושיתו כך דנחזי אנן באיזה ל' נשבע זה אם נשבע מבלי לפרוע לאותן שכבר חייב אבל לא לאותן שילווהו מאז והלאה א"כ איך קאמר אם שבועה קדמה לחוב הוי ש"ש הא לא נשבע כלל לאותן שילווהו לאח"כ וכ"נ ל"ל דנשבע רק לאותן שילווהו לאחר מכאן דא"כ בחוב הקודם מ"ש לא חלה השבועה דה"ל נשבע לבטל המצוה הא לא נשבע כלל בחובות שקדמו ועכצ"ל דתרתי נשבע הן לאותן שכבר הלווהו והן לאותן שילווהו להבא שלא ימכור לפרוע ואלו באותן שעדיין לא חייב לא הוי נישבע לבטל מצוה כמבואר בש"ע דחלה שבועה וא"כ הוי כולל דמגו דחל אהנך דיהיה חייב מכאן ולהבא יחול נמי על הנך ב"ח שכבר חייב וקושית הש"ך נכון הוא ובאמת לא על הרא"ש קושיתו דנראה דהרא"ש ס"ל לעיקר כתי' הריצב"א שם בשבועות דיש חילוק כי מהני כולל כי לא מזכיר שם מצה דפסח אבל במזכיר שם מצה דפסח תו לא חל כולל ולכך בנשבע לאכול נבילות ושחוטות לא מהני כולל דמזכיר שם נביאה וכן מבואר בתשובת רא"ש כלל ח' דין ט"ז שהביא הך ירושלמי בנשבע שלא יאכל מצה בליל פסח לוקה ואוכל מצה דכיון שהזכיר ליל פסח אין שבועה דאין נשבעין לבטל מצוה וכו' שבועה שלא אוכל מצה אינו לוקה דכיון דלא הזכיר ליל פסח אין זה לבטל מצוה וכו' עכ"ל הרי דתלה הכל אם הזכיר את ליל פסח או לא והוא תי' ריצב"א דלתי' ר"י בשב ואל תעשה הכל תלוי אם הנשבע על מצה בליל פסח לבד

או בכולל כל השנה וזה ברור יהא דהביא הטור א"ע סי' קי"ח תשובת הרא"ש בנשבע שלא לוקח אשה על אשתו ואשתו אינה ראויה להוליד דלא הוי נשבע לבטל מצוה אין הטעם כמ"ש ריב"ש דחל בכולל מגו דחל על נשים זקנות ואיילונות דהא כאן הזכיר רק י"ל כמ"ש הפרישה וב"ש שם דיכול לקיי' פ"ו בפלגש לשיט' הרא"ש ע"ש ולפ"ז כיון דהזכיר ביטול המצו' מבלי לפרוע לב"ח לא מועיל כולל כלל דהוי כמזכיר מצה בליל פסח והוי כנשבע לבטל המצוה ולק"מ. אך מ"מ קשה על הרמ"א דלפמ"ש ביו"ד סי' רל"ו ס"ה בהגה מבואר דס"ל כתירוץ ר"י ולא כתירוץ ריצב"א וא"כ לא היה לו להניח דברי מחבר בלי הגהה דמ"מ חל שבועה בכולל כקו' הש"ך. ולכן נראה לומר דס"ל כי אמרינן כולל כשיש מקום לשבועה לחול אהתירה כמו באיסורא אמרינן מגו דחל בזה חל נמי אזה משא"כ כאן דהכולל הוא דיחול השבועה על מי שילווהו מאז והלאה א"כ עדיין מקום חלות שבועה זו פורח באויר כי הל כמה דלא לוה על מי יחול ולכך אם ירצה להתירו אינו יכול דעדיין אין מקום לחול וא"כ לא שייך מגו דחל על היתר יחול נמי על איסור הא ליתא להתיר' דיחול עליו ואם כן אף על אסור' לא חל ואף דלוה אחר כך מאחרי' וחלה עליו שבוע' מכל מקום לא אמרי' דיחול עליו למפרע אף על איסורא כיון דבשעה שיצאה שבועה מפיו לא היה לו מקום לחול דלא היה אז כולל ופקע שבועה וא"ש. ומכל מקום יש נ"מ בין הנך בנשבע סתם שלא לפרוע לב"ח הן יהודי והן גוי דהא הוי כולל דהפקעת הלואתו מותר לשיטת הרא"ש דסבירא ליה כריצב"א מכל מקום לא הוי כולל אבל לשיטת ר"י הוי כולל וחל שבועה:

ה **ואם** השבועה קדמה. בתשובת הרא"ש כתב דדמי להא דתנן שבועה שאוכל ככר זו שבועה שלא אוכלנה אכלה עובר על שבועת שוא לא אכלה עובר על ש"ב ומוטב שיעבור על ש"ב בשב ואל תעשה משיאכלנה בקום ועבור על שבועת שוא כך בנדון זה לא ימכור כדי לקיים שבועתו הראשונה ונמצאת שניה ש"ש וכו' והקשו כל המחברים דהא הרא"ש גופי' בפ"ג דשבועות הביא ירושלמי אדרבא שיאכל דמוטב שיעבור על ש"ש גרידא משלא יאכל דיעבור על שני שבועות ש"ב וגם כן ש"ש דכשנשבע כבר יצאה לשוא מפיו דהוא לבטל המצוה. ומה שיש ליישב דסבירא ליה התם שנשבע להדיא שלא יאכל מה שכבר נשבע שיאכל הרי יצאה שבועה תיכף לשוא מפיו ועובר על ש"ש אבל הכא דנשבע סתם לפרוע לזמנו ואין זה להדיא נגד שבועה ראשונה דאז לבו אנסו וחשב שיהיה לו מעות צרורים ומונחים ואין כאן סתירה להדיא נגד שבועה ראשונה ולכך אז אין ש"ש רק אח"כ בהגיע זמן ואפס כסף וחל עליו חובת שבועתו למכור משלו כדי לקיים פרעון והוא כבר נשבע מבלי למכור אז חל עליו איסור שבועה והוי ש"ש. ולפ"ז

דאין כאן רק חיוב שבועה אחת הדבר ספק איזה יעבור ואיזה יקיים ולא דמי להנ"ל דשם אמרי' מוטב שיעבור שבועה אחת משיעבור שתים. ולכך מייתי ליה הרא"ש מדקאמר ירושלמי דלכך יאכל כדי שלא יעבור שני שבועות ולא קאמר בקיצור דהוא ראשונה אלא ש"מ דזולת זה הטעם דאם אין אוכלה עובר על שני שבועות היה השכל מחייב שלא יאכל ויעבור על שבועה ראשונה שהוא בשב ואל תעשה משיקיים שבועה ראשונה בקום ועשה א"כ כ"ש כאן ששבועה ראשונה בשב וא"ת דפשיטא ליה דיקיים שבועה ראשונה ויעבור על שניה ובהכי דייק ל' הרא"ש דמשמע דאין חייב מכות מרדות רק בהגיע זמן ולא מכר וקשה הא תיכף בשעת שנשבע שישלם ה"ל ש"ש וחייב מכות מרדות דיצאה לשקר מפיו ועכצ"ל כמ"ש דבזה לא הוי ש"ש רק אח"כ בהגיע זמן תשלימין ואין לאל ידו רק צריך למכור וא"ש ודוק. ובהכי ניחא מ"ש הרא"ש דשם אם מחמת אימת מכות מרדות יתחרט וימצא פתח לשבועה ראשונה יתירוהו לו וימכור ויקיים שבועה שניה ואין זה פותחין בנולד כי הדבר ידוע הנשבע מכין אותו מכות מרדות עכ"ל וקשה לפמ"ש הם א"כ אף אם עומד ורוצה למכור מ"מ חייב מלקות בשביל שבועה שניה דהיה יוצא מפיו בשוא כנ"ל וא"כ מה פתח ימצא לשבועה ראשונה בשביל אימת המלקו הא אין נלקה כלל בשביל שבועה ראשונה דאף דיעבור על שבועה ראשונה מ"מ ילקה וצ"ל דכך היא הפתח אלו הייתי יודע אז שאשבע אח"כ בהיפוך ועי"כ אבוא לכלל מלקות לא הייתי נשבע וזהו הפתח חרטה וקשה הא זהו הוי נולד גמור דאף דידוע דכל העוברים שבועה נילקים הא לא אסיק אדעתי' דישבע אח"כ ההיפוך מה דלא שכיח שישבע לשוא נפשו ואין לך נולד גדול מזה וכבר עמד בזה דרישה ותי' דחוק דגם זה שכיח לישבע על דבר והפוכו וחס לומר כן על עם ישראל הקדושים שיהיו כ"כ קלי דעת אצל שבועות. אבל לפמ"ש ניחא דבאמת אם רוצים למכור אין לו משפט מלקות כלל רק כל המלקות הואיל ואינו מוכר ואף הוא יאמר הריני מוכר לקיים שבועתי השניה ואין לי על זה עונש רק אתם באים אח"כ להלקני בשביל שבועה ראשונה שנשבעתי שלא למכור ואני עובר עליו בפועל אך ע"ז הריני מתחרט כי אילו הייתי מסיק אדעתי שאהיה נלקה בשאהיה עובר על השבועה ואמכור לא הייתי נשבע וא"כ ה"ז פתח חרטה ומתירין לו והרשות בידו למכור ושפיר כתב הרא"ש דאין נולד דזה שכיח להלקות לעוברים השבועה וכאן אין פתחו כלל משבועה שניה רק הואיל ועובר על שבועתו ראשונה ונלקה. ולק"מ משא"כ אם ילקה בשביל שבועה שניה ל"ש הך מלקות פתח לשבועה ראשונה דלא בשבילו נלקה דאף דימכור הרי הוא לוקה אם לא דהואיל דנשבע להיפוך כנ"ל וזהו נולד גמור כמ"ש הפרישה ודרישה ע"ש. ובהכי ניחא נמי מה שהקשה דכאן החליט

המחבר דאם מתחרט על ראשונה ונשאל עליה דיכול לקיים שבועתו השניה ואין לו משפט מלקות ואלו ביו"ד סימן רל"ח ס' טו"ב כתב המחבר תשובת הרשב"א דמי שנשבע על דבר ואח"כ נשבע לבטל הראשונה ונשאל על הראשונה דיש לספק אם נפטר מידי ש"ש וחזר ש"ש לכלל שבועות ביטוי ע"ש וכבר הקשה כן בדרישה והרב הש"ך שם ס"ק כ"ב ע"ש ולפמ"ש לק"מ דשם כל הספק דהא אף דמקיים שבועה שנייה בפועל מ"מ חייב על שבועה שנייה דנשא לשוא נפשו אז ויצאה לשקר מפיו א"כ מה בכך דנשאל על הראשונה ועכשיו נעקר מעיקרא הוא לא ידע אז ונשבע לשקר ויצאה שקר מפיו ואין השאלה יותר טוב מאילו מקיים בפועל בשבועתו השניה ולכך אף דפסק המחבר להדיא בסימן כ"א שם דנשבע ב"פ שלא אוכל ככר זה ונשאל על הראשונה דחל שניה מכל מקום בזה נסתפק מזו הטעם דעכ"פ יצא שבועה מפיו לשקר מה שאין כן בנדון זה לפמ"ש לא יצא שבועה מפיו לשקר רק עכשיו עובר אם אין מקיים שבועתו הא במקיים ומוכר לפרוע לב"ח אין עובר ואם כן כשנשאל על הראשונה הרי מותר לו למכור בלי פקפוק ופשיטא דפטור על השניה דהא מקיים שבועתו ולא דמי כלל להך דסימן רל"ח דשם אף דמקיים מכל מקום עובר כמ"ש ודוק:

י **ואם** מתוך אימת המלקות יתחרט וכו'. דע כי התוס' בגיטין דף צ"ג ד"ה ואפקעינהו וכו' הקשה נזיר שהיה שותה יין אמאי לוקה אם אמרו לו אל תשתה אל תשתה חייב אכל אחת ואחת הא ה"ל התראת ספק שמא ישאל על נזירתו וכו' ותי' דמוקמינן אחזקה וכו' והקשה מהרש"א הא ודאי ישאל על נזירתו כדי שלא ילקה והאיך מצינו נזיר שלוקה וחי' דודאי ביודעים בו שעבר על נזירתו במתכוין החכם לא ישאל לו כדי שלא ילקה אבל התראת ספק מיהו הוי דשמא יבא לחכם שלא ידע אם עבר נזירתו וישאל לו עכ"ל ועיין בט"ז יו"ד סימן של"ג ס"ק ג' ועיין תשובת ח"י סימן קכ"ט וסימן ק"ל ע"ש וזהו סותר לדין האמור בכאן כמוסכם מהרא"ש וטור ומחבר דיכול החכם להתירו להנצל מעונש מלקות ואני סמוכים עשיתי לדברי מהרש"א מדברי תוס' שם דכבר עמד מהרש"א למה הקשה תוס' מאל תשתה ואל תשתה דחייב על כל אחד ואחד ולא הקשו בפשוט מנזיר דלוקה. אבל לפי הנ"ל דיש להבין מה קושית התוס' דילמא איירי בנודר ונוזר ע"ד רבים דלית ליה התרה רק ידוע מ"ש רשב"א בתשובה והביאו הרב משנה למלך אם כבר עבר מתירין לו אף דנדר ע"ד רבים וא"כ הקושי' דיתירו לו אחר שעבר ונעקר הנדר מעיקרא כדאמרי' להדיא בגמרא ואפילו לרבא דסבירא ליה אכלה אין מתירין כאן אף דשתה עדיין הנזירות עליו ויכול להתירו רק הא קימ"ל צריך לפרט הנדר ולומר דע"ד רבים נדר וא"כ אם יאמר להחכם דעד"ר נדר ולא יאמר לו דעבר הא לא יתירו ואי דיאמר דעבר

הא כ' מהרש"א דאין חכם מתירו עד שילקה אמנם בהך דאל תשתה ואל תשתה שפיר קשה דשתי' שניה יש התראת ספק דילך לחכם ויאמר נדרתי עד"ר ושתיתי פ"א ונלקתי וכן האמת ולא יאמר לו משתי' שניה כלל ואם כן כיון דעבר יתירוהו לו דאף דלקה מ"מ צריך כפרה כמ"ש הרמב"ם בהלכות תשובה וא"כ דיתיר לו אף מהמלקות בשביל שתיה שניה יפטור וקושי' התוס' שפיר דאף דנודר עד"ר אינו מועיל וקשה בממ"נ וא"ש וא"כ משמע להדיא כדברי מהרש"א ואולי אפשר אף דאין חכם נזקק להתיר לו מ"מ כאן הואיל ופריעת ב"ח מצוה וניחא לו לב"ד שיתיר נדרו כדי לפרוע ב"ח נזקקין לו דאף דע"י כן נפטר מידי מלקות וצ"ע. ויותר נראה דלא כמהרש"א דאין אנו משגיחין אם ע"י התרה נפטר ממלקות מ"מ מתירין ומ"מ לא קשה קושית מהרש"א א"כ איך מצינו נזיר לוקה הא ל"ק דאם ציער עצמו בנזיר זמן רב ויש שכר לפעולתו ובסוף למ"ד יום שתה יין אם ילקה נפטר מעונשו החמור ומקבל שכר על ימים שסיגף עצמו ואין הקב"ה מחליף זכות בחובה מה שאין כן אם יתיר נזירתו וכלא היה יחשב ומתחרט על מחשבתו ומוצא שפתיו א"כ אין מקבל שכר כלל על ימים שציער וסיגף עצמו. אך לשוא שמר ימים כאלה בלי חפץ. וא"כ זאת עצה היעוצה לעובד השל' לקבל עונשו ומבלי להתחר' ולק"מ וכ"מ בתשובת ח"י הנ"ל ומ"מ התוס' שפיר הקשו דעכ"פ מידי התראת ספק לא יצא דאולי לא ירצה לקבל מלקות ויתחרט וישאל על נדרו וא"ש. וזהו הכל למ"ד התראת ספק לא שמיה התראה אבל למ"ד שמיה התראה בלא"ה לק"מ. ובקושי' מהרש"א דלמה הקשה תוס' מהיה שותה פעמים כהנ"ל י"ל דהא רבא ס"ל אם כבר אכל לכבר תו לא מהני התרה אף דעדיין לא לקה וא"כ י"ל הך מ"ד דס"ל התראת ספק ל"ש התראה ס"ל כרבא ובנזיר י"ל דשתה סוף מישלם ימי נזירתו דתו לא חל עליו נזירות כלל וא"כ תו ליכא התרה לנזרו דכבר עבר ואין עוד זמן לנזירתו דנימא דישאל כדי שלא יצטרך לשמור נזירתו עוד וכבר שתה ועבר והיינו דרבא אכלו אין עובר עליו. ולכך הקשו התו' מאמרו לו אל תשתה ואל תשתה וא"כ שתיה ראשונה הא עוד זמן לשתיה שניה וזמן לשאול על נזירתו שיהיה מותר עוד בשתי' שניה וא"כ עדיין ספק הוא אם לא ישאל ושפיר ק' הא הוי התראת ספק דשתיה ראשונה לכ"ע יכול לשאול כיון דעוד זמן לקיים נזירתו לכ"ע יכול להשאיל וא"ש ודוק:

ז **וימצא** פתח וכו' לא ידעתי מה צורך לפתח הא קי"ל פותחין בחרטה ואפילו נימא כמ"ש דמתוך החרטה אמרי' הפתח זה א"א ליישבו בתשובת הרא"ש דכתב אע"ג דה"ל נולד. ולפ"ז דמכח חרטה נעשה פתח לא נ"מ בנולד כלל ולכן ברור דהרא"ש בתשובה זו נמשך אחרי דעת מהר"ם רבו דסבירא ליה דאין מתירין בחרטה בלי פתח. ולכך טרח

הרא"ש למצוא פתח אבל לפי דהעלה המחבר בי"ד דפותחין בחרטה פתח זו מה טיבו וצ"ל לרבותא נקטו אפי' דאינו מתחרט על מה שנשבע כן לכתחילה שהיה לטעמי' רבי' רק עכשיו מצא פתח מכל מקום מותר לו ול"ת דאם כן ה"ל נולד וקמ"ל כדעת הרא"ש דלא ה"ל נולד וכמ"ש בס"ק ה' באריכות:

וכתב הב"ח זהו הכל אם יפרע הוא מדעתו אבל ב"ד יורדים לנכסיו ומגבי' מהם והביאו הש"ך ולא הבנתי א"כ מה הו' כל החרד' שהחרידו להלקותו ויתחרט וימצאו לו פתח וכן שהוא נשבע לבטל המצוה מה ביטול מצוה יש אם ב"ד פורעין מנכסיו ומה איכפת לי' לב"ח בזה אם הלוה פורע מרצונו או בע"כ סוף כל סוף נפרע ולכן היה נראה לפ"מ שדייקו המחברים וביחוד הרמב"ן בחדושיו לב"ב בהא דאמרי' בפ' הכותב דף פ"ו אר"כ לר"פ לדידך דאמרת פריעת ב"ח מצוה אמר לא ניחא לי למעבד מצוה מהו א"ל וכו' מכין אותו וכו' ודייק הרמב"ן למ"ד ש"ד לק"מ דמה נ"מ לן הא משתעבדי נכסי אבל למ"ד לאו דאורייתא רק עליו רמי' המצוה מהו אי אמר לא ניחא וכו' ולפ"ז י"ל דכאן איירי דלי' לי' קרקע רק מטלטלין והם לא רמי' עלי' שעבודא כלל רק על קרקפתא דלוה מוטל מכח פריעת ב"ח מצוה והוי כמ"ד שעבודא ל"ד וכ"ש מיני ואפי' מגלימא דעל כתפאי וא"כ איהו אומר לא ניחא לי ול"ל דכופין למצוה דהא נשבע ואיך נכוף לעבור על שבועה כיון דשבועה קדמה לחוב וא"ש כל הך דינא דאין לנו למיחת לנכסי כיון דלאו שעבודא עלי' רק מכח מצות הלוה והא קדמה שבועה אבל בקדם החוב ה"ל לבטל מצוה וא"ש וע"ש ברא"ש בפ' הכותב דכתב להדיא לחלק בין מקרקע ומטלטלין ע"ש. ול"ק א"כ מה שהקשו התו' והרא"ש בפ' אעפ"י בהא דאמרי' קונמות מפקיעין מידי שיעבוד דא"כ כל אדם יפקיע נכסיו מב"ח לאסור בקונמות ותי' דאלמוהו רבנן לשעבודא גם בזה וקשה עדיין כל אדם טרם שילוהו ישבע מבלי למכור נכסיו ולפרוע לב"ח ויצא המלוה בפח נפש דאפשר לומר דעל מטלטלין בלא"ה לא סמכ' דעת דיכול להבריחן כנודע רק כל סמיכתו במקרקע ובזה לפמ"ש ב"ד יורדין לנכסיו ולא משגיחין בשבועתו משא"כ קונמות דחל על כל נכסיו אפי' מקרקע ועיין לקמן סי' קי"ז שפיר הקשו וכן נראה נכון לדינא ולכך לא כ' מחברי' דב"ד יורדים לנכסיו:

ח **צריך** ליתן וכו' נראה דמיירי דהמלוה היה תובעו קודם שבת פרע לי קודם שבת כדי לקיים שבועתך וכן משמע בתשובת הרא"ש בשאלה ההיא דכתב וטוען שמעון שהוא המלוה כה אין הכוונ' לפרוע דוקא באותו זמן אלא שלא יאחר מאותו זמן וכו' הרי דתבעו לפרוע ולכך הרי הוא מחויב לקיים שבועתו הואיל והיה תביעה ואם כי היה התביעה מקודם כי א"א לצמצם שיהיה דוקא ביום בשעה המוגבל לפרעון אבל בלא תובעו כלל

הן מקוד' והן בו ביום ודאי דאין עליו חיוב שבועה כמ"ש הסמ"ע בס"ק י' וכ"א דבלי תביעה אין מחויב לפרוע ולק"מ והט"ז השיג מזה על הסמ"ע דהא ודאי לא תבעו בשבת ולק"מ דמ"מ היה תביעה מקדם:

ט **וישומו** אותו הרב המ"א בא"ח סי' ש"ו השיג בזה על מחבר דלא קאמר הרא"ש וטור רק דיתן המשכון בסתם ומ"מ הוצרך לטעם דחפצי שמים התירו משום דאף משכון אסרו ומכ"ש אם נתנו בתורת פרעון. ונכון אתו דהא לפמ"ש התוס' בריש שבת לחלק בין אומרים לאדם חטא בשביל שיזכה חבירו דאם לא פשע אז אומרים חטא וכו' אבל לא בפשע וא"כ אין כאן ראיה ממשדכין תינוקות דשם לא פשעו משא"כ כאן דפש' דה"ל לפרו' ע"ש. ובפרט לפמ"ש הרמ"א בא"ע סי' כ"ט ס"ו היכי דאמר התקדשי לי בדינר ונתן לה משכון ואמר זכה בגוף המשכון דינר הוי מקודשת א"כ ש"מ דזוכה בו וה"ל נתינה ואף כאן יכול לומר כן. והמ"א כתב דישומו ע"י גוים. ואין להקשות מה לנו כל זה ישאל על נדרו דאין לך פתח חרטה גדול מזה דאילו ידע דיזדמן בשב' לא היה נודר די"ל דהוי ע"ד חבירו ואע"פ דקי"ל בנודר עד"ר לדבר מצוה מתירין שלא בפניהם וכאן הוי דבר מצוה שלא יעבור שבועתו וישמור שבת מחללו דבשלמא התם ניחא ליה לרבים להתיר כדי לקיים מצותו של ה' והחזקה שכך דעתם אבל כאן הוא עומד וצווח אם יתירו לו שבועתו מי יודע אימת יגיע לפרעון ועכשיו דהגיע עלי' איסור שבועתו יפרע ולא ניחא ליה כלל בהתר':

י **ויתנו** לו בתורת פרעון בתשובת הרא"ש וטור מחלק דאם נשבע להדי' לשלם במעות ולא בשוה כסף אין נפטר משבועתו במשכון ואם לא פרע בע"ש עובר השבועה ויש להבין למה השמיטו המחבר ונראה דלפמ"ש בס"ק ד' דהרא"ש נמשך בתשובה זו אחר דעת הריצב"א דתלי הכל בהזכר' המצוה מצה בליל פסח או לא הזכיר אבל לפי דעת הר"י דתלי הכל בשב ואל תעשה וכאן הוי כולל לפרוע בע"ש או בשבת ובכל הימים השבועה חל מ"מ בקום ועשה אפילו בכולל לא חל ומה בכך דלא הזכיר שבת ובלא"ה הרמב"ן בתשובה חולק ולכך השמיטו ומכל מקום צריך עיון דלפ"מ דמתיר המחבר שומא בשבת אף המעות יכול ליתנם ע"י גוי או שיקנה לו חדר שהמעות מונח בתוכו וקני' ליה החצר דמ"ש משומא וצ"ע:

יא **וי"א** דאפי' עקר דירתו וכו' הש"ך בס"ק כ"ז האריך להשיג על מהרי"ק בזה הדין דבעינן בשבועה לבטא בשפתים וכאן הא לא נשבע רק לעיר זו ולא לעיר אחרת. ותמהני כי ראית מהרי"ק מהך תשובת הרא"ש דהנשבע לפרוע ליום פלוני ועבר היום דמכל מקום השבועה חל הוא ראי' ברורה כראי מוצק דהא גבי ככר בנשבע לאוכלה ביום פ'

ועבר היום תו לא חלה שבועתו וצ"ל כמ"ש הרא"ש דכאן עיקר השבוע' הוא הפרעון והוא אשר ביטא בשפתים וזמן דקאמר הוא רק לזרוזי אבל עיקרו הפרעון אם כן לעולם חייב לקיים שבועתו כ"ז שתובעו אם כן אף כאן במייחד המקום עיקרו השבועה הוא לפרעון ומה שמייחד מקום הוא לברר הדבר כמו בזמן וגם לבל ירחיק נדוד ויצטרך לילך אחריו למדי וכמו דאמרי' בזמן דהוי כאלו לא הזכיר זמן דחייב בשבועתו תמיד כמו כן במקום נימא דהוי כאלו לא הזכיר מקום כלל הא גם כן מחויב להוליכו אחריו והמקום שהזכיר הוא רק לברר ואם כן כיון דאין קפידא פשיטא דמחויב. אמנם נראה אם בשעת השבועה לא היה דר במקום שנתחייב לפרוע בשבועה רק במקום הלוה ועכשיו עקר מלוה דירתו ממקום שהיה נשבע עליו פטור להוליכו לשם דבשלמא בזמן הוא הדבר אשר כתבתי דל זמן מהכא והוי כאלו לא זכרו כלל מכל מקום מחויב לשלם מכח שבועה והזמן שזכר אינו עיקרו לשבועה רק לזרז משא"כ במקום אם נימא דיהיה כאלו לא הזכיר מקום אם כן אינו מחויב להוליכו אחריו כיון דהיה מתחילה דר במקומו כמבואר בש"ע ואם באת לחייבו מכח הזכרת מקום הא לא פרט רק מקום זה ואין כאן חיוב משא"כ אם מתחילה דר שם אם כן דל הזכרת מקום הא מחויב להוליכו אחריו ומה לי באותו מקום ומה לי במקום אחר אם אין קפידא כלל. ואם כן הזכרת מקום לא מגרע כלל:

ואין להקשות דאם כן דעיקר השבועה לא היה על זמן ומקום רק על הפרעון הא פריעת ב"ח מצוה והוי נשבע לקיים מצוה ופטור די"ל חדא מ"מ אם עבר לוקה משום ש"ש כמש"נ מדברי הרמב"ם בפ"ה מהלכו' שבועות והר"ן נדרים דף ח' אף גם לפי דסבירא ליה לש"ע לקמן סי' צ"ז ס"ל ע"ש דבנשב' אין מסדרין אם כן מגו דחל על דברים שמסדרין ואינו בכלל מצוה בפרעון אף על שארי דברים חל בכולל כמו לא אוכל נבילות ושחוטות. ומיושב מה שתמה במשנה למלך הלכות מלוה פ"ד הלכה ב':

יב **חייב** לפרוע ביום החודש הראשון הט"ז בי"ד סי' רכ"ח ס"ק ג' דעתו לומר לדעת הרמב"ם דאם ידע שנתעברה השנה לא נתכוון לאדר ראשון ה"ה כאן כשיודע שחודש מלא לא נתכוון לר"ח א'. ואין הדמיון מכוון דשם לשון בני אדם כשיודעי' שנתעבר' השנה שקורין לאדר ראשון אדר ראשון ולאדר שני אדר סתם אבל בשני ימים ר"ח לעולם קורין סתם וסתמ' אמרינן בגמ' דנודר בחודש דר"ח להב' ומותר ואין חילוק אם ידע או לא ידע. איברא ראיתי ברמב"ם פ"י מהלכות נדרים דכתב חודש זה מותר בר"ח אעפ"י שהיה חודש חסר וזה צריך ביאור דהא לפי מ"ש כל מחברים פי' דחדש שלאח"כ הוא חסר אבל החדש הזה הוא מלא וקמ"ל דיום ראשון דר"ח אע"פ שבאמת הוא יום למ"ד מן חודש שנדר בו מ"מ מותר והרמב"ם לא הזכיר כלל שחדש זה מלא רק אמר שהיה

חודש חסר. ולכן נר' דרמב"ם מפרש כך דודאי בחודש מלא פשיטא דיום ראשון של ר"ח בכלל חודש עבר יחשב ואסור הוא ויום ר"ח שני פשיטא דבכלל היתר דאין שייך לחודש זה כלל רק כי איצטריך שנעשה החודש חסר והוא לא יד' וה"א דנתכוון הוא לאסור על עצמו חודש של שלשים יום וא"כ יום ר"ח יהיה בכלל איסור דהא נתכוון הוא לאסור חודש של שלשים יום ואילו היה יודע שיהיה חסר היה כולל בפי' ר"ח בכלל האיסור וקמ"ל דמ"מ מותר דלא איכפת לן בדברים שבלב וכיון דר"ח זה להבא יחשב מותר בו. אף דאילו לא חסרו הב"ד החדש והניחו הקביעות כסדר היה מלא והיה יום ההוא בכלל האיסור מ"מ השתא דחסרו נהפך היום ההוא מאיסור להיתר כנ"ל ברור בכוונת הרמב"ם וא"כ הך דינא בספק נאמר ויפה כתב הרשב"א דמחמת ספק איסור להחמיר יש לפרוע ביום ראשון:

יג **יכולים** התובעים לכוף וכו' דין זה מקורו תשובת רשב"א סימן אלף קי"ט ושם היה הנדון כך דהנתבע הניח קרקעות שמשועבדים להחוב בעירו וטענו התובעים שידונו עמם טרם שילכו כי אחר כך אף שיבקשו לירד לקרקע לא ירדו הב"ד שלא בפניהם וע"ז השיב רשב"א או יניחו מורשה או שיודיעו הב"ד שיבא הנתבע לטעון ואם לא ירדו לנחלה לפרוע לב"ח שלא בפניו כדאמרי' בגמרא דכתובות שתקנו חז"ל להיות נפרע שלא בפניו שלא יהיה כל אחד נוטל של חבירו והולך למד"ה אבל באין לו נכסים בעיר והוא רוצה להלוך זה לא שמענו כלל בדברי רשב"א שיש רשות לכופם שידונו בעירם טרם שילכו. כמבואר להדיא שאמר שב"ד יורדים לנכסיו שלא בפניהם לאחר הודיעם. ולכן נראה דסבירא ליה לרמ"א דין זה בדרך דמיון דהא דמצריך רשב"א דוקא שיש לו קרקע בעירו דרשב"א לשיטתו דסבירא ליה אף דלוה מבזבז נכסיו אין ביד ב"ד לעקל נכסיו קודם זמן כמ"ש בתשובה סימן תתק"ח ע"ש אבל לפי דקי"ל דלא כרשב"א א"כ מ"ש מבזבז או הולך למרחוק ומי יבא אחריו לדון עמו ואף זה בכלל העיקול ולכך כופין לדין טרם צאתם מהעיר אף דלית ליה קרקע בעירם וכ"כ הנ"י בפ' יש נוחלין דהולך למד"ה חד דינא אית ליה עם מבזבז נכסיו ולכן נראה דוקא שמרחיק הדרך לעיר רחוק שקשה לתובעים לילך לשם וה"ל כמו מבזבז אבל במי שאינו מרחיק הדרך והעיר שישב שם ג"כ יוכל לציית עמו ד"י ואינו משובשת בגייסות פשיטא דא"י לעכב כלל ולא מצאנו לו זכר כלל בפוסקים והבו דלא לוסיף על מבזבז:

יד **אם** הלוהו על המשכון סתם הב"י והד"מ וסמ"ע כולם תפשו כא' דמשכנתא דקרקע דין אחד למשכון מטלטלין דלאחר ל' יום יכול לכוף ללוה לפרוע והש"ך חולק כי לא מצינו זה מבואר בבעה"ת שער מ"ט ח"ה ד"ג כלל רק דאיכא דסבירא ליה דמשכנתא

דקרקע א"י לכופו לפדותו כלל וע"ז הכריח הרמב"ן דיכול לכוף לפדותו כמו במטלטלין אבל מ"מ זמנו של זה לא כשל זה זה שלשים יום וזה עכ"פ שנה דהא אמרו סתם משכנתא שתא ויפה כתב דכן מבואר בעיטור דבמטלטלין יכול לכוף אותו לאחר ל' אבל במקרקע נסתפק אי יכול לכוף אותו תוך שנה וכן כתב באסיפת זקנים בשם רמ"ך דאין המלוה יוכל לכוף תוך שנה וכן מסתבר דהא יש רבוותא טובא דסבירא להו דהמלוה אין יכול לכוף ללוה כלל שיפדה המשכון ואיך נאמר לכת החולקים שיפה כח המלוה מן הלוה שאפילו בתוך שנה יכול להכריחו לפדותו מה שאין הלוה יכול לסלקו תוך שנה ולגר' כח הלוה מה שלרבוותא החולקים כח הלוה יפה מכח המלוה. ואמת כל ראיה שלו מטעם משכנתא שתא לא קאי לרשב"א כפי מה דס"ל והוא בש"ע לעיל סי' ס"ז ס"ב דכל שאין יכול לסלקו אפילו יום א' מקרי אתרא דלא מסלקי וא"כ לשיטתי צ"ל הא דאמרי' סתם משכנתא שתא היינו באתרא דלא מסלקי אבל במסלקי אפילו יום א' יכול לסלקו א"כ אף המלוה לשיטתו יכול לסלקו דל"ל דמ"מ אין המלוה יכול לסלקו תוך שנה דא"כ מה דוחקא לומר הא דאמרי' סתם משכנתא שתא הוא לאתרא דלא מסלקי נימא דקאי על מלוה דא"י לסלקו תוך שנה אבל הלוה יכול לסלקו ועכצ"ל דס"ל דגם המלוה יכול לסלקו וא"כ לא היה להרב הש"ך להחליט הדין אך כבר כתבתי לעיל סימן ס"ז דדינא דרשב"ח רבו החולקים והמחבר גופיה לקמן בהלכות נחלות סימן רע"ח סתם דלא כרשב"א וא"כ לדינא פשיטא דיכול הלוה לומר קים ליה וא"י להכריחו לפדותו תוך שנה. ואולי מיירי הם במשכנתא בלי נכייתא ובזו אפשר דיכול להכריחו לפדותו לאחר ל' יום כמו מטלטלין כיון דלית ליה הנאה כלל מפירות הקרקע ואין ענין להא משכנתא שתא דשם מיירי בנכייתא וכמו שאין הלוה יכול לסלקו כך המלוה א"י להכריחו אבל בלי נכייתא ואוכל פירות בשוי פשיטא דהלוה יכול לפדותו בכל עת ואף המלוה יכול להכריחו לאחר יום ואולי מזה המשכנתא דברו ול"ק קושית הש"ך: וכל זה במשכנתא בנכייתא אבל במשכנתא דסורא עיין בי"ד סימן קע"ב ס"א ובש"ך שם דמשמע לדעת רוב מחברים א"י לכוף ללוה לפדותו תוך זמן וכן מסתבר דהא הוי כשכירות כמ"ש התוס' ואין השוכר יכול לחזור משכירתו תוך זמנו:

טו שהמנהג שהמלוה וכו' מה שהקשה הסמ"ע דלקמן סימן שס"ט ס"ח משמע דאדרבא לולי המנהג לא היה רשאי למכור אפילו לאחר שנה ותי' הסמ"ע דשם מיירי משכונות של גוי ביד ישראל יפה דחה הש"ך והוא תי' דקמ"ל אם אין מנהג שצריך לתובעו רק יכול למכור בלי תביעה בכלות שנה יכול והט"ז תי' לולי מנהג צריך להמתין ל' יום לאחר תביעתו משא"כ במנהג ושניהם אמת. אבל הא קשי' מ"ש הש"ך במרדכי וז"ל

פסק הר"י בר פרץ שישראל המלוה לישראל חבירו על המשכון אין המלוה זקוק לשומרו יותר משנה למוכרו ולגבות הלואתו בדינא דמלכא גבי מלוה לגוי ברבית ועשה מעשה כזה באחד שמשכן לחבירו ספרים ואחר שנה שלא פרעו מכר ישראל המשכון ותבעו חבירו לדין ופסק דאין לו עליו כלום משום דינא דמלכותא עכ"ל ונתקשה הש"ך כיון דדין מפורש אצלנו מוכרו אחר ל' יום איך ניזיל בתר גוי להפקיע ד"ת. ולכן פי' הוא דשם היה הכל דמכר המשכון בלי תביעה ולכך פטרו מכח דינא דמלכא כי דין זה שיהיה צריך לתובעו לא מפורש בדינינו ולכך אזיל בתר דיני גוי' ולכך השיג ארמ"א דבתובעו א"צ להמתין שנה כלל ובאמת לכאורה יפה הקשה במרדכי וכן בעל ש"ג ב' א"נ מפרש דברי המרדכי כהש"ך אם באמת אין פי' מכוון בדבריהם דא"כ עיקר התביעה שהיה לו במכירת ספרים מחמת שמכרו בלי תביעה ומזה לא נזכר במרדכי כלל והעיקר חסר. וביחוד מה שכתב בריש דבריו המלוה על המשכון אין זקוק לשומרו יותר משנה אחת ולדברי הש"ך אם תבעו אפי' שנה אחת א"צ ודינו ל' יום ואיך כתב דאינו זקוק לשומרו יותר משנה ואם כוונתו אם אין רוצה לתובעו עיקר חסר בדבריו: ולכן ברור דדעת הר"י ב"פ כדעת רבינו קלונימוס במרדכי פ' המקבל דס"ל רשב"ג ס"ל מוכרו לאחר ל' יום בב"ד אבל ת"ק פליג וס"ל לעולם אינו מוכר וא"י להכריחו לפדותו והלכה כת"ק (ולדבריו צ"ל הא דקתני במשנה סלע הלויתיך ושקל היה שוה וכו' או דמיירי דהתנה להדיא דיכול לפדותו או אם המשכון נאבד ואין ללוה עליו אלא דין שומרים ודאי דצריך ליתן לו המותר) ור"י ב"פ ס"ל כן ולכך כתב דמ"מ אין זקוק לשומרו יותר משנה הואיל ומנהג המלכות כן במשכנות גוי' ולכך תובעו זה שמוכר ספרים כי לפי דעת ר"ק אין רשות למוכרן והי' חייב בהפסידו (אבל לפי דעת הש"ך לפמ"ש בעצמו דאין ראיה בש"ס דצריך לתובעו א"כ זולת מנהג גוי' איך לחייבו מספק הממע"ה) ופטרו מכח דינא דמלכותא וא"ש וזה ברור בפי' מרדכי ומעתה לכאורה ירבה התימא על רמ"א דאיך נמשך אחרי דעת מרדכי דס"ל כר"ק מה דאנן לא ס"ל כן וקימ"ל דכ"ע מודים לרשב"ג דמוכרו לאחר שלשים יום בב"ד כמ"ש בסעיף י"ב. אבל באמת לק"מ דהרמ"א דייק מדברי ריב"פ דס"ל דאין רשות בידו למכור המשכון לעולם מ"מ ס"ל הואיל ויסד המלך כן במשכנות גוי' אף ישראל צריך לעשות כן דמאן דמלוה אדעתא דמנהגא מלוה וה"ל כהתנה דלאחר שנה יהיה מורשה למוכרה נשמע לדידן דקי"ל דיכול למכרו אחר ל' יום דאם יסד המלך מנהג אצל גוי' דימתין שנה דאמרינן אדעתא דמנהגא הלוה ואין יכול לתובעו קודם לכן דהוי כאלו התנה וקבע זמן שנה דהוא במכ"ש דאם אמרו כן להוציא מיד הלוה מכ"ש להחזיק ביד הלוה המוחזק וא"ש

טז **ב"ד** של שלשה הדיוטות זהו דעת הריב"ש והש"ך בס"ק מ' השיג על הריב"ש דדוקא באלמנה משום חינא הרשהו למכור בב"ד של שלשה הדיוטות אבל בעלמא בעינן דעכ"פ אית בהו חד דגמיר וסביר: והאריך בראיות וכל הראיות שהביא לא היו בהעלם עין מריב"ש ז"ל רק כל יסודתו של ריב"ש הן דברי תו' ב"מ דף ל"א ד"ה אלמנה כו' דהקשו איך מדמה הגמרא שותף שחולק לאלמנה מה דהקילו בה חכמים משום חינא ותי' דהואיל ושותף שלו נוטל דימה הגמרא אותו לאלמנה שהתירו משום חינא לגבות בשל יתומים ע"ש. וא"כ זהו שמשכונו בידו וקונה משכון לקדש בו אשה ואין שביעית משמטתו ועובר בחמץ ב"י וב"י ועיין סי' ע"ב סכ"ד דדעת רשב"א דקרוי מוחזק לגמרי ע"ש א"כ שלו נוטל ודמי לשותף ולאלמנה דהתירו ב"ד הדיוטות ובפרט דכל הספק בהא דאמרינן סוף המקבל מוכרן בב"ד אי פי' ב"ד הדיוטות או דגמיר וסביר ושם איירי במשכנו שלא בעת הלואתו דודאי קנה משכון לכ"ע ודמי לשותף דדמי לאלמנה משום חינא דסגי בג' הדיוטות וא"ש. וזה לשון הריב"ש ונראה שדעתו ז"ל דמה ששנינו בפרק המקבל מוכרו בב"ד היינו ב"ד של הדיוטות כיון שהוא מוחזק וקונה משכון כדאמרינן באלמנה אינה צריכה ב"ד של מומחין רק ב"ד של הדיוטות וכו' עכ"ל ע"ש הרי דדייק וכתב כיון שהוא מוחזק וקונה משכון וכן מצאתי בריטב"א לב"מ דף ל"ב דאלמנה הואיל ומוכרת לגבות בחוב שלה הוי כשלה ע"ש וא"כ ה"ה במוכר משכון ולכן אין מכל ראיות הש"ך שום צד סתירה לדברי הריב"ש ומ"ש בשם התוס' בפסחים פ"ק דכתבו להדי' דפקדון ומשכון צריכין ב"ד מומחין המעיין בתוס' יראה דמשכון מאן דכר שמי' אין זכר כלל למשכון ודכוותיה ומ"ש ראיה מתשובת הרשב"א דכתב בתשובה אלף ק"ו במשכן חנות ונתן לו רשות שאם לא יפדנו לזון מוגבל שמורשה למוכרו בב"ד דצריך עכ"פ חד בינייהו דגמיר וסביר מלבד לפמ"ש אין לדמות משכון מטלטלין למשכון קרקע דהא בקרקע לא שייך קונה משכון וקרקע בחזקת בעלים עומדת. אף גם הא שם בתשובה כל זכותו דנתן לו רשות למוכרו בב"ד ואי מפיו אנו חיים ודאי נתכוון לב"ד מומחים דבלשון בני אדם אין ג' הדיוטות דלא גמירי וסבירי שאינם ראוים לדון דיני ממונות קרוים ב"ד ובשטרות הולכין אחר לשון בני אדם אבל כאן שאנו דנין בלשון משנה מוכרן בב"ד של הדיוטות כמ"ש התו' בפ' אלמנה ניזונית דף צ"ח ד"ה דאמרי וכו' כל היכי דלא קתני גבי' ב"ד גמור י"ל סתם ב"ד אף הדיוטות במשמע. ולכן הואיל והכ"מ בלא"ה פקפק דא"צ ב"ד כלל וסגי בעדים די דנימא כדעת הריב"ש דסגי בב"ד של הדיוטות וכן מבואר בתשובת הרא"ש להדי' דבג' שמאים סגי וכמ"ש הד"מ ומ"ש הש"ך דמוסב על מ"ש הטור מקודם דבעינן ב"ד וא"כ תרתי בעינן ב"ד וג' שמאי' אם יאמר כן בטור מה יאמר בתשובת הרא"ש

כלל צ' דין ז' דשם לא נזכר ב"ד וכי יאמר הש"ך דסמך עמ"ש שם בתשובה דין ד' הלא המה תשובות נפרדות מה שהשיב לשואלים ולשואל הזה בסי' זה לא זכר כלל מב"ד רק מג' שמאי' ש"מ דבהא סגי דהן הן ב"ד וזה ברור ונכון

יז **ואם** א"י כמה שו' וכו' הוכיח הסמ"ע דאיירי דא"י אם הוי שוה יותר מכפי הדמים שקיבל עבורו דאי מודה שהי' שוה יותר רק א"י כמה ה"ל מחויב שבועה ומשיל"מ ולכך הקשה א"כ ה"ל דאין יודע אם אני חייב לך כלל ולמה ישבע הלוה ויטול ותירץ הב"ח דעשו תקנות נגזל בפקדון וזהו הוי כנגזל דמכר של חבירו בלי שומא והש"ך טען עליו א"כ אף דטוען בבירור דלא היה שוה יותר מ"מ יהיה הלוה הנגזל נשבע ונוטל ולכך דחה דבריו לגמרי ובאמת אין זו טענה דבשביל שמכר חפץ חברו בלי שומא אין להחשיבו גזלן כמ"ש הריב"ש כי טעה בזה. אבל במודה שאפשר ששוה יותר והוא מ"מ מסרו למכור בפחות ואינו יודע ולא הבחין אז לדקדק על בורי' השוי כדי שלא יפסיד חבירו למכור חפצו בפחות משויו ואין לך גזלן גדול מזה. וקלי הדעת שימכור של חבירו מבלי שם על לב שלא יפסידו והרי זה ממש כמאבדו בידים ופשיטא דעשו בו תקנת נגזל ולכך ישבע הלוה ומה שכתב שאינו רוצה לישבע היינו שמהפכה על הלוה ופשיט' דלוה חייב לישבע וכמ"ש הש"ך בטוען ברי ומ"מ אינו רוצה לישבע היינו היפוך והלוה נשבע ולק"מ. ועוד י"ל לפ"מ דאמרי' בפ' המפקיד מי נשבע וכו' דעקרוהו רבנן שבועת הלוה שמגיע לו עפ"י ד"ת דשמא ישבע ויוציא הלה פקדון וכו' ופריך הגמרא הא המלוה צריך לישבע שאינו ברשותו ומשני הגמרא כגון שנגנב או נאבד בעדים ומ"מ חששו דילמא טרח ומייתי לי' ור"א אומר מי נשבע תחילה וכו' וי"ל ככללא בכל דוכתא דפלוגתא רחוקה לא עבדי' דודאי סברא זו אף ר' אשי ס"ל דראוי לעקור השבועה מלוה מפני חשש שמא ישבע הלוה וכו' רק ס"ל הואיל ונשבע תחילה שאינו ברשותו תו ליכא חששא ובנגנב בעדים לא חיישי' דטרח מייתי ליה דמסתמא לא ידע מי גנבם דאל"כ בלא"ה טרח להציל גניבתו וזה פשוט. ולפ"ז כאן במכרו וידע למי מכרו א"כ איך נתקן תקנת נגזל בפקדון ואם מלוה אמר כך שוה ולוה אמר כך דיהיה נשבע ונוטל שמא ישבע הלה ויוציא הלה פקדון ואם חששו חכמים לכך ועקרו השבועה ממנו מה שמגיע לו עפ"י ד"ת והטילו על המלוה לישבע וליטול מחשש שמא ישבע ויוציא הפקדון מכ"ש שאין לעשות תיקון נגד דין תורה וליתן שבועה ללוה שישבע ויטול ואח"כ יוציא הלה הפקדון ונתחלל ש"ש. וכאן בקל טרח ומייתי ליה דהא ידע מי הלוקח ואצל מי הוא ולא דמי לגנב הנ"ל ופשיטא דאין לתקן תקנת נגזל כאן אך ה"מ כשטען ודאי שלוה אומר שקר א"כ רואי' הב"ד שיש כאן חשש אולי משקר ואדם בהול על ממון שלו ונשב' בדדמי

ואח"כ יתברר ויהיה ח"ה אבל אם אין הלה מכחישו אמרינן ברור דכל דבריו אמת וצדק ומהכ"ת נחוש כך דיבא הדבר לידי ח"ה ועוד בשלמא ביודע דמשקר טרח ומייתי ליה לברר דבריו אבל בא"י אם הלוה נשבע באמת או לא סמוך אהימנא דשארית ישראל לא ישקרו ולא ישבעו שקר ולא טרח ומייתי לי' כלל. ולכך הלוה נשבע כדין נגזל ובאינו רוצה לישבע אמרינן ג"כ מסתמא לא ידע דאלו ידע היה נשבע ואערומי קמערים לומר דידע ומ"מ אין רוצה לישבע כדי שלא ישבע הלוה אבל באמת מסתמא א"י דלולי כן היה נשבע וכמ"ש המחברים סברא זו בדוכתי טובא ולכך דמחזיקין מלוה בא"י נשבע הלוה ונוטל וא"ש וזה ברור ונכון לדינא בס"ד:

יח **יהי'** מוחלט וכו' הש"ך תמה למה לא זכר דעת הרמב"ן החולק וס"ל דליכא במשכון אסמכתא והאריך שרבים מחברים ס"ל כוותיה ויפה תמה כי אמת מחלוקת קדמונים הוא רק מה דקשה ביותר לפמ"ש המ"מ בה' חמץ ומצה דראב"ד כתב שם דליכא בגוי כשישראל משכן לו חמץ ולא אמר לו קנה מעכשיו משום אסמכתא דאין אסמכתא בגוי וכתב המ"מ הראב"ד לשיטתו דס"ל במשכון איכא אסמכתא אבל בגוי ליכא ורבינו הרמב"ם ס"ל להיפוך בפרק י"א מהל' מכירה דגבי ישראל ליכא אסמכתא אבל בגוי איכא ובפי"א מה' מכירה הוסיף לדבר בזה והעלה דתלי' הכל בערבון אי במחול לך שייך אסמכתא או לא דאי במחול לך לא שייך אסמכתא אף במשכון לא שייך אסמכתא וכל מחלוקת הרמב"ן הוא דס"ל דמחול לך הוי אסמכתא ומ"מ במשכון לא שייך משום דב"ח קונה משכון ובזו נחלקו ועיין רא"ש בפ"ב דפסחים וטא"ח סי' תמ"א (ומ"ש שם בישוב דברי הר"ן דכתב ישראל שהשכין חמצו אצל נכרי ואמר לו אם לא אפדה יהיה שלך והזמן קודם פסח אינו עובר דלית במשכון משום אסמכתא ונתן טעמו של הרמב"ן וזה צ"ע הא כל טעמו של הרמב"ן משום ב"ח קונה משכון ונכרי מישראל ודאי לא קונה משכון ע"ש מ"ש שם) אבל למ"ד במחול לך לא שייך אסמכתא פשיטא דגם במשכון לא שייך כמ"ש המ"מ לדעת רמב"ם ועיין בב"י לקמן סי' ר"ז וכן הרא"ש מביא ראיה מהיא דערבון לדחות דברי רמב"ן ולדעת רמב"ם אף בערבון במחול לך ליכא אסמכתא ולפ"ז המחבר דסתם לקמן בסי' ר"ז סי"א כרמב"ם דבמחול לך ליכא אסמכתא איך סתם פה להיפך דיש אסמכתא במשכון ואפילו דנימא דס"ל המשכון לא הוי כמחול איך סתם נגד המ"מ ויתר מחברים דס"ל דתלי' זה בזה וצ"ע:

יט **מי** שאומר וכו' הש"ך האריך דליכא מאן דפליג דהא היא גמרא ערוכה בפ' א"נ באמר לו בהלוהו על שדהו אם איני נותן לך מכאן ועד ג' שנים יהיה שלך מעכשיו דלא הוי אסמכתא ואם נימא דרש"י פליג צ"ל דס"ל דסוגיא דנדרים פליג אסוגיא דא"נ

והלכה כסוגי' דנדרים א"כ קשה הא המחבר פסק לקמן בסי' ר"ז הך דינא דהלוהו על שדהו. ובאמת קשי' זו יש לדחות דלא ס"ל לרש"י דפליגי הסוגי' רק ס"ל הואיל ואין אונאה לקרקעות לא ה"ל גזים ולכך מהני מעכשיו אבל במשכון מטלטלין דיש אונאה למטלטלין א"כ גזים והוי אסמכתא גמור ולא מהני מעכשיו ועיין בריטב"א ואסיפת זקנים שכתבו סברא זו רק על המחבר דסתם לקמן ר"ז סי"ד בכל אסמכתא מהני מעכשיו אפילו באסמכתא גמור' ואין הלה מוחזק בו כלל ומכ"ש בזה ולכן יותר התימא במ"ש דאם אמר המותר יהיה שלך דהוי ודאי אסמכתא והטעם כמ"ש הש"ך וכתבתיו באורי' ס"ק נ"ו דמחזי כקנס ולא מועיל מעכשיו וכן משמע בתשובת הרא"ש כלל ק"ח סי' כ"ז להדיא וז"ל פשיטא דהוי אסמכתא כיון שהזכיר מותר כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטב. והדברים מבוארים כמ"ש הש"ך אך זהו הכל לשיטת הרא"ש דס"ל באסמכתא גמור לא מהני מעכשיו אבל המחבר דפסק דמעכשיו מועיל בכל אסמכתא אף בזו מועיל ול"ל בקנס מודה הרמב"ם דמעכשיו לחוד לא מועיל דהא הב"י הקשה לקמן בסי' ר"ז לשיטת הרמב"ם כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא וכו' דהיו עושים שטרות דל"ל כולי האי ולא היו כותבין מעכשיו ע"ש דתי' מטבע א"נ בחליפין ועיין מ"ש הסמ"ע שם בס"ק מ"ו ועיין מ"ש שם והא שם היה התחייבות בדרך קנס ש"מ דבכל אסמכתא מהני מעכשיו וכן משמע בדוכתי טובא וא"כ צ"ע:

כ **מעות** וכו' אבל בפקדון אף במעות לא שייך מחילה וכתב הש"ך מעות מותרין דקי"ל משתמש בהן וכתבו תו' בפרק א"מ דף כ"ט ד"ה והוי שאול וכו' דאפילו עדיין לא הוציא' ובאו הבעלים א"צ להחזירו בעין ויכול ליתן לו אחרים א"כ ה"ל מלוה עלי' ושייך בהו לשון מחילה וכ"כ הש"ך לעיל סי' מ"ז ע"ש ואולם הגאון מהרי"ץ בהגהתו לט"ז השיג עליו על הט"ז שכתב כן והוא דהתו' כתבו כן בפלוגתא דר"נ ס"ל במפקיד מעות מותרין לשולחני ישתמש בהן וחייב באחריותן נאנסו לא ור"ה ס"ל אפי' נאנסו ופריך הגמרא לר"ה מהא דתנן המפקיד מעות מותרין אצל שולחני אם הוציא מעל הגזבר ואי אמרת אפילו נאנסו מאי ארי' הוצא אפילו לא הוציא נמי והקשו התו' הא ר"ה ס"ל במשאיל קורדום של הקדש דכל כמה דלא בקע בו לא מעל אף דלאונסין נעשה תיכף שואל וחילקי תו' דשואל חפץ אם בא המשאיל קודם שהשתמש בו חוזרות בעיניה לר"ה אבל המעות אפי' בא המפקיד אין מחויב להחזירם בעין ויכול להחליפו לכך תיכף ראוי למעול עכ"ל ומזה למדו הש"ך וט"ז דינם וזהו הכל לר"ה דס"ל אפילו נאנסו אבל לרב נחמן ס"ל נאנסו לא דלא הוי קודם תשמיש רק ש"ש לא אמרינן דין זה וחייב להחזיר המעות בעין כמו קורדום דאל"כ אדפריך לר"ה מאי ארי' הוציא אפילו לא הוציא נמי

יקשה אף לר"נ כן דהא ג"כ ס"ל דגוף המעות שלו וא"צ להחזירן בעין ועכצ"ל דלר"נ ליתא לדין זה וא"ש דלא מעל עד שיוציאם ול"ק רק לר"ה וא"כ כיון דקימ"ל כר"נ נאנסו לא ליתא לדינו של ש"ך זהו תמצית השגתו. והנה דבריו כבר אמורי' עם הספר במרדכי פ' איזהו נשך סי' שנ"ט בתשובת מהר"ם על ראובן שמכר טבעת לסרסור וכו' שכתב מידי דהוי מותרין דישתמש בהן לפיכך חייב באחריותן אע"ג כ"כ דלא הוציאם מצי למיהדר ביה המפקיד ולתובעו בפקדונו כדמשמע ס"פ המפקיד למ"ד נאנסו לא דוקא אם הוציא מעל הגזבר אבל אם לא הוציא לא מעל הגזבר וכו' עכ"ל והן הן הדברים כמ"ש מהר"ץ ותמהני שהעלי' עין מדברי מרדכי הנ"ל. ואמת כי לכאורה חשבתי שדבר זה בחלוקת שנוי' דלפ"ז הא דפריך הגמרא לר"ה מהך אם הוציאם מעל הגזבר ולא משני דר"ה מודה בזה לר"נ דמצי למיהדר בי' קודם שימוש וחייב להחזירו בעין כמו קורדום ולכך לא מעל רק הנאה דמותר לשמש בי' כ"כ גדול עד דנעשה עליו שואל להתחייב באונסין ועכצ"ל דס"ל לגמרי אם אינו ברשותו כ"כ לענין גוף המעות אף שואל אינו נעשה לענין אונסין. ומלבד דזה דוחק לכאורה דהא בקורדום ס"ל לר"ה להדיא דיכול לחזור קודם שבקע בו ומ"מ לענין אונסין הוי תיכף שואל משעת שאלה כמבואר להדיא שם בגמרא דב"מ דף צ"ט ע"ש וא"כ אף במעות י"ל כן. אף גם א"כ ר"נ דס"ל נאנסו לא ש"מ דס"ל דלא אמרו דכ"כ אלי' שימושו עד דרשות להחליפן אפילו אם בא המפקיד וקשה א"כ בדמי אבידה דס"ל להרי"ף וסייעתו כר"י דישתמש בהן וחייב באונסין ונתנו הטעם לשיטתו משום דשם אלי' טובת הנאה של השומר דיש לו הנאת שימוש וגם הנאת פרוטה דר"י ולכך אף באונסין נתחייב וקשה מ"מ מי החזיקו דאם בא בעל אבידה ותבע המעות והם בעין דיהיה רשאי להחליפן ומ"ש מפקדון ובזה לא שייך הואיל וטובת הנא' של השומר מרובה דאדרבא וכי בשביל שיש לו טובת הנאה הרבה אתה מגרע כחו של המפקיד וביש לשומר טובת הנאה מעוטה אתה מייפה כחו של המפקיד נהפך הוא בסברא ודעת של תורה ואם אתה אומר דאמת אינו רשאי להחליפן ומ"מ נעשה שואל א"כ עדיין לא קשה לר"ה דס"ל דכל הנאת שימוש כ"כ אלים להחשיבו שואל ומ"מ אין רשות להחליפן כמו דמי אבידה ול"ק אפי' לא הוציאם נמי ואף דהתו' שם דף כ"ט ד"ה הנ"ל הקשו על תירוץ זה להרי"ף דמה בכך דשכרו מרובה לא בשביל כך נעשה שואל מ"מ מהך קו' שכתבתי לא הקשו לרי"ף ובפרט לפמ"ש הרא"ש בהמפקיד בשם הראב"ד בישוב דברי הרי"ף דהנאת שימוש באבידה אלים דאינו חרד פתאום יבא כמו המפקיד מ"מ קו' הנ"ל קשה בשביל זה שהנאתו מרובה לא יגרע כח הבעל המעות ומכ"ש לפמש"ל בסי' ע"ב ס"ד בדברי הרי"ף דחכמנו ז"ל התירו השימוש כדי שיתחייב באחריותו ולכך באבידה

דבלא"ה הוי ש"ש לא היו מתירי' השימוש אם לא שיתחייב עי"כ אונסין דכבר כתבתי שם דמוכח כן בדברי רש"י ע"ש באריכות. גם יש להקשות מה כל החרדה של תוס' להרי"ף דפסק דלא כר"ה ובדמי אבידה ס"ל אפילו נאנסו דהא י"ל בשלמא במפקיד מעותיו יש קפידא לומר החזיר לי מעות זה דקיבל מידי אבל בדמי אבידה שאין זה המעות של בעל אבידה כלל רק המוציא מוכר האבידה ולוקח דמיו וחז"ל התירו לו בו השימוש א"כ מסתברא דיהיה יכול לומר אני זוכה במעות זו ואתן לך תמורתו כי מעות לא זכית בו מעולם ואין לך אלא דמי אבידה יהיה איזה מטבע שיהיה וא"כ דא"י לחזור פשיטא דחייב באונסין. וע"ק אם אמרינן דלר"נ אעפ"י דיכול לחזור מ"מ האי הנאה דיכול לשמש אם לא יחזור משוי לי' ש"ש. ש"מ דהאי הנאה הוא ש"פ וקשה א"כ למה בשואל קורדום דהקדש למ"ד דיכול לחזור בו לא מעל הגזבר דהא האי הנאה דיכול לשמש קודם חזרה ש"פ וא"כ נהנה ש"פ מהקדש וימעול ומה בכך דאין להשואל קנין בגוף החפץ מ"מ הא יש טובת הנאה בכדי ש"פ מהקדש וקימ"ל הנהנה ש"פ מהקדש מעל אבל לפי הש"ך ניחא דאם יכול לחזור באמת י"ל דלא שוה הנאת שימוש קודם חזרה ש"פ דכל רגע יכול לחזור והך דרב נחמן א"ש דבזה א"י לחזור כדעת הש"ך ודו"ק: ולכן היה נראה לכאורה לשיטת הרי"ף צ"ל דלאו תלי' זה בזה ולכולי עלמא כיון דאמרו ישתמש בהן אף זהו בכלל היתר השימוש דלא יכול המפקיד לעכב עליו להחליפן אם רוצה השומר להחליפן מכל מקום לרב נחמן דסבירא ליה דעם כל זה כל כמה דלא גילה דעתו דהוא מלוה עליה או ששימש בהו לא נעשה שואל אין מהדין שימעול דהא עדיין לא מקרי שואל להתחייב באונסין ואיך ימעול ולק"מ רק לר"ה דאית ליה תרתי דיכול להחליפן דזה סבירא ליה לכ"ע וגם ה"ל שואל לאונסין א"כ פשיטא דראוי למעול ושפיר פריך דוקא לר"ה. ומדברי מהר"ם הנ"ל אין ראי' דהא לא סבירא ליה כהרי"ף וסייעתו וסבירא ליה באמת לר"נ אף בדמי אבידה נאנסו לא ואם כן ל"ק מ"ש. וכן מדברי הרמב"ן לקמן בסי' ק"כ לוה שאמר למלוה טול מעותיך ומסרב דלוה פטור מאחריות והא ודאי אלו ביקש המלוה לקחתן והלוה רוצה להחליף המעות במעות אחר דרשאי דעדיין לא קנאם המלוה דנימא דדוק' אותן מעות הם של מלוה ואם כן נימא דה"ל מלוה ויתחייב באחריות א"ו זה לא תליה בזה. כן י"ל לכאורה להליץ בעד הרבנים בני לוי הש"ך וט"ז אך מכל מקום לא נח דעתי בסברא זו דאם אתה אומר שאם בא בעל המעות מכל מקום יכול להחליפן אם כן ע"כ אתה עושה אותו לוה גמור שהמעות בהלואה ולהוצאה ניתנה ולכך גוף המעות שלו וא"י המפקיד לעכב עליו ולענין אונסין אתה מחשיבו רק לש"ש בעלמא ופטור מאונסין זה רחוק אצלי קצת בסברא ולא נתיישב רוחי בקרבי. ולכן לבי אומר לי כך דודאי אי

גילה השומר דעתו להדיא דרוצה להחזיק המעות ולהיות עליהם מלוה ולעשות בו צורכו פשיטא דלכ"ע הוי מלוה גמור שיהיה חייב באונסין דמ"ש משאר מלוה דתיכף דהגיע המעות לידו חייב באונסין אף דלא הוציאן כלל רק כל מחלוקת ר"נ ור"ה הוא אמותרין דמותר לשמש בו אבל הוא לא גילה דעתו שרוצה בתשמישו ושיהיה מלוה עליו ואם כן איך נחייבוהו באונסין ועיין מש"ל סי' ע"ב ס"ד בזה ע"ש אך מהכ"ת לא נימא דניחא לי' לשומר להיות מלוה עליו כדי שאם יבוא בעל הפקדון והוא יהיה לו צורך במעות אלו שיהיה רשות בידו להחליפן וא"כ אנן סהדי דגילה דעתו שהוא מלוה עליו וסתמא כפירושו רק ז"א דאולי לא ניחא לי' שיהיה חייב באונסין ויצא שכרו בהפסדו ולפ"ז א"ש דודאי חיוב אונסין לא תלי' בזה רק תלי' אם הנאתו מרובה או לא וקורד' יוכיח כמש"ל דיכול לחזור ומ"מ חייב באונסין רק להיפוך לר"ה דבלא"ה חייב באונסין אם כן אנן סהדי דגילה דעתו דהוא זוכה במעות בתורת הלואה גמורה כדי שיהיה רשות בידו להחליפן דמהכ"ת לא יזכה בו והא הוא טובתו ואי דעי"כ יתחייב באונסין הא בלא"ה חייב באונסין משא"כ לר"ן אין כאן גילוי דעת כלל דאולי אין רוצה להתחייב באונסין ואם כן הוא לא נעשה עדיין לוה גמור עליו ואף המפקיד יכול לתבוע מעותיו בעין. וא"ש דלהיפוך תלי' זה בזה ולכך בדמי אבידה דסבירא ליה להרי"ף דע"י שכרו מרובה הוי שואל אם כן כיון דאין מפסיד הוי כאומר להדיא דרוצה להחזיק בו ויהיה מלוה עליו דמהכ"ת לא וא"ש הכל. ולכך לדינא כ"כ דלא גילה דעתו דהרי הוא מלוה עליו המעות בחזקת המפקיד וא"י להחליפן וא"כ לא שייך ביה לשון מחילה כסתמא דמהר"ם הנ"ל ודוק:

סימן עד

א **המלוה** ניתן וכו' בש"ג פ"ק דמכות נסתפק היכי דהמלוה תובע מהלוה דמי הלואתו שלא במקום הלואה ואין בידו מעות אי מחייבינן ליה ללוה היותו עבד לאיש מלוה לילך ולהביא המעות לשם למקום התביעה ולשלם או יטעון הלוה שוב אתי לביתי מקום הלואה ואשלם לך והש"ך מפשט פשיטא ליה דאינו מחויב בשום אופן. ולי נראה ודאי אם אין הלוה בלא"ה שב לביתו והולך לשם מקום התביעה שני' ודאי דרחוק מהדעת להכריחו לילך בכוון בשביל תביעת המלוה לביתו ולשוב לשם מקום התביעה ולא ע"ד זה הלוהו אבל אם בלא"ה אי' ליה דרכו לשם או שהולכים בני אדם נאמנים ובטוחים מחייבים ליה ולהביא מעות ולשלם שם ולא יכול לומר טריח' לי מילתא. ומה שהביאני הא דאמרי' בב"ק דף קי"ח בברייתא מלוה ניתנה לתבוע בכל מקום ואבידה ופקדון לא

ניתנה לתבוע אלא במקומן וקשה מה חילוק יש הא אף במלוה אינו ניתן לתבוע אלא כשיש לו מעות שם הא בלא"ה לא וא"כ בממ"נ אם הפקדון עמו במקום התביעה הא ג"כ ניתן לתבוע ואי דאין בידו הא אף מלוה באין המעות בידו אין מחויב ליתן ומה לי במלוה כל המעות דהא לא מסיימי דמלוה להוצא' ניתנה ומה לי בפקדון באותו דבר המיוחד כסף ושוה כסף. ול"ל דקמ"ל דאין חייב בפקדון ליתן תמור' הפקדון שיש לו בביתו מזוזי שלו דזה פשיטא דמהכ"ת יתן לו תמורתו ואם יקרה אסון בביתו בפקדון הלא פטור ומהכ"ת ישלם הוא תמורתו להמפקיד ואם יקרה אסון לחזור אח"כ אהמפקיד ודבר זה אינו עולה על הדעת וכבר עמד בזה הרב בעל ג"ת בשער ל' ע"ש והג"ת ביקש לישב דנ"מ במלוה יכול להשביע אי אית לי' זוזי או לא כמ"ש הרמב"ן משא"כ בפקדון ומלבד דלא ידעתי כיון דא"י להשביעו רק בטענת ברי מדינא א"כ אם טוען ברי שפקדוני עמך למה לא יהיה יכול להשביעו כמו במלוה אף. גם דעם כל זה אין מיושב הקושי' בברייתא דאז עדיין לא נתקן היסת דר"נ ואם כן אף במלוה ליכא שבוע' ודוחק לומר דמיירי במעות מותרין דמותר להשתמש בהן וה"א דיכול לכופו תן לי מעות אחר תמורתן דלר"ה מא"ל דסבירא ליה דהוי עלי' מלוה גמורה כמ"ש התו' ב"מ דף כ"ט ע"ש ואם כן היינו מלוה ולא פקדון ולר"נ גם כן מהכ"ת ישלם תמורתו אולי יקרהו אסון כנ"ל דהא לר"נ נאנסו לא ולכן ברור כמ"ש והברייי' אייריי דאין בידו מעות רק דאית לי' דרכא בלא"ה לשוב לביתו ולשוב שמה ולכך במלוה ניתן לתביעה ויכול להכריחו שיביא זוזי אתו ואף כי טריח' לי' עבד לוה וכו' משא"כ פקדון א"י להכריחו שיביא הפקדון עמו כי מה לו לטורח במקום שהפקיד שמה יבא ויתבע פקדונו וא"ש ונכון לדינא. שוב ראיתי כי הש"ך בסי' רצ"ג וכן הבדק הבית ביקש ליישב דלא תימא בפקדון תן לי כלי או מעות במעות שיש לי בתוך ביתך ודבר זה אינו ובחנם דחה לקו' הג"ת כי מהכ"ת יפרע מה שאין לו שייכ' בו ומה לו בחליפין מכמה טעמים ובפרט אולי יקרהו אסון:

ב **ואמר** לי' אני רוצה לצאת וכו' הרי"ף והרמב"ם השמיטו והקשה הב"י ותי' דהם גרסי בגמ' ע"מ לצאת במדבר יחזור לו פשיטא ומשני לא צריכא דאמר אנא נמי למדבר אזיל אי בעית לאהדורי ניהליך התם מהדריה לך ומפרשי' דצריך לומר כך וא"כ דבר פשוט הוא וא"צ להזכירו עכ"ל ותמה ג"ת כיון דבגמ' פריך פשיטא ומשני דקמ"ל הא ש"מ דגמ' ס"ל דרבות' קמ"ל במשנה וכפירש"י דה"א דאין תנאי גמור דהא אי בעית קאמר איך יחשבוהו הם לכ"כ דבר פשוט עד שהשמיטו אותו. ונראה דודאי כל מקום ספק שיש בזה הוא די"ל כך הפי' אי בעית אם תרצה ממני שאחזיר לך אהי' מחויב אני להחזיר לך כעבד לוה למלוה אבל לא שיהיה הבריר' ביד הלוה גם כן להכריחו שיקבלו בע"כ

ולא ע"ז נתרצה המלוה בשתיקתו כלל רק כל התנאי היה שיהיה הרשות ביד המלוה להכריחו אך ספק זה אין לו מקום דבלא"ה ביד המלוה להכריחו שישלם לו שם ומה נ"מ שאמר לו כן ודברי בטלה הם וע"כ דנתכוון שיהיה גם כן מוכרח לקבלו הימנו וכמוני כמוהו. ואם כן א"ש דבמשנה לא נזכר דין זה דרשות ביד המלוה לתובעו במדבר רק בבריי' קתני לי'. וקמ"ל המשנה זה הדין חדא דאית ביה תרתי דע"מ לצאת וכו' דהיינו באמר לו אי בעית וכו' וקשה הא י"ל דיהיה רשות ביד המלוה להכריחו ועכצ"ל דלזה א"צ תנאי ואם כן טובא קמ"ל דמכללא אתמר דהמלוה יכול לתובעו במדבר ושנה לן ר"ח בברייתא מה דרמז רבי במשנה. וזה הצריכ' במשנה אבל הרי"ף והרמב"ם דהעתיקו הברייי' דהמלוה יכול לתובעו במדבר אם כן תו לא נשאר ספק דהאי אי בעית וכו' פי' דיהיה המלוה מוכרח לקבלו והשמיטו לרב פשיטתו. מכל זה נראה דהא דאמרי' דא"ל אי בעי' דוקא הוא ולכך השמיטוהו וכמ"ש הב"י וכן כתב הישו"ש וכן נכון לדינא:

ג **הדין** עמו ואם אין בכאן המלוה מוסר המעות ליד ב"ד והוא בתשובת מהרש"ך ובכה"ג העיד שבתשובה כ"י השיג עליו אבל הש"ך העיד שכן נהגו חכמי הדור בפולין בשנת ת"י ותי"א. ובאמת לפמ"ש מהרש"ך מתורת תקנה יש לפקפק כי צריך ישוב רב וכח ב"ד יפה להפקיע ממון ובפרט בדור הזה. אמנם לענ"ד דינא הוא דאע"ג דרבא דייק בלישנא בתרא מהא דחולש מעות ללשכה דפרעון שלא בפניו לא הוי פרעון רק הלל הוא דתקון י"ל מדרבא דייק מהך דהלל ש"מ דס"ל דסברת חוץ דיהיה פרעון כמ"ש התוס' שם דמ"ש בע"כ וע"ש שלא בפניו רק דדייק לי' מהלל ואם כן כי דייק מהלל היינו בבית עיר חומה אבל לא בב"ח דהא הרא"ש כתב להדיא חילוק דוקא בבית ע"ח דהוא מכירה גמור' וחבירו צריך לזכות לו אבל בב"ח דא"צ לזכות כנגדו פשיטא דהוי פרעון וכ"כ הרשב"א בחדושיו להדי' הך חילוק וכתבו בשם התו' דוקא בבית ע"ח שמכר לו אבל בפרעון הוי בע"כ פרעון ואם כן כמו שמחלקין כן בלישנא קמא כן מחלקין בלישנא בתרא בפרעון שלא בפניו דדייק לי' מבית ע"ח דוקא בכה"ג אבל בב"ח לא. וכמו כן התוס' דכתבו שם ד"ה מכלל לחלק בין ב"ח לבית ע"ח דב"ח ליכא פסידא הכוונה דאין הפסידא ניכרת משא"כ בבע"ח הפסידא ניכרת. וא"כ אף בנדון זה הא עדיין אין הפסידא ניכרת והא הפוסקים מדמין אותו להלוהו בישוב ומחזיר לו בישוב אף שצריך ללך דרך מדבר רק אין פסידא לפנינו והתו' כתבו שם דהלוהו בישוב ופרע בישוב נקרא דלית לי' פסידא. ועוד הא לפי רוב פוסקים לא מוכרע אי הלכה כלישנא בתרא או כל"ק דרבא ועיין הרא"ש ורשב"א ויתר מחברים ואם כן י"ל קים ליה כל"ק דרבא דדייק מהך דלישנא דפרעון בע"כ לא הוי פרעון ולהך לישנא צ"ל דאין נ"מ אי בפניו או שלא בפניו דאי הוי

פרעון ה"ה שלא בפניו נמי ואי לא הוי אפילו בפניו וכיון דהעלו כל מחברים הנ"ל דבב"ח הוי בע"כ פרעון אם כן אפילו שלא בפניו נמי דמ"ש ומי יכול להוציא מיד המוחזק ויפה דנו בכל אופן וא"צ לתקנה וכן משמע קצת מדברי רמב"ן דלקמן סי' ק"כ דלכך אם אמר הלוה למלוה מעותיך בביתי טול ולקחם והמלוה מסרב דפטור הלוה דנתן טעם דפרעון בע"כ הוי פרעון ע"ש בב"י וקשה הא שלא בפניו הוה דא"ל שהוא בתוך ביתו והמלוה לא הלך לביתו ולא ראה המעות וכי אמירה בא ולקחו משוי' ליה בפניו אלא דכמו דבע"כ הוי פרעון ה"ה שלא בפניו:

ד **שאין** עתה הקלקלה נראית נראה דהיינו שאין האונס כבר חל רק ממשמש ובא אבל אם כבר האונס חל אינו מחויב לקבל דהוי כהלוהו בישוב ופרע במדבר וכן אמרו בתוספתא הביאו הר"ן בפ' מ"ש בגיטין ובבעה"ת שער למ"ד דאם ראה האנס בא כנגדו ואמר קבל מעותיך דאם לא נתרצה אינו מחויב לקבל ואין להקשות בגיטין דף ע"ח ללישנא בתרא אמרי' בכל דוכתי אמרי' פרעון בע"כ הוי פרעון רק הא דהוצרך תקנת הלל בבית בתי עיר חומה משום דהוי פרעון שלא בפניו תיפוק לי' דכבר חל הפסידא והפסידא לפניך דהתם פסידא דשכיח כי כן יסד הקב"ה בתורתו אבל בזו דלא הוי פסידא דשכיח אינו מחויב לקבל:

ה **אבל** אם לא הגיע הזמן וכו' הקשה הב"ח דבגמ' פריך דקתני הלוה בישוב לא יחזיר לו במדבר ובריי' קתני המלוה משתלמת בכל מקום נימא דמשנה איירי בתוך זמנו ולכך אין המלוה מחויב לקבל כמו כאן בשנוי מטבעות אבל ברייתי' איירי לאחר זמן ואז מחויב המלוה לקבלו כמו בסעיף זה. ומכח קושי' זו חשב לחלק דוקא בקובע זמן אבל בסתם הלואה ל' יום לא דנין בו כקובע זמן ואפילו תוך זמנו מחויב לקבלו בשינוי מטבעות וקושיתו אינני מכיר דהא כתב המ"מ הא דאמרי' באין שום חשש פסידא מוכרח המלו' לקבלו תוך זמן ה"מ מלוה אבל פקדון א"מ תוך זמן לקבלו כי יאמר קבלת שמירתם עד זמן ההוא ואם כן איך אפשר לומר דמשנה איירי בתוך זמן דהא במשנה קתני המלוה וכו' או שהפקיד אצלו בישוב לא יחזיר לו במדבר משמע הא בישוב יכול להחזיר לו ואפי' תוך זמנו הא בפקדון אפילו בישוב אינו מחויב לקבל הימנו כשהוא תוך זמן ועכצ"ל דלא מיירי מתוך זמן ולק"מ ומאחר דקושי' שלו ליתא כשל עוזר לדינא לחלק בין קובע זמן לסתם הלואה שנתנה תורה ל' יום דילפינן מקרא ואמרו בשושבוני' דאין נגבית אלא בעונתה והביא הבעה"ת בשער ל' בשם הראב"ד והנ"י בשם הריטב"א דפי' אם רוצה לפרו' לו קודם זמנו אין זקוק לקבל הימנו דהוי כהלוהו בישוב דא"צ לקבל

במדב' ע"ש ורוא' אני סתם הלוא' ל' יום מסתבר משושבוני' דלא קבע לי' זימנא כלל רק סתמ' דמילתא משתלמת בעת נשואין ומכ"ש בסתם הלואה ל' יום דיש לו סמוכין מד"ת:

ו **אבל** אם אין שם כתב הב"ח אם מתחילה בשעת הלואה היה שינוי מטבעות והלוה לזה על זמן כי חשב בתוך זמן יעבור הרעש וכן היה ועתה רוצה הלוה לפורעו תוך זמן אעפ"י שעבר החשש הואיל ומתחילה היה הזמן לטוב' המלו' תו לא מצי הדר תוך זמן לשלמו. וראיה מתוס' דכתבו דהיכי דמפסיד בפרעון כמו בתי ע"ח לא הוי פרעון ואף זהו כמוהו והש"ך השיגו דשם הפסד לפניך משא"כ כאן דאין הפסד לפניך כלל ויפה השיג ובלא"ה כבר חלקו הרא"ש והרשב"א בין חוב לבית ע"ח באופן אחר דשם מכירה חדשה צריך לעשות דהרי הוא מכירה גמור' ועוד הלוה יכול לומר קים ליה כלישנא בתרא דרבא דאפילו בבית ע"ח פרעון בע"כ הוי פרעון ומכ"ש בזה. והנה הב"ח נסתייע מדברי הש"ג דאותן אנשים המלוים לבעלי חניות שיהיו הם מלוי' לגוי' ברבית והם יקחו מהרווחים כפי התנאי והמותר יהיה שייך לבעל המעות הואיל וזמן לטובת בעל המעות אין בעלי חניות יכולים לחזור בתוך זמנו והוא לטובתו שלא יהיו מעותיו שביתין ויפסיד הרווח עכ"ל ומתוך דברי הש"ך בס"ק י"א נראה שמסכים לדברי הש"ג ואני שמעתי ולא אבין חדא מהא משכנתא באתרא דמסלקי דהסכים הש"ך בס"ק י"ב דיכול הלוה לסלקו בתוך זמן וכן ממש מבואר תוך דברי הרמב"ן הובא בבעה"ת שער למ"ד בסופו. והא בזה ודאי הזמן נקבע לטובת המלוה שיאכל פירות שנה בשנה מכל השדה בדבר מועט והלא יותר רווח למלוה מאותן התולין מעותיהם בגוי וכל אשראי ספק אתא ומ"מ יכול לחזור בו ומכ"ש בעובדא הנ"ל. שנית מ"ש ממקבל עסקא ומעלה שכר לנותן דבשביל חצי הלואה ח"ו לומר דמעלה שכר דה"ל רבית רק בשביל חצי פקדון והר"ז טובת המלוה שמקבל שכר ורווחי' וע"ז מסרו לזמן ומ"מ פסקינן דיכול לחזור בתוך הזמן דפועל חוזר בחצי יום ולמה לא יהיה אלו יכולים לחזור ומ"ש אלו ממקבלי עסקא ומ"מ יכולים לחזור בתוך הזמן ואף זה כמוהו. דמתעסקים בשל המלוה ומקבלין שכר עקב טרחת' למה לא יכולים לחזור. ואפילו בהך דינא דהרב המגיד דפקדון א"י לחזור תוך זמן שהוא שרשו בהררי קודש הראב"ד ז"ל דפי' כן בקדושין דף י"ג בתורת פקדון יהבי ניהלי' סברה אי שדינא ומתברנ' מחייבי בהו דמיירי בפקדון תוך זמן וא"י להחזירו תמה בו הרשב"א בחדושיו לקדושין הא פועל יכול לחזור בו בחצי היום ובישובו צ"ל דוקא ש"ש דעליו נטירתא יתירתא דמי לעבד והרי זה בכלל כי לי בני ישראל עבדים וכו' אבל ש"ח שא"צ שמירה יתירה רק שלא יפשע בו אין זה בתורת עבדות שנאמר עליו כי לי בני ישראל וכו' וא"כ הך בעלי חניות דהם בלי פקפוק שמקבלים שכר ופרס עבור טרחתם א"כ דברי

רשב"א קיימי כי הוא בכלל כי לי בני ישראל עבדים ולכן ברור דדין הש"ג אין לו שרש ועיקר ופשיטא דיכולים בעלי חניות לחזור בו:

ז **והוא** בזמן. הסמ"ע ביקש לפרש לחד תי' ר"ל בתוך הזמן ולכך הוסיפו רמ"א בכוונה דלא תקשי דלקמן בסי' ק"ך פסק הש"ע דפטור ולכך מחלק רמ"א דכאן מיירי תוך זמנו ולכך עדיין הוא באחריות הלוה אלו מתרמי לי' זבינא הוי משתמש בי' כמ"ש הרמב"ן משא"כ בכלות זמן לא שייך אלו מתרמי ליה זביני דאין משתמש בו דאולי יבוא המלוה לתבוע ואין בידו לפרוע. איברא דהסמ"ע גופי' וכן הט"ז הקשה דא"כ איך מסיי' אבל בפקדון כה"ג פטור הא בתוך זמן א"י לחזור בפקדון ולא תי' כלום אבל לפימ"ש בס"ק הקודם בקושי' הרשב"א דהא פועל יכול לחזור וצ"ל בש"ח לא שייך כי לי בני ישראל עבדים ובמקבלי עסקא שאני דה"ל ש"ש וא"כ כאן דמיירי דהמעות מותרים כמ"ש הב"י ועיין ד"מ וא"כ קי"ל כר"נ דה"ל ש"ש ויכול לחזור בו אפילו תוך זמן ולק"מ. והרב הש"ך תי' הך דלקמן סי' ק"ך דכאן לא אמר הלוה למלוה שהם צרורים וא"כ שפיר אלו מזדמן עסקא הוי משתמש בהו ולכך חייב משא"כ לקמן דהודיעו שהם צרורים א"א לשמש בו ולכך פטור עכ"ל ומלבד שברמב"ן ומרדכי לא נזכר מטעם זה דבר. אף גם אין ממש בזה. דבשלמא כשמוסר לו המפקיד צרורים וקשורים בקשר משונה א"כ כיון דחזינן דמפקיד מקפיד וצררן ש"מ דלא ניחא ליה דישתמש בהו הנפקד ולכך אסור לשמש בהו בלי רצון בעלים והמשנה מדעת בעלים פושע. משא"כ כאן בהלואה הא המלוה הלוהו לו א"כ מסרן מתחילה לתשמישו רק אח"כ בעת החזרה הלוה צוררן וקשרן ורוצה להחזירן למלוה א"כ אי מתרמי ליה זבינא וכי אינו יכול לחבל מעשה ידו ולהתיר הקשרים אפילו אלף עזקאין הוא אסר והוא שרי מאן מעכב ע"י הלא עדיין לא הגיעו ליד המלוה וידיו עדיין מסולקת הימנו ולכן אין לדברים אלו שורש. והתי' היותר קרוב לאמת הוא מ"ש הב"ח וט"ז דרמ"א כתב לקמן בסי' ק"ך דיש חולקין וכיון להך דעת רבוותא האמור בכאן וכך דרכו תמיד ולהיות כי דעתו נוטה להלכה כהנך רבוותא סתם פה כדרכו תמיד ועיין מש"ל סי' ק"ך מזה. ויש להבין הטעם דנתנו דלכך חייב משום דיכול לשמש בו אלו מזדמן לו זביני א"כ לא יתחייב באונסין דהא קי"ל כר"נ נאנסו לא דהיינו הנאת שימוש לא משוי לי' שואל רק ש"ש. וצ"ל ה"מ היכי דלא היה מעולם שואל לא משוי לי' הנאת שימוש לשואל אבל כאן דכבר נעשה מלוה רק עתה רוצה להפטר ממנו א"כ כ"ז דיכול לשמש בו לא כלתה חיובו הראשון ועדיין חיוב דמלוה עליו וא"ש:

ח **בכה"ג** פטור וכתב הש"ך ומהרש"ל דאפילו מפשיעה פטור ובאמת דבר זה מחלוקת הפוסקים דבמרדכי פ' הנזיקין משמע כשאמר לי' שקול זוזך ולא שקלי אפילו ש"ח נמי

לא הוי. וכן הבי' בס' אסיפת זקנים בשם רמ"ה וריטב"א ותו' דהא דקי"ל באומנין טול את שלך והבא מעות דהוי ש"ח דאומני' שאני דמ"מ תפסן אזוזי אבל התו' בפרק הזהב דף מ"ט בד"ה אלא וכו' הקשו בהא דאמרינן האי גברא דיהיב זוזי אשומשמי והדר בי' וא"ל שקול זוזך דאמרינן בשם רבא ל"מ ש"ש דלא הוי אלא אפילו ש"ח נמי לא הוי והקשו התו' מהך דאומנין טול את שלך דהוה ש"ח ותי' כיון דמעיקרא הוי ש"ש לא לסלק עצמו לגמרי משמירה נתכוון רק דיהיה ש"ח. ולפ"ז כאן מעות מותרין דהיה מתחילה ש"ש א"כ עדיין ש"ח וחייב בפשיעה וכ"כ הב"י ס"ס קצ"ח בשם הגאונים דאם קבל מעות ממוכר בתורת פקדון ואמר טול את שלך הוי מ"מ ש"ח והיינו כתו' וע"ש בב"י. איברא דיש להבין במה שכתבו תו' לחלק בין עובדא דשומשמי לעובדא דאומנים כנ"ל דהא התו' בפרק המפקיד דף מ"ג ד"ה מאי וכו' תי' דהיכי דמותר לשמש במעות הוי ש"ש וכתבו דמותר לשמש במעות לר"י דמעות קונות א"כ עדיין קשה הא טרם דאמר ליה שקול זוזך ה"ל ש"ש ודמי לאומנין ואיך אמרינן דאפילו ש"ח לא הוי. והרב בעל לחם משנה עמד בזה על דברי המ"מ שכתב בפ"ז מהלכות מכירה בשם התו' דהוי מוכר על המעות ש"ש דא"כ איך יתכן תי' התו' הנ"ל לחלק בין עובדא דשומשמי לאומני' כיון דגם בזה הוי מתחילה ש"ש ולא אסיק אדעתיה אז כי לא על המ"מ קושיתו כי דברי המ"מ אמורי' בתו' להדיא ובתו' יש להבין דדוחק לומר מ"ש התו' בהזהב הוא לחד תי' שם בהמפקיד דאסור לשמש במעות ובאמת לא הוי רק ש"ח מתחילה דא"כ לתי' הב' נצבה וקמה קושי' התוס' וצ"ל תירץ רמ"ה וריטב"א הנ"ל וא"כ מה דוחקי דהתו' אף להך תי' נימא ישוב זה. וביותר תמיה לי דברי הרמב"ם בפ"ז מהלכות מכירה דפסק דאם הלוקח חוזר וא"ל המוכר שקול זוזך המעות אצלו כפקדון ופטור מגניבה ואבידה הרי מבואר דש"ח הוי וקשה הא המוכר ל"צ לקבל מי שפרע דהא הלוקח חוזר והמוכר נתרצה כמ"ש המ"מ להדי' דשם לא שייך הא בעי לקבולי מ"ש וקשה א"כ איך משוי לי' ש"ח הא בגמרא אמרינן להדיא ש"ח נמי לא הוי. ומה שנראה הוא דהתם נחלקו בגמרא דלס"ד ס"ל רבא אפילו במקח דצריך לקבל מי שפרע מ"מ אם אח"כ מקבל מ"ש איגלאי מילתא למפרע דהיה רק שומר על המעות והואיל ואמר שקול זוזך אפילו ש"ח נמי לא הוי אבל לסוף אסיקו ר"פ ורבינא להד"ם דבהך מילתא לא אמר רבא דש"ח לא הוי דהא בעי לקבולי מ"ש וכ"כ דלא קיבל מ"ש ברשותי' קאי וכן פסק הרי"ף כלישנא בתרא וס"ל לתו' ורמב"ם בלישנא קמא מ"ט דרבא והא הוי מקח גמור כ"ז דאינו חוזר ואיך ס"ד כ"כ דלא קיבל מ"ש דיהיה שומר על המעות ולכן ס"ל לתו' ודאי לר' יוחנן דס"ל ד"ת מעות קונות א"כ הרי ד"ת המקח נגמר והמעות שלו פשיטא אף דתקנו חכמים דיכול

לחזור מ"מ כ"כ דלא מקבל מ"ש הדבר קאי כמקדם והקנין גמור וחייב באחריותו וכ"כ הריטב"א להדיא דהואיל דהוא קנין תורה כ"כ דלא מקבל מ"ש לא פקע קנינו והרי חייב באחריות המעות. וזהו הכל לר"י אבל לר"ל דד"ת לא קנה כלל רק חכמים תקנו מ"ש א"כ כיון דליכא קנין כלל פשיטא דאין כאן חיוב באחריות אעפ"י שלא קיבל עדיין מ"ש וזהו פשוט וכבר כתבו התו' ב"מ דף מ"ח ד"ה נתנה דרבא דאמר קרא ומתניתא מסייע לר"ל לכאורה אמר כן אבל באמת אין כאן סיוע והלכה כר"י ולפ"ז א"ש דהא העלו התו' בפרק המפקיד דכי הוי ש"ש על המעות הואיל ומותר לשמש בהו היינו לר"י אבל לר"ל אסור לשמש במעות ואף ש"ש לא הוי. ובס"ד הוי אמרינן רבא ס"ל כס"ד דהתם דהלכה כר"ל דהא מסייע ליה מתניתין וא"כ יפה פסק רבא דלא תלי בקבלת מ"ש כמ"ש דמ"מ אין כאן קנין ולא מתחייב באחריות כלל. אבל במסקנא הוא למסקנא דהתם דרבא כר"י ס"ל דמעות קונות וא"כ כ"כ דלא מקבל מ"ש הרי קנין תורה חל ופשיטא דחייב הוא באחריות וא"ש. ולפ"ז בס"ד הא קאי מילתא דרבא כר"ל וא"כ הא כתבו לעיל התו' דלר"ל אסור לשמש במעות ואף ש"ח לא הוי רק ש"ש וא"כ שפיר כתבו תו' דרבא אמר ש"ח לא הוי משום דאף קודם לזה לא הוי רק ש"ח לר"ל ולכך כדקאמר שקול זוזך לא הוי אפילו ש"ח ולא דמי לאומני' דהוי מתחילתו ש"ש וא"ש. וא"כ גם דברי הרמב"ם דהשתא דקי"ל כר"י א"כ מותר לשמש במעות והוי ש"ש ולכך אף דחזר ואמר טול מעותיך לא נחית כלל מד"ש והוי עכ"פ ש"ח וא"ש: ועוד דאפשר לומר מדקאמר דההיא דיהיב זוזי אשומשמי ולא קאמר דקני שומשמי ש"מ דלא ה"ל רק פסק עמו ליתן לו והואיל ומינו מצוי יכול לפסוק אעפ"י דאינו ברשותו. ועיין לקמן סי' ר"ט ס"ו ע"ש. ולכך מחויב מ"מ לקבל מ"ש אבל ס"ל לתו' דקנין זה אינו ד"ת כיון דאינו ברשותו רק קנין דרבנן אבל מהכ"ת שיחול קנין ד"ת במה שאינו ברשותו וא"כ לכ"ע אסור לשמש במעות כמו לר"ל דהא אינו קנין ד"ת וכן מסתבר דעל מה יחול הקנין וא"כ לא הוי רק ש"ח וא"ש מילתא דרבא דאמר ש"ח לא הוי ולק"מ לתו' והמעיין יבחר בשני תי' ושניהם צדקו יחדיו. גלל כן תבנא לדינא מאחר דהש"ע לקמן סי' קצ"ח סתם כהרמב"ם הנ"ל בחזרת הלוקח ואמר המוכר טול שלך דהוי ש"ח והרמ"א לא הגיה כלום א"כ ה"ה כאן דהלכה כתוס' ורמב"ם דפטור דקאמר היינו מגניבה ואבידה וחייב בפשיעה. ומעתה קושי' הסמ"ע על מור"ם בס"ק כו' דלמה יפטור מה בכך דאמר טול מעותיך סוף כל סוף יכול לשמש בהן סרה דקושי' זו יפול על הגמרא ג"כ דאמרינן דהוי ש"ח אף דיכול לשמש במעות דהוא לא רצה לקבלו כמו בנדון זה ומ"מ אמרינן הואיל ואמר טול מעותיך הוי ש"ח ואף בזו כן

ואפשר דסמ"ע ס"ל לגמרי פטור ולכך הקשה אבל לפמ"ש רק מדין ש"ש לק"מ ועיין משל"ל בסי' ק"כ מ"ש על הטור מסי' קצ"ח ומ"ש לחלק בין עיצול או סירוב דמוכר ע"ש:

ט **י"א** שאין המלוה יכול לעכב בגמ' דב"מ דף ע"ז ע"ב א"ר האי מאן דאוזפיה מאה זוזי לחברי' ופרעי' זוזי זוזי פרעון הוי אלא דאית לי' עלי' תרעומת. וכתב הרא"ש וקמ"ל שאין המלוה יכול לומר איני רוצה ליקח מעותי אלא בבת אחת והך מילתא שמעי' לי' מדקאמרי לעיל ונתן לו ת"ק זהובים קנה ומחזיר לו השאר לאחר כמה שנים אלמא פרעון הוה. אע"ג דלא פרעי' בב"א עכ"ל והקשה הש"ך וכן הג"ת דמה ראיה מהך דנתן לו ת"ק זהובים דהתם מדעתי' קיבל ופשיטא דמי יעכב ע"י אבל שיהיה המלוה מוכרח לקבל הימנו זוזי זוזי הא לא שמעי' מהך כלל. ולכן פי' הש"ך דדעת הרא"ש באמת דאין הלוה יכול להכריח למלוה לקבלו בע"כ רק אם קבלם ה"א דיכול לטעון אח"כ כל כמה דלא פרעת כל החוב הרי הוא אצלי בתורת פקדון ובאחריות דידך כפקדון דעלמא וזה קמ"ל רבא דלא כיון דקבלו הוי פרעון ולא קאי תו באחריות דלוה וזהו שפיר ילפינן מהך דנתן ת"ק זהובים דאם קיבלן דהוי פרעון ולכך השמיטו הרי"ף והרמב"ם דכבר נלמד מהך דנתן לו ת"ק וכו'. ועפ"ז תמה הש"ך על הטור דנמשך אחר דעת ב"ע דלכתחילה צריך לקבל הימנו ולא כן דעת אביו הרא"ש ז"ל. ובאמת הך פי' בגמרא דקאי אי כבר קבלן כבר קדמו הבדק הבית לפרש כן. אך ברא"ש א"א לפרש כן דהא כתב להדי' דאין המלוה יכול לומר איני רוצה ליקח מעותי הרי דאפילו לכתחילה כופהו ואם הדבר כפי' הש"ך העיקר חסר בדבריו. ולכן נראה דבלא"ה הקשה המעדני מלך בהרא"ש דקאמר והך מילתא שמעי' וכו' וז"ל צל"ע למאי נ"מ צריך לסייע לרבא מברייתא עכ"ל ולא תירץ כלום. ולכן נראה דודאי במילתא דרבא יש לפרש ב' פירושים א' כפירוש ב"ע וטור דיכול הלוה להכריח למלוה לקבל בע"כ פרעון זוזי זוזי ופי' השני כמ"ש הב"ה וש"ך דאם קיבלם ברצון דתו לא מצי למימר כפקדון הם כנ"ל והרא"ש ביקש להכריע כפי' ב"ע וזה מאמרו וקמ"ל דאין המלוה יכול לומר איני רוצה לקבל מעותי והיינו כב"ע ודלא תימא מנלן דילמא הפי' אמת דאם כבר קיבלו דא"י לומר כפקדון היה אצלי אבל לא שיכול להכריח ולזה קאמר הרא"ש והך מלתא פי' דפרעון זוזי זוזי הוי פרעון שמעי' ליה מהך דנתן לו ת"ק זהו וכו' אלמא דפרעון הוה אע"ג דלא פרעי' בב"א וא"כ תו מה קמ"ל רבא הא ברייתא היא ולא היה רבא מחדש דבר ועכצ"ל דרבא לחדש בא דאפילו להכריח למלוה שיקבלו מצי להכריחו ולא יכול המלוה לומר איני מקבלו רק בב"א וטובא קמ"ל רבא ודבריהרא"ש נכונים ומסכימים לב"ע וטור ואעפ"י שאפשר לישנא דהך מילתא קצת דחוק מ"מ האמת יורה דרכו דה"ל כאומר וגופא דמלתא שמעי' ודברי הטור הבקי בשמועותיו של אביו

מכוונים בזה וזה ראיה ברורה לפירושי שלא יהיה בן סותר שמועותיו של אביו ולק"מ בטור הנ"ל: אך צריך טעם להשמטת הרי"ף ורמב"ם ומ"ש הש"ך דהם ס"ל דרבא אמר למילתא בשכבר קיבלן כהנ"ל ולכך השמיטוהו דכבר נלמוד מהך ברייתא דנתן לו ת"ק וכו' אינו נכון דאם לרבא לא פשיטא ליה כ"כ מהך ברייתא עד שהוצרך לקבוע מימרא מיוחדת עליו איך פשוט כ"כ להרי"ף ורמב"ם שהשמיטוהו. ולכן נראה כי ס"ל כי ודאי רבא לא עינה זה מלבו רק מדברי ברייתא הנ"ל כמ"ש הרא"ש רק דקשי' כמש"ל דילמא ה"מ אם המלוה לוקח ברצון אבל להכריחו מנ"ל אך רבא ס"ל פרעון בע"כ שמי' פרעון וא"כ אין נ"מ כלל אם המלוה מתרצה בפרעון או לא אם הלוה פרעו אף שאין מתרצה כלל ועומד וצווח הוי פרעון וא"כ בשלמא אלו הדין אף כשיקבלו המלוה אף אינו בתורת פרעון וחל שעבודו עד שיהיה נפרע כולו. א"כ במכ"ש כשפורעו שלא ברצונו אבל השתא דשמעי' מברייתא אם המלוה מקבלו דהוי פרעון א"כ ה"ה כשאינו מתרצה דמה בכך ברצונו הא פרעון שלא ברצונו הוי פרעון ויכול לזרוק זוזי זוזי לתוך ביתו והוי פרעון כאלו מקבלו ברצונו וזהו לרבא דס"ל בגיטין דף ע"ח כלישנא בתרא דפרעון בע"כ הוי פרעון אפי' במקום פסידא ואזיל רבא לשיטתו ושפיר קאמר לדינא דס"ל רצון המלוה לא מעלה ולא מוריד אבל ר"פ דפליג שם ואמר דפרעון בע"כ לא הוי פרעון בעינן רצון המלוה במקום פסידא א"כ אף כאן דיש פסידא כמ"ש דה"ל תרעומת דמכלי' קרני' א"כ אין למילף מהך ברייתא כלל דשם הוי ברצון וכמש"ל וא"כ הרמב"ם כפי הגי' הטור בא"ע סי' קמ"ג ע"ש בב"י דפסק ספק מגורשת דחושש לספק דרב פפא ע"ש וא"כ כאן להכריחו למלוה לקבלו המלוה יכול לומר קים לי כהך מ"ד דלא הוי פרעון ומי יוכל להכריחו לקבלו וכמ"ש רשב"א בגיטין דבד"מ מספקא לן מילתא ולכך השמיטו הרי"ף ורמב"ם דהוא מלתא דספיקא ונכון הוא וברור מיהו י"ל הני מילי דיכול להכריח למלוה במלוה ע"פ אבל במלוה בשטר יכול לומר איני רוצה לפגום שטרי והא האי טעמא אמרי' בב"ב דלכך לא מצי משוי מתרי בר חמשין חד בר מאה דניחא למלוה דלא לפגום שטרא ומ"ש זה מזה ובזה מיושב קושי' הש"ך והב"ח וג"ת מהא דקאמרי' דלא לשוי מתרי בר חמשין חד בר מאה דלא ניחא ללוה דלא לכוף לפורעו. והקש' הש"ך בממ"נ אי ת"ז הא לשיטת הרא"ש א"י לומר לא אקבל פרעון זוזי זוזי ואי בהגיע זמנו לעולם יכופו הן בחד שטר והן בתרי שטרא. ולפמ"ש ניחא דכי אינו יכול לעכב במלוה ע"פ אבל במלוה בשטר יכול לעכב מפני דלא יפגום שטרו וא"ש: ומיהו בלא"ה לק"מ די"ל הלוה בטוח במלוה שיעשה עמו חסד אף בזמנו מבלי לנגוש אותו על ב' שטרות אבל בשטר אחד צריך לנגוש אותו שלא יפגום שטרו. ומ"מ אפשר הדין אמת כמ"ש במלוה בשטר כי

דבלא"ה תמהו על זה הדין ודי דנימא במלוה ע"פ. אך בבעה"ת שער ס"ט משמע אפילו במלוה בשטר דינא הכי: ומ"מ לדינא יש ליישב וגם לתרץ דברי בעה"ת דכתב זה אי לא אמרינן טעמא דלפנום שטרו ע"ש וצ"ע:

י **מיהו** אם משכן לו שדהו כתב הט"ז בדבר שאין למלוה פירות כגון משכון מטלטלין יכול לומר כיון דמשכונך שוה בכדי חובך החזיר לי החצי וכיון שאין תועלת למלוה כגון זה כופין על מדת סדום עכ"ל ואמת שאיני כדאי לחלוק עליו בלי ראיה מוכרעת אבל מ"מ לא מסתבר לי דיהיה זה מדת סדום דיכול לומר יותר שהמשכון בידי יותר בטוח אתה לי בכדי מעותי ויותר מוכרח לפדות משכון אם הוא שוה יותר ואם בשטר שהוא יותר ממה שהלוהו אמרי' ניחא ליה כדי שיכוף לפורעו ואמרו בירושלמי אימת שטר מרובה בגדול מקטן ומכ"ש במשכון שעי"כ יכופו לפרוע ולכן לא ידעתי מה מדת סדום יש בזה.

יא **נותן** לו וכו' וכתב הש"ך וכן הסמ"ע אם המעות בעין דאם יאמר הרי שלך לפניך יש בו חלוקי דעות במרדכי ובתו' ונראה דכל זה הוא לפי' רש"י דפי' דהלוהו סתם ולא בהתנה אבל לפי' התו' וכמו שכתב רמ"א בהגה דהוי בהתנה ואם הוא תנאי הרי כל תנאי שבממון קיים ומה בכך דמעות הלואה הם בעין והמרדכי לשיטתו דסבירא ליה שם בשם רש"י דהתנאי היה ליתן לו בתשלומין מעות ולא סחורה אם כן שפיר י"ל המעות שהוא בעין יחזיר לו אבל לפי דאמרי' דהתנאי היה בבירור על מטבע היוצא מה יהני שלך לפניך:

יב **שהלוהו** בכל ענין כתב בתשובת מהר"ם הובא במרדכי פ' הגוזל מי שגירש אשתו והבטי' ליתן לה עד חנוכה מעות היוצא אז בהוצאה וביום ראשון דחנוכה נפסל המטבע ופסק מהר"ם דעד חנוכה זמן ערב חנוכה ונותן לה מטבע היוצא ערב חנוכה. והרב מהרש"ל רצה לפסוק מזה דהמלוה לחבירו לזמן ובזמנו היה תובעו והו' דחהו בלך ושוב ובין כך נפסל מטבע חייב לשלם לו מטבע היוצא אח"כ וכב' השיגו הש"ך דמשם איפכ' נרא' דהא פסק מהר"ם דנותן לאשתו מטבע שהי' יוצא בערב חנוכה אעפ"י שנפסל. איברא אף דאין להמהרש"ל ראי' משם מ"מ אפשר דדינו אמת הואיל ודחהו בלך ושוב אם כן היה גרם בהפסדו ואלו פרעו בזמנו היה מוציאו במקום אחר אך מ"מ לא נ"ל חדא דהוא גרם בעלמא ועוד התו' הקשה שם למה בלא התנה נותן לו מטבע הנפסל' הא בגזל אומר לו הרי שלך לפניך משמע דלולי המטבע בעין א"י לומר הרי שלך לפניך ובמלוה להוצאה ניתנ' ה"ל כאילו אינו בעין וקשה מאי קו' הא בגזל הפסידו דלולי דגזלו היה מוציאו בדוכתי' טובי טרם שנפסל והר"ז גרוע מהלו' שדוחה למלו' בלך ושוב כי שם

דרך הלוי' כך משא"כ גזלן הרשיע לעשות וגרם רעה לחבירו ועכצ"ל דבשביל כך אין לחייבו ממון ומכ"ש בעובדא דמהרש"ל ולכן ברור דאין להוציאו מיד מוחזק:

יג **ויש** חולקין וכן בי"ד סי' קס"ה כתב הד"מ דהריב"ש והרא"ש חולקין והש"ך כתב דלא משמ' מידי מתשובת הרא"ש וז"ל תשובת הרא"ש כי שאל השואל אם נדון בחלוף המטבע כמו שדנין גוים בדינא מלכותא או נדון עפ"י ד"ת כדין המלוה את חברו על המטבע והשיב הרא"ש מה שכתבת שנפל מחלוקת בין מפורשים כשהמלך גוזר על המטבע לפחות או להוסיף אי דינא דמלכותא דינא או לא לא ידענא מה שייך להזכיר כאן דינא דמלכותא כי המלך עושה מטבע חדש שיצא במו"מ ומקח וממכר ופוסל הראשונים בשביל זאת אין המלך מקפיד להיות מפסיד למלוה ואינו חושש רק שיהיה המטבע נפסל ומעובר מעולם אבל אינו חושש כיצד יפרעו למלוה וכו' עכ"ל ואם כן לכאורה משמע מזה דמלך לא תיקן כלל כיצד ישלמו הלוי' למלוים שלהם רק פסל המטבע כנ"ל אבל אם תיקן להדיא סדר ונימוס כיצד ישלמו אף הרא"ש מודה דאמרי' בי' דינא דמלכותא דינא ויפה טען הש"ך על הרמ"א. אמנם נראה דרמ"א סבירא ליה אם כן דכך היה שם עובדא דמלך לא עש' סדר כלל כיצד ישלמו החייבי' רק דפסל מטבע אם כן היינו דתנן בגמ' המלוה את חבירו על המטבע ונפסל והיינו דפסלו המלך וא"כ השואל מה הי' שאלתו ודקארי לי' מה קארי. הלא הגמ' בכה"ג מיירי דפסלהו המלך ומ"מ אמרי הדין באיזה אופן ישלם הלוה ואם אמרי' דינא דמלכ' בי' מה אמרו חז"ל נותן לו מטבע היוצא וכו' והוא תמוה בעצמותו. ולכן ס"ל לרמ"א ודאי דפסל המלך מטבע גם זו יסד כיצד ישלם הלוה למלוה ולכך היה שאלתו אי משגיחין בתקנתו או לא אמרינן דינא דמלכותא בדברים שאינו מחוקי המלך והדרן לדין חז"ל בהמלו' את חבירו על המטבע ויפה שאל ונסתפק וע"ז היה תשובת הרא"ש ז"ל דבשלמא אם הך תקנה כיצד יפרעו הלוים נוגע בהך תקנה דפסל המטבע ואם ישלמו הלוים ממטבע ישינה יהיה נותן מגרעת במה שפסל המטבע ובגין דא יש קפידא א"כ דדבר זה שייך לפיסול מטבע בזו לכ"ע בדבר מטבע וכיוצא בו דינא דמלכותא דינא ואם כן ודאי יש לשמוע בקול דתו. אבל באמת הא אין זה נוגע לפיסול מטבע דאף שיפסול מטבע יכולים הלוי' לשלם למלוי' ממטבע שנפסל והם יקבלו ההפסד ומ"מ תקנתו בפיסול המטבע לא ישונה ולא יוגרע כלל ואין נ"מ בזה לתקנתו בפיסול המטבע כלל רק זה תקן בפרטיות ודרכו לתקן נימוס ודתי מלכי' כמלך במשפטו יעמיד ארץ ואין לגוים נימוסים רק מה שמחדש המלך לעמו חדשים לבקרים ואף זו תקן כיצד ישלמו ואין לזה שייכות עם תיקון פיסול המטבע ואם כן חזר זה לכללא דשאר דיני' דמייסד המלך דלא קי"ל דינא דמלכותא לבטל ד"ת ואתי

שפיר ודברי רמ"א ברורים לדינא כפי דעת הרא"ש זהו מה שנ"ל בכוונת דברי רא"ש אבל לדינא מ"מ העלה ש"ך בי"ד רבים מחברים דסבירא להו בזה ודאי דינא דמלכותא ועיין מ"ש שם באריכות בס"ד. ובאמת יש לי קצת קושי' לשיטת האומרים דבעניני מטבע בכל דבר דינא דמלכותא דינא אם כן הא דמשני הגמ' שם ב"ק דף צ"ז ע"ב במה דפריך אי מלכיות מקפידות היכי מצי ממטי לי' ומשני דלא בחשי וקשה מה בכך הא מ"מ צווי מלכות שלא להוציאו חוץ למדינה ואם כן אותו שמוציא עובר על צווי מלכות והרי הוא איסור כיון דדינא דמלכותא דינא וכי מלך ישראל המצוה לבל יוציאו מטבע חוץ למדינה וכי רשאי' לעבור מצותו ואי דינא דמלכותא דינא הר"ז איסור לעבור דתו ומצותו ומה נ"מ אי בחשי או לא ויש ליישב דוקא הנוגע לממון דינא דמלכותא אבל לא בשאר צווין וזה אינו נוגע לממון כיון שמוציאו ממדינתו ועיין מ"ש בי"ד בזה ועיין מ"ש בחדושי לרמב"ם פ"ח מהלכות מעשר שני טעם שהשמיט הך מלכיות מקפידו' לגמרי וע"ש שהארכתי בישוב השגת הראב"ד ולהיות כי לא נ"מ רבתי לדינא קצרתי בזה:

סימן עה

א **ועדים** מעידים לקמן בסי' פ"ז ס"ה נחלקו הסמ"ע והש"ך דדעת הסמ"ע בש"ע דוקא דעדים מעידים דידוע להם דלא נפרע כגון שלא זז ידם מידו או שהוא תוך זמנו אבל במעידים שלוה והוא אמר לא לויתי דהוחזק כפרן דכל אומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אינו בכלל לחייב שבועה דהא מ"מ אפשר דפרעו. והש"ך השיב עליו מדברי הר"ן ונ"י וריטב"א דהוקשו הא ה"ל שעבוד קרקעות ותי' דמיירי דלא ידעו העדים אי פרע או לא רק מהודאות פיו דכל האומר לא לויתי כמודה דלא פרע ואין הודאתו חשוב לטרוף מלקוח' ע"ש והדבר מבואר דלא כסמ"ע ואמת כי המחברים הללו כתבו להדיא דלא כסמ"ע אבל מ"מ יש כאן מקום עיון דהא הם בעצמם מודים כמ"ש בריטב"א ובס' אסיפת זקינים לב"מ דלישנא דגמרא משמע דעדים מעידים בבירור שחייב לו דאל"כ הל"ל ועדים מעידים שהלוהו ולא סתם דיש לו חמשים וכן תנא תונא דמדמי הך דר"ח דקמייתא למשנה דב' אוחזין בטלית דמסהדי סהדי דמה דתפיס דידיה הוא משמע דמעידים העדים בבירור דשל חבירו רק הם הכריחו מקושי' דהא ה"ל שעבוד קרקעות ולכך תי' דעדים לחוד לא משוי' ליה שעבוד רק בהודאת פיו דה"ל כמודה דלא פרע ואין הלקוח' משגיחים ביה בהודאתו. וזהו עיקר דבריהם ונראה דכולם נמשכו אחר דעת הרמב"ן שהביא בסוף פרק שבועת הפקדון בתי' הקושי' למ"ד שעבודא דאורייתא מ"מ היכא משכחת ליה הא ה"ל הודאה וכפירה שעבוד קרקע וכתב הרמב"ן דהא בורכא

דכל מודה מקצת שאין בו עדים כיון דא"י לגבות משעבדי לאו שעבוד קרקעות מיקרי ע"ש והן הן דבריהם הנ"ל אבל הרא"ש שם השיג עליו וכתב הא דלא גבי מלקוחות משום שאין עדים בדבר ואפילו הלוה מודה דחיישינן לקנוניא ואם היה הלוקח מודה בהלואה היה גובה ממנו הלכך אין שעבוד קרקעות תלוי בעדים ובשטר למאן דאית לי' ש"ד וכ"כ התו' ותי' שניהם דלא משכחת לי' רק בדלית ליה קרקע או מחל שעבודא וכ"כ הטור לקמן ס"ס פ"ח בשמם אם כן לשיטתם עדיין לא מתיישב הקושי' דכיון דאומר לא לויתי ה"ל כמודה לא פרעתי. ולכך אפי' בבאו עדי פרעון לא מהני דהודאת בע"ד כק' עדים א"כ ה"ל שעבוד קרקעות ולא נ"מ אי אינו יכול להוציא מלקוחות דשם טע' דלקוחות חוששין לקנוני' כמ"ש הרא"ש ועכצ"ל בישובו כמ"ש לענין מ"מ דמיירי דלית לי' קרקע או מחל כנ"ל ואם כן כשל עוזר ונפל עזר דאין להם סעד לפרש מילחא דר"ח בכה"ג ותפסינן סתמא דלישנא הגמרא כמ"ש דאיירי דמעידים ודאי לא פרע ונראה דתו' דהוקשו בב"מ מ"מ דחיי' שבועה היכי משכח' ליה כוונו להך דר"ח קמיית' ותי' דלית לי' קרקע והקשו מהא דאר"י בשבוע' הכופר במלוה שיש לו עדים חייב קרבן שבועה אבל בכופר במלוה שיש עליו שטר פטור בממ"כ אי אית ליה קרקע בשניהם פטור ואי לאו בשניהם חייב והקשה הגי"ת למה הקשו מהך דשבוע' ולא באותו שמעת' עצמו בלוה אומר שתים ה"ל ש"ק ושלש לא הוי ש"ק בממ"נ אי אית לי' קרקע תמיד הוי ש"ק ואי לא לא ולמ"ד שעבודא דאורייתא הך מילתא דר"ע ורשב"א מה איכא למימר ונראה דהתו' ס"ל כמ"ש התו' בשלהי ב"ב דמלוה ע"פ ש"ד היינו במלו' שיש עליו עדים אבל לא בהודאות פיו וא"כ אף דאית ליה קרקע מ"מ סלע השלישי דמודה בלי עדים לית ביה ש"ק והא דהקשו מ"מ היכי משכחת היינו ר"ח קמייתא דהא ישנו עדים ולכך הוקשו מן מ"מ ולא מן שבועת ע"א ולכך הקשו מר"י דאמר מלוה שיש עליו עדים. ואמת דצריך אני להתלמד בדברי הר"ן ריש שבועת הדיינים דהקשה קושי' הנ"ל בדר"ח קמייתא דהא ה"ל שעבוד קרקעות ותי' כנ"ל דעדים לא ידעו אי פרע או לא רק הוא אומר לא לויתי וה"ל כמודה דלא פרע ואינו גובה מלקות' כנ"ל וכ' ואכתי קשה מודה מקצת דכתב רחמנא היכי משכחת לי' דהא ה"ל הודה בקרקעות ותי' כתו' דאין לו קרקע וכו' עכ"ל. וקשה בממ"נ אי סבירא ליה כדעת הרמב"ן הנ"ל ולכך אף דכל האומר לא לויתי כמודה דלא פרע מכל מקום הואיל ולגבי לקוח' לא מהימן תו לא מיקרי שעבוד קרקע א"כ מה קשי' לי' מן מ"מ היינו הך וע"ז אמר הרמב"ן תי' שלו כנ"ל ברא"ש ואי לא סבירא ליה כרמב"ן רק כרא"ש ותו' א"כ עדיין לא יתישב קושי' ראשונה כמש"ל דמה בכך דאין גובה מלקוח' מ"מ אלו היה לוקחים מאמינים לו הא היה גובה כמ"ש הרא"ש ועוד השתא דתי' על הך

קושי' דמ"מ דאיירי בדלית ליה קרקע א"כ גם במילתא דר"ח נימא כן וא"צ לכל הקושיא והכרח שלו. וצ"ע לכאור' ומה שנ"ל בישובו הוא דר"ן סבירא ליה לדינא כדעת הרא"ש ותו' דאף מודה מקצת בדאי' לי' קרקע מיקרי שעבוד קרקע אך לא מטעם הרא"ש דאלו היו הלקוח' מאמיני' לו היה טורף מהם דסבירא לי' לר"ן סוף כל סוף השתא הם אין מאמינין לו ואין גובה מהם אם כן ה"ל כמחל לו רק סבירא לי' ה"מ לאותה קרקע שמכר קודם הודאתו אבל אם יש לו אז בני חורי' קרקע בעת הודאה א"כ אז משעבד ליה הקרקע ההיא באותו רגע שמודה ואם כן כיון דבגמ' משוינן שעבוד קרקע לגוף קרקע א"כ ה"ל כמוד' בקרקע דהא מודה דקרקע זו משעובד לו ואם יתרה שמכאן והלאה לא יפרע לו רק בעדים וכדומה הרי הקרקע משועבדת ליה וה"ל שעבוד קרקעות ולכך הוצרך הר"ן לתרץ דלית לי' אז קרקע ולק"מ. אך הרווחנו מזה דאף דבעת הלואה היה לו קרקע ומכרו כיון דהלואה לא נעשית בעדים א"כ אין כאן שעבוד כמ"ש התו' ג"כ בסוף ב"ב ע"ש וכמ"ש הר"ן רק צריך להיות בעת הודאה לא יהיה לו קרקע דאז הוי כמלוה בעדים דמ"ש הודאת בע"ד או מלוה בעדים הא בעת הודאתו חל שעבודא לגמרי כאלו מלוה עכשיו. ולפ"ז עדיין דינו של ר"ן מוכרח דהך מילתא דר"ח ע"כ איירי באין עדים מעידים שלא פרעו רק אנן מתורת הודאת פיו מחייבין לי' דכל האומר לא לויתי ואי קשה מה בכך עכשיו דמודה ה"ל שעבוד קרקעות כנ"ל הא לא קשיא די"ל דל"ל קרקע עכשיו כדאמרינן במודה במקצת משא"כ אי איירי בעדים מעידים דלא פרע כלל אם כן צריך לומר דלא היה לו קרקע מעולם אפי' בעת הלואה דאל"כ הא משתעבדי נכסי' לדין תורה אפילו מכרן כמ"ש הר"ן ואם כן קשה איך יליף ר"ח דעדים מחייבים שבועה מק"ו מפיו הא איכא למפרך מה לפיו שכן מחייבו שבועה אפילו בדאית ליה קרקע בשעת הלואה רק ל"ל קרקע בעת הודאה משא"כ עדים דאי אתה יכול לחייבו שבועה רק בדלית ליה קרקע כלל מתחילה ועד סוף. וכן ע"א גם כן יכול להיות דאית ליה קרקע דהא אין טורף כלל עפ"י ע"א כמ"ש הרמב"ן להדיא. ואם כן אין כאן ק"ו ולכך צ"ל דגם ר"ח קמייתא איירי בכה"ג דאין עדים מחייבים אותו רק בצירוף הודאתו ואם כן יכול להיות דיש לו קרקע מתחילה רק עכשיו דל"ל ודמי לגמרי לפיו שמחייב שבועה במ"מ וצריך עיון. אך כל זה אם לא אמרינן כהרא"ש אבל לשיטת הרא"ש דה"ל שעבוד קרקעות אילו הלקוח' מאמינים ללוה אם כן אף במ"מ צריך לומר דלית ליה קרקע מעולם אפילו בעת הלואה. א"כ כל דינו של הר"ן אינו מוכרח וכן מורה לשון הרמב"ם בספ"ד מהלכ' טוען והעדים מעידים שעדיין יש לו חמשים. ואף דיש לומר לרבותא נקטו דאפילו מעידים שעדיין יש לו מכל מקום מחייבים שבועה דאף דהעלו הר"ן וסייעתו בכה"ג אין מחייבים שבועה

דה"ל שעבוד קרקע היינו לדין תורה אבל בתר דתקנו חז"ל מלוה ע"פ אפילו בעדים וברור דלא פרע אין גובה מלקוח' לכ"ע ולכל ענין מחייבים שבועה. ולכך שלא כדת הקשה הג"ת על הר"ן בדף ס"א מהך דברי הרמב"ם דמשמע דמ"מ עדים מחייבים שבועה דמודה הר"ן לדידן ופשוט ומ"מ מסתימת לשונו דהל"ל אפילו מעידים עדים בבירור כדברי סמ"ע דצריכים להעיד דעדיין חייב לו וכן מורה לשון הטור כמ"ש הג"ת והיינו כי הטור לשיטתו דסבירא לי' כרא"ש. ואין להקשות לשיטת הרא"ש בפמ"ש דמ"מ לא משכחת ליה רק בדלית ליה קרקע מעולם אפילו בעת הלואה א"כ הא דדרשינן בפרק כל הנשבעים שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין יורשים דטוען מנה ביד אביכם ויורשים אמרו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דלא דנינן ביה משאיל"מ דבממ"נ אי אית להו קרקע מאביהם א"כ הא ליכא כאן ש"ד כלל דהא ה"ל שעבוד קרקע ואי לית להו הא ה"ל מטלטלין דיתמי ול"ל דבעת הלואה היה לו קרקע ושיעבד מא"ק ומכרו דלשיטת הרא"ש צ"ל דלא היה לו קרקע כלל הא לא קשיא די"ל הלוה מנה ולא היה לו קרקע רק בזוז ושיעבד לו מא"ק וא"כ יתומים שמודים בחמשים זוז מודים בזוז קרקע ומ"ט זוזים מטלטלין וכופרים בנ' זוזים מטלטלין דלא הוה הודאת קרקע דמ"ט זוזי לית כאן קרקע ומ"מ משתעבדי ממטלטלין דיתמי הואיל ושעבדן מא"ק ועוד יש לישבו באופנים שונים ועכ"פ דינו של הסמ"ע וש"ך ספיקא דדינא:

ב **ויש** מי שחולק יפה כתב הש"ך דהיינו בדלית לי' קרקע ולכך ס"ל כן אבל בדאית ליה קרקע אין חולק דה"ל הילך ושעבוד קרקעות אלא שאני תמה בדיעה הראשונה איך ס"ד בדלית לי' קרקע והוא כופר דהיה מיקרי הילך מה יש לו הא לית ליה קרקע ואמת כי רבינו ב"י כתב בסוף סי' פ"ח דאם יש לו מטלטלין אע"ג דל"ל קרקע קרוי הילך רק שם מיירי במודה בהך מילתא דשטרא וא"כ ה"ל כמו דבר שא"י לכפור אבל בכופר בו איך יקרא הילך כיון דלית מקום לגבות ומטלטלין יכול להבריחן ואע"ג ברש"י ב"מ דף ד' ע"ב ד"ה ה"ג כתב רש"י אפילו לאו מודה בשטר ה"ל הילך רש"י לשיטתו דפי' מקדם דלכך נקרא הילך שכל שדותיו משועבד' אבל בדלית לי' קרקע והוא מכחיש מה הילך יש בזה. ועיין מש"ל בזה בסי' פ"ז ופ"ח באריכות ובאמת הך דעה קמייתא שהם לקוחים מדברי מרדכי במהדורא בתרא לפ' כל הנשבעים לא עינה המרדכי מלבו רק העתיק בקצרה דברי שערים דרב אלפס ועיינתי בשערים ומצאתי שכפל ושילש הדבר בהך מילתא דעדים מעידים שחייב חמשים אם יש שטר או קנין משום דה"ל הילך ולא הזכיר כלל משם ש"ק בשער רביעי בהך מילתא דר"ח קמייתא ובשער החמישי בתנאי התשיעי שלא היה במ"מ למה שמודה שטר או קנין דאל"כ ה"ל הילך ולא זכר כלל מענין

שעבוד קרקעות ובשער השישי בסופו באות ד' אם חיבר עם שאר תביעות תביעה בשטר וקנין אין הודאתם מחייב ש"ך דה"ל הילך והדבר צריך ישוב איך בכל דבריו לא הזכיר כלל מהך דשעבוד קרקעות והלא דבר הוא ולכן היה נראה דר"א בשערים היה מכת הגאונים שקדמו לראב"ד דס"ל דקרקעות בח"ל דינם כמטלטלין דדימהו לדין ערכין עיין בבעה"ת שער שביעי ולקמן סי' צ"ו בב"י רק ס"ל כי אמרינן דינם כמטלטלין היינו לישבע על קרקעות דהוא גזירת הכתוב דאין נשבעין בזו י"ל דינם כמטלטלין אבל לענין הילך דעיקר הדבר במה שא"י להבריח מיקרי הילך ומה שיכול להבריח אינו הילך וקרקעות שבח"ל א"י להבריח כמו קרקעות שבא"י דמ"ש וא"כ ברור דקרוי הילך ולכך נתן הכל טעם משום הילך ולא משום ש"ק כמ"ש דס"ל בח"ל לא שייך כן וא"ש ולק"מ וזה נ"ל ברור לכן לדינא נראה כמ"ש הש"ך העיקר כי"ח:

ג **הוחזק** כפרן וכתב הרא"ש בתשובה סוף כלל צ"ד בראובן שטען שנתן לשמעון ר' זהובים להשביחן והלה כופר ועדים מעידים שמתוך עדותן נתברר בצירוף שהודה שיש בו חמשים ופסק הרא"ש דהוחזק כפרן וכ' אע"ג דאמרינן דלא הוחזק כפרן עד דאתו סהדי והעידו דהאי שעתא ה"ל בביתו התם משום דא"ל אשמוטי קמשמט עד דבחישנא אבל הכא לא שייך למימר עד דבחישנא דהכא לא ממש פקדון הוי חפץ מבורר אלא מעות או שוה כסף הושלש בידו להשביחן לנותן וכן עשה לכך חייב לשלם עכ"ל. הקשה הסמ"ע הא י"ל אשמוטי קמשמט הואיל ונתן להוציאם ותי' כיון דא"צ לשלם מיד א"כ ה"ל לומר שהוציאן משא"כ במלוה דתובע לפורעו א"כ צריך לשמט דנוגשו לפרוע מיד וכבר השיגו הש"ך בס"ק ט"ו דבממ"נ אי חייב באחריותו פשיטא די"ל אשמוטי קמשמט ואי אין חייב באחריותו כמו שהוא באמת דה"ל רק מתעסק בעלמא וא"כ עדיין י"ל אולי נאבד בפשיעה וסבר עד דבחישנא. ע"ש שדחק עצמו למאוד בדברי הרא"ש ובלא"ה דברי הסמ"ע דחוקים חדא דא"כ התובע לחבירו ונתן לו זמן לא יהיה שייך ביה אשמוטי קמשמט וזהו לא שמענו ועיין מ"ש הט"ז והג' מהור"ץ לעיל בסי' ע"ג דזהו אינו דאף לזמן מ"מ חושב אולי יגיע זמן ולא יהיה לי' מעות ואין רצונו לקבל אחריות תשלומין על עצמו ומ"ה שמוטי קמשמט ואף בזה כן דהא לא יוכל לדחותו לעולם בלך ושוב ויהיה זמן מוגבל לפורעו ולכך טוען להד"ם לדחותו ודבר זה ברור ודברי הסמ"ע בישוב הנ"ל צ"ע וגם מה שדייק הרא"ש בתשובה דהא לא נתן לו חפץ מבורר אין ענין לפי' הסמ"ע רק הל"ל דהא נותן לו להשביחן בלי גבלת זמן ולכן מה שנ"ל בכוונת דברי הרא"ש הוא דבב"מ דף ה' ע"ב פריך הגמרא הא דתני רמב"ח ד' שומרים צריכים כפירה והודאה במקצת נימא מתוך שחשוד אממון חשוד אשבועה ומשני הגמרא התם נמי

אשמוטי קמשמט לי' סבר עד משכחינ' לגנב ומייתי לי' או עד משכחינא באגם ומייתי ליה אי הכי הכופר בפקדון אמאי פסול לעדות נמי אשמוטי קמשמט עד בחישנא וכו' ופי' רש"י בקושית הגמרא ונימא מגו דחשיד וכו' בשלמא שבועת שומרין לא קשי' די"ל פשע בו וחייב לשלם וסבר עד דהוי ליה זוזי אלא האי דכפירה קשי' וכו' והביא באסיפת זקנים בשם הריטב"א ויתר מחברים הא דלא נימא ג"כ דלכך כפר דבאמת פשע בו וחייב בתשלומיו ושמוטי קמשמט עד דהוי ליה זוזי דא"כ למה יכפור ויאמר להד"ם דמעיז נימא נאנסו דאינו מעיז כלל ומדלא עביד כך ש"מ דלאכפורי בעי וא"כ הוי חשוד אממון זהו מה שהמתיקו בפי' רש"י ועדיין צריך להבין א"כ מה משני הגמרא ס"ל משכחנא ליה לגנב א"נ משכחנ' באגם וכו' עדיין ק' ל"ל דאמר להד"מ לימא נאנסו. וצריך לומר דהא טוענו חפץ מבורר כך סימנו וכך מראיתו ואיננו שמסרתי לך ואם דרך משל ש"ש יאמר נאנסו נשרף באש הא מגמתו לחפש אחר אבידה ולומר כלי זה כדמותו וצלמו כנ"ל נאבד ממני להוציא מיד גנב ע"כ ואם כבר יאמר בב"ד שנשרף באש הלא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וא"א לו להוציא מיד גנב או מיד המוצא אבידה כי יאמרו לאו שלך הוא. וכמו כן ש"ח דבאמת יש לו עדים שהניח פרה בר"ה ומשם גנבו או מצאו אחד ואם הוא יאמר לא פשעתי כי היה הדלת סגור ברפת ומשומר כראוי ומשם נגנב או נאבד א"כ איך יתבע לגנב ולהמוצא בעדים שהניח פרתו בר"ה והם לקחו דהא הודה שהיה משומר ברפת ונעול בפניו וע"כ אחרת היא ולכך אין מכניס עצמו לתגר הזה רק אומר להד"מ פרה זו לא היה שלך מעולם או לקחתיו ממך וא"כ יכול לתבוע לגנב בשלו כשירצה ולכך א"ש דפריך הגמרא אי הכי הכופר בפקדון אמאי פסול לעדות נימא עד בחישנא וכו' ולכאורה ק' בל"ז ה"ל להקשות דאמאי פסול נימא דפשע ולא ה"ל זוזי ואשמוטי קמשמט כנ"ל אבל לפי הנ"ל ניחא דבשביל כך ה"ל לטעון נאנסו כמ"ש הריטב"א ולא לכפור אבל מהך טעם דבחישנא וכו' א"א לו לטעון נאנסו כנ"ל וא"ש. ובהונח כזאת בכוונת דברי הגמרא יצא לנו דין הנותן לחבירו חפץ בלתי מסומן ומבורר רק להוציאה ולהשביחה וא"כ לא מסיימו בהפקדון איזה של המפקיד או של נפקד והוא כופר הרי הוחזק כפרן דאי אשמוטי קמשמט לטעון נאנסו כמ"ש הריטב"א ואי דס"ל בחישנא לגנב עדיין לימא נאנסו דבשלמא חפץ מבורר וידוע בסימניו א"כ י"ל כהנ"ל אי יטעון נאנסו שוב לא יוכל לטעון על הגנב אבל מעות אף דיטעון דמעות של המפקיד קרתם אסון מ"מ לעולם יכול לתבוע לגנב ולבעל אבידה במעות כי לא מסיימי כלל שהם המעות שטען עליהם נאנסו והני זוזי אחריני נינהו כי לא סיימו כלל וא"כ מדלא טען כן הוחזק כפרן כמ"ש ריטב"א דהוי חשוד אממון ופסול לעדות וזהו שדייק הרא"ש בתשובה הנ"ל ולא

שייך כאן אשמוטי עד בחישנא וכו' הואיל ואין כאן חפץ מבורר דייקי רק כסף ושוה כסף להוציאם ולהשביחם וכן עשה וא"כ לא מינכר ושפיר ה"ל לטעון נאנסו כסברת הריטב"א ודוק וה' האיר עיני ברחמים למצוא פתח התרה וישוב בדברי רא"ש בפשוט. אמנם אף שבררנו כן בדברי רש"י נראה דהתו' חולקים ע"ז דהתו' ב"ק דף ק"ז ד"ה עירוב וכו' דהוקשו לרמב"ח דבעי ג' פרות הא יש לו מגו דיטעון על הך דכפירה ג"כ נאנסו וליכא שבועה לרמב"ח ותי' דהך כפירה לפנינו וברור דכתבו כן למסקנא דקי"ל לא אמרינן מגו דחשוד אממון וכו' וספק מלוה ישינה אבל לס"ד דאמרינן דס"ל בחישנא לי' ומשכחנ' ליה ש"מ דלא איירי דהיא עומדת לפנינו דאל"כ עדיין קש' נימא מגו דחשיד וכו' דהא היא לא נאבדה ממנו כלל וצריך לומר בס"ד מיירי דאיכא עדים דנגנבה או נאבדה בפשיעה וא"כ לית מגו דנאנסה ולכך צריך לטעון ליה להד"מ ולפ"ז ל"ל כמ"ש ריטב"א דאי משום אישמוטי לטעון נאנסו דהא עדים מעידים דנאבד בפשיעה. וצריך לומר לדעת התוס' דבזה מחולקים המקשן ותרצן דמקשן ס"ל דסתם אמר רמב"ח אפילו איכא עדים דחזיא ליה והתרצן השיב דלא חזי' ליה רק דידעו דנאבד בפשיעה ובאמת המ"ל בתירוץ אשמוטי עד דהוי ליה זוזי רק עדיפא מיני' משני עד דמשכחנא לגנב ובהכי ניחא הא דפריך א"ה הכופר בפקדון אמאי פסול נימא משמט עד דבחישנא וכו' וקשה מה קושיא דלמא הך סברא עד דבחישנא הוא סברא גרועה רק שלא נימא מגו דחשיד אמרינן בסברא כל דהוא אבל אין זה מספיק להכשיר בכופר פקדון ודאי דכמו כן אמרינן לקמן בשינויא דספק מלוה ישינה וכו' וכמ"ש התו' בד"ה ספק וכו' ע"ש אבל לפי הנ"ל ניחא דהא מצי לשנויא משמט עד דהוי ליה זוזו רק עדיף מיני' משני וא"כ כיון דמהך סברא משמט עד דהוי ליה זוזי אפילו בכופר מלוה ודאי לא פסלנין מכ"ש מהך סברא דאין לפסול בכופר בפקדון ודאי וא"ש. וא"כ סברא זו במחלוקת ונראה דרש"י אזיל לשיטתו דס"ל מגו דלפוטרו משבועה ל"א כמש"ל בכללי מגו ע"ש ול"ק קושית תו' וא"צ לתיר' התו' אבל למאן דס"ל דאמרינן מגו צ"ל תי' התו' ואין מקום לסברא הנ"ל ולכן צל"ע לדינא:

ד **ודוקא** שהכירו ב"ד וכו' הסמ"ע לקמן בסי' פ"ז דעתו דאם טוען איני חייב לך כלום כי בעד חמשים זהובים ערבתי בעבורך והב"ד פסקו שאין בטענתו מחמת ערבות טענה כי לא היה לו לפרוע וכן כיוצא בזה אע"ג דמחויב לשלם החמשים מ"מ לא מיקרי מודה מקצת ודבריו הם מתשובת רשב"א שהביא הב"י כי טען נתתי עבורך רבית אף דאין מועיל לא הוי מ"מ לענין ש"ד והרב הש"ך טען עליו דהיינו ר"ח קמייתא דמה לי עדים מעידים ומה לי הב"ד וכן אמרו שם בגמרא דשנים אוחזין בטלית ה"ל ר"ח קמייתא אף

דטען כולו שלי הואיל ואנן סהדי דמאי דתפיס חברי' ה"ל שלו וכן רומז על דעת הר"ן ונ"י דעדים מעידים רק שהלוהו רק אנן מחייבין אותו דכל האומר לא לויתי וכו' ולי נראה לחלק דאם הוא טוען דבר רק אנן לא מאמינים ליה ואומרים שקר אומר ה"ל בכלל ר"ח קמייתא אבל אם אמת אומר רק דאין מהדין לשלם לו והוא טועה בדין בזו לא שייך מ"מ דהא הוא לא הודה וגם לא שייך אנן סהדי דהא הך ר"ח קמייתא נלמוד מק"ו מפיו וע"א ועיקר שיתחייב שבועה על הנשאר הוא מפיו דבע"א נשבע להכחיש מה שמעיד רק מפיו נלמוד דנשבע על הנשאר וכמאמר ר"ח שלא תהיה הודאת פיו גדולה וא"כ לכאורה יש פירכא דמה לפיו דליתא חזקה אין אדם מעיז דבמ"מ תו לא הוה העזה דחשיב אשמוטי משמט אבל בכופר בכל רק עדים מעידים על חמשים הא איכא העזה וחזקה דאין אדם מעיז וי"ל דמהימן (ומכ"ש לרש"י וסייעתו דסוברים דלכך באמת כופר בכל פטור משבועה מהך טעמא דאין אדם מעיז) רק זה באמת אינו איך נסמוך בהאי גברא אחזקה דהא חזינן דמעיז דכופר בכל והא ע"י הודאת עדים בצירוף הודאת פיו חייב בחמשים עכ"פ ואיך כפר בכל ואזלא ביה חזקה וכ"כ הנ"י דהרי הוא בחזקת מעיז. ולפ"ז תינח במה שהוא יודע דמשקר כגון בהך חמשים דהודה דלא פרע דכל האומר לא לויתי וכו' ועדים מעידים דלוה א"כ ברור דלוה ולא פרע וזהו ידוע לו ומ"מ כיחש בעמיתו הרי זו העזה וכן בטלית אנן סהדי דמה דתפש שלו הוא וזה ודאי ידוע לו ואיך העיז לומר כולו שלי משא"כ באומר פרעתי רבית בעבורך או בערבות והוא סובר כי האמת דחבירו חייב לשלמו א"כ איך נחייבו שבועה במה דכופר הא יש כאן חזקה אין אדם מעיז והא דכופר במה דאנן מחייבין אותו לא היה העזה דחשב דבאמת אינו חייב ואלו ידע הדין באמת היה מודה וא"כ תו ליכא למילף מן מ"מ כלל וצדקו דברי רשב"א ואין כאן סתירה מדברי בעה"ת סוף שער שביעי דשם מיירי דהב"ד הכירו דיודע הוא שחייב לו כהנ"ל דאינו נאמן לומר פרעתי וא"כ הרי מעיזו וזה ברור ונכון וכן מורה ל' רמ"א ואין בו פקפוק:

ה **או** שעד אחד מעיד שגזלו לפי דברי הריב"ש לעיל בסי' ל"ד דאם בע"ד אמר שגזלו וע"א מצטרפים לפוסלו ולא הוה נוגע בעדות דפלגינן דבורו וא"כ צ"ל כאן דלא תקשה הא ה"ל פסול לשבועה ואיך ישבע דמיירי דתובעו עפ"י העד והוא א"י אבל לשיטת רמ"א לעיל דהוא אינו נאמן דה"ל נוגע א"ש טפי דאין נפסל עפ"י ע"א והוא לא מצטרף:

ו **וא"י** אם החזרתי לך כתב הש"ך בס"ק כ"ג דמסתימת הפוסקים נראה אפילו הספק פרעון היה קודם הלואה דמתחלה הי' פקדונו ביד שמעון ונאבד בפשיעה וא"י אם היה שוה מאה או נו"ן ואח"כ תופס משל שמעון מאה מ"מ מחויב להחזיר דתפיסה שני' ברי

והראשון ספק ול"י מ"צ לסתימת הפוסקים הא כן מוכח מגמ' דאמרינן דלכך פסקינן ישבע ולא אמרינן מגו דחשיד אממון חשוד אשבועה משום ספק מלוה ישינה יש לו עליו ולא פרשי אינשי מספק ממון אבל פרשי מספק שבועה וקשה א"כ שהאמת כדבריו דיש לו על השני ספק מלוה א"כ מותר לו לתפוס ולהחזיק של חבירו בידו דה"ל א"י אם אני חייב לך ולמה ישבע הלא שורת הדין דיש לו לתפוס ואם כי שקר הוא דאין לו עליו שום ספק מלוה ישינה עדיין קשה א"כ נימא מגו דחשיד וכו' ועכצ"ל כמ"ש הש"ך דאין יכול להחזיק של חבירו מחמת ספק מלוה ישינה ולכך כמו שבועה כי היכי דנפרוש:

ז **ואם** חזר ואמר נזכרתי וכו' כתב מהרש"ל ב"ק דדין זה לקוח משערים דר"א והוא אזיל לשיטתו דס"ל אפילו באומר א"י אם פרעתי אין נוטל המלוה רק בשבועה וא"כ כל זמן דלא נשבע לא נתחייב בחיוב גמור ולפיכך יכול לומר נזכרתי אבל לדידן דלא קי"ל כותיה ונוטל בלי שבועה אף לומר נזכרתי א"י דכבר נתחייב בחיוב גמור עכ"ל ולא משמע כן מדברי מרדכי ספ"ק דכתובות דהוא כתב אם אמר ודאי נתחייבתי לך אבל איני יודע אם פרעתיך משמע בפ' הגוזל ומפרק כל הנשבעין דנוטל תובע בלי שבועה ובשער י"ב כתב דאם חזר ואמר נזכרתי שפרעתיך נאמן בשבועה עכ"ל הרי דס"ל כר"א בשערי' בזה אף דפוסק דנוטל התובע בלי שבועה שמע מינה דסבירא ליה דלא תליא זה בזה וכן דעת הרמ"א ואמת דיש לי ספק בשערים דסבירא ליה דבטוען א"י דנשבע ונוטל אם כן הא דאמרינן בפרק כל הנשבעין שכיר נשבע ונוטל דבעל הבית טרוד בפועלים ופריך הגמרא וליתיב ליה בלי שבועה ומשני להפיס דעתו של בעל הבית וקשה לי מה קושיא לו יהיה דבעל הבית טוען להדיא א"י אם פרעתי צריך הפועל לישבע וליטול לדעת השערי' וכי בשביל דטריד בפועליו יגרע. ודוחק לומר דמהך תי' בעה"ב טרוד בפועליו והטילו חכמים שבועה על הפועל למד הרי"ף בשערי' דינו דבכל מקום דא"י ישבע שכנגדו דאין הנדון דומה לראיה דשם צריך הפסת דעת דבעה"ב צווח ככרוכי' יודע אני בבירור דפרעתיו אבל בטוען בעצמו א"י מה הפסת דעת צריך. וצריך לומר דס"ל לבעל שערי' דאין קושי' מכופר הכל רק במודה במקצת דלא משמע דיפלגו חכמים על ר' יהודה ויסברו במ"מ נוטל בלי שבועה רק ס"ל בכ"מ הן בכופר בכל והן במ"מ נוטל שכיר בשבועה וע"ז פריך הגמ' דה"ל משאיל"מ ובזה לכ"ע נוטל בלי שבועה ועיין מש"ל סי' פ"ט בזה ואם יש לו מגו עכשיו פרעתי לכ"ע אפילו לדעת מהרש"ל נאמן לומר נזכרתי במגו דעכשיו פרעתי.

ח **וא"י** אם החזרתי לך פטור הואיל ולא תבעו אדם וכ' הש"ך בס"ק למ"ד אפי' המלוה משיב לו ברי לי' שלא פרעו רק א"י אם הלויתיך אבל ברור שלא פרעתני מ"מ פטור כן

משמע מסתימ' לשון הפוסקי' ועוד דא"כ ה"ל לגמ' דב"ק לאוקמי בהכי עכ"ל וכוונתו דבב"ק דף קי"ח פריך לר"ה דאמ' א"י אם הלויתני חייב לשלם דברי ושמא ברי עדיף א"כ הא דקתני במשנ' גזלתיך הפקדת אצלי וכו' א"י אם החזרתי לך חייב לשלם א"י אם גזלתיך וכו' פטור מלשלם ה"ד אי בדתבעו הא לר"ה אף בזה חייב לשלם ואי בדלא תבעו אף רישא לפטור ומשני הגמ' בבא לצאת י"ש וכוונת הש"ך דה"ל לשנויי לעולם בדל"ת רק דמיירי דאמר נזכרתי אח"כ ולא פרעתני אלא ודאי אף בכה"ג בדיני אדם פטור זהו כוונתו אבל איני מבין דבריו כיון דקי"ל בטוענו עפ"י העד ה"ל טענת ברי ולפ"ז בטוענו על פי העד מנה לי בידך ולא פרעתני והוא אומר איני יודע אם פרעתיך הרי חייב לשלם ואם כן מה שנא דתובעו על פי העד או דתובעו על פי הלוה הלא הודאת בעל דין עדיף מק' עדיף ומכל שכן מעד אחד ואם כן הרי המלוה טוען ברי לי שאתה חייב לי על פי הודאה שלך וברי לי שלא פרעתני ואתה א"י ברי ושמא ברי עדיף לענין פרעון וכן למ"ד דברי עדיף אפי' אם אמר א"י אם לוה ג"כ הדין כך ופשיטא דאם אמר הלוה ספק אם הלויתני והמלוה אמר נזכרתי דודאי הלויתיך דחייב ולכן אין מקום למ"ש הש"ך דהו"ל להגמרא לומר הא דקתני ברישא א"י אם החזרתי לך דאיירי דמלוה אמר אח"כ ברי שלא פרעתני דא"כ סיפא נמי אם אמר א"י אם הלויתני והמלוה אמר נזכרתי אח"כ שודאי הייתי מלוה לך מ"מ פטור וזה אינו למ"ד ברי ושמא בכל גווני ברי עדיף וזה ס"ל לגמ' מדרישא בהזכרתני גם סיפא מיירי כן בחד גוונא ולק"מ ובב"מ צ"ד דפריך הגמ' במשאיל אומר שאול' מתה והלה א"י דחיי' למ"ד הממע"ה והק' התו' הא ה"ל א"י אם פרעתיך אף דשם אין המשאיל טוען ברי שחייב לו רק מפיו של השואל כי איך יטעון ברי מה בכך שאולה מתה אולי מתה מחמת מלאכה רק מפיו של שואל דהודה דלא מתה מח"מ טוען ברי שחייב לו ואף זהו כן דמפיו דהודה דהלוהו טען ברי דחייב לו ברי לו שלא פרעו ואולי ס"ל להר' הש"ך דכאן לא שייך א"י אם פרעתיך דבעלמא אמרי' ברי ישמא ברי עדיף היינו ברי טוב דהוא א"י אם חבירו יכחישו או לא אבל כאן דכבר שמע דחבירו א"י מפרעין שוב אין מעיז לומר ברי דחייב אתה לי ולא פרעתני והוי ברי גרוע ואין עדיף משמא אפילו בפרעון ועיין ב"ק דף ל"ה ע"ב בתו' ד"ה מדסיפא וכו' אך אין כל זה מועיל חדא דזה כתבו התו' הכל בא"י בהלואה למ"ד ברי עדיף אבל לפרעון עיין מש"ל פלפול עצו' אי בעינן ה"ל למידע ועוד דנר' מתוך דברי התו' בכתובו' וריטב"א דעיקר תלוי אם השמא גרו' או השמא טוב וכאן השמא גרוע דה"ל למידע ולדייק אם פרע וגם הברי כאן טוב דאטו לא אפשר דיהיה הלוה טוען נזכרתי ופרעתי לך וגדולה מזו כתבו התו' בהא דבא ממדינת הים ואמר אחיו הוא והלה אין מכיר אותו דה"ל ברי

טוב דאולי יחקור אחיו אחריו ויתברר להם ששקר דיבר וא"כ מכ"ש כאן שא"צ לחקיר' ויכול למרמי' אנפשיה ולזכור ולכן נרא' ברור בלי פקפוק דחייב לשלם דהרי תובעו ברי עפ"י הודאת עצמו והלה משיב שמא שוב ראיתי בט"ז שדעתו ג"כ דאפי' נזכר אח"כ ובזה מיירי הש"ע דאל"כ דאין המלוה טוען ברי אפי' לצאת י"ש פטור ואין דבריו נראים דמשמע בכל פוסקים בספק פרעון לעולם חייב לצאת י"ש ולקמן בסעיף ח"י איירי בספק הלואה ופשיט:

ט **ועד** א' וכו' כ' הש"ך אעפ"י דהיה לי מגו דפרעתיך מ"מ כיון דטוען א"י ה"ל משאיל"מ ועדיין לא נתברר תינח אלו היה מכחיש לעד היה מחויב שבועה שפיר אמרי' בטוען א"י ה"ל משאיל"מ אבל הא גופיה צריך בירור למ"ד מגו לפטור שבועה אמרי' א"כ הא יש לו מגו דפרעתיך כי אמר לא לויתי יהיה נאמן בלי שבועה של תורה וצ"ל כמו לענין ממון לא אמרי' מגו במקום שני עדים ה"ה לענין חיוב שבועה לא אמרי' מגו במקום עד א' ועיין מש"ל בכללי מגו.

י **ואיל"מ** בתו' דשבועות נתנו הטעם דאין נאמן לומר דידי חטפתי רק במגו וכאן ליכא מגו דיכחיש העד דיצטרך להכחישו ולישבע וזה אין עושה ברצון ועיין ב"ב שנתנו יותר טעם דהעד ובע"ד יכולים אח"כ לפוסלו בצירוף ואיברא דהתו' ב"ב הוקשו על זה דהא אמרי' בשבועות דרב ושמואל דלית לי' הך דינא דמשאיל"מ לית ליה הך דינא דנסכא דר"א ואי הטעם משום מגו גרוע מה בכך דלא אמרי' מתוך שאיל"מ מ"מ הא יש כאן מגו גרו' וצ"ע להך פי' והרב הש"ך בס"ק מ"ג חשב לייישבו וז"ל אע"ג דלית ליה מגו מ"מ כיון דאין עד מכחישו ולא אמרינן משאיל"מ פטור ודבריו אינם מובנים כיון דבעצמו א"נ דידי חטפתי דהוא טענה גרוע רק מכח מגו כמ"ש התו' להך תי' ומגו לית ליה א"כ למה יהיה נאמן והוא עיקר קושי' תו' ובעיקר דבריהם אלו לא השיב דבר. ובחדושי תרצתי דהא דאנ"ל דידי חטפתי רק במגו משום דכבר כתבו המפורשים דהיא טענה גרוע למאד וא"י לטעון דידי חטפתי רק במגו אבל בעצם א"נ משי' דהואיל דחטפו מיד השני חזקה כל מה שביד אדם שהוא שלו וזהו שלקחו בחטיפה בתורת גזילה לקחו ולכך בעינן מגו וידוע מ"ש התוס' והר"ן דלמ"ד דלא אמרי' משאיל"מ וא"כ בחמשין ידענ' וחמשין לא ידענא פטור א"כ מ"מ היכי משכחת לי' הא אי' לי' מגו על חמשין לימר לא ידענו וחמשין ידענו וג"כ מיפטר ותי' דאינו טוען ברצון א"י שהוא טענה גרוע ומחשב בעיני השומעי' לשקרן. ולפ"ז בנסכא דר"א ודאי מיגו זו לית ליה להכחיש העד לא חטפתי כלל או ברצון לקחתי דצריך לישבע ולהכחיש העד בשבועה ל"א מגו רק יש לו מגו כך לא ידעתי אם חטפתי כלל או אם לא נתן לי ברצון (ועיין לקמן סי' צ"ב דאפי' זמן מועט יכול לומר אשתלי)

וא"כ הא א"י לישבע דאמר א"י ומ"מ פטור ואין לומר כתי' הנ"ל דה"ל טענה גרועה דהא אין לך טענה גרועה יותר ממה שטוען עכשיו דחטף ושלו היה וזהו נגד חזקה כמ"ש וא"כ יש לו מגו אך זהו אם טוען א"י בדברי העד פטור דאף דא"י לישבע מ"מ פטור דלא קי"ל משאיל"מ א"כ שפיר יש לו מגו כמ"ש (ובזה יש ליישב במ"ש התו' דשבוע' דף מ"ד ד"ה אי אמרת דמ"ד ברי ושמא ברי עדיף מפיק ליה הך דרשא דשבועת ה' כר"ט וא"כ אין כאן לימוד מתוך שאיל"מ א"כ אביי דס"ל בפ' י"נ ברי ושמא ברי עדיף לית ליה נסכא דר"א ואלו בב"ב ובשבועות אי' ליה לאביי נסכא דר"א וקושי' זו הקשו התו' גופי' בפ"ק דכתובות ובשבועות לא תשו להך קושיא דלפמ"ש ניחא דאביי ס"ל נסכא דר"א דלית לי' מגו ולא קשה הא ה"ל לטעון א"י דלאביי אי אפשר דה"ל ברי ושמא ברי עדיף וא"כ ס"ל דינא דר"א ולא מטעם משאיל"מ והא דקאמר אביי בפ"ק דשבועת עדות הכל מודים בשניהם חשודים י"ל דס"ל כר"נ דיחלוקו ואפי' לא אמרינן מתוך שאיל"מ רק דקנסו לחשוד כדעת הרי"ף ויתר מחברי' אליבא דר"נ ושפיר נ"מ רק מסתמא דגמ' מפרש חזרה שבועה למחויב לה הואיל והכי קי"ל אבל אביי דקאמר סתם הכל מודים בע"א בחשוד כיוון למלתא דר"נ ועיין מ"ש בסי' פ"ז וצ"ב ע"ש): אבל לר"א דס"ל משאיל"מ א"כ אלו טען על דברי עד א"י היה גם כן מחויב נשלם ואם כן לית ליה מגו כלל ולכך סבירא לי' משאיל"מ וא"ש ועי' לקמן בכללי מגו שכתבתי עוד ישוב לזה וכתבתי דהעיקר כתי' שני דהטעם דכל מקום דאין מכחיש לעד ה"ל כשנים ע"ש. ויותר יש לומר דסבירא לי' לתו' בשבועות כתי' השני של הר"ן דלכך לית ליה מגו דנ' לא ידענא משום דגם זה שבועה בעי דלא ידע ולא משום דאין טוען ברצון ואם כן בנסכא דר"א עדיין קשה להימן במגו דדידי חטפתי בשבועה במגו דהיה נשבע דאינו יודע כיון שרצונו לישבע לשקר ואין כאן להכחיש העד וא"ש והנך ב' שיט' התו' בשבועות וב"ב מחולקים בב' תי' הר"ן:

יא **אלא** בשבועה דאורייתא בטור כ' בשם רמ"ה ה"ה בשבועה דע"א היכי שאין שנים מחייבים ממון אלא בשבועת התובע אי איכא חד סהדי לא משתבע וכו' עכ"ל ופירשו הסמ"ע והב"ח דכגון שכיר דהיכי דשכרו בעדים השכיר נשבע ונוטל אם שכרו בע"א לא נימא כיון דלא מכחיש לע"א ה"ל כשנים דלא אמרינן כן הואיל אף בשנים לא התובע זוכה רק בשבועה וזה נכון וכן כ' רמ"ה וש"ע לקמן סי' פ"ט ע"ש והרב הש"ך הוסיף לומר בחנוני על פנקסו דהבעה"ב אינו יודע אם אמר לחנוני ליתן לפועלים דינר וע"א מעיד שצוה כן אין בגדר משאיל"מ ואפי' מכחיש לעד אינו מחויב שבועה כלל דהא אף דיודה שצוה לחנוני שיתן לפועלים עדיין לא זכה חנוני עד שישב' שנתן כי אולי לא נתן לפועלים כלל. ונר' דתלי במחלוקת לקמן אי הא דחנוני נוטל הוא דרבנן דמהתורה אין

לו ליטול כלל או נהפך הוא דמהתורה שקיל בלי שבועה אך להפסת דעת תקנו חז"ל שבועה דאם לא היה תקנה רק להפסת דעת אם כן מהתורה הרי זה חיוב ממון גמור ואם לא משתבע להכחיש העד ה"ל מחויב שבועה ואיל"מ כי הוי ממון גמור ואדרבא יותר עדיף מן נסכא דר"א דשם בלי עד אלו אמר כן אין חטפתי ודידי חטפתי היה נאמן במגו רק הואיל וע"א מעיד על חטיפה נגרע כחו וצריך לשלם משא"כ בזה אם הוא מודה דצוה לחנוני ליתן ד"ת צריך לשלם ואם כן כשאומר א"י וע"א יסייע לתובע פשיט' דבז' כשע"א מסייע ברי ושמא ברי עדיף ואם כן דמחוי' לשל' ד"ת אף דחז"ל תקנו להפס' דעת לישבע מ"מ לא הפקיעו בכך ממון של החנוני במקום דבעה"ב מחויב לשלם ד"ת דה"ל משאיל"מ אבל להר"ן וסייעתו דס"ל מד"ת אין לו כלום רק חז"ל תקנו שישבע ויטול בזו ודאי י"ל דלא אמרינן ביה משאיל"מ דכיון דליכא כאן דררא דממון של תורה והשתא היכי דגוף תביעה ממון אם יודה חיוב דאורייתא כגון קרקעות וכדומה הואיל ושבועה דרבנן לא דנין ביה משאיל"מ מכ"ש היכי דגוף ממון לאו דאורייתא דלא דנין וכו' האי דינא כלל ולכן קשה על הש"ך דלקמן בסימן צ"א ס"ק י"ב הכריע כרמב"ם דחייב מהתורה לשלם לחנוני לא היה לו להחליף כאן הך דינא ואולי לא אמרו אלא לפרש דברי רמ"ה דהא סבירא ליה דגוף תביעה מדרבנן כדלקמן אבל לדינא לא סבירא ליה ועיין מש"ל בסי' צ"א והקשה הט"ז דלעיל סי' ע"ב סכ"ג פסק המחבר אם יש ע"א שראה שנמסר בידו למשכון וגם עדי ראה והמלוה ולוה הם מחולקים כמה הלוהו ישבע הלוה דהא המלוה א"י לטעון לקוח דהא אין מכחיש לעד ומשאיל"מ אף דאילו היה ב' עדים היה עכ"פ הלוה מחויב שבועה כמ"ש שם סעיף ח' ולכך ביקש מכח קושי' זו לעשות מחלוקת בין מחברים ודבריו בלתי מובנים כלל וממש כדניים ושכיב וכו' דנתחלף לו בין שבועת התובע לנתבע דכאן אין התובע זוכה ליטול רק בשישבע אבל שם הא דנתבע צריך לישבע הוא מחמת תביעת התובע והוא נפטר בשבועה ואין שבועה זו ענינו למשכון כלל רק נשבע היסת על תביעת התובע כשאר תביעת בע"פ. והמשכון בחזקתו וכשיש לו ע"א ואינו מכחישו הרי המשכון בחזקתו ותו לית ליה מגו על המשכון ומה שצריך הנתב' לישבע הוא אין ענינו למשכון כלל רק צריך לישבע כשאר תביעות בע"פ ומכ"ש לפי דהעליתי היכי דד"ת שקיל בלי שבועה לכ"ע אמרי' משאיל"מ בלא"ה אין מקום לדבריו דשם היסת רק חומרא דר"נ אבל א"צ לזה כמ"ש דהיסת לא שייך כלל למשכון דמשכון בחזקתו וגם אין לדמות נשבע ונוטל לנשבע ונפטר דשם הלוה נפטר דמשכון בחזקתו ופשו'. ומ"ש עוד הש"ך בס"ק מ"ח דמה שהגיהו הסמ"ע והב"ח בטור אי איכא חד סהדי ליתא רק או איכא חד סהדא וכוונתו דאם יש לשכיר ע"א מסייע דלא

פרעו בעה"ב נוטל בלי שבועה מלבד דאין לו שייכות כלל להך ענינא דמתוך שאיל"מ אי עד מסייע פוטר אף גם לישנא נמי לא מחויב שבועה אין ענינו כלל דמה נ"מ שם אלו טען חברי היה מחייב שבועה ובע"א מסיי' פטור משבועה. ואין לדבריו אלו שחר וגם עיקר דינו אם ע"א מסייע לשכיר דיטול בלי שבועה לא נראה ועיין מש"ל סימן פ"ז וסימן פ"ט באריכות:

יב **אף** על פי שמדרבנן חייב והו' כן משמע בתו' בכמה דוכתי דגבי שבועה דרבנן לא אמרינן משאיל"מ מיהו בתו' ב"מ דף צ"ד ד"ה משכחת כ' לר"ת אף דד"ת בעי הודא' בהדי נאנסו לכ"ע מכל מקום מדרבנן בעי שבועה אף על נאנסו לחוד' וכתבו לעיל דמצריך הודאה בהדי נאנסו היינו משום דא"י הוי כפיר' (ועמ"ש בזה סי' ע"ב ס"ק) משמע דלולי זה הוי קשיא ליה ל"ל לאוקמי בג' פרות הא טענת שכורה או שאלה מתה הוי כטענת נאנסו ומתוך שאיל"מ ש"מ דאף בדרבנן אמרינן כן ועיין במהר"ם לובלין ואפשר לר"ת צ"ל כן דהקשה איך יחלוק רחב"י אברייתא דרמב"ח ותי' דמשניות רבות דסבירא ליה מודה במקצת לחוד זוקק שבועה בפקדון מסייע לי' וקשה עדיין מנ"ל לחלוק דכמו דתקנו רבנן על נאנסו לחוד שבועה דרבנן ביותר י"ל דתקנו על מודה מקצת לחודה שבועה דרבנן שהוא כעין דאורייתא במלוה וגם הא איכא טענת ודאי והא דמרבה בפרות לרמב"ח ולא די לו בפרות כפירה והודא' ומה צורך לנאנסו גם כן משום דבדרבנן לא אמרינן משאיל"מ ועדיין לא מיושב רישא ולכך מרבה בפרות ואם כן הדבר לר"ת מוכרח דאף מדרבנן משאיל"מ מיהו יש לדחות דכי אמרינן דרבנן תקנו בנאנסו לרחב"י אבל לרמב"ח לא וא"ל מהכ"ת לחדש בזה פלוגתא ומה טעם יש בו וודאי יש טעמא ובשלמא לרחב"י חזינן דהחמירה התורה על השומר דבעלמא בעינן טענת ברור לשבועה ואין משביעין בספק וכאן משביעין מספק וצ"ל כמ"ש המחברים דאמר בדדמי וכדומה מטעמים ואם כן חז"ל הוסיפו להחמיר ולהשביע אפילו בטענת נאנסו אבל לרמב"ח דחזינן דהתורה הקי' על השומר דמוד' במקצת לחוד יש שבועה ובשומרים לא הטילה התורה שבועה אפילו בהודא' עד שיהיה ג' פרות א"כ מהכ"ת יעשו חכז"ל היפוכו ויחמירו על השומר ממה שהתורה הקילה ביותר ובזה יש לישב קו' המהרש"א דהק' בב"ק דסבירא לי' לתו' דאף לרמב"ח במודה במקצת גריד' בפקדון יש שבועה אם כן אין שום משנה סותר לרמב"ח מהכ"ת יחלוק רחב"י אברייתא דרמב"ח די"ל הך ברייתא דקתני המלוה על משכון ואבד ר"א אומר ישבע ויטול מעותיו ופי' שלא פשע בו כמ"ש רש"י וקשה הך ש"ש מה עבידת' אם אין כאן הודאה הא ליכא ש"ש ואי מודה בחפץ מסוים ה"ל הילך וע"כ דמוד' בדמי חפץ וקשה בממנ"פ אם עולה כפי הלואה שהלוה כי

הלוה אלף והודה ת"ק אם כן מנכה לו בחובו והרי יש למלוה על חובו אלף ת"ק לקבל פרעון ואין לך הילך גדול מזה ואין כאן הודאה ואי דהודאתו יותר מאלף איך שייך יטול הא מוחזק במעותיו ואדרבא צריך לשלם העודף לבעל המשכון יפטור מבעיא ליה ויש נ"מ בין הבא ליטול או המוחזק בו דקשה להוציא מידו ועכצ"ל דלא כרמב"ח ואי שבועה דרבנן הא לרמב"ח ל"א כן ובפרט לשיטת תו' ב"ק דבמו"מ גרידא בעי שבועה רק לנאנסו צריך ג' פרות דחזינן דהקילה התורה על השומר ואיך יחמירו רבנן ויש לרחב"י מקום לסמוך וא"ש. וכ"נ ממ"ש תו' ועוד אר"ת דר"י סבירא ליה כר"נ ואיכא חדא דהודאה וכו' וקשה מה ארווח תו' בזה דמ"מ צ"נ דמדרבנן נשבע על נאנסו לחוד דאל"כ עדיין קשה בקושי' דפריך תיובתא לר"נ קשה ולר"ה מי ניחא אמאי ישבע הא ליכא מודה מקצת ועכצ"ל בג"ש וקשה הא נאנסו בלי הודאה לא משתבע וע"כ צ"ל מדרבנן דהא עדיין לא אסיק אדעתיה דב' פרות וגם אף לרב הונא יקשה הלשון למה ישתבע שכורה מתה כמ"ש ר"ת וע"כ משום נאנסו ועכצ"ל דרבנן ולא הרוויח ר"ת כלום בתי' ולכן נראה הא דסבירא ליה לר"ת דאף על שבועה דרבנן כזה אמרינן משאיל"מ משום דסבירא ליה באמת ר"ה ור"י ס"ל למסקנא משום ג"ש דנאנסו ואם כן קשה לומר דיחלקו ר"ה ור"י בהא דאמר רבה בר"ה אמר סומכוס אפי' ברי וברי (וכן לא יחלוק רבה אשמועתו של אבא בפשיטות) ואם כן קשה למה ישבע בזה אומר שאולה וזה אומר שכורה הא מתני' סומכוס היא יחלוקו מבעיא וצ"ל מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא וקשה הא בזה רק ג"ש דרבנן ועכצ"ל דחכמים עשהו כשל תורה ואם כן אף מתוך שאיל"מ דנינן בי' אבל לתי' השני של תו' בסקנא אף ר"ה מוקי לי' בב' פרות ל"ק מהך דסומכוס דאמרינן שבועה דאורייתא כמ"ש ולעולם בשבועה דרבנן ל"א מתוך שאיל"מ וא"צ דא"י הוי כפירה כמו לריב"א ובס"ד דפריך תיובתא לר"נ באמת הוי אמרינן ר"ה דלא כרבה בנו ואף זהו מהקושי' וא"ש ודוק כי זה ברור. הדרן לכללא דשבועה דרבנן ל"א מתוך שאיל"מ לפי סי' של ר"ת ואף לתי' ראשון של ר"ת מוכרח כמ"ש אבל לפי דלא קימ"ל כר"ת ל"צ לכל זה וכן הנך רבוותא דסבירא ליה אף בג"ש אמרינן מתוך שאיל"מ כמ"ש בסעיף אח"ז וק' לי' קו' התו' מה פריך הגמ' תיובת' דר"נ הא הוי ג"ש ודברו בישובו רבים מחברים אבל לפי הנ"ל ניחא דסבירא ליה כר"ת ואם כן בשלמא לר"ה איכא ג"ש דנאנסו מדרבנן דמודה ר"ת אבל ברישא חייב שפיר קשי' לגמ' דל"ל מתוך שאיל"מ הואיל ונתחייב ע"י גלגול דגוף השבועה דרבנן ול"א בי' מתוך שאיל"מ:

יג **בשבועה** הבאה ע"י גלגול וכו' זו למדו מהא דפרכינן ב"מ דף נ"ז ע"ב במשנה דזה אומר שאולה מתה וכו' תיובתא דר"נ דסבירא ליה ברי ושמא לאו ברי עדיף רק הממע"ה

ותי' הגמ' כגון שיש עסק שבועה ביניהם ומשכחת לי' רישא בב' פרות וסיפא בג' פרות והקשו ל"ל כך הא בלא"ה מחויב לישבע שלא פשע וע"י גלגול שבועה מחויב לישבע דהך דשכורה מתה ומתוך שאיל"מ ומזה למדו דבג"ש ל"א מתוך שאיל"מ (ומה שיש לישב לשיטת האומרים דאמרי' בג"ש משאיל"מ בקו' הלזה כבר כתבתי בס"ק הקודם דסבירא לי' כר"ת ועי"ל בפשוט כי ודאי התו' הק' אי יש כאן ג"ש איך קתני במציעת' השוכר אומר שכורה מתה והלה א"י פטור לישבע שוכר ע"י ג"ש דנאנסו ועיין בא"ז דהביא מחברים דתי' פטור מתשלומין אבל שבועה בגלגול צריכים וצ"ל לדבריהם דלא יקשה מ"ש הנ"י דאם כן בסיפ' זה אומר שכורה מתה וז"א שאולה מתה ישבע שכורה מתה לתני במציעת' ומכ"ש בסיפא ע"ש די"ל בזה פשיטא דישבע בג"ש רק בהך דזה אומר שכורה וז"א שאולה ה"א לסומכו' דמתני' כוותי' יחלוקו כקו' הגמ' שם ואפי' לתי' מודה סו' בש"ד ה"א ה"מ בשבועה גמורה אבל בג"ש ל"ש כן דהא אם ירצה התובע אינו מגלגל ואינו עיקר שבועה קמ"ל דמ"מ מודה סומכוס וזה ברור אמנם מהך דסיפ' דקתני ז"א א"י וז"א א"י קשי' כמ"ש התו' והנה תו' בשבועות דף מ"ז ד"ה אי אמר' כ' לחד תי' דר"ה דסבירא ליה ברי עדיף סבירא ליה כרב ושמואל דל"א משאיל"מ ואם כן אתי שפיר דבשלמא דר"ה שפיר מיירי בג"ש ולכך ישבע ול"ק ממציעת' די"ל כנ"ל משבועה לא קמיירי ומסיפא ג"כ ל"ק דהא ר"ה לס"ל מתוך שאין יכול לי"מ אבל לר"נ שפיר פריך דאית ליה משאיל"מ וא"כ ל"ל בג"ש דא"כ קשי' סיפא וע"כ דאיכא עדים דמתה כדרכה כדעת רשב"א ואתי שפיר ולא קשה מידי ותי' זה נכון. ואין לפקפק בשלמא התו' שפיר הקשה דלמ"ד ברי עדיף איך יתכן ולא בין היורשים נ' ידעו' ונ' לא ידעו' הרי ברי עדיף ול"ל דטוען עליהם שמא ע"י ג"ש והם אומרים לא ידעו' דאבו אלו הוי אמר כן משאיל"מ דברי ושמא ל"ש דטען שמא אבל יורשים פטורים דתו' לשיטתו דס"ל בג"ש ל"א משאיל"מ אבל להנ"ל דאמרי' משאיל"מ אף בג"ש לק"מ קו' התו' דבלא"ה ק' דלמא קרא לש"ש ועיין לקמן סי' צ"ב סק"י מ"ש ישוב דל"ל דקרא איירי בטוען תובע שמא וגם בלא"ה דוחק דקרא שבועת ה' כו' יהיה מוסב על ג"ש דמשמעות הפסוק אעיקר שבועה ודוק) .

אך הקשו על זה מהא דתנן אח"ז בדף ק' זה אומר גדול לקחתי וזה אומר א"י דזכה בגדול דג"כ קשה לימא תהיה תיובתא דר"נ דהא אין כאן מ"מ בעבדים וע"כ ה"ל מכח ג"ש ע"י כסות עבד גדול וקטן דהוי מ"מ גמור וא"כ מוכח דאף בג"ש אמרינן מתוך שאיל"מ ובזה רבים מהמחברים טרחו ליישב קושי' זו והרז"ה דחק עצמו דהא דקתני זכה בגדול לא בעבד ושדה ממש רק בכסות ועומרי' הגדולים וכבר השיבו הרמב"ן במלחמותיו דקשה

קושית הגמ' אטו כסות או דמי עבד קתני ע"ש: ואמת מצאתי במרדכי פ"ק דכתובות דתי' ע"ז בכה"ג בעבד ושדה אף ר"נ מודה דברי ושמא ברי עדיף דנר' לערמה דמהכ"ת לא ידע מה מוכר לחבירו גדול או קטן ובכה"ג דנראה כמערים לכ"ע אמרינן ברי עדיף ולכך לא פריך הגמ' אהך משנה לימא תהוי תיובתא דר"נ עכ"ל ויש לדבריו מקום בסברא. איברא דלא מצאתי כן בפוסקים שהביאו דין זה להלכה וביחוד לקמן סי' רך"ג דהביא המחבר בס"ה אמר הלוקח גדול לקחתי והמוכר שתק זכה הלוקח בגדול מבואר טעמו דשותק דהוי כהודאה כמ"ש הסמ"ע ס"ק ו' ע"ש הא אומר א"י לא זכה בגדול וזהו דלא כמ"ש המרדכי הנ"ל. לענ"ד נראה תי' אחר מרווח דתו' ב"מ דף צ"ז ע"ב ד"ה לימא כו' הוקשו מה פריך הגמ' לימא תהוי תיובתא דר"נ כו' דאמר לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף רק הממע"ה דמה קושי' כי אמר ר"נ למלתיה אליבא דרבנן דס"ל הממע"ה אבל סומכוס דס"ל לא אלי' חזקת ממון וממון המוטל בספק חולקין ולכך בברי ושמא ברי עדיף ומשנה סומכוס היא כדאמרינן בגמ' להדי' אסיפא זה אומר א"י וזה אומר א"י יחלוקו וע"ש בתו' דדחקו עצמן אבל לפמ"ש התוס' בדף ק' ד"ה הא מני וכו' דבהך בבא שאלה היום ושכרה למחר לא קתני יחלוקו דאפי' בשניהם שמא מודה סומכוס הממע"ה דאלי' חזקת ממון הואיל וחזקת הגוף מסייע ליה ע"ש וא"כ קושי' הגמ' מהך בבא דקתני ג"כ זה אומר ביום שהי' שאולה מתה והלה אומר א"י חייב למה הממע"ה ול"ל סומכוס היא דבהך בבא סומכוס מודה ולכך הוצרך הגמ' לשנויי ביש עסק שבועה וכו' ולפ"ז לק"מ מהך דזה אומר גדול וז"א א"י דזכה בגדול דהא הך משנה ודאי סומכס היא כמבואר בגמ' ולסו' אף ר"נ מודה ברי ושמא ברי עדיף כקושי' התוס' ולק' קושי' הגמ' ונר' דגם התו' היה מיישבי' כך רק דקשי' ליה א"כ דכל הקושיא מרישא ולא מסיפא דסו' היא למה אמרינן בתי' הרישא בשני פרות וסיפא בשלשה הא לסיפא לק"מ די"ל סומכס הוא ואם כן דעת לנבון נקל כי אין זה כ"כ קושיא לבעל הדעה הנ"ל דסבירא ליה בגולגול שבועה לא אמרינן מתוך שאיל"מ דחדא די"ל כיון דאמרי' דרישא איירי בעסק שבועה ביניהם בתרי פרות אמרי' בסיפא ג"כ כדי דיהיה לכ"ע וגם בלא"ה משכחת ליה רישא בב' פרות וכו' אינו מנוסחאות הגמ' רק תו' ר' יהודאי גאון כמ"ש באס"ז ע"ש שהאריך וא"כ לק"מ. ובזה ישבתי דברי הרמב"ם פ"כ מהלכ' מכירה דפסק במחליף פרה בחמור וכו' זה אומר א"י וזה אומר א"י אם עומדת באגם יחלוקו וכ' המ"מ דס"ל אף דלא קי"ל כסומכס מ"מ בשמא ושמא ואגם לכ"ע יחלוקו ומקשי' חדא מנליה לרמב"ם כן ועוד א"כ רבא דמוקי למשנה בשמא ושמא מה דוחקא לאוקמי משנה כסו' לוקמי כרבנן ובעומדת באגם ולפי הנ"ל ניחא דקשי' לרבא דס"ל לא אמר סו' רק בשמא ושמא א"כ שמואל

גופי' דמוקי למשנה בעומדת באגם כמאן מוקי ליה. אי לרבנן הא לעולם אפילו באגם הממע"ה ואי סומכס הא אפילו בביתו בשמא ושמא יחלוקו כדמוכח ממשנה דשאלה ושכורה וכמ"ש התו' ד"ה הא מני ובמה נחלק רבא עם שמואל. ולכך ס"ל לרמב"ם דודאי רבא הוה מצי לשנויא דמשנה איירי באגם ורבנן היא רק לרבנן הא אלי' חזקת ממון ואם כן קשה מסיפא תיובתא לר"נ ול"ל דהוי משאיל"מ דהא בג"ש לא אמרינן כן ועכצ"ל סו' היא ומשנה איירי אפילו בתוך ביתו וא"כ ל"ק לר"נ דאליבא דסו' לא אמר ר"נ כלל משא"כ שמואל מוקי באגם וכרבנן בשמא ושמא כדעת הרמב"ם ולשמואל ל"ק א"כ קשי' סיפא למה אינו יודע זוכה בגדול דשמואל לשיטתו דס"ל דלא מיירי כלל מעבד ושדה רק כסות עבד ועומרי שדה כמבואר בגמרא שם ואם כן הוי מ"מ גמור ומשאיל"מ ול"ק מידי אבל רבא דס"ל כמסקנא דהך מילתא דשמואל לא קאי כדפריך הגמרא שם וא"ש ודברי רמב"ם ברורים ועיין לקמן בסימן רמ"ב מ"ש ביותר בביאור דברי רמב"ם:

יד **הרי** הוא כשאר מ"מ הר"ן דייק מדקאמרינן באומרי' חמשין אית ליה וחמשין נ"ל מה לי הוא ומה לי אבוה היינו בטוען ברי שאתה יודע שהודה אביך קודם מותו בפניך ומ"מ גזירת הכתוב בטוענו חמשים ידענא וחמשים לא ידענא דלא דנין ביה משאיל"מ. דאי לא טוען ברי ל"ל קרא בטוען חמשים לא ידענא דפטורים כיון דלא טענו ברי וגם אף באו' חמשים אית ליה וחמשין ל"ל מ"מ הא הוי משיב אבידה דהיו אומרי' אין אנו יודעים כיון דלא טענו ברי עכ"ל והש"ך כ' דמסתימת הפוסקים לא משמע כן וגם דהא כתבו באומר חמשין ידענא ונ' לא ידענא אפילו מהיסת פטור ואי כדברי הר"ן הא טוענו ודאי למה לא ישבע היסת ובגוף טענת הר"ן דהוי משיב אבידה דהוה טוען א"י כתב דר"ן גופי' כתב דא"י הוי טענה גרוע ולא אמרינן ביה מגו ע"ש מ"ש באריכות ודבריו אין ברור לדחות טענת הר"ן דבשלמא בשאר אדם דה"ל למידע וטוען אינו יודע טענה גרועה ומוחזק כשקרן דמהכ"ת לא ידע אם חייב או לא. משא"כ ביורש כפי מ"ש התו' ור"ן וש"ך גופי' דהלכך לא אמרינן ביה משאיל"מ דלא ה"ל למידע כלל עניני אביהם ואמרו חז"ל גדול במילי דאבוה קטן הוא ואם כן בטוענו א"י מה טענה גרוע הוא זה הא לא ה"ל למידע וגם התובע אינו יודע אם יודע או לאו ומה טענה גרועה שייך בזה אמנם לישב קושי' הש"ך למה לא ישבע עכ"פ היסת וגם מסתימת הפוסקים נר' דאין הפי' דתובעו ברי לי ובמעמדי צוה לך אביך שהוא חייב לי מאה ותשלמו דזהו יפה טען הש"ך דהוי הוא הבע"ד ואותו תובע בכל אופן רק התביעה כך ברי לי שאביך צוה לך שתשלם לי חובי אבל זה א"י כמה צוה ליתן רק הוא טוען ברי שצוה לתת לו ק' הואיל והיה חייב לי ק' והיורש מודה שצוה אבל אמר לא צוה רק בחמשים ולא במאה א"כ בזו ה"ל מ"מ דמודה

בחמשים וכופר בנשאר ואין כאן משיב אבידה או מגו דכופר הכל דהא הוא טוען ברי שצוה וא"כ לא סגי דחייב לו דבר ואם יכפור יעיז וה"ל העזה כמו בכל מ"מ לכופר הכל וא"ש דחייב שבועת מ"מ אבל אם טען חמשים ידענא דצוה וחמשים לא ידענא אם צוה ה"א דהוי משאיל"מ קמ"ל דלא כמ"ש הר"ן דלא רמי כולי האי איורש למידכר מה שצוה אביו ופטרו התורה משבועה ולכך אפי' היסת ליכא דהא אין טוען בברי שצוה אביו בק' רק מסתמא צוה הכל לא תקנו בזה היסת וא"ש. וא"כ לא קשה באומר חמשין לית לך דהיה לו מגו דלא זוכר אם צוה דאין עושה זה ברצון לומר ששמע ושכח או דלא דייק כ"כ ומחזי כשקרן כמ"ש כל המחברים וא"ש. ודברים אילו לענ"ד נכון לדינא ואפשר לכוונם בכוונת הר"ן ג"כ וכן מסתבר דלדעת הש"ך דלא טענו ברי דידעת א"כ ל"ל קרא דבטוענים חמשין לא ידענא דפטורים כמ"ש הר"ן וגם אי אתה אומר כן לא שבקית חיי לכל יורש שידע שאביו חייב נו"ן זהובים אף הוא יטעון עליו שהלוה לאביו בסתר הון רב כפלים מעזבונו והיורש לא ידע מה שח אם אמת או שקר ויבוזו אחרים יגיעו ול"ל קרא כלל דלא דנין ביה משאיל"מ אלא ברור כמ"ש דתובעו ברי דאתה יודע ובאופן שכתבתי ומ"מ אף דתבעו ברי שצוה לך ק' והוא אומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא מ"מ אפשר אין בכלל משאיל"מ אף דה"ל למידע ביורש דהתורה הוציאו מכלל דין זה דכתיב בין שניהם וכו' וכן משמע מסתימת הפוסקים דה"ל לחלק דבכה"ג דנין בם משאיל"מ אף כי הדבר דחוק כמ"ש הש"ך דהא הוי בע"ד גמורים מ"מ לדינא אף הש"ך כ' דאין לחייב ליורשים וצ"ע:

טו **כשאר** מ"מ כו' וכתב הש"ך אם פקח הוא יטעון א"י ויפטור וליכא בזה חשש מדבר שקר כמ"ש הראב"ד במגלגל עליו אם פקח הוא יטעון על הגלגולים א"י ולשיטתו אזיל הש"ך דפי' הכל באין טוען ברי כלל שיודע כמה אביו חייב לו וא"כ ליכא כאן כלל החזקת שקרן ודמי למ"ש הראב"ד אבל לפמ"ש בס"ק י"ד דמיירי דטענו ברי שאתה יודע א"כ לא דמי לדינו של ראב"ד דשם מיירי בגלגולים טוען התובע שמא דאילו ברי בלא"ה יכול להשביעו היסת שלא יודע וכי ישבע לשקר אבל כאן דטוען ברי יהיה נחשב כשקרן וגם אני מסופק ביורש שטוען כי האי כיון דהיה לו למידכר ולא דכיר אם אינו מחויב לצאת י"ש ולשלם כמו בריש סימן כשאר כל אדם בטוען א"י אם אני חייב לך ואין זה תלי' במה דחזינן דהתורה פטרו מכלל משאיל"מ דלא תליא זה בזה דהא רב ושמואל ס"ל בכל דוכתי משאיל"מ לא אמרינן ומ"מ ס"ל בא"י חייב לצאת י"ש דלא מצינו בזה מחלוקת והתו' ס"ל בחד תי' דשמואל ס"ל כר"נ וא"כ י"ל אוקומתא במשנה דב"ק לצאת ידי שמים ואפשר לחלק ביניהם ומ"מ יש לי ספק בזה וא"כ איך נותן לו עצה לומר אינו

יודע דיהיה נחשב בעיני עולם לקלי דעת ואין עליו מורא שמים לשלם לצאת ידי שמים כלל וטוב לו שיהיה נשבע ויהיה נקי בעיני כל ואין זו עצה נכונה.

טז **שיכול** לומר משטה אני בך הקשה הש"ך בסעיף קטן ס' הא טענת השטאה אי הוא לא טען ליה אנן לא טענינן וחילק בין אם תובעו בברי שחייב לו מה שאין כן כשתובעו על פי הודאתו ע"ש ואין צריך לחילוק זה דודאי אלו מודה דהודה לו לא טענינן ליה משטה וכו' אבל זה שכופר ואמר מעולם לא אמרתי דבר אין להטיל עליו שבועה דאין כאן כפירת ממון בבירור דאף דיודה דהודה לו יכול אח"כ לטעון משטה הייתי בך וא"כ ליתי כאן כפירת ממון ומה שבועה שייך כאן ואולי גם הש"ך כיון לזה אף שדבריו סתומים אבל לקמן סי' פ"א לא משמע בש"ך כן ועיין מ"ש שם:

יז **כשיש** רגלים לדבר וכתב הסמ"ע ה"ה אם תפס בעל תיבה מהנחשד ההוא בלי עדים יכול להחזיקו על כך ודבריו הם דברי הרא"ש בראה סלע שנפל משנים דלא הוי יאוש וכתב הרא"ש דלכך לא הוי יאוש דחושב חבירו נטלו ולמחר אטיל עליו שבועת היסת ועוד למחר אתפוס משלו ויהי' שלי אעפ"י שנשבע עליו ומזה יליף הסמ"ע דינו דהא הך דתיבה פרוצה דימו הפוסקים להך סלע דנפל משנים ואולם הש"ך והט"ז השיגו על זה ודברי הש"ך דחוקי' דפי' דיתפוס משל חבירו ומתוך כך יודה לו חבירו דלמא חבירו יטיל עליו שבועה והא לא מצי לישבע רק הט"ז כתב דלאו לדינא אמרו הרא"ש רק הוא חושב כך ומטעי קטעה ועל כל פנים לא מייאש אבל אין הדין כך ולדרכם אזנו דגם להשביע היסת ס"ל כן כדעת הראב"י בבעל תרומות דא"י להשביעו היסת רק הוא טועה וחושב כך דיהיה יכול להשביעו היסת ולכך אינו מייאש אבל נעלם מאתם דברי הרא"ש בפרק המפקיד בעובדא דבקרא דכתב הרא"ש ומשתבע הוא דלא ידע דקרוב לודאי היא דסתם ספסירי בקיאין במומי בהמה וגם מעיין ביה ודמי לסלע שנפל משנים דאמרינן בפ' אלו מציאות דמצי לאשתבועי כיון דנראה בעינו טענה ודאית וכו' עכ"ל הרי ברור דס"ל להרא"ש כדעת ר"ח בבעה"ת דמשבעי' ליה היסת בודאי ולא דכך חושב בדעתו ומטעי קטעה: וא"כ יניד עליו ריעו דגם במ"ש הרא"ש דיכול לתפיס הפירוש דכן הדין דאי ס"ל לרא"ש כמ"ש דמטעי קטעי א"כ מנ"ל לרא"ש דמצי להטיל שבועה באמת דלמא ג"כ הטעם דמטעי קטעי ואינו מייאש כדעת הראב"י הנ"ל אלא ודאי ס"ל לרא"ש התם אמרו ראה סלע שנפל משנים אפילו לת"ח דלא שייך ביה טעות ודיני גמירי וא"כ אף הך דינא דמצי תפיס דינא הוא. ועוד כיון דהך דמצי להשביעו דינא הוא אלו הך דמצי לתפוס רק מחשבה בטעות הוא מי דוחקו להרא"ש בזה לומר ולהוסיף דחוששים לטועי' ולא פי' כפי' ש"י דלכך אינו מייאש דיטיל עליו שבועה באמת א"ו דגם זהו דינא הוא ומיהו

נראה ברור דזהו אם תופס ואינו אומר לב"ד למה תופסן רק אומר שיש לו כנגדו אזי יכול לתפוס כי לדעתו ברור לו שזהו חייב לו אבל אם מברר דבריו לב"ד ואמר שבשביל כך תופס בשביל סלע שנפל או כיוצא בזה ודאי דב"ד פוסקים לו להחזיר דאין הב"ד פוסקים אלא בדבר ברור. בשלמא הוא לבו אנסו ויכול לתופסו לפי דעתו אבל במברר דבריו לב"ד לא מהני תפיסה זו וראיה ברורה לכך דהא הרא"ש מדמה הך משתבע ספסירא דלא ידע להך סלע דנפל משני' כהנ"ל וקשה א"כ אף בזו מהני תפיסה אף שנשבע כמו בסלע שנפל וא"כ איך אמרינן משתבע ספסירא דלא ידע ומשלם בקרא דמי בשר בזול אין לך תפוס יותר מבקרא דתפוס במעותיו מתחילה קודם שנולד הספק והרי יכול לתפוס ברי לי דאתה חייב דידעת' במומי בהמה ולא איכפת לי בשבועתך כלל כמ"ש הרא"ש דמהני תפיסה אפילו נשבע והיא קושיא גדולה ברא"ש ועכצ"ל דכאן דטעם תפיסה נודע לב"ד לא מהני תפיסה דאין הב"ד מרשים לו לתפוס בדדמי אבל אם הוא תפס מעצמו בלי ב"ד לאו אסורא קעביד כי לבו אנסו וזה ברור ונכון ולק"מ ודוק:

יח **יכול** להשביעו כו' כתב המרדכי בפר' שבועת הדיינים אם מכר ללוקח בשטר ובתוך ג"ש טען המוכר חזרתי ולקחתי ממך השיב מהר"ם דא"י להשביעו היסת דר' נחמן לא תיקן היסת אלא בהלואה אבל קרקע כל הקונה קרקע כותב שטר לא תקן עליו ר' נחמן היסת עכ"ל והביאו הט"ז ויליף מיני' דה"ה בכל דבר אשר בלתי מצוי לא משביעין היסת כי לא תקן ר"נ עליו היסת ע"ש ובאמת דין זה לא נזכר בשום פוסק אחרונים למהר"ם והרמ"א שזכה להעתיק כל פסקי מרדכי ומהר"ם השמיטו ונראה דס"ל דמהר"ם אזיל לשיטתו בב"ב בעובדא דרבה בר שרשי' דאמרינן דחשב לכבוש לשטרי משכנתא משום שלא יצטרך לישבע דקי"ל הבא לפרוע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה הקשה הא מ"מ יצטרך לישבע היס' ותירץ דלא אמרינן היס' רק בהלואה אבל לא במכר דלא שכיחי דהדר זבין מיני' ע"ש. ועל קושיא ותי' זו בנה מהר"ם יסודו בדין הנ"ל אבל הרא"ש בב"ב תי' על קושי' זו תירוץ אחר או דלא טענינן ליתמי או דבאמת רצה לישבע היס' והש"ע לקמן בסי' ק"ן מביא בש"ע ב' דעות אי יש היסת וא"כ מוכח דליתא לתירוץ של מהר"ם וליתא לדין הנ"ל ולכך השמיטו המחברים. וגדולה מזו כתב הש"ע לקמן סי' פ"ז סכ"ה אם טוען' עליו דנדר לה דבר באתנן דמשביעין אותו ואין לך דבר בלתי מצוי יותר מזה דח"ו לבני ישראל הקדושים שיתפרצו ויתנו הילד בזונה ומכ"ש לפי מ"ש הב"ח והש"ך דמיירי דבעלה בנידתה שהוא איסור כרת ולכן ברור דלא קי"ל בזה כמהר"ם:

יט **הלויתיך** כו' עיין ש"ך דהביא בשם מהרשד"ם דאי אמר א"י אם פרעתיך וגם הלה א"י דדעתו דחייב לצאת י"ש והש"ך פקפק עליו ולי נראה דמבואר בירושלמי סוף ב"ק

כמהרשד"ם דשם נאמר גזלתיך הלויתני הפקדת אצלי והחזרתי לך והנה אומר א"י ר' ירמיה סבר מימר חייב להעמיד לו מהדין ר' יוסי סבר מימר עוד היא לצאת י"ש וברור דוי"ו מן והחזרתי לך ט"ס רק צ"ל החזרתי לך והוא בלשון שאלה (כמו שמתחילה חשב המפורש ר"א לב"ק לפרש כן) וזהו ג"כ משיב א"י דאלו טען ברור שהחזיר איך ס"ד לחייבו בדין או אפילו ידי שמים כיון דטוען ברור דפרע וע"כ דהפי' החזרתי לך בלשון שאלה ולכך ס"ל לר"י דמהדין חייב לשלם באומר א"י אם פרעתי כמ"ש במשנה חייב ולא מחלק בין תובעו ללא תבעו ור' יוסי פליג דכיון דשניהם א"י די דחייב רק לצאת ידי שמים והמשנה או איירי באמת לצאת י"ש או בתבעי וא"ש והרב ר"א המפרש דחה פי' זה דא"כ היינו מתניתין ואין ממש בדבריו דהא בזה גופי' קמספקא לי' חייב דקתני במשנה אי לצאת י"ש או בדין חייב וגם אי מיירי בתבעו או אפילו בשניהם א"י מ"מ חייב וטובא קמ"ל והרי הדין מבואר כהרשד"ם בלי ספק וזה דהחליט דבשניהם טוענים ספק אי פרעו אינו מחויב מדין לכאורה יש מחדושי רשב"א גיטין דף ע"ח סתירה דהביא קושיא בשם התו' מחצה על מחצה יחלוקו דאוקמינן לחד אוקימתא בשני כתי עדים אמאי לא נימא הממע"ה ותי' ר"א דלעומת זה יש למלוה חזקה דודאי חייב לו והקשה הרשב"א אדרבא נימא א"י אם פרעתיך וכו' וקשה מה קושיא הא כאן שניהם טוענים שמא אלא ש"מ דאף דטוענים שמא מ"מ חייב רק זה א"א דהא מבואר בגמרא בדלא תבעו אינו חייב רק לצאת י"ש כדפריך אי לא תבעו ליה רישא אמאי חייב רק י"ל דס"ל לרשב"א ה"מ בעלמא אמרינן ה"ל למידק המלוה כמה חייב לו ואם הוא לא ידע איך ידע הלוה וכמ"ש הש"ך אבל שם דאין ביד המלוה דהא שני כתי עדים מכחישים ולכך אף דשניהם טוענים ספק מ"מ ה"ל א"י אם פרע וא"ש ולכך אף לתי' התו' דס"ל יחלוקו מ"מ בזה שניהם טוענים בספק פרעון פטור ולא אמרינן יחלוקו דה"ל למלוה למידק ולכך לא הזכיר שום פוסק מהך דיחלוקו אמנם נראה דזהו הכל אי אמרינן דרבה ור"י דס"ל בשני כתי עדים חזרו מסברתם מה שאמרו מתחילה בס"פ ג' אחין דתרי ותרי ספיקא דאורייתא והודו דס"ל ספיקא דרבנן אבל לפי דעת הרי"ף בפ"ב דכתובות דהם עמדו בשמועתם דס"ל תרי ותרי ספיקא תורה עיין בר"ן בפ"ב דכתובות גבי ערעור גזלנות'. וכן משמע בתו' ב"ב דף ל"ב ד"ה אנן כו' וא"כ ל"ק הממע"ה דכיון דהוא ספיקא דאורייתא ומוציאין מחזקת א"א כדמוכח כתוב' דף ב"ב וכן לא מוקי נכסים בחזקת בר שטי' אין כאן חזקת ממון וזהו פשוט ולק"מ ובזה מיושב קושית מהרש"א בגיטין שמעתי' הנ"ל דהקשה בתו' דתי' מחצה על מחצה לא הוי ספק כו' דלמ"ד בשני כתי עדים מא"ל וע"ש שתי' דתוס' ס"ל כמ"ש במרדכי וזהו דחוק אבל לפמ"ש ניחא דתו' ס"ל כמ"ש בב"ב דרבה ור"י ס"ל

דהוא ספק' תורה ואין כאן חזקת ממון ולק"מ אף גם לתי' המרדכי כמ"ש מהרש"א לק"מ וא"צ לחלק כמ"ש ברשב"א ולכך סתמו הפוסקים ולא חלקו כלל ודוק:

כ **עד** שיתפשר כו' והש"ך הכריע כדיעה ראשונה מדברי ירושלמי סוף ב"ק הוצאתי מן הכיס ונתתי לך והוא אומר א"י ר"ה אמר אומרין לו את לית ידע אהן ידע ומפרש הש"ך הוצאתי מעות מהכיס ונתתי לך בלי מנין ואיני יודע כמה והיא אומר ג"כ א"י וע"ז קאמר רב הונא אומרים לו את לא ידעת ולא דקדקת הוא ידע בתמיה כמוהו כמוך ולכך פטור אפילו לצאת י"ש ואין פירושו מוכרח דפי' פשוט הוא טוענו הלויתיך ואורח' דמילתא נקט מתוך כיס הוצאתי מעות ונתתי לך באקראי והלה אומר א"י וקאמר רב הונא דחייב דאמרינן לו את לא ידעת אבל הוא ידע וברי ושמא ברי עדיף ואזלינן בתר ידיעתו ור' הונא לשיטתו דס"ל בבבלי שם ברי ושמא ברי עדיף ודברי ירושלמי ובבלי כא' עולים שוב מצאתי בירושלמי שבועות במשנה סלע הלויתני עליו ושתים היה שוה והלה אומר סלע היה שוה פטור ועלה קאמר והלה אומר א"י ר"ב רב הונא בשם רב אמר אנת לית ידע אהין ידע ר"י דיימא בעי קמי ר' יונה תמן אמר לית את ידע אהין ידע וכאן את אמר הכין תמן יש חלול שבועה והכא לית חלול שבועה עכ"ל ובזה א"א לפרש כפי' הש"ך דהא הלוה טוען ברי וגם הסוגי' מחלול שבוע' לא מתפרש בדבריו רק הפי' כמ"ש דאם המלוה א"י חייב לשלם כתביעת הלוה דאמרינן אם את לא ידע הוא הלוה ידע וברי עדיף ור' יונה ס"ל אף כאן פטור המלוה ושאל לו הא בעלמא ס"ל ברי ושמא ברי עדיף ולמה כאן אמרינן דפטור הא בעלמא ס"ל כך אם הוא לא ידע שכנגדו יודע וחייב ומשני כי אמרינן בעלמא היינו בהודה לו מקצת והנשאר לא ידע כגון חמשין ידע וחמשין לא ידע דה"ל משאיל"מ כסוגי' גמ' דידן וכאן דלית חלול שבועה דכופר בכל פטור אבל במקום דיש חלול שבועה דחייב לישבע וא"י דהא א"י לכך חייב ועיין בבעה"ת שער ל"ח ח"ג סוף דין ב' ברמב"ן הביא הירושלמי ונראה דנתכוון לפי' הזה וברור ופי' הש"ך א"א להולמו כלל בזה ועיין בראש"ש פרק שבועות הדיינים דמפרש ירושלמי הנ"ל קצת בסיגנון אחר כמ"ש ולענ"ד יותר נכון ממ"ש אבל עכ"פ את לא ידע אהין ידע מפרש כמ"ש דברי ושמא ברי עדיף:

כא **שאפילו** לא שאלוהו ב"ד ולעיל בסי' ע"ב סי"ב סתם מחבר כהך דיעה ולא הביא כלל דעת החולקים דצריך לשאול פיו יש לחלק דכאן ס"ל אולי לא קבל ממנו ש"פ ומ"מ מודה דיש לו של חבירו בידו דאיך יכחיש של חבירו דעכ"פ מעות הוא ויש בו איסור חצי שיעור כדלקמן סי' שמ"ח בראשו ולכך אומר דחייב לו אבל אינו שוה פרוטה משא"כ משכון שהלוהו דינר ואמר יודע אני שהיה שוה יותר מדינר רק א"י כמה ל"ל דהיה שוה

יותר מדינר אבל לא ש"פ דא"כ נטפל לדינר והיינו שוה דינר דבשוי החפץ א"א לצמצם ובאומרו שוה דינר היינו פי' מעט יותר דא"א לצמצם בשוי כדאמרינן להדיא ב"מ דף נ"ב ע"ב א"א לצמצם בשוי ע"ש וא"כ ע"כ הא דקאמר שהיה שוה יותר כוונתו לפחות ש"פ וא"ש ולכך סתם המחבר לעיל כהך דיעה דא"צ לשאול והש"ך השווה להדדי ולענ"ד נראה לחלק כמ"ש:

כג **שוה** פרוטה נשאל הרב הט"ז מי שפרע לחבירו סך מעות ולאחר פרעון בא המלוה להחזיר לו מטבע באמרו שהיה בתוך דמי פרעון והיא מזויפת והלוה אומר איני מאמינך שהיה מדמי פרעון שלי וכבר הנני מסולק ממך. ופסק הט"ז הואיל דכבר פרעו ונסתלק הימנו תו ה"ל כא"י אם אני חייב לך ופטור ואולם לקמן בסי' רל"ב הש"ך בס"ק י"ד בשם תשובת מהרשד"ם דמי שנתחייב לאחד בעד קנין חפצים ונתן לו דמי זבינא ואח"כ המוכר רוצה להחזיר לו קצת מעות באמרו שהם שלו והם מזויפים והלה טען למה לא בררת אז אותן בעת הקבלה ופסק מהרשד"ם דה"ל כאומר א"י אם פרעתיך וחייב לשלם עכ"ל והרי הדבר במחלוקת שנוי בין גדולים ומחברים ולכן צריך ביקור בספרים והנה חיליה דט"ז מהך משנה דפ' הזהב דתנן אם היה מכירה מקבלו המינו לאחר שנים עשר חדש דמשמע דווקא מכירה הא אינו מכירה א"צ לקבל ואט"ג דהתם אפי' במכירה א"צ לקבל רק ממדת חסידות כדאמרינן בגמרא מדת חסידות שנו כאן הא מפ' הרמב"ם היינו ביכול להוציא מדוחק הא אם א"י כלל מקבל ממנו מהדין ובאמ' מהמשנה אין ראיה דהא המשנה לא איירי בא"י להוציאו כלל דהא אמרינן עלה דמשנה מדת חסידות שנו כאן ובא"י להוציאו מדינא מקבל וא"כ דמיירי באופן הזה דא"צ לקבלו מדינא א"כ פשיטא דלענין מדות חסידות צריך להיות מכירה דוקא ועכצ"ל כן דהא הטעם דכ' הט"ז דפטור משום דה"ל א"י אם אני חייב לך א"כ לר"ה ור"י דס"ל ברי ושמא ברי עדיף אף הט"ז מודה דחייב וא"כ קשי' ליה משנה דקתני אם מכירה דוקא מכירה הא לא מכירה לא ואפילו נימא אף ר"ה ור"י מודים דפטור דלא ה"ל למידע כמש"ל מה נימא בזה לשיטת הרמב"ן הובא בבעה"ת סוף שער ל"ח דמ"מ מחייב ר"י אפילו דלא ה"ל למידע כלל ועכצ"ל ממשנה אין ראיה דמשנה לא איירי רק במטבע היוצאת ע"י דחק ולא נשנית אלא למדת חסידות אך מדברי רמב"ם גופי' יש ראיה דז"ל בפי"ב מהלכות מכירה הלכה י"ב הנותן סלע חסירה לחבירו אם היה מכירה אפילו לאחר יב"ח הרי זה מחזירה ואם היה אפשר להוציאה ע"י דחק א"י להחזירה אח"כ אא"כ קבלו המינו במידת חסידות עכצ"ל הרי דרישא מיירי דאינו יוצא בהוצאה כלל ובמכירו מחזיר מהדין ומ"מ בעי דוקא שיכירו ש"מ זולת זה א"צ לקבלו המינו כלל ול"ל דהתם שאני דיכול לומר רגלי' לדבר

מבלי היותו נאמן הואיל ולא החזירו בזמן שקבעו חכמים להחזיר בכרכים ובכפרים ועבר זמן ואח"כ בא א"כ איתרע הימנו' דליה ולכך א"צ לקבלו המינו אם אינו מכירו דא"כ הא דפריך הגמרא ואם מכירה מקבל הימנו אפילו אחר י"ב חודש הא אמרת רישא בכרכים עד כדי שיראה ובכפרים וכו' ע"ש. והוצרך לדחוק מדת חסידות וצ"ל דאיירי במטבע היוצאת ע"י הדחק כמ"ש הרמב"ם ולמה לא מוקי לדינא ובמטבע שאינו יוצא כלל ורישא איירי באינו מכירו וא"כ תוך זמן שגבלו חכמים צריך לקבל אבל אח"כ א"צ לקבל דאיתרע כמ"ש אבל במכירה לעולם צריך לקבל אלא ודאי לעולם לדינא אם אין מכירו א"צ לקבל וכמ"ש הט"ז. אך כל זה במו"מ שנותן לו מטבע ומקבל תמורתו מטבע או נותן לו חפצים ומקבל תמורתו מטבע א"כ לא חל מעולם שום חיוב על אדם ויצאו זה בזו והרי הוא חליפין ותמורה בעלמא א"כ לא שייך לקרות שם א"י אם פרעתיך דהא מעולם לא היה חייב וא"י אם פרעתיך הטעם דחוב ודאי והפרעון ספק אבל כאן מעולם לא חל חיוב כלל על שום אדם וה"ל כאומר א"י אם אני חייב לך אבל במי שחייב לחבירו כבר מקדם ופרעו והוא טוען בתוך דמי פרעון הוי מטבע מזויפת א"כ שפיר הוי א"י אם פרעתיך דחוב ודאי ופרעון ספק ולזה אין ראיה מדינו של הרמב"ם הנ"ל כמ"ש דשם לא היה חוב כלל מעולם וצריך לימוד בזה:

ונראה דתליה בספק שיש לי בלא"ה ונראה דהוא מחלוקת רבוותא והוא שורש גדול בדין בהא דאמרינן א"י אם פרעתיך דחייב אי נימא במקום דלא ה"ל למידע גם כן חייב או דוקא במקום דה"ל למידע דאמרינן הואיל וחייב בודאי עליה דיד' רמי לדייק בטיב פרעון ולא להכניס עצמו בספיקא אבל במקום דלא ה"ל למידע לא אמרינן כן ובתשובת הרדב"ז סי' ס"ט מבואר אפי' בא"י אם פרעתיך במקום דלא ה"ל למידע פטור וכן מורי' דברי הרב המובהק בעל משנה למלך בפ"ד מהל' שאלה ופקדון ופי"א מהל' מכירה ע"ש ואמת לדעת התי' בכמה דוכתי דר"ה ור"י דסבירא להו ברי ושמא ברי עדיף ה"מ במקום דה"ל למדע אבל זולתי זה פטור אף לר"ה ור"י נראה דה"ה לדידן בא"י אם פרעתיך דאל"כ הא דפרכינן לר"ה ממשנה דקתני א"י אם גזלתיך דפטור דל"ל בדלא תבעו ליה הא רישא דקתני א"י אם החזרתיך חייב איירי בדתבעו ליה סיפא נמי בכה"ג והוצרך לדחוק לצאת י"ש ולמה לא מוקי המשנה במקום דלא ה"ל למדע שגזלו באונס כי חשב הוא שלו וכדומה אופנים טובי ולכך סיפא פטור ורישא חייב אלא ודאי בכה"ג אף בפרעון פטור וכמו כן מ"ש התו' פ' הפרה דבמקום דלא הוי למדע לא אמרינן משאיל"מ והביאו ראיה מהא דאמרינן שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין יורשים והטעם דלא ה"ל למדע וקשה אם כן יורש שאמר יודע אני שאבי חייב לך אבל א"י אם פרעך למה יפטור ואי

הטעם דאמרינן אלו הוה קיים אבוהון הוה טוען בברי דפרע וטענינן ליורש כל מה דהוי מצי לטעון דאם כן אף בשבועה נימא כן אלו הוה חי הוה טען ידעתי ואיני חייב כלום והוה מפטר בשבועה ועכשיו דמת פקע חובו וכמ"ש באמת הש"ך בסי' ע"ב לדחות בזה ראיית התו' דבעינן ה"ל למד' במשאיל"מ מהך דיורשים אבל הרא"ש דלא ס"ל כן אם כן יקשה מהך דטוענין ליורש דלמא פרע אביו ועכצ"ל דבזה גם כן הטעם דכיון דלא ה"ל למד' אף בא"י אם פרעתי פטור וכן מצאתי בבעה"ת שער ל"ח דין ד' יורש שאמר א"י אם פרע אביו פטור ואע"ג דלוה שאמר א"י אם פרעתיך חייב ה"מ בלוה גופי' דה"ל למידק ולידע ומדלא דק ולא ידע אם פרע או לאו איהו דאפסיד אנפשי' אבל יורש לא פשע בדבר כשאינו יודע בפרעון הרי הדבר מבואר דאף בזה בעינן ה"ל למידע ובהכי ניחא דברי תו' שבוע' דף מ"ה ד"ה וניתב ליה בלי שבועה לשכיר הואיל ובעה"ב טרוד בפועליו והקשה התו' הא קי"ל אפי' ברי ושמא הממע"ה ותי' דהוי כא"י אם החזרתי לך ולכאורה תמוה דקארי ליה מה קארי לי' הלא כל הספק בפרעון דבקציצ' בעה"ב נשבע ומדכר דכיר ופשיטא דהוי א"י אם פרעתך ומה מקום קושי' זו וכי נעלם מעיני תו' בקושיא דבפרעון לכ"ע חייב ומשנה שלימה היא סוף ב"ק אמנם ניחא דסבירא ליה לתו' דהא כאן הבעה"ב עומד וצווח פרעתי ונודע לי בבירור רק אנן לא מהימנין ליה דאמרינן לרב טרדותיו שכח אם כן מאי ה"ל למדע שייך דמה ה"ל לעשות ומה פשע הא הוא צועק באמת דקדקתי היטב ופרעתי לו ולכך תי' התו' דמכל מקום ה"ל כא"י דפרע או דחכמים חשו לטובת השכיר ותקנו כאלו אומר כך להדיא דא"י או דגם כן פשע דה"ל לפרוע בעדים לבל יעשה עול לפועלים כי יודע כי טרוד ובקל יטעה. ובהכי ניחא גם כן דברי תו' כתובות דף ט' ע"ב ד"ה אי דהקשו בהך משנה הנושא אשה ולא מצא לה בתולים דסבירא ליה לר' יהושע לא מפיה אנו חיי' ושקלת מנה למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה והקשו התו' לא ליתיב לה מידי דנטען אולי תחתיו זינתה ברצון והפסידה כתובתה ומכח זו ביקשו התו' לחדש דין דבס"ס מוציאין ממון והוא דחוק בתכלית ולכאורה אין כא קושיא דהא סבירא ליה להתו' בב"מ ובדוכתי טובא דארוסה אית לה כתובה אם כן תיכף משעת אירוסין נתחייב בכתובה והוא יטעון דלמא זינתה אח"כ והיא טוענת ברי לא זניתי אם כן ה"ל א"י אם פרעתיך וחייב משא"כ בטוען דרוסת איש קודם לאירוסין ה"ל ספק אם נתחי בתי לך ולכ"ע פטור אפי' לר' יהודא דלא ה"ל למדע כמ"ש התו' שם ועכצ"ל דגם בפרעון אי לא ה"ל למידע פטור וקושי' התו' שפיר דיטעון בספק אולי זינתה תחתיו ולא ה"ל למידע אך לעומת זה לפי דעת הרמב"ן בבעה"ת שער ט"ל ח"ב ד"ב דכתב על הך מימרא דר"ה ור"י מנה לי בידך

כו' ברי ושמא ברי עדיף אל תטעה במה שאמרו מקצת מחברים דלא אתמר הכי אלא במנה לי בידך דה"ל למידע דהא טעותא הוא דטעמא משום ברי ושמא ברי עדיף ולא משום פשיעות' כלל ע"ש ואם כן ה"ה בא"י אם פרעתיך דלא תליא כלל משום פשיעות וכן מוכח בנ"י ר"פ הגוזל דפסק בשואל חמור לרכוב עליו שלוחו מתה הבהמה בדרך ולא נודע אם מחמת מלאכה אי לא וכתב הנ"י כיון דקי"ל דאין חייב עליו עד שעת אונסין ה"ל כאומר א"י אם הלויתני ופטור וקשה אפי' דחייב תיכף משעת משיכה וה"ל כא"י אם החזרתי לך מ"מ הא לא ה"ל למדע מה קרה לחמור בדרך בשלוחו והוא אמר למשאיל שישאיל לו לשלוחו ועכצ"ל דמ"מ בא"י אם פרעתיך חייב וכן מוכח מתוך דברי הטור בסי' ע"ב והוא בש"ע לעיל ע"ב סי"ד בטוען המלוה נאנס המשכון ישבע וגובה חובו ונתן הטעם שהרי אין הלוה יודע כיצד אבד וה"ל כהלויתני וא"י אם החזרתי לך וקשה הא כאן לא ה"ל ללוה לידע באיזה אופן נאבד משכונו ביד המלוה ומה בעי גביה דמלוה ומכל מקום דימה הטור והש"ע אותו לא"י אם פרעתיך ולא קאמר הטעם דאין ענין הלואה למשכון דהלואה ישלם ועל המשכון המלוה רק שומר ישבע ש"ש רק קאמר דה"ל כא"י אם פרעתיך ש"מ דאף בכה"ג חייב לפרוע וכן מורים דברי הרא"ש בריש כתוב' שכתב על תלמידי ר' יונה שכתבו בשם ר' יונה דאם מצא פ"פ והיא אומרת נאנסתי דאף דליכא ס"ס מ"מ נאמנת מדר"ג דאמר לקמן במשנה דנאמנת נאנסתי דברי ושמא ברי עדיף וכתב הרא"ש דטעו לכתוב כן בשמו דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף אלא במקום דאיכא מגו או חזקה וכאן ליכא חזקת כשרות דהא רוב ברצון אלים מחזקה וקשה אם כן גם שם בר"ג למה נאמנת לימא רוב ברצון אלים מחזקה ודילמא תחתיו זינתה ברצון ואם כן חזקת הגוף מסייע ליה דעכשיו זינתה וברצון ואלי' מחזקת כשרות כמ"ש הרא"ש ואי דסבירא ליה לחלק בין ממון לאיסור בלא"ה נדחה כל ראי' ר' יונה וצ"ע לכאורה אמנם לפי הנ"ל ניחא דודאי סבירא ליה להרא"ש דלא אלים רוב ברצון כ"כ לדחות חזקת כשרות לגמרי דהך חזקה דאורייתא ורוב דרצון דרבנן ואינו רוב מוחלט כמ"ש התו' רק זהו מועיל ודאי רוב דרצון לשויא ספיקא ואם כן שם קודם אירוסין הא יש לה חזקת גוף ולאחר אירוסין דרוב דרצון מכחיש לחזקת כשרות ה"ל ספיקא ואם כן ה"ל א"י אם פרעתיך דספק אם ברצון אם באונס וחייב משא"כ לאיסור כיון דמשויא ליה ספיקא והוי רק חד ספיקא אסורה וזהו מורה כמ"ש דא"צ לידע ומכל מקום חייב בפרעון בספק. ואין להקשות אם כן הא דאמרינן בפ' הכותב ובכמה דוכתי דמתו עד שלא שתו הפסידה כתובתה לב"ה דאין ספק מוציאים מידי ודאי ואף ב"ש החולקים הטעם משום דסבירא ליה שטר העומד לגבות כגבוי אמאי הא היי ליה א"י אם פרעתיך דכתובה נתחייב תיכף והספק אם זינתה

אחר כך וה"ל ספק בפרעון והיא טוענת ברי שלא זינתה ולמה תפסיד כתוב' ועכצ"ל משום דלא ה"ל לבעל לידע אם זינתה או לא דסוטה שאני דרגלים לדבר ואמרו בסוטה ופ"ק דנדה ספק ועשהו התורה כודאי שרגלים לדבר שקינ' לה ונסתרה. אך מדברי תו' בסוטה דף כ"ה ע"ב ד"ה כו' דהקשו לב"ה למה אינן גובות תיקש' לר"ה ור"י דסבירא להו בפ"ק דכתוב' ברי ושמא ברי עדיף ותי' ממש כמ"ש דכל זמן שלא שותות לא מיקרי טענה שלה ברי כלל דרגלים לדבר כו' משמע דס"ל דאף דאמרינן דס"ל למ"ד ברי עדיף אפי' בדלא ה"ל למידע מ"מ בא"י אם פרעתיך דהטעם משום ספק אין מוציא מידי ודאי בעינן ה"ל למידע דאל"כ למה הקשו התו' הך לר"ה ור"י ולא לכ"ע דהא א"י אם פרעתיך לכ"ע חייב וכאן אם זינתה והפסידה כתובתה ה"ל כא"י אם פרעתיך וקשי' לכ"ע אלא ודאי דבזה שפיר סבירא ליה דבעינן ה"ל למדע וזהו לא שייך כאן ולכך הקשו לר"ה ור"י כפי ס"ד בגמ' דכתובות דאמרינן הא דר"י דשמואל היא אפי' במקום דלא ה"ל למידע ברי ושמא ברי עדיף שפיר קשה אף היא תגבה כתובתה וא"ש (ולכך כתבו תו' דפליגי בכתובה אף דעיקר מחלוקת הוא שילהי ב"ק רק דמן כתובות משמע דאפי' לא ה"ל למידע ס"ל ברי ושמא ברי עדיף) וא"כ י"ל אף הרמב"ן מודה בפרעון אף דס"ל דר"י ור"ה ס"ל בכל דוכתי אך זהו דוחק. ויותר אפשר לומר דס"ל להתו' שם הואיל וכתובה לא ניתן לגבות מחיים ולא בריר חיובו עד שימות הבעל או תתגרש אף דשעבודו חל תיכף מעת נשואין מכל מקום לא מיקרי חייב עד עת ראוי' לגבי' ולכך אמרו דלא משתעבד' בדר"ן הואיל ולא בריר חיובא ולא מיקרי חייב לה ואם כן לא שייך אין ספק מוציא כו' דגם החוב אינו ודאי דאלו תמות לא יתחייב לה כלל ואימת הוי ודאי חוב כשמת בעלה ואז כבר קדמה הקינוי וסתירה וה"ל ספק אם חייב לך ולכך לא הקשו התו' רק לר"ה ור"י דסבירא ליה בחוב ברי ושמא ברי עדיף ואף אשה זו במיתת בעלה טוענת ברי לי שבעלי חייב והטענה למולה רק ספק וא"ש ודוק דבזה לכאורה אין ראיה כ"כ מ"ש מתו' דכתובות אמנם באמת מכל מקום ניחא דמנלן לתו' סברא זו להקשות מיניה לר' יהושע ולהוכיח דס"ס מהני דלמא לא סבירא ליה לגמרא סברא זו ומנלן להקשות והך דסוטה בלא"ה מיושב כתי' התו' שם וכמש"ל ואחרי שבארנו כי יש כאן מחלוקת קדמונים ז"ל בא"י אם פרעתי במקום דלא ה"ל למידק אי חייב או לא נראה בנידון המושאל אם זה נתן לו המעות בחפזון ולא עיין בהם כל צורך כראוי לדעת אם יש בו מטבעות מזויפת או לא ומכח זה א"י להכחישו וה"ה אם קיבל המעות מיד אחר ולא עיין בהם רק נתנם לו כדרך התגרים חייב בפרעון דה"ל למידק ולעיין ובזו לכ"ע א"י אם פרעתי חייב אבל אם עיין ולא ראה בו סיגים רק אא"כ החזיר לו כסף סיגים מחופה כאשר שכיח המזייפים שאין

ניכר בעת נתינה א"כ לא ה"ל למידע ובזו י"ל קים ליה כדעת התו' וסייעתם דבמקום דלא ה"ל למדע אפי' א"י אם פרעתיך פטור והרי זה פטור מלשלם:

שוב מצאתי ראיה ברורה דפטור בחדושי רשב"א ספ"ק דגיטין בהנהו גינאי דעבדו חושבנא ופש להו חמשה איסתרי ואמרו לתתן למרי' דארעא בפרעון ואח"כ באו כי טעו בחשבון ולא פש ליה גבי' ולא מידי ומרא דארעא הודה שטעות היה כתב רשב"א דבני גנאי נמי פטורים מפרעון דמרי' ארעא משום דאמרי' חושבנא בקושטא הוי ולאו כל כמינך להודות שהיה בטעות ואפי' דאמרי דאשתלי ולא ידעו אי בטעות הוי או לא מ"מ פטורים דה"ל כא"י אם חייב לך דפטור ולא דמי לא"י אם פרעתיך דהכא הא אמרי ודאי פרעו אלא את דאמרת דאשכח טעותא האי טעותא לא ידענא עכ"ל הורה לנו בבירור בשכבר נעשה הפרעון ונסלקו איש מאת רעהו ואח"כ טוען כי היה הטעות לבטל הפרעון למפרע והלה טוען א"י תו אין בגדר א"י אם פרעתי דכבר נסתלק החיוב וה"ל כא"י אם חייב לך והיינו הך דטעות במטבע דכיון דכבר נעשה פרעון כו' דמ"ש טעות בחשבון ומ"ש טעות במטבע המזויף היא היא והרשב"א אפשר אזיל לשיטתו דכתב בגיטין דף ע"ח היכי דאיכא רגלים לדבר דפרעו לא אמרינן בא"י אם פרעתי דחייב לשלם ע"ש ואין רגלים יותר מזה דכבר נפרע ופשוט וראיתי מי שרוצה להוכיח מתו' גיטין דף ע"ב ד"ה מחצה על מחצה יחלוקו דהקשו אם הוא מחצה על מחצה קרוב למלוה וקרוב ללוה למה יחלוק ונימא הממע"ה ויפטור הלוה וקשה איפכא ה"ל להקשות כיון דבס"ד ס"ל לתו' דהוא ספק כמ"ש מהרש"א שם להדיא א"כ הלוה חייב לשלם הכל דהא ה"ל ספק בפרעון והחוב ברור אלא כיון דכבר נפטר החוב תו לא הוי ספק פרעון ואין משם הוכחה דשם שניהם טוענים ספק המלוה והלוה ולכ"ע פטור כמש"ל אך מדברי רשב"א הנ"ל נראה ברור ומ"מ לדינא נראה כמ"ש דאם לא עיין כלל במעו' ונתנם אפשר דלא דמי לטעות בחשבון אבל אם עיין ברור דפטור וכן יש להורות והארכתי קצת כי זהו הכלל הוא גדול בדינים.

כג **שהוגד** לו מפי נאמן כו' הר' הש"ך בס"ק פ"ב האריך להשיב על דין זה דא"כ לא שבקית חיי לכל אדם דיכחי' ויאמר הוגד לי כך וכך ויחייב אותו שבועה ויפה כתב אלא שבתוך דבריו כתב כשיש רגלים לדבר דהיינו שאמר לו אדם נאמן שמוחזק בנאמנות ואינו משקר ומזה נראה דא"צ הב"ד להכיר כשיש רגלים לדבר רק די באמירתו כשאומר שכך יש לו רגלים לדבר ושכך אמר לי אדם נאמן ביותר וא"כ לפ"ז עדיין קשה לא שבקית חיי דיאמר הגיד לי אדם דיהבינן ליה כל חללי דעלמא דלא משקר כך וכך ויטיל' שבועה ועדיין לא הועיל הש"ך אם אמרינן דא"צ הב"ד להכיר ולהבחין כשיש רגלים לדבר אמנם

מ"מ לדינא נראה באמת כי יש לב"ד של ישראל ליישב בדבר ולא להיות נמהר בשבועה זו כי בלא"ה רבו הפוסקים דאין להטיל שבועה עפ"י הוגד לי ואעפ"י דרמ"א הכריע אפשר דלא אמרו רק לדורו אבל בעו"ה בדורותינו דנפישי רמאים ומתכוונים להטיל שבועה כדי שיתפשרו ויוציאו ממון שאינו שלו בגזל ועושק וחמס ראוי לב"ד שכחן יפה לסמוך מבלי להטיל שבועה רק מפי אומדת הדעת לב"ד שנראה שכני' דבריו או שאמר הוגד לי מפלוני ופלוני אינו בכאן אבל קרוב לבא ומילתא דעבידי לגלוי' לא משקר בקל אבל בלא"ה אין להיות נמהר לפסוק שבועה. וע"ז נאמר בבירור אין לדיין אלא מה שעיניו רואות בבירור כפי ענין הדבר והכל לש"ש:

כד **אפי'** קרוב וכו' הק' הש"ך מעובדא דר"ת הובא בתשובת מיימונית לס' קנין סי' כ"א דמי שתבע לחמיו שאמר לו אביו שנדר סך מה לנדוני' בתו וע"ד זה קידשה וחמיו השיב דאין לו טענת ברי ואפילו היסת ל"ל ופסק ר"ת דיתן הרשאה לאביו ואביו יטעון ודאי ויטיל שבועה על חותנו הרי לולי כן לא היה יכול להטיל שבועה אף דהוגד לו מפי אביו דאלי' יותר משאר הגדה שמע מינה דהוגד לו עפ"י קרוב לא מהני להטיל שבועה ונראה דיש לדייק בלשון האמור שם אין לך עלי טענת ברי ואפי' היסת אין לך עלי מאי אפילו אילו איירי שם בכופר הכל מה אפילו היסת הא כל הטענה להשביעו היסת אלא ודאי קשה הא ר"ת פסק כהך לישנא דר"ן דאין מחייב היסת רק במקום דררא דממונא דהיינו דפרע ולא דלא לוה כלל כנודע בדעת ר"ת ושם היה כופר דלא הבטיחו כלל אלא צריך לומר דשם היה הודאה במקצת ודאי כי על כל פנים נדר איזה דבר לנדונית בתו והלא לא כנכרים יחשב ואפי' עני בישראל לא יפחות מחמשין זוז (ועיין תו' כתובות דף פ"ג ד"ה וקסבר וכו') ומזה ביקש להטיל שבועה מ"מ רק הואיל ולא היה טענת ברי רק עפ"י אביו ולענין להזקיקו ש"ד פשיטא דבעינן ברי גמורה בעד כשר המעיד בב"ד ולא עפ"י קרוב ולכך השיבו דאין לו אפי' היסת דהיסת ליכא דליכא דררא דממונא וש"ד ליכא דאין כאן טענת ברי ולכך יע"ש ר"ת ליתן הרשאה ויטענו טענת ברי ויתחייב ש"ד במ"מ וזהו לר"ת אבל לפי דקי"ל כאידך לישנא דר"ן אפי' במקום דליכא דררא דממון התחייב היסת והיסת מחייבין אפי' בלי תביעה רק נוטה לאמת כמו סלע שנפל משנים י"ל אפי' עפ"י קרוב נמי דא"צ לעדות גמור ולק"מ מר"ת דאזיל לשיטתו דבעי להיסת דוקא דררא דממון. הנה עכ"פ למדנו מדינו של ר"ת דאם הוא א"י לטעון ברי ואחר יודע ויכול לטעון ברי דירשהו לאותו יודע והוא יטעון ברי ומכח זה הוסיף מהרש"ל נופך משלו דאם המורשה מוחזק במעות הנתבע יכול לתופסו וישבע היסת ויפטור כמו התובע עצמו דמ"ש וכ"כ הש"ך: ומילתא דפשיטא לגאונים הללו לדידי מספקא לי טובא

הן בדין ראשון דהמורשה יתבענו בטענת ברי ויכריחו לשבועה כמו בעל דבר עצמו לדידי יש לי ספק דאמת דר"ת פסק כן כהנ"ל אבל נראה דאזיל לשיטתו דס"ל כמ"ש התו' ב"ק דף ע' ד"ה אמטלטלין כו' בשמו דס"ל מדינא דגמ' יכול להרשות לחבירו והרי הוא מורשה גמור למטלטלין דכפרי' דלמחזי כשקר' לא חיישי' ע"ש שהאריכו ולכך הרי לו כח כמו בע"ד עצמו אבל לשיטת הרמב"ם וסייעתו דמדינא דש"ס לא מהני הרשאה למטלטלין דכפרי' רק מן תקנת הגאונים כדי להציל העושק מיד עושקו שלא יוציא מנה על מנה תקנו זו א"כ די שתקנו לגוף הדבר כמ"ש שלא יצטרכו להוציא מנה על מנה אבל לשארי דברים להיות כבעל דבר בעצמו להטיל שבועה לא שמענו בתקנת הגאונים ובפרט בהיסת שהוא תקנתא דרבנן ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ולקמן בסי' קכ"ג הביא המחבר ב' דיעות א"כ הממע"ה וזה ברור. וביותר יש לפקפק בדין השני חדשו מהרש"ל וש"ך לתפוס המעות בשביל בע"ד הואיל היותו מורשה דדבר זה זר אצלי הלא קי"ל דהוא שליח בעלמא וא"כ איך יכול שליח לתפוס' בשביל אחרים ולישבע עליו וא"כ עד קרוב שיש לו ממעות הנתבע בידו בלי עדים יהיה נאמן בשבועה שהנתבע חייב לקרובו במגו דהיה מכחיש מה שיש לו בידו ודבר זה לא שמענו מעולם. ואני שואל בממ"נ אלו לא נתן הרשאה לא היה יכול לתפוס ובשביל שיש לו הרשאה יהיה יכול לתפוס משל אחרים בשביל אחר הא אינו אלא שליח ומה בכך דיש לו מגו להד"ם הא זה גרע יותר ממגו להוציא דלא אמרו אלא להחזיק אבל זה במגו אינו מחזיק לעצמו רק בשביל אחרים. ונר' דמהרש"ל אזיל לשיטתו דסבירא ליה המורשה אינו יכול להיות עד דהוי ליה כבעל דין ואם כן אפשר דיכול לתפוס דהוי ליה כבעל דין אבל לפי מה דקיימא לן לקמן דמורשה יכול להיות עד ואם כן הוי ליה עד בעלמא ושליח בעלמא ואין יכול לתפוס ולישבע בשביל אחר ואם הוא כשר לעדות כדלקמן בסימן קכ"ג איך יתפוס הא עד דמשתבע לא הוי עד אף דיש לו מגו ומכל שכן זה ולכן לענ"ד לדידן דקי"ל דלא הוי בע"ד ומוכשר לעדות אין יכול לתפוס ומכ"ש לדידן דלא הוי רק תקנתא דגאונים בעלמא פשיטא דלא מהני תפיסה ועוד איך ישבע ויחזיק דנתבע נשבע שבועת הפקדון מה שאין כן המורשה דאין לו חלק בו רק נשבע דהאמת ראובן חייב לשמעון הרי זה בגדר שבועת שוא לא בטוי ולא פקדון וכבר אמרו במס' שבועות דף ל"ז דחמורה שבועת פקדון משבועת עדות עיין שם ומכ"ש דשבועת שוא דלית ביה קרבן כלל וא"כ איך נאמין מחומרא לקולא דמה דתקנו היס' הוא כשנשבע לשקר עובר בשבועת פקדון וקרבן על שבועתו ואם כן זה המורשה שנשבע אין כאן רק שבועת שוא ואין חייב קרבן על שבועתו ואיך נימא מקולא לחומרא ולכן דין זה צריך עיון מכמה צדדים שכתבתי ועל כל פנים נלמד מדין

מהרש"ל וש"ך דאם באמת היה נחלט למורשה דיכול לתפוס ואם כן הוא הדין מי שיש לו שטר ויש בו טענות דיש בו ספיקא דדינא ומכרו לאחר שיש לו בידו מעות הלוה ואם כן יכול לטעון קים ליה כהנך רבוותא דמועיל דמה מורשה בעלמא דעתם דיכול להחזיק ולישבע מכל שכן בזה דהוא באמת בעל שטר והוא מוחזק למה לא יכול לטעון קים ליה הרי הוא מחזיק במעותיו והדבר פשוט והרב המובהק בעל חות יאיר סי' ר"ל החליט הדין בפשיטות בלי ראיה כלל מסברא דלא מצי לעשות כן וכבר קדמני הרב בעל שבות יעקב בסי' קנ"ז לחלוק עליו אלא שגם הוא לא הביא ראיה לדבריו ונעלם מאת שניהם דברי מהרש"ל וש"ך מכאן ראיה מבוררת שלא כדברי הח"י והדבר כ"ש מן מורשה ואף שכתבתי שאין דעתי מסכמת במורשה בזה ודאי ברור דהוא קונה גוף שטר למה לא יכול להחזיק ולישבע כבעל דבר בעצמו כנראה מהנ"ל.

כה **הי'** לי שטר ואבד נראה דאם יש עדים שאבד אין צריך לבטל שטרו דדין זה למדו הפוסקים ממי נשבע תחילה שמא ישבע הלה ויוציא הלה הפקדון ואף זו כיוצא בו והא במשכון גופיה אם יש עדים שנאבד אפי' בפשיעה נשבע הלוה כמה היה שוה כדלעיל סי' ע"ב דלא קיימא לן כהך שינויא דאף דאבד חיישינן דטרח ומייתי ליה וא"כ אף כאן לא חיישינן דטרח ומייתי ליה ונשבע הלוה וכמו שם אלו באמת מצא משכון אחר כך ולא היה שוה כמו שנשבע הלוה ודאי דהיה מוציא מיד הלוה ואף כאן כן ולמה יבטל זכותו:

סימן עו

א **צריך** ליתן וכו' הסמ"ע כ' אע"ג דבפקדון סבירא ליה להרא"ש בהפקידו זה בפני זה ה"ל כעין כרך אחד ומפטר בהלואה דלהוצאה ניתנה מודה הרא"ש דחייב והרב הש"ך בס"ק ג' הק' מנליה לטו' לומר כן בדעת אביו הרא"ש לחלק בין הלואה לפקדון והניח בצ"ע ונ"ל דהא בגמ' אמרינן מי אמר רבא כל בשני כריכות ה"ל למידק הא"ר הכל מודים בשנים שהפקידו אצל רוע' שמניח ביניהם ומסתלק ופי' הרא"ש דרועה אפי' בכרך אחד ה"ל למידק כי מוטל' עליו להכיר בהמה של מי הוא להחזירו לבעלים עכ"ל מזה נראה בבירור שלא מפרש כפי' התו' דברועה א"א לתקן ע"ש רק או דסבירא ליה דפקדון דהם צרורים אינו מבחינים משא"כ בהמה דניכרת בענינה ויותר נראה לפרש בכונת הרא"ש כי סבירא ליה לסברא מה שנסתפק בה בעה"ת בשער ל"ט ח"ב דכתב הא דאמרינן אין מוטל עליו להבחין הטעם כי די שמתחסד עם בעליו לקבל פקדונו ומה לו יתר הטורח הזה ולהבין למי זה כיון שהפקידו בכרך א' ע"ש ולפ"ז ברועה שלחמו הוא וזה פרי מעשהו לרעות בהמות חבירו ולקבל שכר ואין זה חסד כלל אדרבא הבעל בהמה מתחסד

עמו אם כן עליו מוטל להחזיר לבעליו. וזה ברור ומכוון בלישנא דהרא"ש. ואם כן שוה דין מלוה להרועה כמ"ש בעה"ת להדיא דבמלוה לא שייך דמתחסד עמו ופשוט וכן לפירש"י הא יש הבדל בין פקדון למלוה וע"כ אתה מפרש בהרא"ש גבי רועה או כפירוש רש"י או כפי' בעה"ת כמ"ש ולשני פי' מבואר דמלוה דינו שוה לרועה ופשוט:

ב **אחר** שישבע כל אחד והא דלא אמרינן דמודה לכל א' במא' ועל מא' השני' טוען א"י הא ה"ל משאיל"מ ויטול בלי שבועה משום דהא ברי לו שלשניהם ביחד אינו חייב רק שלש' מאות והם לפניהם ולכך משתבע הרמב"ן והמ"מ ונ"י והביאם סמ"ע וש"ך. אמנם לדידי קשי' איפכא אם אמר לזה מנה והילך למה יתחייב במנה השני ומה אלו א' תובעו ואמר מאתים בידך והלה אומר מאה ידעתי ומאה לא ידעתי דה"ל למיד' בודאי ומ"מ באומר על ק' שהודה הילך דתו ליכא ש"ד עד דנדון בי' משאיל"מ פטור על ק' הטוען א"י ואם כן אף בזה באומר על המנה שמודה הילך למה יתחייב במנה השני שיודע ואי משום שאמר שחייב לשום אדם שני מאות רק א"י למי יהיה יפה כחו מה בכך מ"ש דאומר דא"י אם חייב כלל יותר מק' או דאומר דחייב יותר רק אולי לאדם אחר מה איכפת לזה המלוה במלוה אחר סוף כל סוף יטעון איני יודע אם אני חייב לך כלו' וביחוד בהלוא' דאינו דבר בעין שהם מחולקים עליו רק באים לתבו' ממנו והוא א"י אם חייב למה יתחייב. ומצאתי אח"כ באס"ז והביא קושיא זו בשם רשב"א דה"ל הילך וכוון לדברים הנ"ל ותי' ודבריו כמעט סתומים אבל המובן דבשלמא התם אין כאן עול בבירור אם נימא דלא ישלם המא' דלא ידע דאפשר דבאמת לא חייב אבל כאן אם נימא דלא ישלם כלל אם כן הרי עול בבירור דהא חייב לאחד בודאי ואם נימא דישלם למי ישלם הי מינייהו מפקת ולכך חייב לשלם לשניהם א"ש ידוק ולזה כוונו התו' גם כן בד"ה גזל ע"ש.

ג **יהיה** מונח עיין ש"ך דדעתו שיהיה ב"ד הנפקד והנ' בתוספת' דקתני נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר לא יתן להם עד שיעשו פשר משמע כדעת הש"ך וסייעתו ואני הבאתי גם כן ראי' דמה פריך הגמ' שם גזל אגזל הא אמרינן בב"ק דף ק"ד גבי גזל ונשבע סבירא ליה לראב"ש דאם הוצאה יתיר' על הגזילה תקנו חכמים מפני תקנת השבים דמניח הגזילה ואם התקנה בנשבע יותר מסתבר לומר דתקנו בדלא נשבע מפני תקנת השבים דבשבועה חויב החזר' עליו ביותר כמ"ש בגמ' וא"כ מה קושיא בשלמא בגזל אחד מ"ה דאם יתן לכל אחד יהיה הוצאה מרובה על הקרן תקנו דמניח גזלה משא"כ בגזל לשנים דאינו מרובה כמ"ש התו' שם בפ' הגוזל להדיא מודה ר"ע דמשלם לכל אחד. ולכן נראה דכיון דשורת הדין מניח גזלה היינו שמחזיק הגזילה בידו אם כן מה תקנת השבים יש

כאן דאם נימא דישלם יותר לא יודה ולא ישיב ולכך תקנו דלא ישלם יותר ומה שמודה יחזיק בידו אם כן עדיין לא הועילו דעדיין הגזלה תחת ידו דהא לא יתנו לשום אדם ומה הפסדנו אם לא יודה כלל ומה הרווחנו אם הודה סוף סוף כ"כ דלא יתפשרו הגזלה ת"י ואם יתפשרו ויתבעו רק א' מנה לעולם יודה אח"כ כיון דל"ל הוצאה יותר על הגזל'. וא"כ מה תקנ' ש"כ בשלמ' בנשבע דמניח בב"ד שפיר י"ל דכשלא יודה לא יקיים השבה בב"ד משא"כ כשיודה יקיים השבה בב"ד אבל בלי שבועה דהדין שהוא מחזיקו בידו אם כן מה תקנה שייך כאן. וזהו ראיה לדברי הש"ך. אמנם בריש ב"מ דפריך הגמ' בין לרבנן ובין לר"י אמאי לא נימא נפקי ממון מבע"ה וכו' משמע דמוציאין ממון מבעה"ב ואם כי הוא נוסחת ר"י גאון אף הוא כדאי לסמוך עליו להלכה. ולכן נראה לחלק כמ"ש הריטב"א בב"מ בפקדון כל היכי דאיתא ברשות מפקיד איתא יהיה מונח אצלו אבל במקח וכדומה שהוא ברשות הלוקח ואם כן במה מקיים חזרה ואינו מקיים רק בהניחו ביד ב"ד. ובזה יש לומר ליישב מה שהקשו התו' דה"ל להקשות בברייתא גופה דקתני מודה ר"ט וכו' דיש לומר דמיירי בגזל דבר שכבר הוציא ואם כן צריך לקיים החזרה בב"ד וא"כ שפיר שייך תקנה הנ"ל ולק"מ. ולכן פריך מהך משנה דקתני וכן אביו הפקיד ובפקדון זהו בעינ' כמ"ש אם כן יחזיק תחת ידו ואם כן תו לא שייך תקנה הנ"ל ואם כן שנים מהם לאו דוקא וה"ה לגזל דהא וכן קתני ושפיר פריך ודו"ק. וכן נראה לדינא בהלואה וכיוצא בו צריך להניח בב"ד אבל בפקדון דמונח ברשותא דמרא יניח בידו ולמה יטפל בו ב"ד ומה לב"ד בעסקיהם ודו"ק:

ד **וי"א** במלוה ע"פ וכו' הסמ"ע והש"ך תמהו למה כתבו המחבר בלשון וי"א כיון דלא מצינו חולק בזה. ונראה לפי מ"ש הרא"ש באמר א' מכם הלוה לי מנה ולא תבעו ליה פטור מלצאת י"ש ובאומר לאחד מנה ולא' מאתים ולא תבעו ליה חייב לשלם לכל אחד ר' בבואו לצאת י"ש וכבר תמהו מה טעם יש בזה. ונראה דסבירא ליה דלפמ"ש רש"י לחלק בין פקדון לרועה דחושב פקדון צרור כספו בידו וכל אחד יטול שלו. אם כן יש לומר בשלמא בשנים שהפקידו שפיר חייב לצאת י"ש דה"ל למידק ולא שייך למימר למה המפקיד לא דק כמה יש בפקדונו די"ל אני הפקדתי פקדוני צרור וחשבתי לבל יגע בו וכאשר הנחתי אהיה נוטל. ומהכ"ת ישלח בו יד או יפשע בו ואם כן מה לי צורך לזכור כמה בפקדוני מה שאניח אטול וכי אסיק אדעתו שהוא יחליפו בשל אחר ולכך אין הפשיעה מצד המפקיד רק מכח הנפקד. משא"כ באחד לבד הפקיד פשיטא דגם על המפקיד פשיעה איך לא זכר אם מסר הפקדון לא' או לא ואין לך פשיעה יותר מזה ולכך סבירא ליה לרא"ש דאפי' לצאת י"ש פטור וא"ש. ולפ"ז ה"מ בפקדון דיכול לומר חשבתי

מה שאניח אטול אבל בהלואה לא שייך זה וחזר הדין להיות שוה דאין יודע אם הלוה כלל ומ"ש דיודע דהלוה רק א"י כמה הלוה הא הלואה להוצאה ניתנה ועל מה סמך ואם כן י"ל דאף לצאת י"ש פטור בכל אופן דמ"ש ולכך כתבו בלשון וי"א:

ה **וי"א** שלצאת ידי שמים וכו' הקשה ש"ך בס"ק י"ח דהא לקמן סי' ש' סתם הרב כדעה ראשונה דאפי' לצאת י"ש פטור ונראה דודאי הדבר אנוס דכי ידע הוא דיבוא אחר ויתבע הפקדון אשר אין שייך לו וה"ל כמו ליסטין מזוין דא"י להציל דה"ל אונס ואף זה אונס כמוהו דבא בטענה של שקר והוא לא היה לו להזהר כיון דמפקיד גופו לא נזהר אך זהו בפקדון דפטור מאונסים אבל במלוה דחייב באונסים אם כן אם אמת דחייב לא יועיל לו כל אונס שבעולם לפוטרו ממנו ולכך י"ש חייב לשלם דאולי האמת עם זה או זה משא"כ בפקדון אף דהאמת אתו כיון דקרהו אסון וממש בא ליסטין ונטלו פטור ולכך י"ל שם אפי' לצאת י"ש פטור. ובזה נראה שם בגמרא דפריך אביי מי מפקינן ממון מספק והתנן נפל הבית וכו' וקשה הא כאן אמרינן הטעם דה"ל למידק והראיה דבכרך א' באמת פטור ועיין מהרש"א ומהר"ם שוף. ולכן נראה דסבירא ליה לאביי ודאי אי שורת הדין דאין להוציא ממון מיד המוחזק בספיקא בשביל דה"ל למידק לא קנסינן ליה במעותיו ועיין הרז"ה דעמד בזה דהא אין דנין דיני קנסות איך נקנוס אותו במעות ולכך דעתו לפסוק כר"ט ע"ש. רק שורת הדין דחיי' אך מה בכך דחייב במעות הפקדון ואמת דיש לו הפקדון מחבירו מ"מ אין לך ליסטין מזויין מזה שחבירו אמר שלו הוא ועי"כ בכח ב"ד מעכב מבלי לתתו לחבירו ולכך אמרי' ה"ל למיד' ואין לך טענת אונס רק פשיעה מיקרי. אבל בכרך א' אונס הוא. אבל לעולם מספיקא מוציאין ממון דזולת זה בשביל ה"ל למידק לא קנסי' לי' ואתי שפיר. ובזה יש להבין גם כן קושית תוס' בהא דפריך ומי א"ר בב' כריכות ה"ל למידק והא"ר ברועה וכו' ופי' התו' דדייק ליה מהך עובדא דחסי' דלקח מקח ולא ידע ממי לקח דחייבי' ר"ע לשלם לכל אחד והקשו התו' דלא ה"ל לגמ' לאתויי מילתא דרבא כלל רק להקשות מהך עובד' דחסיד אחד. ולפמ"ש לק"מ די"ל אמת מכח שורת הדין חייב לכל א' ואחד דברי ושמא כי האי דחייב ודאי המנה הנתבעת רק דלא ידע למי לכ"ע חייב רק מה בכך מכל מקום ה"ל נאנס בליסטין מזויין דחבירו בא בטענת שקר ומעכב החזרה בב"ד ולכן ברועה דהוא ש"ש ופטור באונסי' פטור משא"כ במקח דחייב באונסין של דמי מקחו כל כמה דלא יהיב לי' פשיטא דחייב ולק"מ ולכך הביא מילתא דרבא דאמר בב"כ ה"ל למידק ואף דנימא דאמרו לענין י"ש כמ"ש התוס' בקושי' מכל מקום מודה הסברא דה"ל למידק ואם כן תו ליכא אונס וחזר דין פקדון לדין מקח ושפיר קשה מעובדא דחסיד ודוק:

סימן עז

א **או** שקבלו פקדון יחד הרב רמ"א בתשובה סימן כ"ז הוכיח דלא מיירי שקבלו פקדון סתם מהא דאמרי' בב"ק פ"ק מסר שורו לחמשה בני אדם דאמרינן אי בלאו איהו נמי מינטר מה קעביד ש"מ דאינו חייב באחריות כלום ועוד מה דאמרינן כל המפקיד על דעת אשתו ובניו מפקיד ודעת הרבה מחברים דאם פשעו ואין להם לשלם דנפטר הבעל ואפילו החולקים נתנו טעם דאל"כ כל אחד ימסור פקדון חבירו ביד אשתו וכו' וקשה הא הבעל עיקר שומר ומה בכך דמפקיד על דעת אשתו וכי גרע מאלו הוא ואשתו קבלו השמירה כאחד הא הבעל חייב באחריות אשתו ומזה הוכיח דבסתם לא אמרינן בפקדון אלא מיירי דהתנה בהדיא בפי' כמ"ש מתנה ש"ח להיות כשואל וכו' עכ"ל והרב הש"ך השיג דלא משמע כן בדברי הרמב"ן והר"ן וראיה מב"ק דחה דאף דהוא חייב לשלם מכח ערבות וקבלנות מ"מ גוף חיוב תשלומין אין עליו והרי זה חוזר ותובעו מאותן ארבעה שחייבים בעצם תשלומין וכו' ע"ש ובאמת יפה טען בזה וברור דלא היה זה בהעלם דבר מרמ"א רק קושי' רמ"א דשם מהדר גמ' באוקומתא בריית׳א הכשרתי מקצת נזקו חייבתי בתשלומין כהכשר כל נזקו ופריך הגמ' ותו לא והאיכא מסר שורו וכו' וא"כ קושי' רמ"א עדיין לימא הך אוקומתא דמסר שורו לה' בני אדם וא' מהם סילק שמירתו וזולתו ג"כ מינטר דאינו חייב מדין רק חלקו כמ"ש התו' ורשב"א והם אין להם לשלם וא"ש חייב הוא לשלם הכל מתורת ערבות וזהו מאמר הברייתא הכשרתי במקצת נזקו בהך דאינו מחויב לשלם מדין רק קצת נזק המגיע לחלקו חבתי בתשלומין כל נזקו דחייב לשלם הכל אם אין אחרים כאן או דאין להם לשלם דבר הוא מחויב לכל הנזק לשלם כהכשר כל נזקו כאלו הוא לבדו היה השומר וזהו כוונת רמ"א באמת ולמה דחהו הגמ' דאמת יש לדחות די"ל הגמ' לא ביקש לומר דמיירי מדין ערבות רק מתשלומין גמו' מה דחייב להדיא אבל מ"מ אין זו כ"כ השגה על רמ"א כאילו טועה בדבר פשוט. אבל על ראיה שנייה מה שהביא רמ"א משומר שמסר לשומר וכו' המפקיד על דעת אשתו ובניו מפקיד לא דיבר הש"ך כלל ולכאורה ראי' ברורה הוא וכן מה שכתב רמ"א דמ"ש הפוסקים שקבלו פקדון ביחד דהם ערבים או קבלנים מיירי שהתנה בהדיא וכו' דבריו סתומים אם כוונתו דהתנה בהדיא שיתחייב באחריותו באמת קשיא ליה מדברי הרמב"ן כנז' בבע"ת דפלפל אם חייב באחריות חבירו מהך דשותפים ששאלו ונשאל אחד מהן בפ' השואל וכן אחד משותפין ששילם מי מקני ליה כפילא בפ' המפקיד ומה קושי' לימא דמיירי דלא קיבל אחריות להדיא בעד חבירו וזה כוונת הש"ך שכת' דברי הרמב"ן בבעה"ת שער מ"ד סותרים אבל בלא"ה יש לדקדק בלשון הרב מה ענין להך דהתנה בהדיא שהביא כי

האי דמתנה ש"ח להיות כשואל הלא כאן מיירי דנכנס בערבות או קבלנות ה"ל דיכול להתחייב בתורת ערבות ומה ענין זה למתנה ש"ח להיות כשואל ועוד אם כן כל הפלפול הפוסקים אי הוה כערב או כקבלן נחזי האיך היה התנאי אבל נר' דכוונת רמ"א כך דשם בתשובה חולק אע"ג דקי"ל שנים שלוו הם ע"ק הלואה שאני דיש להם בהלואה הנאה נכנסו בערבות אבל בפקדון מה הנאה אי' להו דנימא דנכנסו בערבות ולפ"ז בשואל דכל הנאה שלו ג"כ בערבות כמו הלואה דמ"ש מלוה ומ"ש שואל הא כל הנאה שלו ומודה רמ"א בשואלים דהם ע"ק וא"כ מפרש רמ"א שקבלו פקדון והתנו להיות דינם כשואל וזהו מאמרו כדתנן מתנה ש"ח להיות כשואל. ומעתה לא קשה פלפול הרמב"ן מהך דשותפים ששאלו כי בשואל מודה רמ"א ולא נחלק רק בפקדון וש"ש דאין כל הנאה שלו אבל שואל שוה למלוה. וזהו מה שנ"ל להליץ בעד רמ"א אבל מ"מ מסתימת כל הפוסקים וכן רמ"א גופיה שהביא כאן סתם לא משמע כדבריו בתשובה והעיקר ראי' מהך דכל המפקיד על דעת אשתו וכו' כהנ"ל נר' לפמ"ש באס"ז דלכך שומר שמס' לשומר פטור היכי דלא מצי לטעון איהו לא מהימן לי בשבועה דאמר הרי לך גברא בחריקאי בעל דעת כמוני ודינך בהדיה ומה לי ולך הרי לך שומר השני ע"ש בשם רשב"א בדף ל"ו וא"כ בשלמא בשנים שקבלו פקדון לא מ"ל אוקי גברא בחריקאי דשנים היו שומרים מתחלה ושנים קבלו השמירה ושניהם נתחייבו באחריות זה בעד זה ומה שייך אוקי גברא בחריקאי אבל בכל המפקיד על אשתו אלו לא מסרם לאשתו וקרהו אסון אצלו וכי נתחייב אשתו באחריותו או אם אין לבעל לשלם שתשלם אשתו מן כתובתה ונ"מ שלה הא לא קבלה שמירה כלל ואינה שומר כלל וא"כ כשהוא הבעל מוסר לאשתו ונכנסה אשתו בחיוב שמירה וחייב באחריות כדין שומר א"כ יכול לומר הבעל העמדתי לך גברא בחריקאי בן דעת דמ"ש מקדם הייתי שומר ולא היא ועכשיו היא ולא אני ואם הוא עשיר והיא עניה לית לן ביה דהרי היא בת דעת כ"ש רשב"א שם דטוען הרי לך שומר כמוני ואת מהימנת לי בשבועה לא שייך דכל המפקיד וכו' משא"כ בשנים שקבלו שמירה דהם תיכף שניהם שומרים בע"ק איך יסלק שמירה להניח חיוב להשני בלבד ואין לך גרוע משמירה יותר מזו ומה שייך גברא בחריקאי מה שהיה מתחלה שניהם בערבות ודבר זו אף לשיטת רמ"א צ"ל דהא ודאי בשנים שקבלו שמירה חייב כל אחד חלקו כמו במסר שורו לה' בני אדם דאף דאמרינן לא קעביד מידי פי' התו' ורשב"א דחייב חלקו ואלו בשומר שמסר לשומר מיפטר הראשון לגמרי אפילו חלקו א"צ לשלם ועכצ"ל לחלק כמ"ש ולכן אין לרמ"א ראיה ועיין באסיפת זקנים שהביא דעת המאברים

דס"ל דפקדון הואיל ולית הנאה לשום שומר הרי זה קבלן משא"כ בשואל אינו רק ערב ע"ש והדבר מבואר דלא כרמ"א וכמ"ש הש"ך:

ב **בין** בע"פ הש"ך וג"ת השיגו בזה על המחבר ודעתם דוקא בשטר ולבסוף הסכי' הש"ך אם ניכר מתוך הלואה שהיה הלואה לשנים אפילו בע"פ נמי וכן נכון דמ"ש דהא בירושלמי יליף כמו דאמרינן וכחש בעמיתו דאם שנים הלוו לאחד וכפר באחד מהן דהוי כפירת דברים משום דאין לו לפרוע לשותף אחד בלתי חבירו ה"ה בשנים שלוו אחד מתחייב בעד חבירו ואלו בשנים שהלוו ע"כ בלי שטר איירי דבשטר ליכא חיוב שבועה כלל כמבואר בגמרא וא"כ ה"ה להיפוך נמי דמ"ש דהא זה נלמוד מזה וכ"מ בתשובת הרא"ש כלל ע"ג סימן י"ג להדיא דאפי' בע"פ נמי ומ"ש הג"ת אב ובן שאני הוא דבר שאין בו ממש לחלק בנושאים מה שלא מצינו רמז בשום דוכתא ולכן ברור דתלי' הכל אם ניכר שקבלו ביחד ולא זה לוה החצי בפ"ע וזה החצי אבל אם קבלו בשותפות מ"ש ע"פ ומ"ש בכתב וכך מורה לשון שקבלו ביחד:

ג **אבל** אם יש לו נכסי' וכו' מהרי"ק בתשובה סימן ק"ך וסי' קפ"ג דעתו דאף הרמב"ם דס"ל ערבים היינו בשלא קבלו כל המעות יחד ואף שלוו כאחד מ"מ זה נטל חמשים ואין זה נוטל ברווח של השני ולא זה בשל זה אבל כשנו"נ בו בשותפות א"כ הרי כל א' מקבל תועלת מכל המעות א"כ פשיטא דהוא לוה על כל המעות דהרי מקבל רווח מכל המעות והרי יכול לגבות מאיזה שירצה והב"י השיב עליו והמבי"ט וכן יותר חכמי ספרדים כמ"ש הכה"ג מסכימים למהרי"ק. איברא דקשה לי הא הרמב"ן הביא ראיה מהך דהשותפים ששאלו ושלם א' מהן וכן שותפים ששאלו ונשאל א' מהן דאין מחויב רק לשלם פלגא והא התם בשואל כל הנאה מחפץ המושאל לשניהם ביחד ושניהם מקבלים תועלת מכל חפץ כמו בהלואה מכל הלואה ומ"מ אין רק ערב ושוב מצאתי לקושי' זו במהרי"ט חלק ח"מ סימן ק"ו ע"ש ולא תי' כלום ומה שנ"ל הוא דגם בהרא"ש ב"מ פ' המפקיד שותפין ששאלו ושילם א' מהן פירש"י ששילם חצי דמים שעליו כו' וכתב הרא"ש ולא בעי רש"י לומר שאם לא ירצה האחר לשלם או לישבע דיפטור זה דהא אמרינן כו' אחראין וערבאין זה לזה אלא ודאי חייב לשלם חלק שותף האחר אם לא ירצה לשלם או לישבע מיהו כיון ששילם מיד המוטל עליו וחבירו שמא גם הוא ירצה לשלם מקני ליה לאלתר כפילא והרא"ש ס"ל דרצה מזה גובה כולו ואיך כתב דלא מוטל עליו רק פלגא ואף דנדחק בזה כמ"ש המע"מ שם מ"מ קשה לי כיון דרצה תובע אותו בכל החפץ א"כ איך יכול השני לישבע הוא אומר אין לי עסק עם השני רק עמך או שלם כולו או תשבע והא הוא לא רצה לישבע ואיך יפסיד בשבועה של השני

החצי הוא אומר את בע"ד דידי. ולכן נראה לומר דהוא הדבר שכתבתי בס"ק א' דלכך לא דמי לשומר שמסר לשומר דאם יש לשומר השני לפרוע לכ"ע דין בעל החפץ עם שומר השני משום דשם מתחלה לא נתחייב רק שומר ראשון ולא שני ואח"כ כשמסרו לשומר השני נתחייב שומר שני בחריקאו של ראשון ונכנס שני ויצא ראשון דה"ל גברא בחריקאי אבל כשקיבלו מתחלה שנים השמירה תיכף נתחייבו שניהם ונכנסו בערבות ובמה יפטור הראשון מחיובו וערבתו וזהו נכון וברור אך זהו להתחייב בערבות אבל אם זה רוצה לתבוע לאחד לגמרי ויאמר את בע"ד שלי ולך מסרתי חפץ החזירו לי אם כן יאמר בממ"נ אם אתה מחזיק אותי לבע"ד שלך לו יהיה כן ואני קבלתי לבדי החפץ מ"מ הא מסרתי לשומר אחר בר דעת ולא מהימנא לי בשבועה לא מצית אמרת דהא מסרה לו כידוע לי בשלמא בערבות אתי שפיר כי כך קבלנו יחד שמירה אבל להיות כ"א בעל דבר שלך א"כ בממ"נ הוי כשומר שמסר לשומר ולכך מודה הרא"ש בכה"ג לכ"ע אינו יכול לתבוע ממנו כל החפץ ולומר לא איכפת לי בשבועת חבירך וגם על מהרי"ק לא קשה דמהרי"ק ס"ל כשיטת הרמב"ם לחלק בין הלואה דשם לא שייך שומר שמסר לשומר לשאלה דשייך שומר שמסר וכו' וזה נ"ל ברור בדברי הרא"ש ומהרי"ק ול"ק מהך דשאלה כי שם מודה המהרי"ק דאף דמקבל מכל החפץ תועלתו לא יהיה אלא שומר שמסר לשומר ובזה יש אפשר לישב דברי הרא"ש מ"ש בשם הרמב"ן בפ' שבועת הפקדון דס"ל דיכול לגבות כולו ממי שירצה דמצאנו היפוכו גבי הך שותפים ששאלו וכמ"ש בבעה"ת ובנ"י דלפמ"ש ס"ל להרא"ש דלא אמר הרמב"ן רק בשואל אבל לא במלוה אף דהביא דברי הרמב"ם גבי הלואה לא עשהו אלא סמוכין לדבריו דמיניה נלמוד כ"ש לשואל אבל הרמב"ן גופי' ס"ל רק בשואל ולא במלוה. שוב ראיתי בנ"י פ' המפקיד וביותר באסיפת זקנים בשם רשב"א לחלק בהא דשנים ערבים דיכול לתבוע אי זה שירצה ולא בשנים שלוו דלא הוי רק ערבים ונתן טעם דשם הלואה אחת אבל בשנים שלוו כל א' נוטל מחצה ומוציא לעצמו וכן בשאלה ששאל להם כל אחד משתמש לעצמו והדברים מבוארים ממש כמ"ש מהרי"ק דאם מוציאים הכל בשותפות דהם קבלנים ולא קשיא מהשאיל להם פרה דג"כ מיירי באופן זה כמ"ש רשב"א איברא דרשב"א גופי' עמד שם במפקיד לשנים דשם לא שייך זה ובאמת דעתו נוטה שם בפקדון כל אחד קבלו ולא כן דעת הפוסקים וצריך לומר לחלק מטעם שומר שמסר לשומר ועכ"פ מצינו למהרי"ק חבר הרשב"א ז"ל:

ד **חוזר** וגובה מחבירו חלקו הרב הש"ך השיג דלפי דקי"ל דלא הוי רק כערב ולקמן בסימן ק"ל כתב המחבר שני דיעות באם א"ל ערבני ולא א"ל ישלם אי מחויב הלוה

לשלם לערב די"א דהוי בכלל פורע חוב של חבירו שלא מדעתו א"כ אף בזו אין לו לפרוע ומדברי הראב"ד אין ראיה דהוא ס"ל לקמן סי' ק"ל אף בערב חייב לשלם ומכ"ש שאין ראיה מדברי הרא"ש דה"ל קבלן ויפה תמה אלא שבדברי הר"ם במרדכי פ' מי שהיה נשוי משמע דס"ל דאין חייב לשלם רק כשאין לשותף הא יש לו אין מחויב לשלם רק החצי שלו ש"מ דס"ל דלא הוי רק ערב ומ"מ ס"ל דאי פרע חייב השני לשלם לו חלקו והטעם מבואר שם דדרך שותפים לפרוע בשביל חבריהם וחוזרים ונפרעים מהם ע"ש דהביא ראיה מגמ' דב"ק פ' הגוזל האי מאן דקאי בי דרי כו' וא"כ כיון דדרך כך מתחלה כשקבלו הלואה ביחד אדעתא דדרך שותפין קבלו וה"ל כאומר לו ערבני ושלם דחייב לשלם לכ"ע ולק"מ: ואם אמרינן בס"ס מוציאין מיד המוחזק אפי' בשמא ושמא בלא"ה לא ק"מ דהא הוי ס"ס דלמא הלכה כמ"ד דהוי קבלנות זה לזה ואת"ל ערבים דלמא הלכה אף בערב צריך לפרוע השני ולא הוי פורע חובו של חבירו ובפרט דגם בזה אי פורע חובו של חבירו יש מחלוקות רבות ועיין מש"ל בקונטרס התפיסות:

ה **רק** שהשותף מודה כו' ברור אם זה השותף תובע אותו לויתי ממון ונתתי לתוך שותפות והוא מודה פשיטא דצריך ליתן חלקו דמ"ש דלוה ומ"ש נתן מעות שלו ואם הטילו לכיס זה מנה וזה מאתים וכי אין גובה ראשון מתוך שותפות מנה שלו שהיה יותר ואח"כ חולקים בשוה הלא אין זה צריך לפנים ומ"ש דלוה מאחר ונתנו לתוך שותפות ועיין לקמן סימן צ"ג סי"ב ולקמן בהלכות שותפות אפילו אם גנב או גזל ונתרצה למעשיו חייב לשלם חלקו מכ"ש זה שלוה והודה שבא לתוך שותפות וכיון דזה חייב לשלם לו אם כן אף המלוה שלו יכול לתובעו מדר"ן וא"ל הא דנחלק הרא"ש עם הרמב"ם מיירי דכלה כל ממון שותפות ואם כן אף דזה הטיל יותר מהשני אינו משתעבד לשלם מביתו כדלקמן סימן קע"ו סעיף וי"ו רק לרמב"ם הרי הוא מחויב לשלם לראשון כי הוא לוה שלו משא"כ להרא"ש דמהא דכתב דאם יש ממון וכו' לא משמע בזה אופן וגם אם לקח בהקפה אפשר לכ"ע חייב לשלם מביתו כמש"ל באריכות:

ולכן היה נראה דבזה היו מחולקים אם השני חייב לשלם כל החוב אם אין לראשון דבר דלהרמב"ם דכתב דדינו כשנים שלוו מאחד א"כ הרי השני ערב בעד זה ואי ל"ל לפרוע משלם השני הכל דהם ערבים אבל להרא"ש לא נעשה ערב דאין הוא הלוה ואינו משלם רק חלקו המגיע עליו בשותפות א"כ י"ל דזהו הפי' של הרמ"א לחלק בין נתברר בעדים למודה דפי' של נתברר בעדים אז בעת שלוה ולא אחר כך א"כ י"ל דגם הרא"ש מודה דה"ל כשלוחו רק מה בכך הא ערב אפי' בשעת מ"מ לא משתעבד רק מטעם בהאי הנאה דמהימן ליה משתעבד נפשיה וזה אינו לגבי זה דהא לא ידע שזה מלוה לצורך

שותפות ואף דאמר לו אולי משקר ומנין ידע דנכנס חבירו בשעבודו דנימא דמהימן ליה וא"כ אף דמודה מ"מ אם הוא לא ידע אין כאן ערבות משא"כ כשנתברר בעדים אז דהוא לצורך שותפות א"כ שפיר שייך בהאי הנאה כו' וא"ש. זהו מה שנ"ל להליץ בעד הרמ"א לחלק בין בירור בעדים להודאת פיו אבל באמת לדינא יפה כתב הש"ך דרוב מחברים השיגו דהרא"ש לעולם ס"ל דלא משתעבד אם לא דמעידים או דמודה דהיה בשליחותו ומה שהקשיתי יחייב מדר"ן י"ל בדאית ליה ללוה הראשון נכסי רק הוא גברא אלמא ולהרמב"ם יכול לתבוע להשני כי הוא ג"כ לוה אבל להרא"ש יאמר השני לאו בעל דברים דידי את ומדר"ן לא שייך דאית ליה נכסי ואם יבא הוא ויתבעני אשלם לו או שהוא הראשון חייב לשני ממקום אחר א"כ אין השני חייב לראשון דמחזיקו בחובו וא"כ להרא"ש פטור לגמרי ולרמב"ם הוא ב"ח של ראשון. ובזה מיושב מה שתמה בגי"ת שער מ"ד מכמה תשובות הרא"ש דמשמע דמתחייב שותף השני דלפמ"ש פשיטא דאם תובע הראשון לשני דחייב לשלם ומינה דחייב מדר"ן ומ"מ מש"ל בישוב רמ"א נר' לדינא צ"ע דאם מודה דעשהו שליחו להלוות רק המלוה לא ידע אי יתחייב על חלק חבירו בערבות דהא לא שייך בהאי הנאה דמהימן ליה ודוק:

ו **אין** עדותו כו' הקשה הב"ח בממ"נ אם יש לזה שהודה נכסים כדי כל חוב מה נ"מ יגבה המלוה ממנו ומה ס"ד שיטיל שבועה ואי לית ליה למה אין זוקקו לשבועה הא אין נוגע בעדות כיון דל"ל ולשמא יתעשר לא חיישינן כדלעיל סימן ל"ז ומכח זה דחה דין זה דשם דאף נגיעה בשביל שיתעשר ה"ל נוגע והש"ך תי' דמיירי דאי' ליה נכסים רק הם במד"ה או זבורית ולהשני נכסים כאן ובינונית ולא הבנתי שיחתם כלל דהכא מיירי דידוע שזה לוה מראובן מנה רק הוא אומר שגם השני היה אתו בשותפות להלואה וא"כ מה בכך דלית ליה נכסים מ"מ ניחא ליה דלא יהיה לוה רשע ולא ישלם כי החצי שני ל"ל ואם לא יפרע השני יהיה עליו לוה רשע וכו' וכן אמרו בגמרא דב"ב להדיא דבשביל כך נוגע בעדות ולק"מ:

ז **מעידים** זה על זה כתב מהרש"ל בב"ק שלשה שהיו מלוים לאחד ורואים שרוצה לכפור ועשו תחבולה והיה אחד תובע ושנים עדים והוציאו הממון ועכשיו מודים שכל שלשה היו המלוים חייבים להחזיר הממון ואע"ג דאי' להו מגו ה"ל מ"מ מגו במקום עדים וגם איתרע חזקתם שעשו פיסול עכ"ל והש"ך בס"ק ט"ו כ' ואין דבריו נ"ל: והאמת אתו דדברי מהרש"ל תמוהין דמה מגו במקום עדים יש כאן וכי יודעים אנו שמשקרים אנו אומרי' שהם נוגעים ולית להו תורת עדות אבל אם יש להו מגו מי יגרע כח מגו שלהם ואפי' מגו דבי תרי לא שייך כאן דאין א' צריך לאמירת חבירו ומגו דשתק וגם

בדבר הנאת ממון להם אמרינן מגו דבי תרי ואי דאיתרע חזקתם דעשו שלא כהוגן דיש בו מדבר שקר תרחק אין זה יותר פיסול מחטיפה דנסכא דר"א דהעלו הפוסקים אי א"ל מגו דהיה מחזירו נאמן וכן חובל כלי אוכל נפש ובגד אלמנה ועובר חרם קדמונים מ"מ לא הפסיד מגו שלו ומכ"ש בזה:

ח **אינו** מחול אלא החצי קשה לי דדין זה הוא דברי ב"י דס"ל דמה שכתב הרא"ש דהכל מחול במחל לא' מן השותפים הוא לשיטתו דס"ל שותפים שלוו המה קבלנים אבל אה אין אלא ערבאים כמ"ש המחבר אין נמחל אלא חלקו וגובה חלק השני משותף השני ולא הבנתי הא כל חייליה דרא"ש מהא דתני' שותפים שמחלו להם מחל לאמצע ואם אמרו בשביל פלוני מחלנו מה שמחלו מחלו לו פי' ר"ש הבדל בין רישא לסיפא דאם ע"י פיוס מחל לאמצע ובלי פיוס מחל לו לבד ומזה למד הרא"ש דינו וכתב כי יש חילוק בין פיום לאינו פיוס היינו במוחל קצתו כנר' מהך ברייתא דמיירי דמוחל קצתו אבל במוחל כולו אפי' שלא ע"י פיוס לכולם מחל כמ"ש הרא"ש דרגלים לדבר דלהכל מחל וכן העלה הסמ"ע והש"ך וכן משמע בד"מ שלפנינו בטור דפוס ברלין והש"ך הבי' בשם ד"מ ונוסח אחרת היה לו ע"ז וע"ז קאי הדין דרמ"א לחלק בין קבלן לערב ועם כל זה לא הבנתי בשנים לוים סתמה דאינם אלא ערבים ולא הוה מחילה רק בחלקו שהוא בחצי א"כ למה ישלם השני כל החצי הא בפיוס מחול לאמצע והרא"ש כתב להדיא שם בכלל ע"ג סימן יו"ד דאין דרך למחול בלי פיוס הלכך תלינן שבפיוס מחל והוי מחילה לשניהם ואיך כתב הרמ"א סתם דהשני ישלם החצי אדרבא מסתם המחילה לאמצע וזה ישלם רביע וזה רביע אם לא שנודע בבירור שהיה שלא ע"י פיוס וקושי' זו לא לבד ברמ"א אף גם בדברי הרא"ש כלל הנ"ל סימן י"ב בראובן שיש לו שטר על חמשה והמה קבלנים זה בזה ויש לשנים שטר מחילה ופסק הרא"ש דשלשה הנשארים ישלמו שלשה חלקים הנשארים וכן כתב להדיא בדין י"א דהורידו לחלק קרקע השייך לשלשה הנותרים ופי' הרב ראנ"ח וכן הש"ך דלכך לא אמרינן דמחל לכולם אף דהיה מחילה בכלל החוב משום דחזינן דנחית למנין ומחל לשנים ואילו דעתו למחול כל הקבלנים שנים ל"ל. וזהו נכון אבל עדיין קשה חלקים שנים שמחל לאלו השנים יהיה לאמצע ויזכו כולם בו דהא סתמא נעשה ע"י פיוס וכולם זכו בו כמו שכתב הרא"ש ומ"ש ממס שאם מחל לא' חלקו דהוא שייך לכל בני העיר כדלקמן סימן קע"ח ודוחק לומר דמהך תשובה י"ב וי"א למדו דלאחר שנחת הרא"ש לחלק בין מחל כולו למחל מקצתו חזר הרא"ש מהך סברא דנימא סתמא דמחילה היה ע"י פיוס וזהו דוחק ובאמת בתשובת הרא"ש י"ל כך קצת כמ"ש הם ז"ל דהוא דרך המשל הלוה ק' זהובים לחמשה ומחל לשנים אלו דעתו לאמצע מה

לו למחול לשנים חלקים שהוא ארבעים זהובים הלא הם הקבלנים וכל אחד חייב על כל הסך ימחול לא' ארבעים ויהיה ג"כ לאמצע ומה לו כ"כ מחילה וליחות למנין למחול לשנים אלא ודאי כוונתו לפטור אותן מכל ולא זולתם ולכך פטר לאלו השניה כי אלו פטר לאחד לא היה השני נפטר כלל וא"ש: ולכן בדברי הרמ"א צ"ע כי לדינא נר' לכאורה דאם לא נודע דלא היה דרך פיוס רק סתמא אמרי' דהיה דרך פיוס למחול לאמצע. ואולי י"ל דס"ל לחלק בשלמא אי שנים שלוו הם קבלנים בכל החוב והיינו משום דאמרי' ראובן שלוחו של שמעון ולכך שמעון חייב בכל וכן להיפוך שמעון שלוחו של ראובן ולפ"ז דהם שלוחים אף בפיוס כן אמרו שליח' דחבריה קעביד כמ"ש הרא"ש בתשובה ובפסקיו בב"ק אבל אם אינם קבלנים רק כל אחד נתחיי' בעד החצי רק ערב בעד החצי הנשאר א"כ ל"ל שליח קעביד דא"כ אף בכל החו' ישתעבד תיכף דשלוחו של אדם כמותו ואם לאו שליחתו קעביד אף בפיוס לא אמרי' כן וא"כ כשמחל לעצמו מחל דכמו דלא נעשה שלוחו בשעת החיוב אף בעת פיוסו לא נעשה שלוחו וא"כ בתוספתא דקתני דע"י פיוס מחל לאמצע שם קתני שמחל מכס ומכס היינו מס ובמס לכ"ע הוי כקבלנים זה בזה ולכך מהני פיוס אבל בשאר הלואה לפי דקי"ל דלא הוי רק ערבים אף בפיוס לא מחל רק לו לבד ולא לשני ואולי לזה כיון רבינו הגדול הב"י דכתב דנר' מדברי הרא"ש היכי דלא מחל כולו אפי' ע"י פיוס לא אמרי' דמחל לאמצע ותמהו עליו דאדרבא ברייתא דשותפים מוקי הרא"ש במחל קצת ומ"מ תנן מחל לאמצע דלפמ"ש ניחא דקאמר דמדבריו למדנו הואיל וקאמר לכך הוי לאמצע הואיל ושליח' קעביד לדידן דקי"ל דלא הוי רק ערב אם לא אמר בפי' שמחל כל שטר רק שמחל לזה חלקו דהוי כמחל קצת דהא לא מחל אלא החצי לא אמרי' לאמצע מחל דליכא שליח ואפילו פיוס לא מהני ומברייתא אין ראיה דשם הם קבלנים זה לזה מה שאין כן לדידן וא"ש ולא הוי רבינו כטועה כולי האי וצ"ע לדינא. זאת ועוד אחרת מה שסת' רמ"א בקבלנים הוו מחילה לאמצע ונשען על תשובת הרא"ש הנ"ל והרא"ש כל חיליה מהך דשותפים מחל לאמצע ומזה יליף דמחל כל החוב מסתמא לאמצע מחל וזהו דהרא"ש אזיל לשיטתו דפסק כרבינו שמחה ולא כהר"ם רבו דיש חילוק בין מחל סתם למחל בפי' והזכיר שמו שלו מחל וכמ"ש בש"ע לקמן בסימן קע"ה אבל לדעת מהר"ם ליתא להך דינא דהא סבירא ליה למוחל בפי' לא אמרי' מוחל לאמצע ואם כן לקמן בסימן קס"ג ס"ו בהגה הביא רמ"א ב' דעות דאם פטר המלך לאחד ממס אי מחויב לתת חלקו לקהל והביא רמ"א דעת מהר"ם דפטור הואיל דפטרו בפי' וכן דעת מהרי"ו ומהר"ם מריזבור"ג כמ"ש הד"מ לקמן בסי' קס"ב וכן נר' מהמרדכי בפ' הגוזל בתרא שדעת ר' אביגדור כהן כמהר"ם ז"ל ואם כן יש כאן ב' דיעות ואם כן אי תפס

המלוה אף דהם קבלני' זה בזה מכל מקום יכול לומר הואיל ומחלתי בפי' לו לו לבדו מחלתי ולא לכם ויכול לומר קים לי כמהר"ם וסייעתו ודוחק לומר אף למהר"ם וסייעתו במחל כל החוב אמרי' לאמצע מחל מטעם שכתב הרא"ש דל"ל מחילה הא בלא"ה יכול לתובעו מי שירצה דזה ודאי ברור דלא על זה לבד סמך הרא"ש רק בצירוף הך מילתא דתוספתא דקתני לאמצע מחול רק שם בעינן דוקא פיוס ולזה כתב דכאן רגלים לדבר דמחל לאמצע כמ"ש אבל לדעת מהר"ם דאפי' פיוס לא מהני קשה לומר דעל סברא זו גרידא נסמוך דאל"כ מה לו להרא"ש כל החרדה להביא דעת הרבינו שמחה בפי' תוספת' דע"י פיוס לאמצ' דכיון דלא תלי' בזה כלל ועוד אם כן בשנים שערבו נמי נימא אי מחל לא מחל לשני ועכצ"ל כמ"ש הש"ך דבשביל סברא זו דל"ל מחילה הא בלא"ה יכול לתבוע השני גרידא לא פטרינן השני ותדע מהקושיא לא אמרי' רק כאן הואיל בלא"ה איכא למימר דהוי לאמצע ואם כן לדעת מהר"ם קשה לומר דמחל לכולם וצ"ע ועכ"פ אם הם קבלני' ולא מחל כל החוב לא' רק מקצתו אפי' ע"י פיוס אי מחל לאמצע או לו לבד ספיקא דרבוותא היא ואי תפס לא מפקינן מיניה ועיין מש"ל בסימן קס"ג וסי' קע"ה:

ט **אפי'** שניהם כתובים בשטר א' וכו' והרב הש"ך בס"ק י"ט פקפק על זה דדוקא דאותו שלא נכתב שטר על שמו מחל בזו אמרי' דלכך לא הרשהו אבל זהו שנכתב על שמו למה לא ימחול הלא דרך השותפין לעשות במה שירצו ע"ש ודבריו אינן מבוררים כל הצורך דמלבד כפי שנראה שם בתשובת רשב"א אינם שותפים בעסק מו"מ ביניהם רק בזה שכללו הלואה כאחד כמ"ש הרשב"א סי' אלף כ"ב וז"ל וכן אלו שהלוו לזה בשטר אחד הרי הם כשותפין וכאלו הרשו זה לזה לתבוע כל החוב כו' עכ"ל הרי דלא הם שותפ' במו"מ רק מחמת זה נעשו כשותפים ואם כן פשיטא כיון שאין עסק בלא"ה ביניהם רק מחמת זה שהיה השטר בשותפות והרשהו זה לזה לגבות חוב יפה כתב הרשב"א דאף דהרשוהו לגבות חוב ושליח שוויה אבל לא למחול חובו אף גם נראה אפילו בשותפין גמורים גם כן לא על זה נכרת ברית שותפות שיכול למחול בלי ידיעתו וראיה מדלקמן סי' צ"ג סעיף י"ד דאם שותף אמר דנפרע החוב דנאמן לפטור הלוה וצריך לשלם לשותפו חלקו אבל אם כתב בשטר שהוא ממין שותפות אפילו לפטור הלוה אינו נאמן ויכול השותף לתבוע מחציתו מהלוה וקשה למה הא נגד הלוה יש לו מגו דמחיל ואף דאמרינן דצריך לשלם חלקו מלבד דזה דוחק דבממ"נ אם מורשה למחול למה ישלם ואם אינו מורשה איך יכול למחול של חבירו מכל מקום הא אף במודה בפרעון צריך לשלם חלקו ואם כן לעולם יהיה נאמן נגד הלוה דפרוע הוא ומה הבדל אם כתב בו ממון שותפות או לא הלא נגד הלוה לעולם נאמן במגו דמחל ולשותפו לעולם צריך לשלם חלקו ובפרט

לפי דברי הש"ך לעיל בסי' ס"ה דסבירא ליה באומר שטר פרוע הוא אין לך מחילה גדולה מזו וא"צ למגו כלל דהיינו מחילה וכ"כ הנ"י ואם כן באומר פרוע היינו מחילה גמורה ולמה יהיה שותפו יכול לתבוע מהלוה ועיין לקמן סי' ק"ח ס"ח גם כן מבואר דאינו נאמן על חלק חבירו פרוע וקשה היינו מחילה ועכצ"ל דא"י למחול ג"כ חלק שותפו וצ"ע על הש"ך איך העלים מזה לשיטתו דסבירא ליה דפרוע הוי כמחול:

י **אין** שומעין לו וכו' הרב הש"ך בס"ק כ"ה נמשך אחר דעת גי"ת דהקשה ג"כ קושי' הסמ"ע דהא אמרינן לקמן סי' קכ"ב וקע"ו דיכול שותף לדון על חלקו אף דליתא שותפו במתא ולא נראה לו תי' הסמ"ע לחלק בין לדון ובין ליתן לו מעות ולכן מחלקים דכי ידע כמה מגיע לו בשותפות לחלקו צריך ליתן לו חלקו והא דאמרינן בירושלמי אין שומעין לו היינו שאין ידוע חלקו ודבריהם לא משמע כן ברמב"ן ורא"ש חדא דלמה לנו קרא וכחש בעמיתו פשיטא דהא לא ידע כמה יתן וכמה חלקו ואי דה"א דה"ל שלוחו ויכול לתבוע הכל כמו שהוא באמת דעת הראב"ד אם כן הוה ליה למימר לזה אתיא קרא שאין יכול לתבוע הכל ולא דלא נתחייב בחלקו דהא חלקו אינו מבורר רק הל"ל דאם תבע הכל והוא כופר אין כאן שבועה דלאו שלוחו דשותפות הוא אבל מה זה שכתבו דלא אמרינן לכל אחד נתחייב בחלקו לא אתי שפיר כיון דאין כאן בירור מה היא חלקו ועוד א"כ מנלן לירושלמי למילף היפוכו דכשם שנים שנתנו פקדון אין צריך ליתן לא' ה"ה בשנים שקבלו פקדון הם ערבים דהא התם טעמא אחריני איכא שלא נודע כמה חלקו ולא אמרי' דשליחא דחבריה הוא אבל באמת אם ידוע חלקו חייב ליתן אם כן הרי אין כאן טעם דהואיל דבאו כאחד כאיש אחד דיינינן ליה ואדרבא נקיש להיפך בידוע כמה מגיע לזה ולזה נותנים לכל אחד חלקו וא"כ ה"ה בשנים שקבלו פקדון או לוו הרי מבואר חלקם דלכל א' החצי א"כ אף הם לא יהיה באחריות חצי של שני וממקום שבאתה כן תקיש לגמרי אלא ברור דליתא ולא הבנתי מ"ש הש"ך דדברי בעה"ת מסוף שער מ"ד סותרים לדבריו שבריש השער כי לא יש בהם סתירה דשם בסוף השער כתב בדאיתא במתא צריך ליתן וריש השער מיירי דליתא במתא ואין נותנים לזה לבד עד שיבא שותפו ומ"מ נראה לדינא דאם שותפו הלך למד"ה דיכול למפלג בב"ד וב"ד יכופו ליתן לו חלקו ולא יהיה גרע מנפרעים ממנו שלא בפניו כדי שלא יהיה הולך למד"ה ואף זהו כמוהו דמ"ש אבל אם שכיח ומצוי וקרוב לבא ודאי דאין לו ליתן זהו מה שכתבתי לדעת הטור ומחבר דנמשכו אחרי דעת הרמב"ן והרא"ש:

אך באמת לא ידעתי למה נמשך המחבר אחרי דעתם מבלי הזכרת החולקים כלל דהא הרשב"א הסכים לדברי הראב"ד דאדרבא דיכול לתבוע שיתן לו כל הפקדון דשליח שויה

וכל ראית הרמב"ן מירושלמי וכחש בעמיתו פרט למכחיש אחד משותפין והבעה"ת פי' פי' אחר שאם תבעו שנים והוא מכחיש שאינו שייך רק לאחד ונשבע עליו דפטור מקרבן שבועת פקדון דאינו ממון דחבירו יתן לו מ"מ חלקו ומכל מקום יליף מיניה כמו דליכא קפידא אי פרע לחד ולא מצי לומר אידך לא ניחא לי דאיתפרע שלי לחבירי ה"ה בשנים שלוו כאחד הם ערבי' זה בזה ולפי' הזה אין כאן שום ראיה דיכול לעכב חלקו של זה בשביל שותפו כלל והרמב"ם דפסק בהל' שבועות פ"ח הלכה י"ב מי שהיה חייב לשני שותפים ותובעהו אחד מהן וכפר בו ונשבע חייב דהרי כפר בממון תבעוהו שניהם ואמר לא לויתי אלא מאחד ונשבע פטור משבועת פקדון א"כ מוכח דלא ס"ל כפי' הרמב"ן בירושלמי דלפירושו בתבעו א' אין כאן שבועת הפקדון וע"כ דס"ל כבעה"ת בפי' וס"ל דחלקו של שותף התובע מחויב ליתן ולכך ה"ל שבועת פקדון דה"ל תביעת ממון וא"כ כיון דרמב"ם ס"ל כן ג"כ הרי הרמב"ם וראב"ד ורשב"א ובעה"ת בשם מ"כ בדיעה אחת א"כ הרי זה פלוגתא דרבוותא ויש להתיישב בדין זה:

יא **וה"ה** אם שניהם כתובים בשטר וכו' דין זה צל"ע כי מקורו מתשובת הרשב"א ורשב"א נתן בתשובה טעם דהואיל דנכתבו בשטר אחד הוו כמו שותפין ע"ש וקשה לו יהיה דהם שותפין הלא שותפין גמורים ומוחלטים שהפקידו או הלוו לאחד א"י ליתן לאחד בלי חבירו ומה יתן ומה יוסיף דכתב בשטר אחד ואם נאמר דיש הבדל בין בע"פ לבשטר א"כ לפ"ז בירושלמי דיליף ומקיש מהדדי אם אין צריך ליתן לשותף אחד בלתי חבירו ה"ה להיפך שנים שלוו אחראין זה לזה ולפ"ז בשטר דנימא דצריך לשלם לאחד בלתי חבירו ה"ה שנים שלוו בשטר אינם אחראין וזה אינו דבשטר יותר מסתבר לומר דהם אחראין מן בע"פ כמבואר בירושלמי להדיא בשטר ועיין ש"ך סק"ב ולכן ברור דרשב"א לשיטתו דס"ל דעת הראב"ד דשותפין שהפקידו כל אחד יכול לתבוע כל הפקדון וא"כ כשהם בשטר אחד יפה כתב הרשב"א דה"ל כשותפין וכל אחד יכול לתבוע אבל לפי דלא קי"ל כרשב"א רק כרמב"ן ורא"ש סוף דין זה ליתא וצע"ג על הרמ"א:

יב **אלא** שלא יגבה כל אחד המחצה צ"ע כי זה אינו ברור וי"ל דהכוונה היה דווקא ביחד ויד בעל השטר על התחתונה רק בתשובת הריב"ש שם סי' תפ"א פי' הענין דבתוך השטר הנ"ל היה נזכר שיש להאשה משעבוד כתובה עליו ומזה הוכיח הריב"ש דל"ל דכוונה כך דא"כ א"א לגבות כתובה ממנו דאם יגרשנה לא יסכים ואם ימות אינו להסכים וע"כ דכוונה לפי' השני שלא תגבה היא לבד החצי והוא לבד החצי וכן בא"ע סימן ק"ב ס"ו בהגה משמע כן אבל כאן שהשמיט הך דכתב לה אחריות כתובה עליו א"כ ודאי דאין להחליט הפי' כמ"ש רמ"א ויד בעל השטר על התחתונה אמנם בריב"ש שם כתב עוד

דאפי' נימא דכוונה שיהיו שניהם יחד מסכימים לגבות החוב והמתנה כיון דאין בידו לפרוע כתובה רק ממתנה הזה והיא באה בכחו ומסכמת וה"ל כאלו הוא מסכים דלאו כל כמיניה שלא להסכים ולהפקיע שעבודה ע"ש וה"ל לרמ"א לכתוב טעם זה כי ידוע כי יש נ"מ טובי בין הטעמים הללו ביש מקום לגביית כתובה ממקום אחר אם תזכה בחצי שלה או יורשים וצ"ע:

סימן עח

א **אינו** נאמן דחזקה וכו' וכתב הסמ"ע דה"מ כשתובע טוען ברי דלא נפרעתי אבל לא בטוען שמא והש"ך כתב דלא ברירא לי הך דינא במרדכי ומספקא ליה ולא סמך על הך טעמא לחוד כי אם בצירוף טעמים אחרים וכן משמע מתשובת הרא"ש בטו' סי' ע"א אות כ"א דאף ביורשים י"ל חזקה הנ"ל ואמת דיבר רק הכל ביורשים דאינם יודעים אם פרע לאביהן א"כ אין השמא גרוע כלל דלא ה"ל למדע אם פרע לאביהן וטענינן ליתמי כל מה דהוה אביהן מצי למטען ולא נגרע כח החזקה דאין אדם פורע ת"ז אבל אם תובע גופיה טוען א"י אם פרע והיא ה"ל לידע ומידק פשיטא דשמא כזו מגרע חזקה הנ"ל כמו אם נאבד דאפי' תוך זמן לא יחזיר כמבואר לעיל משום דאיתרע ומכ"ש ריעותא כזו דא"י אם קיבל פרעון וליתא לחזקה כלל ומזו אירי הסמ"ע ולק"מ וגבי יורשים לכאורה יש ראיה דלא איתרע החזקה דהא בגמ' מייתי ראיה דאין אדם פורע תוך זמנו מן עד שלשים יום בחזקת שלא נתן והא התם הכהן התובע טוען שמא כי איך אפשר לו לטעון ברי שלא נתן אולי נתנו לכהן א' בסוף עולם ע"י שליח וכדומה דהא איכא כהני טובי בעולם אלא דבהך שמא דלא ה"ל לכהן למיד' לא איתרע חזקה הנ"ל וה"ל כמו יורשים מיהו יש לדחות דבכה"ג דאפשר דלא יתחייב כלל ליתן אלים חזקה דאין אדם פורע ואפילו בשמא אמרי' ועיין מש"ל בזה אבל עכ"פ בכה"ג גבי שכירות דג"כ הוי סברא זו שמא יפול הבית כמ"ש התו' ליכא ספיקא ביורשים ועיין מש"ל בס"ק י"א די"ל דלכך לא איתרע הואיל גם הנתבע טוען שמא:

ב **ובלבד** שיש עדים כו' אם התנה שיהיה נאמן לומר שפרעו תוך זמנו ודאי מהני ולית ביה ספק אך במרדכי ריש ב"ב כתב בסופר שכתב לו קונטרסים אפילו בתוך זמנו נאמן לומר דפרעו במגו דהיה לי תנאי עמך שאף בתוך הזמן אהיה נאמן והוא איבעיא דלא אפשטא בגמ' וצ"ל לדבריו א"כ הך אין אדם פורע תוך זמנו נפל בבירא אך י"ל דמיירי דהלוהו בעדים וקבע לו זמן ולא התנה שוב א"נ לומר דהתנה אבל במרדכי מיירי שלא שכרו בעדים רק ידוע המלאכה שעשה אצלו וע"ז שפיר י"ל מגו וכ"כ הכה"ג נמי בסי'

צ"ז בהגהת ב"י או' כ"ז ע"ש ונראה דהתו' לא ס"ל כן דאף דמה שכתבו התו' בד"ה ובא דמילתא דר"י ור"ל לא איירי במלוה בעדים רק מודה בעדים אין כ"כ סתירה די"ל ג"כ כשהודה ה"ל להזכיר תנאי זו ומדלא הזכירו תו לא מהימן או אפשר לומר דלגבי מלוה מודה המרדכי דלא נאמן התנתי עמך דמהכ"ת יעשה כן המלוה ומה הנאה יש לו בהלואת מעותיו שקיבל זה התנאי להאמין ללוה ועבד לוה לאיש מלוה ולכך הוא מילתא דל"ש ולא מהימן משא"כ בשכיר דמקבל שכרו מבעה"ב ואליו נושא נפשו עד שקרוי עבד ויכול לחזור בו דלי בני ישראל עבדים א"כ שפיר י"ל דבעה"ב אדעתא דהכי השכירו שיהא נאמן אף בתוך זמן ולא אמרו רק בשכיר וכיוצא בו:

אמנם מדברי תו' שם ד"ה ואמר דהקשו הא דפריך הגמ' על מארבע אמות ולמעלה בחזקת שלא נתן אילימא לאחר זמנו אמאי לא אלא דא"ל פרעתיך בתוך זמנו אלמא לא אמרינן מגו וכתבו התו' דהמ"ל שתובעו בתוך או ביומא דמשל' זמנא וקשה מה בכך הא שם לא הלוהו בעדים רק אנן סהדי שבנה הכותל כמ"ש התו' שם להדיא בד"ה אילימא וכו' ואם כן יש לו מגו דהתנתי עמך כשהתחלת לבנו' שאהיה נאמן תוך זמנו וע"ת זה נתרצתי לסייעך בהגבהת הכותל ועדיין מוכח דלא אמרינן מגו וכאן גם כן דמי לשכיר די"ל זולת זה לא היה מתרצה לסייע הגבהת הכותל יותר מד"א ש"מ דלא סבירא ליה כן וכ"נ מסתימת כל מחברים:

ג **הוחזק** כפרן ובמרדכי נסתפק רבינו יקר בכך דדלמא הואיל וכפר בו וידע שאין נאמן לפיכך חזר ופרע ול"ל אטרוחי בכדי לב"ד אמנם מהר"ם מיפשט פשיטא ליה דהוחזק כפרן והרב הש"ך גם כן כתב דמסתבר כספיקיה של הרב רבינו יקר והנה הרז"ה בשמעת' דשכיר כפי מ"ש בהרז"ה וכפי מ"ש בס' אסיפת זקנים בשמו כתב דשכיר שהביא עדים שתבעו בזמנו ואמר פרעתי דשורת הדין שכיר נשבע ונוטל אזי אפי' עבר זמנו לעולם השכיר נשבע ונוטל דל"ל מגו דלאחר זמנו פרעו דהא אמר בזמנו פרעו וזהו מבואר כמהר"ם דלא מצי לטעון בשביל שידעתי שאינו נאמן חזרתי ופרעתי לך דאל"כ הא עדיין יש לו מגו ודוחק לומר דאף דאי טען כן נאמן מכל מקום מגו ליכא דהיא טענה חלושה לסתור דבריו דהא לפי הנ"ל אינו טענה גרועה וגם בשכיר הא אמרינן מגו כל דהוא כמ"ש הרא"ש ומחברים אך הרז"ה לשיטתו אזיל כנראה בפי' בגמרא וכי לעולם עד כדי יום התביעה ר"ל לעולם אם טען שפרע ביום תביעה ע"ש בפי' אך לא שוה לו שום מחבר בפירושו ואם כן יש כאן ראיה לכאורה להיפוך דבגמ' פריך ב"מ דף קי"ג ואם יש עדים שתבעו כל זמנו אף לאחר זמנו שכיר נשבע ונוטל ופריך הגמר' ולעולם לא פרע ליה ומשני הגמרא כנגד יום תביעה וקשה מה קושי' דלמא הפי' דיש עדים שתבעו

בזמנו ואמר פרעתי ובעה"ב אז טרוד ולא מהימן דפרע אז ואם כן שפיר י"ל דמשתבע לעולם דהא ל"ל דפרעו אח"כ כיון דאמר דפרעו בו ביום אם כן תו לא פרע וכן מבואר בירושלמי פרק כל הנשבעין דאר"מ תבעו וא"ל לא אמרתי לך מאותו היום נתתי לך נעשה כמו שהוא אתמול ונותנים לו שיעור אחר ע"ש הרי דאין נאמן השכיר לעולם אפי' דאמר פרעתי בזמנו וקשה למה ועכצ"ל משום מגו וכ"כ בס' אסיפת זקנים להדיא בשם הראב"ד דהשיג על רז"ה וסבירא ליה דנאמן במגו ולכך נותנים לו שיעור אחר אבל לא שיהיה השכיר לעולם משתבע ונוטל ויפה הקשה הגמ' לעולם ועיינתי וראיתי דמהר"ם גופיה הרגיש בזה במרדכי דכתב וז"ל ונראה למורי דהוחזק כפרן ולא דמי להא דאמרינן בפ' המקבל גבי ב"ה שנאמן לאחר זמנו אע"ג שאין נאמן תוך זמנו היכי דתבעו כל זמנו עכ"ל ולכאורה דבריו סתומים ומה ענין זה לזה אבל ברור דכוון למ"ש דהואיל הגמרא פריך לעולם משמע אפי' תובעו כל זמנו ואמר פרעתי מכל מקום הבעה"ב יכול לטעון אח"כ פרעתי דאל"כ לא פריך הגמ' מידי כמ"ש די"ל כך הפי' במשנה וכתב דלא דמי אבל טעם הענין למה לא דמי לא נתפרש ואולי סבירא ליה כפי' רש"י דפירש ולעולם וכי שכיר משהה שכרו כ"כ וא"כ איתרע דודאי אמר בפיו שפרע בזמנו דאל"כ למה ממתין השכיר ולא תבעו לב"ד לשלמו הא הוא נושא נפשו לשכרו ולכך בעה"ב נאמן אף דטרוד בפועלים דאמרינן ודאי אמת אתו דזולת זה לא היה שכיר משהה אבל לשיטת התו' דחלקו על רש"י ופי' וכי לעולם אין זו תקנה טובה שיהיה נאמן לעולם לומר לא פרע א"כ בכה"ג דבעה"ב אמר דפרעו תוך זמן למה יהיה נאמן לסתור דבריו לא ידעתי הבדל בין שכיר לשארי דברים כמו בנדון שאנו דנין ולכך נראה דהוא פלוגתא דרבוותא דאלו התו' ס"ל כמ"ש לא היה להם מקום להשיג ארש"י דהוצרך לפרש כן ולכך יפה העלה הש"ך דהוי ספיקא דדינא וצ"ע כיון דגבי שכיר מצאנו להדיא מנ"ל לחלק בסברא ולהוציא מיד המוחזק בלי ראיה ברורה:

ד **כל** קונטרס וכו' דין זה סתם הרמ"א כאלו לית ביה חולק ולענ"ד במחלוקת שנויה כי לדעת רש"י וטור אין לדין זה שורש כי המרדכי יליף דין זה מהא דאמרינן ריש ב"ב עד ד' אמות בחזקת שנתן ה"ד אי בזמנו פשיטא אלא בתוך זמנו אלמא פרע אינשי גו זימנא ומשני ש"ה דכל שפא ושפא זימנא הוא ומזה למד המרדכי ה"ה לכל המלאכה המתפרדת כגון קונטרס וקונטרס. אך יש להבין ברש"י דפי' במשנה דלכך בחזקת שנתן דכיון דחובה עליו לסייעו ומשפט זה גלוי לכל לא היה בונה משלו אלא היה צועק עליו בב"ד עכ"ל ולפירושו קשה מה פריך הגמרא אלמא דעביד אינש דפרע גו זימנא גו זימנא מה עבידתא אנן אמרינן מעיקרו דבנין לא היה בונה משלו אם לא שפרעו החצי

דכי מחויב הוא להקיף משלו וכמ"ש הרמב"ן בחדושיו וכן להיפוך למה פי' רש"י פי' אחר מה דלא משני הגמרא ולא פי' כתירוץ הגמרא בחזקת שנתן הואיל וכל שפא זימנא הוא וה"ל כשאר הלואה דנאמן דפרע במשלם זמנא וצ"ע לכאורה לכן ברור דס"ל לרש"י דזה דוחק לומר במלאכה המתפרדת ליתן מכל דבר ודבר ויהיה כל שפא זימנא וכמו בספר ליתן מכל קונטרס דהא כ"כ דלא נגמר הספר מה תועלת יש אם אינו נגמר כולו ואי שיכול לגומרו ע"י אחר אפילו בלי מלאכה המתפרדת יכול לגומרו ע"י אחר אפילו באמצע המלאכה וכן בכותל כ"כ דלא נגמר בנין גובה ד' אמות. וכן קשה מהא דפריך לאביי ורבא לסיוע לר"ל מד' אמות למעלה בחזקת שלא נח אלמא לא פרע גו זימני' דבממ"נ אי בגמר שפא ושפא מ"ט דר"ל הא זימנא הוא ליתן לחבירו חלקו כנגד אותו שפא שהגביה ואי קודם גמר שפא מה איריא למעלה מד' אפילו תוך ד' אמות בחזקת שלא נתן וגם קשה לרש"י מ"ש הב"ח והש"ך ויתר אחרונים לקמן בסי' קנ"ז בדברי הטור דכתב דלאו דוקא בגמר כל שפא זימנא הוא אלא ה"ה קודם גמר השפ' וכתבו דהיה הטור מוכרח לפרש כך דאל"כ בשפא אחת מה א"ל דמשמע דבחזקת שנתן אפילו קודם שנגמר דהא מוקי לי בת"ז קודם גמר הבנין הכותל וזה נכון אך מ"מ היא גופי' קשיא למה יהיה קודם גמר השורה זמנו הוא. ולכן פי' רש"י כך דודאי כל המשנה איירי כמ"ש הטור ורמב"ן דחזינן דזה התחיל לבנו' הכותל משלו דאל"כ מה בחזקת שנתן למה הוא בחזקת זה יותר מזה הלא על שניהם מוטל הבנין רק צ"ל דידוע דזה התחיל לבנות משלו לבד ועיין תו' שם ד"ה אינימא וכו' ובמהרש"א וא"כ י"ל הסברא כמ"ש הדרישה לקמן בסי' קנ"ז דכיון דכבר התחיל לבנות משלו מסתמא אין תובע מחבירו עד דמשלם הבנין לדעת כמה מגיע לחלק וא"כ קודם גמר כל הבנין הוי קרוי תוך זמנו או י"ל הסברא להיפוך דמה בכך דהתחיל מתחילה לבנות לבד מתחילה בקש לעשות התחלה לבנין וכל התחלות קשות אבל בשכבר בנה שורה או שתים מהכ"ת יגמור הכל משלו ולתבו' אח"כ לחבירו תיכף צועק על חבירו בב"ד תן לי חלקך במה שכבר בניתי ותן לכל שורה ושורה חלקך מה שאבנה עוד כי לך המשפט הבנין כמוני ולמה אקיף לך ומשפט זה גלוי לכל שיזכה בדין ומדשתק ולא בא לב"ד ש"מ דבאמת עשה לו כן ופרעו ואין זה ראיה ממה שמתחילה התחיל לבנות משלו ד' קיפ' עד נמר הבנין עד שיהיה נקרא בתוך זמנו וזה סוגית הגמרא כי בס"ד ס"ל כסברא ראשונה דהוא מתחילה התחיל לבנות משלו הרי זה בחזקת שקיבל עליו להקיפו עד גמר הבנין והרי זה בגדר אין אדם פורע תוך זמנו אי יטעון חבירו שפרע ושפיר דייק דאדם פורע תוך זמנו ומשני הגמרא לא כן הוא אין זה בגד' אדם פורע תוך זמנו דזה שגמר שורה א' ושתים תיכף זימנא הוא להזמינו

בב"ד שישלם לו מה שכבר הוציאו ויסייעו להבא בכל שורה בבנין וזה נודע לכל ומדלא צווח ש"מ שכך היה הדבר שפרע לו מה שבנה וסייעו מאז והלאה בבנין ולכך בחזקת שנתן וא"כ אין הפי' סוף כל שורה ושורה אפילו תחילת השורה דהוא מחוייב לסייע ואין חיוב עליו להקיף לו פ"א ופשיטא דאמרינן תחילת כל שורה נתן לו החצי אף דבנה תחילה משלו כמ"ש וא"כ דברי הגמרא כל שפא זימנא ודברי רש"י דהיה צועק עליו לפני ב"ד אחד הם וכוונה אחת לשתיהם ורש"י מפרש כוונת הגמרא כדרכו בכ"מ וא"ש ומעתה לא קשה בד"א ולמעלה נמי נימא כל שפא זימנא הוא דלפמ"ש הכוונה דהיה צועק עליו בב"ד והא אין משפט זה גלוי לכל ולא צועק עליו בב"ד כמ"ש רש"י במשנה להדיא ועוד שורה אחרונה מא"ל דכאן לא שייך תחילת שורה דהא קודם שבנה אותו שורה אין מחויב ליתן לחבירו דבר ובמה יכופו לפרעו וא"ש והן הן דברי הטור כמ"ש ולכך כתב אפילו קודם גמר שורה זימנא הוא וזה ברור ומעתה אין מקום לדברי המרדכי בשכירות שאין משתלמת אלא לבסוף לומר דפרעו קודם גמר הענין אף שהוא מלאכה מתפרדת כי מה לו בחצי ספר הלא שכרו לכל המלאכה ואין יכול לתובעו בב"ד כלל ופשיטא דלא דמי להנ"ל כלל וא"כ יכול המוחזק לומר קים לי' כטור ורש"י ז"ל.

ה וה"ה כל מלאכה המתפרדת בזו גופי' יש ב' פי' או כפשוטו דכל קונטרס זימנ' וא"כ נאמן לומר דפרע במשלם הקונטרס אבל אינו נאמן לומר שפרע הקונטרס השני קודם כתיבתו איברא הרב הש"ך מפרש פי' שני דאין הפי' כל שפא זימנא ופרע תמיד בגמר השפא דא"כ עדיין קשה פשיטא אלא הואיל וכל שפה זימנא בזו מודה ר"ל לאביי ורבא דאמרו כי היכי דלא לטרדן דבזה טרדותיו מרובה וכל שעה יבא פרע לי ואף הוא אפילו בתוך זמנו מקדים לפרוע אפילו קודם שום כתיבת הקונטרס כלל אלא דכתב דלא משמע כן בדברי הטור דכתב רק בתחילת כל שורה זימנא ולפמ"ש בס"ק הקודם לפי הטור כל דינו של המרדכי לא קאי ואין הך דכל שפא זימנא ענין כלל להך דשכיר במלאכה המתפרדת ואין כאן ראיה מטור לסתור פירושו בשיטת המרדכי:

אך יש לדקדק בתו' דכתבו דאפילו אביי ורבא דס"ל דעביד אינש דפרע ת"ז משום דלא ליטרדן מודים בכותל חצר דאינו משלם תוך זימנא דשמא לא יבנה כלל וא"כ אינו חושש לטרדא ומ"מ אינו פורע ת"ז והא דפריך הגמרא מהך כותל חצר לר"ל הל"ל ולטעמיך ע"ש בד"ה כי היכי וא"כ איך משני הגמרא כל שפא זמנא ואיכא חשש דלא לטרדן הא אביי ורבא ס"ל בעלמא היכי דלא לטרדון ומ"מ מודים בכה"ג מ"מ לא פרע וא"כ מה בכך דלא לטרדון הא אינו חושש לטרד' אם יש לחוש דלא יצטרך לפרוע כלל ודוחק לחלק בין טרדא מרובה לטירדא מועטת דבטירדא מרובה פורע אפילו דאפשר דלא יתחייב כלל

וזה דוחק דהא הם ס"ל דאפילו לטרדה מועטת חושש ומה תו לחלק בין טרדא לטירדא. והנה בינותי בספרים לדעת ולברר דברי הש"ך ומצאתי ראיה לדברי הש"ך מדברי ר"ת הובא במרדכי פ' הבית ועליה דהשיב דהקיבע זמן לפרעון כגון מלוה עד אייר או עד סיון ביום קבוע אין לו תו זמן ב"ד אלא מיד יפרע או יכופהו ב"ד כדאמרינן בריש ב"ב כל שפא ושפא זימנא והתם אין שם זמן ב"ד עכ"ל ודברים אלו צריכין ביאור דמה ראיה יש מהך דכל שפא זימנא דתו אין נותנין לו זמן ב"ד דלמא נותנין זמן ב"ד כשתבעו אבל מ"מ משלם זמנא הוא וא"כ פרע אינש במשלם זימנא אף דאלו היה בא לב"ד היה לו זמן מ"מ וכי כל אדם תובע זמן ב"ד כשבא זמן פרעון פרעו דאי לא תימא הכי מה צורך להביא ראיה מכל שפא זימנא הא אמרינן שם להדיא בב"ב וכן ב"מ עביד אינש דפרע ביומא דמשלם זמנא ה"ל להקשות מה בכך דמשלם הא יש לו זמן ב"ד שלשים יום אלא לא בשביל כך דאלו בא לב"ד היה לו זמן יהיה נקרא תוך זמנו דבר זו לא נראה כלל אם הזמן שקבע נשלם שכיח לאינשי דיש להם מעות לפרוע ומהכ"ת יבא לב"ד לתבוע זמן ומעשים בכל יום יוכיח דפרעו בזמנו ואין בא לב"ד לתבוע זמן וגדולה מזו כתב הרמב"ן דאם קבעו לו ב"ד זמן עביד לפרוע תוך זמן ב"ד ומכ"ש דלא מיקרי תוך זמנו בשכבר נשלם הזמן שקבע אף דאלו היה בא לב"ד היו נותנים לו זמן. ולכן נראה דלכאורה יש להבין אביי ורבא דס"ל אי איתרמי ליה זוזי בתוך זמן משלם דלא ליטרדן בסוף זמן פי' אולי לא יהיה מעות מצוים וינגשו המלוה ולכך כשיש לו מעות בתוך זמן פורע וא"כ אף לזה יש לדייק מה להם לנחיצה לפרוע תוך זמן אולי יקרה להם עסק להרוויח בו ואי דחוששין דיגיע הזמן ולא יהיה להם מעות הא יכולים אז לתבוע זמן ב"ד אי אמרינן אף בקובע זמן נותנים זמן ב"ד. אך זהו באמת אין דיוק דחוששים אולי לא יתרמי זוזי אף לאחר שעבר זמן ב"ד נמי דיטרדו ולכך ממהר לפרוע כשיש לו אך הא תינח לאביי ורבא אבל לר"ל דס"ל דאינו חושש בשביל כך לפרוע תוך זמנו ואליביה משנינן כל שפא ושפא זימנא והיינו כפי' הש"ך דבזה דהוא תובעו שעה לשעה כד משלם שפא לטירדא כזו אף לר"ל י"ל דחייש וקשה הא אין כאן טרדה רק במשלם החומה דאם יתבענו כל שעה במשלם שפא יקח זמן ב"ד וטרם יעברו שלשים יום כבר יעברו כל שפא ושפא מכל בנין ד' אמות של הכותל ואח"כ ה"ל רק טרדא חד מכל הכותל ותביעה אחד לכל המעות דהא על כל שפא אינו דואג כלל למעות דיש לו זמן ב"ד וא"כ עדיין הקושיא לר"ל במקומו דמ"ש דאם אין לו זמן רק בגמר החומה דלא חייש לטרדא ומ"ש דיש זמן כל שפא הא מ"מ אין זמן תשלומין כשירצה רק בנמר החומה דיקח זמן ב"ד ומ"ט דר"ל ועכצ"ל דאין לו זמן ב"ד ולכך חושש לטרדא דכל שעה יתבענו ומי יודע אם כל שעה

ושעה יהיה המעות מצוי בידו לשלמו וא"ש ודוק וזה ברור כדעת הש"ך: ומה שהקשינו מדברי תו' אמת כי לשיטת התו' קשי' ליה אך י"ל ר"ת ומרדכי ה"ל בקושי' התו' תי' אחרים כמ"ש ריטב"א דתלי' אם קי"ל כרב או שמואל בפודה תוך שלשים אי הוי פדוי כלל ועיין מש"ל בישוב דברי ר"י ודו"ק:

ו **וי"א** שצריך המעדני מלך בב"ב דייק מדברי הרא"ש אפילו עומד הלוה ומודה דלא פרע מ"מ צריך לישבע ננד לקוח' דחיישינן לקנוניא והא דכתב בטור אם מת לאו דוקא דל"ל דלא חיישינן לקנוניא א"כ מה איריא לגבי לקוחות הא באומר דפרעו אפילו לגבות מעצמו צריך שבועה לדעת הרא"ש וראיה זו איני מכיר חדא דשם צריך לטעון פרעתי וכאן בליתא קמן כגון מת וכדומה משביעין אותו כמ"ש הטור להדיא אפי' בטענת ספק ושנית דאין ענין שבועה זו לזו דש' הוא שבועת היסת אבל כאן שבועת המשנה כדין הבא לפרוע מנכסים משעובדים וכו' והבדל גדול יש בין שבועת המשנה להיס'. ואמת יש להבין ברא"ש דלכאורה קשה דכתב הבדל בין לקוחות ליתומים דביתומים אמרינן אי איתא דפרע הוה פקיד ולפ"ז במת פתאום שוה דין יתומים לדין לקוחות וצריך לישבע נגד יתומים ואולם הרא"ש כתב שם להיפוך גבי נפל הבית דהקשה דהא אין אדם מוריש שבועה לבניו. ותי' במת פתאים לא חיישינן לצררי וכאן משמע במת פתאום שוה דין יתומים לדין לקוחות דלמא פרע תוך זמנו וא"כ הרי חייב לישבע שלא פרע ואין אדם מוריש שבועה לבניו ומזה משמע לכאורה דאף לגבי לקוחות לא משתבע רק היסת ולא שייך ביה אין אדם מוריש כו' אבל באמת זה דוחק דמשמע להדיא ומכ"ש מדברי הטור דהיא שבועת המשנה וצריך לומר דבשלמא בשאר שטרות חיישינן דלמא פרע אבל בכתובה דליכא למיחש דלמא פרע דמה"ת יפרע הא אפשר דתמו' בחייו ולא יבא לידי גבי' כלל מהיכי תיתי יפרע רק דכל חשש בכתובה דלמא בראותו דהגיע קצו למות מתפיס צררי למשכון וזהו לא שייך במת פתאים וא"כ תו ליכא למיחש לפרעון דבחייו מהכ"ת אולי לא תבא לכלל גבי' וא"ש. אך לפ"ז ביש לו שטר על א' ומת פתאום יתחייב לשיטה זו לישבע נגד יתומים דל"ל דהוה פקד דהא מת פתאום וגבי שטר שפיר י"ל דלמא פרע ת"ז כמו דאמרינן כשגובה ממשעבדי ודבר זה לא מצינו לשום מחבר ולכן יותר י"ל דהא דכתב הרא"ש דהוה פקד לאו דוקא רק כשפורע תוך זמנו מה שהוא נגד חזקה אינו עושה כי אם כשלוקח שובר ואינו מאמין למלוה בלי שובר ולכך ביורשיה כשאין מוצאין שובר אמרינן מסתמא לא פרע משא"כ בלקוחות אמרינן אית להו שובר וכבוש להו ולאו כל כמיני' לגרוע כח לקוחות וא"ש מ"מ מבורר דאין לרב מע"מ ראיה

דאף דמודה דלא פרע דחיישינן ובלא"ה היה לדעת הרמב"ם אף נגד לקוחות אינו נשבע וא"כ אפשר אפושי מחלוקת לא עבדינן וצ"ע.

ז **וכן** עיקר הקשה הש"ך וכן הט"ז דע"כ כל מחלוקת הפוסקים בשבועת היסת לאחר פרעון דקודם פרעון לא משכחינן היסת וא"כ לפי הכרע' רמ"א אף לאח"כ לא משתבע היסת ולקמן בסי' שי"ז בטוען ששילם שכירות תוך זמנו סתם כמחבר דצריך לישבע אח"כ וקושיא זו ביותר קשה על רבינו ב"י שכתב דדעת הרמב"ם דאין צריך שבועה והך דלקמן בסי' שי"ז הוא לשון הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכ' שכירות ולכן נראה דוודאי קשה לומר דאחר פרעון לא יהיה יכול לתבוע אותו מנה לי בידך השבע לי והלא קי"ל בדיעבד א"צ לברר דבריו והלה טוען ברי לי שאתה חייב לי מנה ועוד קשה הא לעיל בסי' ע"א ס"א העלה רמ"א דמגו נגד נאמנות לא מהני במקום דאין לו מגו להכחיש גוף נאמנות וכאן אמרינן מגו במקום חזקה זו דאין פורע ת"ז אמרינן ש"מ דנאמנות אלים מחזקה זו ומ"מ קי"ל לעיל גבי נאמנות בסי' ע"א ס"ה דיכול להשביע היסת אח"כ ומכ"ש בזו החזקה דהא הך חזקה לא אלים כ"כ כמו נאמנות ועיין ב"ב שמעת' הנ"ל תו' ד"ה מי אמרינן דהקשו כעין זו הקושי'. ולכן נראה ברור דיכול אח"כ לטעון עליו פרעתיך ב' פעמים השבע לי היסת וזהו לכ"ע רק במה נחלקו אם צריך לטעון עליו בב"ד מחדש או דסגי במה שטען פרעתיך דהנך דס"ל משביעין אותו היסת היינו שכך פוסקים הב"ד צא ופרע לו ואח"כ צא ונשבע לו היסת כי אין היסת קודם לפרעון ולהחולקים ס"ל דהב"ד אומרים לו סתם צא פרע לו ואין פוסקים כלל היסת ואם הוא אחר פרעון חוזר ותובעו בב"ד פרעתיך ב' פעמים הרי זה תביעה חדשה ומאן מעכב להשביע היסת והרי הן כמו נאמנות הנ"ל דצריך לתובעו שנית בב"ד בתביעה חדשה כדמשמע סי' ע"א ס"ה ע"ש להדיא. ולפ"ז לק"מ מהא דפסק הש"ע לקמן סימן שי"ז דאדרבא שם כך מבואר להדיא יתן ויחרים על מי שלקח ממנו שלא כדין או יטעון עליו בדמים שנתן תחילה טענה בפ"ע וישביעו היסת עכ"ל הרי דמצריך טענה חדשה כמ"ש טענה בפני עצמו והיינו כהך דעת הרי"ף דא"צ שבועה וזה ברור וכן דעת הלח"מ כנזכר שם ולפ"ז חוזר וניעור קושי' הסמ"ע דכאן פסק הטור כהרא"ש דמשמע דא"צ טענה חדשה ושם מצריך טענה חדשה כרמב"ם ובחנם השיג עליו הש"ך שם ויפה תיר' הסמ"ע דשם דהוא חששה רחוקה שמא יפול הבית וכהנה אין פוסקים הב"ד שבועה לכ"ע עד דטען טענה חדשה וא"ש:

אך הרב בעל לח"מ הקשה דאיך פסק הרמב"ם דאח"כ יטעון עליו היסת הא בפ"ג מהל' שכנים פסק בכותל חצר למעלה מד' אמות דהוא בחזקת שלא נתן דהתובע נשבע בנק"ח ונוטל בתוך זמנו הרי דאפילו בתוך זמנו מצריך שבועה לתובע בנק"ח והניחו

בצ"ע וקושיא זו ביותר קשה על הש"ע דכאן הכריע כדעת דא"צ שבועה כלל ולקמן סי' קנ"ז סי"א סתם כדעת הרמב"ם דנשבע בנק"ח בכותל חצר מאין זכר דעת הרמ"ה והרמב"ן החולקים דגרע מפורע ת"ז ע"ש בסמ"ע וש"ך ובאמת רבינו ב"י בכ"מ כתב דלכך נשבע ונוטל דאפילו במלוה בשטר אי טען אשתבע לי חייב לישבע וגם זה צריך תלמוד דהא ה"ל כת"ז ואין שבועה בשטר. ולכן נראה דיש לדקדק דרמב"ם בפי' המשנה נתן טעם דלכך בחזקת שלא נתן משום מי יימר דמחייבי לי' רבנן ויש להבין זה הטעם דקאמרי בגמרא לאביי ורבא דס"ל אדם פורע תוך זמנו ולפי דקי"ל כר"ל א"צ לזה רק משום דה"ל תוך זמנו והא קי"ל כר"ל וצ"ל דבסוף הסוגי' דבעינן למפשט מסיפא דלא אמרינן מגו במקום חזקה דה"ד אי לאחר זמנו אמאי אינו נאמן אלא דאמר לאחר זמנו פרעתיך ת"ז וש"מ דלא אמרינן מגו ודחי שאני התם אמרינן מי יימר לי דמחייבי לי' רבנן והקשו תו' דהוי מצי לשנויא דמיירי דבא בתוך זמנו או בזמנו דתו ליכא מגו אלא דניחא לי' לשנויא מי יימר דקאי אף לאביי ורבא ותי' זה לא ס"ל לרמב"ם דהסוגיא שנית קאי אליבא דהלכתא דלאביי ורבא כבר שנינן כן בריש הסוגיא שם רק ס"ל ודאי גם להמקשן קשה דה"ל להקשות כדשנינן ברישא דכל שפא זימנא ה"ל להקשות א"כ סיפא נמי כל שפא ושפא שהגביה למול הכותל זימנא הוא לשלם לחבירו חצי באותו שפא וכמש"ל דמ"ש ומש"ל לתרץ בדברי רש"י לא ס"ל לחלק דפי' כל שפא וכו' הוא כמ"ש הש"ך וכמש"ל וכן דעת ר"ת רק קשה כמש"ל דהא היכי דיש לחוש שלא יתחייב דאולי לא יבנה לא אמרינן דפרע אף די"ל דלא לטרדן רק י"ל דסברת התו' בטעם פדיון בכור שמא ימות אין מוכרע כ"כ דמה בכך אם יתן וימות יחזיר לו הכהן דיש שופטים בארץ ומכ"ש פה בבנין דיכופו בב"ד רק בבכור השתא דקי"ל דאין אדם פורע ת"ז לא קשה דשם ה"ל תוך זמנו ולאביי ורבא י"ל כתירוץ הריטב"א מהך דבכור רק ה"מ בתוך ד"א אם נתן לו החצי והוא לא יבנה יכוף אותו בב"ד בנה הכותל כי נתתי לו כבר חלקי משא"כ בסיפא דהוא בונה כנגדו ודאי שייך סברא זו דאין מקדים לו החצי ממה שהגביה דאולי ימלך הוא או יקרנו אסון ולא יגביה א"כ היה מדין פטור וכשכבר נתן לו גלה דעתו דניחא לי' במה שהגביה ופשיטא דאם נתן לא יחזיר אף דאינו בונה כנגדו כלל וא"כ ודאי דאין מקדים ולא שייך דאתא למטרד. וגם י"ל בשלמא שם ברישא שכנגדו בונה שפיר שייך דכל שורה דהוא יבנה הוא יתבענו ומי יודע אם יהיה מעות אבל בסיפא שהוא בונה מה יחריד מטירדת אם יראה דבונה שורה ואין בידו אזי לפרוע לחבירו ימתין ולא יבנה שורה אחרת עד שיהיה לו זוזי ולא שייך דירבו טרדותיו תכופים זא"ז (אך לפ"ז לכאורה לא מקשה הגמרא מהך דד"א למעלה לאביי דשם י"ל לא שייך טרדה דאם לא יהיה לו

מעות לא יגמור הבנין ויתמהמה וי"ל) ולכך לא קשיא מ"ש רישא ומ"ש סיפא דברישא ה"ל כל שפא זימנא ולא בסיפא משא"כ התרצן לא ס"ל לחלק וכמ"ש מהרש"א דמה שהוא תלוי בדעתו לא חיישינן שמא לא יבנה וא"כ אף בסיפא שייך כל שפא זימנא הוא וא"כ קשה למה אינו נאמן וצ"ל הטעם משום מי יימר וא"ש ולכך נתן הרמב"ם הטעם משום מי יימר בפי' המשנה ולא דה"ל תוך זמנו ולפ"ז הך בחזקת שלא נתן וכו' אין הטעם כלל משום דאין אדם פורע תוך זמנו כלל דזימנא הוא דכל שפא וכו' רק מטעם אחר דאין נמהר לפרוע אולי לא אתחייב ויפה כתב הכ"מ דחזקה זו לא אלים כ"כ לחייב בלי שבועת התובע דלא עדיף משטרו בידו דמ"מ חייב לישבע ומה ענין זה להך דאין אדם פורע ת"ז והרי זה כפי מה שאמרו ב"מ דף טו"ב אמרו חייב אתה ליתן ויצא ואמר פרעתי אינו נאמן והטעם כפי מ"ש דס"ל דעדיין מסופקים הדיינים בדינו אם חייב או לא והיינו הך דמי יימר דמחייבי ליה רבנן ומ"מ פירוש רש"י שם דצריך התובע לישבע שבועה בנק"ח וכ"כ הרא"ש ע"ש וא"כ ה"ה זה ודברי רמב"ם מבוארים ברש"י ולק"מ ודוק ומנוצל הרמב"ם מהשגת הרמב"ן ורמ"ה ודברי הש"ע ברורים ועיין מש"ל בס"ק י"ב עוד ישוב בדברי הרמב"ם בקצרה:

ח **וכי** אמר סוף היום וכו' עיין אורים דבאמר ביומא דמשלם דפרע תוך זמן דעת התו' דאינו נאמן דלא ה"ל מגו ואע"ג דבממון אמרינן מגו דהעזה רק לא בשבועה צ"ל דהא הכא בלא"ה ה"ל מגו במקום חזקה רק הואיל ואינו חזקה אלימתא אמרינן אבל בצירוף מגו דהעזה ג"כ ודאי לא אמרינן ועיין מ"ש בכללי מגו ועי' מש"ל בסי' ק"ח בזה והרב הט"ז כתב כאן דברי' בלתי מובנים דכתב דהתו' לא ס"ל כן למסקנא דאמרינן דמגו במקום חזקה אמרינן רק כתבו כן לס"ד דקשה דתפשוט דלא אמרינן מגו במקום חזקה ודבריו בלתי מובנים כלל בשום אופן דהא גירסת התו' ובא בזמנו ועל זה סובב כל דבריהם וא"כ אדרבא למסקנא יותר קשה דקי"ל אמרינן מגו במקום חזקה א"כ למה אמר ר"ל ובא בזמנו ואמר פרעתי בתוך זמנו דא"נ הא ה"ל מגו עכשיו פרעתיך ועכצ"ל דלית ליה מגו כלל בו ביום ודינו של תו' לגירסתינו מוכרח וצ"ע להבין דבריו. אך יש להבין לשיטת התו' הא דפריך הגמרא מנה לי בידך ואמר הן למחר אמר תנהו לי אמר נתתי לך פטור אין לך בידי חייב מאי לאו נתתי לך דאמר פרעתיך בזמנו אין לך בידי דאמר פרעתיך בתוך זמנו אלמא לא אמרינן מגו וכו' וקשה מה קושיא לוקמא דמיירי ביום דמשלם זמנו ולכך אי אמר פרעתיך עכשיו מהימן אבל באומר פרעתיך תוך זמנו לא מהימן דה"ל מגו דהעזה. וצריך לומר דקתני למחר אמר תנוהו לי משמע דתבעו ואלו איירי ביום דמשלם זמנא איך יתבעהו הא כל יום שלו ולא ניתן לתבוע אלא דמיירי דעבר היום ולק"מ אך

צריך לומר דבעה"ת החולק על תו' לא ס"ל כן וס"ל דביום דמשלם זמנא ג"כ ניתן לתבוע דהא בגמ' אמרינן תבעו לאחר זמן ואמר פרעתיך תוך זמן. וע"כ לאחר זמן לשיטתו פי' היינו בו ביום דמשלם זימנא ופי' לאחר זמן לאחר שעבר האיר השחר שהגיע הזמן לפרוע ובזה מיושב תמיהת הגי"ת לשיטתו דמה איריא דנקט תבעו לאחר זמנו דאית ליה מגו הא אפילו בו ביום אית ליה מגו דלאחר זמן כך פי' כמ"ש ומ"מ קתני תבעו ש"מ דשייך תביעה ביה וכן משמע ברמב"ן ב"ב ע"ש שוב מצאתי בא"ז דף ק"ב מחלוקת רבוותא אי מצי לתובעו ביום דמשלם זמנא:

ט **נאמן** במגו וכו' איבעי' זו אי אמרינן מגו במקום חזקה לא אפשטא שם ב"ב ולפ"ז למאן דס"ל תפיסה באיבעי' דלא אפשט מהני א"כ אם תפס מלוה אפילו בעדים ואמר אתה חייב לי מזה דהיית טוען דפרעת לי בתוך זמנו אין להוציא מידו דהא י"ל קים לי דלא אמרינן מגו במקום חזקה וא"כ מוציאין מלוה ונותנים למלוה. ומכ"ש בתפס די"ל קים לי וא"כ הרב המחבר דס"ל בכל דוכתי מהני תפיסה אפילו לאחר שנולד הספק לא ה"ל למסתם פה דנאמן רק דה"ל ספיקא דדינא ונ"מ כמ"ש דאם תפס מלוה אפילו בעדים אלא שגם על הרמב"ם יש לתמוה שהעלים ולא הביא בספרו כלל הך איבעי' דטען לאחר זמנו פרעתיך בתוך זמנו אי נאמן או לא והרי"ף הביאו וכתב דהוא איבעי' דלא אפשטא ואם סתמו כפירושו דה"ל מגו יקשה ג"כ הא לשיטתו דתפיסה בכ"מ מהני ה"ל להביאו דהוא ספיקא ואם תפס מלוה בעדים אין מוציאין ודוחק לומר דס"ל לרמב"ם בקושי' התו' כתובות דף י"ט בהא דפליגי ר"מ וחכמים באין כת"י ממ"א דנאמנים לומר לחכמים קטני' היינו ולר"מ א"נ משום דהוי חזקה אין אדם חותמים אא"כ נעשה בגדול והוקשו התוס' דמשמע דפליגי ר"מ וחכמים אי אמרינן מגו במקום חזקה ובב"ב מספקא ליה וס"ל לרמב"ם דכל הפלפול בגמרא בב"ב הוא לר"מ ולר"מ שפיר מספקא לן אע"ג דר"מ ס"ל בקיום א"נ מקיום אין ראיה כמ"ש התו' שם כתובות ד"ה מודה בשטר דירא לומר מזיוף שמא יתקיים או דד"ת לא בעי קיום ולכך מגו מזיוף מגו גרוע הוא ולא אמרינן במקום חזקה אבל לחכמים דס"ל בקיום אמרינן מגו במקום חזקה מכ"ש במגו דעלמא ועיין מש"ל בכללי מגו דהך חזקה דאין חותמין אא"כ נעשה בגדול אלי' כמו הך חזקה דאין אדם פורע ת"ז עיין שם א"כ לפי דקי"ל כחכמים אפשיטא איבעי' ולכך סתם הרמב"ם דפשיטא דמהני ואפילו תפס מוציאין וגם דוחק לומר דס"ל לרמב"ם כל הפ' בגמרא דב"ב הוא לשנויא דרב' בקידושין דס"ד אבל לשנויא דאביי דרבי ס"ל מה לי' לשק' כעדים דמי ועקרוהו לחזקה ור"ן ס"ל כחזקה דמי וקי"ל כרבי וא"כ אפשט' איבעי' דקי"ל כהך תי' דאביי ועיין בהרא"ש והר"ן דביקש לחלק בין הך מגו למגו דהתם דבידו

לעשותו וא"כ ליכא ראיה:

ויותר נראה דס"ל לרמב"ם אע"ג דלא אפשטא בב"ב בב"מ דף ק"ב ע"ב אפשטא דהתם שאלו מר"י שוכר אומר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי מי נאמן ופריך אימת בתוך זמן וכו' דתנן מת האב בתוך שלשים בחזקת שלא נפדה לאחר שלשים בחזקת שנפדה ומשני לא צריכא ביומא דמשלם זמנא מי עביד וכו' ופשטינן מהא דאמרינן שכיר בזמנו נשבע ונוטל שכיר הוא דרמי' שבועה משום דטריד בפועלים אבל בעלמא לא וקשיא ליה לרמב"ם כיון דקי"ל יום שלשים כיום שלפניו א"כ תחלת יום ל"א הוא התחלת הזמן לפדיון והוא יום דמשלם זמנא ובפרט לפי דעת הר"א ממיץ דשלשים בפדיון הבן היינו כ"ט יום י"ב תשצ"ג וא"כ יתכן דכלו ליה שלשים יום באמצע היום ואיזה שעות שאח"כ הוא לאחר שלשים והרי זה ממש ביום דמשלם זמנא וא"כ איך קתני מת לאחר שלשים יום בחזקת פדוי הא אלו מת ביום ל"א הוא יומא דמשלם זימנא ולא עבידי לפרוע ואם הוא אינו נאמן מכ"ש דלא טענינן ליתמי כמש"ל בזה בשם הראב"ד וע"כ דעביד ופרע וטענין ליתמי וא"כ עדיין אפשטא מהך משנה ואי נימא דבפדיון שאני דמצוה רמי' עלי' וזריזין מקדימין למצות וחזקה דקיים המצוה א"כ לא פריך לאחר זמן תנינ' לאחר שלשים יום וכו' דהא שאני התם דמצוה שאני וביותר קשה לפי מה דפשטינן מהך דשכיר כבר צווחו בי' המפורשים דהא שכיר יום זמנו בלילה וע"ז קאי בזמנו היינו בלילה וא"כ מה קפשיט מהך ואין לומר דלילה הוה בגדר משלם זמנא דפשיטא דשם עבידא למפרע בלילה וכי יעבור בבל תלין ח"ו וכי שלומי אמוני ישראל יעברו לאו פשיטא עבידי לפרוע אבל כאן וכי אין דרך בני אדם לעכוב תשלומין שכירות יום או יומיים ומ"ש באסיפת זקנים דגם בזה איכא ב"ת לא מובן כלל וכי מי שאינו פורע תיכף השכירות ביום דמשלם רק מעכבו יום או יומיים עובר בב"ת דבר זה לא נשמע ולא נראה כלל ותירץ הראב"ד כפי מ"ש בשמו בריטב"א וא"ז כתב דהראו לו משמים דמסתמא כי קתני בזמנו נשבע ונוטל משמע כל זמנו אפילו תבעו סמוך לשקיעת החמה שאין שהות לפרוע אלא א"כ פרעו מבעוד היום ומ"מ כי טען כן צריך שכיר לישבע ש"מ דעבידי לפרוע ביום דמשלם זמנא עכ"ל וקשה ל"ל הך דשכיר מהך גופי' נפשוט מת לאחר שלשים יום בחזקת שנתן אפילו מת תיכף לאחר שקיעת החמה מיום ל' ג"כ בחזקת שנתן דהא סתמא קתני וע"כ דפרע טרם הערב שמש דיום ל' וש"מ דפרע אינשי במשלם זמנו בסופו ומ"ש הך דלאח"ל ומ"ש הך דשכיר בזמנו ולכן ס"ל לרמב"ם דספיקא לא היה אי טען פרעתי במשלם זמנו דזה מוכח ממשנה הנ"ל רק הספק דטען פרעתיך בתוך זמנו וא"כ השאלה כך מי עביד אינש דפרע ביומא דמשלם זמנו ושכיח וא"כ י"ל מגו דל"ל כדעת התו' דה"ל העזה דלעומת

זה יותר נח לו להעיז ולטעון טענה דשכיח דאינו נחשב בעיני המון כשקרן משיטעון טענה דלא שכיח דתוך זמנו לא עביד אינש דפרע או דלמא לא עביד אינש דפרע ביום דמשלם זמנא וא"כ שפיר י"ל דהוי מגו דהעזה כמ"ש התו' ואי טען טענה דל"ש גם זה לא שכיח לטעון שפרעו ביומו (וכן משמע כמש"ל ס"ק י"א דאל"כ הך בבא דסיפא מה קמ"ל כדפריך כאן בב"ב לאחר זמני פשיטא וכי לעולם לא נימא דפרע וכן יש להבין בגמרא דקאמר אי לאחר זמנו תנינא מה צריך לתנינא פשיטא דנאמן במלוה ע"פ פרעתי ולפמ"ש ברמב"ם ניחא) וע"ז קפשיט הגמרא דקתני סתם בזמנו נשבע ונוטל אפילו תובעו תיכף סמוך לשקיעת החמה דאין לבעה"ב זמן לומר פרעתיך מקדם בזמן ארוך רק עתה בזו הרגע ממש במעמד התביעה כמ"ש הראב"ד וקשה א"כ למה ישבע ויטול וכי שייך בזו בעה"ב טרוד בפועלים מה שצווח עכשיו בזו המעמד התביעה מסרתי לך המעות ול"ל לא פלוג עבדי רבנן כמו בכל הלילה דאף דטוען הוא הבעה"ב בזו הרגע פרעתיך מ"מ נשבע שכיר משום לא פלוג דזה אינו בשלמא כל הלילה דישנו במציאות לומר מקדם פרעתיך עבדי רבנן לא פלוג דשכיר נשבע ועוד דאל"כ בטלת תקנת חכמי' דאם יאמר פרעתיך מקדם יהיה לו מגו פרעתיך עתה בזו רגע ובמקום מגו לא תקנו חכמים ולכך לעולם נשבע אבל בזו הזמן שאינו במציאות שפרעו מקודם וא"כ איך סתם כל זמנו נשבע ונוטל הא איכא הך דאינו נשבע וכקושית הראב"ד ועכצ"ל דגם בזה יכול לומר פרעתיך מקדם בעוד היום גדול ואי דהוי תוך זמנו הא יש לו מגו דפרעתיך עתה אף דה"ל מגו דהעזה ואם כן עדיין ה"ל לא פלוג ולכך סתמו חכמים דלעולם נשבע ונוטל וקשה הא תיכף רצוף לשקיעת החמה כמעט רגע ה"ל כיום דמשלם זמנא ונאמן במגו ש"מ דמפשט בעיין ודברי הגמרא שפיר וא"כ האיבעי' נפשוט וצ"ע:

י **דפרעתיך** היום נראה בהלוה בעדים ואמר לו אל תפרעני אלא בעדים ובא ביום דמשלם זמנא ואמר פרעתיך בתוך זמנו בפני עדים והלכו למד"ה או מתו אינו נאמן דמה מגו יש לו מגו דאמר פרעתיך היום בפני פלוני ופלוני והלכו למד"ה הלא בו ביום לא נשאו העדים אבר כנשרים להרחיק נדוד בו ביום עד שאי אפשר למרדף ולברורי הענין ומכ"ש במתו דא"כ צריך להיות פתאום דודאי לא פרעו בפני אנשים הנוטים למות וכבר קצו חיי' בעמל עוה"ז וזהו הכל מנמנע וא"כ לא סגי להו שירחיק דבריו לומר מקדם פרעתיו ובין כך הלכו להם ומתו ולית ליה מגו וזה ברור ונכון ובזה יובנו דברי התו' בשמעתין הנ"ל ד"ה אילימא בזמנו פשיטא והוקשו תו' אמאי פשיטא כיון דאין אדם פורע תוך זמנו ואנן סהדי שזה עשה הכותל איצטרך לאשמעי' דהמלוה חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים ותי' לחלק דכי צריך לפורעו בעדים במיחד עדים דחזינן דלא הימניה ונתקשה

הרב המהרש"א מה מנין להא דכיון דאין אדם פורע ת"ז דאפילו דנימא דפורע ת"ז מ"מ מוכח דמלוה בעדים א"צ לפורעו בעדים ותירץ דאלו יכול לומר פרעתי ת"ז הוה אמרינן דמעולם לא בנה משלו ע"ש וזה דחוק דמה ענין זה לפורע תוך זמנו פשיטא י"ל דזה וזה בנאו לכותל והיא בחזקת שניהם רק ע"כ מיירי כאן הכל כמ"ש הרמב"ן וכמש"ל באריכות דנודע דזה בנה משלו והקיף לחבירו וא"כ ס"ל המלוה חבירו בעדים וכו' ודוחק לומר כך כוונתו בפי' התו' כיון דגמרא מדמה הך עובדא דמשנה לאדם פורע תוך זמנו על כרחך דמיירי באופן דאנן סהדי דזה בנה משלו וכמו שכתב הרמב"ן דאם לא כן מה טיבו של פרעון בזה אנן אמרינן שניהם בנאו ואם כן הא הוי ליה המלוה חבירו וכו' דאין זה במשמעות התוס' ומכ"ש במהרש"א ע"ש. ולפי הנ"ל ניחא דשם בשבועות דף מ"א פרכינן למ"ד צריך לפרעו בעדים מהא דקתני בהדיא במשנה אמר תנוהו לי ואמר נתתי לך פטור ומפרשי התוס' בשלמא למאן דאמר יכול לומר פרעתי בפני עדים והלכו למד"ה יש לומר במשנה בכה"ג איירי אבל למאן דאמר דמכל מקום אינו נאמן תיובתא ומשני לחלק בין מלוה למודה בעדים בין לא הימנו ובין הימנו. וא"כ לפ"ז לס"ד בתוס' דלא אסיקו דעתי' הך חילוקא בין הימנו ללא הימנו והיינו משום דנמ"ד א"צ לפורעו בעדים לא ס"ל הך סברא לחלק ולכך ס"ל א"צ לפורעו בעדים כמשמע' המשנה דשבוע' וקושית הגמ' לאביי ורבא והם ס"ל א"צ לפורעו בעדים כדקאמרינן בפ' כל הנשבעין וזהו כוונת התוס' בקושיא דאל"כ דקארי' מה קארי ליה הלא מחלקינן להדיא שם בין הימנוה וכבר כתבו התוס' בדיבור שלפניו כן אלא דס"ל בקושי' למ"ד א"צ לפורעו לא ס"ל הך חילוק כלל ותירץ תוס' דס"ל לגמרא דזהו סברא נכונה היא ואמרינן לכ"ע אך א"כ מה מקשו דלמא קמ"ל דא"צ לפורעו בעדים הא מהך משנה דשבועות שמעינן נתתי לך פטור וצ"ל דמהתם לא הוה שמעינן די"ל דטען פרעתיו בפני עדים והלכו וקשה א"כ אף ממשנה דידן לא נשמע מידי די"ל דטען פרעתי בפני עדים והלכו או מתו ולזה כתבו התוס' בהקושיא דכיון דאין אדם פורע ת"ז לוקמא משנה בטוען בזמנו והיינו בזמנו מכוון ביום דמשלם זמנו וטובא קמ"ל דא"צ לפורעו בעדים דל"ל דטוען פרעתי בפני עדים והלכו או מתו דבו ביום אינו במציאות ממש כמ"ש ובפרט לפי דעת הטור כמ"ש הש"ע דצריך להיות סוף היום אבל באמצע היום לא רק בסוף היום א"כ איך אפשר בשעה חדא הלכו או מתו דבר זה מהנמנע וגם אם יטעון באמצע הזמן פרעתי ג"כ ל"ל מגו מה"ט וא"כ מוכח דא"צ לפורעו בעדים וקושית התוס' שפיר ובזה אמרתי ג"כ בחדושי המשך התוס' בד"ה ובא וכו' דכתבו מתחילה דאין להוכיח דר"ל ס"ל דא"צ לפורעו בעדים דיש חילוק בין מלוה למודה ואח"כ הקשו וא"ת מ"מ נפשוט מהכא דלא אמרינן וכו' דמה ענין זה להא

דמוקדם אבל לפי הנ"ל ניחא דלא היה צריך לתוס' לחלק בין מלוה למודה רק י"ל דטען פרעתיך בעדים והלכו להם רק לפי גי' התוס' ובא בזמנו דהיינו ביום דמשלם זמנו לא שייך זה כמ"ש אבל לפי גי' רמב"ן דלא גרס ובא בזמנו דבבא בזמנו באמת יש לו מגו א"כ שפיר י"ל פרעתיך תמול שלשום והלכו להם וזהו כוונת התוס' וא"ת מ"מ קשה תפשוט וכו' ועכצ"ל דלא גרסינן ובא בזמנו וא"כ י"ל דמיירי דטוען דפרע בעדים והלכו להם ולזה כתבו וי"ל דלא שייך מגו וכו' וגרסינן בא בזמנו דמשלם וא"כ ל"ל דפרעו בעדים והלכו להם רק צ"ל בין הלוה למודה ודוק:

יא לא טענינן עיין ש"ך כפמ"ש באורים ויש להקשות לשיטת הראב"ד א"כ מה קאמר הגמ' אי ת"ז תנינא מת האב תוך שלשים בחזקת שלא נפדה דמה קושיא דלמא ודאי לא שכיח דפרע אינשי בגו זימנא רק מ"מ אם איהו טען אפשר דנאמן אבל ליתמי ודאי לא טענינן להו מכ"ש דאפילו במשלם זמנא לא טענינן להו והתם דמת האב לטעון ליתמי אמרינן דתוך שלשים בחזקת שלא נפדה משא"כ בשוכר טוען להדיא נתתי שכירות אפשר דמהימן כמו במשלם זימנא. וצ"ל כמש"ל בס"ק א' דכי ס"ל לראב"ד דלא טענינן ליתמי היינו בטוען ברי שלא נפרע ובעלמא בלא"ה ס"ל למ"ד ברי ושמא ברי עדיף רק אנן קי"ל הממע"ה אבל במילתא דלא שכיח לא טענינן אבל אם גם התובע טוען שמא אף ליתמי טענינן דמה אולמא דהאי שמא מהאי שמא והממע"ה ולכך שם דאף הכהן טוען שמא כמש"ל בס"ק א' דמי יודע לאיזה כהן נתנו א"כ ה"ז דומה כאלו חי וטוען ברי ושפיר מדמה הגמ' להדדי וא"ש:

אך לפ"ז אין כאן ראיה מ"ש הש"ך הואיל דאמרינן לקמן דטענינן ליתמי מלתא דל"ש דשם אף התובע טוען שמא דטענינן ליתמי נאנסו וכי התובע ידע דשקר הוא אבל כאן הוא טוען ברי לא נפרעתי אפשר דלא טענינן ואפשר לומר דהראב"ד דייק דינו מהך משנה דלא מצינו ראיה לראב"ד בדין זה ומהך לישנא דאמרינן הלואי שיפרע בזמנו כבר כתבו שהוא רק רמז ראיה אבל אין זה לייסד עליו דין אבל נראה דס"ל כמ"ש הש"ש בפרק הזרוע דממון שאין לו תובעים אם תובעו הכהן צריך ליתנו לכהן או להניחו ביד ב"ד וח"ו שיהיה לו זרוע רמה להחזיקו ע"ש וא"כ קשה למה קתני מת האב בתוך שלשים בחזקת שלא נפדה לאשמעינן רבותא טפי אפילו האב קיים ואמר שנתן לכהן פלוני והכהן מכחישו אינו נאמן וכופין הב"ד אותו לפדותו כמ"ש הש"ש דהואיל דהוא בתוך זמנו א"נ לומר שפדה ואי דהאב נאמן אפילו תוך זמנו במגו דנתתי לכהן שבקצוי ארץ וכדומה (וכמ"ש בטוען פרעתי שלא בעדים דנאמן במגו פרעתי בפני פ' והלכו למד"ה או מחו אף כאן יש לו מגו זו) וכיון דהיה טוען ברי ואין א' מכחישו אפשר דנאמן דא"כ

תפשוט דמגו במקום חזקה אמרינן ועוד היא גופי' צ"ע מה בכך דאין א' מכחישו כיון דחזקה אין אדם פורע ת"ז איכא אנן אמרינן דשקר דובר ועיין מש"ל בס"ק א' דהיכי דלא איתרע טענת שמא דלא ה"ל למידע אמרינן חזקה ועמ"ש שם מיהו מ"מ יש לו מגו דודאי אין הב"ד והכהן מזדקקים כלל בתוך שלשים לומר פדה בנך דלא מטי זימנא כלל רק במת א"ש דהוא מת תוך ל' ולאחר ל' תובע הכהן ליתומים והם אומרים דלמא פרע אבינו ולזה אמרינן הואיל ומת תוך ל' ודאי לא פרע משא"כ בחיי אב ותובעים לאחר ל' דקודם ל' ודאי לית תביעה ואמר שנתן תוך ל' הא אי' ליה מגו דעכשיו פרעתי ועכ"פ קשה תפשוט דאמרינן מגו וע"כ נ"ל דסיפא לאחר שלשים בחזקת שנתן איירי במשלם זמנא כמ"ש באסיפת זקנים להדיא בשם רמ"ך ע"ש ועיין מש"ל סק"ט וא"כ רבותא קמ"ל דלא מבעיא בחיי האב פשיטא דנאמן פרעתי במשלם זמנא אלא אפילו יתומים דבעלמא אינם נאמנים כמ"ש הראב"ד בזו נאמנים כמ"ש הואיל אף התובע לא טען ברי וטובא קמ"ל וקתני מת אב משום סיפא ודברי הראב"ד מוכרחים דיש לחלק בין אב ליתומים דאל"כ קושי' הנ"ל במקומו. שוב ראיתי דנראה דיש לראב"ד ראיה דגי' הרי"ף וכפי מ"ש המ"מ בהלכות שכירות פ"ז הלכה ג' היה גירסתו בגמ' ברייתא מיוחד על דין זה ולא המשנה דבכורות וכך היא כל שלשים יום בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן לאחר שלשים יום בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן והיא קאי על שכירות דהוא לשלשים יום. והקשה ג"ת והניחו בצ"ע הא יום ל' הוא יום דמשלם זמנא ונאמן לומר נתתי כדפשטינן מהך דשכיר בזמנו נשבע ונוטל וא"כ איך אמרינן כל שלשים בחזקת שלא נתן רק אחר שלשים בחזקת שנתן הא יום ל' ג"כ בחזקת שנתן ובאמת קושי' גדולה היא ולכן ס"ל לראב"ד מדקתני בחזקת ולא נאמן ואינו נאמן אלא דמיירי ביתמי וא"כ אף יום שלשים בחזקת שלא נתן כלל כי לא טענינן ליתמי ואי קשה א"כ הדרא קושיא הנ"ל לדוכתיה מה קאמר תוך שלשים תנינא הא ודאי ביתומים לא טענינן דהוה ל"ש והשאלה הוא ביה דטוען ברי דפרע י"ל דס"ל לראב"ד כמו שאכתוב ס"ק שאח"ז דודאי ס"ל לגמ' הך איבעיא קאי לר"ל וכדקי"ל הלכתא אין אדם פורע ת"ז אפילו ביתמי רק כל הספק אי שכירות הוי כמלוה בקביעות זמן או סתם הלואה ל' יום ושפיר פשיט דהא תנינא בתוך ל' יום בחזקת שלא נתן ואי הוה כמו סתם הלואה אף ביתמי טענינן פרוע כנודע וא"כ דהוי כקובע זמן וא"כ פשיטא דא"נ ולכך קאמר דלא מספקא ליה רק ביומא דמשלם וא"ש ודברי הראב"ד מוכרחים לגי' זו ומזו נראה י"ל כמש"ל בסק"ט דלרמב"ם משמע דאיבעיא אי אמרינן מגו במקום חזקה אפשט' דרך אחר דקשי' ליה לרמב"ם קושי' הגי"ת וסברת הראב"ד לא ס"ל לכך ס"ל דבלא"ה קשה לאחר ל' יום בחזקת שנתן פשיטא כדפריך בב"ב וצ"ל כדאמרינן

בב"ב דטען פרעתיך ת"ז. וזהו כל ל' יום בחזקת שלא נתן דל"ל מגו ואפילו ביום דמשלם זמנא כדעת התוס' דמגו מ"מ ל"ל. אבל לאחר ל' יום בחזקת שנתן תוך ל' במגו דעכשיו נתתי וא"ש ונפשט. וא"כ שם ב"ב הוא קודם דנפשט מהך דשכיר דעביד אינש דפרע ביום דמשלם זמנא א"כ שפיר קמספקא אי אמרינן מגו וכו' די"ל דברייתא כפשיטה וקמ"ל דוקא לאחר ל' אבל לא פרעתיך בל' אבל השתא דפשטינן בב"ב מהך דשכי' דפרע במשלם זימנא א"כ ק' קו' ג"ת ועכצ"ל כמ"ש וא"כ מוכח דאמרינן מגו וזהו פשוט ונכון. וכמעט נוטה למרכז האמת יותר ממש"ל בסק"ט אלא שקצת יש לפקפק דא"כ עדיין ה"ל לרמב"ם לכתוב דביום משלם זמנו ל"ל מגו וא"נ דפרע ת"ז כסוגית התוס' ודוק:

יב הא דאמרינן וכו' וכתב הרמב"ן בחדושיו לב"ב דף מ' דאפילו נותנים זמן בית דין מכל מקום יכול לומר פרעתי ת"ז בית דין והש"ך דחה ראי' שלו וכתב דדין זה צריך לעיון. והנה לברר דין שלו צריך חקירה מה הטעם במלוה לחבירו סתם אף דיש לו זמן ל' יום מכל מקום יכול לטעון פרעתי והנה הסמ"ע ברישׁ סימן נתן טעם דבקובע זמן הרי מגלה דעתו מתחילה עד הזמן צריך למעות ואם כן אמרינן חזקה דלא פרע תוך זמן מה שאין כן בסתם הלואה ל' יום דאין כאן גילוי דעת מתחילה דצריך למעות עד ל' יום ודברי' אלו הם בתשובות הרא"ש כלל ע"ו סי' ב' ע"ש. א"כ לפ"ז בתובע הוא מב"ד זמן ל' יום והב"ד נותנים לו הרי ג"כ גילוי דעת דנצרך לזוזי עד היום ההוא וג"כ חזקה דלא פרע תוך זמן כמו בקובע זמן. אך יש לפקפק בהך טעמא חדא מש"ל בסימן ל"ט במה דהקשו התוס' והרא"ש למה צריכה אלמנה שבועה על כתובתה הא הוי ת"ז דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים וקשה מה קושי' הא לא גילה דעתו דאיצטרך לזוז' וצררי עד היום ההוא רק ממילא לא ניתן כתובה לגבות מחיי' כמו סתם הליאה דהוא לשלשים יום. אך זו כבר ישבתי למעלה דבשטר אין פורע תוך זמנו אפילו בהתם הלואה בלי שובר לא אמרינן דפרע וכ"מ מדברי הב"ח ס"ס זה ע"ש דלא הביא ראיה לדבריו וברור דכוון למ"ש לעיל. אך אי קשיא מהא דלקמן בסי' שי"ז דברי מחבר והן דברי הרמב"ם דבשוכר סתם דסתם שכירות ל' יום אינו נאמן לומר דפרע ת"ז ולדברי המ"מ הוא ברייתא מפורשת בגמ' וקשה הא מ"ש מסתם הלואה ל' יום וכבר עמד בזה הרב הש"ך לקמן בסי' הנ"ל ס"ק ב' וביקש לומר דרמב"ם ס"ל כהנך רבוותא דלא מחלקי בין קובע זמן לסתם הלואה ולכך הניח בקושי' על הרב המחבר דהוא פסק בסי' זה לחלק בין סתם הלואה לקובע. איברא דאף דנימא דהא דאמרינן בגמ' שוכר אמר נתתי וכו' דבתוך זמן משכיר נאמן איירי בשוכר לזמן קבוע כמ"ש הש"ך להדיא עדיין קשה בשלמא אם קובע זמן להלואה גילה דעתו דליה ליה זוזי עד זמן ההוא אבל בקובע זמן ושוכר בית לשלשים יום וכי

בשביל זה גילה דעתו דל"ל זוזי עד יום ל'. הגבלת הזמן הוא לגוף שכירות הבית דנצרך לבית עד תשלום ל' יום או שאר זמן שגבל ומה ענין זה לזוזי רק זוזי ממילא לא נפרעין עד סוף דשכירות לא משתלמת רק לבסוף וכמו סתם הלואה ל' יום ובמרדכי ריש ב"ב דנתחבט בסופר שכתב ספר אי שכירות משתלמת בכל קונטרס כמו כל שפא זימנא כדלעיל באריכות והלא שם לא קבע זמן כלל רק ממילא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וכו בקישי' הגמ' מכותל הנבני' דהוי ת"ז עד גמר ד' אמות וכי מתחילה קבע זמן וגילה דעתו דאצטריך לזוזי הלא הדבר ממילא כמו בסתם הלואה:

ולכן צריך לומר בדעת הרא"ש דכי בעינן גילוי דעת דאיצטריך לזוזי אבל לא בסתם הלואה היינו היכי דחיובו ברור. ואמרינן דעביד דפרע גו זמנא אבל בדבר שאפשר שלא יתחייב כלל כמו בכתוב' דאולי תמות בחייו או הבית בשכירות דאולי יפול הבית וכדומה כמ"ש התוספות בשמעת' הנ"ל בזו אפי' בסתם בלי גילוי דעת לא פרע ת"ז וכן בכותל אולי לא יבנה. ולפ"ז אין מקום לקושית הש"ך לקמן בסי' שי"ז בשכירות דשם אפי' בסתם שכירות דהוא ל' יום מכל מקום לא פרע גו זמנא וא"ש. ובזה יש ליישב גם כן כמש"ל בס"ק ז' דרמב"ם נתן טעם בהך מד' אמות ולמעלה משום מי יימר וכו' ולא משום דה"ל תוך זמנו. דהא בזה קושיא הנ"ל שפיר דה"ל כסתם הלואה דלא גילה דעתו דאיצטרך לזוזי רק דאין מחויב לשלם עד גמר הכותל ובזו לא שייך שמא לא יבנה דהא כ' מהרש"א במה שתלוי ברצונו לא שייך שמא יבנה ע"ש. ולכך סבירא ליה הקושיא הגמרא גם כן להוכיח דלא זו בקובע זמן אפי' בסתם הלואה אמרינן אין אדם פורע אבל באמת דקושטא דמילתא דיש הבדל בין קובע לסתם כדדייקינן מלישנא דר"ל ע"כ צ"ל בהך לא מטעם אין אדם פורע ת"ז רק מטעם מי יימר וכו' ויפה כתב הרמב"ם. אך אין זה עולה בכוונת דברי התו' דכתבו להדיא דוקא קובע וכו' ומכל מקום כתבו דהמ"ל על הך מד' אמות ולמעלה בתוך זמנו וקושיא הנ"ל במקומו דבזה לא שייך שמא לא יבנה כמ"ש מהרש"א. והעיקר מה דקשיא לי לזה הטעם הא דמספקא לן בב"מ ביומא דמשלם זימנא אי עביד לשלם השכירות או לא וקשה מה זו הספק הלא כבר בררנו דשכירות אפילו בשכרו לזמן הוי כסתם הלואה רק כל הטעם דאינו פורע אולי יפול הבית ותינח באמצע זמן שכירות אבל במשלם זמן בפנות היום מה איכפת ליה אם יפול או לא. הא כלה זמן שכירות ואין לו לדור בתוכו רק רגע מרגעין ואם כן לו יהיה דהוי בתוך זמן הא גם כן יכול לטעון פרעתי כמו בסתם הלואה ומה זו ספק והראב"ד כתב דלא טענינן ליתמי וקשה למה יגרע מסתם הלואה בתוך ל' יום ואפילו נדחוק בתחילת היום דמשלם אפשר דיש לו לדור כל היום מה נימא בסוף היום בבוא השמש וכ"ת באמת בהא לא מספקא

דז"א מלבד דדעת הש"ע דכל הספק בסוף היום לבד אף גם אם כן מה פשוט משכיר בזמנו הא שם כבר פנה היום ולתי' הראב"ד כפמש"ל בס"ק ט' פרע ברגע קודם שקיעת השמש. והא בזה לא מספקא כלל. ומכ"ש לדעת הריטב"א דיכול לתבוע במשלם זמנו בב"ד השכירות ע"ש בא"ז ועיין מש"ל בס"ק ח' אם כן ש"מ דלא חיישינן במשלם זמן שמא יפול דהא יכול לתבוע בב"ד אם כן מה קמספקא ליה וכ"ת הא גופא מספקא ליה אם יכול לתובעו אם כן מה פשיט משכיר הא ודאי דא"י לתובעו קודם שקיעת השמש כדתנן שכיר יום גובה כל הלילה. ולכן נראה טעם אחר לחלק והוא מה שהעליתי לעיל בסי' ס"ז בסתם הלואה ל' יום אי תפס משל לוה בתוך זמן לא מפקינן מיניה דאין הזמן רק דאין ב"ד נזקקין לו עד זמן ההוא דאולי לית ליה זוזי דמאן דיזיף לאו לאטמוני גו ביתא יזיף אבל ביש לו חיוב גברא עליו לפרוע ולכך אי תפיס לא מפקינן מניה ולכך שביעית משמטו כמש"ל ולכך י"ל אולי הוה ליה זוזי ויפה עשה דסילק חיובו ופרע או אולי תפס המלוה משלו והוצרך להניחו בידו לפרעון משא"כ בקובע זמן דאין חיוב עליו לפרוע אפילו ביתו מלא זהב וכסף. ואי תפיס מפקינן מיניה כדלעיל בסי' ס"ז ולכך אין שביעית משמטתו וכן בכתובה דלא ניתן לפרוע כלל עד אחר גירושין או מיתה וכן בשכירות דאין חיוב כלל עליו עד לבסוף דאיכא למ"ד דאין התחלת מלוה כלל עד לבסוף כדפליגי אי ישנה לשכירות מתחילה עד סוף וכו' ואי תפיס משכיר מוציאין מידו לכ"ע אם כן ה"ל כקובע זמן ולא עביד לפרוע תוך זמן ואפילו בסתם שכירות דכיון דהוי כשכרו על שלשים יום חזר הדין דשכירות אין חיוב עליו כלל עד סוף זמן השכירות ואי תפס המשכיר מפקינן מיניה דכללא הוא דאין שכירות משתלמת אלא לבסוף ולא דמי סתם שכירות לסתם הלואה דשם סתם הלואה עקרו לזמן פרעון אבל כאן סתם שכירות הוי שלשים יום עיקרו שישתמש בו ופרעון הדרן לכללא דאינה משתלמת אלא בסוף. אפילו יש לו אלפים וחזקה אין אדם פורע ולק"מ מכל הקושיא שכתבנו ובפרטות במה שכתב הש"ך. ומעתה דינו של רבינו הרמב"ן אמת ויציב דב"ד שנותנים לו זמן ל' יום הוא באין לו זוזי אבל ביש לו זוזי וכי יתנו הב"ד זמן והב"ד נותנים זמן מבלי לנגוש אותו אבל על הלוה חיוב גברא לשלם לו כל רגע כשמעות מוכן בידו דהא המלוה לא נתן לו זמן בטובו כלל ואם כן אם יזדמן לו מעות פשיטא דפורע תוך זמנו ופשוט ונכון. ובזה חשבתי ליישב דברי הר"י בתו' דכתב דלא קשה לאביי ורבא דסבירא להו אדם פורע תוך זמנו מהך משנה כל שלשים יום הוא בחזקת שלא נתן משום דהתם לא שייך דלא ליטרדן דה"ל ממון שאין לו תובעין (ומזו נראה דלא כדעת הישי"ש שהבאתי לעיל בס"ק י"א ע"ש) והקשו עליו אם כן מה קאמר הגמרא בתוך זמנו תנינא תוך ל' בחזקת שלא

נתן הא שם שאני דלא שייך דלא לטרדן ולכאורה קושיא גדולה עד שיש לתמוה על הר"י איך העלים העין הבדולח מגמרא בעידנ' דעסיק ביה. אבל לפי הנ"ל ניחא דודאי כי יש חילוק בין דלא לטרדן לאביי ורבא דסבירא להו דלכך פורע ת"ז אבל לר"ל דסבירא ליה אין אדם פורע ת"ז דלא חש לטרדא דמכל מקום אין פורע ת"ז. אם כן י"ל דשם הא דמספקא ליה שוכר אמר נתתי ודאי ידע מילתא דר"ל והלכתא דאין פורע ת"ז דאל"כ למה שאל בשוכר ולא במלוה. רק מספקא ליה דר"ל אמר קובע זמן אבל סתם הלואה לא מ"ט דר"ל אי הטעם כמ"ש הרא"ש וסמ"ע אם כן בשוכר לא שייך זה דהגבלת זמן הוא לזמן שכירות ולא דלית ליה זוזי כנ"ל ואם כן השוכר נאמן אף לר"ל או הטעם כמ"ש בקובע אין חיוב עליו לפרוע אף דאית ליה זוזי ואם כן אף בשוכר כן כמ"ש ולכך שפיר פשיט ליה מפדיון הבן דשם גם כן אין קביעת הזמן בשביל דלית ליה זוזי רק התורה אמרה ופדויו מבן חודש וע"כ הטעם כנ"ל דאין חיוב פרעון עליו ול"ל דשאני התם דלא שייך דלא לטרדן דלר"ל לא אמרינן הך סברא כלל ובהכי ניחא לדעת האומר מילתא דל"ש לא טענינן ליתמי מה ראיה מייתי הגמרא מהך דפדיון דלמא לא שכיחי לפרוע תוך זמן רק אי טען מהני ככל טענות דל"ש אבל בבכור דמת אב ליתומים לא טענינן וצ"ע לכאורה ולפמ"ש ניחא דכל ספק הוא אי דמי לסתם הלואה או לקובע זמן וידע הגמרא בסתם הלואה טענין אפי' ליתמי ואם כן מוכיח מהך משנה דדינו כמו בקובע וזהו רק הנרצה דדינו כמו בקובע ולייתר לא נחית הגמרא לדייק. (וגם התם י"ל שייך טרדא כמ"ש בס' אסיפת זקנים טרדא דמצוה) . ולר"ל לא מצינו כלל חילוק בטרדא לאינו טרדא כלל ולעולם אמרינן בסתם הלואה פורע וא"ש ודוק. והתו' פקפק עליו דגם לר"ל יש לומר הך סברא דלא ליטרדן עכ"פ ובזו נחלקו בעל תו' אבל ח"ו לומר דיהיה מר"י נעלה גמרא ערוכה:

סימן עט

א **ואמר** להד"ם וכו' ואם אמר לא לויתי יש בתו' שם בשבועות דף מ"א ע"ב ד"ה לא לויתי שני תי' לחד תי' באמת באומר לא לויתי יכול לפרש דבריו לא עמדתי בהלואה ופרעתי רק באומר להד"ם בזו ליכא לפרש כן ולחד תי' אף באומר לא לויתי לא מצי לפרש דבריו דהאומר בב"ד מידק דייק לומר דבריו ברורים ומסתימת הפוסקים משמע כתי' ב' וגם בתו' בס' כריתות משמע ג"כ הכי דכל קושיא התו' מהך דכריתות באומר לא נטמאתי והעדים מעידים דנטמא דמפרשינן דבורו לא עמדתי בטומאתי כי טבלתי ושם תי ריב"א דלגבי קרבן נאמן על עצמו לפרש דבריו אבל לא לגבי חבירו לפטור

מתשלומין, וגם כל קושית התו' מהך דלא נטמאתי והרמב"ם בפי"א מהלכות שגגות פסק בהך דלא נטמאתי גופי' א"נ לומר לא עמדתי בטומאה וטבלתי ועיין שם מ"ש הכ"מ והלח"מ ובחידושי הארכתי:

ב **שהרי** זה הוחזק כפרן הוא לשון הרמב"ם וכבר השיגו הראב"ד דאין צורך לזה הטעם והיינו דהא מוכחש מעדים ומהודאת פיו והש"ך בסעיף קטן ג' כתב דקמ"ל אפילו יטעון אחר כך פרעתי דתו א"נ לעולם ואין לשון הרמב"ם מורה ע"ז כי לא נזכר מזה דבר. ול"נ ודאי אם בא הלוה להשביע למלוה שלא נפרע א"צ טעם כלל דאיך ישבע שלא פרע והעדים מכחישין כמ"ש המ"מ ועוד דהא מחייבים אותו לפרוע וכי נחשדו העדים דמשקרי רק ע"כ אמרינן הואיל והודה דלא פרע ה"ל הך פרעון מחילה ומתנה כמ"ש בטענו בחיטין והודה בשעורים דה"ל מחילה ולפ"ז איך ישבע הא הפרעון נמחל. אבל נראה לכאורה אם הלוה יטעון ישבע לי המלוה שהוה לי דחייב המלוה לישבע דאם ישבע שהלוהו לא ישבע להכחיש העדים אדרבא העדים מסייעין לו ולא קשה צורך שביעה למה הא עדים מסייע ליה זה אינו דהא המלוה מודה דהנך עדים שקרי נינהו דהא העדים העידו שפרעו והוא אמר דלא נפרע ואיך יסייע עצמי בהעדת עדים מה שהוא בעצמו מודה דהעידו שקר בב"ד והשתא בהימנו כבי תרי ועדים מעידים שפרעו דמ"מ צריך לפרוע ויכול להטיל עליו שבועה משום דפסלינהו לסהדי מכ"ש כאן לפי טענתו מודה דעדים העידו שקר בב"ד ואיך לא יזקיקו לשבועה ולכך נתן רמב"ם טעם דהואיל דהוחזק כפרן לא תקנו חז"ל שבועה דלא תקנו היסת לאנשים כפרנים ומוחזקים לשקרנים עפ"י עדים בב"ד וטובא קמ"ל ולחנם השיגו הראב"ד:

ג **ואיני** חייב לך וכו' והקשה בט"ז מה בכך דאמר איני חייב לך הלא יש לפרשו דלכך אינו חייב לו הואיל ופרעו ולא דלא לוה כלל ומדברי הש"ך בס"ק ז' נראה דעתו ליישב תמיה' זו ומפרש דאמר לכך איני חייב לך דיש לי כנגדו בידך והעדים מעידים שאין לו בידו אם כן הוחזק כפרן ואין זה סובל דברי רשב"א ומחבר דלא נזכר דעדים מעידים שאין לו בידו רק דהוי כאומר לא פרעתי ומה קמ"ל כיון דמוכחש מעדים במה שטען:

ויותר נראה דקאי על בו ביום דאמר אתה חייב לי באחד בניסן מנה והשיב יתכן דאני חייב אז רק אתה חייב אז כמו איתי סך לי ואם כן הוי כאומר אתה חייב אז לי ולא אני לך ואם באו עדים שבאותו יום לוה הרי הוחזק כפרן דאימת פרע קודם אחד בניסן הרי הלואה מאוחר לפרעון ואם אח"כ הרי הודה דבאחד בניסן לא היה חייב ומודה דלא פרע אח"כ ודוק כי נכון הוא:

ד **אבל** אם באו עדים תחילה וכו' זהו מ"ש הנ"י ליישב קושית הר"ן על הרמב"ם מהא דאמרינן ריש ב"מ מה לפיו שאין בהכחשה והזמה ופי' רש"י דאם אמר אני חייב לך מנה אע"ג דהכחישוהו עדים ואמרו אינך חייב לו כלום מכל מקום חייב וקשה ה"ד אי דאף לאחר הכחשת עדים עדיין עומד בדיבורו הרי מתנה בעלמא דקיהיב ליה ואי דחוזר לדברי עדים ואמר נזכרתי הרי לדין של רמב"ם באמת מהני. ולתרץ זה כתב הנ"י חילוק זה ובין אמר נזכרתי קודם שבאו עדים ובין אמר נזכרתי אחר כך ואולם המגיד משנה בפ"ד מהלכות טוען דכתב דקשי' ליה לרמב"ם מהך דלוה אומר מחצה נפרע ועדים מעידים כולו דפורע מחצה ולמה לא יטעון נזכרתי וכו' ש"מ דלא סבירא ליה לחלק כמ"ש הנ"י דאל"כ מה קושיא שם איירי דלא אמר נזכרתי עד שבאו עדים. וכ"כ הש"ך דמ"מ חולק ומסתברא כדעת המ"מ כי אין טעם לחלק דהא אם לא באו עדים כלל והיא אמר נזכרתי דפרעתי אינו נאמן רק כל נאמנותו של זה מכח עדים ואם כן איך יגרע הימנו' באומר כשבאו עדים הלא על זה נשען כל נאמנותו ועוד וכי נחשדו העדים לשקר ח"ו רק אנן אמרינן הודאת פיו מחייב ליה והרי אומר נזכרתי והסמ"ע ביקש לומר די"ל אולי על פרעון אחר אמרו ואין לזה טעם דאם כן אף באמר קודם לעדים דלמא עדים על דבר אחר אמרו והוא אינו נאמן זולת עדים ועוד הא עדים אמרו בפי' על זה החוב ואיך נשיאן לדבר אחר להוציא ממון. וכל דינו של הנ"י מכח קושיא הנ"ל וכבר עמד בזה הריטב"א בב"מ ותי' בדוחק ובאסיפת זקנים הביא תי' בשם הרשב"ץ דלעולם מיירי דעומד בדיבורו ואי קשה אם כן היינו מתנה מי לא עסקינן דהקנה כל נכסיו לאחר ומשום מתנה א"א רק מכח הודאה מחייבין ליה. וע"ש ועכ"פ לא סבירא ליה הך חילוק של הנ"י. ולענ"ד נראה דלק"מ דאם טוען חייב אני לך ועדים מעידים דפרע שפיר יש לומר שכחתי הפרעון ושכחה שכיח אבל באומר לויתי בו ביום ועדים מעידים דבו ביום לא לוה כי עמם היה ולא זז ידו מתוך ידם בזו אם חוזר ואומר האמת כדברי העדים אף לרמב"ם אינו נאמן דמה שייך שכחה לומר דנעשה מעשה ולוה מה שלא היה דברים מעולם ולא לוה כלל זהו אין שכיח דיגרום השכחה. וגבי שכיר אמרו בעה"ב טרוד בפועלים ושוכח הפרעון אבל קציצה מדכר דכיר דהוא תחילת החיוב זהו אין גורם הטרדה ושכחה ומכ"ש שיאמר שלוה מה שלא היה דברים מעולם וא"כ א"ש בגמרא מה לפיו שכן אין בהכחשה והזמה דאיירי דאמר לויתי ועדים אמרו לא לוה ועיין באסיפת זקנים שפירש בשם ר"ח דהזמה לא שייך בפיו דאמר באחד בניסן לויתי מנה מראובן בלוד ועדים מעידים שעמם היה ביום ההוא בירושלים. וכן בהכחשה לא זז ידינו מתוך ידך ולא לוית וא"כ אף דחוזר לדברי עדים לא שייך בזה שכחה כלל וא"ש ומכוונים

דברי הרמב"ם לדברי ר"ח ומדויק לשון הזמה ג"כ ולק"מ. ולכן כיון דרוב מפרשים לא ס"ל חילוק של הנ"י ובלא"ה לא מסתבר פשיטא דמצי הלוה לומר קים לי ואפילו אמר נזכרתי אחר כך פטור מתשלומין יברור:

ה **בפני** פלוני ופ' כתב הסמ"ע והב"ח בשם מהרש"ל דוקא באמר בפני פ' ופ' דה"ל לשום אל לבו דבר הנעשה בפניהם ולומר תיכף בב"ד זה לא היה בהלואה. רק במתנה וכדומה אבל באומר התם מנה הלויתיך והלה משיב להד"ם ובאו עדים שמנה בפניהם יכול לומר במתנה היה וכתב הסמ"ע דברי טעם הם והב"ח חולק וכ"נ דעת הש"ך ולענ"ד נראה כי דין זה צ"ע אף כי וודאי דאין כוונת המהרש"ל דיזכיר דוקא פליני ופלוני דהא אמרינן ועדים מבחוץ ופי' רש"י ולא הכיר הנתבע בהם ומ"מ הוחזק כפרן אלא כוונתו דוקא במזכיר לו עדים דכיון דשומע דהיו עדים והוא ידע דעדים היו אז באותי מעמד ה"ל ליתן אל לבו אבל באומר סתם מנה הלויתיך מה יתן אל לבו מה שלא היה בהלואה כלל ומה ישיב יותר מלהד"ם ולא הלויתני וכי כרוכלאי יאמר מה שעסק עמו כל הימים וכמה מתנות ופרעון הגיע לו מאתו דבר זה רחוק משכל. ולכך דייק רש"י מבחוץ ולא הכיר הנתבע בהם פי' דידע מעדים רק לא הכירן מי המה ולא פירש דלא ידע מהן דודאי ידע רק לא הכירן מי המה ועכ"פ ידע דהיו עדים במעמד וה"ל ליתן אל לבו כשזה מזכיר לו שהלוהו בעדים דאולי כוונתו על זה המעשה דנעשה בעדים. וגדולה מזה י"ל דאם אמר מנה מניתיך והוא אומר להד"ם וע"א מכחישו דאין כאן חיוב שבועה דעל ע"א לא מדקדק לידע ולשים אל לבו ולכך אם היה שני עדים זא"ז בזה אופן לא מצטרפי ואינו דומה להלואה אחר הלואה דאין זה כלל נותן אל לב בשאינו שני עדים במעמד הענין ולכך לא הוחזק כפרן וכן יש ראיה מדברי ראב"ד בבעה"ת שער י"א ח"ב ד"ב דהקשה ל"ל עדות מיוחדת כשר בד"מ הא אפי' הלואה אתר הלואה מצטרף ותירץ דאתיא להך גוונא מנה מניתי בעדים ואמר להד"ם ועדים מעידים שראו אפילו אחד מחלון זה ואחד מחלון זה מצטרף ועדיין קשה הא אף בזה זא"ז מצטרפין כמו בהלואה אחר הלואה ועדיין ק' מה קמ"ל וכן הקשה הג"ת. אבל לפי הנ"ל ניחא דבזה אין מצטרף דאין נותן לב לדעת ולזכור כשלא היו ב' עדים במעמד העסק ודברי מהרש"ל ז"ל לכאורה מוכרכים. אך ממ"ש בס"ק אח"ז מוכח מדברי בעה"ת להיפוך דאפילו בהכמנה ולא ידע מעדים מ"מ אי טען להד"ם הוחזק כפרן. ולכן דין זה צ"ע:

והנה הב"ח רוצה לחלק בין מנה מניתיך דה"ל לאסיק אדעתא משא"כ באומר הלויתיך דלא אסיק אדעתא על מנה דלא היה בהלואה כלל והסכים עמו הש"ך ולא נראה דברמב"ם וכן בטור וש"ע נאמר להדיא תן לי מנה שהלויתיך ורמב"ם דייקנא היה לבל

שנות הדברים שהדין תלוי בו. וגם לא הבנתי בתבע מנה מניתיך ע"כ יפרש דבריו דהי' בהלואה דאל"כ מה תובע ממנו ואם מפרש דהיה בהלואה עדיין י"ל לא שמתי לבי על הנתי' שאינה בהלואה כלל. ולכן אין לזוז מסתימת ל' כל מחברים. ועיין אורי' ס"ק י"ג דהכי דייק לישנא דטור ומחבר כמהרש"ל:

ו **אבל** אם טען וכו' דברים אלו אמורים בבעה"ת שער י"א ח"ב ד"ב והביא ראיה מהא דאמרינן מנה מניתי לך ועדים רואים אותו בחוץ דאמרינן והלה מה קטען אי להד"ם הוחזק כפרן אי אמר אין שקלי ודידי שקלי כי אתו עדים מה הוי דהא אמר אין שקלי ודידי שקלי וכו' עכ"ל ויש להבין מה ראי' יש משם דלא קאמרי העדים דקיבלו בתורת הלואה רק ראו מנין סתם פשיטא די"ל בתורת מתנה או בתורת פרעון קבלתיו אבל בשומעם שמקבלן בתורת הלאה באמת אינו נאמן לומר אמתל' באלה וצריך לומר דא"כ מה קשאל והלה מה טען דלמא השאלה היה כך עדים ראו אותו מבחוץ ושמעו דנתן לו בדרך הלואה ולכך השאלה אי יכול לומר אמתל' או לא ורב המנונא דחיפש כל צדדי השאלה ונסתפק אי דטען להד"ם או דידי שקלי ולמה לא עמד בזה להכניסו ג"כ בגדר הספק דאי אמרו שמסרו לו בתורת הלואה והלה אומר אמתלא. אלא ודאי דאף זה בכלל מאמרו אין שקלי ודידי שקלי דמהימן ישמעו עדים מה שירצו כיון דלא ידע מהעדים מהני אמתלא ואי איירי דראה עדים רק לא הכירן פשיטא דלא מהני אמתלא ואל"כ בטלת כל מלוה בעדים ולפ"ז מוכח מזה דאפילו ראו העדים גוף הנתינה ושמעו דקיבל בתורת הלואה מ"מ כל שיכול ליתן אמתל' נאמן דהא מבואר בגמ' דעדים רואים אותו מבחוץ ועדות מיוחדת זה מחלון וזה מחלון זה מכשירין כמ"ש הראב"ד ש"מ דבעי ראיה וכן משמע ג"כ מהא דמביא ראיה דהכמנה לא מועיל ונאמן באמתל' מהא דאמרינן שאין מכמנים עדים אנא למסית ומדיח ואלו במסית בעינן שיראו עדים אותו כדאמרינן סנהדרין דף ס"ז הן רואין אותו ושומעין קולו ופירש"י דאי לא חזו ליה אע"ג דשמעו קליה לא מצי לאסהודי עליה וש"מ דבנדון זה אפילו חזו ליה לא מועיל. וזהו דלא כש"ך ס"ק י"ג דכתב דוקא דעדים לא ראו הלואה בעיניהם רק שמעו שנתן לו דרך הלואה אבל ראו הלואה ממש בעיניהם אינם יכולים לטעון שום טענה. ומזה מבואר ההיפוך מכל ראיה של בעה"ת ומה שהוכיח הש"ך מהא דלקמן בסי' פ"א סי"ב כל שראו הלואה אפילו בהכמנה מעידים עליה הינו לענין דלא יכול לטעון להד"ם או במקום שאין לו אמתל' אבל במקום דאיכא אמתל' נאמן. ויפה העלה לדינא הג"ת דלא טענינן ליתמי אולי היה חי היה נותן אמתל' דמן הסתם מחזיקין בחזקת הלואה ולכך מעידים בסתם עליו כמ"ש הש"ע אבל באמת אי טען אמתל' נאמן אך לפ"ז דס"ל לבעה"ת דבהך עדים רואים אותו

מבחוץ דיכול לומר דידי שקלי אפי' בהלואה הואיל והיה בהכמנה ש"מ דרואין אותו מבחוץ פי' בהכמנה ומ"מ קאמרינן בלהד"ם הוחזק כפרן וזה סתירה לדברי מהרש"ל הנ"ל ודוחק לומר דאף דמתחילה היה בהכמנה אבל אח"כ נתוודע לו כדמשמע בפני פ' ופ' וזה דוחק:

ז **אבל** לא לממון אחר כתב הרשב"א בתשובה תתק"ה ראובן שמוציא שטרות על שמעון ונתברר דגנב מקצת שטרות שהיה בביתו ראובן הוחזק כפרן על כל השטרות שמוציא על שמעון והביאו הסמ"ע והש"ך פקפק דלמה יפסלו שארי שטרות ואפשר דרשב"א לשיטתו דס"ל חשוד שא"י לישבע מפסיד וזהו חשוד דנתברר דגנב מקצת שטרות אבל לפי דקי"ל דחשוד גובה שטרו ליתא לדין זה. ובאמת בגוף תשובה מבואר דשמעון מת ואלמנתו מביאה ראיה דגנב שטרות. וא"כ דבא לפרוע מנכסי יתומים לכ"ע אין חשיד גובה דהיינו הך דרב ושמואל אין אדם מוריש שבועה לבניו וכמבואר לקמן ש"ע סי' צ"ב סי"ב וש"ך שם ס"ק י"ד ולק"מ אך לפי זה אם שמעין חי ליתא לדינא של רשב"א כמ"ש הש"ך אבל באמת המעיין ברשב"א יראה לא מטעם חשוד פוסל לשטרות רק כיון דגנב מביתו א"כ אזלת חזקה שטרך בידי מה בעי דבאמת היה ביד הלוה רק הוא גנבם ואיתרע חזקה דהא חזינן דגנב מביתו שטרות ופשוט:

ח **ובאו** שני עדים וכו' ועיין סמ"ע דכתב ב' דעות אם אמר לא לויתי ובא ע"א שלוה וחזר ואמר פרעתי אי דנין בו משאיל"מ או לא כי דעת הרמב"ם וכ"כ הטור ומתבר בסי' ע"ה דדנין בו משאיל"מ אבל הרשב"א ס"ל לא דנין ביה ונשבע היס' שפרעו ונפטר ודעת הסמ"ע דהטור כתב בזה הסי' נשבע ונפטר הוא דעת רשב"א וכבר צוחו אחרונים דא"כ הטור סותר דבריו פעם כה ופעם כה. ואני מוסיף לשיטת הטור דס"ל מגו לפטור מן שבועה אמרינן א"כ אף ש"ד ליכא באומר לא לוה וע"א מעיד שלוה מגו דבעי אמר לויתי רק פרעתי והוה נאמן בהיסת ודבר זה לא שמענו בהכחישו העד דלא יתחייב ש"ד ולכן ברור דהטור הואיל ועיקר כוונתו להודיע בזה הסי' אם הוה הוחזק כפרן נקט מילתא במקום דלא שייך משאיל"מ ולהודיע דאפילו על גוף הטענה שאמר מתחילה להד"ם נשבע היסת שפרע והיינו כגון דתבעו שטרות או שכירות הקרקע דלית ביה ש"ד ולא דנין ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם כנודע רק ה"א הא הוחזק כפרן וזה אמר שלא הוחזק כפרן. וא"ש ובהכי ניחא מ"ש דטען א"י דפטור דקשה בממ"נ אי טען אינו יודע אם פרע הא חייב לשלם ואי א"י אם לוה והעד הוא שמעיד שלוה הא מתוך שאיל"מ וע"ש בב"ח וש"ך דדחקו בזה ולפמ"ש ניחא דמיירי מהנך דלית ביה ש"ד ולכך בטוען א"י אף דהעד מעיד דלוה פטור דלית ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם וא"ש: ואמת

כי מתחילה עלה ברוחי דדעת הטור לחלק בטוענו מפי עצמו והעד מעיד גם כן דחייב הוא דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל בטוען עפ"י העד כיון דדעת הרבה מחברים דאין זוקק לשבועה כלל די דנימא דיתחייב לישבע אבל מ"מ אין ראוי לדון בו מתוך שאינו יכול לישבע משלם כיון דבלא"ה הרשב"א חולק וס"ל לעולם לא אמרינן ביה בכה"ג מתוך שאינו יכול לישבע משלם ולכך לעיל בסי' ע"ה כתב הטור טענו לו מנה בידך וכפר והביא ע"א והכחישו דהרי דהתביעה היה זולת העד טענת ברי מהתובע ולכך פסק משאיל"מ משא"כ כאן סימן ע"ט כתב סתם וע"א מכחישו דמשמע דכל הכחשה היה מפי עד כי התובע לא ידע זולתו ולכך פסק כרשב"א ולק"מ: אך הואיל ולא מצאתי חילוק זה במחברים וגם עדיין יקשה במ"ש הטור בטוען א"י דפטור ובתי' הראשון הכל מיושב נעל"ד נראה עיקר כתי' ראשון והמעיין יבחר אבל עכ"פ לדינא העיקר כרמב"ם דדנין ביה משאיל"מ בכל גווני:

ט **משום** שראה העדים שבאו פי' הש"ך דהיו עדים ממשמשים ובאים וניכר הדבר שמחמת ביעתותא קמודה ועיין לעיל בסי' י"ד בסופו כתב הש"ך דמשמע מדברי הרא"ש וריי"ו דבכה"ג לא הוי הודאה והוחזק כפרן ואמת דכן משמע ברא"ש אמנם מ"מ להלכה נראה דהם סוברים דהלכה כראב"ש דאמר ראה עדים שממשמשים ובאים והודה לא הוי מודה בקנס דמחמת ביעתותא הודה וכ"נ דעת הנ"י בפרק מרובה דכתב בזמננו אי תפוס קנס והוא הודה לא הוה מודה בקנס דהוי הודאה מחמת ביעותית'. אבל מ"מ נראה דדעת הרי"ף ורמב"ם בפסקים דלא כראב"ש דהא העתיקו מילתא דרב סתם דמודה בקנס ואח"כ באו עדים דפטור ולא חילקו אם היה הודאה מחמת ביעתות' או לא וכן קי"ל הלכה כסתם משנה בסוף מסכת שבועות ומוקמינן כרבנן דאפילו ראה עדים מ"מ הוה מודה בקנס ופטור. ומה שטרח הגמרא לאוקמי רב ככ"ע אין כאן ראיה כי כך אורחא דגמרא להדר שיהיה מילתא דאמוראי ככ"ע אבל לא בשביל כך נפסוק כיחיד במקום רבים ונגד סתם משנה. ולעיל סימן א' פלפל הטור אי בזמנינו הוי הודאה בקנס ולא הזכיר כלל מסברת הנ"י הנ"ל ש"מ דס"ל דאין הלכה כראב"ש כלל וכן פסק בישו"ש:

אמנם אם באו והעידו שלוה ואמר פרעתי והוכחשו והוזמו אותן עדים ואח"כ באו עדים אחרים שהעידו שלוה נראה דהוי כמודה לאחר שבאו עדים וה"ל הוחזק כפרן: דכן נראה דפליגי שם בב"ק דף ע"ה ע"ב אי באו עדים והודה בקנס והוזמו ואח"כ באו עדים דס"ל לרבנן דלא הוי מודה בקנס הואיל והיה עדים ראשונים ועיין ברשב"א לב"ק דכתב דכן הוא דעת רש"י וראב"ד דלא ס"ל כראב"ש כי אם כרבנן ומ"מ ס"ל לחכמים

דלא הוי מודה בקנס וכ"כ הישׁ"ש אף דלא קי"ל כראב"ש מ"מ הלכה כחכמים וא"כ ה"ה בזה דהוחזק כפרן דמ"ש דהא הפוסקים מדמו הך מילתא להך דשם גבי קנס:

י **אתם** עדים וכו' אע"ג דלקמן בסי' קמ"ו סכ"ד הביא דעת ר' יונה בשם יש מי שחולק דאף דאמר חוץ לב"ד של אבותי ולא של אבותיך שוב א"י לטמו בב"ד של אבותי היה דלקחו מאבותיך ונתן ר"י הטעם דהוא בא לזכות עצמו באותו טענה ומכלל הטענה הורה בחובתו תו לא צריך אתם עדים ואף כאן הא נתכוון לזכות עצמו דאמר לא לויתי ומכלל זה יוצא חובתי דהודה דלא פרע וא"כ ה"ל למחבר לכתוב ג"כ מי שחילק דאפילו חוץ לב"ד א"צ א"ע. ונראה דס"ל למחבר בשלמא התם אמר בפי' ולא של אבותיך ולכך לא אמרינן נתכוון להשטאה משא"כ כאן באמת אלו אמר ולא פרעתיך פשיטא דלהך דיעה לא צריך א"ע אבל זה שאמר לא לויתי והקשה בתו' הא יכול לפרש לא נשארתי בהלואה ותי' דבב"ד מידק דייק וא"כ חוץ לב"ד דלא דייק יכול לפרש דבריו כמ"ש התו' להדיא ועיין מש"ל בס"ק א' דהעיקר כתי' זה של תו' ואם כן אין כאן ראיה מעדים כלל ואפילו טוען להד"ם י"ל ג"כ דלא דייק וגזירת הלשון כך דחוץ לב"ד ולא אמר א"ע לא דייק כלל וכוונת דבריו דלא חייב כלום משא"כ לקמן דאמר להדיא ולא של אבותיך וא"ש ומיושב קושית הט"ז:

סימן פ

א **אבל** יצא מב"ד כתב הש"ך בס"ק ג' דנ"ל דוקא כשכבר פסקו ב"ד שחייב מכח טענתו אבל אם עדיין לא פסקו ב"ד דלא אמרינן דטענת שקר אגמרהו דהא הוא חושב דגם בטענה שטען מתחילה יזכה בדין ודבריו הם בלי ראיה כלל ולשון הטור ומחבר מורה דקאי על לעיל על מי שטען טענה שנתחייב בה ובזה הש"ך גופי' פירש שהוא פירושו לא שנתחייב כבר בב"ד רק עומד להתחייב ועלה קאי הך חלוקא בין יצא מב"ד ללא יצא ש"מ דאף בכה"ג אי יצא מב"ד לא מהני טענתו וכן משמע מדברי ר"י הלוי והרמב"ם דכתבו אם אף בטענת ראשונה יכול לזכות אף דיצא מב"ד וחזר יכול לחזור ולטעון ולדברי הש"ך קשה מה אע"פ שיצא מב"ד וחזר דהא זהו אף דלא זכה בטענה ראשונה אין נ"מ ביצא מב"ד דהא עדיין לא נתחייב מב"ד. ומה איריא דיכול לזכות ועיין ריב"ש סי' שכ"ז באלמנה שטענה שהבית שלה מבעלה הראשון ואח"כ כשהראה לה שטר הודאה מבעלה ראשון חזרה לטמון שבעלה שני קנא' וכתב השואל דאין לה לחזור ולטעון הואיל ויצאה מב"ד והריב"ש בתשובתו כתב יפ' אמרה אלא שא"צ לזה דהא הוי מחיוב לפטור ע"ש ואלו התם לא נפסק כלל מפי ב"ד דבר כנראה להדיא בתשובה

ההוא ע"ש וכן ריב"ש סי' שצ"ב בא' שהודה שנתן לו ראובן כוס למשכנו ואחר כך טען שמשכנו באמת ונתן לראובן המעות וכתב הריב"ש אף על גב דקי"ל כשיצא מב"ד אין חוזר וטוען היינו כשמפרש דבריו בפי' רחוק אבל זה אין מפרש דבריו בפרוש רחוק דאמר דנתן למשכנו וכן נעשה הרי לולי כן לא היה אפשר לטעון אף דלא נפסק עדיין דבר על טענתו כמבואר שם בתשובה באריכות ולכן הדבר מבואר דלא כש"ך:

ב **אין** שומעין לו כתבתי בס"ב הקודם בשם ריב"ש לחלק דוקא כשמפרש דבריו בפי' זר ורחוק הוא דיש הבדל בין יצא מב"ד ללא יצא אבל כשמפרש בפי' פשוט אף ביצא מב"ד נאמן ומילתא דפשיטא לי' לריב"ש מספקא לי' לתו' ור"י בב"ב דף ל"א דאם אמר של אבותי והאי אייתי סהדי דה"ל שני חזקה והוא מפרש אבותי לקחו ממך דהוא פי' קרוב כדאמרי' שם אפילו נהרדעי דס"ל אין טוען וחוזר טוען בזה מודים וכמ"ש רשב"ם דאין עוקר דבריו כלל דשניהם אמת ומ"מ כתבו התוס' בד"ה ומודה וכו' דמספקא לר"י אי נפק חוץ לב"ד אי נאמן. ואמת דמדברי הרי"ף והרא"ש שהעתיק הך ומודו נהרדעי דאם אמר של אבותי שלקחו ממך דטוען וחוזר וטוען משמע כריב"ש דאל"כ למה העתיקו הא קי"ל דלא כנהדרעי דבכל גוונא טוען וחוזר וטוען אפי' באומר דסמיך עליו כאבהתי א"ו דקמ"ל הואיל ונהרדעי מודים בכה"ג דהוא פי' קרוב אפי' יצא מב"ד יכול לטעון דאלו הוי בגדר חוזר וטוען לא היה נהרדאי מודים:

אך מדברי הטור ומחבר לקמן סי' קמ"ו סכ"ד מבואר להדיא דאפילו בהך טענה דאבותי לקחו ממך בעינן שלא יצא חוץ לב"ד ואפילו ספק ליכא כמ"ש הר"י דשם הך מוחזק בקרקע וזה ברור:

ג **ודלא** כיש חולקים הוא מהר"ם בהג"ה מיימונות פ"ז מהל' טוען ונטען דאם אדם שותק בתחילה על טענת חבירו דיכול לחזור ולטעון ומהרי"ו כתב דאין אדם יכול לטעון טענה שלא טענה כבר דהואיל ולא טענה מתחילה הוי כאלו הודה והכריע הרמ"א כמהרי"ו הואיל והרא"ש בתשובה סי' ס"ד דין ג' מסכי' והרב הש"ך השיג דמודים הרא"ש ומהרי"ו למהר"ש בשתיקה רק הם מיירי שטענו תחילה טענה שנתחייב בה ועכשיו באי' להוסיף בטענה מה שלא טען תחילה. אבל בשתיקה מודים למהר"ם והאמת אתו בתשובת הרא"ש דשם אמר מתחילה שהבטיחו לתת לו רביעית מהחביות של יין ואח"כ ביקש לומר שתנאי הי' ע"מ שיקח ג"כ רביעית בקנין היין ע"ש ושפיר כתב הרא"ש דהוי כחוזר וטוען לכ"ע. אבל במהרי"ו א"א לכוון דברי הש"ך דהא מהרי"ו הביא ראיה משני שותפין דקטען אחד ושותפו אית במתא ולא קטען ש"מ קבוליה עליו וסיים מהרי"ו אלמא כיון דשתק אחולי קמחיל והוי כמו שהודה דחבירו שפיר טען וכ"ש מילתא דאיהו גופיה מצי

לטעון ולא קטען וכו' עכ"ל הרי דמיירי להדיא משתיקה ולא כמ"ש הש"ך דטען להדיא טענה שנתחייב בה דזה אין ענין כלל להך דשותף דאיתא במתא ומה צורך מהרי"ו להביא ראיה ממקום אחר והלא ממקומו נלמד בפ' חזקת אי טוען וחוזר וטוען אלא ברור דמיירי בשתיקה. והנה נראה דהך דינו של מהרי"ו ומהר"ם תלי לכאורה בפלוגתא דאמוראי ב"מ דף ל"א בגזל לא' מה' וא"י מאיזה מהן גזל דס"ל לר"ט מניח גזילה ביניהם ומסתלק ושאל גמרא והלה מה קטען ר"י אמר רב הלה שותק דשתיקה דהכא לאו כהודאה דמצי אמר האי דשתקי לכל חד דאמינא דלמא האי ומחשב לישב עצמו ור"מ אמר רב הלה צווח אבל שותק שתיקה כהודאה דמי הרי להך מ"ד אף דא"ל אמתלא גדולה דחשב לישב בלבו לדעת מי הוא זה ואיזה מ"מ הוי שתיקה כהודאה. והריטב"א בב"מ כתב דהוי ספיקא כמאן מהך אמוראי הלכתא אמנם לפי מ"ש הגהת הרא"ש בשם א"ז וביותר כפי מ"ש בא"ז בשם תוס' שאנץ ותלמיד הרב ז"ל הלכה כהך מ"ד דלאו הוי כהודאה וכתב נראה דכל דבר שיש לתלות שתיקתו לפי שמחשב בלבו מה יאמר לא אמרי' שתיק' כהודאה ואל"כ היה כל אדם נתפש שאין יכול למה' ולענות ואפילו בהך דהכא אם טען ואמר מה ששתקי לפי שהייתי מחש' בלבי להכירך אם אתה את אשר גזלתיך אם לאו ה"נ דמהימן אבל אם לא טען לא טענינן ליה. ע"ש הרי דדעת' לפסוק כהך מ"ד והן ממש דברי מהר"ם ולענ"ד מכאן למדו מהר"ם ואמת כי לשון הגהת הרא"ש משמע דאפילו להך מ"ד הלה צווח כתבו כן דיכול לומר אמתל' זו כנראה מלשונו אבל לא כן משמע בגמ' דזה הוא דאמרינן בגמ' למ"ד הלה שתק דהאי דשתק דאמינא וכו' וכן מבואר באסיפת זקיני' דלמדו זאת להך מ"ד דס"ל אפילו הלה שותק. וא"כ לשיטת האס"ז הך מילתא במחלוקת שנוי' אבל נראה הואיל הרי"ף ורמב"ם ורא"ש השמיטו להך פלוגתא כלל ואף דליכא נ"מ לגבי גזל דקיי"ל כר"ע דצריך לשלם לכל אחד מ"מ נ"מ בלקח מא' מחמשה דקיי"ל דמודה ר"ע לר"ט וקושיא זו הקשה הריטב"א ז"ל ולא תירץ כלום ולכן צריך לומר דהם ס"ל בעלמא פשיטא דלא שייך שתיקה כהודאה כדאמרינן דחושב להתיישב אבל בגזל אין אדם נעשה ברצון גזלן לכל א' ולכך לא ה"ל לשתוק ולומר א"י אם גזלתיך ולא גזלתי רק לא' ולכך הוי שתיקה כהודאה ולפ"ז בעלמא ליכא נ"מ בין הפלוגתא דפשיטא דלא הוי כהודאה רק בגזל ובגזל הא קיי"ל דצריך לשלם לכל א' ולק"מ. ולכן דברי מהר"ם לענ"ד מוכרחים מהנ"ל. ולכן נראה דלא פליגי כלל רק מהר"ם מיירי קודם שיצא מב"ד וא"כ יכול לומר אמתל' הנ"ל כי חשבתי כי נתתי ללבי ליישב במה להשיבך דהא מהר"ם נתן טעם דהרי אפי' טענתו יכול ליישב אע"ג דנראה קצת סותר לדבריו הראשונים ומכ"ש דיכול לישב שתיקתו דלאו כהודאה דמי הרי זה בא ללמד ונמצא למד

דוקא במקום שיכול לישב טענתו והיינו בלא יצא מב"ד אבל ביצא מב"ד הא אין יכול ליישב טענתו ואף שתיקתו א"י ליישב. וכל פילפול הגמ' הנ"ל הכל מיירי באותו מעמד כנראה מלשון דגמ' ע"ש אבל מהרי"ו איירי ביצא מב"ד כמ"ש מראיה דשותף דזה כבר נפסק הדין בין שותפו ושפיר י"ל אגמרוהו טענת שקר וכמ"ש מהרי"ו דא"כ כל אדם יעשה כן כשיראה שיתחייב בדין וא"כ מה כח ב"ד יפה והיינו הדבר מבואר דכבר נפסק הדין ויצא מב"ד וא"כ כמו דא"י ליישב טענתו אף שתיקתו א"י ליישב ולק"מ ושניהם כאחד ישרים ונכונים:

סימן פא

א **משטה** הייתי בך כתב הש"ך ה"ה דמ"ל טעיתי דעדיף מטענת משטה הייתי מכח זה נתקשה הא דדייקינן בגמרא דסנהדרין ממשנה דבעי דוקא א"ע דיכול לטעון משטה דלמא הטעם דיכול לומר טעיתי וע"ש שתי' בדוחק מלשון לא אמר כלום. אמת לי נראה ברור דטענת טעיתי גרוע מטענת השטאה דמשטה שכיח כמ"ש הואיל והשטה בי לתבוע מה שאיני חייב לו ואף אני משטה בו להודות בדרך שטות והשטאה אבל שיהיה אדם טועה זהו לא שכיח כי אדם מדקדק בדבריו וענינו ואלו שכיח מה מהני א"ע הא באמת חשב דחייב ולכך הודה רק דטעה וצ"ל והואיל ואמר א"ע מידק דייק ועוד הא דבעי ש"ס אי אדם משטה בעת מיתה או לא תיפוק ליה דנטעון ליה דטעה וגבי ש"מ שכיח יותר הטעות מגבי ברי ועיין מש"ל בכללי מגו ועכצ"ל דאין נאמן טעיתי רק במגו דהשטאה ובמקום דלא שייך השטאה אף טעיתי אין יכול לטעון ולק"מ וא"כ א"ש דדייק הגמרא ממשנה די"ל משטה אני בך ולכך צ"ל א"ע דאל"כ אף טעיתי אינו נאמן:

ב **וצריך** לישבע וכו' הסמ"ע כתב דג"כ צריך לישבע שאין חייב לו דמה בכך דכוון להשטות מ"מ אם בלא"ה חייב לו פשיטא דצריך לשלם והא דלא סגי בהך שבועה גרידא דאין חייב לו כתב הסמ"ע די"ל מסתמא הואיל והודה ודאי חייב לו ואין אנו מאמינים לו שאין חייב לו. וכ"כ הש"ך. ודבריהם דחוקים דאין שייך דאיך אנו מאמינים לו הלא ישבע דאינו חייב לו כלל ואם אנו חושדים דישבע לשקר אף על זה ישבע לשקר ומה אולמא הך שבועה מהך שבועה. אבל ברור דקיי"ל דיכול לחייב עצמו באמירת א"ע דאף דלא היה חייב מעולם רק באמירת פיו מתחייב כדלעיל סי' מ' א"כ ה"ה בלי אמירת א"ע רק כשכוונתו היה להתחייב ולא בדרך השטאה מתחייב דאמירת א"ע אין מועיל לגוף החיוב רק מועיל שלא יכול לומר משטה הייתי אבל אם באמת כוונתו לחיוב בלא השטאה הרי זה מתחייב כמו אלו אמר א"ע ולכך ש"מ מתחייב אעפ"י דלא אמר

א"ע מפני שאין אדם משטה בעת מיתה הרי דגוף התחייבות לא תלי כלל באמירת א"ע רק לשלול טענת השטא' הא אי לא נתכוון להשטות מתחייב וא"כ א"ש דצריך לישבע בפרטות שכיון להשטות דאף דאינו חייב לו כלום אילו לא כיון להשטות מתחייב לו באמירת פיו עכשיו ולק"מ. ובתשובה הארכתי למה לא אמרינן כיון דבפיו מתחייב מה בכך דבלבו היה כוונה להשטות הא קי"ל דברים שבלב אינן דברים. וצ"ל כיון דהרגילו להשטות לא ה"ל דברים שבלב דדברים שבלב הוי היכי דפה סותר הלב אבל כאן הכל שוין דגם בפיו הוא רק דרך שטות ושחוק ואין פיו סותר כוונת הלב כלל וזה ראיה לדברי תשובת התשב"ץ בא"ע סי' ע"ב ודלא כב"ש שם ס"ק ה' ובחדושי לא"ע הארכתי ע"ש:

ג **שהוא** כדבריו וכתב הש"ך ס"ק ב' לא טען ברי שחייב לו א"י להשביעו דה"ל טענת שמא ואין משביעין מספק ולדבריו לא ידעתי א"כ מה קמ"ל הרא"ש ומרדכי בשם ר"ס גאון דמשביעין אותו היסת בממ"נ אי לא טען ברי שאתה חייב לי הא אין כאן שבועה לדעת הש"ך ואי דטען ברי שאתה חייב לי הא בלא"ה צריך לישבע היסת דאינו חייב והלה יכול לגלגל כל מה שירצה ואפילו שאין עבדי אתה. ודוחק לומר דהיא גופי' קמ"ל דאם לא כוון להשטות אף דאינו חייב מ"מ צריך לשלם כמ"ש בס"ק הקודם דא"כ ה"ל להודיענו דין זה אבל מ"ש דיכול להשביע הוא ללא צורך ובפרט בדברי הרא"ש דכתב דמסתברא דלכל מילי תקנו רבנן היסת א"א לפרש זה כלל והקושי' במקומו בממ"נ כמ"ש וכן בתשובת מיימנ' לס' משפטים סימן ס"ד בא' שנדר לחתנו ללמוד עם בנו וכו' כתב מהר"ם דא"י להשביעו דכיון להשטות כמ"ש ר"ם גאון דמשביעין היסת דהתם אם הוא לא טען אנן לא טענינן לי' וכו' ע"ש וקשה הא ה"ל טענת ספק אי כוון להשטות ולא היה חייב לו כלום ולסברת הש"ך אין כאן שבועה כלל אפילו לדעת ר"ס גאון אלא ברור הואיל ואמר בפיו מלא שחייב לו וזה שכוון להשטות ה"ל דחי' בעלמא הוי זה יותר רגלים לדבר מסלע שנפל משתים ולכ"ע יכול להשביע על כך ובכה"ג תקנו היסת וע"ז צריכין אנו לעדותו של הגאון דכך הלכה. ומ"ש הש"ך ראי' מסי' ע"ה בטוען שמא אתה הודית לי שחייב מנה ולא אמר א"ע דאין יכול להשביעו אמת מקורו הוא מבעה"ת שער נ"ו בשם ראב"י והוא גופיה ס"ל שם דאף על סלע שנפל א"י להטיל היסת כלל. וא"כ לשיטתו אזיל אבל מ"מ על מחבר וטור קשה. ולכן צ"ל דלעיל מיירי דהוא תובע הודית לי ולא אמרת א"ע והלה כופר ואמר להד"מ א"כ אין כאן היסת דאף ביודה אין כאן ודאי ממון דאולי יטמון לשטות בך נתכוונתי והוא א"י דחייב לו ויהיה פטור מממון ולא יתחייב רק היסת א"כ אין על זה היסת בכופר ואמר להד"ם דמה ישבע אי ישבע

להשטות נתכוון הא קאמר להד"מ ואי דישבע להד"מ אף דיודה אין כאן ודאי ממון וכן משמע הלשון שם דכופר הכל ועמ"ש סי' ע"ה בתומים ס"ק ט"ז:

ד **אלא** להד"מ וכו' כתב הש"ך דבזה אפילו לא טען כשבא עדים והעידו שאמר כן לשטות נתכוונתי מ"מ אנן טענינן דהוא מילי דכדי ולא זוכר אם אמרו כלל וא"צ לטעון והנכון אתו כדעת רוב מחברים אבל הנ"י בפז"ב כפי מ"ש בפירושו הגי"ת כתב דרש"י ור"ח ס"ל דצריך לטעון אף בטוען להד"מ ע"ש ולא ידעתי אי' מקומו דנרמז כן ברש"י דס"ל כן דלא מצאתי כן כלל ברש"י ואולי י"ל דדייק ליה הואיל ורש"י פי' במשנה הוא אמר שחייב לו לא אמר כלים עד שיאמר בפנינו הודה לו ופירש"י הטעם דיכול לומר שלא להשביע עצמי הודיתי ולא פי' משום די"ל משטה הייתי בך כדאמרינן עלה בגמרא אהך בבא דמשנה וצ"ל דלשון לא אמר כלום משמע דאין בעדותו שום תועלת ואלו מחמת השטאה הא יש תועלת בעדותו בשלא יטעון משטה יצטרך לשלם ועכצ"ל דחיישינן להשבעה ואנן טענינן לי' ואין בעדותו שום תועלת וצ"ל דמשנה איירי בהך גוונא דשייך השבעה כגון דלא תבעו וכו' וקשה דכיון דצ"ל דמשנה לאו סתמא בכל גוונא איירי נימא דמיירי דהלה כופר וטוען להד"מ כסתמא דמלתא מדאיצט' עדים וא"כ א"ש דל"א כלום משום השטא' כנראה מסוגי' דגמ' ואין תועלת כלל בעדותו דאנן טענינן ליה אלא ש"מ דס"ל דאף בזו צריך לטעון ולכך הוצרך רש"י לפרש במשנה דאיירי בהך גוונא דשייך טענת השבעה ואנן טענינן ליה. או י"ל דדייק ליה מהא דפירש"י הוחזק כפרן ואינו נאמן בשבועה דמה ביקש רש"י בהך מילתא שבועה הל"ל סתם ואינו נאמן אלא בא להורות לאידך מ"ד דפליג וס"ל דנאמן דמילתא דכדי לא דכירי אינשי שבועה עכ"פ צריך דכוון להשטות ולכך מפרש כהך מ"ד דא"נ בשבועה וש"מ דלא טענינן ליה דאם כן שבועה מה עבידתא ודוק אך להלכה רוב פוסקים סבירא להו כדעת הש"ך:

ה **העשיר**. כתב הסמ"ע וגם הוא עשיר שמוטל עליו ללמוד עם בנו או להשכיר וכו' משמע דסבירא ליה דעל העני אין חיוב ללמוד עם בנו וזה לא מצינו כזה בפרט כשהוא בעצמו מלמד בנו שוים בזה העשיר והעני וסתמא קתני במשנה האב חייב ללמוד עם בנו תורה מבלי הבדל בין עני לעשיר אלא הדבר מבואר שם בתשובת מהר"ם בתשובת מיימונו' לס' משפטים סי' ס"ד דאלו היה עני היה מחויב לתת לו מתורת נדר דבפיך זו צדקה והיה מחויב לקיים נדרו מתורת צדקה אבל כיון דיש לו ר' זוז דא"י ליטול צדקה תו לא מחייב משום צדקה. ולכן גם דברי הש"ך בס"ק ה' דכתב לאו דוקא עשיר אלא כל שאינו עני שהיה חייב ללמוד עם בנו וכו' לא ברירן אלא כל שאינו עני שיכול ליטול צדקה שיש לו ר' זוז ופשוט:

ו **י"ל** משטה וכו' ואפי' אי אמר אתם עדים לא מהני דמהר"ם מדמה זה להא דאמרינן טול דינר והעבירני או טול מאתים וחלוץ דיכול לומר להטעותך הייתי מכוון דבלא"ה חיוב עליך ושם אפילו א"ע לא מהני ולכך אף דמשמע מדברי מהר"ם בתשובה הנ"ל דאלו היה קנין היה מתחייב וכ"כ הש"ך ס"ק ו' גם זה במחלוקת שנויה דבא"ע סי' קס"ט סנ"א פסק הש"ע כמ"ש רשב"א גבי חליצה מוטעת דאפילו שטר או קנין לא מהני ע"ש ואם כן ה"ה הכא דהא מהר"ם בתשובה מדמה אותו להדדי אם לא שהשליש מעות ביד שליש דאם ילמוד עם בנו שיתן לו דמחויב ליתן כמ"ש שם הש"ע בסי' קס"ט גבי חליצה. ועיין לקמן סי' קכ"ט מ"ש דנראה דהרא"ש חולק ארשב"א וסבירא ליה דקנין מהני וכן נראה מתשובת מהר"ם הנ"ל ולכן ספיקא דדינא היא. אמנם מ"ש הש"ך אפי' דלא שייך הך טעמא דלעיל דדמי לחליצה כנ"ל מ"מ לא מתחייב בא"ע אם לא היה מתחייב מקדם אע"ג דקיי"ל לעיל סי' מ' כרמב"ם דהאומר חייב אני לך ואמר א"ע מתחייב אעפ"י שלא היה חייב כלל היינו בלי תנאי אבל בתנאי א"י להתחייב רק בעינן קנין לא נר' דאפילו התוס' והרא"ש דסבירא להו בעלמא דלא כרמב"ם דא"י להתחייב בא"ע רק בעינן קנין או שטר מודים באומר לחבירו עשה כך ואתן לך כך וחבירו עשה על פיו דמתחייב ושכיר הוא בא בשכרו וכ"כ התוס' יבמות דף ק"ו והרא"ש דבדבר שאין שומתו ידועה צריך ליתן מה שפוסק לו אם יעשה דבר ולא שייך טענת השטאה כלל וא"צ קנין ושטר כלל וכ"כ הרמ"א לקמן ס"ס רס"ד ומהר"ם גופי' בתשוב' זו לא נתן טעם רק דדמי לטול דינר והעבירני דבלא"ה מחויב ללמוד אבל זולתו לא וזה פשוט ואפילו א"ע אין צריך דעל דבורו עשה חבירו מעשה וזה ברור ופשוט:

ז **ש"מ** וכו' כתב הב"י אפילו עמד א"י לטעון משטה הייתי וחייב לשלם והרב הש"ך השיג די"ל דליתמי לא טענינן דהוא מילתא דלא שכיח לגמרי אבל אם הוא עומד וטען ברי דהייתי משטה למה לא יהיה נאמן דאל"כ הא דהוכיחו התוס' ופוסקים דאף דלא טענינן ליה טענת השטאה ליתמי טענינן דאל"כ מה קמבעיא הגמ' אי אדם משטה בעת מיתה ולפי הנ"ל הא אין כאן הוכחה די"ל דמספקא ליה אם עמד וטען להשטות נתכוונתי עכ"ל ותמהני איך העלים מדברי בעה"ת שער מ"ב ריש חלק ב' דכתב וז"ל והיכי דהוי ש"מ שהודה אין צריך א"ע כדגרסינן בפג"פ בעי רבא ש"מ שהודה וכו' ואסקינן אין אדם משטה בשעת מיתה ואין צריך לומר א"ע וכו' וכן הלכה והכי נמי ש"מ שהודה אין יכול לחזור בו אם עמד כדאיתא בפ' ג"פ דלא הוי דרך מתנה אלא דרך הודאה ולא מצי למהדר אע"פ דלא אמר א"ע עכ"ל הרי דכ' סתם דא"צ לומר א"ע ולא מצי הדר ביה אם עמד וקשה הא יכול לומר להשטות נתכוונתי וש"מ דלא מצי אמר כן. ואלו הדין כמ"ש הש"ך איך

סתם דלא מצי הדר ביה הא יכול לבטל הודאתו מכל וכל ולומר בדרך השטאה אמרתי וכן כתב הנ"י בפ' מ"ש באיבעיא ש"מ שהודה דהספק אי מצי לטעון שלא להשביע נתכוונתי ופשטינן דאם עמד אינו חוזר ע"כ ש"מ דלא חיישינן דלהשטות נתכוון וכן כתב הרמב"ן במלחמותיו סוף ב"ב דאם טענו משטה היה אין שומעין להם וע"כ בברי דאי בשמא מה לשון ואם טענו הל"ל דאין טוענין להם אלא הכוונה דטענו בברי ומ"מ אינן נאמנים וה"ה לגבי' אם עמד ובזה מיושב קו' שהקשו אחרונים וכתבם הש"ך בדוכתי טובא לשיטת האומרים דאפילו בשתבעו ליה יכול לומר שלא להשביע עיין בש"ך ס"ק מ"א א"כ הא דבעי הגמ' ש"מ שהודה אי אדם משטה בשעת מיתה דמה נ"מ הא טענינן ליתמי שלא להשביע ואי אמר א"ע אף טענת משטה לא מצי טעון. ולפי הנ"ל ניחא דמספקא לן אי עמד וטען להשטות נתכוונתי אי אין אדם משט' בעת מיתה אינו נאמן אף דיש לו מיגו דהשבעה ה"ל מיגו במקום חזקה. ואי אדם משטה נאמן וכן נ"מ אי טען להד"ם דלגבי השטאם ה"ל מילי דכדי לא דכירי אבל לגבי השבעה הוחזק כפרן כמש"ל ע"ש וא"ש. ובגוף קושית הש"ך כבר קדמו הג"מ להקשות כן וע"ש מה שתירץ ועוד י"ל דהא זה ש"מ וכל רגע מוכן למות וא"כ אי ס"ד דאי מת חייבים יורשים לשלם ולא טענינן להו להשטות נתכוון א"כ איך ס"ד דכוון להשטות שטות כזו ודאי לא יעשה דפתאום ימות ויבא זה ויקח מיורשיו כפי מאמרו ויהיו נספים בלי משפט כלל ואיך ישטה כן ואם כן אף בעמד ואומר שכוון להשטות לא מהימן בשום צד כמ"ש דאיך ישטה והוא מוכן לקברות וישלמו בניו ואין כאן מקום ספק כלל. וע"כ דטענינן לבניו ושפיר י"ל משטה הייתי דאף דימות לא ישלמו בניו. וכן מוכח מדברי ראבי"ה מ"ש בהג"ה דאם אחרי' הודו לו ג"כ הדין אין אדם משטה ונלמוד מהא דש"מ שהודה ואילו הדין שם דהוי מילתא דל"ש ואי טען כן נאמן קשה הא אחרים חיים וקיימים וטוענים להדיא להשטות נתכוונו ולמה יגרע כחם מש"מ גופיה לשיטת הש"ך אלא וודאי דהוי כאומר אתם עדי' וכ"כ ראב"י להדיא דהוי כאומר אתם עדים ואין אחר אמירת א"ע כלום וברור:

ח **וה"ה** אם אחרים הודו וכו' שם במרדכי מבואר אפילו לא היו עדים במעמד הודאה רק הודה מעצמו שכך היה וכתב הש"ך ונ"ל הא דלית ליה מיגו דאינו חייב לו דהוי כמיגו במקום עדים וא"כ נלמוד מזה תבעו הודית בפני עדים ואמרת א"ע והוא מודה אינו נאמן במיגו דאינו חייב לו דהוי מגו במקום עדים עכ"ל ושותא דמרן לא הבנתי דהא קיי"ל באומר חייב אני לך מנה בא"ע אפילו שניהם מודים דלא היה חייב כלל מ"מ מתחייב כדלעיל סי' מ' וכן בש"מ אפילו בלי א"ע דאין אדם משטה וכמ"ש ראבי"ה בש"מ ה"ל כאומר א"ע וא"כ מה טענה יש דאינו חייב לו כלום לו האמת אתו מ"מ מתחייב ואי

כוונת הש"ך דיטעון אמת אמרתי א"ע ומ"מ כוונתי להשטות זהו א"צ לפנים דבאמירת א"ע לא שייך השטאה כלל ואין זו סובל לשון הש"ך וכוונתו ודבריו צל"ע:

ט **או** שתקו לצוואתו הקשה הש"ך הא קיי"ל הכותב כל נכסיו וב"ח שומע ושותק לא אבד חובו ומקולי כתובה שנו זה מ"ש בא"ע סי' ק"ו ותירץ הש"ך דהתם אין ספק בחוב רק דנימא דמחל לו בזו לא אמרינן שתיקה כהודאה דיהי' מחילה אבל כאן דהספק אי חייב או לא אמרינן דשתיקה כהודאה והוא ודאי חייב והב"ש בסי' הנ"ל ס"ק ח' הביא תירוץ בשם הט"ז. דהך דינא במרדכי דשתיקה הוי כהודאה היה כל טענת הבן באמו שצוות' לתת ז' זקוקים דלא נשבעת על כתובתה אמרינן מסתמא מחל על שבועה הואיל ולא השביעה בשום זמן. ודבריו דחוקים בדברי מרדכי וסותרים דברי הרמ"א כאן דלא הביאו כלל לענין שבועה רק פשוט דמתחייב בשתיקתו כמו בהודאתו ממש:

ולפי תירוץ הש"ך אם אמר במעמד הב"ח כל שטרות עלי הם בחזקת פרועים והב"ח שותק איבד זכותו דאמרינן וודאי גם חובו נפרע. אמנם י"ל חילוק אחר דאם הוא מצוה בשלו ואינו תובע מחבירו אין שתיקת חבירו נחשב כלום כי יאמר מה איכפת ליה במאמרו ודיבורו יאמר מה שירצה לית דמשגיח ביה אבל אם תובע לחבירו מנה לי בידך תן לי או לפלוני בעבורי והוא שותק ה"ל כהודאה דה"ל להשיב איך אפרע ואין לך בידי כלום ושם במעשה דמרדכי היא צוותה לבנה שיתן מה שיש לה בידו ז' זקוקים והבן שתק ואח"כ טען שאין לה בידו כלום שלא נשבעת על כתובה ובזה כתב הואיל ושתק ה"ל הודאה שיש לה בידו ז' זקוקים השייכים לאמו יהיה מאיזה אופן שיהיה ע"ש דמבואר דהיא תבעה לבן שישלם ממה שיש לה בידו ובזו לא ה"ל לשתוק כיון דתובעי' אותו אבל אם היא לא צוותה לבן שינתן ממה שבידו משלה רק סתם אמרה אין שתיקת הבן כלום וא"ש. ולפמ"ש מיושב קושית מהר"א ששון בתשובה סי' קנ"ב מהא דאמרינן בריש ב"מ דף ו' בתוס' ד"ה הקדישה וכו' דהאי מסותא דכל א' אומר שלי וקם חד ואקדישה ושתק אידך ומסקנא דלא הוי הקדש דשתיקה לאו כהודאה דשם אין זה תובע מחבירו כלום רק מקדישו בשלו ואין שתיקתו לכלום יחשב דמה איכפת ליה בדבריו פטומי מילי אבל כאן דאיירי דתבעו ואמר לו מנה בידך זיל שלים לי או לפלוני בעבורי בזה הרי הודאה ומסתייע הך מילתא ממש"כ ב"מ דל"ז בחמשה תובעים אותו וכל א' או' אותי גזל דאמרינן דשתיקה הוי כהודאה דשם הוי תביעה אם לא דיש לומר דשם הוי בבית דין ובבית דין הוי יותר הודאה ועמש"ל ס"ס פ'. וגם בלא"ה יש לדחות קושית מהר"א ששון דשם מתחילה היו מחולקים זה או' שלי וזה או' שלי א"כ י"ל מה ששתק שסמך עצמו על מה שכבר טען ששייך לו ואטו כי רוכל' מבלי הפסק יטעון דבריו

אבל כאן מעול' לא גילה דעתו ששקר דיבר התובע א"כ שפיר י"ל דהוי כהודאה. אך הא קשיא הא כל יסודו של מרדכי הוא דש"מ אמירתו הוי כאומר א"ע הואיל ואינו משט' בת מיתה ואמרינן בפ' ז"ב גבי א"ע ל"ש אמר מלוה ושתק לוה ל"ש אמר לוה ושתק מלוה מתחייב. ונראה דמפרש דגבי אמירת א"ע אם אמר מלוה א"ע שמנה לי ביד פלוני ושתק הלוה מתחילה ועד סוף מ"מ הוי שתיקה כהודאה וא"כ ה"ה כאן דה"ל כאומר א"ע. אבל לפי מ"ש הטור והמחבר והן דברי בעה"ת בשם סברת קדמאי דדוקא מתחילה אמר הלוה הן ואח"כ על אמירת א"ע שתק הלוה הוא דהוי כהודאה אבל אם שתק מתחילה ועד סוף לא הוי שתיקה כהודאה אפילו דאמר המלוה בפי' א"ע א"כ לא עדיף ש"מ דלא אמר להדיא א"ע ויש סברא דשלא להכעיסו שרק מיני' וא"כ ק' למה יתחייב הבן או אחר בשתיקתו. ואם כי יש לחלק מ"מ מנ"ל הא דהוא למדו מהך דשתק לוה ושם צריך מתחילה אמירת הן. ולכן צ"ע לדינא ובלא"ה דעת מהרא"ש בתשובה הנ"ל לחלק בין אומר לבנו ושתק דהוי כהודאה ובין אמר לעדים מנה לי ביד בני ובנו שותק דלא הוי הודאה אף דראיה שלו נדחית כמש"ל וגם אין סברא לחלק בכך כנראה מדברי הש"ע מ"מ בלא"ה דין הנ"ל צ"ע. ונהירנא במות חמי זקיני הרב המובהק ומופלא כמהור"ר מיכל שפירא זלה"ה והוא צוה לפני עדים קודם מותו במעמד יורשיו שאין חייב לשום אדם אפילו פ"א והיורשים שתקו לצואתו ואחרי מותו הוציאו קצת מיורשים כתב חוב על חמי הרב הנ"ל וישבו על דין זה רבנים מומחים שהיו באותו זמן ואני נו"נ עמם בדין הנ"ל אי לא הוי כהודאה דחוב הנ"ל פרוע או אמנה ואחרי הטורח משא ומתן וביקור בספרים עלה שאין לפסול שט"ח בכך ונאמנים בשבוע' כדין הבא לפרוע מנכסי יתומים:

י **אבל** אם לא טען וכו' במרדכי הביאו בשם ר"י דפסק אם לא טען אנן לא טענינן ליה וכן כתבו אח"כ אהך עובדא דלעיל בס"א שאמר לחתנו העשיר תלמוד עם בנך וכ' דיכול לומר להשטות נתכוונתי ואע"ג דפסק ר"י אי לא טען אנן לא טענינן ליה וכו' והקשה הב"י הא גמרא ובריייתא ערוכה היא בהשטאה דאם לא טען דלא טענינן ליה ותירץ הב"י דאי לא טען השבע לי דלא טענינן ליה לשבועה וכבר השיגו הש"ך דאין זה במשמעות המרדכי וגם בהך עובדא דתלמוד עם בנך וכו' דכתב ג"כ המרדכי בשם ר"י דלא טענינן ליה ושם לא שייך תירוץ הב"י. ותירוץ הש"ך דחוק למאוד וא"צ לטעון עליו. ולכן מה שנראה או דאתא לאפוקי מדעת הרז"ה דס"ל דהודה בלי תביעת המלוה טענינן ליה ולכך כתב דר"י מפרש בכל דוכתי לא טענינן ליה ולכך בעובדא דתלמוד עם בנך לא היה תביעה. א"כ לשיטת הרז"ה טענינן ליה ולכך כ' לפיר"י דלא טענינן ליה בשום דוכתא אפי' לא תובעו וא"ש. ויותר י"ל דבגמרא קתני מנה לי בידך א"ל הן למחר אמר תנהו לי

ואמר משטה אני בך פטור ולא עוד אלא אפילו הכמין לו עדים אחורי גדר וא"ל מנה לי בידך וא"ל הן רצונך שתודה בפני פ' ופ' א"ל מתירא אני שמא תכפיני לדין למחר א"ל תנהו לי וא"ל משטה אני בך פטור ואם לא טען אין טוענין ליה וכו' עכ"ל ויש לדייק לכאורה למה לא קתני תיכף בבבא ראשונה קודם דקתני הכמין לו עדים אחורי גדר וכו' ואם לא טען לא טענינן. וגם לכאורה ק' קושית הרז"ה דהא במשנה קתני סתמא לא אמר כלום ולכך היה מקום לומר דודאי בסתם דשכיחי להשטות י"ל דטענינן ליה כמו גבי השבעה רק בזה דהכמין דא"ל רצונך שתודה לי בפני פ' ופ' והוא השיב לו באמתל' דיש לו פחד דיכופו לפורעו כילי האי לא שכיח שיהיה בו משטה והולך פעם כפעם ולכך דוקא בשטען משטה אבל אנן לא טענינן דבאופן הזה לא שכיח כלל ובזה היה מיושבים כל הקושיות של הרז"ה והכל ניחא ולכך הביאו בשם ר"י דלא ס"ל כן והך אם לא טען מוסב על כל הברייתא הן רישא והן סיפא ונטר עד גמר הבבא ותני' ליה וא"ש וטובא קמ"ל הר"י ולק"מ:

יא **י"א** שאם התובע תופס ממון וכו' דין זה צל"ע כמ"ש הג"ת ג"כ דמנלן זה דבעה"ת ילי"ף ליה מהך דטענו בחיטין והודה בשעורים דפטור ומ"מ אם תפס לא נפטר וזהו לשיטת הרמ"ה דס"ל דלכך פטור מדמי שעורים די"ל להשטות נתכוונתי. א"כ מוכח דתפיסה מהני אבל לפי דקיי"ל כדעת החולקי' ולא מטעם השטאה פטרינן רק מטעם מחילה כמש"ל בסי' פ"ח ולכך מהני בי' אם תפס א"כ מנלן דלענין השטאה מהני תפיסה והרב הש"ך ביקש לישב זה דאמת דשם הטעם דפטור מחמת מחילה אבל מ"מ אין מחייבין אותו בדתפס הלא יכול לומר להשטות נתכוונתי ואין תי' נכון חדא דהא שם טענו בחיטין וכו' איירי דטען כן בב"ד כמבואר לקמן והא בב"ד לא שייך טענת השטאה כמ"ש המחבר לקמן סכ"ב ע"ש. ועוד באמת היא גופיה קשיא דלמא באמת יכול לטעון השטאה ולא מצינו בגמרא דתפיסה מהני רק בהא בשנים רודפים אחר א' זה אומר גדול הזיק וכו' וע"ז משני הגמ' בדתפס ושם לא שייך השטאה לשיטת החולקים ארמ"ה כמ"ש הרא"ש להדיא דיש עדים על נגיחה אך לא ידעו מי המזיק דאל"כ תקשה למ"ד פ"נ קנסא ע"ש. וא"כ מנ"ל דין זה ואם אמרי' דהוא מסברא לא היה לו לבעה"ת להביא ראיה מהך דטענו בחיטין וכו' וצ"ע. ולכן מה שיש ליישב דודאי דין זה לא מכח ראיה אמרו רק מכח סברא וראש דבריו של בעה"ת אמת דכ' בשער מ"ב ח"א ד"ב מסתברא וכו'. ועיקר טעמו דהו"ל כמו מחילה ובמחילה לא שייך טענת השטאה כמבואר בסעיף כ"ט ע"ש רק דבזה יש לספק הואיל ותופס של חבירו אולי לא שייך עליו מחילה ולא דמי למחל חובו שיש לו אצל חבירו דלהוצאה נתנה מתחילה לידו אבל זה שתופסו לא חל עליו ענין מחילה

וברשותו דלוה קאי וא"כ עדיין יכול לומר להשטות אמרתי ולכך מביא ראיה מהך דטענו בחיטין דמהני בדתפס וקשה למה הא הוי מחילה וצ"ל דמה שיש בידו אף ע"י תפיסה מיקרי כשלו ולא שייך עליו לשון מחילה וא"כ ש"מ דהוי כשלו וא"כ ממילא נלמוד בהודאת הלוה הו"ל כמוחל לו ולא שייך גביה השטאה כן נ"ל ליישב. ועכ"פ נראה ברור דלא לחנם שינו הטור ומחבר לשון בעה"ת דשם כתב סתם אם יש לו מחבירו תחת ידו ובטור ומחבר כ' ממון הנתבע דס"ל דוקא ממון דלא מחוסר שומא וכדומה וא"כ כיון דאמר חייב אני לך הרי זה מחזיק במעות וא"כ ה"ל מחילה גמורה דלא יתן לו זה הממון כלל לפי הודאתו אבל בתובע שתפס חפיצים של לוה דהרי הוא מחוסר גובייא וצריך שומא ועדיין הוא ברשות הלוה ואף דמודה דהוא חייב לו מ"מ אין לו זכות בגוף החפץ וצריך להחזירו אם ישלם דמיו א"כ לא שייך גבי' לשון מחילה ואף הוא יכול לטעון משטה הייתי וזה לענ"ד ברור. ואמת כי מהך דטענו אין ראיה כלל. וא"כ צדקו דברי בעה"ת והב"ח דבשעת הודאה צריך להיות תופס דהא לפמ"ש כל הטעם משום מחילה ואם אין אז בידו מה מחילה שייך בי' ואין מקום להשגת הש"ך דס"ל אפי' תפס אחר הודאה כל זמן דלא חזר בי' דזהו אפשר לשיטת הרמ"ה לקמן בסי' פ"ח אבל לא קיי"ל כן. והנכון כמ"ש ועיין לקמן סי' פ"ח סי"ב בהג"ה. וכמו כן צדקו דברי הסמ"ע דאפי' תפוס בידו בלא זה דמה בכך סוף כל סוף ה"ל מחילה והש"ך הסכים לדברי הע"ש דבעי דוקא שיאמר אני תופסן בשביל שאתה חייב לי וזה אינו כמ"ש הש"ך גופי' דלשון הבעה"ת וטור משמע כסמ"ע ולפמ"ש דכל הטעם משום מחילה א"כ מה בכך אם תפס בלא"סה או בשביל זה רק בעינן דידע הלוה שמלוה תפס דאל"כ לא ה"ל מחילה כלל ודוק:

יב **אבל** אם לא תבעו וכו' הרב הש"ך הקשה על זו מהא דאמרינן בפ' הנושא אי דלא אמר א"ע מ"ט דר"י ומה קושי' דלמא איירי בדלא תבעו ובאמת כבר כתבו התוס' שם בד"ה אי וכו' דה"ל למפטר או מטענת השטאה או מחמת טענת השבעה וכוונתם בממ"נ אי לא תבעו הא ה"ל השבעה ואי תבעו ה"ל השטאה אך באמת כל זה כתבו התוס' שם הכל בס"ד לפי' רש"י טרם דאסיקו אדעתם פיר"ת ואיירי הכל באמת דמודה דחייב והלה טוען אמת הוא חייב לי אבל לפי' ר"ת י"ל דסוגיא דגמ' שם ידע דכל מחלוקת ר"י ור"ל הוא במודה המלוה שאינו חייב לו כמ"ש ר"ת וא"כ בזו לכ"ע כמש"ל וכמ"ש הש"ך בס"ק וי"ו אפילו בלי תבעו י"ל לצחוק נתכוונתי כיון דלא הייתי חייב מעולם ושפיר פריך הגמ' ולק"מ. אך מ"מ לדינא יפה כתב הש"ך דהרבה מחברים חולקים ויכול לומר קים לי':

יג **דה"ל** לאסוקי אדעתיה וכו' גם דין זה צ"ע כמש"ל בס"ק ט' דדין זה במרדכי דס"ל שתיקה מתחילה ועד סוף מהני אבל לפי מה דקיי"ל דבעי מתחילה הן ואף לקמן גבי

עירי ושיכבי איירי דמתחילה אמר הן ולכך הוי שתיקה כהודאה דה"ל לאסיק אדעתיה אבל בשותק מתחילה ועד סוף אף לקמן יכול לטעון השטאה ואף כאן דשתק מתחילה ועד סוף דהא מדמינן ליה להך דלקמן וא"כ דברי הש"ע צ"ע דגריר בתר דעת מרדכי מה דלא קאי לדינא:

יד **ואעפ"י** שאין התובע עמו וכו' הקשה הש"ך דמחבר העתיק לשון הרמב"ם והרמב"ם לטעמיה דס"ל אפי' לא תבעו י"ל משטה אני בך אבל לפי דפסק המחבר לעיל ס"ה דבלי תבעו א"י לטעון משטה א"כ אם אין התובע עמו מה צורך להודה דרך הודאה ואי שלא יטעון שלא להשביע הא זה יכול לטעון אף דהודה בדרך הודאה ולכן כ' דהש"ע כתב זה שלא בדקדוק אבל לענ"ד נראה דס"ל לרבינו מחבר לחלק ודאי כשהוא בפני זה שאמר שחייב לו והוא אינו תובעו לא יתכן דכוונתו להשטות במה שחבירו לא השטה בו וכי כך עושים לאנשים אשר אתו אבל כשאין חבירו כאן פשיטא דדרך בני אדם לומר דרך היתול או צחוק והשטאה אני חייב לפלוני כך וא"ש. ובזה מיושב רוב ראיות שהביא הש"ך לעיל ס"ק י"ב דטענת השטאה שייך אפילו בלא תבעו דיש לחלק כמ"ש ובזה מיושב דנקט המחבר אעפ"י שאין התובע עמו ולא נקט אעפ"י דלא תבעו ודוק. כי נראה נכון לדינא דבלא"ה רוב מחברים לא חלקו בין תבעו ללא תבעו:

ובזה מיושב מה שהניח בג"ת דף קע"ז ע"ב בצ"ע על הבעה"ת דמשמע להדיא מדבריו דאף שלא בפני תובע שייך טענת השטאה ואילו לקמן בחלק החמישי משער ההוא כתב דלא יכול לומר משטה דאין לוי תבעו די"ל דשם מיירי דלוי היה במעמד ההוא ולא תבעו אבל כשאינו במעמד י"ל משטה וא"ש:

טו **הרי** זו עדות גמורה ההוא לענין השטאה אבל שלא להשביעו יכול לטעון ואם אמר א"ע שלא בפני התובע דעת הרבה מחברים דא"י לטעון שלא להשביע אמנם הטו' ס"ל דיכול לטעון והרב הש"ך הקשה דסותר לדברי אביו הרא"ש ז"ל דהרא"ש כתב דבפניו בלי תביעה שייך נמי שלא להשביע דקתני במשנה אם אמר הוא אמר לי שהוא חייב לו לא אמר כלום משמע שלא בפניו וא"כ אין אדם תובעו וקאמר לא אמר כלום עד שיאמר בפנינו הודה לו ש"מ דאף בפניו בעינן א"ע משום דאדם עשוי שלא להשביע אפי' בפניו עכ"ל ודייק הש"ך א"כ למה לא קתני ברישא הוא הודה לי דהיינו א"ע לא אמר כלום אלא ש"מ אפי' דשלא בפניו א"ע מהני ודלא כהטור. ולכך קתני רק אמר לי לא אמר כלום אבל הודה מהני ומה דקתני עד שיאמר בפנינו הודה לו דהיינו בפניו להורות דלולי א"ע אפי' בפניו לא אמר כלום. ואין זה כ"כ דיוק די"ל דיגיד עליו הסיפא דקתני להדיא עד שיאמר בפנינו הודה לו דהיינו תרתי א"ע ובפניו ש"מ דשלא בפניו לא מהני א"ע

וממילא מובן הוא אמר לי היינו דאמר א"ע וזה יותר סובל פירוש המשנה דקתני עד שיאמר בפנינו הודה לו דהיינו א"ע ולו מורה שהוא בפניו ותרתי בעינן ולכך בא ונלמוד מדברי תשובת הרא"ש כלל ס"ה דין א' אשר נסתפק הרא"ש בכת"י אם יכול לטעון טענת השבעה וצידד הרא"ש דלא אמרינן אלא בדבור בעלמא אבל כולי האי ליכתוב לא קעביד ע"ש וקשה מה צורך כל זה הא כתב הרא"ש בר"פ הנושא דכת"י הוי כאומר א"ע ובא"ע לא שייך השבעה. ועכצ"ל דבשלמא בר"פ הנושא דמסר לחבירו כת"י ה"ל כאומר א"ע בפניו משא"כ בנדון בתשובה הנ"ל שכתב בכת"י נכסים אלו הן של פלוני וא"כ לו יהיה דהוי כא"ע ממש הוי שלא בפניו ועדיין י"ל שלא להשביע ולכך הוצרך לחלק בין דיבור לכתב ודברי הטור בפי' דברי הרא"ש מוכרחים ועיי' מ"ש בס"ק כ"ד דצ"ל כן ברא"ש בתוספתא:

טז **וחזו** ליה סהדי אחריני בכה"ג סי' ל"ב בהגהת הטור אות נ"ו הביא בשם מהריב"ל ויתר מחברים דוקא בכה"ג אבל אי הודה בפני ע"א וחזו ליה אחרינא והוא לא ידע מהם לאו הוי הודאה מ"ש ונראה דנמשכו אחר דעת הרז"ה דהודאה בפני ע"א אין מועיל דכיון דלא הוי תרי עדים לא חש להודות ולפ"ז מה בכך דחזו תרי אחריני כיון דלא ידע מהם אבל לפי פסק ש"ע בסעיף שאח"ז דהודאה בפני ע"א זוקק לשבועה ואי מודה חייב לשלם ואיך אפשר לישבע הא איכא סהדי דחו דהודה ואיך יכחיש עדים ופשיטא דחייב לשלם ובמחילה מכה"ג שלא ה"ל לסתום דבריו כולי האי ומהריב"ל ח"ג אינו בידי כעת לעיין בו:

יז **הודאה** בפני ע"א הרב הש"ך האריך דמצי המוחזק לומר קים לי כרז"ה וסייעתו דהודאה בפני ע"א אפי' באומר א"ע לאו כלום היא אמנם הא דקיי"ל הודאה אחר הודאה מצטרף מפרש הש"ך לשיטתם לא כמ"ש הרמב"ן לשיטתם דהיה בפני שנים רק אחד חלף הלך לו רק סתמא בפני אחד ומ"מ הואיל ומצטרפי ב' הרי כאן ב' עדים וכן נוטים קצת דברי מהרי"ט לחלק ח"מ סי' י"ח ואין זה נכון לענ"ד דהא כל דיוקו של הרז"ה מהך דקתני במשנה אם אמר הוא אמר לי לא אמר כלום עד שיאמר בפנינו הודה דנקט רישא בלשון יחיד וסיפא בלשון רבים ש"מ דהודאה ביחיד לא מהני וזהו ודא דמשנה לא איירי בע"א רק בשני עדים רק בודקין בחקירות כל אחד לבדו כדתנן להדיא ואח"כ מכניסין השני ואם נמצאו דבריהם מכוונים וכו' הרי דיש כאן שני עדים וא"כ עדיין הקושיא אם הוא אמר בלשון יחיד הוא אמר לי לבדו למה פסיק ותנא לא אמר כלום אם גם השני יכוין דבריו להראשון הרי זה עדות גמורה להוציא ממון אלא ברור למסקנא דדחינן מילתא דרב הונא דמוקי ליה הודאה אחר הודאה פי' דאמר האי מנה דהודיתי

קמך הודיתי באפי חבירך רק סתם עכצ"ל כמ"ש הרמב"ן לדעתו דהי' שנים ואחד חלף הלך לו. אך הרז"ה קשיא ליה במילתא דרב הונא דמוקי' ליה דאמר האי מנה דאודיתא קמך הודיתא באפי חבירך דמשמע דהוי בכל הודאה רק חד כמ"ש הש"ך גופי' ובזה קשי' ליה ולכך תירץ דשאני הכא דכיון דאמר לזה דאודי קמי חבירו ג"כ תו לא הוי כמו הודאה בעד א' ולכך יפה כתב הרמב"ן דהך דרב הונא אידחי ליה ואין להרז"ה תירוץ רק דמיירי דאמר הודאה בפני ב' ואחד ליתנהו. ובחנם כתב הש"ך וחוץ מכבוד תורתו של רמב"ן שלא ירד לעומק כוונת הרז"ה כי ירד לאמת השחי ועשה כוינים:

ואחרי שבררנו זה הא הש"ך גופיה מודה כי זה דוחק לפרש בגמרא הודאה אחר הודאה דהיה באופן הזה דחד ליתנהו א"כ אף דינו של הש"ך דהסכים להרז"ה ליתא ותמהני מהרב הש"ך דהחליף שיטתו דבס"ק י"ט הקשה אם אמרינן דא"ע שלא בפני התובע לא מהני לטענת השבעה א"כ אדתני הוא אמר לי לא אמר כלום ליתני רבותא אפי' אמר א"ע לא אמר כלום וקושיא זו ביותר קשה לשיטת הרז"ה דמוקי ליה רישא בע"א דקתני לשון יחיד וע"ז כל שורש של הדין איך קתני הוא אמר לי ליתני דאמר א"ע ג"כ לא מועיל ואי נימא דבאמת מהך משנה אין ראיה רק מהך דאמרינן בפרק חזקת הודאה בפני ב' וצ"ל כתבו זהו אם אמרינן הא דתנן קנין בפני ב' ואצ"ל כתבו ג"כ דוקא תנן אבל לפי דקיי"ל כמ"ש הש"ך גופיה למסקנא דקנין בפני עצמו ג"כ מהני ועכצ"ל דלכך נקט בפני ב' בשביל הך דאצ"ל כתבו נשנית א"כ אף בהודאה כך דצ"ל כתבו נשני' וחדא בחברתה מישך שייכי. ולכן אין לזוז מפסק הש"ע וכמ"ש ג"כ הרב המובהק מהרי"ט בתשובה הנ"ל דכן הלכה מרווחת בישראל:

יח **אינה** הודאה הקשה מהרש"ל וכן הב"ח מה קמ"ל הא אמר לאו ותירוץ הש"ך דלאו הוי הודאה כלל וא"כ אף דלא טען אנן טענינן ליה דאנן סהדי דלשטות נתכווין דהא אמר לא ויפה כתב אלא דיש לדקדק הא דדייקינן בגמרא דשתיקה כהודאה מדאמרינן הא אמר לא ש"מ דשתיקה כהודאה מנלן דלמא לאו כהודאה רק דמ"מ צריך לטעון משטה הייתי משא"כ כשאמר לא הרי גילה דעתו דמשטה ואנן טענינן ליה ואין מקום לדיוק הגמרא מדקאמר לא דאצטריך דשם לא צ"ל משטה הייתי ויש לישב:

יט **בין** שהיה שכיב מרע הקשה הסמ"ע דלקמן סי' רנ"ה ס"ב העתיק המחבר לשון הרמב"ם שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי אם אמרו דרך הודאה ולא היה חשש ערמה נותנים ולא חיישינן שם להשבעה ותירץ הסמ"ע דלא היה חשש ערמה פי' שהיה בפני תובע. וכבר השיגו הש"ך דכיון דברור דס"ל לרמב"ם דבפניו אין יכול לטעון השבעה אפילו אמרו שלא בדרך הודאה כדמשמע מדברי הטור וכמש"ל. א"כ למה צריך דרך

הודאה והש"ך האריך ותמצית דבריו כמ"ש ג"כ הלח"מ לחלק בין בריא לש"מ. ולכך בפ"ז מהלכות טוען כתב דין זה בבריא דיכול לטען אעפ"י שאמרו דרך הודאה שלא להשביע אבל בפ"י מהלכות זכיה כתבו בש"מ דבדרך הודאה אין יכול לטעון שלא להשביע ומכח זה השיג על הש"ע דכלל כאן הן בריא והן ש"מ ודבריו סותרים למ"ש לקמן סי' רנ"ה. ולא כן לבבי ידמה לחלק השוים ולכן נראה בקצרה דבלא"ה הטעמים שכתבו לחלק בזה בין בריא לש"מ דחוקים כנראה למעיין אבל עוד יש להבין ברמב"ם דכתב פ"ו מהלכות טוען דין ז' הך עובדא דקב רשו ובא אותו פלוני ותבעי ואמר הוא איני חייב לו כלום ואמרו חכמים ישבע היסת ויפטור ומזה מוכח דס"ל דאף דלא טען שלא להשביע הודיתי אנן טענינן ליה ואולם בריש פ"ז כשהודה דרך הודאה כתב טען כשבאו עדים ואמר שלא להשביע את עצמי הודיתי נאמן וכו' הרי דיטעון כן אבל אנן לא טענינן ליה כלל ופסק להדיא דאם לא טען אפי' היה רק ע"א צריך לשלם. וכמו כן כתב סוף פ"ו אעפ"י שהמטמין עדים אינו עדות וכן המודה מעצמו ועדים שומעין אותו וכן האומר לחבירו בפני עדים מנה לי בידך ואמר לו הן בכל הדברים וכיוצא בהן כשיבא לב"ד אומרים לו לנתבע למה לא תתן וכו' ואם לא טען אין טוענים לו אבל אם טען משטה הייתי או להד"ם או שלא להשביע את עצמי פטור ונשבע היסת עכ"ל ומזה מבואר דאף לטענת השבעה צריך לטעון ולא טענינן ליה והדברים נראים כסותרים וכבר עמדו בזה האחרונים ז"ל ועיין ש"ך ס"ק נו"ן. ולכן נראה דודאי הרמב"ם דסבירא ליה דדרך הודאה מהני להשטאה ולא להשבעה ובפני התובע לא שייך השבעה יליף ליה הכל מלישנא דמשנ' עד שיאמרו בפנינו הודה לו הרי דמצריך המשנ' שיעידו העדים תרתי דשמעו ממנו דרך הודאה כדקתני הודה וגם שהיה התובע במעמד שם כדקתני לו וכמו שדייק הרא"ש וסבירא לי' לרמב"ם הך תרתי ל"ל דל"ל דלא יהיה יכול לטעון השבעה בעינן תרתי א"כ איך דייק הגמ' מהך משנה דיכול לטעון משטה אני בך מה דלא מצינו בי' רמז במשנה ואי הנך תרתי לשלול השטאה אדרבא יותר שייך השטאה בפני התובע משלא תבעו ואינו עמו כלל כמ"ש רוב מחברים. וע"כ צ"ל דתרתי בעינן לשלול שתי טענות השטאה והשבעה הודאה בעינן לשלול טענת השטאה ומילת לו להורות דהיה במעמד התובע וא"כ ל"ל שלא להשביע ולכך דייק הגמ' מהמשנה דיכול לטעון משטה אני דאל"כ למה לי הודאה כמ"ש ולכך אמרינן דצריך שיאמר א"ע לשלול כל הטענ' השטאה והשבעה בפ"א וא"צ שיהיה התובע שם וא"ש וזה ברור בדברי הרמב"ם וכ"כ הש"ך אלא שהאריך וכמעט בלבל המובן ועיין מ"ש ס"ק כ"ד עוד ראיה אחרת לרמב"ם מן תוספות. וא"כ קשיא ליה לרמב"ם מ"ש הרי"ף בפרק ג"פ בהא דיתומים שאמרו אמר

לנו מנה לפלוני בידו דאם לא אמרו חזר ואמר לנו פרעתי דחייבים לשלם והא דלא טענינן ליה שלא להשביע דאיירי שאמרו דרך הודאה וקשיא ליה הא מהך משנה מוכח דלגבי טענת השבעה לא מועיל הודאה ולכך ס"ל לרמב"ם כך דהאומר דרך הודאה מנה לפלוני בידי קשה לומר דאמרו שלא להשביע והוא דבר רחוק ולא שכיח כלל רק אם טען כי מי יוציא ממנו ממון אפילו בטענה רחוקה ול"ש כלל אבל בלא טען לא זו שלא טענינן לי' אפילו ליתומים לא טענינן לי' אף דאבוהן מצי טען דלא שכיח כלל ומילתא דל"ש כלל לכ"ע לא טענינן ליתומים. אבל בלא הודא' כלל הוא מילתא דשכיח ואנן טענינן לי' וא"כ דברי המשנה דאף לגבי הודאה יש טענת השבעה א"ש דאם טען כן נאמן אבל דברי הרי"ף ביורשים לא טענינן לי' אם אמרו דרך הודאה ולכך חייבים לשלם וא"ש. ומעתה כל דבריו בפרקי' הנ"ל נכונים דבהאי עובדא דקב רשו דלא היה הודאה כלל אנן טענינן ליה שלא להשביע ולכך פסק דפטור אף דלא טען כן כלל אבל מ"ש בסוף פ"ו דין א' אעפ"י שהמטמין עדים וכו' בלא"ה צ"ל מ"ש לבסוף אבל אם טען משטה הייתי או להד"ם או שלא להשביע את עצמי כוונתי פטור אינו מוסב כל הטענות הללו על כל הדברים שהתחיל בהם דהא בהך בבא דאמר לחבירו בפני עדים מנה לי בידך ואמר הן לא שייך טענת השבעה וצריך לומר פסקא פסקא נקיט וא"כ אף להיפך בהך בבא המודה מעצמו ועדים שומעין אותו כוונתו בלשון הודא' כדקתני המוד' מעצמו לא שייך טענת השטאה דהא הוא בלשין הודא'. אך לעומת זה שייך בי' טענת השבעה וא"כ הרמב"ם כך כוונתו בדבריו כמ"ש הסמ"ע בס"ק למ"ד להדיא ואו או קתני כל טענה לבבא דשייך בה לבבא דמודה מעצמו שייך טענת השבע' ולבבא דאמר לחבירו וכו' שייך טענת השטא' ואם כן דהיה דרך הודאה זו ל"ש ולא טענינן ליה עד שיטעון אותו בעצמו ולכך מצריך הרמב"ם שיטעון כן וכן בריש פ"ז שכתב להדיא שהיה דרך הודאה מצריכינן טענה כמ"ש. טען ואמר שלא להשביע וכו' והוא הדבר דבזה צריך טענה וא"ש וכל דברי הרמב"ם מזוקקים בדעת והשכל ומיוסדים על דברי הרי"ף רבו כמ"ש. וגם דברי מחבר נכונים דכאן מבואר דש"מ בעצמו טען כן שעמד מחולי שלו והוי טענ' אף דלא שכיח אבל לקמן בסי' רנ"ה מיירי ביורשים כמבואר שם ולא טענינן ל"ש כלל וא"ש ודוק:

כ **הי'** התובע עמו וכו' ויש לדקדק הא דאמרי' בשילהי ב"ב דף קע"ד ש"מ שהקדיש נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוני' על הקדש ופריך הגמרא ונימא שלא להשביע עצמו הודה וקשה מה קושיא דלמא איירי דהיה במעמד התובע ותו לא שייך להשביע. וכן קשה להרא"ש דלמא איירי בתבעו ואפשר לומר דודאי הך סברא דאמרינן בפניו אינו מודה שלא להשביע דמתירא דאותו בע"ד יתבעהו ודאי יש

לומר אולי מהימן ליה האי גברא שלא יתבעהו רק אנן אמרינן בממ"נ אם הימנוה הרי קיבלו על עצמו לנאמן וא"כ אף אתה צא ופרע כי קבלת על עצמך שיהי' נאמן עליך ואף דאינו חייב לו בהך הודאה מתחייב לו. וזהו בשלו אבל בשל הקדש וכי רשות בידו לוותר בשל הקדש ולאו כל כמיני' וא"כ הקושי' הגמרא שפיר דלמא לא לקנוני' הודה רק שלא להשביע דאף דהיה התובע עמו מהימן לי' דהחזיק אותו לאדם כשר ונאמן ואי דאמרינן בממ"נ אם כן יש לו נאמנות זהו בשלו אבל בשל הקדש א"א להאמינו. ואם כן אף דתובע עכשיו אמרינן דלמא שלא להשביע הודה והאמין לי' ודוק. ועמש"ל בסי' רנ"ה באריכות בפלפול הגמרא ופוסקים:

כא **דדל** מהכא וכו' הסמ"ע דייק מדברי הרא"ש דכתב דדל מהכא עדים משמע דהך טענה ליתא כלל ואם כן אף בגלגול שבועה שלא כיון להודאה גמורה אינו מחויב והש"ך הביא בשם רי"ו ופסקי ראקנטי דמגלגל עליו ודחק עצמו בלישנא דהרא"ש מ"ש הסמ"ע: ואין צורך לכל זה דכבר כתבתי באורי' דלכך צריך ג"ש דכיון שלא להשבי' דלולי כן אף דהאמת אתו שאין חייב לו כלום מ"מ מתחייב בהודאת פיו וזהו כשיטת הרמב"ם וכמש"ל בסי' מ' דבהודאה גרידא יכול לחייב עצמו אעפ"י שאינו חייב לו כלום אבל הרא"ש ס"ל בריש פ' הנושא דדוקא בשטר יכול להתחייב עצמו אבל לא באמירה ע"פ אע"ג דקאמר א"ע א"כ כיון דנשבע דאינו חייב מה צורך עוד לישבע אם כיוון להשביע או לא הלא אינו חייב ובאמירתו לא נתחייב כלל ופשוט:

כב **שהרי** לא היה תביעה מבע"ד עצמו כ"כ הריב"ש ומזה משמע דאם התובע יורש שמא מנה לאבא בידך והוא אומר הן שייך ג"כ משטה הייתי בך דהא ריב"ש נתן טעם דלכך לא שייך השטאה דלא תבעו בע"ד רק היה בכח הכרזה מב"ד ולמה ליה זה הלא שם לא היה תביעה בבירור כי לא ידעו אם איזה דבר משל המת בידו או לא וא"כ אפילו תבעו היורש גופיה לא שייך ביה השטא' אלא דביורש שייך השטאה וצ"ע לדינא כי לא מסתבר מה השטאה שייך ביורש דלא ידע במילתא דאבוה והריב"ש י"ל חדא מתרי טעמי נקט דבלא"ה צריך לומר כן בתשובתו שם סי' שצ"ב נתן טעם דל"ל משטה משום הך טעמא דלא היה תביעה מבע"ד עצמו כ"א בהכרזה ואלו דלא יכול לטעון שלא להשביע נתן טעם דאמרו בדרך הודאה והך טעמא הוי ליה לומר על טענת השטא' נמי דהא הרמב"ם מרא דהך עובדא דדרך הודאה מהני אמרו גבי השטאה ולא גבי השבעה אלא דחדא מטעמי' נקיט וה"ה לאינך וא"כ דין זה צל"ע:

כג **אפילו** אמר א"ע ושתק הסמ"ע פי' דלוה אמר מנה לך בידי וא"ע והמלוה שתק ומ"מ יכול לטעון שלא להשביע והש"ך השיג ופי' דהלוה אמר מנה לך בידי והמלוה אמר

א"ע והלוה שתק והביא ראיה מפסקי רקנטי שכתב בשם הא"ז להדיא דאם הלוה מודה מעצמו והתובע אמר א"ע והלוה שותק יכול לומר משטה אני בך עכ"ל:

והנה באמת לפירוש הזה ארווח לן סתמא דשמעתא בכתובות פ' הנושא דאמרינן בחייב אני לך מנה דאמרינן אי דאמר א"ע מ"ט דר"ל ולפי' הסמ"ע עיקר חסר בגמרא דהל"ל אי דתבעו והודה ואח"כ אמר א"ע מ"ט דר"ל דבלא תבעו כפשט' דלישנא דגמרא חייב אני לך מנה מה מהני א"ע הא עדיין י"ל שלא להשביע הודיתי ומה קושי' לר"ל אבל לפי' הש"ך ניחא וגם ארווח לן הבנת דברי הטור דהקשה על הראב"ד מהך דאמרינן ש"מ שהודה אי בעי לומר א"ע משמע אי אמר א"ע תו לא מצי טען מידי והקשה הב"י דשם לא איירי בהודה מפי עצמו דבזה פשיטא צ"ל א"ע ביכול לטעון טענת השבעה וא"כ דמיירי בתובעו והודה כמ"ש התו' וכל מפרשים וא"כ אין כאן קושיא כלל להראב"ד דבתבעו והודה פשיטא דמהני א"ע ולפי הנ"ל יש ליישבו דהמרדכי הקשה על פי' זה דאם איירי לאחר שאמר הלוה מנה לך בידי אמר התובע א"ע והלא שותק היינו תובעי וצריך פי' לקושייתו דמה בכך דתובעו מ"מ הוא לא ענה דבר ומה הודה יש לגבי הלוה וצריך לומר דס"ל למרדכי דמ"ש דאם תבעו והוא אמר הן ואמר התובע א"ע ושתק הנתבע דה"ל הודאה ומ"ש דהוא אמר מנה לך בידי והלה אומר א"ע ושתק למה לא יהיה שתיקה כהודאה אך י"ל דבאמת הואיל ולא אמר להדיא א"ע אף דשתיקה הוי כהודאה לא עדיף מאלו אמר להדיא מנה לי בידך ואמר הן די"ל משטה אני ומכ"ש די"ל בשתק לאמירתו א"ע והא דמהני באמר הן לאמירתו מנה לי בידך ואמר א"ע ושתק משום דזה לא אמרינן תרתי פעמים ישטה בו מתחילה באמרו הן על תביעתו ואח"כ בשתיקתו על אמרו א"ע כולי האי לא לישטה וליזול ולכך חייב לשלם משא"כ באמרו מעצמו מנה לך בידי דיש לומר שלא להשביע נתכוין הואיל ולא תבעו וכשאמר התובע א"ע דהיינו תובעו אף הוא התחיל להשטות בו ושתק דאף דהוי הודאה מ"מ לא עדיף מהן די"ל לשטות בו נתכוונתי וא"ש וזהו י"ל בכוונת הא"ז כפמ"ש הראקנטי דיכול לומר משטה אני בך ולא כתב שלא להשביע אלא ודאי שלא להשביע א"א דהא בא על טענת התובע דא"ע היינו תובעו כקושית המרדכי. רק י"ל משטה: וא"כ קושית הטור שפיר דגמרא קאמר ש"מ שהודה צריך לומר א"ע או א"צ אדם משט' בעת מיתה או לא משמע דאם יאמר א"ע תו ליכא חשש השטא' דאל"כ הל"ל בקצרה אדם משט' בעת מיתה או לא דהא איכא גווני דהשטאה אף דאמר א"ע והיינו בהך דהודה מעצמו והתובע אמר א"ע והוא שותק דבברי' י"ל משטה הייתי ובש"מ מספקא לן וא"כ ה"ל לומר אדם משטה או לא ולא לשאול צריך לומר א"ע דיהיה משמע דהכל תלוי בא"ע. אלא ודאי דהכל תלי' בא"ע דאם אמר א"ע תו

לא שייך השטאה כלל. אך מ"מ נראה יותר כסמ"ע חדא דמרדכי מפרש להדיא כסמ"ע ולא מסתבר לי' כלל מש"ל וכ' דהיינו תובעו וגם פירושם בקושי' הטור אינו מיושב כל הצורך די"ל לכך דייק הגמרא צריך שיאמר א"ע דהיינו שיאמר הנתבע דתו ליכא למיחש למידי לשיטה זו והעיקר דהראב"ד יליף ליה הך דינא מתוספתא הביאו הרי"ף ר"פ קמא דב"מ דקתני הודאת בע"ד כק' עדים אימת בזמן שתובעו והודה אבל הודה מעצמו פה שאסר הוא הפה שהתיר וקשי' ליה אי לא אמר א"ע בזמן שתובעו והודה נמי י"ל משט' הייתי ואי דקאמר א"ע הודה מעצמו נמי ומזה יליף הראב"ד דינו דאם אומר א"ע והלה שותק יכול לחזור ולפי' הש"ך מה הודה מעצמו שייך בזה הא אנן אמרינן דשתיקתו לא הוי כהודאה דאי הוי כהודאה האי יכול לחזור בו ודוחק דקאי אתחילת אמירתו מנה לך בידי דזו אף בתובעו לא הוי הודאה רק הודאה הוי מה דשתק לא"ע והא אמרינן בהך גוונא לא הוי הודאה וקשה לי ליישב לשון הודאה מעצמו ועיקר חסר בתוספתא דהך א"ע לא אמר הנתבע בעצמו רק התובע והא בתוספתא קאמר הודה מעצמו. ולכן יותר מרווח פירוש המרדכי וסמ"ע. וא"ש הודאת בע"ד בזמן שתבעו והודה דהיינו תבעו מנה ואמר הנתבע הן וא"ע הרי זה כק' עדים אבל הודה מעצמו ואמר מנה לך בידי וא"ע והמלוה לא תובע כלל לא מתחילה ולא בסוף יכול לומר שלא להשביע הודיתי וכן צריך לומר דהא הראב"ד יליף ליה מתוספתא וקשה מנא לי' הא הך תוספתא י"ל דמיירי בב"ד ובתבעו א"י לחזור אבל בהודה מעצמו יכול לחזור כמ"ש מחברים ול"ל דהראב"ד ס"ל דבב"ד לעולם א"י לחזור כמו שכתוב לקמן סעיף כ"ב דהא הראב"ד ס"ל בבעה"ת שער ז' דטענו בחיטין והודה בשעורים פטור משעורים דיטעון משטה הייתי ש"מ דסבירא ליה בב"ד יכול לחזור ועיין לקמן בש"ך ס"ק נ"ו ע"ש דעמד בזה ועכצ"ל דהראב"ד מדמה זה לזה מה לי אמר א"ע מה לי הודה בב"ד הודאה בב"ד גרידא ה"ל כאומר א"ע וכי היכי דיכול לחזור בב"ד בהודה מעצמו כך בעדים בהודה מעצמו ואמר א"ע ואם כן מוכח כדינו של הסמ"ע דמיירי דמודה מעצמו והוא אמר א"ע כמו בהודה בב"ד מעצמו והוא כאמר א"ע דחד דינא איתי ליה ומה שנאמר שהלה שותק הוה ליה לאפוקי אם לאחר שהודה אמר לו התובע א"ע והלה שותק. ולהבנת דברי הטור צריך לומר דסבירא ליה לטור הא דאיבעי' בגמרא ש"מ שהודה צ"ל א"ע או א"צ צ"ל או א"צ אדם משט' בעת מיתה כתובו או אין אדם משטה וס"ל לטור דאם הך מילתא אדם משט' פי' להך דמספקא לן אי צ"ל א"ע א"כ הוה ליה לגמר' לומר תיכף בתר הך ספיקא אי צ"ל א"ע ולא להפסיקו בהך ספיקא אי צ"ל כתבו וגם תרתי ל"ל ה"ל למיבעיא בקצרה אי אדם משט' או לא וגם דכיון דעיקר איבעי' הוא אי צ"ל אתם עדי והך דאין אדם משטה רק פי' על מה קאי הספק א"כ כד

פשיטא ליה הל"ל אין צ"ל אתם עדי ולמה פשיט אין אדם משטה אלא סבירא ליה תרתי מילי נינהו מתחילה קשאיל ש"מ שהודה דדך הודאה אי מהני ואצ"ל אתם עדי כדעת מקצת רבוותא או לא ואת"ל דצריך לומר תינח השבעה השטא' מאי אדם משטה או לא וזהו כלל דמילתא קמייתא דקאי באת"ל נפשוט ולכך לא פשיט הגמרא רק ספיקא בתרא דאין אדם משטה בעת מיתה. אבל לענין השבעה צ"ל אתם עדי וא"כ דהך איבעי' אי צ"ל א"ע הוא לענין השבעה וע"כ בדלא תבעו שפיר דייק הטור איך החליט צריך לומר אתם עדי דמשמע בח"ע סגי הא לא מהני בהודה מעצמו בלי תביעה כדינו של הראב"ד וכך הוה ליה למישאל צריך תביעה או אין צריך דבלי תביעה לא מהני אתם עדי ודברי הטור פשוטי' ונכונים לשיטתו:

ובהכי ניחא מה דקשיא לטור דהקשה לראב"ד דמשמע בברי' כשאמר אתם עדי תו ליכא טענה כלל וכן כתב הש"ך דמשמע ליה דאין לאחר א"ע כלום וקשה ולימא איהו לנפשיה הא דעת הרא"ש בהודה שלא בפני תובע ואפילו אמר אתם עדי אינו כלום ועכצ"ל דלא מיירי שם בב"ב בכל גווני רק מיירי מן בפני התובע וא"כ אף להראב"ד נימא דלא מיירי בכה"ג כיון דצ"ל דלאו בכל גווני אייריי. אבל לפי תי' זה ניחא דבממ"נ דהאיבעיא קאי לענין השבעה אי שלא בפניו הא א"ע ודאי לא מהני ואי בתבעהו הא א"צ א"ע להשבעה וע"כ בכה"ג דהיה במעמד ולא תבעהו ואמר הנתבע א"ע דל"ל דאמר התובע דלישנא דגמרא צריך שיאמר משמע דמוסב על ש"מ המודה הוא יאמר וקושית הטור שפיר: ולולי זה קושי' זה צ"ע בטור:

כד **ויש** חולקין וכו' ודאי אף לדעת מחבר יש חולקין דהא כך לשונו למ"ד שאפילו וכו' יכול לטעון וכו' הרי לדעת הרמב"ם לעיל ליתא להך דינא. אך הרב ב"י אזיל לשיטתו דמפרש כפי' הש"ך וא"כ ע"כ מתוקמא דיש כאן התובע דהוא האומר א"ע וא"כ לדעת הרמב"ם דבפניו לא מ"ל השבעה לית' להך דינא אבל הרמ"א נראה דמפרש כפי' הסמ"ע כמו שדייק הסמ"ע מלשונו מאחר שאמר א"ע וכו' וא"כ אף לדעת הרמב"ם יתכן כשאמר הנתבע מנה לפלוני בידי וא"ע ואין במעמד התובע. ולכך כתב ויש חולקים. אלא דלא הבנתי מי הוא החולק הטור והרא"ש הא ס"ל להדיא לעיל בסי' ל"ב דשלא בפני התובע לא מהני א"ע ודייק ליה מהמשנה עד שיודה לו דהיינו א"ע וכמש"ל באריכות וכך מפרש לשיטתו מילתא דתוספתא דקתני הודה מעצמו יכול לחזור בו דע"כ אייריי באומר א"ע דאל"כ אפילו בתבעו י"ל משטה אני כמ"ש הראב"ד וסבירא ליה דמיירי מעצמו שלא בפני בע"ד דלא מהני א"ע ואורחא דמילתא נקיט תובעו דמסתמ' כשהוא במעמד תובעו. ולרמב"ם לא מצינו דחולק בזה כשאין התובע במעמד דהודאה כלל דיהני א"ע. איברא

הש"ך האריך לעיל ס"ק כ' דרמב"ם ס"ל דבכה"ג מהני וא"כ כוון הרמ"א בכל גוונא ויש חולקים הרמב"ם חולק אם לא היה התובע כלל כאן ולא לרא"ש ולטור באופן הזה כי אם לרא"ש וטור באופן כשהיה התובע במעמדו דיכול בעלמא לטעון טענת השבעה ואם אמר א"ע מודים דא"י לטעון ובכל אופן מצינו חולקים ולפי' הרמב"ם ס"ל הך תוספתא דאמר דרך הודאה ולא להדיא א"ע ולכך כשתבעו דלא מצי לטעון השבעה רק השטאה מהני הודאה כדאמר בלשון הודאת בע"ד אבל הודה מעצמו והיינו שאין התובע כאן דכך אורחא דמילתא כמ"ש דכשהוא כאן מסתמא תבעו יכול לחזור דהודה לא מהני לטענת השבעה וא"ש ודברי הרמב"ם לחלק בדרך הודאה בין השטאה והשבעה מוכרחים מתוספתא וכן דברי הרא"ש לשיטתו דלא מהני הודאה בלי א"ע ג"כ מוכח דינו דאמר שלא בפני התובע א"ע דלא מהני בפי' דברי התוספתא וכל אחד אזיל לשיטתו ודוק

כה **ודוקא** כת"י שביד חבירו כו' זהו כתב הרמ"א ליישב דלא יהיה סתירה בדברי הרא"ש ומחבר ממ"ש בסעיף זה שהוא בכלל ס"ה דין א' למ"ש בסעיף שאחריו והוא ג"כ תשובת הרא"ש כלל ס"ח דין ט"ו ותשובת מהר"ם במרדכי. והנה הרב הסמ"ע הקשה דא"כ מה זה שטרח הרא"ש לומר דאעפ"י דבע"פ יכול לטעון השבעה והשטאה אבל מעשה לא קעביד הא משנה שלימה היא הוציא עליו כא"י גובה מב"ח ובאמת כל מה שתי' הסמ"ע וב"ח בזה דחוקים כי הסמ"ע תלה בנוסח הב"י זהו אין לו שרש ועיקר דאנה נזכר בגמרא הבדל בין כת"י והרא"ש לא הזכיר כלל שהיה נוסחא גרועה בכת"י כלל וב"ח תי' דהתם שאני דהיו עדים שהודה בלי תביעה וחתם עצמו וכעין תי' זה תי' הסמ"ע בס"ק מ"ב דהודה בפני עדים וראו עדים חתימתו א"כ מהני אף שלא בא לידו דבריהם תמוהים הא שם בתשובה טענו יורשים אולי היה ביד הקרובים חתימתו כדרך לימסור לקרובים וכתבו עליו מה דבעי והשיב הרא"ש דלא חיישינן לכך דאל"כ הא דתנן הוציא עליו כת"י גובה מב"ח גם כן נימא כך ע"ש ולפי דבריהם איך אפשר לטעון שעשו זיוף הלא עדים מעידים להדיא דחתמו על הכת"י כנ"ל והודה בפניהם ולכן דבריהם צל"ע. ולכן בדברי רמ"א י"ל א' משני פנים דודאי בתשובה ההוא מוכח כמ"ש הב"ח דהיה כת"י יוצא מתחת יד אחר ומ"ש הש"ך באמת כן מכל מקום דברי הרא"ש הם סובבים בדרך רבותא אפילו היה נמצא תחת יד המודה דחוק רק י"ל ודאי דכת"י ה"ל כאומר א"ע כמ"ש הרא"ש בריש פרק הנושא רק זהו אם הכתב תחת יד התובע דחזקה דנמסר לידו א"כ הרי אמר לו א"ע ופשיטא דגובה וא"י לטעון שם טענה כלל אבל במוסרו ליד אחר לא ליד התובע א"כ מה בכך דה"ל כאו' א"ע אם אמר א"ע שלא בפני התובע ס"ל להרא"ש דלא מהני. וא"כ מאן מעיד דמוסרו לאחר בפני התובע וא"כ י"ל דלא מהני וכך היה

עובדא דשם בראש כנראה מתוך התשובה דהכ"י היה דכל נכסים הם של אביו אבל הכתב יצא מתחת יד הקרובים כמ"ש הרא"ש דטענו דאפשר שהיה להם זה הכתב קודם לכן חתימתו לבד שכך רגילים העול' ליתן לקרוביהם אשר מתעסקים בשבילו וכו' הרי דנראה דלא הי' ביד אביו ממש ולכך לא הביא ראיה מהוציא כתב וכו' רק כתב מעשה לא קעביד וא"ש. ולכך יש לפרש דברי רמ"א בהג"ה שביד חבירו היינו ביד אחר לא אותו התובע וכן רמ"א בד"מ כתב להדיא שהוא ביד אחרים הרי דדייק ביד אחרים ולא כתב ביד התובע. או י"ל דבלא"ה יש להבין מה קשי' לי' לרמ"א דברי הרא"ש אהדדי דהא שם בפרק הנושא כתב המרדכי בהגהת הרא"ש חייב אני לך מנה בשטר לפירש"י דפירש בלי חותם תימא במאי משתעבד לימא משטה אני בך הילכך נראה כפיר"ת וכו' עכ"ל הרי מבואר דוקא בכתב שחתום עליו הוא דתנן גובה מב"ח אבל בכתב דלא חתום אע"פ שהוא כ"י ממש כפירש"י דמפרש שהוא כ"י ממש רק לא חתום מ"מ יכול לטעון משטה אני כקושי' המרדכי וא"כ בשלמא כאן שהוא חתום על כ"י פשיטא דל"ל משטה וכדומה משא"כ לקמן בתשובה כלל ס"ח ט"ו דלא כתב רק כת"י שטר זה חצי לפלוני ולא חתום כלל פשיטא דיכול לומר משטה אפילו מסרו ביד התובע כקושית מרדכי ומהך שמעתא דכתובות הא לא קשיא ליה לרא"ש דהא מפרש כפיר"ת ועיין ש"ך סי ס"ט ס"ק ד' ע"ש וצריך לומר דגם לרמ"א קשיא מה היה לרא"ש כל הטור' אי נימא משטה וכדומה הא מתשובה הנ"ל מוכח דהיה הכ"י ביד אחר וא"כ משנה היא הוציא עליו כ"י וכו' אלא ודאי דשם בא הרא"ש ללמד אפילו לא היה החותם על הכ"י רק שהוא כ"י דמועיל וזהו שכתב להדיא דלא אשכחן אלא בדיבור בעלמא כגון מאן מסיק וכו' אבל שכתב ידו או אחר כתב והוא חותם כולי האי לא עבדו וכו' וברור דפירש אבל כתב ידו היינו שגוף הכתב כ"י בלי חתימה דאל"כ הל"ל בקיצור אבל חתימ' ידו ולכך לא היה ראיה מהוציא עליו כ"י כי שם פירוש חת"י ולכך טרח לומר דמעשה לא עביד ואפשר דיליף ליה הרא"ש מדברי רבינו רש"י דלא תקשה ליה קושית המרדכי הנ"ל ולכך משני דמעשה לא קעבדי ואף דלא ס"ל פירשי' מ"מ כדאי רשי' לסמוך עליו לדינא מה דמסתבר ליה ולפ"ז יפה הק' הרמ"א דל"ל ולחלק בין חת"י לכת"י דהא ע"כ כל הטורח התשובה הוא בשביל כת"י גרידא כמ"ש ולכך חילק בין שהוא ביד אחר דמעשה אפילו כמו כתב ידו לא קעביד להשטות ובין מה שתחת ידו וא"ש ולק"מ:

אלא במ"ש הש"ע בשם מרדכי שאם כתב על חפץ שם פלוני ג"כ אמרינן שלא להשביע צ"ע דמרדכי יליף ליה מהא דהטמין ואמר של פלוני של מעשר כו' אם כמערים לא אמר כלום וק' א"כ איך תנן בפ"ד דמעשר שני אם נמצא כתוב על הכלי מ"ם אמרינן

דבתוכו מעשר הא י"ל שלא להשביע כתב כדאמרינן במעשר שם ובהגהת מרדכי פ"ק דב"ב יליף מהך משנה דאם נמצא כיס מעות וכתב עליו צדקה דהוי צדקה ופסקו הרב בהלכות צדקה סי' רצ"ט בהגה"ה. וק' הא י"ל שלא להשביע כמ"ש להדיא שם דאם אמר לבנו מעות אלו של צדקה אם כמערים י"ל שלא להשביע א"כ למה לא נאמר כתב על כלי דהוא שלא להשביע כתב מעות צדקה ועכצ"ל דמעשה לא קעביד אפילו בידו ולא מסרו לחבירו. ובמרדכי י"ל דס"ל גבי מעשר לא שייך שלא להשביע רק הא דקתני גבי של מעשר כמערים היינו דלמא לפנחי' אמר כן כדאמרינן ביבמות פרק האשה שהלכה והמרדכי לא יליף ליה מהך דשל מעשר רק מהך דשל פלוני הם דשם הטעם משום שלא להשבי' אבל במעשר הטעם משום דלמא לפנחי' ובריייתא כר"י אבל אנן קיי"ל כחכמים דלא ס"ל לפנחי' כתבו ולכך מ' מעשר וה"ה לכיס של צדקה. אך לא כן מוכח ברמב"ם פ"ו מהל' מ"ש דפסק כת"ק ומ"מ פסק כהך בריייתא דאם אמר של מעשר אם כמערים לא אמר כלום ש"מ הטעם משום שלא להשביע ומ"מ פסק מ' מעשר ועכצ"ל מעשה לא קעביד וכן שם בהגה"ת רמ"א כתב די"ל במעות צדקה שלא להשביע (ובפרט לפי דברי תשובת הרא"ש כלל פ"ו דכתב דבממון לא שייך לפנחי') ולכן דין זה צל"ע ובפרט בדברי רמ"א דסותרים דבריו זא"ז:

כו **אפשר** לומר שלא להשביע בש"ך ס"ק מ"ה כתב דאם לא כתבו על גוף השטר רק בינו לבין עצמו לא שייך שלא להשביע כי מי יודע מה שכותב בתוך כתביו בביתו ואמת שכן כתב הרא"ש להדיא בריש כלל פ"ו אך מ"מ צ"ע אי הוא חי וטוען כן להדיא שלא להשביע כתבתי אי א"נ דהרא"ש לא אמרו אלא לגבי יורשים דנטעון להם כן בשמא והוא מילתא דל"ש ולא טענינן ליתמי כלל והמעיין בתשובה ריש כלל פ"ו מבואר הכל דאין לומר כלל כן לגבי יתומים והביא ראיה ע"ז אבל אם הוא חי וצווח ככרוכיא שלא להשביע כתבתי קשה להוציא ממון ולכן נראה שהשמיט המחבר ורמ"א הך חילוק דהם לא מיירי מיתומים וצ"ע:

כז **אע"פ** שאמר להם כתבו כו' הרב הש"ך בס"ק מ"ח השיג על דין זה דלמה לא יהיה זה כאומר א"ע ועוד הא עדים הם יכולים לעשות כמו שצווה להם ויכתבו שטר ויגבה ממשעבדי ואיך שייך ביה השטאה והשבעה ואמת קו' זה יש ליישב די"ל ס"ל להרא"ש כדעת הרמב"ם לעיל סי' ל"ט דאע"פ דאמר להם כתבו צריכין להמלך בו שנית א"כ שפיר י"ל משטה אני או שלא להשביע וכשיבאו עדים להמלך אמחה על ידם. אבל באמת לא מצאנו ראיה לדברים הללו ומהכ"ת לחדש דין מה דלא מצינו ראיה ברורה ואין לומר מהא דקיי"ל דברי ש"מ ככתובים וכמסורים ופירשו התוס' ב"ב דף קע"ה ד"ה ודברי

ש"מ דאלימי טובי כדברים הכתובים הילכך ה"ל כאילו אמר כתבו והרבה יפוי כח עשו חכמים וכו' וקשה למה יכול לטעון שלא להשביע עצמו ובניו הודה וכן אם אדם משטה בעת מיתה אף משטה היה יכול לטעון אלא ודאי אף בכתבו י"ל כן דזה יש לדחות דבש"מ תקנו חכמים שיהיה ככתוב א"כ במקום דשייך השבעה לא תקנו וא"כ אין זה כאילו נכתוב אבל אם הוא אומר כתבו מהכ"ת נימא דלשטות או להשבעה נתכווין ועוד נראה אפילו דנימא כן בדעת הרא"ש היינו דרא"ש ס"ל כפיר"ת חייב אני לך מנה בשטר דאמרינן בהנושא דחייב היינו כשכותב שטר להדיא אבל לפי דפסק המחבר לעיל סי' מ' כרמב"ם אפילו או' בע"פ חייב אני לך מנה בשטר הואיל והזכיר מילת שטר ה"ל כאומר א"ע וא"כ מכ"ש כשאומר להדיא כתבו שטר דהא עכ"פ הזכיר מילת שטר ולכן ברור דמהני וכמ"ש הש"ך ג"כ ראיה מדברי רמב"ם וצ"ע:

כח **המודה** וכו' הרב הש"ך דעתו דאם אינו חייב לו מקדם רק עתה מתחייב לו בהודאת פיו בזו אף לרמב"ם בעינן א"ע ולא מהני דרך הודאה דלא אלים כ"כ לחייב כמו א"ע וכבר כתבתי בס"ז בכמה דוכתי דא"ע לא נצרך רק לשלול טענת השטאה והשבעה אבל לולי כן באמירה גרידא מתחייב. ולכך כתבתי דיכול להשביע אם כיון להשטות אף דכבר נשבע דאינו חייב לו וא"כ מכ"ש בהודאה ותבעו דתו ליכא טענת השבע' והשטאה פשיטא דמתחייב. וכן מוכח מדברי רשב"ם ב"ב דף קמ"ט ש"מ שהודה דפירש רשב"ם אי אף בפקדון יכול לטעון שלא להשביע או לא ועכצ"ל דהוא בלא אמר א"ע דבא"ע אפילו במלוה חייב ופשטינן ליה מעובדא דאודיתא דאיסור גיורא ועכצ"ל דידע הגמרא דאיסור לא אמר א"ע דאל"כ מה קפשיט מיני' וקשה א"כ איך קנאהו ר"מ הא ידוע לכל דלא היה של ר"מ מעולם ועכצ"ל הואיל בפקדון לא שייך טענת שלא להשביע קנאו אפילו בלי א"ע וא"כ ה"ה לדידן בדרך הודאה דלית ביה חשש השטאה כהנ"ל יכול להתחייב אף דלא היה חייב כמו איסור גיורא וזה ברור:

כט **ואם** לא טען וכו' הרב הש"ך ס"ק נ' האריך דדברי הרמב"ם סותרים דהוא גופיה העתיק הך עובדא דקב רשו דמשמע דב"ד טוענים ומתוך זה נכנס בדחוקים גדולים ואם התובע שואל הא עדים מכחישין אותך או לא ודברים אלו אין בהן ממש אבל כבר בררתי לעיל בתומים ס"ק י"ט לחלק דכשמודה דרך הודאה לא טענינן ליה ופסקא פסקא נקיט הרמב"ם וגם מ"ש הש"ך בס"ק נ"א להוכיח דס"ל לרמב"ם אף במודה מעצמו ואמר להשטות נתכוונתי נאמן ליתא דפיסקא קתני ועל הך מודה מעצמו קאי טענת השבעה וא"ש. ועוד י"ל לחלק בין תובעו בברי חייב אתה לי והרי עדים ג"כ ובזו לא טענינן ליה אבל אם התובע ג"כ לא ידע דחייב לו רק תובעו ע"פ העדת עדים בזו טענינן ליה דהא

אין כאן טענת ברי ממש והכי משמע לשון הגמ' ולשון רמב"ם דלאחר שאמר מאן מסיק בי פלוני בא פלוני ותובעו משמע ע"פ הודאתו ולכך טענינן ליה וזה לענ"ד נראה נכון אלא דקשה לומר זה בכוונת הרמב"ם דהוא ס"ל ישבע היסת ואי לא תבעו רק ע"פ עדים ואנן טענינן ליה שלא להשביע שבועה זו מאין מקורה ובפרט דרמב"ם לא ס"ל דחייב שבועה בתיבה פרוצה:

ולכן נראה בדברי הרמב"ם כמש"ל בס"ק י"ט אבל לשאר מחברים דס"ל דלא טענינן ליה י"ל כך ובזה יובן דברי הראב"ד דכתב על הרמב"ם מעשה בא' שהיה וכו' עד ישבע היסת ויפטור א"א אין זה לפי הגמ' ופירש הלח"מ דדעת הראב"ד טענינן ליה וכבר השיגו הש"ך דדעת הראב"ד דלא טענינן ליה איברא דגם הש"ך לא פי' בו דבר מתקבל וא"צ להעתיקו. אבל למ"ש ע"ז כוון הראב"ד דהראב"ד ס"ל דלא טענינן ליה וא"כ צ"ל בעובד' דקב רשו איירי דלא תבעו בברי רק ע"פ עדים כמ"ש וא"כ שבועה זו מה טיבו וזה שכתב על ישבע היסת שאין זה לפי גמ' דלא היה שם היסת דלא תבעו בברי וזה ברור ונכון. כי דוחק לומר דהאי קב רשו באמת טען שלא להשביע ומ"ש הש"ך א"כ מה קמ"ל י"ל דקמ"ל דאף בזה דנתכוין שלא להחזיק עצמו כעני באמרו מאן מסיק בי מ"מ י"ל שלא להשביע וזה דוחק ויותר מסתברא כמ"ש ויובנו דברי ראב"ד בהשגות:

ל **בין** שהודה מעצמו וכו' הש"ך בס"ק נ"ו האריך להשיג על בעה"ת וטור ומחבר ומביא במספר צבא הפוסקים אשר לדעתו חולקים וס"ל דבמודה בעצמו אף בב"ד יכול לחזור וגברי קחשיב ותיובתא ליכא דכולם העתיקו הך תוספתא דהודאת בע"ד כמאה עדים אימתי בזמן שתובעו והודה לו אבל במודה מעצמו יכול לחזור ופשיטא דהלכה כתוספתא אבל לא יחויב דמיירי בב"ד ולא מבעיא לדעת הש"ע דפסק לעיל סעיף ט"ו כראב"ד בשתק התובע דאתם עדי לא מהני והיינו דיליף ליה מהך תוספתא אם כן יש לתוספתא פירוש מבואר ואף על גב דכתבתי לעיל סעיף קטן כ"ג דראב"ד מוקי ליה בבית דין ויליף מיניה היא הדין בחוץ לבית דין ואמר א"ע מכל מקום אין זה הכרח לומר כן דיש לומר דמיירי חוץ לבית דין גרידי' וכמ"ש הראב"ד בפירוש התוספתא כנ"ל באריכות אלא אפילו לפי החולקים אראב"ד הא בררתי לעיל ס"ק כ"ד לשיטת הרמב"ם יש לומר דמיירי בהודאה בלי אתם עדי ולהרא"ש בא"ע שלא בפני התובע אבל הכל חוץ לבית דין אפילו אם מתפרש בב"ד צריך לומר שלא בפני תובע דהא לרמב"ם בפני תובע לא שייך השבעה וא"כ דמפרשינן הודה מעצמו שלא בפני תובע מה דוחקם לומר דמיירי בב"ד והש"ך גופיה כתב דדוחק לומר דיהי' שייך טענה זו בב"ד ולכן עלה ברוחו לומר דיכול לחזור ולומר טעיתי וזה יותר דוחק דמהכ"ת לומר טעיתי בדלית ליה מיגו

ולכן יותר מרווח דמיירי חוץ לב"ד וכפי' התו' כמש"ל ס"ק כ"ג וכ"ד ע"ש ואין ראיה מכל פוסקים שהעתיקו התוס' דיסברו דיכול לחזור בב"ד רק הש"ך לשיטתו דפסק לקמן בסי' פ"ח בטענו בחיטין כו' כרמ"ה דהטעם משום השטאה ולכך הכניס עצמו בדבר זה ביותר דאף בב"ד שייך חזרה אבל לפי דקיי"ל דלא כרמ"ה וכמש"ל בסי' פ"ח א"צ לזה הדוחק ואמרינן בב"ד לא שייך חזרה כלל וא"ש ולדברי הש"ך דביקש לומר דעת ר"ה גאון בהודה מעצמו בלי תביע' יכול לחזור אפילו בב"ד א"כ מה צורך לר"ה לומר בסעיף שאח"כ דהוי שיחה יתירה הל"ל בקיצור הא הוי לגבי חבירו הודאה בלי תביעה ואפילו דהוי הודאה יכול לחזור א"ו דאלו הוי הודאה א"י לחזור:

לא **תבעו** בחפץ וכו' כתב בתשובת פני משה ח"ב סי' כ"ו בשם תשובת מהריב"ל ח"ב סי' נ"א אי הוד' על דברים שיש לו ביד אחר שהם של פלוני וא"כ יש לחוש דהנפקד ישמע בקולו ויתנו למי שאמר שהן שלו אז הוי הודא' ולא י"ל השבעה דאיך יודה שלא להשביע דאולי יחשוב הנפקד באמת ותמים הודה וימסרו ליד מי שהודה וראייתו מהא דמי שבא ואמר ראיתי אביכם שהטמין מעות ואמר לפלוני הם אם בשדה דיכול ליטלם נאמן וקשה עדיין דלמא שלא להשביע אמרו אלא ש"מ הואיל והוא יכול ליטלו ולמוסרו לפלוני לא חיישינן להשבעה והסכים עמו הפני משה ע"ש. ובאמת קושיא זו הוא בנ"י ותירץ דהואיל האיש ההוא יכול ליטלו ש"מ דנאמן הוא בעינו א"כ אינו מהתל בו ולפ"ז בנפקד דלא יכול להכחיש פקדונו לא שייך זה ומכ"ש לפי מ"ש הפרישה לקמן בסי' רנ"ה דהטור ס"ל דגם בהך בעינן דיעיד שהיה כמוסרו לו ולא כמערים וא"כ מבואר דליתא לדין זה וכן מוכח מהא דאמרי' ש"מ שהקדיש נכסיו ואמר מנה לפלוני נאמן דאין אדם עושה קנוני' על הקדש והק' הא בלא"ה אית ליה מגו דמישתלי אהקדשו ותי' הרשב"א כפי מ"ש בתשובת רבינו בצלאל אשכנזי וכמ"ש הש"ך לקמן סי' רנ"ה דאיירי דכבר נמסרו נכסיו ליד גזבר דתו לא מצי לשאול על נדרו וקשה א"כ מה פריך הגמ' וניחוש שלא להשביע הודה דהא בכה"ג אינו מודה דישמע הגזבר ויתנם ליד פלוני כיון דאין עושה קנוני' ומ"ש נפקד ומ"ש גזבר וכן לפירוש רשב"ם דמפרש הא דבעי ש"מ שהודה אי יכול לומר שלא להשביע גבי פקדון ופשטינן מהך אודיתא דאיסור גיורא וקשה דלמא התם שאני דהפקדון היה ביד רבא א"כ איך יודה וישמע רבא דאף דלא היה במעמדו של ההודאה מ"מ הא הודה בעדים ויתוודע לו בעדים ויתן הפקדון ליד רב מרי ולא חיישינן כלל להשבעה אבל כשהחפץ והמעות בידו עדיין הספק במקומו ולכן אין מקום לדבריהם אלא שאני מסופק אם אמר לנפקד תן לפלוני אם לא יכול לטעון שלא להשביע אע"ג דאמרינן בש"מ שאמר לבניו מנה לפלוני בידי חיישינן שלא להשביע ואם

אמר תנו נותנים ש"מ באומר תנו לא טענינן שלא להשביע מ"מ ספיקי מהא דהביאו בבעה"ת שער מ"ב ח"ה דין ג' דמעמד ג' א"י לטעון השטאה דכקנין דמי וקשה ל"ל הטעם משום דכקנין דמי הא אמר תנו דזהו הענין מע"ג מנה בידך תן לפלוני אלא דנראה דאם אמר הן וחזר באותו מעמד אף לאחר כ"ד ואמר לשטות אמרתי מצי לטעון דלא אמרינן איך אמר כן אולי יתן דיאמר בשביל כך לא הלכתי מאותו מעמד עד שאמרתי לו שלא יתן ולכך קאמר טעם דהוי כקנין א"כ אפילו באותו מעמד כל שהוא לאחר כ"ד לא מצי לחזור ביה אבל אם לא חזר תוך זמן שהיה סיפוק ביד זה ליתן לזה הואיל ואמר תנו נראה דלא יכול לטעון כלום כדאמרינן ביתומים הנ"ל מיהו התוס' בגיטין דף י"ג ד"ה איתא וכו' דהקשה להיש גורסין דמוקי ליה בהודאה א"כ לוקי בבריא ולא צבורין וקשה כיון דאינו פקדון ביד אחר והוא בריא מה מהני דאמר תנו הא מצי לטעון שלא להשביע הודיתי ואם יבא האחר לקחתו באמת יערער ויאמר שלא להשביע הודיתי אלא ש"מ האומר תנו אף דהוא בידו ולא בא ביד אחר כלל מ"מ אינו יכול לומר שלא להשביע כלל ומ"מ דינם צ"ע דנראה דלא קאי לדינא:

לב **ויש** חולקים וכו' מקורו של י"ח הוא בתשובת מהר"ם בפ' חזקת במרדכי בא' שתבעו להחזיר לו פקדונו חגורה ובתי נפש והשיב אשתך מסרה לי קודם שנשאה אותך ע"ת במותה ינתן ליורשיה ופסקו הב"ד דישבע שכדבריו כן הוא וינתן ליורשים ויורשים היה במעמד הפס"ד ולמחרת נתחרט ואמר שנזכר כי מיד הבעל קבלו ופסק מור"ם דנאמן בטענתו השני במגו שהיה אומר שהחזיר ליורשים או שקרה אונסין בין פסק למחרתו ומזה למד הרמ"א ל"ל הך מיגו דה"ל מגו דהעזה כמ"ש שם ולא ה"ל מנו דלהד"ם ולאדחוי' לבעל כוונתי אלא ש"מ דלא ס"ל הך דינא והש"ך השיג וכתב דשם ידוע הוא שקיבל ואין דרך להכחיש רק או שקבלה מבעל או מהאשה ודברים אילו אין להם שורש בתשובת מהר"ם שלא נזכר דהיה ידוע ועוד עדיין י"ל מגו דהחזיר לאשה דהא לא היה עדי ראה וגם למה כתב דיכול לטעון דנאנסו בתר פס"ד שהוא טענה גרוע בזמן קצר ולא יצא לו שם גניבה והא יש לו מגו דקרה לו אונס מתמול שלשום ולדחויה לבעל קמכווין אלא ודאי דליתא גם כתב הש"ך דשם גם יורשי אשה תבעו אותו מתחילה זהו לא נזכר בתשובה ומהכ"ת יתבעו אותו כיון שלא ידעו שהאשה הפקידה בידו ע"ת והכל מפיו הם חיים גם מ"ש הש"ך לחלק דשם היו היורשים במעמד ההודאה גם זה אין כדאי לחלוק ארמ"א דס"ל בממ"נ אי הוי הודאה מה בכך דאינו במעמד הא הודא' בב"ד לעולם הוי הודאה ואי אינו קרוי הודאה כמ"ש הטור א"כ אף במעמדו נימא כן:

אבל אי קשיא הא קשיא דעד כאן קאמר ר"ה גאון וטור כשלא פסקו הב"ד שיתן החפץ

לחבירו והוא שותק אבל אם פסקו הב"ד שיתן החפץ לחבירו והוא שותק ולאחר זמן רוצה לחזור פשיטא דלא שייך השטאה או השבעה דאיך שמע פסק בב"ד ולא מיחה יצווח בדרך שטות אמרתי ואיך יהתל בזה ובפסק ב"ד ולכן שם במהר"ם מבואר דב"ד דפסקו דישבע ויתן אותו ליורשים א"כ ה"ל למחות ואיך יהיה עליו פס"ד אם כוונתו לשחוק ולכן דין הרמ"א צ"ע:

לג **אבל** לא יוכל לומר טעיתי וכו' הש"ך בס"ק ס' האריך לחלוק על דין זה דעיקר ראיה של תוס' והרא"ש מהך עובדא דגינאי בגיטין דף י"ד דתרי גינאי עבדו חושבנ' ופש לגבי חד ה' זוזי והמחהו במ"נ ליתנם למרה ארעא וקנו מיני' ולבסוף אמר דטעה בחשבון ולית גבי' מידי ופטרהו רבא ופי' הרי"ף ור"ח דהיו עדים לטעותו דאל"כ לאו כל כמיניה דטעה והקשו התוס' הא ה"ל מגו דפרעו ותי' מזה דאף דאית לי' מגו מ"מ אינו נאמן דטעה דה"ל במקום חזקה והקשה הש"ך דהא קנו מיניה ואינו נאמן לומר פרעתי והתו' אפשר דס"ל דאף בקנין נאמן לומר פרעתי אבל לפי דקיי"ל דאינו נאמן אין כאן ראי' כלל ודברים הללו הם אמורים עם הספר לחדושי רשב"א ז"ל בכל אופן ואין כאן קושי' דעדיין קשה מאי דוחק' לרי"ף ולר"ח לומר דהיו עדים בטעות מה דלא משמע כן בגמ' והוא דוחק כי א"כ איך טעה ר"נ וס"ל דלא טעה רק רצה לחזור כמ"ש התו' שם בד"ה חדא אם עדים לפניך המכירים בטעותו והל"ל בקיצור דיש לו מגו דנאנסו ולוקמי בפקדון והרשב"א בחדושיו כתב להדיא דסתמא דמלתא הך עובדא הי' פקדון ביד גינאי וא"כ הא יש לו מיגו דנאנסו ונגנבו כמ"ש מהר"ם הנ"ל ואי דחייב שבועה באמת י"ל דחייבו ר"נ שבועה וכצ"ל לשיטת תו' דהקשו ה"ל מגו דפרעתיך וקשה הא שבועה בעי דר"ן תיקן היסת ועכצ"ל דבאמת י"ל דחייבו שבועה ורבא רק קאמר דקנין בטעות חוזר ואם כן אף במגו דנאנסו י"ל כן ועכצ"ל דאין כאן מגו במודה בעדים דרמי אנפשיה ומדכר וא"ש: מיהו יש לדקדק לדעת הר"ן דס"ל דכי אמרינן טעיתי אינו נאמן היינו במודה בעדים אבל בלי עדים י"ל דאינו מדקדק כ"כ דאמר אם אשכח טעות אהדרינא ביה וכ"כ הרמ"א לקמן בסימן קכ"ו סי"ג עיין שם אם כן עדיין קשה מה דוחקו להרי"ף ור"ח לומר דהוי טעות בעדים לימא דלא היו שם עדים כלל בהמחאה והא דקאמרי' דקנו מיניה היינו דהם קנו בפ"ע דקנין אין צריך עדים לשיטת הרי"ף בפרק האיש מקדש וכן דייק הל' קנו מיניה באפי מרי' ארעא משמע לא באפי עדים כלל ואולי יש לדקדק דר"ן סבירא ליה באפי עדים לאו דוקא ה"ה בע"א נמי דאיך לא דייק לומר דבריו על נכון משום דיכול למהדר ביה הא יצטרך שבועה להכחיש העד ומגו ליכא דה"ל מגו להכחיש העד לא אמרינן ולשיטת הרא"ש דס"ל דיכול לחזור במ"ג א"כ ליכא ליה מגו דלהד"ם שם בעובדא דגינאי

דמירתת דאם יאמר להד"ם א"כ יחזור מרא דארעא על גינאי ויצטרך בעל הגינא לשלם לו ואח"כ יתבעו ע"י מרא דארעא דיעיד דהודה בפניו ונוגע אינו דכבר קיבל תשלומין מגינאי ולכך טוען ברצון כי טעה דליכא הכחשה וא"כ הרי כאן ע"א. אך תינח לשיטת הרא"ש אבל לשיטת הרי"ף דאין יכול לחזור א"כ הלא מרא דארעא הוא בע"ד שלו וא"כ מי יעיד מרא דארעא הוא בע"ד שלו והגננא ג"כ נוגע בעדות דצריך לומר דהודה דאם יאמר כמו הך דלא הודה אם כן יחזור מרא דארעא עליו אם יאמר להד"ם דלא היה מעמד ג' וא"כ הרי כול' נוגעים בעדות ושפיר יכול לומר להד"ם וליכא למדחק כלל. ודוחק לומר דמ"מ מירתת ליכפור דחושש דמרא דארעא דבלא"ה א"י לחזור על הגננא לשיטת הרי"ף וכמ"ש הר"ן דיפטור את הגננא מתשלומין באופן אף דלא המחהו במע"ג מ"מ יהיה פטור וא"כ תו יהי' בעל הגננא ע"א להעיד עליו שהודה ונוגע בעדות ליכא דהא פטרו בכל אופן הן המחהו והן לא המחהו כי דין זה דפטרוהו צ"ע ועיין לקמן סי' קכ"א ס"ט ע"ש ומ"ש שם ולכך קושיא זו בר"ן לשיטת הרי"ף קשה וצ"ל דלכך לא פי' הרי"ף ור"ח כן דא"כ קנו מיניה לאיזה צורך הא מ"ג מהני כמו קנין ומה יוסיף אומץ הקנין עכצ"ל דבמ"ג היה מלוה ע"פ ולכך קנו מיניה דסתם קנין לכתיבה עומד ויהיה מלוה בשטר וא"כ ע"כ ה"ל עדים דבלי עדים לא גבי משעבדי ולית ליה קלא וא"כ מוכח דהיו עדים ושפיר הוצרכו לומר דהיה הטעות בעדים וא"ש אך דין התו' מ"מ מוכח לשיטתם די"ל על קנין פרעתי כ"ז שלא נכתב השטר אף דלכתיבה עומד ולדידן הא י"ל נאנסו כמש"ל והכל מוכרח ודינו של הרי"ף והתו' אמת ולחנם השיגו הש"ך ודוק:

לד **אבל** מה שנתן נתן כתב הרב ב"י דזה חולק אדעת הראב"ד לקמן בסעיף למ"ד דאפי' נתן לשם רווח יכול לומר להשטאה נתכוונתי ותי' הש"ך בס"ק ע"ח דשאני התם דמוחזק של חבירו בידו ולדבריו אם זה תפס משל חבירו יכול לומר בשביל מה שהיה נתתי לה בדרך השטאה אני תופסו. אבל י"ל חילוק אחר דשם יכול לומר מה שנתתי לך אף דאמרתי בתורת רווחי' משטה הייתי וכוונתי לקרן אבל כאן איך ישטה ויתן לו מעות מה שאין בו צורך ולפ"ז אף כאן בטוען סטראי נינהו גם כן נאמן לשיטת הראב"ד ויכול לומר נתתי לך מה שאני חייב לך ממקום אחר. אבל אפשר לומר דאפי' הראב"ד מודה בזה כי שם לא מצי לטעון המלוה ברי שהיה רווחים כי מנא ידע רק מפיו חי שאמר שהיה רווחים וא"כ הוא טוען צחקתי בך ואח"כ איך יחזיק במעות שלו מספק הא תפיסה מספק לא מהני משא"כ כאן דטוען ברי אתה חייב לי וע"ז פרעת לי מקצת פשיטא דיכול לתפוס והודאתו הוי הודאה:

לה **אם** הודה וכו' עיין אורים מ"ש הקושי' בשם הש"ך ומש"ל בדרך דחוק אבל לפי מה שהעליתי לעיל בדעת המחבר דאף דס"ל למחבר דיכול לטעון שלא להשביע בדרך הודאה היינו בברי' אבל לא בש"מ כשמת וא"כ כוונת המחבר כאן דהודה ר"ל בדרך הודאה ולכך נקיט לשון הודה ולא אמר וא"כ ס"ל למחבר כמ"ש המרדכי הואיל ואין ש"מ משטה אף ביה אין משטה א"כ ה"ה בש"מ שהודה דרך הודאה לא אמרינן שלא להשביע דכולי האי לא אמרינן בש"מ א"כ אף במודה לו לש"מ דרך הודאה שוב א"י לטעון שלא להשביע דחד דינא בש"מ שהודה או שמודים לו כן נראה בכוונת המחבר אבל מכל מקום לדינא צ"ע כי יש לחלק בשלמא בהשט' אין דרך לצחוק איש אשר אימת מות נפלה עליו א"כ אף לצחוק בו לא אמרי' אבל שלא להשביע הטעם כמש"ל דל"ש ולא טענינן לבניו א"כ אחר שמודה לו וטען שלא להשביע למה לא יהיה נאמן ולכן צ"ע:

לו **ודוקא** כשמודה בדבר וכו' משמע אפילו נשבע שלא בעדים והוא אמר נשבעתי וטעיתי אע"ג דאית לי' מגו להד"ם מ"מ א"נ טעיתי ודלא כמהרשד"ם דס"ל דבמקום מגו נאמן כמ"ש הש"ך בס"ק ס"ח ע"ש אלא דלדידי מספקא ודאי במגו דפרעתי אינו נאמן אבל כשמודה שלא בעדים צ"ע כי מקורו בבעה"ת שער מ"ב ח"ז ד"ב ושם נאמר להדיא ונשבע כך בפני עדים וכן כתב הרי"ף אלימא שבועתה באפי סהדי וחייב לקיימי' ולא בעי קנין. וכן כתב אח"כ בעה"ת כיון שבאו עדים שלשקר נשבע אינו נאמן לומר שכוח היה ונזכר וכו' הרי בכל דבריהם דייקי דהיו עדים במעמד השבועה. וכן כתב הרי"ף דשבועה הוי כאלו נטלו אותו עדים קנין על כך והרי דעת הר"ן דמודה בין עצמו אפילו בקנין כעובדא דגינאי יכול לומר טעיתי דלא מדקדק כ"כ כשאומר שלא בפני עדים כמבואר לקמן סימן קכ"ו וכמש"ל בס"ק ל"ג וא"כ אלו שבועה חמורה לא ה"ל להרי"ף לדמותו לעדים רק הל"ל דאלים מהודאה ולא לומר כאלו נטלו אותו עדים קנין הרי דדייק דבעי בפני עדים ולכן דין זה צ"ע:

לז **וה"ה** למוחל וכו' ואין להקשות לפי מה דפסק המחבר לעיל ס"ד דבתופס משל חבירו א"י לטעון שום טענה א"כ כ"ש אם מוחל וא"כ הך דינא ללא צורך ומזה קצת ראיה לכאורה לפי' של ע"ש שם דצריך לומר להדיא אני תופסם בשביל מנה שבידך וא"כ כאן במוחל א"צ זה ודינו של זה לא כשל זה אך באמת אין כאן ראיה חדא לפמש"ל עיקר טעמו של תפיסה דמהני דה"ל כמוחל ואם כן צריך הש"ע להודיענו עיקר הדין ושרשו על מה אדני' הוטבעו אף גם דכאן איירי דחייב לו מנה במשכון והמשכון ביד המלוה והוא מוחל לו החוב א"כ תפיסה ליכא לגבי לוה דהא יש לו למלוה משכון אמנם

כיון דבמחילה לא מצי אמר משטה וכדומה חל מחילה ופקע שעבודו וצריך להחזיר לו משכונו מנה אין כאן משכון אין כאן וטובא קמ"ל:

לח **ואצ"ל** כתבו עיין מש"ל סי' ס"ה ס"ק כ"ט בתומים ומתוכו יתברר מ"ש הש"ך כאן בס"ק ע"ד דהשיג על הב"י דכתב דמדברי הרא"ש בפ"ק דב"מ גבי מצא שובר נלמוד דא"צ לומר כתבו דס"ל במחילה אפילו לא מטי לידו וכתב הש"ך דמשם אין ראיה די"ל דאמר כתבו דלפמש"ל מוכח דאין מחילה תלי' כלל בשטר דאי תליא איך מחזירין שובר דלמא בין כך מכרה כתובה ונתבטל השובר והוי חספא בעלמא ומה לי דלא אמר כתבו או אמר ונתבטל השובר סוף כל סוף הרי אין כאן כתיבה אף דחל מחילה אלא ש"מ דלא נ"מ בכתיבה דכיון דחל ממילא מחילה ולכך מהדרינן גוף השובר דלא נ"מ דאינו אלא לראיה ומוכח שפיר ובזה א"ש דלא קשה הא הרא"ש לא כתבו שם רק לאביי דס"ל עבחז"ל ואנן לא קיי"ל כאביי ואיך פסקו בש"ע אבל לפמ"ש ניחא דלא יליף משם רק הך דינא דהיכי דחל מחילה אף דכתיבת שובר הוא חספא מ"מ מחזירין ואם כן ה"ה לדידן במוחל להדיא דכותבין שובר אף דלא צוה ואין כתיבת השובר מעלה או מוריד. אלא דהא קשיא איך יכתבו שובר בלי צווי המלוה הא ה"ל מפיהם ולא מפי כתבם וכבר עמדו התוס' בזה ב"ב דף ל"ט ע"ב ד"ה מחאה כו' איך יהיה מחאה בלי צוה ניתן לכתוב הא ה"ל מפי כתבם וע"ש שתי' דהיה תקנת חכמים וכו' וזה לא שייך בשובר ונראה דהרא"ש ובעה"ת אזלי לשיטתן דס"ל דלענין עדות א"צ בשטר כתבו כמבואר לעיל בסי' ל"ט ס"ג בהג"ה וכפי מש"ל באריכות דדעת הרא"ש דהא דצ"ל כתבו היינו לענין שיהיה מלוה בשטר אבל לענין בע"פ אצ"ל כתבו והוי ליה עדות גמור כהנ"ל אבל לפי החולקים וס"ל דאפילו מלוה בע"פ לא ה"ל כלל דה"ל מפי כתבם וכמש"ל וכמ"ש התו' במחאה א"כ צ"ע למה לא יצטרך לומר כתבו דאל"כ ה"ל מפי כתבם וע"ל סי' נ"י בסופו:

לט **אי** מודה ליה כתב הש"ך דא"כ מוכח דמיירי במלוה ע"פ דאי בשטר המלוה נאמן שנתנו לו בתורת רווחים ואף הראב"ד שהוא דעת יש מי שאומר שהביא מחבר לא פליג אלא במלוה ע"פ ולא במלוה בשטר ונראה דמיירי דריווח עולה יותר מפלגא של הקרן דאל"כ מה בכך דהוא מלוה בשטר הא יש לו מגו דנאנסה על פלגא שהיא פקדון ונאמן במגו מ"ש מלוה ע"פ או מלוה בשטר ולכן דברי הש"ך סתומים וצריך עיון דדוחק דיהיה הרווחים עולים יותר מפלג הקרן:

מ **אם** לא אמר א"ע יכו' אין להקשות הא הוי ליה בלי תביעה וא"כ איך יכול לטעון משטה הייתי דהא הוי בלי תביעה ודלעת מחבר לא מהני דכבר כתבתי כמה פעמים דהיכי דאין המלוה טוען ברי שחייב לי רק מכח הודאתו אתי' עלי' לו דאינך חייב לי

בדברך נתחייבת כדלעיל סי' מ' ובזה לכ"ע יכול לטעון משטה וכו' וגם י"ל במקום דיש טעם י"ל אפילו בלי תביעה וכאן יש טעם דלא יגוש עליה לפרעון כמו בסעיף שאח"כ:

מא **שאף** לדברי ראובן וכו' משמע מזה הא אם רוצה ליתן מרצונו אף דלא היה תנאי בשעת מתן מעות מ"מ מותר לקבל הימנו רק שא"י להכריחו בדין ויש להבין בממ"נ הא דמקבל רווחים הוא מכח פלגא פקדון וא"כ בממ"נ אם בדברם אח"כ נעשים ממלוה החצי פקדון איך לא יתחייב לשלם לו החצי מה שהרוויח בפקדונו ואי לא נעשים פקדון א"כ איך מותר לקבלו הא ה"ל א"ר וצריך לומר הלוה שבידו מעות המלוה בדבור בעלמא של המלוה יכול לשנות המלוה לפקדון ולומר לא יהיה באחריותך החצי המלוה רק יהיה פקדון ויהיה מותר לשמש בו כמפקיד מעות מותרים אצל שולחני אבל שיתחייב הלוה ליתן הרווחים מהפקדון למלוה בזה א"י להתחייב בדבריו והו"ל כנותן פקדון לחבירו והרשהו להשתמש בו וכי בשביל כך יתחייב לו ברווחים אלא דמ"מ צ"ע דאם היה נאנס החצי פקדון אם אין מחויב ליתן הרווחים הרי המקבל חייב באחריותו דה"ל מלוה עלי' אם משתמש במעות פקדון לדברי הכל אבל אם נותן הרווחים אין חייב באחריותו רק ש"ש וא"כ איך נדון בזה דרשו' ביד הלוה או ליתן או לא אם יקרה אסון לחצי פקדון אם יתחייב באחריותו א"כ קמה לגמרי ברשותו איך יתן רווחים ואם לא קמה ברשותו למה הרי אם ירצה כל הנאה שלו דאין מחוייב רווחים ליתן והארכתי בזה בי"ד בהלכות רבית כי שם מקומו האמיתי ע"ש:

סימן פב

א **אמנה** וכו' כתב הש"ך ס"ק ב' דאפילו דאמר דעדים ידעו שהוא אמנה ומשוי' נפשייהו רשעים מכל מקום נאמן הלוה במגו דמזויף אף שיאמר דעדים גופיה ידעו מזה והביא ראיה מדברי נ"י דנאמן לומר קטן הי' וא"צ להביא ראיה מנ"י כי הוא מגמ' שם כתובות דף י"ט מוכרח בהא דאמר ר"ה האומר שטר אמנה הוא א"נ ומוקמינין ליה דאמר לוה. ורב ס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו. ולמה לא מוקמינן ליה דאמר שטר אמנה ועדים ידעו מזה וא"כ לכ"ע אינו נאמן ואצ"ל דוקא כמ"ד דא"צ לקיימו ודוחק לומר הואיל בלא"ה רב ס"ל כן להלכה וע"ש בתוס' ועכצ"ל דבכה"ג למ"ד צריך לקיימו נאמן והדבר מוכרח:

ב **ואם** אח"כ מצא וכו' הב"ח בספרו וכן בתשובה שלו סי' ך' פסק דאם כבר נשבע דפרע ואח"כ מצא עדים לקיימו מ"מ כבר נפטר כיון דאין עדים מעידים בבירור דלא פרע ולכך יכול לומר איני נשבע עד שתקרע השטר אבל בטוען מזויף באמת א"י לומר קרע השטר

ואם אח"כ נתקיים הרי הוא מוכחש מעדים וחייב לשלם והרב הש"ך וכן הט"ז השיגו עליו ע"ש ואני מוסיף לשאול לשיטת הב"ח איך נאמן דהוא פרוע במגו דמזויף מה מיגו איכא הלא ידע בנפשו דאינו מזויף וא"כ ודאי דיש לחוש דימצא עדים לקיימו א"כ הלא יותר טוב שיטעון פרוע דאף דבאו עדים מכל מקום כבר נפטר משא"כ אם יטעון מזויף ויבאו עדים יצטרך לשלם א"ו דליתא לדינו והנכון כש"ך וט"ז ואין להקשות אף לשיטתם מה מיגו יש דירא דיבאו עדים וא"כ אם יטעון מזויף יהיה מוכחש מעדים ויהיה חשוד אבל בטוען פרעתי אף דיתחייב לפרוע מ"מ לא יהיה מוכחש מעדים די"ל דיכול לטעון א"י אם שטר זה אמת ומספק גם כן לא גבינן ולא יהיה מוכחש כלל וכן כתבו התוס' גבי עדים דלא הוי מגו דבי תרי די"ל שתקי והיינו אם ישאלו להם הב"ד אם זה כת"י יאמרו לא ידענו.

ג **ויש** חולקים וכו' ומתוס' ב"מ דף י"ג ד"ה הא קאמר להד"מ משמע כמו דיעה קמייתא דהקשו בטוען להד"מ אם יש בו אחריות אמאי לא יחזור בממ"נ אם לא יקיימנו לא יגבה מעולם ואם יקיימו בדין יגבה ע"ש שהאריכו בתי' וקשה מה בכך דטוען מזויף אם יתקיים יכול הוא לטעון אחר כך כתבתי ללות ולא לוה ונאמן כל זמן שהשטר ביד המוצא כמ"ש רש"י ד"ה הניחא משא"כ אם יחזירו למלוה ויתקיים שוב לא יוכל לטעון אחר כך כתבתי ללות ולא לוה כיון דשטרו בידו ועכצ"ל דסבירא ליה לתוס' אף דשטר עדיין ביד המוצא כיון שטען תחילה מזויף ונתקיים שוב לא יכול לומר כתבתי ללות וכו' דהוחזק כפרן ואין לדקדק דמה בכך דהוחזק כפרן מכל מקום איך נהדר ליה שטר שיש בו אחריות דלמא כתב ללות ולא לוה ומה יועיל קיומו ואי דהוחזק כפרן מה יועיל זה לגבי לקוחות לו יהיה דהודה דחייב מכל מקום חיישינן גבי לקוחות דזה אינו חדא דא"כ למה צורך לומר בשטר שאין בו אחריות ס"ל לר"מ דאינו גובה מב"ח נמי הא לגבי נפשי' הוחזק כפרן וא"כ בממ"נ אם יתקיים שורת הדין לגבות מב"ח באם לא יתקיים אינו מזיק החזרה ועוד הא שמואל לא חייש לקנוני' כלל וא"כ כיון שהוא הוחזק כפרן וה"ל כמודה דלא היה כותב ללות ולא לוה מהני גבי לקוחות נמי. וכ"כ התוס' כתובות דף צ"ב ע"ב ד"ה דינא בהך דטוען מזויף דתו א"י לטעון פרעתי דהאומר לא לויתי וכו' והדבר מבואר:

אך לפ"ז דברי רשב"א סותרים דהך ויש חולקין דכתב רמ"א הוא דעת רשב"א בתשובה הובא בב"י סי' פ' ואלו הרשב"א בחדושיו לגיטין דף ט' בפסקא המביא גט בא"י וכו' הביא גם כן קושית התוס' הנ"ל ומתחילה עלה ברוחו לומר כמ"ש דאע"ג דאמר מתחילה לא כתבתי אותו מכל מקום חיישינן לדלמא כתב ללות ולא לוה דלא רמי אנפשיה או דמימר אמר אי אומר כתבתי ללות דלמא לא יאמינו לי אימא לא כתבתי. אבל כתב

לבסוף דדוחק לומר דלגבי נפשיה נימא דטענה אחרת היה לו ולא מגלה טענתו וזה דוחק ע"ש דמבוארים הדברים דלמסקנא ס"ל אף בכה"ג לא מצי לטעון טענה אחרת ולכן היה מקום לומר דוקא שם דמסתמא דין זה נודע לכל בשטר הנמצא אם יטעון הוא לא הגיע מעולם ליד המלוה וכתבתי ללות ולא לוה פשיטא דאין רשות ביד המוצא להחזירו דהשכל מחייב זה למי ישמע אם למלוה או ללוה והרי זה בספק ומונח לעולם וא"כ ל"ל כל החרדה לטעון מזויף יטעון כך ועכצ"ל דשקר הוא ולכך הוחזק כפרן אבל כאן בשטר דיודע אם יטעון פרעתי לא יהיה נאמן ואפי' דמביא עדים אולי לא היו עדים אז מצוים שפיר י"ל הואיל וחשתי דלא יאמינו לי לכן אימא טענת מזויף כמ"ש רשב"א בחדושיו הנ"ל להדיא וא"ש ובזה מ"ש לעיל בסי' ס"ט ס"ק וי"ו מסברא הדבר מוכרח בזה מדברי רשב"א עצמו ואין בו פקפוק כלל שלא יהיה דעת הרשב"א סותר זא"ז כלל והדברים נכונים אמנם מתוך התוס' שסתמו דבריהם וביחוד תוס' דכתובות משמע כמ"ש דאל"כ לא ה"ל להקשות ולחלק בסברא מסתם וה"ל לתוס' לבאר כדרכם:

ד **ואפילו** יש בו נאמנות מפורש עיין ש"ך דכתב דליכא בזה ספק דשוה זה ללקוח בכל אופן ואני מסופק אם ב"ח מוקדם גבה מן מטלטלין ולא מן קרקעות אם לא יועיל נאמנות מפורש דהא נאמנות הוי כאומר עכשיו לא פרעתי ובמטלטלין למה לא יהיה נאמן הא בידו לתת לו הכל במתנה ואי דיש לב"ח שעבוד מטלטלין א"ק הא הוי עכשיו תקנת שוק וא"כ באומר את מהימן לי למה לא יהיה נאמן הא הוי כעומד עכשיו ואמר לא פרעתי ובשלמא בקרקעות דאם נתנם ב"ח מאוחר חוזר וגובה א"כ א"י להפקיע כח מאוחר אבל במטלטלין שאם נתנם אין למאוחר כלום אף נאמנות יכול ליתן וצ"ע כי מדברי תוס' פרק מי שהיה נשוי דכתבו בדף צ' ד"ה ש"מ וכו' דהא דאמרינן לקמן בדף צ"ד פלוגתא דת"ק ובן ננס אי אחרונה צריכה לישבע אי ב"ח מאוחר שקדם וגבה אי גבה איירי במטלטלין דבקרקע לכ"ע לא גבה ושם בדצ"ד בד"ה שנמצאת הקשו לת"ק למה לא תשבע כדין הבא לפרוע מנכסי יתומים ותי' דאיירי שפטרה משבועה וצ"ל דאף דפטרה מכל מקום לגבי ב"ח מאוחר חייבת לישבע ולא מועיל הנאמנות ופיטור וקשה הא הוי מטלטלין ושם איירי דלא כתב מא"ק דאל"כ חזר הדבר להיות שוה לקרקע וש"מ דמ"מ אין מועיל נאמנות וצריך לחלק בין אם אומר בשעת גבי' שלא נפרע דודאי ה"ל מגו כהנ"ל אבל אם נותן נאמנות על מכאן ולהבא אפשר דלא שייך מגו כזו:

ה **אבל** אם תפס וכו' כולם תמהו דמה בין תלמיד חכם לע"ה דבכל שבועה דרבנן הדין אם תפס לא מפקינן מיניה והרב הש"ך בס"ק טו"ב כתב דמדברי הרא"ש בפ' חזקת בעובדא דר' משרשיא מוכח דאעפ"י דלא מפקינן מיניה מ"מ מנדין אותו וא"כ זה הבדל

בת"ח אפילו מנדין לא מנדינן ע"ש וזהו שבאינש דעלמא מנדין הדין עמו כמבואר בדברי הרא"ש אבל לומר בת"ח אפילו נדוי ליכא צ"ע כי הרא"ש כתב זה בפ' חזקת בהך דאמר רבה בר משרשיה אמרו חכמים הבא לפרוע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה מכאן מוכח דאע"ג דתפס ולא מפקינן מ"מ משמתינן ליה כמו בהיסת ואי בת"ח אף לא משמתינן עדיין קשה מה החרדה שהחריד רבה בר משרשי' הא בת"ח לא עבדינן כלום ועדיין קושי' הרא"ש במקומו דל"ל דכי אמרינן הבדל בת"ח לע"ה היינו בהך שבועה דטען אשתבע לי דלא נזכר במשנה להדיא אבל שבועה הנזכר במשנה כגון פוגמת ומכ"ש שבועת יתומים אפילו בת"ח משביעין ולכך לא נזכר בפוסקים הך חילוק בת"ח לע"ה כי אם על הך שבועה ולא על שבועת המשנה דא"כ מה טרח הרא"ש שם להקשות דאף דיפטור מהך שבועה הבא לפרוע מנכסי יתומים מכל מקום יתחייב היסת ע"ש וקשה הא בהיסת יפטור דהוא תלמיד חכם משא"כ בהך שבועה לפרוע מנכסי יתומים דודאי היסת קיל מהך שבועה אשתבע לי דהוא שבועה מזמן המשנה וכאן תובע ושם נתבע וכמ"ש הר"ז דיותר מסתבר לפטור הנתבע מתובע. ויותר קשה א"כ אין בת"ח כלל תקנה דר' נחמן להשביע היסת דהא לא נחתינן לנכסים ולא משמתינן ליה כלל ודבר זו לא מצאנו בשום דוכתי דלא שייך שבועת היסת בת"ח וזהו ודאי כמ"ש דהיסת קיל מהך שבועה אשתבע לי כמ"ש הרא"ש דאיכא מ"ד דהוי הך שבועה היסת והוא הסכים דהוי ש"ח ע"ש בפ' הדיינים וכמ"ש הר"ן דשבועת נתבע קיל ואם אמרינן דאף דלא מנדין אותו מכל מקום אמרינן ליה אתם עבריין על תקנת חכמים כי תיקנו שבועה ולכך פחד רבה ב"מ שלא יהיה ח"ו בגדר הזה. ובאופן זה שייך היסת בת"ח דא"כ עדיין קשה מנ"ל לרא"ש דמנדין אותו והוכחתו מהך דרבה ב"מ דלמא הא דפחד משבועה היה דלא לקרותו עבריין ודוחק לומר דכוונת הרא"ש דהואיל דחזינן דבת"ח נקרא עבריין דאל"כ מה פחד רבה ב"מ כמו שכתוב א"כ סוק חד דרגה דזולת ת"ח אף דלא נחתינן לנכסים מכל מקום מנדין דל"ל דג"כ לא מנדין אותו רק נקרא עבריין א"כ מה בין ת"ח לע"ה ובגמרא דשבועות אמרו בת"ח לא מזקקינין ליה אלא ש"מ דבע"ה מנדין אותו. וזהו דוחק בכוונת הרא"ש דעיקר דבת"ח בכלל עבריין ולא מנדין אותו חסר בדברי הרא"ש וה"ל שרש דין זה לבאר וגם הטור לקמן בסי' פ"ז גבי היסת לא ביאר כלל בשום דוכתי דיש הבדל בין ת"ח לע"ה ואיך לא זכר זה מה שעובדא בכל יום ודוחק לומר שבועה חמורה שהוא ש"מ לא נשבעין אבל שבועה קלה היסת אף לתלמיד חכם משביעין וכמ"ש הט"ז ואף דעדיין קשה מה הקשה הרא"ש הא חייב היסת דלמא זהו להמלט מש"ח. אך זהו י"ל ועיין מש"ל בסי' פ"ז אבל דוחק העיקר למה לא מזקקינן ליה משום דלא נחשד

שיהיה לו שטר פרוע ולמה נחשדהו להיסת וכי מה שאין נשבע בנק"ח מסלק זה וגם מה נימא להסוברים דאין חילוק בין משנה להיסת בענין זה. ובאמת מתחילה חשבתי ליישב קושיא הנ"ל כמ"ש הסמ"ע בתוספת ביאור דהיינו לא כמ"ש הסמ"ע דיכול לתובעו או השבע או קרע שטר דלא מצינו זה מבואר דיכול להכריח למלוה בכך רק י"ל כי מהני תפיסה באינש דעלמא וכן בת"ח ה"מ אם כשתפס קודם שפסקו ב"ד צא והשבע אבל כשכבר פסקו הב"ד שבועה אם כן אין לאחר פסק ב"ד כלום ותו לא מהני תפיסה כי כבר נפסק ועיין לקמן סי' ק"ח גבי אין אדם מוריש שבועה לבניו דמהני תפיסה כתב הש"ע אם קדמו ותפס מיירי קודם פס"ד דלאח"כ לא מהני תפיסה ולכך לע"ה מזדקקין ליה לפסוק הדין דישבע וא"כ תו לא יכול לתפוס אבל בתלמיד חכם לא מזדקקין ליה כדי שיוכל לתפוס דכל כמה דלא יצא הדין יכול לתפוס. וזהו דייק לישנא דגמרא לא מזדקקין ליה. וזהו היה נראה נכון לדינא ומדויק לשון בגמ' ולא קשה עדיין קשה צורבא מדרבנן משלח גלימא דאינשא כמ"ש הט"ז דבאמת אין משני' הדין רק אינם פוסקים כלל כדי שיהיה סיפוק בידו לתפוס רק דחיקא ליה מלתא אם הדין אם תפס הת"ח מנדין אותו מה לנו טצדק' למעבד שיתפוס ויעבור על נדוי חכמים ואם יחזירו אם כן מה אהני לן הך מלתא וגם מה זו טובה לתלמיד חכם שיתפוס וכי יעבור נידוי דרבנן:

ולכן נראה יותר דאף לגבי אינש דעלמא חמירא כשבא לגבות בשטרו וחבירו טוען השבע לי מאלו תבעו חבירו מנה לי בידך דהתם שבועת המשנה וכאן היסת היינו משום דחשדינן ליה דמשקר וא"כ חמור יותר להוציא ממון עפ"י דיבורו משיחזיק ממון כבר ולכך בזמן משנה אף דלא היה היסת כשהוא מוחזק מכל מקום כשבא לגבות בשטרו ולהוציא החמירו להטיל שבועה אבל בת"ח שלא נחשד לתבוע בשקר בשאט נפש רק אולי אצלו לשכחה ושגגה לטרדתו בגירסא כדאמרינן כ"ש מר דאשתלי א"כ כ"ז היינו כשאין שטר בידו אבל שכשטר בידו הרי מסייעו דלא נפרע ואלו פרע תיכף היה קורעו דלא השכין באהלו עולה ולא שייך בזה שכחה ולכך יותר קיל הך שבועה דאין מנדין אותו בשטר מן סתם שבועת היסת דשם יש לתרץ אולי שכחה היא ובשבועה רמי אנפשי' ומידכר. ולכך בהיסת אין הבדל בין תלמיד חכם לשאר אינשי ולכך יפה טען הרא"ש אם לא יתבע רבה ב"מ בשטרו רק יאמר לקוח הוא יצטרך לישבע היסת ובהיסת אין הבדל בין ת"ח לשארי אינשי ועם כל זה צ"ע. אבל עכ"פ לדינא נראה ברור דשבועת יתומים וכדומה ודאי אין הבדל בין ת"ח לשאר אינשי וכמו כן גבי היסת לא מצינו הבדל בין ת"ח לשארי אינשי אבל גבי שטר שיכול לטעון הבע"ד השבע לי ותפס הת"ח מקודם אי

מנדין אותו או לא בזה צ"ע לדינא וגם זה נראה לענ"ד לנכון דאם כבר נעשה פס"ד תו לא מהני תפיסה בעדים:

ו **והכי** מסתברא וכ"כ הטור והקשה הסמ"ע דהא בא"ע סי' צ"ו סי"ב פסק המחבר והטור דאם היא חשודה ובאה לגבות כתובתה בגרושה נשבע הבעל ונפטר ותי' הסמ"ע דחוק והש"ך תי' לחלק במלוה דהחוב דאורייתא לא אתיא שבועה שהוא תקנתא דרבנן להפקיע מלוה של תורה ולכך אם הוא חשוד נוטל בלי שבועה משא"כ כתובה דרבנן הן אמרו והן אמרו וחזר הדין משל דרבנן לשבועה של תורה דמפסדת אם היא חשודה והט"ז תי' כמ"ש הש"ך ג"כ בשם דרישה כהך תי' דדוקא בהך שבועה דטוען אשתבע לי דלא אדכר במשנה בהא אם הוא חשוד הכריע הטור ומחבר דאינו מפסיד אבל שם בא"ע מוסב הדין על שבועת המשנה פוגם ועד אחד מעיד שהוא פרוע בזו אם היא חשודה מפסדת דאלים כמו שבועה של תורה והש"ך כתב דהך חילוק לא מסתבר ולדידי נראה דצריך לומר תרתי תירוצים בצירוף וכל תי' בפני עצמו אינו מספיק דהרא"ש בכתובות על הא דאמרינן בגמרא דף פ"ח אי פיקח הוא מייתי ליה לידי ש"ד כתב כלשון התוספות דנפקא מינה לר' אליעזר דאמר חזרה שבועה למחוייב לה והלכה כוותי' והיכי דאיל"מ אבל שבועה דרבנן אם הוא חשוד אינו משלם כדמוכח בפ' כל הנשבעים ובנדון זה כתב רב אלפס ז"ל בתשובה דפוגם שטרו והוא חשוד שכנגדו נשבע ונפטר דלא אמרי' תקנת' לתקנתא לא עבדי' אלא בשבועת היסת אבל לא בשבועת המשנה וכו' ועיין בתו' דף הנ"ל ד"ה מייתי לה דכתבו ג"כ כל' הרא"ש אלא שלא הביאו דברי הרי"ף בתשובה ופי' בה המהרש"א והב"ח דהתוס' והרא"ש ס"ל כהרי"ף בתשובה והאי פיקח הוא איירי בשניהם חשודים וא"כ בשבועה דרבנן כיון ששניהם חשודים מחוייב הבעל לשלם משא"כ דמייתי לידי ש"ד צריכה היא לשלם לבעלה מה שלקחה פעמיים ולפ"ז קשה לתי' הש"ך איך פסק הטור והכריע כאן דהכי מסתבר דגובה בלי שבועה מה שהרא"ש פסק להדיא כתשובת הרי"ף דמפסד' ושם צ"ל דאיירי בכתוב' נוסף על כתובה מאה ומאתים דהוא תוספת כתובה ונצ"ב דהוא כשאר מלו' כדקתני במשנה היה כתובתה אלף זוז והיינו תוספת דאי גוף כתובה איך יתכן דנ"מ אי שבועה דרבנן או דאורייתא הא בכתובה לדעת הש"ך אף שבועה חז"ל ה"ל כשל תורה דהן אמרו והן אמרו ואפי' בשניהם חשודים מפסיד כמבואר בא"ע ועדיין קשה מה נ"מ ועכצ"ל דמיירי מתו' כתוב' ומ"מ פסק כהרי"ף. ואמת כי עלה ברוחי לומר דלא כהב"ח ומהרש"א בכוונת דברי התוס' והרא"ש דקשה לי לומר דהיאך אי פקח הוא יהיה מוסב דגם הבעל הוא חשוד וכי לזה יקרא הגמרא פיקח אן סכלנותו אן חכמתו דנעשה חשוד עפ"י ב"ד אוי לאותו בושה

שוטה וחסר לבב יקרא לו. ועוד קשה לי דלשיטת הרי"ף צ"ל הא דאמרינן בשבועות מה איכא בין ש"ד לשבועה דרבנן וחד איכא בינייהו הוא חשוד על שבועה אי שכנגדו נשבע וניטל דתקנתא לתקנתא לא עבדינן קאי רק על היסת ולא על שבועת המשנה כמ"ש הרא"ש להדיא בשם הרי"ף ואם כן אף אינך נפקא מינה דקאמרי התם לענין היפוך שבועה וגם לענין ניחות לנכסי הכל מיירי מהיסת ולא שבועת המשנה דדינם כדין ש"ד לשיטת הרי"ף דהא לשיטתו לא מיירי הגמרא כלל התם מה דבעי מה איכא בין ש"ד לדרבנן רק מן היסת ולא משבועת המשנה כלל וא"כ איך כתבו התוס' ורא"ש עוד נ"מ גבי אי פקח וכו' לענין היפוך ומיחות נכסים הא בשבועת המשנה לא אמרינן לי' ודינו כדין ש"ד וכן משמע בשבועות דף מ"ו בתוס' ד"ה ורבנן דהך דאמרינן לעיל בחשוד דבדרבנן לא עבדינן תקנתא לתקנתא היינו שבועת המשנה ע"ש:

ולכן היה נראה לומר דס"ל לתוס' דלא כהרי"ף כי אם כהכרעת הטור כאן דחשוד דאין יכול לישבע על שטרו הואיל ושבועה זו דרבנן תקנתא לתקנתא לא עבדינן וגובה שטרו (וזה ברור בכוונת דברי התוס' וכי בשלמא בהרא"ש דס"ל בהך קושיא דלמא רב ושמואל ס"ל מפסיד ומכ"ש משלם כיון דגם יורשי הלוה צריכין לישבע אם כן משלם עדיף שפיר י"ל לדידן דקיי"ל כר"א מ"מ אמרי' אם המלוה חשוד ושכנגדו רוצה לישבע פטור והא דעביד כר"א עביד משום דגם יורשי הלוה אי"ל ויותר עדיף שישלמו משא"כ תו' דתי' דאם רב ושמואל ס"ל כר"א הול"ל משלם מחצה הואיל יורשי הלוה ג"כ א"י לישבע ואם כן ס"ל דהם במשקל א' וקשה אם כן למה דעביד כר"א עביד מחצה עכ"פ מפסיד ועכצ"ל דלא אמרינן לר' אבא כלל מפסיד וא"כ בחשוד למה יפסיד הא ל"א כלל יפסיד לכן דברי מהרש"א צ"ע דעירב דעת תו' בהרא"ש ויש כאן הבדל גדול ואולי ס"ל למהרש"א כגי' התוס' בפרק שבועת הדיינים דגרסו במילתא אי פקח הוא אר"נ אי פקח ור"נ סבירא ליה יחלוקו ופי' תוס' דקנסא וא"כ סבירא ליה בשטר שביד חשוד ושכנגדו אינו חשוד גם כן ה"ל למקנסי' להפסיד ולכך לר"נ ודאי אמת כהרי"ף ולכך מפרש בב' חשודים והואיל וב' בגדר הקנס אוקמי אדאורייתא דאין כאן שבועה כלל וצריך לשלם ודוק. והיה עוד מקום לומר לחלק בשטר כיון דעומד לגבות כגבוי דמי לענין כמה דברים אפי' לב"ה עיין תוס' סוטה אם כן קשה להוציא ועיין שמעתי' דסוגיא כתב מהרש"א וריטב"א דהוי כמו חזקת מרא קמא ולכך אינו מפסיד ע"י שבועה אבל כתובה אפשר דלא תבוא לגביה כלל לא אמרי' כגבוי דמי ולכך מפסיד וצ"ע) ודין זה הוא תליא בפלוגתא בשבועות בשניהם חשודים אי חזרה שבועה למחויב לה או לסיני דשם טעם מחלוקתם כמ"ש התוס' והרא"ש דהך דכשנגדו ישבע ויטול הוא מדרבנן דהטילו שבועה על התובע ולכך למ"ד

לסיני ס"ל אף בשבועה דרבנן מפסיד אם אי"ל ולמ"ד חזרה למחוייב לה ואיל"מ ס"ל דשבועת התובעים הואיל היא מדרבנן לא אמרינן משאי"ל מפסיד. ואם כן אנן דקיי"ל כר' אבא דחזרה למחויב לה והדין מוכרע דאין מפסיד בדרבנן וזהו היא כוונת התוס' והרא"ש באי פקח הוא דהיא חשודה והוא אינו חשוד ויתכן עליו מילת פיקח וכתבו דנ"מ אליבא דר' אבא דהלכתא כוותי' דאמר חזרה שבועה למחויב לה והיכי דאיל"מ והאי דינא בדאורייתא אבל בדרבנן אפילו חשודה וכו' והיינו דאליבא דר"א סבירא ליה כן דלמאן דחולק ס"ל אף בדרבנן מפסיד אבל לרבי אליעזר סבירא ליה כן וזהו שדייק אליבא דר"א דהלכתא כוותי' וא"כ כשיש עליו שבועה דרבנן תגבה בלי שבועה אבל כשמביאה לידי ש"ד לכ"ע שכנגדו נשבע ונוטל דהבעל אינו חשוד וא"ש הכל דדייק דמייתי דברי ר"א ומש' ילפי הכל דמהך דאמרינן בריש פרק הדיינים בחשוד תקנתא לתקנתא לא עבדינן אין הכרע די"ל כמ"ש הרי"ף בתשובה דקאי על היסת ולכך דייקא מר' אבא דמיירי בשבועת המשנה וכן יש לפרש דברי הרא"ש ומ"ש ובנדון זה כתב הרי"ף בתשובה וכו' אין כוונתו לסייעו דבריו מדברי הרי"ף דאם כן הל"ל וכ"כ הרי"ף אלא כוונתו לחלוק עמו וכאמרו ובנדון זה כתב הרי"ף דאף בדרבנן מפסדת וזה אינו דמדברי ר"א מוכח דאינה מפסדת בדרבנן זהו מה שהיה נ"ל בכוונתם והיה מסכים להכרעת הטור כאן. אבל מה נעשה הטור ברמזים שם כתב להדיא להלכה דאם בעל השטר חשוד הנתבע נשבע ונפטר ואם שניהם חשודים גובה שטרו וזהו מסכים לפי' המהרש"א והב"ח ובטלה דעתי בכוונת דברי הרא"ש נגד דעתם אמנם בתוס' י"ל כן כמ"ש התו' בשבועות דמ"ד ד"ה מתוך וכו' כתבו להדיא לר"א בדרבנן אינו מפסיד אבל ברא"ש צ"ל כן ומה שקשה מהך אי פקח וכו' וכן מהך תקנתא וכו' עיין מ"ש בסי' פ"ד וסי' פ"ז אי"ה בישוב הדברים על בורי' אבל מ"מ קשה איך הכריע הטור נגד הכרעת אביו שמסכים להרי"ף לשיטת הש"ך. ולעומת זה בישוב הט"ז היה זה מיושב דאף הרי"ף והרא"ש לא אמרו אלא בפוגם ודכוותי' ולא על שבועת טענת השבע לי ולכך בפוגם פסק באמת בא"ע כוותי' אך לעומת זה קשה איך פסק שם בא"ע הטור ומחבר דאם שניהם חשודים הבעל והאשה אין שם לא שבועה ולא תשלומין וזהו היפוך דברי התוס' והרא"ש דפי' בשניהם חשודים במילתא דרבנן משלם וזהו פיקחתו שיזקיקה לש"ד ותפסיד וצ"ע לכאורה לכן צ"ל שני תי' בצירוף דעל זה דפסק כאן דלא כרא"ש הטעם בשבועת השבע לי כ"ע מודו דלא עבדינן תקנתא לתקנתא ויש בו טעם לשבח דאל"כ אתה מפסיד לו כל שטרותיו של חשוד ואתה עושם מלוה על פה דבכולם יטעון הלוה השבע לי ויהיה נשבע הלוה ונפטר ואך לשוא עשו עט סופר והעדים שכתבו השטר משא"כ בפוגם ודכוותי' הוא

עצמו גרם לנפשו דפגם שטרו וכדומה ואין דבר זה בכל השטרות ועיין לקמן בסי' צ"ב מ"ש בזה. ועל קושיא דלמה פסק שם בא"ע בשניהם חשודים דמפסדת היינו כתי' הש"ך דכתוב' דרבנן והם אמרו והם אמרו וחזרו הדבר דדין שבועה דרבנן כדין תורה דהפסיד ובהך דכותב איירי בתוספת כתובה כמש"ל והכל מיושב ולק"מ. ונראה להביא ראיה לדין זה לחלק בין כתובה דרבנן לשטר דאורייתא מהא דפרכינן בשבועות דמ"ח לרב ושמואל דסבירא להו אין אדם מוריש שבועה לבניו מכמה משניות בכתובות דמשמע מינה בהאשה שמתה אחרי מיתת בעלה דמ"מ היורשים גובים הכתובה ונכנס הגמרא בדחוקים וקשה מה קושי' הא הך מילתא דרב ושמואל תליא אי אמרי' משאיל"מ או לא וכבר הקשו התוס' שם דף מ"ז ד"ה מתוך ממשנה דב"מ זה אומר שאולה מתה וזה אומר א"י דמשלם דמוכח דאמרינן משאיל"מ ותי' התו' דהא פליגי תנאי בזה אי אמרי' משאיל"מ ומוקי רב ושמואל המשנה דב"מ כהך תנא ואיהו ס"ל כאידך תנא דלא אמרי' משאיל"מ ולפ"ז הא גם מהך דכתוב' לא קשה די"ל כמו בהך משנה דב"מ דאתיא כמ"ד משאיל"מ דמה אולמא הך משנה ואליביהו פשיטא דלא אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו אבל רב ושמואל פסקו כמ"ד לא אמרינן משאיל"מ והדין דאין אדם מוריש שבועה לבניו. אמנם לפי הנ"ל ניחא דהא דתליא הך מילתא דרב ושמואל בהך דינא משאלי"מ היינו מטעם שכתבו התוס' דיורשי הלוה שאינה יכולים לישבע שפרע אביהם ויורשי המלוה גם כן אינם יכולים לישבע שלא קיבל אביהם פרעון הסברא נותנת דיפסידו יורשי הלוה דאצלם הדין משאיל"מ. ולכך ליתא לדרב ושמואל וזהו בשט"ח דאורייתא אבל בכתובה דרבנן הן אמרו והן אמרו שלא תגבה מיתומים כי אם בשבועה פשיטא לכ"ע אי יש מקום לסברת רב ושמואל יש לומר דלא תגבה כתובה ולכ"ע י"ל דמסתבר דיפסידו יורשי כתובה משיפסידו יורשי בעל כי ע"ת כך תיקנו כתובה שתהא נשבעת וסתמא דכתובות ודאי כמ"ד כתובה דרבנן כסתמא דמשנה סוף פרק שני דייני נשא אשה בקפוטקא ועיין רא"ש פרק קמא דכתוב' ושפיר פריך הגמרא דע"כ ליתא לסברא כלל דאם לא תוכל לישבע דתפסיד ולא תיקנו חכמים שבועה כלל בבא לגבות מיתומים שעי"כ תפסיד אם א"י לשבוע ודלא כרב ושמואל דאל"כ בכתובה דרבנן לכ"ע הל"ל דתפסיד וא"ש. ואמת דעדיין הקושיא הנ"ל בברייתא דפריך הגמרא מיניה לרב ושמואל דקתני יפה כח הבן וכו' והוצרך לאוקמי כב"ש ולמה לא מוקמינן כהך תנא דס"ל משאיל"מ ובברייתא לא נזכר דבר מכתובה כלל וצ"ע לכאורה. וצריך לומר דדייק הגמ' דברייתא מהדר למצוא דרך דיפה כח הבן מכח האב וקחשיב שבועה דרבנן ולמה לא קחשיב בפשיטות במה דיפה כח הבן מאב דאב שאמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא

דחייב לשלם דהו"ל משאיל"מ ואלו בבן בכה"ג פטור דדרשינן שם שבועת ה' ולא בין יורשיו ועכצ"ל דהך ברייתא כשמעון ב"ט דדריש שבועת ה' לדרשא אחרינא וס"ל אף האב בכה"ג פטור דלא אמרי' מתוך שאיל"מ וא"כ שפיר פריך לרב ושמואל ולכך הוצרך לאוקמ' כב"ש וא"ש. איברא דיש לדקדק דרא"ש בפרק כל הנשבעים כתב דחשוד הבא לפרוע מנכסי יתומים בשטר מפסיד וראי' מהא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא משום דהיה נחשדת דשבע לשקר וקשה הא בכתובה שאני בכל דוכתי אפילו בשבועת פוגמת נפסדת דה"ל דרבנן ומה ענין מדרבנן לדאורייתא ואין לומר דבלא"ה יש לדקדק היכי מייתי ראיה מרב דלא מגבי כתובה דפשיטא רב ס"ל בכל דוכתי מפסדת דרב לא ס"ל משאיל"מ ולכך סבירא ליה בכל דוכתי מפסיד אתי' בפוגמת ובכל שבועת הנוטלים כמ"ש התוס' והרא"ש דלרב יותר סברא שיפסיד בעל השטר משיטול כמ"ש להדיא שם אבל לדידן דקיי"ל הבו שלא לוסיף אדרב ושמואל א"כ י"ל אף זהו בכלל הוספ' כמ"ש מפורשים וצ"ל דלאו דוקא מרב קדייק רק ממשנה דקתני נמנעו מלהשביעה וקשה למה מה בכך דחשודה למה לא יגבה לה כתובה ורש"י פירש נמנעו מלהשביעה ולהגבות כתובה ואם כן קשה למאן דלא ס"ל כרב הך משנה איך מתוקמא ועכצ"ל דחשוד מפסיד דמעשיו גרמו ליה ואפילו ר"א מודה ואם כן קשה למ"ד כתובה, דאורייתא וכי יחלוק אהך תקנתא דר"ג הזקן ושפיר הוכיח הרא"ש דא"כ עדיין קושי' הנ"ל במקומו דמוכח בחשיד דמעשיו גרמו אפילו בחוב תורה מפסיד ואפילו ליכא יתומים דהא לר"א שוה יתומים לשארי בני אדם ואיך הכריע הטור כאן דחשוד גובה שטרו אלא באמת אין כאן ראיה דלר"א י"ל דמוקי ליה למשנה כשמואל דבב"ד לא היו משביעים אבל חוץ לב"ד היו משביעים. וכן י"ל למ"ד כתובה תורה והא דמייתי הרא"ש ראיה מרב לא מרב לחודא דודאי י"ל רב לשיטתו כהנ"ל רק י"ל הקושיא מרבה בר הונא דאתא לקמי' דר"ן תא ונעקרי' דרב ושמואל וא"ל ר"נ הבו דלא לוסיף וכו' ועכ"פ בין בתחילה ובין בסוף לא ס"ל כרב דבכל דוכתי אמרינן אם א"י לישבע מפסיד דהא אפילו ביתומים רצה לעקור ומ"מ שם בגיטין לא ביקש להגבות כתובה לארמלתא כרב ואם כן מיני' הוכיח הרח"ש שפיר והרא"ש קיצר וסמך אסוגיא דגמ' ואם כן חזר הקושיא כנ"ל למקומו דלמא כתובה שאני ואפשר לומר בשלמא בחשוד שפיר י"ל בכתובה דרבנן הן תקנו כתובה והן אמרו דישבע ואי לא ישבע בטלה לתקנתא. וע"ז לא תיקנו כלל בחשוד שיגבה כתובה בלי שבועה משא"כ בדבר כלל דרב לא מגבי כלל לשום אלמנה הכתובה ואם כן אדרבא עקר לתקנת חכמים דהא חכמים תקנו דתגבה אלמנה כתובה בשבועה או בנדר ואי בטלינהו הואיל וקיל נדרים ואם כן בשלמא אי מחיוב מהתורה ג"כ משאיל"מ מפסיד י"ל דס"ל

לרב דלא אלמוהו רבנן בתקנתא דכתובה יותר משל תורה משא"כ אי בשל תורה לא מפסדי למה יפסיד בזה ואי דהן אמרו והן אמרו הא בזה לא שייך כן דאדרבא הן אמרו שתגבה כתובה בשבועה ולא שלא תגבה כתובה כלל ובטלו לתקנתם מכל וכל ולשיטת רב אין מקום לחול תקנתם ואיך שייך הן אמרו והן אמרו הלא על זה לא היה דעת מתקני כתובה שלא תגבה האלמנה כתובה וצ"ע. ועוד אכתוב מזה בסימן צ"ב ביותר:

והא לא קשיא א"כ אשה חשודה לא תהא רשאי לישב תחת בעלה שתהא קלה בעיניו להוציאה דיטעון פרעתי דמלבד דהא חייב לישבע היסת וכי נחשד לשקר בשבועה אף גם קודם היסת הא לא נחשד שיגזול אשתו ויכחיש בעמיתו ואין זה בגדר קל להוציא ובפרט קודם גירושין ה"ל בתוך זמנו ובעת גרושין תוכל להתרות בו אל תפרעני אלא בעדים וכ"כ הרא"ש להדיא בפ"ק דב"מ למה דס"ד דבמקום שאין כותבין כתובה יכול לטעון פרעתי ע"ש. וגם לא קשה לתי' הט"ז הא דקשאיל שבועות דף מ"א על הך שבועה השבע לי שלא פרעתיך וכי מה בין זה לפוגם שטרו הא טובי איכא בינייהו אם הוא חשוד דבהך שבועה גובה שטרו ובפוגם שכנגדו נשבע חדא דלמ"ד ליתא לדר' אבא ובכל מקום אם אי"ל מפסיד אפשר דבכ"מ אינו גובה וביקש הגמרא לומר נ"מ לכל מ"ד ועוד נראה דהא דמחלקינן היינו למסקנא דפוגמת הב"ד טוענים ש"מ דהוא טענה אלימתא ולכך בחשוד יפסיד משא"כ בהך שבועה דאין הב"ד טוענים וש"מ דאינו טענה אלימתא אם כן אין מהדין דיפסיד וא"כ להס"ד דשני שבועות הללו שקולים ליכא לשנוייא הך תירוץ בשום אופן כלל. ועיין בכללי מגו ס"ק א' וב' הבאתי ראיה מגמרא לתי' הט"ז וש"ך ע"ש:

ז **מחלת** וכו' יש להקשות הא כל מה דמצי הוא לטעון טענינן ליתמי ואפי' מה שאין הוא יכול להטיל שבועה כמ"ש התו' שבועות דף מ"א ד"ה וכי מה כו' וא"כ לפ"ז אם הוא יכול לטעון מחלת לי אף ליתמי נטעון אולי מחל ואם כן מה מהני הא דאמרי' וקי"ל בתוך זמנו של שטר נפרעין מיתמי שלא בשבועה דלמא מחלו ללוה ובענין מחילה אין הבדל בין ת"ז לאחר זמנו וצריך לומר דהוא מילתא דלא שכיח לגמרי רק אם טען נאמן אבל לטעון ליתמי הואיל ולא שכיח לגמרי לכ"ע לא טענינן ליתמי והא דאמרי' בא"ע באשה שנשבעת על כתובה דצריכה לישבע שלא מחלה הוא ע"י ג"ש. או אפשר לומר דאשה לגבי בעלה דמקרבה דעתה לגבי' לכ"ע יש לחוש למחילה ובזו יש ליישב מה שהקשה התו' למה אלמנה צריכה שבועה הא ה"ל תוך זמנו דלפמ"ש עדיין יש לחוש דלמא מחלה לכתובה וצריכה שבועה ומגלגלין נמי שלא נפרעת ותפסה צררי ולתי' זה נסתר מ"ש התוס' דבמת פתאום לא שייך צררי וא"צ שבועה דמ"מ צריכה שבועה דלמא

מחלה וצ"ע והארכתי בא"ע כי בגוף הכתובה אפשר דל"ל דמחלה דהא אסור להשהות בלי כתובה וא"כ קושי' התוס' אם אין לה רק מנה ומאתים למה צריכה לישבע:

ח **נשבע** המלוה ונוטל הש"ך כתב דזהו למ"ד דאפי' כת"י העדים יוצא ממ"א נאמנים לומר תנאי היה דמילתא אחריתי הוא ודמי' לפרעון אבל לדעת החולקים א"כ איך יהיה נאמן הלוה להטיל שבועה הא דמי' לאמנה. ודבריו כמעט מוכרחי' דאל"כ איך אמרי' דאינם נאמני' בשכת"י יוצא ממ"א הוא יטעון תנאי היה ויצטרך לישבע ואיך ישבע והעדים מכחישים. ואם נאמר דעדים הם בזה ודאי משקרים ואינם נאמנים ואמרינן דודאי לא היה תנאי איך נאמין אותו להטיל שבועה ודוחק לומר דהא דאמרינן דאינם נאמנים היינו דאין הלוה חי לטעון רק שמת וליורשים לא טענינן מילתא דלא שכיח כלל והך ע"כ הוי מילתא דלא שכיח כלל דאל"כ אף בת"ז נטעון ליתמי דלמא תנאי היה כהנ"ל בס"ק זיי"ן דתינח בליכא עדים אומרים כן אבל כשיש עדים מהכ"ת לא נטעון ליתומים דבר שרגלים לדבר בזה. אמנם בזה יש לי ספק ודאי העדים אינן נאמנים דה"ל לכתוב תנאי בשטר ואיך כתבו סתם והעלימו עיקר שהשטר עומד עליו ועיין בר"ן שכתב להדיא להך רבוותא דס"ל דאינן נאמנים אם כת"י יוצא ממ"א הטעם דהוא עול להעלים התנאי משטר ומבלי לכותבו רק דהר"ן הקשה א"כ אפילו באין כת"י ממ"א נמי לא להימני כמו אמנה ולשיטת' צ"ל כיון דשטר נכתב כהוגן רק צריך להוסיף תנאי כ"כ דלא נתקיים השטר בב"ד יכולים לגמור עדות דעדיין לא גמרו עדותן עכ"פ הטע' דאינם נאמנים משום דהוא עול ואם כן אף באו' דתנאי היה בעדים ולא כתבו מסתבר כש"ך דהוא עול וחזקה בעדים שעושים כהוגן ומהכ"ת יכול להטיל שבועה. אבל באומר תנאי היה ביניהו מה שלא נודע לעדים כלל ולכך לא כתבוהו אין זה עול כלל ועיי' לעיל סי' מ"ו דאם העדים אומרים שנתודע להם אח"כ נאמנים אפי' כת"י ממ"א ניכר ואם כן ה"ה כשהוא אומר דהיה תנאי מבלי נודע לעדים

ט **דאין** אומרים מגו להוציא הש"ך בס"ק כ"א הקשה על זה דהא הוי במקום שטרא מעליא ובמקום שטרא מעליא אמרינן מגו להוציא וזהו במקום שטרא מעלי' דמה בכך דהיה מתחילה ע"ת עכשיו הוא שטרא מעליא ואלו היה השטר מתחילה באמנה שילוה לו ולבסוף באמת הלוה לו וכי אינו שטר מעליא. ויפה הקשה ולי נראה ודאי אם התנאי היה שיעשה דבר פלוני קודם תשרי ועבר תשרי והמלוה אומר שנא עשה ועכשיו תו ליכא זמן לעשותו ושטרו בכל תוקף בלי שיור כלל ודאי הנכון כמ"ש הש"ך דה"ל כמתחילה היה באמנה ולבסוף הלוהו דהו"ל שטר מעליא משא"כ אם התנאי היה שאם יעשה דבר פלוני שיהיה השטר בטל בלי הגבל' זמן רק הלוה אמר שכבר קיימו והמלוה

אומר עדיין לא קיימו א"כ מודה המלוה ששעבודו תלוי ברפיון ואם ירצה הרי כל שעה יכול לקיים תנאו אם כן לא הוי שטר מעליא דכל טעמו לפי דעת הש"ך דבשטר אמרינן מגו להוציא משום דכגבוי דמי ואין זה כגבוי דהא כל שעה לקיים תנאו ואיך אפשר דהוי כגבוי ולכך נקטו בלשונם הטהור זה אופן התנאי ולא להיפוך דלו' אמר ע"ת כך מסרתי לך השטר אם תדבר לשלטון בעבורי יהיה לך ואם לאו לא ולא דברת והמלוה אומר אמת היה ע"ת כך ודברתי דבזה לדברי המלוה חל שטרו לגמרי וה"ל מגו במקום שטרא מעליא ונאמן אבל באופן שכתבו הם אין כאן שטרא מעליא דבכל עת בידו לבטל החיוב ושעבוד וזהו כוונת הבעה"ת שכתב ואף על גב דאמרינן בעלמא בשטרא מעליא אמרינן מגו להוציא וכו' האי שטר נמי כיון דקא מודה ליה דע"ת הוי ואי מקיים תנאו לא חל שעבוד' ולוה קא טען דקיים לתנאי הא לא חל כלל עכ"ל הרי דקדק לומר ואי מקיים תנאו ולא קאמר אי הוי מקיים תנאו אלא ש"מ דעוד בידו לקיים תנאו וכן מורה לשון הש"ע שאומר שעדיין לא קיימו מלת עדיין מורה דעוד יש זמן לקיימו ואם כן לא שייך שטרא מעליא וכגבוי דמי ודוק:

י **ואם** א' אומר ע"ת כו' כתב הש"ך בשם הר"ן דע"א אומר פרוע אפי' באין כת"י יוצא ממ"א אמרי' תרווייהו בשטר' מעליא מסהדי וה"ל חד כו' עכ"ל אבל מדברי הרמ"ה שהביא הטור בסימן מ"ו מוכח דגם בפרוע בטל השטר ומ"מ נראה דאף רמ"ה לא אמר אלא כשאין כת"י יוצא ממ"א אבל אם יוצא ממ"א לא מסתבר לומר שיהיה נאמן וכו' דא"כ מצינו ע"א קם בממון וכו' עכ"ל ולא הבנתי דבריו דמה דתלי בסברא בכת"י יוצא ממ"א דאין נאמן תמהני משנה שלימה היא ע"א מעיד שפרוע תשבע ואמרי' דהוא רק כדי להפיס דעת ומה לי אותו עד ומה לי עד אחר כיון שכ"י יוצא ממ"א ובפרט לענין פרעון דאין ענין לעדותו כלל ובאין כת"י יוצא ממ"א ג"כ הדין כר"ן דאין נאמן לומר פרוע הוא לבטל השטר רק זוקק לשבועת המשנה ואין כאן מגו דהיה שותק ולא מקיים כתב ידו דמה בכך ה"ל שטרא בע"א שהוא עד השני ויהיה הלוה צריך להכחיש העד וזה אינו רוצה ואי יודה הא תו אינו נאמן לומר פרעתי כדלעיל סי' נ"א בע"א בשטר ולא שייך לומר הא הטעם דהוי משאיל"מ וכאן יש לו עד מסייע במקום דאמרי' משאיל"מ לא מהני עד מסייע וא"כ הו"ל מגו להכחיש העד ומ"ש הש"ך ראיה מרמ"ה הרמ"ה לא כתב רק ע"א אומר פרוע וא' אומר אינו פרוע דלא אמרי' אין דבריו של הא' במקום שנים וכוונתו דזקוק לשבועת המשנה ולא תימא הואיל וע"א מכחישו ה"ל עד מסייע וכמש"ל בסי' מ"ו בטעמו של רמ"ה אבל לא כתב דמבטל שטרא. ועוד י"ל רמ"ה ס"ל כדעת רשב"א החולק בסי' נ"א וס"ל ע"א בשטר יכול לומר פרעתי א"כ יש לו מגו דשתיק והי' הלוה

נאמן דפרע אף עכשיו נאמן דפרע אבל לדינו של הרמב"ם לעיל סי' נ"א ודאי דאינו נאמן ומיהו אפשר אפילו לדעת הר"ן נאמן לומר פרוע הוא שלא לגבות ממשעבדי דלגבי משעבדי יש לו מגו דשתיק ואי דיהיה מלוה בשטר בע"א הא לא ניתן לגבות ממשעבדי ואי דאמרינן דהך עד נתכוונו שאפילו מב"ח לא יגבה ולכך העיד שפרע עיין לקמן בכללי מגו אי הוי מגו כה"ג ע"ש:

להיות כי הש"ך קבע בסוף ס"ז כללים לדיני מגו כי גם הד"מ וסמ"ע כתבו בס"ז קצת ד"מ והרב המאסף בעל כנה"ג אשר היה אחריו בזמן הוסיף בסימן זה ללקט בשושנים דברים מהמחברים בעלי תשובות וספרים קדמונים דינים רבים בעניני מגו ואמרתי להביא דבריו בסדר סמני' שקבע א' לאחת בקצרה כי בדבריו נכללים כל הדינים שלקט הש"ך ולכתוב בצדו מה שנר' לענ"ד אם כעוזר ואם כדוחה ופעם כטוען ופעם כמפרק מה שיש בו מקום ובה' נעשה חיל כי בו בטחתי הוא יאיר עיני במאור תורתו למען שמו:

סימן פג

א **יכול** לומר אחר כך וכו' עיין אורים ס"ק ג' מ"ש בשם הש"ך והאמת אתו שכך דעת הרשב"א בתשובה באמת דהלוה יטעין אני זכיתי בה תיכף ולא היה דעתי לזכות להנשלח לו ועיין בתשובת מהר"א ששון סימן רכ"ז שהעתיק תשובה זו באריכות וע"ש אבל דעת הש"ך שאפי' מסרו בעדים וא"ל הולך לפלוני וזהו אינו נראה כלל דהא כיון דקי"ל הולך כזכי וה"ל כאומר זכי לפלוני והלה קבלם בשתיקה איך נאמן לומר אני זכיתי בה תחילה וילפינן ליה מהך דראה מציאה וכו' הא שם מבואר בטור וש"ע סימן רס"ט דאם אמר זכה לי במציאה ונטלה בשתיקה ואמר אני זכיתי בו א"נ דשתיקה כהודאה וע"ש בב"ח ומה לי שהוא אומר זכה לי או שראובן אמר זכה ללוי ונטלו שמעון בשתיקה הרי זה זכה לו ואינו נאמן לעצמי זכיתי ובפרט שרשב"א למד כל דינו מהך דאני זכיתי בו תחילה ושם מבואר דבאמר זכה לי דאינו נאמן ועיין תשובת מהר"א ששון סימן רכ"ז הנ"ל שפקפק גם כן בהך דינא של תשובת הרשב"א הנ"ל אבל לא נתעורר במ"ש מדברי הטור הנ"ל והש"ע ולכן נראה דכיון דכתב הטור דאינו נאמן משמע דמכח נאמנות אתינן עליו סבירא לי' לרשב"א ס"מ כשנעשה המעשה בעדים דליכא מגו בזו אמרינן שתיקה כהודאה ולא מהני אמתלא כלל משא"כ עובדא דרשב"א מיירי בנתנו בלי עדים דיש לו מגו דלהד"ם ואם כן נאמן לומר דעתי היה לזכות בו תחילה במגו דלהד"ם ולא הוי חזקה אלימתא דנימא ביה מגו במקום חזקה ל"א ועיין בכנה"ג סימן קכ"ה בהג"ת ב"י אות ה'

שהביא להדיא בשם תשובת הגאונים דאם נתנו בעדים דא"י לזכות לעצמו כי כבר זכה בו ליהודה והדברים מבוארים כמ"ש וכל דברי הגאונים דברי קבלה:

ב **נשבע** הלוה היסת וכו' הקשה הש"ך לפי מ"ש הרמ"א בסימן הקודם די"א דאמרינן מגו להוציא והוא דעת הרמב"ן וסייעתו דהך הלכה כר"י בזווזי היינו בשטר בלתי מקוים אבל במקוים אף להוציא אמרינן ואם כן לא ה"ל לרמ"א לסתום פה בדברי מחבר רק לפרש לדעת י"א דוקא בשטר בלתי מקוים. ונראה דודאי דברי הרמב"ן ודעתו דחוק למאוד כמש"ל בריש כללי מגו רק לעיל הביא דעתו לצירוף וסניף דבתנאי בלא"ה יש לפקפק כיון דשטר מעליא מסייע ליה וכמש"ל באריכות ולכך בצירוף הך סברא וסברת רמב"ן משויה ליה ספק ולכך הביאו לספק אבל כאן השטר ודאי חספא בעלמא אין סברת הרמב"ן לחוד מספיק להביאו כי הוא דחוק וכמש"ל בכללי מגו באריכות:

ג **הלוה** היסת כתב הרמב"ם בפי' המשנה מס' שביעית במשנה מוקדמים פסולים פירושו של מוקדמים שלוה בשטר ופרעו וחזר ולוה בו וא"כ הרי הוא מוקדם שיגבה מזמן ראשון וכו' וכתב לבסוף ויש לך לדעת ראובן שטען על שמעון בשטר ושמעון משיב אמנה הוא וראובן אומר לאו אמנה אלא מוקדם הוא על הדרך אשר זכרנו ישבע שמעון היסת ויפטר ואין לראובן מגו שהיה אומר מאוחר הוא דאין אומרי' מגו לאפוקי ממון וכו' עכ"ל והקשה הש"ך הא הרמב"ם ס"ל בחיבורו דמוקדמים כשרים לגבות מב"ח ולמה ישבע ויפטור ותי' דמיירי הרמב"ם בהך דלוה בשטר שנמחל שעבודו וא"כ פסול לגמרי עכ"ל והכניס עצמו בדוחק דלדבריו צריכין לומר במ"ש הרמב"ם מוקדם הוא על הדרך אשר זכרנו ולא כל דרך דהא מ"ש הרמב"ם מקדם דפי' בשטר שנמחל שעבודו ע"כ מיירי שלוה בע"מ באופן מחמת שנמחל שעבודו לית ביה חשד רק מחמת מוקדם וכ"כ הש"ך גופיה לעיל סימן מ"ג באריכות ע"ש א"כ הקושי' במקומו וצ"ל דכאן מיירי לא כמו שכוונתו לעיל רק שלא מסרו בע"מ וע"ז יאמרו כולם וכי הוא זה הדרך שזכר. ועוד יש להבין מה ביקש הרמב"ם בפירושו למשנה בדין זה וכי דרכו להביא דינים מה שאין צורך בו לפי' המשנה אלו היה עושה כן יאריך החיבור אלא ברור שרצונו לפרש המשנה בישוב קושיא ירושלמי שטרי מוקדמים פסולים מאן מודיע דהא עדים שוב אינן נאמנים לפסול שטר ואפי' נודע בבירור שבו ביום של השטר לא היה במקום ההוא אולי אחרוהו. ועיין מש"ל סימן מ"ג באריכות ולכך מפרש הרמב"ם דאיירי דמלוה גופיה מודה דהוא מוקדם והודאת בע"ד לחובתו מועיל יותר מכל עדים ולא קשה א"כ יהיה נאמן במגו דחייב לו אם מפיו של מלוה אנו חי' וע"ז תי' דה"ל מגו להוציא וזה ברור בכוונה של הרמב"ם וא"כ מוכח ע"כ דהך מוקדם היינו מוקדם הנאמר במשנה ולא איירי בשטר

שנמחל שעבודו ולכן אין לדברי הש"ך קיום ויותר טוב לומר שרמב"ם בפי' משנה ס"ל כהנך פוסקים שטר מוקדם פסול לגמרי ואם כי בחיבורו חזר בו אין זה מהתימא כנודע כי מצינו כן בכמה דברים וכ"כ הרב המובהק בס' בני יעקב ע"ש:

סימן פד

א **הפוגם** הב"י הביא בשם בעה"ת דאם פגמו בנו לא ישבע שתקנה שהתקינו בו ולא בבנו עכ"ל והביאו ד"מ וסמ"ע והש"ך הקשה היכי דמי דאי טוען שפרע לבן המלוה והוא מודה שקיבל קצת מה לי מלוה מה לי בנו כללא הוא דפרע דייק שפיר דמיפרע לא דייק ואם טוען אמר לי אבא שפרעו מקצת הא כתב רי"ו דמ"מ צריך לישבע שלא פקדנו ולכן פי' הש"ך דבעה"ת העתיק זה בשם ירושלמי ובירושלמי פרק הכותב לא נאמר רק שאם פגם שטרו ומת דלא נימא ביה אין אדם מוריש שבועה לבניו והיינו דברי הגמרא בשבועות הבו דלא לוסיף עליו דרב ושמואל בפוגם שטרו ומת ולכך לא הביאו הפוסקים דאין בו חידוש דבר כלל. וע"ש שהאריך ואמת כי בירושלמי בפ' הכותב שלפנינו אין סובל פי' אחר רק כמ"ש הש"ך דהוא דלא נימא אין אדם מוריש שבועה לבניו אך בבעה"ת א"א לכוונו דבעה"ת בשער ב' כתב שבועת הגאונים לישבע הלוה שבועה שאין לו אי מת הלוה ובנו טוען שלא הניחו לו כלום מורישו א"צ לישבע כי הגאונים תקנו בו ולא בבנו כמ"ש ירושלמי בפוגם בו תקנו ולא בבנו וכו' ע"ש ואי הכוונה כמ"ש הש"ך מה ראיה יש דשם השבועה שיכולים היתומים לישבע צריכין באמת לישבע רק דנימא הואיל וא"י לישבע שלא נפרע אביהם יפסידו השטר זו לא אמרינן דאלי' כ"כ התקנה דאם א"א לישבע שיפסידו אבל השבועה שסיפק בידם לעשות הא צריכין לעשות ואף בשבועת אין לי הא סיפוק ביד היורשים לישבע שלא ירשו ממורישם כלום ומה ענין זה לפוגם שטרו דאמרי' דלא יפסידו במות אביהן הואיל ואי אפשר לישבע של אביהם. ועוד מה צורך לבעה"ת להביא דברי ירושלמי הלא גמר' ערוכה היא בפוגמת הבו דלא לוסיף עליו ואם אמרינן דבירושלמי לא נאמר טעם זה הבו דלא לוסיף רק דלא תקנו התקנה בבנו חדא א"כ דבבלי פליג הלכה כוותיה. ועוד הא בשבועת יתומים תקנו אף בבנו כדקי"ל אין אדם מוריש שבועה לבניו ומה חזית דילפית מהך יליף מהך. ולכן היה נראה כך פירושו (ואם כי בירושלמי שלפנינו לא נמצא כן אין ראיה כי כמה נוסחא' שונות נמצאים וכמה דברים הביאו פוסקים בשם ירושלמי ולא נמצא בירושלמי שלפנינו דבר. ועיין תשובת חות יאיר בהא דמקבלין עדות מיושב דכתב ג"כ דאין להביא ראיה מנוסח' ירושלמי שלפניו) דאם מת לוה ובנו טוען שהוא פרע הכל והמלוה מודה שפרע

קצת בהא לא תקנו חז"ל שבועה כי ודאי מה בכך דפרע דייק ה"ל ליקח שובר או שטרו רק עבד לוה לאיש מלוה כי גמלו טוב וא"י להעיז בו לבקש שובר או שטרו כי המלוה דוחהו כי אין השטר מוכן לו וכדומה מהדחיות ובין כך בא הסכסוך הזה וזהו בלוה גופי' שגופו משועבד למלוה ואכתפיה דידיה רמי' לפרוע למלוה אבל בנו שאינו משועבד המלוה ולא אכתפי' דידי' רמי' כלל לפרוע רק נכסים שהניח מורישו הם אחראים לשלם ולא שייך בו כלל עבד לוה וא"כ לא תקנו חכמים דין דפוגמת ואם הוא פרע יהיה נזהר בלקיחת השטר או עכ"פ שובר ואם לא עשהו אפסיד אנפשי' ולא תקנו בו חכמים. ואף זהו כמוהו דבשלמא בלוה דעבד לאיש מלוה תקנו הגאונים שבועה אין לו כי עליו מוטל חוב פרעון משא"כ לוה שמת ובנו אינו עבד כלל ואין עליו חיוב תשלומין כלל רק אם הניח מורישו נכסים חייב לפרוע ואם לאו לא א"כ למה נטיל שבועה עליו כיון דאינו בגדר עבד לוה ואם לטובתו לא תקנו איך נתקן לחובתו ואת הרע יקבל וטוב לא יקבל ולכן לא תקנו בו כלל והדברים נכונים לענ"ד בפשוט בכוונת הבעה"ת ולק"מ מכל מה שהקשה הש"ך. כן י"ל בהבנת דברי בהע"ת. אבל מ"מ לדינא הואיל והך דינא לא נזכר בשום מחבר לחלק בפוגם בין אב לבן וגם בעה"ת גופי' לא זכרו במקומו בדיני פוגמת כמ"ש הש"ך וגם הב"י וד"מ לא הביאו לדינא בש"ע ואדרבא בא"ע סי' צ"ח ס"ד משמע להדיא דאם פגמו יורשים לאחר מותה הכתיבה לולי הפטורי' יכול להשביעם וכן הוא בהרא"ש בפ' הכותב וע"ש בב"ש ס"ק ז' דהקשה ג"כ ע"פ הסמ"ע בהא דס"ל דפגמו בנו אין נשבע ע"ש וגם בירושלמי שלפנינו ליתא רק דלא אמרינן בפוגם אין אדם מוריש שבועה וכו' אין לנו לחדש דין והכי נקטינן דאין חילוק בשום דבר לאב ולבן רק דלא אמרי' ביה אין אדם מוריש כו':

ב **אפילו** היו עדים וכו' הך דפרע בעדים וכן הך דדקדק לצרף בפרוטה הוא איבעיא דלא איפשט' בגמרא וכתבו הר"ן והרא"ש דלא יפרע אלא לאחר שישבע. ומ"מ יש לתמוה בסתימת דברי מחבר דלפמש"ל בסי' פ"ב ולקמן בסי' פ"ז וק"ח דכל הנשבעין ונוטלים אם תפסו ואינם רוצים לישבע לא נחתינן לנכסים אבל מ"מ מנדין אותם וא"כ בכה"ג דפרע בעדים או דקדק לצרף החשבון דהוא איבעיא דלא איפשט' אי תפס המלוה אין לנדותו על שבועת פוגמת דיכול לומר קי' ליה כהך דאין כאן חיוב שבועה ובפרט לדעת מחבר דס"ל אפילו תפיסה לאחר ספק מהני וצ"ל דס"ל לש"ע דלא אמרינן קי' ליה בשבועה ועיין לעיל בכללי קים לי' דהעליתי דעת רוב מחברים דאמרינן ולכן צ"ע קצת

ג **אא"כ** טוען וכו' הרב הסמ"ע הקשה שני קושית חדא דלמה סתם כרמב"ם דתוך זמנו לא ישבע נגד דעת ר"ה גאון שהביא הטור באחרונה וקושיא שני' מ"ש דאם טוען השבע

לי אפילו תוך זמנו צריך לישבע דמנ"ל למחבר זה כי לא נמצא בטור וברמב"ם מזה דבר. ובקושיא זו הסכים הש"ך נמי. ונראה דחדא בחברת' מתורצת דס"ל להב"י דמ"ש הטור דהגאון ר"ה ס"ל דצריך לישבע אפילו תוך זמנו דא"כ קשיא דברי ר"ה אהדדי דבעה"ת הביא בשמו בסוף שער כ"א דדוקא הבא לפרוע מנכסים משועבדים צריך לישבע אפילו ת"ז ונתן טעם דהא אפילו לוה מודה מ"מ צריך לישבע דחוששין לקנוניא וא"כ אף בת"ז יש לחוש לקנוני' הרי בפוגם ודכוותיה מקום דמועיל הודאת הלוה אמרינן חזקה אין אדם פורע לפטור משבועה וקושיא זו הקשה הגי"ת וכן הש"ך ולכן ס"ל להב"י לישב דכי אמר ר"ה גאון בטוען השבע לי דאף דאין אדם פורע ת"ז מ"מ כיון דחזינא דפרע מקצת איתרע חזקה כמ"ש המ"מ והוא טוען השבע לי משביעין אותו כמ"ש הסמ"ע ומכ"ש דאיתרע חזקה בע"א מעיד כן שפרע אבל מעצמו אין משביעין דאזלא חזקת פוגמת מחזקת אין אדם פורע ת"ז ולכך ר"ה גאון דנתן טעם בלקוח' הוא בדלא טען השבע לי ובהכי א"ש דבריו דכתב דלכך משביעין אותו תוך זמנו הואיל ולא מהני הודאת הלוה לגבי לקוחות דלכאורה אין לזה מובן דמה נ"מ אי מהני הודאתו של לוה הלא אנן מטעם חזקה קאתינן דאמרינן ברור דלא פרע ת"ז אלא ס"ל לר"ה גאון כל שבועת המשנה אי טען השבע לי אפילו ת"ז חייב לישבע ובנפרע ממשעבדי אף דלא טען אנן טענינן דמה נ"מ בטענתו הא חיישינן לקנוניא ואי לא טען אנן טענינן משא"כ בפוגמת ואינך בעינן דלטעון השבע לי ואז משביעין ודברי ר"ה גאון אינן סותרים זה לזה כלל ודבריו מובנים. ומעתה מאחר שדברי ר"ה דברי קבלה וברמב"ם לא מצינו להדיא ההיפוך דברמב"ם לא נזכר כלל מאם טוען השבע לי בפוגם וע"א רק סתמא הכריע כר"ה ופסק כוותיהו כרמב"ם ורבינו האי יחד. והנה בעמדי על העיון בדברי הגמרא נראה כי לכל הנ"ל יש ראיה דגופו של הדין במ"ש רמב"ם בפוגמת אין ת"ז זקוק לשבועה הוא ממ"ש על מילתא דר"פ דאמר אי טען השבע לי משביעין אתו וכי מה בין זה לפוגם שטרו וקשה הא משנה סתמא בפוגמת כתובה ת"ז איירי דלא ניתן לגבות מחיי' וקודם גירושין ובהשבע לי אין משביעין ת"ז כמ"ש הרמב"ן ורא"ש ויתר פוסקים דאי משביעין אף ליתמי משביעין דשבועת יתומים היא הך שבועה דר"פ דטענינן ליתמי מה דאבוהון טען. וא"כ נ"מ טובי דזה הוא בת"ז נמי וכ"כ הט"ז ול"ל דקושיא היא לר"פ דאמר כך ור"פ ס"ל ברישׁ ב"ב כאביי ורבא דאדם פורע תוך זמנו ובזה מיושב קושית התו' שם שבועות דף מ"א ד"ה וכי וכו' דה"ל להקשות משניות אהדדי די"ל נ"מ תוך זמנו והקושי' רק לר"פ דס"ל כרבא דהא כתבו התו' שם דהיכי דאיכא למימר שלא יבא לידי פרעון כלל אף לאביי ורבא אין פורע ת"ז משנה פוגמת בכתובה נשנית ואולי תמות ולא יהיה בכלל גבי' ואין מקום לקושי' שלו וגם מ"ש

הט"ז דקושית הגמרא דה"ל למתני במשנה שבועה זו מלבד דכבר כתבו דגם זה הוא נשנה במשנה מנכסי יתומים וכמ"ש הבעה"ת שער כ"א ע"ש אף גם י"ל כמ"ש דעיקר כתיבה תוך זמנו ולכך לא נקט רק פוגמת ועכצ"ל דאף בפוגמת ת"ז א"צ שבועה ושפיר קשאל מה בין וכו'. אך לעומת זה יש לדקדק בכתובות דף פ"ז נדר ושבועה אין לי עליך וכו' דפריך הגמרא האי שבועה מה עבידת' א"ר יהודא א"ר על אפטרופס שנעשה בחיי בעלה ופירש"י מפוגמת לא פטרה דכי פטרה משבועה דקאתא ממילא אבל שבועה דקגרמא לה לא ור"נ אמר על הפוגמת ופירש"י אף על הפוגמת ופריך הגמרא בשלמא למ"ד פוגמת דמסקא אדעתא דילמא מצטרכי לי זוזי ושקילנא מכתובה וא"ל כתוב לי דלא משתבעת לי אלא למ"ד על אפטרופסים וכי ידעה דמותיב לה אפטרופסים וכו' ומכח קושיא זו אסיקנא כמ"ד פוגמת וקשה למ"ד פוגמת ומכ"ש למ"ד אפטרופסים דמוקי למשנה בדוחק כקושית הגמרא מי ידעה דמותיב לה לאפטרופס והיינו משום דס"ל על פוגמת דקגרמא לנפשה לא פטרה נימא כפשוטה דפטרה משבועה דאי יטעון השבע לי דלא התפסתי לך צררי ולא פרעתיך דלא יהיה רשאי להשביעה וזה לא קגרמא כלל וע"ז קאי נאמנות וזה יותר מרווח מכל וא"צ לומר כלל דמסקי אדעתא דאולי תצטרך למעות וגם קגרמי מעשי' ומכ"ש למ"ד אפטרופס ועיין בעה"ת שער כ"א ח"ד דכתב בזה להדיא דהך שבועה היא שבועת משנה. ועכצ"ל דכל נאמנות הוא בגרושה דהא לא פטרה נגד יורשיו וא"כ אימת יש לחוש בפרעון וצררי אחר גירושין ע"ז א"צ להתנות בעת נשואין דמשנה איירי בעת נשואין כמ"ש התו' שם ולמה לה אז תנאי בשעת גירושין תאמר תן לי כתובתי תיכף או פטרני משבועה או אל תפרעני אלא בב"ד וכ"כ הרא"ש בפ"ק דב"מ בשמעת' דהטוען אחר מעשה ב"ד ע"ש להדיא דלאחר גירושין מצי' לעשות כן וע"כ דכל הטענה בעת גירושין ואז הוי בתוך זמנו וא"צ לשבועה כלל ולכך ליכא למימר דפטרה מכך וצ"ל אוקומתא אחריני וא"ש. אך עדיין קשה איך מוקי ליה משבועת פוגמת דג"כ ע"כ הכל מקודם גירושין כמ"ש דבעת גירושין והלאה תוכל להתרות כנ"ל ולא ע"ז תבקש פטורים מעת נשואין והא ה"ל תוך זמנו וכן הלשון דגמרא דמסקי אדעתה דלמא מצטרכי לי זוזי ושקילנא מכתובתי משמע דעדיין לא הגיע זמן כתובה לגבות וקשה הא ה"ל תוך זמנו וצריך לומר דלכך חוששת אולי תפגום והוא יטעון השבע לי וצריכה לישבע אפילו ת"ז ולכך ביקשה פטורים מן בעלה כנ"ל ודברי הש"ע מוכרחים. ובהכי ניחא מה שטען הבעה"ת בשער הנ"ל להנך רבוותא דס"ל במתן נאמנות סתם ולא פרט בין בכולו ובין במקצתו דאינו מועיל לפוגמת רק לשבועה סתם השבע לי דהא במשנה נאמר סתם נדר ושבועה אין לי עליך ומ"מ אמרינן דפטרה משבועת פוגמת והדבר צ"ע לכאורה לדעתם

ולפמ"ש שם א"א לומר דקאי על שבועה סתם כמ"ש דה"ל תוך זמן ולאחר גירושין א"צ להתנות בעת נשואין ולכך מוקי ליה דפטרה מפוגמת דלא סגי בלא"ה וא"ש. זאת ועוד אחרת יש להרב ב"י ראיה מהא דאמרינן שם כתובות דף פ"ז ע"ב איבעיא להו פוחתת כתובה מהו מי אמרינן היינו פוגמת וכו' ופירשו התו' ומהרש"א דאף דגבי פוגמת הטעם משום דמפרע לא דק כולי האי וזהו לא שייך בפוחתת משום די"ל דבאמת היא פוגמת רק אערומי קמערים לפטור משבועה. וקשה מה ערמה יש כאן לומר דבר כזב ותרמית שניכר לבעל ששקר הוא כי הוא יודע שכתב כתובה בכל הסך ופרעו א"כ מה ערמה יש כאן להפקיע שבועה אף הוא הנתבע יתחכם ויאמר השבע לי ותהיה צריכה לישבע כמו בפוגמת ומה אהני לה בכל ערמה שלה וכ"כ ולעיל ריש כללי מגו אלא שאני מוסיף שמפס ד' ע"י ערמה זו דאם באמת כתובתה מאתים ולדברי הבעל פרע לה כל ר' והיא מודה שק' נפרעת בק' מכחשת. ומערמת לומר שלא נפרעתי כלל רק גוף הכתובה אינו רק ק'. א"כ כשיטעון הבעל השבע לי שלא פרעתיך כל הר' מה תעשה אי האמת אתה ותשבע כדבריה א"כ ודאי לא תשבע לשקר ותשבע שק' קבלה וא"כ הרי כתובה נפרע שע"כ תודה שקבלה ק' והיא מודה בב"ד שאין כתובתה רק ק' והודאת בע"ד כמאה עדים דמי והרי כל כתובתה נפרעת והרי מפסדת ק' ואי אי אפשר לה להשבע שבאמת קבלה מאתים א"כ הרי מגלגל עליה אם לא קבלה מאתים תמור ק' שמגיע לה לפי מאמרה וא"כ אף שתרצה להפסיד הק' מ"מ צריכה לישבע אף על הק' השני'. כמבואר לקמן בסי' צ"ד וכמ"ש שם ואם תודה תצרך להחזיר מאה לבעלה שקבלה הימנו בטעות כמ"ש הודאת בע"ד כמאה עדים כי מודית דכתובה רק ק' וקבלה לפרעון מאתים כפי הנכתב בכתובה ובאמת שקר הוא. ומה ערמה יש כאן. ערמתה להזיק ולא להועיל ואין לומר בזה דמפטור לפטור טוען וחוזר וטוען דמלבד דלא שייך אף גם די"ל דמודה דרך הודאה גמורה ובהא ליכא לחזור ולטעון כמ"ש ש"ך לעיל סי' פ' ומה קושיא דאתיא לערומי. בשפוחתת צריכה להודו' בהודאה גמורה ועיין מש"ל ריש כללי מגו בזה ועכצ"ל דכל הספק הכל בתוך זמן כמש"ל דסתם פוגמת איירי בתוך זמנו ומ"מ אי טען השבע מחויבת לישבע כמ"ש הב"י בש"ע וכמש"ל וא"כ בפוחתת דליכא שבועה דפוגמת אין כאן שבועה כלל ושפיר י"ל הערמה וא"ש ובזה י"ל קושי' התו' דהקשו כפי מה שפי' מהרש"א דלמה באמת בפוגמת בפחות מפרוטה אמרי' אתא לאערומי ובפוחתת ל"א אתא לאערומי דלפמ"ש ניחא דהכל איירי בתוך זמנו דלאחר זמנו מה חשש ערמה יש הא מצי לטעון השבע לי רק מיירי מתוך זמנו ואעפ"י דיש חזקה אין אדם פורע ת"ז הא איתרע חזקה דחזינן דפרע כמ"ש המ"מ וא"כ בשלמא באמת בפוגמת רק בפחות פחות מש"פ שפיר

אמרינן ערמה יש כאן ובאמת פרע ואי דיש חזקה הא איתרע דפרע באמת משא"כ אם היא אומרת שלא נפרעתי כלל רק פוחתת והוא בת"ז איך נימא דבאמת נפרעת ומערמת הא חזקה אין אדם פורע ת"ז מסייע לה דודאי האמת כדברי' שלא נפרעת היותו ת"ז רק מתחילה בטעות נכתב וא"כ איך נחוש לערמה נגד חזקה והלא על חזקה סמכינן ומוציאין מעות ע"פ ואפי' מיתמי ואיך נכריח אותנו לומר שמשקרת וסיתה נפרעת מול חזקה כזו וזה פשוט ולאחר זמנו בלא"ה ליכא למיחש לערמה. וקושי' התוס' מיושבת היטב והא אין לדקדק א"כ בפחות מש"פ ולאחר זמן לא תהיה שבועת פוגמת דהא לא שייך ערמה דיכול לטעון השבע לי כנ"ל. דחדא לא פלוג עבדי רבנן וכיון דנחתו לתקן בכל גווני תקנו ועוד שם ליכא פסידא בערמה אבל בזו יש פסידא ודוק. ודברי הב"י וש"ע בנוי' על אדני התורה כראי מוצק והראיות הנ"ל הנכונים הם יתנו עדותן ויצדקו. וגם יש קצת ראיה דבהשבע לי יכול להשביעו אפילו ת"ז בפוגמ' וע"א דאל"כ שטרי מאוחרים אמאי כשרים הוא לוה בניסן וקצב זמן מיום ההוא ג"ש והעדים אחרו לתשרי וא"כ בהגיע ניסן שנת ג' באמת כבר עבר זמן הלוה פורע בפוגם או בע"א כי הוא חושב היותו אחרי זמנו ופרע א' לאחת. ואח"כ יוציא זה שטרו המאוחר ואין בכל טענתו של הלוה ממש כי נעשה הכל בת"ז לפי השטר שנכתב בתשרי ולא כלו ג"ש ועכצ"ל דאם טען השבע מ"מ ישבע וא"כ אין כאן טעם לפסול השטר כי מי סגר פי הלוה לתבוע השבועה ודוק. והנה יש לספק במלוה ע"פ בעדים לזמן ופרע קצת גו זמנא אי נאמן ג"כ על הנשאר דפרע תוך זמנו דבזה שייך בודאי סברת המ"מ דאזלא חזקה דהא חזינן דפרע תוך זמנו ואם ס"ל לרמב"ם דמ"מ לא ישבע הוא בשטר דמסייע ליה שטרא וכל טיבו של שבועה הוא רק להפסת דעת א"כ בסברא כל דהוא דחינן הך תקנתא ואוקמינן אדינא דגובה בשטרו אבל במלוה ע"פ להוציא ממון מיד מוחזק צריך חזקה גמורה וכאן הרי איתרע חזקה כמ"ש המ"מ א"כ איך נוציא ממון ודבר זה צריך תלמוד. כי דברי בעה"ת שכתב בשער ר"א ח"ב ד"ד דכתב ופוגם ליתא אלא במלוה בשטר שנשבע ונוטל אבל במלוה ע"פ ופוגם חובו ודאי לוה נשבע היסת ונפטר דהא לית ליה שטרא דקמסייע והממע"ה עכ"ל ותמהו כל המחברים הא בלא"ה מלוה ע"פ נשבע הלוה היסת וכי בשביל שפגמו המלוה יוגרע כח הלוה. והרב בב"י פתר ליה בקנין בלי שטר וכבר השיגו הד"מ והב"ח והב"ח תי' בכת"י למ"ד דאינו נאמן לומר פרעתי וכבר השיג הט"ז דבעה"ת ס"ל דנאמן על כת"י פרעתי ולמ"ד אינו נאמן הוי ליה דין שטר ואפילו בפוגם אין נשבע היסת ונפטר ולפמ"ש ניחא דאיירי במלוה לזמן וטוען פרעתי תוך זמן דבמלוה בשטר אף דמלוה מודה דקיבל מקצת פרעון מ"מ חזקה במקומו ואינו זקוק לשבועה שאני התם דמסייע לו שטר אבל במלוה

ע"פ אי המלוה מודה דקיבל מקצת פרעון ת"ז א"כ תו אזדא החזקה ואין להוציא הממון מיד לוה והממע"ה ופשוט. ואין לפקפק הא דטרחינן בריש ב"ב לשנויא הא דתנן עד ארבע אמות בכותל חצר בחזקת שנתן ופרכינן אי בזמנו פשיטא ואי בתוך זמנו אמאי ולא משנינן דאיירי דפרע קצת על הבנין ולכך נאמן לומר שפרע כל הבנין אעפ"י שהוא בתוך זמנו הואיל וחזינן דפרע קצת בת"ז די"ל חדא דדוחק לאוקמי בהכי משנה דסתמא קתני ועוד אפשר כי אמרינן הך סברא בחוב ברור דלא אלים כ"כ החזקה דאין אדם וכו' אבל בדבר שיכול להיות שלא יגיע החיוב כלל חזקה דאינו פורע ת"ז אפילו דפרע קצת מ"מ כ"כ אלים להוציא ממון כי אין אדם מניח ממון מספק ובשביל שפרע קצת לא נימא כן על הכל ושם הא א"ל שלא יתחייב כלל כמ"ש התו' דהמ"ל ולטעמך שמא לא יבנה ולכך לא משני כן וא"ש:

ד **פרעון** ביני שיטי וכו' הרב הש"ך ביקש לפרש דברי תשובת הרא"ש איירי דלוה מודה דבידיעתו נכתב ביני שיטי אז בעת הפרעון אבל אם הלוה טוען כי בלי ידיעתו כתב המלוה ביני שיטי לבלי יפגום שטרו לא מהני כי הלוה יטעון שעשה כן בערמה להפקיע דין פוגם שטר. וכתב שיש לכאורה ראיה מהך דפ' ג"פ דף קע"ב וכוונתו דאמרי' אם המלוה ביקש לעשות משט"ח של ק' תרי בר חמשין דלוה מעכב עליו שיפגום שטרו בפרעו חמשים זהובים ולשיטת הרא"ש עדיין כשהשטר בר ק' כשיפרעו חמשים יכתוב ביני שיטי. ויפה הקשה אלא שאין תירוצו מועיל דעדיין אם המלוה לכך עומד להמנע עצמו מפוגם שטרו אף בשטר גדול כשיפרעו חמשים יכתוב ע"ג בידיעתו ויעמיד עדים בכך שלא יכול לכפור ועוד אפילו בלי עדים אי מודה דנעשה בידיעתו תו ליכא פוגם וא"כ עבדי רבנן תקנה ללוה דלפגום שטרו דהיינו שיכחיש האמת ויאמר שלא ידע במה דידע באמת ויהיה האמת נעדרת. ומה נ"מ בלא"ה בזה וגם המעיין בתשובת הרא"ש כלל ס"ח די"ו. יראה בבירור דלא הזכיר כלל שידוע שנעשה בידיעתו רק סתם אמרינן דלא הוי פוגם שטרו. ובאמת בזה הייתי אומר דאם יש ללוה שובר על הפרעון ואותו פרעון הנכתב בשובר נכתב ג"כ ביני שיטי בזו שפיר יכול לטעון הלוה כי מעצמו כתבו המלוה כדי למנוע פגימת שטרו. דאל"כ תרתי ל"ל ביני שיטי ושובר ולכך עיקר תלוי בשובר ואין ביני שיטי מועיל אפילו נכתב בידיעתו דהוא יתר כנטול דשוברו מוכיח אבל אם אין שובר ביד הלוה וכתב הפרעון ביני שיטי חזקה דנעשה בידיעת לוה דמהכ"ת יפרע בלי ראיה כלל ואולי ימות המלוה ויפסיד הפרעון ח"ו דסמיך אפרעון ביני שיטי והוא העיקר וזה פשוט ולכך בתשובת הרא"ש דלא היה שובר ביד לוה רק נכתב ביני שיטי פשיטא דאמרינן דהיה בידיעת הלוה ולא הוי פוגם שטרו משא"כ בגמרא דב"ב אם ירצה הלוה

דוקא שובר צריך ליתן לו כי יטעון אין אני סומך על ביני שיטי אולי תגרר שאין ניכר הגרר ומכ"ש לדעת המכשירים גרר ביני שיטי וכהנה כמה חששות ואם יתן לו שובר תו לא יועיל כתיבת ביני שיטי ואין מעלה ומוריד כלל ושפיר יפגום שטרו. דאם שובר ביד מלוה כתיבת ביני שיטי לא מועיל כלל ולק"מ. אלא אי קשי' הא קשי' הא דאמרי' פוחת' אי דינה כפוגמת והטעם דנסתפק הגמ' הוא כמש"ל בשם התו' ומהרש"א די"ל אערומי קמערים וקשה מה ערמה יש כאן הא יש בידה לכתוב הפרעון ביני שיטי ושם ליכא שובר ביד הבעל דאי איכא שובר איך אפשר להכחיש הפרעון ולפחות הכתובה וע"כ דליכא שובר וא"כ הא יועיל דיכתוב ביני שיטי ושוב לא יהיה בגדר פוגמת. ומה שנר' כי הרא"ש בתשובה כתב הטעם בכתב ביני שיטי לא הוי כפוגם דבשלמא בעדים י"ל בפרעון הראשון נזדמנו לו עדים ובפעם השניה לא נזדמנו עדים אבל לכתוב ביני שיטי זהו בידו לעשות וכו' ויש להבין א"כ פוגם שטרו איך משכחת ליה איך מצי למימר דפרע ולא לקח שובר מי מעכבו להניחו למלוה לכתוב הפרעון ביני שיטי וצריך לומר ודאי אם לא נכתב כלל ביני שיטי יכול להתנצל לא אסיקי אדעתא לכתוב ביני שיטי כמ"ש בתשובת רמב"ן סימן ק' ע"ש. אבל כשנכתב ביני שיטי א"כ שפיר כבר אסיק אדעתא וא"כ אף פרעון השני ה"ל לכתוב וא"כ ודאי אם פרע בניסן ונכתב הפרעון ביני שיטי וטען הלוה שגם באייר אחר כך פרעו והמלוה מכחישו בזו שפיר י"ל אלו פרעו גם פרעון דאייר היה נכתב ב"ש. משא"כ אם טען הלוה קודם ניסן פרעתיך באדר ולא הייתי מסיק אדעתי לכתוב ביני שיטי ולא הזדמן לי עדים רק כשפרעתיך בניסן כחשת בפרעון הקודם ולכך לא רציתי לשלם עד שתתן שובר ונתרצתי שיכתוב ע"ג השטר וכן נעשה ולא נכתב פרעון המוקדם כי כחשת וכפרת בו (וכצ"ל בשובר בעדים והוא טוען פרעתיך מקדם בלי שובר וכי איני בכלל פוגם שטרו הלא סתמא דברו הפוסקים ולמה לא נימא כשלקחה שובר אח"כ למה לא כלל בו פרעון הראשון ועכצ"ל גם כן כמ"ש כי יאמר בפעם השני כבר כפרת בפרעון הראשון ולקחתי שובר בעדים עכ"פ על הפרעון אחרון) ואם כן א"ש דבעובדא דרא"ש דטוען דפרעו אחר שנכתב ביני שיטי יפה כתב הרא"ש דאינו נאמן דאף זו ה"ל לכתוב אבל בפוחתת היא מערמת דחושבת אף שאכתוב פרעון על הכתובה אולי אף הוא יערים לומר דפרע קודם לזה הזמן ג"כ ואהיה מחוייב לישבע ולכך מערמת לפחות כתובה וא"ש. זהו מה שנראה בישוב דברי הרא"ש מ"מ צ"ע. כי המעיין בתשובת הרא"ש שם יראה שכתב כי הסופרים הנוהגים לכתוב הפרעון מ"ג השטר שנתן המעות למלוה בתורת הלואה ולא בתורת פרעון כדי שלא יהיה נדון כפוגם וכתב הרא"ש דא"צ והוא רק הרווחה למילתא כי פרעון הנכתב ב"ש לא הוי פוגם

וכו' ואלו דעתו כמ"ש הא מועיל שלא יכול לטעון מקדם לזה פרעתיך ואינו מועיל ב"ש אלא ש"מ דאין הבדל ולכך חוזרני למ"ש מקדם דאין הבדל רק אם יש בידו שובר או בלי שובר והך קושי' דפוחתת לא ס"ל כפי' התו' דכל הספק משום אתא לאערומי רק כמ"ש הריטב"א דלא פלוג עבדי רבנן דכל היכי דאין תובע כל השטר ישבע או י"ל דודאי הא דצריך הגמרא לומר טעם דפרע דייק ולא אמרי' בפשוט מדחזינן דלוה האמין למלוה ולא לקח שובר כלל ממנו אולי פרעו יותר ולא לקח שובר דפוגם בעדים ובשובר מא"ל דלא האמין ליה ולכך צ"ל דפרע דייק וכו' משא"כ בפוחתת דאמרינן אמנה היה והרי האמין לה בעלה דאם תרצה תוכל לתבוע כל הסך א"כ י"ל אף בפרעון האמין לה ולא לקח שובר וזהו ספיקא של גמ' וא"צ לאערומי כלל. אך מדברי תוס' דפי' טעם הערמה מוכח כמ"ש ובלא"ה לא מצינו שום מחבר מסייע להרא"ש וכמ"ש הש"ך ולכן הך דינא צ"ע:

ה **מכתב** יד הלוה משמע כתב ידי אחר פסול וקשה דברים אלו הם מתשובת הרא"ש והרא"ש לשיטתו דס"ל גרר ביני שיטי פסול דחיישינן שהיה כתוב עליו ומחקו וגררו ולכך מצריך שיהיה כתב יד הלוה דתו ליכא חששא. משא"כ לפי מ"ש המחבר לעיל סי' מ"ד דגרר ביני שיטי כשר ולא חיישינן דהיה כתוב דבר וגררו א"כ אף כאן לא היה לו להצריך דוקא כתב יד הלוה. וצ"ל לרבינו המחבר הא דמכשירין לגרר ב"ש הטעם דלא שכיח לכתוב פרעון ב"ש אבל כאן דחזינא דנכתב פרעון ב"ש אם כן שפיר יש לחוש דלמא אף מקדם היה פרעון יותר מזה הסך וגררו וכתב פרעון קטן ועיין תשובה המיוחסת לרמב"ן סי' ק' מ"ש בזה ולכך בעינן כ"י הלוה דוקא:

ו **והעדים** טעו וכו' ויש להבין דבגמרא אמרינן אמאי סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא ומשני הגמ' דקאמרה אמנה היה ביניהו ויש להבין לפי מ"ש הר"ן פ"ב דכתובות דמ"ש תנאי ומ"ש אמנה היינו אמנה שהאמינו בקיום תנאי וזולתו לא משתעבד ותי' לחלק דשם ביד הלוה אם ירצה אינו מקבל מעות ולא משתעבד אבל תנאי ע"כ אם המלוה מקיים אין ביד הלוה לעכב ולבטל ע"ש כללו של דבר תנאי רשאים העדים לכתוב ואינו בכלל אל ותשכן באהליך עולה. א"כ קשה לישני בכך דהיא אומרת דכתוב אלף היינו בתנאי ואם לאו אינו רק ת"ק ולא נתקיים התנאי ולכך אין לה רק ת"ק מ"מ העדים עשו כהוגן ולא פעלו עולה כמ"ש הר"ן ואין השטר חספא כלל. ובחדושי אמרתי דקשה קושית התוס' וכמ"ש מהרש"א למה באמת פוחתת ליכא שבועה ולא חיישינן לערמה כדחיישינן בדקדקה בפחות מפרוטה וכו' אלא ודאי דלא חיישינן לערמה שהיא פוגמת ותהיה פוחתת שא"כ שויה נפשה רשעה דהשכין באהלה עולה וכמבואר בגמרא פ"ב דכתובות וכ"כ הפרישה דמשויה נפשה רשע וזהו לא שכיח כדאמרי' בקידושין דף

נ' ע"ש ועיין מש"ל בכללי מגו. וא"כ ל"ל דמיירי בטוענת כה"ג דהא לא משויא נפשה רשע דלא ה"ל עולה, וא"כ קושי' התוס' במומו דהא יש לחוש לערמה. אך אף שישר בסברא מ"מ קשה עלי לחדש דין בטוענת כה"ג דלא הוי בכלל פוחתת רק כדין פוגמת וצריכה שבועה ואם כן הדבר ה"ל לפוסקים להביאו דבטוענת תנאי ולא נתקיים תנאי דצריך שבועה דחיישינן לערמה וצ"ע:

ז **עד** אחד מעיד וכו' כתב הכ"מ ברמב"ם פכ"ד מהלכות אישות דוקא בטוען ברי והביא עד מסייע לדבריו הוא דיכול להשביע אבל אם א"י דפרע רק עפ"י העד דאמר דפרע א"י להשביע שבועת המשנה והש"ך השיג דכיון דקיי"ל דתביעה עפ"י עד הוי טענת ברי וזוקק לש"ד א"כ ה"ה שבועת המשנה וכן מוכח מתשובת הרשב"א שהעתיק הב"י סי' ע"ב מחודש כ"ב דאף בשמא צריך לישבע. ובאמת מרשב"א אין כל כך ראיה דעיקר טעמו של רבינו הב"י כפי מה שנראה הוא דיש כאן שטר המסייע לו וא"כ מה יועיל ע"א נגד שנים רק חז"ל תקנו להפיס דעתו של בעה"ב וכי בעינן הפסת דעת בטוען ברי אבל לא בהוא עצמו א"י אם פרע א"צ להפסת דעת וזהו מה שנראה בטעמו של הב"י וא"כ אין כאן ראיה מתשובת רשב"א דשם לא היה שטר רק שומר שלא ידע שוי החפץ שנאבד המינו והמפקיד אמר שהיה שוה דינר והשואל א"י דהיה שורת הדין מתוך שאיל"מ רק ע"א מעיד שלא היה שוה רק שקל בזו פסק דישבע ושם ליכא שטר דמסייע להמפקיד ופשיטא דטענת עד משויא ליה ברי וצריך לישבע להכחישו אבל כאן שטרו בידו דמסייע דלא פרע והו"ל כשנים מעידים ואין לדבריו של א' במקום ב' כלל. ולכאורה נראה דדבר זה במחלוקת הפוסקים שנוי דבעה"ת שער ך"א ח"ה ד"א הקשה למה לי שבועה דע"א הא בלא"ה יכול לטעון השבע לי ותי' תי' הגמרא דאף דלא טען וכו' ואלו כדעת הש"ך אין כאן קושי' כלל מע"א רק מפוגמת כמבואר בגמרא דהא שבועת ע"א איצטריך היכי דלא טען ברי א"כ איך יכול לטעון אשתבע לי כיון דלא טוען ברי אבל משבועת ע"א דתקנו חז"ל יכול להשביע. ונוסף על זה דעת התוס' והרא"ש דפי' בפרק הכותב בהא דאמרינן בע"א מעיד שהוא פרוע דהיא שבועה דרבנן אי פקח מייתי לידי ש"ד וכו' ופירשו התוס' והרא"ש דנ"מ לענין היפוך שבועה שלא תהיה יכולה להפכה עליו וקשה מה לו לזה לפורעה ואח"כ להשביעה וקשה להוציא ומי יודע מה יולד יום אדם חציר ינתן יטעון איני יודע אם פרעתיך ואף דכבר טען בברי יכול לחזור ולומר איני זוכר על בורי' אם פרעתי או לא רק הנני תובע עפ"י העד לישבע וא"כ איך תוכל להפך שיהיה נשבע במה שטוען א"י (מיהו לפי מה שהקשה הר"ם ברש"י דאמאי לא פירש בהך דאם פקח דהוא משום היפוך לשיטתו דס"ל באם שאינו יכול לישבע דמשלם צריך שכנגדו לישבע א"כ אף בש"ד היא

תאמר א"י ויהיה משאיל"מ וישבע שכנגדו ועדיין לא פליט מהיפך שיצטרך לישבע. ועכצ"ל דס"ל למהר"ם כיון שכבר אמרה בב"ד יודע אני אינה נאמנת לומר נזכרתי ואני מסופק וא"כ אף בבעל כן ולק"מ) וזה עצה עמוקה יותר ממה שיפרע תחילה ועכצ"ל כמ"ש הכ"מ דבכי האי גוונא ליכא שבועה דע"א כלל. ודוחק לומר דבשלמא בתביעת ברי ועפ"י העד לא תשבע דחוששת דאח"כ יבא הוא והעד לעשותה חשודה כמ"ש התוס' ב"ב בנסכא דר"א ולכך תהפך השבועה ואי פקח הוא וכו' תובע אותה אח"כ ולא תשבע מטעם הנזכר ולהפוך א"א אבל אם יטעון שמא רק עפ"י העד באמת לא תהפוך ותשבע להכחיש לעד. דסתמא דלישנא דתוס' ורא"ש לא משמע כן ובפרט דזה גופיה אם הבע"ד ועד הם מצטרפים לפסול צ"ע לדינא כדלעיל סי' ל"ד באריכות והרי מורים דברים כמ"ש הב"י. וכן לשון הרמב"ם כפי נוסחא' הטור שאין יכול להשביע אשתו בגביית כתובה שזינתה עפ"י דברי אחר רק בטוען שהוא ראה מורה בבירור כפי' הכ"מ. ואף שהרב בית שמואל בא"ע סי' קט"ו ס"ק ל"ב פי' אותו דברי אחר היינו קרוב ופסול לשון עפ"י דברי אחר משמע דרך כלל יהיה האחר מי שיהיה דהא סתמא קתני וגם אי קרוב או פסול פשיטא והרב בית שמואל תמה על רמ"א דס"ל בח"מ דיכול להשביעה בהוגד לי עפ"י קרוב או פסול דהיה ליה להגיה שם דיכול להשביעה ולק"מ כי יכול להשביע לאחר פרעון היסת אבל קודם פרעון ושטר בידה לכ"ע א"י להשביעה עפ"י קרוב או פסול כי אם עד כשר ואף זהו אמרו חז"ל להפיס דעתו של בעה"ב והבו דלא לוסיף בקרוב או פסול ושם איירי קודם פרעון על כתובה והיטב עשה רמ"א שלא הגיה כלום. והדברים מורים בבירור כמ"ש הכ"מ בדברי רמב"ם והעתיקו הטור וש"ע ולא עינה הב"י מלבו אך לעומת זה מוכח מדברי הרמב"ן בפרק חזקת הבתים ובבעה"ת שער י"ט ותו' והר"ן וביחוד הריטב"א למס' כתובות שהקשו במעשה דאבימי דטען סטראי הא עד אחד מעיד שפרע והו"ל נסכא דר"א משאיל"מ ותי' הריטב"א דהואיל שטרו בידו לא הוי רק שבועה דרבנן ע"א מעיד שפרע ובדרבנן לא אמרינן משאיל"מ וכן דעת הרמב"ן בבעה"ת שער הנ"ל ועיין לעיל סימן נ"ח מ"ש באריכות לדבריו. והא בהך עובדא לא היה הלוה רואה הפרעון כמ"ש הרמב"ן בפרק חזקת להדיא כי אם נשען עפ"י העד ומ"מ העלו כולם דהוי שבועה דרבנן ע"א מעיד שפרוע אף דלוה טוען שמא וזהו ראיה מכרעת בדעתם נגד הכ"מ וכן נראה דהיה דעת רש"י במה שנתקשה בו מהרש"א אבל כבר קדמו א' קדוש מדבר מהר"ם מרוטנבורג כמ"ש בהגהת מיימוני פי"א מהלכות שבועות אות ה' דעל סברת רמי ב"ח לומר ש"ד פירש"י נ"מ לענין היפוך שבועה ואלו בהך אי פקח מייתי לידי ש"ד פירש"י נ"מ לאנקוטי חפצא ומהר"ם דחק כמש"ל בסי' פ"ז באריכות ע"ש ולפי

הנ"ל א"ש דודאי בדעת רמב"ח דס"ל הנך שבועות פוגמת וע"א מעיד שפרוע דאורייי' ונשנים במשנה בחד בבא עם מנכסי יתומים מנכסים משועבדים ושלא בפניו שכולם צ"ש וזה דוחק גדול דיהיה הך שבועה הנאמר בפוגמת וע"א והך שבועה דנשני' באינך לאו בחד גוונא זהו בלי נק"ח וזהו דוקא חמורה בנק"ח ואיך כללן המשנה כחדא אם טיב שבועה שונות זו מזו אלא ש"מ דטיב שבועה וחומר ענינם שוים ולפ"ז דגם שבועה דרבנן צריך נק"ח דהא פוגמת וע"א צריכין לרמב"ח ודאי נק"ח היותם של תורה ואינך הם ודאי דרבנן לכ"ע ובחדא בבא נשנים ועכצ"ג לרמב"ח דאף דרבנן בעי נק"ח ולכך הוצרך רש"י לפרש דלא נ"מ בטיב שבועה רק להמסתעף ממנו בהיפוך וזה לא איירי ולא שייך כלל באינך ביתומים ולקוחות ושלא בפניו ההיפוך ול"ק איך כללן כחדא. וכן בע"א מעיד דחשב רמב"ח ג"כ דהוא תורה לא פירש רש"י מה נ"מ וסמיך אמש"ל דנ"מ להיפוך דלנק"ח א"א במלתא דרמב"ח ולא קשה קושי' הנ"ל הא יוכל לטעון שמא רק לתבוע עפ"י העד וא"י תו להפך דבאמת אם חכם לבו ועשה כן יפה עשה רק רמב"ח דינא קאמר דאם לא תבעו שמא רק ברי וע"א מסייעו ה"א דיכול להפך וקמ"ל דהיא ש"ד ואינו יכול להפך. אבל בהך מילתא דר"פ דאמר אי פקח וכו' דמשיא לו עצה קשה שפיר כנ"ל אם ליועץ נתנך השיא לו עצה ההוגנת כנ"ל לטעון שמא עפ"י העד ויתנצל מהיפוך ולכך פירש"י דלא נ"מ להיפוך רק לנק"ח דהשתא דליתא לדרמב"ח וכל המשנה איירי בשבועה דרבנן וליכא כלל בהו ש"ד שפיר אמר לן דרבנן א"צ נק"ח וכל טיב שבועה במשנה אינה בנק"ח וכוללן כחדא כי דינם שוה להיותם כולם דרבנן ודברי רש"י ברורים ומזוקקים באר היטב. ולכן לדינא נראה כי מחלוקת הפוסקים הוא ואין להכריע ובפרט כי בא"ע סי' קט"ו והטור וש"ע פסקו כרמב"ם הנ"ל:

ח **אין** יורשיו גובים וכו' רוב מחברים הניחו דברי תשובת הרא"ש ומחבר בצ"ע דאיך פסק בע"א מעיד שפרוע או פוגם שטר ומת דאין מוריש שבועה לבניו ולכך לא יהיה נפרע הא קיי"ל בגמרא פוגם שטרו ומת הבו דלא לוסיף עליו וכ"כ מחבר גופיה לקמן סי' ק"ח והרא"ש בפסקיו וכבר טרח הסמ"ע לקמן בסי' ק"ח לישבו בדוחק והאריך אשר ע"ז כתב הש"ך מוטב להניח דברי הרא"ש ומחבר בצ"ע משנכריח עצמנו בדחוקים גדולים כאלה. ואני ראיתי כי לא על הרא"ש לבד התלונה הזה כי קדמו בעל עיטור סופרים כמ"ש בעה"ת שער י"ד ח"ב ד"ו אשר כתב לא מצינו פוגם שטרו שנשבע שבועת יורשים וגובין אלא ביתומים מיתומים עכ"ל וזה לכאורה זר ותמוה דנהפך הוא בפוגם שטרו אמרינן הבו דלא לוסיף עליו משא"כ ביתומים מיתומים היינו דרב ושמואל אין אדם מוריש וכו' וכן בתשובת הריב"ש סי' תפ"ג כתב דרבים ס"ל אף בפוגם שטר וע"א מעיד

שפרוע אמרינן ג"כ במת דלא יגבו וכבר תמה ע"ז מהרא"ש בתשובה סימן פ"ב דהא גמרא ערוכה הבו דלא לוסיף עלה וע"ש שדחק בזה: ובתשובת מהר"ם דפוס פראג סי' ת"ז הביא בשם בה"ג מלוה שמח ויורשיו מוציאין שטר נשבע הלוה ונפטר דאין אדם מוריש שבועה לבניו ור"ת תמה עליו דהך שבועה דר"פ אשתבע לי אינו בגדר דנימא ביה אין אדם מוריש שבועה לבניו ועוד הא אפי' בפוגם אמרינן הבו דלא לוסיף עלה. ועם כל תמיהתו חובה עלינו לטרוח ליישב דברי בה"ג שכל דבריו דברי קבלה שלא יהיו סותרים להדיא נגד גמרא ערוכה בטענת ר"ת ולכן עיינתי בדברי הרא"ש בפסקיו וגם בדבריו יש מקום עיון דשם בשבועות בהך מילתא דרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו אמרינן בגמרא דתליא במחלוקת נסכא דר' אבא אי אמרי' מתוך שאיל"מ או לא דאם אמרינן משאיל"מ ליתא לדרב ושמואל ע"ש בגמרא תמהו התוס' מה ענין זה לזה ופי' התוס' דר"א ס"ל בש"ד משאיל"מ אבל בנשבע ונוטל שהוא שבועה דרבנן דנימא גביה מתוך שאינו יכול לישבע יפסיד ולא יטול ל"א היותו דרבנן ולכך לא שייך מילתא דרב ושמואל אין אדם מוריש וכו' אבל רב ושמואל ס"ל בדרבנן מפסיד רק למה יפסיד כולו אף הלוה אין יכול לישבע דהא תרווייהו יתומים נינהו ואף יתמי לוה יפסידו החצי וצ"ל דס"ל לרב ושמואל מתוך שאיל"מ לא אמרי' רק מפסיד היותו בא ליטול ולכך מפסידין יורשי המלוה הכל ע"ש. והנה לפ"ז אם היה החשוד בשטר שדינו להיות נשבע ונוטל לפי דקי"ל כר' אבא אין שכנגדו נשבע ונפטר דהא מבואר בתוס' כתובות דפ"ח ד"ה מייתי וכמ"ש מהרש"א דהך דינא תליא בדר' אבא ע"ש ואם אין מפסיד למה יפסיד החשוד שיהיה שכנגדו נשבע ונפטר הא לרבי אבא מפסיד לא אמרי' בשבועה דרבנן וזהו פשוט וא"כ יקשה אי הרא"ש ס"ל כתי' התוס' איך פסק בפ' הכותב כפי מ"ש הרמזים שם כהרי"ף בחשוד בשטר שכנגדו נשבע ונפטר וגם קשה לפי מ"ש הרמזים בחשוד שכנגדו נשבע ונפטר ובשניהם חשודים גובה החשוד שטרו ועיין במהרש"א דגם התוס' בכתובות ס"ל כן וקשה להבין לכאורה בממ"נ אי אמרי' הואיל וא"י לישבע שבועה דרבנן מפסיד אף בשניהם חשודים יפסיד וכמו דאמרי' בעלמא בשניהם חשודין משלם אף כאן הל"ל מפסיד ואי לא אמרי' מפסיד אף בחשוד התובע לבד למה יפסיד הא אין דינו כמשלם ונ"ל דלכך בחשוד על שטר שכנגדו נשבע לא מהדין רק מכח קנס להחשוד אבל בשניהם חשודים לא שייך קנס דמנלן זה דכיון דקי"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם מנלן דקנסוהו במקום שאין הדין שיפסיד ובמשנה היה שורת הדין כיון שאיל"מ ולכן ברור דהרא"ש אזיל לשיטתו דס"ל דלא כתי' התוס' הנ"ל רק ס"ל כמ"ש בפסקיו בשבועות תי' אחר דהקשה ג"כ אי רב ושמואל ס"ל דמתוך שאי"ל מפסיד מכ"ש

בש"ד דמשלם ותי' דעיקר שבועה מוטל על הלוה לישבע שלא חייב ופרע וא"כ ביתומים שא"י לישבע שפרע אביהן א"כ נאמר מתוך שאינו י"ל משלם ולא שיפסיד זה שטרו כי אנו אומרים ליתומים עליכם השבועה ואם א"א לישבע תשלמו וזהו לר' אבא אבל רב ושמואל לא ס"ל מתוך שאיל"מ ולכך אף דאין יתמי הלוה יכולים לישבע אינן מחוייבים לשלם ולכך זה ששטרו בידו מפסיד כי אין יכול לגבותו בלי שבועה הרי דס"ל להרא"ש דאף לר' אבא הוה אמרינן מפסיד רק הואיל ועיקר שבועה ללוה ובניו משאיל"מ ולפ"ז צדקו דברי הרא"ש בחשוד דאם הלוה חי ויכול לישבע אף בדרבנן אמרינן מפסיד דהא הלוה חי ונשבע דפרע ולכ"ע אף לר"א אמרי' כן משא"כ בשניהם חשודים כיון דעיקר שבועה על הלוה והוא א"י לישבע דינו דמשלם ולא מפסיד זה שטרו ונכון וברור. ועיין לעיל סי' פ"ב דכתבתי דאין כ"כ מוכרח בראש"ש דס"ל כמ"ש הרמזים בשמו דיסבור לחלק בין חשוד לשניהם חשודים. ולפמ"ש ניחא דהטור הכריח כן מדברי אביו בפרק כ"ה דנתן הטעם לר"א לכך אין מפסיד הואיל יתמי הלוה א"י לישבע וכמ"ש וזה ברור. אך לפ"ז קשה איך אמרי' בפוגם שטרו ומת הבו דלא לוסיף עלה דרב ושמואל והיינו משום דהלכתא כר' אבא דפליג הא לפי דברי הרא"ש לכך פליג ר' אבא ארב ושמואל משום דעיקר שבועה ביורשי הלוה וא"י לישבע ולהם לשלם וכאן הלוה חי ומבקש לישבע א"כ אף לר' אבא שייך הך דינא דמפסיד התובע הואיל וא"י לישבע כמו חשוד והנתבע יכול לישבע וא"כ איך שייך הבו דלא לוסיף במה דר' אבא גופיה מודה לרב ושמואל וקושי' זו צ"ע לכאורה לשיטת הרא"ש. ולכן צ"ל הא דקאמרינן בפוגם שטרו ומת הבו דלא לוסיף היינו מענין וסיג מחלוקתם דאין הלוה יכול לישבע כגון שמת אח"כ קודם גבייה והגמרא קיצר בל' פוגם שטרו ומת המלוה דה"ה הלוה מת אח"כ רק הגמ' לא נקט ליה בלישנא דהוא מוסב על מחלוקת רב ושמואל ור"א והם לא מיירי רק באופן הזה דהלוה מת ויורשי' א"י לישבע כי בעודנו הלוה חי לית מחלוקת ולכ"ע נשבע ונפטר ולכך נקט הגמרא סתם פוגם שטרו ומת שהוא בענין מחלוקתם וממילא מובן כי הלוה מת אח"כ וזהו תליא במחלוקת דר"א דס"ל מתוך שאיל"מ יורשי הלוה דאין יכולים לישבע משלמים ולרב ושמואל דלא ס"ל משאיל"מ אף בזה יורשי המלוה מפסידי' וע"ז קאמרינן הבו דלא לוסיף וכו' דהדין עם ר"א רק ביתומים החמירו והיינו שבועת יתומים כי שבועה זו אלי' עד שלדעת אבא שאול אפי' נאמנות אינו מועיל כנגדו אבל זולת זה הלכה כר"א דפליג וס"ל דהואיל אף יורשי לוה אי"ל ישלמו וא"ש וקיצור לשון יש בגמרא פוגם שטרו ומת והל"ל ואח"כ מת הלוה ג"כ רק סמך כי זה מובן מענינו וזה פשוט בלישנא דגמרא ודברי הרא"ש נכונים ומכוונים לדינו של חשוד ג"כ דאם יכול הלוה

לישבע דמפסיד ובאם לאו חייב הלוה לשלם וזהו שכוון אליו הבעל עיטור סופרים דכתב דלא מצינו פוגם שטרו שנשבע שבועת היורשים וגובים אלא ביתומים מיתומים והוא הדבר שכתבתי דאם הלוה חי פוגם שטרו אין יורשים גובים בשבועת יורשים כי הלוה נשבע ונפטר הואיל ויכול לישבע רק במת אח"כ שבאים לגבות מיתומים. בזו דשניהם א"י לישבע בזו אמרי' הבו דלא לוסיף וקי"ל כר"א והם משלמים וזהו אמרו יתומים מיתומים ואין כוונתם מת לוה בחיי מלוה רק מת אח"כ ועכשיו בעת גבי' הם יתומים מיתומים. וא"ש וזה ברור וכן דעת בעל ה"ג ולכך פסק דלוה נשבע ונפטר ולא קשיא ליה מפוגם שטרו דשם שניהם מתים ואין ביד הלוה לישבע מה שאין כן כאן דהלוה חי וזה ברור ונכון מבלי פקפוק ואליהם נתכוון הריב"ש שכתב בפוגם שטר וע"א ומת אמרינן אין אדם מוריש והיינו שלוה חי וא"ש. וגם תשובת הרא"ש מיירי הכל דהלוה חי ומבקש לישבע וצועק ככרוכיא כי פרעו וכן מבואר להדיא בתשובת הרא"ש ולכך לא שייך הבו דלא לוסיף ונשבע ונפטר וזהו שנתכוון אליו המחבר דהלוה חי ולקמן בסי' ק"ח מיירי כמש"ל דפוגם שטרו ומת ואח"כ מת הלוה ג"כ בזו אמרינן הבו דלא לוסיף ולק"מ והן דברים ברורים למעיין ולענ"ד מקום הניחו לי המחברים בזה להתגדר:

סימן פה

א **וי"א** שהוא נאמן הש"ך תמה איך יהיה נאמן מזויף כשעדים מקיימים אותו ולכך דחק אף דברש"י ור"ן נזכר להדיא שהלוה טוען מזויף הוא לאו דוקא ועיקר טענה פרוע. ודבריו דחוקים בכוונת רש"י ור"ן ונראה דלא מיירי הם בקיום שעדים מעידים שזהו חת"י בבירור רק קיום ע"י דמיון וכבר כתב הש"ך גופי' לעיל סי' מ"ו וס"ט בדעת הגאון בכת"י וכדומה שקיום דאורייתא אין לסמוך על קיום כזה דהוא רק דרבנן וכ"כ התו' כתובות דף צ"ב ד"ה דינא דבשטר שנפל לא סמכינן אקיום כזה הואיל ואיתרע ואין לך ריעותא גדול מזה שהיה לו לגבות משטרו ולא למכור שדהו והרי זה יותר ריעותא מנפל וגם בריעות' הזו ודאי קיומו תורה ולכך לא מהני קיום כזה. כמ"ש ש"ך בכמה דוכתין. ולכן הטור שהשיג לעיל בסי' ס"ט אהגאון וס"ל דאף בכת"י מהני קיום של דמיון אף כאן חולק וס"ל דוקא בטוען פרוע ולא בטוען מזויף וא"ש ולק"מ:

ב **לא** מכרתי וכו' הקשה הט"ז תינח בדכתב לו בחובו דאקני אבל בדלא כתב לו דאקני עדיין יכול למוכרו לאחר ולהבריחו כמו מטלטלין דלוה וקנה ומכר לא טורף בלי דאקני ומכח קושי' זו ביקש הט"ז לחדש דהואיל דאיכא אומדנא דמכרו כדי למשכן אותו ה"ל כאלו כתב לו דאקני והרב חכם צבי בהגהות כתב דמעולם לא שמענו להוציא באומדנא

כזו ע"ש ואני תמה מה מקום לכל פלפולם הא גמרא ב"ב דף קנ"ו חשב הגמרא לפשוט מהך דפקח היה שמכר שדה כדי למשכנו דדאקני משתעבד ודחי הגמרא מיני' ואפילו מגלימא דכתפאי כי קאמינא קנה ומכר מהו ואי יש מקום לקושי' הט"ז הא עדיין קשה מה מהני מיני' הא יכול להבריחו ולמוכרו ואין לומר כתי' הט"ז דהוי ככתב לו דאקני דא"כ ש"מ דדאקני משתעבד דלא יהיה סתם יותר ממפרש אלא ברור דלא חשש הגמרא לקושית הט"ז והטעם הואיל וכל שעה זמנו של שטרו לגבות. המוכר שדה שלו קול יש לו וכשירגיש שרוצה למוכרו יבא בב"ד ויכתבו לו טרפא ויעכב המכירה. וכיון דקושיתו ליכא נפל עזר מתי' שלו ויטול מה שחידש כי אין לו לסמוך.

ג **אם** הלוה מכר וכו' הרב הש"ך תמה ע"ז דמ"ש מטלטלין שכתב הרב בהגה דלא איתרע כח המלוה משום דאמרינן אם היה רוצה לגבותו לא היה מוכר לו ומ"ש מקרקע דפשיטא דנימא דאלו היה מגלה דעתו דרוצה לגבותו לא היה מוכרו לו והב"ח כתב דיש לסברא זו דלא היה מוכרה לו סעד מגמרא דכתובות גבי עשהו לאחר סימן דאמרינן לעצמו לא דהוצרך לעשותו סימן דזולתו לא היה מוכרה והא זה בקרקע איירי וא"כ הקושיא יותר חזקה והב"ח ביקש לסייע לטור ומצא לו עזר כנגדו ונראה דלק"מ להמעיין בטור דכתב איך לקח קרקע ששעבודו עליו ור"ל בשלמא מטלטלין דאף דהם ביד הלוה לא סמכה שעבוד' א"כ שפיר י"ל מה יועיל שלא אקנה מ"מ חובי בקרן צבי א"כ טוב שאהי' אני לוקח מאיש אחר ואם אגלה שרצוני לגבות ימכרן לאחר כנ"ל משא"כ קרקע ששעבודו עליו ואם ימכור לאחר חובו מוקדם לטרפו משא"כ אם הוא יקנהו ממי יגבה ובשביל דניחא ליה הך קרקע מזולתו כי ודאי מצוי' קרקעות לקנותו רק דנימא הך ניחא ליה ביותר בשביל הך אין מפסיד שעבודו בשום אופן וא"ש. ודברי הטור הם מדוקדקים ומעתה אין מראי' הב"ח סתירה לטור דשם ליכא כלל שעבודו כי הלוקח אינו חייב לו כלום ושפיר אמרינן לא הוה מזבני' ליה והוא הסברא במטלטלין משא"כ בקרקעות דעי"כ מפסיד שעבודו ומעותיו מניח בקרן צבי וא"ש. והנה דעת הג"ת דאם יש ללוה בלא"ה קרקעות שיכול לגבות חובו לא הפסיד המוכר וצ"ע כי י"ל תמיד יש לחוש אולי רבו מנושיו ולא יספיקו שאר קרקעות וסתם נאמר בטור מיהו בלא"ה הך דינא לא מצינו לו ראיה ורמז במחברים זולת בטור לבדו וא"כ במקום שיש לו נכסים אחרים הבו דלא לוסיף ונכונים דברי הג"ת ועיין מש"ל סימן מ"ט בתומים סק"ב ע"ש

ד **ויש** מי שאומר דל"ש וכו' הרב הש"ך תמה על רמ"ה בזה דהא משנה שלימה היא וח"א זה גובה וזה גובה והא דאוקמינן בגמרא ביומא דמשלם זמן הוא לר' ששת אבל לר"נ דכוותי' קי"ל משמע בגמרא דא"צ לזה וצ"ל או כתי' הרז"ה או כרמב"ן דלמה לא

קשי' לר"נ ועכ"פ הדין דין אמת דלא יפסיד שטרו והניחו בצ"ע. ונראה דלק"מ דודאי קשי' ליה לרמ"ה קושית הרז"ה ורמב"ן ומחברים דהך קושי' דפרכינן לר"ש אי בתוך זמנו מ"ט דאדמון ואי לאחר זמנו מ"ט דחכמים לר' נחמן נמי קשה. ותירוצו של הרז"ה לא ניחא ליה מטענות שטען עליו הרמב"ן וכמש"ל וגם בתי' הרמב"ן דמיירי באתרא דכתבי שטרי והדר יהבי זוזי ולכך אין טענה היה לך לגבות לא ס"ל. כמ"ש הש"ך באריכות לכן ס"ל כך דבעה"ת נסתפק אם שטרו של שני נדון כשובר או לא ובירושלמי סוף כתובות משמע דתלי' במחלוקת ר"ש ור"נ דאמר לר"ש דס"ל כל אחד עומד בשלו אם אחד מחל חובו מ"מ אין השני גובה שטרו דה"ל מתחילה כשובר וכן אם אחד בשטר וא' בע"פ אין אותו בשטר יכול לוף משעבדי דה"ל שוברו בצדו משא"כ לר"נ דס"ל זה גובה וזה גובה זה שלא מחל שטרו גובה וזה שמחל אינו גובה והמלוה בשטר גובה משעבדי ולא השני ע"ש הרי דס"ל לר"ש כל שטר של א' נדון כשובר לשטר השני. אך בגמרא דידן לא משמע כן דהא רמב"ח מוקי ליה למתניתין אליבא דר"ש ביתמי דהחי אין גובה מיתומים ויתומים גובים מהחי ע"ש בגמרא ואלו נדון כשובר איך יגבו יתומים מן החי הא שטרו של אביהם נדון כשובר וכבר בטל שטר שבידם ועכצ"ל דאף לר"ש לא נדון כשובר. והנה בהא דאמרינן בגמרא דס"ל לאדמון לא עביד אינש דיזיף ליומא והיינו דשוי' נפשיה עבד לוה וכמ"ש רש"י היינו אם השטר אין נדון כשובר אבל אם נדון כשובר הרי לא משוי' נפשיה בשטר ההוא כלל לעבד לוה דהא שוברו שהוא שט"ח של השני בידו ומה נ"מ בנוסחא אם נכתב פלוני לוה או פלוני פרע הרי נדון כשובר. וא"ש דבס"ד ס"ל לגמרא כירושלמי וא"כ לר"נ ידע התי' דמיירי ביומא דמשלם זמנא ופליגי כמבואר בגמרא ולאדמון לא משים נפשי' עבד לוה בשביל חד יומא דלר"נ לכ"ע אין נדון כשובר אבל לר"ש פריך שפיר דל"ל דפליגי ביומא דמשלם דמ"ט דאדמון הא לא משוי' נפשי' כו' דנדון כשובר ומשני הגמרא דאף לר"ש ניחא וכסוגי' גמרא דידן דלר"ש ג"כ אינו נדון כשובר ופליגי ביומא דמשלם אי שויא נפשיה כו' או לא וא"ש. ולפ"ז לדינא אף לר"נ כל מחלוקת חכמים ואדמון היינו ביומא דמשלם אבל אח"כ לכ"ע הפסיד שטרו והן הן דברי רמ"ה דמיירי בתר יומא דמשלם כמבואר בטור וש"ע דביומו כל אחד יעמוד בשלו וס"ל לכ"ע מפסיד ולק"מ ודו"ק כי לענ"ד הוא פי' פשוט ומרווח:

ה **ולשמעון** עדית וכו' כן גי' הסמ"ע ופי' שיגבה עידית קודם הגיע ז"פ של השני אבל בבאי כאחד לגבות לא יתכן זה כמ"ש סמ"ע והש"ך דעתו להגיה בינונית במקום עידית והיינו בעת גבייה לפי דקי"ל בשלו הם שמין. ובאמת הש"ך לדרכו הולך דרז"ה הוא דמפרש קושיא לעיל למה לא הקשה לר"נ ג"כ מ"ט דחכמים ואדמון די"ל לכך לויתי

ממך כדי שאגבה בינונית שלך ואני אגבך זיבורית שלי אבל לר"ש דס"ל כל אחד עומד בשלו קשי'. וטען עליו הרמב"ן דבלא"ה היה יכול לטרוף ממנו בינונית בגביית חובו ואי דרצון למכור זיבורית שלו ילוה מאחר. ועוד אף לר' שמעון יגבה תיכף בינונית ולמכרו לאחר בדמים יקרים והוא לא ימצא אצלו ועוד אף לר"ש הא כשיש להשני עידית לחוד ולו רק זיבורית י"ל דלכך לוה שהוא יגבה תיכף מחבירו עידית וחבירו בעת גבייה לא יכול לחזור ולטרפו רק יגבהו זיבורית. אלו הם טענות הרמב"ן והרב הש"ך האריך ליישב טענת הרמב"ן וביחוד טענה אחרונה שהוא באמת קושיא גדולה דהוא יגבה עידית והשני זבורית טרח לישבו בדוחק דלזה ל"ח לכ"ע ולפי דבריו פשיטא דצריך להגיה כאן בש"ע דהא הטור וש"ע באין לשלול דעת הרז"ה כ"א כדעת הרמב"ן דל"ח לזו דאין זו טענה דבשביל כך יחזור וילוה ממנו וא"כ איך כתבו טענה דיגבה עידית מיד מה שאף הרז"ה מודה דאין זו טענה דאל"כ אף לר"ש ניחא כמ"ש הרמב"ן ולכן יותר טוב להגיה בינונית וזהו להרז"ה טענה ולא הפסיד שטרו וקמ"ל דלא כרז"ה דאף זו אינו מהטענה דבשביל כך לא שווי' נפשיה עבד לוה כ"א כרמב"ן ויפה הגיה לשיטתו:

אך באמת כל ישובו לדברי הרז"ה הם בתכלית הדוחק ואינו כדאי לדחות דברי הרמב"ן ז"ל וכל המעיין יראה כי דבריו דחוקים ובאמת קו' ראשונה שטען הרמב"ן בלא"ה יוכל לגבות בינונית בחובו לא הבנתי דאנו אמרינן דעין נתן בבינונית שלו וניחא ליה ואם לא יחזיר וילוה הימנו רק יבא לגבות בשטרו הרי המעות מצוי אצלו ויסלקו במעות ואיך אפשר לגבות קרקע ולכך מתחבל להוציא ממנו בהלואה לזמן ארוך וא"כ לעת גבייה ע"כ יגבה הקרקע ובזה אף טענה שניה דאף לר"ש יגבה בינונית וימכרן נדחה חדא אנו אומרים דעין נתן בקרקע של חבירו וחפץ בו אבל להיות גובה ומכרו ולסחור בו ממנ"פ אם הקונים מצוי' שקונים ביוקר אף הלוה ימכרו ויסלקו במעות ויטול הרווח לעצמו ואם הקונים אינם מצוים הרי יחזיקו לו לעצמו והיינו דר"נ אם בשלו או בשל עולם שמין וגם אם ימכור קרקע שגבה מה יעשה במעות וכי יפסידו ואם יהיה לו אין יוכל להגבות קרקע כיש לו מעות ולכן טענות הללו חלושות מאוד ואין מובן לו ממני ובכדי טרח הש"ך לישבם אך טענה אחרונה דביש להשני רק עידית י"ל דלוה הימנו לזמן כדי שיגבה תיכף עידית והשני רק זיבורית לזמנו טענה חזקה היא והש"ך דחק דלרמאי לא חיישינן והם דחוקים הא כל ענין הלוואתו לכך להרוויח ואיך נפסיד שטר של חבירו במקום שצועק ככרוכיא להרוויח נתכוונתי ובשביל כך לויתי הימנו וא"צ להאריך כי הדוחק מבואר ולכך נראה להיפך דס"ל להרז"ה שטענה זו חזקה דפשיטא דיוכל לומר לכך נתכוונתי ועיני היה לעידית עד דקשה מ"ט דאדמון דפשיטא דטענה מעליא הוא

וס"ל לגמרא בכה"ג לכ"ע משוויא נפשיה עבד לוה דמה נ"מ לו כיון דמעות בידו ומה נ"מ בשטרו וכמ"ש הש"ך וא"כ ליכא לאוקמי לר"ש בכה"ג דאם כן קשה מ"ט דאדמון אבל לר"נ שפיר מתוקמי דאית לזה עידית ובינונית ולזה זיבורית ולכך ס"ל לחכמים זה גובה וכו' דיוכל לטעון בשביל כך לויתי וכו' ול"ק א"כ מ"ט דאדמון דבסברא זו לא יפלגו תנאי דהא י"ל בהך אי בשל עולם שמין או בשלו שמין פליגי תנאי לחד שינוי' בב"ק ותרי ברייתות ע"ש דף ח' ועיין בנ"י ובר"ן פרק שני דייני בשמעתין הנ"ל וא"כ י"ל אדמון וחכמים פליגי בהך ולא בסברא גרידא רק אדמון ס"ל כתנא בשל עולם שמין ואם כן ליכא לי' רווחא כמ"ש הרז"ה ולכך הפסיד שטרו וח"א בשלו שמין כהלכתא ולכך זה גובה. ולק"מ לר"ן אבל לר"ש ליכא לאוקמי בכה"ג דאית להשני עידית כקושית הרמב"ן דקשה מ"ט דאדמון ותי' זה מרווח ופשוט ומיושב כל טענות הרמב"ן בהרווחה. אך עכ"ז הרמב"ן לא נח ליה בזה והבעה"ת וטור והר"ן והש"ך כתבו דדעת הרמב"ם כרז"ה מדלא חילק בין אתרא דיהבי זוזי ברישא או כתבו שטרא ברישא וז"א דהלא הרמב"ם כתב להדיא על הך דינא דא"ל אילו הייתי חייב לך וכו' דאם לשניהם עידית או לשניהם זבירית כל אחד יעמוד בשלו ולדעת הרז"ה הא הראשון מפסיד בהלוהו לאחר יומא דמשלם הזמן דל"ל דבשביל רווחא הלוהו כיון דלשניהם נכסים בשוה ואי ניחוש דלכך הלוהו דימכור או יקנה דא"כ אף לר"ש נימא כן. ופשוט דבשניהם שוים בנכסים אף לשיטת הרז"ה זו טענה איך לוה הימנו ודלא כש"ך וא"כ מבואר דלא ס"ל כרז"ה וכן מסתימת הרי"ף דלא ביאר דבשיש לשניהם זיבורית וכדומה דהפסיד שטרו ש"מ דלא ס"ל כהרז"ה ודלא כש"ך שדעתו בהרי"ף ורמב"ם דס"ל כרז"ה והיפוכו מבואר ולכך כתבו הטור והש"ע לשלול דעת רז"ה וכתבו רבותא אפי' יש לזה רק עידית והוא דבזה ודאי יכול לטעון עיני נתתי בו דלא שכיחי לקנות ואגבה אותו כמ"ש הסמ"ע ורז"ה ס"ל דטענה מעליא היא עד שס"ל א"כ מ"ט דאדמון כמ"ש וקמ"ל דלא עביד נפשיה בשביל כך עבד לוה וכדעת הרמב"ן וא"צ להגיה בספרים ודוק:

ואם הוא באתרא דכתבי וכו' דעה זו היא דעת הרמב"ן דס"ל באתרא דכתבי שטרא תחילה אפילו לאחר זמן פרעון לא הפסיד שטרו דקשה עליו לתובעו והוא נצרך למעות. וכך מתוקמא המשנה לר"נ ולכך ס"ל חכמים דשטר כשר ולא קשה היינו רישא דקמ"ל כדר"נ אבל לר"ש פריך הגמרא שפיר דהיינו רישא ומוקמינן ליה בדיהיב זוזי תחילה וביומא דמשלם זמנא. ולדיעה זו הסכימו הבעה"ת והר"ן וטור והרב הש"ך טען נגד הרמב"ן. דאיך יהיה כל המשנה נשנית בשביל הך דינא דבשלו הם שמין ס"ל למתני הך דינא דבשלו בפ"ע אבל מה קמ"ל במחלוקת אדמון וחכמים. וקושיא זו יש לדחות דודאי

דברי הרז"ה וסברתו אף דלדעת הרמב"ן אינה להלכה מ"מ יש בהם מהטעות וס"ד וא"כ קמ"ל בסיפא דה"א כדעת הרז"ה וא"כ אף אדמון מודה דלא הפסיד שטרו דיכול לומר לגבות בינונית נתכוונתי קמ"ל דלא ובזו סברא לא יחלוקו חכמים ואדמון ובהכי ג"כ מיושב דלא קשה ליתני סיפא ולא ליתני רישא דהו"א דלכך ס"ל לחכמים הואיל ואיכא ג"כ סברת הרז"ה:

אך מ"ש דרש"י לא ס"ל כסברת הרמב"ן דרש"י כתב אי בזמנו מ"ט דחכמים הרי יכול לתובעו זהו מורה דלא כפי' הרמב"ן דלרמב"ן באתרא דכתבי שטרא תחילה הא אמרינן דלא הפסיד שטרו אף דיכול לתובעו יפה כתב ובאמת לדעתי יש ברש"י כוונה אחרת ליישב כל תמיהת והוא כמעט מסכים לדיטנו של הרמב"ן והוא דצריך לומר הא דמשני כגון שהלוהו אחד לחמשה שנים ואחד לעשרה שנים ודאי המ"ל דלאחד הלוהו בלי קביעת זמן כלל לפרעון ואחד לעשרה שנים רק סתמא דמילתא במשנה דקתני שנים שהוציאו שט"ח סתם משמע דטיב א' כמו חבירו ואם אחד בקביעת זמן אף השני ולשני ע"כ קבע זמן לפרעון כמבואר בגמרא א"כ מסתמא אף לראשון בכך איירי וכ"כ מפורשים דכך צ"ל ולא קשה בשניהם ל"ל קביעת זמן דכיון דלוה השני בכלות סתם הלואה ל' יום מראשון והוא גם כן לוה סתם ויש לו ג"כ ל' יום א"כ גבייה של הראשון קודם לגביית השני דזה אינו דלוה הראשון שבא המלוה לגבות ממנו יש לו זמן בית דין שהוא שלשים יום ולוה השני אין לו זמן בית דין דהרי טוען הרי יש לך לפרוע מה שאני משלם לך ואם כן זמן שניהם שוים וזהו פשוט וא"כ א"ש דלקמן בסי' ק' ס"ב מבואר דעת ר"ת דהקובע זמן אין נותנים לו בעת פרעון זמן ב"ד. וא"כ לר"נ לא קשה אי לאחר זמנו מ"ט דרבנן ופירש"י הא יכול לתובעו מה בכך דיכול לתובעו אם כן יתנו לו ב"ד זמן שלשים יום והוא נצרך למעות וא"א להמתין וע"כ צריך להלוות ואין כאן קושיא כלל. ולא קשה תינח אם לא נקבע בשטרות זמן אבל בהוקבע הא אין נותנים זמן והו"ל לתובעו די"ל הא אעפ"י דסתמא קתני במשנה שני' שהוציאו שט"ח איירי בסתם שטרות דאין בו קביעת זמן לפרעון ולק"מ אבל לר"ש דקשיא ליה מהא דקתני זה גובה וכו' וצריך לומר דמיירי להשני הוקבע והוגבל בשטר זמן פרעון לה' שנים א"כ מסתמא גם לראשון הוקבע זמן כהנ"ל ועוד איך קתני סתמא במשנה דל"ל כמ"ש דמיירי בסתם שטרות דלית ביה זמן דהא ע"כ לא כן הוא דהא שני איירי ביש בו זמן וזהו ברור וא"כ דאיירי אפי' ביש בו זמן שפיר קשה מ"ט דחכמים וכפירש"י דה"ל לתובעו ולא שייך דחושש לזמן ב"ד דהא אין לו זמן ב"ד וא"ש והוא פי' מרווח למאוד. וזהו באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי אבל להיפוך לא שייך דיש לו זמן ב"ד דכיון דהיה לו מעות שלו בידו תו לא ה"ל ליכתוב

שטר ומה זמן ב"ד יבקש כיון שהמלוה כבר תפס המעות בידו ובזה יש ליישב דברי הר"ן שהקשה דהו"ל לגמרא לשנויא אליבא דר"ש דקתני זה גובה וזה גובה ביתומים קטנים דהם גובים ממנו מיד והוא צריך להמתין בגבייה עד שיגדילו. ולכאורה אינו מובן לקושייתו דהיינו הך תירוץ הגמרא שהלוהו לעשר שנים וצריך להמתין עד כלות הזמן מ"ש דפי' של זה גובה דצריך להמתין עד כלות הזמן או דפי' דצריך להמתין עד שיגדילו ומה ארווח לן בהך תי' היא היא. ולפמ"ש ניחא דא"כ אף לר"ש י"ל כמו לר"ן דסתמא דשערות השנויום במשנה איירי בלי הגבלת זמן לפרעון וא"כ מתיירא לתובעו שיתנו לו זמן ב"ד והא דקתני זה גובה וזה גובה היינו שבין כך מת אחד ויתומים קטנים וצריך להמתין והם גובים לאלתר וא"ש וקושיא גדולה שאל. ובאמת תירוץ זה היה מרווח ברמב"ם דהשמיט הך דינא דאתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרי והלוהו לאחר זמן פרעון דהפסיד שטרו וכתב המ"מ לפי שלעולם הוא דרך בהלואה כתיבת השטר קודם דיהיב זוזי וזהו לשיטת הרמב"ן דוחק דהא לרב ששת אוקימנא המשנה בכך אע"פ דסתמא קתני דאיירי באתרא דיהיב זוזי והדר כתבי ואיך נחליט הפוכו דלעולם מקדמי שטרא אבל לפמ"ש לכאורה ניחא דאף לר"ש איירי באתרא דמקדמי שטר רק מ"מ היה לו לתובעו כפירש"י. אלא דעדיין יקשה דהו"ל לרמב"ם להזכיר אם הוקבע זמן פרעון בשער והלוה איחר ז"פ דהפסיד שטרו כהנ"ל. ולכן יותר נראה כי ודאי בשטרי הלואה רובם ככולם כתבי שטרי והדר יזפי או עכ"פ נעשה בפ"א דבשלמא במכר המוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי וגם המוכר יאמן ללוקח מה חזית דאת מהימנת טפי דלמא אני אבל בהלואה טרם השטר ליכא שיעבודא ועבד לוה וכו' ודאי דמקדמי לכתוב שטר אך הא דס"ל לאדמון הו"ל למסור מודעה גבי מכר אי נימא סברא זו ג"כ בשטר הלואה יש לומר בשלמא במכר מוסר מודעה כי לא נעשה מכירה כלל בשדהו רק כדי להוציא מעות אבל בזו הלואה אמת ואי שעבוד נכסים שעשה שטר וימסור מודעה שלא שעבד כלל רק להוציא המעות תינח לר"ן נשתעבדו נכסיו אבל לר"ש כל אחד עומד בשלו א"כ לא נשתעבדו נכסיו כלל דאין לו לגבות מנכסיו כלל אם ירצה וכשיבוא לטרוף יכול לומר הרי שטרך גבה משלך וא"כ מה מסירת מודעה שייך כאן ועיין מש"ל ס"ק ד' בשם ירושלמי ע"ש. וא"כ י"ל דס"ל לגמרא דבהך סברא מ"ש רש"י במטו זימנא דיכול לתובעו לא יחלקו אדמון וחכמים ואם כן לר"נ י"ל לכך לחכמים לא הפסיד שטרו דלא אמרינן יכול לתובעו כמ"ש הרמב"ן ואי קשה מ"ט דאדמון י"ל כהנ"ל במשנה שלפני' דס"ל למסור מודעה משא"כ לר"ש דלא שייך הו"ל למסור מודעה ואי ס"ד דלא אמרינן ה"ל לתובעו מ"ט דאדמון דבהא לא יחלוקו ואם כן דאמרינן הו"ל לתובעו כמ"ש לרש"י אם

כן בממ"נ אי בזמנו וכו' ומשני ביומא וכו' וזהו הכל לר"ש אבל לרב נחמן אמרינן דלא אמרינן הו"ל לתובעו ופליגי בהנ"ל וא"ש ואין כאן סתירה מן רש"י כי רש"י כתבו לר' ששת אבל לא לר"נ וא"ש ודוק ובחדושי אמרתי פנים רבות ליישב קושי' זו לר"ן ולהיותם רובם דרך פלפול ארוך רחוק ממרכז נתיב הפוסקים מנעתי לכתבן פה ועיין בס"ק אח"ז מ"ש בזה:

ז **וביום** שנשלמו הה' שנים כתב הסמ"ע והפרישה דאע"ג דאמרינן לעיל דעביד אינש דפרע ביומא דמשלם זימנא מ"מ א"י לכופו ואני תמה דהא מיירי הכל בדיהיב זוזי ואחר כך כתבו שטרא א"כ ביום דמשלם וכי ס"ד אם תפס בבקר אור דיכול הלוה להוציא מידו הלא היום סוף הזמן לפרעון ובסוף הזמן חייב לפרוע וכי מלוה דתפס בתחילת היום יתחייב להחזירו ללוה עד סוף היום דבר זה אינו ואם כן מה לו להיות עבד לוה כשיהיב זוזי יאמר הנני מחזיקו לפרעון כי היום סוף הזמן. ומי מכריחו לעשות שטר. ולכן היה נראה ביום שנשלם הה' שנים כוונה ליום שקודם דמשלם זמנא עביד אינש דפרע כי אז בסוף היום חל חיוב פרעון רק מיירי מיום מקדם ואז אין חיוב כלל אפילו בסוף היום לפרוע ואז לא יכול לתפוס כלל ואי תפיס מפיק לוה מיניה וא"ש, ומזה עשיתי סמוכים לפי' הרמב"ן דלר"ש המשנה באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי דיש להבין מה דוחקא לר"נ אליבא דר"ש דהלואה ראשונה הי' לחמש שנים נימא דהיה סתם הלואה ובמשלם זמנו לוה המלוה מלוה ואם כן זה גובה תיכף וזה גובה בסוף היום שקבע ומה צורך לראשון לומר דהיה לחמשה שנים כיון דהלואה שני' היה במשלם זמנו יהיה הראשונה באיזה אופן שיהיה אך לפמש"ל סי' ס"ז בתומים ס"ק ט"ז בהוכחה דהא דאמרינן סתם הלואה שלשים יום היינו שאין יכול הלוה לתובעו אבל אי תפס לא מפקינן מיני' ולפ"ז ל"ל דמיירי דהיה סתם הלואה דיקשה מ"ט דחכמים ואי דהיה ביומא דמשלם מה בכך הא יהיב זוזי תחילה והו"ל לתפסו בחובו דאי תפיס לא מפקינן ומה לו לעשות שטר ועכצ"ל דהיה לזמן מוגבל לה' שנים וכדומה ואם כן אם יתפוס קודם כלות הזמן לגמרי מפקינן ולכך הוצרך לעשות שטר ליו"ד שנים כנ"ל וא"ש וזהו הכל לשיטת הרמב"ן דלר"ש א"א לאוקמי רק בדיהיב זוזי קודם משא"כ אי אמרינן אף לר"ש מיירי בכתבי שטרא תחילה דהו"ל לתובעו כמ"ש הש"ך אם כן קושי' במקומו דהו"ל לאוקמי בסתם הלואה ומי מכריחו דקבעו זמן לה' שנים ודוק:

ח **לעשר** שני' וכו' כתב הסמ"ע בס"ק ט"ו הא דכתבו הטור והמחבר לרבותא דאפילו לא רצה להלות לו כי אם על זמן ארוך עשר שנים והו"א בשביל יום אחד לא ישעבד עצמו ויהיה עבד לוה וכו' משך זמן רב כזה קמ"ל דמ"מ יוכל לטעון דמוכרח הייתי

לעשות כן דהייתי צריך למעות יום ההוא והוא לא ביקש להלווני כי אם לזמן ארוך כזה עכ"ל בשינוי קצת הלשון וכ"כ בפרישה. ויש להבין דהא קיי"ל לעיל סי' ע"ד דהזמן הוא לטובת הלוה ואם ירצה הלוה לשלם תוך זמן מחויב המלוה לקבלו ואם כן מה זה"מ ללוה אי שויא נפשיה עבד ליום אחד או לעשרה שני' הלא אם ירצה יכול לפרעו ואם לאו הרי זו לטובתו שאין חיוב עליו לפרוע ואין יכולת ביד המלוה לנגושו. וגם מה שכתב דהמלוה הכריחו ולא הלוהו בפחות מה נ"מ למלוה בזה הא אף דמאריך הזמן הא מ"מ יכול הלוה לפרוע תוך זמן ואינו אלא לטובת הלוה וצריך לומר דכאן מיירי דהלוהו ליו"ד שנים והתנה שלא יהיה רשות ביד לוה לפורעו תוך זמן וכך מפרש ליה הטור בגמרא במה דקאמר ר"נ אליבא דר"ש דהלוהו לחמש ועשרה שני' כך פי' שאין רשות ביד הלוה לפרוע קודם זמן ועיין שם בשמעתא הנ"ל ברש"י ד"ה בהא וכו' משמע ג"כ דהך זמן הוא לטובת המלוה וניחא ליה באריכות הזמן וצ"ל דתנאי היה כנ"ל ומה שהכריח לטור לפרש בגמרא כך נראה דקשיא ליה לפמש"ל ולקמן בסי' ק' דקובע זמן בשטר אין נותנים לו זמן ב"ד א"כ מה צורך לר"נ לומר שראשון היה לחמשה שנים והלואה שניה ליו"ד שנים לימא דהלואה שניה היה סתם בלי הגבלת זמן כלל ומ"מ זמנה שלשים יום ואולם הלואה ראשונה כבר נשלם זמנה בעת הלואה שניה כמבואר בגמרא וזמן ב"ד ל"ל וא"כ פשיטא דזה גובה וזה גובה דגבי' ראשונה קודמת לגבייה שניה בזמן (ועיין מש"ל בס"ק וי"ו ישוב לזה) ולכך ס"ל לטור דר"נ דבא לפרש מילתא דר"ש דזה גובה וזה גובה דקתני במשנה היינו דזמנו של גבייה זו קודם לגבייה אחרת ועדיין קשה מה קמ"ל בזה המשנה הלא כל ענין המשנה להודיע אם הראשון זוכה בשטרו או לא הול"ל סתם וח"א גובה שטרו וכי לא ידעינן אם גבייתו מוקדם בזמן שקודם לגבות מהשני בשלמא לר"נ קמ"ל בשלו הם שמין אלא לר"ש מה קמ"ל כלל בזה ולכך מפרש ר"נ דזה לחמש וזה לעשר פי' דא"י לפרוע תוך זמן ושויא נפשיה עבד לוה למשך זמן זה וכך פי' זה גובה וזה גובה לזמן המוגבל ואפי' אם ירצה להגבות קודם המלוה מעכב וא"כ טובא קמ"ל אפילו באופן הזה מ"מ ס"ל לחכמים דגובה שטרו ולא אמרינן בשביל חד יומא לא משויא נפשיה עבד לוה לזמן ארוך וכמ"ש בסמ"ע דהוא רבותא גדולה וכן הוא במשנה ומעתה הוצרך לומר דקבע זמן דבסתם הלואה אין הלוה מוכרח ויכול לפרוע כל רגע וקשה כנ"ל מה קמ"ל המשנה בזה גובה וא"ש. ועפ"ז מצאתי תי' מרווח להרי"ף ורמב"ם שסתמו ופסקו דזה גובה וזה גובה ולא כתבו שום חילוק בין אתר לאתר או אם לוה בזמנו או לאחר זמנו די"ל תי' אחר דכבר כתבתי לעיל סי' מ"ג דמאוחר אמאי כשר הא יש לחוש כמו כאן שראובן לוה משמעון תוך זמן הנזכר בשטרו ולכך לא הפסיד שטרו ואולם עדי' אחרו

השטר ולפי זה זמן הלואה מאוחר לזמן פרעון שטרו על שמעון וא"כ נפסל שטרו של ראובן שלא כדת. ושם כתבתי דבאמת אי טען כן נאמן רק דמיירי דמודה דלוה מאוחר לזמן פרעון של שטרו אך י"ל הא יש לו מגו דהיה טוען מאוחר והיה נאמן כשאומר שאמת שלאחר זמן פרעון שטרו לוה ומ"מ שטרו אמת יהיה נאמן ואינו מיגו להוציא דהוי במקום שטר וצ"ל הואיל וחזקה דאינו נעשה עבד לוה וכו' כשיש סיפק בידו לגבות שטרו א"כ הוי מגו במקום חזקה. אך לפ"ז י"ל דלעולם המשנה איירי דלוה לאחר זמנו ולא קשה מ"ט דחכמים דחכמים ס"ל דלא הוי חזקה אלימתא ואמרינן מגו במקום חזקה ואדמון ס"ל דהוי חזקה אלימתא ולא מהני מגו ועיין כתובות דף י"ט תו' ד"ה חזקה כו' דכתבו דר"מ ורבנן פליגי בהך אי אמרינן מגו במקום חזקה וא"כ י"ל אדמון ורבנן פליגי בהאי אך לר"ש דצ"ל דשטר השני הוא לעשר שנים והיינו כמ"ש דמוכרח ההלוה מבלי לשלם תוך יו"ד שנים וא"כ בשטר כזה ודאי מאוחר פסול דהא אם יתאחר הזמן יתחייב הלו' להחזיק יותר זמן ארוך המעות וא"א לשלם דרך משל לוה בניסן א"כ ניסן שנת י"א רשאי לפרוע והם יאחרו עד תשרי א"כ כלו יו"ד שנים בתשרי שלאחריו ופשיטא דהוי ריעותא ללו' ופסול וא"כ חזקה דעדי' עושים כהוגן ולא אחרו וקשה שפיר בגמרא מ"ט דרבנן דל"ל דנאמן במגו דמאוחר דהא עדי' אין רשאי' לכתוב מאוחר וא"ש ולפ"ז לדידן לר"נ לעולם אפילו אחר זמנו גובה שטרו דיש לו מגו דמאוחר ולכך סתמו הרי"ף ורמב"ם ודו"ק:

ט **ומכר** אחד מהם וכו' בבעה"ת שער ל"ד ריש ח"ב כתב בשם קצת רבוותא דאם מכר השט"ח לאחר שכבר לוה מהשני א"כ כבר היה קול ששטר זה פרוע ולא מחסר שמעון מיניה דראובן אלא חזרת שטר לבד שהרי כבר היה חייב לשמעון כנגד אותו חוב אשתכח דכי זבין שטרא פרוע זבין והלוקח אפסיד אנפשי' ולא יגבה כלל משמעון והבע"ת טען עליהם דאף על גב דאמרינן כל אחד עומד בשלו לאו למימרא דיהיה פרוע אלא שאין ב"ד נזקקין וכו' וצריך לימוד הנך רבוותא דמחזיקין ליה בחזקת פרוע הואיל וכל אחד עומד בשלו א"כ מה קאמר רמב"ח אליבא דרב ששת ביתמי עסקינן דיתומים גובים והמלו' חי אין גובה מיתומים דהא תיכף כשלוה השני א"כ נעשו שטרות פרועין ולא מחסר רק חזרת שטר ואי לקחן לוקח הפסיד דשטר פרוע הוא וא"כ איך אפשר לגבות ממנו הא שטרא פרוע ונפקע תיכף כשלוה אבוהן דיתמי ממנו ותמהני מג"ת שלא הרגיש בקושיא זו ומה שנ"ל בסברתם הוא מה שכתבו המחברים דלכך מוכר שט"ח יכול למחול דשני שעבודין יש שעבוד הגוף ושעבוד נכסים ושעבוד הגוף אין נמכר רק שעבוד נכסים. וכאן דאמרו זה עומד בשלו וזה עומד בשלו א"כ לא נשתעבדו נכסים כלל דהא כל א'

עומד בשלו אבל מ"מ שעבוד הגוף ע"כ יש דהא אמרינן לאדמון דלא משויה נפשי' עבד לוה וכו' ואי ליכא כלל שעבוד הגוף כשהם חייבין זה לזה א"כ מה עבד לוה דמשוויא נפשו ועכצ"ל דשעבוד הגוף חל דהא לוה רק שעבוד נכסים ליכא ולית כאן נכסי דבר נש אינון ערבים דהא כל אחד עומד בשלו וא"כ בשלמא יתומים גובי' ממנו דגופו נשתעבד לאביהן ומכים אותו עד שיצא נפשו לפרוע אבל בלוקח שטר שעבוד גוף מהלוה לא קנה כנ"ל רק שעבוד נכסים ושעבוד נכסים לא הוה כלל דכל אחד עומד בשלו וא"ש. ובזה מצאתי תי' מרווח להרי"ף ורמב"ם דפסקו סתמא דכל א' גובה ולא חלקו כלל בין הלוהו בתוך זמנו או לאחר זמנו או יהיב זוזי ברישא או כתבו שטרא ברישא דס"ל הא דהכריע הרמב"ן דלא כהנך רבוותא היינו משום דקי"ל כר"ן דיש במציאות זה גובה וזה גובה א"כ מתחילה בעת כתיבת השטר לא נכתב לשם שובר ושיהיה פקע שעבודו אולי יזדמן לזה בינונית ועידית ולזה זיבורית ויהיה בכלל גבי' א"כ מתחילה נכתב לכל אחד תוקף שטר (והטור כתב להדיא בטעם דלכך אין מקום לסברת רבוותא וז"ל תדע שאם אח"כ קנה זה עידית כל אחד גובה אעפ"י שבעת הלואה היו שוים בנכסיהם) משא"כ לר"ש דס"ל מעולם כל א' עומד בשלו ואינו במציאות שיהיה זה גובה וזה גובה פשיטא דפקע שעבודו של נכסים כדעת רבוותא הנ"ל ועיי' ירושלמי וכמש"ל ס"ק ד' מבואר דלר"ש אמרינן כן דה"ל שובר בעלמא ע"ש ומזה ירושלמי נראה היה להנך רבוותא קצת ראי' וחילי' דילהון הוא מתמן. וא"כ ל"ק אי לאחר זמנו מ"ט דרבנן די"ל בתחבול' לוה מהשני כי חייב לאחרים ולוה מהשני ואח"כ יבא ב"ח המוקדם להשני ויגבה מהשני כי משתעבד מדר"נ ואי יטעון השני הראשון חייב לי הרי הוא מאוחר לב"ח שלו ויצא בפח נפש ובכמה דוכתא חששו חז"ל לקנוניא ע"כ מה קושי' כיצד לוה הימנו אז היה בדעתו להפקיע לשני שיצא נקי ואם עכשיו בעת גבי' לא בא ב"ח אין כאן ראי' שמא נתעשר ושמא נתחרט והזמן נותן לשינוי מקרים אבל אז י"ל כך היה בדעתו בתחבול' ולכך לוה הימנו ומהכ"ת לפסול שטר אם יש כאן אמתל' לקיימו ולא קשה מ"ט דאדמון דתינח אם בשלו הם שמי' א"כ לא הוי כמו פרוע דכל אחד גובה כנ"ל ולכך באים ב"ח מוקדמי' וגובי' משא"כ אדמון י"ל דס"ל בשל עולם הם שמין כהך ברייתא בב"ק וכמ"ש לעיל בכוונת הרז"ה. וא"כ לעולם כל א' עומד בשלו והוה כמו שובר ואין ב"ח יכולים לגבות מהשני כלל וליכא קנוניא דהוי כמו נפרע ולא שייך דר"ן כיון דכבר נפרע ומכ"ש להאומרי' דמצי למחול גם בדר"ן וליכא רק שעבוד נכסים ולק"מ. אך זהו לר"ן אבל ר"ש סבירא לי' אף חכמים אומרים בשל עולם הם שמין וא"כ קשה בממ"נ אי הוה כשובר מ"ט דחכמי' ואי לא הוה מ"ט דאדמון ולכך הוצרך הגמ' לשנוי' שינויא אחריתא אבל

לר"ן שפיר י"ל כהנ"ל דזה טעמו של חכמים ואדמון והלכה כחכמים ולכך פסקו דלעולם גובה שטרו מבלי הבדל כלל ודוק:

י וחוזר וגובה ממנו כו' הסמ"ע וש"ך נחלקו בסעיף זה בשני דיני' שהם שרשים גדולי' בד"מ ולפיכך חובה לחקור היטב בש"ס ופוסקים לדעת טיב הדברים על בורי' והנכון עם מי ולמען בלתי בלבל דעת המעיין בשני לוים זה מזה אכתוב אותו באופן אחר ואם כי לדינא היא היא כשני לוים זה מזה מבלי הבדל. והא לך יעקב שהלוה לראובן וראובן הלוה לשמעון וראובן מכר שטרו על שמעון ליהודא וגבה יהודא חובו משמעון ובא יעקב לטרוף מה שגבה בטענה כי ראובן חייב לו ויהודא גבה שעבודו. אם גבה יהודא משמעון קרקע דעת הסמ"ע אם הלואת ראובן לשמעון היה טרם שלוה מיעקב וא"כ בשעה שלוה מיעקב נכנס בכלל השעבוד אף חובו על שמעון הרי יעקב טורף מיהודא אפי' לא כתב ראובן ליעקב דאקני. אבל אם הלוא' ראובן לשמעון היה אחר שלוה ראובן מיעקב אזי אין יעקב טורף מיהודה הקרקע שגבה משמעון אם לא שכתב ראובן ליעקב דאקני. כך דעת הסמ"ע והש"ך חולק וס"ל בכל גווני א"צ לדאקני וטורף מיהודה כי שמעון נשתעבד ליעקב מדר' נתן. ואם גבה יהודה משמעון מטלטלין דעת הסמ"ע אם כתב ראובן ליעקב מטלטלין אגב קרקע הרי זה טורף מיהודה אף דלא כתב שמעון לראובן ודעת הש"ך להיפוך דכתיבת ראובן ליעקב מא"ק אינו מעלה ומוריד כלל רק הכל תלוי אם כתב שמעון לראובן מא"ק אזי גובה יעקב מיהודה ואם לאו אינו טורף זהו שורש מחלוקתם ונאמרה ונשנה לקמן בסימן קי"א ע"ש:

והנה שרש הדברים אשר אדני הש"ך הוטבעו הוא דברי התו' בפסחים פ"ב דפריך הגמרא לרבא דס"ל ב"ח מכאן ולהבא גובה הא דאר"נ יתומים שגבו קרקע בחוב אביהן ב"ח אביהם חוזר וגובה מהן מ"ט יאמרו יתמי מטלטלי שביק לן אבוהן ואנן דזבינין ולא משתעבדי ומתרץ הגמרא משום דמשתעבד מדר"נ וכו' והקשה התו' א"כ אם גבה מטלטלין נמי נימא הא אשתעבדו מדר' נתן ותי' דוקא קרקע דבת שעבוד היא כשהקרקע זו משועבדת לראובן חשבינן ליה כאלו היא בידו דהא אם מכרה או משכנה חוזר ראובן וגובה אותה ולכך משועבדת נמי לב"ח אבל מטלטלין אין להחשיבם כאלו הם ביד ראובן כיון שאלו מכרו או משכנו אין גובה מהם עכ"ל. וע"ז תמך הש"ך יסודתו בהררי קודש וס"ל דהכל תלוי אם יכול למוכרו או למשכנו אי לא ולפ"ז אם לוה אחרון שיעבד מא"ק הא אין בידו למכרן או למשכנן דמלוה שלו טורפן שוים מטלטלין וקרקעות. ואם גבו יתומים ב"ח גובה וה"ה אם מכרן המלוה מלוה שלו גובה כמו מן קרקע. ודברים אלו אין להם שרש וקיום באמת מכמה טעמים וראיות ברורות. ראשון מדברי התוס' דיש

להבין אם כוונת התו' כמ"ש הש"ך דהכל תלוי אם הלוה אחרון יכול למוכרן או לא מה צורך לתו' לומר בתי' דהוי כאלו הם ביד מלוה השני כמ"ש להדיא דחשבינן כאלו היא ביד ראובן ולכך משועבדת לב"ח שלו ועיין במהרש"א דפי' להדיא דהתו' בתירוצם חדשו דלא אמרינן דהוי כאלו הלוה השני חייב למלוה ראשון להדיא רק כאלו הקרקע המשועבד למלוה שני הוא בהחלט ביד מלוה השני וכן מורה ל' תו' וקשה מה צורך לזה נימא דהאמת כס"ד דתוס' בקושיתם דהוי כאלו לוה השני חייב להדיא למלוה ראשון רק ה"מ בקרקע דבת שעבוד היא דא"י להבריח אבל במטלטלין דיכול להבריח לא וביותר ק' למה לי' לתו' לחלק בין דבר שיכול למוכרה או לא ל"ל כל זה כיון דתי' דהוי רק כאלו היא ביד המלוה האחרון וכמ"ש מהרש"א א"כ בשלמא קרקע אלו הניח מלוה אחרון קרקע וכי אין מלוה שלו טורפו משא"כ מטלטלין מה בכך דהם כאלו הם ביד מלוה האחרון הא הוי מטלטלי דיתמי וכי יכול ב"ח שלו לגבות הא מטלטלי דיתמי לא משתעבד והמעיין היטיב במהרש"א יראה דדעתו דבאמת נתכוונו התו' לדבריו וצריך תלמוד ל"ל החילוק בין דבר שיכול להבריח או לא. ודברי התו' בעצמותן קשים להולמן למאוד. ועוד ק' לדעת הש"ך דס"ל דתלי הכל אם הלוה כ' למלוה שני מא"ק ש"מ דס"ל דמלוה השני הוא שלוחו של ראשון וה"ל כאלו נכתב מלוה השני למלוה הראשון מא"ק א"כ הא דתנן כתובות דפ"ב מי שהיה נושה באחיו ומת לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי וכו' ואמרינן עלה זו אינה משנה דלית לן תרי חומרי בכתובה ר"מ דס"ל מטלטלין משתעבדי לכתובה ור"ן דאמר מוציאין מזה לזה וכו' וקשה למה דחה הברייתא מהלכה נימא דאיירי דהיבם כתב לאחיו מא"ק וא"כ אף האשה גובה ממנו כמו לש"ך גובה מטלטלין דיתמי דלאו משתעבדי וה"ה לאשה בכתובה. ועיין מ"ש עוד ראיה נגד הש"ך רק מקדם נדבר בהבנת דברי התו' כי צ"ע דנראה דהם רוכביה אתרי רכשי. ועלה מתחילה ברוחי ליישבו בדוחק והוא אף דכתבו התו' דחשבינן כאלו היא בידו אין הכוונה בידו ממש דהא מחוסר גובייא רק הכוונה דהוי כגבה והפקידה ביד הלוה האחרון הזה וא"כ הרי מטלטלין אלו סוף כל סוף אין ביד מלוה אחרון רק ביד אחר ולפ"ז מיושבת הך קושי' דל"ל לתו' לחלק בין דבר שיש בו הברחה או לא ולא תי' בפשוט במטלטלין מה בכך דהוי כגבוי הרי הם מטלטלין דיתמי דלפמ"ש הרי הם כגבוי וחזר והפקידן ביד אחר ואינם ברשות יתומים והתו' ס"ל בכתובות ופ' י"נ דמטלטלין שהם ביד אחר אף ר"ע מודה דאין בכלל מטלטלין דיתמי לא משתעבדי רק טעמא דר"ע דצריך שבועה ע"ש וביש לו נאמנות גובה באמת. וא"כ אף כאן ה"ל למלוה הראשון לגבות מיד הלוה אחרון ולכך הוצרך התו' לחלק דגבי מטלטלין לא שייך כגבוי הואיל ויש בהן הברחה וא"ש. ומיושב ג"כ הנ"ל דלא מוקי להך

ברייתא דמי שהיה נושה בשיעבד לו מא"ק דמה בכך יהיה נדון כגבוי הא ה"ל מטלטלין דיתמי כהנ"ל ול"ל דה"ל כמופקדין ביד אחר דתינח אם הלוה הוא איש אחר אבל כאן הלוה הוא היורש ולא שייך ביה מופקדין ביד אחר וכמ"ש התו' להדיא שם בד"ה לא אשכחן. ואם היה פי' זה נכון גם בזה נסתר דינו של הש"ך לא מיבעיא בלוקח שלקח ממלוה אחרון דאין רשות ביד מלוה ראשון לטורפו דכיון דל"ל מא"ק דהא לא הוי רק כגבוי ביד מלוה שני ואף הוא מכרן ומה נ"מ אם הם ברשותו או מופקדין ביד אחר לגבי לוקח. אף גם אפי' לגבי יתומים לא קאי לדינא דהתו' לשיטתן דס"ל לר"ע אם יש לב"ח נאמנות גובה ממה שביד אחר וצ"ל דמופקדים לא קרוי מטלטלין דיתמי אבל לפי דקי"ל דלא כתו' ואפילו פטרו משבועה אין לב"ח כלום וצ"ל משום דהוי מטלטלי דיתמי א"כ אין לב"ח הראשון זכות במטלטלין אף דהוי כגבוי ביד מלוה שני והפקידן ולא פלטי' עדיין מן מטלטלין דיתמי. אך גוף התי' הנ"ל לא נראה דמלבד דסברא דחוק אף גם דעדיין ק' מי דוחק' לומר דהוי כגבוי ביד מלוה השני ולא הניחו הענין כס"ד בקושי' דלוה אחרון נתחייב להדיא למלוה ראשון רק ה"מ בקרקע אבל לא מטלטלין והעיקר קושי' הא מה שיש לי דא"כ במקום דלא שייך אפשר להבריחן למוכרן כגון מא"ק מלוה ראשון גובה א"כ הא דתנן ביש לו פקדון ביד אחר ר"ע אומר יתן ליורשים מה מהני נתינה זו יבא ב"ח ויטרוף כמו אלו גבו קרקע דהא הנפקד משועבד מדר"ן דגם בפקדון שייך מדר"נ כמבואר בפ' שור שנגח ד' וה' וכמ"ש הרשב"א להדיא בחדושיו בפ"ק דקדושין ע"ש. ואי יכול להבריח בפקדון האיך אפשר למכור את של חבירו ואטו ברשיעי עסקינן והמפקיד גובה שלו בכל מקום זולת תקנת שוק אבל מ"מ איך ס"ד למכור פקדון של חבירו וכי לא אלים פקדון מא"ק. והרי הם שלו ואי אקדיש או זבין חל בהו כי הם ברשות המפקיד לגמרי. וזהו תיובתא לדינו של ש"ך דס"ל במא"ק להשני הראשון גובה ופקדון של השני ביד אחר אין המלוה גובה וכי לא אלים פקדון מן מא"ק. ולכן נראה ברור כי התו' הוצרכו לשני סברות ביחד ולצרפם דשם אמרי' וכן בשילהי כתובות בראובן שהלוה לשמעון ושמעון לראובן ומת ראובן אם אין לשמעון להגבות רק מטלטלין גובים יתמי ראובן ושמעון מפסיד וק' לימא שמעון מטלטלין שלי שאתם רוצים לגבות והם משועבדים לאביכם משועבדים לי מדר"נ כי אביכם חייב לי ואי דהוי כגבוי ביד ראובן וא"כ נעשי' מטלטלין אצל בניו תינח אם הם ביד אחר אבל כשהם ביד שמעון וה"ל כגבוי ביד ראובן הלא ה"ל לשמעון תפיסה מחיים דתופס מטלטלין של ב"ח ומהני לכ"ע וברור דשמעון החזיק בחיים שלו לתפיסה כיון שראובן חייב לו נגד מה שהוא חייב לראובן (ועיין ט"ז והגהת חכם צבי בס"ו בזה) ולכך הוצרכו התו' לתרץ דמטלטלין לא חל עליהם שעבודא

ואינם כגבוי ביד ראובן וא"כ דמחוסר גובייגא לא שייך תפיסה דמה יתפוס כיון דלא חל עליהם מדר"נ כלל ומטלטלין שלו שנשתעבדו לראובן לא חל שעבודו דר"נ עליו וא"ש וא"כ הוצרכו התו' לשני סברות דהא דתי' דלא הוי רק כגבוי ביד מלוה ולא אמרי' דתיכף נשתעבד הלוה השני למלוה הראשון להדיא הוא ליישב הקושי' מפקדון דשנוי במשנה דאינו גובה דשם לא שייך דיכול להבריח כנ"ל ולכך תי' דלא הוי רק כגבוי ביד השני וא"כ במותו נעשה מטלטלין אצל בניו ובהך תי' לחוד לא היה מספיק דהוי קשה כמ"ש בשני' שלוו זה מזה הא הוי תפס ולא מהני דנעשה מטלטלין וכו' ולכך תי' במטלטלין לא שייך דר"נ דיכול להבריחן וכו' וא"ש השני סברות ביחד מיצרך צריכים ודברים האלה הם פשוטים וישרים וצדיקים:

והעולה מזה דודאי אם כתב לוה האחרון למלוה השני מא"ק מ"מ אין למלוה ראשון זכות במטלטלין הנגבים מן לוה האחרון לגבי יתומים (מדינא דגמרא) דהא לא הוי רק כגבוי ביד מלוה השני והרי הן נעשי' מטלטלין אצל בניו ומכ"ש אצל לוקח שלקח השטר ממלוה השני וגבה מן לוה מטלטלין דה"ל כקנאום מן מלוה השני ומה זכות יש מלוה למלוה הראשון בו דהא לא אמרינן דלוה שני נשתעבד למלוה הראשון להדיא ובזה אין ספק ומחלוקת כלל כמ"ש בראי' רבות ועוד נברר בראיה אבל אם נכתב למלוה הראשון מא"ק והלוה האחרון לא כתב למלוה שלו מא"ק בזו נראה מדברי התוס' הנ"ל דלא מהני דמה בכך דאילו הוי כגבוי דאין נעשה מטלטלין אצל בניו הואיל ויש לראשון שעבוד מא"ק מ"מ הרי השני יכול להבריחן דהא לא כתב למלוה שלו מא"ק ולא משתעבדי כלל מדר"נ וזהו דלא כסמ"ע דס"ל דאם יש לראשון מא"ק דטורף במטלטלין. וכ"כ הרשב"א בחדושיו בקונטרס אחרון סוף קידושין דאם כתב בפי' מטלטלין גובה מטלטלין דיתמי ומ"מ אינו גובה מהלואת אביהן משום דלא משתעבדי כלל אפי' שיעבד בפי'. וזהו מבואר דלא כסמ"ע דאם מהני מא"ק לטרוף מלקוחות איך לא יהני לטרוף מיתומים. ודברים אלו מבוארים ביותר ביאור בתו' בכורות דף נ"ב ד"ה ולא בראוי דכתבו דעכשיו דהיו גאונים מתקנים לגבות מטלטלין דיתמי א"כ ממלוה אפילו גבו יתומים מעות דכיון דעשו מטלטלין כקרקע א"כ משתעבדי מדר"ן דכמו שאמרו בקרקע שגבו דה"ל כאלו גב' אבוהן מחיים וה"ה למטלטלין לתקנת הגאונים. והדר כתבו לבסוף דיש לחלק בין מטלטלין לגבו קרקע דאלי' שעבוד קרקע לענין טריפת לקוחות משא"כ מטלטלין עכ"ל. והוא הדבר שכתבנו דבשלמא קרקע דבת שעבוד הוא חל שעבודא משא"כ מטלטלין והיינו מכוון לתי' התו' שכתבו בפסחים כנ"ל. דס"ל לתו' שני סברות בצירוף. וא"כ אף דינו של הסמ"ע ליתא ובעינן דכל שני מלוים יהיה להם מא"ק ולשיט' זו צריך לומר הא

דאר"ע במלוה ופקדון שיש ביד אחרים ינתן ליורשים שא"צ שבועה משמע הא בנאמנות גובה ב"ח למה דאף דלא שייך ביה מטלטלין דיתמי מ"מ הא לא שייך ביה דר"נ דהרי יכול להבריחן וא"כ לימא לאו בעל דברים דידי וגם יהיה ראוי כיון דלא שייך בי' דר"נ. או דס"ל כמ"ש התו' שם בבכורות הנ"ל דאפילו לרבנן דפליגי אדר"נ מודים בהך דינא הואיל ולא בא ליד יתומים מעולם או דס"ל כדעת רוב מחברים דבאמת לר"ע אפילו בנאמנות אינו גובה דהכל לעולם ליורשים ועיין רשב"א בחדושיו לקדושין. ומהא דמוקמינן הך ברייתא מי שהיה נושה באחיו כר"מ דמטלטלין משתעבדי לכתובה וגם כר' נתן אין להקשות מה בכך דס"ל כר"מ וא"כ אלו הוי כגבוי לא שייך מטלטלין לא משתעבדי מ"מ הא לא שייך דר"נ כלל דהא יוכל להבריחן די"ל כהנ"ל דמיירי דאחיו שיעבד לו מא"ק רק דאף דהוי כגבוי ביד הבעל מ"מ הא מטלטלין לא משתעבדי לכך צריכין לומר כר"מ. אך זהו שיטת התו' בפסחים ובכורות אמנם דעת התוס' בב"ב דף קכ"ה ע"ב ד"ה ואין הבכור וכו' לא משמע כן דהם הוכיחו דאשה גובה כתובה ממלוה מהך דאר"ע שכולן צריכין שבועה דמשמע בנאמנות גובה ואלו התוס' גופי' בב"ב דקנ"ט ד"ה ולימרו כתבו דהא דאר"נ יתומים שגבו קרקע אף דה"ל ראוי הטעם דמשתעבד מדר"נ וא"כ צ"ל האי דהחליטו דאשה גובה ממלוה ג"כ משום דר"נ אפילו גביה מטלטלין ש"מ דאף במטלטלין שייך דר"נ ולא אמרי' הואיל בידו להבריחן. ועוד כתבו להדיא דבתר תקנת גאונים לגבות מטלטלין שוה מטלטלין לקרקעות כי היכי דבקרקע משום דר"נ חשיב כאלו גבה אביהן מחיים ה"נ במטלטלין עכ"ל הרי דלא נתנו טעם בפשוט דאפילו לרבנן דר"נ דכיון דאפילו הניח מטלטלין ביד יתומים גובה מהם ולמה יגרע במלוה ועכצ"ל דבאמת מגרע גרע דה"ל ראוי וכמ"ש להדיא הרשב"א בסוף קידושין דזה גרע וגרע ולכך הוצרכו לומר הטעם מטעם דר"נ הוי כאלו גבאם כבר האב כמו בקרקע ואלו ס"ל כמו התו' בפסחים אין זה דומה לזה זה אין בידו להבריח חל שעבוד וזה בידו להבריח לא חל שעבוד כמ"ש התו' באמת בבכורות אלא ש"מ דתו' בב"ב לא ס"ל הך חילוק וס"ל דהכל תלוי כאלו גבאם האב וזהו ההבדל בין קרקע למטלטלין דמטלטלין אף דגבאם האב נעשו מטלטלין דיתמי ולכך לתקנת הגאונים ליתא לסברא זו (ובקושי' הנ"ל משני לווי' צ"ל ישוב אחר דלא מיקרי תפיסה וכמ"ש הרבה מפורשים) וכן בחדושי רמב"ן לב"ב בשמעת' דבכור נוטל בראוי כתב ג"כ דבתר תקנת גאונים אשה גובה כתובתה ממלוה דה"ל כמו גבו קרקע דגובה מדר"נ ה"ה עכשיו בתר תקנת גאונים אע"ג דלא דמי שעבודו של קרקע למטלטלין שאפילו לאחר תקנה אם מכר מטלטלין אינו טורף וכו' הרי דוחה תי' וחילוק זה בשני ידי' ולבסוף כתב להדיא דיש חולקים דבתר תקנת גאונים

מ"מ אין האשה גובה ממלוה דכולי האי לגבות ממלוה לא תקנו גאונים ואי אקני לה מא"ק בכל ענין הוה כקרקע הרי דכתב להדיא כסמ"ע דמא"ק למלוה הראשון מועיל ודבר זה היה בהעלם מש"ך וגם סברת התוס' בפסחים לא קאי לשיטת כל מחברים דפסקו לבתר תקנת גאונים אשה גובה ממלוה וכן הך שהיה נושה באחיו פסקו מחברים הרמב"ם וש"ע א"ע סי' קס"ח והיינו מכח דר"נ ותקנת גאונים כמבואר ברי"ף ורא"ש ולא התנו דצריך להיות שעבוד של שני מא"ק ש"מ דאף במטלטלין דיכול להבריח שייך דר"נ ודלא כתו' דפסחים ובכורות וכן כתב הרשב"א בתשובה סי' תתקי"ד להדיא דאף דאמרינן דוקא יתומים שגבו קרקע ב"ח גובה מדר"ן ולא מטלטלין היכי דכתב למלוה ראשון בפי' מטלטלין אף מטלטלין גובה מדר"נ הרי מבואר דלא חש כלל לסברת התו' דפסחים דמטלטלין דיכול למכור לא חל שעבוד דר"נ דהא גם בזו יכול למכור אלא העיקר טעם דמה בכך דהוי כגבוי ביד מלוה שני הא ה"ל מטלטלי דיתמי ופשוט ודברי הסמ"ע ברורים וכל דברי הש"ך הם שלא בעיון היטב ולפום רהיטא בתו' ובמחברים וכן כתב הריטב"א בכתובות דפ"ב דאם נכתב למלוה הראשון מא"ק טורף מלוה השני אפילו לרבנן דפליגי אר"נ דהמעות שהלוה לו לזה נשתעבדו לו ע"ש, ומה שטען הש"ך א"כ דפי' דנכתב מא"ק לבעל השטר הטורף במכר ממלוה מוקדם שהוא ראובן כמ"ש באורים ושמעון המאוחר בא לטרוף למה לי דאקני הא שטרו של ראובן על שמעון שנעשה כבר טרם שלוה ראובן משמעון נשתעבד לו דקי"ל שטרות משתעבדים באגב. וא"כ לוקח לקח שעבודו ומה צורך לדאקני יפה טען אלא שלשון הרמב"ן וטור מורי' דלא נחתו כלל בזה שיטרוף מכח ששטר בעצמו משועבד לו רק מכח דר"נ וכהנ"ל וצריך לומר דמיירי דליכא שטר הנכתב כי אם עדי קנין או שנאבד השטר וידוע שכך כתוב בו א"כ כיון דשטר ליתא הלואה לא משתעבד באגב כיון דגוף הממון אינו כאן וגם שטר ליכא במה ישתעבד ובשטר גופי' צווחו בי' הרשב"א וריטב"א למס' כתובות דף פ"ב ע"ש מכ"ש בדליכא שטרא דלא משתעבד באגב ולכך אתינן עלי' מדינא דר"ן ונכון. ומעתה גם דין הראשון שנתווכח הש"ך עם הסמ"ע תליה בהנ"ל דיעקב דהלוה לראובן ואח"כ ראובן לשמעון ויהודה שלקח שטרו של ראובן על שמעון גבה משמעון קרקע לפי' הש"ך הנ"ל דהכל תלוי אם שמעון הלוה אחרון יכול להבריח או לא א"כ אם זו השדה שגבה יהודה משמעון היה לשמעון בעת שלוה מראובן הלא א"י למוכרה דראובן טורפה א"כ אף ליעקב משתעבד מדר"ן. אבל לפי שהעליתי לעיל דהעיקר דלא תלי' בזה הסברא כלל רק אלו היה כגבוי ביד ראובן אם מכרה ראובן אם יעקב יכול לטורפו דמדר"נ לא משוי' רק כאלו הוא כגבוי ביד ראובן ומה בכך הא מכרה וא"כ דשטרו של יעקב נעשה קודם

שלוה הוא לשמעון ה"ל דאקני ואלו מכרה ראובן אין ביד יעקב לטורפו דה"ל דאקני וא"א לטרוף מיד הלוקח ופשיטא דצריך יעקב הטורף להיות בשטרו דאקני וזולתו לא גבה ולכך הני ב' דינים תלוים זה בזה:

אבל דברי הסמ"ע מבוארים בבעה"ת שער מ"ג ח"ד דין ח"י דכתב היכי דאין להלוה רק חובות אצל אחרים הרי המלוה מוציאן מדר"נ ואפי' לא כתב ליה מא"ק ודאקני כלל ואפילו מן יורשים למאן דס"ל קנה והוריש ולא כתב דאקני משתעבד הכי נמי גבי ואיכא מאן דפליג בהוריש ולא כתב דאקני וכל זה פשוט וכו' ע"ש הרי דכתב להדיא דכי גבה מהלוה השני אם המלוה השני מת למ"ד דא"צ לגבי יתומים דאקני אבל למ"ד דצריך לא גבי בדלא דאקני דה"ל כאלו גבאן המלוה השני והניחו לבניו ולא משתעבדי וא"כ מכ"ש הדבר בשמכרן המלוה השני דלכ"ע בעינן דאקני ולא טורף המלוה הראשון כלל וזהו היה אז בהעלם עין מהש"ך וכ"כ בעה"ת אח"כ דאם הלואת ראובן לשמעון מאוחר להלואת יעקב תלי' בגבי' יורשים בדין הנ"ל אם גבי יורש בעי דאקני או לא אלא שאני נבוך במ"ש הסמ"ע שאם הלואת ראובן לשמעון היה נעשה ראשון ואח"כ הלוה יעקב לראובן ומכר ראובן שטרו ליהודא דאז יעקב טורף מיהודא אפי' דליכא בשטרו דאקני דבשע' שהלוה לראובן כבר היה שטר ראובן על שמעון בעולם. ויש לי בזה ספק דמה בכך דהיה שטר בעולם מ"מ כיון דקי"ל ב"ח מכאן ולהבא גובה א"כ השדה שגבה יהודא משמעון מאז הוי כקנאו ראובן אף דיש לו על שמעון שטר מתמול שלשום מה בכך בשעת גבי' הוי כשלו ולא מקדם ואי אקדיש וזבין מקדם לא עשה כלום ואז בעת גבי' כבר נעשה שטרו של ראובן ליעקב א"כ עדיין ה"ל אותו שדה דאקני כי מה נ"מ בעת שעבוד השטר אחר זמן הגבי' אנו הולכים. אלא שראיתי בבעה"ת במקום הנ"ל שכתב להדיא כסמ"ע דאם שטר שעשה הלו' לראובן מוקדם לשטר שעשה ראובן לשמעון דה"ל כמו קנה והלוה דמשתעבד וא"צ דאקני כלל. אך בתשובת רשב"א סי' תתקי"ד הנ"ל כתב להדיא דאם ראובן לוה מן שמעון בא' בשמיטה ומלוי בב' בשמיטה וראובן יש לו חובות וכו' אף שקדמו ב"ח הללו לשמעון ולוי מ"מ לא הוה גבה רק כלוה ולזה וקנה דיחלוקו וזהו מבואר כמ"ש דאף דשעבודו של שמעון חל על ב"ח הללו קודם לשעבודו של לוי שנה אחת מ"מ ה"ל כלוה ולוה וקנה והיינו כמ"ש דלא אזלינן בתר שעבוד רק בתר גבי' דהיה מאוחר לשניהם דקי"ל ב"ח מכאן ולהבא גובה (ואין להגיה בתשובה הנ"ל במ"ש דחוב' ההם נעשו מוקדם ולכתוב במקומו מאוחר דגם הב"י בסי' ק"ד העתיק כן אף גם א"כ שם בתשובה דטרח לבאר כל פרטי דינים בכל אופני' בזה ה"ל לבאר אם הם נעשים מקודם דזכה בהם שמעון דחובו בא' בשמיטה וברור דאין להגיה) שוב ראיתי

כי נסתפקו בזה הסברא בעלי תו' ז"ל דבב"ב דף קנ"ז ד"ה אמר ר"י דכתבו בהך איבעיא אי דאקני משתעבד כתבו דלא הוה מצי להבי' ראי' מר"נ דיתומים שגבו קרקע ב"ח חוזר וגובה מהם דהיינו טעמא מדר' נתן ועוד אפי' היה יכול להביא ראיה מתניתין עדיפי. ויש להבין מה ועוד דכתבו דהכניסו עצמם לתי' דחוק ובפרט לפמ"ש מהרש"א די"ל הך דר"נ דר"מ היא דאדם מקנה דשלב"ל והלא התיר' ראשון אמת בעצמותו בלא"ה דהא דאר"נ יתומים שגבו קרקע ב"ח גובה מהן או משום דס"ל דר"נ או כאביי דלמפרע גובה ואליבא דאביי פשיטא דלא הוי דאקני. וצריך לומר דהתו' בתי' שני לא ס"ל הך תי' דר"ן הוא דמה בכך דמשועבד מדר"נ מ"מ כיון דב"ח מכאן ולהבא גובה א"כ יתומים שגבו ה"ל אז כגבוי ולא מקדם ואי דאקני לא מהני איך ב"ח טורף ומה בכך דמשתעבד מדר"נ דהא לא אמרינן דהוי כמשועבד לב"ח הראשון רק כאלו הוא ביד מלוה שני ומה בכך דר"נ דאקני הוא. ולכך תי' דעדיפי מתניתין אבל בתי' קמא צ"ל דמוקי ליה הך דר"נ שגבו קרקע בחוב שקדם לב"ח דאבוהן וא"כ כיון דמשועבד מדר"נ ובעת הלואתו כבר היה החוב בעולם א"צ לדאקני וכמ"ש בעה"ת וסמ"ע ובשני סברות הללו נחלקו התו' בשני תי' אבל אם גבו בחוב שמאוחר לב"ח אבוהן פשיטא דבעינן דאקני כמ"ש בראי' לסמ"ע דהא לא הוי רק כאלו גבה מלוה השני. וכמש"ל ובפרט התי' בב"ב כנ"ל רק דלא מצי להוכיח מדר"ן אולי מיירי מב"ח שקדם לחוב אביהן וי"ל הטעם משום דר' נתן ופשוט והרי בסברא זו התו' מסופק ומי יכריע. ובאמת לכאורה לשיטת הרמב"ן וסייעתו דס"ל בדלא כתב דאקני אפילו לגבי יורש לא משתעבד כמש"ל סי' קי"א באריכות יש ראי' לדינו של סמ"ע דיש להקשות הא דמוקי רמב"ח הך משנה דזה גובה וזה גובה ביתמי וכו' ואמר רבא שתי תשובות יש בדבר וכו' ועוד ליגבי להו קרקע וכו' וקשה מה קושי' דלמא המשנה איירי בדלא כתב ליה דאקני כלל וא"כ זה שיגבה מיורשי' א"א דה"ל דאקני כמ"ש בעה"ת להדיא דלדעת זו לא גבי' בלי דאקני. ועכצ"ל דשמעון המאוחר בשטרו א"צ דאקני ובמשנה לפי אוקימתא דרמב"ח ביתמי ע"כ איירי דראובן מלוה מוקדם מת ויתומים גובי' דאי להיפוך א"כ ראובן מפסיד ואינו גובה דהוא החי א"כ מה פליגי חכמים ואדמון לדברי אדמון ראובן המלוה הראשון אינו גובה ולחכמים אינו גובה יהיה מאיזה טעם שיהיה עכ"פ אינו גובה ומה נ"מ לדינא ועכצ"ל דראובן מת ויורשיו גובי' לחכמים ולא לאדמון וא"כ שמעון ששטרו מאוחר הוא מצי טרף מיתומים בלי דאקני ודין הנ"ל מוכרח. איברא דבלא"ה קשה לדעת התו' בפסחים דכל היכי דיכול להבריח למכרו ולמשכנו לא שייך דר"ן ולכך כתב הש"ך דזה לכ"ע אם הלוה אחרון הגבהו שדה שקנה אחר שלוה ממלוה שלו לכ"ע לית ביה דינא דר"נ דהרי יכול למוכרו כמו מטלטלין

א"כ הא דפריך רבא ועוד וליגבינהו ארעא וכו' מה קושיא דילמא מיירי משנה בגברא דלית ליה קרקע רק זוזי וקמ"ל דיתומי' גובי' והוא מפסיד וכמו דאוקימנן ביתומים כן יש לאוקמי בהך גוונא וצ"ל דהקושיא כיון דאית לי' זוזי יקח קרקע משוק כי ודאי מצוי' לקנות טוב או רע ויגבהו ליתומי' כדי שלא יפסיד חובו ומי פתי יסיר זאת וזה פשוט אך לפי הנ"ל קשה דמה יהני לי' כשיקנה ה"ל דאקני ולא משתעבד מדר"נ כלל דהרי בידו להבריח וא"כ חזר דין קרקע כמו מטלטלין ולא יכול להוציא מיד יתומים כלום דהוי כגבו מטלטלין ואיירי הכל בדלא כתב דאקני ולכן היה אפשר לומר דס"ל לגמרא א"כ מ"ט דאדמון דאמר לא היה לך ללות וכו' דילמא היה כוונתו לקנוניא ולהבריחו מהשני ודעתו היה למכור השטר וסתמא קתני במשנה אפי' דלית לי' קרקע (ובפרט אם אמרינן דאין לשמעון קרקע הרי יכול לומר דגם לראובן לית קרקע) ולהבריח המעות ואם יבוא שמעון בשטרו לגבות יצא בפח נפש ועכצ"ל דהא שמעון קודם ללוקח וא"כ מוכח דאית ליה קרקע דאל"כ דה"ל דאקני הלא אין טורף מלוקח או מוכח דכתב ליה דאקני. אך כל זה דחוק ולכן נראה דהא דאמר רמי ב"ח ביתמי ולא ניחא ליה בשנויא דזה לעשר וזה לה' משום דלהך שינויא צ"ל בדוחק דאיירי באתרא דיהיב זוזי ברישא וביומא דמשלם זימנא ויהיה כל המשנה סובב על יום אחד דוקא דאי באתרא דכתבי שטרא תחילה קשה היינו רישא כמ"ש הרמב"ן ולכך מוקי לה רמב"ח ביתמי וא"כ י"ל באתרא דכתבי שטרא תחילה ולא קשה מה קמ"ל דקמ"ל דזה גובה וזה אינו גובה ביתמי וקמ"ל דיתמי גובי' ולגבי' ה"ל מטלטלין דיתמי אף דתפס וטובא קמ"ל. רק עדיין קשה אף באתרא דכתבו שטרא ברישא מ"ט דחכמים וצ"ל כמ"ש הרמב"ן בס' מלחמות דלוה הימנו כדי שיוכ' למשכנו ע"ש וקשה משכון זו מה טיבו אולי ימכור השטר בשלמא בקרקע כבר כתבנו בריש סימן דיש לו קול ויכול לעכב אבל בשטר בכומ"ס או בקנין אגב קרקע וכדומה קנינים מה קלא איכא ועכצ"ל דמה בכך דימכרו מ"מ הוא בשטרו המוקדם יטרפו אך כששמעון המאוחר מכר וביקש ראובן המוקדם לטרוף ע"כ צריך להיות בשטרו מוקדם דאקני וא"כ צ"ל דכתב ביה דאקני וא"כ ודאי בכול' כתב דאקני דדוחק דבחד כתב דאקני ובחד לא ושפיר אתי' דברי הגמרא דע"כ איירי בדכתב דאקני וא"ש. והטור וש"ע דסתמי לעיל באתרא דכתבו שטרא ולא כתבו בתנאי שיהיה בו דאקני משום דטור השמיט הך טעמא דכתב הרמב"ן שיכול למשכנו ולא סבירא ליה באמת כסברת התוספות בפסחים כמש"ל וכסברת הרמב"ן דאף ליורש בעינן דאקני ובלאו הכי לק"מ:

סימן פו

א **בכל** ענין שיתחייב ואם מסר לחבירו ויש לו מעות ביד חבירו אי מוציאין ונותנים לנמסר בזו דעת רבינו שמחה דלית גבי' דינא דר"ן ופי' מהרש"ל טעמו הואיל ודינא דגרמי מדרבנן לא עשו בו דר"ן ולפ"ז תלי' במחלוקת הפוסקים אי דינא דגרמי דינא או קנסא דרבנן והש"ך חולק דמה בכך דהוי דרבנן כל דתקנו רבנן כדאוריי' דיינין לי' ואף בזו שייך דר"ן ועיי' מש"ל ס"ק י' דיש לדין זה ראיה מגמרא ולא עינה ר"ש מלבו:

ב **בין** דרך הלואה וכו' הטור ומחבר כתבו כל הדרכים אבל העלימו תחת לשונם אם הוא נתן לו דרך מתנה אם יתחייב מדר"ן כי בבעה"ת הבי' דעת רבוותא דס"ל במתנה לא שייך דר"נ ולכאורה מורים כן דברי הרא"ש בב"ק בפרק החובל באשה שחבלה דפגיעתן רעה ופריך הגמ' ותזבן כתובתה בטובת הנאה ומשני הגמ' כל לגבי בעל וודאי מחלה וכו' וכתב הרא"ש דווקא דל"ל נכסי מלוג וצ"ב אבל אי' לה תזבן אותם בטובת הנאה. והקשה הש"ג ומעדני מלך הא נכסי צ"ב אין לה אלא חוב בעלמא על בעלה ולמה לא תהיה יכולה למחול כשאר חוב וא"כ הדר כל לגבי בעל וודאי מחלה והמעדני מלך חשב לתרץ דלמה תמחול הא תצטרך לשלם מדינא דגרמי משא"כ כתובה שפיר תמחול דהא אסור לדור בלי כתובה חדשה ויכתוב לה הבעל כתובה חדשה ואין כאן הפסד. ודבריו אין בהם ממש דהא הרא"ש גופיה הקשה אח"כ איך תמחול הא תצטרך לשלם ולדבריו הא כבר מיושב בדברי רא"ש דכיון דכותב לה כתובה אחרת אינה מפסדת ואינה חוששת למחול ועוד הא דעת הרא"ש כמ"ש הטור בשמו דאינה משלמת מדינא דגרמי רק כפי הדמים שקיבלה ולא כל דמי השוי' וא"כ אף בנצ"ב תערים למחול ואינה משלמת רק כפי דמים שמכרה והעודף ירוויחו היא ובעלה כמ"ש התוס' שם להדיא דלפי' ר"ת דס"ל דאינה משלמת רק דמים שקיבל' ניחא והיינו מטעם שכתבנו דמרווח' וכ"כ הרא"ש פ"ק דב"מ להך סברא דתמחול ותחלק העודף עם הבעל וגם הרגיש המע"מ גופיה דאח"כ באשה שחבלה בבעלה אמרינן בגמרא דמיירי דלא נפישה כתובתה משל תורה ומבואר הא לעיל אם חבלה באחרים יתכן אף דנפישה ומ"מ לא מצי' למכור העודף דתמחול לבעל ולסברת המע"מ אף באחרים תמכור העודף דלא תמחול דצריכה לשלם והבעל א"צ לעשות לה כתובה חדשה על תוספת כתובה. ועוד קשה הא כ' הרא"ש בתשובה כלל ל"ה סי' ז' והביאו הב"י א"ע סי' צ"א ע"ש מי שנתן לאשה סבלונות והיא אבדן ומעלה בו וניסת לאחר כ' הרא"ש דאע"פ שיש לה על בעלה הזה שטר נדוני' אין לומר למוכרו בטובת הנאה ולשלם דמי סבלונות דכל לגבי בעל וודאי מחלה ע"ש והא נדוני' דמי לנצ"ב ומ"מ כתב הרא"ש דתוכל למחול וחוששין לה וזהו דלא כמע"מ והנה לקמן

בסי' תכ"ד דהביא הטור דעה זו בחבלה ויש לה נצ"ב או נכסי מלוג דתמכור בטובת הנאה עמד בזה הדרישה ותי' דמיירי דהם בעינם ולא הבנתי דמה בכך מ"מ הם ברשות בעל לגמרי דקיי"ל מלוה לא ניתנה לחזרה כלל ואפילו בעין ואי כוונתו למ"ש הטור בא"ע סימן קי"ח כמו שכתב בפרישה הא שם מיירי דרשות בידה לתבוע מבעלה כל עת שתרצה וא"כ מה צורך למכור בטובת הנאה הב"ד כופין לבעל לשלם מדר"נ כמ"ש הרא"ש להדיא בתשובה דסבלונות הנ"ל ולכן צל"ע דברי הרא"ש והטור.

ומה שנראה כי בלא"ה יש חזרה בדעת הרא"ש דבפ"ב דכתובות ס"ל לרא"ש דבדר"נ מצי למחול ואולם בתשובה פסק דא"י למחול ש"מ דחזר בו והטור הסכים לדברי התשובה ש"מ דקים לי' דהוא אחרונה ולכן נראה כי הך דב"ק הוא לפי מסקנא דא"י למחול והך בתשובה כלל ל"ה נשנית קודם חזרה ולכך לא הביא הטור בשום מקום תשובה הנ"ל. ופירושן של דברים כך דהא הרמב"ן ור"ן הקשו במה דאמרינן שם ותזבן לנחבל גופיה ומשני גמרא כל לגבי בעל וודאי מחלה והוי אטרוחי הא לנחבל משתעבד מדר"נ ובדר"נ לא מצי למחול ועיין בר"ן מ"ש בדוחק והנה בגוף כתוב' נראה דס"ל לרא"ש דלא שייך דר"נ כל זמן שהיא יושבת תחת בעלה ולא מטעם הר"ן רק דכך היא התקנה כשתקנו כתובה מדרבנן דהא עיקר ענינו של ר' נתן הוא ראובן שהלוה לשמעון ושמעון ללוי עיקר ב"ח של לוי הוא ראובן והוא בעל דברים דידי' ואין שמעון יכול למחול כי שעבודו דגוף של הלוה השני משועבד למלוה הראשון ופסק בש"ע סעיף ג' דאין שמעון מחויב כלל לגבות מלוי רק לוי הוא לוה של ראובן המלוה ועיי' מש"כ שם וא"כ לפ"ז אי נימא ברשה שיושבת תחת בעלה וחייבת לאחרים דנשתעבד הבעל מדר"נ א"כ נסתלק' האשה והרי הבעל חייב למלוה ההוא וא"כ הרי הוא בלי כתובה אף דלא קלה להוציא כמ"ש התוס' ב"ק שם דלכך א"א לכתוב שטר בשם אחר משום דאסור להשהות הואיל ואין כתובה בשם אשה וה"ה לדר"ן ועיין לעיל סי' ס"ו בתומים שכתבתי כן לתרץ דברי רא"ש במ"ג ונכון וא"כ א"א שתחול בכתובה דר"נ כ"ז שהיא יושבת תחת בעלה דהן אמרו בתקנה שיש לה כתובה והן אמרו דלא יחול כלל מדר"נ והא דאמרינן גבי מי שהיה נושה באחיו ומת וכו' דאף בכתובה שייך מדר"נ שם מלוה ראשון היא האשה שתובעת כתובה ופשוט. אך תינח בגוף כתובה תוס' מה א"ל ובגמרא בחבלה באחרים משמע אפילו נפישה כתובה משל תורה פגיעתה רעה ושם קשה דתזבן לנחבל וא"א למחול מדר"נ וצ"ל דס"ל לרא"ש במתנה לא שייך דר"ן ותוס' כתובה היינו מתנה גמורה ולק"מ אך תינח תוספת אבל נדוניא שהוא נכסי צ"ב הוא חוב גמור א"כ חל מדר"נ וא"א למחול וא"כ הרי קושי' הרמב"ן כראי מוצק דתזבן לנחבל ואי אפשר למחול ולכך כתב הרא"ש

והטור לקמן דתזבן נכסי צ"ב. והא דמשמע מטור דתזבן לאחר ולפמ"ש אין תקנה שלא תמחול רק אם תזבן לנחבל גופיה הא לא קשי' דאף דתזבן לאחר הא יכול הנחבל ליתן לאחר חובו ע"י מעמד ג' או דכופין לאשה לכתוב לנחבל שטר והנחבל ימכור להקונה כתובה בטובת הנאה וא"כ הקונה בטוח דאין יכול למחול דהא משתעבדה ליה מדר"נ ובגמרא דאמרו תזבן לנחבל היינו נחבל דיש לו כח מנחבל דמ"ש נחבל גופיה או באי כחו ולזה נתכוון הטור והרא"ש וזה ברור ונכון לדינא. משא"כ הך בתשובה כלל ל"ה נישנת קודם חזרה דס"ל לרא"ש בדר"נ יכולה למחול. ולכך כתב דאין תקנה למכור שטר נדוניא דכל גבי בעל וודאי מחלה וא"ש. וא"כ מוכח מהרא"ש וטור דס"ל במתנה לא שייך מדר"נ כי בזה מיושב כל הנ"ל בדברים נכונים וברורים וכן משמע מסמ"ע ס"ק ב' דמתנה לית ביה מדר"נ ע"ש ולכן לדינא צ"ע:

ג **ביו"ד** דרך שכירות רבים תמהו על הרמב"ם דבגמ' פ"ק דקדושין אמרינן מאן דאית ליה דר"ן א"כ הא דכתב בהענקה תעניק לו אתא למעט לו ולא לב"ח אבל מאן דבעלמא ג"כ לס"ל דר"נ א"כ לו אתי' פרט למוכר עצמו דאינו מעניקו והרמב"ם פסק כר"נ ומ"מ פסק דמוכר עצמו אין מעניקין וארכבי' אתרי רכשי' וביחוד דפסק ג"כ לו ולא לב"ח דכתב להדיא דאין לב"ח כלום בהענקה ותי' הש"ך וכן יתר מחברים דס"ל לרמב"ם דאין ענין זה לזה דאף דקיי"ל דר"נ מ"מ לא צריך קרא למעט בהענקה הב"ח דה"ל רק בתורת חנינה וצדקה ובסמ"ע כתב בתורת ויתור ומתנה. ובזה לא שייך דר"נ וא"כ לו אתי' למעט מוכר עצמו וזה שרש תי'. ונכון בסברא אלא דעדיין קשה כיון דבתלמודא השוה דבריו להדדי ואמרי' דתליא אם איתא לדר"נ או ליתא איך נחדש סברא מה דלא סבירא ליה לגמרא כלל ומה נדע אשר לא ידעו. ונראה ליישב באופן זה דוודאי יש לחלק בשאר דברים וודאי נשתעבדו נכסי הלוה אחרון א"כ הואיל המלוה שלו חייב לראשון נשתעבדו נכסי הלוה השני למלוה הרשון כמו אלו מכר המלוה השני חובו לראשון דנשתעבדו נכסי הלוה אחרון לראשון כנודע ואף בשעבוד דעדיף ממוכר ולכך מוציאין מזה ונותנים לזה אבל בהענקה אף דכופין בב"ד לכך מ"מ לא נשתעבדו נכסי האדון לעבד בכך רק מצוה היא ואקרקפתא דאדון מונח לקיים המצוה וא"כ לא שייך דר"נ כי מה שעבוד יש כאן שישתעבד לראשון ודנימא דגוף האדון יתחייב למלוה של עבדו זה לא מצינו ומהכ"ת נימא כן ולא איצטרך למעט זה כיון דלא מצינו ראי' דנימא כן אך תינח למ"ד ש"ד אבל למ"ד לאו דאורייתא א"כ בכל דוכתי' לא נשתעבדו נכסים רק פריעת ב"ח מצוה ואקרקפת' דלוה מונח כמבואר בגמ' דכתובות לר"פ לדידך דס"ל פריעת ב"ח מצוה ומ"מ דרשינן דר"נ מאשר אשם לו א"כ צ"ל דשעבדה תורה קרקפת' דלוה השני למלוה הראשון ועיין

חדושי רשב"א סוף קדושין דכתב כן להדיא למ"ד שעבוד' ל"ד. ולפ"ז שוה בזה הענקה דג"כ מצוה אקרקפת' דאדון וג"כ כופי' לקיים מצוה כב"ח א"כ לולי דכתב לו למעט שפיר יש לדמותו לשאר ב"ח דקרקפתא דאדון משועבד למלוה של עבד וא"ש. דכל סוגי' הגמרא שם בקדושין אזלא אליבא דאביי דאביי הוא דחדית לן דכ"ע ילפינן ג"ש שכיר שכיר רק נחלקו אי דרשינן לו ולא לב"ח ופליגי בדר"נ דזולת אביי ה"א דנחלקו אי ילפינן שכיר שכיר ואביי לשיטתו דס"ל שעבוד' לאו דאורייתא וכמ"ש התו' בגיטין דף נ' להדיא ע"ש א"כ שפיר דמי הענקה לשאר ב"ח אבל לפי דקיי"ל דלא כאביי דש"ד א"כ לא דמי הענקה לשאר ב"ח ולא בעי לו למילתא דר"נ וע"כ לו ולא למוכר עצמו ומ"מ הדין דאין לב"ח בהענקה נשאר וא"ש ויפה פסק הרמב"ם. ואופן השני בשנבין עוד קושיא דלפי מה שנראה מדברי רמב"ם הא דאמרי' בהענקה לו ולא לב"ח היינו אפי' כבר גבה העבד הענקה אין לב"ח זכות בו וכ"כ הש"ך דהרמב"ם מדמה הענקה כמו מעות מעשר עני דפסק דאין נותנים ממנו לב"ח והיינו ע"כ בשכבר הגיע ליד עני דמקדם הוא ממון שאין לו תובעי' ופשוט וכן דייק מהרי"ט בחדושיו לקדושין מן לשון הרמב"ם דכתב הענקת עבד לעצמו ולא לב"ח דמורה אפילו במטו לידו וכן דייק בעל משנה למלך מפי' המשנה לרמב"ם פ"ק דקדושין דכ' והענקת עבד לעצמו ואין לב"ח שום זכות בו ולא יגבה חובו מזה וכולם תמהו א"כ הוא איך תלי' זה בדר"ן דכל ענינו של ר"נ הוא להוציא מיד לוה שני למלוה ראשון אבל אם כבר גבה מלוה שני חובו פשיטא דמלוה שלו גובה ממנו ואילו בהענקה אף דגבה אין מוציאין א"כ פשיטא דאיצטרך לו ולא לב"ח לכ"ע. וצ"ע לכאורה כי כל מ"ש הכל דוחק ולכן נראה ג"כ דהא דאמרי' לרמב"ם אפי' גבה אין לב"ח של עבד בו היינו דיהיה ב"ד יורדין לנכסים וליטול ממנו הענקה ולפרוע לב"ח זה לא עבדי' וכמ"ש הבעל משנה למלך דלא נשתעבד כלל לב"ח אבל וודאי חיוב על עבד לצאת ידי פרעון אם יש לאל ידו יותר מכדי סידור פרעון חוב דמ"ש אם הגיע לו ממקום זה או ממקום אחר סוף סוף פריעת ב"ח מצוה ואם יש ביכולתו מקום לפרוע למה יחדל לפרוע וזה פשוט. ולפ"ז בשלמא למ"ד שעבודא דאורייתא ומפקינן מיניה נכסים דמשעבדי למלוה כמבואר בגמ' סוף ב"ב שפיר י"ל הענקה מיעטה תורה לו ולא לב"ח דלא נשתעבדו ולא נחתינן לנכסיו ואין ממשכנים בו משא"כ למ"ד שעבודא ל"ד בכל דברים ולא נחתינן לנכסיו דלא משתעבדו כלל רק אקרקפתא דלוה מצוה לפרוע וכמ"ש רש"י בכתובות ורשב"ם שילהי ב"ב ע"ש וא"כ אמאי אתי' לו ולא לב"ח לגוף הענקה דלא ישתעבד א"צ קרא דכל דוכתי' לא משתעבד ואקרקפתא דגברא של עבד וודאי הוא דמשתעבד דהא ב"ח הוא ופריע' ב"ח מצוה וע"כ דאתי' דאדון שלו אינו משועבד לב"ח

של עבד וא"כ תליא אי בעלמא הלוה השני משתעבד דהיינו דר"נ וא"כ א"ש אביי דס"ל של"ד כמ"ש א"כ שפיר תלי' הך דלו ולא לב"ח לפלוגתא דר"נ וחכמים וכמ"ש אבל לפי דקיי"ל ש"ד ופי' לו ולא לב"ח אתי' כמשמעותו דאף דהענקה ביד עבד לא משתעבד לב"ח א"כ לא תליא כלל בהך דר"ן דאף דאי אין הלכה כר"נ מ"מ דרשינן לו ולא לב"ח כמ"ש הרמב"ם. והיינו אפילו גבה ומחלקותם תליא אי דרשינן ג"ש דשכיר שכיר או לא וקיי"ל דלא דרשינן שכיר שכיר ולכך אין למוכר עצמו הענקה וכמ"ש הריטב"א וא"ש ודברי הרמב"ם ברורים ומיושבים על נכון:

ועוד י"ל בישוב הקושי' ראשונה של הש"ך ומחברים והוא דבהך דפליגי ר"ן וחכמים אי מוציאין מזה ונותנים לזה הקשו מ"ט דרבנן הא הוי הפוכי מטרתי דאם יגבה המלוה השני יוציאו מידו המלוה הראשון וא"כ למה לנו חרדה זאת תיכף יגבה מיד לוה השני ותי' דרבנן ס"ל לא אמרינן הפוכי מטרתי ל"ל ויכול השני לומר לאו בעל דברים דידי את ור"ן הוא דס"ל הפוכי מטרתי דחדית לן הכתוב ונתן לאשר אשם וכו' וכן כתב הרשב"א פ"ק דקדושין אבל בסוף קדושין משמע דס"ל באמת בחיים לא נ"מ דמ"ש הא הוי הפוכי מטרתי רק נ"מ לאחר מיתה דיתומים שגבו קרקע דבעל חוב חוזר וגובה מהם הטעם משום דמשתעבדי מדר"ן כדאמרי' בפ"ב דפסחים אבל לולי כן הוי טעני יתמי אנן זביננן קרקע ומה לך בו וא"כ נ"מ טובא בין רבנן לר"נ. והנה לתי' זה בחיי' אף לרבנן פשיטא דמוציאין א"כ בעבד עברי דחי אין כאן מחלוקת בין רבנן לר"נ ואיצטרך לכ"מ אף לרבנן לו למעט ב"ח דאין מוציאין ואי ק' באמת הטעם למה צ"ל כמ"ש דאפילו בא ליד עבד אין לב"ח זכות בו ולא ק' אפוכי מטרתי וע"כ צ"ל מאן דס"ל במוכר עצמו אין מעניקין לא מלו קדרש רק לא ילפינן שכיר שכיר כנ"ל. אבל לתי' הא' דאף בחיי' לא ס"ל לרבנן אפוכי מטרתי שפיר י"ל דהך תנא דס"ל מוכר עצמו אין מעניקין ס"ל כרבנן ובכל דוכתי' אין מוציאין ומסתבר למדרש לו ולא למוכר עצמו והנה א"ש דאביי לשיטתו דס"ל בפ"ב דפסחים למפרע גובה ולדידי' יתומים שגבו קרקע לכ"ע ב"ח גובה אפי' דליתא לדר"נ כמבואר שם בגמרא א"כ ל"ל תי' השני דנ"מ לאחר מיתה וצ"ל דפליגי בחיים ולא ס"ל אפוכי מטרתי וא"כ שפיר י"ל דהך לו ולא למוכר עצמו תליא במחלוקת רבנן ור"נ וכמ"ש אבל לפי דקיי"ל מכאן ולהבא גובה וכללא בכל הש"ס אפוכי מטרתי כמ"ש הרשב"א דסוגי' דגמרא סוף כתוב' משמע דלית בהו מחלוקת אמרינן דלאחר מיתה פליגי א"כ לכ"ע איצטרך לו ולא לב"ח דבחיי' ליכא מחלוקת כלל וע"כ צ"ל דמאן דס"ל אין מעניקין למוכר עצמו משום דלא יליף שכיר שכיר והן הן דברי הרמב"ם וא"ש ודוק.

ד **ורבית** שעלה עליו דעת הש"ך סק"ד ויותר באריכות לעיל סי' ע"ב ס"ק קס"ב דאם קצב עם הגוי רבית על שנה והשכינו על שנה אף דיכול הגוי לפדותו ולסלקו ת"ז ויפסקו הרווחים מ"מ זוכה ישראל ברבית עד זמן שהשכינו ולא נר' כן דכל ראיית רשב"א בתשובה מהך דהכותב לבת אשתו לזונה ה' שנים דניזונת מנכסים משועבדים ומה ראיה יש אם ביד הגוי לפדותו ת"ז ומ"ש הש"ך דגם שם בכותב כל זמן שאת עמי שג"כ גובה משעבדי אע"פ שבידו לגרשה. אין הדמיון כלל בשלמא כאן דיש ביד הגוי לסלקו ת"ז א"כ ישראל הבא מכחו דגוי חייב לו ידו כיד הגוי וטוען אני אסלקך ומ"ש הגוי בעצמו או באי כחו וישראל המלוה ב"כ דהוא מלוה שלו ובא בדר"נ וכחו ככח הגוי משא"כ התם וכי יכולין הלוקחים לומר אנו מגרשים אשתו והיא יושבת לבטח עם בעלה וכל זמן דאינו מגרשה שעבוד הבת קיים משא"כ כאן דישראל טוען אני אסלקך מ"ש גוי ומ"ש הבא בחריקאו. ולכן ברור כדעת הב"ח דתשובת רשב"א מיירי שזכה ברבית שעלה קודם שירצה הישראל השני לסלקו רק בעובדא דרשב"א לא היה במשכון רק ב"ח מוקדם ומאוחר שבא לגבות וטען המאוחר איך תיקח הרווחים שעלה יום ביומו ובין כך הלויתי אני וא"כ חובי מוקדם לרווחים שעלה אח"כ ומזה מביא רשב"א ראי' שבנות גובים משעבדי אף שלקחו טרם כלות חמשה שנים רק לאחר פסיקא ומ"מ גובים מן הלקוחות כל מזונות של ה' שנים.

ה **בד"א** וכו' הש"ך האריך ודעתו דוקא בדאית ליה פסידא ללוה השני אבל אין לו פסידא לא וכל ראי' שלו אין לו עיקר כי מ"ש הא דר"ן ממקר' ונתן לאשר אשם לו ילפי' וכי יש חילוק בקראי זה אין לו שחר הא כל הפוסקים אמרו דהוי אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין וזהו אינה מהתורה רק מתקנה וא"כ מה קושי' מהתורה ובאמת שעבודו על נכסי הלוה השני קיים אף שיש למלוה השני נכסים כי אולי יאבדו ונשתדפו הרי גובה מלוה השני כמו שאר משעבדי אבל כל זמן ששארי נכסים קיים אינו גובה מדר"ן אבל מ"מ שעבודו קיים וא"כ לא קשיא מה דהקשה הש"ך מהך דכותבים פרוזבול אם אין לו קרקע והלוה דלוה יש לו דה"ל מדר"ן ולא חילקו בין יש לו שאר נכסים או לא דהא שעבודו על כל אף דא"י לגבות כ"ז דיש לו מקום אחר מ"מ שעבודו עליו וכותבין פרוזבול וזה פשוט. וכמו כן לא קשיא מהך דמי שהיה נושה באחיו וכו' דילקח בהן קרקע וכו' והטעם משום דמשתעבד מדר"ן אף דאית ליה שאר נכסים דמה בכך הא אפי' כתובתה מנה ויש לו אלף דינרין אין רשאי למכור ממנו אפי' במנה דאין להפחית שעבודה ואולי יהיה מה שנשאר נאבד ויהיה זה קיים א"כ אף חובו א"י להחזיק אולי יהיה נפסד הכל ויהיה זה לה לגביית כתובתה כשיגרשנה דשעבודה

על הכל אף על זה ולא מצי למימר לאו בע"ד דידי את דמשועבד לה מדר"ן ואם שאינה יכולה לגבות כשיש לה נכסים אחרים מכ"מ שעבודה על הכל וא"י לפחות משעבודה כלל כמ"ש דאפילו אלף דינרין לא יכול למכור בדינר ולכך א"י להחזיק לעצמו וזה פשוט ולק"מ. ופשיטא דלא קשי' מהך דיתומים גבו קרקע דב"ח גובה וכו' ומפרשינן הטעם משום דר"נ דהתם הא בעת גבי' לית ליה נכסים דהא לוה שכיב ולא שביק רק מטלטלין דלא נשתעבדו והגע עצמך אלו מת הלוה והניח אלף דינרין מטלטלין דלא משתעבדי וקרקע אחת ביד לוקח וכי לא טריף מהלוקח וכי מצי למימר הנחתי לך מקום מטלטלין וודאי דזה אינו דהא א"א לגבות ומכ"ש לענין ר"נ וכ"כ הרשב"א להדיא בחדושיו לב"ק. ולכן כל מה שהאריך בזה לא ידעתי לו מקום. איברא בגוף הראיה שהביאו כל המחברים בעלי דעה זו מהך דב"ק דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד וכו' דפריך הגמרא ולימא אפסדתי' לתורי דהוי מעריקנא לאגמא ומשני לא מעלי' הוי משלם ופריך הגמרא הניחא דאית ליה נכסים דלית ליה מא"ל ומשני דמשעבדי מדר"נ ומזו דייקו הא בדאית ליה נכסים לא משני כך ש"מ דלא שייך דר"נ בזה תמה היש"ש והש"ך דלא הוי מצי לשנויא כן דקושטא דמילתא הוא דמעלי' משלם (ולכך ליכא דיוקא נמי דלא קאמר אלא משום דתי' קמא אמת ולא הדר ביה) ויפה הקשו די"ל עוד דמתחילה ביקש הגמרא לאוקמא ברייתא כך"ע אפי' כרבנן דפליגי אר"נ וכל כמה דנוכל לאוקמי כך"ע מה"ת נוקמי' כחד ובפרט בהך שמעתין דמהדר הגמ' לאוקמי כך"מ כמ"ש הרשב"א וזה מהטענה דלדבריהם יש לומר מ"ש הך תי' מעלי' משלם מהך תי' מדר"נ ונח היה לתרץ דבר דשייך בין ביש לו נכסים בין באין לו אבל לפמ"ש טענתם טענה. ואמת כי בחדושי אמרתי ראיה לדינם ממ"ש הגמ' דיטעון השואל אי הוי תם הוי מודינא ומיפטר ולמ"ד פ"נ ממון הוי מעריקנא ליה לאגמא ומשני הגמ' הב"ע דאקדים ביה דינא ותפסוהו ויש להבין למה משני דב"ד תפסו מה דלא שכיח ומסתבר כי מה להם לב"ד לתפוס לשור וכי כך ענין ב"ד לתפוס מלאכת רעהו וגם לא הזכיר הגמ' דקדמו וגבו עדות דאל"כ קושיא ראשונה קשה הוי מודינא ועיקר חסר בדבריהם וגם צ"ל דגביות עדות היה לאחר תפיסה דאל"כ א"כ דע"כ דהיה בפני בעל שור וזהו בוודאי היה לו ליקח השור משומר ולהבריחו ומה זה דפריך הגמ' אח"כ ולימא בעל שור הוה מעריקנא ליה אלא דתפיסה היה קודם גביית עדות או דלא קבלו כלל ומ"מ לא חש הגמ' לקושי' דהיה מודה בקנס וצ"ל דבקנס פ"נ קיי"ל לדעת המ"מ והטור ושארי מחברים מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב דלא חייב עצמו בכלום וזה הכל דוחק ולא משני בפשטות דקדם הניזק ותפס לשור וזה שכיח דתפס בשלו וא"כ כל קושי' מיושב מעריקנ' ליה לא שייך וגם מודה בקנס כי בפלגא נזקא אם תפס לא הוי

תו מודה בקנס פטור כמ"ש המ"מ בפ"ט מהלכות נזקי ממון ע"ש. והכל נכון ולק"מ ול"ל להגמ' דב"ד תפסוהו וצריך לומר דאי הוי משני כן יקשה לימא בעל שור אלו לא הנחת' לתפוס הייתי ערק לאגמא ולמקום אחר ולא היה אפשר לגבות עדות כי אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ומתוך זה היה מוכרח הניזק להתפשר כמ"ש תוס' ד"ה הוה מערקנא אבל עכשיו דנתפס ביד הניזק לא יועיל זה כיון דהוא תפס מקבלין אפילו שלא בפני בע"ד להחזיק כמבואר לעיל סי' כ"ח סי"ח ועיין לקמן סי' ק"י. לכך לא ברחתי להיותו בלתי מועיל ואפסדתי ולכך משני הגמרא דתפס בב"ד ולא ביד הניזק וא"כ עדיין מי הכריחו שלא לברוח בעת גביות עדות ואם לא עשה כן אין לו תערומת בזה על השומר רק עדיון ק' נוקמ' דתפסוהו הניזק כאורחא דמלתא ומ"מ אין למזיק טענה נגד השומר דיטעון משתעבדנא ליה כי היכי דמשתעבדנא לך כדר"נ כדמשני על תפסוהו ב"ד ולכך צ"ל כי שייך הך תי' בדלית ליה אבל בדאית ליה לא שייך וא"כ הוא קשה להיפך הניחא בדלית ליה בדאית ליה מא"ל ובזה לא שייך תי' הגמרא לאו מעליא בעי שלומי דהא טוען הייתי בורח ואין מקבלין עדות שלא בפניו ולעולם לא היה מתחייב לשלם ולכך מוקי ליה בדתפסהו ב"ד ואין כאן טענה רק הוה מערקנא לשור ובזה א"ש בממ"נ או דישלם מעלי' בדאית ליה או בדלית ליה משתעבדנא מדר"נ וא"ש ודינם מוכרח ודוק כי חריף הוא. אבל מ"מ רחוק לומר זה בכוונת דבריהם אבל לדעתי הוא סיוע גדולה לדבריהם ובפרט כי משום קושי' אין לזוז מדבריהם ומ"ש הש"ך פי' לדבריהם דהם כתבו דאין ראיה ביש לו נכסים דשייך דר"נ דלא מצינו זה בגמרא המעיין בדבריהם וביחוד בחדושי רשב"א בב"ק ע"ש יראה דליתא:

איברא בגוף הדין מ"ש הש"ך דכל זה דווקא שיש ללוי פסידא אבל אם אין ללוי פסידא ורוצה לשלם משלם לכאורה א"צ לאריכות ולדחות דבריהם בראיה כי הלא כל הטעם דנתנו דלא מוציאין הוא משום דהוי כנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין והא התם גופא אם יאמר הלוקח אי אפשי בתקנת חכמים ורצונו שיטרוף ממשעבדי הא שומעי' לו כמבואר בגמרא דב"ק ד"ח ע"ב ומכ"ש בזה ואין צריך לאריכות אלא דקשי' לי א"כ כשל עוזר דכל יסודתם הואיל ולא משני בדאית ליה נכסים משתעבדנא מדר"נ ש"מ דלא שייך מדר"נ כל כי כה"ג ועדיין קשה הא אם הלוה רוצה יכול לומר אי אפשי כו' כמ"ש דלא גרע משאר משועבדים א"כ הבעל השור דביקש להוציא מעות משומר על שהתפיס השור לניזק או לב"ד נימא השומר כי היכי דמשתעבדנא לך וכו' ואי דאית ליה נכסים מה נ"מ אי אפשי בתקנת חז"ל וא"כ שעבודא דר"ן חל עליו ואיך תפסיד אותו בהוצאת ממון וקושי' זו אפילו לפי' הש"ך בכוונת דבריהם דהואיל דלא משני הגמרא כך על יש

לו נכסים אין לנו ראיה דשם שייך דר"ן קשה דאפילו הוי משני כך לא הוי ראיה דהתם שאני דשומר טוען אי אפשי וכו'. ועלה ברוחי לומר דבלא"ה קשה דלפי מה שכתבו תו' ורשב"א דהייתי מערקנא ליה לאגמ' וע"י עלילות הייתי מתפשר עם ניזק וכו' דכי זה ודאי וברור דהניזק היה מתפשר ואולי היה אביר לב ולא היה מתפשר בכל הון וכי לבב ב"ד בטוח בזה עד שלא יהיה בו ספק הלא הוא רק אומדנא וא"כ בשלמא בקושיא ראשונה דבעל השור בא להוציא מיד השומר שפיר י"ל כך ומספיקא לא מוציאין ממון ונפטר השומר אבל בקו' שניה דפריך דבעל השור יטעון הוי מערקנא ובזה רוצה להוציא ממון קשה איך נוציא באומדנא וספיקא ודוחק כזה ממון בב"ד מיד המוחזק והממע"ה אפילו מיעוט נגד הרוב ועיין ביש"ש דף נ"ב נתקשה כעין זה הסברא דיש חילוק בין המוחזק למוציא דזה צריך טענה בריאה להוציא ממון וצ"ל דקושי' הגמרא כמו דפריך הניחא בדאי' ליה נכסים כו' דמהדר לאוקמי הברייתא בכל גווני ואף קושי' זו כיוצא בו דמי לא עסקינן דבעל שור תפס משל שואל ושומר ואיך החליט הברייתא דבעל משלם ח"נ מי לא עסקינן דתפס משל שומר וא"כ יטעון הוי מערקנא לאגמ' ובספק כזה יכול להחזיק ואין מוציאין בספק ולפ"ז לא קשה דיטעון השומר משתעבדנא מדר"ן ואי אפשי וכו' דכבר כתב הריב"ם במרדכי פ' שני דייני גזרות דלהוציא לא אמרינן טענת אי אפשי וכו' ועיין מש"ל סי' ק"ב וכאן הוי להוציא דבעל שור מוחזק ומזה מוכח לכאורה דלא כש"ך שכתב דבמקום דליכא פסידא ללוה בכ"מ שייך דר"נ דא"כ עדיין המ"ל דמשתעבדנא מדר"ן אף ביש נכסים לבעל השור דהא לית ליה פסידא לשומר אי תפסוהו ב"ד לטובת הניזק או דהיה מהדר השור לבעליו סוף סוף היה חצי נזק משלם מיהא י"ל דאלו הדרו לבעלים והי' מערקנא לאגמא אף הוא היה נפטר מחצי נזק ועכ"פ מקצת דמה שהיה מפשר היה לאמצע עכ"פ כקושי' הגמרא דאלו היה תם הוה מערקנא לאגמ' דהא באמת הבעלים הבריחו אותו ולא בא ליד ב"ד וא"כ אינו מחויב ומשועבד ליתן אותו לניזק ולכך הוצרך הגמרא לשנויא מן עלי' משלם. אך יותר נראה מסתימת כל הפוסקים וביחוד הרשב"א בתשובה סי' אלף קכ"ב דמחלק בין פקדון למלוה ונתן טעם דמלוה איקרו משועבדים ולא כתב דמלוה גופא אי לית ליה פסידא כמו פקדון דמוציאין ומה ארי' פקדון אפילו מלוה כה"ג אלא נראה דס"ל דהך אין מוציאין מנכסים משועבדים במקום ב"ח דתקנו מפני תקון עולם לאו טובת הלוקח לבד תקנו אלא לטובת המוכר נמי שיהיה שכיחים קונים ולכך אי טען הלוקח אפשי וכו' ולמוכר נ"מ בו לא מצי לטעון כי גם לטובת המוכר תקנו ובב"ק דאמרינן דיכול הלוקח לטעון משום דשם מת מוכר ולא נ"מ למוכר וליורשים מידי ואפילו אי לא נ"מ לו מידי רק נגד הטורף בזו יכול לומר אי אפשי

וכו' וא"כ הך דר"נ דהוא בכלל הך תקנת' דאין נפרעין ממשועבדים וכו' אף דהלוה אחרון יאמר אי אפשי וכו' אם הוא לגרעון כח מלוה שלו לא מצי למימר כן ולכן אף דאין לו פסידא אם יש למלוה שלו נ"מ יכול לעכב כי הך תקנתא לשניהם נתקנו וא"כ א"ש כל הנ"ל דשם אין ביד שומר לבד לומר אי אפשי וכו' דבעל השור מעכב ואף דאין לו לשומר פסידא לבעל שור אית פסידא וכן נראה לדינא הואיל וכל המחברים וביחוד הטור וש"ע סתמו דבריהם:

ו **אין** ב"ד נזקקים וכתב הב"י דבהגיע זמן פרעון נזקקים אפילו יש לו נכסים ופי' הש"ך דמיירי דאין המלוה מרויח הזמן לו אבל במרויח הזמן אין נזקקים ביש לו נכסים אבל באין לו נכסים לא מהני הרחבת זמן בעת פרעון ויוציאין מידו ודבריו נכונים בסברא דכל טעם דאין גובים משום דאין נפרעים מנכסים משועבדים ובהגיע זמן פרעון אזדא שעבודא והגע עצמך הממשכן שדה לחבירו במשכנתא דסורי' עד י' שנים וכי קרוי' במשלם י' שנים נכסים משועבדים ואף זה כמוהו דהא לא משעבדי בידו אלא דקשה דהא כל ראיה שלהם מהך דשאלו בחזקת תם וכו' דלא אמרי' דמשתעבד מדר"ן רק בדלית נכסי לבעל השור והא התם ע"כ כבר כלו ימי שאלה דאל"כ איך תפסו ב"ד לשורו של שואל דהא מועד הוא ולא משתעבד השור יותר משאר נכסים של המשאיל ואיך יתפסו ב"ד ממנו לאבד ולהחזיק תשמישו ועוד איך יטעון אי מהדרת לי הוי מעריקנא איך יהיה חיוב עליו להדר תוך ימי שאילה הא קנוי ליה זמן הלה ומה נ"מ לו בפסידא דמשאיל כל ימי השאילה קנוי' לו וע"כ דקושי' הגמרא הוא דהא סתמא קתני אפילו בדכלו ימי שאלה כמו דפריך הניחא וכו' מ"מ לא קרוי משועבד בדר"נ רק בדלית נכסי למשאיל וזה סותר למאי שכתב הב"י וש"ך ודוחק לחלק דכי אמר הב"י דוקא בקובע זמן לפרעון והגיע זמנו דאז הוי כגובה מב"ח אבל בהלואה סתם לאחר שלשים יום אף דנתן לתבוע בכל עת מ"מ כ"ז שלא תבעו המלוה הוי משעבדי ואין גובין ביש בני חורין וא"כ בב"ק איירי בסתם שאלה שכל זמן שאין המשאיל תובע משתמש בו ואלו אמת זה הסברא גם מר"ן לק"מ דגם שם בכתובה אין קביעת זמן כלל אלא דדחוק בסברא דמה שנה דסוף כל סוף לא שיעבד לו המעות יותר רק לזמנו הוא דהיינו למ"ד יום ודוחק לומר דלעולם שם בב"ק איירי תוך זמן שאלה והא דטוען המשאיל ה"ל להחזיר לי היינו דהייתי נותן לו שור אחר כדמותו וצלמו לתשמישו ובכה"ג במקום פסידא דמשאיל אין השואל יכול לעכב וכן הב"ד דתפסו לבקשת הניזק איירי בזה אופן דניזק נותן לו שור אחר לתשמישו וצ"ע:

ז **אין** ראובן יכול לכופו וכו' הרב הש"ך פקפק על זה דלמה לא יהיה הלוה מחויב לעשות כל טצדקי לצאת ידי פרעון ונראה דס"ל לבעה"ת לרבנן דפליגי עליה דר"נ אין

הלוה ראשון מחויב לגבות חובו מן לוה שלו ולפרוע דא"כ הפוכי מטרתי ל"ל כקושי' הרשב"א וצ"ל דהואיל והם ביד אחרים ה"ל ראוי ולא משתעבדי כלל ואין הלוה מחויב כלל לגבות וליתנו לו וא"כ אף הר"נ דפליג לא פליג רק ס"ל דהשני משועבד לראשון ג"כ וא"כ הלוה ראשון טוען בממ"נ מדרבנן דפליגי אין עלי חיוב כלל רק מכח דר"נ ואף ר"נ לא סבירא ליה שיהיה אני מחויב לטפל דהא מצדו אינו משועבד כלל רק הלוה השני משועבד לך זיל גבי' חובך ונכון הוא וישר דכן משמע לרבנן דפליגי אר"נ ודוק:

ח **הם** מעות בפקדון כו' הנה בפקדון פשיטא דלעולם מוציאין אפילו דאית ליה נכסים דהא לא משתעבדי כלל ולא שייך אין מוציאין מנכסים משעובדים אך הני מילי במעות צרורין אבל במעות מותרין כיון דמותר להשתמש בהן ה"ל פסידא דה"ל כשואל וכלוה אך מסתימת רשב"א בתשובה דכתב סתם דאם המעות ביד לוי בפקדון דמוציאין ולא חילק כלל אם הם צרורים או מותרים ואי דינו כשולחני דישתמש בהן נראה דס"ל מה בכך דיכול לשמש בהן כל זמן שלא שמש בהם הרי הם של מפקיד וכמש"ל באריכות בסוף סימן ע"ג דלפי דקי"ל כר"נ נאנסו לא אם בא המפקיד ותבע פקדונו א"י להחליפן במעות אחרים והרי הם ברשות המפקיד ואין בהם מעילה כלל ולכך ס"ל לרשב"א דמוציאין ולית ביה דין משועבדים דהא עדיין לא הוציאן והם ברשות המפקיד ובזה מיושב תמיהת הש"ך על הרב מחבר דכתבו בשם יש מי שאומר דהא לית כאן פקפוק דהא לית ליה פסיד' כלל לנפקד ולפמ"ש פסידא טובה איכא דהא אם המעות בידו ויזדמן לו מו"מ יכול ליטול המעות ולהתעסק בו ולהרוויח ועכשיו אבדה תקוותו רק מ"מ הואיל עדיין ברשות המפקיד הוא ולכך מוציאן. וצ"ע הואיל ולא מצאתי מבואר אף דסתימת רשב"א ומחבר מורי' כן להדי':

ט **בפקדון**. ואם השאיל כלי לאחר תוך ימי שאילתו פשיטא דאין להוציא מיד השואל אפילו לית ליה נכסי דליומא מכר הוא ואלו מכרן וכי ב"ח מוקדם גובה אבל אם כתב לב"ח מא"ק גובה אפילו תוך ימי שאילה אבל בדאית ליה נכסים אין לגבות תוך ימי שאלה בכל אופן אבל אח"כ גובה כיון דכלו ימי שאלה ה"ל פקדון והיינו הך דרשב"א המובא בסעיף זה כ"כ הש"ך ובזה תמה על הרמ"א דהגיה על מ"ש המחבר בא"ע סי' ע' סעיף ז' מי שהלך למד"ה והפקיד או השאיל כלים מוציאין מידם למזונות אשתו אך בשואל אין מוציאין עד שיכלה זמן שאלה והרמ"א כתב ואין מוציאין מנכסים שהם ביד אחרים כ"ז שיש בני חורין דבלא כלה זמן שאלה לעולם אין מוציאין ובכלה זמן שאלה לעולם מוציאין. ובאמת שתי תשובות יש בדבר חדא דלפי מה שנראה שם בש"ע הוצאה למזונות אינם על עבר כי אה שתזון מכאן ולהבא כמ"ש מקדם דאין מוציאין רק לששה

חדשים וא"כ ליכא דר"נ כלל דהא עדיין לא נתחייב לה ולכך אפילו בפקדון א"מ כל שיש בני חורין דהא לא שייך דר"נ הא חדא אבל שנית והוא עיקר דקשי' ליה לרמ"א מש"ל דהא התם בשאלו בחזקת תם ע"כ איירי בכלה זמן שאילה כנ"ל ומש"ל בישובו ס"ל לדוחק ולכן ס"ל לרמ"א דוקא בהשאיל לזמן דכי כלה זמן שאלה תו לא מצי לשתמש בו הוא דלא הוה מנכסים משועבדים והוי רק פקדון אבל בשאלה סתם דמותר לשמש בו כל זמן שלא יתבענו המשאיל והמשאיל אינו תובעו אין מוציאין במקום שיש ב"ח דהוי משעבדי דהא יכול לשמש בו וה"ל תקנה דאין נפרעים וא"ש דשם איירי דשאלו סתם ולכך ה"ל להדר כנ"ל ולזה נראה דנתכוון הרמ"א בא"ע דכתב ביש לו נכסים ביד אחרים דאיירי בסתם שאלה ויש הבדל בין יש לו לאין לו נכסים וא"ש ובהכי ניחא דלא הביא רמ"א בסי' זה דעת הב"י והסכים עמו בד"מ בהלואה והגיע זמן פרעון דלא דנין ביה אין נפרעין כנ"ל בפרק ו' ע"ש ולפמש"כ הואיל ויכול לשמש בו עדיין מיקרי משעבדי א"כ אף בהלואה אף שעבר זמן הלא כ"ז שאין תובע יכול לשמש ולהתעסק בו וה"ל מלוה ולכך לא הביאו ודוק כי זה נראה נכון לדינא:

י **אין** שמעון יכול למחול כו' הרב הש"ך האריך כי רבים חולקים וס"ל דיכול למחול ואם כי הש"ך האריך והסכים עם דעת מחבר דא"י למחול מ"מ פלפל בחכמה אי בכתובה בחיי בעלה שייך מדר"ן ולא מצית למחול או לא ותלי' במה דהקשה הרמב"ן בהא דאמרי' ותזבן לנחבל ומשני כל לגבי בעלה וודאי מחלה וכו' והקשה הרמב"ן איך אפשר למחול הא מחויב מדר"ן ומזה דעת הרמב"ן דאף בדר"נ יכול למחול אבל הר"ן תי' דכתובה לא שייך דר"ן וע"ז השיג הש"ך דלק"מ דאשה שחבלה ומזבנה כתובתה בטובת הנאה לנחבל א"כ דקבל הכתובה לפרעון חבלתו נפרע דמי חבלתו ונמחל שעבודו של חבלו כי כבר קבל הפרעון ואינו עכשיו רק כמו לוקח בעלמא דזבין כתובה והרי היא יכולה למחול דאין כאן דר"נ כי דמי חבלתו כבר נפקע ונמחל זה תורף דבריו ולכאורה נראים דבריו אמנם בתר עיון נראה דאין זה כדאי לדחות דברי הרמב"ן ור"ן חדא וודאי אלו מכרה ברצון כתובתה לפרוע דמי תבלתה פשיטא דצדקו דברי הש"ך דבפרעון נמחל חיוב דחבלה לגמרי אבל כאן הב"ד הגבו לו כתובתה לפרעון חבלתו בטובת הנאה כי כך היה השומא וא"כ וכי בשביל כך נפקע שעבוד ראשון והגע עצמך ב"ח שהגבו לו ב"ד לפרעון חובו קרקע ואח"כ נמצא שאינו שלו וכי פקע שעבוד ראשון וכי אינו טורף מזמן ראשון דהא הגבו' בב"ד בטעות ואף כאן במחילת הכתובה פקע שעבוד והגבי' בטילה מעיקרא ואין כאן גבי' כלל ואף חובו לא פקע זהו חדא אבל שנית יותר נראה דוודאי כל הטעם דמוכר מצי למחול משום דשעבוד הגוף לא היה ללוקח ונשאר למוכר ולכך יכול

למחול דא"א למכור שעבוד הגוף ללוקח ואלו היה אפשר למכור שעבוד הגוף ללוקח ודאי דאינו ברשותו למחול רק אמרי' דשעבוד הגוף א"א למכור ואלו בדר"ן א"י למחול משום דשעבוד הגוף הוא למלוה ראשון וא"כ במי שיש לו על לוה שני שעבוד הגוף מכח ר"ן ואח"כ בא מלוה השני והוסיף אומץ למכור לו בקנין ג"כ נוסף על שעבודו כדי לפרעו וכי בשביל כך שעבוד הגוף שיש לו מתחילה פקע אדרבא הוא הוסיף אומץ שהוסיף שבמקום שעבוד נתן לו אף מכירה וכי בשביל כך יגרע כחו אלו היה אפשר למכור שעבוד הגוף אף במכירה היה נמכר דהא כתב לו קני כל שעבודו ואין המוכר מונע לבל יהיה שעבוד הגוף על הלוה רק א"א אבל כאן שכבר יש לו שעבוד הגוף מכח דר"נ והוא הוסיף למוכרו וכי בשביל כך פקע שעבוד הגוף מלוה ואמת כדברי הש"ך כי ע"י מכירה זו פקע שעבוד המלוה השני ואינו משועבד עוד למלוה ראשון אבל שעבוד הגוף של לוה אחרון במה פקע הלא מקדם היה משועבד למלוה ראשון וכי בשביל שמלוה הוסיף למלוה ראשון אומץ ומכרו יוגרע כחו של מלוה ראשון ויפקע שעבודו של לוה אחרון במה נפקע שעבודו של לוה אחרון הוא היה מקדם משועבד והוא עוד משועבד ודבר זה ברור ונכון והמעיין בבעה"ת יראה להדיא כדברי ושגגה במח"כ מהרב הש"ך שדימה הפקעת שעבוד של מלוה שני ללוה שני ובאמת לא כי שעבוד של מלוה שני נפקע במכירה אבל במה נפקע שעבוד של לוה שני מן מקדם הא אף במכירה אלו אפשר לשעבדו הוי משועבד וזה שכבר משועבד ובא איך יהא נפקע. ונכונים דברי הקדמונים בלי פקפוק ועיין בבעה"ת שער נ"א ח"ב דכתב להדי' דלכך במוכר יכול למחול הואיל ולא היה לו זכות מקדם וזה מורה כנ"ל כיון שיש לו שעבוד על הלוה במה יהיה נפקע כח המלוה הראשון וזה ברור:

אך הא קשי' לכאורה הא דרך משל דמי חבלה עולה יו"ד דנרין וא"כ אף מכתובה נשתעבד יו"ד דנרין מדר"ן ועכשיו ימכרו בטובת הנאה מכתובתה מאה דינרין ביו"ד ועדיין מה מרוויח הנחבל תשעים דינרים הנותרים תמחול כי מדר"ן לא היה שעבוד רק יו"ד ולא יותר והרווח שלו יהיה עוד תשעים ואלו תמחול כי אלו באו רק מכח מכר. וא"כ הוי עדיין אטרוחי בכדי אבל לפמש"ל ניחא דוודאי באופן הזה שנותנים לו מכתובה יותר מדמי חבלה הקושי' נכונה רק אנן אמרינן שלא ינתן לו בזבינא מכתובה רק יו"ד דינרין כשיעור החבלה וגבי חובלת בבעלה אמרינן דנפישי וכו' משמע בחובלת באחרי' א"ש אפילו דלא נפישי כתובה מחבלה א"כ תזבן ליה כל יו"ד דינרים בעד חמשה היותו בטובת הנאה וחמשה הנותרים תהיה נשאר חייב אם יפול לה ירושה ממ"א וא"כ א"א למחול דמה שתוכל למחול הוא הואיל והבעל לא נשתעבד שעבוד הגוף וכאן הא

נשתעבד מדר"נ ומה נ"מ לבעל אם היא נ"ח לנחבל ותצטרך לשלם לו ממ"א או לא סוף כל סוף דמי חבלת' היא חייבת לו וא"א למחול כל כמה דלא גבה ממ"א ואמת אלו נפלה ירושה מחיים קודם גבית כתובה ונפרע הנחבל חמשה דינרים הרי יכולה למחול לבעלה חמשה דינרים כי לא נשתעבד לנחבל מחמת חבלה רק ה' משא"כ אם בעת גביית כתובה עדיין לא גביה ממ"א הרי חיובו בתוק' על כל יו"ד דינרים כי כך חייבת לו ולא פקע שעבודו דבעל מדר"נ בשביל שהתחייבה אשה לשלם לו עוד וגובה ואח"כ בהגיע לה ירושה חייבת לשלם הכל וא"ש והרי זה קרוב לשכר ולא שייך אפסודי ודוק כי הם דברים ברורים ורבים שגו בזה. ובאמת לסברת הש"ך י"ל דכוונת תוס' שם בד"ה ואפילו מחלה כו' דהקשו במאי דקאמרי בגמרא ותזבן לנחבל דאף דתמחול לא תפסיד דהשתא נמי לית ליה מידי והקשה התו' הא וודאי מפסיד דאם לא תמכור יגבה מכתובתה דמי חבלתו והשתא דתמכור תמחול ומפסיד דלכאורה קשה דאם נפרש קושי' תו' דודאי גם בלי מכירה תמחול לבעל שלא יגבה החובל רק בנפיש כתובה מחבלה שהחבלה יו"ד דינרין וכתובתה עשרים א"כ צריכה למחול כל כתובה להפקי' כח הנחבל דכל מה שנ"ח הבעל הנחבל גובה א"כ איך תפסיד משלה יו"ד דינרין מה שהיה נשאר לה אם לא היתה מוחלת כלל משא"כ במוכרת לנחבל כל עשרים בעד דמי חבלתו וכיון דלא ישאר לה מידי תמחול ולמכור החצי מכתובה כתבתי לעיל סי' ס"ו בכומ"ס א"א למכור לחצאין ע"ש קשה מה דוחקי' דתו' להכניס עצמם בתי' דחוק נימא דאכתי לא אסיק אדעתיה דמיירי בדנפיש כתובה וקושית הגמרא דסתם קתני פגיעתן רעה אפילו דלא נפיש וא"כ קשה ותזבן דהא אח"כ פריך הגמרא ג"כ גבי בעל מגרש לה וגבי בחבלה מבואר דס"ל לגמר' בס"ד דאיירי סתם אפילו בדלא נפיש ואי דקושי' התו' ה"ל לגמרא לתרץ כן בדנפיש מלבד דזה דחוק דקושטא דמלתא קאמר אף גם כל קושייתם צ"ל גם כן דהוא רק בס"ד דלא אמרינן ר"מ הוא דאסור להשהות כמ"ש מהרש"א להדיא אבל לפי הך שנויא במסקנא ר"מ היא אין מקום לקושי' תוס' וא"כ עכצ"ל דהקושי' הוא לס"ד. אבל אי אמרינן כפי' הש"ך א"ש קושי' תו' דמפסיד דלעולם שיעור חבלה א"א לה למחול דמשתעבד מדר"נ משא"כ אם תזבן כתובתה פקע שעבוד' דר"ן ומצית למחול ותמחול. אך לו יהיה כן יש להם מקושי' זו ראיה ברורה כי תי' תי' דחוק למאוד כנראה שכתבו כיון דהשתא ל"ל אינו קרוי הפסד דהא זה הספק דיגבה מ"מ ממון מיקרי ואיכא אינשי דיהבי על זה זוזי כדאמרי' דתמכור בטובת הנאה ועדי' זוממין מתחייבין ממון ברוצים להפסיד כתובתה משום טובת הנאה כדאמרי' בריש מכות אומדין כמה אדם רוצה ליתן ואיך לא יהיה זה הפסד. ואמת די"ל דכוונת תו' דהוא ס"ס אולי לא יבא לכלל גבי' ואת"ל

דתבוא אולי לא תמחול דבס"ד לא אמרינן וודאי מחלה אבל זה דוחק וגם בתי' הגמרא ודאי מחלה לא ה"ל אטרוחי בכדי הא איכא פסידא ולכן יפה הקשו דאין מקום לקושי' הגמרא והוצרך הר"ן לחלק בכתובה לשאר שט"ח (ואפילו לדעת הש"ך יש ראיה לדברי הרמב"ן ור"ן מהא שמעת' דקשה דלא תמכור כתובה רק הב"ד ישומו דמי חבלה כמה הם שוים נגד דמי שט"ח בטובת הנאה שלא יגבה בהחלט כי אם לאחר שתתאלמן וכו' והם עולים יותר מאלו פרעון שלו בהחלט ובטח ותעשה לו שטר כזה מדמים הללו והנחבל ימכרו בטובת הנאה כי מ"ש דמזבני הכתובה או שט"ח ההוא שכתובה משועבד ע"ז ואם תבוא לכלל גבי' הלה יגבה שטרו והרי הוא יותר אלים שעבוד על הכתובה מדר"ן מאלו מכרה לו כתובה להדיא דלא הוי רק דרבנן ותו ליכא למיחש לגבי בעל מחלה דהא משתעבד לב"ח בשטר ההוא מדר"נ. וכאן אין פקפוק מדברי הש"ך ומכל מה שכתבנו ואפילו נימא בדוחק דבשלמא בזבנה כתובה נמכר כתובה של ק' ביו"ד ואין כאן חשש רבית אבל הנחבל שיש לו חוב עליו ביו"ד ונימא דתעשה לו שטר ביותר הואיל וגבי' מספק הוי נחשב כרבית מלבד דזה דוחק כמ"ש הגהת רא"ש בכתובות פ' אעפ"י דמה שהבעל מוסיף חומש ליכא רבית הואיל ואינו תלוי בזמן ואם תבוא תיכף לכלל גבי' מחויב לשלם הכל ואף זה בכלל דאין תלוי בזמן דאם תיכף תתאלמן יגבה רק טובת הנאה הוא בשביל ספק גבי'. אף גם בחבלה בבעלה דאמרי' בדנפיש כתובה מדמי חבלה א"א למכור לבעלה דאסור להשהות וכו' עדיין קשה אם חבלתו חמשי' וכתובתה ק' נימא ליקח חמשים מכתובה ונחליט לו בכ"ה זהו' כי כך השומא של טובת הנאה ואי דכ"ה הנשארים יהיה על חמשים הנותרים בכתובה ומגרע תקנת' דרבנן ותהא קלה לגרש כי בעד כ"ה הנותרים תתן לו שטר והבעל ימכור השטר וא"כ תו ליכא קלה בעינו להוציאה דכשיגרשנה יצטרך ללשם כל רמשים הנותרים במלואו כ"ה לרשה וכ"ה לבעל השטר ובעד השטר ינתן לו י"ב דינרי' וא"כ מרוויח הבעל י"ב דינרי' הללו כי עכשיו בלי זבינה גובה רק מכתובה חמשי' וכפי שכתבתי עדיין יגבה חמשים שנישום לו בעד כ"ה ויגבה י"ב דינרים משטר הנמכר וזהו לי רווח ובעל השטר אין לו פחד דא"א למחול דה"ל מדר"ן וזהו ראיה ברורה לדברי רמב"ן והר"ן ודוק ועיין לעיל מ"ש בסי' ס"ו דהמשנה דקתני נתגרשה חייב' פשיטא מה קמ"ל וגם איך פסיקא ליה דחייבת הא וודאי תמחול לבעל נגד הנחבל ונ"מ לית לה ש"מ דא"א למחול כי משועבד מדר"ן וזה קמ"ל דחייב' בוודאי ואין בו מחילה) . והנה נשוב לדברי תוס' ורא"ש ונחקור אן דעתם נוטה כי נראה דעת של תורה נוטה דגם הם ס"ל כרמב"ן ור"ן מלבד מה שכתבתי לעיל בריש סי' הוכחה מדברי רא"ש וטור דס"ל כרמב"ן ור"ן אך לא מטעמי' דר"ן רק מטעם אחר כמס"ל

באריכות והוא דהם הקשו איך תוכל למחול הא אסור להשהות בלי כתובה ותי' דיכתוב לה חדשה ואח"כ הקשו הא תהיה חייבת לשלם מד"ג ותי' כיון דאין לה עתה לשלם לא מהני והוי אטרוחי וכו' והדבר תמוה דהא ראשית הקנין היה כך דיהיב זוזי על גביית כתובה ועדיין זה במקומו דאף דתמחול הלא יצטרך ליתן לה כתובה חדשה ותזבן שנית בטובת הנאה לשלם היזקו בדינ' דגרמי ואם תמחול עדיין צריך לכתוב לה כתובה ויבא שני' עד שיבא לכלל גבי' ואין מפסיד בזבינו דבר ועיין במהרש"א דנתכיון לקושי' זו אם כי דבריו סתומים קצת מ"מ זו הכוונה בקושייתו וצ"ע לכאורה ול"ל דתערי' ותתן לאחד קודם מחילה שט"ח בסך מה ואח"כ תמחול אם יכתוב כתובה חדשה לא יכול הלוקח כתובה לגבות מד"ג כי שעבודו מתחיל מעת מחילה וקדמו שטר דאם אנו חוששין לזה אין כאן ראיה לדשמואל דמחלו מחול רק א"א לנו להכריחה למכור כתובתה דהא יום א' קודם מכירה דהא א"א שתהיה הכל תביעתה בב"ד ואהדורי בתר קונה לקנות כתובתה וכדומה הכל ביום אחד תכתוב שטר לאחר והוא קודם למכירה ובפרט אם תכתוב לו מא"ק אף שטרו בכלל אלא וודאי דלזה אין לחוש דתעשה קנוניא עם איש אחר לא חיישינן כמ"ש המחברים בכמה דוכתא דאין אדם חוטא וכו' ועם הבעל ליכא למיחוש דאם תכתוב שט"ח על שמו כשעור כתובה היא קלה בעיניו להוציאה ואסור להשהות ועיין תוס' ד"ה כגון וכו' דווקא בחבלה התירו דמעשי' גרמה אבל לעשות שטר אסור וא"כ ליכא חששא בזה ועדיין קושי' הנ"ל במקומו ודוחק לומר דהבעל יערים לאחר מחילה למכור כל נכסיו ואח"כ יכתוב לה כתובה חדשה ותו ליכא שעבוד כתובה ואין כתובתה אפילו בעת גבי' שוה כלום כי ממאי תגבה דא"כ לא הל"ל דיכתוב כתובה חדשה רק לאו דוקא מוחלת לגמרי רק תכתוב ללוקח דין ודברים אין לי עמך וכתובתה קיי' ומותר לשהות אלא דלהברח' מבעל לא חיישינן כולי האי:

ולייִשב זה בתו' יש לנו שני דרכים והוא דוודאי י"ל לומר הא דאמרי' כל לגבי בעלה מחלה לאו דוקא לבעלה ה"ה במותו לגבי יורשי' דמקרבת דעתה לגבם וכן צ"ל לרמב"ם דס"ל האשה שעודה תחת בעלה אין לה יד למחול איך אמרי' לגבי בעל וודאי מחלה ועיי' בב"ש מ"ש בזה ודוחק לומר דס"ל כהך תי' התו' דיגרשנה ואח"כ תמחול וישוב לקחת' דא"כ איך סתם הרמב"ם אשה שחבלה פגיעתה רעה אשת כהן אין פגיעת' רעה דתזבן כתובתה דלגרשה ולשוב לקחתה א"א (ובחדושי כתבתי בזה לתוס' דתי' שמא יגרשנה אשת כהן מא"ל ואין כאן מקומו) ועיי' לעיל סי' ס"ז רק צ"ל הכוונה במותו תמחול ליורשים דמקרבה לגבם וטוב תתה להם מלאיש אחר וגם תוס' ס"ל כך סברא רק קשיא קושי' הרמב"ן ותזבן לנחבל המשועבד מדר"ן וצ"ל תי' הר"ן דלא מטו זמני'

והגבי' מספק רק ה"מ אם יש לחוש דמחלה בחיי בעלה אבל אם אמרי' דכל החשש ליורשים א"כ הם משתעבדי מדר"ן דאז החוב ברור וגמור ולכך תי' התו' דתמחול לבעלה ויכתוב לה עוד כתובתה חדשה ומעתה יש לומר דס"ל לתוס' כמ"ש מהרש"ל דלמ"ד דיני דגרמי קנסא לא שייך גבי מסור מדר"ן דבדרבנן לא אמרו כמ"ש לעיל ותוס' ס"ל בכמה דוכתא דד"ג קנסא וא"כ שפיר תי' תו' בקושיתם דתחייב מד"נ במוחלת ואי דיש ללוקח שעבוד על כתובה חדשה זו לא תמחול רק ליורשים ואי דאז משתעבד מדר"ן דהא ללוקח אין חייבת רק מדינא דגרמי וד"ג קנסא ולית ביה משום דר"ן וא"ש. ויש לבעלי סברא זו ראיה מכאן כי הם קשיא להו קוש' התוס' וס"ל תי' תוס' ולמען לא יקשה ממ"ש ס"ל דבדינא גרמי לא אמרי' מדר"ן ובאמת אין הטעם הואיל והוי דרבנן דפשיטא יפה טען הש"ך דכל דתקנו רבנן כעין דאורייתא תיקון וש"ך כתב אנה מצינו בכל הש"ס דבדרבנן לא שייך דר"נ ותמהני איפכא הל"ל דמצינו ההיפך בהך מי שהיה נושה באחיו וכו' דאמרינן לא אשכחן תרי חומרות בכתוב' ופי' רש"י הואיל דהיא דרבנן הרי דחומרא דר"ן זולת חומר' דר"מ אמרי' אף דהוא דרבנן ואפילו לפי' הרי"ף וסייעתו דפי' בגמ' לא אשכחן תרי תנאי להדדי לכך פסק לתקנ' הגאונים שייך בכתובה תרתי תקנת גאוני' ודר"נ. פשיטא דאיכא ראי' דקיי"ל כתובה דרבנן ומ"מ פסקינן ביה דר"ן. רק נראה דס"ל כי אמרינן דר"נ היכא דאשתעבדו נכסי לגמרי בהחלט אבל למאן דאמר ד"ג קנסא במת קודם שעמד בדין לא קנסי' בנו אחריו אף דהניח אחריות נכסים וא"כ ליכא כאן שעבוד ברור ואיך ישתעבד מדר"ן דהא בעת גרמי לא נשתעבדו נכסיו וגם לא ילפי' קנסא דרבנן מממון דרבנן אך אף דאפשר לומר כי בעלי סברא זו תמכו יסודתם מהנ"ל קשה לכוונו בתו' מה דלא מצינו לתו' בשום דוכתא דיסברו כן דבד"ג לא שייך דר"נ וכל כי האי ה"ל לפרושי. ובפרטות שאין זה תי' בכוונת הרא"ש דס"ל להדי' בב"ק דהוי דינא ולא קנסא כדעת הרמב"ן ולכך הוצרך לחלק שם בין גרמא לגרמי ולמ"ד קנסא אין צריך לחילוק זה ועיין לקמן סי' שפ"ו. ויש מקום בתו' בדרך אחר והוא דס"ל לתו' כדעת ת"י כתובות דף י"ט ד"ה כגון הובא בהגהת הרא"ש והרבה מחברים ועיין ב"ח ס"ס פ"ה ובש"ך ר"ס זה דכי אמרינן דר"נ היינו שכבר נתחייב לוי לשמעון קודם שלוה שמעון מראובן אבל אם נתחייב אח"כ לא משתעבד וא"כ א"ש די"ל כנ"ל דהא דלא תי' התו' דתמחול ליורשים משום דהא אז חל שעבודא דר"נ כנ"ל ולכך תירוץ דתמחול בחייו ויכתוב כתוב' חדשה וא"כ ל"ק מד"ג דיגבה מכתובה חדשה דאז תמחול לאחר מיתה ולא קשה מדר"ן דהא אז קדמ' חוב דד"ג קודם לכתובה דמחילה קודמת תו לא שייך דר"נ ובידה למחול משא"כ בלי מחילה קדמה הכתוב' לחבלה וחל שעבודא דר"נ וא"ש ובזה י"ל נמי מה שק' דאיך

ודאי תמחול הא מוכרת לא הפסיד' כתובת בנין דכרין ובמחילה הפסידה וצ"ל ליתומים תמחול ותו ליכא כתובת בנין דכרין ודוק. ובהך ניחא מש"כ התוס' הא לר"מ סוף ביאה א"י למחול ולכאורה קשה מאי קושי' הא דלר"מ אין יכול למחול היינו מאתים אבל אם יש לה ת' לכתובתה פשיטא דיכול למחול ר' כיון דנשאר לה כשיעור כתובה וא"כ הא כ' התו' בלא"ה דיכתוב כתובה חדשה א"כ י"ל מקדם יכתוב כתובה חדשה והרי לה כתובה בת' ותמחול הנך ר' דזבנ' לאחרים ויפסיד הלוקח ובכה"ג ודאי מצי' מחול דהא יש לה כתובה ולפי הנ"ל ניחא דא"כ דכותב לה עוד כתובה טרם מחילה וא"כ מה תועיל במחילתה דיגבה מד"ג ואי דתמחול ליורשים הא משעבדי מדר"ן דהא המחילה וחיוב דד"ג בא אחר כתיבת הכתובה וחל דר"ן וע"כ צ"ל דלא יכתוב כתובה חדשה רק לאחר מחילה ואם כן קדמה דינא גרמי ולא משתעבד כנ"ל והא דכתבו ואת"ל דבסוף ביאה אינו יכול למחול יגרשנה ותמחול וכו' אין הכוונה שתמחול לאחר גירושין דא"כ הדר דינא דר"נ רק ימחול קודם גירושין דכי אמרי' סוף ביאה א"י למחול היינו במוחלת ודר עמה אבל אם מוחלת ומגרש לה ואי דר עמה לאחר מחילה מותר וא"כ כך כוונת התו' ועכ"פ לא שייך גבי' דר"נ ודוק. ועיי' ב"ש סי' ס"ה סק"ט ותראה כדברי ובזה י"ל בישוב מה שקשה על מהרש"א לפי דעתו בב"ב דף קמ"ז דאף לר"ת במכרה כתובה בנשואה ומוחלת בגירושין תשלם הכל א"כ להך תי' דמוחלת בעת גירושין איך יתכן לר"ת ולפמ"ש ניחא דהא כוונה דמוחלת קודם גירושין רק מגרשה אח"כ ואין דר עמה. ובזה יובן ג"כ מש"כ התו' בכתובות דף י"ט ד"ה וכגון שחב (ועיין לעיל סי' ס"ו בתומים ס"ק שנ"א דגם התו' ב"ב דקמ"ז כוונו לזה לדעת מהרש"א ע"ש) דהקשו איך אמרינן במצא שובר דנאמנת במגו דמחלה דילמא אינה רוצה למחול לבעלה להפסיד. ותמה המהרש"א דלמה לא תאמין לו כמו בשובר ותעשה קנוניא כמ"ש הרא"ש ולפי הנ"ל ניחא די"ל האשה אינה מאמינה לבעלה כמ"ש תו' שם ב"ב האשה בושה לתבוע בעלה בב"ד רק טרם שתאמר בב"ד להחזיר השובר לבעלה צריך הבעל לעשות לה מסך הלזה כתובה מחדש ואי דיבא הלוקח כתובה לומר מכרת לי דבר שאינו החזיר מעותי וירצה לגבות מהך כתוב' חדשה תמחול לגבי יורשים ואי דיש כאן שעבוד מדר"נ הא המכירה למפרע בטל א"כ חוב לוקח חל מאז וכתובתה נכתבה אח"כ בעת חזרת השובר משא"כ אם תמחול כיצד תעשה תמחול מתחילה א"כ יפשוט לה בעלה רגל ובושה לתבוע בב"ד כמ"ש תוס' ואם יכתוב לה תחילה ואח"כ תמחול מה תועיל הלא יבוא הלוקח לגבות מדינא דגרמי ואי דתמחול ליורשים הא חל דר"נ דהא הכתובה קודמת לחוב דינא דגרמי דחל מעת מחיל' וא"ש דמפסדת ממ"נ ודו"ק (ובהכי ניחא מה שהקשינו במה דס"ל לר"י אפילו בלי ד"ג דמים

שקיבל צריך להחזיר א"כ איך קאמרי תו' בב"ב דאם בריי' דב"מ כמאן דלא דן ד"ג אין קושי' לר"י וק' הא עדיין קשה במוחלת תצטרך לשלם דמים שקיבל' דכל קושי' מוחלת ד"ג בשמחלה מאוחר לכתובה חדשה וחל דר"ן משא"כ בשובר ואם אמרי' בלי ד"ג צריך לשלם דמים שקיבל צ"ל דמכירה בטל למפרע דע"ת זה לא לקח שימחול וא"כ עדיין חוב קודם לכתובה מיהו לפמ"ש התו' דלכך מצי' למחול דה"ל ככותבת התקבלתי איך שייך קבל' לחצאין ולק"מ):

וזהו נראה מכמה דברים שדעת תו' נוטי' לדברי הגהת הרא"ש ובעלי סברא זו יש להם ממ"ש ראי' ברורה. אך אף דיש מקום ופנים בהלכה ברורה בכוונת התו' כמ"ש מ"מ בדברי הרא"ש ק' לכוונם דיסבור הרא"ש דלא נשתעבד מדר"ן אם הלואה שנית נעשית אחר הלואה ראשונה דמלבד דבנו הטור לא ס"ל כן להדיא בדוכתא טובא סי' זה וסי' פ"ה וקי"א אף גם בתשובה כלל ל"ה בעובד' הנ"ל דנתן סבלונות ואחר ניסת לאחר דכ' דאם ניתן נדוניא הבעל לתבוע דבעל סבלונות מפיק מדר"ן אף דקדם סבלונות לנדוני' נשואי שני ואין לדחוק ולומר מה שבלא"ה צ"ל בישוב דברי המרדכי בכתובות בהא דמוחלת כתובה לא הפסידה כתובת בנין דכרין והקשה איך תוכל למחול הא אסור להשהות בלי כתובה ותירוץ דמוחלת בכה"ג אם ימות בעלה כתובה נמחל ואם יגרשנה יחויב ליתן כתובה דתו אין קלה בעיניו להוציא' ואלו בב"ק בשמעתי' הנ"ל הקשה דתזבן כתובה בחובלת בבעלה לבעלה ע"ת כך שאם ימות שתפסיד ואם יגרשנה דיתן לה ואלא ש"מ דאף בכה"ג אסור לר"מ דלא פלוג עבדו רבנן ודברי מרדכי סותרים זא"ז וגם להך מרדכי דכתובות קשיא מהך דחובלת וצ"ל דכוונ' מרדכי באמרו לא פליג היינו דאין לנו ב"ד להשיא עצה בכך ומכ"ש שלא להכריח' על כך כיון דתיקן חכמים בכתובה יש לנו להוסיף אומץ על תקנתא ולא שיה' ב"ד מגרעים תקנתא וליתן יד להקל בכתובה וילמדו תועים אם הב"ד עשו כך אף אנו נוסיף ויצא ח"ו משפט מעוקל וראוי לב"ד להזהר על תקנת חכמים באומץ השמירה וסייג ולא נאות לב"ד לעשות כן אבל אם מעצמם עשו כך ומחל' זו לבעלה באם ימות אבל לא כשתתגרש אין ביד ב"ד למחות על זה ואינו בכלל איסור להשהות בלי כתובה כיון דליכא טעמא דקלה בעיניו להוציאה וכולי האי לא אמרי' לא פלוג למחות בידם שעשו בלי הכרח ועצת ב"ד וא"כ א"ש דכאן בב"ק הקושי' דכל השקלי וטריא שהב"ד יכופו לאשה למכור הכתובה וכו' ובזה יפה תי' המרדכי דלא פלוג עבדו רבנן משא"כ שם בכתובות היא בעצמה מוחלת כתובתה לבעלה בלי כפי' ודעת ב"ד כלל שפיר יתכן כמ"ש מרדכי דמוחלת ע"ת הנ"ל וא"ש ודברי מרדכי נכונים ולית בהו סתירה כלל. וא"כ אף בתו' ורא"ש י"ל כן דמתחילה אין לב"ד לומר

לה שתעשה כן כנ"ל דלא פלוג אבל אנו חוששים שתמחול הכתובה והוא יכתוב לה כתובה חדשה והיינו בזה אופן שאם יגרשנה יהי' לה כתובתה ולא במותו כנ"ל במרדכי וזה יעשה מעצמן בלי ב"ד ואין למחות בידם מחמת שתהיה קלה להוציאה דהא אם יגרשנה מחויב ליתן לה ומ"מ שהלוקח יפסיד דאם נזבין כתובה כזה אין קונה אפי' בפרוטה דמהכ"ת יגרשי אשה אשר לבטח עמו ומיתה שכיח אבל גירושין לא שכיח כל ומי השוטה אשר יתן ע"ז מעותיו בספק גירושין וא"כ יפסיד הלוקח וא"ש. אך אעפ"י שדברים בעצמותן ישרים ונכונים מ"מ קשי' לכוונם בדברי תו' והרא"ש דל"ל כתובה חדשה ה"ל לשנויא דתהי' מוחלת ע"ת זה דמ"ש דיכולה למחול לגמרי ומ"ש דתמחול ע"ת שלא יחויב ליתן כתובתה רק כשיגרשנה וא"כ מפסיד הלוקח כמ"ש ואדרבא נראה לכתוב כתובה בנוסח זה לכ"ע אסור לשנות מטבע שטבעו חכמים בכתוב'. ולכן אין לנו בדברי הרא"ש אלא כפי מ"ש הכנה"ג בשם הרש"ך דאם כתב בשט"ח דמשתעבד לו ולא לב"ח אין עליו חיוב דר"נ דה"ל תנאי שבממון קיים וא"כ י"ל דיכתוב לה כתובה חדשה לאחר מחילה ויכתוב לה ולא לב"ח והרי זה קיים בתקנת חכמים דלא קלה בעינו להוציאה כלל ומ"מ לא משתעבד מדר"ן וא"כ לאחר מיתה תמחול ליורשים ולא שייך כאן דר"נ דהא התנה כך וא"ש. ונמצא דברי הרמב"ן והר"ן ברורים בתו' ורא"ש דבדר"נ לא מצי מחיל ובכתובה כל זמן שיושבת תחת בעלה לא שייך דר"נ אי מטעם דר"ן או מטעם שכתבתי ברא"ש ס"ק א'. אלא דנ"מ בנדוניא להר"ן אף בזה לא שייך דר"נ דהא ג"כ בספק אתי' אם תמות אין כאן גבי' ולשיטת הרא"ש כפי מש"ל בנדוני' שייך דר"נ ולפמ"ש לקמן בסי' תכ"ד טור ורמ"א פסקו כרא"ש. וכן נכון דסברת הר"ן בלא"ה יחידה ולא אמרו רק מכח קושי' כנ"ל והבו דלא לוסיף בנדוניא שהכניס' לו וכנ"ל. (ואמת כי בחדושי לכתובו' עשיתי לסברת הר"ן סמוכים מדברי הרא"ש דפסק בלוותה לצורך מזונות המלוה מוציא מיד הבעל מדר"ן וא"צ פסיקת ב"ד ואלו בקטנה שלוותה דדייקי' טעמא דמיאנה הא לא מיאנה ולוותה צריך בעל לשלם מצריך הרא"ש דווקא פסיקת ב"ד ותמה הג"ת. ולפי' הר"ן ניחא דשם בקטנה לא שייך דר"ן דהא בידה למאן ולא פסיק החוב וה"ל כמו כתוב' בחיי בעלה ולא שייך דר"נ ולכך בעי בפסיקה והארכתי שם) וכמו כן יצא לנו מהנ"ל דאם הלואת שמעון ללוי מאוחר מהלואת שמעון מראובן דנוטים דעת תו' כהנך רבוותא דס"ל דלא משתעבד מדר"נ וא"כ וודאי דאי מחיל דמצי הלוה אחרון לומר קים לי' כיון דהרב' רבותא ס"ל אף בדר"נ מצי מחיל וכאן כמה רבותא דס"ל דלא חל כלל באופן זה דר"נ וא"כ הרי כאן ממש רוב הפוסקים דס"ל דמחילתו הוי מחילה ויכול לומר קים לי בצירוף הפוסקים מתרי טעמא כמש"ל בקונטרס התפיסות. אך קשה להנך

רבוותא א"כ שטרו' מאוחרי' איך יוכשרו הא מפסיד ללוה השני דזה ראובן הלוה בניסן לשמעון ושמעון הלוה באייר ללוי ולא משתעבד לוי לראובן כלל ויכול שמעון למחול וכדומה אבל העדים שאחרו שטרו של ראובן מניסן לסיון א"כ לוי משועבד לו וא"י למחול ואפשר לומר בדכתב לי' דאקני מודים דמ"ש דהי' אז חייב או שנתחייב אח"כ אם כ' לו כל מה שיהי' לו משועבד לך אפי' דאקני ולא אמרו רק בדלא כתב לי' דאקני וא"כ לק"מ דבאמת קיי"ל שטרי מאוחרים אינן כשרים רק בדכתב ליה דאקני ולק"מ. ומזה נתבאר דהרא"ש ס"ל דר"נ א"י למחול ולכך יפה פסק הטור דא"י למחול ולא קשה הא בפסקיו בכתובות פסק דיכול למחול ואיך סמך הטור אתשובה ולא על פסקיו כמ"ש הכנה"ג והט"ז דלפמ"ש הרא"ש בהחובל גופא ס"ל כן וכמ"ש ברישׁ סי' זה באריכות ומש"כ הש"ך בקושי' הרמב"ן שהקשה מהרש"ל ג"כ במצא שובר איך נימא דיחזיר במגו דמוחלת אולי אשה זו חייבת לאחרים ולא מצית למחול אבל בהחזרת שובר בניסן כבר פרוע הוא מקודם ומפסד למלווים. דלא שכיח שילוה לאשה היושבת תחת בעלה. מלבד כי דבריו דחוקים בעצמם אף גם עדיין לא הועיל במשנה מצא שוברים לא יחזיר שאני אומר כתובים היו ונמלך וכו' הא אמר תנו נותנים וקשה קושי' הגמ' וניחוש לקנוניא דל"ל כדשמואל דהא יש לחוש דחייב לאחרים ולא מהני מחילה ובזה לא שייך תי' הש"ך. ואין רצוני להאריך בזה כי כבר כתבתי בזה לעיל סי' ס"ו וסי' נ"ד באריכות ע"ש אלא אחרי כל טורח מו"מ זה ובירור דברים לא נחה דעתי במה שהחליטו דא"י למחול ומי יתן ואדע ענינו דהא מוסכם לעיל סי' פ"ה ולקמן סי' קי"א ראובן שהלוה לשמעון ושמעון ללוי באופן שמשתעבד לוי לראובן מדר"נ ומכר או נתן שמעון שטרו לאחר ליהודה אם גבה יהודה מלוי מטלטלין אין לראובן טענה עליו כלל דהואיל דפרע במטלטלין הוי כאלו הגיעו מטלטלין ליד שמעון ומכרם דלא משתעבדי כנ"ל בסי' פ"ה באריכות א"כ למה גרע כח לוי אם שמעון נתן שטר לאחר ליהודה במתנה זכה יהודה ופקע שעבודו של ראובן ועכשיו דנתנו ללוי עצמו ומוותר לו חובו יהיה גרע כחו ויערער ראובן וכי לא יפה כחו שהוא מוחזק בשלו ומש"כ מאומר מחול לך או נתון לך ועוד בטלה כל הפלפול אי מצי מחל או לא הלא יוכל לומר נתון לך במתנה ודבר זה קשה עלי מאוד ועיי' בש"ך סי' זה סק"ה בפסקא מיהו נ"ל וכו' דכתב להדיא דלא גרע אומר אמנה או פרוע או מחול מאלו ניתן לו במתנה ע"ש והאמת אתו וכן מוכח מתו' כתובות דף פ"א ע"ב דיפה כחו של הלוה במחילה ממתנה דהקשו דאמאי לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי דלמחול לנפשי' ומה קושי' הא אי רוצה ליתן מתנה אינו רשאי כמבואר שם בגמרא ואיך יהיה יכול למחול אלא צריך לומר דיפה כחו במחילה מן מתנה ואם כן קשיא לי מה שנא

דנותנן לאחר ומה שנא דנותנן לו הא הטעם דהוי כאלו באו לידו ונותנם כמ"ש לעיל בסי' פ"ה ואף זהו כמוהו דהוי ליה כגבה כבר וחזר ונותנם לו והגע עצמך אלו פרע לוי במטלטלין וחזר שמעון ונותנם לו מי יכול ראובן לערער ואף זהו כמוהו. והרא"ש כתב בתשובה הביאו הטור ס"ס זה דלכך יכול להלות שמעון ללוי לזמן רב ואין ראובן יכול למחות דהא אלו נתן לו המעות במתנה וכי יכול ראובן לעכב וא"כ אף אח"כ דמרחיב לו הזמן או מחל ג"כ נימא דיהי' כגבה ונתן או מכר לאחר דאין ביד ראובן לערער ואף זהו כמוהו דהא הרחבה דן ליה הרא"ש למתנה והא במתנה גבי מטלטלין מבואר דאין יכול לעכב ולמה יעכב על הרחבת זמן וכדומה כללו של דבר תמה אני ולא אדע נפשי שמתני עיני חכתה לה' להאיר חשכי. ולכן לבי אנסני לדון בדבר חדש כי בלא"ה קשי' לי שיהיו דברי הרא"ש בכתובות פ"ב לא זו שסותרים דברי התשובה כמש"ל אף גם לפי מש"כ דבריו בב"ק מורים דס"ל דבדר"נ אי אפשר למחול ונוסיף על זה דהא הרא"ש בב"ב פרק הספינה כתב דמכירת שטרות דרבנן הואיל ויכול למחול ובפ' מ"ש אמרינן דלכך יכול למחול דירושה דרבנן ואח"כ כתב דר"ת ס"ל מכירה דאוריי' רק תרי שעבודים יש וכו' הא למאן דס"ל דרבנן ל"א סברא זו רק המחילה תלי' הואיל ומכירה דרבנן וכ"כ בהכותב דלרי"ף דס"ל דמכירה דרבנן הטעם דמחילה משום דמכירה דרבנן ואולם דעת הרא"ש בפ' הספינה מורה בביאור דס"ל דרבנן כמ"ש הטור שם ברמזי' דס"ל דרבנן וא"כ איך ס"ד דבדר"ן יהי' מחילה הא דאוריית' גמורה היא ואיך שייך ביה מחילה לטעם האומרי' דמצי למחול היותו דרבנן. ולכן נראה וודאי אם יש ללוה האחרון קרקעות א"כ עיקר שעבודו על קרקעות והם משועבדים למלוה ראשון ואם מכר שטרו ליהודה כנ"ל וגבה בו קרקע קי"ל לעיל בפ"ה דאינו מועיל וראובן מוציא מידו א"כ במוחל אמרי' מסתמא הי' מגבה לו קרקע דע"ז עיקר שעבודו והקרקע א"י למכור וליתן לאחר ולא ללוה וגם למחול א"י ואף דיטעון לוי אני הייתי מגבה לו מטלטלים אין שומעי' לו דכל כמה דלא גבה סתמא דגבי' ושעבודו על קרקע וא"כ איך אפשר למחול ולהפקיע שעבודו אפי' גבה א"י למוכרו וליתן במתנ' ועיין בתו' ב"ב דע"ו דהקשו דיהיה מכירת שטרות דאוריי' דה"ל שעבוד קרקעות ונקנה בשטר ולא יועיל מחילה ע"ש ול"א דהוי טען במטלטלין הייתי פורע וא"כ אין כאן קנין כלל דמחוסר משיכה אלא צ"ל לאו כל כמיני' דעיקר גבי' בקרקעות דהוא משועבד ולא מצי למימר במטלטלין הייתי מגבה אבל בלוי שהוא לוה אחרון שאין לו קרקעות רק מטלטלין מהכ"ת לא יועיל מחילה כמ"ש דהא כל שעבוד' על מטלטלין ואלו גבה יכול ליתנן לאחר ומכ"ש ללוה והיינו מחילה כמ"ש הש"ך דלא גרע וזה ברור ואמת ולא שייך שעבודו על קרקע דהא ל"ל ומ"ש מחיל ומ"ש פרע לו והוא

נתנם במתנה לו והרי הוא כאלו קבלם:

ולכן כל מה שכתבו המחברים הכל באית ליה קרקע וביחוד כמ"ש בהך דהחובל דשם הכל בקרקע דמטלטלים לא נשתעבד כלל בכתובה. וכן במצא שובר בב"מ הכל ע"כ ביש לו קרקע אבל בהך דכתובות האומר שטר אמנה א"נ משום דחב אחרים סתמא קתני הן יש ללוה קרקעות או אין לו רק מטלטלין יפה הקשה הרא"ש דה"ל מגו דמחל או שנתן לו במתנה שפתיו ברור מיללו ולכך הוצרך לכנוס בתי' אחרים ואין כאן סתיר' כלל והפוסקים דתירצו על הך קושי' האו' שטר אמנה דהא מצי מחיל דבר"ן לא מצי למחול מוקי ליה באמת בכה"ג דאית ליה קרקע והרא"ש לא נח לו בזה ובהכי יש להבין דר"ן בפ"ב דכתובות הביא הך תי' דבדר"נ לא מצי מחיל והב"י כתב שנראה שכך דעתו ואלו גבי מי שהיה נושה באחיו לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי הקשה דלמחול לנפשיה ולא הזכיר כלל מהך סברא דהא דר"ן א"י למחול וקשי' אדידי' ולפמ"ש ניחא דשם הא ליכא ליבם כלל רק מטלטלין דקאמר אינה משנ' משום דהוי מטלטלין דיתמי ודייק ליה מדקאמר יקח קרקע ולא קאמר יתן ויאכל פיר"ת ש"מ דל"ל קרקע ולכך יפה הק' דלמחול ואמת התו' שם פ"ב דכתובות ד"ה וכגון שחב כתבו דבהך תי' דבדר"ן א"י למחול מיושב הך קו' דלמחול היבם לנפשי' אף דשם משמע דל"ל קרקע כמ"ש אך י"ל הא דמחלקינן בין קרקע למטלטלין משום דאמרי' לו יהיה אלא מתנ' הא יכול ליתן לאחר וא"כ שם דלא מצי ליתן כדאמרי' שם מכרו אינו מכור אף זהו ליתא דלמחול בדר"ן וא"ש. ולכן נראה ברור לדינא כיון דבלא"ה הרבה ס"ל דיכול למחול כו' והכרעת הש"ך הוא משום דהא משתעבד לראשון ובמטלטלין הא לא אשתעבד א"כ אם אין ללוה אחרון רק מטלטלין וודאי דיכול המוחזק לומר קים לי דמצי למחול וכמו כן אם מלוה ראשון בע"פ דהא אפי' גבה קרקע יכול למכור ואין למלוה ראשון בו ג"כ י"ל דמצי למחול וכן לפענ"ד הלכה ברורה למעשה. והנה הרב הש"ך הקשה דרמ"א דסתם כאן דא"י למחול כדעת המחבר ולא הגיה כלום ובא"ע סי' ע' פסק דלוותה לצורך מזונות מוציא המלוה מבעל מדר"נ ואם מחלה האשה הפסיד המלוה. ותי' הש"ך דמירי דמחלה קודם שלוותה וזה דחוק דמקמ"ל וגם דין זה הוא במרדכי ושם מירי דלוותה ואח"כ מחלה דמרדכי לשיטתו דס"ל דאף מדר"נ יכול למחול וכמ"ש הב"ש שם וגם תי' הב"ש דאירי ביש לה נכסים דוחק ומה שנראה או דאמת דמחלה אחרי הלואה אבל היא לוותה לצורך מזונות על כמה חדשים ותיכף מחלה קודם שעברו ג' חדשים וא"כ כ"ז שלא עברו ג' חדשים אין חיוב על הבעל והחיוב הוא בכל יום העבר וא"כ לא שייך דר"נ דהכא לא נשתעבד לפרוע להבא רק לשעבר ויותר נראה דס"ל לרמ"א דווקא בדר"ן דשעבודא דאוריי' הוא דא"י

למחול אבל מזונות דרבנן א"כ אין כאן שעבוד של תורה והוי ממש כמו מוכר שט"ח וחל עליה מחילה ובחדושי לא"ע הארכתי בזה ואין כאן מקומו:

יא **ואם** אחר שנתחייב וכו' הש"ך העלה דלאו דוקא נתחייב רק התרה בו אל תפרעהו לפלוני כי הוא חייב לי ואתה משועבד מדר"נ ופרע מעצמו חייב לשלם ומסתבר כדבריו אף כי לכאורה מהא דאמרינן בב"ק בפ' שור שנגח ד' וה' דקדם ותפסוה ב"ד ולא אמר דקדם ותפסו' לניזק לכאורה משמע דבעינן דווקא קיבל בב"ד אבל מעצמו לא משתעבד מדר"ן וא"כ אם התפסהו מעצמו יכול בעל השור לערער ה"ל להחזירו לי ולא שייך משתעבדנא ליה מדר"נ לכך צריך הגמ' לומר התפסוה בב"ד דאז משתעבד מדר"ן מ"מ הסברא מחייבת כדברי הש"ך דהא בעת הלווא' השתעבד לו דכתיב לאשר אשם לו ומה צריך ב"ד אין לב"ד אלא לחתוך הדין ולהעמידו על תלו והא דאמרינן בגמ' דאתפסוה ב"ד כבר כתבתי לעיל סק"ה ע"ש. ואמת כי לא זו שלשון המרדכי בפרק שני דייני גזירות דכתב אם לאחר שתבעוה האשה בב"ד לנפקד החזירו לבעל חייב לשלם משמע דוקא בב"ד כי אם גם בר"ן משמע להדיא דבעינן תבעו בב"ד וכן ביותר משמע מתשובת הרא"ש במסרב שכתב המחבר סעיף זה והוא כלל ע"ג שכ' להדיא הטעם דלכך מחויב לשלם כיון שב"ד צוהו שלא להחזיר למסרב הוי כאלו הגבוהו למלוה שהרי הפקיעו כחו של מסרב וכו' מזה ברור דוקא בכח ב"ד שהפקיעו וה"ל כגבהו בכח ב"ד יפה אבל זולת זה לא וזה לכאורה מבואר דלא כש"ך אך נראה כי המרדכי אזיל לשיטתו דפסק דר"י יכול למחול וכן הרא"ש בתשובה זו נשנית קודם חזרה דיכול למחול (או לפמ"ש במטלטלין דלכ"ע יכול למחול) וא"כ מה בכך דפרע לא יהיה אלא מחילה הא מחלו מחול ולכך נתן הרא"ש הטעם דלא היה לו לעבור צווי הב"ד דהוי כגבוי והפקיעו כחו של מסרב אבל לפי דקי"ל דא"י למחול מ"ש מחילה מ"ש פרעון והא משתעבד ומה צורך ב"ד לכך וזה ברור ונכון בכוונת הרא"ש דסבירא ליה בתשובה ההוא דיכול למחול ודוק ואין לומר בזו הסברא דמה שכתב לעיל בכוונת הרא"ש בבבא קמא דסבירא ליה דר"ן אינו יכול למחול דאין כל כך ראיה דיש לומר דהא התם הבית דין יכול לצוות לבעל והוי הפקעת בית דין דכל זה באם פרע אבל לא במחל דאין בית דין יכולין להפקיע ממון שלו ודוק.

יב **אינם** יכולים לדחותו דין זה פשוט וכפול לקמן סי' קי"א ומסתבר אלא שראיתי בהגהת הרא"ש פרק שור שנגח דו"ה דכתב וז"ל ולא גבה ראובן מחוב של שמעון מכח שמעון אלא היכי שהיה יכול לגבות מכח עצמו עכ"ל ופשוטן של דברים מורי' שאם הוא בע"פ הואיל מכח עצמו א"י לטרוף מלקוחות היותו בע"פ אף ששמעון מלוה בשטר מ"מ מכח שמעון א"י לטרוף. ודוחק שיחלוק על דברי הטור הללו שהם דברי טעם ולכן נראה

כי איירי הטור כשאין פסידא ללקוחות אבל אם יש להם פסידא כגון ששמעון הרחיב על לקוחות זמן אולי ימצא שאר נכסים ללוי או כדומה פשיטא דיכולים לדחותו ויאמרו מי יימר דשמעון חייב לך ואין שמעון נאמן דלאו בעל דין שלנו את וקנוניא שמעון עושה לפסיד' שלנו וכן מורי' דברי הטור דכתב דלכך א"י לדחותו דמה נ"מ להם אם ישלמו לזה או לזה. הא במקום פסידא פשיטא דיכולים לדחותו ובאופן הזה מיירי הגה"ת הרא"ש הנ"ל ואין כאן מחלוקת כלל ופשוט:

יג **מי** שיש לו פקדון וכו' ריש סימן זה הביא ב"י בשם תשובת רשב"א דנסתפק אם הלוה נכרי אם דנין בו דר"ן ואמת שכן הוא בתשובה תתקס"א ע"ש אבל הרא"ש בפרק יש נוחלין כתב דגובין לב"ח ולאשה מן מלוה שיש ביד אחרים הן ישראל והן גוי דמשתעבדו מדר"ן וכן עמא דבר והוא לשון רבו מהר"ם דכן כתב המרדכי בפ' יש נוחלין כזה הלשון וכן משמע בתשובה המתואר לרמב"ן סי' כ"ג ע"ש דאף בגוי משתעבד מדר"ן ולכאורה לא הבנתי כלל מה מקום ספיקא של רשב"א ולמה לא ישתעבד הגוי כמו ישראל ואם לאשר אשם לו לישראל נאמר מ"מ נלמד במכ"ש אם ישראל השני משתעבד איך לא יהיה הגוי משתעבד ואמרתי על זה מתוך רמיזתו של מרדכי דבפ' י"נ כאשר העתיק הך דינא של מהר"ם דגובי' אף מגוי משום דמשתעבד מדר"ן כתב ועיין בפרק מ"ש בש"מ שאמר הלואתי לפלוני ונראה דס"ל לפי מה שכתב הרא"ם דש"מ שאמר הלואתי אצל גוי לפלוני דלא קני דאשר פיהם דיבר שוא ולא חל עליו קנין ש"מ א"כ י"ל כמו מטלטלין דלא משתעבד וכבר כתב הרשב"א סוף קדושין דודאי חל שעבוד על הכל רק ירדה תורה לסוף דעתו דלא סמכה דעתו של מלוה עליהם דהא בידו להשמיטן ולהעלימן וא"כ אף מלוה ביד נכרי הואיל ופיהם דיבר שוא וידיהם רמה בגזל לא סמכה דעתו של מלוה ישראל לישראל השני עליו ולא משתעבד כלל והם גרועים ממטלטלין ומה"ט אמרינן דאינם נותנם במתנת ש"מ דלא סמכה דעתו וה"ה בזה שעבוד דר"ן ולכך תלי' המרדכי זה בזה דחדא בחברת' מישך שייך ואלו סברת המרדכי בזה ברור א"כ הרמ"א דהכריע לקמן סי' רנ"ג סעי' כ' כהרא"ם דהמלוה ביד גוי אינו נקנה במתנת ש"מ וכתב וכן נראה לי להורות אף דינו של רשב"א הנ"ל קאי דלא שייך דר"נ בלוה גוי. רק חדא אין זה ברור כ"כ דחד בחברתא תליא דשם תליא באומד הדעת של ש"מ שלא תטרוף דעתו ובגוי לא סמכה אבל כאן דתליא בשעבוד מהכ"ת לא ישתעבדו נכסי גוי לישראל ואפי' למ"ד שעבוד' ל"ד רק אקרקפתא דגברי מונח משום הן צדק כמ"ש רש"י ורשב"ם וזה לא נאמר בב"נ. דוודאי בכלל דינים שנצטוו ב"נ הוא בכלל לפרוע הלוואה וכי עולם הפקר. שנית בגוף הדין גבי ש"מ שאמר הלוואתו וכו' נראה דתלי' במחלוקת אי מעמד ג' שייך בגוי

דהא בגמ' יהיב טעמא דלכך ש"מ שאמר הלואתי לפלוני מהני הואיל ואיתא בבריא במ"ג וא"כ הך דס"ל דמעמד ג' ליתא בגוי כדעת ר"ת ומרדכי אף בש"מ לא מהני ולמאן דס"ל דאיתא אף בש"מ מהני וכבר חשב כן הרב בתשוב' עבוד' גרשוני דיהי' הנך דינין תליא זה בזה אלא דסתרו דהא מהר"ם יהיב טעמא דלכך ש"מ שאמר הלוואתי מגוי לפלוני לא קנה משום דאשר פיה' דיב' שוא וכו' ולא יהיב טעמא הואיל וליתנהו במ"ג והי' ממנו בהעלם תשובת מהר"ם ב"ב בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' ס"ח דכ' דלכך מעמד ג' לא מועיל בגוי משום דאשר פיהם דיבר שוא וכו' הרי הוא הטעם והענין ברור דמאן דאמר דמ"ג נוהג בגוי אף בש"מ מהני דבגמרא תליא זה בזה וחד טעמא איכא לתרווייהו כמ"ש ולפ"ז הך דינא דאי מ"ג איתא בגוי בעצם במחלוקת שנוי' לקמן. ולכך אין לזוז מהכרעת מהר"ם והרא"ש דנוהג מדר"ן בלוה גוי. אך אם ראובן הלוה לגוי וגוי הלוה לישראל אם מצי ראובן להוציא מיד ישראל נראה דלפי מ"ש בתשובת מהר"ם ב"ב דפוס פראג סי' רנ"ג בא' שהלך בשליחות ראובן לגוי שיפרע לראובן באומרו שהוא בנו והגוי האמינו ופרע ועכשיו בא ראובן לתבוע מעותיו וגוי אין לו לשלם ופסק הואיל וגזל כזה שהוא ח"ה לכ"ע אסור א"כ חייב הוא למלוה של גוי מדר"ן ואין לחלק בין גוי לישראל כיון דמי דאשם שלו הוא ישראל וכו' עכ"ל ע"ש הרי מבואר דוקא בגזל דאסור או דאורייתא או מפני ח"ה א"כ אלו תבעו הגוי הי' מחויב להחזירו אף ישראל מוציאו מדר"ן משא"כ בהלואה דקיי"ל הפקעתו מותר ואם הגוי תובעו לדין פטור בב"ד של ישראל א"כ תיכף כשהגיע מעות של גוי ליד ישראל הרי פקע שעבודו של גוי כי אפקעתא דמלכא ובמאי ישתעבד לישראל השני מלוה של גוי ולכן יפה דייק מהר"ם הואיל וגזל אסור אבל בהפקעת הלואתו דמותר לא שייך דר"ן איברא דמהך דינא שרוצים להוציא הפקדון ולולי חשש עלילות לכ"ע מוציאין וכן ברישׁ סי' זה במשכון של גוי ביד ישראל דמוציאין יש כאן סתירה דמ"מ שייך מדר"ן ועיין לעיל מש"כ ס"ס ע"ב דאפשר דפקדון וכדומה דלאו להוצא' ניתנה וכל היכא דאי' ברשות מרא קמא איתא אף בגוי אסור דהוי כמו גזל וא"כ לק"מ מזה ויותר נראה לחלק אם הלוה גוי לשמעון תחילה ואח"כ לוה גוי מראובן פשיטא דלא נשתעבד שמעון לראובן כי תיכף בקבלת המעות פקע שעבודו כמ"ש אבל להיפוך א"כ יכול ראובן לומר איך תפקיע שעבודי הגוי הי' חייב לי ותיכף בקבלת המעות נשתעבדת לי כי הגוי היה בשלוחי מגזרת הכתוב דר"נ וא"כ לי אתה חייב ולא לגוי אך מ"מ צ"ע אף כי מסתבר. דעובדא דמהר"ם הנ"ל הלא היה דהגוי היה חייב לראובן מקדם ומ"מ לא חייבוהו הר"ם רק הואיל וגזל אסור אמנם ברור דאם הלוה ישראל ראשון לגוי וגוי כתב לו מטלטלי' א"ק דגובה דלאו כל כמיניה של גוי

ליתן לישראל המעות במתנה דנשתעבד לישראל הראשון ועיין ריטב"א כתוב' דף פ"ב דכתב היכא דכת' הלוה למלוה הראשון מעות אגב קרקע לא פליגי חכמים עלי' דר"ן כלל דפשיטא דגובה דהרי מעות שקיבל משועבדים לו והוא הדבר שכתבתי בגוי ודוק. ואם הגוי הלוה לראובן וראובן לשמעון וגוי תבעו בד"י לשמעון פשיטא דלא משתעבד דהא כתב מהר"ם הנ"ל ואין לחלק בין גוי לישראל דמי דאשם שלו הוא ישראל הרי אם הוא גוי לא שייך ופשוט:

סימן פז

א **אם** הוא מ"מ כו' כתב הר"ן תבעו בנו"ן שהלוהו ונ' שחבל בו והוא כופר בכל אע"פ שעל החבלה נשבע ונוטל מ"מ לא מיקרי מודה מקצת דהא עדיין לא אשתבע (פי' דלא דנין בי' דין דרח"ק) אבל אם כבר נשבע ותבעו והלה כופר בכל ה"ל ר"ח קמייתא דאנן סהדי דחייב לו הנך נו"ן עכ"ל והביאו הסמ"ע ויש לדייק לפי מה דס"ל להרמב"ם דכל היכי דאינו יכול לכפור לא מיקרי מודה מקצת וא"כ מה אירי' כופר בכל אפילו מודה בחבלה לא הוי מ"מ דהא א"י לכפור דהא נשבע ונוטל ואי דהואיל דאינו נוטל אלא בשבועה לא קרינן אינו יכול לכפור דהא שטר נמי א"י ליטול אלא בשבועה ובפרט בפוגם שטרו ומהר"ן אין ראי' דלא ס"ל הך דינא של רמב"ם כלל אבל לדעת הרמב"ם יש לדקדק בזה וצ"ל דלא דמי הך שבועה להך שבוע' דבשלמא שבועה על שטר ד"ת נוטל בלי שבועה וחז"ל תקנו להפיס דעת של הלוה בעלמא ולכך קרוי א"י לכפור משא"כ בנחבל ד"ת אינו נאמן כלל וחז"ל תקנו לתקנת הנחבלים לכך לא הוי בגדר א"י לכפור. גם יש לדייק באידך בבא דאם כבר נשבע דמשתבע הא לא סגי דעמד בדין לחייבהו שבועה ונשבע א"כ הא הוי שעבוד קרקעות דבעמד בדין לכ"ע גובה משעבדי ועיין לקמן סימן קי"ט וסימן תי"ט ע"ש ודוחק לומר דאירי דלית ליה קרקע כלל ואולי ס"ל דנאמן על פס"ד לומר פרעתי לכך לית ביה גביית משעבדי דבשלמא הוא א"י לטעון פרעתי כיון דכופר ואמר לא חבלתי כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אבל לקוחות יאמרו אין אנו משגיחין בכפירתך והודאתך ואנו אומרי' פרעו. וכן כתב הר"ן להדי' שם גבי ר"ח קמייתא ועיין מש"ל סימן ע"ה וא"כ לפי מש"ל בסימן ל"ט דא"נ לומר פרעתי על פס"ד ליכא כאן שבועת מ"מ: אך אולי י"ל דפס"ד אית לה קלא וטורף עשעבדי ה"מ כשפסקו ב"ד להדי' לשלם אבל כשהב"ד פסקו לישבע וליטול אם כן אף דלקוח' שמעו כן לא נמנעו ליקח כי אולי לא ישבע ומה שנשבע אח"כ לית ליה קלא דאולי נשבע בצנע'

וחוץ לב"ד וגם י"ל הואיל ופס"ד בדרך ספק אין ב"ד מוציאין קול לפסק כי אולי לא ישבע ולית כאן שעבוד קרקעות וצ"ע כי לפ"ז נחבל דנוטל בשבועה לא יגבה ממשעבדי וצ"ע:

ב **דהא** אפילו שטר חשוב הילך והע"ש כתב דהיא גופה ק' דהא ק' להוציא אף בשטר וכ' הסמ"ע דהלא גמרא ערוכה דשטר ה"ל הילך וכתב הש"ך דשם איירי דיש לו קרקע כמ"ש רש"י דכל קרקעות משעובדים וא"כ בממ"נ אי מיירי ביש לו קרקע איך יליף משכון מיניה הא שם חל שעבוד קרקעות וע"כ מיירי הטור בדלית ליה קרקע וא"כ יפה תמה הע"ש למה יהיה באמת הילך הא קשה להוציא ולכך הכריע הש"ך דמשכון לא מיקרי הילך דמשטר אין ראיה או הטעם משום דא"י לכפור או משום שעבוד קרקעות. ואין דבריו נכונים דפשיטא דהטור מיירי ביש לו קרקע דאי בדלית ליה קרקע איך יתואר בו הילך הרבה יצאו חנם אין כסף וממי יגבה מגברא ערטילאי ומ"מ לא קשה דהא ה"ל שעבוד קרקע דראית הטור מס"ד בגמ' שם ב"מ דף ד' דרצה לפשוט דהילך פטור מהא דלוה אומר שתי' דפטור מש"ד וס"ד הטעם דה"ל הילך ומשני הגמרא ש"ה דמסייע ליה שטרא א"נ משום דה"ל שעבוד קרקעות וכו' וא"כ לס"ד דס"ל דשעבוד קרקעות יש בו שבועה דאורייתא וכמ"ש התו' בד"ה אין נשבעים וכ"כ באסיפת זקנים לב"מ להדיא ע"ש ומ"מ ס"ל דלכך פטור משום הילך והיינו הואיל ויש לו שעבוד קרקעות ה"ל הילך וכמ"ש רש"י להדיא דכל הקרקעות משועבדים הרי אף דנשבעים על קרקעות מ"מ הואיל משועבדים לחובו ה"ל הילך א"כ יליף הטור כ"ש במשכונו של מטלטלין בידו דה"ל הילך. והא כל טענת הריטב"א דלכך לא קרוי משכון הילך דמחוסר שומא ומצי לסלוקי בזוזי וטעמי' אלו מישך שייכים אף בשעבוד קרקעות ביותר ויפה טען הטור. וכן מוכח מהא דפריך למ"ד הילך פטור אמאי איצטרך קרא למעט קרקע משבועה וק' הא איצטרך לשעבוד קרקעות שטר ודכוותי' דג"כ אין נשבעים הואיל ומיעטה תורה קרקע משבועה ועכצ"ל דאף דה"א דנשבעים על קרקעות מ"מ שטרות מפטרי מטעם הילך וא"כ יפה טען דמכ"ש משכון. ואף דנדחק דלמא שטר שאני דשטר העומד לגבות כגבוי דמי וה"ל כאלו גבה כבר קרקע ומוחזקת בידו ואע"ג דקיי"ל כב"ה דלא אמרי' שטר העומד לגבות וכו' הא כתבו תו' סוטה דכ"ה דשטר שאין בו ספק כלל לכ"ע הוי כגבוי. אך זה דוחק ואין כדאי לדחות דברי הטור ודברי הטור ברורים. ומה שטען הש"ך דלכך הוי שטר הילך משום דלא יכול לכפור כבר הקשו רבי' מחכמים מה ענין טעם שלא יכול לכפור להילך דהילך ענין אחר ולא יכול לכפור ענין אחר דודאי אף דיכול לכפור ה"ל הילך מטעם דה"ל שעבוד קרקע ועיין בתוס' פרק יש נוחלין גבי נשבע וגובה מחצה מבנ"ח דהקשו התו' הא ה"ל הך חמשים דמודה הילך ותי' הואיל ועדים מעידים שפרע כולו

אינו גובה משעבדי לא קרוי הילך הרי דלא תליא כלל במה שיכול לכפור דהא שם יכול לכפור דמסייעי' לו עדים דפרעו כולו ומ"מ חשבוהו התו' להילך רק עיקר הדבר הואיל ואין יכול לגבות משעבדי ש"מ דס"ל לתו' דכל עצמותו של הילך משום דמשעבדי ליה קרקעות ועיין לקמן מ"ש סימ' פ"ח דאף הרא"ש דקאמר בריש פ"ב דכתובות הילך שלא יכול לכפור לא אמרו אלא בשעבוד קרקעות ומשום שעבוד קרקעות ה"ל הילך ע"ש שהארכתי בזה ועכ"פ דברי הטור ברורים ונכונים ומוכרחים מדברי הגמרא. איברא מרא דהאי שמעתא דמשכון לא מיקרי הילך הוא ר"י בן גאש והוא נתן טעם אחר דמנה אין כאן משכון אין כאן ופי' הר"ן בשבועות והנ"י בב"מ דבריו דלא קשה דבשלמא שם במה קני' ליה המשכון אבל כאן קני' המשכון במעותיו ותי' הר"ן דגם במלוה לא קנה וא"כ במה יקנה המשכון ואי במשיכה בזו שפיר י"ל מנה אין כאן משכון אין כאן. ולטעם זו לא קשה קושית הטור משטר שמשעבד נכסיו בעת הלוואה ומסירת המעות ופשיטא דחל ובאמת בנותן משכון תיכף בעת הלוואה ה"ל הילך אבל אח"כ במאי קני' ליה אך הא גופא במחלוקת שנוי' ופסק רבינו מחבר לקמן ס"ס ר"ד במלוה קנה קנין תורה כמו במעות ומקבל מ"ש א"כ הא קני' ליה משכון ולכן דין זה אין בו הכרע ונוטי' הדברים דה"ל הילך וספק שבועה להקל ואין כאן ש"ד כלל ואין הכרעת הש"ך מכרעת וגם דברי הטור נכונים ועיין מ"ש לקמן סי' פ"ח:

ג **ולמ"ד** דמשכון וכו' בטור כתב על הרמב"ם דכתב בנתחלף דמשתבע ש"ד דאפשר דס"ל דמשכון לא קרוי הילך ותמה הב"י מה אפשר הא מבואר ברמב"ם דס"ל כרבו הר"י הלוי דמשכון לא קרוי הילך ויפה פירש בדרישה דהספ' אי הך דינא תלוי בהך דינא דמשכון לא קרוי הילך וא"כ ליתא לפי מה שכתב הטור דה"ל הילך או לא תליא בזה אך הטעם בדבר למה לא יהיה תלוי בזה דחק הפרישה כנראה למעיין ולי נראה דהך ונתחלף לו סובל שני פירושי' או דיודע הייתי קודם ביאתי לב"ד שאין זה כלי שלך רק נתחלף לי מימי קדם והא לך כלי אחר במקומו או שפירוש שטעה בעת הביאו לב"ד וחושב באמת שהוא כלי שלו עכשיו מרגיש בטעות וא"כ אם הפי' דידע בטעות פשיטא דלא גרע ממשכון ותלי' זה בזה אבל אם הפי' דטעה באמת א"כ מעולם לא נחית זה בב"ד ליתן לו משכון רק בתורת שלו וא"כ מה הילך שייך כאן הא כל שעה יכול לתבעו בטעות נתתי לך ואם כי אח"כ אשר מרגיש בטעות מ"מ מסכים להחזיקו בידו אין זה הילך דבעינן תיכף בעת ההודא' ולכך לא הוי הילך וא"ש וכ"נ באמת אי הודה בטעות לא דמיא למשכון כלל דהא לא נחית בתורת משכון כלל וצ"ע:

ד **וע"א** מסייעו כתב הש"ך דמדברי הטור ס"ס פ"ד מוכח דמ"מ חרם סתם עליו אמנם בתשובת מהרי"ו סי' צ"ב מבואר במקום דע"א מסייעו אפי' חרם סתם אין כאן ודוחק לחלק כשיש עליו זולת עד שבועה אז די דפוטר משבועה ולא מחרם משא"כ דאף דזולת עד אין עליו רק חרם בא ע"א לפטור אף מחרם דאין לזה טעם אי אלים העדות של עד אחד לפטור מחרם אפילו במקום שיהיה חיוב שבועה יפטור מחרם ואי לא אלים אפילו במקום שהיה רק חרם זולתו לא יפטור. ולכן נראה לחלק באופן אחר במקום שטוען עליו ברי אין כח ביד ע"א לפוטרו מחרם דהוא צועק ככרוכי' וטוען ברי אבל במקום שטוען שמא וע"א מסייעו א"כ אין כאן טענה כלל דהוא בעצמו א"י ועד מעיד כדברי הנתבע א"כ מה מקום ספק יש כאן ולכך אפי' מחרם פטור:

ה **י"א** שפוטרו וכו' בת"ה סי' של"ד כתב בשבועת שומרים וע"א מעיד שפשע ואחד אומר שלא פשע ל"א אוקי חד לגבי חד ומשתבע ש"ש אלא ע"א פוטר: והרב הש"ך השיג מהא דכתב הטור לעיל סי' מ"ו ופ"ב בא' אומר תנאי וא' אומר לא היה תנאי דה"ל חד לגבי חד ומשתבע היסת ואם לא יועיל ע"א לפטור מהיסת איך יפטרו משבועת התורה והרב הש"ך סותר דברי עצמו דהא לעיל סי' מ"ו ס"ק ק"ט מפרש בדברי רמ"ה דס"ל באחד אומר תנאי ואחד אומר אינו תנאי דמשתבע שבוע' דאורייתא להכחיש העד ולא הוה השני עד מסייע דאין השני אומר רק היה תנאי אבל מ"מ לא יחייב מדבריו דאין הלוה חייב מכל מקום למלוה ולכך מחייבו רמ"ה שבועה דאורייתא והטור ס"ל דעכ"פ יש כאן הכחשה. וע"ש וא"כ אין כאן קושי' לת"ה דשם ליכא עד הפוטר רק דברי שניהם כמאן דליתא והרי יכול להטיל עליו היסת דלא חייב לו ואין עד מעיד דלא חייב לו כלום משא"כ בעובדא דת"ה דע"א מעיד בבירור שלא פשע. אך לפמש"ל בסי' מ"ו דלא משמע כן בדברי רמ"ה וטור ובפרט במ"ש אחד אומר פרוע ואחד אומר אינו פרוע יש כאן ראיה לסחור דברי הת"ה אך באמת אני תמה דהא הש"ך גופי' כתב בס"ק י' בשם הרא"ש והטור כל היכי דאיכא ספיקא בשבועה לא משביעין והיינו דהיכי דיכול לומר קים לי בממון אף גם בשבועה אמרינן כן וזה מבואר וא"כ אלו שני' אומרי' כך ושנים אומרים כך ועדות מוכחשת היא הלא אין מוציאין ממון מספק דיכול המוחזק לטעון אלו כת אמת האומרים לזכות וא"כ אף בשבועה אלו אמת כדברי העד שלא פשע לא היה כאן שבועה רק כל הספק הואיל ואחר מכחישו ואיך נשביעו מספק הלה יטעון קים לי כהך עד והרב הש"ך הוסיף לומר אפילו בשנים אומרי' פשע ושני' אומרי' לא פשע אוקמינן תרי לבהדי תרי וחייב לישבע ויפה דיבר הש"ך לשיטתו דאמרי' כן בע"א דלענין שבועה אין חילוק בין ע"א לשני' אלא דהיא גופא קשי' הא פלוגתא דרבוותא לא הוי עדיף משני

כתי עדים המכחישים ועיין תוס' פ' חזקת גבי אמאי סמכית אהאי שטרא וכו' ואילו בפלוגתא דרבוותא אי מחייב שבועה או לא אמרי' דאין להשביע מספק ואילו בשני כיתי עדים המכחישים דלהך כת המעידים שלא פשע הא אין כאן שבועה לחייב שבועה מ"ש שבועה מממון וכשם שאין מוציאין ממון כך אין לחייבו שבועה ולכן דברי הת"ה נראי' ברורים לכאורה אם לא דנחלק בשלמא ביש ספק אי חייב שבועה ולא ספק אם אומר אמת או שקר דרך משל בפוגם בעדים דיש ספק אי רמו רבנן שבועה עליו או לא ואין זה ענין אם משקר או אומר אמת רק חז"ל לא הטילו שבועה בזו אמרי' הואיל וספיקא הוא אין להשביעו משא"כ כאן הספק הוא אם אמת כדברי עד זה או זה והיינו אם טוען אמת שלא פשע או לא א"כ היינו גוף שבועה דבאה על ספק אם אמת שלא פשע או לא ומספיקא רמינן שבועה טליו וא"כ מה יתן ומה יוסיף ספק הלזה הנולד ע"י אמירת עדים היינו ספק ראשון והטילו שבועה ודוק. דמ"מ סברא קלושה היא זו. ובפרט בשאר שבועות שאין משביעין על הספק כי אם על וודאי ומה ודאי איכא הע"א מסייעו אף דהוא ספק לב"ד עם מי הנכון והאמת. ובטור י"ל דהתם כיון דד"ת א"צ קיום א"כ השטר בכל אופן בתקפו ואין דברי זה המבטלו מועיל רק חז"ל תקנו קיום די דנבטל השטר אבל מ"מ מהיסת לא נמלט דאלים דברי האומר לא היה תנאי מזה האומר שהיה תנאי דד"ת דברי זה קיימין אבל זולת זה לא ידעתי איך להשביעו ועכ"פ נר' דאפילו לדברי הטור היינו דזה טוען ברי העד שאמר היה תנאי משקר ואיך לא נשמע בקולו להטיל היסת מי יימר אם למחר יתבעו סתם מנה לי בידך מי יכול למנוע היסת משכנגדו וא"כ אף עכשיו ישבע היסת אבל בטענת שמא כמו הנדון דת"ה דטענו שבועת שומרים וא"כ אף התובע א"י לידע אולי האמת כדברי העד דלא פשע איך נשביעהו מספק מ"ש שבועה ומ"ש ממון כמ"ש הרא"ש בכמה דוכתא דאם לא ירצה לישבע יצטרך לשלם והרי צועק קים ליה כהך עד וכמ"ש:

והנה לעיל בסי' מ"ו כתבתי דעת רמ"ה דאם עד הזוקקו לשבועה בא ראשון ונמצא דה"ל לענין שבועה כשנים אף דבא אח"כ עד המסייע ה"ל דברים של א' במקום שנים וכן משמע בר"ן כמ"ש הנ"י ומה שכתב דבעי' דוקא שפסקו ב"ד על פיו כבר השיגו הש"ך ועיין א"ע סי' י"ז בב"ש ס"ק ק"ט ולפ"ז ה"ה להיפך מי שנתחייב ש"ד ובא עד המסייע תחילה אפילו להחולקים על ת"ה אם אח"כ בא עד להכחישו ה"ל חד במקום שני' וכ"כ הט"ז אמנם הש"ך חולק כיון דתרווייהו דאורייתא הן לחייב והן לפטור משבוע' א"כ אף בבאי' זא"ז מ"מ ה"ל תמיד כתרי ותרי ומצאתי ראיה לדברי הש"ך ברא"ש ריש ב"מ דהוכיח דעד דמסייע פוטר דאל"כ ה"ל לפרוך על ר"ח קמייתא מה לע"א ופיו שאין ע"א

פוטרו אם עד אחר מכחישו וכמו כן בפיו אם עד א' אפילו שנים אומרים דגם מקצת שהודה אינו חייב משא"כ ר"ח קמייתא דאם הכחישו עדים להנך דמעידים על חמשים הא לית כאן עדות וצ"ל איך יתכן שאין ע"א פוטרו בע"א הא ה"ל חד נגד חד ואין כאן עדות וא"כ אלו הוי אמרינן מה לפיו שאינו בהכחשה הא עד א' יוכיח וכו' ועכצ"ל דהואיל דעד זה בא ראשון לחייב שבועה אף דיהיה מוכחש אח"כ מע"א אין דבריו של א' במקום שנים וקשה השתא דעד מסייע פוטר עדיין לימא מה לפיו וע"א שאין ע"א מועיל דפיו ודאי אין מועיל כמ"ש הרא"ש דאפילו שני' לא מהני דהודאת בע"ד וכו' ובע"א נמי לא מהני דהא בא ראשון ועכצ"ל הואיל וע"א לסייע ג"כ תורה לא מהני מה שזה בא ראשון דשניהם כתרי יחשבו לענין שבועה והן הן דברי הש"ך וא"כ ה"ה להיפך בבא מסייעו ראשון דמ"ש ומזה הטעם נראה חולק הטור לעיל סי' מ"ו ארמ"ה דנמשך אחר דעת הרא"ש אביו ולכך ס"ל דאין כאן ש"ד בא' אמר תנאי וכו' ועיין מ"ש לעיל בסי' מ"ו דנראה דעת מחבר כרמ"ה. אך באמת לא הבנתי דברי הש"ך דכ' הואיל ושניהם דאורייתא ל"א דה"ל דבריו של חד וכו' דהא בי"ד סי' ל"ט בשוחט שאמר כי הבהמה טריפה וע"א מכחישו אם בא זה שאומר טריפה ראשון לב"ד ה"ל כשנים ואין דברי השני מועיל והא ע"א נאמן באסורי דאורייתא ומ"מ אמרי' דראשון ה"ל כשנים ולכן לא הבנתי דברי הש"ך הנ"ל והיה נראה ברא"ש דכיון דכללא הוא מכח ק"ו דע"א המסייע פוטר משבועה אף שבועת ע"א בכלל וזהו הכלל דע"א קם לשבועה בין לחיוב בין לפטור וכל שבועות בכלל אף שבוע' דע"א לפ"ז להיפך לא אם עד המסייע בא ראשון ה"ל כשני' ותו לא מהני ע"א המכחישו וכן נראה לדינא דהא בלא"ה דעת הת"ה דלעולם אין כאן שבועה אפי' באי' כאחד וכתבתי דמסתברי' דבריו וא"כ וודאי בעד המסייע תחילה לכ"ע ליכא כאן שבועה כלל

ו דה"ה בנשבע ונוטל. הט"ז הקשה הא הך יליף ליה מהר"ם מן נסכא דר"א דלא הטיל שבועה לשכנגדו משום דה"ל עד המסייע ופוטר אפילו דהיה נוטל והיינו דמהר"ם לשיטתו דס"ל כל שאיל"מ שכנגדו נשבע ונוטל משא"כ לפי דקיי"ל שכנגדו אין צריך לישבע א"כ אין כאן ראיה כלל מהך דנסכא דר"א ומנ"ל תו לומר דאף ליטול עד מסיי' פוטר ויפה הקשה אלא לפי דעת שערי' דרב אלפס דהך שנים אוחזים בטלית דנשבע ונוטל עחצה הוא מנשבעים ונוטלים ור"ת פי' על ולחזי זוזי ממאן נקט דס"ל ע"א המסייע ופוטר משבועה ש"מ דאף בנשבע ונוטל פוטר אך לדינא נראה ברור כאשר נראה ג"כ בתשובת חוט השני הנוטל בשטר וכדומה שמהתורה היה נוטל בלי שבועה רק חז"ל הטילו שבועה בזו ברי הע"א פוטר דכי לא יהיה ש"ד כ"כ אלים כמו בשבועה דרבנן

ואי דשם נוטל הא מהתורה היה לו ליטול בלי שבועה אבל היכי דנוטל בשבוע' מכח תקנה כגון השכיר והנגזל שמהתורה אפי' בשבוע' לא יטלו רק חז"ל תקנו שבועה פשיטא דאין ע"א המסייע פוטר דלא תקנו חז"ל להוציא ממון עפ"י ע"א והבו דלא לוסיף בשבועה תקנו ולא בע"א וזה ישר ונכון ועיין לקמן סי' פ"ט שעשיתי סמוכים לזה ע"ש. ואף שבתשובת מהרי"ו משמע אפילו בכה"ג עד מסייע פוטר משבועה. מ"מ נראה נכון כמ"ש ובפרט להוציא מיד המוחזק דיכול לומר קים לי' דבנוטל לא מהני עד מסיי'

ז **נוטל** וכו' כ' הש"ך ס"ק ט"ו היכי דאיל"מ לא פטר לו ע"א דאם א"י לישבע תו לא מחייב שבועה רק ממון מה יועיל ע"א והן הדברים הנאמרים ברא"ש רפ"ק דב"מ בישוב הקו' של הרמב"ן במלחמותיו בשומר שמסר לשומר דלא מהימן בשבועה דמה בכך הא שומר השני יעיד ויסייע לו ע"ש ויש ג"כ ראיה לזו מהא דאמרינן בפ' שבועת עדות דף ל"ב ע"ב הכל מודים בע"א בחשוד על השבועה ולא אמר בפשוט בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהיה מוכרח לשלם וע"י עד היה נפטר אלא דגם העד אינו מועיל בזה ומיהו זהו יש לדחות דמ"ש היינו נסכא דר"א ואטו כרוכל לחשב ומ"מ מורי' הדברים כמ"ש הרא"ש ואלא דקשה א"כ עדיין קושי' הרא"ש במקומו דה"ל למפרך מה לע"א ופיו שכן אין אחר מכחישו אם בא ע"א והעי' שחיי' מנה והוא אומר א"י משלם אף שבא אח"כ עד להכחישו דלא הוי עד מסייע וכמו כן פיו אם אמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא וע"א מכחישו דאינו חייב כלום דהודאת בע"ד כק' עדים כמ"ש הרא"ש משא"כ בשנים האומרים דחייב חמשי' והוא אומר על כל מאה שתבעו א"י דה"ל משאיל"מ אם יבאו שנים ויכחישו לעדים ראשונים הרי אין כאן עדות ופטור מלשלם וקו' הרא"ש במקומו. ולכן נראה ליישב מש"ל בס"ק ה' דמה בכך דעד מסייע פוטר הא קושית הרא"ש הוא באופן דעד המחייב בא ראשון וה"ל כתרי ושם נכנסתי בדוחק אבל נראה דהא בגמרא קאמר מה לע"א שכן על שכפר נשבע וקאמר הגמרא אתי' מג"ש ולפ"ז אין קושי' הרא"ש דליפרך בהעד' ע"א גרידא דהא עיקר ק"ו מגלגול רק קושי' הרא"ש ג"כ מג"ש דאם העיד ע"א שחייב מנה יכופר וחייב שבועה וגלגל עליו עוד מנה ממקום אחר ובא עד אחר להכחישו בגוף המנה ובמה שגלגל עליו לא מהני כיון שבא העד המחייב ראשון ומכ"ש בפיו דהודאת בע"ד וכו' משא"כ בב' מחייבים שבועה ובאו שנים להכחישם פרחה השבועה ואין כאן שבועה ולא ג"ש כלל דשבוע' מעיקרא ליתא ולכך הוכיח הרא"ש דע"א מסייע פוטר וא"כ העד שמעיד שחייב לו ק' והוא כופר והוא גלגל עליו ממ"א ובא השני ומעיד כדברי הנתבע אף דלענין מאה שהעיד ע"א לא מהני סיוע דהא בא ראשון מ"מ לענין גלגול מהני עדותו דה"ל עד מסייע דראשון לא העיד בזה כלום וא"כ תו לא מצי

למפרך דכל הקו' הוא מג"ש דבגוף השבועה בלא"ה מיפרך מה לע"א שעל מה שמעיד נשבע וא"ש וא"כ אף קושי' זו מיושב דל"ל באופן דקאמר א"י דבטוען א"י על מה שהעד הראשון מעיד מהא בלא"ה לא ילפינן ק"ו ואם על מה שמגלגל הא ס"ל לרא"ש בשמעתין דשאלה שכורה דלא אמרי' בג"ש משאיל"מ ע"ש ואין כאן חיוב תשלומין כלל ודוק:

ח **בלא** שבועה עיין מ"ש בס"ק הקודם באיל"מ לא מהני ע"א אך יש לספק בחשוד שיש לו ע"א המסייע אי נימא ג"כ דלא מועיל או לא והנה הסברא והשכל נותן דמהני דבשלמא שם דאומר א"י מתחייב ממון ואיך יועיל ע"א אבל חשוד צועק ככרוכיא אני אשבע רק אנו חוששין שמא ישבע לשוא נפשו מונעים ממנו שבועה ואלו היו יודעים הב"ד שבדין ובאמונה נשבע היינו מניחי' אותו לישבע וכאן הרי עדותו בצידו והתורה האמינו לענין שבועה ואיך נפסיד לחשוד הא אנן סהדי דבקושטא הוי משתבע ובפרט שי"ל בטוען א"י תיכף חל חיוב ממון משא"כ בחשוד הא עדיין מחוסר חבירו שבועה כנגדו ועדיין לא הוי ממון אלא שאין צריך לכך והסברא ראשונה נכונה והן הן דברי רבינו הגדול הב"י בסי' כ"ח דאם יש גוי שחייב שבועה לישראל והוא בכלל חשוד ויש לו ע"א המסייע פוטרו משבועה ותמה עליו הש"ך סימן ע"ה כאלו היה בהעלם עין ממנו דברי הרא"ש הנ"ל אמנם כנים דבריו ואין בהם שכולה:

ובהכי ארווח לן שמעתין דשבועות דף ל"ב דקאמרי' הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה והכל מודים בע"א דר"א ומפרש הגמרא בשכנגדו חשוד על השבועה ששניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומשאיל"מ הכל מודים בע"א דר"א היינו נכסא דר"א וכו' והניחו התוס' בתימא הא הך דשניהם חשודים דאמרי' משאיל"מ ג"כ ר"א הוא דס"ל וא"כ הל"ל הכל מודים בשכנגדו חשוד ובע"א כר"א ולא תי' כלום ולפמ"ש יש ליישבו דוודאי אביי דאמר הכל מודים בשכנגדו חשוד על שבועה לכ"ע אמרי' אפילו לרב ושמואל דפליגי אר"א והיינו או דחשוד יש לו שטר ומת לוה דלרב ושמואל מפסיד כמ"ש הרא"ש דהיינו דרב ושמואל ואלו יש לחשוד ע"א דפקד לוה דנ"ח או שהוא ת"ז באופן דליכא שבועה גביה הרי זה גובה דלא שייך גביה משאיל"מ מפסיד וא"כ עד שמנע וכבש עדותו חייב ק"ש דגרם לו היזק כמ"ש או בשניהם חשודים ויש לחשוד אחד שטר על חבירו דקיי"ל למאן דס"ל לא אמרי' משאיל"מ רק מפסיד א"כ מפסיד זה שטרו משא"כ ביש לו עד המסייע דלא פרע דהודה לפניו או שהוא תוך זמנו גובה א"כ שפיר משכחינן דחייב ק"ש אף לרב ושמואל רק הואיל וקיי"ל כר"א מפרש ליה הגמרא לר"א בשניהם חשודים דה"ל משאיל"מ אבל באמת מילתא דאביי מתפרש בין לרב ושמואל ובין לר"א רק קושטא דמילתא קאמר הגמרא הואיל וקיי"ל כר"א וודאי אביי כר"א אמר

למילתא משא"כ הך דנסכא דר"א לא קאי רק לר"א ולא לרב ושמואל ולכך קאמר הגמרא על הך כר"א אבל הך בשכנגדו חשוד אתי' לכ"ע בין לרב ושמואל ובין לר"א בכל אופן. רק הגמרא מפרש ליה דיהיה אביי אמר למילתא ככ"ע ובפרט לר"א דקיי"ל כוותיה וזה ברור וגם מיושב שיטת הרמ"ה ור' ישעי' דס"ל בחשוד שומר דהתובע טוען שמא נוטל בלי שבועה וא"כ ה"ה בתבעו עפ"י עד דמ"ש ועמ"ש שם בסימן צ"ב ובש"ך ס"ק י"א דמשמע דחד דינא אית ליה עם שבועת שומרים וקשה א"כ הא דאמרי' הכל מודים בשכנגדו בשני חשודים ול"א בחד חשוד רק תבעו ע"פ עד וא"כ ל"ל מי יימר דמשתבע דהא א"צ לישבע כלל ודוחק לומר כמ"ש לקמן בסימן צ"ב דבע"א מודה הרמ"ה. ולפי מ"ש ניחא דבאמת הוי מצי לשנויא כך רק דהגמרא ביקש לומר אוקימתא בשניהם חשודים וא"כ יתכן דהתובע משביע לע"א או דהנתבע משביעו דיתכן דתבעו בע"א ומשאיל"מ הרי התובע וכן מצינו דמודה במקצת ואם כן בלא"ה חייב הנתבע לשלם בשניהם חשודים ולנתבע יש ע"א דמסייע ופוטרו וא"צ לשלם והנתבע תובעו להעיד וא"ש דמוקי ליה הך גוונא דאל"כ אטו כרוכלא היינו נסכא דר"א ודוק כי זה ברור (ומיושב ג"כ הקושיא מש"ל בסימן ע"ה בישוב חד תי' בתו' דשבועות דאביי לא ס"ל משאיל"מ אבל התו' בכתובות העלו דס"ל כן ודוק שמה) ולכן לדינא יכול המוחזק לומר קים לי כהב"י כי לא מצינו ראיה כנגדו ועוד כי זה דהחשוד שכנגדו נשבע ונוטל הוא רק תקנתא דרבנן כדאמרי' בב"מ תקנתא לתקנתא לא עבדינן ואיך לדמותו למתוך שאיל"מ דהוא ד"ת והדמיון רחוק למאוד ואנה מצינו דעבדו רבנן תקנתא בע"א וביחוד נראה בשנים חשודים דוודאי עד א' מועיל דאל"כ הוי הפוכי מטרתי דהרי לאחר פרעון יתבע לשכנגדו בע"א דפרעו פעמים ויתחייב שבועה וחזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ דהא שניהם חשודים וא"כ הפוכי מטרתי ל"ל כמ"ש הרשב"א בחדושיו לקדושין בהן הן שלוחיו הן הן עדיו ע"ש דכיוצא בזה ה"ל הפוכי מטרתי ודוק:

ט **שבועה** וכתב הש"ך מלבד בחשוד שאם יש לתובע ע"א המסייע לא פטרו דאל"כ כל א' יוציא ממון ע"פ ע"א מחשוד וכן הוא בתשובת מהר"ם בתשובת מיימוני והביא ראיה מגמרא. ואמת שכך הוא שם אך שם אירי בתבעו ע"פ ע"א דהך העד גרם השבועה ומכח זה נתחייב שכנגדו לישבע ואם יהיה זה העד מסיי' א"כ הוציא ממון מתחילה ועד סוף עפ"י ע"א ולא שבקית חיי לחשוד דמפסיד ממונו עפ"י ע"א וע"ז יש ראיה מגמרא שבועות דאמר הכל מודים בע"א בחשוד ופריך הגמרא מי יימר דמשתבע' ש"מ דאף בכה"ג צריך שבועה משא"כ אם השבועה לא היה מחמת עד רק במ"מ או בשומרי' בשטוענו ברי כדלקמן סי' צ"ב והעד מסיי' לתובע למה לא יפטרו הא העד לא היה סיבת שבועה כלל

ואין זה מוצי' ממון מחשוד עפ"י ע"א ולא שייך לא שבקי' חיי לחשוד דנתחייב שבועה בלא"ה ובפרט לחד תי' בתוס' דזה שכנגדו נשבע בחשוד היה מתקנה דחסו על החשו' וזה לא שייך בע"א המסייעו וביותר נראה דזהו אם אמרי' בעלמא דתבעו עפ"י עד והפכו לשכנגדו אין שכנגדו מחויב שבועה דעד מסייע פוטרו א"כ שפי' מוכח מגמרא דבחשוד לא אמרי' דעד יסייעו לשכנגדו דלא שבקית כו' אבל אם אמרי' כדעת הש"ך לקמן דבכל דוכתי אין עד עושה שתי פעולות לחייב שבועה ולפטור שכנגדו א"כ אף בחשוד הדין כן דמ"ש דהנתבע מהפך או דהפכו חז"ל מ"מ אין עושה שתי פעול' ואין כאן קושי' וראי' כלל מהך דשבועה ולעולם עד המסייע פוטר בחשוד לשכנגדו אם סיבת השבועה היה מחמת מ"מ וכדומה ודין זה צל"ע:

י **אבל** אם אין מאמינים אותו אלא מכח מגו כו' הש"ך הקשה דסותר לדברי הרא"ש דהקשה הא דאמרי' המפקיד בשטר צריך להחזיר בעדים דאל"כ אף דאית ליה מגו דנאנסה מ"מ שבועה בעי ולמה צריך עדים יחזור בע"א ויפטרו משבועה וקשה הא בזה לא הוה נאמן החזרתי רק במגו ותו לא פטרו עד המסייע והכריע הש"ך דלא כמרדכי ולכאורה איפכא נראה להכריע אף שסותרים זה את זה היה מסתבר כדברי המרדכי דקשה מה מגו יש נאנסה הא הוא אין רוצה לישבע ואם יטעון נאנסה על זה אין לו עד המסייע ויצטרך לישבע ולכך טוען החזרתי ויפטור משבועה ומה מגו שייך כאן הא מזה הטעם בעינן בהחזרתי שבועה אף בכופר בכל משום דזולת זה לית ליה מגו דנאנסה כמבואר בגמר' דרוצה להנצל משבועה וא"כ אף בע"א כן ולכן לכאורה חשבתי דוודאי מתחילה דפסקו חז"ל דעל שטר פקדון נאמן החזרתי אף דאיכא חזקה שטרך בידי מה בעי משום דנאמן במגו דנאנסו ואי דשם היה צריך שבועה אף בטוען החזרתי צריך שבועה ולכך פסקו חכמי התלמוד דנאמן ועכשיו דיצא כך הפסק תו בשטר פקדון עצמו בלי צורך מגו נאמן החזרתי דכיון דכך הדין דנאמן לטעון החזרתי בשבועה תו אינו חושש להניח שטרו ביד המפקיד כיון דנאמן בשבוע' ומה איכפת ליה וא"כ אזלה חזקה דשטרך בידי מה בעי וזהו כל ענין שטר דאינו נאמן פרעתי לא מכח עדים רק מכח שטרך בידי מה בעי ובהך חזקה מוציאין ובפקדון לאחר פסק גמ' תו ליכא חזקה ונאמן בלי מגו וא"ש וכן מוכח מתוס' ב"ב דף ע' דהקשו לר"ת דס"ל דש"ש צריך להיות גבי' הודאה הא דאמרי' בשבועות ש"ש איך משכחת ליה וכו' ואסקינן המפקיד בשטר צריך להחזיר בעדים והיינו שלא יצטרך לישבע מה שבועה יש כאן ול"ל היסת א"כ איך קאמר בעדי' א"צ להחזיר בעדים היסת איך ימלט ע"ש. ואי ס"ל בזה כמרדכי א"כ עדי' דוקא שני עדים דאף דיש לו ע"א על החזרתי מ"מ על נאנסה אין לו עד וא"כ שפיר י"ל בשטר דאין

נאמן רק במגו דנאנסו צריך להחזיר בעדי' דוקא וע"א אין פוטר כמ"ש אבל בעדי' דנאמן בלי מגו א"צ להחזיר בעדים רק להמלט מהיסת בע"א סגי דלסייע ופטור ובזו י"ל הא דדייקו הרשב"ם וריב"ם מהך דשבועות בשטר צריך להחזיר בעדים דלא מהימן כלל אפי' בשבועה ונתקשה בו הרמב"ן מה ראו על ככה הא י"ל אם ירצה לפטור משבועה ע"ש אבל הם סברו עדים דווקא וקשי' להו קושית רבינו יונה ולכך סברו דלא מהימן בשבועה ודוק. ובזה יש להבין התו' שם דהקשו איך ס"ד דאינו נאמן החזרתי במגו דנאנסו הא מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו וקשה מה קושיא כאן איך יניח שטרו על סמך נאנסה ויצטרך שבוע' עכ"פ שבועה זו למה משא"כ במודה בשטר כו' א"צ שבועה כלל ולפי' הנ"ל א"ש דהקושי' הוא לסוגי' דשבועות דשם איכא עד הפוטר משבועה ומ"מ לית ליה מגו והקשו שפיר ודוק אך כל זה דוחק דמנ"ל להרא"ש להקשות קושיא כזו דלמא מגו לא זזה ממקומה וגם הא כללא הוא אי לית ליה מגו דנאנסו כגון שהיה במקום רבים וכדומה אינו נאמן החזרתי. וגם קשה קושי' הש"ך מדברי מרדכי בפ"ק דב"מ במלוה שטוען הלוויתיך והלה כופר דה"ל כאלו אומר לא פרעתי וע"א מעיד שהלוהו אם תפס מלוה משל הנתבע מחזיקו בלי שבועה דע"א פוטרו והא התם דמהני ליה תפיסה היינו במקום שיש לו מגו דלהד"ם או החזרתי ומ"מ ע"א פוטר וקושיא זו צ"ע.

ולכן נראה לומר דס"ל לרא"ש דבממ"נ אם העד אומר אמת שהיה מחזירו מה ישבע הא אמת בפיו ואם חוששין שמשקר כי שטרו ביד חבירו וע"א במקום שטר לא מהני הא יש להם לנפקד ולעד לומר נאנסה וא"כ היה פטור בלי שבועה דע"א מסייע ומגו דבי תרי לא הוי דעל העד אמרינן אלו היה משקר היה יכול לומר נאנסו ואי דאולי לא יכוון עמו הנפקד דמה"ט לא אמרי' מגו דבי תרי הא כתבו תוס' בקדושין דף מ"ב ד"ה והשתא דבמקום רווח ממון אמרי' דהם זריזין לכוון דבריהם וס"ל להדי' דלא בעינן שיהיה רווח מממון לשניהם רק לחד לנתבע (ובחדושי לכתובות בתוס' בשמעתי' עדים שאמרו כת"י הוא זה הוכחתי כן דבע"ד ועד לא הוי מגו דבי תרי ומטעם הנ"ל) וא"כ שפיר יש לו מגו ומ"מ פטור משבועה. אך י"ל הא דאסקינן במקום ממון אמרי' מגו דהעזה היינו למי שנוגע הממון א"כ להרוויח ממון מעיז ואומר שקר כזה וכזה ועיי' מש"ל בכללי מגו באריכות אבל למי שאין נוגע לו כלל ודאי דאינו מעיז בטוב ובייתר נח לו לומר דבר שאין חבירו יודע בשקרו משיאמר דבר שחבירו יודע ולכך א"ש הכל דשם בהרא"ש אם העד ישקר ויאמר נאנסו הלא אין חבירו מכיר בשקרו כלל ויותר נח לו משיאמר החזיר לך וכמו כן בעובדא דמרדכי בפ"ק דב"מ דהעד העיד דלוה וחבירו מכחישו א"כ מכיר בשקרו כמו שהיה מעיד על שארי דבריו שתפס להד"ם או החזירן ולכך מהני

לפוטרו אבל שם בעובדא דמהר"ם בחזקת הבתים שהיה הבן מחזיק בקרקעות אביו באמרו שראה שטר שהיה אביו נותן לאמו במתנה ועל זה ע"א מסייעו ויש לו מגו דזבנהו מיורשי' הטוענים עליו בזו ליכא מגו דהעד יאמר כן דהעד אינו רוצה להעיז ויכירו הטוענים בשקרו משא"כ באמרו כי ראה שטר שנתן מורישם לאם הנתבע אינם מכירים בשקרו ומגו כזה בעד לא אמרי' ולכך לית ליה מגו לפטור משבועה וצדקו דברי מהר"ם וא"ש ולק"מ וא"כ לדינא קיי"ל כמ"ש הש"ך במקום דליכא מגו דהעזה לגבי עד אבל במקום דאיכא מגו דהעזה לגבי עד לא אמרינן ועדיין זה צ"ע:

יא **לא** מפקינן כתב הש"ך דבפסקי רקנטי נסתפק חשוד שכנגדו נשבע ונוטל אי תפס שכנגדו ולא רצה לישבע כיצד עושין אי מפקינן אי לא והש"ך כתב מסברא מפקינן ולי נראה להוכיח כן דהא דעת תו' ורא"ש גבי אי פקח בשני חשודים בשטר ומחויב בעל השטר לישבע חייב הלוה לשלם וקשה למה ואי דמוטל עלי לישבע וא"י דהוי חשוד ולכך משלם לו יהיה דיכול לישבע ואין רוצה לא מפקינן מיני' דכאן הא הלוה תפס בשלו והתובע חשוד ומוטל שבועה על שכנגדו והוא תפס ואיך נוציא ממנו אלא וודאי דתפיסה לא מהני ופשוט:

יב **מיניה** עיי' אורים ס"ק כ"ה דדעת הר"ן דוקא דתפס מעו' וכתב הש"ך דכן י"ל דעת הרי"ף ול"ק א"כ הא דפי' הרי"ף אם פקח הוא כדי שאם תתפס שתצטרך לישבע ש"ד משא"כ בשבועה דרבנן הא כיון דתפסה מעות בעדים הרי נפרעת כתובתה א"כ תיכף יתבעה בע"א שפרע כבר והרי כאן ש"ד דהפי' דהיא תמנע מלישבע עכשיו ותמתין עד שאותו עד ימות או ילך למד"ה ואח"כ תתפו' ותו לא מצי לתבוע בש"ד דהעד אינו לפנינו להעיד עכשיו בב"ד ולכך אי פקח לא ממתין כלל כי תיכף פורע לה ותיכף תובעה בעד בעודנו חי:

יג **א"י** להפכה וכתב הש"ך דרבי' מרבוות' דס"ל דשבועת המשנה יכולים להפך וכתב דנ"מ ג"כ דאף דאפי' לדעת האומרי' דא"י להפוך מ"מ הרי התובע יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים והשבע היסת מ"מ יש נ"מ בע"א מעיד שפרוע אם הוא הנתבע נשבע בתורת היפך א"כ לא הוי עד מסייע דהואיל דע"י נתחייב התובע שבועה משא"כ אם יאמר א"א כו' רק השבע לי היסת הא ע"א מסייעו והנה החליט הש"ך הך דינא דאם ע"א מעיד שפרוע דחייב לישבע והפכה חייב לישבע ואין עד ההוא פוטרו ואמת כי מסתבר דא"כ נפק ממון עפ"י ע"א ויש לו ראי' מתוס' ורא"ש דפי' על פקח הוא כדי שלא תוכל להפכו וקשה איך אפשר להפוך הא ה"ל עד מסייע והם ס"ל דעד מסייע פוטר אלא ש"מ בכה"ג עד מסייע אינו פוטר אבל באמת לא כן דעת מהר"ם מרוטנבורג כפי מ"ש בהגהת

מיימוני בהל' שבועות פרק י"א משמו וכמו שכתבתי בסי' פ"ד דדייק דרש"י פי' על סברת רמב"ח ש"ד בפוגמת דנ"מ להיפך שבועה ואלו גבי פקח הוא פירש"י נ"מ לנק"ח ותי' דרש"י ס"ל פוגמת אף שבועה דרבנן בנק"ח ולכך חילק רש"י לענין היפך אמנם בע"א מעיד שהוא פרוע אי אפשר לומר לענין היפך דהא אם יהפכו ה"ל עד מסייע לכך פי' הבדל בנק"ח דבע"א מעיד שהוא פרוע דהוא רק להפסת דעת א"צ נק"ח הרי דס"ל להדיא בכוונת רש"י דאף דעיקר שבועה מתורת העדאת העד מ"מ בהיפך פוטר ובתוס' ורא"ש י"ל דיש לחוש דהיא לא תכחיש העד להדי' שלא קבלה ממנו כלום רק תטעון אין שקלית והחזירו לו לבעל או סטראי וכדומה ונאמנת במגו דהיה מכחשת לעד ונשבעת ואף זו נאמנת בשבועה ואם יבקש הבעל השבועה תהפך עליו שלא החזירו לו הפרעון וכדומה ובזו אין עד מסייע ויכולה להפך כמו גוף שבועה אבל באם יתבע אחר הפרעון הרי אם תכחיש לעד צריכה ש"ד וא"א להפך. אף בזה כיון דכל נאמנות של מגו מכח שהיה מכחשת לעד בשבועה וכמו דגוף השבועה א"י להפוך כך טענה דאת' מחמתי' מכח מגו וגם בש"ד לאו כל כמינה לומר כן כיון דאינה מכחשת לעד ה"ל כנסכא דר"א כן י"ל לכאורה ועיין לעיל סי' נ"ח (ואפשר דגם מהר"ם מודה כן רק פי' ברש"י במילתא דר"פ דהא ס"ל בסטראי לא איתרע שטרא וא"כ לא מהני ע"א ודוק) . אך באמת לא נראה כי בסתימת לשון תוס' ורא"ש גם דברי מהר"ם הם לדינו שחושב שבועת ע"א לקיל מן שבועת פוגמת וזה נגד השכל דהא ע"א צועק ככרוכי' פרע לך ואיך לא יהיה חמור כמו שבוע' פוגמת ומנ"ל לרש"י זה ונחלק בשבועות מסברא ומי הכריח רש"י לפרש כן וגם יש לדייק א"כ על הא דס"ל רמב"ח דעד מעיד שהוא פרוע שבועה דאורייי' ה"ל לרש"י לפרש דנ"מ לענין נק"ח דליכא למימר כמ"ש רש"י גבי פוגמת היפך שבועה ולמה לא פי' רש"י רק גבי אי פקח הוא וכו' ונראה דס"ל לרש"י כמ"ש לעיל בסי' פ"ד הא דחוששין בגמרא דפוגמת בפחות מש"פ ולפי' תוס' גם בפוחתת דאתי לאערומי מה ערומי יש ואי להמלט משבועה הא יכול לטעון השבע לי (וכבר כתבתי מזה לעיל סי' פ"ד ליישב פי' רש"י) ולכך ס"ל לרש"י דאמת כל שבועות השנויות במשנה הם בנק"ח אבל מה שלא נזכר במשנה הם בנדר שבועת היסת כי רש"י ס"ל אף היסת היה בזמן המשנה ומ"מ אין צריך לנק"ח ואף שבועת אשתבע לי אף דהיה בזמן המשנה מ"מ הואיל ולא נזכר במשנה בגדר היסת היא וא"צ לנק"ח וכ"כ הש"ך ס"ק כ"ח דכל שבועות שאין נחשבים במשנה בכלל היסת הן ומכ"ש לפי' רש"י ע"ש והא דלא קאמר הגמרא בשאלו מה בין זה לפוגם שטרו ולא השיב נק"ח איכא בינייהו י"ל או דקו' הגמרא מה צריך לתקן פוגמת שבועה כיון דבלא"ה צריך לישבע וכי על זה יהיה עיקר תקנה בשביל נק"ח ועוד י"ל

בס"ד דב"ד טוענין השבע הרי הוא בכלל שבועת דיינין והם בנק"ח אבל למסקנא דאין הב"ד טוענין רק איהו טען שפיר י"ל דא"צ נק"ח וא"כ לק"מ דמה ערומי יש כאן הלא יכול לטעון השבע לי דהיא מונעת עצמה מנק"ח דהא על זה כל פקחתו של ר"פ ולכך מערמת להמלט משבועת פוגמת כי אם תטעון השבע לי א"צ לנק"ח כלל ושפיר יש לחוש להערמה וא"ש:

ולפ"ז נכונים דברי רש"י דאף במילתא דר"פ ס"ל לרש"י כמ"ש לעיל דתוכל להפך ואי דיש לו עד דמסייע הוא הדבר שכ' הש"ך הואיל והוא מחייב שבועה א"י להיות עד דמסייע רק דקשי' לי' תינח בדרמב"ח דאמר סבר שבועה דאוריי' דנ"מ אי אקרה כך אי תוכל להפך או לא אבל ר"פ דאמר אי פקח וכו' דביקש להשיאו עצה להמלט מהיפך הא יכול לומר השבע לי בלי תביעה בעד כלל וא"כ איך תוכל להפך הא ה"ל עד דמסייע דהא עיקר שבועה לא היה ע"י עד ולזה פי' רש"י אי פקח מייתי לידי ש"ד דחמורא שהיא בנק"ח אבל שבועה דרבנן קלה כוונתו לשבועת השבע לי דשבועה הנזכר במשנה הוא כעין דאורייתא וא"כ כיצד יעשה יתבע אות' עפ"י עד כדי לעשות ש"ח תחזיר ותהפך ואם יתב' שלא עפ"י עד רק השבע לי תשבע באמת דכיון דבלאו נק"ח היא קלה ולא תהפך (וכן לרמב"ח י"ל כמ"ש לעיל סי' פ"ד דנ"מ ת"ז דלא שייך השבע לי משא"כ לר"פ דס"ל בב"ב אדם פורע ת"ז ל"ל כן ולא ס"ל לרש"י לחלק בין כתובה לשארי דברים כמ"ש תוס' בב"ב ולכך צ"ל לר"פ וכו') ודבר זה ישר ואף כי הלשון ברש"י שם בד"ה אי פקח קצת דחוק מ"מ טוב לנו משנכנס בדחוקים אחרים וגם יהיה דברי רש"י סותרים למס' גיטין כמ"ש בתו' ולפמ"ש הכל מיושב ברור היטיב. ובפרט כי רש"י פי' בשבועות הא דאמרי' מה איכא בין ש"ד לשבועה דרבנן פי' רש"י שבועה דרבנן הך דר"נ הרי מבואר דרש"י ס"ל שבועת המשנה לא מיקרי שבועה דרבנן רק היסת וכאן כתב רש"י שבועה דרבנן ולא כתב שבועת המשנה ונוטים הדברים דכוונה להך שבועה דאשתבע לי וא"ש ומה שהביאני לכל זה הוא הרא"ש בשבועת הדיינים דכתב ותימא אמאי לא קאמר נ"מ בנק"ח דאיתא בשבועה דאורייתא וליתא בשבועה דרבנן וכך פי' רש"י בהכותב אי פקח הוא כו' דנ"מ שבועה דאורייתא בעי נק"ח וכן כתבו הגאונים דש"ד בעי נק"ח והיסת לא בעי נק"ח אבל נשבעים ונוטלים דבפ' כל הנשבעים בעי נק"ח וכו' ע"ש ולכאורה קשה הא דעת רש"י היפך מדעת הגאונים דהא הגאונים ס"ל היסת לא בעי נק"ח אבל שבועת המשנה בעי כמ"ש הרא"ש להדיא ואלו רש"י ס"ל דאפילו שבועת המשנה לא בעי נק"ח כמ"ש רש"י להדיא ועוד למה בחר ברש"י כתובות מה שיש בו מהקושי' מיניה וביה דמתחילה גבי סבר רמב"ח שבועה דאורייתא ס"ל לרש"י משום היפך שבועה ולא

הבדל נק"ח וכמ"ש תוס' ולא בחר בדברי רש"י בגיטין דשם כתבו להדיא דאף שבועת המשנה בנק"ח וצ"ע לכאורה אבל לפמ"ש ניחא דלא אמר רש"י רק בשבועת השבע לי דהיא בגדר היסת כמ"ש אבל לא בשבועת המשנה וכל דברים מכוונים בדברי הרא"ש והן המורים על אמיתת פי' בדברי רש"י הנ"ל ואפשר גם מהר"ם ס"ל כסברת הש"ך דאין ע"א עושה שני פעולות רק דקשה ה"ל לר"פ להשיא עצה לטעון השבע לי בלי עד ואם תהפך הרי ע"א מסייע וכמ"ש ברש"י ולתו' וראש לא קשה כנ"ל דיכול לתבוע מבלי עד רק השבע לי ואם תהפך הרי עד מסייע די"ל או כמ"ש לעיל בסי' פ"ד דאירי ת"ז וא"כ ליכא להשביע כי אם עפ"י עד אחד וטוען השבע לי או דאם יטעון בלי עד השבע לי תשבע מבלי מגור אבל עפ"י עד תמנע מלישבע אולי אח"כ הבעל והעד יעשה חשודה ואם יתבעה עפ"י עד תהפך ולכך בשבועה דאורייתא א"א לה לישבע וכן להיפך ודוק אבל עכ"פ הסברא נכונה כמ"ש הש"ך דעד מחייב שבועה א"י להיות עד לפטור בהיפך ודוק. וכן יש להוכיח מהא דס"ל לרשב"א הביאו הר"ן בפ' שבועת עדות באומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דה"ל משאיל"מ דאין שכנגדו צריך לישבע וכמו שפסק בש"ע סי' ע"ה סעיף י"ג וראיה מהך דשבועת עדות הכל מודים בע"א בנסכא דר"א דמוכח שאין שכנגדו צריך שבועה וקשה הא שם ה"ל עד מסייע והך שכנגדו נשבע שבועה דרבנן ס"ל לרשב"א בתשובה אלף ס"א דעד המסייע פוטר וכמ"ש מהר"ם באמת ועכצ"ל סברת הש"ך דכאן לא הוי עד מסייע הואיל והוא גרם שבועה לנתבע ודברי הש"ך מוכרחים והנה דעת הש"ך לרש"י וסייעתו דס"ל בשבועת המשנה יכול להפך אפי' באותן שמהדין לא היה להם ליטול רק חז"ל תקנו שיטלו יכולים להפוך דהא סתמא אמרו בדרבנן מפכינן דין זה צ"ע דהא רש"י פי' בדרבנן הך דר"נ ש"מ דס"ל דלא קאי אשבועת המשנה והיינו מהך טעמא דאי מפרש דרבנן אף אשבועת המשנה א"כ אף אלו שאין ראוי מהדין ליטול בכלל כמ"ש הש"ך וזהו לא סבירא ליה לרש"י ולכך פי' רש"י דקאי על מלתא דהיסת דר"נ ומה שפי' רש"י שם בכתובות גבי פוגמת ואינך דיכול' להפך הוא מסברא כיון דשורת הדין שתגבה בלי שבועה רק להפסת דעתו תקנו חז"ל שבועה והיש לך הפסת דעת יותר מהאומרת השבע לי אתה ותפטר ועוד אי מפרשי מלתא דרבנן אכל שבועות א"כ אף שכיר בכלל וכמ"ש באמת הש"ך וזהו במחלוקת שנוי' כמש"ל בסי' פ"ט כיון דכל הטעם דבעה"ב טרוד בפועלים איך נשבעוהו אולי משגה הוא ויבוא לכלל שבועת שוא ח"ו ועיין מ"ש סי' פ"ט ולכן הבו דלא לוסיף וברור דבשבועו' כאלה לא מהפכינן ולא מצי המוחזק לומר קים לי ואפושי פלוגתא לא מפשינן:

יד **על** ספק כו' כ' הרב הש"ך הטוען בפקון החזרתי דנאמן במגו דנאנסו מ"מ דין שבועה דרבנן אית ליה ויכול להפך וכבר השגתי עליו בכללי מגו דדין זה ליתא ויש לו כל דין ש"ד וא"י להפכו ע"ש:

טו **אין** מהפכין כ' בתשובת שבות ימקב סימן קנ"א דשני' שתבעו זה לזה ואחד נתחייב ש"ד וא' שבועה דרבנן אין אומרים זה שנתחייב ש"ד ישבע תחילה אלא יטילו גורל וראיה שלו ממשנה מי נשבע תחילה אף דעל א' ש"ד ועל שני שבועה דרבנן שמא עיניו נתן בו מ"מ שאל מי נשבע תחילה ש"מ דליכא קפידא ונ"מ בהא מ"ש וראיה זו איני מכיר דאטו במשנה מקשן ותרצן רק המשנה פירושא קמפרש מי נשבע תחילה פן יעלה ברוחך לומר דזה שיש לו ש"ד ישבע תחילה וע"ז קאמר המשנה לא כן רק שני נשבע תחילה שמא ישבע וכו' ואפילו נימא דהיה ספק במשנה מי נשבע תחילה מ"מ אין כאן ראיה דיש כאן מקום ספק דיש לומר זה נשבע הואיל וחייב ש"ד לעומת זה י"ל דהשני נשבע תחילה שאם ימנע מלישבע ויצא פקדון ארווח לן שבועה של ראשון דהרי פקדון לפניך וא"צ לישבע כמה שוה וכל הפוסקים שכתבו הטעם היכא שלוה חייב היסת דישבע המלוה תחילה שמא ישבע הלה אף דשבועת המלוה היא שבועה חמורה משבועת הלוה טובא קמ"ל דאפילו מאמינו ואפילו מחל השני שהוא ישבע תחילה אין שומעין לו וגם במשנה יש לפרש מי נשבע תחילה בהכרת אפילו נתרצו שניהם שזה ישבע תחילה מ"מ אין שומעין לו דלא יבוא לידי ח"ה. אך ראה זה מצאתי בריטב"א הובא באסיפת זקנים דכתב מי נשבע תחילה וקשיא לן תיפוק דהכי דינא שישבע המלוה תחילה שאינו ברשותו כדמוכח לעיל וי"ל דאפ"ה כיון דשבועת הלוה דאורייתא ושבועת מלוה דרבנן והוה ס"ד דלוה קדם ומשתבע אם ירצה ב"ד קמ"ל דע"כ ישבע המלוה תחילה שמא ישבע וכו' עכ"ל הרי מבואר להדיא דלולי הנך טעמים וסניפים היה לזה דחייב ש"ד משפט הקדימה וא"כ מי יחלוק אריטב"א אך מ"מ הכל לפי ראות עיני ב"ד דאם יראו ע"י הקדמת שבועת השני יותר יתפשר יש להם להקדים דהא כ' הריטב"א אם ירצו הב"ד הרי דמסורה לב"ד אף ששורת הדין להקדים ש"ד מ"מ יכולים לאחרו אם ראו טעם לדבר וכן נכון להורות:

טז **אי** אפשי וכו' הרב מהרא"י וכן הד"מ חושבים דהתו' ורא"ש חולקים ע"ז דהא הם כתבו אי פקח הוא מייתי לידי ש"ד דלמ"ד דשבועת המשנה מהפכין נ"מ לענין היפך הא למ"ד שבועת המשנה ליתא בהיפך צ"ל פי' אחר וקשה אף דאין מהפכים בשבועת המשנה מ"מ נ"מ לענין היפוך דבשבועת המשנה יכולה לומר אי אפשי וכו' השבע לי היסת משא"כ בש"ד ש"מ דלא ס"ל הך דינא ואפילו אי אפשי לא מצי למימר והרב הש"ך כתב דשגו וטעו בזה דא"א לומר נ"מ כזה דאי תאמר הריני מבטל שטר כתובתי רק

הנני תובעך בע"פ השבע לי היסת אם אינך חייב לי א"כ אף שיהיה פקח ויתבע אותה אח"כ בע"א או שלם או לישבע תשלמו ותאמר השבע לי היסת אם אינך חייב לי כי שלא כדין שלמתי והיא היא. ועוד בשלמא בהיפך שבועת המשנה להדיא ליכא עד מסייע כמ"ש הואיל והיא היה מחייב שבועה א"י לסייע בהפכו משא"כ אם תאמרה א"א כלל בכתובתי רק תאמר השבע לי היסת הרי כאן עד מסייע ואם כי יש מקום לדבריו מ"מ אין להשיג עליהם בזה ובפרט לומר שגו וטעו ח"ו כי בקו' שני' י"ל דהם לא ס"ל סברת הש"ך לחלק בעד מסייע בין בא השבועה מחמתו או לא רק ס"ל כדעת מהר"ם כמש"ל בס"ק י"ב דלעולם עד מסייע פוטר ודברי תו' ורא"ש מתפרשים כמש"ל דהיא לא תכחיש סעד בהחלט רק תאמר סטראי נינהו ואף טענה זו נידון כגוף הטענה אלו הכחישה העד בהחלט ע"ש וא"כ שפיר דייקו דהל"ל השבע היסת דלא סט אי ואין כאן עד מסייע כלל ולק"מ אף קושיא ראשונה דהא אף בנתחייב ש"ד תוכל לשלם ולתבוע היסת נראה דס"ל דקיי"ל בשבועה דרבנן ומכ"ש בהיסת לא נחתינן לנכסים אבל באשה שיש לה שטר ויכולה לגבות רק הוא טוען פרוע והיא אמרה דל לתקנת חז"ל שאהיה נאמן בשטרי ויהיה נדון השטר כתביעת בע"פ השבע לי היסת אבל אין מבטל השטר לגמרי רק ע"ת שישבע היסת ואם לא ישבע הרי שטרה בתוקף שטר שהיא לא בטלה רק תקנת חז"ל שתהיה נאמנת והיא אמרה אתה תהיה נאמן בשבועת היסת אבל בשביל זה אם לא ישבע אין שטרה בטל וא"כ פשיטא כשלא ישבע שיורדים לנכסיו דהא שטרו בידה בתכלית התוקף ואומרת או השבע לי או פרע לי שטרי כי אדעת' דהכי בטלתי תיכף שטרי אם תשבע ואם לאו הרי הוא בתוקפו וא"כ טובי נ"מ אם עכשיו תטיל עליו היסת אם ימנע תרד לנכסיו משא"כ אח"כ שתחזור ותשלם לו ואח"כ תטעון עליו היסת כמ"ש הש"ך הרי זה כשאר היסת דעלמא דלא נחתינן לנכסיו כלל וזהו לא תעשה האשה שתוציא המעות מה שנא תוכל לירד לנכסיו אם ימנע מלישבע והלא כה הם דברי הרי"ף דכל פקחות הוא לענין שיכול לירד לנכסיו ע"ש וה"ה להיפך שתמנע האשה ליתן לו מעות ע"כ ותתפשר וא"ש ודבריהם נכונים (ועוד י"ל דהקושי' מה דוחקא לאוקמי מילתא דר"פ בדרכים שונים שהיה חשודים וכדומה ולא בפשוט דאין ע"א מעיד שפרע כל כתובתה רק מקצת ד"מ כתובתה אלף והוא אומר פרע ת"ק ועד אחד מעיד כן א"כ אם אין מזקיקה לש"ד תאמרה אינה מבקשת לגבות כלל בשטר רק אני תובעך בע"פ אתה חייב לי אלף ואני עקרתי כתובתי ולא הוי ש"ק כלל ואתה מ"מ השבע שביעת התורה דמ"ש אי אפשי בכופר הכל להיסת ומ"ש א"א במ"מ לש"ד וא"כ חייב ש"ד משא"כ אם יפרע לה ותהי' חייבת ש"ד ואם תתבענו אח"כ שתפרע לו כמבוקשו ותתבענו שני' כקו' הש"ך אין כאן

רק היסת ואין מקום לקו' הש"ך והוכחת ת"ה נכון רק אפשר לומר דסבירא ליה כמ"ש הרא"ה בפ"ב דכתובות אע"ג דמצי לומר פרעתי ואין שטר בידה מכל מקום הואיל ואין נגבה אלא מקרקעות הוה ליה ש"ק ודוק) ואם כי לדינא כבר כתבתי דנראה עיקר כש"ך דח לק בעד מסייע אם השבועה בא מהמתו וא"כ אין צריך לומר דכוונו לטענת סטראי ואין להם הוכחה כנ"ל מכל מקום אין כאן השגה עליהם לומר שטעו וביחיד הדין זה נ"ל ברור לדינא בבעל השטר האומר ללוה השבע לי היסת דאם לא ישבע דנחתינן לנכסיו בכח השטר כי זה ברור ונכון שוב מצאתי להרא"ה בכתובות דכתב על הך אי פקח הוא וכו' וז"ל דנ"מ אי אמרה לא בעי למידן בשטרי וחשיב שטרא כמאן דליתא ותבעה ליה ק' או ר' בברי דקא מחייב ליה היסת אי קאמר לא בעינ' אשתבעי ומהפך עליה נשבעת היסת בלי נק"ח אבל השתא מביאה לידי נק"ח עכ"ל ואף ליה יקשה הש"ך מאן מעכב שתפרע לו ותתבע אותו אח"כ וצ"ל כמ"ש וממש דברי מהרא"י הן דברי הרא"ה ודוק ובזו אפשר ליישב דברי רש"י דכתב על פקח וכו' כי שבועה דרבנן בלא נק"ח ותמהו ע"ז כמש"ל ולפ"ז ניחא דקשי' ליה לרש"י קושי' הנ"ל מה נ"מ בהיפך הלא תוכל לומר השבע לי היסת וא"כ אף דהיא באה לש"ד תשלם לו ותתבע שנית השבע היסת כקושי' הש"ך בשלמא ברמב"ח שפיר מפרש רש"י משום היפך ולא קשה כנ"ל דאז לא היה היסת אבל גי' רש"י כתו' בשבועות דר"נ אמר אי פקח וכו' ור"נ ס"ל היסת ולכך צריך רש"י לפרש דלא ישבע בנק"ח משא"כ ע"י היפך ישבע כדאורייתא בנק"ח וא"ש ודוק: ודע כי בבואי לפראג ראיתי מורים אפילו בש"ד יכול להפכו על התובע בהיסת ושאלתי לזקנים ומומחים שבדור מה ראו על ככה לפסוק היפך בש"ד והשיבו לי שכך קבלה בידם ואפשר כי בזמנינו אין נשבע עד שמניח מעות התביעה ביד ב"ד מושלש עד אחר שבועה וא"כ מחשב זה כפרעון הואיל והוא ביד ב"ד כאותו שאמרו חולש מעותיו ללשכה וא"כ הרי זה יכול אח"כ לתבעו השבע לי היסת שלא פרעתיך שלא כדין. ואם כן תיכף נשבע כי היינו תביעה חדשה ואם כי יש לדחות זה בכמה אנפי מ"מ כן עמא דבר ואם קבלה נקבל:

יז הוה טעות בדבר משנה כו' הרב הש"ך האריך לחלוק בזה אמהרי"ק עד שכתב עליו שהוא טעה בד"מ כי הרבה פוסקים חושבים דנק"ח בעינן אפילו בהיסת ואם כי סוגין דעלמא דלא כוותיה מ"מ אין כאן טועה בד"מ ואמת הש"ך מנין מרובה קתפס אבל בתר עיון אי אתה מוצא רק דעת מהר"ם וזולת אין עוד. דמ"ש הואיל והתו' ומרדכי דייקי דשבועת המשנה בעי נק"ח דאם כן הל"ל דזהו א"ב בין דאורייתא לדרבנן א"כ הוכחה זו אף בהיסת שייך דהא שבועה דרבנן דאמרינן שם איירי נמי בהיסת זהו כל תורף

דבריו באריכות ואין כאן ראיה כלל דהך שאלה מה איכא בין דאורייתא לדרבנן במלתא דרבנן נכלל הן שבועת המשנה והן היסת ואם כן צריך הגמרא לומר א"ב מה דשייך גם בשבועה דרבנן היינו שבועת המשנה ואלו יאמר נק"ח זהו רק בהיסת והגמרא שאל נ"מ בכל שבועות הן משנה והן היסת ואטו הגמרא כרוכלא יתרץ נ"מ בנק"ח לענין היסת ולא למשנה וזה פשוט ולכך הוכחת התוס' דאי ס"ד אף בכל שבועת המשנה לא בעינן נק"ח הל"ל א"ב נק"ח דשוה בכל שבועות דרבנן וא"ש וזה פשוט ועיין בהגהת מיימונית פי"א מהלכות שבועות ע"ש ותראה כי נכון הוא כמ"ש. ואדרבא מדברי תו' שם מוכח להיפך דהם כתבו מחלוקת אם באומר הלוה לבעל השטר השבע לי אם יכול בעל שטר לומר ללוה תשבע ותפטור וקשה מה ספק יאמר דל שטרי ואני תובעך היסת ועכצ"ל דהכוונה אי יכול להפוך באותו שבועה עצמו וכמ"ש הש"ך גופי' בס"ק ל"א בדחיית דברי מהרא"י ע"ש ואם ס"ל לתוס' דאף היסת בעי נק"ח יאמר מה הבדל יש אם ישבע הלוה שבועה מכח היפך או מכח היסת הלא חד שבועה היא בכל אופן דלדעת הש"ך או גם שבועת משנה לא בעי נק"ח או דגם היסת בעי נק"ח וא"כ מה הבדל יש אלא נוטי' הדברים דבהיסת מודים ונראה דהפוסקים דס"ל גבי היסת לא בעי נק"ח מנ"ל זה לחלק דבגמ' לא נזכר ועיין בר"ן דמשמע דהיא קבלת הגאונים אבל לפמ"ש הוכיחו כן מהא דאמרו דרבנן מפכינן דמשמע דקאי על שבועת המשנה ג"כ והיא קולא לשבועת המשנה דיכול להפך וקשה מה קולא יש כאן הא כל שבועת המשנה בנוטלים א"כ הרי יכול לומר דל שבועת המשנה והשבע לי היסת ודוחק לומר דקאי על עד אחד מעיד שפרוע וכמ"ש הש"ך דה"ל עד דמסייע דהא משמע בכל שבועות דרבנן ובפרט למהר"ם הנ"ל או למאן דלא ס"ל עד דמסייע פוטר אלא וודאי דזה הבדל דאם מכח היפך בעי נק"ח ואי מכח היסת לית נק"ח וזהו הוכחת' וא"ש. ועיי' מ"ש בישוב דברי רש"י דג"כ ס"ל היסת א"צ נק"ח ואין כאן סתירה ברש"י כלל בשגם שאמרתי עוד ישוב ברש"י דלא יהיו דבריו סותרים לדברים מ"ש בגיטין דבעי נק"ח והוא דס"ל לרש"י מי ששטרו בידו שמהתורה זוכה בממון בלי שום שבועה רק חכמים הפקיעו כחו שלא יגבה אלא בשבועה א"כ הבו דלא לוסיף ולמה נחמיר עליו שיצטרך נק"ח הא בלא"ה ד"ת היה גובה בלי שבועה ולמה נחזק כח דרבנן כ"כ להפקיע כח דאורייי' עד שנחמיר בשבוע' ויצטרך נק"ח משא"כ אם החוב גופי' מדרבנן והם אמרו שלא יזכה בממון רק בשבוע' א"כ בשבוע' זו יש לו זכות לגבותו וזולת זה אין לו זכות לגבותו כלל ואיך שייך שלא להחמיר כיון דשבועה וגוף החוב מבטן א' יצא ויש להחמיר עליו בש"ח כמו דאורייי' דהא ע"י שבועה מוציא ממון שלא היה זוכה בו זולתו ולכך שם בגיטין מיירי רש"י הכל בעיקר כתובה והוא

דרבנן וא"כ ס"ל כמ"ש הן אמרו והן אמרו ולכך מצריך רש"י בנק"ח משא"כ בכתובות דנאמר במשנה היה כתובתה אלף זוז וע"כ איירי בתוספת כתובה ותוס' שכותב לה הבעל מרצונו דאוריי' כמ"ש המחברים א"כ ס"ל לרש"י דלא נחמיר ודי בלא נק"ח והן דברים ישרים ברש"י ועכ"פ מאור הגולה מקיל אפי' בשבועת המשנה ולפמש"כ אין כאן סתירה בדבריו ומי יורה נגדו. וגם בשערי' דר"א מבואר דכל סוגי' מה איכא בין ש"ד לשבועה דרבנן לא קאי רק על שבועת המשנה ולא על היסת ושרי ליה מרי' לבעל הש"ך ובלי ספק שכתבו בעודנו ילדות היה בו שכתב על הרי"ף (יהא הרי"ף בעל הלכות או אחר עכ"פ היה גאון קדמון) שדבריו בזה הם כמתעתע ויפה היה שתיקתו מדבורו כי הרי"ף כתב דא"א לפרש מה איכא בין שבועה דאוריי' לדרבנן קאי על היסת דא"כ ה"ל לסמוך אותו שאלה סמוך לתקנתה דר"נ שהוא היסת ובעלי תלמוד שאלו מה איכא בין כו' על אותו המשנה נשבעים ונוטלים שאלו וכו' עכ"ל ותמה הש"ך הא באמת אחר מילתא דר"ן קשאיל מה איכא וכו' ובאמת אין כוונת השערים סמיכת מקום כי פשיטא תיכף נשנית אחר מילתא דר"נ רק כוונת סמיכת ענין דאי השאלה על שבועה דר"ן דסליק מיני' הלל"מ מה איכא בין הך לשבועה דאוריי' דעלה קאי ומיני' אייריי וכך דרך הש"ס בכל דוכתא ולא למישאל מה איכא בין ש"ד לרבנן דמורה על ענין אחרת ולא סמיכת ולא קאי אעניני' דסליק מיני' וזה ברור בדקדוק הלשון והמבטא וע"כ דלא קאי על מילתא דר"ן רק על משנה דלא אייריי ביה מקדם וזה ברור בכוונתו ונכון הוא בדקדוק הלשון ואין בו מהזרות וגם הרב בעל הג"ת בדף מ"ח חשב לדברי שערים כמו זר וכל דקדוקו דקדוק עניות וא"צ להשיב עליו רק ראה זה כי בעל שערים בשבועת נשבעים ונוטלים כתב יכולים להפך ואין הנתבע יכול לעכב כי אומרי' לו כך היה תקנת חכמים אם ירצה שיהפכנה ואח"כ כתב אם נשבע ונוטל הוא חשוד אין נותנים לו תקנה אחרת להפכה על שכנגדו כי תקנה לתקנתא ל"ע והבין הגי"ת דכוונתו שאם ירצה להפך על הנתבע דא"י ואין גובה שטרו ותמה הגי"ת למה כיון דתמיד הדין להפך למה יגרע כח החשוד ואמת אין זה הפי' רק פי' דגובה בלי שבועה ולא מכריחים ליה שכנגדו ישבע ויפטר כי תקנת' לתקנת' ל"ע לכך אם אי אפשר לישבע גובה בלי שבועה וכדעת הרי"ף בתשובה ולק"מ אלא הא קש' לי אם באנו לידי מדה זו דשבועת המשנה בנק"ח והיסת בלתי נק"ח א"כ הא דהקשו תוס' ורמב"ן ורא"ש בפ' חזקת בעובדא דרבה ב"ש דכבש לשטר משכנתא למען לא יצטרך לישבע שבועת יתומים כי יהיה לו מגו דלקוח דמה ירוויח הא מ"מ צריך לישבע היסת דלמא רבה לא חפץ לישבע בנק"ח ש"ח ולכך כבש ואין עליו רק היסת וא"צ לנק"ח והא זה כל פקחתו של ר"פ דיהיה הבדל בין נק"ח לבלי נק"ח ואמת

אלו יש מקום לדברי הב"ח לעיל בכללי מגו סי' קט"ו דהיכא דעכ"פ צריך שבועה רק שבועה קלה לא אמרי' מגו לאפטורי משבועה לכ"ע לא ק"מ רק כבר כתבתי לעיל דזה דוחק וא"כ הקושי' במקומו ודוחק לומר דקושית התוס' הוא לפי פסקו של הגאונים דכל הנוטל צריך לישבע ש"ח ולא נימא דבקרקעות לא שייך ולכך הביאו ראיה דגם בקרקעות תקנו היסת וה"ה זה וקשה כי זה לא במשמע בלשון התו' וביחוד הרמב"ן שהקשה קו' זו וצ"ע:

יח **וחזר** והביא עד וכו' קשה הא מחבר פסק לעיל סוף סימן ל' דעד ובע"ד מצטרפים לעשות חשוד וא"כ איך יחזיר ויעשה שבועה והא אפי' בהיסת אם נשבע לשקר נחשד ואפי' לדעת הסמ"ע שצריך להעיד מחדש הא בע"ד אמר בב"ד שנשבע לשקר וצ"ל הואיל והוא תובע שישבע מחדש בנק"ח עדיין ה"ל נוגע ואין נאמן לעשותו חשוד:

יט **כל** מי וכו' וכתב הסמ"ע דה"ה בנשבע ונוטל ומשמע אפי' כשמהפכים השבועה צריך הנתבע לקבל בחרם על ש"ח וכן ראיתי מורים ואולם הט"ז הוכיח דליתא דהא לעיל סי' פ"ב ס"ט באם היפך הלוה שבועה על המלוה כו' ואמר התובע לא אשבע אלא אחרים סתם אין הלוה יכול לומר או הוציאני מחרם או השבע וטול וכו' קשה מה"ת יאמר הלוה כן דאף שיהיה נשבע ונוטל יהיה הלוה צריך לקבל בחר' א"כ מה"ת יהי' סיפק בידו למחות ונראה דאין זה הוכחה דהך ק"ח על ש"ח אין פי' דיודע בוודאי שחבירו חייב לו רק שיש לו ספק ולאפוקי ביודע בוודאי שחבירו אין חייב לו וכוונתו הי' רק להכריח לחבירו לשבוע' חנם אבל אם מסופק אף כי טען בב"ד בברי כדרך הטוענים מ"מ לא על זה מקבל בחר' רק לאפוקי שלא יהיה יודע בבשור שהנכון עם שכנגדו משא"כ לעיל התובע אומר שיקבל חרם שיאמר בב"ד אמת כלבבו אם ברי לו שפרע או מסופק כי אם יאמר שהוא מסופק יצטרך ג"כ לפרוע דא"י אם פרעתיך חייב ובפרט על שטר וא"כ אין קבלת חרם דלעיל דומה לקבל' חרם דכאן וה"א לעיל דיכול לעכב לקבלת חרם כזו קמ"ל דלא ולק"מ:

כ **ואז** א"צ וכו' הקשה הש"ך דבא"ע סי' צ"ג פסק רמ"א והוא מתשובת הרשב"א דאלמנה הנשבעת על כתובת' צריכה לישבע בפני יתומים ונראה דיש לחלק בין נשבע ונפטר לנשבע ונוטל דבנפטר כל דלא שייך דמיכספה לשקר דהא מת ויורש אינו מכיר בשקרו הקילו דא"צ להיות בפניו אבל בנשבע ונוטל דע"י שבועה מחייב אותו לפרוע אין מחיי' אדם שלא בפניו ויבוא בעל שור וכו' ולכך צריך בפני יתומים:

כא **אמרת** ליתן לי מנה כו' כתב הש"ך ואם הוא עני דאין יכול לחזור בו דפיך זו צדק' מחייב לישבע וכן הוא במרדכי בשם מהר"ם ע"ש שהשיג על ש"ג ולדידי מספקא טובא

דתלי' במחלוקת שכתבתי לעיל סי' ס"ו ס"ק ל"ב אי אמרי' אמירה לצדקה לעני' ג"כ הוי כמסורי' דמי וא"כ אם מת חייבים יורשים ליתן דקני לי' לגמרי כמשיכה בהדיוט או לא רק עליו מוטל מתורת נדר וכופי' לקיים נדרו אבל לא קנה כלל ומכ"ש במת דיורשים פטורים עיי' מש"ל באריכות וא"כ הש"ך העלה בסי' זה ס"ק ע"ב בנתחייב לתת לחבירו בתקיעת כף אם אין זולת ת"כ חיוב עליו רק מכח ת"כ שכופי' לקיי' ת"כ אז אינו יכול להשביעו ע"כ דממ"נ אם רוצה לעבור אין כאן חיוב ולכך מזכירים לו עונש ת"כ ולא יותר וא"כ אף כאן הא אין חיוב עליו רק מכח נדר ואם יעבור נדרו אין כאן חיוב א"כ שבועה זו מה טיבו רק מזכירין לו נדרו ועונש המחללו ותו לא כמו בנתחייב בת"כ והש"ך נסתייע מדברי הר"מ במרדכי והר"ם לשיטתו דס"ל אמירה לעני הוי כמסירה גמורה ולכך פסק דלית ביה אסמכת' וכמש"ל סי' הנ"ל באריכות ולכך מחייב בשבועה וגם זה נראה דיהיה באומר מנה זו או חפץ מיוחד דחל עליו קנין כמסירה להדיוט ולכך יכול להשביעו אבל באומר אתן לך מנה בלי יחוד דבר איך שייך ביה כמסירה להדיוט כיון דלא פרט דבר וכי בהקדש קדשו מטלטליו ואין זה עליו רק חיוב לקיים וא"כ א"צ רק הזכרה ולכן ברור דמרדכי ומהר"ם איירי דסיים איזה דבר ואמר מנה זו אני נותן לך והוא לשיטתו דהוי כמסירה אבל לפי דעת החולקים אין כאן שבועה ובפרט בהיסת והא הרבה גאוני' דפוסקי' בדלית דרא דממון לא תקנו היסת ומהרי"ו הי' רגיל לפסוק כך:

כב **אם** אין לו וכו' הקשה הש"ך דהא דין זה מסתע' מדברי הרי"ו דפסק דאין להשביע לאשה היושבת תחת בעלה כיון שאין לה לפרוע וממנו למדו דה"ה לאחר כשאין לו לפרוע ואולם בהך דינא גופא באשה פסק לקמן ס"ס צ"ו דמשביעי' לאשה תחת בעלה וצע"ג ואולם י"ל דודאי מסתבר דברי רי"ו אם אין לו לפרוע מה טיבו של שבועה זה ואם יתעשר ישבע אז רק ס"ל באשה הא פריך הגמ' גבי אשה שחבלה ותזבן כתובתה לנחבל גופי' דאי מחלה תו ליכא פסידא ומשני הגמ' אטרוחי ב"ד בכדי לא מטרחינן הרי דאין הב"ד פוסקים כך דאין הב"ד מטריחים עצמן בחנם והוא זילותא דב"ד אבל אם הנחבל טוען אני רוצה לקחת' בטובת הנאה ואין חושש למחילה וודאי אין הב"ד מעכבי' ע"י וא"כ באשה היא בחזקת יש לה דהא יש לה כתובה ואם רצה התובע נוטלה בטובת הנאה וצ"ע:

כג **אפ"ה** נשבע לו הקשה הט"ז מהא דאמרי' בקדושין דף כ"ח עד היכן ג"ש שיאמר לו השבע לי שאין עבדי אתה ופריך הגמ' הא שמותי משמתי' לי' דתנן הקורא לחבירו עבד מנדין אותו וכו' וא"כ קשה מ"ש זה מהך דאומר גזלתני וכו' והט"ז לא תי' כלום אבל הגאון חכם צבי בהגהת תי' ב' תירוצים חדא שאני עבד דפוסלו בקהל דיש הבדל בין

עבד להקורא לחבירו רשע ועוד תי' כי בגזל יש לומר מלוה ישנה יש עליו כי מה שכ' הט"ז דלא אמרינן כן מנסכ' דר"א דחה אותו הגאון הנ"ל וכל תי' שלו אינן מספיקים למ"ש הפסקי מהרא"י והביאו הש"ך בס"ק נ"ז באומר' שהיא נתעבר' ממנו והולידה ממזר הואיל ועיקר תביע' על איסור רק שמסתעף ממנו ממון שחייב לזונו ל"א שבוע' הא אלו עיקר התביע בממון יש כאן שבוע' ולמה הא הוי פסול משפחה ופסול הקהל כמו עבד כנעני ויותר וגם ל"ל מלוה ישנה דהא הוא איסור ומה שנ"ל דמה דאמרי' עד היכן ג"ש היינו לגלגל אפי' בספק כמו בסוט' כמבואר שם בגמ' דאפי' ספק מגלגלין וע"ז קאמר הגמ' עד היכן ג"ש ר"ל עד כמה גדול כח הגלגול וא"כ ודאי איירי בספק וע"ז קאמר אפי' טוען בספק שמא עבדי אתה השבע לי וע"ז פריך הגמ' שפיר דכיון דלא ברי ליה איך יעלה על דעת מספק לטעון על מי שהוא בחזקת ישראל שהוא עבד ושמותי משמתינן ליה כיון דאינו טוענו וודאי ומספק להוציא לעז פשיטא דמשמתין ליה וכן לא יעשה וא"כ אף בגזל או זנות בספק אין להשביעו זולת סוטה דרגלים לדבר וכו' וכן מבואר שם בתוס' ד"ה נאמרה שא"י להשביעו בג"ש שמא גנבת לי אלא דוקא ברגלים לדבר והך דהשבע לי שאין עבדי אתה לאו רגלים לדבר דאל"כ פשיטא:

כד **משום** איסור אין משביעים הש"ך בס"ק נ"ז תמה ע"ז דסותר דברי הרמב"ם בפכ"ד מהל' אישות ובש"ע א"ע סי' קט"ו דמשביעה שלא זינתה תחתיו והיש לך איסור גדול מזה איסור מיתת ב"ד וכתב ודוחק לומר דמיירי דתובע' כתובתה וכו' ע"ש ובאמת מה שחשב לדוחק הוא אמת ברור דכי יכול להשביע' אם לא דבאה לגבות כתובתה ואז טוען השבע לי שלא פרעתיך או שלא זנית תחתי וכדומה מדברים שמבטלים כתובה ופשיטא הרמב"ם מיירי מכה"ג אך באמת בלא"ה אין מקום לקושי' שלו כלל דפשיטא דשבוע' בסוטה כתיב ושם היה איסור רק מהרא"י מיירי בהיסת וס"ל דהואיל דל"ש לא תקנו ר"נ היסת וגם עיקר תקנה היה משום אין אדם תובע אא"כ יש לו וזהו לא שייך בזה וכמ"ש מהרא"י להדי' ונסתייע מדברי מרדכי אבל ש"ד או שבועת המשנה דהוא כעין דאורייתא ולא מתקנת ר"נ נגע בה פשיטא דאין הבדל כלל וזה ברור ושם הא היא נשבעת שבועת המשנה דנוטלת כתובתה וטען עלי' השבע לי דהיא שבועת המשנה כנודע ולא מטעם תקנת ר"נ כלל ובהכי א"ש דלא קאמר הגמ' דאיכא בינייהו בין שבועה דרבנן לש"ד תביעת דבר איסור דשבועת המשנה ג"כ משביעין ושם קאמר הגמ' א"ב בין דאורייתא לשבועת המשנה. אך יש להבין איך ישביע' דלא דנת' תחתיו והפסידה כתובתה דקשי' קושי' הגמ' ונימא מגו דחשוד אהך אשבועתא נמי חשוד וכאן לא שייך תי' הגמרא דל"א חשיד אממונא וכו' דקיל איסור גזל מאיסור שבועה דכל עולם נחרד במאמר דלא תשא

דודאי איסור א"א שיש בו מיתת ב"ד חמור וכ"ש לתי' דר"י החסיד דאמרי' ע"י שבועה יפרוש מגזל וכאן הא כבר זינת' ומעלה מעל ופשיטא דלא שייך ביה תי' אביי שמא מלוה ישנה וכו' והיה מקום לתרץ דבשלמא בנעשה חשוד עפ"י עדים הוחזק לרשע ולא אמרי' דלמא עכשיו עשה תשובה ולמה לא נעמיד אותו בחזקת כשרות דכבר יצא מחזקתו בעדים אבל כל שלא נעשה רשע בעדים אמרי' אף דחטא ופשע בחזקת כשרות עומד דוודאי עשה תשובה ומתחרט על עונו ולא ישיב לכסלה עוד לעשות עבירה אחרת ולכך אף דיש לחוש שזינתה מ"מ אמרי' עכשיו היא בחזקת כשרות ולא תוסיף לישבע לשקר ואי דתובעת כתובתה ספק מלוה ישנה כו' וזה תי' נכון אלא בהא דפרכינן הא דתנן משביעין אותו שלש שבועות נימא מגו דחשיד כו' וכפי מ"ש תוס' שם ובדף ג' ע"ב ד"ה בכולי וכו' קושית הגמרא מהך דשולח בו יד דה"ל כגזלן דעל אינך י"ל אשתמוטי קמשתמט רק משליחת יד דה"ל גזלן וכמ"ש מהרש"א שם להדי' קשה מה קושי' אמת דעשה רשעות אבל עכשיו מתחרט ולא קשה מה בעי גבי' עכשיו אשתמוטי קמשתמט בשלמא קו' הגמרא שם דחשוד אממון' חשוד אשבועתא ל"ל דמתחרט דמה בעי גבי' דהא אינו מחזיר הגזל ואיך שייך תשובה אבל כאן אין קושי' דעל עבירה ששלח בו יד מתחרט ולשלם א"א דאשתמוטי קמשתמט ויש ליישב בדוחק ויותר נראה דבשלמא בנעשה חשוד בעדים מדרבנן פסול לשבועה כמ"ש תו' אבל כל שלא נעשה חשוד רק קושית הגמ' בממ"נ אם אתה אומר דחימוד ממון אצלו גורם לעשוק את רעהו ולעבור בלאו דלא תגזול ויצרו תקפו בשביל ממון לעבור בלאו ל"ת אף יהי' חמוד ממון אצלו לעבור בלאו לא תשא והכל בשביל ממון דהא חשדינן ליה דחמוד ממון אצלו אלים ועובר ל"ת אבל שם בזינתה אנו חשדינן חימוד זנות אצלה אלים ועברה על לא תנאף בשביל כך אין חימוד ממון אצלה אלי' דתשבע שקר להרוויח ממון וכי מי שיצרו תוקפו לזנות יצרו תוקפו לגזול ולכך שפיר אנו אומרי' דתשבע ואי דרוצה לגזול כתובתה שפיר י"ל כאביי מלוה ישנה ולק"מ והא דאם נתברר דזינתה דנעשה חשודה לשבועה צ"ל כמ"ש בגזלן דהכל מדרבנן דלא נחשדה בשביל דראינו דחמדה לזנות ודוק כי זה כלל גדול בזה ענין ועיין מש"ל באם נשבע היסת דחוזר ונשבע דאוריי':

כה **נאמן** הקשה הש"ך דל שבועה שנתחייב מהכא לטעון אתה חייב לי השבע לי ותי' הש"ך דבאמת מיירי דטענו ס' או דזה רוצה לישבע לו והמעיי' במרדכי בפ"ק דב"מ אחר שהביא הנך רבוותא דס"ל דנאמן כתב וראבי' פליג ארב אלפסי וכן מצאתי ברשב"ם דכתב דהא מ"מ יכול לטעון אשתבע לי דפרעתני וכו' מזה מוכח בבירור דאיירי שם באופן דיכול לטעון השבע לי בגוף הדבר ומ"מ ס"ל לרי"ף וסייעתו דפטור משום דכל

היסת הוא תקנתא וכיון דכבר פסקו הב"ד שבועה והוא טען דנשבע וכי יעשה אדם על דבר אחד אלף שבועות וכולי האי לא תקן ר"נ היסת והוא דאפסיד אנפשיה דה"ל לומר אל תשבע אלא בעדים וכדומה וכן מצאתי באס"ז בב"מ דף י"ד וז"ל על הך דאמר נשבעתי דנאמן ומסתברא שהטוען על חבירו שבועה יש לי בידך מטענת ודאי שטענתי עליך במנה כטענו מנה יש לי בידך או השבע ותפטור וזה אומר נשבעתי כאומר אין לך בידי כלום והרי זה כופר בכל וראוי להיסת אלא שכבר הורה הגאון בהיסת שאין מחמירים בה להשביע היסת וכיון דס' הוא לקולא עבדינן בה הרמב"ן והר"ן עכ"ל הרי מבואר כמ"ש דאף בטענת ברי ואין לדקדק תינח כשאין בידו פס"ד שמחויב לישבע אבל ביש בידו פס"ד דמחויב לישבע כמו דאמרי' לעיל סי' ל"ט דא"י לומר פרעתי דאם פרעו היה מחזיר לו הפס"ד אף בזה נימא אלו נשבע היה מחזיר לו הפסק ולא מצאתי בשום מחבר דחלקו בכך וגם בגמ' הל"ל אם בא לכתוב אין כותבי' כמו שאמרו על צא תן לו וצריך לומר בשלמ' פס"ד דגובה משעבדי אין מניח בידו אבל זה שאין עליו רק שבועה ולא גבי משעבדי לא חש להניח בידו ופשוט וכ' הסמ"ע דר"ה חילק בין שבועה דאורייתא להיסת דבשבועה דאוריי' משתבע היסת אבל המרדכי והרי"ו פסקו דאף בזה נאמן והש"ך השיג דלא משמע ברי"ו מידי ואני לא מצאתי בשום מחבר חולק אר"ה גאון דבממ"נ אי איירי שטוען ברי חייב אתה לי רק תו לא מצי להטיל עליו ש"ד דכבר פרע המקצת שהודה או העד הלך לו א"כ מה"ת לא יזקיקו לשבועת היסת בטענה שחייב לו וישבע שאינו חייב ובזה לא שייך כלל טעם שכתבנו בס"ק זה דהא מתחילה חייב ש"ד ואי דאיירי דאין טוען ברי כגון שמת המלוה ויורשים א"י ולא ס"ל דיכול להשביע בהוגד לי א"כ מה"ת ישבע היסת הא אלו מודה לא יתחייב ממון רק שבועה וזה כללא דכל שאם יודה לא יתחייב ממון אין כאן שבועה וכבר הקשה כן המהר"ש ולכן ברור דאין כאן חולק והרי"ף דסתם היינו בהיסת אבל לא בש"ד וכן משמע בנ"י דהרי"ף אינו חולק אר"ה גאון. ולכן נראה ג"כ במ"ש הרמ"א בזה"ז דנהגו לישבע בפני שמש א"נ לומר שנשבע דאם מכחיש לשמש ואמר שנשבע בפניו והשמש אמר לא נשבע א"י להכחיש העד ולישבע כמו שכתב הש"ך דא"כ אף שבועה אינו צריך דהא אם יודה לא יתחייב ממון רק שבועה רק השמש נאמן כבי תרי לגבי הא מילתא:

כו **אינו** נאמן אבל נאמן לומר מחלת לי השבועה סמ"ע והש"ך וכן הט"ז השיגו דמחילה טענה גרוע ועוד לא שבקת שום שבועה דלעולם יאמר מחלת לי ויפה כתבו אבל מ"ש הש"ך דאפילו בשבועה אינו נאמן מחלת לי לא נהירא דהא יש לו מגו דנשבע על גוף התביעה ומה בכך דא"י לטעון נשבעתי דהואיל דהוא בפני שמש מ"מ יכול לומר אני

נשבע בגוף הענין כטענתך ואם לא ירצה לישבע בשקר אף טענת מחילה לא ישקר בשבועה ופשיטא דנאמן במגו ודברי הש"ך תמוהים במ"ש דליכא כאן מגו דהא יש לו מגו דנשבע בגוף הדבר וכ"נ מדברי הט"ז דנאמן בשבועה דמחל לו ופשוט:

כז **אינו** נפסל עפ"י עצמו כתב הטור כתב הרי"ף בתשובה נשבע היסת ואח"כ הודה מעצמו במקצת ה"ל חשוד וישלם מה דהודה ועל הנשאר שכנגדו נשבע ונוטל ותמה עליו איך יחשד ע"פ עצמו ור"ש גאון כתב אי דרך תשוב' הודה כו' נפטר מהשא' ואי שלא ע"ד תשובה הודה נשבע על שאר שאין נפסל משבועה עפ"י עצמו עכ"ל והנה ודאי לא היה בהעלם דבר מהרי"ף גמרא ערוכ' דסנהדרין פלוני רבעני לרצוני פלגינן דבורו שאין אדם משים עצמו רשע ופי' הב"ח דכוונת הרי"ף באמרו שכנגדו נשבע ונוטל היינו אם ירצה שכנגדו יכול לומר הודאת בע"ד כמאה עדי' אתה הודית בעצמך שאתה חשוד ואני אשבע ואטול והוא דעת רמ"ה שהביא הטור לקמן סי' צ"ב בלי חולק ונראה דכך היה דעת בעה"ת בהרי"ף דבשער עשירי חלק א' דין ג' הביא דברי הרי"ף וכתב עליו וז"ל ויש לעיין למה קראו הרב חשוד דהא ליכא עדי' כנגדו שיכחישוהו דאי משום חד סהדא לא הוי חשוד וכו' ותמוה על דבריו חד סהדא מה בעי הכי הל"ל כמ"ש הטור דאין נעשה חשוד עפ"י עצמו ועיי' בג"ת מה שטרח בזה לישבו ולכן נראה דס"ל דהך דינא דאין אדם נעשה חשוד ע"פ עצמו י"ל הטעם משום דלא מהימן לגבי עצמו ואדם קרוב אצל עצמו הא אלו ידעינן דהאמת אתו הרי נעשה חשוד ואף זה בכלל מה שאמרו לא איברו סהדא אלא לשקרא ולפ"ז א"ש דינו של רמ"ה לקמן בסי' צ"ב דיכול שכנגדו לומר הודאת בע"ד כק' עדים דמי והודית עצמך דחשוד אתה אני אשבע ומי ימחה בידו אבל אי אמרי' דזה מכלל גזירת הכתוב דאין אדם נעשה רשע וחשוד כי אם בב' עדי' שמוציאין אותו מחזקתו וכל כמה דליכא עדים אין יוצא מחזקת כשרות ואפי' אמת שעבר עבירה מ"מ לא נפסל כי אם בשני עדים שראוהו וא"כ לפי טעם זה מה מהני הודאתו אף דהאמת אתו מ"מ לא נעשה חשוד ואין שכנגדו נשבע ונוטל ולכאורה טעם זה מוכרח דהא אמרי' פלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפים להרגו דהואיל דקרו' אצל עצמו פלגינן דבורא ולא משים עצמו רשע וקשה תינח הוא דקרוב אצל עצמו עד השני דמעיד ג"כ דנרבע לרצונו איך יצטרף עמו להעיד להרוג הרובע בממ"נ אם העד שני משקר איך נסמוך על עדותו ואם אמת מעיד הלא מעיד שחבירו העד הוא רשע ונרבע לרצונו ואין כאן ב' עדות ואפילו עדותו בטלה דה"ל נמצא אחד קרוב או פסול וא"כ מדברי עדות השני בעצמו עדות בטל הוא שהעיד שהעד השני היה רשע וכי נימא בעדות השני ג"כ פלגינן דבורא הלא ל"א כן רק באדם קרוב אצל עצמו וכמ"ש הרא"ש בפ"ק דמכות אבל גבי אחר לא שייך פלגי'

דבורא וא"כ קשה בממ"נ עדותו בטלה ומזה לכאורה מוכרעת כמ"ש דאף האמת שעבר עבירה מ"מ לא נעשה חשוד עד שיעידו שנים וא"כ לק"מ דהא ליכא כאן שנים ומה בכך שהאמת כדברי העד שני שנרבע לרצונו. אבל ראה זה מצאתי בראב"ן שפי' להדיא פלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפי' היינו שאותו אחר אינו מעיד שנרבע לרצונו רק מעיד סתם שנרב' מאחר אבל במעיד שנרב' לרצונו הא בעדותו ה"ל שני רשע ואין כאן ב' עדי' ע"ש שהאריך ומזה מבואר כמ"ש בטעם ראשון ואזדא הוכחה הנ"ל אך לא משמע כן מסתימת הפוסקים ורמב"ם העתיק סתם ולא יחלק מה יאמר אחר כמ"ש הראב"ן וכן מוכח מתשובת רשב"א סי' אלף רל"ו דהוכיח לחלק בין אומר זניתי עם אשתך לאומר אשתך זנתה עמי מדלא אמרי' בגמ' אני רבעתי לפלוני מרצוני או באתי על אשתו וכו' ולפי הנ"ל א"א לומר כן דהא הבועל ע"כ היה ברצון כמ"ש רשב"א גופי' בתשובה ההוא דאין קישוי אלא לדעת וא"כ אחר ע"כ מעיד דבעל ברצון ושוי' לי' רשע וא"א להיות נהרג ועכצ"ל דליתא וכן מדברי תוס' דמכות דף ו' ד"ה נרבע וכו' משמע להדי' דאותו אחר אמר ג"כ דנרבע לרצונו ומ"מ לא נפסל הואיל היותו חד ע"ש וכ"כ החלקת מחוקק והב"ש בא"ע סי' קט"ו דאם א' אומר שזינה עם אשת רעהו וע"א מסייע נאמנים לאסור האשה על בעלה אע"פ שלדברי עד השני הוא חשוד ומ"מ אין נעשה חשוד ע"פ ע"א וזה דלא כראב"ן וקשה קושי' הנ"ל בממ"נ ועכצ"ל טעם השני דגזרת הכתוב דאין חשוד כי אם בב' וזה נכון וא"כ אף הך דינא דרמ"ה נסתר ואין שכנגדו נשבע ונוטל. ולזה נראה נתכוון הבע"ת בהשגתו על הרי"ף באמרו ויש לעיי' למה קראו הרב חשוד דהא ליכא עדים דאי משום חד סהדי לא הוי חשוד הרצון אפי' במעיד עליו חד סהדא דהיינו כהך עובדא דפלוני רבעני לרצוני וכו' (דמשם המקור והשורש הדין דילפי' דאין נעשה חשוד עפ"י עצמו ולכך קיצר הבע"ת וסמך על שרשו) אף דיש כאן בממ"נ כמ"ש או דמשקר או דחבירו חשוד ומ"מ מצטרפים ש"מ דגזירת התורה כך הוא כמ"ש וע"כ במה יכול השני לטעון הא אינו נעשה חשוד וא"ש טענת הבע"ת ומה מתקו דבריו ולא נעלם ממנו דיש לפרש דבריו כמ"ש הב"ח אך מ"מ טען עליו כנ"ל וא"כ לפי זה אין שכנגדו נשבע אף אם ירצה ודלא כש"ך דס"ל דליכא מחלוקת בהך דינא דרמ"ה לקמן בסי' צ"ב ותמה על מחבר דכתב בלשון וי"א ואין להקשות א"כ דגז"ה מה פריך הגמ' ונימא מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועת' וכו' די"ל חדא באותו נדון עצמו קשה בממ"נ אם אתה חושדו שיעבור על לאו זה יעבור על אחר ג"כ אבל בחשוד בענין אחר שיאמר שג"כ בענין זה ישבע לשוא זהו לא אמרי' כי אם בהוחזק בב' עדי' או די"ל זהו באמת למסקנא דקיי"ל חשוד לממון לא חשוד אשבועת' ומ"מ ודאי חשוד פסול א"כ אמרי' דבעינן ב' עדים

לגרוע חזקתו דהא אין טעם בדבר רק בגז"ה וע"ש בתוס' אבל בס"ד באמת לא מצרכינן ב' עדים זהו מה שנראה לי כפי הבנת בעה"ת בהרי"ף אבל באמת לא הבנתי על בורי' טענת הטור על רי"ף דנראה המחלוקת הרי"ף ור"ש גאון תליא בשני פי' דכ' הרא"ש ספ"ק דמכות בענין פלגינן דבורא והארכתי בו לעיל ס"ס ל"ג ס"ק י"א ובסי' ל"ד ע"ש אי הפי' דאמרי' אמת נרבע אך לא ברצון ולכך ס"ל לרשב"א בתשובה הנ"ל אם אומר זניתי עם אשתך דתו ליכא למימר פלגינן דיבורא דלא מהימן אבל תי' שני תי' הראב"ד דאף דאמר כך מ"מ לא הוי עד לגבי נפשו דה"ל בע"ד ולגבי בע"ד לא שייך עדות לכך פלגינן דבורא ע"ש וא"כ אף כאן דזה מודה במקצת ובזה נעשה חשוד אי אמרי' דהודאתו מעלי' היא ומ"מ לא נעשה חשוד קשה הא כאן א"א לפליג דבורא דבממ"נ אי הוה הודאה הא נשבע לשקר וחשוד הוא ואי לא נשבע לשקר אין כאן הודאה והא כל שורש הדין דאין נעשה חשוד ע"פ עצמו הוא מהך דפלוני רבעני לרצוני ושם לדעת רשב"א באמר לשון שא"א לחלק דבריו כנ"ל אני זניתי עם אשתך לא פלגינן דבורא ואמרי' אין אדם משים עצמו רשע ואף דבריו ליתא וא"כ הא כאן אם נתפס דה"ל הודא' א"א לומר עוד דאינו רשע ואחד משנים נתפס וברור דתפסי' להחמיר לחייבו במה שמודה ולא להשביע כ"א לכשנגדו דהודא' בע"ד כק' עדי' ודוחק לומר הא דס"ל לרשב"א דהיכי דאי אפשר לפלוג דבורא דבטלה כל עדות היינו בעדות דקיי"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אבל כאן לאו מתורת עדות רק מתורת הודאת בע"ד אתינן עליו וי"ל שפיר דאף דאי אפשר לחלק מ"מ לענין ממון מתחייב ולא לענין שיהיה חשוד דמנ"ל סברא זו כיון דלא מצינו זה הדין רק גבי פלוני רבעני וכיוצא בו בעדים שאמרו אנוסים וכו' ומה"ת לעשות הבדל ובפרט שק' בממ"נ אם אמת אומר ה"ז חשוד (אם לא דנאמר גזירת הכתוב כנ"ל וזולתו הוא דבר שאין לו מובן דיש כאן בממ"נ ואין כאן תימה אי לא ס"ל לרי"ף זה) ולכן לא ידעתי מה תימא על הרי"ף אמנם ר"ש גאון נראה דס"ל כדעת הראב"ד דאף דא"א לפלוג דבורא עדותו מועיל לגבי אחרי' ולא לעצמו לעשות חשוד ורשע וא"כ אף כאן לענין ממון מועיל דהוי כמו עדות לאחר ובזה לא שייך אדם קרוב אצל עצמו דהודאת בע"ד וכו' ולא לענין חשוד וא"ש וברור דנחלקו בשני פי' של פלגינן דבורו כהנ"ל ואין כאן כ"כ תימא על הרי"ף:

כח **הדין** עם התופס כתב הט"ז דאם מתחילה נתחייב שבועה להכחיש העד ונשבע ואח"כ תפס התובע באופן שיש לו מגו אפילו שבועה א"צ והשיג אמ"ש הרמ"א לעיל דלא אמרי' עד המסייע פוטר במקום שאין לו נאמנות רק מכח מגו וביקש לחלק בין קרקע למטלטלין ודבריו דחוקים דמ"ש סוף כל סוף מגו ליכא דאינו רוצה לישבע שקר

ולכך לפמש"ל דכל הטעם הוא דלא הוי מגו בי' תרי וא"כ אף העד יכול להעיד ולסיי' בטענה זו וזהו לא שייך כאן שהעד העיד מתחילה קודם שתפס והעיד לחייבו שבועה ועכשיו דתפס מה מגו יש וכי יחזור העד להעיד עוד שקר דבר זה לא שמענו והרי זה גרוע ממגו למפרע ולכן ברור דצריך שבועה:

כט **לא** נפטר משבועה העלה הש"ך לא כמ"ש הסמ"ע דאין דומה שבועה העבר ללהבא דא"כ איך סתם המחבר ורמ"א מה שנאמר לעיל סי"ו במחלוקת ולכן כ' דבעל דעה זו הוא מהר"ם בהג"ה מיימוני וסבירא ליה דלא חמיר כ"כ ותמה הש"ך דמהר"ם לשיטתו דס"ל היסת בעי נק"ח ולכך לדעתו אינו מועיל ת"כ כמ"ש להדיא הטעם דזהו הוי בלי נק"ח וזהו בעינן נק"ח אבל לדידן דקיי"ל אף היסת לא בעי נק"ח א"כ נפטר בת"כ דמ"ש ונראה דלק"מ דאמת המהר"ם הואיל וס"ל דהיסת בעי נק"ח קושטא דמלתא קאמר דת"כ לא הוה בנק"ח אבל באמת אף דגם היסת לא בעי נק"ח מ"מ אין ת"כ שוה לו ומה בנשבע במקום שצריך נק"ח בלא נק"ח חוזר ונשבע אף דבלי נק"ח שבועה גמורה היא ועובר על לא תשא ומלקין אותו וחייב קרבן שבועה כמו דנשבע בנק"ח ואין בזה הבדל כלל מ"מ הואיל ונק"ח חמיר ליה לאינשי חוזרין ומשביעין אותו מכ"ש ת"כ נגד היסת דהעובר על ת"כ וכי חייב קרבן שבועה או מלקין אותו ומכ"ש לר"ת דשדי ביה נרגא ואמר דאינו אלא כריתת ברית בעלמא וא"כ אפילו לדברי החולקים מ"מ אין כאן מלקות וקרבן שבועה כלל וא"כ אין חומרו כהיסת דהוא שבועה גמורה והגע עצמך לדעת רש"י בכתובות כמ"ש תוס'. שבועת אלמנה בכתובה אינה צריכה נק"ח ומ"מ אמרו להדיא בגיטין לולי תקנת ר"ג לא היתה יכולה לידור והטעם הואיל ונדר קיל משבועה אף דנדר ד"ת ויש בו מלקות ומכ"ש לת"כ דלא מצינו ביה רק סמך מדברי כתובים תקעת לזר כפיך ופשיטא דקיל מנדר ואין ענין לשבועה כלל ולכן ברור לדינא כדברי מחבר ובאמת לולי טעם זה אף דמהר"ם פסק דהיסת בעינן בנק"ח עכ"פ לא נעלם ממנו דעת הגאון והרי"ף דס"ל דא"צ ואיך יחייב לעשות שבועה הא מצי לומר קים ליה כהנך רבוותא אבל באמת לכ"ע אין חומרו של זה כזה ופשוט:

ל **ליתן** לו מתנה וכו' הש"ך הביא כי הסמ"ע הביא בהשמטות שלו דוקא בכופר בכל אבל ביש ש"ד אף בזה חייב לישבע והש"ך השיג דאף דבלשון אגודה משמע כסמ"ע דנתן טעם דלא נתקן היסת ע"ז מ"מ מתשובת מהר"ם מבואר אפי' בע"א מכחישו דהוי שבועה דאורייתא א"צ שבועה אחר שבועה והאמת כי כך נאמר במהר"ם אלא שאני צריך להתלמד להבין טעם הדבר כיון דקיי"ל דבעינן נק"ח ואי נשבע שלא בנק"ח צריך לחזור ולישבע בנק"ח והטעם דקיל ליה לישבע שלא בנק"ח משישבע בנק"ח ולכך אולי

בנק"ח לא ישבע לשקר וא"כ זה שנתן כפו ליתן מתנה אלו יודה או יש עדים הא כופי' בב"ד לקיים ת"כ ואקרקפת' דידי' מוטל לקיימו וא"כ למה לא נשביעוהו אולי יודה ויהיה הב"ד כופין אותו ואי דבממ"נ הא כבר נתן ת"כ דלמא לעבור שבועה בלי נק"ח קיל ליה ואינו חושש לעבור משא"כ כשישבע בנק"ח ימנע ויודה ויכופו ב"ד והא מזו הטעם אמרינן דצריך לחזור ולישבע כמ"ש ואי דאין שעבוד על נכסיו רק עליו מוטל לקיים ת"כ מחומר שבועה א"כ למ"ד של"ד ג"כ אין שיעבוד רק עליו מוטל לפרוע מכח הן צדק כמ"ש רש"י ואף זהו כמוהו שמחויב לפרוע מכח לא יחל שבועתו וביותר יש להבין דמהר"ם דימהו לאלו אמר ע"א שנשבע בנק"ח לקיים המכירה והלה מכחישו וכי צריך לישבע שנית ומה ראיה יש שם היה בנק"ח ואין שבועה אחר שבועה אבל כאן מתחילה קיל ליה לעבור כמ"ש ומה שנראה כי בלא"ה קשי' לאביי דס"ל ספק מלוה ישנה וכו' ולולי כן היינו אומרי' חשוד אממון חשוד אשבועתא אף דקיל לאו דגזל מלאו דלא תשא א"כ איך אמרינ' אם נשבע היסת במקום ש"ד דהוי טועה בד"מ וחוזר ונשבע ש"ד בממ"נ אם אמת נשבע שבועה שנית מה טיבו ואם לשקר הרי הוא חשוד דאפילו בהיסת נעשה חשוד כמו בשבועה דאורייתא ואיך ישבע וכאן לא שייך תי' אביי ספק מלוה וכו' דהא פרשו מס' שבועה וקושי' הגמרא במקומו וכן תקשה למ"ד ל"א חשוד אממון חשוד נמי אשבוע' דתי' תוס' בשם ר"י החסיד דאמרינן ע"י שבועה יפרוש ממנו ולא יגזול אבל בשכבר גזל חשוד אשבועה וכאן הא עשה כבר שבועה וא"כ קשה בממ"נ ודוחק לומר לשיט' החסיד דע"י חומר שבועה שנית יתחרט ויודה וישלם ואף שבועה ראשונה יהיה לו כפרה דמ"מ לאביי קשה ועכצ"ל דבאמת שורת הדין היה מבלי להצריכו שבועה שנית רק הואיל ותקנת חכמים היא שיהיה בנק"ח כמו שמצינו באליעזר אם הוא נשבע שלא כתקנתם שבועתו כמאן דליתא וכאלו לא נשבע כלל ועקרו חז"ל לשבועה ואלמוהו לתקנתם זהו מה שנ"ל ליישב למה צריך לחזור ולישבע. ולפ"ז בנדון שנתחייב בת"כ ליתן מתנה שפיר אנו טוענין ממ"נ אם אמת אתו מה טיבו של שבועה ואם לאו הרי הוא חשוד ואיך ישבע וכמ"ש לעיל ול"ל דעקרוה חז"ל לשבועה והרי הוא כלא נשבע דאם עקרת לשבועה אין כאן חיוב כלל ובמה תטעון עליו וא"כ אי אפשר להרכיב אתרי רכשי לטעון עליו מחמת שבועה ולומר דהוי כאלו לא נשבע משא"כ כשחייב בלי ת"כ שפיר אמרי' הואיל ואינו בתקנת חז"ל עקרוה וכאלו לא נעשית כלל וזהו מה שנר' לדעתי בהבנת מהר"ם על בורי' ולפ"ז תינח מהר"ם דס"ל שבועה להבא ג"כ נעשה חשוד ומועיל כמו שבועת לשעבר כמ"ש הש"ך בעצמו אבל הנך דסברו דשבועת להבא אין נעשה חשוד דבשעה שנשבע לא יצא שקר מפיו ולכך אינו מועיל שבועת להבא א"כ הקושי'

במקומו דלמא נתן ת"כ ועכשיו קיל ליה לעבור הואיל כשיצא שבועה מפיו לא נעשה שוא אבל אם ישבע עכשיו ימנע מלישבע שקר ויודה ויכופו ב"ד כנ"ל ובזו לא שייך תי' בממ"נ כנ"ל דאף דאמת דעובר על ת"כ אינו חשו' ויכול לישבע ולא קשה בממ"נ כלל ולכן צ"ל כמ"ש האגודה דלא נתקן היסת ע"ז הואיל הוא רק כדי לקיים שבועתו ולא שכיח ולא תיקן במקום דלא שכיח וא"כ צדקו דינו של הסמ"ע דבש"ד צריך לישבע כמ"ש ולכך הסמ"ע דס"ל דכל הטעם משום דשבועה לשעבר חמור מלהבא ולא נחית לטעמו של מהר"ם דקיל ת"כ משבועה כמ"ש הש"ך יפה מחלק בין היסת לש"ד ולכן דין זה במחלוקת שנוי' ואפשר לומר בנדר בת"כ ליתן לו מתנה מה שבועה יש כחן הא לדעת מחבר בי"ד סי' רכ"ח יכול להתירה רק שיודיע לחבירו שלא יהיה חלול השם או בושת ע"ש אלא שלא דברו בזה ואפשר מיירי באופן דלא שייך התרה. והנה יש להבין להך דסבירא ליה בנשבע שלא יטעון שקר ואח"כ נתחייב בשבועה בב"ד פטור דמ"ש שבועה להבא מלשעבר הא דאמרינן בפ' שבועת עדות הכל מודים בע"א כשכנגדו חשוד על שבועה ופריך הגמרא לימא מי יימר דישתבע ולכך משני דשניהם חשודים ואליבי' דמ"ד דס"ל חזרה שבועה למחויב לה וכו' וקשה ל"ל לאוקמי בכה"ג דשניהם חשודים ואליבי' דחד מ"ד דהא פליגי תנאי ואמוראי בהו לימא כגון דמתחילה נשבע זה התובע בנק"ח שלא יטעון שקר בב"ד ואח"כ שתבע לזה החשוד כפר בכל ויש לזה התובע ע"א הוי זה מחויב ממון דהא שכנגדו נשבע ונוטל וזה כבר נשבע שלא יטעון שקר וא"צ לישבע עוד וא"כ גובה ממון בלי עיכוב וזה עד שלא העיד חייב ק"ש כי היה עד ממון לגמרי וצריך לומר בוודאי לא פסיקא לן זה בהחלט דאינו קיל לאינשי שבועה דלהבא משעבר רק הואיל דמספקא לן אין להשביעו מספק וכל ספק בשבועה להקל ואיך נחמיר עליו להצריכו עוד שבועה אולי לא קיל ליה ויצא ידי שבועתו אך זה לפטור אבל ליטול מספיקא לא מפקינן ממון ולכ"ע אין נוטל בשבועה ראשונה וצריך לישבע עכשיו וקו' הגמרא במקומו וא"ש:

לא **נאמן** במגו משמע הא יש עדים בת"כ אינו נאמן לומר שמחל הת"כ והקשה הט"ז מתשובת הרא"ש כלל יו"ד באחד שנשבע שלא לצאת בלי רצון אשתו ויצא ואמר מחלה לו אשתו ופסק הרא"ש דאין כאן שבועה דאין שבועה על שבועה ואף ששם א"א להכחיש שבועתו מ"מ נאמן שמחלה ומכח זה ביקש להשיג דבאמת אפילו בלי מגו נאמן ולק"מ דבכ"מ קי"ל במחילה דטענה גרוע היא דמה"ת ימחול ולכך בזולת מגו אינו נאמן וה"מ באינש דעלמא אבל התם בעובדא של הרא"ש מה טענה גרוע יש דמחלה לו אשתו שלא יהיה חבוש והיא הטוב שבנשים לעשות רצון בעלה ומהכ"ת לא נימא דנתרצתה לו

למחול בדברים האלה ולכך נאמן בלי מגו רק דה"א ישבע כמו שארי דברים שצריך עכ"פ שבועה אפילו אינה טענה גרוע וע"ז כתב דאין שבועה וכו' ולק"מ.:

לב **שכבר** החזיר וכו' הסמ"ע רצה להגיה החזיק דאין כאן כפירה בגוף ממון עניים רק מי יחלק' אבל בהחזיר הא קיי"ל דנשבעי' על צדקות עניים והט"ז כתב ה"מ קהל וב"ד דהם יד עניים אבל הוא לא מצי להשביע דיאמר לאו בע"ד דידי את ואפשר אם הקהל או ב"ד רוצים לתובעו יכולים אלא דלא מיירי מזה כאן ע"ש וראש דבריו אמת אבל סופו לא הבנתי דאיך יתבעו קהל או ב"ד הא אין להם טענת ברי ואי דזה המפקיד אומר הא הוא נוגע בעדות דזה אומר דהחזיר לו והוא חייב לשלמו ונוגע בעדות לא משווי הוגד לי כנ"ל בסי' ע"ה ע"ש אלא דלא הבנתי כיון דזה היה יכול לחלק לעניים ואין לו עליו תביעה מכח טובת הנאה א"כ מה טענה יש לו עליו אם החזיר או לו הא נאמן במגו דהיה מחלקם לעניים והיה פטור משבועה אף בזו פטור דס"ל לרמ"א מגו לפטור משבועה אמרי' ולק"מ:

לג **ונשבע** לאחד וכתב הסמ"ע אם יש לאחד תביעה על רבים נשבע א' מהם מי שירצה התובע והאחרים עומדים אצל שבועה ואומרים אמן דהעונה אמן חשוב כשבועה דכתיב ואמרה וכו' וכתב הסמ"ע היינו באחר המשביעו שאומר משביע אני מי שמעכב ממון פלוני או בארור יהיה ובזו מהני אמן לקבלת שבועה ולאו דוקא אמן אלא ה"ה הן וכדומה כמ"ש בי"ד סי' רל"ו. אבל אם הוא אומר שבועה שאינו חייב מה יועיל אמן. והש"ך כתב דמהני באומר אף אני כמוהו. והנה מ"ש הסמ"ע דצריך אמן או שאר קבל' דברים כמ"ש בי"ד סי' רל"ו התם בנדרים ושבועת ביטוי. אבל בשבועת פקדון א"צ לומר כלל אמן דהכפירה שעומד בה לאחר השבועה היינו אמן וכמ"ש הרמב"ם להדיא בהל' שבועות דבפקדון א"צ לומר כלל אמן ע"ש מיהו בכנה"ג כתב דצריך לענות אמן וצ"ל בשבועת הדיינים החמירו. וכן משמע לעיל סעיף י"ז ומה שכתב הש"ך דמהני אני כמוהו צ"ע הא כל עיקרו בנזיר שאמר הריני נזיר ושמע חבירו ואמר ואני ג"כ הוי נזיר וקי"ל שם דבעי לומר תכ"ד ולא יותר דאח"כ אין מוסב על דבריו כלל א"כ צריך לדקדק שיאמר אני כמוהו תכ"ד של תביעתו ומי יפיס להבחין זאת ומי גבר שלרגעי' יבחנו ואפשר אם אמר אף אני כמוהו מקבל עלי חומר שבועה מהני אפילו לאחר כ"ד וצ"ע:

לד **יש** מי שאומר המזכיר שם שמי' לבטלה וכו' דין זה צ"ע דכתבו המחבר בלי חולק דהגהת מרדכי הוציא דין זה מגי' בה"ג דגרס האי איתת' דאמרה בת ר"ח ידענא בה דמפקה ש"ש לבטלה והפכה רבא לשבועה ופי' דהואיל דעבר על לא תשא והא התו' בשבועות דף מ"ו ע"ב ד"ה אבל שבועה וכו' העתיק הך מילתא דבה"ג ופי' שהיתה

נשבעת ואינה מקיימת כגון שלא תאכל ואכלה וכו' הרי דתו' חולקים אהגהת מרדכי ואיך העתיקו בלי הזכרת דעת התו' ובפרט דהמחבר הביא בסי' צ"ב די"א דאפי' בשבועת ביטוי כה"ג לא מפסל ומכ"ש בהוצאת ש"ש לבטלה ויותר קשה על מחבר דפסק לעיל כל עבירה שאין בו מלקות לא מפסיל כמש"ל בסי' ל"ד באריכות והא הך דמזכיר ש"ש לבטלה מבואר בגמרא דתמורה פ"ק דאזהרת עשה היא ולית ביה מלקות כלל. וא"כ איך יפסול לדעת מחבר והמעיין ברמב"ם פי"ב מהלכ' שבועה נראה דמפרש בהא דאמרינן ריש נדרים השומע הזכרת השם לבטלה דחייב נידוי איירי בנשבע לשוא ולא במזכיר סתם לבטלה ועיין בי"ד סי' של"ד בט"ז שם עכ"פ לדעת מחבר צ"ע. ואפילו לרמ"א צ"ל דפסול מדרבנן וגם זה צ"ע. כי ודאי יש לסמוך אדברי התו' יותר מהגהות מרדכי:

סימן פח

א **ותהי'** הכפירה לפחות שני מעין כסף ברמב"ם פ"ג מהל' טוען ונטען כתב אעפ"י שכל כסף האמור בתורה הוא שקל קידש והוא עשרים מעה וכל כסף דבריהם ממטבע ירושלים וכו' ולפי שזה שהצריכו להיות כפירת הטענה שתי כסף הוא מדבריהם עשו אותו שתי כסף של ירושלים שהם שני מעין. ותמה המ"מ במה שכתב דהוא מדבריהם וכתב שצ"ע דהא מקרא ילפי' לה ומה שהוא שתי מעין ולא שקלי' בפ"ק דקידושין מקשה לי' ומתרץ ליה ואפשר שיש שם לרבינו שטה אחרת עכ"ל. ולא הבנתי דבריו כי הרמב"ם גריר בתר גי' רבי ר"י מיגא"ש כמו שכתב הריטב"א למס' קדושין בשמו דפריך והרי כללא הוא. דכל כסף האמור בתורה כסף צורי דהיינו שקלים התנן הטענה שתי כסף ומשני לפי גי' הר"י הלוי כך דכתיב כסף או כלים מה כלים שנים ודבר חשוב אף כסף שנים ודבר חשוב. והקו' למה סגי בב' מעין ולא ב' שקלים ומתרץ דהקישן הכתוב לכלים דמה כלים כיון שהוא כלים ראוי למלאכה הוי חשוב וקרוי כלי ונשבעי' עליו אף כסף כל שהוא מטבע כסף ויוצא הוי חשוב לגבי הך ונשבעין עליו אך עדיין ק' במ"ש הריטב"א בשם הרמב"ן בעצמו א"כ דהכל כסף יחשב כל שיוצא למה קדושי אשה נקנית בפרוטה וקרוי כסף ובטענה בעינן שתי מעין הא מהקישא מרבינן דהכל קרוי כסף ולהוי כמו בקדושי אשה והרמב"ן ת' בדוחק ולכך בישוב קושי' זו ס"ל לרמב"ם דבאמת מהתורה נשבעי' על ב' פרוטות דקרוי כסף כמו בקדושי אשה רק חז"ל ראו שלא לפסוק שבועה דאורייתא בכסף מעט ותקנו שיהיה שני מעין דוקא וכמ"ש רש"י ג"כ שם בס"ד דהתורה מסרה לחכמים והם באומד הדעת עשו כך וזה פשוט: וזהו כוונתו שמה שהצריכו להיות

כפירה טענות ב' כסף הוא מדבריהם הכוונה דמהתורה סגי בב' פרוט' רק חז"ל עשו שיהיה שני מעין ותקנו מעות מדינה ולא של צורי והוא פשוט ונכון

ב **י'** מחטין בפרוט' כן הוא דעת הרמב"ם וסייעתו אבל הרא"ש והטור וכן התו' בקדושין חולקים וס"ל דכלים יצאו למה שהן שא"צ להיות שני מעין בכפירה אבל עכ"פ צריך להיות ש"פ בכל הן בכפירה והן בהודאה ומדברי התו' בב"ק דף ק"ג דהקשו אהא דהגוזל את חבירו ונשבע לו בשוה פרוטה יוליכנו אחריו הא צריך להיות טענה ב' כסף ותי' דמיירי דנשבע מעצמו או דהי' הטענה שתי כסף והודאה פרוטה ופי' דשניהם טענו שקר דהוא לא חייב לו רק ב' פרוטות והוא טענו עבורו שתי כסף והוא לא הודה רק בפרוטה ונתחייב שבועה ונשבע וא"כ גזלו פרוטה ע"ש. ולא תי' דמיירי בכלי דנשבעין על פרוטה אלא דס"ל כפירש"י דכלי אין צריך פרוטה כלל וא"כ למה קתני ונשבע לו בפרוטה הא אפי' בפחות נמי. וכן מוכח דס"ל שם כתו' דשבועות דהא דע"א מחייב שבועה בתביעת פרוטה לאו לכ"ע רק לשמואל ולא לרב דאלו ס"ל כמ"ש בכתובות דלכ"ע הדין כן א"כ הל"ל דישבע להכחיש העד וסגי בפרוטה אלא דס"ל דלרב ליתא לדין זה ולכך מפרשי למשנה אף אליבא דרב דלא תקשי לרב ממשנה. ולכך לא היה צורך להרב בעל תוי"ט לפרש במשנה כנ"ל כדברי תו' כיון דקיי"ל הך דינא בע"א לכ"ע אפי' לרב הפי' פשוט במשנה דנשבע להכחיש העד וכן דעת התו' ב"מ דף ג' ד"ה מפני וכו' דהקשו מנלן דכופר בכל פטור משבועה ואי משום דא"כ ל"ל קרא לחייב שבועה בע"א הא איצטרך לטענו עפ"י העד וזהו תלוי' במחלוקת אי יכול להשביעו עפ"י עד ולא תי' בפשוט דאיצטריך היכי דליכא כפירת ב' כסף דבע"א מ"מ זוקק לשבועה אבל לא בכופר הכל דל"ל דגם כופר הכל ס"ד דלא בעי ב' כסף דא"כ איך יצטרך מ"מ ב' כסף ואי הואיל והודה קצת האי אערומי קמערים לפטור משבועה וצ"ל דהתו' ס"ל לרב אף בע"א בעינן ב' כסף ולכך התו' ביקשו להקשו' אף לרב ודחו לחלק בטוענו עפ"י עד:

והנה לפמ"ש בס"ק הקודם דס"ל לרמב"ם מהתורה אפי' כסף בפרוטה א"כ ע"כ דמה שאמרו יצאו כלים למה שהן היינו אפי' בפחות מש"פ דאל"כ היינו כסף ויש לרמב"ם הוכחה גמורה:

ג **אלא** בפרוטה כו' הש"ך הסכים להסמ"ע דבכלים כל שהן מחויב בע"א ובשבועת שומרין והרב הט"ז כתב דלא נראה כן דכיון דכסף וכלים לאו עלה קאי רק אמ"מ ולא אע"א ושומרי' א"כ מנלן לחייב בכלים ובע"א ואין מקים כלל לדבריו כיון דחזינא אם מודה במחט וכופר במחט חייב שבועה וכי בשביל הודאתו מחייב שבועה הגע עצמך דהודה במנה וכפר בחצי פרוטה וכי יתחייב שבועה וע"כ דכפירה חשוב כפרוטה וא"כ

אף בע"א יתחייב שבועה דמה מעלה ומוריד הואיל ומודה במחט אך בשומרי' יש לדקדק דכיון דהטילה התורה שבועה מספק דילמא דוקא בדבר ממון הטילה התורה שבועה אבל לא בכלי דלית ביה ממון דלאו לכל מילי קרוי כלי ממון דכי יכול לקדש בו אשה אי המוצא אבידה כלי פחות מש"פ יתחייב להחזיר זה אינו וא"כ אף בשומרים לא יתחייב על כלי היותו ספק. אמנם נראה דבלא"ה יש להבין בטעמו של הרמב"ם והרי"ן מיגא"ש דלמה לא יצטרך בשומרי' ב' כסף הא עיקר קרא בשומרי' כתיב וכקושית הר"ן הא הך דכסף וכלים דרשינן מיניה לענין שומרים ולכן נראה דאזלו לטעמיהו כמש"ל בסעי' א' דס"ל דמהתורה ב' כסף היינו שרי פרוטות ואיצטרך שני פרוטות חדא לכפירה וחדא להודאה דאין הודאה בפחות מש"פ ואין כפירה בפחות מש"פ. וא"כ בשומרים וע"א דלא בעינן הודאה רק כפירה חד דינא אי' להו כמו מלוה וכמו במלוה סגי בכפירת פרוטה כן בשומרים בטענתו שפשע. ואע"ג דלרב בעינן הודא' ש"פ מלבד סך שני פרוטות דכופר י"ל דס"ל לרמב"ם דגם זה מדבריהם דבאמת קשי' א"כ דכי הוא זה בעינן מלבד כסף שני' האמור בפ' א"כ אף כלים שנים יהיה צריכין ג' כלים שני' שכופר וחד דמודה ביה דהא כסף או כלים דכתיב איירי בכפירה מלבד הך דמודה בגווי'. ובפרט דהא הקישן הכתוב להדרי ולמה אמרי' תבעו בב' מחטין והודה לו בא' מהן ובאמת בגמ' שמואל קאמר תבעו בב' מחטין ושמואל לטעמיה דס"ל דא"צ הודאה מלבד הנך ב' כסף דתביע' אבל הרי"ף והרמב"ם וכל מחברים דפסקו כרב והעתיקו הך דב' מחטין יש ליתן טעה ולכך צ"ל דס"ל דהך דשדי כסף לכפירה הוא רק אסמכתא אבל ד"ת באמת ההודאה בכלל הנך שתי כסף וזהו דייקא דאמרינן דייקי מתני' כוותי' דרב וקרא כוותי' דשמואל דאי קראי כוותי' דשמואל מה נ"מ במתני' דדייקי כוותי' דרב ומי נדח' מפני מי אלא וודאי דתרווייהו אמת דקראי כשמואל וזהו לד"ת אבל מדבריהם תרתי בעינן ולכך דייקי משנה כרב וזה ברור בכוונת הרמב"ם דעשה כפירת הטענה ב' כסף מד"ס ובד"ת ודאי סבר בחד פרוטה הודא' וחד פרוטה כפירה ולכך בכלים לא היה תקנה יסגי בחד כלי כפירה וחד הודאה. וא"כ ל"ק משומרים דבשומרים לא תקנו חז"ל והעמידו על ד"ת וא"כ שוה כפירת שומרים לכפירת מודה במקצת דכמו דשם בחד פרוטה ה"ה בשומרי'. ובזה מיושב קושי' התו' דהקשו בע"א למה חייב שבועה בכפירה פ"א הא במאי דמ"מ פטור כגון בקרקעות אף בע"א פטור ולמה בטענה פחות מב' כסף אין חייב במ"מ ולמה יתחייב בע"א. ולכך באמת התו' בשבועות ס"ל דוקא לשמואל הך דינא ולא לרב ולפי הנ"ל לק"מ דבדאורייתא אף לרב בכפירה פ"א סגי ובע"א העמידו על ד"ת וזה ברור

ומיושב כל התמיהות והקושי' ולפ"ז באמת כסף וכלים דכתיב אף לשומרים קאי ולכך מה כלים בכל שהן למ"מ ואף לשומרים ומכ"ש לע"א וא"ש:

ד **בלתך** קטנית וכתב הש"ך דיין וחומץ מין אחד לענין הודאה ממין הטענה דכן כתב רשב"ם ב"ב ד' פ"ה ע"ש ואמת שכן הוא ברשב"ם אך י"ל דרשב"ם כתבו בס"ד דאף לענין מקח וממכר מין אחד הוא ולקח יין ונתן לו חומץ אינו מקח טעות וא"כ אף לענין מין הטענה. אבל למסקנא דאמרינן דוקא לענין תרומה אבל לענין מקח וממכר הם שני מינים דדעת בני אדם קפדי מזה וא"כ אף בטוען ונטען ודאי דאזלינן כפי דעת בני אדם וכפי קפידתם ולשונם וכי בלשון תורה אין קטנית בכלל תבואה רק בלשון ב"א אינו בכלל ולא הוי מין טענה וכן מנורה גדולה וקטנה לולי הטעם שיכול לגוררו לא הוי מין אחד ומכ"ש בדיעות בני אדם יין וחומץ ולכך דין זה צ"ע:

ה **ויש** מי שחולק ואומר שדין הפקדון וכו' תמהני שהביא דעת הר"ן לחולק שהוא יחיד נגד הרא"ש וכן משמע ברמב"ם כמ"ש בעה"ת וכן דעת בעה"ת הרמב"ן והרשב"א והטור וכן נראה דעת היש גורסין בגיטין דף י"ג בד"ה אית ספרים דמפרשי הא דאמר רב אמר מנה סתם חוששין למנה קבור היינו בפקדון וא"כ ע"כ מוכח דאף בפקדון האומר סתם לאו שוה קאמר דאל"כ איך ס"ד למנה קבור הא לא מייחד ליה מנה וכמ"ש הרשב"א והר"ן גופי' דמהך חיישי' למנה קבור מוכח דבמקנה דווקא קאמר ולא בשוי' וא"כ להך יש גורסין אף בפקדון ועיין ברשב"א בחדושיו לגיטין דהך גירסא היתה גירס' ר"י ומבואר דלא כר"ן אך נראה אף החולקים היינו בבע"ה שאין דינו כשולחני ואסור לשמש במעות פקדון אפי' מותרין וא"כ י"ל דוקא קאמר דמה שנתן יחזיר בעין אבל לדידן דיש לנו דין שולחני והתשמיש מותר בו א"כ ודאי שוה קאמר אף בפקדון דהא היה יכול להוציאו ואין לו אלא תמורתן כמו בהלואה ומכ"ש לפי דעת הש"ך דס"ל לעיל בסימן ע"ג דאפי' הפקדון בעין בשעת תביעה מ"מ יכול הנפקד להחליפו ע"ש א"כ ודאי דשוה קאמר ואף הרא"ש מודה בזה.

ו **לפיכך** אפילו יש עדים וכו' הקשה הש"ך דלקמן בסי' ת' בשני שורים נוגחים והניזק אמר גדול הזיקו והמזיק אמר קטן הזיק דמדמי ליה הגמ' בס"פ המניח לטען בחיטין והודה בשעורים דפטור פסק המחבר כרמב"ם דאם יש עדים על הנגיחה הרי זה משתלם מן הקטן וביקש הש"ך לחלק דמ"ש כאן אפי' יש עדים היינו שמעידים בבירור על שעורים אבל לקמן מיירי שראו נגיחה ולא ידעו מי נגח ואף כאן ביודעים הלואה וא"י אם חיטין או שעורים חייב בשעורים דהוא יאמר בממ"נ אם האמת כדברי העדים תן לי עכ"פ שעורים עכ"ל. ובלבד דקשה דא"כ איך השמיט המחבר הך דינא במעידים הלואה

סתם דנוטל עכ"פ שעורים אלא דלא הבנתי הטעם מה בממ"נ יש אם העידו על חיטין תן לי חיטין ואם על שעורים תן לי שעורים הא במעידים להדי' על שעורים לית לה שעורים ומ"ש דאומרי' דרך ספק או דרך החלט סוף כל סוף הא אם אמת דשעורים היה הודה ומחל לו ואיך יוציא ממון מספק ובפרט כפי שמשמע מדברי הגמרא שם וכמ"ש לקמן בישוב דברי רמב"ם במזיק אומר שמא וניזק ברי ה"ל טענו בחיטין וכו' ומ"ש הודאת פיו ומ"ש עדים הא הודאת בע"ד עדיף ממאה עדים ולכן לא הבנתי על בוריו טעם לחלק. ומה שנראה דברמב"ם גופי' יש לדקדק דלא זו שלא הזכיר דין זה ביש עדים דמשלם הפחות בהל' טוען ונטען גבי טוען בחיטין וכו' אף גם שם בהל' נזקי ממון הביאו באמצע פסקה על הך בבא דשנים רודפים אחד גדול וא' קטן דאם יש עדים ולא הביאו לבסוף אחרי כל הבבית השנוים במשנה אחד תם ואחד מועד ושנים רודפים אחר שנים דהא לכאורה הך דינא מישך שייכי לכל הבבית כמ"ש המ"מ. ולכן נראה דבכוונה שמר הסדר דצריך טעם מה יועיל עדים יותר מהודאות עצמו דהודה בקטן או בשעורים ומ"מ פטור וא"כ מה יועיל עדים ונראה הטעם דס"ל לרמב"ם בתפס לא נפטר משעורים וקי"ל כר"ע דאמר שותפים נינהו ואם הקדישו ניזק הוי הקדש דהרי הוא שלו וא"כ צ"ל דהוי החצי כאלו בא בידו ואיך שייך בו מחילה דמחילה שייך על תביעה על חבירו אבל על מה שהוא שלו לא יתכן ולא מהני לשון מחילה רק צ"ל להדי' בלשון מתנה נתון לך וזה אינו בל' בתבעו גדול שיהיה כאומר נתון לך הקטן וכיון דהוא ברשותו לא שייך ביה דין טענו בחיטין והודה בשעורים ועדיף מתפוס אך הני מילי בשכבר הודה לו בו המזיק או יש עדים א"כ הרי בידו להביאו כל שעה ולמוכרו ולכך חצי השור מוחלט לו. וכמ"ש תו' בריש שור שנגח ד' וה' ד"ה שור וכו' דהואיל דיש בידו להביא עדים לאלתר זכה בשמירתו ע"ש. אבל כל כמה דאין לו עדים ועדיין לא הודה הנתבע א"כ איך יהיה השור מוחלט לו הא עדיין יכול המזיק לכפור בו ולומר לא כי בסלע לקה וכדומה או א"י וא"כ פשיטא דאז עדיין בתכלית הראוי ולא מיקרי כלל גבי' ואין עדיין מוחלט לו ולכך אמרינן בגמרא תבעו בגדול והודה בקטן דה"ל כטען בחיטי' והודה בשעורים דאז בעת תביעתו בגדול עדיין לא הודה המזיק כלל ומחוסר גוביינא ואז בתביעתו מחל למזיק הקטן דעדיין ברשותו דמזיק קאי וא"כ מה יועיל שאח"כ מודה המזיק בקטן כבר נמחל לו וא"ש: (ובגמ' לא איירי ביש עדים על הנגיחה דסוגיא אתיא למ"ד פ"נ ממונא וכמ"ש המחברים ופשוט) משא"כ ביש עדים על נגיחה לא מבעיא דמעידים על הקטן אלא אפי' מעידים בספיקא מ"מ קאי הקטן ברשותו דמספיקא אין לו רק הקטן וה"ל כמעידים רק על הקטן וכ"כ הרא"ש באומר יודע אני שהיה המשכון שוה יותר מסלע וא"י כמה

דה"ל כמודה בדבר שבמנין דכיון דהודה סתם ה"ל כמודה בפרוטה דתפסתה מרובה וכו' ומכ"ש בזה במעידים בספק אין ברשותו אלא הקטן וזהו ודאי ברשותו ויכול להביאו כל עת ושותף הוא בו ולא שייך מחילה כלל. ועיין לקמן ס"ק י"ד במ"ש בשם בעה"ת דכתב לדעת הרמב"ם דפקדון יותר מיקרי חיוב לגבי נפקד משור תם לגבי מזיק ולכך לא הוי הוד' ממין טענה כלל דאין על המזיק שום חיוב. ולכך העמיד הרמב"ם דבריו על הך בבא בשני תמים רודפים וכו' משא"כ אלו כתבו לבסוף באחד תם וא' מועד והמזיק אומר מועד הזיק הקטן ודאי דמ"מ אין לניזק דמי קטן דהא מחלו באומרו שהזיק לגדול וגבי מועד ליכא תפיסה ואינו מוחלט לו כלל דהא מעלי' משתלם ואינו רק ב"ח בעלמא על המזיק ואלו כתבו לבסוף אף על זה היה מוסב וזה שקר ולכך הקדימו וכתבו במקום הראוי ולהציל המעיין מטעות. ומכ"ש דלא שייך הך דינא בטענו שהלוהו חיטין ומודה בשעורים והעדים מעידים בשעורים או שאינם יודעים באיזה מין היתה הלואה דכאן לא שייך מ"ש וה"ל כמועד דהא אין לו רק חיוב על הלוה ולא מיקרי תפי' כלל ופשוט ולכך לא עשה מיניה כלל זכר בהלכות טוען ונטען. וגם דברי מחבר יפה מתפרשין. ובאמת אפשר בטען חיטין פקדון והודה בשעורים פקדון ועדים מעידים בשעורים או שא"י מהו ויודעים שלא קרהו אסון באופן דא"א לטעון נאנסו וא"כ שעורים לא מחוסר גובייננא וכל היכי דאיתא ברשותו דמפקיד קאי באמת לא שייך ביה מחילה ודין דטען בחיטין והודה בשעורים והבו דלא לוסיף דבלא"ה הרבה מחברים ס"ל כל הטעם השטאה דלא מהני בעדים והיינו באופנים הנזכרים באופן שלא יכול לכפור כלל מיהו כבר כתבתי דתם גרע מפקדון כמ"ש בעה"ת. ונראה דיש לרמב"ם ראיה מהא דאמרי' בגמרא ואי לא מייתי ראיה שקול כדאמר מזיק ואמאי הא ה"ל טענו בחיטין וכו' ומשני הגמרא ראוי ליטול ואין לו. וכבר הקשו התו' דהל"ל פטור ותי' התוספת דנתכוון לתי' השני דתפס לא ס"ל לרמב"ם. ולכך פי' הרמב"ם דכך פי' במשנה הממע"ה כל מה שירצה להוציא צריך ראיה דלא מבעיא כשירצה להוציא כטענתו דמי גדול פשיטא דצריך ראיה אלא אפי' שירצה להוציא דמי קטן דאמר מזיק דזהו שורת הדין לכאורה ראוי ליטול מ"מ אין לו עד שיביא ראיה וכללא הוא לכל מה שירצה להוציא הן רב או מעט צריך ראיה דזולת זה ה"ל כטען בחיטין וכו' מיהו בראיה שקול וזהו מבואר כדברי הרמב"ם דביש עדים שקול כדאמר מזיק וא"כ טובא קמ"ל המשנה בהך הממע"ה ביש עדים דשקיל כדאמר מזיק וא"א למתני פטור דהוי משמע אפילו יש עדים על הנגיחה וא"ש ומדויק. והנה הרב הש"ך האריך בזה בס"ק ט"ז דלא זו ביש עדים דמוציאין שעורים אף גם בעומד בהודאתו דחייב שעורים חייב לשלם דכל טעמו דפטרינן משעורים הוא כדעת הראב"ד ורמ"ה

דיכול הנתבע לטעון משטה הייתי בך הואיל ותבעת דבר שאינו ואף שהוא בב"ד אבל במודה דחייב ולא השטה פשיטא דחייב ועם כל אריכות שלו לא מצאתי בכל דבריו דבר ברור שכדאי להכריע נגד גדולי חקרי לבב ההמה החולקים כי עיקר דבריו כי סוגי' דגמ' אזלא למ"ד פ"נ ממון או דמיירי בטענו גדול הזיק וכבר העמדתיך בדין ונתחייבת לי דמי גדול והוא אומר לא כי רק דמי קטן ואמת דכן כתבו המחברים דמיירי למ"ד פ"נ ממון (ומ"ש הש"ך דמיירי בהעמיד בדין עיין מש"ל בזה) אך עם כל זה קשה לומר דפי' המשנה יהיה והלה אומר קטן הזיק ועכשיו חוזר מדבריו ואמר להשטות נתכוונתי ואף אנו היינו צריכין לפרש כן ליישב המשנה בזה היה ק' לומר כן דמשנה סתמא קתני והלה אומר משמע דאומר ובא ולא קתני היה אומר מכ"ש דקשה מנ"ל לגמרא לעשות מיניה קושיא ולומר דמיירי בדתפס וכיוצא. מה דלא מצינו רמז ממנו במשנה ולא מוקי ליה בפשוט דעומד בדיבורו ואינו חוזר בו ואין כוונת המשנה בזה רק מי הזיק קטן או גדול אבל לא נחית לומר דחוזר ואומר דלא הזיק כלל דהא שור מנוגח לפניך ומה תאמר בסלע לקה היינו רישא ומה קמ"ל בסיפא. ולא מצאתי לרמ"ה רמז בשמעת' רק מהא דמשני ראוי ליטול ואין לו דנדחקו התו' בפירושו וצ"ל דמוסב על הך תי' שני בדתפס ולפי' רמ"ה א"ש ראוי ליטול אם עומד המזיק בדיבורו ואין לו אם יחזור בו ויאמר להשטות כוונתי. וטובא קמ"ל דהטעם משום השטאה ופעמים יש לו ופעמים אין לו. אך אף דזה נכון מיני' תברא דקשי' לרמ"ה א"כ מה דוחקיה דגמרא לומר במציעתא דשם מיירי בניזק אומר שמא מזיק ברי ולא משני הך תי' ראוי ליטול ואין לו ועל מציעתא לא קשה מברייתא הרי זה משתלם דבמציעתא לא נאמרה ברייתא (וכמו דצ"ל לפי' רש"י דהקשו דהל"ל במציעתא ראוי ליטול וכו' וע"כ אין כוונתו על תפס דא"כ יקשה תרתי ל"ל אלא ס"ל ראוי ליטול אינו מוסב על תפוס כמו שנראה מפירש"י להדיא רק בפשוט ולכך הקושיא במיצעתא דליכא ברייתא לוקמי בראוי ליטול וסיפא דאיכא ברייתא דקתני להדיא דמשתלם לוקי בדתפס) וסיפא דקתני ברייתא לוקמי בדתפס ותרווייהו צריכי דקמ"ל בדתפס אפי' אינו עומד בדיבורו לא מהני וחייב וגם קמ"ל בדלא תפס ועומד בדבורו דג"כ חייב ול"ל דקים ליה לגמרא דאף על מציעת' יש ברייתא דמשלם מקטן מ"מ ה"ל לגמ' לאתויא זה בקשיא דהקשה לימא תיובתא דרב"נ הל"ל דקשיא מברייתא דהא במשנה י"ל ראוי ליטול וכן צ"ל בכוונת רש"י כמש"ל דאל"כ גם רש"י לא הקשה מידי. ול"ל דס"ל לרמ"ה כתי' רש"י דהואיל דס"ל לא אמר סומכוס אפי' ברי וברי א"כ ניחא ליה לאוקמי מציעת' בניז' אומר שמא דעדיין קשה א"כ מה פריך ר"פ למ"ד דאמר סומכוס אפי' ברי וברי מהך מציעת' הא לדידי' שפיר י"ל דגם מציעתא איירי ברי וברי רק ראוי ליטול ואין לו.

ואמת דקושי' זו קשה לרש"י ג"כ וצ"ע לכאורה רק ברש"י הרב' דרכי' יש כמ"ש בחדושי ואחד מהן דס"ל לרש"י דלכך קתני הממע"ה ולא פטור כמש"ל ברמב"ם דקמ"ל ביש עדים דנוטל והטעם כר"ע דשותפי נינהו אך קשה לכאורה א"א לומר דמתני' ר"ע היא דרש"י ס"ל כופר בכל בפקדון חייב שבועה וא"כ לר"ע דשותף נינהו ואם הקדישו קדוש ה"ל כאלו יש ביד מזיק פקדון וא"כ רישא דמוקי ליה בברי וברי והלה אומר בסלע לקה יש כאן חיוב ש"ד ואיך קמ"ל לאפוקי מדסומכס הא ה"ל חיוב ש"ד ומודה סומכס במקום שיש ש"ד כדאמרינן בב"מ בשמעת' דהמחליף דף ק' ע"ש. ועכצ"ל דר"י היא דלא ס"ל שותפי רק ב"ח ואין כאן פקדון וליכא ש"ד (ואף דהך היו שניהם של איש אחד משמע בגמרא דר"ע היא מ"מ י"ל דאידך משנה ר"י היא או באמת ס"ל ר"י היא וכן צ"ל בתו' לקמן ריש פ' הפרה דהקשו לוקמי משנ' כסומכס ור"י היא ש"מ דמצי להיות כר"י) אך י"ל דהא המהרש"א הק' בר"פ הפרה במשנה דקתני והלה אומר לא כי בסלע לקה דס"ל לחכמים הממע"ה הא אף אלו מודה מפטר למ"ד פ"נ קנסא דהא ה"ל מודה בקצת ולסומכס נמי אמאי יחלוקו וע"ש שביקש לומר דין חדש נגד הרא"ש ומחברים אבל באמת נר' לסומכס ל"ק דלמ"ד אמר סומכס אפי' ברי וברי בכה"ג דאיכא דררא דממון כמ"ש התו' א"כ ודאי במודה המזיק ואומר ששורו נגחו דפטור מרביע נזק דאלו לא הוד' היה הדין יחלוקו ובהודאתו מגיע ח"נ וה"ל מודה בקנס אבל רביע נזק חייב דהא אף דהיה מכחיש הוה הדין יחלוקו לסומכס דס"ל אפי' בברי וברי וא"כ מה אהני הודאתו אלא אפי' נימא דבברי וברי לא אמר סומכס וא"כ לכאור' י"ל הא הוי מודה בקנס דאלו לא הוד' וכפר הוי פטור מכל הנזק לסומכס אך באמת אינו דכי אמרי' מודה בקנס פטור היינו היכי דאלו שתק היה פטור רק באמירת פיו מתחייב בזו אמרי' מודה בקנס פטור. אבל אם שתק היה מתחייב דה"ל שמא ויחלוקו לסומכס רק דאנן אמרי' דהוי מצי לשקר זהו אינו בגדר מודה בקנס דיפטור הואיל ולא משק' ח"ו רק אנו אומרים אלו שתק היה פטור ובעקימת שפתיו לא יתחייב אבל במקום דשתק פטור לא אמרי' וזה פשוט ונכון. וא"כ כיון דלסומכס ברביע נזק לא מועיל מודה בקנס שפיר איצטריך לחכמים דקמ"ל הממע"ה לאפוקי מדסומכס דס"ל שקיל רביע נזק עכ"פ וקמ"ל דלא נטיל כלום ובאמת לחכמים אף במודה אינו נוטל כלום דה"ל מודה בקנס רק קמ"ל לאפוקי מדסומכס וזה ברור ונכון בישוב קו' מהרש"א ומעתה הקושי' מעיקרא ליתא דמודה סומכס בש"ד דכי יש ש"ד היינו היכי דבהודאתו מתחייב ובכפירתו מפטר רמי' שבוע' עלי' דלודה אבל כאן מה יועיל שבועתו כל מה דאינו מתחייב בלי אמירת פיו אף אמירת פיו לא מהני ומה יועיל שבוע' שלו ואין זה דומה למחליף פרה בחמור דאמרי' מודה סומכס בש"ד

דשם דמתחייב הוי חיוב גמור ולק"מ. ולפ"ז נכונים דברי רש"י ומזוקקים דר"פ שפיר קפריך ממיצעת' דל"ל ראוי ליטול ביש עדים כהנ"ל וכר"ע דאמר שותפים דע"כ כר"י אתי' דאל"כ מה קמ"ל לאפוקי מסומכס הא מודה סומכס בש"ד דהוי כופר בפקדון ול"ל כהנ"ל דלא הוי ש"ד דמודה בקנס פטור דהא ר"פ ס"ל פ"נ הוא ממון ולכך מוקי ליה בניזק אומר שמא וכו' אבל קו' רש"י למסקנא דקיי"ל דהוי פ"נ קנסא ואם כן שפיר יש לומר דמשנה כר' עקיבא ואם כן קשה אסתמא דגמרא אדמקשה מסיפא לקשי ממיצעתא ולומר ראוי ליטול וכמו שכתבתי ולהוציא ממילתא דלעיל דמיירי בניזי' אומר שמא ועל זה משני רש"י שפיר דלמסקנא קיי"ל לא קאמר סומכס ברי וברי ולכך מוקי ליה בכך דיהיה דומים ודוק ועיי' עוד מה שכתבתי בזה. אך כל זה אין מספיק בתי' הרמ"ה דלפי' ראוי ליטול כפשוטו אם יעמוד בדבריו כהנ"ל וקושי' הנ"ל במקומו ובפרטות דיש ראיה מתו' דנדחקו לפרש ראוי ליטול ואין לו דקאי על תפס ולא פי' כרמ"ה שמע מיניה דלא סבירא ליה כרמ"ה ודלא כש"ך דחשב דגם התו' ס"ל כרמ"ה. אך אין צורך לזה דבלא"ה דעת התו' דלא כרמ"ה כנראה לכל מעיין בדבריהם דכתבו להדיא דהוי הודא' ומחל לו ולפי' הרמ"ה מה מחילה כאן וגם איך יתכן דאף לרבה בר נתן מ"מ ס"ל כר"ג דיש כאן שבועת מ"מ ואם יכול לטעון משטה הייתי מה שבועה של מ"מ יש כאן וכמו כן הדבר מבואר ברמב"ם בהל' טוען דכתב דהוי כאומר מנה לך בידי והל' אומר אין לי בידך דפטור והא בזה לעולם פטור אפי' עומד בדבורו דהא הך יליף ליה מהר"ם והרא"ש בפי"נ מהא דאת מוד' דלאו אחונא את ולכך כל מה שטרח הש"ך להשיב דברי הרמב"ם לדעת רמ"ה בחנם טרח כי מהנמשל הזה מוכח דלעולם פטור וכ"כ הנושאי כליו. וא"כ מה לנו עוד להאריך כיון דרמב"ם ותו' ובעה"ת ורא"ש והטור והמחבר ומהרש"ל ורמ"א מתכוונים כאחד וכפי מ"ש ממש מוכח כן מדברי הגמ' אין לפקפק וכוותייהו קי"ל: וגם דעת הרמב"ן כן מבואר ברא"ש ב"מ בשמעתין דשאלה ושכורה דכתב דא"צ לישבע ששכור' מתה כדרכה הואיל ותבעו בשאולה ה"ל טענו בחיטין דפטור משעורים ע"ש והא התם ע"כ עומד בדיבורו דשכורה מתה כדרכה. ולכן העיקר כמ"ש בש"ע בלי פקפוק.

ז **דהוי** כאלו מחל לו כו' דע כי הרא"ש ס"פ המניח כתב כי רש"י וכן התו' פירשו דלכך פטור משעורים דהוי כאלו מחל לו השעורים וכתב ותמהתי על סברא זו דמילתא דשכיחי שיש לאדם כמה תביעות על חבירו ואין רוצה לתובעם בב"א רק תובע א' מהן ומ"מ לא מחל השאר ועוד דלא דמי הך למתני' דכאן במשנה הוי הודאה שהודה שגדול ולא קטן הזיק ולא מחילה וא"כ אפי' נימא דבמשנה חייב דלא הוי הודאה דנתכוון להרוויח וליטול גדול מ"מ בטענו חיטין פטור משעורים דהוי מחילה וכן אפי' נימא

במשנה פטור דה"ל הודאה מ"מ אפשר חייב בשעורים דל"א דמחל: ולכך נ"ל דהך דטענו חיטין ה"ל כעין מתני' דטענו חיטין הלויתיך באותו יום ובאותו שעה והלה אומר שעורים היה אי איתא דהלוהו שניהם היה תובע שניהם כיון דבבת אחת היה אלא מדלא טענו הודה דלא חייב לו שעורים וכו' עכ"ל. והנה רבו בכוונת הרא"ש פירושים מה איכא בין הודאה למחילה. והנה רבינו ירוחם תלמידו כתב בנ"ג ח"ב דלהרא"ש אם עומד הנתבע בדבריו ומחזיקן ואומר שעורים יש לך בידי חייב בשעורים. והנה דבריו צ"ע כי מ"ש הש"ך לפרש דבריו דב"ד אין כופין אותו לשלם שהרי אומר כבר הודה לי אבל הוא מיקרי כגזלן אם לא ישלם. דבריו בלתי מובני' בממ"נ אם אנו אומרים דלא הוי הודא' מחילה למה לא יכופו ב"ד לשלם הרי הודה דחייב שעורים ואיך ינצל דהוא הודה דאין חייב הלא אתה ידעת דשקר אומר ובשטות ידבר ואתה יודע ואומר בב"ד כדברך אז כן עתה דחיי' אתה שעורים ואם הוא חשב ליטול תמורת שעורים חיטין מ"מ אתה יודע דחייב לו שעורים ובמה תפטור אם לא דיטעון הואיל והודה מחל לי והוא הדבר הנרצה דאף בהודאה בריר מחילה א"כ לפ"ז אף מגזל הנתבע פטור דאין לאחר מחילה כלום ולא ידעתי הבדל בין ב"ד לבינו בין עצמו. והמעיין בריו"ו יראה דמתחילה כתב דעת הרמ"ה דיכול לטעון להשטות היה דבריו וכתב לפ"ז בעומד בדבריו חייב בשעורים ואח"כ כתב דעת הרא"ש מטעם הודא' וכתב ולדבריו כמו כן אם עומד בדבריו חייב לשלם הרי דכתב כמו כן דמשמע דשוה בזה לרמ"ה והא התם כופין בב"ד כמ"ש הש"ך. איברא דדעת ריו"ו צריך לימוד דלפ"ז ה"ה בעדים מעידים דמ"ש דמודה בע"ד בעצמו ועומד בדבריו או דעדים מעידים דחייב שעורים וא"כ מה דהקשה הרא"ש לרמ"ה דהא משנה דהמניח ע"כ מיירי דעדים ראו נגיחה דאל"כ ה"ל מודה בקנס ופטור תקשה להרא"ש לנפשיה דא"כ דה"ל עדים הא חייב ועוד ודאי דכל המשנה איירי בעומד בדבריו דנגח קטן וליתא בחזרה דבסלע לקה היינו רישא וכמש"ל ובפרט דאיכא עדים ואיך יחזור וא"כ הא לא קשיא כלל מהך דטענו בחיטין. ולמה לנו לשנויא בשנויא דחיקי במשנה ולא אמרי' כפשוטא דמשנה איירי דהמזיק עומד בדבריו וצ"ע דברי ר"י להולמן לכאורה: ומה שנ' בדבריו דזהו ההבדל לדעת הרא"ש ודעת הרמ"ה כפי הבנת ריו"ו דהודאה לא ס"ל לרא"ש דהוי מחילה רק הואיל הודאת בע"ד כמאה עדים דמי הרי הוא פוסל כל עדים שיעידו הפכו וכמו שאמרו בגיטין נאמנת עלי ופוסל כל עדים ואף בזו באמרו שאין חייב לו שעורים הרי פוסל כל עדים שיעידו שחייב כי הודאתו יותר מק' עדים אבל מ"מ אם הנתבע מודה שחייב פשיטא דמוציאין דהא כאן הוי איפכא הודאת בע"ד שהוא פוסל לכל עדים שמעידים על הפטור ודבריו נשמעין דמה בכך דהוא מודה דלא היה חייב

מ"מ זה שאומר שהוא חייב הרי יכול להתחייב עצמו אפי' במה שאינו חייב כדלעיל סי' מ' וא"כ ודאי דדברי זה קיימים דהתובע נתכוון להרוויח כמ"ש הרא"ש וגם אנו מקיימים דברי שניהם דאמת דלא היה חייב שעורים כלל רק בהודאת פיו מתחייב אעפ"י שאינו חייב וכאודיתא דאיסור גיורא שהיה יודע שאין לרב מרי חלק בפקדון שביד רבא כלל ואף זהו כמוה. והן דברי הרא"ש דלא מחל רק אנן אמרינן דאמת אתו שלא היה חייב שעורים מעולם ולכך לא תבעו שעורים וא"כ עדים אינם מועילים אבל אם הנתבע עומד בדבורו פשיטא דחייב אף דאנן ידעי' דלא הלוהו מעולם שעורים. ולפ"ז לק"מ הא דמדמי הך דשנים רודפים להך דטענו בחיטין אף דבמשנה יש עדים דמה בכך דה"ל עדים לגבי עדים הוי הודאתו יותר וכאלו פסלם כהנ"ל: אך הקו' שני' דמשנה מיירי דמזיק עומד בדבריו י"ל לא מבעיא לפי הנראה מדברי הרא"ש דכתב הסוגיא לפי דקי"ל פ"נ קנסא א"כ קו' הגמרא שפיר דבממ"נ מאיזה טעם יתחייב המזיק לשלם הקטן אם עפ"י עדים הא בהודאתו של הניזק נפסלו עדים וה"ל עדים כמאן דליתא וא"כ לא נשאר רק הודא' פי של המזיק ה"ל מודה בקנס ופטור דכיון דתו ליכא עדים ואלו היה המזיק מכחיש ואמר בסלע לקה פטור ולא היה מועיל העדת עדים כלל.

אלא אפי' לפי דאמרי' בגמ' דר"פ פריך לימא תהוי תיובתא דרבה ב"נ ור"פ ס"ל פ"נ ממון. יש ליישב ג"כ דבלא"ה צריכין להבין במה דמוקמינן שם דמציעתא מיירי בניזק אומר שמא ומזיק ברי והקשו התו' הא דלא קשיא נמי אמר סומכס בהא דאיצטרך לאשמועי' דלא ותי' הואיל ומודה במקצת ס"ל לסומכס חולקים וכן כתבו התו' אח"כ בד"ה ראוי ליטול בצריכא דרישא קמ"ל אפי' ניזק ברי ומזיק שמא ס"ל לרבנן המוציא מחבירו עליו הראיה ובקטן וגדול קמ"ל דאי ניזק שמא ומזיק ברי ס"ל לסומכס יחלוקו ולכאורה ק' הך דתנן ב"מ דף צ"ז השוכר אומר שכורה מתה והלה אומר א"י פטור ומוקמי' ליה בגמ' דמשנה איירי לר"ן במ"מ דתבעהו ג' פרות ובחדא מודה לי' ולכך ברישא ה"ל משאיל"מ וא"כ לסומכס מה בכך דטוען המשאיל שמא כיון דמ"מ הל"ל לסומכס יחלוקו ולא לפטור לגמרי ומשנה דהתם מוקמי' בגמרא כסומכס. וכן בדף ק' במשנה דמחליף בהיה לו שני עבדים המוכר אומר קטן מכרתי והל' אומר א"י זכה בקטן והא שם איירי במ"מ כדאוקמי' שם בהא דתנן ישבע ואיירי בדמי עבד קטן וכו' וא"כ הל"ל יחלוקו לסומכס ומשנה דהתם סומכס היא: ודוחק לומר דבלא"ה הקשו תוס' שם בד"ה מדסיפא וכו' דהא ברי ושמא ברי עדיף וקושי' זו לכ"ע איתא אפי' לר"ן דלא ס"ל ברי עדיף וס"ל הממע"ה דה"מ כשבאין להוציא מיד המוחזק בזו אמרי' אלים חזקת ממון אבל להחזיק ביד המוחזק אף ר"נ מודה דברי עדיף כיון דחזקת המחזיק מסייע. וא"כ

בניזק שמא ומזיק ברי הא המזיק מוחזק ולכ"ע ברי עדיף (ובזה מיושב קושי' מהרש"א דהק' דה"ל להקשות ברישא דאירי בניזק ברי ומזיק שמא דשם אין הקושי' רק לרב יהודה אבל לא לר"נ ולכך הקשה מסיפא דהקושיא היא לכ"ע הואיל והמוחזק טוען ברי ופשוט) וצריך לומר תירוץ התוס' דלא ה"ל למידע וזהו שייך במשנה דהמניח אבל שם בשאלה ושכורה ומשנה דהמחליף לכך בטוען התובע א"י פטור. דברי ושמא ברי עדיף לכ"ע ולא אמר בהו סומכס. כי לפי הנראה מלשון התו' בד"ה מדסיפא דלהך תי' דבמ"מ מודה סומכס אין צורך לתי' השני דה"ל למידע דאל"כ מה וא"ת שכתבו הא דברי עדיף וכו' הא בלא"ה צ"ל כן דאל"כ סותרי' משניות הנ"ל ולא ה"ל למיכתב בלשון קושי' ופירוקא רק תיכף כשכתבו דמודה סומכס במ"מ ה"ל לומר והני מילי במקום דלא ה"ל למיד': וביחוד ק' לשיטת הפוסקים כמש"ל בסי' ע"ה דאפי' דלא ה"ל למידע ברי עדיף. וביותר קשה דא"כ ר"פ דביקש להוכיא דלא מיירי משנה ברי וברי דלא אמר סומכס ברי וברי ומ"מ מוקי למציעת' בניזק אומר שמא ומ"מ ס"ל לסומכס יחלוקו הואיל ומ"מ וכן צ"ל לפי דברי צריכ' דעשו התו' בד"ה ראוי וכו' דאתי' לכ"ע דלמ"ד לא אמר סומכס ברי וברי הך צריכה איך קאי ועכצ"ל דלכ"ע קאי דבמ"מ אפי' בניזק אומר שמא ומזיק ברי ס"ל יחלוקו ולפ"ז כ"ש בניזק אומר ג"כ ברי דודאי עדיף ברי דניזק מאומר שמא וצ"ל במ"מ לכ"ע ס"ל לסומכס יחלוקו אפי' ברי וברי וא"כ קשיא הא דב"מ דף ק' פרכינן תנן זה אומר גדול וזה אומר קטן ישבע בשלמא לא אמר סומכס ברי וברי מש"ה ישבע אלא אמר סומכוס אפי' ברי וברי אמאי ישבע יחלוקו מבעי'. וקשה הא במ"מ כהך משנה דקתני ישבע והיינו מ"מ לכ"ע אמר סומכוס ברי וברי והקו' לכ"ע דהא לא ידע התי' מודה סומכס ביש עסק שבועה. ודוחק לומר דודאי סליק אדעתי' דמקשן תי' הגמרא מודה סומכס בש"ד רק ס"ל למקשן אם התובע עומד וצווח מה לי לשבועתך תן לי החצי כחלוקת סומכס יש לשמוע בקולו דהא יטעון אלו היה כופר בכל היה מגיע לי החצי ובשביל שמוד' מקצת יגרע כחי ואפסיד הכל כי איני מאמינו על השבועה וגם אערומי קמערים הוא להודות בפרוט' כדי לפטור מחלוקה ושפיר ס"ל למקשן דהל"ל יחלוקו והתרצן השיב עכ"פ במקום שבועה לא אמר סומכס דאלו הי' התובע אומר איני רוצה שיהיה חלוקה רק ישבע לי היה צריך הנתבע לעשותו וא"כ אף להיפך כשרוצה התוב' חלוקה יכול הנתבע לומר אני אשבע ואת הטוב נקבל וכו' וזהו למ"ד אמר סומכס ברי וברי אפי' בכופר הכל אבל אי לא אמר סומכס רק במ"מ לא קשה דשפיר ידע מודה סומכס בש"ד ול"ק מגרע גרע ואערומי קמערי' דהא אלו יכפור הכל לא יתחייב בכלום דבברי וברי וכופר הכל מודה סומכס דהממע"ה וכל זה דוחק: ולכן נראה דידוע דמגו

דהעזה בשבועה ל"א אבל בממון אמרינן וכמש"ל בכללי מגו באריכות וזהו כמעט מוסכם מכל מחברי': ולפ"ז יש לדייק לפמ"ש דבניזק אומר שמא ומזיק אומר ברי בכופר הכל לא ס"ל לסומכס יחלוקו רק במ"מ וקשה הא יש למזיק מגו דכופר הכל והרי הוא משיב אבידה ואי דאמרי' כדרבה מפני מה אמרה תורה מ"מ וכו' משום דחזקה אין אדם מעיז וה"ל מגו דהעז'. תינח אם באנו לדון לפוטרו משבועה הא אנן ממון פטרינן וצ"ל דכאן מיירי דיש עדים על נגיחה רק לא ידעו מי נגח קטן או גדול וא"כ תו ליכא מגו דא"י להכחיש העדים אבל במקום דליכא עדים לכ"ע אף במ"מ ס"ל לסומכ' דלא יחלוקו דהא יש למזיק מגו דכופר הכל ובממון לא משגיחין בהעזה כלל. ולפ"ז כל הנ"ל מיושב דשם כל הנך משניות לא איירי בעדים וא"כ מודה סומכס הממע"ה ולכך קתני פטור וקושי' הגמרא שפיר דלמ"ד לא אמר סומכס ברי וברי בכופר הכל לא קשה יחלוקו דמה בכך דה"ל מ"מ מ"מ הא יש לו מגו דכופר הכל ולא אמר סומכס ברי וברי ודוק: ואף דלר"פ דס"ל פ"נ ממון ואצ"ל דמשנה דוקא בעדי' איירי מ"מ משנה סתמא קתני הן ישנו עדים והן ליכא עדים ואיצטריך לאשמועי' דלא כסומכס דס"ל בישנו עדים יחלוקו וקמ"ל דלא דמ"מ הממע"ה כחכמים וא"ש ולפ"ז גם סוגי' דגמ' אליבא דר"פ לשיטת רי"ו יש ליישב דכך המשך דברי הגמרא (ולא קשה דילמא מיירי דמזי' עומד בדבורים) מדרישא ברי וברי סיפא נמי ברי וברי וק' תרתי ל"ל אלא צ"ל רישא קמ"ל כחו דסומכס דאמר אפי' ברי וברי יחלוקו וסיפא דחכמים פליגי עליה אפי' במ"מ וקשה פשיטא דהא ה"ל מגו דכופר הכל וא"כ אי פליגי ברישא ע"כ בסיפא נמי פליגי וכמו כן אי ס"ל לסומכס במ"מ יחלוקו אף בכופר הכל נמי ס"ל כן דאל"כ ה"ל מגו כהנ"ל ותרתי ל"ל ואי דיש כאן עדים וא"א לכפור הכל נימא תהוי תיובתא דרבה ב"נ בטענו בחיטין דה"ל הודאה ופוסל לעדים וא"כ אם ירצה המזיק יכול לכפור דעדים נפסלים בהודאתו וא"כ חזר הדבר דה"ל מגו וקשה תרתי ל"ל ואי איירי מצעיתא בניזק אומר ברי ומזיק שמא קשה הא לא כי קתני וצ"ל כמ"ש התו' דבברי וברי נמי איירי ורישא דקתני לא כי אף דמיירי דומי' דסיפא ברי ושמא מ"מ בברי וברי נמי איירי וק' הא לא איירי סומכס ביה ולמה נשנה במשנה בשלמא אי חד דוקא תני אידך אף דלא איירי סומכס בהו וכמ"ש מהרש"א משא"כ אי בכל גוונא לא איירי סומכס א"כ לא כי מיותר ועכצ"ל דבסיפא דאיכא מ"מ איירי סומכס אפי' בברי וברי ואיצטרך לא כי ותנא רישא איידי דסיפא ופריך הגמ' אכתי תיובתא דרב"נ דהא יש לו מגו דכופר הכל ואי עדים הא פסלו לעדים ולכך מוקי ליה בניזק אומר שמא ומזיק ברי ומדויק לא כי ותנא רישא איידי דסיפא אף דלא איירי ביה סומכס ולק"מ ודוק כי חריף הוא. וזהו שכתבתי לפי גי' שגרסו ר"פ אבל מדברי הרא"ש

נראה דלא גריס ר"פ וס"ל דכל הסוגיא למ"ד פ"נ קנסא וא"כ בלא"ה א"ש ועכ"פ זהו ברבינו ירוחם ברור ונכון. ובאמת יש סמך לדברי רי"ו דהודאה לא ס"ל להרא"ש מחילה מהא דכתב הרא"ש בפ"ב דכתובות האומר שטר אמנה הוא זה במקום שחב לאחרים אינו נאמן והקשה הרא"ש הא ה"ל מגו דמחיל' ותי' הרא"ש דאינו רוצה להפסיד חובו ואם מחיל לא ישלם הלוה אבל באומר אמנה יודע שאין הלוה גזלן וק' הא אף עכשיו דאומר אמנה והודה שלא הלוהו מעולם ה"ל מחילה וא"כ עדיין אין הלוה גזלן והיינו הך דמודה דלא הלוהו שעורים דמ"ש דלא הלוהו שעורים או דלא הלוה זה השטר ולא ידעתי הבדל. ודוחק לומר דשם הוי הודאה רק להבריח מב"ח ולא הודאה שלימה דא"כ אף במחילה כן דאין זה מחילה בלב ודוחק לחלק: אך עם כל זה מסתימת דברי הטור משמע דלא ס"ל כרי"ו דא"כ ה"ל לומר דבעומד בדבריו דחייב ואיך השמיט הך דינא ובפרט כפי מ"ש לחלק בין דישנו עדים ובין דעומד בדבריו: וכן ברא"ש ק' דאם יש הבדל בין הודאה למחילה למה נאיד מפירש"י ותו' דהטעם משום מחילה ואי דהקש' דמעשה בכל יום שאדם יש לו כמה תביעות ואין תובע רק אחד נישני כמו דשני לנפשיה דמיירי דשני תביעות הן בזמן ושעה אחת וא"כ מדלא תבע שניהם ש"מ דמחיל להשני וכמו דאומר הרא"ש בהודאה. אלא ברור דהיא היא מחילה היא היא הודאה דהודה הוי מטעם מחילה דלכך הודאת בע"ד כק' עדים משום דמחיל כדאמרינן לעיל סע"ה כמש"ל באודייתא דאוסר גיורא ואדרבא נראה דאי הטעם משום מחילה לא יתכן בפקדון כמ"ש אבל אי הטעם משום הודאה אף בפקדון יתכן כמו אודייתא דאיסר הנ"ל רק ודאי אף רש"י ס"ל דמדלא תבע הודה כמ"ש הרא"ש דגבי מתני' דהמניח לא שייך מחילה רק הודאה רק רש"י ס"ל הואיל וסתם אמרו טענו חיטין והודה בשעורים אף דלא היה בזמן א' משמע כמ"ש מהרש"ל ובזה לא שייך מדלא תבע הודה לגבי' דאין אדם תובע כא' כל תביעות ולכך ס"ל לרש"י משום מחיל' א"כ י"ל כמ"ש מהרש"ל הואיל והוא הודה בשעורים והוא לא השיב תיכף תוך כ"ד אף שעורים יש לי בידך ש"מ מחיל וע"ז הקשה הרא"ש דאין כאן ראיה דאין אדם תובע כל תביעות וא"כ מה היה צורך לו לומר אף שעורים כיון דאינו תובעו כעת וע"כ צ"ל דהיה השל בזמן ושעה אחת א"כ השתא דאתינא לדין אין תו כלל צורך לומר מחילה רק הודאה כמ"ש גבי שור שרדף אחר שור אבל באמת אותו זמן ושעה אין הבדל בין הודאה למחילה: ואדרבא עדיף כמ"ש. ויש עוד ראיה דבב"מ בשמעת' דשאלה ושכורה חישב הרמב"ן לדמותו לטוענו בחיטין והודה בשעורים כתב הרא"ש דלא מחוור דבשלמא בטענו בחיטין וכו' מחל לו השעורים כמ"ש רש"י בפ' המניח וכו': וכן סיים לבסוף מדלא טענו מחל לו עליהם או הודה שאין לו שעורים ומדתפס פירש"י

אלו לא ס"ל לא היה לו להביא פירש"י מה דלא ס"ל רק פירושו וכן מה שסיים מחל או הודה ש"מ דלדינא אם הוא בזמן ושעה אחת לאו נ"מ ודא ודא אחת היא וזה ברור ובפרט לפי מ"ש רי"ו דאם עומד בדיבורו לא שייך טענו בחיטין הלא שם השוכר עומד בדיבורו דשכורה מתה ואיך יפטור בטוענו שאולה כמ"ש הרמב"ן שם אלא וודאי דזה אינו ודברי הרא"ש אלו היה בהעלם עין בהמחברים שלא הביאו כלל ראיה מהך דהרא"ש מפרש להדיא דאף הודאה הוי מחילה:

ח **ובשעה** פלונית וכו' זהו דעת הרא"ש והיש"ש כתב דלישנא סתם נאמר משמע אפי' לא היו שתיהן ביום א' ובקושי' הרא"ש כתב כיון לאחר שזה הודה בשעורים וחזר ותבעו חיטין ולא הזכיר בתביעתו שעורים ש"מ מחל לו. וכתב הש"ך דאף הרא"ש מודה לדינא אם הנדון כמ"ש מהרש"ל דחזר לתבעו חיטין אף דלא נעשו שני הלואות כאחד פטור משעורים. רק הרא"ש דחיק' לי' לפרש כן במילתא דרבה ב"נ ובשגם שהוא הקשה עוד קושי' לפירש"י משום מחילה ע"ש. ולענ"ד נראה דמדברי תו' יש הוכחה לדברי מהרש"ל וגם הרא"ש דס"ל משום הודאה כוונתו ג"כ כשחזר לתבוע חיטין אז הוי הודא' ולא מקדם ועם כל זה לא ס"ל מחילה דמה בכך דחזר לתבעו חיטין כיון דלא נעשו כאחד לא השגיח לתבעו דקשי' לי במה דכתבו התו' ד"ה לימא וכו' דהקשו דילמא משנה ר"ג היא דס"ל טענו בחיטין והודה בשעורים חייב ותי' התו' דאף ר"ג מודה דמשעורים פטור לשלם רק מ"מ חייב שבועת מ"מ ע"ש: ואנכי לא הבנתי התובע לחבירו ואמר יש לי בידך ק' זהובים וחמשין מחולים לך וחמשי' פרע לי והנתבע השיב לא חייבתי לך רק חמשים והם מחולי' ממך וכי ס"ד שיהיה חייב שבועת מ"מ הא לא הודה לו בכלום ואין לך כופר בכל יותר מזה. ולכן היה נראה דס"ל לתו' כמהרש"ל דבתביע' ראשונה עדיין אין מחול לו דאין אדם תובע הכל בב"א רק כשהודה שעורים וחזר לתבוע חיטין אז נעשה עיקר המחילה. וא"כ בשעת הודאת הנתבע בשעורים היה הודאה גמורה עדיין דאם לא היה חוזר התובע לדבריו ראשונים היה מחייב שעורים והוי הודאה גמורה לחייב שבועת מ"מ וא"ש וזה ברור. וגם ברא"ש דבהשיגו על הרי"ף דלענין שעורים לא מהני תפיסה כתב דלדמי חיטין א"י לתופסן דהרי כופר בה ולא מהני תפיס' בעדים ונפטר בשבועה לר"ג ולרבנן אפי' בלי שבועה ולשעורים לא מהני תפיסה שהרי כבר הודה או מחל עליהם וכו' עכ"ל. הרי דתפס בפשיטות דמשעורים פטור לכ"ע ולענין שבועה העמידו במחלוקת ר"ג ורבנן וש"מ דמ"מ חייב שבועה לר"ג וקושיא הנ"ל במקומו וצ"ל להרא"ש ג"כ עיקר הודאה הוא במה שאומר אח"כ שני' לתבוע חיטין ואז ה"ל הודאה אבל מתחילה לא הוה הודאה וא"כ כשהודה הנתבע ממון מעליא הודה וה"ל מ"מ לר"ג. וא"כ צ"ל דס"ל לרא"ש

כשאין נעשים בזמן אחד מ"מ לא הוי הודאה אפי' חזר לדבריו הראשונים ומ"ש הש"ך ראיה מרי"ו אין ראיה דשם כתב באומר לא כי אלא חיטין ובזה לא יפול ספק באומר לא כי דמוחל על שאר דהרי אומר לא כי אבל בסתם אף שחזר לתביעתו הראשונה מ"מ שפיר י"ל לא רציתי לתבוע הלואה שנעשית בזמן אחר מאיזה טעם:

ואין לדקדק ברא"ש דבלא"ה קשה שבועה זו מה טיבו הא תפס שעורים וא"כ זהו שמודה בשעורים ה"ל הילך דכבר דמי הודאתו בידו די"ל לפי סברא זו שהרא"ש עסק בה דלכך מהני תפיסה משום בממ"נ או תן לי שעורים או אני תוספו לדמי חיטין אף תפיסה לאחר שעמדו בדין מהני ותו לא הוה ליה הילך דאז בשעת הודאה לא היה הילך ופשוט: ואין לדקדק ה"ל להרא"ש להוכיח בקיצור דאי איירי בטענו חיטין והודה לו בשעורי' לא שהיה הלואת שעורים בב"א רק לאחר זמן ומדלא תבעו מחל לו א"כ מה אתיא טענו חיטין והודה לו בשעורים אפי' תבעו חיטין בניסן והודה לו בחיטין בתשרי יפטור מדלא תבע הלואת תשרי ש"מ מחל לו די"ל דס"ל להרא"ש כמ"ש בשמעת' דשאלה ושכורה דבין חיטין לשעורין לא טעו אינשי וא"כ בזמן י"ל דטעו בין תשרי לניסן וא"כ י"ל היינו הך דתשרי ואם הוא אומר בניסן טעה וא"ש. מיהו לפמ"ש די"ל דמ"מ חייב שבועה אף דפטור משעורים רק רבנן פליגי משום דס"ל דלא הוה ממין טענה א"כ י"ל בחיטין וחיטין הוי ממין טענה ואינו פטור משבועה ורבה ב"נ פטור לגמרי קאמר אך אין זו מספיק דהא בהודה כפי אותן סך חיטין שתבעו מה כפירה יש כאן. ומה מ"מ יש כאן.

ט **ואם** תפס זהו דעת הרי"ף והרמב"ם ואולם הרא"ש הקשה לשיטתו דא"כ אף במציעתא ה"ל לומר בדתפס ולא בדניזק אמר שמא ומזיק אומר ברי: והש"ך כתב ליישבו וטרם שנעיין בישובו צריכין אנו להבין קושי' הרא"ש דהא לימא הרא"ש לנפשיה לימא בתרווייהו בדניזק אומר שמא ומזיק ברי וצ"ל כתי' התו' ורש"י דתרתי ל"ל א"כ אף להרי"ף אי איירי ג"כ בדתפס תרתי ל"ל ואמת כי הרא"ש נזהר מזה וכת' דמציעתא ה"ל לאוקמי בדתפס וסיפא בברי ושמא. אבל לא מובן כל הצורך דמה נרוויח סוף כל סוף יהיה הקושיא על רבה בר ממל דלא איירי ברי וברי דודאי רישא ומציעתא וסיפא דמי' להדדי ובאמת סיפא איירי בניזק אומר ברי ומזיק שמא ובדתפס ומציעת' להיפוך מזיק אומר ברי וניזק שמא ורישא מזיק שמא וניזק ברי ודמיא להדדי כדאמרי' בגמ' דסוף סוף איכא ברי ושמא בכל בבא וא"כ אי נהפך התי' יהיה מ"מ דומי' ויהיה סיפא ניזק שמא ומזיק ברי ומציעתא ורישא יהיה בניזק ברי ומזיק שמא ומציעתא בדתפס ומה נרוויח מ"מ הקושיא במקומו. והמעדני מלך נראה דביקש ליישבו דמ"מ כך דרך הגמרא לשנוי' תי' מרווח ברישא ואח"כ שנוי' דחיקא. ולכך ה"ל לשנויא בקושי' ראשונה בדתפס ואין

זה מספיק ובפרט לדחות דברי הרי"ף דמי שקל בפלס השכל התי' אולי תי' זה דניזק אומר שמא יותר מרווח מהך תי' דתפס דתפיסה במשנה מאן דכר שמי'. ולכן היה נראה דהרא"ש ס"ל כדעת נ"י בהך מועד הזיק הגדול וזה אומר מועד הזיק הקטן ה"ל ממין טענה דשניהם מעלי' משלמין וה"ל כתבעו בק' הלואה ומודה לו בחמשין וא"כ ע"כ דסיפא איירי או דניזק טוען שמא או דמזיק טוען שמא דאל"כ איך קתני הממע"ה בהך בבא דמועד הזיק הגדול וזה אומר הקטן הא חייב ש"ד ישבע מבעיא ליה וגם מה קמ"ל דלא כסומכס דס"ל יחלוקו הא בהך לא פליג סומכס דמודה היכי דאיכא ש"ד כהנ"ל: ועכצ"ל או דניזק טוען שמא וה"ל טענת שמא וליכא שבועה או דמזיק טוען שמא ומשאיל"מ לא שייך הכא דלא ה"ל למידע וכמ"ש הש"ך לקמן בסי' ת' וק' א"כ ל"ל לר"פ כל צורך אריכות הפלפול מתיובתא דרבה ב"נ וכדומה ה"ל להקשות בקיצור ע"כ סיפא בברי ושמא וא"כ ע"כ מציעתא ורישא ג"כ בברי ושמא איירי או שהניזק או שהמזיק טוען שמא אבל בברי וברי לא מתוקמי. ועכצ"ל דעיקר דומי' דבעינן מרישא למציעתא אבל לא מסיפא וא"כ קושי' הרא"ש על נכון דלוקמי רישא ומציעתא בברי וברי ובתפס וסיפא בשמא וברי ואין נ"מ בדומיא דסיפא. (מיהו לפמ"ש התו' למ"ד חמשין ידענא חמשין לא ידענא פטור א"כ מ"מ אמאי ישבע הא יש לו מגו דטוען על מה שכופר לא ידענא ותי' דאין טוען ברצון לא ידענא דנראה כמשקר. לפ"ז כאן גבי נגיחות כיון בטוען שמא אם גדול או קטן הזיק לא דנין ביה משאיל"מ דלא ה"ל למדע א"כ אף בטוען ברי קטן הזיק פטור משבועה דיש לו מגו אינו יודע ולא שייך תי' התו' דבזו אינו נחשב כשקרן דלא ה"ל למידע. וא"כ ליכא כאן שבועה. ובזה י"ל ג"כ דברי הרי"ף דהרא"ש שפיר הקשה נוקי מציעתא בדתפס ולא סיפא דלכאורה מאי קשה הא אף דנימא סיפא ברי ושמא מ"מ בברי וברי ג"כ איירי דהא לא כי קתני א"כ במועד הזיק הגדול שבועה בעי ועכצ"ל דתפס וה"ל הילך כדעת הפוסקים דמשכון נמי איקרי הילך אך י"ל דליכא כאן שבועה כמ"ש דיש לו מגו אבל הרי"ף ס"ל מגו לאפטורי משבועה ל"א ועכצ"ל בדתפס ולק"מ ודוק) וכן צ"ל בתו' שם ד"ה לימא דהקשו דילמא ר"ג היא דמחייב שבועה: וק' א"כ אמאי הממע"ה ישבע מבעיא ליה וגם לא פליג סומכס וצ"ל דס"ל לתו' דה"ל הילך במה שמודה בתם כיון דשותף הוא בו ויכול להקדישו והוי כפקדון ודלא כש"ך לקמן בסי' ת' והא דמביא הש"ך ראיה מריש פ' הפרה דהקשו התו' בהא אפי' ניזק אומר ברי ומזיק שמא דנימא ביה משאיל"מ ותי' דלא ה"ל למידע או מודה בקנס פטור ולא תי' דה"ל הילך אין ראיה דודאי בתי' ראשון של תו' יש להבין דקארי לי' מאי קארי פשיטא דלא שייך בזו שבועה דהא אלו יודה יפטור. רק התו' ס"ל בתי' ראשון הואיל וסתמא קאמר אפי' ניזק אומר ברי

משמע אפי' במועד וא"כ במועד שפיר ק' הא ה"ל משאיל"מ ולא שייך הילך כלל: ובהך תי' דמשני התו' דמיירי בתם ל"ל לתו' הילך כיון דבאמת אין כאן שבועה כלל דה"ל מודה בקנס ובפרט לחד אוקימתא בשבועות דס"ל לשמואל טען חיטין ושעורים והודה לו בא' פטור משבועה וא"כ הילך חייב כר"ת כמ"ש התו' בב"מ דף ה' ד"ה אי נמי ע"ש. והך קאמר שמואל אפי' ניזק אומר ברי כו' וא"כ ליכא לשנויא הילך דלשמואל הילך חייב והתו' ביקש לתרוצי מלתא דשמואל לכל אוקמתא ואין כאן ראיה משם אבל מכאן מוכח דס"ל לתי' דה"ל הילך. רק קשה תינח מציעתא סיפא מועד הזיק הגדול וזה אומר הקטן אפי' נימא דלא כנ"י מ"מ א"א לומר דר"ג היא דישבע מבעיא ליה וכאן ליכא הילך וע"כ צ"ל דס"ל לתו' כנ"י וא"כ בלא"ה צ"ל סיפא איירי בחד טוען שמא ומ"מ לא פריך ר"פ מיני' ש"מ דאין נ"מ בדומי' דסיפא ופריך התו' שפיר דנימא ר"ג היא ומציעתא הילך וא"כ הא מה מקום קושיא יש להרי"ף דס"ל דלא כנ"י כמ"ש לקמן סי' ת' דגם הרמב"ם לא ס"ל כוותיה ועיין מ"ש שם וא"כ ודאי דכל המשנה בעינן דומי' ואין כאן קושיא כלל דלא מרווחנא מידי אי נפרש מציעתא בדתפס וא"ש: ועוד היה מקום לתרץ דלכך לא מיקי ר"פ בקושיא דמציעתא איירי בדתפס משום דודאי לפרש הך משנה בתפס דוחק דתפס מאן דכר שמי' אך אם בלא"ה צריכין לומר אף דקתני במשנה הממע"ה מ"מ איירי דתפס הניזק א"כ אף בזו י"ל דתפס מתחילה קודם התביעה דכיון דבלא"ה איירי המשנה בכך דתפסו והיינו למ"ד פ"נ קנסא ק' קושית הרא"ש מה כל הסכסוך הא אף דיודה המזיק לכל דבריו יפטור. ושנויא של הרא"ש דיש עדים ולא ידעו מי נגח הוא דוחק כדפרכינן בפ' חזקת אי דאיכא עדים נחזי מה קאמרי ואף כאן הדוחק מבואר רק צ"ל כמ"ש המ"מ דמיירי בדתפס ובזו לא מהני מודה בקנס לגבי פ"נ קנסא ע"ש. וא"כ כיון דבלא"ה איירי דתפס שפיר י"ל דתיכף תפסו ולא הוי טענו בחיטין וכו' ולפ"ז ס"ל להרי"ף סתם גמרא דס"ל פ"נ קנסא משני בדתפס ובאמת קאי אף על המציעתא רק דלא פריך ממציעתא משום דיש לומר ראוי ליטול דבהא לא היה לו ברייתא להקשות מיניה וכמש"ל אבל באמת קאי על המציעתא אבל ר"פ דס"ל פ"נ ממון לא מצי לשנויא כלל בדתפס דתפיסה מאן דכר שמי' המוציא קתני ואי דבלא"ה באנו לכלל תפיסה מטעם מודה בקנס ר"פ לא ס"ל הך ולכך משני בניזק אומר שמא וכן סיפא בכך דלא ס"ל להרי"ף מ"ש רש"י ותו' תרתי ל"ל דודאי מצריך צריכי בכמה גווני כמ"ש התו' גופיה וסתמא דגמרא דמשני בדתפס ולא משני דניזק אומר שמא הוא לרבה ב"מ וכמ"ש דקי"ל אמר סומכס אפי' ברי וברי וא"כ כל המשנה בברי וברי איירי וא"ש:

ויש להרי"ף ראיה ברורה דתפס קאי גם על הרישא דצ"ל הא דמוקי ר"פ מציעתא בניזק

אומר שמא ומזיק אומר ברי והרישא להיפוך ניזק אומר ברי ומזיק שמא ואף דקתני לא כי בברי וברי נמי איירי רק בהא לא פליג סומכס וכל רבותא דקמ"ל הוא בטוען שמא וכמ"ש התו' והמהרש"א ולכאורה קשה מה דוחקיה דר"פ לומר רישא ומציעתא הם בדמיון בלתי שוה בזה המזיק שמא ובזה הניזק שמא וגם קשה לומר דבמ"מ אמר סומכס אפי' ניזק שמא ומזיק ברי כמ"ש התו' ולא מוקי רישא ומציעתא בשמא ושמא בהא יחלקו סומכס ורבנן: ובאמת בניזק אומר שמא ומזיק אומר ברי נמי איירי וא"ש לא כי אך בזה באמת לית רבותא דלא יחלוק סומכס ודוחק לומר דא"כ כל הרישא מיותר דמאי קמ"ל אי להורות דאמר סומכס בשמא ושמא טובא משניות איכא דס"ל לסומכוס כן בריש הפרה ומשנה דשאלה ושכורה והמחליף דיחלוקו בשמא ושמא. ואי להודיע דאף בהא פליגי רבנן השתא במציעתא דאיכא מ"מ ס"ל לחכמים הממע"ה כ"ש ברישא דאיכא כופר הכל: ולכך צ"ל דרישא בניזק אומר ברי ומזיק שמא וקמ"ל דאפי' בהו ס"ל לחכמים הממע"ה דלא כסומכס וא"כ אף מציעתא ע"כ בהא מתפרש דזהו דוחק כמ"ש מהרש"א דלולי דדייקי לא כי הוי מוקמינן הכל בשמא ושמא וזה מבואר דלא כמ"ש: וצ"ל דבשלמא ברישא אף דעיקר פלוגתא דסומכס וחכמים איירי בברי ושמא מ"מ קתני לא כי דאפי' בברי וברי מיירי דקמ"ל אפי' בשור מועד דהיה רודף מ"מ ס"ל לחכמים דתלינן בסלע כמ"ש הרמב"ם ולאפוקי מדעת היש"ש וסתמא קתני שור אפי' מועד. אבל במציעתא אי איירי בשמא ושמא פלוגת' למה קתני לא כי להור' דבניזק שמא ומזיק ברי נמי איירי מה נ"מ בדינא פשיטא דהא לא חולק סומכס כלל ואין כאן נ"מ כלל במה דקתני לא כי אלא וודאי דאיירי בניזק שמא ומזיק ברי דבהא ס"ל לסומכס יחלוקו ולחכמים הממע"ה. ולפ"ז דע"כ איירי סיפא בניזק אומר שמא ומזיק ברי דהא קתני לא כי דאפי' לרבה ב"מ דס"ל רישא מיירי בברי וברי צ"ל דס"ל מציעתא איירי עכ"פ דמזיק אומר ברי דהוי דומיה בחד צד: אבל ודאי דמציעתא איירי בשמא ושמא א"א כמ"ש דהא קתני לא כי א"כ קשה לאביי דס"ל כמ"ש התו' בפ' י"נ דף קל"ה ד"ה אביי דס"ל לאביי אפי' במקום דלא ה"ל למידע כלל וכלל מ"מ ברי ושמא ברי עדיף א"כ הך דרישא דמיירי דניזק אומר ברי ומזיק שמא ס"ל לחכמים הממע"ה הא ברי עדיף ומכ"ש דקשה במציעתא דע"כ איירי. בניזק אומר שמא ומזיק ברי וס"ל לסומכס יחלוקו וק' קושית התו' הא ברי עדיף ותי' התו' דלא ה"ל למדע לא שייך לאביי והיא קושיא עצומה. ולכך ס"ל להרי"ף כמ"ש דהשתא דאמרי' דתפס אף מציעתא א"ש אפי' בברי וברי וא"כ לא קשיא מידי לאביי דהוא מפרש מציעתא בברי וברי ובהא פליג סומכס ולא קשיא מרבה ב"נ דתפס וא"ש. וזהו לענ"ד ראיה ברורה ועצומה לדברי הרי"ף והתו' בפ' המניח דס"ל

דלא קאי תפס אריש אזלו לשיטתן דס"ל בפ' הפרה דאף אביי ס"ל במקום דלא ה"ל למידע לא אמרי' ברי עדיף וא"כ לק"מ אבל הרי"ף ס"ל כמ"ש התו' ב"ב כמש"ל ויש לו ראיה ברורה:

י **דמי** שעורים כ' הסמ"ע הטעם דכיון שהוא מוחזק יוכל לומר שלא הודיתי ולא מחלתי אלא שלא רציתי לתבוע הכל בפ"א עכ"ל. ודבריו בלתי מובנים לכאורה דהא לפמ"ש הרמ"א דוקא דתפס קודם הודאה אבל לאח"כ לא דבריו ליתא דא"כ אף תפס לאח"כ מהני דהא יכול לומר קים לי דלא מחלתי וליכא למימר דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק דהא בטוען ברי אפי' לאחר ספק מהני כמ"ש הרא"ש בכתובות וב"מ ועיין מש"ל בכללי תפיסות. ובפרט לדעת המחבר דס"ל דתפיסה לאחר ספק נמי מהני וצ"ל דלא כתבו הסמ"ע רק להך דיעה דס"ל אפי' לאח"כ מהני תפיסה אבל לא לאינך דמחלקי בזמן התפיסה אלא דהסמ"ע בס"ק כ"ו העתיק דעת נ"י לחלק בין קודם חזרה לאח"כ ולכן דבריו תמוהים ובטור כ' בפי' טעם אחר וז"ל דכיון שתפס לא חשיב הודאה שיכול לומר מה שלא תבעתי שעורים מפני שהייתי מוחזק בהם עכ"ל הרי טעם אחר במ"ש הסמ"ע. איברא דצריך לומר במה שגם הרא"ש כ' לדעתו דלא מהני תפיסה אלא בשנים כתב הלכך אם תפס קודם שבא לב"ד אף בעדים שקיל כדקאמר מזיק וצריך טעם לדעתו למה בעי דוקא תפיסה קודם לב"ד דהא שם בניזקים שנים ל"ל ולכך לא תבעתי קטן הואיל ומוחזק בהם דהא שם ליכא למימר דתובע חיטין וגם שעורים דעתו לתבוע דהא אי הא לא הא אם גדול הזיק לא קטן הזיק וכיון דטען בב"ד דגדול הזיק הגדול תו ליכא למימר דקטן הזיק הגדול ואם לומר דכי בעינן הך טעמא דוקא בלא יש לו תביעה על שניהם אבל ביש לו תביעה על שניהם א"צ להך טעמא באמת דא"כ לא הקשה הרא"ש על הרי"ף דבשלמא בחיטין ושעורים י"ל שניהם אמת. אבל בא' גדול וא' קטן א"א לומר שניהם אמת כמ"ש ומה יועיל תפיסתו דהא לא שייך הטעם מ"ש הטור ודוחק לומר דהא אלו בא לב"ד ואמר בפי' גדול הזיק לדעתי אבל מ"מ אם יתברר או שלא יודה רק על הקטן תן לי דמי הקטן מהני דאין כאן הודאה ולא מחילה: ובתפס הוי כאלו התנה כך דהא שניהם בידו לדעת הרא"ש ולדעת הרי"ף הא הקטן בידו. ובזה ניחא דקשה בטור ובש"ע איך סתם דתפיסה מהני תינח אם חיטין ושעורים תרי הלואות היו כדברי התובע רק נעשים ביום ושעה א' אבל אם לדברי שניהם לא היה מעולם רק חד הלואה וזה אומר חיטין היה וזה אומר שעורים דפטור דה"ל כהך א' גדול וא' קטן ממש בזה לא יועיל תפיסה אף להרי"ף דלא מצי למימר הואיל ותפסתי שעורים לא תבעתי דהא תבע הלואה זו ומודה דלא היה שעורים: וא"כ ה"ל למחבר ולטור לפרש אבל לפמ"ש ניחא דהוי כאלו

התנה ואומר ברור לי שחיטין היה ואם שעורים היה מ"מ איני מוחל ומודה ולכך מהני בכ"מ אבל אף דנפרש כן בטור ובש"ע לדעת הרי"ף מ"מ קשה לפרש כן בדעת הרא"ש דס"ל משום הודאה ואיך שייך תנאי הא מודה להדיא דלא הזיק הקטן את הגדול ומה תנאי יש אם לא שנאמר דסופו של הודאה הוא מחילה והוי כאלו התנה דלא מחל. וזהו ראיה דלא כש"ך לעיל בטעמו של הרא"ש. וכל זה דוחק לחלק בזה בין יש לו תביעה על שניהם או לא דמ"ש הטעם הזה שייך אף באין לו תביעה על שניהם. אמנם גם בתו' קשי' לי דהקשו ריש פ' הפרה לשיטת רשב"ם דלא אמר סומכס ברי וברי רק בעומדת באגם אבל בביתו של המוחזק מודה סומכס הממע"ה א"כ מה דוחקו של רבה ב"מ לומר המשנה אתיא דלא כסומכס לימא סומכס היא ואיירי ששור המזיק בביתו של המזיק ומודה סומכס הממע"ה ועיין בישׁ"ש שהאריך בקושי' זו שהוא טענה גמורה נגד הרשב"ם. וק' איך אפשר לומר סומכס הילך א"כ סיפא היה נזיקין שני' קש' תיובתא דרב"נ טענו בחיטין וכו' וצ"ל בדתפס הניזק שניהם והיינו כמ"ש הרא"ש קודם בואו לב"ד וקשה א"כ הרי זה שהיא בבית הניזק עדיף מאלו עומד באגם דכי בשביל שהוא מחזיקו בביתו יגרע מאלו היה באגם: וא"כ למה הממע"ה יחלוקו מבעיא ומעולם לא יטול כדאמר מזיק או לא יטול כלום בדלא תפיס או בדתפיס יחלוקו ואיך קתני הממע"ה דמשמע דשקיל כדאמר מזיק: וא"כ ע"כ משנה דלא כסומכס רק רבנן ולרבנן צ"ל דקמ"ל לאפוקי מדסומכס וע"כ אוקמינן באגם מקום דס"ל לסומכס יחלוקו. ולק"מ ומנלן לתו' אף שנדחוק באיזה דוחק לעשות טענה בסתירת דברי רשב"ם בדברי' דחוקים ולא כך המדה. ומזה היה נראה לכאורה דלא ס"ל לתו' דבעינן דוקא תפיס קודם שעמד בב"ד ואפילו לאח"כ מהני וא"כ שפיר נוכל לומר בשעת העמדה בדין היה בביתו של מזיק רק אח"כ תפסו ומודה סומכס דהממע"ה אך לא מצינו בזה חולק וביחוד שסת' הרא"ש ואין דרכו לחלוק אתו בלי הזכרת דעתם. ולכן היה נראה דס"ל לרא"ש אף דהוא טוען לא היה בלבי להודא' לא משגיחין ביה ודברים שבלב אינן דברים רק אנן יש לנו ספק אי ה"ל הודאה גמורה לפטור משעורים או לא. ואם אמירה זו מספיק לפטור הנתבע מכל וכל ולכך הואיל וספיקא קלישא הוא דנוטי' הדברים דה"ל הודאה ומחילה ולכך בעינן תרתי דיתפוס קודם שנולד הספק לב"ד והיינו מקמי דטען בב"ד וגם שיהיה התפיסה ברשות כמ"ש הרא"ש בבכורות בשם הרמב"ן דבעינן תפיסה ברשות והיינו שרשות לתופסו לאותיו דבר שטען עליו כמ"ש הת"ה והארכתי בשרש זה לעיל בקונטרס התפיסות. ולכך בעינו דיהיה לו תביעה על שניהם דא"כ תפס ברשות. אבל באין לו תביעה על שניהם תפס שלא ברשות ולא מהני תפיס' וא"ש. ולפ"ז גם דברי התו' מתפרשין דכיון דאנחנו

ב"ד מסופקים אי הוי הודאה ומחילה או לא הוי וא"כ לסומכס יחלוקו דספק לב"ד ס"ל לסומכס יחלוקו כמו גבי חודש עיבור לשוכר או למשכיר דהוי ספק אי תפוס לשון ראשון או אחרון כתבו כולם דהך מ"ד דס"ל יחלוקו עיבור סומכס היא עיין מש"ל בכללי תפיסה ולפ"ז אלו המשנה סומכס כקושי' התו' אצ"ל כלל בדתפס ולא קשה הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק די"ל באמת לא שקיל כקושי' תו' ד"ה הא לא וכו' ואי דלא קתני פטור זה אינו דאי לא מייתי ראיה שקיל החצי דאמר מזיק דהא הך אי הוה הודאה או לא ספק לב"ד ויחלוקו ולכך א"א למתני פטור. דשקיל החצי מהך דמודה המזיק ואי דהוא בביתו של מזיק ולא אמר סומכס הני מילי בשמחזיק טוען ברי אבל בטוען שמא אף בביתו יחלוקו לסומכס כמ"ש התו' להדיא ב"מ דף ק' מהוכחה דזה אומר א"י בשאלה ושכורה ע"ש וכאן א"א לטעון ברי דה"ל הודאה ולכך לעולם יחלוקו וא"ש ודוק. אך זה א"א לומר להרי"ף ורמב"ם לדעת המחבר דסבירא ליה אפילו תפיסה לאחר ספק מהני וצריך לומר הטעם כמו שכתב הטור ואי הודה דהיה רק הלואה אחת צריך לומר כמש"ל לדחוק דהוי כהתנה להדיא וצ"ע.

יא **דשוייה** אפותיקי וכו' הקשה הש"ך דהנ"י למד דין זה דבגמרא חשב לאומר מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק דה"ל טענו בחיטין והודה בשעורים אף דמועד נפרע מעלי' וכל נכסיו משתעבדין לו (ועיין נ"י לב"ק דדכותי' דמי חיטין ודמי שעורין הוי ג"כ טענו בחיטין דבתר עיקר אזלינן והבאתי קצת ראיה מהא דאמרינן בשמעתי' דמיפך והזמה מעידין שסימא עין והפיל שינו ונמצאו זוממים והיה היפך משלמים דמי עין לעב' וק"ק ינקה דמי שן ולפמ"ש ניחא דה"ל טענו בחיטין והודה בשעירים ואף משן פטור אף ביש עדים והארכתי בזה בחדושי) ואף התם משתעבד ומ"מ לא הוי ממין טענה ושם א"א לסלק בזוזי אבל הך דהכא הא מצי לסלוקי בזוזי ואין כאן רק משכון. ולכן ביקש לדחוק דגם כוונת הש"ע דהיה אפותיקי באופן הזה דלא מצי לסלוקי כלל וזה דוחק. ולפמ"ש התו' בריש הפרה דהוי מצי לאוקמי משנה כר' ישמעאל ע"ש א"כ עדיין ק' הא דפריך מהך בבא אחד תם וא' מועד דהוי בטענו בחיטין וכו' לישני ר' ישמעאל היא דמצי המזיק לסלוקי בזוזי ולא הוי תם רק אפותיקי בעלמא אלא ש"מ דאף בכה"ג הוי טענו בחיטין וכו' וא"ש אבל בטעמו של דבר נראה דהא בלא"ה יש להבין במ"ש הרמב"ם בפ"ט מהלכות נ"מ והביאו המחבר לקמן סי' ת' ס"ג בהך בבא דא' תם ואחד מועד א' גדול וא' קטן דכתב לא היה שם ראיה ישבע המזיק ש"ד על השאר שכופר והראב"ד מפרשו דקאי על הך בבא דהוא אומר דמועד הזיק וזה מודה בתם והקשה הש"ך שם מדברי הש"ע דכאן דפסק כנ"י דתבעו מנה והודה לו בחפץ דשויא אפותיקי לא ה"ל

ממין טענה וכן הלח"מ תמה על הראב"ד בזה דמה פריך הגמרא מזה אומר מועד הזיק וכו' הא הוי מין טענה והש"ך שם הלך לדרכו ליישב הכל לשיטת הרמ"ה דס"ל הטעם משום השטא' ע"ש אבל אף שיש אפשרי לומר כן בראב"ד מ"מ בש"ע א"א דהא פסק דלא כהרמ"ה וכ"נ דעת הרמב"ם בהל' טוען ונטען. ולכן נראה בפשוט דכבר כתבתי בס"ק ח' דודאי אי לא טעו בזמן אפי' תבעו בחיטין בניסן והדה חיטין בתשרי למ"ד דאפי' בשני זמנים שייך ג"כ טענו בחיטין וכו' אף בזה שייך וא"כ לפ"ז בשני גופי' מחולקים שטוען שור זה מועד הזיק והמזיק טוען שור זה תם הזיק ודאי בשני גופי' ותם ומועד לא טעו אינשי וא"כ וזה בכך דה"ל חד מין וכחיטין וחיטין דמי מ"מ כיון דאומר שור זה מוע' הזיק הוד' דשור השני התם לא הזיק דהא לא טעה א"כ מפטר השני דהודאת בע"ד פוטרו ובמועד הא המזיק כופר ומה בזה דהוי ממין טענה ולכך ביש עדים דס"ל לרמב"ם דלא מפטר א"כ ה"ל מ"מ וחייב ש"ד וזה פשוט ולפ"ז אף כאן ניחא דלענין הודאה למפטר מה שהודה הנתבע אין נ"מ אי קרוי מין טענה כיון דלאו טועה בו וזהו ודאי בין מנה סתם למנה דשוי' אפותיקי לא טעו אינשי כלל והוא דתבעו מנה הודה דלא חייב לו בחפץ של אפותיקי ומפטר (איברא דהראב"ד קשי' מדידי' לדידי' דהוא פוסק בשור מועד ותם שבועה דאורייתא הואיל ומועד מעלי' משלם ואולם הרא"ש בשמעת' דשאלה ושכירה הביא בשמו דס"ל אפילו מלוה ופקדון הוי ב' מיני' וכ"ש תם ומועד דאדרבא בעה"ת דעתו לומר דתם גרע מפקדון אבל שיהיה עדיף מפקדון ליכא למ"ד ואמת כפי מה שמשמע באס"ז לב"מ דף קצ"ו ע"א במ"ש הראב"ד ולענין שאלה דשאילתן וכו' משמע דס"ל לראב"ד דיש חילוק בין תביעה אחת לב' תביעות דאם תבעו מלוה ועודה בפקדון חייב דפקדון הוא הודאה למלוה דאין ביניהם רק הבדל מעט אבל תבעו מלוה ופקדון ומודה בפקדון א"כ אין לו שייכות למלוה כלל דעל מה שתבעו פקדון הודה לו ועל מלוה לא הודה לו כלל וא"כ א"ש ואין כאן סתירה אלא דלא משמע כן בטור וצ"ע) ובאמת גדולה מזו הל"ל דתבעו במנה והודה לו במנה רק דשוי' אפותיקי פטור כיון דלא טעה וכ"כ הבעה"ת להדיא במנה שחור ולבן עיין מש"ל בסי' ל' סק"ה בשם בעה"ת אלא דנראה דקמ"ל אפילו משבוע' פטור ולכך נקט במודה במקצת (וצ"ע דמשמע מסתימת הש"ע דוקא בתבעו בחיטין ותבעו בשעורים) אמנם המ"מ מפרש שם ברמב"ם דאפילו בשני תמים ס"ל לרמב"ם ישבע הואיל ויש עדים והדבר צריך תלמוד דודאי שני גופים מחולקים ה"ל שני מיני' כדאמרינן בשמעת' דהמחליף בשני עבדי' דה"ל שני מינים ע"ש ברש"י ומ"ש שני עבדי' או שני שורי' הא גופי' מחולקים וכבר תמה הש"ך בסי' ת' סק"ו וצ"ע. ומה שנ"ל ביישובו דס"ל למ"מ ביישוב דברי הרמב"ם

כפי מה שכתב באס"ז לב"מ. דהקשה למה צריך קרא כי הוא זה לפטור טענו בחיטין והודה בשעורים משבועה הא כיון דפטור מתשלומין שוב אין כאן הודאה במקצת ומה שבועה יש ועוד מנ"ל דר"ג מחייב שבועה דלמא ר"ג דמחייב היינו דמי שעורים דלא ס"ל כרבה ב"נ אבל משבועה לא פטר. ותי' בשם מהר"י כ"ץ דהא בהא תליא דלכך פטור משבועה הואיל וליכא כאן חיוב תשלומין ואלו היה חייב בתשלומין הוי מודה מקצת אפילו אינו ממין הטענה דמה נ"מ בו רק כל הטעם דפטור הואיל וליכא הודאה וקרא דכתב כי הוא זה להכי אתי' לפוטרו מתשלומין וממילא מפטר משבועה ור"ג דלא דריש כי הוא זה וכו' חייב בתשלומין וממילא חייב שבועה עכ"ל. ולפ"ז דאין נ"מ בשבועה אם יש בהודאה ממין הטענה או לא רק תליא אי חייב בתשלומין א"כ ביש עדים על נגיחה דחייב בתשלומין כמ"ש הרמב"ם תו לא נ"מ לענין שבועה אי הוי ממין טענה או לא וצריך שבועה וזה מ"ש הואיל ויש עדים לחייב בתשלומין אף שבועה איכא. כן י"ל בכוונת המ"מ אלא שלפ"ז תבעו בחיטין והודה בשעורים בתשרי כיון דלא מפטר לשיטת הרא"ש וכמש"ל א"כ אף ש"ד מתחייב ולא מצאתי כן למחברים בפירוש אמנם מ"מ ברור שזה כוונת המ"מ ברמב"ם וכן דעת רבינו המחבר שהעתיק בסתם לקמן בסימן ת' דישבע ש"ד ולא מחלק כמ"ש הראב"ד וגם כאן כתב דפטור מתשלומין וש"ד אמנם הרב הש"ך לקמן סי' ת' סק"ו תמה בשני תמים אם קטן או גדול נגח מה ש"ד יש הא אף דיודה לא יתחייב ממון דה"ל מודה בקנ' וכמ"ש התו' ריש הפרה בשור שנגח הפרה וכו' דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק שמא לא ה"ל משאיל"מ דאף דיודה אין כאן ממון דה"ל מודה בקנס. ולא על המ"מ בלבד קשה כי אם על הרא"ש וטור ג"כ קשה דכתב הרא"ש היכי דיש עדים על הנגיחה ולא ידעו מי נגח אם גדול או קטן והוא הודה בגדול לא הוי מודה בקנס אבל באמת ישרי' דבריהם צדיקים כמותם ילכו בם. והוא דמודה בקנס תנן ולא מודה ובתשלומין והגע עצמך אם יש עדים שגנב ונתחייב כפל רק הוא מוחזק לב"ד לגברא ערטילאי דלית ליה כלום וממי יגבה והוא בא לב"ד וגילה מצפונו שיש לו ממון טמון שיוכל להשתלם ממון הזה נקרא מודה בקנס נשתקע הדבר ולא נאמר דזה מודה בתשלומי קנס ולא בקנס עצמו ואף כאן הקנס שחייבה התורה הוא על נגיחה וכששור נגח שור רעהו והזיקו ק' חייבו התורה קנס חמשים. וזהו הקנס על נגיחה אך ממה ישולם זה הקנס בזה אמרה התורה שלא ישולם רק מגוף המזיק ואם אין שוה חמשים יפסיד הניזק בקנסו ואם יהיה שוה באיזה אופן שיהיה יגבה קנסו וזהו תשלומי קנסו אבל עיקר הקנס בנגיחה וא"כ עדים שראו שור ראובן שנגח לשור שמעון הרי כאן קנס התורה על הנגיחה דראו הנגיחה וההיזק שוה ק' רק בתשלומין כי לא ידעו איזה שור אם גדול או

קטן הזיק בזו נסתפקו בתשלומי קנס אם יגיע הניזק לתשלומי קנם במשלם או יפסיד כי המזיק אין כ"כ שוה וזהו אין ספק בעיקר הקנס רק בתשלומיו וא"כ אם יבא המזיק להודות שגדול הזיק באופן שיגיע הניזק לתשלום הקנס אין זה מודה בקנס כלל דהקנס כבר העידו עדים. רק מודה בתשלומי קנס ולכך חייב משא"כ בשור שנגח הפרה ועובר' בצדה דעדים ראו הנגיחה אבל לא ראו ולא ידעו אם גם נגח הולד או שהיה בלא"ה מפלת א"כ הספק בחיוב הקנס הולד כי אם לא נגחו אין כאן קנס לולד כלל וא"כ הספק בגוף הקנס בזו יפה כתבו התו' דאם מודה המזיק שנגח ג"כ לולד ה"ל מודה בקנס וא"ש והרב הש"ך במחכ"ת אגב רהיטא כתבו ולא הבדיל בנושאים:

אך בגוף הדין בההיא שור שנגח הפרה ג"כ נראה דהואיל התו' כתבו ב' תי' בזה חד תי' דלא קרוי משאיל"מ הואיל ולא ה"ל למידע ובב"מ בשמעתה דשאלה ושכורה לא כתבו רק זה התי' ולאז כרו כלל מהך תי' דה"ל מודה בקנס וכן הרשב"א בחדושיו לב"ק פ' הפרה תי' ג"כ דלכך לא הרי משאיל"מ משום דלא ה"ל למידע מאין זכר לתי' דהוי מודה בקנס ודוחק לומר דלהך תי' תקשה לר"פ דס"ל פ"נ ממון מא"ל. דהא י"ל ר"פ ס"ל אידך שנוי' דמילתא דשמואל לא אתי' לניזק אומר ברי וכו' רק להמוכר שור וכו' וכ"כ התו' להדיא בפ' יש נוחלין דאביי דס"ל אפי' במקום דלא ה"ל למדע ברי עדיף מוקי ליה מילתא דשמואל להך המוכר שור וכו' וכן י"ל לר"פ ולכן נראה דס"ל כמ"ש מהרש"א הואיל וראו מקצת נגיחה אף דלא ראו כולו תו לא מיקרי מודה בקנס וגדולה מזו ס"ל למהרש"א ודייק ליה כמש"ל מדקתני שור שהיה רודף וכו' וזה אומר בסלע לקה הממע"ה דמשמע אלו הודה חייב ולא הוי מודה בקנס ש"מ דאפילו ראו עדים רדיפה לחוד אפילו לא ראו נגיחה כלל תו לא הוי מודה בקנס. וצ"ל אף דהרא"ש לא כתב כן וסתר שיטת הרמ"ה בכך דע"כ איכא עידי נגיחה דאל"כ הוי מודה בקנס. וא"כ להרא"ש איך יפרש שור שהיה רודף דס"ל למהרש"א הרא"ש מוקי הרישא במועד משא"כ היא הק' לרשב"ם דס"ל לא אמר סומכס רק באגם וא"כ רישא דקתני הממע"ה לאפוקי מדסומכס ע"כ בתם איירי דבמועד לא שייך באגם דמהעלי' משלם כמ"ש התוס' ומזה ס"ל דעדי רדיפה לחוד מוציאין ואם כי דבריו לא נמצא בפוסקים וכבר כתבתי לעיל דאין מקום לקו' זו מ"מ חזי מאן גברא רבה דס"ל בעדי רדיפה לא הוי מודה בקנס ומכ"ש בעדי נגיחה ולכן צ"ע. אבל במש"ל אין כאן ספק. ומה דקשה א"כ ה"ל הילך עיין מש"ל בס"ק ח' בזה באריכות:

יב **ומתשלומין** כן הוא בטור וכן מורה לשון מחבר שצ"ל מתשלומין כמ"ש הסמ"ע והש"ך אלא דהקשו בטור למה יפטר מתשלומין הא כל הטעם מדלא תבעו הודה והרי

הוא צועק שרצה לתבוע אלא שמיהר להשיב וגם מ"ש שאם טען שאין רצונו לתבוע עכשיו דהא לשיטת הרא"ש והטור מיירי דהכל נעשה בב"א דאל"כ בלא"ה ס"ל לרא"ש דלא נפטר דאין אדם תובע כל תביעה בב"א. ותי' הש"ך דהך מיירי שלא היה בב"א כי אם זה בניסן וזה בתשרי והא דס"ל לרא"ש דלא מפטר בזה אופן היינו אם באמת טוען רצוני היה שלא לתבוע כמ"ש הטור דאז לא נפטר משעורים אבל אם טוען דרצונו היה לתבוע אז אף דלא היה הלואת שניהם כאחד רק דמיהר להשיב בזו אין שומעין לו וכו' ודבריו סתומים וצריך פי' לדבריו דמיירי שזה שמיהר להשיב לא מיהר כ"כ תוך כ"ד של תביעתו רק שהיה כדי כמה דבורים ואח"כ השיב או שניכר לב"ד שהתובע גמר דבריו וניכר מתוך דבריו שאין רצונו לתבוע עוד אז ולכך אף שאמר אח"כ תוך כ"ד של הנתבע שהיה רצונו לתבוע עוד אין שומעין לו דשקורי משקר דניכרי' הדברים שלא היה רצונו לתבוע עוד כמ"ש שהפסיק מאמרו משא"כ אם מודה שלא היה רצון לתבוע עוד כי חשב להמתין זמן מה בטענת שעורים נאמן וא"ש זהו נראה כוונת הש"ך אלא שדבריו סתומים. אך זהו דוחק דיהיה בדין זה פי' אחר לטענו בחיטין והודה בשעורים דדיבר בו הטור והרא"ש בכל דוכתין דמיירי הכל בב"א ואם משונה זה משאר ס"ל לטור לפרש. ולכן לפמש"ל בדעת הרא"ש דאף דהיה בב"א וס"ל הודאה היינו אם לאחר הודאת הנתבע חזר לדבריו הראשונים ותבעו חיטין אבל אם אומר אין רצונו לתובעו עכשיו אף דנעשו בב"א נאמן א"ש כפשוטו דמיירי דנעשה שניהם בב"א ומ"מ דין הלזו אמת ולק"מ ומזו ראיה למש"ל בדברי הרא"ש ויגיד עליו ריעו כי הנכון כמש"ל. אך באמת יש לעיין מנליה לטור דין זו בכוונת הרא"ש אביו כי מ"ש הרא"ש פטור י"ל דכוונתו משבועה דאיירי ביה וכמ"ש כל מחברים וכן ממעדני מלך ע"ש. ונראה דקשיא ליה לטור הרא"ש דדחה פירש"י משום מחילה דלא דמי להך דפרק המניח בתם ומועד ולכך פי' הוא דשניהם נעשו בב"א וא"כ ה"ל לתובעו כאחד וקשה מה דוחקו דגם זה דוחק דאדם המלוה כאחד שני הלואות ג"כ אין רצונו לתובעו כאחד דקשה להוציא וחשב להוציאן אחת לאחת ולא פי' כפשוטו דשניהם מודים דהלואה אחת היה וזה אומר חיטין היו וזה אומר שעורים היו וא"כ ה"ל הודאה ומחילה לשעורים דמודה דלא הלוהו שעורים והנתבע שכופר חיטין פטור והוא ממש כעובדא דפ' המניח דזה אומר גדול נגח וזה אומר קטן והיה רק נגיחה אחת. ובזה היה מרווח הדבר בדברים רבים. ולכך צ"ל דס"ל להרא"ש הך מימרא בשבועות טענו חיטין וקדם והודה בשעורין אם כמערי' דחייב ואם לאו פטור מדקתני סתמא פטור משמע אף מתשלומין ואי איירי הכל בהלואה אחת אבל זולתו חייב בתשלומין לדברי הכל א"כ שם ע"כ שני הלואות היו דאל"כ מה קמערי' שייך שם הא א"א לתבוע יותר

מדמי חיטין וא"כ איך קתני פטור סתם דמשמע מתשלומין הא ליכא למ"ד דס"ל הכי. ועכצ"ל דאפילו בשני הלואות מיוחדת פוטר רבה ב"נ והוצרך הרא"ש לומר דמיירי בב"א דדמי קצת להך דהמניח ודברי הרא"ש מוכרחים וגם דברי הטור דפי' מתשלומין ג"כ דאי רק משבועה הואיל וצא הודה ממין הטענה אין כאן ראיה דס"ל לרבה ב"נ בשני הלואות דמפטר מתשלומין וא"ש. ועיין מ"ש בס"ק הקודם בדעת המ"מ דס"ל כמהר"י כ"ץ דזה בזה תליא השבועה בתשלומין וא"כ דינו של טור ג"כ מוכרח וכפי מ"ש המחבר נמשך אחרי דעת מ"מ לקמן סי' ת' ע"כ גם כאן צריך להיות בדברי המחבר בתשלומין כהגהת הסמ"ע ודוק. מ"מ לדינא צ"ע כיון שרבי' הגדולים אחרונים חולקים ובלא"ה רבים מראשונים דס"ל דכל הפטור משום שיכול לחזור בדבריו אבל בעומד בדבריו חייב ולדעת רי"ו אף הרא"ש ס"ל כן א"כ הבו דלא לוסיף עלה לפטור בכה"ג מתשלומין וכן כתב הב"ח והכי נקטינן:

יג **ומשלם** לו שעורים. הרבה תמהו על הרמב"ם בזה דפסק דמשלם שעורים הא שם בהמניח אמרינן אילימא דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי תהוי תיובתא דרב"נ הרי דאף דמשעורים פטור והרב הש"ך כ' דמקום הניחו לו להתגדר ותי' בדוחק. ועם כל הדוחק נמשך לשיטתו דס"ל לרמב"ם כרמ"ה דטעם פטור משעורים משום די"ל משטה הייתי אבל כבר בררתי דאין זה דעת הרמב"ם וא"כ הקו' במקומו. ואני תמה מה כ"כ גודל התימא עד שבשביל כך הכריע הרמ"א דלא כוותי' הא כתבו התו' להדיא דהא דמוקמינן הרישא בניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא אע"ג דקתני לא כי דא"ל המשנה בברי וברי נמי איירי ופי' המהרש"א דמ"מ לא איירי בי' סומכס דמודה סומכס בברי וברי ועיקר רבותא דמשנה בברי ושמא דבהא חולקים חז"ל וסומכס רק אגב נקט ברי וברי נמי ע"ש. ולפ"ז א"ש דר"פ מוקי ליה מיצעתא בברי ושמא וע"ז קאמר הגמרא במה איירי אי בניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא ובהא קמ"ל דאפילו בכה"ג דמודה מקצת מ"מ ס"ל לחכמים הממע"ה וקשה הא קתני לא כי ואיך אפשר לומר דמזיק אומר שמא וע"כ צ"ל דגם בהא איירי בברי וברי נמי רק עיקר רבותא בפלוגתא דסומכס וחכמים הוא בברי ושמא וא"כ קשה מה בכך עכ"פ משנה נמי איירי בברי וברי וקתני הממע"ה ואי לא שקיל כדקאמר מזיק אכתי תיובתא דרב"נ דטענו בחיטין וכו' ודינו של המשנה לא קאי ולכך הוצרך לאוקמי בניזק אומר שמא ומזיק ברי וא"ש לא כי וא"צ לומר דמיירי נמי בברי וברי וא"ש. וא"כ לא ידעתי מה הקושי' לרמב"ם ואמת די"ל דאם המשנה איירי בברי ושא וברי וברי נמי לא קשה בברי וברי איך שקיל כדקאמר מזיק דהא ה"ל טענו בחיטין די"ל באמת לא שקיל והא דקתני הממע"ה ולא קתני פטור משום ברי ושמא דאז

ודאי שקיל כדקאמר מזיק לשיטת הרמב"ם דבטוען שמא לא הוי טענו בחיטין וכו' וגם י"ל דהני רבוותא דהקשו ס"ל כדעת הרי"ף ורמב"ם דאף בחיטין ושעורים מהני תפס אף שאין לו תביעה על שניהם וא"כ קשה למה לא משני מציעתא בדתפס וצ"ל דא"כ היינו סיפא ותרתי ל"ל וא"כ יפה טענו דה"ל לאוקמי רישא בניזק ברי וכו' ואי דגם בברי וברי איירי הא י"ל בדתפס וזה אינו תרתי דכיון דהעיקר לא מיירי בזה אך אין זה מספיק לתמוה על הרמב"ם וגם קושיא ראשונה י"ל דאיך נפרש הממע"ה בשני פירושים שונים ויהיה תאומים במובן דלגבי ניזק אומר ברי ומזיק שמא יהיה פי' שקיל כדקאמר מזיק כמ"ש הרמב"ם ולגבי ברי וברי יהיה פי' דלא שקיל כלל דבר זה אין הלשון והדעת סובל ולכן לא הבנתי מהו כל החרדה הזה אף גם לפי קושיתם נראה דבר הגון ומתקבל דהא רבו של הרמב"ם ה"ה ר"י בן מיגאש דעתו גבי פקדון בטען כך היה בו והנפקד א"י כמה דלכך נשבע ונוטל משום דברי ושמא ברי עדיף דאף דלא קי"ל כר' יהודה כיון דאיכא דררא דממון קי"ל ברי עדיף אלא שכתבו דאין כאן דעת הרמב"ם מסכים דהא בהך דינא דאינו יודע אם חיטין אם שעורים פסק הרמב"ם דאין משלם רק שעורים הרי לפי דעתו של הר"י הלוי הואיל וחייב קצת ה"ל ברי ושמא ברי עדיף אפי' ביותר מה שידוע לו שהוא חייב וזה לא ס"ל להרמב"ם דררא דממון הוא רק ברי שמודה שחייב אבל לומר ביותר לא אבל ודאי כפי שאומר שהוא חייב באותו סך הוא דררא דממון ועליו לדייק וא"כ כפי אותו סך ה"ל לגבי חיטין ברי ושמא ברי עדיף דרך משל תובע חיטין בק' ומודה לו בשעורים בחמשים כנגד אותו סך חמשים הוא דררא דממון כי אותו סך ודאי חייב לו וא"כ עליו לדייק אם חיטין היה או שעורים ובזה ברי ושמא ברי עדיף אבל ביותר מחמשים כיון שאותו סך לא ברירי דחייב אין ברי ושמא ברי עדיף. אבל כנגד החוב ודאי דברי עדיף דהא ר"י הלוי מפריז על המדה לומר אפי' ביותר ממה שחייב: ולכך באומר א"י אם חיטין הלויתני או שעורים והלה טוען ודאי חיטין אף דמחל השעורים מ"מ כנגד דמי שעורים חייב בחיטין דה"ל ברי ושמא ברי עדיף דכנגד אותו סך ה"ל דררא דממון וא"ש: ולפ"ז לק"מ מהך סוגיא דהמניח דה"מ במקום דה"ל למדע אמרינן ברי ושמא ברי עדיף אבל במקום דלא ה"ל למדע כלל לכ"ע לא אמרינן ברי עדיף ועיין לעיל סי' ע"ה דכתבתי דעת הרבה מחברים דאפי' בא"י אם פרעתי במקום דלא ה"ל למדע לא אמרי' דחייב ע"ש. ומכ"ש במקום דלא ה"ל למדע כלל כמ"ש הש"ך לקמן בסי' ת' דגבי הך סוגיא דהמניח לכ"ע לא אמרינן משאיל"מ אף דס"ל דאמרינן במקום דלא ה"ל למדע דשם א"א למדע כלל. וא"כ לא שייך ברי ושמא ברי עדיף וקשה שפיר אכתי תהוי תיובתא דרבה ב"נ ולק"מ:

ובדרך זה אמרתי שהיה לרמב"ם הוכחה מש"ס לדינו דקשיא ליה מ"ש הש"ך בעצמו כי דוחק דמשנה יהיה מיירי בעדים שראו נגיחה ואם לא ראו א"כ מה זו הטענה הא אף אם יודה יהיה מודה בקנס וזהו בתכלית הדוחק המשנה יהיה איירי שראו הנגיחה ולא ידעו מי נגח גדול או קטן ולכן חשב הרב הש"ך ליישב זה וכתב דמיירי דתבעו העמדתיך בדין ונתברר דגדול נגח והוא אומר לא כי אלא בב"ד נתברר דקטן נגח וכן כל המשנה איירי דניזק טען שכבר העמידו בדין על כך ואזלא לי' פ"נ קנסא: וזה התיר' של הרב הש"ך היה נכון וישר אלו לא קשיא קושיא התו' דאיך אמרינן ניזק אומר שמא ומזיק אומר ברי הא ברי עדיף ועיין מש"ל דקושיא זו אף לרב נחמן קאי דהא המזיק מוחזק ותי' התו' דלא ה"ל למדע. וזהו אם הדברים כפשוטם אבל לפי מ"ש הש"ך דהסכסוך הוא כיצד יצא הדבר מפי ב"ד ומה שנתברר בב"ד מי היה המזיק הגדול או הקטן זהו ה"ל למדע כיצד היה הפסק ואיך נתחייב וא"כ קושית התו' על בורי' הא ברי ושמא ברי עדיף. וא"כ א"ש דרמב"ם ס"ל לכך לא משני על מציעתא בדתפס משום דהיינו סיפא וכמש"ל ולכך מוקי ליה ר"פ בניזק אומר שמא וקשי' ליה לרמב"ם תינח לר"פ דס"ל פלגא נזקא ממון וא"צ לעדים ולא לטענה העמדתיך בדין. אבל לדידן דקיי"ל פלגא נזקא קנסא א"כ ע"כ המשנה איירי כמ"ש הש"ך דטען העמדתיך בדין וכו' כנ"ל וקשה הך מציעתא איך מתוקמא אי בניזק שמא הא ברי עדיף אף לר"נ ול"ל דלא ה"ל למדע דהא בטענת העמדתיך בדין ה"ל למדע וא"כ קשיא לדידן ותפס ל"ל דהיינו וסיפא ולכך ס"ל לרמב"ם דינו דטענו בחיטין והוא משיב א"י אם חיטן או שעורים חייב. והטעם משום ברי עדיף במקום דה"ל למדע וא"כ מת קמא מציעתא בניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא ובזו לא הוי ברי עדיף דקיי"ל כר"ן דחזקת ממון עדיף ולא קשה אכתי תיובתא דרבה ב"נ כיון דמיירי בהעמידו בדין ה"ל למדע הרי זה דומה לא"י חיטין או שעורים דחייב בשעורים ולק"מ ודו"ק כי הדבר מוכרח בעצמותו ולק"מ. ואי לדקדק הא הרמב"ם פסק דאם הוא אומר מועד וזה אמר תם נגח מחויב ש"ד וכפי מש"ל בדברי הראב"ד ומ"מ וא"כ בניזק אומר ברי ומזיק שמא הא מתוך שאיל"מ. ול"ל דלא ה"ל למדע דהא בהעמידו בדין ה"ל למדע די"ל בשלמא אי טען ברי קטן הזיק ה"ל מחויב שבועה הוי בא"י מתוך שאיל"מ אבל כאן אלו טען ברי קטן הזיק היה פטור לגמרי דה"ל טענו בחיטין והודה בשעורים רק מכח שאינו יודע חייב בקנין א"כ לא שייך מתיך שאיל"מ דהא בברי לא היה כאן חיוב שבועה כלל ודוק זהו מה שנ"ל בישוב דברי הלכה אבל באמת בלא"ה נראה דס"ל לרמב"ם דלכך אמרינן בא"י אם חייב לך דפטור משום דלא נתברר חיובו אבל בא"י אם פרע דחייב דהואיל דנתברר חיובו ומספק אתה בא להפקיע חיובו זה א"א ולכן חייב: וכמו דהדין בחיוב דקרקפתא

דגברא כן הדין בשעבוד נכסים כיון דשעבוד' דאוריי' הנכסים שנשתעבדו בבירור וא"י אם נפקע שעבודן מספק חל שעבוד דמ"ש חיוב דגברא ומ"ש חיוב דנכסים והנה ודאי אף דהלוהו שעורי' מ"מ בדמי שוים של שעורים אף חיטין נשתעבדו דשעבוד חל אכל נכסים ועיי' בהרא"ש שכתב להדיא דיכול לתפוס שעורים לדמי חיטין וכן להיפך ולפ"ז באומר איני יודע אם אני חייב לך חיטין או שעורים א"כ בדמי שוים של שעורים חיטין בודאי נשתעבד אף דהלוהו לו רק שעורים מ"מ שעבוד נכסיו חל על חיטין נמי וא"כ הרי ברור שעבודו על חיטין והוא בא מספק להפקיע שעבודו דאם הלוהו שעורים יפקע שעבודו דמחל לו ואם חיטין הלוהו לא נפקע שעבודו ואיך יכול להפקיע השעבוד מספק השעבוד ודאי והפטור ספק ואין ספק מוציא מיד ודאי ולכך בדמי שעורים חייב לשלם דבזה השעבוד ודאי וההפקעה מספק והוי כא"י אם פרע כמ"ש דאם השעבוד ברי אין להפקיע מספק. וזהו בחיטין ושעורים אבל בשני תמים דתם אינו משלם אלא מגופו. א"כ על תם הגדול אין השעבוד ודאי רק מספק דאם לא נגח רק השני נגח אף בדמי שוי של השני לא נשתעבד השור אחר והרי כאן א"י אם לויתי דלא חל שעבוד בבירור על השני דאין אחד משתעבד בנזק השני ושפיר פטור המזיק דה"ל א"י אם אני חייב לך דאולי לא נגח רק הקטן ולזה מחל. ועוד יש פ"פ לומר דס"ל לרמב"ם כמ"ש התו' לעיל (בקונטרס התפיסות הארכתי בו) בס"ס והנתבע טוען שמא מוציאין מיד מוחזק וא"כ ס"ל לרמב"ם דהך דאמרינן מדלא תבעו שעורים מחל לו או הודה לו לא בריר רק הוי ספק כמ"ש הסמ"ע בס"ק כ"ה וכמש"ל באריכות בישוב דברי הרא"ש לחלק בתפיסה קודם או לאחר לידת הספק ולפ"ז יש כאן ס"ס ספק אי מחל או לא ואת"ל מחל אולי חייב לו חיטין ובשניהם הנתבע טוען ספק ומוציאין מיד המוחזק כדמי שוי של שעורים וא"ש. אך זהו בחיטין ושעורים אבל בשני שוורים תמים דמשתלמין מגופם א"כ בבא לגבות משור סתם הקטן אין כאן אלא ספק אחד אולי מחל או לא מחל אבל ספק השני ליכא דילמא הגדול הזיק דמה בכך מ"מ אין הקטן משתעבד כלל וכן להיפוך בגדול דתמיד אינו אלא חד ספק ולכך שפיר אמרינן אף בספק של המזיק ה"ל כטענו בחיטין. והן דברים ברורים ולכן יפה כתב הש"ך דאין הכרעת רמ"א בזה מכרעת כלל כי דבריו ברורים ונכונים.

יד **יש** לך בידי פקדון הרא"ש בשמעת' דשאלה ושכורה כתב לחלק בין שעורים לחיטין לא טעו אינשי אבל בין הלואה לפקדון טעו אינשי וכמו כן בין שאלה לשכירות ולכך הוי הכל ממין הטענה והש"ך בס"ק ל"ט הקשה דא"כ בהך דהמניח קטן וגדול הזיק לימא נמי דטעו בין קטן וגדול: וגם תמה על בעה"ת דכתב בשער ז' ג"כ דקשיא ליה מהך דמועד

הזיק וזה אומר תם הזיק דהא ה"ל במנה מלוה ומנה פקדון ותי' דתם אין דומה לפקדון דפקדון מ"מ משתעבדי כל נכסיו וחיוב דמים עלי' רמי' אבל תם אין חיוב כלל על המזיק רק שור דמשתלם מגופו והרי התם לפניך ואין כאן מין טענה כלל (וצ"ל לבעה"ת דלא יקשה לי' כמש"ל דמה פריך הגמ' לוקמי כר' ישמעאל דס"ל דב"ח נינהו והוי כמו פקדון. דא"א לוקמי כר"י דהא רישא ואם שניהם של א' שניהם חייבים מוקמינן לי' כר"ע ודלא כתו' פ' הפרה) ותמה הש"ך דבא' גדול ואחד קטן דשניהם תמים וזה אומר הגדול הזיק הגדול א"כ הוא תובע בשור הגדול חמשים זוז והלה אומר קטן הזיק הוא מודה בו מ' זוז ומ"מ לאו מין טענה מיקרי. ובאמת נראה הא דכתב הרא"ש לחלק בטעות בין חיטין ושעירים למלוה ופקדון הטעם דחיטין ושעורים יש בגופן הבדל זה חיטין וזה שעורים ואיך יטעה משא"כ מלוה ופקדון אין בגוף נתינה הבדל כי דינרים יהיב לכ"ע רק אם קרא עליהם שם מלוה או שם פקדון אבל גוף נתינה היה שוה ולכך עבידי דטעה: וא"כ לא הקשה הש"ך דנימא בין גדול לקטן טעה דכל דיש הבדל בדברים בעצמן יהיה הבדל רב או מעט לא טעה כלל ועליו לדייק ולכך גם בשמעתא דהמחליף אמרינן טענו עבד גדול והוא אומר עבד קטן לא ה"ל מין טענה דכל שיש הבדל בין גדול לקטן לא טעו. ואולם הבעה"ת ס"ל גם כן כמ"ש ולא קשיא ליה מהך דגדול וקטן רק מהך דתם או מועד הזיק דיכול להיות דשני שורים הם שוים בכל אופן מבלי הבדל רק זהו שם תם עליו וזה שם מועד עליו א"כ אין כאן הבדל בעצמותן כלל דהם שוים בכל אופן רק באיכות השם זה מועד וזה תם והיינו ממש כמו מלוה ופקדון דג"כ יש הבדל רק באיכות השם וא"כ שפיר קשה למה לא נימא דטעה ולמה קראו לאו ממין טענה וע"ז תי' דאין זה ענין לטעות כלל דהוא לא מודה ליה מענין תביעתו כלל דהוא תבעו נכסים נתחייבו והוא משיב דבר פרטי וכיון שאינו מסוג התביעה כלל ל"א ביה דטעה וא"ש ולק"מ מטענת הש"ך ואין להקשות לפ"ז דס"ל לרמב"ם דתם גרע מפקדון כמ"ש בעה"ת להדיא דבפקדון ע"כ חיובא בכל נכסים אם לא יחזור לו פקדונו דשמירתו עליו משא"כ תם דשותף הניזק בו ועליו שמירת חלקו ואין המזיק שומר כלל עליו כדאמרי' בב"ק א"כ למה מחייב הרמב"ם והביאו הש"ע לקמן סי' ת' באומר מועד הזיק וזה מודה בתם דישבע ש"ד הא ה"ל הילך דהא זה יותר מפקדון ומ"ש הש"ך לתרץ דיכול להבריחו דחוק דהרי זה לגמרי ברשות הניזק יותר מפקדון ואפי' שמירתו עליו ואין למזיק יד בו וכמ"ש לרמב"ם דפקדון הוי ממין טענה ולא תם ומועד ועיי' מש"ל ס"ק ט' בדברי התו' מיהו ברמב"ם אין כ"כ קושיא דס"ל אפי' בפקדון והכלי בעין לא ה"ל הילך עד שימסרנו בב"ד כמ"ש המ"מ לדעתו סוף פ"ג מהל' טוען ונטען רק בש"ע אי ס"ל כרמב"ם יש לדקדק כן וצריך לומר דמיירי דבאו

עדים אחר הודאת הנתבע שהוא המזיק וא"כ אז היה הודאתו מבלי נחשב הילך דאם לא יבאו עדים אח"כ יפטור מטעם מודה בקנס רק אח"כ שבאו עדים נחשב הודאתו למפרע כהודאת ממון דגבי ח"נ קנס ס"ל לרמב"ם כמ"ש המ"מ מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב וא"כ לא ה"ל הילך דבשעת הודאה לא היה עדיין ברשות ניזק לגמרי ודוק וצ"ע: ואין להקשות אם פקדון ומלוה הכל מין אחד איך פסק המחבר לעיל סעי' י"ג דטענו מנה והוא מודה לו דנתן לו חמשים בחפץ פלוני שיהיה אפותיקי מפורש לא הוי מין טענה אע"ג דג"כ לא יהיב רק זוזי די"ל הואיל ונתנם בשביל חפץ ה"ל כנתן חפץ ולא טעו בין זוזי בהלואה לדמי חפץ וכאן באמת אי יהיב לו פקדון חפץ פשיטא דלא הוי ממין טענה רק דמים לפקדון והיינו כמו הלואה משא"כ לעיל דהוי דמי חפץ ולא טעו כמש"ל ואם נתן לו פקדון באופן דלא יתחייב כלל בשמירתו ואחריותו אפשר דהיינו תם ומועד שכתב הבעה"ת או יש לומר סוף כל סוף קיבלו מיד התובע ותובעו מידו ומיחלף בהלואה משא"כ שור תם אין המזיק מקבלו מיד הניזק והרי הוא כאלו מראהו מקום כאן חצי שורך אבל יותר נראה כסברא ראשונה דבלא"ה בהך פקדון ומלוה הלא רבים חולקים והבו דלא לוסיף עליו כי באמת מדברי הרמב"ם אין ראיה כ"כ כי כך לשון הרמב"ם מנה לי בידך שהלויתיך והלוה משיב להד"ם אבל חמשים דינרים יש לך בידי פקדון או משום נזק וכו' הורו רבותי שחייב מדכלל פקדון ונזק כחדא ונזק עליו רמי' חיוב ואין כאן דבר פרטי ולכן נראה דגם פקדון מיירי שהוציאו וחייב בתשלומין רק דקאמר דמסתעף החיוב מפקדון כמו נזק דקאמר דמסתעף מנזק אבל עכשיו חיוב גמור הוא עליו וכן משמע בנ"י בשמעת' דשאלה ושכורה שהביא כן בשם ריטב"א בכוונת הרמב"ם דכתב דאין כאן אנא מראה מקום מאין עיקרו של חוב ע"ש (ובתוספת ב"מ דף צ"ח ד"ה משכחת משמע דשני מינים הם דהקשו למה להרבות בפרות ב' סגי בהאי דהודאה והך דטען בה א"י דאיכא כפירה ונאנסה ותי' דגזרת הכתוב דאין פרה אחת עולה לכאן ולכאן כו' ויפה תי' דהא התביעה רק על פרה אחת רק משני טעמים ושמות הלא תובע רק שלם לי פרה דמתה בעידן שאלה ואת"ל בעידן שכירות דילמא כשעת וכו' הרי דלא תבעו רק בפרה אחת ובתשלום א' יוצא ידי שני טענות ולא כן מורה פסוק כי הוא זה אבל קשה מהכ"ת לרבות בפרות דלא נזכר במשנה נימא דמשתמש בה והולך כמ"ש רמב"ן ע"ש ברא"ש דמשמש בה עד כלות זמן וא"כ זה תובע שכירות כי אמר שכורה קיימא ושאולה מתה וחייב שכירות וגם טען בגוף הדבר דאף דשכורה מתה השבע שלא פשעת וא"כ הרי כאן טענות מתחלפות והוא כופר שכירות באמרו שכורה מתה ובשאולה אני משתמש וגם טענה בגופה של פרה אי פשע והיא טענת נאנסו ובזו

לא שייך תי' התו' דאין פרה א' עולה לכאן ולכאן כי טענה של זו לא כשל זו בזו בגוף הפרה ובזו בשכירות דאף דפשע אינו חייב בשכירות ואם ישלם על טענה אחת לא יפטור משניה: והרי כאן כפירה ונאנסה בכל אופן ומה צורך בסיפא ד' פרות לרמב"ח ובהך ניחא ג"כ הלשון ישבע ששכורה מתה ודייקו התו' שכורה מה עבידתא ולפמ"ש ניחא לפטור משכירות ועכצ"ל דתובע גוף פרה השאולה וחוב שכירות שני מינין הם והגמ' ביקש לשנויי לכל מ"ד ודוק) אבל אם פקדון בעין לא דמי להלואה ואף רמב"ם מודה ולכן בלא קיבל אחריות נראה לכ"ע לא הוי ממין טענה:

טו **בית** מלא כו' בגמרא דשבועות דף מ"ג אמרינן דאביי ס"ל באומר בית זה מלא ה"ל דבר שבמדה דידוע טענתיה ופריך רבא א"ה אדתני סיפא זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון חייב לפליג בדיד' בד"א בבית מלא אבל בית זה מלא חייב אלא א"ר אינו חייב עד שיטעון דבר שבמדה וכו' ויודה לו דבר שבמדה וכו' והקשו התו' בד"ה אלא אמר וכו' וא"ת אמאי לא חשיב בית זה מלא דבר שבמדה כיון דאמר בית זה מלא וזה מחזיר לו חסרה נראה חסרונה והרי הוא כזה או' עד הגג וזה אומר הזיז וי"ל בשאינה חסרה אלא מעט מיקרי מלאה וא"י מה ביניהם א"נ בעינן שיזכיר מדה בהודאתו עכ"ל. ונראה דהך א"נ אין פירושו בר"ת אי נמי רק אף נמי דתרתי בעינן דתי' ראשון אין מספיק דקשה א"כ מה צורך לרבא לומר דבעינן שיודה דבר שבמדה הא בלא"ה בית מלא אינו דבר שבמדה דהא אפי' חסירה מעט נמי קרוי בית מלא ול"ל דזה ידוע דאם חסר דרך משל בית סאה אין קפידה אבל ביותר יש קפידא א"כ עדיין קו' התו' במקומו דה"ל דבר שבמדה ממקום שחסר עד גג הבית סאה: ולכן נ"ל דבאמת לא הוי צריך רבא לומר כן רק דהוי קשה א"כ לתני זה אומר עד הזיז וזה אומר ממקום שהנחת' אתה נוטל דהוי נמי דבר שבמדה דיכול להכיר החסרון וצ"ל תי' השני דצריך לומר להדיא בהודאתו דבר שבמדה. ותי' זה אין מספיק דעדיין ה"ל לומר זה אומר מלא בית זה וזה אומר עד החלון כקושית מהרש"א ולכך צריך לתי' הראשון דבית חסר קצת נמי מלא איקרי ואם כן עדיין אינו דבר שבמנין בתביעתו ושני תי' כאחד עולים וצריכין זה לזה ולכך אין לפרש א"נ רק ר"ת אף נמי וכן הוא דברי טור וש"ע דפסק בבית זה מלא וזה אומר יו"ד כורי' דלא מועיל והיינו תי' ראשון דבית מלא לא הוי דבר שבמדה וכן אם אמר יו"ד כורים וזה אומר מה שהנחת וכו' גם כן אין מועיל והיינו כתי' השני של תו' דבעינן בהודאה דבר שבמדה ולכאורה ארכבי' אתרי רכשי לפמ"ש ניחא דאין כאן שני תי' רק אף נמי ושניהם צריכי ודוק ומיושב כל הקו' וקושית מהרש"א:

טז כגון שהרקיבו וכו' יפה כתב הש"ך דאף במעות צ"ל דנפסלו וקרה בהם פחת והזיק בפשיעה וכ"כ הרז"ה להדיא ועיי' באס"ז לב"מ בשמעתא דשאלה ושכורה אלא דיש להבין בדברי מחבר דכתב כן לענין פירות ולא כתבו לענין מעות. ולכן אפשר דס"ל כמ"ש הש"ך לעיל סי' ע"ג דבמעות מותרים במקום דמותר השימוש בהם אפי' הם בעין ובא הנפקד לתובען יכול להחליפן ע"ש וא"כ ליכא כאן הילך אף דהם בעין דהא ברשותו קאי ויכול להחליפן וליתן אחרים ואיך יהיה נקראים הילך וזה פשוט ולכן הרז"ה דטרח לומר דקרה הפסד למעות ס"ל דאין רשות בידו להחליפן מעת התביעה וה"ל הילך אבל הש"ע ס"ל כדעת הש"ך לעיל וא"כ אף דהם בעין לא קרוי הילך ולק"מ ותמהני מהש"ך איך העלי' עין משמעת' מה דהוא בעצמו ס"ל ודוק:

יז דשטר הוי כמו קרקע דעת הסמ"ע כמ"ש באריכות בדרישה דאפילו לא היה לו ולא אית ליה קרקע כלל מ"מ הוי שעבוד קרקעות הואיל ונזכר בי' ש"ק. ונמשך אחריו הרב בט"ז וראי' מהא דכתב הטור בשם התו' והרא"ש דלמ"ד שעבודא דאורייתא לא משכחן שבועה דאוריית' במ"מ וכדומה אלא בדלית ליה קרקע וא"כ עכצ"ל דשטר הוי ש"ק אפי' בדלית ליה קרקע דאי אית ליה אפילו מלוה על פה וכת"י נמי יהיה ש"ק אלא דשטר חשוב ש"ק אפילו לית ליה קרקע. והש"ך חולק וכ"נ דעת הב"ח דבאין לו קרקע אף שטר אין לו שעבוד ולא מיקרי ש"ק והא דקרא לשטר ש"ק ומחלק בין שטר לכת"י בדמחל על ב"ח ולא מחל על משעבדי ולכך איקרי שטר ש"ק ולא מלוה ע"פ וכת"י. ואמת דהך סברא כתבו התו' בריש ב"מ בשמעתי' דהילך אבל קשה לכוונו בלשון הטור דלא ה"ל לסתום בשטר דהוי ש"ק רק לפר' באופן שכתב הש"ך דמחל ע"ז ולא ע"ז ועוד הטור כתב דברי רמב"ן דבאבד השטר או א"י לקיימו לא קרוי ש"ק וע"ז כתב הטור אבל התו' והרא"ש כתבו דלא משכחת מ"מ אלא בדלית ליה קרקע וכו' מזה מבואר דס"ל דהם חולקים ארמב"ן ולפי דברי הש"ך אף הרמב"ן יכול לסבור זה רק מיירי בשטר באופן דמיירי ביה הטור לדעת הש"ך דמחל על ב"ח ולא על משעבדי ולכך בדאיתא לשטר גובה ממשעבדי ה"ל ש"ק אבל בדליתא או אינו מקוים דלא גבי מלקוחות לא קרוי ש"ק ואין כאן מחלוקת כלל: ולכן נראה דבדרישה נתקשה בדברי התו' בשבועות דהקשו במימרא דר"י הכופר במלוה שיש לו עדים חייב ק"ש ובשטר פטור משום דה"ל ש"ק והקשו התו' והרא"ש הא ר"י ס"ל ש"ד ואף בעדים הוי ש"ק ותי' התו' דל"ל קדקע או דמחיל ליה ועדיי' הקושיא במקומו כמו שבאמת התו' בב"מ הרגישו בו א"כ אף במלוה בשטר נמי ובב"מ תי' כמ"ש הש"ך דמחל על ב"ח ולא על משעבדי אך בשבועות דלא כתבו קושי' זו ולא תי' זו קשה וכבר תמה בזה מהר"ם מלובלין בחדושיו לב"מ על הך דברי תו' דשבועות

והדרישה רצה מכח זה להוכיח דעתו דבשטר אפי' ל"ל קרקע מ"מ ש"ק מיקרי ובאמת יפה כתב הש"ך דדבר זה אין לו שחר אבל התרת קושיא זו נקל דס"ל שם לתו' והרא"ש כמ"ש רוב המחברים דעכשיו דתקנו חכמים מלוה ע"פ אינו גובה משעבדי א"כ אין כאן שעבוד כלל אפי' על ב"ח דהא כל רגע בידו למוכרו מבלי מוחה רק הא דגובה בישנו ביד לוה משום דמיניה אפי' מגלימא וכו' אבל שעבודא ליכא כלל רק קושית התו' על התורה דהתורה כתבה שבועה במ"מ ודכוותיה הא ה"ל ש"ק והיכן משכחת ליה שבועה ועל זה תירץ דאי אתה מוצא ש"ד לדינו של תורה רק בדלית ליה קרקע או מחיל אבל ר' יוחנן אמרו למילתא לדינא בתר דתקנו חז"ל דמלוה ע"פ אין טורף מלקוחות ואפקיעוהו רבנן לשעבודא ולכך אף בדאית ליה קרקע חייב קרבן שבועה בכיפר במלוה שיש לו עדים אבל בשטר לא דבהך קיימא שעבודא ולא הפקיעו חז"ל וא"ש: וזהו נראה ברור דעת הטור ולכך בכל סי' ע"ה וסי' פ"ז דהזכיר דיני ש"ד וההבדל שיש בין ש"ד לשבועה דרבנן לא הזכיר תנאי זה שיהיה דוקא הלוה גברא דלית ליה קרקע או מחל משום דלדינא ליתא דאף באית ליה אפקיעוהו רבנן לשעבודא וזהו במלוה ע"פ או כת"י אבל במלוה בשטר לא נפקע השעבוד וה"ל ש"ק ביש לו קרקע וזהו הבדל שיש בין שטר לבע"פ וכת"י ומה שהביא הטור דברי התו' והרא"ש הוא לכוונה זה דעל הך קושיא דמ"מ איך משכחת ליה תי' הר"ן בשבועות וכמש"ל בסי' ע"ה באריכות דבריו דמה בכך דנכסיו משועבדים מ"מ אם יבא הדבר לטריפת לקוחות הלקוחות יכחשו בו ויאמרו מה נ"מ לנו בהודאתך שקר אתה אומר אין אתה חייב לו לא לוה או נפרע ולכך אינו קרוי ש"ק אף דש"ד ותי' זה ס"ל לרמב"ן נמי כמ"ש הרא"ש בשמו סוף פרק שבועות פקדון ע"ש אבל התוס' וביחוד הרא"ש שם מיאנו בתי' זה דס"ל כיון אלו ידוע דחייב לו הוי ש"ק אף דבאמת דאין יכול לטרוף מלקוחות כי לא יאמינו לו מ"מ גוף הלואה אית ביה ש"ק ולכך לא משכחינן ש"ד ביה וצ"ל דלית ליה קרקע ע"ש והנ"מ בין שני סברות הללו במלוה בשטר דשעבוד של תורה קאי אף לדידן ונאבד השטר רק הלוה מודה בו לדעת הרמב"ן אין כאן ש"ק דהא א"א לטרוף מלקוחות דלא יאמינו לו דהיה לו שטר ונאבד דאולי להד"ם או פרע וא"כ לא הוי מודה בש"ק והודאתו ה"ל ש"ד אבל לדעת התו' והרא"ש דס"ל לדין תורה מ"מ קרוי ש"ק אף דלא יאמינו לו הלקוחות כמ"ש א"כ ה"ה לשטר שנאבד ולוה מודה בו אף דלא יאמינו לקוחות מ"מ גופו של הלואה יש בו ש"ק והוי זה כמו מודה מקצת לדינו של תורה. והן הן דברי הטור דבתר דהביא דעת הרמב"ן בשטר בלתי מקוים או נאבד דלא מיקרי ש"ק וחייב שבועת התורה ועל זה כתב אבל התו' והרא"ש כתבו דמ"מ לא משכחת ליה פי' לדינו של תורה כמ"ש רק בדלית ליה קרקע אבל ביש לו לא אף

דלקוחות לא יאמינו לו וא"כ ה"ה בשטר שאין מקוים או נאבד והלוה מודה בו ליכא ש"ד וזה ברור ונכון ועיין הרא"ש ס"פ שבועת הפקדון ותראה להדיא כדברי וכן מבואר ומוכח ברא"ש פ"ב דכתובות דכתב בהוא אומר אלמנה נשאתיך וכתובתך מנה והיא אומרת בתולה וכתובתי מאתים הא דלא הוי ביה שבועה דאורייתא כדין מודה מקצת דהוי ליה שעבוד קרקעות דכתובה שעבוד קרקעות הוי וכו' והביא דברי ירושלמי סלעין דאינון ונמחק מלוה אומר חמש ולוה אמר שלש בן עזאי אומר הואיל והודה מקצת טענה ישבע וחכמים אומרים אין זה הודאה ממין טענה פי' שההודאה בקרקע היא נהי נמי דשטרא לית ביה אלא שנים מ"מ כיון שהודה בשלישי הוה ליה כאלו נכתב שטר והכפירה במטלטלין ופריך והא הכא בהיא אומר בתולה ה"ל הודאה ממין טענה שהרי אין לה שטר והיא אומרת ר' והוא אומר ק' ומשני כ"ע מודים דאית לה מנה פי' שאין יכול לכפור באותו מנה הלכך כאלו יש לו שטר על אותו מנה ושעבוד קרקעות הוי וכו' עכ"ל: ויש להבין איך הביא דברי ירושלמי דסותר להדיא דברי הגמרא בב"מ דאותו סלע שלישי שהודה בו הלוה לא הוי ש"ק וכן מבואר בגמרא שתי' ה"ל ש"ק אבל באומר שלש לא הוי ש"ק כלל ועוד ק' הא משנה איירי בין במקום שכותבין ובין במקום שאין כותבין כמבואר בגמ' שם דף י"ו ע"ב דאוקמא ר"א למשנה במקום שכותבין ודייק מיני' דכותבין שובר וא"כ דבמקום שכותבין ואין כתובה בידה א"כ הא ס"ל להרא"ש כהרי"ף דבזה לא אמר ר"י הטוען אחר מעשה ב"ד ונאמן לומר פרעתי ויכול לכפור אבל לפי מש"ל הכל נכון דברייתא האמור בגמרא דידן כך הוא דנכתב בשטר סתם סלעין א"כ מעולם לא נעשה על סלע השלישי שטר דסתם סלעים שתי' א"כ אם הלוה מודה בג' ה"ל הודאת בע"פ ומה ש"ק יש כאן אבל בירושלמי כ' סלעין ונמחק א"כ אם מתחילה היה כותב שלשה היה השטר על הג' כמו על הב' וה"ל ש"ק רק עכשיו נמחק והלוה מודה בו הרי הודאה בש"ק ואי דלא יאמינו לו מה בכך מ"מ ש"ק מיקרי והיינו כמש"ל שטר שנאבד או אינו מקוים ולכן במקום שכותבין כתובה דהיה מתחילה ש"ק דהי' כתובה בידה אף דעכשיו א"א לטרוף משעבדי דיטענו פרוע מ"מ הוי ש"ק והא דכתב הירושלמי דלא יכול לכפור כמ"ש כ"ע מודים וכו' משום דמשנה איירי בכל גווני אפי' במקום שאין כותבין ושם אלו יכול לכפור מעול' לא חל ש"ק דלא כתבו כלל ופרעתי יכול לטעון והוי כמו מלוה ע"פ לדידן דבטלו לש"ד ולכך צ"ל דלא יכול לכפור וכו' אבל במקום שכותבין כיון דמתחילה היה שעבור לא נ"מ במה דיכול לכפור. ודברי הרא"ש ברורים והא דפי' הרא"ש כן בירושלמי דסלע ג' ה"ל שעבוד קרקע ולא פי' דברי חכמים כמ"ש בגמרא דידן דשנים הוי ש"ק וא"כ אלו אמר לוה שתים לא הוי שבועה דלא הוי

ממין טענה דשנים ה"ל הודאה בקרקעות וא"כ אף באומר שלשה פטור דה"ל משיב אבידה דל"ל אערומי קמערי' דהא בשנים פטור משבועה וכ"כ הרא"ה דס"ל להרא"ש דזה אינו דהא ה"ל מגו דמ"מ לכופר בכל דבשנים א"א לכפור וצ"ל דבמקום דמסייע שטרא מעיז ולכך אמרינן דה"ל משיב אבידה בפ"ק דב"מ כמ"ש התו' להדיא וזהו בשטר שכתב בו סתם סלעין מסייע ליה שטר דלא היה יותר מב' סלעים דאלו היה יותר היו עדים כותבין משא"כ בברייתא דירושלמי דהיה כתוב ונמחק א"כ אין כאן סיוע משטר ואין זה משיב אבידה דה"ל מגו דמ"מ לכופר בכל דשנים צריך להודות ולכך פי' דהסלע ג' ה"ל כקרקע וא"ש ודוק. ומזו ירושלמי הוכיח הרא"ש דינו דאם תחילה היה ש"ק אף דנאבד מ"מ ש"ק מיקרי. ויש להקשות לפי שיטה זו מה פריך בגמרא למ"ד הילך פטור למה אצטריך קרא למעט קרקע משבועה הא אצטריך בכה"ג במ"מ ומכר קרקע לשיטת התו' והרא"ש אף דלא יאמינו לו הלקוחות מ"מ ש"ק מיקרי הואיל ובאמת נשתעבד לו קרקע אבל ודאי הילך לא מיקרי דהא א"י לטרוף כמלא מחט קרקע מלקוחות דלא יאמינו לו. דאף דכתבו התו' הא דאמרי' למה איצטרך קרא למעט קרקע אין הקושיא על התורה דאיצטרך קרא למילתא אחריני רק הקושי' על המשנה דלא ה"ל להביאו ובזמן המשנה כבר בטלו לשעבוד במלוה ע"פ ולק"מ. מ"מ ק' הא במלוה בשטר ואבד השטר דעת הרא"ש ותו' דה"ל ש"ק במודה ביה והילך ליכא דיוכל לכפור וגם אין גובה משעבדי דלא יאמינו לו וא"כ משום כך תני ליה במשנה. וצ"ל דזה ודאי דשטר ה"ל ש"ק הוא לכ"ע אפי' למ"ד של"ד דזה כללא בש"ס דשטר ה"ל ש"ק ולא יפול בו מחלוקת אי ש"ד דמה בכך דשל"ד השתא תקנו חכז"ל שישתעבדו נכסים והרי הן משועבדים לו וה"ל ש"ק אך זהו אם השטר לפנינו אבל באין השטר לפנינו רק הלוה מודה בו למ"ד שעבודא ל"ד הא אין כאן שיעבוד וחכמים דתקנו השעבוד היינו ביש לו שטר אבל בנאבד השטר בטל שעבודא של חכמים מעיקרא דהן אמרו שיגבה מלקוחות בישנו שטר בידו והן אמרו דלא יתקיים שעבודו באין השטר בידו ולא אמרו הרא"ש וסייעתו אלא למ"ד ש"ד רק במלוה ע"פ הפקיעו חז"ל ובשטר הניחו אותו על ד"ת אבל למ"ד של"ד לא וא"כ הקו' הגמרא למ"ד לאו דאורייתא דבזה לא יחלקו אי הילך חייב או פטור ומשמע להדיא בשמעתין דהמחליף דרב ושמואל ס"ל הילך פטור והן ס"ל של"ד וא"ש דל"ל בשטר דאם שטר קיים ה"ל הילד ובנאבד גם ש"ק לא מיקרי ובזו יש ליישב מש"ל ר"ס ע"ה דהקשו תו' ממינתא דר"י דשבועות ולא הקשו מיניה וביה דמה הבדל יש בין סלע שני לסלע הג' דאיכא למימר דהך תנא ס"ל של"ד כמש"ל סי' ל"ט דר"מ ס"ל כן ולכך פריך ממילתא דר"י דס"ל ש"ד ופשוט אך זהו דוחק כמש"ל:

יח **אם** אינו יכול לקיימו המחבר סתם בדין כרמב"ן וכפי שכתבתי בס"ק הקודם התו' והרא"ש חולקים דמ"מ היה שעבוד קרקעות ולא נ"מ במה דלא יאמינו לו הלקיחות וכן מצאתי באס"ז לב"מ שהביא בשם גדול א' דמפרש בהא דקאמרינן והא שטרא דקא מודה ביה הילך הוא דמיירי בשטר בלתי מקוים ולכך צריך להודאתו וצ"ל פי' לדבריו דלא תקשה מנ"ל לגמרא לפרש הברייתא בשטר בלתי מקוים דס"ל לגמרא דבר שא"א לכפור אין בכלל הודאה כלל וא"כ איך אמר ר"מ על האומר ג' משיב אבידה הרי זה מגו דמ"מ לכופר הכל דמה שהיה מודה בשתים אין בגדר הודאה כלל ולכך מוקי ליה הגמרא בשטר בלתי מקוים וא"כ שפיר הוי משיב אבידה דאף שנים בגדר הודאה דהרי יכול לכפור ולומר שטר מזויף ולכך פריך הגמרא שני' גופי' למה ישטור משבועה ואי דהיה טוען מזויף הא ה"ל מגו דמ"מ לכופר בכל אלא ע"כ כיון דמודה בי' ה"ל הילך ודחי' הגמרא דלכך פטור או דמסייע לי' שטרא או דה"ל ש"ק אף דהיה יכול לטעון מזויף מ"מ השתא דמודה ה"ל ש"ק. וכמ"ש התו' והרא"ש וארווח לן בהך מה שתמהו כולם דקארי ליה מה קארי ליה וכי לא ידע דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ולפי דבריהם ניחא דס"ל הואיל השטר בלתי מקוים ונתקיי' עפ"י הלוה לא הוי שעבוד קרקעות כדעת הרמב"ן באמת ולכך משני הגמ' באמת דמ"מ הוי שעבוד קרקע כדעת התו' והרא"ש וגם מרוויחנא מה דקשה לס"ד דלא ידע מהך דה"ל ש"ק רק מטעם הילך ס"ל פטור בשתים א"כ אדמסייע מברייתא לסייע ממשנה דבריש פ"ב דכתובות כקושית הרא"ש דה"ל לבעל לישבע ש"ד דמ"מ וע"כ מטעם הילך פטור גם בהך תי' דמסייע לי' שטרא ולא מטעם הילך ולא מטעם ש"ק קשה הך משנה דכתובות מא"ל דשם לא שייך מסייע שטרא דכתובה אין בידה לדעת אי מנה או מאתים אך לפי הנ"ל דבמקוים ידע הך דה"ל שעבוד קרקעות ושם מקוים דאשה יש לה כתובה בתנאי ומעשה ב"ד לק"מ רק כאן ס"ל דאיירי בלתי מקוים כמ"ש כי לא ידע עדיין מסברת מסייע שטרא ואנן דפסקינן אפי' במקוים משי' אבידה משום דחדית לן גמרא סברא מסיי' שטרא ובכל אופן הוי משיב אבידה כמ"ש התו' ושפיר דייק וא"ש וא"כ הגאון הנ"ל נמי ס"ל כמ"ש התו' והרא"ש. ואולי אפשר אותו גאון ס"ל כדעת התו' בפ' א"נ דאם לוה אינו טוען מזויף לא טענינן ללקוחות מזויף ולא חיישי' לקנוניא וא"כ שפיר הוי ש"ק אבל לפי דעת הרמב"ן וכמש"ל בסי' ק"ו מזה באריכות דמ"מ טענינן להו מזויף א"כ תו ליכא שעבוד קרקעות. אך זהו דוחק דבהך דינא יחלקו המקשן ותרצן.

מיהו יהי' איך שיהיה עכ"פ דעת התו' ורא"ש חולקים אך אני תמה איך הביא הטור דברי תו' ורא"ש להלכה הא כתב הרא"ש בריש פ"ב דכתובות שהבאתי לעיל דלכך

אין הבעל נשבע דה"ל הודה שעבוד קרקע וכתב דאף עכשיו תקנו שיהיה האשה גובה ממטלטלין מ"מ כיון דהטוען אחר מעשה ב"ד ל"א כלום ה"ל הילך דא"י לכפור וכו' הרי חדית לן הרא"ש לבתר תקנת הגאונים תו לא מיקרי שטר ש"ק רק מפטר בשבועה מתור' הילך ולפ"ז בשטר שנאבד דיכול לכפור תו לא הוי ש"ק וגם הילך לא שייך דהרי יכול לכפור וכ"כ המ"מ בהל' אישות פי"ז דפסק הרמב"ם בהיא אומרת בתולה הייתי והוא אומר אלמנה דישבע הבעל שבועה של תורה כדין מ"מ ותמה הראב"ד דה"ל שעבוד קרקעות וכתב המ"מ דס"ל לרמב"ם בתר תקנת גאונים ליטול ממטלטלין תו ליכא ש"ק וכתב מיהו מ"מ אינו יכול לכפור דהטוען אחר מעשה ב"ד וכו' והעלה דבמקום שכותבין כתוב' ואבדה דנאמן לומר פרעתי הרי יכול לכפור ואיכא תקנת גאונים לגבות מטלטלין חייב ש"ד ע"ש הרי דס"ל להדיא לולי תקנת הגאונים אף דיכול לטעון פרעתי מ"מ ה"ל שעבוד קרקעות והיינו כמ"ש להרא"ש ותו' מ"מ לבתר תקנת גאונים תו לא הוי ש"ק וא"כ לפ"ז לדידן נפל הך דינא דהיה שטר ונאבד בבירא דתו ליכא שעבוד קרקעות דהא גובין ממטלטלין לבתר תקנת גאונים. ואמת דהטור בא"ע סי' צ"ו הביא דעת הרא"ש בהך הוא אומר אלמנה והיא אומרת בתולה הייתי דבכ"מ אפילו במקום דכותבין כתובה אין נשבע רק היסת אף דשם נאמן לומר פרעתי ולא שייך הטוען אחר מעשה ב"ד רק כבר ישבו האחרונים וכתבו דהטור מיירי באופן דהיה מתרה אל תפרעני אלא בעדים דתו לא מצי לכפור אפילו במקום שכותבין אך כאן קשה. ודוחק לומר דבלאו הכי הקשה הרב לחם משנה מה בכך דתקנו גאונים לגבות מטלטלין הא שאר בעל חוב תמיד מדינא דגמרא גובה מטלטלין ומכל מקום אמרו דשטר מיקרי שעבוד קרקעות וצ"ל דודאי אף דמדינא זובה מטלטלין מ"מ שעבודא דאורייתא ליכא על מטלטלין רק מדרבנן אמרו לגבות מטלטלין ולירד לנכסיו אבל מהתורה אין גובין רק קרקע וכמ"ש המפורשים ולכך שטר מיקרי שעבוד קרקעות אף דגם גובה מטלטלין עיקר שעבודו על קרקעות. אך בכתובה כיון דגאונים תקנו ולדעת הרא"ש יש להם שרש ועיקר מדינא דגמרא גמלי דערבי אשה גובה כתובתה א"כ לא ה"ל שעבוד מקרקע ואי דעיקר שעבוד תורה בקרקעות ה"מ בשאר ב"ח אבל גופו של כתובה דרבנן הן אמרו והן אמרו ומה אילמא זה מזה ולכך לא איקרי שעבוד קרקע אך זהו דחוק. ובגוף הקושי' של הלח"מ נראה דהא דב"ח גובה ממטלטלין לאו דאינהו משעבדי דא"כ אף מיתמי נגבה כמו אלו עשה שורו אפותיקי דשיעבד מטלטלין בפי' גובה מיתמי כמ"ש הרשב"א רק צ"ל דלא משתעבדי כלל רק מיני' אפי' מגלימא וכו' מכח פריעת ב"ח מצוה אבל יתומים אין מחויבים בכך וא"כ דאינו בכלל השעבוד אף הוא בתובע שטרו אין תובע רק קרקע ולא

מטלטלין דאין כלל שעבודו עליהם ולא ה"ל כתבעו קרקעות וכלים. משא"כ לתקנת הגאונים דתקנו לגבות אף מטלטלין דיתמי ש"מ דתקנו לשעבוד גמור כאלו כתב לב"ח מטלטלין בלי אגב דמשתעבד וגובה מיתמי ולא מלקוח' דל"ל קלא כמ"ש רשב"א וא"כ דנכנס בתוך השעבוד כמו קרקע ובתביעתו ה"ל כתבעו קרקע וכלים וא"ש ולכן גוף הקו' במ"ע ולכן נראה דבלא"ה כבר כתבנו כי אחרונים עמדו במ"ש הטור סתם דאפי' במקום דכותבין כתובה ואינה בידה אין על הבעל רק היסת דהא יכול לכפור ומ"ש דמיירי דהתרה אל תפרעני דוחק כנראה שם ולכך י"ל דקשיא לטור קו' הלח"מ מנ"מ בתקנות הגאונים כל ב"ח גובי' ממטלטלין כמש"ל ומ"ש לחלק לא שמיע ליה ולכך ס"ל בהרא"ש כך הפי' דמפרש על המשנה דקתני אם יש עדים הא ליכא עדים בעל מהימן ול"א דבעי שבועה משום דה"ל ש"ק ול"ק איך סתם וקתני תינח ביש לו קרקע באין לו קרקע מא"ל ה"ל למימר דישבע הבעל דז"א דבממ"נ אי ל"ל קרקע אין גובה כתובה כלל דאין כתובה נגבית רק מקרקע ואי א"ל קרקע הדר ה"ל ש"ק רק ק' תינח בגמרא אבל ברי"ף ק' איך העתיק סתם דבעל מהימן הא בדלית ליה קרקע א"נ בלי שבועה ואי דאינו במציאות הא הגאונים תקנו דגובה מטלטלין ולזה קאמר דמ"מ א"י לכפור או דהרא"ש דינא ביקש להודיענו דאפילו ל"ל קרקע לא משתבע וזהו כוונתו אפילו לתקנת הגאונים וכו' וא"כ הא יש במציאות דל"ל קרקע מ"מ אין כאן שבועה דלא יכול לכפור וכו' וזהו הכל בדל"ל קרקע אבל ביש לו קרקע אין מועיל במה דגבי' אף מן מטלטלין וש"ק לא זז ולכך הטור דמיירי בסתמא דא"ל קרקע כמ"ש כאן בשטר דהוי ש"ק ומיירי נמי דא"ל קרקע כמ"ש בס"ק הקודם וכמ"ש הש"ך א"כ אף שם בא"ע מיירי בסתמא דא"ל קרקע וא"כ לעולם הוי ש"ק אף דיכול לכפור כדעת התו' והרא"ש בסי' זה ול"מ מה שתוכל לגבות ממטלטלין ולכך כ' דאין לבעל רק שבועת היסת וכ"כ ברמזים באבדה כתובה והיינו במקום שכותבים אין לבעל רק היסת ולא כתב דלאחר התקנה ל"ש דין זה:

ועוד נראה יותר ברור ונכון לפמ"ש לקמן סי' ק"ז בישוב דברי הטור והרא"ש דסותרים זה את זה דפעם א' כתבו דתקנ' הגאונים לא מכח תקנה רק מדינא כמש"ל דה"ל כגמלי דערבי ופ"א כתבו דמ"מ לא הוה מדינא רקן מכח תקנה וע"ש שכתבתי דבנזיקין וכדומה דלא ה"ל לאתנוי' ולכתוב אמרי' דהוא מדינא אבל במקום דכותבין שטר ל"ל דהיו סומכין דעת' אמטלטלי דא"כ ה"ל לכתוב מטלטלין וקרקע ע"ש מ"ש באריכות ולפ"ז י"ל דס"ל להרא"ש אי מדינא סומכין דעתם על מטלטלין ומדינא גביה תו לא מקרי שטר ש"ק דגם מטלטלי הם משועבדים וה"ל כתבעו כלים וקרקעות והודה לו במקצת כלים וקרקעות דיש כאן ש"ד אבל אי מדינא לא גביה ולא סמכה דעת' כלל על המטלטלים רק מכח

תקנה גביה תו לא פקע שיעבוד שטר מש"ק וא"כ דברי הרא"ש א"ש דהא דכ' הרא"ש אע"ג דבתר הגאונים אשה גובה ממטלטלי ל"א על מקום שכותבין דשם ס"ל למכתב וא"כ לא גביה מדינא רק קושיתו במקום דאין כותבין וה"ל ממש כגמלא דערבי והוי שיעבוד מטלטלין וע"ז דייק וע"ז שפיר משני בממ"נ דכל הספק הוא במקום שאין כותבין ואז הא אר"י הטוען אמב"ד וכו' והרי א"י לכפור וא"כ א"ש ודברי הרא"ש בכ"מ אמורי' הן במקום שכותבין דבלא"ה ל"מ תקנו' הגאונים כמ"ש והן במקום שא"כ דה"ל א"י לכפור ולכך סתם הטור הן ברמזים והן בטור דלעולם אין כאן ש"ד בממ"נ כמ"ש ולק"מ ומעתה יפה עשה הטור שבסי' זה לא הזכיר דבתר תקנות גאונים בנאבד השטר דיכול לכפור תו לא הוי ש"ק דבמקום שכותבין כמו שט"ח לא שייך הך דאין גובה ממטלטלי' דיתמי רק מכח תקנה ולא מדינא כמ"ש הטור בסי' ק"ז ולכך בלא"ה מש"ל במ"מ גרידא לא הוי ש"ק אפילו דנפרש כמ"ש הסמ"ע וש"ך דדעת התו' ורא"ש אפילו לדידן הוי מודה במקצת ש"ק אם אית ליה קרקע דזהו לא נכתב והדר ה"ל תקנת הגאונים דינא וליכא ש"ק ודוק. אך זהו דעת הטור והרא"ש אבל המ"מ דעתו ברמב"ם דאף במקום שכותבין כיון דנאבד השטר הרי יכול לכפור וש"ק ליכא לבתר תקנת הגאונים. והש"ע הביא שם בא"ע סי' צ"ו ב' דעות דעת הרמב"ם ודעת הרא"ש וכאן סתם כדעת הרמב"ם והרי זה סתם ואח"כ מחלוקת: וגם נ"ל מהנ"ל בהא דאמרינן בלי' ליה קרקע אף שטר לא מיקרי ש"ק אם יש לו קרקע שקנה אח"כ ובתוך השטר לא שיעבד ליה דתקני אם אמרינן דהוי ש"ק או לא דהא לא משתעבד ליה ונראה דתלי במחלוקת להרמב"ן דאם מת הלוה אין גובה מיתומים כלל רק מיני' א"כ אין כאן שעבוד כלל וה"ל כמטלטלין לדינא דגמרא בכל ב"ח דמ"מ לא נכנסו בכלל כשעבוד דנימא דה"ל כתבעו קרקע ומטלטלין אבל להחולקים דאף מיורש גובה א"כ הרי זה כמו מטלטלין לבתר תקנת גאונים אף דאם מכרן אין לב"ח הימנו וה"ל ש"ק:

יט **אפי'** יש בו נאמנות כו' הש"ך השיג שדעת הרמב"ם והרא"ש דכל שאין יכול לכפור תו לא הוי הודאה לזקוק לשבועה ועי' מה שהאריך ותחילה נחקור בדברי רמב"ם דכתב בפ"ד מהל' טוען דהודה בחמשים בשטר לא מיקרי מ"מ שהרי שטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משעובדים לו ואפילו היה כופר היה חייב לשלם וכו' עכ"ל ומזה למד דס"ל לרמב"ם כל שאין יכול לכפור לא הוי הודאה וכ"כ המ"מ בפט"ו מהלכות אישות במקום שאין כותבין כתובה דא"י לכפור לא הוי הודאה והביאו רמ"א א"ע סי' צ"ו סט"ו: ואני תמה א"כ למה כתב הרמב"ם הרי כל נכסיו משעובדי' לו מה צורך לזה הל"ל סתם דא"י לכפור והא לפ"ד אף בכת"י שיש בו נאמנות דעתו אמור' ובכת"י ליכא שעבוד אלא

ברור דהא א"י לכפור לא הוי הודאה הוא מטעם הילך כמ"ש הרא"ש בפ"ב דכתובות ועכצ"ל כן דאל"כ מה טרח הגמרא שם ב"מ במלוה אומר שתים למה פטור משבועה ולא קאמר דא"י לכפור כקושי' הר"ן אלא דטעמו משום הילך דאם יכול לכפור אין זה הילך דממה יגבה הלא אם ימכור נכסיו יצחקו עליו הלקוח' ופקע שעבודו ושטר בלי דנשתעבדו קרקעות לא ה"ל הילך כמ"ש הע"ש דהרבה יש להם שטרות ואינם מקבלים פרעון עיין לעיל ריש פ"ז אלא עיקר הילך מחמת דנשתעבדו נכסים וה"ל כגבוי וכמ"ש רש"י וכמש"ל סי' פ"ז. וזהו אם אין יכול לכפור א"כ נשתעבדו נכסים וה"ל הילך אבל ביכול לכפור ולא נשתעבדו נכסים ויכול למוכרן א"כ לא ה"ל כגבוי ולא ה"ל הילך. ולכך כתב הרמב"ם דהרי לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסים משעובדים תרתי בעינן שעבוד נכסים ולא יועיל כפירתו ואז ה"ל הילך ולא קשה א"כ דל הילך מהכא הא ה"ל שעבוד קרקע ואין נשבעין וזהו היה כל הכרח שהכריח למחברי' דכוונתו של רמב"ם אפילו לכת"י בנאמנות. דזהו אינו דהרמב"ם כ' זה כן האידנא דתקנו גאונים לגבות מטלטלין דיתמי או דכ' בשטר מא"ק א"כ תו ליכא שעבוד קרקע כמ"ש הרא"ש והמ"מ דה"ל כתבעו בכלי וקרקעות ולכך נתן טעם דמה בכך מ"מ אף קרקעות משעובדים לו ואם לא ימצא מטלטלין ע"כ יגבה מקרקע ה"ל הילך דהא א"א להמלט שלא יגבה חובו ודבריו ברורים ופשוטים וכמ"ש הרא"ש דאף דלבתר תקנת גאונים פקע שעבוד קרקע מ"מ הלך מיקרי. ויפה כתב המ"מ וכן הרמ"א בכתוב' במקום שא"כ הואיל ולא יכול לכפור לא מיקרי הודאה דשם נשתעבדו נכסים מטלטלין וקרקע וה"ל הילך כיון דאין יכול לכפור. ותמהני מהש"ך שהביא ראיה משם דבמקום דלא נשתעבדו נכסיו ה"ל הילך: ויש ראיה לזה בהא דכתב הרמב"ם בפ' ט' מהל' נ"מ בשני' רודפין אחד גדו' ואחד קטן כו' דכתב הרמב"ם דמיירי דיש עדים על הנגיחה רק לא ידעו מי נגח גדו' או קטן וכתב הרמב"ם בזה אומר גדול וזה אומר קטן או זה מועד וזה תם ישבע המזיק ש"ד דהודה במקצת והא בנגיחת הקטן והתם א"א לכפור דיש כאן עדים בנגיחה. ודוחק לומר כמש"ל דמיירי דהודה קודם שבאו עדים ואח"כ באו עדים וא"כ אז בעת הודאה יכול לכפור דזה דוחק דה"ל לרמב"ם לפרש זה דדוקא בכה"ג חייב שבועה ועוד א"כ אם יהיה מודה ואח"כ יהיה נמצא שטר יהיה נקרא יכול לכפור דסוף כל סוף ה"ל שטר או עדים ובפרט בהך דנגיחה דעיקר הודאה תלי' בעדים דאל"כ ה"ל מודה בקנס וה"ל טענו בחיטין וכו' וא"כ דעיקר הודאה תלי' בעדים והרי אינו יכול לכפור וזהו לענ"ד כמעט ראיה שאין עליו תשובה בכוונת הרמב"ם ז"ל. ואחרי אשר בררנו דעת הרמב"ם נשוב לדברי הרא"ש אן כוונתו נוטה כי הרב מעדני מלך ואחריו הש"ך תפסו דבריו במ"ש בפ"ב דכתובות לפי

שאינו יכול לומר פרעתי כר"י הטוען אחר מעשה ב"ד וכו' הלכך האי מנה דמודה ביה ה"ל הילך כיון דאין לו טענה לפטור הימנו וכו'. דסתם בכ"מ דא"י לכפור ואפילו בכת"י דיש בו נאמנות ולענ"ד נראה דגם הוא דעתו כמ"ש ברמב"ם דמלבד דדוחק דבשביל שלא יכול לכפור יהיה נקרא הילך מה הילך הא יכול להבריח הכל ול"ל שעבוד כלל ומה ענין זה להילך והנ"י והר"ן דתפסו כוונת הרמב"ם דא"י לכפור לא דנו בו הטעם משום הילך רק ס"ל דלא הוי הודאה ועדיין העזה דרבה במקומו דמה שמודה הוא מוכרח אבל הרא"ש דכתב להדי' משום הילך ק' לומר בזה בכת"י דאין כאן שיעבוד כלל אף גם דהרא"ש סייע דבריו מדברי ירושלמי דכת' דלכך במשנה ליכא ש"ד דכ"ע מודה דחייב לה מנה ופי' הרא"ש דא"י לכפור דהטוען אמב"ד וכו' הלכך כאלו יש לה שטר על אותו מנה ושיעבוד קרקעות הוי וכו' הרי דדייק הרא"ש דש"ק הוי ולדבריהם מה צריך לש"ק הל"ל סתם א"י לכפור ואמת כבר עמד בזה הגאון מהורש"ק בתפארת שמואל וכ' לולי דכל גי' ספרים כך היה מוחק תיבת וש"ק הוי מדברי הרא"ש וח"ו דהא כל הנוסחא כך רק האמת דלולי דהוי ש"ק לא היה מועיל לא יוכל לכפור כלל דמ"מ לא הוי הילך דממה יגבה ולכך צריך תרתי ודבריו הן כדברי הרמב"ם הנ"ל דכלל תרווייהו כחדא א"י לכפור וש"ק ואמת כי דברי הרא"ש צריכין ביאור דמה סיוע מביא לדבריו מדברי ירושלמי דנשני' קודם תקנת גאונים וא"כ א"צ לטעם ודין של א"י לכפור רק דה"ל ש"ק וכמ"ש הרא"ש בעצמו במשנה לולי תקנת גאונים והא דכתב ירושלמי דא"י לכפור כבר בררתי לעיל דאל"כ במקום שאין כותבין לא הוי ש"ק כלל כמש"ל אבל מנ"ל הך דלאחר תקנה דליכא ש"ק דה"ל הילך מירושלמי הנ"ל ומה סיוע יש. ונ"ל דסבירא ליה להרא"ש הא דאמרינן כ"ע מודו אין הפי' הכל יודעין רק כ"ע בן עזאי וחכמים החולקים בשטר דכתב דאינון ונמחק דבן עזאי דמחייב שבועה בזו מודה ובן עזאי ע"כ סבירא ליה דנשבעין על הקרקעות דהיה מתחילה ש"ק בתוך השטר וכמש"ל באריכות וא"כ למה פטר במשנה וע"כ הטעם משום הילך אך זהו דוחק. דמילת כ"ע מודו פירושו הכל יודעים:

ולכן יותר נראה דקשיא ליה להרא"ש וכי לא ידע דכתובה ה"ל ש"ק דהא אין נגבית רק מן קרקע ואפילו במקום שאין כותבין ומה קשיא ליה לירושלמי ולכך נ"ל דבירושלמי שם פריך מה יהני עדים דלמא מ"ע היא ותי' חד תי' לא חשו לדבר דלא שכיח כלל וחד תי' דר"מ היא דסבירא ליה מ"ע גובה מאתים וס"ל להרא"ש כהר"ן ולא כר"ת דר"מ דסבירא ליה מטלטלין משתעבדי' לכתובה הוא אפילו מיתמי ואם כן קשה לר"מ ישבע דל"ל ש"ק דהא אף מטלטלין משתעבדי דמה שהוא לדידן לתקנת הגאונים הוא לר"מ מדין גמרא ועכצ"ל משום דא"י לכפור וה"ל הילך וא"ש ודוק מיהו צ"ע דבפרק האומר

בקדושין כתב הרא"ש דאף לר"מ אין אשה גובה מיתמי ובהא לא פליג ר"מ מיהו שם הכל לישנא דתו' שהעתיק הרא"ש כנראה מלשונו שם ואפשר הוא לא סבירא ליה וצ"ע ועכ"פ הנכון בדברי הרא"ש כמ"ש דבעי ש"ק והוא דה"ל הילך ובחנם השיג המעדני מלך דטור סותר דעת הרא"ש. וכן מה שכתב הרא"ש בב"מ דשטר אין נשבע דה"ל הילך או משום דהוי ש"ק ומזה רצה לדייק דש"מ דהילך איירי בליכא ש"ק וזה אינו רק נ"מ לדידן לבתר תקנה או קודם תקנה בנכתב שטר מא"ק וזהו ודאי ליכא ש"ק רק הילך הוי ואחר שבררנו דעת הרמב"ם והרא"ש נשובה לחקור דעת שארי מחברים והנה רש"י כתב להדיא על האי שטר דקמוד' ביה הילך הוא כיון דמשועבד קרקע וכן כתב הג"ת והש"ך בס"ק מ"ז ביקש לדחות ראיה זו דרש"י לא אמרה אלא באין מודה בשטר ודבריו דחוקים דהא רש"י מפרשו על האי לישנא והאי שטר דקמודה ביה הילך היא וכיון דמודה ביה מה צורך לשעבוד קרקעות ואדרבא קשה על רש"י למה מחק גי' הישנה כיון דקמודה ביה משום דא"צ להודאתו אדרבא ה"ל לאוקמי דבס"ד דלא ס"ל דהוי שעבוד קרקעות היינו משום דהוי ס"ל דסתם שטר איירי אפילו בדלית ביה אחריות נכסים כדתנן בב"מ שטר שאין בו אחריות ולכך צריך לומר דקמודה ביה כמ"ש הש"ך דבשטר שאין בו ממשעבדי נקרא הילך כשמודה בו ולא כשהוא כופר ומה ראה רש"י למחוק גי' הישנה ועכצ"ל דס"ל לרש"י דבממ"נ אי ליכא שעבוד נכסים בכל אופן לאו הילך הוא כמש"ל מה הילך יש אם אין מקום לגבות וביש שעבוד נכסים א"צ להודאתו ולכך מחק רש"י וזה ראיה ברורה לדברי הג"ת. אך בזו יש לדחות רש"י לטעמי' דרש"י ס"ל דאפילו בהלואה ונותן המעות לא ה"ל הילך רק בפקדון וא"כ מה בכך דלא יכול לכפור וכי עדיף זה מאלו נותן המעות בב"ד ולכך הוצרך רש"י לומר דיש לו שיעבוד נכסים והוי כגבוי מאז ותמיד ברשותו קיימא כפקדון משא"כ לדידן דלא קימ"ל כרש"י א"כ י"ל כל שלא יכול לכפור ה"ל כהילך כאלו מוסר מעות בב"ד ובזה יש לדחות דברי הג"ת אך כ"ז דוחק ועיין באס"ז הרבה מחברים דכתבו דלא סגי במה שאין יכול לכפור עד שיהיה שיעבוד קרקעות נמי ולכן אין לזוז מדברי המחבר ולו נמטי אפריון:

כ **אפ"ה** פטור וכו' ופי' הסמ"ע משד"ד אבל היסת חייב והב"ח השיג דאף מהיסת פטור והש"ך בס"ק נ"ג הסכים לסמ"ע וכ' שכ"כ הנ"י ואעפ"י שכתב הנ"י שהרשב"א והר"ן דחו ראית הרמב"ן מ"מ יוכל להיות דבדינ' ל"פ עליו וכן אפשר לפ' דעת הטור ולא הבנתי דבריו דבנ"י דהביא מחלוקת הרמב"ן והרשב"א לא ע"ז הביאו רק בדלעיל באומר שתי' אי צריך לישבע היסת או לא בזו נחלקו בראיה אבל זה כבר כ' הטור והמחבר לעיל באומר שתי' דחייב לישבע היסת וא"כ תמהני וביחוד על הב"ח כיון דהעלה הטור במודה

רק בשתי' חייב היסת היאך ס"ד במודה בשלשה דפטור מהיסת א"כ אערומ' קמערים אי אמרי' שתי' אצטרך לישבע אמינא שלשה ואהי' פטור מכל וכל ופשיטא דאי בזה חייב היסת אף בזה חייב ושגגה יצא מלפני השליט הב"ח.

כא **או** לאביך וכו' הש"ך העתיק בס"ק נ"ה דברי ר"ה גאון ואני אעתיקו בקצרה שורש דבריו יורש שטען היה לאבי בידך ק' זוז והוא אומר אין לו בידי רק חמשי' פטור משבועה דה"ל משיב אבידה אבל אם אמר אמת היה לי מאה מאביך בידי ופרעתיו נו"ן חייב שבועה אם לא שקדמה הודאה לתביעה והוא שלא יהיה כמערים ואם יש עדים או קול שהיה מו"מ בינו לבין המת אף שקדמה הודאה מ"מ חייב עכ"ל בקיצור ודבריו תמוהים דאם פוסק כרבנן דפליגי אראב"י וס"ל בבנו מעיז א"כ אף באומר פרעתיו ה"ל משיב אבידה וכמו כן במ"ש דאם יש עדים וקול דאפילו בהודה קודם לתביעה צריך שבועה למה הא מ"מ משיב אבידה דאף דנימא כדעת הש"ך דעדים מעידים שהלוהו בבירור מ"מ הא הוא משיב אבידה דמצי לומר דפרע הכל דהא בבנו מעיז והש"ך ביקש לפ' דמיירי דיורש טוען ברי שהלוה לך אבי אבל א"י אם פרעת וזה מוסיף תימא יותר דא"כ אין היורש טוען ברי אם פרע או לא פרע וא"כ לכ"ע ליכא כאן שבועה דלא הוי טענת ברי ופשוט וגם ק' הא בגמרא מבואר דטוען פרעתיו כדאמר והאכלתיו פרס ומ"מ ס"ל לרבנן דכוותייהו פסק הגאון דה"ל משיב אבידה. והרב הש"ך חשב דר"ה גאון מפרש דפליגי בקדמה הודאה לתביעה אבל אח"כ חכמים מודים דחייב ש"ד ומלבד דאין זה מועיל דא"כ בקדמה התביעה אפילו באומר לא לויתי רק חמשים דלמא ס"ל לחכמים דחייב אף גם דקשה הך דבעינן התביעה קודם להודאה אין ענין כלל לפלוגתא גבי בנו ה"ל לומר כן בבע"ד עצמו אי בעינן תביעה קודם להודאה או לא. ומה ענין בנו מעיז לכך וזהו כללא הוא כמ"ש הרמב"ן בשם ר"ה גאון דבכ"מ בעינן תביעה קודם להודאה ואין זה ענין מחלוקתם כלל רק פליגי בקדמה תביעה כמ"ש הרמב"ן ולכך אין אני מוצא בכל אריכות הש"ך שמעלה ארוכה אפי' במקצת לדברי הגאון הנ"ל. ומה שנ"ל או דהא דקאמר הגאון ופרעתיו אין פירושו שפרע לאביו רק שפרע ליורש והוא לשון נסתר ולא כמדבר לנוכח והכוונה על היורש ואין זה מהזרות בלשון ר"ה גאון כאשר יעיד כל הוגה בשערי שבועות שלו ואולי ט"ס הוא וצ"ל פרעתיך וס"ל לר"ה גאון כי אמרי' בבנו מעיז היינו באומר אביך לא הלוה לי או לאביך פרעתי והאכלתיו פרס כיון דהם דברים שאין מכחיש ליורש בעצמו ואף דיורש צוח ככרוכי' ידעתי וגם ידעתי דלוה לך או לא היה נפרע ממך יכול להשמט את זה העלם ודבר סתר היה לי אתו ובפניך אמר שמלוה לי ולא היה כן רק לפרעון או למתנה וכדומה וכן בפרעון אטו בכיפי תליא ליה אבל באומר

לך פרעתי זהו מהעזה איך יכול החי להכחיש החי ואם כן הרי כאן מודה מקצת וליכא משיב אבידה דהוי ליה העזה: והא ל"א הא יש לו מגו דפרע לאביו דמכל מקום עכשיו הוי מודה מקצת ומגו כזה לפטור משבועה לא אמרינן ויש לר"ה גאון ראיה מהך דפרק הנזקין דאמרינן אם טוענו ב' כיסין מצאת והלה אומר רק א' פטור משבועה דהוי ליה משיב אבידה אבל אם מודה ואמר מצאתי שנים רק כבר נתתי לך אחד חייב לישבע אף דיש לו מגו דהיה אומר לא מצאתי רק אחד מכל מקום עכשיו דמודה דהחזיר אחד והלה כופר הוי ליה מודה במקצת. וע"ש בתו' והיא הדין הכ' דאף דמתחילה היה יכול לומר להד"ם או פרעתי לאביך מ"מ עכשיו שאומר לו פרע והוא מכחישו ה"ל ש"ד. והוא שקדמה תביעה להודאה דאל"כ בכל מ"מ פטור ומכ"ש בזה רק הוסיף דאם יש עדים או קול נראה דכוונתו להערים פן יתבענו היורש ולכך הקדים הודאה לתביעה וה"ל כקדמה תביעה וחייב וא"ש דברי ר"ה גאון ואין בו מהזרות וזה נראה לפי שיטת הש"ך. אך יותר נראה פשוט כי ודאי ש"ד לעול' פטור דכיון דקי"ל כרבנן דבבנו מעיז רק מהיסת לא ימלט אם בנו תבעו רק ר"ה ס"ל כמ"ש התו' בב"ק והמרדכי בפ' כל הנשבעין דפסק ר"ה גאון כלישנא בתרא דר"נ דאין היסת רק בדררא דממון וא"כ א"ש ביורש התובע וטוען ברי מנה לאבא בידך והוא אומר א"ח רק חמשים ליכא כאן מ"מ דבבנו מעיז וגם היסת ליכא דהא אמר מעולם לא לוה רק חמשים אבל אם אמר אמת לויתי ק' רק פרעתיו חמשים א"כ אף דאין כאן ש"ד מ"מ היסת חייב דבפרעון ה"ל דררא דממון ומחייב ר"נ היסת והנ"מ בקדמה תביעה אבל בקדמה הודאה ה"ל משיב אבידה ואפי' מהיסת פטור דאם היה שותק לא היה תובעו כלל ולכך התנה שלא יהיו עדים וקול דאל"כ לא הוי משיב אבידה דידע דבנו יתבע הוגד לי וכדומה ומערים להקדים להודות והרי חייב היסת ודברי ר"ה ברורים ופשוטים ונכונים: וא"כ לדינא אף דקי"ל כר"נ אפילו בדליכא דררא דממון מ"מ זה למדנו דמ"ש בש"ע דהוי משיב אבידה בדליכא קול אבל בדאיכא קול לא מהימן בלי היסת דאין זה משיב אבידה וצ"ע. הואיל ולא העתיקו המחברים אבל לענ"ד כוונתי לקוטב האמת בכוונת ר"ה גאון ז"ל:

כג **פטור** ואפי' משבועת היסת הש"ך תמה למה יפטור מהיסת כי הרמב"ן נתן טעם דמשום דקדמה הודאה לתביעה וזהו טעם שאין בו ש"ד אבל היסת למה לא. ודבריו בלתי ברורים דהא באומר שני כיסין מצאתי והחזרתי לך אחד מהם והלה כופר לא החזרת לי אף דטענו עכשיו ברי מתוך הודאתו דחייב לו עוד כיס אחד מ"מ הואיל אלו שתק לא היה נוטל כלום ה"ל משיב אבידה ופטור אפי' מהיסת וכ"פ הרמב"ם והטור והמחבר לקמן סי' רס"ז ע"ש וא"כ היינו הך דעכשיו טוען ברי שלא פרעתני מ"מ אלו שתק אפי'

מקצת לא הגיע לו דהא לא היה יודע כלל שחבירו חייב לו א"כ ה"ל משיב אבידה ואפילו מהיסת פטור ועיין בבעה"ת שער ז' ח"ב דמדמי הך לשני כיסין וכו' באמת שוים הם בדין ובסברא ולכן אין כאן פקפוק כלל. וכתב הש"ך בס"ק נ"ד בשם רי"ו דכתב דאם מתוך הודאתו נתברר לו דחייב ברי ומקדם לא היה תביעתו רק בשמא דעת רש"י בגיטין פ' הנזיקין דהוי ש"ד וחלקו עליו גדולי מורי'. ואני תמה דאין לכאורה מדברי רש"י ראי' לדינא דאמת דרש"י כתב כן במילתא דר' יצחק האומר שני כיסין מצאת והלה אומר לא מצאתי אלא אחד ישבע דכיסין לא מנתקי מהדדי ופירש"י דלא ראה וידע שמצאם רק הוא אמר שמצא כיס א' וטוען הוא עליו לדברך שנים מצאת ישבע הרי דס"ל דכה"ג הוי מודה מקצת. אבל קשה הא הוי משיב אבידה והוא בכלל מוצא אבידה לא ישבע כמ"ש רש"י בכמה דוכתי ואי שתק לא ה"ל כלום ורש"י לא אמרה אלא במילתא דר' יצחק דאיהו לא ס"ל הך משנה דלא ישבע מפני ת"ע כמבואר בגמרא ויפה פירש רש"י אבל לפי דקיי"ל כמשנה דמוצא מציאה לא ישבע אף בזו לא ישבע לדינא וא"כ רי"ו העתיק דברי רש"י לדינא ואינו וצ"ע לכאורה:

ומה שנראה דס"ל לרי"ו דלרש"י דלא גרס תנ"ה כגי' התו' א"כ קשה ר"י דאמר כמאן ועכצ"ל דס"ל דבמסקנא תליא דלראב"י דס"ל בבנו אין מעיז אף דלא קיבל מידו דבר מ"מ אינו מעיז א"כ אף באבידה לא יעיז להחזיק לעצמו האבידה דס"ל העזה כר"ת אף דאין חבירו מכיר בשקרו כמש"ל בכללי מגו באריכות ע"ש סי' קי"ב וקי"ג ולשמא לא יגביהנה לא חיישינן דמהכ"ת לא יגביהנה אולי של נכרי היא או של ישראל ונתוודע דכבר נתייאשו הבעלים טרם שמצאה והרי הוא שלו. וא"כ לא שייך ת"ע כלל ולכך ס"ל לר"י ישבע אבל לרבנן דס"ל בבנו מעיז הואיל ולא קיבל ממנו מעות ומכ"ש באבידה וא"כ יש חשש ת"ע ולכך לא ישבע. ולפ"ז אם הוא לא ידע שהלוהו והוא מודה לו שהלוהו רק פרעתי מחצה והלה אומר ברי לי שלא פרעתני כלל לכ"ע לא הוי ת"ע דהא לשמא לא יגביהנה לא חיישינן רק שמא לא יחזירנו וכאן הא הוי העזה אף דאינו מכיר בשקרו ואי דלא קיבל הימנו ה"מ בבנו אבל בעצמו הא קיבל ממנו וכ"ע מודים לדר' יצחק דלא הוי ת"ע ולכך ישבע זהו מה שנ"ל להליץ בעד רבינו ירוחם וצ"ע. ודברי מהרש"א בפ"ב דכתובות נוטי' לכך דתי' על קושית מהרש"ל דלתני לראב"י מודה ר' יהושע בדלא תבעו ותי' מהרש"א דאם יש עדים לא מתוקמא ע"ש ולכאורה דבריו בלתי מובנים דהא כך ענין הקו' דליתני מוד' ר"י בדלא תבע ולא ידע שחייב והוא מעצמו הודה שחייב מנה רק פרע נו"ן ועכצ"ל דאח"כ תובע ואמר ברי שלא פרעתני דאל"כ הא אין כאן טענת ברי לחייב שבועה ומה ארי' משום פה שאסר וכו' וא"כ דטוען ברי אין כאן מגו רק דשתק ולא הודה

כלל דחייב וא"כ א"ש דאם יש עדים דלוה הימנו א"כ אין כאן מגו כלל דבפרעון הא טוען ברי לא פרעת ועל גוף הלואה הא יש עדים וצ"ע לכאורה ולפי הנ"ל ניחא דבלא"ה אם נתפוש לאמת כדעת רי"ו הא לראב"י שוה הבן להוא בעצמו דמ"ש דהא ס"ל אף בבנו א"מ וא"כ משפט א' לכולם אם לא תבעו ואח"כ מתוך הודאתו נתברר לו דחייב הוי מ"מ וחייב שבועה וא"כ מה קו' דלתני מודה ר' בדלא תבעו רק מעצמו אמר מנה לאבא בידך וכו' דע"כ איירי דאח"כ טוען ברי לא פרעת כלל דאל"כ בלא"ה לא חייב שבועה דאין כאן טענת ברי וא"כ הא באמת חייב שבועה כמ"ש רי"ו לדעת רש"י ואיך נתנו מודה ר"י דפטור הא לא כן הוא ואין כאן מקום כלל לקו' מהרש"ל ומהרש"א אמנם נראה דס"ל כדעת האומרי' דל"פ ראב"י וחכמים אלא בטוען עומד הייתי וראיתי דלא פרע כי לא זז ידי מתוך ידו וכדומה אבל באומר כך אמר לי אבא אף ראב"י מודה דמעיז ויש להם ראיה מהא דמשני בשבועה רישא דקתני מנה לאביך בידך והאכלתיו פרס דפטור דהוי משיב אבידה דאיירי בדלא טען ברי וק' אם לא טוען ברי כלל רק שמא מאי ארי' דהוי משיב אבידה הא אין נשבעים על טענת שמא וכן הק' במרדכי פ' הנ"ל ועכצ"ל דלא טען ברי עומד הייתי רק טוען ברי אמר לי ומודה ראב"י דהוי משיב אבידה וצ"ל דאמר לי אבא הוי טענת ברי לזקוק שבועה דאל"כ עדיין ק' מה ארי' דהוי משיב אבידה ת"ל דאין בטענתו ממש להשביע ולפ"ז ס"ל למהרש"א אי הקו' דלתני מודה ר"י בדלא תבעו ואמר מנה לאביך בידי ופרעתי מחצה והלה טוען עומד הייתי דלא פרע אין כאן קו' דהא בזה באמת לראב"י חייב שבועה כדעת רי"ו וא"כ איך לתני מודה ר"י דפטור ואי הקו' דטען אמר לי אבא דאף ראב"י מודה דמעיז וא"כ ליכא כאן שבועה מפני משיב אבידה דהא מעיז אבל לולי כן חייב דטענתו ברי א"כ שפיר תי' המהרש"א דא"כ איך קתני אם יש עדים דמה בכך דעדים מעידי' על הלואה הא יוכל לומר פרעתיך כולו דבבנו מעיז אף לראב"י אם אין טוען עומד הייתי ודברי המהרש"א ברורים ומוכרחים דס"ל בדעת רש"י כרי"ו. ונראה דהרא"ש בגיטין דכתב דהרי"ף דס"ל דר"י לא אתי' כראב"י לפי מסקנא דקיי"ל בבנו מעיז פליגי ס"ל דלא כפי' רש"י דס"ל אף במסקנא איירי בטענו קטן הואיל דהנתינה בגדלות והדבר תמוה דמנ"מ בזה וכמ"ש המהרש"א להדי' דאף לרש"י אין ענין הך דר"י לראב"י ונראה דוודאי הרא"ש ס"ל בטוענו גדול ע"כ איירי בטוען ברי לי מפי אבא ולא עומד הייתי דאל"כ אמאי קרי לי' קטן דבמילתא דאבוה קטן הוא הא בעומד הרי הוא לא בא במילתא דאבוה דהא בעצמו רא' וע"כ דטען רק כך אמר לי אבא ולכך מתואר בתואר קטן הואיל דנשען על מילתא דאבוה ובהכי ניחא להך שיטה דעומד ורא' חכמים מודים למה מוקמינן הך משנה דשבועות נשבעים לקטן ראב"י היא ולא חכמים

בעומד ורואה דא"כ ל"ש במילתא דאבו' קטן הוא וא"כ איך קתני במשנה נשבעים לקטן אך זהו אם הוא באמת גדול אבל לפרש"י דהוא קטן באמת שפיר י"ל עומד ורוא' ונקרא קטן היותו קטן והנה ודאי ס"ל להרא"ש דיש לדמות כהנ"ל אם בבנו מעיז אף במציעה מעיז ויש לחוש שמא לא יחזירנה אבל אם א"מ אף במציא' ל"ל שלא יחזירנה כנ"ל אך אם אמרי' בעומד ורואה לכ"ע אפי' בבנו א"מ ובמציאה איירי בעומד ורואה כמ"ש מהרש"ל והרשב"א דעמד בגגו ורא' מגביה וא"כ א"ש דלרש"י שפיר י"ל דדמי להדדי דאף בבנו ועומד ורוא' מעיז ול"ק למה קתני קטן דהוא באמת קטן משא"כ לדעת התו' קשה למה קרוי קטן ועכצ"ל כהנ"ל דלא מיירי בעומד ורואה רק נסמך על דברי אביו כנ"ל ולא דמי' אבידה כלל להך דבנו מעיז בשום אופן ודוק:

(כאן חסר בדברי רבינו עלה א' וחבל על דאבדין וכדהוינא טלי' וזכיתי לשאוב מים חיים מבאר הקבוע לרבי' של אמו"ז הגאון זצלה"ה שמעתי ממנו מקצת דמקצת והמה חקוק אצלי לזכרון בעלמא אמרתי להעתיקה פה מבלי לאבד מדברי קדשו)

סימן פט

א **אפי'** היה שכרו פרוטה הש"ך סק"ב האריך בסתירת הרמב"ם דבפי"א מהלכות שכירות פ' דאפי' היה שכרו בפרוטה כמ"ש בש"ע כאן ואולם בפ"ג מטוען ונטען הביא דעה זו בשם רבותיו והוא פ' דצ"ל כפירה ב' כסף והדברים סותרים זא"ז ואף אם נדחוק ברמב"ם דלמעשה לא ביקש להורות נגד רבותיו ופ' אפי' בפרוטה ישבע או כמ"ש הגאון ח"צ בתשובה דרמב"ם מודה בשכיר דיטול פרוטה בשבועה רק נחלק עם רבותיו באינך נשבעים ונוטלים דמד"ת היו נוטלים בלי שבועה ובזו ס"ל לרמב"ם דלא החמירו כ"א בכפירה שתי כסף מה נאמר ונדבר בטור דמכריע בריש ס"ז כרמב"ם דבעי כפירה שני כסף בשכיר ודלא כהגאון מר"ץ ובסוף ס"ז כתב כלשון המוזכר בש"ע דאפי' היה שכרו פרוטה והש"ך כתב ליישב ותמצית לשונו שצריך כל מקום הנתבע שיכפור בב' מעין ואם לא כפר תחילה ב' מעין אין הב"ד פוסקים לו שבועה אלא צריך שיכפור ב' מעין ואז פוסקים לו הב"ד שבועה ואח"כ ישבע התובע כתקנת חז"ל ונוטל אף מפרוטה ומעלה עכ"ל והיא ז"ל לרוחב בינתו קיצר במובן וסמך עצמו אמבין כמותו ואולם אנחנו לא נדע כוונתו דאם כופר בשני מעין איך ישבע אח"כ אפי' מפרוטה ומעלה הא הכפירה היה שני כסף ואם מודה אח"כ דמתחילה שקר טען לתבוע שני מעין עד שפסקו עליו הב"ד שבועה כדינו ובאמת אין לו תביעה רק בפ"א ובזו נימא דהואיל דכבר פסקו הב"ד שבועה אף דעכשיו נתגלה דאין לו רק פ"א מ"מ הפסק שבועה עומד במקומו מלבד

דזה דוחק לכוון בלשון הרמב"ם כנראה מדברי הרמב"ם וטור אף גם דברים אלו רחוקים מסברא דכיון דשורש הדין אם אינו תובע רק פרוטה ולא שתי כסף דאין לו דין נשבע ונוטל ולא תקנו חכז"ל בו התקנה א"כ וכי בשביל זה שכיחש בב"ד ותבע יותר מכפי הראוי כאשר פיו ענה בו יועיל ערמתו לישבע אפי' בפ"א אשר לא כדת ותקנות חז"ל ונמצא חוטא טוען שקר בב"ד נשכר ונקי אשר לא נשא לשוא נפשו לטעון שקר בב"ד אבד והפסיד דא"נ ואולי כוונת הש"ך דוודאי כפירה והכחשה ביניהם צריך להיות שתי כסף דומיא דש"ד במ"מ רק על דרך זה כגון השכיר תובע ב' כסף קצצת לי ותן לי אותם והלה מכחישו לא קצצתי לך אלא פ"א ונתתיו וא"כ ע"ז בכפירת הקציצה הבעה"ב נשבע ונפטר וא"כ אין השכיר נשבע ונוטל רק פ"א ובזה אמרי' דמ"מ ישבע כיון דעכ"פ הכפירה והכחשה יש כאן בשני כסף דאף דהוא אינו נוטל רק פ"א בשבועה מ"מ יש כאן כפירה כשיעור הנ"ל משא"כ אם מתחילה ועד סוף אין כאן כפירה והכחשה רק בפ"א ולא בב' כסף בזו ל"ת חז"ל לישבע כי לא תקנו רק דומיא דמ"מ וכעין נדון זו יש למצוא בכל נשבעין ונוטלים כגון נחבל עדים שמעידים על חבורה א' שראוהו שלם קודם הקטטה כדלקמן דבהא הנחבל נשבע ונוטל וחבלה זו אינו עולה יותר רק פ"א אמנם נחבל טוען עוד חבורה א' עשית בי וע"ז אין עדים שנכנס ת"י שלם ואין הנחבל נאמן וא"כ באמת יש כאן כפירה והכחשה ב' כסף כשנצרף שני החבורות אבל לענין נשבע ונוטל אין כאן רק פ"א דעל החבלה שניה א"נ ומ"מ נשבע הואיל ועכ"פ יש כאן כפירת שתי כסף אבל אם מעולם לא נתווכחו רק בחבלה א' שהוא רק שוה פרוטה בזו לא תקנו וכן י"ל בנגזל שראו עדים נכנס ולא היה התביעה רק בפרוטה רק הנגזל טוען עוד נכנס בלי ראית עדים ובצירוף שניהם יש כאן כפירות שתי כסף אבל מ"מ אין הנגזל נשבע ונוטל רק במה שראו עדים נכנס והוא רק שוה פ"א ובאמת יש מקום לסברא זו אבל ק' לכוונו בלשון טהור של הש"ך ואולי כוונתו דמתחילה כפר הבע"ב לשכיר בשני מעין ולבסוף הודה לו הבעל הבית שחייב לו ואינו מכחישו רק בפרוטה ואמרי' הואיל וכפר מתחילה והזקיקו השכיר לידי שבועה יהיה עונשו דאף עכשיו יהיה השכיר נוטל בשבועה אפי' פ"א דאלו מתחילה הודה לו היה נשכר שלא הי' מגיע לשכיר שבועה אבל הוא הואיל וכיחש והב"ד פסקו שבועה לא זזה ממקומה אך זה דוחק גדול כמש"ל ואין לשון הרמב"ם וטור מורי' כן כלל ומה שנ"ל בישוב דברי הרמב"ם הוא כך דוודאי טענת הראב"ד חזקה מה יעשה העני זה שהשכיר עצמו בפרוטה וכי לא חשו חכמים לכדי חייו אלא ס"ל ודאי אם לא היה שכרו רק פ"א ויש כאן הכחשה בפרעון ודאי דנוטל בשבועה כקו' הראב"ד אבל אם שכרו הי' ביותר בשני מעין רק שאינם מחולקים בפחות משני מעין דעל הנשאר

מודים זל"ז הבעה"ב ושכיר בזו כיון דשכירות היה ביותר רק המחלוקה הוא רק בפרוטה אזדא קושית הראב"ד דהרי זה כשארי תובעים ונתבעין דאם אין הכחשה ביניהם בסך שני כסף לא אחשביהו חז"ל לתקן שבועה ואף באלו נשבעים ונוטלים כך כיון דהעסק שביניהם היה ביותר ודבר זה ברור ונכון בסברא והכי דייק למאוד לשון הטור דמתחילה הסכים לרמב"ם ובס"ס זה כ' אפי' היה שכרו פרוטה ישבע ויטול שכרו פרוט' דייק ולא קאמר אפי' תביעתו פרוטה אלא ודאי דלא לפי תביעתו דנין דאם היה שכרו שני כסף ותביעתו רק פ"א אין כאן שבועה כהכרעת הרמב"ם ז"ל אבל בשכרו פרוטה תקנו חז"ל שבועה וכן המחבר בלשונו לשון זהב בש"ע שמר דברי הטור וכ' אפי' היה שכרו פרוטה ובזו י"ל שבועה אבל אם תביעתו רק פ"א ושכרו היה יותר מודה לדברי הרמב"ם וכן יש להור' כמ"ש הב"ח והש"ך כי יש לפסוק כרמב"ם היותו מקיל ובפרט כי הוא רק שבועת התקנה ואין לנו אלא מה שכל המחברים הקדמונים שווי' בו והבו דלא נוסיף עלה לבטל ד"ת ולקח בעליו ולא ישלם:

שוב ראיתי כי ישוב הזה ממש בט"ז בקצת לשון מגומגם.

(סק"ב חסר)

ג **אפי'** היה שכיר תובע את הקטן כן היא הגי' הנכונה ברמב"ם דאפי' היה השוכר קטן ותמה המ"ל מה אפי' אם בגדול דטוען ברי הפקיעו ממון שלו לגבי שכיר שישבע ויטול אין לא נפקיע בקטן ואין זה תימא כ"כ דלפמ"ש עקרוהו רבנן שבועה מבעה"ב ושדי' אשכי' ופירשו דמתחילה היה התקנה על הבעה"ב לישבע ואח"כ שדיה אשכיר אבל אם מתחילה לא היה שבועה על הבעה"ב כלל לא הטילו אותו על השכיר כלל א"כ בקטן מעול' לא חלה שבועה עליו א"כ י"ל דאף על שכיר לא שדי' ולכך קמ"ל דמ"מ עכשיו דתקנו שבועה על השכיר אין הבדל בין השוכר גדול או קטן: ויותר נראה די"ל בשוכר קטן אפילו לאח"ז יהיה השכיר נשבע ונוטל דבגמרא קאמרי כל הטעם דאין נוטל בשבועה לאח"ז משום חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין והך חזקה ל"ש בקטן וא"כ חזר הדין לאח"ז כמו בתוך זמנו ולכך קאמר רמב"ם אפי' דמוסב על למעלה דקאמר דוקא תוך זמנו נוטל בשבועה ועז"ק אפי' בשוכר קטן שוה דינו לגדול וטעמו של דבר באמת עמש"ל בישוב דברי רש"י.

ד **או** עבד עיין אורים שנמשך אחרי הגה' ח"ץ בסי' פ"ז דכ' הא דאמרי' בירושלמי דאין ב"ד מוסרים שבועה לעבד משום דעבד חשוד וא"כ בעבד כשר בר שבועה הוא אלא דלא הבנתי דברי ירושלמי פ' שבועת הדיינים דקאמר יש בשבועת עדות מה שאין בשבוע' פקדון ששבועת עדות נוהג בעבדי' ובשטרות וקרקעות משא"כ בשבועת פקדון

וכו' ושבועת עדות לאו בב"ד וב"ד מוסרי' שבועה לחשוד אלא דעבר ונשבע וק' מה קו' הא במציאות יש בעבד כשר מיהו בלא"ה דברי ירושלמי הלזו תמוה דהא עבד לאו ב"ע הוא ואין כאן שבועת עדות כלל ואם הכוונה שיאמרו עדות על עבדי' למי הם שייכי' מה קו' בית דין מוסרים שבועה לחשוד הא עדים אינם עבדי' וצ"ע:

ה **נשבע** הבע"ב וכו' עיין ש"ך שכ' מדברי הרמב"ם משמע דנשבע היסת וכן דעת הרז"ה וטענו עליהם דהא בירושלמי אמרו דאם שניהם השכיר והשוכר חשודים תליא בפלוגתא דלקמן אם חזרה שבועה למחויב לה או לא ומזה מוכח דאם השכיר לבד חשוד דיש על הבעל הבית שבועה דאם לא כן מה ענין לפלוגתא ששניהם חשודים הא אין על הבעל הבית שבועה כלל ותי' הש"ך דירושלמי סבירא ליה אפי' בשבועה דרבנן אם הוא חשוד שכנגדו נשבע דתקנתא לתקנתא עבדינן מה שאין כן תלמוד שלנו חול' וסבירא ליה תקנתא לתקנתא ל"ע ואין כאן שבועה על בעל הבית ואם כי זה דוחק לעשות מחלוקת בין תלמודים מה דלא מצינו להדי' מ"מ יתכן זה לדעת הרז"ה דס"ל בקציצה דמדכ' דכיר ובעה"ב כופר בכל אין חייב שבועת משנה כלל רק היסת וס"ל דל"ת שבועה כלל על בעה"ב רק על שכיר במקום דטרוד בפועלים משא"כ הקציצה דדכיר וא"כ אף בזו שבועה לבע"ב מהכ"ת ותקנתא לתקנתא ל"ע אבל הרמב"ם דפסק בקציצה שבועת המשנה לבעה"ב משום כדי חייו א"כ הרי דשבועה הי' על הבעה"ב רק הואיל וטרוד שדיוהו אשכיר אבל במקום דדכיר שבועת בעה"ב לא זזה ממקומו א"כ אף בחשוד נימא כן דלא יהיה גרע זה מקציצ' ואצ"ל דירושלמי מחולק עם גמ' שלנו מה דלא מוכרחים לומר. ויותר היה נראה לומר דס"ל לרמב"ם דגבי חשיד ל"ש כדי חייו ואין אנו אחראין לחוש ולעשות לו תקנה ביותר משום שלא ילך בפח נפש ילך בפח הנפש כך ראוי לב"א הרשעים החשודים לעדות ולשבועה בב"ד רק תינח אם הטעם משום כדי חייו אבל אם הטעם משום דטרוד וא"כ ע"י שבועה אפשר דרמי' אנפשיה ומדכר כמו דמדכר לענין בל תלין וע"ש בב"מ ושבועות בתו' ד"ה כי מטא וכו' א"כ אף בחשו' הל"ל דבעה"ב ישבע רק כתבנו לעיל דזהו דאמרי' טרו' בפועלי' הוא רק עליל' בעלמא לחוש למיעוטי והטעם משום כדי חייו אבל בירושלמי לא נזכר כלל טעמ' משום כדי חייו רק הטעם בעה"ב עסקיו מרובי' וא"כ א"ש דלטעם הזה בלבד אף בחשוד עכ"פ ישבע בעה"ב ורמי' אנפשיה לדכור משא"כ לגמרא דידן דכל הטעם משום כדי חייו וכמש"ל א"כ בחשוד לא שייך זה וא"ש ובקטן בלא"ה לא שייך שבועת המשנה דכיון דאין נשבעים על טענתו ולא מחשב כטענת ברי לא תקנו תכמים שבועת המשנה כלל ודי דישבע היסת כן י"ל בישוב דברי הרמב"ם ועם כ"ז דוחק וצ"ע לדינא כי מסתבר להפוסקים בקציצה ישבע

בעה"ב שבועת המשנה אף בזה הדין כן ועוד נראה דס"ל לרמב"ם כמ"ש התו' בד"ה כי מטא כו' בתר תי' דהקשה א"כ דאין בעה"ב עובר בב"ת ורמי' אנפשיה ומדכר א"כ ימתינו לעונם עד מחר ורמי' אנפשיה ותי' דחזקה זו לא סגי עד דאיכא בהדיה חזקה אין שכיר משהא שכרו ובתבעו בזמנו תו ליכא הך חזקה והא דבעינן הנך תרי חזקות משום דבגמ' פריך וכי שכיר עובר משום בל תגזול והוצרך הגמ' לומר הכא תרתי והכא חדא ולפ"ז בחשוד אמרי' מה לנו לשבועה אם היום כופר כשיפנה היום אם באמת חייב רמי' אנפשי' וידכר מבלי לעבור ב"ת וישלם לו ואם הוא פטור יפטר ואי דלא שייך חזקה אין שכיר משהה וכו' היכי בעינן זה היכי דאיכא חזקה אין שכיר עובר בבל תגזל ואצטרוכי תרתי חזקה במקום חדא אבל בחשוד ל"ש הך חזקה דהא חשוד לגזול ולישבע לשקר א"כ די בהך חזקה לחוד דאין בעה"ב עובר בב"ת ובבל תגזל כמ"ש התו' שם וא"צ שבועה וא"כ דייק ליה הרמב"ם דינו מדברי הגמ' כקו' התו' וא"ש ובאמת אני תמה מה שפסקו שעל טענת החשוד הנתבע נשבע היסת הא בגמ' אמרי' דלכך תיקן ר"נ היסת חזקה אין אדם תובע לשקר ואי דאיכא חזקה אין אדם מעיז וכו' אשמוטי קמשמט וזהו אצל אדם שהוא בחזקת כשרות איכא חזקה אין אדם תובע וכו' אבל בחשוד והוא גזלן מפורסם ונשבע לשקר איך נימא ביה הך חזקה וא"כ אזלא טעמו דר"ן והדרן לד"ת וי"ל בדוחק ואולי משום לא פלוג והיה חז"ל משוי' גזרתם. אך היוצא מדברינו הנ"ל הן מטעם ראשון שכתבתי ברמב"ם והן מטעם שני במת שכיר דאין מוריש שבועה לבניו נראה אם יורשים טוענים טענת ברי דלא פרע אפשר הבעה"ב נשבע בנק"ח כמ"ש הב"ח ואף דהש"ך לקמן סי' ק"ח הסכים דאינו רק היסת מדברי הרז"ה הא כתבתי דממנו אין ראיה דהוא ס"ל אף בקצץ אין שבועה בנק"ח אבל לפי הרמב"ם צ"ע.

ו **אבל** אין יורשי השכיר הסמ"ע האריך מדברי הרשב"א וירושלמי דאפי' בעה"ב חי ומת שכיר אין יורשיו נוטלים והש"ך כתב דא"צ לאריכות דמבואר הוא לקמן סי' ק"ח בש"ע דאין יורשים נוטלים בשבועה יפה כתב אלא דשם מיירי הכל מאין מוריש שבועה לבניו והיינו דבעה"ב טען שפר' לשכיר ומת שכיר א"כ אין היורשים יכולים לישבע שלא פרע רק שלא פקדנו וזהו אינו בהך דמדינא אפי' בשבועה אין לו ליטול אבל אם מת שכיר ולא פרע רק אח"כ אמר הבעה"ב דפרע ליורשים ויורשים מכחישו ורוצים לישבע אי נימא דמ"ש אביהם ומ"ש הם הא שבועה של אביהם הם יכולים לעשות ג"כ וזהו יש קצת ספק ואולם מדברי הירושלמי דקאמר שתקנו בשכיר ולא ביורשים מורה דלא היה תקנה כלל על יורשיה א"כ אף בזו לא תקנו רק לשכיר שטרח ועמל חשו שיראה שכר

בעמלו ולא על יורשיו ולכך קאמר הירושלמי דלא תקנו הך תקנה כלל בבנו ואולי לזה נתכוון הסמ"ע והאריך בשביל שנתחדש בו מה שלא נזכר לקמן ודוק.

ז **ביש** עדים ששכרו וכו' ואם היו עדים ששכרו והלכו למד"ה והשוכר מודה שהיה הכל בעדים נראה פשוט וכן משמע בכללי מגו דזה לא הוי מגו כלל דירא לומר דלא שכרו דלמחר יבאו עדים ויכחישו ולכן נח לו לומר דפרע ואין איש שיענה בפניו כחשו וזה פשוט וכן מורה הלשון שכרו בעדים ול"ק דעדי' מעידים כן אך יש להבין בתו' בב"מ דף קי"ב הנ"ל ד"ה קציצה דהקשו מה פריך הגמ' דלמא גם קציצה לא דכיר רק מיירי ששכרו שלא בעדים דאי בעדים נחזי מה קאמרי ותי' חדא ודאי דומיא דרישא דקתני דעל פרעון שכיר נשבע דע"כ איירי בשכרו בעדים דאל"כ יש לו מגו וגם הך קציצה גופיה אי נימא דיהיה מיירי בשכרו שלא בעדים מה איריא דנקט דמחולקים בקציצה לתני דמחולקים בפרעון וק' דילמא איירי בשכרו בעדים ומסתמא עדים ידעו הקציצה כקושי' התו' וכדאמרינן בגמ' דב"ב רק העדים אינם כאן והלכו למד"ה ולכך במחולקי' בפרעון אין לבעה"ב מגו דהיה אומר דלא שכרו דירא דהעדים יבאו ויכחישוהו כמ"ש משא"כ בקציצה באומר שקצץ רק אחת נאמן במגו דהיה מכחישו ואמר דלא שכרו ואי דירא דיבאו העדים ויכחישו בממ"נ הא עדים יודעים מקציצה וא"כ בממ"נ אם אומר אמת תבא עליו ברכה ומה לו לשכיר ואי אומר שקר עדיין יבאו העדים ויכחישו ולכך נאמן במגו וקושית התוספת במקומו וצ"ע לכאורה:

ומה שנראה בישובו הוא דבלא"ה יש להבין במ"ש הרמב"ם והש"ע בשכרו שלא בעדים דנאמן במגו תינח בכופר הכל אבל במ"מ הא הרי מגו דמודה מקצת לכופר הכל כמ"ש הטור ואף דנדחה זה מכמה טעמים כמש"ל מ"מ בשכרו בע"א ג"כ נאמן אפי' בני שבועה וזה רחוק להבין מה מגו יש אלו טען שלא שכרו היה צריך להכחיש העד בשבועה ועכשיו נפטור אותו בלי שבועה ואדרבא אפי' בשבועה לא היה ראוי להיות נאמן דנח לו לישבע במה שאין העד יודע בשקרו משיטעון טענה מס שהעד יודע דנשבע לשקר ולמחר יצטרפו השכיר והעד ויפסלו אותו לעדות ולשבועה כמ"ש התו' גבי נסכא דר"א בב"ב ולכן צ"ל דס"ל לרמב"ם ג"כ מה דהקשו לפי הך דינא משמע דאי אתה מוצא שבועת שומרים רק במפקיד בשטר וזה לא קים לדינא ועיין בראש וור"ן מה שטרחו בישובו לחלק בין מגו לגרע כח תקנה או לגרע ש"ד ע"ש. וס"ל לרמב"ם כוונה אחרת והוא דקשיא ליה קושית התו' אם בעה"ב טרוד בפועליו וטועה עצמו מה מגו דלא שכרתיו יש הא אינו רוצה לשקר ובאמנה דיבר האיש ההוא. ותי' תו' דחוק למאוד כנודע כי רחוק להבין ממש אמנם כבר כתבנו דעת הר"י מגא"ש דזה דבעה"ב טרוד בפועלים הוא רק

עילה מצאו לחוש למיעוטא כי רוב בעה"ב יודעים וזוכרים הדבר על בוריה רק משום חיי שכיר שלא ילך בפח נפש עילה מצאו לחוש למיעוטא ולפ"ז דכל התקנה היה משום כדי חייו ה"מ בשכרו בעדים השכיר לא האמין לבעה"ב וא"כ חסו חכמים עליו. אבל בשכרו שלא בעדים א"כ השכיר האמין לבעה"ב דאם ירצה יכפור בו הכל ומה יהנהו ומה יועילו חז"ל בתקנתן אם יכחישו מכל וכל הרי לא חס על חייו והאמין לבעה"ב ואליו נשא לנפשו אם יכפור בו או לא וא"כ דהוא לא חס על עצמו והאמין לבעה"ב אנן איך נחוס וחזר הדבר לשורת הדין דרוב בעה"ב יודעים והאמת אתו כשאר טוען ונטען וא"כ לא קשה מגו מה יש הא אין רוצה לשקר דאנן לאו מתורת מגו אתינן עלי' רק דבזה בטלה התקנה הואיל והוא על עצמו לא חס וגם מע"א לק"מ דמה בכך דלית ליה מגו מ"מ מתחילה האמין לבעה"ב דאם ירצה להכחיש העד הלא רשות בידו ואיך האמין לבעה"ב על שבועת ואולי ימות לא יגבה כלום מיורשים משא"כ אלו שכרו בעדים אף מיורשים גובה כמבואר בש"ע. ולכך ליכא תקנה כי אם בעדים דוקא. ומעתה לא ק' מש"ש כלל דאין הטעם משום מגו דהוי מגו לפטור משבועה רק כאן הטעם כמ"ש דלא תקנו באופן הזה רק רמב"ח אמר כמה מעלי' הא שמעת' ואלו טעמו כמו שכתבתי הוא דבר דתליא בסברא וכגון דא צריך רב גוברי' דרב ושמואל דהא יש מקום לבע"ד לחלוק מה יעשה פועל העני הלזה אולי לא היה בנמצא עדים בעת השכירה ואין לו פנאי להדר בתר עדים. וע"כ דס"ל מתור' מגו נאמן דזהו הדין ידוע לכל אדם דמגו דאורייתא ושפיר קאמר ש"ש איך משכחת ליה וכמ"ש הרא"ש והר"ן אבל באמת אנן לא מתורת מגו אמרינן למילתא דרב ושמואל רק מטעם הנ"ל ולא קשה מש"ש כלל דהוי מגו לפטור משבועה או מגו דהעזה וא"צ לשטר ונראה דגם התוס' בב"מ ס"ל כן כמש"ל דס"ל כסברת הר"י מיגאש (ואפשר גם תו' בשבועות והא דהקשו מה מגו יש הא אין רוצה לשקר היינו לרמב"ח דס"ל משום מגו ולכך אמר כמה מעלי' כמש"ל אליביה הקשו הא לא שייך מגו דאין רוצה לשקר) וא"כ שפיר תי' דל"ל דגם בקציצה תקנו חז"ל רק דמיירי דשכרו שלא בעדים דא"כ בפרעון נמי ול"ל דאיירי דבאמת שכרו ועדים אינם כאן א"כ לס"ד דקציצה ג"כ תקנת חכמים עדיין ישבע שכיר דהא מגו ליכא כמ"ש דאין רוצה לשקר רק הואיל ושכיר לא חס והאמין לבעה"ב וזהו בשכרו שלא בעדים כלל אבל אם באמת היו עדים במעמד השכירה והלכו להם מה יעשה העני הלזה וכי יאסרם בזיקים מבלי צאת ועדיין הל"ל דנשבע ונוטל וא"ש. ובהך מיושב קו' שניה ג"כ מה שיש בתוס' דתי' דע"כ צ"ל קציצה מדכר דכיר דע"כ איירי דאיכא עדים ושכחו קציצה דאל"כ אדמחלק בקציצה לימא ג"כ בפרעון דבעה"ב נאמן וקשה השתא נמי נימא אדתני והלה אומר לא קצצתי לך

אלא אחת בעה"ב נאמן נימא בפרעון במודה דקצץ לו שתי' רק טוען דפרע אחת והשכיר תובע שניהם בעה"ב נאמן במגו דלא קצץ לו אלא אחת כמ"ש מהרש"א. וזהו רבותא טפי. ולפמ"ש ניחא דהשתא דאיירי בעדים ושכחו הקציצה אם הבעה"ב מחולק בפרעון אף דאית ליה מגו דלא קצץ אינו נאמן דאנן אמרינן טרוד בפועלים ואין רצונו לשקר והשכיר הא עשה כשורה דהיה משכיר עצמו בעדים ומה יעשה דעדים שכחו הקציצה וא"כ כיון דלא שייך על עצמו חס חזר הדבר לכמש"ל דתקנת חז"ל במקומו ולא מהני מגו וא"ש ודוק. ובזה יובנו דברי התו' ב"ב דף מ"ו ד"ה אלא וכו' דהקשו בהך ברייתא דקתני אליבא דר' יהודא אומן אומר שתים קצצת והלה אומר אחד כל זמן שהטלית ביד אומן על הבעה"ב להביא ראיה נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו הממע"ה ומוקמי שם רבא דמיירי דליכא עדים דאי איכא עדים לחזי מה קאמרי ולכך נאמן בטליתו בידו במגו דלקוח והקשו התו' אי ליכא עדים איך קתני בזמנו נשבע ונוטל הא אמרינן בריש כל הנשבעין בשכרו שלא בעדים נאמן מתוך שיכול לומר לא שכרתיך וכתבו ואולי דלק"מ חדא דפלוגתא היא התם וכו' עכ"ל. ואשתומם על המראה דנראה מדברי ר"י דרבא אמר מה מעליא ש"ש דכתב רחמנא וכו' יהיה חולק אמילתא דרב ושמואל וסבירא ליה אפילו שכרו שלא בעדים נשבע ונוטל ודבר זה לא נמצא בשום מחבר מפורש ופוסק דרבא יחלוק ארב ושמואל וא"כ הלכה כרבא וזה אינו דכולם הסכימו להך דרב ושמואל מבלי חולק וכבר פירשו פי' רבי' במילתא מה מעלי' הא שמעת' וכו' אבל אין פותר דרבא יחלוק ארב ושמואל והדבר צ"ע אמנם לפי הנ"ל ניחא דסבירא ליה לר"י כמ"ש דבהא נחלקו רמב"ח ורבא בטעם של רב ושמואל דאמר ל"ש אלא דשכרו בעדים אי הטעם משום מגו ולכך אמר רמב"ח כמה מעלי' וכו' או הטעם כמש"ל דהואיל דהאמין לבהע"ב ולא דמי כלל לש"ש. והנה לכאורה אין מקום לקו' התו' שם די"ל באמת היו עדים במעמד השכירה רק הלכו להם כדאמרינן אי דאיכא עדים או דליכא דהיינו הלכו להם ולכך נאמן כך וכך קצץ לי במגו דלקוח דל"ל דחושש דיבאו עדים ויכחישו דאף בקציצה יכחישו דהא אמרינן ונחזי מה קאמרי. ולכך נאמן לכן בזמנו נשבע ונוטל ולא ק' הא יש לו מגו דלא שכר ואי דחושש מעדים הא אף בקציצה יכחישהו דהא אנן לאו מתורת מגו אתינן עליו דאמרינן דאין רוצה לשקר. רק הואיל והאמין לבעה"ב ובזה בהיו עדים בתחילתו עשה את שלו ולק"מ אך אם אמרינן מטעם מגו שפיר ק' דהא יש לו מגו כמ"ש וזה קושי' התו' לרמב"ח הטעם משום מגו כמבואר דדימו אותו לש"ש א"כ הך ברייתא איך יתוקמ' וע"ז תי' התו' שפיר דפלוגתא איכא שם והיינו כמ"ש לרבא אין טעם רב ושמואל כלל משום מגו ולא ק' הנ"ל ורבא דאמר למילתא שם בב"ב ורבא לשיטתו ולק"מ ודברי התו'

ברורים וח"ו לומר דיש במלתא דרב ושמואל מחלוקת וא"ש ובזה דס"ל לתו' דפליגי רמב"ח ורבא מיושבי' דברי התו' בכתובות דף פ"ז ד"ה אמר רבא דהקשה הרשב"א הא דקאמר רבא על רמב"ח דחשב דשבועת פוגמת הוה ליה שבועה של תורה שתי תשובות בדבר למה לא אמר עוד תשובה שלישית דהא יש לה מגו דכופר בכל ואשמוטי קמשמט לא שייך הכא והקשה המהרש"ל הא תו' העלה בדיבור שאח"ז דכאן לא שייך מגו דאין רצונה לטעון שקר רק דלא דייקה כלל. והיא טועה במחשבתה ולפי הנ"ל א"ש דהתו' שם הקשו איך אמרינן במקום דלא דייקי לא שייך מגו אם כן בשכיר איך אמרינן מגו הא בעה"ב טרוד ולפמ"ש לרבא לק"מ דאיהו פליג ארמב"ח כמ"ש התו' בב"ב וסבירא ליה באמת שם אין הטעם משום מגו. ואם כן רבא דמשני דפרע דייק א"ש. ולק"מ מהך דשכיר אבל רמי בר חמא דס"ל טעמא דרב ושמואל משום מגו ש"מ דסבירא ליה אפילו בכה"ג אמרינן מגו א"כ קו' רשב"א שפיר דלשיטתו הרי כאן עוד תשובה דהא יש לה מגו דכופר הכל ואשמוטי לא שייך ומגו אמרינן ודוק היטב. כי בזה מיושבי' תמיהות הרבה:

ח **ושעשה** עמו מלאכה ודאי עדי שכירה לבד אין מספיקין דאולי לא עשה מלאכה ועדיין יש לו מגו וכן כתב הסמ"ע אבל ביש לו עדי מלאכה הא חייב בעה"ב לשלם לו שכרו כמבואר לקמן סי' רס"ד סעי' ד' בשם הר"ן והוא דברי רשב"א דהעושה מלאכה בשל חבירו אינו יכול לומר בחנם עשית ע"ש וא"כ למה לו עדי שכירה וצ"ל דודאי לתת לו בפחות שבשכירות הנהוג באותו מקום פשיטא דא"צ לעדי שכירות רק בכל גווני מיירי דרוצה ליתן לו הפחות שבשכירות או דזה מודה דכבר נתן לו ואינם מחולקים רק ביותר שקצץ לו דינר יותר וא"כ לולי עדי השכירות היה לו מגו דלא שכרו ואין לו רק הפחות שבשכירות וזה אינם מחולקים ולכך בעי עדי שכירה מעידים כמה קצץ ותו לית ליה מגו כלל. ולכך הטור דס"ל במ"מ בלא"ה ליכא מגו לא הזכיר הך דבעינן תרתי:

איברא צ"ע בתו' ב"מ ד"ה קציצה דתי' על קו' דלמא איירי דשכרו שלא בעדים דאי בעדים לחזי מה קאמרי וה"ל מגו ותי' דדומיא דרישא באמר שכרתיך ונתתי לך שכרך דנשבע ונוטל דע"כ איירי בשכרו בעדים ועוד תי' דמה איריא קציצה אפי' פרעון נמי וק' דודאי ליכא עדי שכירה כמ"ש דלחזי מה קאמרי אבל עדי מלאכה יש ולכך באומר פרעתי כל שכרך לית לית מגו דהא ישנו עדי מלאכה ועכ"פ חייב לפרוע הפחות שבשוכרים. אבל באומר אחת קצצתי לך דע"כ כך הוא הפחות שבשוכרים דבפחות מזה לאו כל כמיני' כמ"ש הר"נ להדיא. וא"כ יש לו מגו דלא שכרתיך ומעצמך עשית מלאכה ואין לך אלא הפחות שבשוכרים מיהו קו' זו יש לדחות די"ל אדרבא מזה סיוע קצת דקשה דמה חידש תו' בתי' השני דה"ל לומר בפרעון דהא הוא התי' ראשון דרישא מיירי

בפרעון וקאמר בפירוש דאינו נאמן ואיך שייך דהל"ל בפרעון הא אמר להדיא בפרעון וקאמר הפוכו דאין נאמן ותי' ראשון מדויק יותר משני. ולכך י"ל דודאי לכאורה אין מקום לתי' ראשון כמ"ש דיש כאן עדי מלאכה רק תו' ס"ל הואיל וסתם נאמר שכרתיך ונתתי לך שכרך משמע אפילו אינם מחולקים בכל השכירות שמודה שכיר דקיבל החצי רק מחולקים בחצי השני מ"מ נשבע ונוטל הא ע"ז יש לו מגו דלא שכרתיך ובמלאכה שעשית די במה שאתה מודה שכבר פרעתיך וע"כ צ"ל דישנו עדי שכירות ואי דהוה ליה מגו דקציצה דלא קצץ יותר זה אינו דאין זה מגו טוב דכי ידע הוא דשכחו עדים הקציצה ומירתת וא"כ אף במחולקים בקציצה לית לי' מגו כמ"ש דמירתת ובתי' השני לא נח לי' לתו' לומר זה דאולי באמת הא דקתני רישא נתתי לך כל שכרך והלה אומר לא קבלתי פי' כלום אפילו פ"א לא ואין לו מגו כמ"ש ולכך תי' דבהא דאמר אבל אמר א' קצצתי לך והלה אמר שתי' ה"ל לפלוג בדידה דבאומר פרעתיך כולו והלה מודה בחצי דנאמן במגו דאמר לא שכרתיך רק מעצמך עשית מלאכה ואין לך רק הפחות וזהו כבר קבלת כפי הודאתך ולמה קתני בקציצה וא"ש תי' השני ואין זה כפי מ"ש בראשון ואולי סבירא ליה לתו' כי תקנו חכמים שישבע שכיר ויטול אם שכרו אבל אם מעצמו עשה מלאכה אף דחייב בעה"ב לפרוע כדלקמן סי' רס"ד מ"מ תקנת חכמים ליכא גבי' והממע"ה וא"כ עדיין יש לו מגו דהיה אומר לא שכרתיך ומה שעשית מלאכה פרעתיך והיה הממע"ה אך זהו דוחק דהא נתנו הר"נ הטעם דלכך אי' ליה מגו דל"ש דנח ליה לטעון טענה דאין חושדין אותו לשקרן משטוען פרעון דידעו דטרוד בפועלי' ולפי הנ"ל עדיין יטעון פרעתי והיינו הך ואולי בזה הסברא מחולקים שני תי' התו' דבתי' הראשון סבירא ליה מה שכתבתי ולכך הביאו ראיה מרישא ובתי' השני לא סבירא ליה הך מגו כמו שכתבתי ואם כן אין מרישא ראיה לכך הביאו מסיפא דלפלוג בדיד' על כל פנים נראה זה נכון דבלי שכרו כלל רק מעצמו עשה מלאכה אף דיש לו שכרו מ"מ בזה אפשר לא תקנו חכמים דישבע ויטול כיון דירד שלא ברשות וצ"ע. אך עם כל זה התי' השלישי של תו' דהוה מגו דמ"מ לכופר הכל ל"א זהו צ"ע דנימא כמ"ש דישנו עדי מלאכה וא"כ יש לו מגו דלא שכרתיך ואין לך אלא הפחות שהוא הדינר שאמר שקצץ אבל לא יותר ומ"מ לא הוה כופר הכל דמכל מקום בדינר זה שמודה לו בו היה מודה אז נמי ותי' זה צ"ע. ומה שנראה בישובו הוא דאפשר דס"ל לתו' כדעת המפורשים ופוסקים דתובעו בשטר שא"י לכפור אפילו אין בו שעבוד נכסים מ"מ ה"ל הילך וצ"ל דאפילו אם יכפור הא מחויב לישבע אם יטעון השב' לי מ"מ הואיל בלי הודאתו עכ"פ גובה בשבועה תו ה"ל הילך וא"כ אף בזו ביש עדי מלאכה מה שצריך לשלם כפי הפחות ודאי צריך לשלם

ואם יטעון פרעתי הרי נאמן בשבועה וה"ל א"י לכפור כמו בשטר וה"ל הילך ולפ"ז בהא דקתני אומן אומר וכו' אחת קצצתי לך לא ימלט דאמר פרוטה אחת יותר מכפי מנהג הפחות שבעיר וכן מורה הלשון אחת קצצתי לך ואם הוא תכלית הפחות לא הל"ל אחת וכו' רק סתם לא קצצתי לך ואין לך אלא הפחות. אלא דמוסיף כל שהוא פ"א וא"כ אין כאן מגו דהיה אומר לא שכרתיך ואין לך רק כפי הפחות שבעיר זה א"י לכפור דה"ל הילך ודינו ככופר בכל ומגו ממ"מ לכ"ה ל"א דמה שהוא הילך ה"ל ככופר בכל כמ"ש התו' בכמה דוכתי ב"מ דף ד' וב"ק דף ק"ו ע"ש וא"כ יש ראיה מתו' לדברי האומרים דכה"ג ה"ל הילך ועוד אכתוב מזה וצ"ע:

ט **ואם** הודה מקצת וכו' הא דיש לו במ"מ מגו דלא שכרתיך דהוה מגו ממ"מ לכופר הכל ומ"ש מהרש"א וכנה"ג דיכול לומר כך קצצתי עמך ולסברתם ה"ה בדלית ליה עדי מלאכה די"ל בסך כזה שהודה בו עשית אתי מלאכה אך ניחא אם הדבר כך אבל הפוסקים סתמו ואם ישנו עדי מלאכה והוא אומר רק פ"א אני חייב לך ומה מגו דקציצה יש כאן הא אין נאמן לומר על מלאכה מרובה וכבידה ששכרו בפרוטה כמ"ש הר"נ שאין נאמן אלא בדרך שבני עיר נוהגים לכל הפחות לקצוץ. ולומר לא עשית עמי מלאכה רק ש"פ א"א דישנו עדים. וצ"ל או כפי מש"ל באריכות דאין הטעם משום מגו רק בכה"ג לא תקנו חז"ל הואיל ושכיר בעצמו מאמין וכפי מש"ל בזה או דזה דל"א מגו ממ"מ לכ"ה הטעם או דה"ל מגו לפטור משבועה או דה"ל מגו דהעזה וזהו ל"א בשבועה אבל בממון אמרינן מגו דהעזה וכאן ה"ל לגבי בעה"ב ממון דהוא צריך לשלם לשכיר ומה נ"מ לבעה"ב בשבועה של שכיר ואמרי' גבי' מגו דהעזה ומכ"ש דלא שייך מגו לפטור משבועה דשם הטעם דאמרינן מה נ"מ לך אם הנכון אתך צא והשבע אבל כאן הבעה"ב צווח ככרוכיא לא אפסיד מעותי ופשוט. אלא דיש לדקדק לשיטה זו הא דתניא בשבועות דף מ"ו בברייתא דר' יהודא אימתי בזמן שאמר תן לי שכרי חמשים דינרים והוא אומר התקבלת דינר זהב או שאמר שתים קצצת לי והוא אומר אחת אבל אם אמר לא שכרתיך או נתתי לך כל שכרך הממע"ה וק' בממ"נ אי איכא עדי שכירה היאך יכול לומר לא שכרתיך ואי ליכא עדים אף בהא נאמן הבעה"ב בשטוען פרעתיך או לא קצצתי לך רק א' במגו. וראמת היה עולה ברוחי דאף האומרים כן לא אמרו אלא לפי דקי"ל כת"ק אבל לא לר' יהודה ואין זה פלוגתא חדשה דהא ר"י ס"ל באומר פרעתי הכל אין שבועה רק במ"מ ואם נאמר דיש לו מגו ממ"מ לכ"ה אם כן בטלה תקנת חז"ל ולשוא עמלו בונים בתקנתם וע"כ כך נכרת ברית התקנה דלא יועיל לו מגו ותמיד במ"מ ישבע השכיר ויטול וא"כ אף בלא שכרו בעדי' מגו לומר ל"ש הוי ממ"מ לכ"ה וזהו ל"א לר"י כלל וא"ש דהך ברייתא

ר"י הוא. ובזה היה ניחא לן דברי התו' שם ד"ה לא קצצת וכו' דדייקי דע"כ איירי דלא פרע אחת שאומר שקצץ דהא מוקמינן ליה כר"י והקשו התו' בעבר זמנו אמאי הממע"ה הא ליכא חזקה דבל תלין ושכיר אין משהה שכרו דהרי עבר ושהה עכ"ל ויש להבין למה לא הקשו כן אמשנה דקתני עבר זמנו הממע"ה וסתמא קתני דאפי' במודה מקצת ועוד אלו מ"מ אף לאחר זמן נשבע שכיר ה"ל לפלוג בדידי' באחר זמנו בין כופר הכל למ"מ ופשוט דסתמא דמשנה וכן הברייתא בכל גווני איירי ובפרט המשנה דקתני עדים שתבעו אם יש וכו' ה"ל להודיע יותר רבותא דאפי' במ"מ אמרינן דנשבע ונוטל מכ"ש בתבעו דאין כאן חזקה דמשהה ומה להם להתו' טורח זה תחילה לומר דאיירי במ"מ לר"י אבל לפי הנ"ל ניחא דאם אמרינן מגו ממ"מ לכ"ה כמ"ש התוס' להדיא שם בחד תי' ובמקום דאית ליה לבעה"ב מגו נאמן ואין שכיר נשבע ונוטל א"כ אין מקום לקושית התו' לאחר זמנו במ"מ מ"ט פטור וכו' דהא אלו כופר הכל היה פטור מדין דאיכא כאן תרי חזקות רק הוא הודה מקצת א"כ ה"ל מגו דהיה כופר הכל ופטור משבועה כמו מגו דלא שכרתיך ואין מקום לקו' התו' ולכך טרחו התו' להעמיד ברייתא תחלה כר' יהודה ולשיטתו יפה הקשו דהא ר"י לא ס"ל הך מגו ממ"מ לכ"ה ואפי' מגו דלא שכרתיך ל"ל ושפיר ק' הרי שהה ועבר וא"ש ודו"ק. וגם ארווח לן דברי התו' ב"מ דף הנ"ל ד"ה השתא וכו' דהקשו במ"מ אמאי שכיר נשבע ישבע בעה"ב דרמיה נפשו לדכור לבל ישבע לשקר כמו דלא יעבור בב"ת ונתקשה המהרש"א דלמה נקטו בלשונם מודה מקצת ולא כופר בכל דג"כ ישבע ויפטור וע"ש שתי' בלתי מובן כלל שתי' דחמירא לי' שבועת התורה מדרבנן והוא טעות כי כיון דמיירי כאן משבועת המשנה דהוא בנק"ח לדעת תו' א"כ מ"ש דנשבע בנק"ח בשביל דחייבתו התורה או דנשבע בנק"ח בשביל דחייבו רבנן חומר שבועת שקר בשניהם שוה בלי הבדל כלל. ולפי הנ"ל נר' נכון די"ל נכאורה אין מקום לקו' התו' דהא התו' כתבו דלכך חייבהו רבנן ליתן לפועל משום דחשבהו בודאי שוכח הא אי היה ספק שוכח לא היו מוציאין ממון ור' יהודה ס"ל ספק שוכח ולכך ס"ל לר"י דוקא במ"מ ע"ש ד"ה וניתב וכו'. ולפ"ז י"ל בודאי אין השכל גוזר שהיום ודאי שוכח ולמחר יהיה ודאי זוכר כולי האי ל"א דרמי' נפשי' ומדכר רק נחית חד דרגא שע"י דרמי' נפשי' מלאו דל"ת הרי הוא בכלל ספק שוכח וא"כ אין לו לשלם בכופר הכל כמ"ש ר' יהודה וכיון דבכופר הכל לאחר זמן פטור אף במ"מ פטור אף דשורת הדין דשם אפילו בספק שוכח ה"ל להתחייב כמו לר"י משום דיש לו מגו דכופר בכל כמו מגו דלא שכרתיך וא"כ לא ק' דיפטיר בו ביום בשבועה הא אנן אמרינן דע"י דרמי' נפשיה ה"ל ספק שוכח ואיך נמסור לו שבועה מה דאנן מסופקינן ואולי שוכח וח"ו ישבע לשוא

נפשו ואין כאן קושיא אך לר' יהודה אלו ס"ל דהוי ספק שוכח א"כ ק' במ"מ לאחר זמנו למה הממע"ה ול"ל מגו דכ"ה הא ר"י לית ליה מגו וע"כ צ"ל דגם לר' יהודה נחתינן חד דרגא דר"י ס"ל תמיד לא הוי רק ספק שוכח וא"כ כד רמיה עליו לאו ב"ת מדכר והוי ודאי זוכר. ולפ"ז לר"י שפיר ק' ה"ל לישבע דרמי' אנפשיה עונש שבועה כמו לאו ב"ת וא"ש דכל הקו' לר"י ור"י ס"ל דוקא מ"מ ובכופר הכל אין כאן תקנה כלל ודברי התו' מדוקדקים. אך אף דכל זה ניחא אבל קשה דברי התו' בב"ב דף מ"ו ד"ה אלא וכו' דהקשו בברייתא דאומן אומר שתי' קצצת וכו' דמוקי שם הגמ' דליכא עדים והקשה התו' איך קתני נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל הא יש מגו דל"ש ומה קושי' הא לר' יהודה ל"א מגו והך ברייתא ר"י הוא ודוחק לומר דהתו' בתי' האחד דל"א מגו דמ"מ לכופר הכל כוונו לזה ולא אמרו רק לר"י דאין לשונם שם מורה על כך. רק תי' כן לד"ה דס"ל בחד תי' כדעת הטור בשם ר"י וכמ"ש בב"מ ושבועות. וצ"ל דס"ל לתו' דהך מילתא דרב ושמואל לכ"ע נאמר ואי ק' מש"ל א"כ תמיד יש לו מגו לר"י לומר הכל פרעתי הא לא קשי' דהר"ן מפרש כמש"ל דלכך אמרינן מגו אף דאין כוונתו לשקר במזיד רק שוכח דמ"מ ה"ל לומר טענה שלא יספקו בו ב"ד וכמש"ל וזהו באמרו ל"ש אבל אם יאמר הכל פרעתיד קו' התו' והר"ן במקומו דאין רוצה לשקר ואף דטען פרע כולו ג"כ נראה לב"ד למשקר כי טרוד וא"כ לא ה"ל מגו אבל ל"ש אף לר' יהודה ה"ל מגו. אך א"כ הקושי' הנ"ל במקומו דקארי ליה מה קארי ליה הא בברייתא מפורש לר"י אפי' דה"ל מגו לא שכרתיך מ"מ ס"ל לר"י במחולק בקציצה ובפרעון ומ"מ ישבע שכיר ויטול. וצ"ל דהתו' בב"ב ס"ל לדעת האומר דאם יש ע"א ששכרו ג"כ לית ליה מגו דל"ש דה"ל מגו להכחיש עד וא"כ הברייתא דר' יהודה בשבועות י"ל דאיירי ביש ע"א דשכרו ולכך במחולקים בקציצה מגו ליכא דאין רוצה להכחיש העד והעד שוכח הקציצה כמ"ש התו' שם בשבועות אבל באומר ל"ש הרי נאמן להכחיש העד והממע"ה ובאמת בדיש ע"א ישבע ולצדדין קתני כדמשני שם וכמו שאכתוב לקמן. אבל בב"ב דלא ס"ל לגמ' דיש עדים ושכחו הקציצה שפיר הקשו דה"ל מגו דל"ש ואי דיש ע"א נחזי מה קאמר בקציצה ואי דמכחישו א"כ אף גוף שכירות יכול להכחישו וה"ל מגו. ואי דמסייעו ה"ל עד המסייע אמאי ישבע עיין מש"ל בזה באריכות ודוק:

י **ישבע** שבועת התורה והטור כ' בשם ר"י דבמ"מ אפילו ליכא עדי שכירה מ"מ נשבע שכיר ונוטל דלית ליה מגו דל"ש דהוי מגו ממ"מ לכופר בכל ותמהו על הטור דאיך סתם באומר דינר אחד פרעתי והוא אומר לא פרעתני דהא יש לו מגו דלא קצצתי לך אלא דינר אם הכחשה הוא כפי ערך שיכול לומר שבכך שכרו שהוא הפחו' הנהוג בעיר וכמש"ל

ואיך סתמו דלעולם ישבע ויטול ועיין מהרש"א וכ"כ כנה"ג וגם יש לפקפק עליו הא אין זה מגו דהעזה לגבי שבועה כי אם לגבי ממון דזה מפסיד מעותיו וכמש"ל וכ"כ הש"ך ולגבי ממון אמרינן בכמה דוכתי מגו דהעזה ועיין מש"ל ומ"ש בכללי מגו:

ובאמת לכאורה חשבתי דלק"מ והוא דס"ל לר"י בעל התו' כמ"ש התו' שם שבועות ד"ה וניתב וכו' דנרבנן הוי ודאי שוכח ולכך אפי' כופר הכל נשבע ונוטל ולר' יהודה ספק שוכח ולכך אין נשבע ונוטל רק מ"מ ויש לתמוה הא בסוף הסוגיא קאמר רבא דר"י וחכמים פליגי אי עבדי בדרבנן תקנתא לתקנתא או לא ואם כן ק' בממ"נ אם אמרי' דאף דהוא ודאי שוכח מ"מ אי לא עבדי בדרבנן תקנתא לתקנתא אין מהדין לישבע וליטול בכ"ה אם כן מנלן דר"י ס"ל ספק שוכח דהא ס"ל תקנתא לתקנת ל"ע ואי אמרי' דאי ודאי שוכח אף דלא עבדינן תקנתא לתקנתא מ"מ ישבע ויטול א"כ מנלן דרבנן ס"ל דעבדינן תקנתא לתקנתא הא רבנן ס"ל ודאי שוכח לכן היה נראה דס"ל לתו' דמה קו' לקמן השתא היכי דמחמירו רבנן מיקל ר"י היכי דמקילו רבנן בקציצה האיך יחמיר ר"י מה ענין זה לזה ר"י ס"ל דלא תקנו חכמים רק במקום ש"ד וכי בשביל כך לא יסבור דגם קציצה שוכח הבעה"ב וכן בתי' רבא דתי' דרבנן ס"ל עבדינן תקנתא לתקנתא ור"י לא ס"ל כך עדיין ק' השתא היכי דמחמירו רבנן וס"ל דעבדינן תקנתא וכו' ועכצ"ל דבשביל כך לא יחויב דלא יסבור ר"י קציצה שוכח כמו בפרעון וא"כ עדיין כל תי' של רבא מיותר רק ה"ל לשנות דנחלקו אי מדכר דכיר או לא ולכן נר' לתו' דבס"ד ס"ל דבהא פליגי ר"י ורבנן אי ודאי שוכח או ספק כמ"ש התו' דבהך פליגי ואם כן קו' הגמרא השתא רבנן משויה לי' לטרדות של בעה"ב כ"כ עצום עד שלרב טרדותיו שוכח ודאי ומ"מ סבירא להו עם כל זה אין הטרדות כדאי שישכח הקציצה ולר' יהודה דאין כ"כ גדול כח של הטרדה ואין ודאי שוכח ולרב פעמים זוכר יסבור שכ"כ גבר כחו של הטרדה דאפילו קציצה ישכח והוא מהיפוך להיפוך ולזה בא רבא ואמר אלא וכו' והיינו דחזר מהנ"ל דמשני לעיל דלכך יהבין ליה בשבועה להפיס דעתו של בעה"ב ולולי כך היה נוטל בלי שבועה דהוא לרבנן ודאי שוכח דזה אינו דאף לרבנן ספק שוכח ואדרבא לרבנן אין כ"כ טרדותיו גדולים כמו לר"י ולכך לרבנן קציצה מידכר דכיר ולא לר' יהודה ופליגי רק אי עבדינן בדרבנן תקנתא לתקנתא הואיל והוא ספק שוכח ואי אפשר לו לישבע או לא דרבנן ס"ל עבדינן ור"י ס"ל ל"ע וא"ש וזה ברור ונכון. ומעתה י"ל לרבנן בשלמא במודה מקצת כיון דהוא ספק שוכח שורת הדין דיש לשכיר לישבע וליטול דאיך נמסור לו שבועה אבל בכופר בכל מה בכך דאין ראוי לשבועה מ"מ תקנתא לתקנתא ל"ע וצ"ל דרבנן ס"ל כאן משום כדי חייו דשכיר עבדו רבנן תקנתא לתקנתא. ולפ"ז י"ל דגם לר"י ק' כמ"ש תו' באמת

בפ' הכותב מה מגו יש הא אין דעתו לשקר רק אומר בדדמי רק ס"ל כמש"ל דכל התקנה משום כדי חייו ואם הוא לא חס אכדי חייו והאמין לבעה"ב אנן איך נחוס וכמש"ל ס"ק ז' דבזה נחלקו רמב"ח ורבא ורמב"ח דקאמר כמה מעליא וכו' ס"ל משום מגו אבל רבא לא ס"ל כן ולכך פטור אך הני מילי בכופר בכל דהוי תקנתא לתקנתא ותקנו משום כדי חייו אבל במ"מ אין צורך לכדי חייו כלל רק הטעם דהוי ספק שוכח כמו דאמרי' לר"י א"כ מה בכך דשכרו שלא בעדים הא לא שייך כאן מגו דאין רוצה לשקר ולא צריכין לכדי חייו ובזה היה מקום לישב קו' מהרש"א הנ"ל בס"ק שלפני זה במה שהקשו התו' בב"מ דמ"מ ישבע דרמי' אנפשיה כמו ב"ת ולא הקשו כופר בכל ישבע דבלא"ה שורת הדין דפטור רק משום כדי חייו תקנו חכמים וא"כ מה בכך דע"י שבועה יפרוש חכמים מצאו עילה כדי להחיות נפש השכיר ואיך נימא דנעבוד תחבולה שישבע ויפסיד השכיר ולא דמי לעבר זמנו דממילא רמיה אנפשיה ועוד בעבר זמנו לא שייך כדי חייו כמ"ש הר"ן ואיך נדמה דבר דשייך בו כדי חייו לדבר דלא שייך ביה ולכך הקשו מן מ"מ לר"י דלא ס"ל כדי חייו רק מטעם דה"ל ספק שוכח דהא תקנתא לתקנתא ל"ע ובזו שפיר ק' מ"ש מבל תלין דהא ליכא כאן כדי חייו כלל וא"ש אלא דקשה לי לומר כן בטור במ"ש בשם ר"י דא"כ דכל הטעם דכדי חייו אזלא בשכרו שלא בעדים אבל מ"מ ספק שוכח הוה א"כ איך פסק דישבע היסת הל"ל דפטור דהא הוא בספק שוכח ובכה"ג תקנתא לתקנתא ל"ע ובאמת במהר"ם שהובא במרדכי כמש"ל בס"ק א' משמע דאין עליו היסת כלל רק דישבע שאינו יודע והיינו מטעם שכתבתי אף דמהר"ם לא אמר במקום שיש לו מגו מ"מ נוטים הדברים דס"ל דהוי שוכח ולכן הדרך היותר נכון ואמת הוא כך דהא אנן אמרי' בעה"ב טרוד בפועלים וטועה וחושב דודאי פרע וצ"ל כ"כ הטעות אצלו עד דחוששין דישבע על כך נמי דאל"כ ניתב ליה שבועה ויפרוש דפרשי אינשי מספק שבועה והר"ן הק' וכן התו' א"כ מה מגו יש דיאמר לא שכרתיך הא אינו רוצה לשקר ותי' הר"ן דמ"מ ניחא ליה לטעון דבר דאין נחשד בב"ד לשקרן וכו' וזהו בטענתו דיטעון כך או כך אמרינן ניחא ליה שיטעון כך אבל ח"ו דישבע במזיד שקר וא"כ בשלמא בכופר הכל שפיר אית ליה מגו דלא שכרתיך ואין כאן שבועה בזמן המשנה ושייך שפיר תי' הר"ן אבל במ"מ בממ"נ יכפור הכל הא כ' הטור דמגו מן מ"מ לכ"ה ל"א ואי דיודה ג"כ במקצת ויאמר לא קצצתי אלא אחת כקו' מהרש"א וכנה"ג א"כ יצטרך לישבע וזה ברור לו ששקר וא"כ איך ישבע במזיד שקר וכי בשביל שב"ד יאמינו ביותר טענתו ישבע לשקר במזיד דבר זה אינו עולה בדעת ולכך ל"ל מגו כלל וא"ש ואין לפקפק תינח בזמן המשנה דליכא היסת אבל עכשיו דאיכא היסת עדיין הקו' היכי יטעון לא שכרתיך א"כ ישבע היסת לשקר

בשאט נפש משא"כ באומר פרע הא טועה הוא וחושב דנשבע באמת זהו אינו דכיון דבזמן המשנה דלא היה היסת לא תקנו חז"ל התקנה בשכרו שלא בעדים דה"ל מגו א"כ אף דעכשיו דתיקן ר"נ היסת מ"מ אין לנו לחדש תקנה מה דלא תקנו חכמי משנה והם לא תקנו במקום שיש מגו והעמידו על דינו דיפטור בעה"ב דבר זה לא זז ממקומו ואין לנו לחדש תקנה אחרת ודוק ובאמת לפי סברא זו אף ביש ע"א ששכרו ג"כ ליכא מגו והיא סברת רבינו ישעיה בטור רק הטור הכריע בזה דלא כר"י ואף בהך דע"א הכריע דלא כר' ישעיה וא"ש ומה שהקשיתי הא בממון אמרי' מגו דהעזה י"ל דר"י לא ס"ל כך רק יש לו על הנך קו' מעיזי דאכלו חושלא וכדומה תי' אחרים כמש"ל בכללי מגו:

יא **ושכרו** בע"א וכו' ובטור הביא בשם ר' ישעיה דשכיר לשבע ונוטל ועמש"ל בס"ק ט' דכתבתי דכן נראה דעת התו' בב"ב וכן לפי מ"ש בס"ק י' בדעת ר"י דלא שייך מגו דאין רוצה לישבע בשקר אף בע"א סברא זו אלא דלכאורה ק' לשיטה זו מה פריך בגמרא בשבועות קצץ הממע"ה מדסיפא בראיה רישא בלי ראיה מה קו' דילמא סיפא צריך ראיה בשני עדים דע"א המסייע לאומן דקצץ שתים אינו מועיל דיכול הבעה"ב לישבע להכחיש לעד ולכך לא פסיק ליה שיטול כי אם בשני עדים משא"כ רישא בראיה דע"א סגי דליכא מגו להכחיש העד דכיון דע"א מעיד ששכרו כדעת רבינו ישעיה וצריך לומר דס"ל לרבינו ישעיה דכך באמת הפי' בגמ' ראיה לישבע לא קתני ראיה ליטול קתני דלכאורה ק' מ"ש אלא דכך פירושו ראיה ליטול דהוא בשני עדים קתני אבל ראיה לישבע דסגי בע"א דתו לית ליה מגו לא קתני ועוד י"ל דס"ל לרבינו ישעיה דה"ל כמו נסכא דר"א דכיון דאין מכחיש לעד ה"ל כשנים ומ"ש לחלק דכאן אף בשנים אין חייב רק מכח תקנה לא ס"ל לר"י וא"כ ה"מ למאן דס"ל משאיל"מ גבי נסכא דר"א אבל למאן דלא ס"ל אף בזה בע"א יש לו מגו וא"כ קו' הגמ' לרב ושמואל דלא ס"ל משאיל"מ דהם אמרו ל"ש אלא ששכרו בעדים וכו' ואליביהו ליכא למימר בע"א דאף בע"א יש לו מגו כיון דלא קי"ל נסכא דר"א ודוק. ועיין מש"ל בישוב דברי גאונים בזה ע"ש:

יב **אחר** זמנו וכו' הטעם מבואר דאיכא תרתי חזקות חזקה אין בעה"ב עובר בב"ת ואין שכיר משהה שכרו ויש לי ספק באומן המתקן כלי למ"ד אומן קונה בשבח כלי אם גם זה לאחר זמנו הממע"ה או לא כיון דמבואר בגמ' דב"ק דף צ"ט דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי אינו עובר בב"ת וא"כ כל הטעם דלאחר זמנו הממע"ה חזקה אין בעה"ב עובר בב"ת וזהו לא שייך בזה וחזר הדבר לקמייתא דיהיה תמיד השכיר נאמן ואמת כן היה נראה לכאורה אלא שראיתי בר"ן שכתב בשם רבינו הגדול הרמב"ן תי' על הקושי' לשיטת הגאונים דקתני כל זמן שהטלית ביד אומן על הבעה"ב להבי' ראיה נתנו לו בזמנו נשבע

ונוטל דמשמע כשהטלית בידו דיש לו מגו דלקוח נאמן בלי שבועה וקשיא לגאונים דס"ל הואיל ולאו בגופי' דחפץ קטען ה"ל נוטל ותי' הרמב"ן דאומן קונה בשבח כלי וא"כ לא ה"ל נוטל ומודים הגאונים דיש לו נאמנות בלי שבועה וק' א"כ איך קתני עבר ומנו הממע"ה הא ליתא חזקה דאין בעה"ב עובר בב"ת והוא קו' גדולה לרבינו הגדול ז"ל. ומה שנ"ל במה שאמרינן שם בב"מ ואם יש עדים שתבעו בזמנו נוטל אפילו לאחר זמנו ופריך הגמ' לעולם ופי' רש"י וכי השכיר משהה כל כך שכרו והקשה תו' הא אמרינן בגמ' בעינן תרתי חזקה אין שכיר משהה שכרו ואין בעה"ב עובר ב"ת וזהו לא שייך כאן דתו אין בעה"ב עובר ב"ת וליישב פי' רש"י צ"ל דדייקי לרש"י הא דאמרי' חזקה אין בעה"ב עובר בל תלין ופריך הגמ' וכי שכיר עובר בל תגזול ומשני הגמרא דאיכא תרתי אין בעה"ב עובר בב"ת וחזקה אין שכיר משהה שכירתו וסבירא ליה לרש"י אלו הפי' דלשכיר יש חד חזקה ולבעה"ב תרי ה"ל לגמרא לומר כן הכא תרתי והכא חדא כדרך הגמרא בכל ש"ס ועוד מה דוחקיה דגמרא לימא בקיצור דהך חזקה דאין שכיר וכו' אלים כ"כ עד דלא תקנו חז"ל כלל לשכיר שישבע ויטול מה צורך לכל הני חזקות כלל:

ולכן ס"ל לרש"י דהתו' הקשו מה פריך בגמ' וכי שכיר עובר בבל תגזול מה בכך הא אף לבעה"ב יש חזקה דאין עובר בבל תלין וה"ל ברי וברי ותי' הנ"י דא"כ עכ"פ ה"ל לתקן שבועה על בעל הבית ולא לפוטרו בלי שבועה ותי' זו ס"ל לרש"י וגם קשי' לי' לרש"י קו' התו' דלקמן בבעה"ב אומר אחת קצצתי ושכיר אומר שתים דקתני לאחר זמנו הממע"ה וכתבו התו' בב"ב אף דאין בעה"ב עובר ב"ת די"ל דהרשהו מ"מ הא שכיר שהה שכרו ולכך ס"ל לרש"י דזהו המשך בגמרא דודאי לא היה צורך לגמרא לשנוי' חזקה אין בעה"ב עובר ב"ת רק ה"ל לשנוי' תיכף חזקה אין שכיר משהה שכרו והוא כ"כ אלים עד שלא תקנו חז"ל שבועה לשכיר וליטול. רק דא"כ הוה ק' במ"מ לאחר זמנו דחזינן דשהה מאי א"ל ולכך משני הגמרא חזקה אין בעה"ב עובר בב"ת וגם במ"מ אין עובר בב"ת כמ"ש התו' דאיכא למימר הרשהו. וסבר הגמ' דזהו התי' לכל מילי דלכך לאחר זמנו הממע"ה משום דאין עובר בב"ת ופריך הגמ' וכי שכי' עובר בבל תגזול ואי דאיכא ברי וברי עכ"פ ה"ל לתקן שבועה כפי' הנ"י ומשני הגמ' וכי חדא חזקה יש כאן הלא תרתי חזקות יש חזקה דאין עובר בב"ת וחזקה אין שכיר כו' וא"כ בממ"נ בעלמא א"צ שבועה דאיכא אין שכיר וכו' וזה אלים דא"צ שבועה כלל ואי במ"מ דלא שייך אין שכיר לעומת זה יש חזקה אין בעה"ב עובר בב"ת דהא הרשהו ואי דלעומת זה חזקה אין שכיר עובר בבל תגזל הא הוי ברי וברי ואי דיחייב שבועה כפי' הנ"י הא במ"מ בלא"ה חייב שבועה ואם כן בהנך תרתי חזקות הכל מיושב ולא דבעינן דווקא תרי חזקות ולכך ל"ק הכא תרתי והכא חדא

כמו בעלמא בש"ס דאין הפי' כך ואם כן יפה פירש"י לקמן וכי לעולם והא אין שכיר משהה שכרו דבהך חזקה לחוד אזלא נאמנתו של השכיר וא"צ תו הך דאין בעה"ב עובר ב"ת וא"ש. ומה שהביאני לכך הוא דברי תו' ב"מ ד"ה השתא דהק' ימתינו עד למחרת או ישבע דרמי' אנפשי' ומדכר ותי' התו' דהך חזקה לחוד לא מהני אלא עד דאיכא בהדי' חזקה דאין שכיר משהה וכו' כמו שאפרש וכו' ויש להבין דקארי ליה מ"ק ליה בקו' הלא גמ' ערוכה היא דצריכי תרת וגם מ"ש כמו שאפרש מה צריך לפי' הלא במקומו נאמר בגמרא הכא תרתי וכו' אלא דהתו' בס"ד ס"ל כפי' הנ"י וא"כ הא דצריכין ב' חזקות דזולת זה הוי ברי וברי וא"כ עכ"פ ישבע בעה"ב כמ"ש הנ"י וא"כ יפה הק' דנמתין עד למחר וישבע או הא חמור לי' איסור שבועה כמו איסור לאו ב"ת וא"כ היום ישבע ואי דהוי חד לגבי חד מה בכך הממע"ה ואי דישבע הא זה המבוקש שישבע ותי' התו' דלא כפי' הנ"י רק מהך חזקה לחודא השכיר נוטל כמ"ש בדיבור שאח"ז דחזקת שכיר אלי' וצריך דוקא ב' חזקות וכאן ליכא רק חזקה אחד וא"ש במ"ש וכמו שאפרש דבדיבור הסמוך תי' כן דלא כנ"י רק תרתי בעינן וא"כ לא מהני דיהיה נשבע דבעינן תרתי וא"ש ובאמת הא דפי' בדיבור הסמוך דלא כנ"י הוא מכח קו' בדיבור שלפניו דישבע וחדא דיבור בחברתא מישך שייכי וזה ברור ומדויק בתו' ונמשכו אחר פירושם ובזה מיושב דברי המהרש"א דדייק במ"ש התו' דמ"מ ישבע ולא נקט בכופר הכל נמי דלכאורה אין מובן לדבריו דהתו' הק' נמתין עד למחר ויהיה פטור בלי כלום כמו שארי כופר הכל וא"כ איך יחזרו להק' דישבע שבועה זו מה טיבו הלא ראש דבריהם דנמתין עד למחר ולא יצטרך לישבע כלל ולכך הק' מ"מ דלא סגי לי' בלי שבועה והק' דישבע לאלתר לק"מ אך לפמ"ש דכל טענת התו' דנמתין עד למחר ויהיה ברי וברי ויצטרך לישבע א"כ לא פלטו ליה משביעה שפיר הק' ודוק. ומעתה גם הרמב"ן פי' כך בנ"י וא"ש לאח"ז אף דאין עובר בב"ת מ"מ איכא חזקה אין אומן משהה שכרו דס"ל כתוס' ב"ב למה דשהה שהה ולמאי דלא שהה לא שהה וא"כ הרי כאן ברי וברי וישבע באמת דהא מיירי בלא"ה במ"מ דהא ר' יהודה היא ולפ"ז בכופר בכל לדידן אפשר עכ"פ בעה"ב חייב לישבע שבועת המשנה וצ"ע:

יג **שכיר** יום וכו' ושכיר שעות דיום כל היום ודלילה כל הלילה וכן ס"ל לרב שם ב"מ דף קי"א ושמואל פליג וס"ל שכיר שעות דלילה גובה כל הלילה ויום דיום הולך אחר הלילה ופסקו הפוסקים לקמן בסימן של"ט לענין איסור ב"ת כרב דהלכה כרב באיסורי וכ' הש"ך אבל כאן דממון הוא וקי"ל הלכה כשמואל בדיני מ"מ כיון דעיקר מילתא אתמר לגבי איסורי הלכה כרב כמ"ש הפוסקים לענין וסת ובשור שנגח וכו' עכ"ל וא"צ

לזה כי כאן כל הטעם דאין בעה"ב עובר בב"ת וא"כ כיון דקי"ל כרב דאם עבר הלילה עובר בב"ת הרי יש לבעה"ב חזקה דלא עובר בב"ת וכאן הך עיקר תלוי באיסורא אם עובר או אין עובר ופשיטא דהלכה כרב וק"ל:

יד **הרי** בעה"ב נשבע בנק"ח זהו גמ' שלחו ליה לשמואל אומן אומר שתי' קצצת והלה אומר א' מי נשבע שלח להו בזה בעה"ב נשבע קציצה מדכר דכיר ופי' הר"י הלוי והרמב"ם והרשב"א והרמב"ן והרא"ש והר"ן והטור דהכוונה על כופר הכל אמנם הרי"ף והרז"ה פי' דקאי על מ"מ וכ' הש"ך דהעיקר כהרי"ף והרז"ה דאין נשבע רק היסת ככופר הכל ולדידי נר' דאפילו קי' ליה לא מצי לטעון דרבו המחברים רוב בנין ומנין החולקים ובפרט שצורה הקרובה בשמועה זו הוא כדעתם כי אמת במה שטענו על הרי"ף בהא דפריך הגמרא ואי לא אייתי ראיה פקע וה ק' איך ס"ד דמ"מ יפטור בלי שבועה י"ל ולא כמ"ש הש"ך כי עיקר התי' כרמב"ן דס"ד דבעה"ב א"א לישבע דהוא טרוד וא"י וגם שכיר אין לישבע דל"ש ביה כדי חייו דזה דוחק דלא יהיה בקציצה כדי חייו דכבר כתבנו כי עיקר תקנה היה משום כדי חייו וגם מ"ש דס"ל דבשכירות ל"ש משאיל"מ דחוק ביותר ויותר היה מקום לומר כיון דבעה"ב טרוד וה"ל כאומר א"י אם אני חייב לך למה ישבע השכיר ויטול ואי דה"ל מחויב שבועה ומשאיל"מ הא כל הפלפול והקו' לשמואל ושמואל לשיטתו ולא ס"ל משאיל"מ אך זהו דוחק דאם כן כל הפלפול בגמרא וכן ר"נ דטרח ליישב הכל שלא אליבא דהלכתא דלפי דקיי"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם תו אין צריך לכל הפלפול אך מ"מ זהו יותר מרווח ממה שנימא דוחק שלהם שלא יהיה שייך בשכירות משאיל"מ. והנה י"ל בישוב דברי הרי"ף דרך מרווח וכמש"ל דהא לפי דעת הפוסקים במודה בחמשים בשטר אף על פי שאין בו שעבוד נכסים מ"מ ה"ל הילך דא"י לכפור ואף דאלו היה כופר ואמר פרעתי היה המלוה צריך שבועה מ"מ הואיל ונוטל בשבועה בלתי הודאתו א"י לכפור קרינן ביה א"כ ביש עדים דראהו המלאכה א"כ א"י לכפור בפחות שבקציצה ואי דיטעון פרעתי הא השכיר נשבע ונוטל וא"כ הא דשלחו לשמואל בעה"ב אומר אחת קצצתי לך היינו דטוען בפחות שבקציצה וע"כ דאיכא עדי מלאכה כמ"ש התו' דאל"כ מה איריא קציצה אפילו בפרעון אית ליה מגו ואם כן אותו אחד דמודה הא ה"ל הילך כמו נו"ן בשטר הנ"ל ואין כאן מודה במקצת ואין כאן ש"ד כלל ויפה נסתפקו אי יש כאן ש"ד ואולם שמואל פסק דיש כאן ש"ד או דלא סבירא ליה דה"ל הילך בשטר שאין בו שעבוד קרקעות כמש"ל בסי' פ"ח שכן דעת רוב מחברים. או דסבירא ליה בשלמא בשטר ששורת הדין ליטול בלי שבועה רק לחומרא בעלמא הצריכו שבועה מקרי א"י לכפור אף דלא היה נוטל רק בשבועה אבל כאן דהא דשכיר

נוטל בשבועה הוא מכח תקנה ושורת הדין אין נוטל כלום אם כן מקרי יכול לכפור דאי היה טוען פרעתיו היה מחוסר גוביינא עד שישבע ולכך לא ה"ל הילך וחייב ש"ד וא"ש והוא פי' מרווח:

אך אי קשיא הא קשי' דמה פריך הגמרא מברייתא דרבה ב"ש דתנן קצץ הממע"ה דלמא הברייתא איירי בכופר הכל שאותו סלע שקצץ נתן לו או א"ל הילך ולא נחית הברייתא כלל בדין המ"מ רק להודיע דבקציצה לא תקנו חכמים שישבע שכיר דדכיר ואיירי בכופר הכל ושמואל איירי במ"מ ולומר דמסתמא לא פרע אחת דהוי דומיא דר' יהודא כמו שכתבו התוס' בב"מ ד"ה אי הכי דחוק למאוד דמה ענין הך ברייתא לר' יהודא הא בהך ברייתא לא נזכר ר' יהודא ועוד בקו' הגמרא עדיין לא אסיק הך ברייתא דר"י הוא דסבירא ליה בקציצה דהא פריך מברי תא אחר כך ומשני ר' יהודה הוא ע"ש וא"כ בס"ד פשיטא די"ל דפרע וצ"ל כמ"ש הרמב"ן דס"ל לרי"ף דגבי קציצה לא תקנו חז"ל שום תקנה לשכיר והרי הוא כשאר תביעות וא"כ קשה אי הברייתא איירי בכופר הכל אדקתני אומן אומר שתים ובעה"ב אומר אחת הממע"ה לאשמעינן טפי רבותא אומן או שתי' ובעה"ב אומר איני יודע אם אחת או שתים מ"מ פטור דה"ל איני יודע אם אני חייב לך וקמ"ל דלא תקנו בשכיר שמחולק בקציצה שום תקנה כדי חייו ואם יאמר א"י יפטור ועכצ"ל דמיירי הברייתא במ"מ ואם אומר א"י ה"ל משאיל"מ ואפילו לשמואל דלא ס"ל משאיל"מ מכל מקום הברייתא כהך תנא דס"ל משאיל"מ דהא פליגי תנאי בהך כמ"ש בגמרא שם ועיין שם בתו' או דס"ל מגו ממ"מ לכ"ה ל"א וא"כ ע"כ מיירי במ"מ דאי כ"ה אי דאיכא עדים לחזי מהו קאמרי ואי ליכא מה איריא קציצה אפילו פרעון נמי הא יש לו מגו דל"ש עכצ"ל במ"מ ולא שייך מגו דל"ש וזהו דלא כרמב"ם ומחברים: אמנם לפי' הר"י הלוי והרמב"ם והרא"ש א"ש דכל הסוגיא' הכל בכופר בכל ומה שהקשה מהרש"א עדיין מנ"ל להקשות על שמואל מבכייתא דלמא שמואל איירי במ"מ ולכך פסק ישבע בעה"ב אם נחליט כמ"ש הש"ך סי' פ"ח בשיטת הרא"ש דס"ל א"י לכפור לחוד ה"ל הילך כהנ"ל בלא"ה לק"מ דליכא כאן ש"ד דא"י לכפור דע"כ היה עדי מלאכה אלא אף דלא נימא כן בדברי הרא"ש כמש"ל בסי' פ"ח מ"מ אין כאן קושיא דאם שמואל השיב במ"מ ע"כ היה שאלתם במ"מ ולמה לא שאלו בכופר בכל אי קציצה מדכר דכיר ול"ל דסבירא ליה בכופר בכל אף דלא דכיר ה"ל א"י אם חייב לך משא"כ במ"מ דה"ל בא"י מתוך שאיל"מ דהא שמואל לא ס"ל הך וא"כ תו חד דינא אית למ"מ כמו כופר הכל ולמה שאלו במ"מ ולא שאלו בכופר הכל וגם שמואל מה צורך להשיב ישבע בעה"ב הל"ל בקצרה קציצה מדכר דכיר וממילא לא יפטור בעה"ב משביעת מ"מ

כיון דדכיר אלא ברור דחדית לן דין דצריך לישבע אפילו בכופר הכל. ועוד ראיה לר"י הלוי דפריך אי הכי קצץ נמי וקשה מה קו' הא בקציצה אם יש עדים נחזי מה קאמרי ואי ליכא עדים כל התקנה לא יועיל ואי אתה מוצא התקנה רק בישנו עדים ושכחו ומנ"ל דלמילתא דלא שכיח כזה יתקנו ולעיל פריך וניתב ליה בעדים ולא אמרי' דלא יועיל דאולי ישכחו עדים הפרעון אלא דלא חיישינן לכך ואם פריך על בעה"ב ניתב ליה בעדים מכ"ש דקשה בפועל מה צורך לתקנה יקצוץ בפני עדים וטריח' ליה מילתא ל"ל דהא צריך לעדים דאל"כ יש לו מגו ועכצ"ל דהגמרא ידע דינו דשמואל דפסק קצץ בעה"ב ישבע משום כדי חיו הרי דחשו לכדי חייו אף שאינו מצוי ותקנו שישבע בעה"ב וא"כ השתא דאתא להכי דתקנו ה"ל להטיל שבועה על אומן דבעה"ב טרוד וא"ש ודעת של הר"י הלוי מוכרח ועמ"ש בסוף סי'.

טו **או** שתבעו אח"ז אין לדקדק באומר לו הילך א"כ חזינן דעבר ושהה ולא שייך מש"ל סק' י"ב דהך חזקה דב"ת לבד סגי דשם ניחא דבאמת הבעה"ב נשבע משא"כ כאן דאין הבעה"ב נשבע קו' הנ"י באמת דה"ל ברי וברי ועכ"פ הל"ל דיהיה הבעה"ב נשבע דמלבד די"ל דהוא דבר לא שכיח ולא תקנו ביה רבנן אף גם בזה כיון דבלא"ה קצץ מידכר דכיר רק משום כדי חייו אמרו רבנן דישבע ולאחר זמן דלדעת הר"ן לא שייך כדי חייו לאח"ז וגם איכא חזקה דאין בעה"ב עובר בב"ת מסייע לדכור לא תקנו כלל שביעה וא"ש:

טז **הרי** האומן נשבע בנק"ח עיין ש"ך שהביא קו' קדמונים על הגאונים דפסקו על הטוען על משכון כ"כ אתה חייב לי דנאמן עד כדי דמיו דחייב לישבע שבועת המשנה כמו דתנן גבי המכיר כלים וכו' דהואיל דלאו אגופי' דמשכון קטען א"כ הא דתניא בברייתא אומן אומר שתים קצצת לי ובעה"ב אומר אחת כל זמן שהטלית ביד אומן על בעה"ב להביא ראיה נתנו לו בזמנו אומן נשבע ונוטל משמע דבטלית בידו נוטל בלי שבועה. ותי' הר"ן דהא שורת הדין היה באומן ליטול בלי שבועה כדפריך וניתב ליה בלי שבועה רק משני להפסת דעת של בעה"ב ואם הוא תפוס אין כאן הפסת דעת צורך כיון שהוא מוחזק בו ולכך נוטל האומן בלי שבועה והקשה הש"ך הא קציצה מדכר דכיר ולא שייך הפסת דעת ועיד הקשה דהא הרמב"ם פסק להדיא כמ"ש בסעיף זה דאף אומן צריך נק"ח ותמה שלא התעורר הר"ן בדברי הרמב"ם ואמת שגם הר"מ כתב בלשון הזה דר"ן ס"ל דאומן א"צ לישבע בנק"ח רק היסת והרמב"ם והרא"ש פסקו דנשבעים בנק"ח ואני תמה שלא דקו היטב דהא הר"ן כתב לתרוצי ברייתא דקתני אומן כ"ז שהטלית בידו אומן נאמן נתנו לי בזמנו נשבע ונוטל והך ברייתא הא מוקי ליה בגמרא כר' יהודא ולר"י קציצה לא דכיר כמו בפרעון וא"כ אף בקציצה ק' וניתב ליה בלי שבועה וצריך לומר כתי' הגמרא

להפיס דעת של בעל הבית ושפיר כתב הר"ן דכיון הוא להפסת דעת בטליתו בידו אין צריך ול"ק לגאונים מהך ברייתא וזהו לשיטת ר"י אבל לדידן דקי"ל כרבנן דקציצה מדכר דכיר אם כן לא קשה וניתב בלי שבועה כלל כמ"ש הש"ך והדרן לדינא דגאונים דאף באומן צריך נק"ח כיון דמדכר דכיר ויפה פסק הרמב"ם דאומן צריך שביעה בנק"ח ולא חולק הר"ן עליו בשום אופן ולא היה צריך להתעורר עליו כלל ובמחילה מכבוד הש"ך דהשיג אר"ן והוא ממש גופיה כ' זה התירוץ אלא שכסות ולשון שינה. איברא בתו' אי אפשר לומר תי' הר"ן דהא התו' כתבו בד"ה וניתב וכו' וא"ת אכתי אמאי ניתב ליה בלי שבועה וכי אי אפשר להיות בשום פעם שיהיה ברי שלו טוב דפעמים יהיה כדבריו דהא רבי יהודא לא מחייב שבועה אלא במ"מ ויש לומר דנהי דרבי יהודא לא חשוב לגמרי בודאי שוכח רבנן חושבין ליה כודאי שוכח עכ"ל הרי דלר"י דסבירא ליה לספק שוכח לא קשה וניתב ליה בלי שבועה ואם כן אין צריך לתי' הפסת דעת והר"ן מפרש למילתא אליבא דר"י ועיין מש"ל בס"ק י' דלמסקנא אף רבנן סבירא לו דלא הוי ודאי שוכח רק ספק שוכח. מיהו כל מה שטרח הר"ן הוא אליבא דמ"ד מגו לפטור משבועה ל"א אבל לפי מ"ש הרא"ש דאמרינן מגו לפטור משבועה רק סבירא ליה דהוי נוטל הואיל ולאו אגופיה דחפץ קטען רק אדמיו ה"ל נוטל וצריך שבועה אם כן י"ל לכאורה בשלמא דלולי מגו דלקוח לא היה נוטל כלל ואהני ליה מגו דליטול בזה הוה נוטל וצריך שבועה ולא אהני ליה מגו דלקוח כלל דמ"מ נוטל הוא כמ"ש הרא"ש אבל כאן לגופו של ממון אין צריך מגו כלל דבלא"ה בזמנו שכיר נוטל בשבועה וא"כ המעות שנוטל אין צריך למגו כלל וכל המגו הוא דהיה צריך לעשות שבועה ובאה המגו דלקוח לפוטרו משבועה ובזו ודאי דמגו מועיל דהוי מגו רק לפטור משבועה דממון נוטל בלי מגו כלל וכל המגו רק לפטור משבועה ואין זה מנשבעין ונוטלין ולק"מ (אך אין זה תי' מספיק בטור דס"ל מגו לפטור משבועה אמרינן ומ"מ פסק דנשבע האומן בטליתו בידו בנק"ח וקו' הנ"ל במקומו ולכן בטור י"ל כהר"ן רק בתו' דא"א לומר כהר"ן כמש"ל י"ל תירוץ הזה והוא הנכון) ובזה בתי' הר"ן או התי' שכתבתי י"ל דברי התו' ב"ב דף מ"ו דהק' בהך ברייתא דאומן דקתני שם דלא איירי בעדי מסירה דאי איכא עדים נחזי מה דקאמרי א"כ איך נשבע ונוטל הא יש לבעה"ב מגו דלא שכרתיך וק' מה קו' ודאי על המסירה ליכא עדים אבל על החזרה מאומן לבעה"ב איכא עדים דאמר לו הא לך הכלי שנתת לי לתקנו דאל"כ הא יוכל הבעה"ב לטעון כבר עבר יום יומים שנתתי לך השכירות כי מסרת לי אז הכלי וזהו ודאי דבעה"ב נאמן אי מחולקי' דבעה"ב אמר לאח"ז ופועל אומר בזמן דהממע"ה והא בזה לא טרוד הבעה"ב וא"כ אף באומר בזמנו נאמן במגו דהיה אומר שהוא כבר

עבר זמנו דמהני מגו בזה כמו לא שכרתיך ועכצ"ל דיש עדים דנתנו לו בזה הזמן וא"כ מה קו' היאך יוכל לומר לא שכרתיך הא יש עדים שהחזיר לו הכלי ואמר טול הכלי נגמר שנתת לי ואפילו נימא כמש"ל דלכך מהני מגו דלא שכרתיך דהואיל דהפועל האמין ולא חס על חיי עצמו א"כ אפשר דאין מגו לומר בזמנו פרעתי במגו דהיה טוען לאח"ז דאין רוצה לשקר וא"כ אין הדבר מוכרח דיש עדים על החזרה מ"מ מנ"ל לתו' להקשות דלמא אייריי בכה"ג ומנ"ל להכניס בקו' וצ"ע לכאורה. ולכן נראה דתו' סבירא ליה גם כן דינו של הגאונים וכתי' הנ"ל או כמ"ש הר"ן או כמ"ש וא"כ קו' התוס' קאי על הא דאמרי' כ"ז שהטלית ביד אומן על בעה"ב להביא ראיה דקשה קו' הר"ן ישבע בנק"ח וצ"ל כנ"ל הואיל בלא"ה היה נוטל בשבועה והקשו התו' שפיר הא לולי דהיה לו מגו דלקוח לא היה נוטל בשבועה כלל דהא אין כאן עדי שכירה וא"כ יש לבעה"ב מגו ולא היה אומן נוטל כלל רק הא דנוטל הוא מכח מגו דלקוח א"כ ה"ל לישבע בנק"ח ומכ"ש לפי' הר"ן דהא לא שייך כאן וניתב ליה בלא שבועה דהא יש לו מגו דלא שכרתיך וקו' התוס' שפיר ומדוקדק ואין להקשות למ"ד דמשכון הוי הילך א"כ ביש טליתו בידו הא ה"ל משכון על שכרו שמודה וא"כ לא הוי מודה במקצת דה"ל הילך וא"כ לא שייך דמהראוי ליתן לו בלי שבועה דהא ר"י ס"ל בכופר בכל אין נשבע ונוטל דהא כתב הר"ן דלר"י אפילו בהילך חייב הואיל דהוי כמו מ"מ ודוק. וכן צ"ל במה שהקשו התוס' שם בב"ב לאביי דמוקי ליה בלי עדי ראה א"כ אדמחלק בין נתנה לו ללא נתנה לפלוג בדידיה אם יש עדי ראה או ליכא וע"ש וק' הא בעי לומר דאומן נשבע ונוטל וביש עדי ראה והטלית בידו אין נשבע ונוטל דמה שהבעה"ב מודה בו הא יש לו הטלית למשכון דתפיס ליה אאגריה ומשכון כזה דמתחילה תפסו לכ"ע ה"ל הילך ואין כאן מ"מ כלל ובשאין מ"מ לא ס"ל לר"י דישבע האומן דתקנה לתקנה לא עבדינן ועכצ"ל כנ"ל דאף בהילך מודה ר"י ומ"מ שם ק' על התוס' מנלן להקשות דלמא ס"ל לאביי דלא אמר ר"י רק במ"מ גמור וצ"ע לכאורה ואולי כך קושית התוס' ליתני בזמן שהטלית ביד אומן רק באופן שמסר לו בע"א והוא יודע הקציצה ומעיד כאומן וצריך בעה"ב לישבע להכחיש העד ולכך אומן נשבע ונוטל אך זה דוחק וצ"ע: ומ"מ נ"מ לפ"ז אם טען פרעתי השכירות ומשכון בידו דבגוף החפץ לא שייך פרעתי כל זמן שהחפץ בידו דה"ל ת"ז אבל ביש לו משכון נאמן בהיס' ולא שייך תקנת הגאונים דהא בפרעון שורת הדין דה"ל למיתב בלי שבועה או כמש"ל דלא הוה נשבע ונוטל וכן הוא בירושלמי היה בידו משכון נוטל בלי שבועה וכן הדין ברור והנה בחדושי ובלימוד הלכות תוספת עם תלמידי אמרתי דבר הגון ומתקבל לישב דברי הגאונים והוא דודאי ס"ל לגאונים כדעת האומרי' דביש לו מגו דלא שכרתי'

אפילו מן מ"מ לכופר בכל אמרינן והטעם הואיל והוא ממון ל"א לגבי' מגו דהעזה או מגו לפטור משבועה כמש"ל באריכות ולעומת זה ס"ל כרבינו ישעיה דבע"א המעיד על השכירה תו ל"ל מגו והטעם כמש"ל דהא יצטרך לישבע להכחיש העד ואין רוצה לישבע לשקר משא"כ מה שטוען עכשיו חושב בדדמי שהאמת כדבריו ואף שבועה יעשה כהנ"ל ולגאונים קשי' לרבא דס"ל בב"ב דף מ"ו לדוחק לומר דאיכא עדים ושכחו הקציצה א"כ הך ברייתא לר"י דקתני אומן אומר שתי' קצצת והל' אומר א' דאומן בזמנו נשבע ונוטל איך מתוקמ' אם יש לו עדים לחזי מה קאמרי ואי ל"ל איך ישבע ויטול הא יש לו מגו דל"ש והוי מגו ממ"מ לכופר בכל דאמרי' ויפטר בשבועה ועידי מלאכה ג"כ ליכא כדמסקינן שם בב"ב דלא הוי עדי מלאכה ע"ש דא"כ הואיל דאמר לעדי ראות המלאכה זהו חפץ של פלוני ומה קו' לחזי מה קאמרי הא לא היו בעת קציצה אלא זהו ס"ל לרבא לדוחק וא"כ הקו' במקומו כמ"ש תו' בב"מ וב"ב ולכן ס"ל לגאונים דבאמת ליכא עדים רק ע"א המעיד על השכירה וקציצה וא"כ תו לית ליה לבעה"ב מגו דאמר לא שכרתיך ויכחיש העד דא"כ יצטרך לישבע להכחיש העד ואין רוצה לישבע בשקר משא"כ כאן אומר בדדמי ורב ושמואל דאמרי שכרו בעדים ה"ה ע"א כמ"ש הרא"ש בריש ב"מ בשם ר"י על הך שמעתא דעדים דקתני ל"ד וה"ה ע"א וצריך לדעת למאן מסייע העד בקציצה אי לבעה"ב דאמר א' א"כ איך נשבע ונוטל הא כל הטעם דבעה"ב טרוד ושוכח הא כאן עד המעיד ואין לך טענת ודאי כזה ובפרט לר' יהודה דס"ל לספק שוכח א"כ בע"א מעיד כדבריו הרי האמת אתו ומכ"ש לפמש"ל סי' פ"ז בדעת הב"י בחשוד דה"ל ע"א מסייע פטור הואיל וצועק האמת אתי ואני יודע בברור רק אנן לא מהימנינן ליה וה"ה זה דהא הוא צועק ברי דהאמת אתו רק הואיל דחשדינן ליה דטועה ה"ל במ"מ בקציצה משאיל"מ כמ"ש התוס' בד"ה א"ה קצץ וכו' וכאן הא יש לו עד מסייע דפוטרו משבועה ועכצ"ל דעד מסייע לשכיר וא"ק א"כ למה ישבע שכיר ויטול הא יש לו ע"א המסייע הא ל"ק דכבר בררתי לעיל סימן פ"ז דהיכי דמדינא אין נוטל בשבועה ג"כ רק חכמים תקנו שיטול בשבועה אין עד מסייע פוטרו דכי נוציא ממון ע"פ אחד ולכך צריך שבועה ולפ"ז בזמן שטלית ביד אומן נאמן בלי שבועה ולא ק' קו' הר"ן הא ה"ל נוטל וצריך שבועה דשבועה זו ודאי חומרא דרבנן דשורת הדין כיון דיש לו מגו דלקוח נאמן וא"כ יש לו עד מסייע הפוטר משבועה ולכך נאמן בלי שבועה ולק"מ (מזה ראיה למש"ל בסימן פ"ז כהרא"ש דאם יש לו עד מסייע אף דנאמן במגו ואלו היה טוען כך לא היה לו עד מכל מקום ה"ל מגו דהא כאן דנאמן במגו דלקוח ואלו היה טוען כך היה מכחיש לע"א דראה שנמסר לו לדעת רבא דסבירא ליה דישנו עדי ראה ולאביי דל"ל עדי ראה

מ"מ על אותו טענה שהחזירו אין כאן עד המסייע ומוכח כדברי הרא"ש דאף בכה"ג ע"א מסייע ופוטר וכמש"ל באריכות ע"ש) וזה ברור ונכון. ובהכי ניחא מה דקשיא לרבינו ישעיה דסבירא ליה שכרו בעדים ל"ד רק בע"א א"כ מה פריך הגמרא קצץ הממע"ה וא"ל מייתי ראיה פקע ישבע מבעיא הא הברייתא ע"כ בשכרו בעדים ויש לומר בע"א והעד זוכר הקציצה דדוחק לומר דשכח כמ"ש בגמרא ומסייע לבעה"ב ולכך בפרעון שכירות כיון דאין כאן עד ישבע האומן ויטול אבל בקציצה דשבועה על הבעה"ב מוטל והרי עד מסייעו ולכך הממע"ה ופטור משבועה ולק"מ דלפמ"ש ניחא מה אירי' קציצה כשעד מסייע לבעה"ב לפלוג בדידיה אם עד מסייע לבעה"ב בפרעון ג"כ אין שכיר נשבע דבזה לא תקנו כמ"ש ובפרט לפמש"ל דלמסקנא אף לחכמים לא הוי רק ספק שוכח רק תקנתא לתקנתא עבדינן ומהכ"ת יעשו תקנה כשהעד מסייעו ומעיד כדבריו (ועיין ברמב"ן ריש ב"מ דס"ל אם עד מסייע פוטר אפי' במקום הטוען א"י דהוי ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם עד פוטרו ודלא כרא"ש דסבירא ליה דתו ה"ל ממון ע"ש ומכ"ש בזה הדין):

ובהכי אמרתי דמדוקדקים דברי התוספות בשבועות הנ"ל ד"ה קציצה דכתבו לא קאמר הממע"ה דאי לא מייתי ראיה מפסי' אלא ישבע בעה"ב כדאמרי' לקמן וא"ת ולוקמי בשכרו שלא בעדים ונאמן במגו דל"ש כדאמרי' בסמוך וי"ל וכו' אי נמי דלקמן מוקי ליה בשכרו בעדים דומיא דרישא עכ"ל ודבריו אלו תמוהים מה שייכא זה דאמרי' הממע"ה דישבע בעה"ב מה שהוא גמר' ערוכה להך קו' דלוקמי בשכרו שלא בעדים ויותר תמוה מה חידש התו' בתי' דלקמן מוקי ליה בשכרו בעדים דומיא דרישא דמה חידש התוס' הא זה קוטב הקושיא ועל זה סובב והולך כמ"ש דאמרי' בסמוך ומה חידשו בזה דכתבו לקמן דמוקי ליה בשכרו בעדים הלא זהו הקו' ומתחילה מה קסבר ולבסוף מה קסברי וכמו כן הם דברי תוס' ב"מ ד"ה קציצה וכו' דכתבו לא בעי לשנויא הכא דאירי דשכרו שלא בעדים דהא ע"כ אירי ביש עדים דומיא דרישא דקתני שכיר בזמנו נשבע ונוטל דמוקי ליה רב ושמואל בשכרו בעדים כדאמרינן התם בשבועות בהדיא וכו' ודבר תמוה דהתוס' כתבו בתי' כאלו הוא דבר חדש לומר דבעינן דוקא עדי שכירה ומביאין דברי רב ושמואל בשבועות והלא על זה בנוי כל הקושיא דלולי זה אין מקום לקושי' תו' דמה בכך דליכא עדי שכירה מכל מקום תקנו חכמים לשכיר שישבע ויטול וכל הקושיא בנוי על מילתא דרב ושמואל דמצרכי עדי שכירה וא"כ מה זה דהתוס' בתי' האריכו למעניתם דכך ס"ל לרב ושמואל בשבועות כאלו ראה זה דבר חדש הוא ועוד דנראה מתוך תוס' כמ"ש מהרש"א דס"ל ליתד מוחלט מגו מן מ"מ לכופר הכל ל"א רק בקושי' ס"ל דמיירי בכופר הכל וזה דוחק דכבר כתבו שם דמסתמא איירי בהך אופן דפליג ר' יהודה ע"ש.

ולפי הנ"ל א"ש דודאי בלי עדים כלל אין ס"ד כלל לתוס' להקשות דאיך יובן המשך ברייתא דקתני כיצד בזמן שאמר נתתי לך שכרך אבל אם אמר שתים קצצת וכו' הממע"ה מה אבל שייך אם ישנו עדים בכולם נוטל ואם אין עדים בכולם הממע"ה. רק קו' התוס' דלוקמי בע"א על השכירה וא"כ בפרעון לית ליה מגו דל"ש דאין רוצה להכחיש העד ומגו להכחיש העד ל"א אבל בקציצה בממ"נ הממע"ה דלחזי מה קאמר העד בקציצה אי כדברי בעה"ב פשיטא דלא תקנו חכמים כמש"ל ובפרט בקציצה דכל הטעם משום דמחויב שבועה והא ע"א פוטרו ואי יאמר כדברי אומן ובעה"ב מכחישו א"כ י"ל מגו דל"ש ואי דמכחיש לעד הא השתא נמי מכחיש לעד וסברא הנ"ל שכתבתי בר"י דאין רוצה לישבע לשקר לא ס"ל לתו' בקו' וזהו כוונתם בב"מ ולכך ל"ק הא הוי דומיא דר"י דבכה"ג דבעה"ב מכחיש לעד המסייע לשכיר אף בכופר הכל ס"ל לר"י דנשבע שכיר ונוטל דהא יש כאן ש"ד ולא שייך תקנתא לתקנתא ל"ע דמ"ש מ"מ או להכחיש העד וכן כוונת התוס' בשבועות רק דק' א"כ דמיירי דמסייע לאומן ובעה"ב מכחישו ונאמן במגו כהנ"ל הא מ"מ שבועה בעי להכחיש העד ואיך קתני הממע"ה ולכך א"א לאוקמי בכה"ג ולכך הקדימו התוס' דהך הממע"ה באמת הפי' דאי לא מייתי ראיה משתבע הבעה"ב ושפיר יתכן בע"א וע"ז הקשו קו' שלהם רק המ"מ דייק מלישנא דרב ושמואל דאמרו ששכרו בעדים משמע דוקא ב' עדים וזהו דלא כר"י שהביא הרא"ש ברישׁ ב"מ דעדים ל"ד וה"ה לע"א וע"ז י"ל בכוונת התוס' בתי' בב' אופנים או דס"ל לתו' ודאי אם אין נ"מ בישוב הברייתא ומשנה אורחא דלישנא לומר עדים ול"ד דה"ה ע"א אבל במקום דכל עיקר פי' הברייתא היה סובב ע"כ דאיכא ע"א והוא דיש לחלק בין פרעון לקציצה משא"כ בב' עדים אין הבדל לא ה"ל לרב ושמואל לנקוט בלשונו עדים דמשמע רבים רק בפי' הל"ל ע"א כדי לסבורי לן ברייתא וזהו כוונת התוס' בשבועות וב"מ דרב ושמואל מוקי ליה בשכרו בעדים דומיא דרישא ואי איירי דווקא בע"א לא ה"ל לרב ושמואל למנקט עדים בלישנם ושפיר הביא דרב ושמואל אמרו להדיא עדים ויותר נר' דודאי דייקי ליה להתוס' דיוק דהמ"מ ודלא כר"י הנ"ל רק י"ל כמש"ל כי צריכים לכדי חייו בכופר בכל אבל במ"מ אף דהוא ספק שוכח פשיטא דכשנגדו חייב לישבע כמש"ל באריכות וא"כ י"ל רב ושמואל דבכל גווני איירי אפילו בכופר בכל הצריכו עדים דווקא אבל ע"א לא ואע"ג דהוי מגו להכחיש עד מה בכך מ"מ ליכא כדי חייו דכיון דהוא האמין לבעה"ב ולא חשש אולי יכפור בעה"ב וכמש"ל וא"כ תו ליכא תקנה אבל במ"מ דלא צריכי תו לכדי חייו א"כ ע"א ג"כ מהני דליכא תו מגו דה"ל מגו להכחיש העד והך סברא דהוא האמין לא שייך ולכך רב ושמואל דאמרי אפילו בכופר בכל צריכי למנקט ב' עדים אבל ברייתא

בקציצה דמיירי במ"מ שפי' יש הבדל דבפרעון בע"א השכיר נאמן דהוי מגו להכחיש העד משא"כ בקציצה כמש"ל דהא מ"מ מכחיש העד וזהו קו' שלהם וע"ז תי' דסוף כל סוף רב ושמואל בעי דוקא ב' עדים דקאמרי ששכרו בעדים דייקא ואם כי טעמם משום כופר בכל מ"מ הברייתא דנקט ברישא סתם והלה אמר נתתי שכרך דמשמע אפילו כופר בכל ע"כ איירי בב' עדים כמאמר רב ושמואל וא"כ ודאי הוי סיפא דומיא דרישא דהא סתמא דרישא ע"כ בשני עדים מיירי וזהו מדויק דכתבו דומיא דרישא ולא כתבו דהיינו רישא והיינו סיפא ומה הבדל יש א"ו הנכון כמ"ש דהבדל גדול יש רק מ"מ מדברי רב ושמואל נלמוד רישא בעדים מיירי א"כ מסתמא סיפא נמי איירי בהך וזהו ברור ולכך כתבו ועוד נראה אפילו לא נימא דומיא ה"ל לומר בפרעון במ"מ וע"א מסייע לשכיר דג"כ נאמן ביש ע"א דשכרו או דכך כוונת התוס' להוכיח דע"כ ל"א בכה"ג מגו כמ"ש דאינו רוצה לישבע בשקר דאל"כ באמת אדמחלק בקציצה לחלק בפרעון במ"מ דאית ליה מגו דקציצה ועכצ"ל כמ"ש דאינו רוצה לישבע בשקר וא"כ אף בע"א נמי כמש"ל ודברי התוס' ברורים ולא קשיא מה חידש התוס' בתי' השני היינו תי' הראשון ודוק. הפוך בם בדברי תוס' ועיין היטב בדבריהם ותראה כי דברים הנ"ל עולים במרכז האמת אם כי קצרו בלשון דמיירי בע"א לרוחב בינתם הדבר מדוקדק ואמת עד לעצמו:

יז **נשבע** בעה"ב בנק"ח. הנה הרמב"ם פי"א מהלכות שכירות ד"ח כ' הנותן טלית לאומן ואין הטלית תחת יד אומן ומחולקים בקציצה ישבע בעה"ב רק היסת ולא כתב נק"ח ונתן טעם שאין זה כדין שכיר ואולם בפ"ט מהל' טוען דין ב' פסק באומן שטליתו בידו רק יש לו עדי ראה ואינו נאמן במגו דלקוח ומחולקים בקציצה הבעה"ב נאמן אבל צריך לישבע בנק"ח והרי דבריו סותרים זא"ז וגם בעיקר הדין ק' דהא כל זה דפסקינן דאף בקציצה דמדכר דכיר ומ"מ בעינן שבועה ילפינן ממילתא דשמואל דפסק באומן אומר שתים והלה אמר אחת ישבע דמיירי בכופר הכל הרי דמיירי מאומן ומזה יצא הדין הזה ואיך יאמר הרמב"ם דבאומן אין צריך נק"ח ותמהו המחברים ולדבריו נראה דס"ל דהא דאם מחולקים בקציצה דנשבע בעה"ב אף דמדכר דכיר משום כדי חייו דשכיר כמ"ש הרמב"ם להדיא שלא ילך השכיר בפח הנפש וה"מ באומן שאין החפץ של בעה"ב בידו אבל באומן שהיה חפץ של בעה"ב בידו והיה יכול להחזיקו בפרעון והיה נאמן כדי דמיו והרשהו חכמים לתפוס אותו אשכירתו כמ"ש דלכך אומן ש"ש בהאי הנאה דתפיס ליה אאגריה וא"כ אלו היה תופסו ולא היה מוסרו ליד בעה"ב עד שישלם לו היה נאמן על הקציצה כדתנן כ"ז שטלית בידו נאמן ועל הרוב א"ל מגו ואם הוא עשה שטו' ונתנו לבעה"ב ועכשיו בא בשכרו ומחולקים בקציצה מה כדי חייו שייך כאן הוא הפסיד על

עצמו ולכך פסק דאין לו רק היסת וכל תקנת חז"ל היה על הרוב אבל בשכיר העושה אצל בעה"ב ול"ל תפיסה כלל א"כ חסו חכמים על כדי חייו והצריכו שבועה בנק"ח לבעה"ב במכחישו בקציצה משא"כ במחולקים בפרעון דהטעם דבעה"ב טרוד בפועליו תו ליכא הבדל בין אומן לשכיר דמ"ש הא הטרדות שווים בין בפועל ובין בשכיר (ואע"פ שכתבתי לעיל דאף הא דטרוד בפועלים הטעם משום כדי חייו מ"מ כיון דגם הך טרדא דפועלים שייך באומן לא רצו חז"ל לעשות חילוק והשוו את גזרתם ודוק) ולכך באומן שבאמת החפץ בידו רק מ"מ א"י לטעון לקוח שיש כאן עדי ראה א"כ תו לא שייך הפסיד אנפשיה דמה ה"ל למעבד וכי יסגרנו בחדרי חדרים לאין רואה זה א"א לאומן וא"כ חזר הדבר לשכיר דמ"ש ולכך פסק באמת דישבע בנק"ח דמ"ש ודבריו ברורים וגם מילתא דשמואל דפסק באומן גופיה דישבע בעה"ב הכי מתפרש או דמיירי באומן שמלאכתו אצל בעה"ב או שבאמת בידו רק יש לו עדי ראה כמ"ש דתו שוה דינו לשל שכיר וזה ברור בדין רמב"ם:

אבל עדיין צריך לימוד מנין יליף הרמב"ם דין זה הלא לא עינה מלבו חילוק זה ונראה לומר או דדייק ליה הרמב"ם בפשוט מהא דמשני הגמרא על קו' הממע"ה ישבע מבעיא ליה ומשני לצדדין קתני או ישבע או יביא ראיה ועדיין קשה למה הך דלצדדין הל"ל ישבע וממילא ידעינן באם יש ראיה שאין אחר ראיה כלום ועיין בתוס' סוף פרק המניח דהקשו ג"כ קצת כזו ולכן ס"ל לרמב"ם דכך הפי' דהך ברייתא דרבה ב"ש בקצץ בשכיר אתמר ולכך פריך מיניה אבל אף דברייתא נקט שכיר בלישנא מ"מ אומן העושה כלים בתוך ביתו נמי איירי ושם אין הדין דישבע בעה"ב כמ"ש הרמב"ם ולכך נקט בברייתא סת' הממע"ה ולצדדין דאיכא דצריך שבועה ואיכא דאינו צריך שבועה ולכך לא פסיקא ליה וקתני הממע"ה זהו חד' ועוד י"ל דס"ל לרמב"ם הא דקתני הממע"ה ולא קתני ישבע משום דקמ"ל הממע"ה מי שהוא מוציא על שכנגדו הראיה ואם האומן תפוס בכלי ויש לו מגו על המוציא שהוא בעה"ב להביא ראיה וקמ"ל בזו דאומן נאמן אם תפוס בכלי ויש לו מגו ולכך קתני הממע"ה וכ"כ התוס' והרא"ש ב"ק דף ל"ה ע"ב ד"ה הא לא כו' וס"ל לרמב"ם כמש"ל בנ"י דהא דפריך הגמ' וכי שכיר עובר בבל תגזול היינו דה"ל לתקן עכ"פ שבועה על בעה"ב ומשני חזקה אין שכיר משהה שכרו וכמו שכתבתי לעיל וא"כ קשיא ליה לרמב"ם הא דקתני בברייתא דר"י קצץ כ"ז שהטלית ביד אומן על הבעה"ב הראיה נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו הממע"ה וקשיא ליה קושית התוס' הא שהה דעבר י"ל כמ"ש התוס' בב"ב דהרשוהו אבל הא שהה וכ"ת דמה בכך הא איכא חזקה נגד חזקה ואין כאן אלא חיוב שבועה כמש"ל וכאן באמת נשבע א"כ מאי הממע"ה ישבע

בעה"ב מבעיא ליה דהא בזה ל"ל דלכך קתני אם האומן מוחזק דהא על נתנו לו קתני וכבר קתני בזמן דביד אומן דנאמן בכדי דמיו ולכך ס"ל לרמב"ם הך ברייתא איירי בכופר הכל נמי כגון דאמר הילך וכמש"ל דמ"מ לר' יהודה ה"ל מודה מקצת וחייב שבועה וא"כ דאיירי בכ"ה אין כאן שבועה דהא דפרכינן לעיל בפי' הנ"י דה"ל ברי וברי וה"ל לחייב שבועה היינו משום כדי חייו דאל"כ ברי וברי מה טיבו של שבועה וא"כ באומן דליכא כדי חייו כמ"ש דהפסיד אנפשיה דמסר משכון שלו הדרן לד"ת וכיון דהוי ברי וברי מה שבועה יש ולכך קתני הממע"ה דלא אפשר למתני לישבע דבכופר הכל אין כאן שבועה ודוק ועוד דרך אחר דקשיא ליה לרמב"ם מה דפריך בגמ' א"ה קצץ נמי מילת אי הכי משמע דקאי דוקא בתר דמשני בעה"ב טרוד בפועלים וצריך לומר כמ"ש הר"ן וכ"כ מהרש"א שבועות בתוס' דבשלמא אי הטעם משום כדי חייו גבי קצץ לא שייך זה אבל אי אמרינן בעה"ב טרוד בפועלים א"כ אפילו קצץ נמי וזהו ניחא לשיטת התוס' דס"ל ברי"ף דבכופר בכל לא ישבע בעה"ב בקצץ אבל לפי שיטת הר"י הלוי וסייעתו דאפילו בקצץ וכופר הכל ישבע בעה"ב והטעם משום כדי חייו ש"מ דאף בקציצה שייך כדי חייו ואם כן עדיין א"ה לאו מיושב ועוד קו' מה פריך הגמרא א"ה קצץ נמי הא בקצץ אי אתה מוצא דיתקנו חז"ל רק באופן דהיה לו עדים ושכחו הקציצה דאל"כ הא יש לו מגו דל"ש ואין לך דבר דלא שכיח יותר מז' דישנו עדים ושכחו וכי על זה יתקנו חז"ל תקנה בדבר דלא שכיח כזה ולעיל פריך וניתב ליה בעדים ומה קושיא דלמא ישכחו עדים אלא דשפיר פריך דזה לא חיישינן וא"כ ה"ה הכא ואם לעיל פריך וניתב ליה בעדים על בעה"ב מכ"ש די"ל כאן מה צורך לתקנה יקצץ הפועל בעדים ואי דטריחא ליה מילתא הא בלא"ה צריך עדים דאל"כ לא יועילו חכמים בתקנתן וא"כ מה זה קושיא ועיין מש"ל מזה ראיה לשיטת הר"י הלוי ז"ל ולכן ס"ל לרמב"ם דבאמת משכיר לא קשיא רק מאומן שנוטל כלי של בעה"ב לביתו בזו שפיר י"ל דטריחא ליה מילתא ליטול בעדים ואי ק' א"כ בלא"ה יש לו מגו דל"ש הא ל"ק דהא יכול להחזירו לו בעדים וא"כ תו לא מצי למימר לא שכרתיך דמה בעי כליו ביד האומן אם לא נתנו לתקנו וזה פשוט אבל על קציצה לא יש עדים וא"ש ולפ"ז דהקושיא מאומן שפיר יתכן אי הכי כמ"ש הר"ן ותוס' דבל"ז ה"א משום כדי חייו וזה לא שייך באומן דבאומן באמת לא שייך כדי חייו כמש"ל דאיהו אפסיד אנפשיה ובאמ' בקצץ אין בעה"ב נשבע אבל השתא דאמרת טריד וכו' פריך שפיר ומשני מדכר דכיר ודברי הרמב"ם מוכרחים:

סימן צ

א **הנגזל** כיצד הרמב"ם וכן הטור כתבו דזה קנס חכמים לגזלן וכו' והקשו הש"ך ולח"מ כיון דה"ל חשוד והוא כופר בכל ועדים מעידים שנטל קצת א"כ ה"ל ר"ח קמייתא ומחויב לישבע ש"ד וא"י דה"ל חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל וא"כ אין צריך לתקנת נגזל רק הוא בכלל התקנה חשוד שכנגדו נשבע ונוטל ותי' הלח"מ והש"ך דעל הכלים שמעידים עדים והם בעין אע"פ דהיא אומר שלי הם מ"מ הואיל ולא מהימן ה"ל הילך והש"ך תי' דזהו דיהיה נעשה חשוד זהו מהקנס. ותי' השני דחוק מהך דלקמן סעיף ה' דמה קנס יש שם שעי"כ נפטר בלי כלו' ויאמר הנגזל א"א בקנס הזה ותי' הראשון אין מספיק ברמב"ם דס"ל דפקדון לא הוי הילך ואינו נקרא הילך עד שיתננו לו בב"ד ויאמר טול ולך וזהו פה כופר ובאמת כבר קדמם התוס' להקשות מה איכא בין רבנן לר' יהודה דאמר עד שיהיה שם הודאה מקצת הא אף לרבנן הוי הודאה מדר"ח קמייתא ותירץ התוספות דאיכא למימר שהחזיר כבר אותן כלים שראהו עדים. ויפה תי' ולא תי' כמ"ש המחברים הנ"ל דה"ל הילך דא"כ יקשה לר"ח דס"ל דעדים הוה כמ"מ וס"ל הילך חייב הך משנה איך מתוקמא. איברא דעדיין הקושיא לר' יהודה דס"ל דבעינן הודאה במקצת ולא תקנו כשהחזיר א"כ מה צורך לתקנת נגזל כלל היינו חשוד ודוחק לומר למאן דס"ל הילך חייב ס"ל דאם טענו מנורה גדולה של זהב וכוס של כסף ועדים ראהו כוס של כסף או שהודה בכוס של כסף ה"ל הודאה שלא ממין טענה די"ל דס"ל טענו בחיטין ושעורים והודה לו באחד מהן פטור ולדידן הא הילך פטור וי"ל דר"י מיירי בהילך כמ"ש הר"ן וכתבתי בסי' הקדו' דר"י מחייב בהילך ולק"מ לשום מ"ד מיהו באמת אין כאן קו' כלל דהא אפילו אשתו של שומר נשבעת ונוטל אם כן אין שבועה דאורייתא כלל דהא לא טענו ברי ובהוגד לי ע"פ פסול לעדות לכ"ע ליכא ש"ד. וגם אפילו הוי ש"ד שכנגדו נשבע ונוטל והיינו התובע אבל אם אין התובע יכול לישבע וכי יכול העד לישבע עבורו או אשתו ובני ביתו נשתקע הדבר ולא נאמר וכאן ע"פ אמירת אשתו של שומר קנסו והיא אשתו של שומר נשבעת וקנס גדול הוא זה. וקושית התוס' אינו רק בלשון דקתני עד שיהיה הודאה במקצת משמע דלת"ק לא הוי הודאה במקצת ולכך הקשו מדר"ח קמייתא אלא דבאמת לא הבנתי תי' התו' דתי' דכבר החזיר מה שהעידו עדים וכ"כ במרדכי דעדיין קשה ר"י דאמר עד שיהיה מ"מ כיצד הוא אומר נטלת שנים והוא אומר לא נטלתי אלא אחד היכי מיירי אי דכבר החזיר לו מה מ"מ יש כאן ובשכיר אם מודה בא' שקצץ וכבר פרעו היש כאן מ"מ לר' יהודה ואי דלא החזיר א"כ מה איריא דמודה בא' אפילו כופר הכל הא עדים מעידים שנטל וה"ל דר"ח קמייתא. ולא ה"ל לר"י לומר רק עד שיהיה

בלתי מוחזר שום דבר ולאפוקי מת"ק דס"ל דאפילו החזיר כבר אבל הודאתו אין נ"מ ואין מעלה ומוריד. ואם אמרינן דר"י פליג אר"ח קמייתא דס"ל כר"ג בטוענו בחיטין והודה בשעורים דחייב וליתא לדר"ח כמבואר שם בב"מ א"כ אין כאן התחלת קושיא ודוחק לומר דודאי מדר"י לא קשה די"ל דפליג אדר"ח רק אי רבנן ס"ל כר"ח א"כ אף הם לא ס"ל תקנת נגזל רק במ"מ רק ר"י ס"ל דהך העדאת עדים לא הוי מ"מ א"כ מה זה דקאמר עד שיהיה שם מקצת הודאה הא ת"ק נמי ס"ל כן והל"ל עד שיהיה הודאה מפי עצמו ולכך סבירא ליה לתו' דלרבנן לא בעינן הודאה כלל דכבר החזיר ואם כן מתוקם לישנא דר"י שפיר ומ"מ ר"י גופיה לא סבירא ליה כר"ח רק כר"ג ס"ל וזה דוחק:

ובאמת לולי לישנא דתו' כגון דהחזיר לו ה"א דלא מיירי התוס' שהחזיר לו דחזרה זו מה טיבו הא נאמר במשנה לא נטלתי ודוחק לומר דפי' לא נטלתי יותר אבל תוס' ס"ל כדעת הסמ"ע לעיל סימן ע"ה דר"ח קמייתא מיירי דוקא בעדים מעידים לא זז ידינו מידו ודאי לא פרע אבל אם מעידים שהלוהו וא"י דפרע רק אנן אמרי' הואיל וכופר ואומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי בזו ליתא לדינא דר"ח וע"ש שכתבתי די"ל תו' והרא"ש ס"ל כן ואם כן אמת מעידים שנטלו רק הוא יכול לומר החזיר דהגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדים וכמש"ל באריכות רק כיון דהוא אומר לא נטלתי ה"ל כאומר לא החזרתי הא תו ליכא ר"ח קמייתא דמפי עדים לחוד אין כאן חיוב וזהו כוונת התוס' כאן דאיכא לאוקמי כגון שכבר החזיר לו פי' ע"פ העדאת עדים הא מצי לטעון כן רק פיו הכחישו ואין זה ר"ח קמייתא וא"ש ולכך בעי ר' יהודה דוקא שיודה נטלתי אחת וכיון דלא טען החזרתי הרי מודה דיש לו והרי זה מ"מ גמור וזה נכון אלא דמילת כגון דחוק בתוס' דהא באמת לא החזיר אבל באמת לשיטת הסמ"ע זה תי' נכון וצ"ע ואין לומר כיון דעדים ראהו שנטל ולא ידעו כמה אם קטן או גדול איך ה"ל כהודאה הא בהודאה בעינן שיודה בדבר שבמדה ומנין די"ל כיון דאמרו א"י ה"ל המעידים להדיא דאינו חייב לו רק פרוטה וזהו כתי' הרמב"ן ולא כתי' הרא"ש אשר כתבתי לעיל סימן ע"ב ע"ש בתומים ס"ק כ"ה ע"ש ודוק. וגם צריך לומר דהקו' של הש"ך והלח"מ היא הכל לשיטת רבותיו של רמב"ם דס"ל דאף בכל הני הנשבעים ונוטלים בעינן כפירת ב' כסף משא"כ לרמב"ם דס"ל דסגי בפרוטה בלא"ה לק"מ דאי משום חשוד שכנגדו נשבע ונוטל אתינן עליה מכח ש"ד א"כ בעינן ב' כסף מלבד מה שעדים מעידים ופשו':

ב **נשבע** בנק"ח וכ' הש"ך דמה שהעידו עדים צריך להחזיר בלי שבועה וזה פשוט ונכון וגם כתב בשם בעה"ת והר"ן בכל אלו דנשבעים ונוטלים היינו דאיכא עדי ראה אבל בדליכא עדי ראה דנאמן החזרתי דקי"ל הגוזל חבירו בעדים א"צ להחזירו בעדים יש לו

מגו דההחזרתי ויכול לומר שלי נטלתי והם דברים נכונים אלא שהרב הש"ך בס"ק ג' פירש אי איכא עדי רא' על אותן כלים שהעידו עדים ר"ל על מקצת כלים א"צ ראה לכל הכלים דלא מהני תו מגו דכבר הוחזק גזלן וחייב לישבע על השאר עכ"ל ואני תמה הא זה ברור דאף דהוא מחזיר מה שראו עדים ד"מ שהעידו בבירור שנטל שנים והשאר א"י והחזיר השנים דמ"מ צריך לישבע על השאר. כמ"ש התוס' להדיא הבאתי בס"ק שלפני זה דרבנן מיירי שהחזיר מה שראו עדים וכ"כ המרדכי וכן הדעת מסכים דאל"כ בטלת לתקנת נגזל כיון דמה שראו עדים מחויב להחזיר להנגזל וא"צ נגזל שבועה כלל א"כ למה יהיה הגזלן שוטה ולא יחזירן תיכף כדי שתו לא יהיה הנגזל נשבע ונוטל ביתר כלים שטוען עליו דהא לא סגי בלא"ה שצריך להחזירן וצ"ל דאע"פ דמחזירן מה בכך מ"מ גזלן הוא דחבל יחבל רשע וכו' ועיין לעיל סימן מ"ו דאפי' עשה גזלן תשובה מעליא לא מכשר עד שיעידו עליו בב"ד ועיין לעיל ס"ס ל"ד וא"כ אם מחזירן מ"מ ה"ל גזלן ועל הנשאר נשבע הנגזל ונוטל ואלו לא החזירו רק טוען שלי הם ונאמן במגו דההחזירן לא יהיה יכול הנגזל לישבע וליטול א"כ בטלת למגו ומה מגו דחזרה יש הא בחזרה נגזל נוטל בשבועה ובטענה כזו לא יטול ועכצ"ל דגם בזה נשבע ונוטל א"כ הא דהצריכו הפוסקים ראה נפל בבירא לשיטת הש"ך. ואין לומר דאם יש עדי ראה על הך דמעידים א"צ עדי ראה על הנשאר דטען עליו דכבר הוחזק גזלן אבל אם אין עדי ראה או דבאמת כבר החזיר לו בעינן עדי רא' על הנשאר שטען עליו. דבממ"נ אם יש לו תואר גזלן אף דההחזיר א"כ למה צריך עדי ראה בשארי כלי' ואם אין לו תואר גזלן אף דראה בשאר כלים מה מהני הא אין כאן גזלן דנשבע ונוטל הנגזל ולכן נראה ברור כי לענין מה שעדים מעידים שנטל בעינן ראה דליקח הנגזל בלי שבועה וכן אף דיש עדי ראה למה שהעידו העדים דראהו כלים מיוחדים ועל הנשאר מה דטענו ליכא עדי ראה לא נשבע הנגזל דלא תקנו במקום דיש מגו דהא אין בגזל נשבע ונוטל רק שגזלן אבל אם מודה לנגזל שגזלן רק החזירם לו ע"ז לא תקנו שבועה וא"כ ה"ה ביש לו מגו דההחזרה לא תקנו שבועה. משא"כ אם יש עדי ראה על הנשארים שאין עליו עדים אף דעל אותן כלים שראהו עדים ליכא ראה מ"מ נגזל נשבע ונוטל דמה בכך דההחזירן כמש"ל מ"מ גזלן הוא וא"כ ה"ה למגו דההחזירן. ואפשר דמ"מ על אותן כלים אין הנגזל נאמן בשבועה דלא תקנו שבועה אלא בדבר דלית ביה מגו רק מחולקים אי גזלן או לא עכ"פ זה ברור דעל הנשאר אי ליכא עדי ראה אין הנגזל נוטל ודלא כש"ך. וכן משמע להדיא בדברי בעה"ת שער מ"ט ח"ז דכתב דכיון דעדים מעידים שנטל ה"ל גזלן וכיון שאין לו טענת מגו לא מהימני' ליה ותקנו שישבע ויטול הרי מורה פשטן של דברים להדיא דעל מה שנשבע הנגזל ליכא טענת מגו וכן מורים ג"כ

דבריו בשער הנ"ל חי"ב שכתב שכל מה שכתבנו שנאמן הנגזל על הגזלן ואין יכול לומר בחובי תפסתי וכו' מסתברא שכל דיני שמועות הללו מיירי בשראה והדברים מורים באצבע שבכולם בעינן ראה ולאו דוקא ראה דקשה לצייר בכלים שיש בהם הכחשה אי נטלם או לא ראה רק דהתרה בו בשעה שנכנס אל תחזירי לי רק בעדים או שלא היה הנגזל במעמד וכדומה שלא יצייר בו החזרה וכהנה רבות אופנים מיהו כל זה בשאין כאן שבועה דאורייתא הן במ"מ או מכח ר"ח קמייתא כמש"ל בס"ק א' אבל ביש כאן חיוב שבועה תורה של מ"מ לגזלן א"כ מה בכך דאית ליה על הכלים הנשארים מגו מ"מ מחויב שבועה במ"מ דסוף כל סוף מודה במקצת כלים ומה לי אם אומר על הנשאר להד"ם או שלי או החזרתי מידי ש"ד לא נפטר וכיון דהוא חשוד שכנגדו נוטל בשבועה וכמ"ש בס"ק הקדום ודוק:

ג **ונוטל** דע כי הטור בסימן זה אות כ' כתב הך מימרא דראו נכנס לבית חבירו וכו' והתנה שלשה תנאים כמבואר בגמרא וכמבואר לקמן סעיף י"א וכתב וכל הני תנאים וחלוקים שייכים אף בנגזל שנכנס אחד לביתו למשכנו וכו' אלא דזה איכא בינייהו דהנגזל צריך לישבע בנק"ח ליטול כעין של תורה והכא כל היכי דבעה"ב נאמן נוטל בלי שבועה מיהו היסת צריך וזהו לדעת הר"י הלוי והרמ"ה אבל ר"ה גאון כתב שאין חילוק ביניהם כלל ואף אלו אינן נוטלים אלא בשבועה כעין של תורה עכ"ל והרב הש"ך השיג על הטור במה דס"ל דאפילו גילה דעתו דנכנס למשכנו מ"מ אין בעה"ב נאמן רק באופנים הללו שאין עשוי למכור כליו ואין דרך להטמין והכלים אין עשויום להטמין דהא בהאי בקרא דאמרינן אית ליה סהדי דתפסינהו כתבו התוס' והרא"ש דאי תפס בעדים תו לא מהימן לומר לקוח או בחובי תפסתן ואיך יחלוק הטור אתו' והרא"ש ולדידי עדיפי ה"ל להקשות מנסכא דר"א דאמר אין חטפתי ודידי חטפתי דאינו נאמן והטור בעצמו הביאו ודוחק לומר דמיירי דאמר דחטפו דחייב לו דלשון דידי חטפתי לא משמע כן ובפרט להר' הש"ך דסבירא ליה דאין חילוק כלל בין שלי הוא או אומר בחובי לקחתי'. ולכן צריכים אנו להבין דברי הטור דיש להבין במה מיירי הטור דנתן זה החילוק בין נגזל ובין הך דראהו שיצא וכלים תחת כנפיו אי על אותן כלים שהוציא וראו עדים הא כתב הרי"ף להדיא דבזה אין צריך שבועה כלל כיון דאיכא עדים ואיך יחמיר הטור להצריך עוד שבועה בנק"ח ואי על אותן כלים שאין מתברר בעדים קשה לומר בראהו טוען כלים מתחת כנפיו שיוכל לטעון על כלים שלא ראהו עדים דבר זה לא מצינו בשום פוסק רק בשערי שבועות דר"ה גאון ושם נזכר דבעי עכ"פ נק"ח. דבמם"נ אי אתה מחייבו בכלים שלא ראהו עדים ע"כ מכח דינו דמשנה אתינן עליו הנגזל נשבע ונוטל ואף אתה תצריכו

שבועת המשנה ומהכ"ת יעלה על לב שום פוסק להאמינו ליטול מה שאין עדים מעידים בבירור בשבועת היסת. ומ"ש הב"ח לחלק בין בחובי נטלתם ללקחתם כבר השיגו הש"ך דמ"ש ובפרט כמ"ש דאם באים אנו להוציא מה שאין עדים ע"כ מתוך תקנת המשנה אתינן עליו ואיך ס"ד לומר דאין כאן שבועת המשנה. ועוד העיקר למה יהיה יפה כח מי שאמר שנכנס למשכן שהוא גזלן גמור שאין הנגזל נוטל רק בנק"ח ואלו בסתם שראהו יוצא יטול הנגזל בהיסת: ולכן ברור או דכך הפי' בטור ולצדדין קתני בודאי נגזל דקתני במשנה דנשבע ונוטל היינו בכלים שאין העדים יודעים דבאלו שהעדים יודעים אין צריך שבועה כמ"ש הרי"ף וכ"כ הש"ך ובראהו טען כלים טמון תחת כנפיו אין כל נאמנות של בעל הכלים רק על מה שראהו טען ובהו צריך תנאים הנ"ל שאין עשוי למכור כליו וכו' וכתב הטור ע"כ הדמיון דכל הנהו חלוקים דאמרו כאן בראהו טעון וכו' על כלים הללו שראהו עדים נאמרו ושייכא ג"כ בנגזל שנכנס וכו' רצה לומר על אינך כלים שאין עין העדים שוזפתן וראהו דמה ששייך כאן בכלים שראו עדים שייך שם בנגזל בכלי שלא ראהו עדים. ובזה כ' שזה איכא חילוק ששם דמיירי כלי שלא ראהו עדים צריך נק"ח אבל כאן דמיירי בכלים שראהו עדים וזהו שדייק כל היכי דנאמן הבעה"ב והיינו בכלים שראו עדים בזו אין צריך נק"ח רק היס' וזהו ברור דכאן אין מציאות לנק"ח דהא אין נוטל רק מה שראהו עדים ולכך מסיים דר"ה גאון סבירא ליה שאין חילוק ביניהם כלל אלא הכא נמי יטול בעה"ב בנק"ח היינו דר"ה גאון סבירא ליה דבכל גוונא במה שראהו עדים הן בנכנס למשכנו והן בראהו עדים סתם כל מה שראהו אין צריך שבועה רק לטעון יותר ממה שראהו בכל גווני ג"כ הן בנכנס למשכנו והן ראהו עדים נשבע בעה"ב בנק"ח ונוטל. וזהו מאמרו של הטור דלר"ה אין חילוק ביניהם דבממ"נ במה שראהו עדים נוטל בלי שבועה ואפילו היס' לא מצריך ויותר ממה שראהו בכל ענין צריך נק"ח ואין כאן היס' כלל ועיין בשערי שבועות לר"ה גאון ותראה להדיא דס"ל כך והדבר כמ"ש:

ומעתה לפי פירוש הזה אין קושית הש"ך מהך בקרא חלה כלל דמודה הטור בכלים שראהו עדים אין צריך חילוקים הללו ולעולם אין נאמן לומר דשלו הן והן של נגזל בלי פקפוק רק כל דברי הטור בשארי כלים דיטול הנגזל בשבועה מה דלא ראהו עדים בזה מצריך הטור דקדוקים ותנאים הללו ואין כאן קושיא מהך דבקרא כלל. ואמת כי בלא"ה קושית הש"ך מהך דבקרא לק"מ בשנבין דברי הרמב"ם דפסק בהל' גזילה ואבידה פ"ד בהך דינא דראהו עדים שנכנס למשכנו ויצא וטעון כלים והגזלן אומר לא נטלתי ולא היה תחת כנפי אלא כלים שלי דצריך הנגזל לישבע אף דהיו עדים רואים דלא היה מתחילה תחת כנפיו כלום ובהכרח דמתוך ביתו של נגזל לקחו מ"מ אין הנגזל נוטל אלא בשבועה

ואלו בפרק ההוא הלכה ט"ו כ' דאם ע"א ומכ"ש שני עדים ראהו חוטף זהובים ואינם יודעים מנינם והלה החוטף אומר עשרים היה רק הם שלי חייב לשלם כל עשרים ונוטל הנחטף בלי שבועה כלל וקשה למה לעיל דגם העדים אין יודעים כמה כלים והוא אומר כך וכך נטלתי רק הם שלי למה יצטרך הנגזל שבועה וכ"כ הסמ"ע בס"ק ג' דשלי נטלתי היינו מתוך ביתו של נגזל שהיה בפקדון אצלו ואפילו נימא דמכחיש לעדים מ"מ בראהו עדים מוציא כלים מה נ"מ בדבריו הא עדים רואים יוצא מלא ונכנס ריקם וע"כ מתוך בית נגזל נטלם וא"כ בהך בבא דאין הכחשה ביניהם בסך הכלים רק אם הם של גזלן או של נגזל יטלם בלי שבועה אף דעדים לא ראו כמה כלים נטל כמו בהך זהובים וגם הש"ע פסק הך דינא לקמן בסימן שס"ד ס"ה וקשיא לכאורה. וצריך לומר דאם עדים היו במעמד החטיפה ולא אמר קודם החטיפה ראו ששלי אני נוטל בזו הכל בחזקת הנחטף ואפילו שבועה א"צ אבל כאן לא היו העדים בבית רק שמעו קודם הכנסו בבית שגזי' למשכן של חבירו ואח"כ ראהו יוצא טוען כלים אבל לא היו במעמד נטילה א"כ י"ל דכל אמירה היה גוזמא והיה לו פקדון מיוחד בבית ההוא ומעולם לא בא לידו בתורת חטיפה וגזל בזרוע ויד רמה ולכך אין גובה רק בשבועה ולא דמיין זה לזה כלל. ולפ"ז גם מההיא דבקרא ומנסכא דר"א לא קשה על הטור כלל דהא אין כאן במעמד החטיפה ולק"מ ואפשר דס"ל לטור דבעינן כל הנך שלשה תנאים כיון דלא היה חטיפה בעדים וגם אפילו מה דמכירים העדים ג"כ אין מחזיר אלא בשבועה ואין סתירה מדברי הרי"ף שכתב דבמה שראו עדים נוטל בלי שבועה דהיינו באומר לא נטלתי וכל האומר לא נטלתי מודה דאין שלו והרי מכחיש עדים דראהו נוטל ובזה מחזיר בלי שבועה וכן דעת התוס' דהקשו דמקצת כלים ה"ל ר"ח קמייתא ש"מ דמחזירן בלי שבועה דאל"כ דצריך נגזל שבועה לא דמי לדר"ח קמייתא וזהו הכל במשנה דקתני לא נטלתי אבל במודה דנטל רק שלו הם שהיו בפקדון ועדים אין מכחישים א"כ אפשר דצריך נגזל שבועה לכל הכלים אפילו על מה שוודאי נטל כגון כלי אחת. אף דאין לו מגו דמה בכך מ"מ כיון דלא בריר לן זו ואחזיקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן ובזו שאמר שנכנס למשכן לא אתחזק כ"כ בגנב כמ"ש הש"ך ג"כ ולכך בעי שבועה. וא"כ י"ל דברי הטור לקמן בפשוט ואין צריך לומר ע"צ הדמיון רק פשוט דמירי הכל מכלים שראהו עדים ומ"מ בעי הנך תנאים ושבועה כמ"ש אלא אדרבא שם חמור דכאן הואיל ולא אתחזק כ"כ בגנב רק הואיל וגזים צריך שבועה בנק"ח אבל שם בסתם נכנס והוציא דטוענים עליו שאולים או גנובים ואתחזק לגנב אין צריך נק"ח רק היסת: וזה הפי' מרווח ביותר בטור בפשוט אלא דדחיקה לי מ"ש הטור אבל ר"ה גאון ס"ל שאין חילוק ביניהם כלל

דהכא נמי לא יטול בעה"ב אלא בשבועה בנק"ח ואי אירי הכל בכלים שראהו עדים נהפך הוא דר"ה ס"ל במה שראו עדים מחזיר בלי כלום והל"ל הכי אבל ר"ה סבירא ליה דבזה אין צריך שבועה כלל. ולכן יותר נראה כפי' הראשון ומודה הטור דכלים שראו עדים נוטל בלי שבועה כמ"ש ר"ה גאון וכן משמע מדברי הרי"ף ותוס'. ועכ"פ אין כאן שום קושיא והשגה על הטור כלל כמ"ש הש"ך. ועתה נשוב לדברי הסמ"ע כי קשה ליה לסמ"ע לומר דהטור דהתחיל ברישׁ הסימן וסתם כמ"ש הש"ע דנגזל נשבע ונוטל בין יאמר כך ובין יאמר כך ואלו לבסוף באות כ' כתב דכל הני דקדוקים שיהיה אין דרכו להטמין וכו' שייכים בנגזל דלעיל ולמה לא כתבי תיכף ברישׁ הסימן ולכך ס"ל לסמ"ע לחלק בין האומר אמת נטלתי ושלך היה רק לקחתי אותם שם בביתך הוא דצריך תנאים הללו דאין זה נגד עדים ונגד החזקה כל מה שהוא בבית אדם הוא שלו דהא באמת היה שלו ולקחו אבל בטוען לא נטלתי או שלי נטלתי והיה פקדון שם וזהו נגד החזקה בזו אין נאמן ואין צריך לתנאים הללו והוסיף הסמ"ע לומר דאפי' באומר בחובי נטלתי ג"כ אין צריך לתנאים הללו ואינו נאמן ונגזל נשבע ונוטל. והרב הש"ך השיג דגבי חוב מה נגד חזקה יש מ"ש בחוב ומ"ש לקוח. וגם טען האומר שלי הם למה לא יהיה לו מגו דלקוח ואי דהוה נגד חזקה דכל מה שהוא בחזקת אדם וכו' א"כ אף עדי ראה לא יהיה צריכים דלית כאן מגו דהחזרה דהוי נגד חזקה. וגם הבעה"ת כתב להדיא בשער מ"ט ח"ט דבמקום דלא שייך הנך תנאים אפילו בחובי תפסתי נאמן. ובאמת לפי הטעם שנתן הסמ"ע משום דה"ל מגו במקום חזקה יפה הקשה הש"ך. אבל נראה כדבריו ולא מטעמיה דודאי האומר שנכנס לבית חבירו למשכנו בעדים ושהיה אח"כ בבואו לביתו לוקח ממנו כלים לא שכיח כלל עד שמפני זה הלא סתימת דברי פוסקים דלא כטור דכאן אין נאמן אפילו ליכא תנאים הללו הנאמרים בסי"א. רק ס"ל לטור מה בכך דלא שכיח אם הוא טוען עכ"פ לקחתי ממנו אין לגרוע הימנותא דיליה ומי יוציאו ממנו אלא בשיש תנאים הנ"ל אבל בטוען שלי הם דיהיה לו מגו דלקוח והך גופיה לא שכיח כלל ומגו דל"ש כלל לכ"ע לא אמרינן כמבואר בכללי מגו ולכך לא אמרינן ואין כאן ראיה ממ"ש מגו דהחזרה דהחזרה שכיח וה"ל מגו אבל כאן ה"ל מגו דל"ש ודבר זה מבואר לר"ה גאון שכתב תחילה שער ראשון הנכנס לתוך ביתו למשכנו וכו' ושער שני ראוהו שהטמין כלים וכו' וכתב הדקדוקים והתנאים שצריכים בכך ולבסוף כתב ויש הפרש בין השער השני לראשון כי הראשון בדרך משכון נטל וא"י מה נטל והוא כופר ואמר לא נטלתי והשני טוען שלי הוא וראוי לדקדק זה הדקדוק ואח"כ ישבע ויטול עכ"ל הרי דמחלק להדיא דלכך בנכנס למשכנו א"צ לתנאים ודקדוקים כאלה היותו כופר ואמר

לא נטלתי אבל בראהו יוצא דצריך לתנאים משום דאמר שלי הם וברצון לקחתי כמ"ש מקדם זה אומר שאולים וזה אומר לקוחים. הא אלו בשער ראשון היה או' לקוחים הם היה ג"כ צריך לתנאים ודקדוקים דכל החילוק הוא בין כופר למודה ע"ש. וצ"ל בקושית הש"ך דלמה לא יהיה לו מגו בכופר וא' לא נטלתי יותר מאלו טען אמת נטלתי ולקחתי ועכצ"ל כמ"ש דהוא מגו דל"ש לא אמרי' ודינו של הסמ"ע מבואר בר"ה גאון וזהו ברור דהטור לא עינה מלבו לומר דגם בהך דנכנס למשכנו בעינן תנאים הללו מה דלא מצינו לשום מחבר ואין זה דרך הטור אבל ברש"י מבואר ההיפך דרש"י דשם בשבועות דמשני ר"י על המשנה דמיירי בראהו נוטל כלים תחת כנפיו והיה גירסא ישינה דאמר ר"י ראהו שהטמין כלים וכו' ומחק רש"י דאמר ר"י וגרס אמר ר"י ואלו כפי' הטור בסתמא כמ"ש הש"ך הא גיר' דאמר צריך להיות דמוסב על מילתא דר"י והמשנה דצריך להיות כל התנאים ג"כ במשנה והכל חד דינא אית ליה וגם הרי"ף כ' שם בשער ד' דהך מימרא דרב יהודה ראהו וכו' אין ענין כלל להך דנגזל נשבע ונוטל ע"ש. ואם כן איך יסתום הטור נגד דבריהם מאין עמוד גדול להשען עליו. אבל ברור שנשען על רבינו האי גאון דסבירא ליה להדיא לחלק כמ"ש בין כופר לאומר לקחתי כמ"ש ועל זה סמך יסודתו בהררי קודש ואם כי זה נכון מ"מ באומר בחובי נטלתי דדעת הסמ"ע גם כן דסבירא ליה לטור דאין צריך תנאים הנ"ל בזה אני מסופק דודאי אי הדין דהאו' על חפץ אחד והוא בידו משכון הוא. נאמנתו משום מגו דלקוח דבלי מגו הואיל ומודה דחפץ אינו שלו לא היה נאמן א"כ הנכון עם הסמ"ע כמ"ש דכאן ליכא מגו דהוי מגו דל"ש וא"כ אין טענת הש"ך מבעה"ת הנ"ל כלום דבעה"ת מיירי בלי נכנס למשכן רק סתם ראהו יוצא וכו' וזה שכיח לקנות דהא ליתנהו לכל התנאים הנ"ל ושכיח לקנות וא"כ אף בחוב תפסתי' נאמן במגו דלקוח משא"כ בזה דלא הוי מגו אבל אני מסופק דלמה צריך מגו כיון דחפץ בידו כמו די"ל לקוח ואין צריך למגו כן י"ל משכון או תופס אני לחובי בלי מגו וא"כ ליתא לדינו של סמ"ע. ובאמת אין לסמ"ע ראיה והכרח דאף באו' בחובי תפסתי דסבירא ליה לטור דאין צריך תנאים הנ"ל דהא בריש סימן לא הזכיר הטור כלל דטוען בחובי נטלתי רק כל הכרח הסמ"ע מהך דכתב הטור בסעיף ה' בע"א או שאומר בחובי נטלתי דאין נעשה גזלן ע"פ עד ומזה דייק הא בשני עדים נוטל וש"מ דאף בחוב הדין כמו שנזכר בריש סימן ואין זה דיוק דהטור מילתא דפסיקא נקט דבשנים היה הדבר תלוי אם יש בו כל התנאים הנזכרים או לא אבל בע"א פסק ואומר בכל גווני אין נגזל נוטל ולכן הדבר ספק אבל במש"ל ברור ודברי הגאון שכל דבריהם קבלה מסייע. ובפרט שהוא רק תקנת חכמים ולא דינא ובכל ספק יש להקל על הנתבע:

ד ה"ז נשבע וכו' ז"ל הרמב"ם בהל' גזלה היה ע"א מעיד שנכנס ונטל כלים תחת כנפיו ואינו יודע מה הם והוא אומר לא גזלתי כלים או שאומר בחובי נטלתים הואיל ואין העד יודע מה היה תחת כנפיו הרי זה נשבע בנק"ח שלא גזל וכו' עכ"ל ודאי בבא ראשונה דאמר לא גזל ומכחיש לעד פשיטא דנשבע להכחיש העד אבל באומר בחובי לקחתי מדברי הב"ח משמע דדייק דישבע דלא גזל אבל בבא שניה דלקחם בחובו סבירא ליה באמת דאינו נשבע ולדידי הדבר קשה דיהיה הרמב"ם מתחילה נקט בלשונו תרי בבי ובסופו יסיים בחד בבא ובאידך בבא יניח כסתום ולא יפרש כלל מה טיבו ומה דינו ואם כן לא ה"ל להזכירו מתחלה כיון דלא חרץ משפטו לבסוף. ולכן יותר נראה דהך לא גזלתי גם כן אין פירושו שלא נטל דא"כ הל"ל לא לקחתי רק פירושו לא גזלתי כי שלי היה וזהו הכוונה לא גזלתי כי שלי נטלתי וא"כ שוה הדין להך דאמר בחובי נטלתי וכ"כ הסמ"ע ונראה דסבירא ליה דהני כלים שלא סגי דלא נטל דעכ"פ אחת נטל דהא העד מעיד שלקח ולא ימלט דלקח אחד חייב להחזיר בלי טענה כלל כמ"ש המ"מ דלכך נקט הרמב"ם דהעד א"י דאלו ידע והוא מודה שנטל אף דאומר שלי הוא חייב להחזירן דכל שאינו מכחישו דינו כשנים ובשנים בכה"ג חייב להחזיר ואם כן על הפחות שבכלים ה"ל כע"א יודע וחייב להחזיר בלי פקפוק רק כל הסכסוך על הכלים הנשארים דלי' בהו העדאת עד רק מתקנת חכמים בעדים נשבע נגזל וזהו לא אמרו בע"א כלל ובהכי ניחא דכ' דעד לא ידע דקשה אפילו ידע נמי מ"מ יכול להכחישו כמ"ש המ"מ ולמה העמידו הרמב"ם על הך בבא דטוען גזלתי אבל לפמ"ש ניחא דלא גזלתי אין פירושו להכחיש העד רק שלי נטלתי ואין כאן גזלה. וא"כ צריך לומר הא דפסק הרמב"ם ישבע בנק"ח משום דסבירא ליה דהמתחייב מתוך טענתו אע"פ שהוא כופר בכל מ"מ מיקרי וא"כ זהו שמתחייב מתוך טענתו בכלי קטן אף שהוא כופר בכל הכלים. מ"מ מתוך טענתו עכ"פ מתחייב בקטן וה"ל מודה מקצת וא"כ ה"ל שבועה של תורה. ולכך פסק ישבע בנק"ח והילך ליכא דאף למ"ד דבפקדון קרוי הילך מ"מ ה"מ בשמודה בו אבל בכופר ליכא הילך וכמש"ל בסי' ע"ה באריכות בכל אופן ומכ"ש להרמב"ם דסבירא ליה דפקדון לא קרוי כלל הילך בשום אופן וא"כ יפה פסק הרמב"ם דישבע בנק"ח. ובאמת מתחלה חשבתי דהפי' לא גזלתי פי' לא לקחתי ובאמת השבועה משום להכחיש העד ובחובי לקחתי השבועה כתקנת הגאונים אלא דחזרתי בו משום דא"כ לא דמיין הדינים להדדי דבהך נשבע ואינו משלם כלום ואלו בהך צריך לישבע אבל עכ"פ כלי קטן שבקטנים צריך להחזיר כמ"ש לעיל וכמו שנראה מתוך המ"מ ולכן חוזרני לפי' הראשון. והנה הטור כתב דנשבע היסת וצריך לומר ג"כ כמ"ש הסמ"ע דלא גזלתי היינו שלי נטלתי אלא

דקשה מ"ש הא מתוך הודאתו מתחייב וה"ל מ"מ. ואמת הפרישה כתב דדעת הטור דאף הקטן שבקטנים אין צריך להחזיר דאף גבי עדים צריך להחזיר מ"מ זהו תקנתא דרבנן אך זהו א"א לומר דהא כ' בלישנא דרמב"ם דאין העד יודע מה הם ואלו סבירא ליה דאין צריך להחזיר כלל ע"פ העד מה איריא דלא ידע אפילו ידע נמי אלא ודאי כמ"ש המ"מ דמה שידע צריך להחזיר. וא"כ הקושיא במקומו למה אין כאן מ"מ וצריך לומר או דס"ל לטור המתחייב מתוך הודאתו אין קרוי מ"מ ועיין מש"ל בסימן ע"ה או דסבירא ליה אף דכופר מ"מ הואיל ופקדון ה"ל הילך הרי זה הילך ואין כאן שבועה כלל בשום אופן. והא דלא חייב לישבע בנק"ח במה שאומר בחובי נטלתי תי' סמ"ע דטוען דבעה"ב מסרו לו לחלוטין וזה אינו דא"כ ה"ל לקוח לגמרי והסמ"ע גופי' בס"ק ה' מחלק בין חוב ללוקח ולפ"ד היינו לוקח לגמרי בלי הבדל כלל ולכן צ"ל כמ"ש הר"ן דיש הבדל אם האומן תובע לבעה"ב אז צריך לישבע וליטול אבל אם הבעה"ב תובע לאומן אין שבועת הגאונים כלל וכאן הא שותק והנגזל תובע אותו ופשוט ולדינא נרא' שבועה בנק"ח כמ"ש הרמב"ם להדיא והתי' בטור הם דחוקים:

ה **מפני** שהוא חשוד וכו' והא דלא נתן טעם משום דהוי ליה טענת שמא ואין משביעים בשמא ול"ל דהוי כמו תיבה פרוצה דהיה טוען ברי כך וכך נחסרו בבית וכמ"ש הסמ"ע בס"ק ט"ו דהא מחבר לא ס"ל הך לעיל ס"ס ע"ה ורמ"א הוא דהביא דעת האומרי' כן ובאמת ברמב"ם ששם מקורו מבואר דמוסב בהא דלעיל דהיה שם בבית שכירו ולקיטו וא"כ טוענו ברי ע"פ העד ולכך לולי דהיה חשוד היה חייב לישבע ע"פ דברי שכירו ולקיטו אבל עכשיו דהוא חשוד א"י לישבע והנגזל ג"כ א"י לישבע דהא לא טענו ברי והעד א"י לישבע שיטול בעה"ב אבל המחבר שקבע הדין בפ"ע משמע דאין מוסב על הך דלמעלה ואפשר דס"ל הואיל והמ"מ שם הלכה י"ב מסתפק בדברי הרמב"ם אי סבירא ליה דיכול להשביע ע"פ העד אי הוה טענת ברי ומה קמספקא ליה לפשוט מהך ולכך ס"ל דבלא"ה יכול להשביעו דאייריי דזה אומר אמת נטלתי כ' כלים רק הם שלי בפקדון או בחובי וא"כ הרי תובעו עכשיו בברי כי נודע לו שלא היה אצלו פקדון ולא היה חייב לו וא"כ ע"פ דבריו הרי כאן טענת ברי ואם דאין כאן ש"ד דהא לא טענו מתחלה טענת ודאי ואם דטענו אח"כ הרי קדמה הודאה לתביעה אבל מ"מ היסת חייב דה"ל ברי והרמב"ם ביקש לומר בשום אופן א"י לתובעו ולכך קאמר דהוי ליה גזלן אך באמת זה דוחק ויותר נראה כמ"ש דה"ל תביעה ע"י עד ואי דהמ"מ מסתפק היינו לחייב ש"ד אבל היסת מודה הרמב"ם דיוכל להשביע וזה פשוט אמנם גם דין זה אמת והנה אם היה שכירו ולקיטו דפסק הרמב"ם דאין נשבע היינו בטוען לא לקחתי יותר אבל בטוען

לקחתי רק בחובי חייב להחזיר בלי שבועה לפי דקי"ל דיכול לתבעו ע"פ עד דהא ה"ל עד אחד וכבר מבואר בע"א מעיד שלקח והוא אומר בחוב לקח חייב להחזיר דכיון דאין מכחיש לע"א ה"ל כשנים ופשוט:

1 **ישבע** בעל הפקדון וכו' כל האחרונים העלו הטעם משום דעשו תקנת נגזל בפקדון ואולם הרב ב"י הכריע דלא כוותיה והרב הש"ך חשבו לספיקא דדינא ולי נראה כי אמרו דעשו תקנת נגזל בפקדון היינו במ"מ רק דלא ה"ל למידע או דאינו ממין הטענה ואין כאן חיוב שבועה מ"מ מכח תקנת נגזל עשו תקנה אבל במקום דכופר בכל שטוען שמא לא היה שוה פרוטה כלל אין כאן תקנת נגזל דהא בנגזל גופיה יש עכ"פ קצת הודאה דאם לא ראו עדים כלל שנטל הא לא תקנו רק היכי דראו דנטל דיש בו קצת דררא דממון בזו תקנו שנגזל ישבע ויטול וא"כ אף בפקדון דוקא דיש קצת דררא דממון דמהכ"ת לומר בפקדון דלאו דומיא דנגזל תקנו דהא כל עיקר תקנה נשנית בנגזל. וראיה לזה מדברי הראב"ד בהל' שאלה ופקדון פ"ה הלכה וי"ו דהשיג על הרמב"ם דל"א מתוך שאיל"מ בדבר דלא ה"ל למידע והביא ראיה מהך דירושלמי דאפקיד גביה שק צרור והלה אומר א"י מה היה בו והלה אומר חלי זהב וחייבו שבועה ליטול ולא אמרינן משאיל"מ ש"מ דסברא ליה הך דשק לענין פקדון אתמר וכ"כ הבעה"ת בשער ל"ה ח"ג בשם הראב"ד בפושע בפקדון והנפקד אומר א"י כמה היה שוה דישבע המפקיד ויטול וש"מ דס"ל דעשו תקנת נגזל בפקדון וא"כ לכאורה ק' מה השיג על הרמב"ם דהביא בהלכה ז' בהפקיד שק צבור דישבע בעל הפקדון וכתב הראב"ד הטעם דה"ל מודה במקצת דשק ג"כ תבע והודה בשק אבל לדברי הרמב"ם ק' דהא ה"ל מזיק אומר שמא וניזק אומר ברי עכ"ל וק' מה קושיא הא עשו תקנת נגזל בפקדון והראב"ד גופיה מודה בזה ולכאורה צל"ע אבל לפמ"ש ניחא דבשלמא דיש כאן הודאה במקצת ושורת הדין משאיל"מ רק דלא ה"ל למידע בזו עשו חכמים תקנה גבי פקדון משא"כ כאן דהסיגים אין כאן הודאה כלל דס"ל דהוי דומיא דטענו בחיטין והודה בשעורים דפטור לגמרי אם כן ה"ל כופר בכל ובזה לא עשו תקנה כלל. וכן הדבר מוכח בחדושי רשב"א לב"ק סוף פרק הכונס דהקשה אהך עובדא דירושלמי איך אירי אי דתבעו שק ומה שהיה בו א"כ הוא דהודה בשק ובשאר טען א"י ה"ל מתוך שאיל"מ ואי דלא תבע רק מה שבתוכו א"כ ה"ל טענו בחיטין והודה בשעורים ותי' דלעולם נאמר דתבעו שק נמי ומ"מ לא הוי משאיל"מ משום דלא ה"ל למידע והא דמפקיד נשבע משום דעשו תקנת נגזל בפקדון ולכאורה הדבר תמוה א"כ מה צורך תו לומר דגם שק תבע אפילו בלי שק נמי ת"ל דעשו תקנת נגזל ביה אלא ש"מ דוקא דתבע שק דהוי הודאה רק דלא ה"ל למידע בזו עשו תקנה אבל במקום

דליכא הודאה כהך דהוי כמו טענו חיטים והודה בשעורים לא עשו תקנת נגזל וכמ"ש דלא דמי לנגזל וזה ברור. ולזה נתכוון הר"י הלוי דכתב דפירוש דלכך ישבע הואיל וברי ושמא ברי עדיף ואע"ג דלא קי"ל כרב יהודה כאן דאיכא דררא דממונא ברי עדיף לכ"ע וטענו עליו דהא הרמב"ם גופיה פסק טענו בחיטין והוא משיב א"י אם חיטין או שעורים אין לו אלא שעורים ואיך כתב המ"מ דדעת הרמב"ם כדעת הר"י הלוי רבו. ובקיצור ה"ל להקשות א"כ ברי עדיף שבועה מה עבידתה והא בכל מקום דאמרינן ברי עדיף אין כאן שבועה אלא ברור דמכח תקנה אתי עליו כיון דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי דידע רק ס"ל דסוגית הגמ' בכל דוכתי ברי ושמא הממע"ה אפי' דמסופק אם פשע בפקדון דהא בשאלה ושכורה דא"י אם שאולה או שכורה היש לך פשיעה גדולה מזו דלא הבחין אם שאולה מתה או שכורה וא"כ איך החליט הגמ' שם בב"מ דפטור וכמ"ש הרמב"ן באמת קושיא עליו ולכך תי' כי תקנו דיהיה ברי ושמא ברי עדיף בדאיכא דררא דממון אבל בדליכא לא תקנו ושם בשאלה ושכורה לא הוי דררא דממון כמ"ש הרשב"א וכמ"ש הר"ן בשבועות בשמו אבל באמת הכל מכח תקנה ולכך לא קשיא מטענו בחיטין וכו' דשם ליכא תקנה כלל ולדין פשיטא דאפילו בדררא דממון לא אמרינן ברי עדיף ולק"מ וכן נראה ברור:

ז **ואם** הוחזק וכו' לגנב וכו' דעת הסמ"ע דמה בכך דהוחזק בגנב מ"מ איך יהיה נאמן בדברים העשויום להשאיל במגו דשאול הא ה"ל מגו להוציא ולכך ס"ל דאפילו בדברים העשויום להשאיל אין נאמן גנובים רק בדאיכא כל הנך ריעותא והש"ך השיג דהטור כ' דינו כמו בטוען שאולים ולדברי הסמ"ע הא יש הבדל גדול דבעשויום להשאיל וטען שאולים לא צריך להני ריעותא כלל ואלו בטען גנובים צריך מ"מ הנך ריעותא ולכן פי' הוא הש"ך דלכך לא הוי מגו להוציא הואיל וראהו נכנס ריקם ויצא מלא ע"ש שהאריך ועם כל זה קושיא שלו אין מיושב דאיך מדמה גניבה לשאלה הא אם מכיר חפצו בי"א ואמר שאולים נאמן וגנובים אינו נאמן אפילו הוחזק לגנב דה"ל מגו להוציא ולכן יותר ברור כמש"ל בס"ק ז' דהואיל ועשוי להשאיל ברשות בעלים עומד ולא קרוי מגו להוציא כלל ואפילו התוס' מודים בו רק באומר שאחרים גנבו דה"ל תקנת שוק וכ"כ דלא נתן דמי אין לו זכיה בו זהו ה"ל מגו להוציא וגם בזה לא שוה להם דעת הרא"ש דהשמיט הך תי' וכמש"ל וא"כ לא הוי מגו להוציא כלל ושוה בכל אופן לדין אומר שאולים ואם כי ברי"ף לא נזכר רק בכל הני ריעותא הרי"ף לא מיירי שם אלא בדברים שאין עשויום להשאיל דכללא הוא בדברים העשויום אין צריך ריעותא ופשוט:

ח **אפילו** בע"ה טוען גנובים כתב הסמ"ע בס"ק ל"ד דנאמן במגו דהיה אומר שאולים והא דלא הוי מגו להוציא משום דראהו נכנס ריקם וטעון כלים ביציאתו לית ליה חזקה ע"כ ומדבריו למדנו דס"ל דאף התוס' לא אמרו דבגנובים נאמן היינו דאיכא הני ריעותא בצירוף אבל בסתם ביש כלים בביתו והוא מדברים העשוים להשאיל אף דבעל הכלי נאמן לטעון השאלתיו כמ"ש לעיל סימן ע"ב ולקמן בסימן קל"ג מ"מ גנובים אפילו לדעת התוס' אינו נאמן דהוי מגו להוציא ולא משמע כן בתוס' דהביאו ראיה לדבריהם דנאמן גנובים במגו דשאלה מהא דגודרת אין להם חזקה דנאמן לומר אתה חטפת אף דהוי אחזוקי אינש בגנבי משום דהוי כדברים שעשוים להשאיל והא התם לא הוי הנך ריעותא כלל. וכן משמע מלישנא דתוס' בלא"ה לפי גירסא שלהם דבדברים העשוים להשאיל אין צריך כלל להיות רואה נכנס ויוצא ובכ"מ. בדבר העשוי להשאיל נאמן ומה דקשיא הא ה"ל מגו להוציא בלא"ה יש להבין בתוס' דהא באיכא כל הנך ריעותא הא נאמן לומר שאולים הם ומ"מ אין נאמן לומר גנובים הם במגו ואלו בדברים העשוים להשאיל נאמן במגו מ"ש הא בהך ג"כ נאמן שאולים ולסברת הסמ"ע אדרבא שם ראינו נכנס ריקם ויצא מלא והטמין וכו' ועכצ"ל דכלים שאין עשוים להשאיל ברשות המוחזק בהם עומדים ולכך לא מהני מגו דהוי מגו להוציא אבל בדברים העשוים להשאיל הם תמיד ברשות בעליהן הראשון דהא לית ביה חזקה ומה שהם ביד המוחזק אינו כלום ודעת הרי"ף דאפילו ראה לא צריך בדברים העשוים להשאיל ומה"ט דהם בחזקת בעליהן וה"ל איפכא מגו להוציא אך אף דלא קי"ל כוותיה מכל מקום זהו ודאי דגבי בעה"ב לא הוי מגו להוציא לשיטת התוס' ולכך דימו דברים הללו לגודרת דשם אין להם חזקה והם בחזקת בעליהן הראשונים ואף דברים העשוים להשאיל כן דהם בחזקת בעליהן הראשונים ולית בהו מגו להוציא. ואם כי זה ברור בכוונת התוס' עדיין יש לדקדק א"כ איך תי' על קושיא דהמכיר ספרים ביד אחר דל"ל יצא שם גניבה יהיה נאמן במגו דהשאלתיך לך ותי' דהוי מגו להוציא כמ"ש שם בד"ה וספרא וכו' בשם מורי הר"ר דוד ע"ש והא בדברים העשוים להשאיל ל"א זה כמ"ש אך י"ל ה"מ כשאומר לך השאלתיו או אתה גנבת א"כ לפי טענתו מחויב להחזירו לו בחנם ולא בא ליד המוחזק מעולם בתורת מכירה א"כ ברשות בעלים עומדת ולית ביה מגו להוציא אבל שם במשנה מודה זה שלא השאיל לזה וזה לא גנבן רק אמר שאחרים גנבם ומכרן לו א"כ מודה שבדין בתורת מכירה בא לידו ואף הוא אף שכל טענתו אמת א"י לזכות בחפץ ההוא עד שיתן דמיו וכ"כ דלא יהיב דמים לאו שלו הוא א"כ פשיטא דהוי הלוקח מוחזק וקרינן ביה מגו להוציא דהא בתורת מקח בא לידו וצריך להחזיר לו דמים ולק"מ:

ובזה ניחא דברי הרא"ש כמ"ש דלכך סבירא ליה לתוס' הך דינא בדברים העשוים דנאמן גנובים במגו הואיל ולא אתמר הך ולא אמרן אלא שאולים אבל גנובים וכו' בתר דקתני דבדברים העשוים להשאיל בכל גווני אינו נאמן ש"מ דבהך אפילו גנובים נאמן והרא"ש דחה זה הדיוק דלא מסתבר שיחזיק אינש בגנבי אפילו בדברים העשוים להשאיל אבל מ"מ לא תי' למה לא אתמר בסוף כמ"ש אבל נר' דודאי הגמרא סתמא קתני באומר גנובים ולא באומר אתה גנבתם וקמ"ל אפילו סתם גנובים א"נ רק ק' באמת למה הא מצי למימר לא אתה גנבת רק נגנבו ממני ע"י אחרים והגיעו לידך ובזה ל"ש אחזוקי בגנבי כמ"ש התוס' בד"ה וספרא דהרבה גנבים מצוים רק ז"א דמהכ"ת יש לנו לומר אפילו בשאולים דנאמן רק משום דאיכא הנך ריעותא דאין עשוי למכור ויצא מלא ונכנס ריקם והטמין וכו' וזהו אם הטענה עליו אבל אם אמרינן שאחר גנבו א"כ ל"נ דבר בכניסה ויציאה זו ותו ליכא הך ריעותא ומהכ"ת לומר גנובים אפילו שאולים א"נ וע"כ דיאמר הוא גנבם ואחזוקי אינש וכו' וזהו בדברים שאין עשוים וכו' דבעינן כל הנך ריעותא אבל בדברים העשוים להשאיל אפילו ליכא שום ריעותא לא כניסה ולא יציאה רק ראינו אצלו כלים העשוים להשאיל חייב להחזירן לבעליו א"כ אם אומר גנובים הם נאמן לומר לא אתה רק אחר ומה בכך דליכא שום ריעותא באחר הא שאולים נאמן בהך אפילו בלי ריעותא ולכך לא קאמר הגמרא דגנובים א"כ לבסוף דיהיה מוסב גם על דברים העשוים להשאיל דשם באמת בהך לישנא נאמן חוץ אם אומר להדיא אתה גנבתן ובהוא לא איירי הש"ס ואין כאן דקדוק כלל אמנם לפמש"ל דאם אמר אחר גנבם ומכרן לך ודאי א"נ דכיון דצריך לשלם דמים ה"ל לוקח מוחזק וה"ל מגו להוציא וא"כ אי ס"ד בדברים העשוים א"נ אתה גנבתים במגו דשאלה מכ"ש דא"נ אחרים גנבו ומכרן דה"ל מגו להוציא ולכך הרא"ש דלא הזכיר בשום דוכת' תי' התוס' הנ"ל על המכיר כלים וכו' דה"ל מגו להוציא וס"ל אף בכה"ג לא הוי מגו להוציא דסוף כל סוף גוף החפץ ברשותו של בעל הראשון א"כ בדין לא חשיב להך דיוקא דלא נאמר לבסוף וכמ"ש אבל התוס' דחשבהו לסברא שפיר דייקו ולכך ס"ל דבאמת נאמן וארווח לן בהא מה שעמדו בו מהרש"א ומהריב"ל ועיין תשובת דרכי נועם חח"מ סימן ל"א במה שהק' תוס' מהמכיר ספרים ביד אחר למה לן שם גניבה ואי דא"נ לומר גנובים דאחזוקי אינש בגנבי וכו' ה"מ כשאומר הוא גנבו אבל הא אומר אחרים גנבו וכו' והק' ז"ל הא התוס' ס"ל דאפילו גנובים נאמן בדברים העשוים להשאיל וכו' וע"ש שתי' בדוחק ולפמ"ש ניחא דהתוס' כתבו לעיל לפי מסקנת תי' דהוי מגו להוציא וא"כ הדקדוק הנ"ל דקדוק טוב כמ"ש הרא"ש דה"ל למתני בסוף אלא ש"מ דבהך בכל גווני נאמן מה שאין כן בס"ד בקו' דל"א דהוי מגו להוציא אין כאן

דקדוק די"ל כמש"ל ברא"ש ושפיר י"ל בכל גווני אין נאמן ולכך הקשו א"כ גם התם י"ל דאחרים גנבן ובהכי ניחא די"ל מנלן לתוס' לומר סברא לחלק בין לאומר אתה גנבתם או לאומר סתם גנובים ולהקשות ממנו קו' דלמא סתמא אמרינן דלא חיישינן לגניבה דהוא דבר בלתי מצוי עד שיהיה שם גניבה בעיר וכמ"ש הרמב"ם באמת בפ"ה מהל' טוען ובהל' גניבה ע"ש ולקמן סימן קל"ג ס"ו ע"ש ואחזוקי בגנבי פי' דלא חיישינן לגניבה דל"ש שיהיה נגנב ולא יהיה קול אבל לפמ"ש ניחא דהתוס' בא בקו' שלהם מכח ממ"נ אי איתא לסברת הרמב"ם א"כ למה נאמר הך ולא אמרן וכו' דגנובים א"נ מקודם דאמר בדברים העשוים דאינו נאמן ול"ל כמ"ש דשם י"ל אחרים גנבם דהא לדעת הרמב"ם אין הבדל ועכצ"ל בדברים העשוים בכל גווני נאמן במגו וקו' שלהם יותר חזק ואי מחלקינן בין אתה גנבתם לאחר גנבו א"כ ג"כ קשה מהך דמכיר ספריו וכו' דהא הוא טוען אחרים גנבו וא"ש ודוק. ובזה י"ל ג"כ פי' רש"י דמפ' וגריס דצריך הני ריעותא וגם דברים עשוים להשאיל וכו' אבל דברים העשוים להשאיל לחוד נאמן א"כ איך מייתי ראיה דאפיק מיתמי בדברים עשוים להשאיל וכי היה שם הנך ריעותא כמ"ש תוס' והרא"ש ורש"י גופיה כ"כ בס"פ המקבל וגם אמרי' שם בדברים העשוים להשאיל ל"ל מגו דלקוח ע"ש ולפי הנ"ל י"ל דס"ל לרש"י ודאי דעשוים להשאיל ל"ש דימכרן וגם הם בחזקת הבעל הראשון אך אם הוא חי וצווח ככרוכיא מ"מ לקחתיו אין להוציא מידו אם לא דאיכא כל הני ריעותא ג"כ אשר בצירופן אזלו כל טענתו ומוציאין מידו משא"כ בדברים שאינם עשוים להשאיל דשכיח למוכרן דאל"כ בידו מה בעי והוא בהם מוחזק גמור אלף ריעותא אין מספיקים להוציא מיד מוחזק בלי ראיה ברורה וע"פ שני עדים יקום דבר כתיב וה"מ בחיים דטען ברי אבל במת ויתומים אינם יודעים איך ומה ולא טענין ברי כיון דמילתא דל"ש לא טענינן ליתמי וגם אין יתומים מוחזקים בהם לא טענינן ליתמי לקוח אפילו ליכא ריעותא דלא טענינן ליתמי רק להחזיק ומילתא דשכיח וזהו שלא להחזיק ול"ש וא"ש דמביא הגמרא ראיה מיתמי דלא טענין ש"מ דל"ש ואין היתומים מוחזקים וא"כ שפיר יש לנו לסמוך אהני ריעותא להוציא מידו אפי' חי וצווח ככרוכיא וא"ש וגם שם בפ' המקבל שפיר ילפינן מהך דיתמי דלא טעניק ליה ש"מ דהוי מילתא דל"ש ולא הוי מוחזק ביה א"כ גם מגו ליכא גביה דמגו דל"ש ובפרט שאין מוחזק והוי קצת מגו להוציא לא אמרי' ודברי רש"י נכונים ובסברא זו ישבתי מה שהק' לרבא דס"ל ב"ב דף מ"ה דהא דתנן אומן אין לו חזקה היינו במסרו לו בעדים ואיכא עדי ראה ונתקשו בו מחברים איך ס"ד לרבה לומר כן דא"כ מ"ש אומן אחר נמי ומה הבדל יש ולפמש"ל ס"ל לרבה דבאמת ל"ש דאומן קנה ותלינן יותר דנמסר לו לתקן רק אם הוא חי וצווח מ"מ הדבר כן א"א

להוציא מידו ולכן בעי ע"מ וראה אבל במת אומן מיורשיו מוציאין אף לרבה בעדי ראה לחוד דלא תלינן בדבר שאינו מצוי וכמש"ל ואביי דהק' ליה ס"ל לדוחק דכל מה ששנינו אומן אין לו חזקה יהיה הכל נ"מ ליתומים ולא לגבי אומן ודוק כי זו סברא נכונה וישרה ברש"י אבל בס"ק שלאחריו אכתוב ישוב אחר יותר מרווח:

ט **כטוען** שאולים אבל בדברים שאין עשויום להשאיל לא מצי לומר גנובים אף שיש לו מגו דשאולים דנאמן דאיכא כל הני ריעותא והנה ר"ת ס"ל דאין תלוי בעצם החפצים לבד אם הם עשויום להשאיל רק תלוי ג"כ אם הוא רגיל להשאיל וכ"פ המחבר לעיל סימן ע"ב והיה נראה דאם החפיצים עשוים להשאיל אף דאין רגיל להשאיל מ"מ בדאיכא הני תלת ריעותא הוי כרגיל וא"כ נאמן לומר גנובים במגו דשאולים ומה שמכריח אותי לכך דקשיא לי באמת מנ"ל לתוס' לומר דבדברים עשויום להשאיל אף בגנובים נאמן דמנ"ל הא הוי מגו במקום חזקה ואפשר דהוי חזקה אלימתא והדיוק דהואיל דלא נאמר הך ולא אמרן לבסוף הוא דקדוק קלוש ואין זה כדאי לבנות עליו דין חדש וכמ"ש הרא"ש דאין לסמוך ע"ז וכמ"ש בס"ק הקודם וגם כמש"ל דזהו מילתא דר"י וזה מילתא דסתם גמ':

ולכן נראה דבלא"ה חובה עלינו לישב דברי רש"י דמצרכי דוקא לכל הני ריעותא דברים העשויום וכו' איך מייתי ראיה דאפיק מיתומים הא שם לא היה שום ריעותא כמ"ש התוס' וכמ"ש בס"ק הקודם ולכן נראה דודאי מ"ש ר"ת דתרתי בעינן שיהיה החפץ עומד להשאיל ולא יתקלקל בהשאלה וגם יהיה רגיל להשאיל לו והנה בהך דרגיל י"ל הא א"א להיות רגיל עד שיתחיל להשאיל לו ואי אתה מוצא רגיל להשאיל אם לא דמתחיל תחילה להשאיל פ"א וא"כ הרי יכול התובע לטעון זה ראשון שהתחלתי להשאילך ותחילת הרגילות היה בזה וצ"ל דלא מהימן כ"כ דלא אתברר לנו דרגיל לא אמרינן דשאל וא"כ י"ל ה"מ בדליכא הנך ריעותא אבל בדחזינן הנך ריעותא דנכנס ריקם ויצא מלא ואין דרכו למכור ולהטמין א"כ הני ריעותא משויה לו דאמרינן דזה התחילו להשאיל דרגלים לדבר מהנך ריעותא דהשאילן ואי דאין רגיל עד עתה זהו תחילת הרגילות אך זהו אם איכות החפץ להשאיל אבל איכות החפץ לחשש שיתקלקל אין עשוי להשאיל ואין מועיל כל הנך ריעותא דאיך נימא שאולין נגד החזקה דאין הכלי עשוי להשאיל וברור דלא ישאיל לו וא"כ א"ש דברי רש"י דודאי סבירא ליה באיכא הנך תרתי הכלי עשוי להשאיל וגברא רגיל להשאיל לכ"ע נאמן דשאולים ואין צריך לשום ריעותא רק הא דבעינן הכא כל הני ריעותא באין רגיל להשאיל ובעינן כל הני ריעותא לברר דהתחיל להשאילו וזהו תחילת שאלתו וע"ז מהני כל הנך ריעותא אבל באם הכלי אין עומד להשאיל לא מהני כל הריעותא דאנן סהדי דלא השאילו וכך הם דברי הגמרא לגי' רש"י

ולא אמרו דאין המוחזק נאמן בהנך ריעותא בדברים העשויום פי' כי החפיצים בעצמם מצד איכותם עומדים להשאיל וכמ"ש רש"י להדיא דאין לחוש שיתקלקלו ולכך מהני ריעותא דמיקרי כמו רגיל אבל בדברים שאין עשויום מצד עצמן שמתקלקלים לא מהני ריעותא ולעולם המוחזק נאמן ומביא הגמרא ראיה בעשויום להשאיל דבעה"ב נאמן דרבא אפיק מיתמי וכו' ושם היה רגיל להשאיל וגם כלי עומד להשאיל כמ"ש תוס' להדיא ד"ה וספרא וכו' וא"כ ה"ה הכא דכלי עשוי להשאיל ואי דאין רגיל הנך ריעותא משוי ליה לרגיל וכמ"ש ודברי רש"י ברורים ולק"מ וארווח לן בהא מ"ש הרא"ש דרש"י הוקשה לו קו' תוספות מהך דמכיר כלים בי"א דספרים מה צריך ליצא שם גניבה הא ה"ל מגו דשאולים ע"ש ותמה המע"מ וכן בתשובת דרכי נועם הביא בשם הרב מהר"ם חביב ז"ל דהא רש"י סבירא ליה דהעשויום להשאיל לא מהני עד דאיכא כל הנך ריעותא וצריך עיון לכאורה אבל לפמ"ש ניחא דתי' ר"ת דשם מיירי באינו רגיל להשאיל לא מסתבר לרש"י דסתם קתני במשנה המכיר ספריו בי"א אם לא יצא שם גניבה לאו כל כמיניה ולא מפליג בין רגיל לאינו רגיל דברגיל הא אין צריך ליצא קול גניבה ולפיכך נתקשה בו רש"י דמודה רש"י בספרים העשויום להשאיל ורגיל להשאיל דאין צריך לשום ריעותא ולכן צריך רש"י לחלק בספרים דספרי' במשנה אין עשוי' וכו' וא"ש. ובזה יש ליישב דברי ר"ח דסבירא ליה לדינא כפירש"י וגריס ובכולהו לא אמרן אלא שאין עשוי' להשאיל אבל דברים העשוי' להשאיל א"נ והק' תוס' דדין שלו סותר הגי' ולפמש"ל י"ל דהוא מפרש דברים העשוי' לא על איכות החפץ דמזה לא מיירי רק מאיכות בעל החפץ אם עשוי להשאיל ורגיל אצלו או לא וא"כ כך המשך הגמרא כמ"ש התוס' ובכולהו לא אמרן דבדליכא כל הנך ריעותא דמוחזק נאמן היינו באינו רגיל להשאיל אף דכלי עשוי להשאיל וכיון דליכא ריעותא הרי הוא בחזקת אינו רגיל אבל בדברים העשויום להשאיל היינו שרגיל להשאיל ג"כ א"כ בדאיכא תרתי אפי' בדליכא ריעותא אין המוחזק נאמן וא"ש ומסכים לדינו של רש"י רק מחולקים בפי' הלשון אי קאי על בעל החפץ או על החפץ ודוק. אמנם ר"ת לא סבירא ליה בפי' הגמ' כפירושם דקאמר סתם בדברים שאין עשוים משמע ליה סתם אפילו אין שום צד להשאיל הן מפא' האיש או מפא' החפץ מ"מ בדאיכא הני ריעותא מוציאין אך הא גופיה קשיא מה דמשמע לר"ת הך מילתא בעשוי' להשאיל נאמן לומר גנובים הואיל ולא אמר הך מילתא דגנובים לבסוף כמ"ש הרא"ש וכמש"ל דהא י"ל דכל מה שנאמר בגמרא מקדם הוא מילתא דרב יהודה בעצמו אבל זה ובכולהו הוא לישנא דסתם גמרא דמפרש כך למילתא דרב יהודה אבל הך מילתא דגנובים הוא מילתא דר"י וסיומא דדברי ר"י הן וכן משמע מדמייתי ראיה מהא דשלח

וכו' ואי ר"י בעצמו אמרו ומה ראיה צריך אלא סתם גמרא מוקי ליה מילתא דר"י בכך מכח הך ראיה דשלח אלא דא"כ קשיא ליה עדיין מנ"ל לגמ' דאמרו סתם אפילו אין איכות הכלים להשאיל דילמא לא אמרו רב יהודה רק באיכות הכלי להשאיל ובעינן כל הנך ריעותא לשוי' רגיל אבל באין הכלי עומד להשאיל לא כמ"ש לרש"י ועכצ"ל בעשוי להשאיל אפילו גנובים נאמן כמש"ל וא"כ הוכיח הגמ' אי איירי ר"י בעשוי להשאיל רק אינו רגיל והנך ריעותא משוי ליה רגיל א"כ למה לא יהיה נאמן לומר גנובים וע"כ דאיירי באין עשוי' להשאיל כלל ודינו של תוס' מוכח ממ"נ אי הך כולהו מימרא דר"י או מילתא דסתמא דתלמודא ובזה יובן המשך התוס' בד"ה בקונ' גרסינן דלאחר שפי' הגי' של ר"ה גאון כתבו ובדברים העשוי' אפילו גנובים נאמן ולכאורה אין לו שייכות עם מה שלפניו והוא ענין נפרד ולפמ"ש ניחא דחדא בחברתא מישך שייך וכמ"ש ובזה קו' מהרש"א הנ"ל בס"ק הקודם מיושב דהקשו התו' בד"ה ספרא מהמכיר כליו וכו' וכתבו אע"ג דאחזוקי בגנבי וכו' והקשה מהרש"א הא תוס' לא ס"ל ולפמ"ש ניחא דכל הוכחה הוא לבתר דמסי' ר"ת לחלק בין רגיל ולאין רגיל וא"כ ק' דילמא ר"י אומר למילתא באין רגיל אבל בס"ד לית חלוק זה לק"מ וא"כ י"ל הך ובכולהו סתמא דתלמודא אמרו ולא רבי יהודה בעצמו וא"כ אין כאן ראיה ובכל אנפא אפילו בכלים העשויום אמרינן בגנבים א"נ וא"ש ודוק כי שניהם טובים לפרש מילתא דרש"י ותוס':

י **במגו** דהחזרתי לך וכ' הסמ"ע דמזה מוכח דס"ל הגוזל בעדים אין צריך להחזיר בעדים דאל"כ מה מגו יש בהחזרה הא צריך להחזיר בעדים והש"ך כ' א"כ גם מדברי רמב"ם מוכח מכאן דס"ל דא"צ להחזיר בעדים ומ"מ כתבו המפורשים בדעת רמב"ם דסבירא ליה צריך להחזיר בעדים אלא ודאי דמכאן אין ראיה דהא הוא בעה"ב טוען השאלתים לו ובזו ודאי נאמן לומר החזרתים דהמשאיל בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים ואי משום זה כבר נזהר בדרישה מזה רק כתבו הואיל והשוו טוען גנובים לטוען שאולים ש"מ דחד דינא אית ליה וכמו דבשאלה בעינן עדי ראה כמו כן בטוען גנובים בעינן עדי ראה וש"מ דאין צריך להחזיר בעדים אף בגניבה ואם כן לכאורה דברי הש"ך נדחי':

אבל מ"מ אין מכאן ראיה דהא באין עשוי להשאיל וטוען גנובים אף דהוחזק לגנב מ"מ בעינן הנך ריעותא דאין עשוי למכור כליו וכלים טמונים ואין דרכו להטמין וכו' ולפ"ז ברור אם הוא בעה"ב טוען גנובים והמוציא שאולים דנאמן המוציא דהא ע"ז ליכא ריעותא דאין דרכו למכור וגם מה שהטמין דהא באמת לא קנה רק שאל וזהו דרך העולם להטמין כמו שכתב רש"י דבוש להוציא דבר שאול ואם כן הרי יש לו מגו דיאמר לא גנבתים כי אם השאלתים והחזרתים דבזה נאמן ולכך בעינן עדי ראה ואין כאן ראיה כלל

והנה הרב הכה"ג חשב להביא ראיה מההיא בקרא דתפוס מניה תורא דיתמי דגרסא ישינה אית לך סהדי דתפסינהו לאחר מיתה וכתב הר"ן דצריך עדים על תפיסה דלאחר מיתה ולא עדים סתם דשוב גם כן לית ליה מגו דלקוח דמ"מ יש לו מגו דהחזיר דלא היה עדי ראה ולכך צריך עדים בבירור דיהיה מגו שלו נפסד ואולם התוס' והרא"ש לא גרסו לאחר מיתה ש"מ דלא חשו לסברת הר"ן והיינו משום דס"ל צריך להחזיר בעדים ול"צ עדי ראה ואין זה ראיה דא"כ כל מה דהצריך תפיסה דלאחר מיתה כדי שלא יהיה לו מגו דחזרה א"כ איך הניח הגמ' העיקר ותפס הטפל דקאמר מגו דיכול לומר לקוח יכול לומר תפסתי מחיים דהא מגו זו אינו רק הל"ל מגו דיכול לומר החזרתי וכו' אלא ש"מ דהי' שם עדי ראה ולכך לא נקט זה המגו רק מגו דלקוח וא"כ יפה מחקו הגי' דלאחר מיתה וא"ש. ואולם מדברי הרא"ש בר"פ הגוזל בתרא בהגוזל והניח לבניו חייבים לשלם ואם אמרו הגדולים ידענו דחשב אבינו ולא פש גביה מידי פטורים וכתב הרא"ש ומיירי בדלא ידעינן שבא הגזילה ליד אביהן אלא על פיהם דאלו ידעינן בעדים שבא הגזילה ליד אביהם לא היו נאמנים לומר אביהם שילם כיון שידוע שבתורת גזילה באו לידו ועודו בידו דאב גופיה לא הוי מהימן החזרתי לך ולקחתי ממך וכן בפקדון אם יש עדים שראו בידו והופקד ועודו בידו תו לא מהימן לומר חזרתי ולקחתי ממך וכו' עכ"ל הרי מבואר דחד דין לגזלן ולפקדון כמו דשם בעינן עדי ראה כן בגזל ודייק דוקא דעודנו בידו הגזלה אבל בלא"ה אף דעדים על הגזל מ"מ פטור ונאמן החזרתי וכ"כ הש"ך לקמן בסי' שס"א ובתוס' שם שני תי' אבל גם הרשב"א בחדושיו מבואר דבעינן עדי ראה ג"כ דאל"כ נאמן החזרתי. וא"ל מהא דפסק הטור ומחבר לעיל סי' ל"ז בראובן שגזל טלית משמעון ומכרה ללוי דאם מת ראובן יוכל שמעון להעיד ללוי דאף דיהיה ביד לוי א"י להוציא הטלית וגם הדמים דכבר מת ראובן הא אם הניח נכסי' דיוכל לגבות מיורשי ראובן לא יעיד וקשה למה הא מכל מקום א"י להוציא מיד יורשי ראובן דיטענו אולי פרע אבינו די"ל דשם בעדות חיישינן לנגיעה אפילו בדרך רחוקה וא"כ י"ל אולי התרה בראובן אל תפרעני אלא בעדים וא"כ תו לא יטענו יורשים פרעתי וה"ל נוגע. והנה רמ"ה הביא ראיה דהגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדים מהא דפרכינן בכתובות ולתני מודה ר' יהושע באומר לחבירו מנה הלוויתני ופרעתיך דנאמן וכו' ומשני משום דבעי לאוקמי סיפא אם יש עדים וכו' וקיי"ל המלוה חבירו בעדים וכו' ודייק הרמ"ה דעדיין קשה ולתני האומר לחבירו גזלתיך והחזרתי דנאמן במגו ואם יש עדים תו א"נ אלא ש"מ דא"צ להחזיר בעדים והרמב"ן קלסהו והקשה הגי"ת בשער מ"ט דא"כ למ"ד בפ' חזקת כרבה קודם חזרה דמפקיד חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים עדיין קושית הרמ"ה במ"ע ואיך

יתרץ הוא המשנה ומבין ריסי דבריו ניכר דס"ל אף דרבה ס"ל במפקיד צריך להחזיר בעדים מ"מ בהלואה א"צ לשלם בעדים וע"ז תמך קושיא שלו אבל באמת לא עיין שם בתוס' בפ' ח"ה דודאי למ"ד בהלואה א"צ לפורעו בעדים פשיטא דבפקדון א"צ להחזיר בעדים רק בזו נסתפקו תוס' אפילו למ"ד צריך לפורעו בעדים בהלואה אם גם בפקדון הדין כן או בפקדון דיש לו מגו דנאנסו לכ"ע א"צ להחזיר בעדים וא"כ הא כבר הרגיש התוס' בכתוב' דף חי' והקשה למ"ד צריך לפורעו בעדים מה איכא למימר ותירץ שם שני תרוצים וא"כ אף זה מיושב דלא עדיף פקדון מהלואה ולק"מ אך הגי"ת והלח"מ תמהו דלפי מה שכתבו התוספות בתירוץ דניחא ליה לתנא דמשנה לומר מילתא בהך שדה זו של אביך משום לאשמעינן מילתא דר"ה אין מחזיקין בנכסי קטן וכו' וא"כ אף על קושית הרמ"ה י"ל כן ואזלא בזה כל הוכחתו ואין כאן קושיא דהא יש להבין בתוס' דתירץ דלכך קתני שדה משום דר"ה וכו' א"כ למה לא משני הגמ' כך ותירץ דלא מתוקמא סיפא אם יש עדים וכו' וצ"ל דודאי הגמ' ס"ל אליבא דהלכתא דא"צ לפרוע בעדים ואיך ישני מילתא שקרא לומר דניחא ליה משום דר"ה משמע לולי כן היה אומר מודה ר"י במנה לך בידי וזה אינו דהא באמת אין צריך לפורעו בעדים ולא מתוקמא אם יש עדים ולכך משני הגמ' עדיפי מה דאיתא בקושטא רק למ"ד צריך לפורעו בעדים אמרינן תי' התוס' אבל סתמא דגמ' משני בקושטא אליבא דהלכתא וזהו אי באמת ליכא קושיא וא"צ לתירוץ התוס' משום דר"ה אבל אי הגוזל צריך להחזיר בעדים וא"כ עדיין קשה קושית הרמ"ה ולתני באומר גזלתיך וא"כ צריכין לתי' משום דר"ה וכו' וא"כ ה"ל לגמרא לשנויא כן דהא תירוץ זה אין מספיק משום סיפא דעדיין קשה בגזילה מא"ל וה"ל לשנויא מילתא דעולה לכל הקושיא כיון דע"כ צריכין אנו לתי' זה ועכצ"ל דגם בנגזל א"צ להחזיר בעדים ואין צורך באמת לתי' משום דר"ה ודוק. וכן משמע בתוס' דבתר דשניה הך תירוץ דניחא ליה לאשמעינן מילתא דר"ה הקשו דהל"ל מודה ר"י באומר אל תפרעני אלא בפני פלוני וכו' ודוחק לומר דקושיתם הוא לתי' הראשון דמשמעות התוס' דקושיא הוא לכל התירוצים כנראה בתוס' שם ולפמ"ש ניחא דכיון דהך מילתא דאל תפרעני אלא בפני פלוני הלכתא הוא באמת לדינא וא"כ הקושי' הוא על הגמרא דאיך משני תירוץ דקי"ל המלוה בעדים א"צ לפורעו בעדים מה דלא מהני דהא עדיין ק' דהל"ל באומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני דזה ברור ופשוט. והנה לפי מ"ש הכה"ג בשם המבי"ט ובנו מהרי"ט דס"ל אף האומר דצריך לפורעו בעדים היינו בגוזל בעדים הואיל ועשה דבר רע בפומבי אף כשמחזירו משיבו בעדים לפרסמו ענין כשרתו אבל לא בגוזל בלי עדים ולכאורה לפ"ז אין כאן ראיה כלל דאיך לתני ומודה ר"י באומר גזלתיך בלי עדים ופרעתיך דנאמן משום

מגו דפה שאסר פה שהתיר דמשמע משום מגו ולולי מגו לא היה נאמן וא"כ באומר לאחר כ"ד החזרתי ופרעתיך אינו נאמן וזה אינו דהא בלא"ה נאמן לומר החזרתיו ואי מיירי באומר גזלתיך בעדים ע"כ מגו ליכא דאנן סהדי דאין פורעו בלי עדים כמו שכתב' דכל מגמתו להשיבו בעדים לפרסם תשובתו כאשר נתפרסם רשעו אשר גזל בעדים:

אבל באמת זה אינו דכבר עמד מהרש"א בגמ' בהא דמשני משום דבעי למתני סיפא ואם יש עדים והא קי"ל המלוה בעדי' א"צ לפורעו בעדים והקשה מהרש"א בקצרה הוה ליה לשנויא דלא שייך ביה לומר מגו הפה שאסר וכו' דאף בלא זה הא נאמן לומר פרעתי וע"ש דדחק דעיקר מילתא דר"י משום ואם יש עדים נשנה דזה דוחק דאף דהאמת כדבריו דעיקר מילתא משום סיפא ואם יש עדים נשנית מ"מ גם רישא משום מגו נשנית כדאמרינן אע"ג בהך דלעיל איכא מגו ופליג ר"י בהאי מגו מודה ר"י ואם אין צריך למגו מה פליג ומה מודה ר"י הא אין כאן צורך למגו כלל. ולכן נראה דאף דאמרינן המלוה בעדים א"צ לפורעו בעדים ומכ"ש המודה בעדים א"צ לכ"ע לפורעו בעדים היינו באומר לעדים מנה הלוה לי פלוני יכול לומר אחר הודאה פרעתיו אבל בהודה בהודאה גמורה לפני עדים או לפני ב"ד פלוני הלוה לי מנה ודאי דאין יכול לומר מקד' פרעתיו קודם הודאה א"כ למה הודה וסתם הודאתו משמע דחייב לו בבירור ולכך אם תיכף תוך כדי דיבור אמר פרעתיו נאמן דה"ל פה שאסר פה שהתיר וממש דומה להא דילפינן מקרא את בתי נתתי לאיש אסרו וכשאמר הזה התירו ומזה ילפינן פה שאסר פה שהתיר ואף זה בכיוצא כשאמר מנה הלוה לי פלוני התחייב עצמו וכשאמר תוך כדי דיבור פרעתיו פטר עצמו ולכך איצטרך פה שאסר וכו' דאם לאחר כ"ד שאמר פלוני הלוה לי בדרך הודאה אמר כבר פרעתיו קודם הודאה אינו נאמן ואפילו מגו לא מהני דה"ל במקום עדים וא"ש ולכך הוצרך הגמ' לשנויא דסיפא דאם יש עדים דלא מהני מגו ולמה הא נאמן לומר פרעתי וא"ש. ואם כן אף בזה עדיין קשה במודה מעצמו דגזלו ואמר תוך כדי דיבור דמקדם כבר החזיר לו נאמן מהפה שאסר וכו' אבל אם לאחר כ"ד אמר שמקדם קודם הודאה החזיר לו אין נאמן וא"ש ואם יש עדים שגזלתו אין נאמן למ"ד בגוזל דצריך להחזיר בעדים וראיית רמ"ה נכון. אמנם לפמש"ל בכללי מגו ס"ק פ"ב פ"ג בכוונת דברי התוס' שם יש לדחות ראית רמ"ה דהא כל מגמתו למתני ואם יש עדים דומיא דעדי הינומא כמ"ש מהרש"א וכאן בגזלתיך אפילו ע"א חייב לשלם דהוי ממש נסכא דר"א דכל דאין מכחיש לעד חייב לשלם ובזה מיושב נמי דלמה לא קתני באומר לחבירו מנה הלויתני והוא בתוך זמנו ופרעתיך דנאמן במגו ואם יש עדים אין נאמן דאין אדם פורע ת"ז והכל מיושב בזה דהוה ליה למתני ואם יש ע"א דג"כ אינו נאמן והמשנה ביקש

למתני דומיא דרישא עדים דוקא ומש"ל דיקשה לרב ושמואל דס"ל דליתא לדינא דנסכא אין זה קושיא לשיטת הרמב"ם דיש לדחות דמודה רב ושמואל דפליגי בהו תנאי כמ"ש התוס' להדיא על משנה דשאלה ושכורה דמוקי ליה כהך תנא דס"ל מתוך שאיל"מ וכן י"ל במשנה דהכא וא"ש ולק"מ. אך מכל מקום כל אחרונים הסכימו להלכה כרמב"ן ורמ"ה דא"צ להחזיר בעדים ובאמת רוב מחברי' ס"ל כן אבל מ"מ לא הבנתי על בוריו טעמו של דבר לפי דאמרינן בגמרא ופסקינן לעיל סי' ע"ט באומר לב"ד שפרעו מנה ובאו עדים שלא פרעו אז דהוחזק כפרן לאותו מנה ואינו נאמן לעולם לומר דפרעו ואם בשביל זה שרצה לעכב הפרעון הוחזק כפרן מכל שכן זה שהוחזק על אותו מנה וחפץ לגזלן גמור ועדים מעידים אותו איך יהיה נאמן לאותו מנה וחפץ שהחזיר ואי דשם בעינן דוקא בבית דין הטעם דזולת ב"ד אמרינן רק מדחה ליה ולא מגלי אינשי דבריו רק בב"ד אבל במעידים בבירור דגזלו למה לא יהיה הוחזק כפרן ואי דשם נתפס לשקרן אבל כאן אף דנתפס לגזלן מכל מקום לשקרן לא הוחזק דזה אינו דהא הוחזק לשקרן דהוא פסול לעדות ושבועה ש"מ דהוחזק לשקרן ואיך נאמין לו על אותו מנה ולא ידעתי להסביר טעמו ולחלק אם לא דנימא דהך דלעיל ג"כ אין מהדין רק קנס שקנסו חכמים הואיל והחציף לכפור בב"ד ולומר דבר שקר קנסהו חכמים בכח ב"ד יפה שלא יהיה לו נאמנות תו לומר ולא מדינא ובגזלן הואיל ולא החציף פי ב"ד לא קנסהו וצ"ע כי זה דחוק:

יא **אם** חטף וכו' כ' הסמ"ע דמיירי בעדי ראה דאל"כ נאמן שלי חטפתי במגו דההחזרתי לך ואמת כ"כ הרמב"ן להדיא בפ' חזקת וכ"כ הר"ן אלא שיש להבין לפי מ"ש המחבר לקמן סימן שס"ד בחטף בפני עד זהובים והעד א"י כמה והחוטף אומר עשרים היו ושלו הן מחויב להחזיר כל העשרים ולא אמרינן מגו דהיה אומר שהיה רק שנים ויהיה נאמן במגו על י"ח הנשארים וכ' הסמ"ע שם בס"ק ז' הטעם דהוי מגו במקום חזקה דכל מה שהוא בבית אדם בחזקת שלו ואיך יהיה מהני בזו מגו דה"ל מגו במקום חזקה ובאמת מרא דהך דינא בעשרים זהובים הוא הרמב"ם ואפשר באמת לא ס"ל כרמב"ן בזה ולכן לדינא צ"ע. ואפשר לומר דשם דעל אחד או שני' ודאי צריך להחזיר עפ"י עד א"כ הוחזק לגזלן א"כ תו לא מהני מגו שלו על הנשאר דהוי במקום חזקה כמ"ש הסמ"ע ואי דלא אלים כ"כ הך חזקה להוצא מיד המוחזק מ"מ הא איתרע טענתו ג"כ שהוחזק כבר לחוטף מה שאינו שלו בהנך שנים משא"כ ביש לו מגו על כל זהובים דההחזירן דא"כ אמרינן בקושט' קאמר שלא חטף של חבירו כלל מהימן דלא אלים חזקה זו כל מה שהוא בבית אדם וכו' להוציא מיד המוחזק ולפ"ז בחוטף שני חפצים ואיכא עדי ראה על חפץ אחד אף דלא הוה על חפץ שני ויכול לומר דההחזיר לשני תו לא מהני מגו דכיון דכבר הוחזק

לחוטף שאינו שלו בחפץ האחד. וזהו מסתבר בלא"ה כי מה מגו יש לו שיאמר שהחזיר הלא נח לו לטעון ששלו חטף שלפי טענתו יחזיק גם החפץ הנראה משיודה שחטף של חבירו רק שהחזיר דא"כ מפסיד בחפץ הנראה ומורה ביה להחזירו ועיין בכללי מגו אות ל"ח אי הוה בגדר מגו לחצי טענה ע"ש:

יב **הנחבל** וכו' יש לי מקום ספק אם גם בזה נאמן לומר פרעתי החבלה או לא דאמת משמעות המחברים שסתמו ולא כתבו שצריך להיות שהתרה בו אל תפרעני אלא בעדים דאל"כ נאמן במגו דפרעתיך כמו בנגזל לעיל וביחוד הרב מהרא"י בכתבו שהשיב לשואלים דבר במודה שחבלו רק הוא התחיל ביה והשיב לו מהרא"י דנאמן במגו דלא חבלו ולא הזכיר כלל ממגו דהיה פרעו וא"כ אפילו היה עדי' בחבלה היה נאמן ואין שם בכל התשובה מזה דבר וא"כ משמע דאין נאמן לומר פרעתי דהוי כמו ת"ז דכל זמן שאין הב"ד שמין לו כמה ישלם איך ומה אינו פורע רק קשה לפ"ז קושיא הרמ"ה דלתני האומר לחבירו חבלתי בך ופרעתיך דנאמן ואם יש עדים דאינו נאמן ואפשר דס"ל לרמ"ה חבלות לא שכיחי כהנ"ל בסי' א' וגזלות שכיחי רק גזלות ע"י חבלות ל"ש כדעת התוס' וא"כ הא כתב הרא"ה שם דעל מילתא דל"ש ל"ק דלתני דתנא מילתא דשכיח נקט ולכך קשיא ליה לרמ"ה מגזילות ולא מחבלות ובאמת בחבלות אין נאמן פרעתי ול"ל דלא שכיח דיפרע חבלתו ומ"מ אם טען נאמן ולק"מ מהך דכתובות רק מגו לית ליה דמגו דלא שכיח ל"א דא"כ מנליה לרמב"ן להוכיח מהך דינו של רמ"ה דהוכיח מהך דכתובות דנאמן בגזילה החזרתי דהך מילתא דנסכא דר"א איירי בראה מנלן דלמא לא שכיח שיחזיר והוי מגו דל"ש. שוב ראיתי בתוספתא דשבועות וכן הוא בירושלמי ר' יהודא אומר כל זמן שהם חובטי' זה בזה נשבע ונוטל לאחר זמן זה אומר חבלתי וזה אומר לא חבלתי הרי הם כשאר טענות ואולי כך הפי' כל זמן שהם בתוך הקטט הרי הם בחזקת שלא פרעו ולית ליה מגו משא"כ לאח"כ הרי יכול לומר פרעתיך וא"כ יש לו מגו ולכך הם כשאר טענות והדברים נוטים כמ"ש דנאמן לומר פרעתי ויש לו מגו ולכך לא הביאו המחברים הך ירושלמי דסתמו בזה כמו נגזל דמיירי דלית ליה מגו דפרעון וצ"ע:

יג **נשבע** ונוטל ואם ירצה הנחבל להפכו משמע מדברי התוס' ריש פרק כל נשבעין דכל הני דמנה בשבועות הוא שאין שכנגדו ראוי לישבע והיינו משום דהואיל דניכר דחבלו ורגלי לדבר כמ"ש התוס' ב"מ דף ל"ד ע"ב ד"ה שמא וכו' הרי דהוא בגדר החשוד אך אפשר לומר דזהו מכלל התקנה אבל אם יאמר הנתבע א"א בתקנה אפשר דיכול להפך וצ"ע:

אך קשיא לי לפי מה שכתוב לעיל בסימן ל"ד המגביה ידו להכות פסול לעדות ושבועה

ומכ"ש בחובל באמת א"כ ר"י דאמר עד שיהיה הודאה במקצת א"כ למה לי הך תקנה הא ה"ל בכלל תקנה חשוד שכנגדו נשבע ונוטל ול"ל דשילם דהיינו כופר הכל כמ"ש התוס' גבי נגזל והילך ל"ל ועי' מש"ל בריש סימן דר"י מחייב בהילך דיקשה למ"ד דהילך חייב ולהאומרים דא"צ בנחבל כפירה ב' כסף לק"מ כמש"ל בריש סימן אבל לרבותי' של רמב"ם קשה ולפי מה שכתוב בסי' פ"ז בחשוד ביש לו ע"א המסייע אין שכנגדו נוטל בשבועה. א"כ י"ל בע"א מסייע שלא חבל אלא אחת מכל מקום מתקנה נחבל נשבע להכחיש העד ונוטל וזהו לא היה מכח חשוד וזהו דוחק וצריך לומר דלא היו עדים ואין נעשה חשוד עפ"י עצמו ומזה מוכח דלא כמ"ש בסי' צ"ב דאף על פי עצמו יכול התובע לומר פיך ענה בך דאתה חשוד ואטול דא"כ א"צ לתקנה לנחבל דתמיד יכול ליטול בשבועה בלי תקנה זו ודוק ועוד אפשר לומר דחבל בשוגג ולענין פרעון אדם מועד לעולם וכו' ואינו נעשה חשוד בשוגג וא"ש.

יד **ואם** יש הוכחה וכו' זהו מה שאמרו עדות בידיעה שלא בראיה והנה הרב בעל בית שמואל חשב שאם טבעת בידו ואמר הרי את מקודשת לי בטבעת זה ולא ראו עדים נתינה רק כמעט רגע הטבעת בידה ולא סגי אם לא שנתן לה ודעתו למאן דס"ל עדי קדושין א"צ דו"ח דלדיני ממון מדמינן א"כ כמו כאן בחבלות מוציאין ממון בזה ה"ה שם דמתקדשת ע"ש בא"ע סי' מ"ב ס"ק י"ב ובאמת אי מהא יליף יש עליו תשובה דבשלמא כאן דלא איברי סהדי אלא לשקרא ואם יודה דחבל א"צ לעדים כלל א"כ פשיטא בידיעה כזה אנן סהדי דהוא אמת ומה צורך לראיה עוד משא"כ בקדושין המקדש בלי עדים גזרת מלך שאין קדושין חלים כלל כי הצריכה תורה ב' עדים וא"כ מה בכך דהי' ידיעה מ"מ ליכא כאן עדים והתורה הצריכה עדים ואמת דנתקדשה אבל מ"מ כל שלא ראהו עדים גזרת המלך דלא יועיל ואי קשה א"כ בדו"ח נמי איך לדיני ממון מדמינן דלמא מה נ"מ אם יודעים באיזה יום או לא הא אמרו אמת וזה לא שייך בקדושין הא לא קשיא דמה בכך אם אין יודעים עכשיו דו"ח בשעת ראיה היה יודעים וקדושי אשה הכל תלוי בשעת ראיה דאז עדות בעינן. ובזה הסברא מובנים דברי התו' מכות דף ו' ד"ה אר"י וכו' דהקשו התוס' על רש"י דפי' דלכך ד"מ חלוק מד"נ משום דכתיב ושפטו עדה וכו' דהא כתב משפט א' והשיו ד"מ לד"נ ותירץ התוס' דאף דכתיב עפ"י שנים מקיש שלשה לשנים בד"מ בשנים גופיה הא ע"א זוקק לשבועה משא"כ בד"נ ועדיין הקושיא במקומו מ"מ הא השוו התורה במשפט אחד ד"מ לד"נ ודל הך דכתיב גבי ד"מ נמי עפ"י שנים מ"מ הא הוקש לד"נ וגם עדיין חסר הטעם למה באמת בד"נ אם היו שלשה ואחד קרוב דהיה נשארים שנים מכל מקום פסולין ולמה בד"מ כשר מה טעם לחלק וגם קשה דלמא רש"י ס"ל ממש

כמ"ש התוס' בתי' שלהם רק דעדיין קשה באמת מהו הטעם למה פסלם התורה בד"נ ולא בד"מ וע"ז כתב רש"י הטעם דבד"נ בעינן הצלה יתירה דכתיב ושפטו וכו' ולכך ביותר פסל הקרא לעדי ד"נ משא"כ בד"מ ואין היכר והוכחה מדברי רש"י דלא ס"ל בכל התי' כמ"ש התוס'. ולכן נראה דס"ל לתו' מה צורך לדחוק בטעם ההבדל בין ד"מ לד"נ הלא הטעם פשוט בד"מ דלא איברי סהדי רק לשקרא ואם הוא מודה מתחייב עצמו וא"כ אם כאן שלשה עדים ושנים כשרים ונאמנים מה בכך דבצירוף שלהם עם הג' הקרוב בטלה העדות מכל מקום אנן ידעינן דקושטא קאמרי ואם נתברר לב"ד דהוא אמת אפילו מעוף הפורח מוציאין ממון ודורות ראשונים היו מוציאין ממון ע"פ אומדנא מכ"ש בשנים הללו שהם כשרים משא"כ בד"נ דבעינן עדות גמורה ואפילו מודה זה שהרגו אין נהרג עד שיעידו עדים ואפילו ברירי לב"ד כעובדא דשמעון ב"ש מי הרגו אני או אתה מ"מ אין דמו ביד ב"ד מסור להורגו ובעינן עדים וכשנצטרף עמם הפסול בטלו עדותן ואין כאן עדות ואי דמ"מ ברור להב"ד דהאמת אתם מה בכך והבדל גדול יש ביניהם ומעתה גם היקשא דמשפט אחד לא קשה כלל דהגע עצמך נימא דהמודה בב"ד או בעדים דחייב לא יתחייב מהיקשה דד"נ דשם אין הודאתו מחייבו אלא דזה אינו דבד"מ הכל תלוי בבירור הדבר אם אמת ושקר וא"כ אף זהו כמוהו וה"ל כאלו הודה הבע"ד וא"כ רש"י דנכנס בדוחק ליתן טעם והבדל אחר ש"מ דס"ל לרש"י הא דס"ל לר"י בד"מ אפילו בד"מ דלא מהני הודאות בע"ד כמו בגט וקדושין דלד"מ דמיא ומ"מ לא מועיל הודאות בע"ד ואין דבר שבערוה פחות משנים ועיין שם תוס' ד"ה שמואל דפלפלו אי גט וקדושין הוי כמו ד"נ או ד"מ בנדון הזה וס"ל לרש"י דודאי הוה כד"מ לתרוצי קושית התוס' בדבור הנ"ל דאיך מצאנו ידינו ורגלנו וכו' ועיין מש"ל סימן ל"ו וא"כ בזה לא שייך לא איברי סהדי דבעינן עדים והודאתם לא מהני והוצרך רש"י לומר טעם אחר משום ושפטו עדה וכו' וע"ז יפה הקשו התוס' דהא כתיב משפט אחד דאין טעם לחלק וגם הא אף בד"מ כתב ע"פ שנים וכו' ול"ל כתי' התוס' דבד"מ ע"א זוקק לשבועה דהא בהנך דבעינן עדים דוקא ולא מהני הודאת פיו של הנתבע לא זוקק ע"א לשבועה דשבועה זו מה טיבו ולכך יפה הקשו ותי' התוס' דבאמת ליתא לרש"י וגיטין וקדושין באמת אף לר"י לד"נ דמיין כמ"ש התוס' להדיא בד"ה שמואל וא"כ שפיר י"ל דלכך לא דרשינן בד"מ מקיש שלשה לשנים דבד"מ אחד זוקק לשבועה ומעתה לא קשיא מה טעם יש לחלק דטעם גדול יש כמ"ש דבד"מ אין צורך לעדים אלא לברר האמת וג"כ לא קשה מהך משפט א' כמ"ש דה"ל כהודאת בע"ד ודוק כי זה ברור בתוס' מיהו יש מקום לדינו של הבית שמואל כמ"ש המרדכי ולא מטעמיה דב"ש דלד"מ מדמינן ליה אלא אפילו לד"נ מדימינן נמי דהא כתבו

התוס' שבועות דף ל"ד ע"א ד"ה דאי אית וכו' דמוכח מגמ' דכל אומדנא דאמרינן בד"מ אפילו בד"נ אמרינן ולכך בעלתה נשיכה בגביה דמחייבין בחבלות לשלם ה"ה בד"נ אי בכך נעשה טריפה שניקב קרו' של מוח וכדומה נהרג. וצ"ל דע"ז יש דו"ח באיזה יום ושעה היה כך והיינו כאלו ראו הריגה וא"כ אף בקדושין כך ויפה פסק המרדכי דהוי קדושין לכ"ע כמו בדיני נפשות והרשב"א דחולק לא ס"ל תי' התוס' ועיין בי"ש בא"ע בזה בארוכה. כ' הרדב"ז בח"א סימן קע"ט נגזל שמת ויורשיו טוענים כך פקדנו אבינו ושלא פרעו ופסק דתקנת נגזל לא עשו ביורשים ומ"מ אם יורש טוען ודאי גזלת את אבי מנה נשבע ונוטל לא מכח תקנת המשנה אלא מפני שכנגדו חשוד על השבועה ואם אין טוען ודאי יחרימו עכ"ל ודבריו צ"ע דמשמע מדבריו מדאמרו שפקד אביהם שלא פרע ש"מ דליכא עדי ראה ובדליכא עדי ראה הא אין כאן שבועות המשנה נגזל ונוטל כלל המבואר לעיל בזה הסימן בכמה דוכתי וגם מה שכתב שאם טוענים ודאי ברור דכוונתו שהם יודעים שנטל כ"כ דאל"כ איך ישבע בחשוד כנגדו וכי שבועה שלא פקדנו מועיל ליטול מהחשוד נשתקע הדבר ולא נאמר ואם דמיירי שהם טוענים ברי שראהו שנטל כך צ"ע דאטו גרועים משומר ואשתו של שומר דנשבעים ונוטלים ובניו ויורשיו לא יהיו נוטלים היינו שומר וצ"ע:

סימן צא

א **שניהם** נשבעין כתב הש"ך דאם אחד מהם גוי ומכחיש לישראל השני הישראל הבא ליטול נשבע בנק"ח ונוטל וראיה שלו מתשובת רשב"א הביאו הב"י ס"ס קפ"ה דראובן נתן טבעת לסרסור למשכנו ואמר הסרסור שמשכנו אצל גוי והגוי מכרו שלא בידיעתו ורצונו והגוי מכחישו צריך הסרסור לישבע כמו שאמרו חנוני על פנקסו ע"כ ואני תמהני כי הרשב"א לא מיירי שם משבועת המשנה דהא הסרסור אינו נוטל כי אם נשבע ונפטר ומה זה לשבועת המשנה רק מיירי שם מהיסת כמ"ש רשב"א וז"ל ואפילו היסת ליכא דאין הגוי מכחישו דאלו הגוי מכחישו חייב שבועה כדין חנוני על פנקסו וכוונתו היסת ולמד רק מחנוני על פנקסו דה"ל ע"י אחר שאומר לא קיבל טענת ברי וא"כ מיניה אף היסת יכול להשביע ע"פ. אבל לומר דתקנת המשנה שיהיה נשבע ונוטל נתקן בגוי מנלן זה כיון דפיהם דיבור שוא לא נתקן כלל. וכל כמה דיכולים למעט בתקנה ממעטינן. ועוד נראה דיש להבין ברשב"א כיון דתקנת חנוני על פנקסו לא שייך שם דהא היה נפטר כמ"ש רק מכח הוגד לי חייבהו היסת הא אסקינן לעיל בסימן ע"ה דאפילו בישראל אם המגיד נוגע בעדות אין משביעין על פיו ומכ"ש כאן דהיה גוי נוגע דאם היה מודה

שמשכנו אצלו והיה מכרו היה חייב לשלם וצ"ל דשם היה דינא דמלכותא שאם לא יפדנו לזמן שיכול למוכרו ופטור וא"כ אינו נוגע. וזהו ברור ולפ"ז אזלא כל ראית הש"ך דכאן היה החנוני גוי נוגע דצ"ל אפילו אם כבר קיבל תשלומין מבעה"ב דנתנו לפועלים דאל"כ יתבענו הבעה"ב מידו ומכ"ש בשעדיין לא נתן דה"ל נוגע וא"כ איך נחייב שבועה ע"פ במה שהוא נוגע וחכמים דתקנו בישראל תקנו דהם בחזקת כשרים בלתי משקרים אבל בגוי מה שהוא נוגע איך יהיה יכול לזקוק ע"פ אמירתו שבועה. ומעולם לא אמרו רשב"א רק בלתי נוגע ובזה ג"כ נראה דאין המ"מ חולק ארשב"א דכוונתו רק לומר במה שהוא נוגע דאין שבועה כלל בהוגד לי כנ"ל בנוגע בישראל מכ"ש בגוי ולכן אין לדין זה שרש וכל מה שיכולים למעט בתקנה ממעטינן: מיהו אפשר לחלק דמי שנוטל בדין זולת התקנה בלי שבועה רק חכמים תקנו שבועה בזו י"ל ע"י אמירת גוי לא תקנו דאין לנו להרבות בתקנה אבל במקום שזולת התקנה לא היה נוטל כלל רק הם תקנו שלא יטול אלא בשבועה וא"כ מה בכך בגוי לא תקנו מהכ"ת יטול הא ע"פ הדין אינו נוטל רק חכמים תקנו והא לא תקנו נטילה גרידא רק בשבועה אך גם זה צ"ע דבזה אפשר כיון דאין הכחשת גוי קרוי הכחשה כלל אפשר דכולן נוטלין מהדין. ומדברי רשב"א אין ראיה כמ"ש דלא היה נוגע ומ"מ מסתבר כמ"ש לחלק ודוק:

ב **או** שמתו פועלים וכו' הש"ך כתב דדוחק לומר שהרמב"ם יחלוק על הרמב"ן דס"ל במתו פועלים דנשבעים היורשים ונוטלין דהא מדין נוטלין פועלים בלי שבועה רק להפסת דעת תקנו שבועה ואין ס"ד במות הפועלים שימסידו יורשים והנכון אתו רק כתב דרמב"ם מיירי בפועלים שאין להם יורשים וזהו דוחק דאין לך אדם בישראל שאין לו יורשים. איברא דבלא"ה הקשה הש"ך למה נתן טעם שאין כאן רק תשלום אח' ולא נתן טעם שאין כאן טענת ברי כמ"ש הרמב"ם גופי' בהל' שלוחים ומ"ש הש"ך לומר דמיירי דהכחישו זא"ז והלכו ומתו וא"כ יש כאן טענת ברי ומכל מקום ליכא שבועה הואיל ואין משלם רק תשלום א'. יפה דיבר בשבועת המשנה הואיל ואינו משלם רק תשלום א' אבל למה יפטור מהיסת הוא טוען מה לי ולך אם אני אשלם לפועלים או לא סוף כל סוף אני אין חייב לך כלום ולמה תגבה ממני דבר שאיני חייב לך כלום. ופשיטא דיש כאן היסת אם תובעו ברי ואף זהו ברי עפ"י הפועל וכמ"ש הרמב"ם בהל' שלוחים דאם המלוה או' לא קבלתי ואינו כאן השליח נשבע היסת. הרי דס"ל ע"י אמירת המלוה ה"ל ברי להשביע היסת ולמה יפטור מהיסת. ובהיסת לא נראה לחלק אי צריך לשלם שנית או לא סוף כל סוף הרי תובעו שאין לו לשלם והוא זכה בשל פועלים. ולכן יותר נראה כמ"ש הש"ך בתי' השני דצ"ל הטעם הואיל ואינו משלם אלא תשלום אחד בשביל החנוני דבחנוני אף

דאין תובעו צריך לישבע דה"ל המוציא הוצאות דצריך לישבע כמה הוציא וכ"כ הרז"ה כמ"ש בעה"ת בשמו בשער כ"ט ח"ב ד"ו וכן דעת הר"ן ולכך הוצרך ליתן טעם משום דאין חייב רק תשלום אחד וא"כ מה לי לבעה"ב עם חנוני. ולפ"ז אף הנ"ל מיושב דכי דעת הרמב"ן דיורשי פועלים גובים היינו כשכבר עמדו פועלים והכחישו לחנוני ולא הספיק ליטול בשבועה עד שמת בזה אמרינן דיורשיו גובים אבל בפועל שמת ולא תבע ולא הכחיש לחנוני כלום ואחרי מותו באים יורשים ויאמרו אבינו צוה שהבעה"ב חייב לו ולא קיבל כלום מחנוני מודה הרמב"ן דאין נוטלין דלא מהימני' להו ולאו כל כמיניה דיורשים לומר דאביהם פקד להכחיש החנוני וליטול בשבועה שלא פקדנו והגע עצמך מי ששלח שלוחו לפרוע הקפותיו בע"פ אחרי ימים רבים שימותו ב"ח אם יבאו יורשים ויאמרו אבינו פקד שאת חייב לו ודאי לאו כל כמיניה ולא אמרו הרמב"ן אלא במכחיש בב"ד לחנוני רק מת קודם שבועה ולא זולתו וא"כ אין כאן סתירה מדברי רמב"ם לדברי רמב"ן ומש"ה שפיר קאמר. ואין כאן מחלוקת בין פוסקים כלל וזה נכון לדינא בכל אופן. אף כפי מה שאכתוב בס"ק שאח"ז י"ל אף בפועלים אין יורשים נוטלים וע"ש:

ג **דלמא** לא נתן כלום הרב הש"ך בס"ק י"ב האריך להסכים עם דעת הרמב"ם ומחבר דגם החנוני נוטל בלי שבועה אם אינו משלם רק תשלום אחד ולהיות כי זה נחלק לשני אופנים כמ"ש בס"ק הקודם אופן אחד דכבר הכחישו הפועלים רק לא נשבעו ומתו ואין כאן יורש דהיינו דהבעה"ב הוא יורשו או דמחלו לו היורשים כל טענות אביהם. ואופן שני דמת פועל והלך לו ולא הכחיש החנוני כלל. צריך אני להאריך בזה כי הרב הש"ך טען במ"ש דלגבי חנוני שורת הדין אפי' בשבועה לא יטול דה"ל א"י אם הלותני וכתב ש"ך דבשלמא התם הטעם דאוקמי ממון בחזקת מרא משא"כ כאן סוף סוף האי ממון תיפוק מרשותיה ולא קאי בחזקתו. ובאמת כי דברים הללו וסברא זו כתבו התוס' והרא"ש ב"מ דף ל"ז בהא דס"ל לר"ע דגזל אחד מחמשה דחייב לשלם לכל אחד ולא תקשה מדר"ן דס"ל דל"א ברי עדיף היינו משום שיודע ודאי שחייב לאחד מהם אם לזה או לזה אבל במילתא דר"נ אינן יודע שחייב כלל עכ"ל והיינו סברת הש"ך דכאן יודע הוא ודאי שחייב דינר אחד שכר פעולה רק א"י למי או לחנוני שכבר שילם או לפועלים אם לא שילם החנוני א"כ לא הוי בכלל מילתא דר"נ דס"ל הממע"ה. אבל אדרבא זהו שכתבו התוס' להך דיעה דס"ל דר"ע דינא קאמר ואפילו בלקח דס"ל כן משא"כ לפי דקי"ל דוקא בגזל משום קנסא ס"ל לר"ע כן אבל בלקח מה' אדם וא"י מאיזה אינו משלם אלא אחת והטעם דה"ל הממע"ה וכמ"ש הרי"ף להדיא שם בב"מ דקי"ל כר"נ דל"א ברי ושמא ברי עדיף והא התם ודאי צריך לשלם מ"מ הואיל וא"י למי פטור כמ"ש הרי"ף

וא"כ ה"ה הכא דא"י למי ישלם לחנוני או לפועלים ומ"ש חנוני ומ"ש לקח בשניהם שייך סברת הש"ך וא"כ סברא זו של הש"ך אין לה קיום באמת כי סברא זו לא קי"ל:

אך מ"ש הש"ך והחזיק בסברת הגאון מהר"י אבן פאלט ז"ל אשר הביאו בעה"ת בשער כ"ט דהא גבי משארסתני נאנסתי דקי"ל דהיא נאמנת אף דהוי א"י אם אני חייב לך ופרכינן תיובתא דר"ן דאמר הממע"ה ומשנינן דבמקום חזקה חזקת הגוף מודה ר"נ ואף כאן הא איכא חזקה דשליח עושה שליחותו. והאריך בזה הש"ך וממש בלי חידוש רק מ"ש שם בבעה"ת ובאמת לפ"ז לא היה כאן ראיה מהא דהרמב"ן חילק במלחמותיו סוף שבועות דהא משמע מדברי רמב"ן בבעה"ת שער כ"ו ח"א דין ד' דגם גבי משארסתני דקתני נאמנת היינו בשבועה בנק"ח וי"ל דס"ל אף זהו מתקנה כמו שארי נוטלין כמו חנוני. וא"כ אזיל לשיטתו וזהו לא קאי לדינא דקי"ל א"ע סי' ס"ח דאין עליה שבועה כלל ודלא כרמב"ן ואף זהו בחנוני שוה לו. אך בזה יש כאן מקום עיון חדא דהא בגמ' איתא ב' תי' למה נאמנת אי משום דה"ל מגו או משום דחזקה מסייע ונ"מ באומרת מ"ע אני תחתך והטור והרמב"ם והש"ג תפסו תי' זה לחומר' דתובע דאם היא אומרת מ"ע אני תחתך דאינה נאמנת ול"ס אהך תי' דחזקה והממע"ה א"כ איך נוציא ממון מספק בזה ואף שיש לדחות כמ"ש במ"א דודאי חזקה מהני רק לתירוץ ראשון לא סמכינן אחזקה משום דחזקת כשרות מנגדתו וכ"ז צ"ע ועיין ב"ש סי' ס"ח ס"ק כ"ב ועוד איך בנה יסודו על הך חזקה הא מבואר בגיטין דף ס"ד ע"ב דלחומרא אמרינן חזקה שליח עושה שליחתו ולא לקולא ש"מ דספיק' הוי וא"כ בממון איך נוציא ממון מיד המוחזק הא ה"ל ספק וקולא לנתבע ואפשר דס"ל לר' פאלט ז"ל כדעת הר"ש דפוסק בעירובין דף ל"ב הלכה כר"ש אפילו בדאורייתא להקל וכ' הטעם שאם לא יעשה שליחתו יבא המשלח לידי איסור אמרינן ודאי עשה שליחתו וא"כ אף כאן דהרי בעה"ב יבא לידי גזל ועשק שכר שכיר אבל כבר כ' התוס' דבה"ג פ' כר"ן דל"א עשה שליחתו כלל בשל תורה וכן פ' הרמב"ם בהל' תרומה דבשל תורה להקל ל"א עשה שליח שליחתו וא"כ איך נוציא ממון מספק וצ"ע על הש"ך איך החליט הדבר ולא הרגיש דהך חזקה שליח עושה וכו' לא קאי בשל תורה להקל ועוד נראה כי אמרינן חזקה שליח וכו' היינו בדליכא חשד שהוא מעכב ממון בידו אבל בדאיכא חשד שמעכב ממון של חבירו איך שייך חזקה וראיה לזו מהא דאמרי' במקדש ע"י ב' שלוחים בכסף דדעת רוב פוסקים דלא הוי קדושי דאורייתא כלל דהוו נוגעי בעדות כמ"ש הב"ש בא"ע סי' ל"ה ס"ק ה' ואי הך חזקה מעלי' היא דודאי עשה שליחתו למה לא יהיה קדושין הא ברור שעשו שליחתן ולמה נאמר דהוי כמקדש בלי עדים הא אנן סהדי דקושטא קאמרו וע"פ חזקה זו מוציאין ממון מיד

המוחזק ואיך נאמר באמר' שנתנו דליכא עדות השתא אי יהבו משלהם הי' מוציאין מבעל שצוה לקדש כי קבלו המעות ואמרו דנתנו לאשה ודאי צ"ל נאמנים ואפילו קודם דתקנו היסת דאמרינן שם דנאמן השליח היינו משום דנאמן במגו אבל זולת מגו ודאי דא"כ ול"א חזקה שליח וכו' אלא ברור במקום נגיעה אזלה חזקה ועוד כל חזקה משום דשארית ישראל לא ישקרו א"כ אף חזקה זו בפועלים דלא ישקרו להכחיש ולומר דלא קבלו במקום דקבלו וחזקה אין אדם מעיז ג"כ חזקה ולמה הך חזקה אולמ' מהך חזקה. וביותר תמהני מהש"ך דהחליט הך חזקה דשליח עושה וכו' לחזקה אלימת' להוציא ממון א"כ איך החליט בפועלים דודאי גובים מהדין דה"ל א"י אם פרעתיך דגבי פרעון אמרינן ברי ושמא ברי עדיף לכ"ע דהא כאן ה"ל ברי וברי דהא יש כאן חזקה שליח עושה שליחתו וה"ל כברי דפרע חנוני ואי אמרינן דלא הוי ברי רק ספיקא א"כ איך נוציא ממון מיד בעה"ב בטענת חנוני וקשה בממ"נ והדבר צ"ע כי ארכביה אתרי רכשי'. ובאמת בתוס' כתובות דף פ"ז ד"ה ישבע וכו' כתבו להדיא דלא מנו בשבועות רק אלו דה"א אפילו בשבועה לא יטלו וכ"כ הר"ן משמע להדיא דלא היה מהדין ליטול אף בשבועה. וזהו דלא כהנ"ל. ואין לדקדק תינח למ"ד ברי ושמא לאו ברי עדיף אבל למ"ד ברי עדיף א"כ ודאי דחנוני מדין נוטל ומכ"ש פועלים וא"כ יקשה למה קתני ליה בשבועות. וזה אינו דהא כתבו התוס' בפרק המפקיד דף ל"ז ד"ה גזל דר"ט דס"ל גזל אחד מחמשה וא"י לאיזה דמניח גזלה ומסתלק לא יחלוק אמ"ד ברי ושמא ברי עדיף דשם שאני דטען ברי לי שאיני חייב רק לא' רק א"י איזו וא"כ אף זהו כמוהו דיטעון ברי לי שאיני חייב רק תשלום אחד או לחנוני או לפועלים ולכ"ע פטור וזהו אף לר"ע דהא קי"ל בלקח מודה ר"ע לר"ט ודוק. ולכן נראה ברור לדינ' כי ודאי אם אין כאן הכחשה לחנוני מפי פועלים כלל נראה דשורת הדין שיגבה חנוני כיון שאין כאן הכחשה מהכ"ת נימא דלא עשה שליחתו ובזו שייך שפיר סברת הש"ך דלא שייך כאן הממע"ה כיון דסוף כל סוף צריך לשלם ואין זה דומה למש"ל בלקח מה' בני אדם דשם שנים תובעים ויש כאן מכחישין זה אומר שלי וזה אומר שלי ואזלא חזקה וא"א לשלם לשניהם מה שאין כן בלא תבעו ולא הכחישו הפועלים כלל אין זה דומה לשם דאלו בא א' ואמר אני מכרתי לך ואין אחרים כלל האומרים מאתנו לקח פשיטא דמשלם לזה דתוב' ואין יכול לדחותו דלמא יתבעו אחרים וזה ברור לענ"ד לדינא. וכן השכל והסברא מחייב דאם יאמר אדם לאחד צא ופרע בשבילי ולא אמר לו פרע בעדים למח' כי יבא על תשלומו יטעון מי יימר דפרעתיו ויפשוט לו הרגל ולקתה מד"ה והרי זה חמור מדיני דגרמי כי גרם לו היזק למאוד ולכן בבעה"ת מ"ש בשם מהר"י פאלט ז"ל איירי הכל דאין כאן הכחשה מפועלים כלל וא"כ

מהכ"ת לומר דלא פרע וסמכינן אחזקה כנ"ל ובזו נראה דאף הרמב"ן דס"ל גבי מוכת עץ אני דצריכה שבועה בזה מודה דא"צ שבועה דשם שור שחוט לפניך משא"כ כאן. וזהו דלא כרמ"ה בטור דנראה מלשונו אף דלא מכחשי ליה הפועלים כלל שורת הדין דאין נוטל. אבל אם הפועלים הכחישו רק מתו והבעה"ב יורשו או יורשיו מחלו. בזו נראה נכון דשורת הדין דאין חנוני נוטל כלום דה"ל א"י אם הלויתני והיינו כמו לקח מה' בני אדם דהא שניהם תובעים ומה בכך דא"צ לשלם רק תשלום אחד דהא מ"מ יש כאן הכחשה ואזלא כל חזקה הנ"ל דהא הם מכחישים וכמו שיש חזקה על חנוני כך יש חזקה על פועלים דלא יתבעו מה שאין חייב להם ואפילו ברי ושמא לא מיקרי כמש"ל דהוא יודע ודאי דאינו חייב רק לאחד והוא בא בטענת פועלים דמה שנא פועלים ומה שנא הוא ואומרים ברי שלא נתן והיינו ממש הך דומיא דלקח מה' בני אדם וכו' וחזקה שליח וכו' לא מהני להוציא ממון כמש"ל באריכות ומזה איירי הרמב"ן במלחמותיו כנראה שם דמוסב על המשנה והדין עמו דאין לחנוני על פי הדין דבר רק מכח תקנה. ובזה מיושב מה שכתב הש"ך דקתני במשנה חנוני על פנקסו כיצד הפועלים אומרים לא נטלנו ולא קתני סתם דאם חנוני אומר נתתי נשבע ונוטל דבמקום שאין הכחשה כלל ודאי נוטל בלי שבועה. וכמו כן ניחא למה נקט בחשבון שבועת המשנה חנוני על פנקסו ולא פועלים נמי דשניהם שקולין דמ"ש חנוני ומה שנא פועלים ולמה בחר בלישנא דמשנה חנוני דלפי מה שכתב' דנוטלין עיקר התקנה דנוטלין שלא מהדין כמו שכיר ונגזל וכו' וזהו דוקא בחנוני ולא בפועלים כנ"ל וזה ברור. ובהכי ניחא מה דאמרינן שם לרבי קודם חזרה טורח שבועה למה דפועלים יטלו וחנוני יפסיד ואם דין תורה ששניהם יטלו הי מינייהו מפקת למה נדחה חנוני מקמי פועלים הלא שניהם ראוי' ליטול ד"ת ומי נדחה מפני מי ודוחק לומר דכיון דראו חכמים לדעת רבי מפני הפסדו של בעה"ב לתקן שלא ישלם פעמיים ראו לתקן להפסיד לחנוני דיכול להזהר עצמו למוסרו בעדים משא"כ פועלים מה יעשו עמלים הללו דרך בעל הבית להמחות אצל חנוני וזה דוחק. ולפי הנ"ל ניחא ברווחא. ואמת כי לכאורה נראה דמחלוקת הזה תלוי בשינוי גיר' בגמרא כי גירסת רש"י וספרי' דידן בן ננס אומר כיצד אלו ואלו באים לידי ש"ש אלא אלו ואלו נוטלים בלי שבועה וקשה למה מעברין הדרך לב"נ על בעה"ב שלא כדין לשלם לחנוני שהדין נותן שאפילו בשבועה לא יטול ונפסוק שיתן לו בלי שבועה למה נימא חנוני לא יטול אלא בשבועה אבל פועלים שהדין ליתן להם בלי שבועה יניחו אותו כפי הדין ויטלו בלי שבועה ואין כאן ש"ש בבירור דהא אין כאן רק חד שבועה ועכצ"ל דשניהם הדין נותן ליטול בלי שבעה כמ"ש המחברי' והש"ך ולכך הי מנייהו מפקת לפוטרם משבועה

ולכך פטורים משבועה שניהם אמנם גי' הרז"ה (וכתב שהיא גי' מדויקת וכן הי' גירסת הר"ן ועיין תי"ט) באמת הוא כך ב"נ אומר כיצד אלו ואלו באים לידי ש"ש אלא פועלים יטלו בלי שבועה וחנוני בשבועה וא"כ הוא הדבר כהנ"ל דזה נוטל עפ"י הדין וזה מכח תקנה והדבר תלוי בשינוי וחילוף הנוסחא' והש"ך לא הרגיש בהם כלל:

מיהו י"ל אף לגי' דידן שהוא גירסת רש"י הוא להיפוך דשניהם אפילו פועלים אינם נוטלים מהדין אף דה"ל א"י אם פרעתיך חדא משום דהא כבר כתבתי לעיל סי' ע"ה באריכות דהא דא"י אם פרעתיך חייב היינו במקום דה"ל למידע וכאן הא לא ה"ל למידע דמה עבידת' דבעה"ב אצל חנוני לדעת אם פרע להם או לא והא דהמחו אינו פושע דכך סדרן של בעה"ב כמ"ש. וכן צריך לומר לדעת הרמ"ה ורמב"ן דהחליטו דהחנוני אין נוטל בדין ולא התנו דאם אמר תן סלע לפועל זה וסלע לפועל זה ופועל א' מכחיש לחנוני ופועל אחר מודה דחייב הבעה"ב לשלם לחנוני מדין דהא החנוני תובעו בב' סלעי' ובעה"ב מודה סלע א' מה שהפועל מודה לו וה"ל מודה מקצת ומתוך שאיל"מ ואיך לא הזכירו מזה דבר אלא ודאי בזה דלא ה"ל למידע כלל וכלל לכ"ע ל"א משאיל"מ ועיין ש"ך סי' ע"ב. או י"ל דס"ל לרש"י כיון דלחומרא אמרינן הך חזקה שליח וכו' וא"כ הפועלים הבאים להוציא מיד בעה"ב וחנוני מכחישן לא הוי א"י אם פרעתיך דחזקה מכחישו וה"ל כברי דחזקה טובה ה"ל כברי דהא מוציאין ממון בחזקה וסוקלין על החזקות רק חזקה הנ"ל לא כ"כ טובה וה"מ לאפוקי ממון אבל להחזיק ממון דאיכא בהדי' חזקת ממון נמי ודאי דאמרינן וא"כ אין זה דומה לא"י אם פרעתיך דכיון דחזקה שליח מנגדתו. והרי הבעה"ב בא במקום חנוני שטוען ברי פרעתיך כנ"ל וא"כ דשניהם אין גובי' מהדין רק מכח תקנה חזר הדבר לומר הי מנייהו מפקת. ולכן שניהם נוטלים בלי שבועה לדעת בן ננס. והנה לכאורה היה ראיה לדברי מהא דפרכינן בב"מ דף ו' אי אמרינן חשוד אממון חשוד אשבועת' הא דתני ר"ח שניהם נשבעים ונוטלים מבעה"ב נימא מגו דחשוד אממון וכו' והקשה רש"י למה לא פריך ממשנה ותי' התוס' דמתחילה עלה בלב רבי לומר טורח שבועה למה עד ששנאה ר"ח שניהם נשבעין ונוטלין ולכך נקט מילתא דר"ח. ולכאורה קשה מה בכך הא מתחילה היה דעת רבי שישבעו רק פועלים לבדם וחנוני יפסיד מ"מ קשה כיון דבנוטל לא שייך אשמוטי איך ישבע נימא מגו דחשוד וכו' ומה נ"מ אם שניהם נשבעי' והקושיא על שניהם או על אחד. ואיי לומר דס"ל לתוס' כמ"ש רש"י בשבועות על טורח זו למה ולא פי' לי רבי מאי ס"ל אי נוטלים בלי שבועה כב"נ או יפסיד חנוני בשבועת הפועלים עכ"ל וס"ל לתוס' כהך דרבי ס"ל קודם חזרה דנוטלים בלי שבועה כלל. דהא כבר הקשה ע"ז בגי"ת א"כ איך קאמר הגמרא הא דתני רבי פועלים נשבעים

לחנוני ש"מ דלא חזר ביה רבי וקשה אי לא חזר בו הא אין כאן שבועה כלל וכי ס"ד דהגמרא מסתפק בכוונת רבי ובפי' דבריו ולכן נראה ברור דכוונת רש"י לפרש תרתי ברייתא טורח שבועה למה ואידך ברייתא פועלים נשבעים ל"ל ואי מאן דשנה הא לא שנה הא וא"כ איך פריך מיניה ולכך כתב רש"י דמתחילה סתם רבי דבריו טורח שבועה זו למה ולא פי' אי סבירא ליה דחנוני מפסיד ופועלים נשבעים או שניהם נוטלים בלי שבועה כב"נ ולכך נשנה ברייתא אחריתי לפרש דבריו וכוונתו וכ"כ רש"י בד"ה תא שמע וכו' כי פריש רבי מאי דס"ל בגווי' קאמר וכו' והדבר מבואר דרבי הנ"ל כוונת רש"י לרבינו הקדוש ולא לרבו של רש"י המלמדו חכמה (מילת לי ברש"י צ"ל לי' והוא שגגת המדפיס) וא"כ קושי' הנ"ל במקומו וכמו כן יש לדייק כיון דבנשבע ונוטל לא שייך אשמוטי ה"ל להקשות מכל נשבעין ונוטלין נימא מגו דחשיד וכו' ולמה בחר להקשות מהך דתנא ר"ח שניהם וכו' ולכן נראה דודאי כל הקושי' הגמ' נימא מגו דחשיד אממון וכו' היינו לדידן כיון דקי"ל גזלן פסול לשבועה א"כ בממ"נ אם אנו חושדים שגוזל חבירו איך מוסרים לו שבועה. אבל ודאי בעיני הבריות נח להם לחשוד חבירו שיעכב ממון משיחשדהו לישבע שקר דהא חזינן דתובעו במעות ומבקש שישבע לו ש"מ דדעתו בזה שלא ישבע ולפ"ז ברוב שבועות נשבעים ונוטל' הוא בגמרא רק להפסת דעת של בעה"ב כדאמרינן בהכות' וגם כאן כתב בבעה"ת שער כ"ט כנ"ל בשם ר"י פאלט ז"ל דשבועות פועלים הוא להפסת דעת ע"ש וא"כ ל"ק מגו דחשיד אממון וכו' דבאמת לנו ב"ד אין חשוד אממון והנכון אתו ולא גזל כלום ואף שבועה שלו יהיה באמת רק אנן מסרינן שבועה להפסת דעת ומתי קשיא נימא מגו דחשיד לדעתו של בעה"ב שבועה חמור ליה וכמ"ש ואין זה כלל בגדר הקושי' ולכך פריך גמרא מהך דתנא ר"ח שניהם נוטלים וגבי חנוני הוא מהדין אינו ראוי ליטול כלל כמ"ש רק חכמים תקנו ולא מתורת הפסת דעת דהא אינו נאמן כלל ואפילו אין משלם רק תשלום אחד צריך לישבע וא"כ אין צורך הפסת דעת דהא לא מפסיד מידי ומ"מ צריך לישבע וכמ"ש דלכך נקט במשנה חנוני ולא פועלים כנ"ל וצ"ל דחכמים תקנו ושפיר פריך נימא מגו וכו' וא"ש ודברים הנ"ל מוכרחים. אך יש לדחות ולומר דזה אמת די"ל דכיון דשורת הדין דנאמן רק מכח הפסת דעת תו לא שייך קושי' ונימא וכו' רק יש להבין בחכמים דסבירא להו שניהם נשבעין הא ה"ל שבועת שוא בבירור כטענת בן ננס וצריך לומר דאדרבא אנו מבקשים לברר האמת ולא נחשדו ישראל לישבע לשקר ולכך מוסרים שבועה לשניהם ועם מי שאינו הנכון אתו ודאי יפרוש ולא ישבע ולא יבאו לידי ש"ש וזהו התקנה ששניהם ישבעו ועי"כ יתברר האמת כי מכח שבועה יפרשו ואם באמת לפעמים יקרה שישבעו שניהם

מי אחראין לפושעים אבל מתחילה לא היה התקנה לגרום ש"ש אדרבא עי"כ יפרשו רק זהו אם חשוד אממון אינו חשוד לב"ד אשבועה אבל אם חשוד לב"ד א"כ איך ס"ד דתקנו שבועה לברר האמת הא חזינן דחשודי' אממון ואין א' מודה וגם שבועה ישבעו ואיך יגרמו ב"ד שיהיה נעשה ש"ש בבירור וא"ש דמכל שבועות נוטלים לק"מ די"ל דלא נחשד לב"ד רק משום הפסת דעת אבל כאן קשה איך יגרום ש"ש וזהו נכון ומ"מ אין הכרעת הש"ך מכרעת וכמ"ש כן נראה לדינא ברור:

ד **בחנוני** המקיף כו' כ' הב"ח אם מתחילה בשעת שכירות המחהו אצל חנוני ונתרצו לפרוע מהחנוני אין להם על הבע"ב כלום וש"ך ס"ק ט"ו הסכי' עמו לדינא ואני איני מבין תוכן כוונת' דאם התנה בשעת שכירות עם הפועלים תנאי גמור באופן המועיל שע"ת כן שוכרם שיהיה שכרם מחנוני ואין להם עליו כלום מה צורך בזה ראיה או דין והסכמה פשיטא כל תנאי שבממון קיים וכאן הבן שואל מה נשתנה זה מכל הדינים ותנאים בעולם ואם לא היה תנאי גמור רק סתמא בעת השכירות אמר לפועלים מחנוני תקבלו הפרעון ונתרצו עדיין יכולים פועלים לומר עכ"פ אתה חייב לנו שכר פעולה ואם פרע לנו החנוני טוב אבל כיון שאין פורע אתה חייב וע"ז לא נתרצו שיהיו מפסידים וזה ברור דאל"כ א"כ מה טרחו הרי"ף והרא"ש ליישב מילתא דירושלמי מ"ש אם העמידם אצל חנוני אין לפועלים על בעה"ב כלום דמיירי אליבא דרב ששת דס"ל אינו חוזר שהוא שלא אליבא דהלכתא כמ"ש שם ולא מפרשינן בפשוט דמיירי בשעת שכירות העמידום והמחו' אצל חנוני ובזה לכ"ע אין חוזר ואין לבעה"ב שום התחייבות כדעת הש"ך וב"ח אלא ברור דדא ודא אחת היא אין הבדל בין שעת שכירות לשעת פרעון ולכן דבריהם אינם מובנים לי כלל:

ה **אין** לפועלים על בעה"ב כלום הקשה הב"י על הטור דהעתיק ג"כ זה ולקמן בסי' קכ"ו במ"ג הביא דעת הרא"ש דמ"ג הנמחה יכול לחזור אחר הממחה לעולם. ותי' הסמ"ע ה"מ כשזה הנפקד אין טוען שפרע להנמחה אבל כשטען שפרע תו לא מצי לחזור לכ"ע ואף הרא"ש מודה בזה. והש"ך בס"ק ח"י השיג דמה בכך הא יכול לחזור וראיה שלו דא"כ מה דוחקי' להרי"ף והרא"ש לפרש דברי ירושלמי דקאמר על המשנה דקתני פועלים נשבעים ונוטלים הדא דתימא בשלא העמיד הפועלים אצל חנוני אבל העמיד אין להם כלום על בעה"ב ואמרו דירושלמי כר' ששת דס"ל אין חוזר דלרבה דס"ל חוזר ליתא לדין זה והא יש לחלק דכי פליגי רבה ור"ש היינו בדלא טען החנוני שפרע אבל בדטען שפרע מודה רבה דאין חוזר ואפילו במקום דלא שייך מעמד ג' כגון בחנוני המקיף. וכמ"ש באמת הבעל עיטור דהך דירושלמי ככ"ע אתי ובטוען פרע שאני. ומלבד שיש

לדחות דבריו כי ס"ל להרי"ף ורא"ש כיון דאיירי בחנוני המקיף וליתא כאן קנין מ"ג כלל מהכ"ת לא יהיה לפועלים טענה על בעה"ב בשביל שאומר החנוני דפרע ומה שייכו' יש לפועלים עם חנוני הא לא אגיד בם כלל משא"כ בחנוני שיש לו מעות של בעה"ב דאיכא גביה קנין מ"ג והרי חנוני לוה של הפועל רק יכול לחזור מ"מ כשטען דפרע לאו כל כמיניה לחזור ומהכ"ת נימא פלוגתא רחוקה בין הפוסקים דהא דעת בעל עיטור אפילו בדלית ליה גבי חנוני ומקיף דליכא לדינא דמ"ג כלל ס"ס ס"ל אם חנוני אומר שפרע לפועלים אינו חוזר ולמה לא נימא סברא זו להרי"ף והרא"ש במקום דחל קנין דמ"ג שיש ביד החנוני מעות של בעה"ב. אף גם אפילו נימא דהיה סברא לומר בטוען פרע לעולם אינו חוזר מ"מ ס"ל להרי"ף והרא"ש דהך דבעינן דוקא מעמד שלשה ביחד הוא הכל מכח הילכתא בלי טעמא אבל במקום דלא שייך הך תקנתא דמ"ג ומטעם אחר אתיין לפוטרו מה נ"מ אם היה שלשה ביחד במעמד אחד או לא וא"כ כיון דבהך משנה חנוני על פנקסו לא שייך קנין מ"ג דהא חנוני מקיף אלו הטעם של ירושלמי לפטור הואיל וחנוני טוען שפרע מה נ"מ אי העמידו אצל חנוני או לא העמידו הא בזה דחנוני מקיף לא תקנו מ"ג ותו אין מעלה ומוריד מה שהיה במעמד א' או לא. כיון דליכא תקנה כלל. ולא ק' א"כ השתא דס"ל כר"ש מ"מ למה צריך העמדה ומה יועיל העמדה וביותר כתב הרי"ף דהא דס"ל לר"ש דאינו חוזר היינו בהעמידו אצל חנוני דאי לא העמידו אף ר"ש מודה דחוזר ומה טיבו של העמדה כיון דליכא גביה דין מעמד שלשתן כלל. די"ל דהא כל טעם דלר"ש אין חוזר משום דהוי כמחל והקשה תוס' אטו בשופטני עסקינן החנוני יכול לחזור והם ימחלו וצריך לומר כתירוץ התוס' והרא"ש דחנוני לר"ש אין יכול לחזור ג"כ כיון דע"פ פטרו הוי כערב בשעת מתן מעות א"כ זהו כוונת ירושלמי באמרו שהעמידו אצל חנוני דצריך החנוני לומר לו לפועל ולקבל על עצמו לשלם לפועל וא"כ עפ"י דבורו פטר הפועל לבעה"ב ולכך א"י לחזור משא"כ בשלא העמידו לחנוני וחנוני לא קיבל על עצמו כלל הפרעון א"כ פשיטא דחנוני יכול לחזור וא"כ אף מחילת הפועל הוי בטעות דאטו בשופטני עסקינן ולכך בעי הרי"ף וירושלמי לר"ש העמדה אבל לפי מ"ש הש"ך דיהיה ירושלמי אתי' כרבה דיכול לחזור ולית ביה מ"ג כלל רק הואיל דטוען שפרעון א"כ העמדה זו מה טיבו דהא מ"ג ליכא ואפילו העמידו אצל חנוני יכול לחזור לשיטת רבה ואין לדבריו קיום כלל ואין כאן קושי' ברי"ף והרא"ש אם ס"ל זה. כי לדברי עיטור וכן בחד תי' בתוס' ד"ה חוזר שם ב"מ דף קי"ב ע"ש: צריכין לדחוק דיותר סמכה דעתם כשהעמידן אצל חנוני אבל זה היה נראה לדוחק בדברי הרי"ף והרא"ש.

והנה כפי הנראה יש להטור בסברא זו הוכחה מדברי הרא"ש דכתב בס"פ המקבל בפי'

ירושלמי דאתי' כר' ששת דכיון דס"ל דאין הפועל יכול לחזור אף החנוני א"י לדחות הפועל כי נתחייב מדין ערבות. ועיי' מש"ל בסי' קכ"ו מזה באריכות וזה קיימו וקבלו הרי"ף והרא"ש וכל הפוסקים דדינא דמעמד שלשתן דתקנו חז"ל הלכתא בלי טעמא דוקא בחנוני שיש בידו מעות של הממחה אבל לא בחנוני המקיף וקשה לר"ש הא אפילו בחנוני המקיף אין הנמחה יכול לחזור ומיניה אף מי שמקיף א"י לחזור וא"כ מה צריך לחכמים לתקן הלכת' בלי טעמא במי שיש בידו מעות הא אפילו במקיף וליתא כלל תקנתא דמ"ג מ"מ שורת הדין שאין הנמחה וחנוני המקיף יכולים לחזור והממחה פשיטא דאין יוכל לחזור כיון דחנוני א"י לחזור א"כ יטעון החנוני לבעה"ב אל תחזור כי לאו כל כמינך שאהיה ערב ואתה תחזור ודוחק לומר דמשום בע"כ דחנוני שאין רוצה לקבל המחאתו וא"כ לא שייך ערבות ולכ"ע בזולת מ"ג יכול לחזור. דזהו דוחק דבשביל כך לבד יתקנו חכמים כל התקנה ועוד הרא"ש בפ"ק דגיטין פלפל בזה אי מהני מה שכתוב בע"כ ולא הכריח דאיתא בעל כרחו משום דאם כן לר' ששת מה איכא תקנה כלל. וגם ליכא למימר דמשום מתנה נתקן דבזה לא שייך ערבות דהא מבואר לקמן בטור סי' קכ"ו תשובת הרא"ש דעיקר התקנה היה משום מקח וממכר ואגב תקנו במתנה אבל עיקר התקנה היה משום מו"מ וכן מוכח מדברי ריטב"א דקדושין כמש"ל סי' קכ"ו. ואם נאמר דבאמת בהא פליגי אי מ"ג דוקא בדאית ליה זוזי ביד חנוני או אפילו בחנוני המקיף ובזו פליגי רב ששת ורבה. יקשה חדא בלישנא דרב מורה להדיא דבעינן דוקא שיהיה מעות בידו כדאמר מנה לי בידך תן לפלוני משמע דוקא מנה לי בידך ואיך יחלוק ר"ש אמילתא דרב. ועוד אדמפלגי גבי שולחני ליפלגי בעלמא בכל מ"ג אי בעינן מנה בידך או אפילו בהקפה וכן הקשו התוס' אי נימא דר"ש ורבה פליגי אי מחילה צריך קנין. ולומר חילוק בין חנוני הרגיל להקיף ובין שארי אדם כמ"ש הנ"י בשם גאון דהרא"ש לא סבירא ליה דהא לא מחלק כלל שם בין חנוני לאינך דעלמא כנראה שם בפסקיו ועוד קשה הרא"ש ס"ל אפילו במעמד ג' גמור יכול הנמחה לחזור איך נעשה פלוגתא רחוקה לר"ש אפילו ליכא קנין מ"ג כלל דלית ליה זוזי דבעה"ב א"י לחזור ולר"נ דס"ל אפילו מ"ג גמור מ"מ יכול לחזור מנ"ל הך פלוגתא רחוקה לומר דס"ל יכול לחזור דלמא במ"ג גמור דהוי קנין מודה ר"נ דא"י לחזור ומהכ"ת נימא מחלוקת חדשה ובפרט דג"כ קשה ה"ל לפלוג במ"ג דעלמא אי יכול לחזור או לא. ולכן היה נראה לומר דהא דפליגי ר"ש ורבה. אי חוזר או לא לאו כשהשולחני מודה דלא פרעו דפשיטא דלא עדיף ממ"ג ברור דיכול לחזור לשיטת הרא"ש רק מיירי באופן דמיירי ירושלמי לשיטת ר"ש דאמר השולחני כבר פרעתיו ובזה במ"ג גמור לכ"ע א"י לחזור כמ"ש הסמ"ע לדעת הרא"ש רק כאן שאין

מ"ג גמור דהא הוא חנוני המקיף בזה ס"ל לר' ששת כיון דנסמכין אצל חנוני וסמכה דעת בעה"ב וכן הפועל דחנוני יפרע אף בזו דעת פועל ליתן לו נאמנות דאם יאמר דפרע דיהיה נאמן ואע"ג דבערב דעלמא שאומר שפרע מ"מ חוזר הב"ח על הבע"ב כאן הוי כמחילה כמ"ש הרא"ש דמחל לו לבעה"ב אם יאמר החנוני שפרע וזהו שכתב הרא"ש דהוי כמחל לו ועדיף מן ערב דעלמא דחוזר על הלוה כשאומר הערב דפרע וכאן עדיף כמ"ש הסמ"ע והיינו מטעם הרא"ש דהוי כמחל לו אם יטעון פרע ולכך בחנוני המקיף ס"ל לרבה דכאן כיון שאין לו שייכות כלל עם חנוני דליכא קנין כלל אין נ"מ במה שאומר שפרע ור"ש ס"ל הואיל והעמידו וסמכה דעתו דיפרע בהא האמינו שאם יאמר שפרע אף דשקר בפיו מ"מ נמחל לבעה"ב וא"ש. ובהא אין מקום לקו' הש"ך מעיקרא דהא זה תורף מחלוקת' בטוען חנוני דפרע אי מצי לחזור או לא וא"כ ע"כ ר"ש היא ולא רבה דסבירא ליה דאף דטוען פרע מ"מ חוזר הפועל ובאמת ר' ישעיה בטור דס"ל הא דפליגי ר"ש ורבה כפי' התוס' לענין בל תלין א"כ שפיר י"ל דהך דירושלמי אתי' כב"ע דאומר פרוע הוא לכ"ע שוב א"י הפועל לחזור על הבעה"ב כמ"ש אנן אליבי' דר"ש כן סבירא ליה הוא אליביה דכ"ע וכמ"ש הב"ע וכקו' הש"ך ולכך הביא הטור בשמו דסבירא ליה אף בחנוני המקיף אם נתרצו שניהם החנוני ליתן והפועל ליטול דאין להם על בעה"ב ונתקשה בו דהא קיי"ל כרבה חוזר והש"ך ביקש לומר דסבירא ליה כדעת הסוברים דכל מ"ג שייך בחנוני המקיף ומלתא דרבה ור"ש איירי בלא העמידו במ"ג דזה דוחק כמ"ש הרי"ף וגם ה"ל לטור להזכיר דעתו לקמן בכל מ"ג דס"ל דאפילו במקיף שייך מ"ג וכמ"ש הב"ח והדרישה ולפי מה שכתב' לק"מ דס"ל כבעל עיטור דבפרעון לכ"ע א"י לחזור הואיל וסמכו זע"ז ומחלוקת הגמרא איירי בבל תלין ובשלא טען שפרעו אבל בשטען שפרעו נאמן ולכך הביא הטור דעתו ופשוט ונכון. אלא אף שהסברא אמת ונכון לדינא כי מה לנו להרבות במחלוקת כמ"ש דהא ב"ע ס"ל כן בחנוני המקיף ולפמ"ש אף ר"י אומר כן ודעת הרבה מחברי' בלא"ה במ"ג א"י לחזור כלל וא"כ מהכ"ת נימא בדעת הרא"ש אפילו בשטוען פרעתי דיהיה יוכל לחזור מ"מ בדברי הרא"ש קשה ליישבו בלשון דהוא רחוק ולא ה"ל הרא"ש לסתום כולי האי לכן יותר נראה לומר בדברי הרא"ש דמ"ש הרא"ש בירושלמי דלר"ש אין הפועל יכול לחזור ומיניה אף החנוני א"י לחזור מתורת ערב היינו בפוטרו הפועל בפירוש לבעה"ב רק דה"א הא הוה מחילה בטעות וא"כ יוכל הפועל לחזור ולכך כתב הרא"ש דה"ל ערב דע"פ פוטרו וא"כ תו ליכא מחילה בטעות וזהו הכל באומר בפי' אני פוטרך אבל בשתק הנמחה ול"פ בפי' רק נתרצה להמחאתו פשיטא דיוכל לחזור וא"כ אף החנוני לא נתחייב מדין ערב וזהו בחנוני המקיף משלו אבל בשיש

לו מעות של בעה"ב דה"ל מ"ג אפילו שתק הנמחה ול"פ להלוה שלו כלל מ"מ מתחייב החנוני וא"י לחזור בו וא"כ לק"מ מכל הנ"ל והא ל"ק דל"ל לחכמים לתקן מ"ג הלכתא בלא טעמא יתקנו דיפטור המלוה ללוה בפי' ויתחייב הנפקד מדין ערב דהא אין המלוה רוצה לסלק שעבודו מלוה שלו הראשון מכל וכל ואם ירצה יהיה רשות בידו לחזור וכמש"ל בסי' קכ"ו ע"ש:

ואמת כי זה דוחק דהרא"ש סתם ולא הזכיר דפוטרו בפי' וגם קשה א"כ מנ"ל ירושלמי כר"ש דלמא כי פליגי ר"ש ור"נ היינו בדלא אמר אני פוטרו בפי' דלא נתחייב החנוני כלל ולכך ס"ל דאף הפועל יכול לחזור אבל אם פוטרו בפי' דחנוני אגיד ביה מכח ערב אף הפועל א"י לחזור ובפרט כשחנוני טוען פרעתי וגם דברי ירושלמי דקאמר על המשנה ה"מ בשלא העמידן אצל חנוני אבל העמידן אין לפועל על חנוני כלום מנלן לירושלמי זה דלמא מיירי המשנה שלא פטרו בפי' ואתיא לכ"ע כסתמא המשנה. אך מ"מ עיין מ"ש לקמן בסי' קכ"ו בישוב דברים הללו. איברא דמדברי הרא"ש דהוכיח דירושלמי אתי' כר"ש דל"ל מחמת מעמד שלשתן דהא הוא החנוני המקיף ולא קאמר ג"כ דמה בכך דהוי מעמד שלשתן הא יכולים לחזור ולמה פסיק ותנא דאין להם על בעה"ב כלום משמע כסמ"ע דפרעון א"י לחזור במ"ג גמור ויותר מזה מוכח מדברי תוס' שם דפי' במחלוקת רבה ור"ש שלשה פי' ופי' השני אם חנוני רוצה ליתן לפועל אי יכול הפועל לחזור על בעה"ב ולומר אני מבקש ממך בהא נחלקו רבה ור"ש ופי' שלישי לענין עובר ב"ת וכתבו התוס' דלפי' השלישי הזה נסתרים דברי הרי"ף דמפרש דברי ירושלמי הנ"ל כר"ש דהא לא פליגי בזה וקשה הא גם לפי' השני נסתרים דבריו דהא לפי' זה אם אין חנוני רוצה ליתן לכ"ע יכול פועל לחזור אבעה"ב והא התם בשבועות החנוני אין רוצה ליתן דאמר כבר נתתי ואיך לא יחזור הפועל על בעה"ב וצריך לומר דס"ל לתוס' הא בהא תלי' אם אין הפועל יכול לחזור על בעה"ב כשרוצה ליתן ה"ה כשאומר החנוני כבר פרעתי דא"י לחזור על בעה"ב רק באומר לא נתתי ואין רוצה ליתן הוא דיכול לחזור משא"כ לרבה דתמיד יכול לחזור א"כ לא אגיד ביה כלל וא"י לומר פרעתיו וחוזר על בעה"ב ולפ"ז מר"ש נשמע לרבה דהא זה סברא ס"ל לר"ש דאם אין פועל יכול לחזור אם החנוני רוצה לפרוע דתו כשאומר החנוני פרעתי א"י לחזור על בעה"ב ולא מצינו דיחלוק עליו רבה בסברא רק ס"ל שם אין הפועל אגיד כלל וא"כ במ"ג גמור דאף דס"ל הרא"ש דיכול לחזור מ"מ מודה אם החנוני רוצה לשלם דא"י לתבוע מבעה"ב כמבואר לקמן סי' קכ"ו להדיא א"כ אף באומר פרעתי תו א"י לחזור והדבר מוכרח ואין לנו לעשות פלוגתא חדשה. ובזה יפתח לנו שערי אורה בתוס' שם דתי' בפי' ראשון דאמר סתם אני סומך עליך דר"ש

ס"ל לגמרי פטור וא"כ לעומת זה החנוני חייב מתורת ערב ורבה ס"ל לא פטרו רק אם יתן לו וכתבו התוס' דמזה מוכח דמחילה א"צ קנין דל"ל דהיה קנין דא"כ מ"ט דרבה דודאי לפוטרו הקנה לו דאל"כ מה צורך לקנין ובפי' השני תי' התוס' דמיירי דאמר להדיא שאם לא יתן שיחזור רק פליגי אם רוצה ליתן אי מ"מ יכול לחזור או לא וכתבו התוס' דגם לפי' הזה מוכח דמחילה א"צ קנין דאל"כ דאיירי בקנין מ"ט דרבה ע"ש וקשה דס"ל לתוס' דגם זה דפטרו באופן שאם ירצה ליתן לו החנוני שלא יכול לחזור בגדר מחילה הוא ולמ"ד מחילה צריך קנין אף זו צריך קנין. א"כ איך הוכיח התוס' לתירוץ ראשון דבלא קנין איירי דלמא בקנין איירי ומ"מ ס"ל לרבה דלא מהני לפטור בעה"ב אם חנוני חוזר והא דבעי קנין היינו אם החנוני רוצה לשלם דאין הפועלים יכולים לחזור דהוי ג"כ מחילה וצריך קנין אבל אם אין רוצה החנוני לשלם הוי מחילה בטעות. ולפי הנ"ל יש ליישבו דצריך טעם למה אמרינן כמש"ל דהואיל דאם חנוני ירצה לפרוע דא"י לחזור אם טען חנוני דפרעו אין לו על בעה"ב כלום וצריך טעם למה זה נשתנה מערב דטען דפרע דמ"מ יכול לתבוע לבעה"ב וצ"ל דבשלמא בערב אין כאן מחילה כלל ללוה ולכך ה"ל א"י אם פרעתיך וחייב לשלם משא"כ כאן דאם ירצה החנוני לפרוע דאין יכול לחזור על בעה"ב הוא מתורת מחילה כמ"ש התוס' רק אם אין רוצה לפרוע ע"ז לא מחיל וא"כ אם הבעה"ב מסופק אי החנוני פרע או לא ה"ל כא"י אם הלויתני כמ"ש הרשב"א בעובדא דגינאי כמש"ל בשמו סימן ע"ה במחל והדר מסופק אי הוי מחילה או מחילה בטעות לא הוי רק כא"י אם הלויתני ואף זו כיוצא בו דהא הספק אי מחילה חל דבאמת פרע או לא חל והיינו ממש כהך עובדא דגינאי וזה ברור אך זהו אם זהו בגדר מחילה אבל אם זה אינו בגדר מחילה כלל דהא לא מחל כלל ללוה רק אמר אם הוא ירצה לפרוע אקח מאתו ולא ממך אבל מעולם לא פקע שעבודו מלוה א"כ הרי זה דומה לערב דעלמא ולא מהני ליה לבעה"ב במה שחנוני טוען שפרע וא"כ א"ש דבתי' הראשון הוכיח התוס' בממ"נ אין מחילה צריך קנין דהתוס' נמשכו בזה הכל אחרי דברי הרי"ף וכמ"ש להדיא שם בדבור ההוא ודחו פי' השלישי הואיל ואין מסכים לדברי הרי"ף וא"כ לתירוץ הראשון דמיירי דפטרו הוכיח דפליגי רבה ור"ש בלי קנין וש"מ מחילה א"צ קנין דאי בקנין פליגי א"כ צ"ל דהך דירושלמי דמוקי ליה הרי"ף כר"ש ג"כ בקנין איירי וק' בממ"נ אי במה שא"י לחזור על בעה"ב כשחנוני רוצה לשלם הוא בגדר מחילה וא"כ צריך קנין כמ"ש לעיל א"כ לפ"ז הסברא דאם אומר החנוני דפרע אין בעה"ב חייב לשלם כמש"ל דה"ל א"י אם הלויתני וא"כ מה צורך לרי"ף לומר דירושלמי כר"ש הא אף לרבה אתיא דהא טוען שם חנוני דפרע ועכצ"ל דאינו בגדר מחילה ולכך אין חנוני נאמן לרבה כמש"ל וא"כ

קשה א"כ לרבה קנין למה ול"ל בשביל שלא יתבע מבעה"ב כשחנוני רוצה דהא אין זה בגדר מחילה ואף קנין א"צ והוכחת התוס' בממ"נ דמחילה א"צ קנין ולכן בתי' שני ג"כ החליטו דהוא בגדר מחילה ומחילה א"צ קנין ור"ש ורבה נחלקו אם יכול לחזור כשהוא רוצה לפרוע ולכך ירושלמי כר"ש דלרבה דיכול לחזור פשיטא דאין מועיל אמירת חנוני שפרע וא"ש ודוק. מכל זה ברור דהדברים נוטי' כמ"ש הסמ"ע וידים מוכיחות הוי ידים והש"ך גופי' לקמן בסי' קכ"ו ס"ק נ"ח כתב דבתשו' מהרי"ט נסתפק בזה למ"ד דיכול לחזור אי טען פרעתי אי יכול לחזור ולכן כן נראה עיקר לדינא כמ"ש פלוגתא רחוקה לא משוינן וכ"כ דנוכל למעט במחלוקת המחברים עבדינן:

ו **שגם** זו היא היסת הקשה הש"ך בס"ק כ"א דהנך רבוותא חולקים ארי"ף במה דכתב בשלח שליח להביא לפלוני מעות בפרעון חובו ושליח אמר נתתי והמלוה אומר לא קבלתי דדעת הרי"ף דנשבע המלוה בנק"ח ונוטל והם חולקים וס"ל רק היסת וא"כ המחבר דסתם לקמן בסי' קכ"א ס"ט כהרי"ף דמלוה נוטל בנק"ח לא היה לו להביא כאן דעת החולקים דחד דינא הוא עם הך דלקמן וצ"ע. ונראה דודאי יש להבין במה יתחייב המלוה נק"ח הא אין כאן טענת ברי כלל ואי השליח שאומר שנתן הא השליח נוגע מבואר לעיל סי' ע"ה דאין אמירתו כלום אפילו להטיל ע"י שבועה. אך בלא"ה הקשו התוס' והר"ן השתא דמשתבע דנותנם למלוה הא תו ליכא נוגע דיש לו מגו דהיה מחזירם ללוה והיה ג"כ נשבע ותירוץ דגזרת הכתוב דעד דמשתבע לא יעיד ע"ש וזהו לענין עדות גמור אבל דיהיה בדבריו טענת ברי להטיל שבועה על מלוה ודאי דהוה דהא תו ליכא נגיעה ולכך כ' בעה"ת להדיא דשליח נשבע תחילה ואח"כ המלוה דע"י ה"ל טענת ברי והש"ך השיג בזה הסי' וכן לקמן בסימן קכ"א ואין דבריו מוכרחים דלהטיל נק"ח צריך טענת ברי אך תינח לקמן דלא א"ל תנו וא"כ יש להם מגו דהחזיר ואפילו אמר תנו יש לו מגו דנאנסה ואי דהיה צריך ש"ד מ"מ השתא דמשתבע היסת לא חשיב נוגע בשביל הבדל שבועה דסוף סוף משתבע ואם נחשד לשבוע בשקר היסת אף ש"ד חשוד כנודע משא"כ כאן דאמר לחנוני תן לפועלים וה"ל זכו ולא מצי טען אהדרת' דמ"מ יצטרך הוא לפרוע לפועלים וע"ל בש"ך סימן קכ"א ס"ק מ"ב ונאנסו ג"כ ל"מ לטעון דהא סלע שלו נתנו להוציא וליתן לפועלים מטבע אחר כמ"ש הסמ"ע ס"ק ט' וא"כ אין לחנוני מגו כלל בשום אופן ואף כי משתבע מ"מ נוגע הוא ואין אמירתו מחשב כלל לה"ל טענתו טענת ברי וא"כ ראה המחבר דלקמן דברי הרי"ף נכונים בלי פקפוק כמ"ש אבל בדין זה כיון דלא הוי טענת ברי כלל יש מקום לומר כהחולקים אהרי"ף דא"צ נק"ח וכאן מסתבר טעמם ולכך הביא דעתם פה ולא לקמן וא"ש:

ז **מי** שהוציא וכו' עיין אורים ס"ק כ"א והנה יש לדקדק בר"ן דס"ל כדעת הרמ"ה אפילו אין הפועלים מכחישים כלל לחנוני מ"מ שורת הדין דלא יטול חנוני דה"ל א"י אם הלויתני למה במוציא הוצאות ישבע ויטול ול"ל דזהו גם כן מהתקנה אבל שורת הדין דגם זה אינו נוטל דהא הר"ן תי' בקו' התוס' דלמה לא מנה המוציא הוצאות במנין נשבעים ונוטלים בשבועות ותירץ כמ"ש התוס' דלא מנה רק מה שמהדין אין להם ליטול כלל מזה מבואר דס"ל הך מוציא וכו' הוא מהדין ול"ל דהתם ודאי הוציא פרוטה וא"כ ה"ל חמשין ידענא וכו' ומתוך שאיל"מ ואי דלא ה"ל למידע הא הר"ן ס"ל כהרמב"ם דמכל מקום משלם דא"כ באו' לחנוני תן לב' פועלים לכל א' סלע וא' אומר קבלתי והב' מכחישו יטול אף להר"ן חנוני בלי שבועה דהא הבעה"ב חייב לחנוני סלע עכ"פ וכגון דא ה"ל להר"ן לבאר וי"ל דכאן לא ה"ל למידע כלל וכי תמיד ידיו ועינו אצל חנוני ומודה אף הרמב"ם דלא הוי משאיל"מ משא"כ שם דיוכל לשער ולהבחין ולהכיר מתחילה כמה הוצאות יצטרכו ויותר נראה דבחנוני עיקר הטעם לפטור דה"ל ליתן בעדים כמו שכתוב הרמב"ן דמ"ש דלא אמרת ליה ליתן בסהדי זהו בכלל התקנה ולא מעצם הדין משא"כ במוציא הוצאות איך אפשר להעמיד עדים בכל פו"פ הוצאות הזה ולכך חייב מהדין וצ"ע:

ח **הואיל** ויש רגלים לדבר אבל אם יאמר כך מצאתי על פנקסי שאתה חייב לי כך לא סמכינן אפינקסו עכ"ל הרא"ש ודייק הש"ך מניה דאפילו היסת א"י להשביע על פי פנקסו דאל"כ מאי ארי' דלא סמכינן אפילו נסמוך הא אין עדיף מאמירת פיו ובאמת לא ראיתי נוהגין כן ומעשים בכל יום כל הנו"נ בסחורות ומוכרי בשר ויין מקיפים וכותבים על לוח לזכרון ובשנה שנתים תובעים על פי פנקסי' ורשימה שלהם כי א"א להם לזכור בע"פ ומכל מקום הב"ד פוסקים שבועה להכופר בטענתם ואולי מפני תקון עולם ומנהג הזו עוקר הלכה איברא מצאתי ברמב"ם פי"ו מה' מלוה אמר חנוני לבעה"ב המקיפו כתוב בפנקסי שיש לי אצלך מנה ובעה"ב או' א"י נשבע היסת וכו' כדין כל טוען על חבירו ואין בזה משום תקנת חכמים וכו' עכ"ל הרי דמפרש על הך משנה דקתני לא שיאמר כך כתוב על פנקסי שאתה חייב לי דמזה יליף הרא"ש דינו להדיא דחייב היסת וקשה לומר שיחלוק הרא"ש אהרמב"ם ולכן היה נראה דמודה הרא"ש דיכול להטיל שבועת היסת רק אי תפס לא מהני דה"ל תפיסה מספק וכ"כ הש"ך לעיל סי' ע"ה גבי תיבה פרוצה דיותר מסתבר להטיל היסת משיהיה יכול לתפוס משל חבירו דה"ל תפיסה מספק וזהו כוונתו דלא סמכינן על פנקסו אלא דלפ"ז היינו צריכים לומר מ"ש הרא"ש שיכול לשבוע על פנקסו כמ"ש הרמ"א ובתשובת הרא"ש שם כלל ק"ג להחזיק המשכון

צ"ל כמ"ש הש"ך לחלק בין פנקס לפנקס וזה דוחק דודאי מיירי הכל בפנקס המדוקדק היטב ויודע שאין כותב בו שקר רק לא ידעתי מה קשיא ליה להש"ך בדברי הרא"ש דהרא"ש לפרש המשנה קאתא דקתני חנוני על פנקסו לא שיאמר כך כתב על פנקסו ופי' הרא"ש דה"א הואיל וחנוני רגיל להקיף ואינו מגרע אמונתו לכתוב שקר יהיה נאמן להוציא מכל אדם בשבועה דהא הימנוהו חכמים וקמ"ל דלא דיאמר לאו כל כמיניה להאמין אותך ולא הימנוה חכמים רק באומר לו תן וכו' דהוי רגלי' וכו' וזהו מבואר שם בהרא"ש כלל פ"ו וכן הם דברי הטור ומיהו לא הוי פנקסו הוכחה אצל כל אדם כגון אם יאמר וכו' והיינו דה"א דנאמן וחכמים המנוהו וכ"כ הרא"ש להדיא בתשובה דה"א דחנוני נאמן הואיל ואינו מגרע אמונתו וכצ"ל במשנה דהא אז לא היה היסת רק ס"ד דחנוני נשבע ונוטל מכל אדם וכן עמא דבר וכן מבואר בסמ"ע דפי' דהוי כברי ואם כופר בעה"ב שלא צוהו ליתן כלל ישבע היסת ולדברי הש"ך הא אין כאן רגלי' דהא הבעה"ב אמר שלא צוהו כלל:

ט **נשבע** בעה"ב וכו' והא דמחייב שבועה הא אף אם יודה לא יתחייב ממון דאין נוטל אלא בשבועה כ' הסמ"ע דמכל מקום ה"ל ממון ודבריו דחוקים אם לא דקאי לשיטת הרמב"ם לעיל דסבירא ליה דשורת הדין היה חנוני נוטל בלי שבועה רק להפסת דעת בעה"ב הטילו עליו שבועה א"כ דינו של תורה קאי לענין זה דה"ל תביעת ממון גמור אבל לדעת הטור שהסכים לרמ"ה דמהדין אפילו בשבועה לא היה לו ליטול אם כן ודאי דהקו' במקומו דאין כאן כפירת ממון ולכן צ"ל או כמו שכתוב בדרישה דיש עדים דנתנו לפועלים או דמודים פועלים שהיו מקבלים ממנו הפרעון כמ"ש הש"ך רק הבעה"ב טוען איני חייב לפועלים כלום ומעולם לא צוויתיך ואם כן אם יודה שצוהו יטול ממון להדיא בלי שבועה ויפה תי' אלא שצריך תוס' ביאור דאם כן איך סיים הטור דנשבע היסת ונפטר וחנוני יעשה דין עם פועלים מה יכול לדון הא כל הסכסוך דלא נתחייב לפועלים והא חנוני מודה דבעה"ב אמר לו לתת לפועלים ואם כן ברור דחייב ולדברי חנוני כל דברי הבעה"ב שקר הם ועלילה בעלמא ומה ידון חנוני עם הפועלים ולכן צ"ל כך דהוא חנוני טוען אמרת לי אם יבא פועל פ' ויאמר שעשה לי מלאכה כך ושכרו סלע תן לו וכן נעשה ובעה"ב אמר לא צוויתיך והפועל לא עשה לי דבר דאילו עשה מכל מקום חייב ובפרט לדעת הטור דסבירא ליה פורע חוב שלא מדעתו חייב לשלם והפועל צועק עשיתי וקבלתי שכרו אם כן אם אמת כדברי חנוני חייב לשלם בלי שבועה אבל עכשיו שהוא בעה"ב כופר ישבע ומכל מקום יש לחנוני טענה על פועל דלמא באמת לא עשית מלאכה ואם כן אין מגיע לך כלום ולמה אפסיד שלי ואי דבעה"ב צוה להאמינך בשלי

אין אתה נאמן ולכן הדין של חנוני עם הפועל וא"ש:

והנה עוד תירץ בפרישה דפועל מכחיש ואומר שלא קבלו רק בזה הבעה"ב מאמין לחנוני שנתנם. וגם זה לא יתכן דא"כ למה הוי מתוך שאיל"מ הא אין בעה"ב מחויב כלל שבועה דמגו דלא היה מאמין לחנוני לא היה בעה"ב מתחייב שבועה כלל דה"ל אין כאן כפירת ממון כהנ"ל אם כן אף דמאמין ואמר צויתיך אין כאן שבועה דה"ל מגו וסבירא ליה לטור מגו לפטור משבועה אמרינן במקום דלא הוה העזה אם לא דנימא דכוונתו דכך טוען החנוני מתחילה אמרת ליתן לפועלים ונתת לי נאמנות שאהיה נאמן בלי שבועה ואם כן אם יודה יתחייב ממון. ודוחק:

י **אם** לא נתן וכו' קצבה וכו' הטור נמשך בזה אחר דברי בעה"ת דנתן טעם חזקה שליח עושה שליחתו והקשו דבשלמא בעה"ת לשיטתו דסבירא ליה בחנוני לבדו תובע אין מגיע לו שבועה דשורת הדין דנוטל בלי שבועה מטעם חזקה הנ"ל וכנ"ל באריכות ואם כן אף כאן חזקה זו מהני אבל הטור דהכריע כרמ"ה לעיל דלעול' אין בעה"ב משלם לחנוני רק בשבועה דאין בעה"ב חייב משורת הדין לחנוני כלום אם כן קשה איך פסק בזה דנוטל בלי שבועה וקאמר הטעם חזקה שליח וכו' מה דלא סבירא ליה והנה הב"ח והסמ"ע והש"ך העלו בשם מהרש"ל דכאן מיירי דידוע דנתן לו מקצת רק לא נודע כמה נתנו ובזה הטור מודה דנוטל בלי שבועה. ואני איני מבין טעם לחלק דסוף כל סוף על הנשאר הא ה"ל א"י אם הלוויתני ואי דה"ל מתוך שאיל"מ הא בזה לא ה"ל למידע כמ"ש בעה"ת להדיא שער נ"ט ח"ב ד"ח. וכמש"ל וכבר כתב בדרישה דתירוץ זה דחוק וגם הקשה הט"ז דלא ה"ל למנקט הך לשון דחזקה שליח וכו' ומה שנראה הוא מה שכתוב לעיל בישוב דברי הר"ן דודאי אף הטור סבירא ליה דיש כאן סברא חזקה שליח וכו' רק סבירא ליה כמה שכתב הרמב"ן דקלקל בשליחות דה"ל ליתנם בסהדי ואיך שייך חזקה עושה שליחתו הוא קלקל בשליחתו דלא יהיב ליה בסהדי והא דאמרינן בגמרא דב"מ דלא אמר להו ליתנו בסהדי הוא מכלל התקנה ועולה מצאו חז"ל לחייב לבעה"ב. וס"ל לטור ה"מ בפירש ואמר תן לפועלים סלע דלא מהימן ליה הבעה"ב לפועלים. ואם כן אף הוא חנוני אין לו להאמין כי כך דרכו של פועלים עמילי הנפש לתבוע פעמיי' וה"ל ליתנו בעדים. אבל באומר לחנוני תן לפועלים כל מה שיתבעו ממך ואם כן ע"כ דהימן להו בעה"ב והם אצלו בחזקת נאמנים דאולי יטלו יותר ויותר מכדי שכרן ויאמרו קצצת לנו ביותר או חייב אתה לנו מקדם או החזרנו לך ולא ע"ז יתן אדם מעותיו וע"כ דהם בחזקת נאמנים גבי' אם כן ודאי דאין על החנוני אשמה דלא מסר ליה בעדים כיון

דחזא דהוא מהימן ליה ולכך סבירא ליה דחזקה במקומו ונאמן בלי שבועה וא"ש ודוק כי נכון הוא:

יא **בלא** שבועה היינו אפילו היסת א"צ דאין כאן טענת ברי כלל ודלא כסמ"ע והקשו מה שנא מהוציא הוצאות הא כל דהאי ידע והאי לא ידע משתבע הך דידע בנק"ח. וכתב הש"ך דבעה"ת והטור נתנו טעם הואיל ותלה הדבר במאמר הפועלים כקצץ דמי ועדיין לא הבנתי מ"ש האומר צא והשביח השדה בכל צורכי' ומה שנא האומר תן לפועלים מה שירצו ומה הבדל יש בסברא בינייהו. וכן הקשה בט"ז. ולכן צריך לומר דכאן ידוע לו שכירות פועלים רק שלא פרט לחנוני כמה יתן דלא ידע אם יטלו הכל ואם כן הוא אמר שנתן כדי שכרן חזקה שנטלו דמהכ"ת יהיו הפועלים מוותרים כל שהוא וגם למה לא חזרו על בעה"ב וגם אין הבעה"ב מפסיד דהא תשלום זה באמת חייב משא"כ שם בשדה אולי לא צריך יותר בשבח השדה ואם כן אין כאן חזקה ולכך רמיא רבנן עלי' שבועה. ולפ"ז נראה אם בעה"ב טוען שנתן יותר מכדי שכרן אם כן יש כאן ספק אם נטלו הפועלים יותר מכפי המגיע ודאי דצריך שבועה. והוי כמו מוציא הוצאות. וכן האומר תן להם לפועלים אוכלים ומשקי' מה שיצטרכו והוא אמר שנתן בדינר חייב לישבע כמו מוציא הוצאות דאולי לא אכלו כ"כ ומפסיד בעה"ב מביתו והרי זה דומה ממש למוציא הוצאות על נכסי אשתו דלא שקיל אלא בשבועה ואין כאן הבדל כלל. ובזה היה אפשר ליישב לישנא דרמ"א בהגה דכתב וי"א דאף אם הפועלים וכו' דלישנא דאף לא יתכן דמשמע דגם אם הפועלים אינן כאן צריך לישבע וזה אינו ולפי הנ"ל ניחא דהא כתב הרמ"א דטוען דנתן להם יותר מכפי הראוי ואם כן אף דאין הכחשה צריך לישבע כמ"ש דהוי כמו מוציא הוצאות ולכך קאמר אף במכחישו וה"א דאין החנוני נוטל כלל כס"ד שם בבעה"ת קמ"ל דנוטל בשבועה על כל פנים. וזהו נכון בסברא אלא דבעה"ת שם סוף ד"ח משמע דנוטל בלי שבועה אפילו יהיב יותר מכפי המגיע להם. ואולי יש לומר דבמוציא הוצאות מתחילה כי נחית אדעתה דשבועה נחית דלא סגי בלא"ה דיצטרך לישבע אם ירצה ליטול אבל בזו הוא לא נחית אדעתא דשבועה כי הוא חשב הואיל ובעה"ב לא נתן קצבה ש"מ דנאמנים הם הפועלים ולא יטלו יותר מכפי הראוי ולא נחית אדעתא דשבועה כלל וצ"ע. ולולי דמסתפינא הייתי אומר דבעה"ת סבירא ליה הא דתנן המוציא הוצאות ישבע כמה הוציא היינו שלא אמרה לו אשתו לך והוציא הוצאות רק הוא מעצמו ובא ברשות חכמים כי יש רשות לבעל להוציא בזו צריך שבועה כי אדעת' דהכי נתנו לו חכמים רשות אבל כאן שהוא צוה לתת מהכ"ת ישבע וכי על כך צוהו להתגולל עליו ולהטיל שבועה אחר כך עליו ומהכ"ת ישבע וצ"ע:

יב **אמר** לחנוני וכו' רבו בזה הפי' והש"ך האריך להשיג ולהקשות על כל הפי' ובאמת כל קושיתו אין בהם כדאי שצריך להשיג עליהם כי כל דקדוקו הם דקדוק עניות וח"ו לדייק כולי האי לדחות דברי קדמונים ואולי דייקת כולי האי ממש לא תנאי ולא מצינו הלכה ברורה בש"ס. ואולם כי חשב לפרש פי' אחר ועינה מלבו וכבר עמד הגאון חכם צבי ז"ל בהגהתו לט"ז והקשה עליו קושי' חזקה עד שנדחה פי' ואין ראוי לאומרו כלל. ע"ש ואין לנו שיור בזה רק לישב קושית הש"ך על סמ"ג דסמ"ג פי' ודעתו כשהפירו' מונחים בר"ה והחנוני תובע המעות והבעה"ב טוען פרעתיך כבר ישבע הלוקח בנק"ח ויטול פירות וכשהפירות ברשות חנוני ודינר בר"ה וחנוני טוען כבר נתתי עבורו פירות והלוקח טוען לא כי עדיין לא קבלתי פירות ישבע החנוני ועל זה הקשה הש"ך מ"ש מרישא ולמה בזה יד חנוני יותר יפה מיד לוקח עד שישבע ויטול. ונראה דלק"מ דבכל מקום רואין על מה הטענה כשהפירות מונחים בר"ה שניהם מודים דפירות הללו הם מונחים לכדי שיטלם הלוקח ואין כאן טענה על הפירות ובפרט לפי מה שכתב המ"מ דהגביהן הלוקח וקנאם בדרכי קנין וא"כ כל התביעה רק בדמי מעות והרי זה כתביעה בפ"ע וכל התביעה רק על המעות א"כ הלוקח נשבע ונפטר וכמו כן שהדינר בר"ה ולא נחלקו כלל על הדינר שראוי ליתן לו לחנוני רק כל הפלפול כי לוקח תובע פירות וזה אומר כבר נתתי פירות ואם כן הסכסוך בפירות החנוני מוחזק והממע"ה ולק"מ. אמנם סמיכת הש"ך בדברי ירושלמי דקתני באם יוצא מתחת יד אחד מהן עדיין היא במחלוקת ומזה מבואר דאפילו תחת יד הלוקח מ"מ נחלקו ת"ק ור' יהודא זהו דלא כפי' הרי"ף ותוס' וסייעתם דסבירא להו אם הוא ת"י אחד א"צ כלל שבועה וזהו מהטענה באמת אלא שאף שאין ראיה כלל מירושלמי כי הגהה והגי' משונה כנודע אף גם כאשר עיינתי בירושלמי מצאתי ראיתי שכתב כך על משנה אר"ח במחלוקת אר' יהוד' אימתי בזמן שהקופה מונחת בין שניהם אבל אם היא יוצאה מת"י א' מהן עוד היא במחלוקת עכ"ל ולפי' הש"ך פי' מחלוקת היינו הך ר' יהוד' ורבנן וזהו אינו מסדר הלשון שיהיה ר' יהודה אומר על עצמו עוד היא מחלוקת ויהיה מכוון שהוא פליג והל"ל ביוצא מתחת יד אחד מהן חכמים אומרים כך ואני אומר כך ומה שאמר ר"ח מתחילה במחלוקת אין לו מובן כלל דאם נתכוון דפליגי חכמים ור"י מה קמ"ל הא משנה לפניך דפליגי חכמים ור"י ואם כוונתו לומר שאפי' יוצא מתחת יד אחד מהן ג"כ פליגי זהו לא נזכר כלל בדבריו ועיקר חסר ולכן נראה דידוע בכל הש"ס במקום הספק לב"ד ס"ל לחכמים הממע"ה וסומכוס יחלוקו ואם כן קאמר ר"ח הא דתנן במשנה דישבע חנוני ויטול או בעה"ב כמבואר במשנה זהו הכל לחכמים דס"ל דהממע"ה ולכך מי שהוא יותר מוחזק נוטל רק מכל מקום החמירו עליו שישבע שבועת

נק"ח אבל לסומכוס דסבירא ליה בעלמא יחלוקו אף כאן אין זה שחזקתו יותר משל חבירו נוטל הכל רק יחלוקו וזהו כוונתו במחלוקת ור"י פליג וסבירא ליה דאם בר"ה הרי זה ודאי בחזקת מרא קמא ואין כאן ספק לב"ד רק ביוצא מת"י השני בזו במחלוקת דחכמים סבירא להו לעולם הממע"ה וסומכוס ס"ל הואיל יש לשני יד בו הוי ליה דדרא דממון ויחלוקו לסומכוס וזהו מאמרו עוד היא במחלוקת היינו מחלוקת הידוע בש"ס בכל דוכתא והבקי בלשון ירושלמי תלמודו בלשנא קלילי דנקט יראה שנוטים הדברים אל מרכז האמת ודבריו כך הם עניים במקום הזה ועשירים במקום אחר:

סימן צב

א **אחד** שבועת עדות וכתב הסמ"ע דהיינו שנעשה המעשה בזמן קרוב דא"א לומר דשכח העדות דאל"כ איך יפסול אולי שכח עדות ובאמת נשבע ואם כי הודה אין נעשה חשוד ע"פ עצמו והש"ך כתב דמדברי רשב"א בתשובה כפי שהביא הב"י סי' ל"ד אות ז' משמע דלענין חשוד על השבועה ל"א כלל דאשתלי והוכיח זה מהך דחשוד על שבועת עדות דלמא אשתלי ומזה פסק דאם טען במה שעבר על שבועה שכחתי אינו נאמן. ואם כן לעיל דפסק בש"ע סי' ל"ד ס"ה כהרשב"א דאין נאמן לומר שוגג אין דינו של הר"ן פה מחוור ובאמת משום הא לא ארי' דאף דדינו של הר"ן אמת מ"מ דינו של רשב"א נכון דהא צריך לומר כן בר"ן דהקשו על שבועת עדות דלמא אשתלי ולא הקשו כן על שבועת פקדון דלמא אשתלי ולא זכר עוד שיש לו פקדון של חבירו בידו וחשב שהוא שלו וכמו כן בתוס' שבועות דף ל"ז ד"ה הזיד וכו' דכתבו דלכך לא קמספקא הזיד בשבועת עדות והתרו דאיכא למימר משתלי וצ"ל איך קבעי הזיד בשבועת פקדון דלמא שכח הפקדון וחשב שהוא שלו. ועכצ"ל דבשלמא בעדות הוא מילתא דלא רמיא דכי מחויב הוא לשום אדעתו עדות חבירו ושפיר י"ל דלמא שכח אבל במי שיש בידו פקדון חבירו עליו רמיא למדכר בלי שיקרה לו שכחה כמה יש בידו של חבירו ולא שייך שכחה כלל ואם הדבר בפקדון של חבירו דרמיא אנפשיה למדכר מכ"ש בשבועה שנשבע לשלם לחבירו בזמן אם כן רמיא עליה למדכר שבועה ולא לעבור זמן ואיך יתכן לומר אח"כ ששכח היינו פקדון. ולכן גם מדברי בעה"ת סוף שער מ"ב אין ראיה דשם נזכר גם כן כהך משבועת פקדון אבל בשבועת עדות אין כאן ראיה. אבל בגוף הדבר מ"ש הר"ן דהא דתניא החשוד על שבועת עדות היינו שהיו עדים הקרובים למלוה וללוה ורחוקים מעדים ראו עדות וא"י להעיד היותם קרובים אבל על עדים יכולים לפוסלם שעברו שבועת העדות ואי דיטענו אישתלי כל שהוא קרוב לדבר והוא בשעת מעשה

ל"א אשתלי כדאמרינן בפרק אלו נערות נתרי בהו בשעת מעשה צריך תלמוד דנראה דהתוס' ד"ה הנ"ל חולקים דכתבו דלכך א"א למצוא התראה ומלקות בשבועת עדות דאמרי אשתלי והא איכא בשעת מעשה שתיכף משביעין כמ"ש הר"ן וש"מ דס"ל דאף תיכף חיישינן שמא שכחו ולא השגיחו לעיין בעדות ולדברי רשב"א י"ל דגבי עדים ל"ש שעת מעשה ותמיד אמרי' שכחו רק ה"מ למקטליה או להלקותם אבל לעשותם חשוד ל"א כן דמה לנו לתגר הזה ולהכשירו מכאן ולהבא לעדות ולשבועה ולומר דשכח סתמא לא שכח אבל להלקותו א"א דלמא שכח אך לדברי הר"ן לכאורה יש סתירה מדברי התוס' והנה בגמרא דכריתות דף י"ב ע"ב קאמרי' מודה ר"מ לחכמים באומרים ב' ידעת עדות לפלוני והוא אמר לא ידעתי ופי' רש"י והיה נשבע שבועת עדות דפטור מקרבן דאי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות והביא בברכת הזבח קו' בשם מהו' ליב זונץ ז"ל (הוא אבי אמי הרבני' החסידה צדקני' מ' שינדל זלה"ה שהיה אז יניק וחכי' ונעשה אח"כ לאילן רב והאיר עיני גולה בתורתו והיה גאון מפורסם ויצא שמו בכל ארץ) לשיטת התוס' הל"ל בקצרה דיש להם מגו דאשתלי ואין כאן ק"ש והרב בה"ז חשב לישבו דאמרו בפנינו הודה שלא שכחו וקשה דא"כ אף זה יכולים לומר בפנינו הודה שכוונתו להעיד ובמרד ובמעל כפר באמירת עדות ומה אולמא האי מהאי ועוד א"כ אף בב' אומרים אכלת חלב אם מודה בפניהם שאכל בשוגג תו לא שייך מחלוקת ר"מ וחכמים וזה לכאורה ראיה כר"ן דל"ח לשכחה וקושיא לתו' אך להיפך קשיא ליה לר"ן קו' רש"י ותו' דה"ל למבעיא הזיד בשבועת עדות דלשיטת הר"ן לא שייך הן תי' רש"י והן תי' תו' כלל. והיה אפשר לומר דס"ל להר"ן דשיעור גבול לזכור ולשכוח לא מצינו בגמרא כי אם בשעת מעשה כדאמרי' נתרי מעיקרא אשתלי נתרי בשעת מעשה וס"ל לר"ן דוקא בשעת מעשה שהוא רצוף תוך כ"ד אז מיקרי בשעת מעשה אבל אם עבר תוך כ"ד תו אזדא שעת מעשה ויכול לטעון שכחתי ואם כן בשלמא בלי התראה שפיר י"ל תיכף בשראה העדות תכ"ד אמר שבועה שאין אני יודע לך עדות שיש לך אצל פלוני ולכך מחייב ק"ש ונעשה חשוד ע"פ עדים משא"כ במלקות דצריך התראה קודם שבועה דלאחר שבועה ל"ש התראה אם כן התראה ה"ל כ"ד דהוא יותר מג' תיבות כנודע ואם כן תו לא הוי שעת מעשה וי"ל שכחנו בין כך דכיון דעבר שעת מעשה וא"כ דברי תוס' נכונים במלקות דבעי התראה אבל שם בכריתות דקאמרי סתם דחייב ק"ש לא קאמר הטעם משום דאשתלי דהא יוכל להיות דתיקף לראיתו תכ"ד אמרו שבועה וכו' ול"ש אשתלי ודוק. אך מ"מ צ"ע בזה לומר דלאחר זמן כ"ד תו לא יזכור וגם ברש"י ק' קושית הר"ן דפי' דלכך לא קמבעי' בהזיד בשבועת עדות דהא אין כאן התראה ודאי דמי יודע אם הם יודעים עדות דאם

העדים כאן יכולים הם להעיד ולא הוי תו שבועת עדות כמ"ש המהרש"א וק' אולי ישנו עדים קרובים למלוה ורחוקים מעדים וכמ"ש הר"ן ואם כן יכולים להתרות ואם לזה כיון מהרש"ל בחנם השיג עליו המהרש"א ע"ש עכ"פ קו' זו צ"ע ברש"י וגם ק' ברש"י קו' מהרש"א דאם כן אף בפקדון נמי הוי התראת ספק דהא ע"כ ליכא עדים לפנינו להעיד והלכו להם ואולי ס"ל לרש"י בפקדון דיכול להשביעו חוץ לב"ד הוי כאילו עדים אינן כאן דאף דהיו בעת השבועה והתרו בו מ"מ אולי טרם שיגיעו לב"ד ימותו והוי כעדים במה"ד דקיימא לן הכופר במלוה שיש לו עדים במה"ד דחייב משא"כ שבועת עדות בב"ד ואם כן הנך דמתרו ביה הוו גם כן בב"ד ולכן ליכא שבועת עדות ולק"מ ואולי לזה כוון המהרש"א במ"ש וי"ל ודוק:

ואמת כי בחדושי אמרתי בישוב קו' האחרונה תי' נכון דהא קיי"ל הנשבע לשקר בפקדון והודה חייב חומש אבל לא בהעדאת עדים א"כ י"ל מתחילה היו עדים במד"ה ונשבע לשקר בפקדון ואח"כ באו עדים ותבעו שנית שישבע אם לא היה מתחילה הפקדון בידו ובזו אף דהעדים כאן מכל מקום לא הוי זה כפירת דברים כי אם כפירת ממון דאם יודה שהיה חייב לו ואם כן נשבע לשקר וחייב חומש משא"כ בשלא יודה דאין כאן חומש וחומשא הוי ממון ולפ"ז דעדים פה הרי יכולים להתרות בו אל תשבע לשקר כי הם יודעים מזה דלשקר נשבע ומכל מקום דייק הגמרא שפיר דהכופר במלוה שיש עליו עדים במד"ה חייב דאלו פטור אם כן מתחילה שבועה ראשונה לא היה בו דין שבועת פקדון דהא היו העדים מתחילה במד"ה ואף חומשו לא מחייב כלל דלא הוי כלל שבועת פקדון רק שבועת ביטוי אך זהו לא שייך בשבועת עדות דאין כאן חומש ולא שבועה אחר שבועה וקושי' זו של מהרש"א מיושב אך מכל מקום אף דהדבר בעצמותו נכון מכל מקום קשה לומר דנתכוון לזה רש"י דהי' לו לפרש ולא לסתום כולי האי. ולכן היה נראה דאפשר רש"י ותוס' שניהם לדבר אחד נתכוונו דודאי עיקר החשש דאין בהם מלקות דלמא אשתלי כמ"ש התוס' רק ק' קושי' הר"ן דלמא בשעת מעשה וא"כ ה"ל למבעיא כך אם התרו בם בשעת מעשה רק זה אינו דבממ"נ אם לא היו עדים כלל מי ילקה אותם ובהודאת עצמם אינן מתחייבים מלקות ואי דהיו עדים ועומדים לפנינו הרי אין כאן שבועת עדות כמ"ש התוס' ומהרש"א ועכצ"ל דכבר הלכו להם ואם כן איך קרוי זה בשעת מעשה דרך משל בשעה וי"ו מסר זה לזה פקדון במעמד העדות ואם כן אם העדות הלכו הלא כמעט רגע לא נשאו אבר כנשרים והלכו למרחוק ומצינו למרדף אבתריה וע"כ דכבר עבר זמן מה שהמה הרחיקו מעיר ואם כן השביע לעדים שני' וכפרו א"כ בזה יכולים לומר אשתלי וא"ש בממ"נ. וליכא למימר דישנו עדים ולא נודע ממנו דאם

כן איך היה התראה אבל במשנה בחשוד שפיר י"ל דלא נודע מעדים ודוק. אך עדיין ק' כנ"ל דלמא העדים עומדים פה רק הם קרובים למלוה ולוה ורחוקים מעדים והיו רואים המעשה ומתרים בשעת מעשה רק יש לומר הא קיימא לן נמצא א' מהן קרוב או פסול עדותן בטלה ואין כאן שבועת עדות וע"ש שבועות דף ל"ה תו' ד"ה או וכו' מ"ש ועמש"ל סי' ל"ו ע"ש ול"ל דלמא קרובים אמרו למחזי ולא מפסלו דז"א דהא כבר מבואר לעיל סי' ל"ו בש"ך וכמש"ל דאין הב"ד חוקרים לומר אי למחזי או לאסהודי רק אם כבר נתקבל כל העדות ואחר כך נתברר שהיה קרוב ביניהם אבל מתחילה קודם העדאת העדים בבית דין אין הב"ד שואלים ואין אמירתו כלום אם כן עדיין הוה ליה התראת ספק אולי יאמרו אחר כך בבית דין לאסהודי אם כן בטלה עדות למפרע ואין כאן שבועת עדות כלל ובפרט כי לכל עד ועד המתר' יש התראת ספק דאין אחד יודע בשל חבירו אולי יאמר להעיד בא ואם כן הוה ליה התראת ספק ומכ"ש להנתר' בו דצריך שיתיר עצמו למלקות וזהו אצלו ספק דאולי יאמרו אחר כך לאסהודי אתינא ובטלה העדות למפרע ואם כן הוי ליה התראת ספק וא"ש ולק"מ רק הא קשיא דלמא מתחילה בעת עדות בשעת ראיה היו רחוקים ובין כך נעשו קרובים ואם כן הם לא חזו להעיד ומ"מ העדות אין נפסל בכך דבשעת ראיו היה רחוקים ולהתרות כשרים. דלעדים רחוקים. אך גם בזה חזר הדבר להנ"ל דא"כ דבין ראיית העדות לשעת השבועה רחוקים נעשו קרובים ובעינן קורבא דעל ידי נשואין כנודע אם כן זה לא יתכן ברגע אחת וצריך קצת זמן ואם כן עדיין חזר הדבר כנ"ל דיש לומר אשתלי וא"כ הדברים נכונים כנ"ל ואם כן אף קושי' מהרש"א מפקדון לא קשה דידוע מ"ש הר"ן בחדושיו וכתבתי לעיל ס"ס ל"ד דעדים הקרובים למלוה אף להלקות ללוה שנשבע לשקר נגד המלוה א"י דהיינו נגיעה דהוא להמלט מעונש יתפשר ויפרע למפקיד ע"ש ואם כן שפיר יש לומר דהיו עדים כשרים בשעת מעשה שהפקיד אצלו וגם קרובים ולא כוונו להעיד והכשרים הלכו למד"ה והוא תבעו וכפר והקרובים התרו בו שאל ישבע לשקר ועל שבועת שוא בפקדון איכא ודאי דמה בכך דאיכא ספק אולי יהיו אומרים לאסהודי ויבטל העדות מ"מ שבועתו להכחיש הפקדון ודאי איכא ולא דמי לשבועת עדות דאי בטלה עדות ליכא שבועה מה שאין כן כאן גוף שבועה איכא ודאי והגמרא שפיר דייק הכופר במלוה שיש עליו עדות דאם אין כאן עדות כשרים כלל מי יעמוד להלקות והא עדים קרובים למלוה א"י להלקותו ללוה אבל מכל מקום התראה יכולים לעשות דהוה ליה ודאי דברור להן דנשבע לשקר וא"ש וגם בפקדון דלא שייך דמשתלי כמש"ל שפיר י"ל דהיו מתחילה רחוקים ואחר כך נעשו קרובים א"כ א"א למפסל והוי התראת ודאי וא"ש: ומעתה גם הך קו' מכריתות לק"מ

דודאי י"ל דהיו באותו מעמד עדים קרובים למלוה ורחוקים מעדים רק דק' כמש"ל דהא נמצא אחד קרוב וכו' עדותן בטלה וזה ודאי אי אמרינן דמשום כך הוה ליה התראת ספק שם ליכא ענין כלל לענין מלקות עד דנימא דבעי התראה ואם כן מה בכך דהוה ליה ספק אלא אפילו נימא דקרבן שבועה ג"כ ליכא דהם יכולים לומר אנו חשבנו לאסהודי באתם ולכך לא העדנו דלא האמננו לכם שאמרת' למחזי וכמ"ש סתם משנה היה קרוב או פסול ביניהם פטורים והיינו מה"ט דיכולים לומר לא האמננו וחשבנו דהיה כוונת הקרובים לאסהו' מכל מקום זהו לרבי אבל לר"י בד"מ כשר ואם כן איך יאמר מודה ר"מ לחכמים וכו' דלמא אשתלי דהא תינח לרבי לר' יוסי מא"ל ועיין סנהדרין דף ט' ד"ה. לרצונו וכו' ובמהרש"א דסבירא להו לתו' כפי' הגמ' הרוג יציל דהוה שונאו דקשיא לר' יהודא דמסתמא לא יחלוק ר' יהודא אר' יוסי וכמו כן ר"מ וחכמים דר"מ היינו רבי יהודא ומכ"ש לאיקומתא דרבינא שם בסנהדרין אמרינן להדיא ר"מ כר' יוסי ואין בד"מ פיסול כלל ואם כן ליכא למימר דלמא אשתלי די"ל דקרובים העידו שבאותו מעמד שנשבע לשקר היה ענין העדות ואיך שייך שכחה ונמצא אחד מהן קרוב או פסול לא שייך ודוק. והנה עוד בדרך אשר קצרה אמרתי ליישב דברי רש"י וקושי' הנ"ל בכריתות והוא דלכאורה קשה לפי מה שכתב רש"י בסנהדרין דף כ"ג הגי' נכונה לשיטתו דרבנן ס"ל צריך לברר ואם אמר שיש לו שני כתי עדים צריך להביא שניהם ואף שהביא כת אחת אינו מועיל ועיי' בב"ב פ' גט פשוט דנחלקו אמוראי אי צריך לברר וקשה לפ"ז מה דייק הגמ' זאת אומרת הכופר במלוה שיש עליו עדים חייב דהא עדים מכחישים אותו ואמר דנשבע לשקר וק' מה ראיה דלמא דזה אמר שיש לו ב' כתי עדים ואין לו רק כת אחת ורבה סבירא ליה כמ"ד צריך לברר כרבנן ואם כן אם כופר זה בפקדון א"י להוציא מידו בעדים דהא צריך לברר אך כי צריך לברר היינו להוציא מידו אבל להלקותו על דנשבע לשקר ודאי דמצו להעיד דהא כשרים הם והוא הפסיד על נפשו דאמר שיש לו ב' כתי עדי ולכך א"י להוציא אבל יכולים להעיד דלשקר נשבע דהא כשרים הם ולכאורה קושי' עצומה היא וצריך לומר כמש"ל בשם הר"ן דעדים הקרובים למלוה א"י להעיד להלקותו דאם כן אתה מכריחו לשלם שלא יהיה נלקה ואף זו דקיימא לן צריך לברר הואיל פסק אנפשיה דיש לו כתי עדים א"י להוציא דבר בכת אחד אם אתה אומר שיהיה נלקה ע"י היינו שמוציא ע"י כמ"ש הר"ן כי ע"כ יתן ולכך אפילו להלקותו אינו מועיל. ועכצ"ל דיש לו באמת עוד כתי עדים רק דאינם פה ומזה דייק הגמ' דכופר במלוה שיש לו עדים במד"ה חייב אבל השתא דמיירי דבאמת יש לו ב' כתי וכת א' פה וכת א' במד"ה התראת ודאי היא דלא ישבע לשקר דהא כת אחד פה ומעידים ויודעים דלשקר נשבע

וא"ש דאין כאן התראת ספק אבל גבי שבועת עדות לכאורה קשה דלוקמי' דיש לו ב' כתי עדים וכת אחת יש לו והשביע לכת שניה וכפרו ואם כן הרי כאן שבועת עדות דהא בכבישת עדותן מפסיד ממון דצריך לברר אבל מכל מקום החראת ודאי דהא עדים עומדים ומעידים שהיו גם כן במעמד. אך יש לומר דסבירא ליה לרש"י כמ"ש הרמב"ן בשם ירושלמי ועיין מש"ל סי' כ"ח דאם הכשיר קרוב או פסול אינו בכלל שבועת עדות וצריך להיות הטעם דכיון דשורת הדין אינו בכלל שבועת עדות אין בידו להטיל עליו שבועת עדות מה שהתורה לא הטילו וא"כ אף זהו כמוהו הא יש כאן כת עדים זולתן ואם כן מהתורה אין כאן שבועת עדות עליהן דהא קיימא הך רק הוא השוטה אמר דיש לו ב' כתי עדים ועל ידו גרם שגם הם צריכים להעיד בשביל דבר שפתיו אך למחסור אין עליהם שבועת העדות מה ששור' הדין זולת אמירתו לא היה בכלל דהא קיימא הך ומי צוה לו לומר שיש לו ב' כתי עדי והרי זה גרע מהכשיר קרוב וכו' ואם כן ליכא למימר בשבועת עדות כך ושפיר כתב רש"י דכיון דליכא עדים הוה ליה התראת ספק אבל בפקדון שפיר יש לומר כהנ"ל ודברי רש"י נכונים ול"ק קושית מהרש"א כלל ודוק כי זה ברור ואמת ומעתה י"ל התוס' אזלו לשיטתן דגירס' שלהם בסנהדרין להיפוך דר"מ סבירא ליה צריך לברר ורבנן סבירא ליה א"צ לברר ע"ש רק ר"מ סבירא ליה דמה בכך דצריך לברר אף שבע"ד פוסל לעדיו מכל מקום עולה לחשבון ב' כתי עדים שצריך להביא ולכך לר"מ יכול הבע"ד לפסול כת אחת דהא בלא"ה צריך להביא עוד כת ואות' כת שפסלו עולה לחשבון ורבנן סבירא להו א"צ לברר ואם כן שפיר כתבו התוס' דלמא אשתלי וליכא למימר דלמא היה באותו מעשה ומעמד העדות וכת אחת עומדת וכת שני' כבשו עדותן והיינו שבועת עדות אבל היה באותו מעמד דהא הלכתא כרבנן ורבנן ס"ל א"צ לברר ועכצ"ל דהלכו להם כנ"ל ואם כן תו אינו באותו מעמד כמ"ש דזהו עכ"פ צריך קצת זמן ושפיר י"ל דלמא אשתלי אבל שם בכריתות אמרינן מודה ר"מ לחכמים ור"מ סבירא ליה דצריך לברר ואם כן ליכא למימר דאשתלי דבאותו מעמד ומעשה מא"ל דהא יש לומר דלא הלכו שום כת רק עומדת פה והתרו בשני' דכ"כ דלא מעיד' שני' א"י לגבות ולא שייך דלמא שכחו ולכך צ"ל טעם אחר דלא שמנו לבנו להעיד ודוק:

ובזה יובנו דברי רמב"ם דרמב"ם העתיק כל מה שאמרו שם מודה ר"מ לחכמים בשני' אומרים שבעל שפחה חרופה וכו' בהל' שגגות ושנים אמרו בנזיר שנטמא בהל' נזירות והיינו דס"ל טעמא דחכמים דפליגי אר"מ משום דאם ירצה יכול לומר מזיד הייתי כמ"ש בהל' שגגות ואם כן בהנך לא שייך הנך טעמי ולכך צ"ל טעמא דקאמרי בגמרא דיכול לומר לא גמרתי בעילתי ונשאלתי על נזירותי וקשה למה השמיט בספרו הך דמודה ר"מ

לחכמים בשני' אומרים ידעת עדות דהא גם בזה לא שייך מזיד הייתי דקרבן שבועת עדות בא אף על מזיד וצ"ל הטעם שאמרו בגמרא לא נתכוונתי לעדות וכגון דא הוה ליה להביאו. וצ"ע לכאורה על השמטתו ולפי מה שכתב' ניחא דזהו אזלא הכל כמ"ש או לפי דס"ל לר"מ דצריך לברר או לפי דסבירא ליה בד"מ נמצא אחד קרוב אין כל עדות בטלה דסבירא ליה לרמב"ם דבנמצא קרוב או פסול אפילו מק"ש פטורים כמש"ל דיכול לומר חשבתי שקרובים להעיד נתכוונו וכמש"ל אבל לפי דקי"ל דא"צ לברר וכל עדות בטלה תו לא צריכין לטעמא דגמרא רק יש לומר אשתלי כקושי' מר זקני ז"ל ולכך השמיט ודוק.

והנה הבאתי הוכחה לדברי רש"י דע"כ הא דלא שאל הזיד בשבועת עדות משום דהוה ליה התראת ספק דקשה מה דייק הגמ' מהא דקאמר הזיד בשבועת פקדון והתרו בו אם יש בו מלקות ש"מ דיש בו עדים דלמא לעולם ליכא בי' עדים והכי קמבעי' ליה דנשבע שבועה שאין לך בידי פקדון וחזר ונשבע שבועה שיש לך בידי פקדון ובכל שבועה התרו בו אל תשבע לשקר וא"כ בממ"נ נשבע לשוא או שבועה שני' והרי זה שבועת ביטוי וחייב מלקות בזדונו או שבועה ראשונה והרי זה שבועת פקדון וא"כ בממ"נ לוקה ארבעים אך הני מילי אי שבועת פקדון יש בו מלקות אבל אם הזיד שבועת פקדון ליכא מלקות אינו לוקה דדלמא שבועה ראשונה לשקר והזיד בשבועת פקדון ליכא מלקות והא קמספק' לי' ולעולם דליכא עדים וק' מה דייק מני' גמרא וצריך לומר דהא בכל שבועה איכא התראת ספק דבשבועה ראשונה איכא התראת ספק דדלמא בקושטא משתבע וכי נודע אז שאחר כך ישבע שנית בהפכו ואין כאן מלקות בלאו הכי אף דנימא דהזיד בשבועת פקדון יש מלקות אך עדיין קשה דלמא רבה סבירא ליה כר' יוחנן דהכי הלכתא דהתראת ספק שמי' התראת כמו שפסק הרמב"ם באמת וצריך לומר כפי' רש"י וא"כ הוכחת הגמרא אי סבירא ליה התראת ספק הוי התרא' למה קשאיל בשבועת פקדון הוה ליה למבעיא בשבועת עדות כקושי' רש"י וצ"ל כתי' רש"י דהוי ליה התראת ספק וש"מ דסבירא ליה כר"ל דלא הוי התרא' ואם כן ליכא למימר כמ"ש בשבועת פקדון דנשבע פעמים ושפיר דייק הגמרא דכופר במלוה שיש עליו עדים וכו' וא"ש וזהו בדברי רש"י משא"כ אי נפרש כדברי התוס' כפשוטן של הדברים דגבי עדות נימא דאשתלי הקושי' במקומו ודוק דליכא למימר דגבי שבועת העדות נמי משכחת דנשבעו שאין יודעין עדות ואח"כ נשבעו דיודעים וא"כ בממ"נ חייבים מלקות או משום שבועת עדות או משום ביטוי דיש לומר מתחילה שכחו ואחר כך נזכרו ובקושטא אשתבעו שניהם דאי לא תימא הכי מה קשיא ליה לרשב"א והר"ן הך דקתני שבועת עדות איך משכחת הא בזה הסברא היה פתחון פה לומר דגם שבועת עדות דקתני במשנה דנעשה עליו חשוד איירי בכהאי

גוונא דנשבע שאין יודע עדות ואחר כך נשבע דהי' יודע ואם כן בממ"נ משתבע לשקרא ונעשה חשוד אי על שבועת ביטוי או על שבועת עדות וקמ"ל המשנה דנעשה חשוד על שבועת עדות דה"א דקיל כמ"ש המפורשים דאל"כ אין זה חשוד דלמא בשני' בקושטא קמשתבע ולק"מ אלא ע"כ כנ"ל אך אפשר דסבירא ליה לדוחק לפרש כך במשנה או דלזה נתכוון הר"ן דדוחק לומר בחד מעמד אשתלי דאל"כ יש לומר דלמא בשבועה ראשונה חשב דאין לו עדות דשכח ובין כך נזכר ונשבע הפכו ואינו חשוד כלל ולכך איצטרך לומר דבמעמד א' נעשה חשוד ודוק. וכל האריכות שהארכתי כי הם דברים שצריכים לימוד בש"ס ותוס' יצא מזה דאמרינן אולי אשתלי אם לא בזמן קרוב למאוד מאוד דקשה שיפול בו השכחה אבל אחר כך אמרינן דלמא שכח דשכחה מצוי' וריב"ז אמר מה שראו עיני ושמשו ידי שכחתי:

ב **אבל** בשבועה דלהבא וכו' ולפ"ז לפי' רש"י והגהת הרא"ש כמש"ל בריש סי' כ"ח באורי' דשבועת עדות אם השביע אם יודע עדות שיבא ויעיד והוא שתק ולא ענה דבר רק לא העיד י"ל שתיקה הוי כפירה הא גם זה בשעה שהשביע לא יצא מפיו לשקר דהיה יכול באמת להעיד רק אח"כ שלא העיד עובר על שבועה והרי זה ממש כנשבע שלא אוכל ואכל תיכף כמעט רגע דמכל מקום אמרינן דאין זה חשוד דבשעה שיצא מפיו לא לשקר היה ואם כן אף בשבועת עדות בכזה וא"כ עדיין קשה המשנה דלא קתני שבועת ביטוי משום דלא פסיקא לי' שבועת עדות איך קתני הא גם כן לא פסיקא ליה כמ"ש וצריך לומר דלא קתני רק במקום דצריך קרבן שבועה אבל שבועת עדות בהך דמספקא ליה אם כן אין כאן קרבן לא מיירי משנה וצ"ע. ובאמת יש לדקדק על הריב"ש בסי' שי"א והבאתי לעיל סי' ל"ד דסבירא ליה להכריע דלכך נשבע לאכול ולא אכל אין חשוד דהוי לאו שאין בו מעשה ואין לוקין דאם כן שבועת עדות גם כן אין לוקה כמבואר בגמרא הנ"ל אם כן למה חשוד בשלמא בשבועת פקדון דקי"ל ג"כ אין לוקה כמ"ש הרמב"ם בהל' שבועות ל"ק דכבר כתבתי לעיל בסי' ל"ד דבחימוד ממון הוה ליה רשע דחמס ואין צריך למלקות אבל בשבועת עדות מה א"ל וליכא למימר דהטעם דאין מלקות משום אשתלי אבל אי הי' ברור היה לוקה כמש"ל דזהו הכל להס"ד אבל למסקנא דקי"ל אפילו בפקדון אינו לוקה הואיל וחייבו הכתוב קרבן א"כ ה"ה לשבועת עדות אם כן הרי קיל שבועת עדות דאין בו מלקות ואולי י"ל דעכ"פ במזיד בעי קרבן וקרבן במקום מלקות קאי אף דזה דוחק דרמב"ם כללא יהיב שאין בו מלקות או הואיל ועל ידי עדות מפסידין ממון דעל עדות שאין בו הפסד ממון אין שבועת עדות אם כן אף זהו בכלל רשע דחמס דמפסיד לחבירו ממון ובזה לא בעינן מלקות וצ"ע:

ג **אבל** בלא עדים אינו חשוד וכו' ויש להקשות פשיטא הא אין אדם נעשה חשוד על פי עצמו ואפילו הודה דליכא גביה ספק מלוה ישינה והסמ"ע ביקש לומר דכוונת הטור והש"ע לומר בקושי' הגמרא נימא מגו דחשיד וכו' ולא ידעתי הא הרא"ש כתב דליכא נפקא מינה בין תירוץ דלא אמרינן להך תירוץ של אביי כמו שאכתוב אח"ז ואם כן הוה ליה למימר בקיצור דלא אמרינן מגו דחשיד וכו'. ולכן נראה דכך פי' אם ביד שמעון חפץ ואמר שירשה מאבותיו הרי דמודה דלא לקחו מראובן וראובן בירר בעדים דכלי זה שלו כי מכירין אותו בטב"ע וסימנים מובהקים להדיא שהוא של ראובן והוא הודה דלא לקחו מראובן ולא משל אחר רק אמר שבא לו בירושה והוא באופן שא"א לומר שאבותיו לקחוהו מראובן כי עדים ראהו בזמן קרוב ביד ראובן ויודעים בבירור שהוא של ראובן אם כן פשיטא דחייב להחזירו לראובן אבל מכל מקום אינו חשוד דאפשר דלקחו משום שיש לו עליו מלוה ישינה ואינו חשוד ואם כן שפיר אמר מלוה ישינה ולא ספק דאנו אומרים בתום לבב היה תופס והא דאמרינן הכופר בפקדון פסול ולא נימא גם כן כהך כבר עמדו בזה בס' אסיפת זקנים והרבה תירו' נאמרו בזה ע"ש וחד מינייהו דאלו הוי לו לשמעון תביעה לא היה ראובן מפקיד גבי' וחד תי' דכיון דחציף להכחיש מילתא דהופקד אצלו בעדים לא אמרינן כן ועיין לעיל ס"ס ל"ד דהחלטתי דהך תי' צ"ל עיקר בדברי הש"ע ובכופר במלוה ונשבע לא אמרינן דלמא יש לו מלוה ישנה דלא ה"ל לישבע סתם כי אם לפרט ולא לסתום שבועתו ודוק:

ד **מלוה** ישינה בגמ' דב"מ פריך קושי' טובי נימא מגו דחשוד אממון חשוד אשבועת' ומשני הגמרא דלא אמרינן מגו דחשיד אממון חשוד אשבועת' ואביי תירץ חיישינן ספק מלוה ישינה יש לו עליו ופרשי אינשי מספק שבועה ולא מספק ממון הואיל וליכא בחזרה. והרי"ף העתיק תי' דאביי והרא"ש כתב דאין נ"מ לדינא בין הנך שני תי' דלא נחלקו אלא בטעמא דמילתא ולא נ"מ לדין והקשה הדרישה הא כתבו הנ"י והר"ן דנ"מ טובי אם מחל לו אז קודם שבועה במחילה גמורה כל תביעתו ישנה אם כן לאביי ליכא שבועה דהא ק' נימא מגו דחשיד ולתי' קמא חייב לישבע דאמרינן חשוד אממון לא חשיד אשבועה כלל. ואם כן איך כתב הרא"ש דלא נ"מ לדינא ונראה דהא כל צורך תי' הגמרא דלא אמרינן חשוד אממון וכו' או ספק מלוה ישינה א"צ לכל קושי' דעל כולם חל התי' אשמוטי קמשמט רק בהנך שלשה קושי' דשני' אוחזין בטלית שתקנו חכמים שלא יהא כל אחד תוקף בשל חבירו ובהך דתני ר"ח בחנוני על פנקסו שניהם נשבעים ונוטלין מבעה"ב ובהך דמשביעין אותו שלשה שבועות דעל הא דמשביעין אותו היסת כתבו ג"כ התוס' בד"ה אלא וכו' לחד תי' דשייך ביה אשמוטי ולפ"ז יש להבין למה ליה לאביי

לומר דלכך תפיס וטען משום ספק מלוה ישן ולא נימא דבהך גופיה דקטען מספקא לי' בחנוני מספק ליה אם פרע לפועלים או לא ומספק ממון לא פרשי ורוצה לגבותו מן בעה"ב כמ"ש דרוצה לגבותו בספק מלוה אחרת וכמו כן פועלים מספקא להו אם קבלו פרעון או לא ורוצים לגבותו מבעה"ב אבל בשבועה יפרשו וכן בשנים אוחזי' בטלית הא אמרינן שם דליכא ודאי רמאי דאימר תרווייהו בהדדי אגבוה והוא מסופק וחושב שהוא ראשון ומספק תפסו אבל שבועה לא ישבע מספק וצריך לומר בהך קושי' בשבוע' שומרים המשביעין אותו ג' שבועות אם שלח בה יד להשתמש או שהוא ברשותו וכופר בה בזו לא שייך דיש לו ספק בגוף הפרה והפקדון דהופקד לחבירו בעדים או בשטר וצ"ל דמלוה ישינה יש לו מספק ובזו תופס וצריך לומר לדעת התוס' שם ב"מ דף ג' ע"ב ד"ה ובכולי דמפרשי קושי' הגמרא הוא ונימא מגו דחשיד וכו' בהנך שלשה שבועות היינו בהך דשלח בו יד דבאינך יש לומר אשמוטי קמשמט וע"ש במהרש"א אם כן מה משני אביי ספק מלוה וכו' מכל מקום איך שלח יד במלאכת רעהו וצ"ל דהואיל דסבירא ליה דהמפקיד חייב לו והוא רוצה לתפוס הפקדון אם כן נעשה לו כהיתר לשלח בו יד לצרכו כי חושב דמשתמש בשלו וזה פשוט ולפ"ז תו לא שייך דברי נ"י דמחל לו דגבי חנוני על פנקסו ושנים אוחזין כבר כתבנו דאין צורך למלוה ישינה רק אנן אמרינן היא גופי' מספקא ליה ובשביל זה נחשד ובשבועה יפרוש ואם כן מה הני' דמחל לו שאר תביעות הא זו אינו מוחל ותובע בב"ד ולגבי שבועה שומר הרא"ש סבירא ליה כמ"ש בתוס' דעיקר קושי' בשלח בו יד ובזה משני דחשב היתרא הואיל מלוה ישינה ואם כן אימת מחל אי קודם שמסר לו הפקדון א"כ אולי אחר כך נתחדש לו איזה דבר שיש לו עליו ספק מלוה ואחר כך שלח בו יד לשמש בו כי אנן לא נדע אימת ואולי ברגע זו קודם האונס ואבידה וכבר היו יכולים להתחדש לו ספיקות מלוה טובי ואי עכשיו בשעת העמדה בדין מוחל לו בשביל כך לא ימנע דמקדם דהיה לו עליו מלוה ישינה חשב לתפוס בהיתר בשל חבירו לשמש בו כמ"ש ואז קודם מחילה לא עביד איסורא לדעתו ולא נעשה חשוד וא"ש וא"כ באמת לא נ"מ ודוק:

והנה בזה אמרתי לשיטת הנ"י וסייעתו במה שעמדתי בסימן הקודם במ"ש התוס' דלכך פריך מברייתא דמקדם סבירא ליה לרבי דפועלים לבד נשבעים דמה בכך מכל מקום יקשה לפועלים נימא מגו דחשיד וכו' וכמו כן יקשה מכל נשבעים ונוטלים ישוב אחר ממש"ל בסימן הקדום והוא דצריך לומר הא דאמרינן הטעם דלכך פרשי מספק שבועה משום דליתא בחזרה ולא תי' בפשוט דהא נשבע ודאי שקר דנשבע שהוא הגביה הטלית וזה אינו דאף דמשעבדי ליה כמ"ש רש"י מ"מ לא הגביהו וכן חנוני דנשבע דנתן

לפועלים וזה שקר מוחלט דלא נתן כלום לפועלים אם כן הרי זה שבועה ודאי לשקר ואם אין הוא שבועת פקדון מכל מקום שבועת שוא ושקר הוא וצ"ל דביקש לתרץ כל הקושיא אף הא דר"נ וכללא הוא בטוען סתם בתובעו מנה לי בידך והוא משיב יש לי כנגדו בידך דגם כן חייב לישבע וכאן הא נשבע כמו שחישב ולכך צ"ל דלא ישבע מספק דליתא בחזרה. ולפ"ז א"ש ודאי הגמרא ידע דיש לומר דמסופק בהך גופיה אם האמת או לא רק ספק מלוה ישינה לא אסיק אדעתא ולכך מהא דפועלים נשבעים ונוטלים וכמו כן מכל מה ששנו נשבעים ונוטלים לא קשיא להו דא"ל דבהך מסופקים אי קבלו פרעון מספק רוצים ליטול ורמו חז"ל שבועה כהנ"ל אבל מהא דתני ר"ח שניהם נשבעין ונוטלים קשה הא רבי שנה שם בברייתא אחריני פועלים נשבעים לחנוני ואי רבי ל"ש ר"ח מנליה וצריך לומר כתי' הגמרא פועלים נשבעין החנוני דלכספו וכן להיפוך וקשה בשלמא אם חשוד אממון לא חשוד אשבועתא דחמירא שבועתא א"ש דאף הכחישו כבר זא"ז בממון מכל מקום אפשר דמכספו בשבועתא אבל אם אמרינן דחשוד אם כן אם לא מכספי בממון אף בשבועה לא מכסף ואי אמרינן דמכסף יותר אף הקושיא מיושב דנימא מגו דחשיד וכו' דעל ידי שבועה יכסוף יותר ויפרוש ועכצ"ל דהכל חדא ואם קשיא למה צריך דוקא זה בפני זה ואי דלא מכסף משום דהפועלים יחשבו דאומר בדדמי וטועה אם כן אף בשבועה יחשבו דטועה ואם כן למה צריך בפניו דוקא ומשני הגמרא דספק מלוה וזהו ודאי דיחשבו פועלים דעכשיו טועה וחושב שנתן להם זהו ברור ליה לפועלים דלא דהא לא רצה ליתן להם ולא האריך הענין כמעט רגע שתיכף הלכו מאתו לבעה"ב רק הפועלים חושבים שיש לחנוני תביעה ישינה ומלוה ישינה עליו ולכך טוען שנתן להם ולא מכסף משא"כ אם יצטרך לישבע שנתן להם לידם ממש אם כן הרי נשבע לשקר דאם דהיה עליו תביעה ישינה מכל מקום מידי שבועת שקר לא ימלט כמש"ל דעכ"פ לא נתן לידם דבר והוא נשבע דנתן להם ואין כאן התנצלות על שבועת שוא ויכסף וא"ש והא דקאמר פרשי וכו' כבר כתבתי שהוא ליישב קושיא דהיסת ודוק. והנה בדברי הנ"י יש ליישב מה שהתעוררנו לעיל בכללי מגו דמנלי' לרבה מגו דהעזה ל"א בשבועה ואי דהתורה חייבה למודה במקצת אע"פ דיש לו מגו דלהד"מ היינו משום דל"ל מלוה ישינה בספק יותר ועיין מ"ש שם ולפי הנ"י לק"מ דהא יכול למחול כל טענות עד היום הזה ואם כן לא שייך ספק ואם כן הא הוי ליה מגו וצ"ל משום העזה וזהו כוונת רש"י דפי' ובכולי בעי דיודה וכו' ופרש"י דלא נימא מגו דחשיד וכו' והקשה התוס' הא קי"ל חשוד אממון לא חשיד אשבועתא ולפמ"ש ניחא דרש"י סבירא ליה דרבה כאביי סבירא ליה דאמרינן מגו דחשיד וכו' רק הטעם משום מלוה ישינה וכו' ואם כן במחל לו כל

טענות ותביעות תו חזר הדבר לראשונה הא הוי מגו דחשיד וכו' ולכך תירצו בגמרא דאשמוטי קמשמט ולק"מ מקושית התוס'. והנה בזה ספק מלוה ישינה וכו' יש כאן ספק עצום דהא דאמרינן בקדושין והוא לקמן בסימן קכ"א דשלח על ידי שליח למלוה ואמר למלוה נתנו והמלוה מכחישו דנאמן במגו דהיה אומר שלא קיבלו מיד לוה והא הוי מגו מגברא לגברא דאמרינן לא במרד ובמעל תופסו דאל"כ שבועה למה אלא ודאי דיש לו על המלוה מלוה ישינה או ספק משא"כ על הלוה לית ליה כלום ואם כן איך נימא דהיה מכחיש ללוה על הלוה לית ליה מלוה ישינה כלל ואמת יש מקום לדחות בהך דקידושין באנפי שונים אבל זה מעורר מבוכה בכל כללי דינים ולכן נראה ברור כי זה חשש רחוק הוא לומר מלוה ישינה דבממ"נ אם כן הוא לטעון ולימא בב"ד כל ספק שלו דברים כהויתן וכמ"ש הרז"ה ויתר מחברים רק הא דאמרינן חשוד אממון חשוד אשבועתא לאו כללא הוא דאיכא אינשי דחמור להם שבועה מגזל ומעשים בכל יום יוכיחו רק איכא אינשי דכי תקפו יצרם בגזל אף על שבועה נחשדו ולכך גזלן פסול לשבועה דחששו אולי הוא מאותן אנשים דקיל להו שבועה כמו גזל ולכך לא ביקש אביי להחליט הדין בהחלט חשוד אממון לאו חשוד אשבועתא רק הוסיף דאיכא עוד סברא שמא מלוה ישינה ואם כן הרי כאן שני חששות אחד דלמא חמיר ליה שבועה ואת"ל לא חמיר ליה מכל מקום איכא חשש דמלוה ישינה ובשני חששות בזה אמרי' דישבע וגבי שבועה בכל דהו אמרינן דישבע כמו דלא אמרינן מיגו דהעזה לגבי שבועה דכל דיש מקום לדחות ולחייבו שבועה אמרינן דמה איכפת לן אם אמת אתו ישבע אבל בממון דאפילו מגו גרוע אמרינן אם כן ודאי דלא חיישינן למלוה ישינה לדחות המגו דזהו מלוה ישינה הוא רק חששא רחוקה ואין זה כדאי לדחות המגו גבי ממון דאמרינן ביה אפילו מגו גרוע ומכ"ש זה דאפילו בשבועה לא הוי כדאי לדחות המגו רק הואיל בלאו הכי איכא למימר דחמיר ליה שבועה כחד תי' בגמרא באמת והוי כמ"ש וזה נכון ודוק היטב כי הוא כלל גדול לדחות כל הקושיא:

ה **ויש** מי שאומר כו' הרב השו"ך כתב דליכא מאן דפליג ועיי' מש"ל בס"ס פ"ז דהרבה חולקים בזה דגזירת הכתוב שלא יהיה חשוד ע"פ עצמו וכן נוטים דברי רשב"א דהוכיח מהך דחשוד בשבועת עדות דלא אשתלי ומה ראיה דלמא קמ"ל דנעשה חשוד בהודאת עצמו שנשבע לשוא שבועת עדות כדי שחבירו ישבע ויטול אם ירצה וכמ"ש באמת הר"ן אלא נראה דלא ס"ל כדברי הר"ן. ואין לפקפק בר"ן דמה מהני דמודה דלא אשתלי דלמא חבירו אשתלי וה"ל ע"א וחבירו אין נאמן די"ל בנסכא דר"א וכדומה:

ו **אבל** אם אומר וכו' סברא זו כתב המחבר לחלק דקשיא ליה דבתשובת הרא"ש כתב השואל כן ראוי לנזיפה ואולם בתשובת הרשב"א משמע דרשאי לעשות כן ולזאת חילק בין הטוען שמא לטוען ודאי והדבר דחוק דלעולם יאמר בב"ד כי ברור לו כדי שיחרימו ב"ד והב"ח ביקש ליישב זה וכתב דצריך העדים לבוא לב"ד ויאמרו אין אנו אומרים עד שיחרימו בבה"כ וזה יותר דחוק דמלבד דזה לא נזכר כלל בתשובה הנ"ל אף גם מה צורך הכרזה בבה"כ יחרימו ב"ד על העדים הללו שיאמרו מה שיודעין ומה צריך לומר שיכריזו בבה"כ ולדעתי נראה לחלק דאם בע"ד שואל מב"ד שהם יחרימו על ידי שליח ב"ד בשם ב"ד על כל מי שיודע שהוא חשוד שיבא לב"ד דבר זה א"א לעשות לב"ד כי נראה כאלו יש לב"ד חשד בו שהוא חשוד ואין לך בושה גדולה מזה אבל בע"ד יכול לעמוד בבה"כ ולומר בחרם ומשביע אני על כל מי שיודע שפלוני חשוד שיבא שזה אין בזיון לחבירו שכך מטבעו של בעלי מריבה לדבר אחד בגנותו של חבירו והלא קוראו גזלן וכדומה ומי מעכב עליו ואף זהו יכול לעשות כי כל אחד יכול לעשות מה שירצה לזכותו אבל לא שהב"ד יכריזו בשם הב"ד כי זהו גנאי גדול ולכך בתשובת הרא"ש נאמר ושאל שמעון שיחרימו בבה"כ הרי דמבקש מב"ד שהם יחרימו וזהו כתב הרא"ש ח"ו וראוי לנזיפה אבל בתשובת הרשב"א נאמר ואם אינם רוצים להעיד יכול התובע להשביע בבה"כ על כל מי שיודע לו עדות בכך יבא ויעידנו וכו' עכ"ל הרי דתלה הדבר בתובע ולא בב"ד וביד התובע אף הרא"ש מודה דאין מעכב וכן נראה לענ"ד ברור וישר לדינא:

ז **שהוא** באם לא יגיד זה הלשון מורה דגם הכובש עדותו בזה הם בעונש לא יגיד וז"א דהא אין חייב ק"ש בכך דמה בכך דהיה אומר דהוא חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל לא הוי אלא גורם לממון דמי יימר דהחשוד היה משתבע או דאם פסקו לו שבועה ליטול דהוא היה משתבע ואם כן אין זה לדידן דקי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון דמי לקרבן שבועה כמבואר שם בגמרא הכל מודים בחשוד על שבועה וכו' דחשיד מאן אלימא לוה לימא מי יימר דהוית משתבע ושקיל וא"כ לא הוי רק גורם לממון וכמ"ש רש"י שם ולכן רשב"א במתק לשונו כתב ואם אין מעידים חייב בדיני שמים וזה אין פי' אם לא יגיד כדאמרינן בב"ק דפריך הכובש עדותו חייב בד"ש קרא הוא אם לא יגיד ופי' התוס' דזה תליא בקרבן שבועה דבמקום דיש ק"ש אף בלי שבועה הוא בעונש אם לא יגיד ומשני הגמרא לא נצרכה לע"א דאין בכלל לא יגיד דהוא רק גורם לממון ומ"מ חייב בד"ש ואף זהו כמוהו דאף דהוא אין בכלל לא יגיד וכו' מ"מ בד"ש חייב ולכך נקט בלשונו חייב בד"ש ולא לא יגיד דתרי מילי נינהו כדאמרינן בגמרא וגם אינם עוברים בכלל שבועת עדות דכיון דהוא רק גורם לממון ולכך כתב דבדיני שמים דמוסב על המכריז בשבועה

ולא קאמר דעוברים על שבועה ופשיטא דעונשם חמור אלא דליכא גביה ק"ש הואיל והוי רק גורם לממון ולכן צ"ל דרמ"א לא בא להודיענו אלא דדינו כמו שארי עדות דיש בהו אם לא יגיד אבל בזו אין נ"מ דלפעמים יש בהו לא יגיד כשהתובע חשוד והנתבע מ"מ אם הם יעידו שגם הנתבע חשוד יכול ליטול בלי שבועה והוי ממון גמור כדאמרינן שם בגמרא:

ח **וי"א** דיחלוקו הש"ך בס"ק ט' הביא במספר צבא המחברים דקי"ל כן ועל פיהם הכריע רמ"א ומי יבא אחרי הכרעתו אלא דהש"ך דייק בדברי הר"ן דהוא תופס שיטה זו דקי"ל כר' נחמן דס"ל יחלוקו לאמת ומ"מ הלכה כרב ושמואל באין אדם מוריש שבועה לבניו דשם הואיל ואין המלוה יכול לישבע דין הוא שיפסיד ובשניהם חשודים כיון גם הנתבע במה שא"י לישבע הוא לפי פשיעתו גם כן דין שיפסיד החצי (סברא זו ע"כ צ"ל לרמ"א דהכריע כאן יחלוקו ולקמן בסימן ק"ח סתם כמחבר וכרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו ומפסיד הכל ודלא כדעת רבוות' דסבירא להו דגם שם יגבה החצי עיין מרדכי פ' חזקת) והא דאמרינן בגמרא בהא דאמר ר' אמי ה"מ דעמד המלוה בדין אבל מת קודם שעמד בדין לא ופריך ר"נ אטו ב"ד מחייבי לי' שבועה מעידנא דמת לוה אתחייב שבועה אלא אר"נ אי איתא לדרב ושמואל איתא ואי ליתא ליתא ופריך הגמרא למימרא דמספקא ליה האר"נ יחלוקו ומשני לדבריו קאמר וליה לא סבירא ליה ופי' הר"ן דקשיא הגמרא מה מספקא ליה ודאי אית ליה דרב ושמואל ודלא כפירש"י דפי' ודאי לית ליה אלא ודאי אית ליה דאם שם ששניהם פושעים יחלוקו כאן שאין הנתבע פושע התובע מפסיד הכל זהו דברי הר"ן ז"ל ועמד הש"ך בזה שמתרץ הגמרא לדבריו דר"מ קאמר מה פי' יש לזה תי' ולכך כתב דגי' הר"ן כגי' המחברים לדבריו דרב אמי קאמר ולא סבירא ליה וצ"ל לדבריו דכך אמר ר"נ ר' אמי דמחלק בין עמד ללא עמד ש"מ דיש לו ספק במילתא דרב ושמואל לכך רצונו לחלק בין עמד ללא עמד הא אינו בממ"נ אי איתא איתא בכל אופן ואי ליתא ליתא בכל אופן וזהו דוחק דלא שייך אלא אר"נ אי איתא וכו' דהא זו שהקשה כבר ופתח דבריו היה זה אטו ב"ד דמחייבי ואם כן אין לחלק כלל אך נראה בפשוט לפי גי' דידן דבשלמא ר' מאיר דס"ל בשניהם חשודים משאי"מ אף דגם התובע נתחייב שבועה דרבנן וצ"ל דסבירא ליה לר"מ דלא אמרינן בשבועה דרבנן מפסיד כלל ואם כן יש כאן במת לוה בחיי מלוה דלא היה על מלוה מתחילה רק שבועה דרבנן אי נימא דגם בהו אינו מפסיד וגובים יורשים דלא כרב ושמואל או נימא דמודה ר"מ דשבועת היורשי' החמירו חכמים ועשהו כשל תורה ועילה מצאו לפטור ליתומים הנתבעין וסבירא ליה דרב ושמואל זהו ספק עצום אבל לר"י דס"ל יחלוקו שמע

מינה דסבירא ליה דאף בשבועה דרבנן מפסיד א"כ פשיטא שם דא"י לישבע שבועה דרבנן דהוא מפסיד ה"ה הכא ואי דשם פלגא וביתומים כולו הא כ' הר"ן דכאן הנתבע פושע וקנסהו משא"כ התם וא"ש לדברי ר' מאיר קא מספקא לי' דהוא באמת ספק גמור משא"כ ליה לא סבירא ליה כר"מ רק כר"י ואין כאן ספק וא"ש. אך הא קשיא אם כן הר"ן סבירא ליה דהך דינא דיחלוקו בשניהם חשודים עם מילתא דרב ושמואל תליא זה בזה עד דהקשה הגמרא דליכא למימר דמספקא לר"ן בהך מילתא דאין אדם מוריש וכו' אם למה אמר ר' נחמן הבו דלא לוסיף עליה דרב ושמואל ובפוגם שטרו ומת ל"א אין אדם מוריש וכו' וקשה למה הא רב ושמואל אמרו למילתא בכל דוכתי רק אנן אמרינן הבו דלא לוסיף ואם הדין ברור כרב ושמואל דהא ר"נ דינא סבירא ליה למה לא נימא אף בפוגם כן ומ"ש בשבועת יתומים דהואיל דאין פשיעה לנתבע והוא התובע א"י לעשות שבועה דרבנן מפסיד ומ"ש בפוגם דג"כ אין התובע יכול לעשות והנתבע אדרבא צועק ככרוכיא אני אשבע ואם כן למה לא יפסיד. ומ"ש הר"ן לחלק דוקא גבי חשוד דרשעתו גורם לו וגם כל חיובו של הנתבע מפני שהוא חשוד אם כן גם התובע חשוד משא"כ בפוגם לא שייך כן וע"ש בר"ן שכתב כן לישב קושית הרמב"ן אלא דאם כן כל הני סברות שייכים אף במת לוה בחיי מלוה ואם כן איך החליט הגמרא הואיל וסבירא ליה יחלוקו ע"כ אית ליה מלתא דרב ושמואל הא יש לחלק ביניהם בסברא כמו דמחלק בין חשוד לפוגם והנך סברות שייכים גם כן במת לוה וצ"ע ודוחק לומר דמ"ש הר"ן דפוגם אין התובע פושע לא לזה לבד נתכוין רק כוונתו דלעומת זה הנתבע פשע ואפסיד אנפשי' דאם כדבריו שפרע לתובע היה לו לפורעו בעדים ומה לנו להפסיד שטרו של חבירו והוא הפסיד על עצמו משא"כ בשבועת יורשים אנן אמרינן דבאמת פרעו בעדים וידוע היה לו בעודנו בחיים מי הוא העדים ובמותו בלתי אפשר ליתומים לידע בפני מי פרע אביהם ואם כן הרי זה דומה ממש להך דשניהם חשודים וזהו דוחק דה"ל לר"ן להביא סברא זו וגם אם כן רב ושמואל י"ל דלא אמרו למילתא רק ביתומים ובגמרא משמע דרב ושמואל אמרו לכל רק אנן הבו דלא לוסיף אמרינן כמ"ש הר"ן להדיא ועוד קשה לפ"ז דהגמרא השוה הך דינא דיחלוקו להך דרב ושמואל אין אדם מוריש וכו' ולפ"ז דקי"ל בגמרא ולקמן בש"ע סימן ק"ח דיינא דעבד כר"א עבד אף כאן הל"ל דיינא דעבד ופסק דזה יהיה חייב לשלם כל התביעה לתובע החשוד עביד דהיינו הך דלקמן ואם נאמר לחלק דכאן יותר מסתבר שלא להוציא כל הממון מיד החשוד מהא דלקמן א"כ אף קושית הגמרא דאלמא מספקא ל"ק דהא אין הנושאים שווים וזה יותר מסתבר. ומה שנ"ל דבלא"ה יש לדייק במה דקאמר לדבריו דר"מ קאמר וליה לא סבירא ליה אם כן מה צורך לר"נ לומר מילתא

אליבא דמ"ד דלא קאי לדינא והלא דרכם מעולם שלא לטרוח במ"ד דלא סבירא ליה כוותיה. וע"ז בנוי כל בית למודים דמשקלי וטרי אמוראי אליבא דהלכתא כוותיה ומה נ"מ לר"ן בדברי ר"מ אלא נראה דכך הפי' לשיטתו של הר"ן דודאי בהא דאר"י יחלוקו דמפסיד בשבועתא דרבנן י"ל דה"ה במוריש שבועה לבניו וכן פוגם הכל כיון דלא מצי לישבע יפסיד כמ"ש הר"ן ויש מקום וסברא לחלק גם כן כמ"ש הר"ן דשם התובע פושע דהוא חשוד משא"כ בזו אך אף דיש סברא לכאן ולכאן מספיקא לא מפקינן ממון מיד המוחזק דהממע"ה וזהו מילתא דרב ושמואל דגם מאתם לא נעלם דיש אפשרות לחלק בסברא כמ"ש הר"ן רק כיון דאין מוכרח וי"ל דהדין שקול בשניהם אף אנן נימא דאין מוריש שבועה וא"י להוציא מיד יתומים והרי דין של רב ושמואל קבוע. אך זהו אם הלכה פסוקה כמ"ד יחלוקו או דאמרינן דאף למ"ד חזרה שבועה למחויב לה ומשאיל"מ מ"מ י"ל הדין אמת של רב ושמואל כמ"ש התו' והר"ן וכנ"ל דכבר נתחייב שבועה ופקע הממון אבל אם אמרינן דלר"מ דסבירא ליה למחויב לה אם כן סבירא ליה דוקא ש"ד משלם אבל לא שבועה דרבנן מפסיד וליתא לרב ושמואל דשם רק שבועה דרבנן כמ"ש התוס' וכפשטא דגמרא אם כן י"ל הא דפסק ר"נ יחלוקו לא דהחליט כך הלכה כר' יוסי רק מסופק ולכך סבירא ליה הממע"ה ואינו ברור לו דהלכה כר"י ובזה מיושב קושית התוס' דף מ"ז ד"ה הלכתא וכו' דהקשו דר"נ אמר לא ידענא הלכתא כמאן אי כר"י אי כר"מ ואיך אמרינן עבד ר"נ עובדא יחלוקו דלפמ"ש ניחא דמ"מ לא ידע הלכתא כמאן רק לכך פסק יחלוקו דהממע"ה דלת"ק משאיל"מ ואם כן יש כאן ספיקא טובא חדא דלמא הלכה כר"מ וליתא לדרב ושמואל ואת"ל הלכה כר"י דאמר יחלוקו הא י"ל לחלק כמ"ש הר"ן דשם פשע שהוא חשוד משא"כ במת לוה וכו' וא"כ לא מבעיא אי הדין בס"ס ושמא ושמא מוציאין מיד המוחזק פשיטא דמוציאין ואפילו דאין מוציאין מ"מ פלוגתא רחוקה לא עבדינן כיון דלר"מ אפילו בשניהם חשודין לא מפסיד התובע די שנימא דר"י דפליג ה"מ גבי תובע החשוד דהוא פשע ולא באינך כמ"ש הר"ן ורב ושמואל אזלי לטעמן דסבירא ליה ר"מ סבירא להו חזרה שבועה לסיני ולר"מ אין אדם מוריש דהא בשבועה דרבנן מפסיד א"כ אף לר"י דסבירא ליה יחלוקו היינו משום דסבירא ליה דגם גבי אידך איכא שבועה כמ"ש הר"ן משא"כ במת לוה דמהכ"ת לחלק ולעשות פלוגתא רחוקה ואם כן אתי שפיר דהגמרא סבירא ליה ודאי ר"נ סבירא ליה כר"י וגם לר"מ אפשר סבירא ליה למילתא דרב ושמואל ושפיר פריך הגמרא מה מספקא ליה הא סבירא ליה יחלוקו ואי דיש לחלק מ"מ מנ"ל החילוק להוציא מיד מוחזק הממע"ה והיינו ודאי דרב ושמואל ומשני הגמרא כי קאמר אליבי' דר"מ וליה ר"ל לר"מ לא סבירא ליה הך דרב ושמואל ואם

כן ר"נ דלא ברירא ליה הלכתא כמאן שפיר קאמר לא ידענא מילתא דרב ושמואל דהדבר בספק ומהכ"ת לעשות פלוגתא רחוקה ודייק הגמרא שפיר דכל ספיקא משום ר"מ וליה לא סבירא ליה ולכך באמת במסקנא סבירא ליה לר' נחמן הך סברא לחלק ולכך הבו דלא לוסיף כי על מה שיצא מפי רב ושמואל לא רצה לחלוק אבל לדינא מודה דליתא לרב ושמואל ודוק כי הדברים נכונים וכך צ"ל ליישב דברי הר"ן וסייעתו אף דלשון כי קאמר לר"מ קצת בלתי מדוקדק היטב:

אך כל זה להר"ן אבל באמת דרך תוס' יותר מרווח דבאמת לר"נ ליתא לדרב ושמואל דכיון דסבירא ליה יחלוקו ולא סבירא ליה דהך דרמו רבנן שבועה עליה יפסיד אם לא ישבע ש"מ דל"א כן בשבועה דרבנן רק דקנסו לחשוד דיפסיד החצי ולכך ס"ל לר"נ הבו דלא לוסיף עלי' דבהא דנפיק מפומיה דרב ושמואל לא רצה לבטל דבריהם ובשגם י"ל עילה מצאו בשל יתומים כמ"ש הרא"ש ע"ש ואם כן שפיר פריך הגמרא בפשוט איך מספקא ליה ר"נ במילתא דרב ושמואל הא סבירא ליה יחלוקו וא"כ ליתא לדרב ושמואל ומשני הגמרא באמת במילתא דר"י ודאי ליתא לדינא לדרב ושמואל רק הואיל ונפק מפומיה קיימו חז"ל דבריהם רק הא דמספקא ליה היינו אליבא דר"מ דאמר חזרה שבועה למקומה בזו יש מקום ספק אי גם ר"מ סבירא ליה חזרה שבועה למחויב כר"א וליתא לדרב ושמואל או ס"ל דחזרה שבועה לסיני דהתוב' שא"י לישבע מפסיד והיינו דרב ושמואל ובזו יש ספק אבל לר' יוסי דיחלוקו ודאי סבירא ליה כר"א מתוך שאיל"מ דאל"כ מפסיד כולו רק הואיל משאיל"מ מפסיד הנתבע חצי וכולו לא מפסיד משום קנסא דחשוד וזהו דרך יותר מרווח מדברי הר"ן ודוק:

ט **דאל"כ** כל א' וכו' וי"ח. והן דברי הרא"ש בתשובה דכתב להדיא דלא אמרינן דהם הפסידו שעסקו עם חשוד אדרבא אמרינן החשוד הפסיד דידע דהוא חשוד היה לו להזהר לבל יבא לידי עסק שבועה שכנגדו ישבע ויטול והב"ח והסמ"ע כתבו דתוס' ג"כ ס"ל כי"ח דכתבו דלכך שכנגדו ישבע ויטול ולא אמרינן דהוי משאיל"מ משום תקנתא דחשוד דאל"כ כל אחד יעסוק עם החשוד ויפסידו ואם ביודע שהוא חשוד לא שייך זה אם כן מה תקנה צריך ומ"ש הש"ך דיטעון דלא ידע דוחק דהדבר פומבי וקלא איתליה דהוא חשוד ולכך אמרו בשל תורה א"צ הכרזה דקלא איתליה ובדרבנן הא איתליה הכרזה ונשמע קולו ברחוב ולכן דבריו של הש"ך דחוקי' וביחוד מ"ש דגם הרא"ש בתשובה מיירי דלא נודע בשעת עסקו עמו דהי' חשוד א"א לומר כלל דהא בא שם בשאלה דהוחזק ברבי' לחשוד והוא שעסק עם החשוד אי נימא דאפסיד אנפשיה דזה מבואר דהי' נודע פסלותו דאם לא כן מה אפסיד אנפשיה שייך כיון דלא ידע והרא"ש

גופיה בתשובה כתב דלא שייך אפסיד אנפשיה דחשוד אפסיד אנפשי' ש"מ דמיירי באופן דידע דהוא חשוד. אך באמת קשה לומר דהרא"ש יחלוק אהראב"ד ולא יזכרנו ודברי הראב"ד יש להם פנים בהלכה מהא דאמרינן תיפוק ליה דה"ל רועה אמנם ברור במחילה מכבוד רוממ' כבוד תורת הרבנים האלה שלא ירדו לכוונת הראב"ד ז"ל כי מעולם לא אמרו הראב"ד במלוה שיש ביד חשוד דבזה צדקו דברי הרא"ש דחשוד הפסיד על עצמו וגם לא שייך תקנה דחשוד דהא צריך לישבע ומה תקנה שייך וכי נחשדו ישראל הכשרים לישבע לשקר והלא זהו שכתבו התוס' דלכך שבועה תקנו לשכנגדו ולא יטול בלי שבועה מתקנת' דחשוד הרי דבהא דיצטרך לישבע תו ליכא חששא וכמ"ש התוס' והרא"ש רק הראב"ד מיירי מפקדון שביד החשוד והחשוד מ"מ בזו אי ידע שהוא חשוד פטור החשוד ולא שייך כלל שכנגדו נשב' דהא הוא סביר וקיבל והאמין לחשוד דהא אם ירצה החשוד היה אומר נאנסו היה נפטר בלי כלום כמבואר בסעיף ח' וא"כ זה שמסר לו הפקדון סבר וקיבל להאמין לחשוד ואיך נעשה תקנת' לשכנגדו מה דהוא בעצמו לא חש לתקנתו ואבידה מדעת הוא ודברי הגמ' תיפוק לי' דהוי רועה גם כן שפיר מתפרש דהוה ליה רועה וידע שהוא חשוד ומסר לו דבר שיכול לטעון נאנסה א"כ תו לא שייך תקנ' דרבנן וכך הביא הב"י לשון הראב"ד כשיודע שהוא חשוד כשהפקי' אצלו דאיהו דאפסיד אנפשי' והדברים מורי' באצבע כמ"ש ואין כאן מחלוקת כלל ואמרתי זה בימי חורפי לפני רבי' מחכמי דור והודו לדברי. אחר כך יצא לאור יומם שיטה מקובצת לב"מ ומצאתי מה שאהבה נפשי דהביא בשם ראב"ד ותיפוק ליה דה"ל רועה ומעיקרא כי הפקיד גביה אדעת' דספק פסידא אפקיד דאי אמר נגנבו לא היה נשבע ולא שכנגדו יכול לישבע הלכך השתא נימא מגו ומפסיד ע"כ וברכתי ברוך ה' שהנחני בדרך אמת ואם כן בטלה מחלוקת ואין הרא"ש חולק כלל:

י **היה** החשוד שומר וכו' ובטור נאמר כי רבינו ישעי' ורמ"ה חולקים וסבירא להו דנוטל המפקיד בלי שבועה והב"ח כתב דלחד תי' בתוס' ב"מ דהקשו למה בחשוד ישבע כנגדו הא הוה ליה מתוך שאיל"מ ותירץ דעשהו מפני תקנת החשוד וזה לא שייך בשומר דלמה לו לקבל שמירה וגם אונסים לא שכיח והדרן לד"ת דמתוך שאיל"מ ונכונים דעת רבי' ישעיה ורמ"ה ולכאורה דברים נכונים הם אלא דאם כן הוה ליה לטור להזכיר שכן דעת אביו הרא"ש ז"ל דהרא"ש בפ' כ"ה מחלק בין חשוד שנשבע כנגדו ובין משאיל"מ דאין כנגדו נשבע משום חיותא דחשוד וא"כ לפי מה שכתב הב"ח דעת הרא"ש כרמ"ה ור"י וגם על הרמ"א יש לתמוה איך לא הגיה כיון דר"י ורמ"ה ורא"ש ותוס' בשבועות דכתבו ג"כ רק הך תי' לחוד חולקים והוה ליה לומר די"ח בזה ולכן נראה דיש להבין

שם ב"מ תוס' ד"ה תקנתא לתקנתא לא עבדינן ומתוך שאיל"מ לא שייך הכא כדפי' ע"כ והיינו שכתבו מקדם בחד תי' דלא שייך בחשוד מתוך שאיל"מ דהוא צועק אני אשבע ומלבד דקשה דאם כן לתירוץ הראשון מה א"ל אף גם דקשה הא בהיסת אפילו טוען להדיא א"י לא אמרינן מתוך שאיל"מ כמבואר לר"נ גופיה מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור ולא הוי משאיל"מ ומה זה שכתבו כדפרישית ולכן נראה דדעת התוס' בכל שני תי' דלאו דין תורה דחשוד ישלם במקום דחייב שבועה דפשיטא הא צועק אני אשבע רק הוא טוען חשוד את ואין נאמן בשבועה ואם כן אין זה בכלל משאיל"מ כלל ובפרט לשיטת התוס' דס"ל במקום דלא הוה ליה למידע אין בכלל משאיל"מ וזהו כמו לא הוי למידע דמה יעשה הוא צועק יודע אני באמת רק אתם אינן מאמינים לי ומה לעשות ואי בשביל דנעשה חשוד הא אין זה דינא רק קנסא בעלמא ולכן סבירא ליה לתוס' ברור דאין זה דין תורה דיהי' חשוד בכלל משאיל"מ רק מתורת קנסא קנסו חכמים לחשוד דיהי' בגדר משאיל"מ ולאו דינא הוא רק קושי' התו' דכיון דתקנו שיהיה בגדר הזה אף זו הוה ליה לתקן דיהיה שכנגדו נוטל בלי שבועה כמו משאיל"מ גמור ותי' תוס' בחד תי' דלא רצו משום תקנתא דחשוד ובחד תי' תירצו דהואיל וצועק אני אשבע ראו חכמים לתת בתקנת' הבדל בין חשוד למי שא"י לישבע ותקנו דשכנגדו נשבע והראיה לזה דהא דאמרינן בהיסת דלכך לא משתבע שכנגדו משום דהיסת תקנתא ולתקנתא לא עבדינן תקנתא וקשה אי אמרינן דד"ת ה"ל לחשוד לשלם בלי שבועה שכנגדו כלל רק חכמים תקנו לטובת חשוד שישבע כנגדו אם כן מעולם לא אמרו ולא עשו חכמים שום תקנה להרע לחשוד רק כל תקנתם הי' לטובתו ואם כן איך שייך בהיסת תקנת' לתקנת' לא עבדינן וכי עבדינן תקנה לחשוד לגרע כחו אדרבא ליפוי כחו עבדינן ובהיסת כיון דלא שייך משאיל"מ אף שכנגדו א"א ליטול בשבועה דמאין הרגלים ליטול בשבועה ואי מתקנת חכמים הלא מעולם לא תקנו חכמים בזה תקנה וקושי' זו קושי' חזקה ועכצ"ל כמ"ש דהך גופיה דיהי' נדון בכלל משאיל"מ הוא בכלל תקנה דראו חכמים לקנוס החשוד ולכך ה"א בכל גווני קנסהו אפילו בהיסת ואף דלא שייך ביה משאיל"מ לכך קאמר דלא דהוי תקנת' לתקנת' ולא עבדינן וזהו כוונת התוס' תקנת' לתקנת' ומשאיל"מ לא שייך הכא כדפרישית הרצון דמזה מוכח דבחשוד לא שייך משאיל"מ כדפי' דהא צועק וכו' דל"ל דהוי משאיל"מ רק חכמים תקנו לטובת החשוד דאם כן מה שייך תקנת' לתקנת' וכו' וזה ברור בכוונת התוס' ודוק:

וכו מוכח מתוס' שם שבועות דף מ"ז דהחליטו התי' ראשון דאין שכנגדו נוטל בלי שבועה מתקנת' דחשוד וכו' ובד"ה אי אמרת וכו' הקשו למ"ד ברי ושמא ברי עדיף איך

מתוקם שבועת ה' תהי' בין שניהם וקשה מה קושי' דלמא בחשוד דחלה עליו שבועה ומשאיל"מ אבל לא ביורשים דכיון דאף דטוענים א"י פטורים א"כ ליכא שבועה עלי' ואף דהם חשודים פטורים לו יהיה דטענו א"י ועיין לעיל ס"ס ע"ה דכ' הש"ך דאם יורש פקח הוא יטעון א"י וא"כ לא רמי' רחמנא עלי' חיובא דאם הם חשודים דיצטרכו לשלם כיון דהיו נפטרים אלו טענו א"י דלא יהיה חשוד חמור מאלו טוען א"י אלא ודאי דאין זה ד"ת בחשוד שישלם בלי שבועה כלל רק מתקנת חכמים וזהו ברור ואין לדקדק שם בתוס' ד"ה אי אמרת דתי' דמ"ד ברי עדיף מוקי להך קרא שבועת ה' וכו' כר"ט וכו' ומה צורך לזה הא התוס' ב"מ הקשו למ"ד לא אמרינן משאיל"מ הא כל מ"מ יש לו מגו באמרו חמשין לא ידענא ותי' דאין טוען ברצון א"י וזהו למאן דסבירא ליה דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף דלהך מ"ד א"צ לסברא דאין טוען ברצון רק דאם יטעון א"י פשיטא דיתחייב בממון דברי עדיף ולפ"ז איכא למימר הך קרא שבועת ה' וכו' כס"ד בגמ' דאמרי חמשין אית ליה וחמשין לית ליה ולא קשה קושי' הגמ' מה לי הם ומה לי אבוהון דבאבוהון אי טען כן לית ליה מגו דא"י כמ"ש משא"כ ביורשים בטוענים א"י פטורים דלא שייך גבי' ברי ושמא ברי עדיף וא"כ אית ליה מגו ומגו לפטור משבועה אמרינן לדעת התוס' וקמ"ל דלא אמרינן כאידך מ"ד דלא הוי מגו דאינו טוען ברצון א"י או דה"א ל"א מגו לפטור משבועה די"ל אף להך מ"ד צ"ל הך סברת התוס' דאין טוען ברצון א"י (מיהו יש לפקפק דאף משומר ליכא ראי' דודאי הא דלא אמרינן כתי' השני של התוס' דצריך לישבע שא"י הוא משום דה"ל טענת שמא כי מי יושב בקירות לבבו ואין משביעין בשמא ועיין ש"ך סי' ע"ה משא"כ בשומרי' דכל שבועה באה על ספק שפיר יש לומר להשביעו שא"י כמ"ש הר"ן אף כי הוא שמא וא"כ צ"ע) דאל"כ יקשה בש"ש יפטור משבועה דהא יש לו מגו דא"י אם נאנסה ומשאיל"מ ל"א וברי ושמא לא שייך דגם הוא טוען שמא ואמת דהוא גופי' קשי' דהוה ליה לתוס' לומר דהנך מ"ד מוק' ליה לקרא בשומר ועיקר קרא בשומרים כתיב ועלי' כ' שבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים דשומר שאמר שא"י שפשע או נאנס הוה ליה משאיל"מ אף דגם המפקיד טוען שמא משא"כ במת ויורשים טוענים שמא נאנסה פטורים כמ"ש ב"ב דף ע' ע"ב ע"ש בתוס' ד"ה מאן דאמר דלכך פטורין משום הך קרא שבועת ה' וכו' ואולי י"ל דזה פשיטא וא"צ קרא דשומר שהיה פקדון בידו וקרה לו אסון וכי ס"ד דיורשים יצטרכו לשלם ויותר נראה דודאי הך דר"ט דשבועה חלה על שניהם לכ"ע היא דהא אמרינן לעיל כשמשביעין אומרים סורו נא וכו' משום דר"ט וכן קיימא לן כדלעיל סי' פ"ז ס"כ ואף על גב דקיימא לן כר"א משאיל"מ ועכצ"ל דתרתי ש"מ מדכתיב בין שניהם ול"כ ביניהם וכדומה וא"כ ליכא

למימר דהך קרא איירי בש"ש הבא על ספק בזו אין עונש על שניהם דבשלמא בטועני ברי כיון דידע דמשקר לא הוה ליה להניחו לישבע אבל בשומרים חשש אולי ספק מלוה ועל ידי שבועה יפרוש וכדומה כיון דאינו ברור לו מה לו לעונש הוא חשב דבאמת ישבע וע"ל סי' פ"ז סכ"א וע"כ דמיירי מודאי וא"ש אבל עכ"פ מבואר דדעת התוס' דהא דחשוד שכנגדו ישבע הוא מדרבנן וד"ת אינו בכלל משאיל"מ (מיהו בחידושי אמרתי ישוב אחר לקו' התוס' דהרי"ף דייק מהא דאמרינן בין שניהם ולא בין היורשים אילימא דאמר מנה אית לאבא ביד אבוכן והוא אמר חמשים א"ל וחמשים ל"ל מה לי הוא וכו' ודייק מניה הרי"ף דהלכה כראב"י ויש להבין דהא באמת למה ל"ק הגמרא סתם אליבא דכ"ע אילימא דקאמר מנה לי ביד אביכם והוא אמר וכו' מה לי הוא ומה לי אבוה וצ"ל דזה פשיטא ליה לגמרא מה לי הוא וכו' אלא אפילו תרצה להתעקש ולומר דלמא הקרא אתיא בזה אופן דאמר מנה לאבא ביד אביך וע"ז קאמר הגמרא דאף כ"ז לא יועיל דמ"מ ק' מה לי הוא וכו' וא"כ אין כאן ראיה דהלכה כראב"י דהגמרא רוצה להוכיח הך דינא אפילו לראב"י ואולי תאמר כראב"י וקאמר הגמרא דאף לראב"י א"ש ומה זה ראיה ועיין בגיטין פ' הנזקין כמה טרחו הרז"ה והרמב"ן בראיה זו וצ"ל דראיית הרי"ף דבאמת מנין משאיל"מ ובין שניהם דמורה דוקא בשניהם קיימא כמ"ש רש"י לאפוקי אחד מת נימא דקאי על המלוה דאם מת והלוה מודה לבניו במקצת אין כאן שבועה לרבנן דה"ל משיב אבידה וצ"ל דהלכתא כראב"י ודוק אך קשה אם כן מאי פריך לרב ושמואל האי קרא מאי דרשי ביה הא י"ל כרבנן סבירא להו ואם כן מוקי ליה פרט למלוה שמת כנ"ל וצ"ל דעיקר קושיא לרב ורב משמע דסבירא ליה כראב"י דמוקי ליה למתני' כראב"י בנשבעים לקטן ע"ש ולפ"ז ל"ק לאינך אמוראי דבהו שפיר י"ל דדרשינן כרבנן ודוק ובהכי ניחא הראב"ד דסבירא ליה הכי פליגי ראב"י וחכמים היינו באומר אמר לי אבא אבל בעומד ורואה אף לחכמים חייב וק' אם כן מה ראיה מייתי הרי"ף מגמרא הנ"ל דהלכה כראב"י דלמא איירי בטוען עומד הייתי ואם כן אף לחכמים יש חיוב שבועה ולפמ"ש ניחא דאם כן עדיין לימא שבועת ה' תהיה קאי במת מלוה והיורשים טוענים אמר לי אלא ש"מ דהלכה כראב"י ואף בכה"ג הלכה דחייב שבועה וא"ש) ובהכי ניחא מה דקשיא לי מאי פריך הגמרא שבועות ל"ב במילתא דאביי דאמר הכל מודים בחשוד על השבועה ופריך דחשוד מאן אלימא לוה נימא מי יימר דמשתבע וק' מה קו' דלמא אביי כר"פ ס"ל דאמר שם דף ל"א דמשחק בקוביא בכלל שבועת עדות אף דמדרבנן אין מועיל עדות ולא הוי עדות ממון כלל מ"מ הואיל ד"ת היה בעדותו מחייב ממון ישנו בכלל ק"ש א"כ י"ל אביי סבירא ליה כן וא"כ ד"ת אם הוא חשוד אין שכנגדו צריך לישבע כלל דהוי ליה

מתוך שאין יכול לישבע משלם רק חכמים תקנו לחוש לחשוד כמו שכתבו תוס' ואם כן מהתורה עדות ממון גמור הוא אף דהשתא אין מועיל ולא גרע זה ממשחק בקוביא וצריך עיון על הגמרא ולפי הנ"ל ניחא דאין ד"ת חשוד בכלל מתוך שאין יכול לישבע משלם ומדרבנן הא בעינן שכנגדו לישבע ואין כאן עדות ממון לא ד"ת ולא דרבנן וע"ש תוס' ד"ה ורבנן דתרתי סבירא ליה לרב פפא. ובהכי ניחא נמי מ"ש תו' שם שבועות דמ"ז ד"ה מתוך שהקשו לבסוף בהא דפריך רב ושמואל האי שבועת ה' וכו' מה דרשו בו דלמא גם כן סבירא ליה כר"א משאיל"מ וקשה למה לא הקשו מתחילה מנ"ל דרב ושמואל סבירא להו חזרה שבועה לסיני דלמא סבירא להו ג"כ משאיל"מ וכמ"ש תוס' בב"מ ואי דבלא"ה ידוע דרבותינו שבבבל הם רב ושמואל והם אמרו חזרה וכו' וכמ"ש התוס' ב"מ א"כ אף בזו לא הקשו תוס' כלום דכיון דסבירא ליה חזרה שבועה לסיני ע"כ לא סבירא ליה דר"א ושפיר פרכינן האי קרא מה דרשו ביה אך לפי הנ"ל ניחא דאף דסבירא ליה דר"א מ"מ יש לומר דסבירא ליה חזרה שבוע' לסיני דסבירא ליה חשוד אינו בכלל משאיל"מ ד"ת רק חכמים קנסוהו וה"מ כשהוא לבדו חשוד אבל כשהתובע ג"כ חשוד א"כ מה חזית למקנסיה להאי לקנסיה להאי וחזר הדבר לד"ת כאמרם חזרה שבועה לסיני דאינו בכלל משאיל"מ כלל ודוק:

והנה יש להבין לרמ"ה ולרבינו ישעי' דסבירא להו בש"ש דהתובע נוטל בלי שבועה דהוה ליה מתוך שאיל"מ א"כ לכאורה כ"ש אם תובע על פי העד דהוה ליה גם כן מתוך שאיל"מ וזהו יותר עדיף מש"ש דהתם אין כאן טענת ברי וכי יוציא ממון מספק אבל כאן הא על פי העד הוה ליה טענת ברי ומ"ש משני חשודים דנוטל בלי שבועה ומ"ש זה וכי בשביל שהוא התובע חשוד יהיה כחו יפה ואמת הש"ך כתב דה"ה בעד אחד אין גובה והיינו לשיטת הרמב"ם דסבירא ליה אף בש"ש אין נוטל וצ"ל דאין לנו אלא מה שאמרו חכמים ודינו של הש"ך בשיטת הרמב"ם מוכרח מהך דלעיל סי' צ' בשכירו ולקיטו של נגזל דמשמע מיניה אפילו העיד שכירו ולקיטו והגזלן חשוד מכל מקום אינו נוטל הנגזל הואיל וא"י לישבע ואין בזה פקפוק כלל לשיטת הרמב"ם אבל לשיטת הרמ"ה ור"י יש כאן מקום ספק דלא ידעתי טעם לחלק דדוחק לומר דבשלמא בשומרים הפסיד על נפשו דלמה קיבל שמירה משא"כ בע"א חששו דלא יוציא ממון בע"א דא"כ בשני חשודים למה יוציא ממון הלא אפסיד אנפשיה דנעשה חשוד גם כן ולכן נוטים הדברים דאף בע"א ג"כ הדין דנוטל אלא דקשה א"כ הא דפריך שם הכל מודים בע"א בחשוד על השבועה מי יימר דמשתבע ומוקי ליה בשני חשודים למה לא מוקי בפשוט דתבעו על פי העד והוא א"י ואם כן לא שייך מי יימר דמשתבע דהא אין כאן שבועה

מיהו כבר כתבתי לעיל סי' פ"ז ישוב בזה וביותר לפמש"ל בסי' ע"ה דיש לומר דרמ"ה סובר כחד תי' בתוס' דאביי סבירא ליה דלא אמרינן מתוך שאיל"מ כלל ומכל מקום סבירא ליה לדינא נסכא דר"א וכן בשני חשודים יחלוקו כר' נחמן וכמש"ל ואם כן שפיר קשה מי יימר דמשתבע דלמ"ד דלא אמרינן מתוך שאיל"מ שפיר אמרינן בע"א דאין נוטל כדינו של הרמב"ם וא"ש ובזה דאמרינן דתליא בהך אי אמרינן מתוך שאיל"מ או לא הך דינא דתבעו לחשוד עפ"י העד יש לנו פי' מרווח בתוס' כתוב' דף פ"ח ד"ה מייתו וכו' דכתבו דנ"מ אליבא דר"א דהלכה כוותי' דסבירא ליה חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ וה"מ בדאורייתא אבל בדרבנן אפילו היא חשודה לא יניח לפרוע בשביל כך וכו' ונתקשה מהרש"א דאפילו בשבועת המשנה שכנגדו נשבע ונפטר ולכך מפרש המהרש"א בשני חשודים וזה דוחק כאשר כתבתי לעיל דהגמ' יאמר פקח לחשוד על שבועה אבל לפי זה ניחא דיכול לומר א"י ולתבוע על פי העד ולכך בשבועת המשנה כיון דבשני חשודים היא גבתה בלי שבועה אף כאן כיון דאי"ל היא נפרעת משא"כ כשיטיל עליה ש"ד והוא אי"ל דטוען שמא הוה ליה כשני' חשודים ומתוך שאיל"מ וגובה בלי שבועה וא"ש ומ"ש התו' אח"כ א"נ לענין היפוך וכו' ל"ק דיתבענה ע"פ העד די"ל כאשר כתבתי לעיל או כדעת הב"י או דאם אני תובעה ברי חושש דתשבע באמת משא"כ בתובעה ברי יש לה מורא דהוא והעד יפסלנה לשבועה כמ"ש התוס' בנסכא דר"א ועיי' מש"ל סי' פ"ז והדברים לדעתי ברורים בתוס' יותר ממש"ל בסי' פ"ז. ולכן אפשר דאי תפס בכה"ג בע"א דיכול לומר קים ליה וכ"כ בכה"ג בשם תשובת הפרדי דיכול לומר קים ליה וצ"ע כי לפי מה שכתב' בזה באריכות משמע דלא הוה רק דרבנן. ואמת דעת רשב"א הובא במרדכי בפרק שבועת הדיינים דדעתו הא דאמרינן חשוד נשבע ונוטל היינו אם ירצה התובע אבל אם ירצה התובע שישבע הנתבע משביעין לי' ואין לחוש לשבועת שקר כמו בחנוני דנשבעין שניהם וא' מהן בא לידי ש"ש וק' לשיטתו א"כ הא דאמרינן שניהם חשודים חזרה שבועה כו' ומתוך שאיל"מ מהכ"ת יהיה הנתבע שוטה כזה ויניחו ליטול בלי שבועה כיון דאם ירצה התובע צריך הנתבע לישבע וליפטר ומכ"ש דיכול הנתבע לומר לתובע השבע וטול וצ"ל דבאמת כך רק לאפוקי למ"ד דשבועה חזרה לסיני וא"כ ה"א דיכול הנתבע לומר איני מאמינך על שבועה וא"כ חזרה השבועה לסיני ופטור וקמ"ל דחייב לשלם אבל באמת אי רוצה הנתבע צריך לישבע: אך לפ"ז קשה מה משני בגמ' הכל מודים בשניהם חשודים דהא אם ירצה הנתבע חייב התובע שבועה ואם כן עדיין קשה מי יימר דמשתבע וקושי' הגמ' במקומו דלא הוי רק גורם לממון וצ"ע לכאורה לשיטתו ומה שנראה ליישב דרשב"א סבירא ליה דשורת הדין דיהיה התובע נוטל בלי

שבועה רק חכמים תקנו משום לחוס על חשוד דכנגדו יהיה נוטל דוקא בשבועה וזהו דוקא אם שכנגדו אינו חשוד אבל כשכנגדו חשוד דיש לחוש לשבועת שקר א"כ אף דבעלמא אם התובע צועק אני רוצה בע"כ שישבע אין ביד ב"ד לעכב כדעת רשב"א היינו משום דאיך נפקיע ממון שלו וכמו גבי חנוני על פנקסו דאף דיש כאן בבירור ש"ש מכל מקום אי אפשר להפקיע ממון בלי שבועה אבל כאן כשהנתבע חשוד שורת הדין דתובע נוטל בלי שבועה רק חכמים חסו עליו וה"מ בדליכא חשש שבועת שוא אבל במקום שיש חשש ש"ש כמו בהך דחשוד לא תקנו חכמים והעמידו על דין תורה ואין בידו להטיל עליו שבועה ודוק ומזה מבואר דסבירא ליה ג"כ דהוא מהתורה:

יא **נשבע** היסת וכו' לפ"ז דאין כאן רק היסת א"כ צ"ל בזמן המשנה דתקנו דינו דחשוד ע"כ צ"ל דתקנו חשוד שיש לו שטר מפסיד שטרו ואין הנתבע נשבע כלל דאם לא כן אלא צריך שבועה א"כ שבועה זו שבועת המשנה היא דהא אז לא היה היסת כלל וצריך לומר דליטול תקנו שכנגדו צריך שבועה אבל לא להפסיד וא"כ לפ"ז ברור בשניהם חשודים דאין נוטל בעל שטר דהא לא הטילו חכמים כלל שבועה על הנתבע רק היסת יש עליו כמו תביעה בע"פ אבל לא שבועת המשנה כלל ואם כן כשהוא חשוד למה יפסיד וכי בשביל שיש עליו היס' יפסיד דבר זה אינו דתקנה לתקנ' בהיסת ודאי לא עבדינן וכ"כ בש"ע א"ע סי' צ"ו דאפילו בשניהם חשודים מפסיד בעל השטר: איברא דהרא"ש בפ' הכותב כמ"ש הטור ברמזים וכמ"ש מהרש"א בישוב דברי תוס' מודים דבשניהם חשודים צריך לשלם הואיל והנתבע א"י לישבע ולפטור ועי' מש"ל בסי' פ"ב לחלק בין כתובה דרבנן לשט"ח דאורייתא אבל מכל מקום יש לעיי' כמ"ש. ואמת כי נראה ברור דהרא"ש סבירא ליה בשטר שכנגדו נשבע ונפטר היינו שבועת המשנה דהא הרא"ש סוף כל הנשבעים חוכך מאוד אי חשוד יכול לגבות שטרו מיתומים אי אמריק היינו דרב ושמואל או הוא בכלל הבו דלא לוסיף והביא הרא"ש ראי' מהא דרב לא מגבי כתוב' לארמלת' דאף זהו בכלל דרב ושמואל וק' מה זה ספיקא הא בחשוד דעלמא ושטר בידו הפסיד כמ"ש הרא"ש בשם הרי"ף ורמזים בפ' הכותב ומכ"ש הבא לפרוע מנכסי יתומים דהחמירו טפי והקילו על יתומים ומה זהו ספיקא ועכצ"ל דבשלמא בפוג' שכנגדו נשבע ונפטר אין כאן ספק דאם שכנגדו נשבע ונוטל מכ"ש שכנגדו נשבע ונפטר אלא כי מספקא לן היכי דכנגדו א"י לישבע דסבירא ליה דאין מפסיד שטרו כגון בב' חשודים כמ"ש ולכך מספקא ביתומים אם גם בהו דא"י לישבע דיינין כשני חשודים ויגבה שטרו או לגבי יתומים מפסיד וא"ש ומזה ברור דסבירא ליה שבועה המשנה דהא בימי רב ושמואל מכ"ש מקדם לא היה היסת וא"כ אז שורת הדין דפוגם שטרו

וכדומה מפסיד מכ"ש לגבי יתומים ואין כאן ראיה מרב דלא מגבי לארמל' ואם כן ברור דסבירא ליה להרא"ש דמשתבע שבועת המשנה ולכן הטור אשר העתיק שבועת היסת צ"ע דמדברי הרא"ש מבואר שבועת המשנה וכ"כ הב"ח וכן ברור לדינא דהא בלא"ה רבי' החולקים וסבירא להו דנוטל בלי שבועה כלל אם כן מהכ"ת נימא דשכנגדו יפטור אפילו בהיסת גריד':

יב **ויפטר** משטר הש"ך הקשה לשיטה זו דהא אמריק בפוגם שטרו הבא לגבות ומת הבו דלא לוסיף אם כן למה יפסיד החשוד דמ"ש מת ומ"ש חשוד ובאמ' ברי"ף צריך ישוב דל"ל סברת הר"ן בחשוד דמעשיו גרמו לו שהוא חשוד לכך יפסיד משא"כ מת מה הוה ליה למעבד דהרי"ף לא סבירא ליה הך סברא דאי סבירא ליה לא היה מדחה דברי ר"ן דסבירא ליה יחלוקו מהלכ' ואי דקי"ל כר"א מתוך שאיל"מ די"ל דאף ר"נ סבירא ליה כן רק התם קנסהו לחשוד והיות שניהם חשודים קנסהו לכל א' החצי אבל בעלמא כר"א ס"ל וגם לית לי' דרב ושמואל דהתם לא שייך קנס והדין כר"א דפליג ארב ושמואל כמ"ש הר"י באמת סברא זו דלא יהיה ר"נ חולק אר"א. אמנם הרי"ף דלא סבירא ליה כן ש"מ דליתא להך סברא והקושי' במקומו ונראה לומר דבלא"ה יש להבין מנליה לרי"ף סברא זו דבחשוד שמפסיד שטרו ונראה דקשיא ליה לרי"ף קושי' התוס' שם בשבועות במה דמחליט הגמ' ר"א דסבירא ליה מתוך שאיל"מ לא סבירא ליה הך דרב ושמואל אין אדם מוריש שבועה לבניו דלמה דלמא סבירא ליה אין יכול לישבע משלם וה"ה דמפסיד בשבועה דרבק ומכ"ש רב ושמואל דס"ל דאפי' בשבועה דרבנן מפסיד מכ"ש בשבועת תורה דס"ל משלם אם כן מה פריך רב ושמואל מה דרשו בהך קרא שבועת ה' וכו' וע"ש בתוס' מ"ש בזה בדוחק וסבירא ליה להרי"ף דזהו אמת דחכמים תקנו בשבועתם שבועת המשנה כשל תורה לכל דבר וכי היכי דבשבועת התור' אם א"י לישבע משלם ה"ה בשבועת משנה אם א"י מפסיד רק סבירא ליה דלא עשו בו שום שינוי משל תורה ודיו לבא מהדין להיות כנדון ובשל תורה ילפיק מקרא דלגבי יורשים ל"א משאיל"מ והטעם או משום דלא ה"ל למידע כמ"ש התוס' או דגזרת הכתוב כמ"ש המחברים וא"כ ה"ה בשבועת המשנה דאמרי' מפסיד ביתומים ל"א כן דהא אפילו משלם לא אמרינן בי' ומכ"ש מפסיד ולא יהיה הטפל חמור מעיקר: אך זהו אם דרשינן הך קרא שבועת ה' וכו' אבל אם מוקמיק קרא לדר"ט ואין כאן ראיה לומר מתוך שאיל"מ וגם כן אין ראיה לחלק בשל יתומים מבשל הלוה גופיה אם כן אי נימא בסברא דחכמים גזרו אם אין נשבע מפסיד סבירא ליה דאין הבדל בין יתומים למלוה גופי' וא"כ סוגי' הגמרא שפיר דר"א דסבירא ליה מתוך שאיל"מ והיינו דיליף ליה מהך שבועת ה' כו' א"כ חזינן דפטרה

התורה להדיא יורשים א"כ אף במפסיד נימא כן דמהכ"ת לחלק מה דגילתה לנו התורה בפי' וא"כ בהא דרב ושמואל אף דא"י לישבע שבועת המשנה מכל מקום הא הוא בעודנו חי היה יכול לישבע רק במותו אין יתומים יכולים אם כן גבם לא אמרינן הך כללא כמ"ש ולכך לית ליה דרב ושמואל ולעומת זה רב ושמואל שפיר פריך הגמ' הך קרא שבועת ה' וכו' מה דרשו ביה דאי דרשו כר"א א"כ הא גילה לנו התורה שאין היורשים בכלל זה ואם כן מהכ"ת לומר דיפסידו ומשני דהם באמת לא דרשו הך קרא בכך וסבירא להו כר"ש וכו' ולפ"ז אף מתוך שאיל"מ ליכא למימר דהא לא ידעיק ליה רק מהך דרשא כמ"ש התוס' רק מפסיד סבירא ליה כמ"ש דסבירא ליה כח המחזיק עדיף ואם כן לא חלקו בין מלוה ליתומים וסבירא ליה לעולם מפסיד וא"ש ודברי הגמ' פשוטים ולכך לדידן דקי"ל כר"א ודרשינן הך קרא כנ"ל ויצאו יתומים מהכלל אף מילתא דרב ושמואל ליתא ולכך אמרינן הבו דלא לוסיף רק ביתומים עולה מצאו וגם הואיל ונפק מפומי' דרב ושמואל לא ביקשו לעוקרו כלל וכמ"ש כל מחברים וכל סוגי' הלכה א"ש ונכון מבלי פקפוק כלל ולפ"ז תבנא לדינא דלכולי עלמא כמו דאמריק מתוך שאיל"מ כך מפסיד רק ביתומים לא אמרינן משלם ומפסיד ולפ"ז בחשוד הבא לגבות שטרו והוא חי פשיטא דאמרינן גביה מפסיד כמו דאמרינן משלם וכח של מחזיק תמיד עדיף ודברי הרי"ף מכוונים להלכה בלי קושיא כלל. ודברים ברורים ושמעת' מרווח לי'. ובאמת נראה דגם התוס' לא היו מעלימים עין מפירוש הלזה שהוא ישוב מרווח ופשוט וא"צ לכל הדחוקים שנכנסו בו התוס' כנראה למעיין שם אבל אפשר משום דסבירא ליה דמה דאמרו דבאמת לפי דקי"ל כר' אבא אף מילתא דרב ושמואל ביתומים מיתומים ליתא לדינא רק עילה מצאו לפטור בשל יתומים וקשיא להתוס' וכי בשביל יתומים יעוותו הדין ויצא משפ' מעוקל ח"ו ויתמי דאכלי דלאו דידהו וכו' ולכך סבירא ליה לתוס' פי' דר"א סבירא ליה אלו היה שבועה של תורה הדין נכון להפסיד רק הואיל והוא דרבנן לא אמרינן דמפסיד דלא אלים כשל תורה א"כ י"ל שבועה זו הבא לפרוע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה החמירו בו חז"ל בכמ"ד עד שלדעת הפוסקים כאבא שאול וכן דעת תוס' אפילו נאמנות מפורש ל"מ ביה עשהו כשל תורה ממש וזהו עילה שמצאו דקבעוהו כשל תורה וא"ש משא"כ לפמ"ש דאף בשל תורה גופיה סבירא ליה לר"א דפטורים דאין יתומים בכלל הזה כמו שכתבתי לעיל אם כן הקושיא במקומו לו יהיה דהוי כשל תורה מכל מקום פטורים ומה עילה מצאו להפסיד ממון של חבירו שלא כדת וא"ש. ובזה יתיישב ג"כ תמיהת מהרש"א דתמה מי הכריח לתוס' לחדש שם בתי' האחרון דר"א סבירא ליה דאם אמרינן דמשלם מכ"ש ראוי היה לומר דמפסיד רק הואיל ושבועה דרבנן לא אמרינן גבי'

ולמה לא סבירא ליה כריש דבריהם דס"ל מתוך שא"י לישבע משלם לעולם אם אין כאן שבועה יהיה השבועה אצל תובע או נתבע לעול' הנתבע משלם כו' יע"ש במהרש"א ולפמ"ש ניחא דאם כן דאין חילוק בין דאורייתא לדרבנן אם כן הא ליתא לדרב ושמואל דאם אין התובע יכול לישבע ישלם הנתבע ואי דעילה מצאו בשל יתומים קשה קושי' הנ"ל כיון דאף בשבועה של תורה הדין כן איך יעשו בשביל יתומים משפט מעוקל ח"ו כהנ"ל ולכך הוצרכו התוס' לחלק בין של תורה לדבריהם ובאמת בשל תורה מודה ר"א דמפסיד ושפיר י"ל בשל יתומים עשהו כשל תורה ודוק. וכן י"ל בהא דלר"נ יחלוקו משום דקנסו לחשוד וקשה מה פריך הגמ' לר"נ ע"כ ליתא לדרב שמואל ומאי מספקא ליה דלמא ר"ן סבירא ליה דלא כר' אבא רק קנסו לחשוד הנתבע לשלם החצי וצ"ל דודאי לא קנסוהו בלי טעם רק קנסו שיהיה שבועה דרבנן אלי' כשל תורה ואם כן ע"כ צ"ל כר"א דאל"כ אף בשל תורה אין משלם ומה קנס שייך וא"ש וגם בסברא זו מיושב קושית מהרש"א דטרם דתי' התוס' דלר"נ קנסא דלא יקשה קשיא הנ"ל הוצרכו להקדי' לחלק בין דאורייתא לדרבנן ודוק ואם הרי"ף לא סבירא ליה דיוק הזה אין כאן תמיהה דסבירא ליה כמ"ש הואיל ונפק מפומיה דרב ושמואל לא רצו לעוקרו ובאמת דיינא דעבד כר"א עביד אם כן דבריו ברורים ונכונים ושמעת' מרווחא ליה:

יג **וי"א** והש"ך הכרי' כהך דיע' והבי' רבי' מחברי' דסבירא להו כן וכבר ישבתי דברי הרי"ף ולפי הנראה תוס' והרא"ש בכתוב' סבירא להו כן ואם כן מי יכריע להוציא מיד מוחזק ועוד נראה דכל רוב מחברי' דס"ל כהך וי"א הם סבירא להו דלית הלכתא כר"נ דסבירא ליה יחלוקו אבל לפי דהכריע רמ"א דיחלוקו והסכים עמו הש"ך ושיטה מחוורת בו כמ"ש הש"ך הוא שיטת הר"ן דסבירא ליה דר"נ בודאי אית ליה דרב ושמואל דלכך יחלוקו הואיל ושניהם מונעים אבל ברב ושמואל שאין המניעה מצד הנתבע מפסיד ובפוגם שטרו דאמרינן הבו דלא לוסיף הואיל ואינו פושע א"כ בחשוד דכל המניעה מצדו והוא פושע למה לא יפסיד ואמת די"ל אידך סברא דכ' הר"ן דבשניהם חשודים לכך קנסינן לתובע דכיון דעיקר שבועה דנטלית מלוה היה בשביל שהיה חשוד אך על סברא זו א"א להחליט ולומר להוציא ממון רק יש לומר סברא ראשונה דכ' הר"ן לחלק בין שניהם חשודים לפוגם דשם פשע דהיה חשוד ואם כן בחשוד על שטר דפשע שורת הדין להפסיד הכל דפשע והמניעה רק מצדו דשכנגדו מוכן לישבע וליפטר ומי יכריע בין סברות הר"ן וכן ר"ח דפסק כר"ן הטעם כמ"ש התוס' וביחוד בפ' חזקת משום דקנסינן לוה לחשוד ולכך יחלוקו דגם להחשוד השני יש לקנוס ואם כן בחשוד על שטרו יש לקנסו ולהפסידו כמו בשני' חשודים וכן המרדכי נתן לר"ת טעם דלכך יחלוקו הואיל

דזה מפסיד וזה משלם ולכך יחלוקו וא"כ בזו דזה מפסיד וזה יכול לישבע למה לא נקנוס לחשוד והא לר"ת ע"כ צריכין לחלק בין חשוד לפוגם דלפי' ר"נ לית ליה דרב ושמואל ש"מ משום קנסא וא"כ ה"ה בחשוד בשטר ולכן דברי הש"ך צ"ע דכיון דקי"ל כר"נ יחלוקו דין הראשון מסתבר ודו"ק:

סימן צג

א **בטענת** ספק הקשה הסמ"ע ממ"ש לקמן בש"ע סימן ר"צ ס"ו דלכך כשממנין אותו מחשבין עמו דהא על טענת ברי משביעין אותו משמע דבעינן דוקא ברי ותי' הסמ"ע דלקמן מיירי בטענה פחות מב' כסף ולכך בעינן טענת ברי וכבר השיגו הט"ז דהא סתם שבועה איירי בשבועת המשנה ואפילו בברי אין כאן שבועה בנק"ח בפחות משתי כסף והודאה ש"פ ומכ"ש לפי מה שאכתוב דדייקינן ליה הא דמחשבין אתו מתחילה מדברי ברייתא דקתני פלוגתא אי צריך לחשוב עמם באחרונה מזה משמע מתחילה מחשבינן ובברייתא לא היה היסת כלל ולכן תירץ הט"ז דשם קאי אף על מינהו אבי יתומים דאף דמינהו אביהם מכל מקום הב"ד מוסרים לו העזבון וכן כתב בדרישה עצמו לקמן בסימן ר"צ וכתב דכ"כ הרי"ן לב. ובאמת דדברים אלו יש לכוון בטור ובש"ע אמנם מקורו מבעל עיטור שכתב באות אפטרופסים מחלוקת ת"ק ורשב"ג אי צריך לחשוב באחרונה או לא וכתב דתליא בפלוגתא דאבא שאול ורבנן דמ"ד צריך לחשוב כמ"ד לא ישבע וקי"ל כא"ש ולכך מינהו אבי יתומים צריך לחשוב כת"ק ומינהו ב"ד א"צ לחשוב כרשב"ג ודוקא באחרונה אבל בראשון צריכין ב"ד לחשוב עמהן לכתוב החשבון מטלטלין ומקרקעות וכל דבר שבא לידו דהא על טענת ברי משביעין ליה כדלקמן הלכך צריך שידעו מה קבלו עכ"ל ואלו לקמן כתב להדיא מינהו ב"ד ישבע אפילו בשמא מינהו אבי יתומים אין נשבע אלא בברי ואם כן הקושיא מבואר דהא במינהו ב"ד איירי דבמינהו אבי יתומים אף באחרונה צריך לחשוב לדעתו ואם כן במינהו ב"ד הא אפילו בשמא משביעין ואיך כתב כדלקמן מה שכתב אח"כ הפוכו. ובזה אין לישב בכל מה שכתב הסמ"ע וט"ז דהא במינהו ב"ד איירי ואיירי בשבועת המשנה ולא הזכיר כלל לקמן מהך דטענת שתי כסף וצ"ע לכאורה ומה שנראה בישובו דהך דהא על טענת ברי וכו' מוסב על כל מה שכתב מתחילה והוא דהא דכתב במינהו אבי יתומים צריך חשבון אף באחרונה ודלא תקשה חשבון זה למה הא אין עליו שבועה כלל ומה טיבו של חשבון הלזה ולכך כתב דהא מכל מקום בטענת ברי משביעין אותו ולכך צריך תחילה וסוף חשבון אולי על ידי כן יתברר כפירה והכחשה בברי ומזה דייק נמי מדפליגי אי צריך לחשוב באחרונה ולא

פליגי סתם אי צריך לחשוב ש"מ דלכתחילה לכ"ע אף במקום דאין צריך שבועה צריך חשבון ולא פליגי רק באחרונה זהו מה שנ"ל בישוב דברי העיטור וא"כ אף בטור ומחבר צ"ל דנתכוון למה מינהו אבי יתומים יחשבו בתחילה ולכך כתב דיש כאן שבועה על טענת ברי וכמ"ש אלא דעדיין ק' במינהו ב"ד דא"צ חשבון כלל באחרונה ומשביעין אותו מה טיבו של חשבון הראשון הא א"א לעמוד על בירור כלל דהא זה אין נותן חשבון כלל ממה שהוציא רק אומר כך נשאר בידי ומי יודע כמה הוציא וכמה נפסד ואי להשביעו הא בלאו הכי צריך שבועה ועוד קשה דמשמע מהנ"ל דמה שכותבים כמה קיבל יכול להיות דעי"כ מסתעף שבועה וא"י איך אם יאמר שלא קיבל כפי שנרשם וכי נאמן הוא נגד מעשה ב"ד ואם יאמר אמת שקבלתי רק הוצאתי הוצאות וכדומה א"כ מה יועיל חשבון הקבלה ול"ל דאל"כ אף דיש טענת ברי בהכחשה בהוצאות הא הוי ליה מגו דלא קבלתי דהא מגו לפטור משבועה ל"א לדעת המחבר ומשנ"ל כי הטעם הואיל ויש עליו שבועה ואם יאמר לא אשבע רק אשלם כל מה שאני בחשד ודאי שומעין לו ואם כן כל זמן שלא נכתב קבלת האפטרופסות מי יודע כמה קיבל עד שנדע כמה יש לו לשלם ולכך כותבין ומזה יתברר כמה החשד שצריך לשלם כשלא ישבע וכמו כן במינהו אבי יתומים שאם יש טענת ברי שצריך לעשות שבועה ואם כן יגלגל עליו כל שבועת אפטרופסים וירצה לשלם שנדע כמה צריך לשלם ודוחק ואין לומר דכשנדע כמה קיבל א"א להפריז על המדה בהוצאה דיהיה נתפס כשקרן כי אומד הדעת גורם כמה סדרן וכמה ראוי להוציא משא"כ כשלא נדע כמה קיבל דא"כ אין זה טעם תלוי בשבועה כלל אם חייב שבועה או לא:

ב **עד** שיחשוד וכו' זהו לשון רמב"ם ומלשון זה דייקו כולם הב"י וכ"מ דסבירא ליה להרמב"ם כדעת הר"י הלוי דא"צ לתובעו בשני כסף ופרוטה שכל כך החשד והוא מודה בפרוטה אלא די כשיחשוד בשני כסף אפילו אינו מודה כלום ותמהו דמחבר לקמן בסימן ר"צ סעיף ט' כתב בסתם דברי הראב"ד דאין אפוטרופס שמינהו ב"ד נשבע אא"כ חשדהו בב' כסף ופרוטה והודה בפרוטה והש"ך הניחו בצ"ע והסמ"ע כתב דסמך הש"ע עצמו אמ"ש לקמן בסימן ר"צ ואף אם נסבול דוחק הלזה מ"מ ק' איך השליך המחבר אחרי גיוו דברי הרי"ף והר"י הלוי והרמב"ם והרמ"ה דסבירא להו כן במינהו ב"ד וסתם כדברי הראב"ד וכי זהו דרכו ולכן נראה כי ודאי סבירא ליה מה דתנן ואלו נשבעין בטענת ספק משמע דעיקר תקנה היה בשביל ספק אבל אלו היה טענת ודאי היה השבועה מדין ואם איירי בכופר בכל אפילו בטענת ברי אין כאן שבועה ואם כן עיקר חסר במשנה אלא ודאי דיש כאן הודאה רק כיון דמשנה מיירי הכל בדלא חלקו וא"כ הא יש בידו דבר משותפות

ואפטרופסת דשייך ליתום ואם כן כשתובע עוד ב' כסף והוא כופר הרי כאן הודאה במקצת. ואף דאפשר דהוי ליה הילך מכל מקום לא דקדקו בשבועה דרבנן אם הוא דומה רק לשל תורה כמ"ש הר"ן לר' יהודה עד שיהיה שם הודאה במקצת דאפילו בהילך ס"ל לר"י והיינו הואיל ודמיא לשל תורה. וכן נראה מדברי הראב"ד להדיא לקמן בטור סימן ר"צ דמצריך הודאה במקצת דכתב או שתהא אפטרופסית קיים עדיין בידו הרי דאם יש בידו הוי ליה כמודה במקצת ואם כי הראב"ד סבירא ליה פקדון לא הוי הילך מ"מ הא הוי הודאה קודם לתביעה דהא אין יכול לחשוד אותו עד שיאמר כך יש בידי אלא דסבירא ליה דאין נ"מ כיון דהוי כעין מודה מקצת תקנו ביה חז"ל שבועה וכן נראה מדברי חכמי צרפת שהביא רבינו ב"י בס"ס זה דקצת חכמים אמרת לכך חלקו ליה ביה משום שבועת שותפים משום דלא תקנו חכמים אלא כעין תורה וצ"ל פי' לדבריהם כשלא חלקו הוי מודה מקצת אלו טענו ברי משא"כ כשחלקו סתמא ליה ביה מודה מקצת ואם בהזדמן שיודה במקצת לא עשו בזה חז"ל תקנתם ואם כן אתי שפיר דרמב"ם וכן הש"ע פה כללן הכל בחד בבא שותפין ואריסין וכו' אפטרופס וזהו מיירי הכל בלי חלקו כמ"ש הרמב"ם וש"ע להדיא ולכך סתם דסוגי דכפירה מהחשד ב' כסף דהודאה ש"פ לא סגי בלאו הכי וכי ימלט קודם החלוקה שלא יהיה בידו שוה פרוטה הלא קודם חלוקה היא ולכך הרי יש כאן הודאה וכפירה (ומכ"ש להרמב"ם דסבירא ליה גם כן דפקדון לא הוי הילך כלל) ולכך כתב סתם דצריך כפירה להיות שתי כסף ולכן הראב"ד דס"ל דצריך הודאה מכל מקום לא השיג על הרמב"ם כלל וסוגיא דעלמא במקום שלא השיג כוותיה סבירא ליה משום דבאופן דמיירי הרמב"ם כמ"ש אף הראב"ד מודה אבל לקמן בסימן ר"צ שהוא סימן מיוחד לאפטרופוס בלבדו ואפטרופוס יתכן בו שבועה לעולם אפילו הוציא כבר כל מה שהיה תחת ידו ולכן צריך הש"ע להודיע דצריך הודאה בשוה פרוטה דודאי לא תקנו אלא כעין תורה ולכך השמיט בש"ע מלשון הראב"ד או שיש מעסק השותפות תחת ידו דזהו הנאמר בסימן זה ולכך לא זכרו שם ולא ביקש לכפול הדבר ועיין מ"ש סימן זה באורים ס"ק כ"ג דמשמע מדברי הרמב"ם דא"צ הודאה כלל ע"ש מיהו גם זה יש לדחות קצת דרמב"ם מילתא דפסיקא נקט דיתכן להיות דחייב היסת ומכל מקום מודה בפרוטה ואמר הילך ואין חייב רק היסת ולענין הודאת שבועת שותפים הוי ליה הודאה כמ"ש וכמו שאכתוב לקמן ולכך נקט דרך כלל הטעם דאם יודה לא יתחייב רק שבועה (אמנם החולקים סבירא להו דאין זה מה שיש בידו מן שותפים נחשב כלל הודאה רק לאחר שאמר כך יש לך בידי חושדו בשתי כסף ופרוטה והוא מודה בפ' שיפה וכדין חשדו דיש לו עוד ובזה הטילו חכמים שבועה דהוא רגלים לדבר שנחשד ומכ"ש לדעת

רמ"ה במינהו אבי יתומים דסבירא ליה אם הודה במקצת צריך שבועה אף בשמא דודאי אין מה שעסק אפטרופס' בידי נחשב להודאה דאם כן היינו אפטרופוס דעלמא רק צריך שיודה בפרוטה ממה שחשדו דאז איתרע טענתו והימנותא דיליה לכך צריך שבועה וכן דייק לשון רש"י סובר אני שעכבת משלי שתי כסף ופרוטה והוא מודה בפרוטה הרי אף על הפרוטה שהודה קאמר סובר אני שעכבת וכו' וזה ברור ולכן הטור שהביא כאן דעת רמ"ה דסבירא ליה צריך הודאה לא קחשיב נמי דכ"כ הראב"ד כפי מ"ש בשמו בסימן ר"צ כנ"ל והוא קשיש מרמ"ה משום לראב"ד מה שבידו משותפות בכלל הודאה יחשב ולא כן רמ"ה. ובהכי ניחא מה שצ"ע על הרמ"ה לכאורה דבסימן זה סבירא ליה אפילו במינהו אבי יתומים אם הודה בפרוטה נשבע על טענת שמא ואולם בסימן ר"צ אות כ"ו כתב הטור בשם רמ"ה במינהו אבי יתומים היכי דהודה במקצת ואיכא טענת ברי משתבע ש"ד ע"ש וקשה הא בהודאה במקצת אפילו טענת שמא מהני וכבר עמדו בו הב"ח והדרישה וכתבו שדחוק ליישב ולפמ"ש ברור דשם לענין ש"ד בתבעו בברי ודאי דעסק האפטרופסת בכלל הודאה אם תבעו מנה והוא משיב צ"ט יש לך בידי מעסק אפטרופסת וא' להד"ם הרי כאן ש"ד (ואייריי דאינם בידו או דסבירא ליה לרמ"ה פקדון לא ה"ל הילך) משא"כ להשביעו בשמא אין זה כלל מה שמודה לו מתחילה מה שנשאר בידו מעסק אפטרופס בכלל הודאה רק לאחר שאמר שכך יש בידו והוא חושדו ביותר צריך להודות מאותו סך הנחשד עליו פ"א וזה ברור ומזה לא מיירי לקמן ואין כאן סתירה כלל ודברי של זה לא כשל זה ודוק) ובהכי ניחא מה דקשיא למ"ד דצריך הודאת שוה פרוטה בגמרא דכתוב' דף פ"ז פטרה משבועה קאמרינן משבועת אפטרופסים ופריך הגמרא מי ידעה דתהיה אפטרופס דאמרה ליה כתוב דלא משבעת לי וקשה הא קושיא זו חלושה די"ל כבר נעשית אפטרופסת כקושית התוס' שם ולא פריך וכי ס"ד וכי אמרה לבעל דתכפור באמת פרוטה אחת ותבקש לגזול משל בעלה דאם אין כאן הודאה בחשד שוה פרוטה אין כאן שבועה ומה צריך פטורים ואטו בגזלנית עסקינן אלא לפי הנ"ל ניחא דאותו עסקי בעלה שישארו בידה יחשבו בכלל הודאה ותצטרך שבועה אף שלא תהא גזלנית כלל והדברים מוכרחים:

ג **בשני** מעין כסף ודעת הט"ז דבפחות מיכן היסת צריך אע"ג דהוי ליה שמא מכל מקום ברגלים לדבר משביעין היסת אפילו בשמא דרבינו ברוך במרדכי יליף הא דמשביעין היסת בתיבה פרוצה מהא דתנן ואלו נשבעים מספק משום דמורה היתרה ש"מ דמשביעין משמא ברגלים לדבר ע"ש ובאמת כן משמע במרדכי שם ואני מצאתי לו ראיה ביותר לקמן סימן ר"צ בטור או' כ"ה הביא דברי ראב"ד במ"ש דצריך באפטרופס

כפירה ב' כסף והודאה פ"א אבל אם אין בטענה בענין הזה אין משביעין אותו שבועת המשנה אבל משביעין היסת ונשבע להם על ידי ג"ש ועמד בזה רבינו ב"י בספרו ב"ה דהא איכא רק טענת ספק והיסת מה עבידתא וע"ש שדחק ולדברי הט"ז לק"מ דבזו משביעין היסת אבל מ"מ הואיל ורבינו מחבר בסימן ר"צ סי"ט כתב להדיא באין טוענו ברי ואין בכפירה ב' כסף והודאה פרוטה אין כאן היסת כלל והרמ"א לא הגיה כלום וקשה לפסוק נגדם וצריך לומר דתיבה פרוצה אומדנא גמורה דהוא לקחו מה שאין כן שם חשד הוא וליכא אומדנא ולכן אף כי לדינא נראה דכנים דברי הט"ז מנ"ל מקום קשה לפסוק נגד הש"ע ורמ"א אם לא כפי ראות עיני הדיין באומדנא:

ד **דאין** אומרים מגו וכו' הרא"ש חולק וסבירא ליה בכל דוכתי אמרינן מגו לפטור משבועה רק בשבועת שוא לית מגו דהוי העזה וגבי שבועה דרבנן אמרינן כמו גבי שכיר ולכך חולק אהך דין כמו שכתב בטור וכמו שהאריך הש"ך ולכן תמה הסמ"ע לפי מה דהרמ"א הביא לקמן סי' רצ"ג דעת הרא"ש דאמרינן מגו לפטור משבועה לא הוה ליה לכתוב דאין אומרים מבלי הזכרת הרא"ש דחולק ועיי' ש"ך שביקש לחלק בין מידי דכפירה וכו' ולשיטתו הולך מ"ש בכללי מגו בפי' דברי התוספות בבא קמא אבל כבר בררתי בכללי מגו הנ"ל דאין מקום לפי' ושהוא בתכלית דחוק ועיין מש"ל ואם כן חזר הדבר בקושי'. אבל נראה בפשוט וכן משמע בפרישה דסבירא ליה דאף בתקנת' דרבנן לא אמרינן מגו דהעזה והא דאמרינן בשכיר היינו דשם הוי ממון דהא זה צריך לשלם ואי דנשבע השכיר מנ"מ לבעה"ב בשבועתו הוא ישבע על כהנה וכהנה וסוף כל סוף משלם ממון ובממון אמרינן מגו דהעזה דבלי להוציא ממון אמרינן מגו כל דהוא משא"כ כאן דכל המגו לפטור משבועה וגבי שבועה לא אמרינן מגו דהעזה ונכון ופשוט ובזה מיושב קושי' התו' כתובות דף פ"ז דלא אמרינן מגו דלא היה פוגם דאין רוצה לשקר דלא דייק והקשה הא בשכיר אמרינן כהאי גוונא אף על גב דטרוד בפועלים מכל מקום א"ל מגו דל"ש דלפמ"ש לק"מ דאמת דהוא מגו גרוע די"ל דאין רוצה לשקר רק בממון אמרינן מגו כל דהוא וגבי שכיר הוי ממון דבעה"ב צריך לשלם משא"כ בפוגם דהוא רק שבועה לא אמרינן מגו גרוע וזהו מגו גרוע ולק"מ ועמש"ל בכללי מגו והנה התוס' בב"ק דף ק"ז שהקשו בסופו בטוען נאנסו יהיה נאמן במגו דלהד"ם ותמה מהרש"א למאן לשיטת ריב"א הא הוה ליה מגו דהעזה ולר"ת הא בעי הודאה בהדי נאנסה ואם יכפור יהיה מודה במקצת ע"ש וכבר כתבתי ע"ז ישוב בסי' ע"ב וכללי מגו אך גם זה י"ל דהקשי' לר"ת דס"ל דרבנן תקון על נאנסה גרידא שבועה הא יש לי' מגו דלהד"ם וכי תקנו רבנן לעקור מגו א"כ נפשוט מיניה דלא אמרינן בתקנתא דרבנן מגו כמ"ש על מודה מקצת וזה אינו.

ואפילו למה שהעליתי לעיל בכללי מגו אות קי"ב דאף לר"ת מודים דאמרינן דאינו מעיד מה דחבירו מכיר בשקרו מכל מקום הא בדרבנן אמרינן מגו דהעזה כי האי וקושי' התוס' שפיר ואין מקום לקושי' מהרש"א ודוק ומזה מבואר דסבירא ליה לתוס' בדרבנן אמרינן מגו דהעזה כהרא"ש אבל כבר אמרתי בו בסי' הנ"ל ישובים אחרים והמעיין יבחר. ויש להרמ"א ראיה לפי מה שכתב הטור לקמן בסי' ר"צ בשם הראב"ד דבעינן הודאה במקצת ועיין מ"ש בס"ק הקודם וק' הא הוי משיב אבידה דאי בעי לא מודה לי' בכלום ומגו דהעזה ליכא דהא טענו שמא ולהרא"ש י"ל באמת ס"ל אפילו בלי מודה מקצת יש כאן שבועה כדמשמע מדבריו בפ' שבועת הדיינים דהביא ראי' דשבועת שומרים צריך ב' כסף דהנך דנשבעין על טענת ספק הוי כעין ש"ש ואם כן דתקנו כעין ש"ש אף הודאה א"צ כלל אבל לפי דפסק הטור בעצמו דצריך הודאה במקצת ש"מ דלא אמרינן מגו או דטעם דכך תקנת חכמים או כמ"ש בפרישה דהא אמרינן דמורה היתר ועל פרוטה זו שהודה ליכא הוראת היתר וא"כ אף כשיכחיש השותפות הא אפילו פרוטה לא יודה וליכא הוראת היתר (ובפרט דהטעם של הוראת היתר דוחק ויותר נראה דכך היה גזרת חכמים) וא"כ ליכא מגו ודוק ועיין מש"ל בסי' פ"ט לר"י דבעי הודאה במקצת אי שייך מגו דל"ש ע"ש ותקיש ממנו לכאן ודוק:

ה **אם** מת וכו' דבר זה מבואר ברמב"ם בפ"ט מהל' שלוחין ושותפי' וז"ל הורו רבותי שאם מת השותף שאין היורש יכול להשביע שותף של אביו בטענת שמא שהרי א"י שחושדו אביו בב' כסף ויש מי שהורה שגם היורש משביע בטענת שמא וכזה ראוי להורות שהרי היורשין משביעין אשה שנעשה אפוטרופוס בחיי בעלה עכ"ל וכ' הכ"מ לא ידעתי מה ראיה משם הא איכא לאוקמי כשחושדין אותה בב' כסף וכו' ועיין בלח"מ דנבוך בדברי הכ"מ ובהבנת דבריו. והנה כבר עמד וכ' מזה הרב מהרא"ש בסי' קי"ד ודבריו בזה ישרים דכל מחלוקת איירי דיורשים חושדים אותו דלמא גזל משל אביהם שתי כסף והרב כנה"ג כ' דלא ידע מנין לו זה למהרא"ש דיש לומר אם הם חושדים לכ"ע יכולים להשביע ודבריו בלתי מובנים דאם הם אינם חושדים כלל לשותף והיינו שאין להם ספק כלל עליו שגזל שתי כסף והוא אצלם מהימן בבירור שלא גזל א"כ מה בכך שאביהם חשדו כיון שהם מודים שהוא נאמן ובחנם חשדו אביהם שבועה זו מה טיבו הלא ממון שלהם הוא ואין לך מחילה גדולה מזה ופשיטא דאצלם בדבר ספק אי גזל או לא והיינו חשד ולפ"ז דברור דהם חושדים צ"ל דטעם רבותיו של רמב"ם משום דיאמר מה לי בחשד שלכם אני קבלתי שותף לאביכם כי היה ברור לי שלא יחשדני ובחשד שלכם איני משגיח ולאו בעל דברים שלי את ובטלה השותפות ואין לי עסק בכם ואם

כן מה שנתנו הטעם הרי א"י אם חשדו אביהם בב' כסף צ"ל היינו דלא טענו ברי שאמר לנו אבינו שחשדו בב' כסף אבל בטוענים אמר לנו אבא שחשד אותך אף לדעת רבותיו יכולים להטיל שבועה דהרי נתנו טעם הואיל וא"י וכו' אפילו לדעת הרמב"ם בפ"ד מהל' טוען ביורש שאמר אמר לי אבי שאתה חייב אינו זוקקו לשבועה היינו דשם בעינן טענת ברי וליכא ברי בהוגד אפילו מפי אביו אבל כאן דמשביעין בשמא ודאי דהוי שמא ולכך יפה הקשה הכ"מ מה ראיה מהא דאמרינן בפ' הכותב דיורשים משביעין אשה דלמא מיירי דטוענים כך פקד אבינו דחשדך בכך ואם כי סתמא נאמר בגמרא סמכינן אמאי דקי"ל בעלמא דצריך לחשוד בב' כסף וזהו כוונת הכ"מ וכ"כ הכה"ג בשם תשובה כ"י וליישב קושיתו נראה דודאי אם אמרינן דאף דיורשים חושדים לא נ"מ לשותף בם כי לאו בעל דברים דידיה רק אם טוענים אבינו פקד שהוא חושדך הרי הם עומדים במקום אביהם ויכולים להשביע לפ"ז אם נתן אביהם פטורים על שבועה ולא פרט דיהיו הפטורים חלים על יורשיו מכל מקום אין יורשיו יכולים להשביע דהם בחשד שלהם לא נ"מ ואם דבאים בכח אביהם וטענתו שחשדו הא נתן פטורים ומחל חשדו ולא עדיפי הם מגברא דאתו מחמתו ומ"ש דלא חושד או דפוטר אותו מצדו ולפ"ז שם אמרינן במשנה כ' לה נדר ושבועה אין לי עליך הוא א"י להשביע אבל יורשים משביעין אותה ושאל הגמרא למה פוטרה ומשני על אפטרופס שנעשה בחיי בעלה וק' א"כ איך קתני הוא אינו ושבועה אבל יורשיו משביעין אותה הא חשד שלו ליתא ולגבי יורשים לימא לאו בעל דברים דידי ועכצ"ל דליתא ואף על חשד של יורשים צריך לישבע ואף על גב דהך אוקימתא לא קא בגמרא היינו מקושיא אחריתא דמי ידעה דנעשה אפטרופי' אבל מכח זה לא נאיד הגמרא ושמע מינה דלדינא קאי הך הנזכר לעיל ודברי הרמב"ם ברורים:

ובהא מיושב הקושי' שעמד כבר בפרישה עליו לשיטת הרי"ף וסייעתו דפי' במשנה הלכה מקבר בעלה לבית אביה א"י להשביע על העבר אפילו בלי פטורים דהואיל דמת ולא השביעה מחל מנלן הך דינא ואי דנתן הטעם משום מחילה היא גופיה קשיא מנלן הטעם משום מחילה דלמא משום דאין טענת היורש לזקוק אותה לשבועה וכדעת רבותיו של רמב"ם והפרישה לא תי' כלום כמ"ש דאף דנתן טעם משום מחילה מ"מ הוא גופיה מנלן דלמא הטעם כנ"ל ולפי הנ"ל ניחא דאיך אפשר לומר דלכך א"י להשביע' משום דאין רשות ביד יורש להשביע א"כ למ"ד נדר ושבועה קאי על שבועת אפוטרופסי' ולא על פוגמת כמ"ש רש"י איך קתני הוא א"י להשביע אבל יורשיו משביעין וכי יהיה בדין זה מחלוקת בין אוקימתא ועכצ"ל הטעם משום מחילה וא"כ לפי דאוקמינן המשנה דנדר ושבועה איירי דפוטרה משבוע' אפוטרופס שפיר יכולין לומר דיורשים משביעים

ולא שייך מחילה דכל הטעם דמחילה הואיל ולא היה משביע בחיי' וזה לא היה יכול להשביע מחיי' דהא פטרה משא"כ בלא פטרה באמת אמרינן מחל ולק"מ ודין זה מוכרח לכל השיטות וצ"ל דפוטר גרע ממחל דפיטור שהזכיר אין לי ולא אמר אף מיורשי ע"כ אין הכוונה על יורשיו אבל כשהיה יכול להשביע ולא עשה ש"מ דמחל במחילה גמורה אם כן פקע והוי ליה כנתן לה מתנה וכן צ"ל לדעת קצת חכמי צרפת הובא בס"ס זה בב"י דלכך חלקו א"י להשביע דה"ל כמחל וקשה א"כ למה לא ישביעהו יורשים בחלקו אלא דמחילה ודאי לעולם מחל ודוק וכן מסתבר דמתחילה בשנותן פטורים אין מוחל גוף הממון שתקח דהוי דבר שלא ב"ל משא"כ אם אח"כ מוחל גוף הממון והוי דבר שב"ל ולכך אין היורשים יכולים ג"כ כלום ואצ"ל לפי דפסקו ר"ת והרא"ש הלכה כר"ש דאין יכול להשביע לאשה כלל עד שתהא תובעה כתובתה דדין הנ"ל מוכרח דאנן פסקינן כן משום דקי"ל הלכה כר"ש אבל מכל מקום לת"ק דפליג אר"ש מוכרח דיכולים יורשים להשביע וא"כ אף דנחלק ר"ש היינו באשה דאמדו חכמים דעתו של בעל למחול אבל לא בשאר אפטרופסי' ושותפים דשוה בדין ר"ש עם ת"ק ולק"מ ובפרישה תמה בזה ולק"מ ועיין מש"ל סי' מ"א ס"ק יוד ומזה גם קושי' הט"ז כאשר כ' בשמו הב"ש א"ע סי' צ"ו מיושב דכאן פסק המחבר דיורש יכול להשביע בסתם ואלו בא"ע הביא ג"כ דעת ר"ה גאון והרי"ף דא"י להשביע הואיל ולא השביע בחייו מחל על השבועה דהש"ע לא נחי' כאן אלא להודיע גופו של הדין אי היורש יכול להשביע ולא נחית בזה אי הוה מחילה ונ"מ היכי דנתן פטורים מעצמו ולא מיורשיו א"כ ליכא למימר דמחל הואיל ולא השביע בחייו דהא לא היה אפשר דפוטר אותו וא"כ קמ"ל דלא כרבותיו של רמב"ם דרשות ביד היורש להשביע ואם לא נתן פטורים בחייו תלי' במחלוקת דשם ולק"מ כי עיקר הכוונה כאן להודיע דרשות ביד היורש להטיל שבועה ודוק:

ו **המשלח** וכו' נראה דרמב"ם מיירי באומר לו קנה לי או מכור הפירות וחפצים כפי אפשרי א"כ מורה היתר אלו קניתי קצת יותר ביוקר או מכרתי בזול הלא היה ג"כ צריך להסכים רק כחי ועוצם ידי עשה זה למוכרו או לקנותו בשער הזה א"כ אף מעכב בידו משל המשלח ומורה היתרא אבל השולח מעות ביד פלוני ליתנם לפלוני וזהו טוען החזרתים וכדומה אין כאן שבועת המשנה לכ"ע כי מה מורה היתרא שייך בזה ומה אהני ליה זוזי יהיב זוזי שקל מתחילה ולכך אין לו עליו במכחישו בטענת ברי רק היסת וזה נכון ובזה מסולק תמיהת הרשב"א על הרמב"ם מהך דאמרו בקדושין הן הן שלוחיו וכו' דקודם תקנת היסת היו נאמנים בלי שבועה כלל וכ"כ הרמב"ם גופי' בפ"א מהל' שלוחים וש"מ דאין על השליח שבועת המשנה דלפמ"ש ניחא בכה"ג אף הרמב"ם

מודה דלא שייך בזו הוראת היתר כלל וא"ש. ובזה ארווח לן מה שעמד הסמ"ע וגם אני בתומים נלחצתי לחלק למה האומר לחנוני תן לפועלים מה שירצו אין על החנוני שבוע' משנה אם אין הפועלים מכחישים והמוציא הוצאות צריך לישבע דלפי מה שכתב' ניחא דבמוציא הוצאות דאין הדבר קצוב ומורה היתרא אלו הייתי מוציא דינר יותר הא היה מוכרח גם כן להתרצות ואם כן אנכי שקמצתי פועל ידי ישולם לי ומורה היתרא מה שאין כן מה שהוא נותן לפועלים שכרם לא הרוויח לבעה"ב כי לא יוותרו הפועלים לבעה"ב פ"א ואם הוא לא נתן להם כל שכרם יחזרו על הבעה"ב ולא שייך כאן מורה היתרא כלל ובאמת כתבתי לעיל האומר תן לפועלים אכילה ושתיה מה שיצטרכו צריך לישבע כמה נתן דמור' היתר' דקומץ שלא הרבה ליתן להם והי' הכל עליו לפרוע ודוק:

ז **יש** מי שאומר שאם פטרו כו' הרב המחבר סתם כאלו אין חולק ואולם בנ"י הביא דרמב"ן בשם גאון חולק והנה יש להבין ג"כ דכל ראי' חכמי צרפתים אשר כתב הב"י בס"ס זה הוא מ"ש הרא"ש בפ' הכותב בשם חכמי נרבונ' דהקשו במה דקתני היורשים משביעים אותה על עתיד ולא על עבר ופי' רש"י דפטר' משבועה אירי מה קמ"ל הא תנא לי' רישא ולכך פי' דהא דקתני משביעי' אות' על עתיד ולא על עבר לא לצדדין קתני לומר על עתיד אם עסק' מכאן ולהבא ולא על עבר אם לא עסק' להב' רק שבה לבית אביה כי אם קמ"ל אפילו דנשבעין על הבא מכל מקום א"י להשביע ע"י ג"ש על עבר ומזו נסתעף דינם ואם כן קשה לר"ה גאון והרי"ף דס"ל דהא דקתני היורשים משביעים אותה כו' לא מוסב על פטרה משבועה רק אפילו לא פטרה מ"מ א"י להטיל עליה הואיל והאב לא השביעה א"כ אין כאן ראיה דא"י לגלגל דשפיר יש לומר דלצדדין קתני כמ"ש והרב ב"ש סבירא ליה דאף להרי"ף הפי' דאם נשבע על הבא מכל מקום א"י להשביע על עבר בג"ש וא"כ הדבר במכ"ש מה בסתמא אמרינן דא"י לגלגל מכ"ש בדמפרש הפיטור אך באמת אין זה מוכרח דלהרי"ף אמרינן לצדדין קתני ולא אירי כלל מג"ש דהא המעיין ברא"ש יראה להדיא דחכמי נרבוני' הוציאו זאת מכח קושי' דמשנה יתירה אבל לא מפשט' דמשנה וא"כ להרי"ף וסייעתו אין כאן הוכחה ובאמת הב"ח וח"מ עמדו בזו דלהרי"ף אין כאן ראיה דפטורין אף לג"ש מהני ובחנם השיג הב"ש. ואפילו לס"ד דפיטור השבועה הוא מאפטרופסית ומכל מקום אין מועיל לגבי יורשים מכל מקום סיפא דקתני היורשים משביעים וכו' יש לומר דקאי כשלא פטרה כמ"ש הרי"ף ומכל מקום א"י להשביע על עבר דמחל לגבה הבעל משא"כ ברישא כשפטרו אין כאן מחילה וכבר כתבתי בס"ק הקודם דמחילה עדיף מפוטרו משבועה ועכצ"ל כן דאל"כ הך סיפא איך מתוקמא ואי כפי' חכמי נרבונ' עדיין מנ"ל לרי"ף פירושו דלמא

כחכמי נרבונ' ועוד אי סבירא ליה להרי"ף כדעת חכמי נרבוני' מנ"ל לומר דמסתם בלי פטורים אין היורשים יכולים להשביע דלמא אדלעיל קאי בפוטרה וכמ"ש רש"י ולא הוי משנה יתרת' דקמ"ל דא"י לגלגל וצ"ע. ואולי י"ל דבאמת קשה מנליה להרי"ף דלמ' כדעת חכמי נרבוני' אלא דדייק ממשנה דקתני הלכה מקבר בעלה לבית אביה או שלא נעשית אפטרופסי' א"י להשביעה ואם זה כפי' רש"י דקאי שפטרה מיורש כבר תנא לי' וכן מה שאמר אח"כ חזרה לבית בעל' ונעשית אפטרופס' יורשים משביעין להבא ולא לשעבר ג"כ מיותר דפשיט' דאין משביעין לשעבר דהא קתני מקדם דאם לא נעשית אפטרופסי' דאין משביעים אותה. ומה יוסיף בשביל שנעשית אפטרופסי' להשביעה על עבר אלא ודאי תרתי קמ"ל דמתני' בכל אופן מיירי הן פטרה והן לא פטרה ולכך קתני דאם שבה לבית אביה ולא נעשית אפטרופסי' דא"י להשביעה אפילו לא פטרה משום דה"ל כמחל: ואח"כ קתני דאם נעשית אפטרופסי' דמשביעין אותה להבא ומכל מקום לשעבר אין משביעין אות' על ידי ג"ש ולא מבעיא בשלא פטרה ולא השביעה דהוה ליה כמחל פשיטא דא"י לגלגל דאין אחר מחילה כלום אלא אפילו פטרה דלא הוי כמחילה כהנ"ל דהא א"א להשביעה מכל מקום א"י לגלגל ודברי המשנה ברורים דתרתי קמשמע לן דקאי לכל אופנים הן פטרה סתם הן לא פטרה כהנ"ל והמשנה מדויקת ביותר לשיטת הרי"ף משיטת רא"ש וחכמי נרבונ' דקשה בסיפא תרתי ל"ל כמ"ש וא"כ הדין דין אמת לכל הפוסקים ודוק כי לענ"ד דברי המשנה מסייעי' להרי"ף ואין להקשות לחכמי נרבונ' דדייקי מיתורא דמשנה דאין מגלגלין בשנתן פטורים א"כ קשה הא דבעי הגמרא סוף שבועות אי מגלגלין על שבועה דרבנן תפשוט מהכא דהא היורשים אין להם על האשה רק שבועה דרבנן אם כן אם אין מגלגלין מה קמ"ל די"ל בס"ד י"ל דלא מוסב על דנתן לה פטורי' כמ"ש הרי"ף באמת והא קמ"ל דאין מגלגלין בדרבנן או י"ל כמ"ש הב"י ס"ס בשם חכמי צרפית דלכך בחלקו ונתחייב לו שבועה ממ"א דמגלגלין דהוי כאלו נתן לו פטורים ע"ת עד שיתחייב לו שבועה ממ"א וא"כ אין זה ג"ש דהוי כאלו נתן לו זמן עד שיתחייב שבועה ממ"א וכשנתחייב חזר וניעור שבועה ראשונה ולק"מ אך בסברא זו אין מקום לקושי' הרשב"א דהקשה למ"ד דאין מגלגלין בשמא על שבועת שמא מהא דנתחייב לו שבועה ממ"א דמגלגלין דמשמע אותו שבועה שבועת שותפים דלפי מה שכתב' לק"מ דהוי רק תנאי ושבועה ראשונה חוזרת וניעור וא"ש:

ח **שאפילו** הודה אינו מתחייב אלא שבועה הקשה הסמ"ע הא דעת ר"ה גאון לעיל סי' פ"ז דיכול להשביע היסת שנתחייב לו שבועת התורה ואף אם מודה לא יתחייב אלא שבועה ותי' דהכא עדיין לא נתחייב בב"ד שבועה ועיין מ"ש לעיל בסי' ע"ז בדברי ר"ה

גאון ולק"מ דשם מיירי דטוענו ברי חייב לי ע"ש ס"ק כ"ג. והרב הש"ך כ' דבלא"ה לק"מ דכאן הוא שבועה דרבנן ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ואין דבריו נראים דלדעת הסוברים כרי"ף בחשוד שבא ליטול בשטרו דמפסיד הא כ' הרא"ש בפ' הכותב להדיא בטעמו של הרי"ף דכי אמרינן תקנת' לתקנתא לא עבדינן היינו בשבועת היסת אבל שבועת המשנה דינה כשל תורה ועבדינן תקנתא לתקנתא וכאן הא איירי בשבועת המשנה ויפה הקשה לשיטה זו שהוא הרמב"ם דסבירא ליה כהרי"ף רבו ואיך יסתום הש"ע מה דכתבו לעיל בסי' צ"ב במחלוקת:

ט **אלא** פחות כתב הסמ"ע דמכל מקום לא הוי מודה מקצת שיתחייב ש"ד דמיירי דהתובע אמר ב' דינרי' מגיע לי משותפות ולא נתת לי רק דינר אחד והוא אומר שלא מגיע לו רק דינר שכבר קיבל ולא ידעתי דעם כל זה לא הועיל דהא הש"ע ומכ"ש הטור דכ' דין זה גם כן והם סבירא ליה דבשבועת שותפים בעינן הודאה במקצת ואם כן ע"כ הודה בפרוטה וקושי' במקומו מה טיבו של היסת הא ע"כ הודה בפרוטה ולפי הנ"ל בס"ק ב' דבזה אפילו הילך מהני אם כן לק"מ דיש לומר דאמר הילך אם כן שבועת שותפי' מחייב אבל לענין מודה מקצת לא הוי ולכך אין כאן רק היסת מיהו אפשר דמזה אין כאן ראיה דיש לומר דטענו מזה חיטין בבירור ומזה שעורים בלי בירור רק חשדו אולי עכבו והוא כופר בחיטין וחצי מדה שעורים מודה וא"כ מודה מקצת לא הוי דהא אין הודאה ממין טענה דלא תבעו רק חיטין ועל שעורים לא היה כלל טענת ברי משא"כ לענין שבועת שותפים הרי ההודאה וכפירה בשמא בחד מין בשעורים וא"ש ואם כן גם קושי' הסמ"ע בזה מיושב דמה שאמר פחות היינו שעורים ולק"מ.

י **שאין** שותף מנשבעים ונוטלים לעיל סי' צ"א אמרינן כל מי שהוציא הוצאות ברשות והאי ידע והאי לא ידע משתבע הך דידע והקשה בספר שב יעקב חלק ח"מ שאלה ז' הא אף בזה שותף הוציא ונתן ונשא ברשות למה לא ישבע ויטול ובפרט שהרמב"ם גופיה כתב בפ"י מהל' גזלה כו' שותף כיורד ברשות ומה שהוציא ידו על עליונה ונוטל בשבועה ותי' הוא דבנדון זה שהטילו שני שותפים לכיס סך מה לישא וליתן בו יכול לומר שלא הורשיהו לו סתם אלא על ממון שיש לו בשותפות דלא הוה מוציא בזה הדין נותן שיהיה נאמן בשבועה אבל להוציא עוד ממון לא היה מעולם דעתו שיהי' נאמן בשבועה רק הממע"ה והא דלא התנה דלא אסיק אדעת' שיהי' היזק יותר מממון שיש לו בשותפות משום הכי רצה לפסוק במי שלא הטיל מחלקו כלום ונשתתף על חצי רווח וחצי הפסד ברור דהכונה שאם ישבע שישלם ולא שייך בזה כי שותף אין מנשבעים ונוטלים ע"ש ואמת כי דבריו לקוחים כמ"ש מעצמו מדברי רדב"ז ח"א סי' ק"ב דכ' ג"כ

בזה הלשון שאין זה דומה למ"ש הרמב"ם שאין שותף מנשבעים ונוטלים דהתם לא היו משותפים רק באלו ת"ר זהובים שהטילו לכיס ולא היה בדעת ראובן שישבע שמעון ויטול מה שבביתו כו' עכ"ל אך עם כל זה אין לזה שרש ועיקר כי דבריהם דחוקים דמי הגביל זה שכך דעתו על מה שהניח אסיק אדעת' שיהיה היזק ומנה יותר לא ת' זה' אסיק אדעתיה שיהיה היזק ות"ק זהו' היזק לא אסיק אדעת' ועוד הא בממון שמניח הורשהו כמ"ש בעצמו וא"כ למה במנה הנשאר יטול חלקו הא ע"ז כפי המעות שהניח הרשהו ולמה יטול נון זהובים והא כ' להדיא דלא אסיק אדעתא שיהיה יותר היזק מממון שיש לו בשותפות הא במה שיש לו בשותפת אסיק אדעתא וכן הרדב"ז כ' שלא היה בדעתו שישבע ויטול מביתו א"כ ק' גם כן הך נון זהובים למה יטול הא הוא ממעות שמונח בשותפ' אלא דבאמת כל הפסד לא אסיק אדעתא יהיה רב או מעט ולכך לא דמי כלל למוציא הוצאות דשם נחית אדעתא שיוציא ולא סגי בלא"ה שיוציא רק הספק אם רב או מעט אם כן כיון דנחית ברשות להוציא תקנו חכמים שיטול בשבועה אבל בשותפ' וכי נחית מתחילה שיהיה ודאי פחת בשותפות אלו כן לא היה משתתפים רק כל דעתם ומחשבתם לרווח רק התנו שאם יהיה פחת שישלמו ג"כ אבל מ"מ דעתם על הרווח ולא נחתו כלל אפחת והפסד וכמ"ש ג"כ דלא אסיק אדעת' שיהיה פחת ולכך לא התנה וא"כ אין זה דומה כלל למוציא הוצאות בשום אופן ולכן מ"ש דהטיל לכיס או לא מ"מ לא נחית אדעת' דפחת וגם לא אסיק דיהי' פחת (וכמ"ש הוא בעצמו ואין גבול לומר סך כזה אסיק וסך כזה לא) ופשיטא דכוונתו לשלם הפחת אם יתברר בעדים או שיהי' הוא יודע מפחת דאטו ברשיעי עסקינן אבל להאמין לו בשבועה לא תהא כזאת בישראל ואם כן יטול הוא בשבועה כל אשר לו ויאמר שהפסיד אלף אלפי דינרים ואין לזה שורש וסברא ואלו היה ספק שקול וסברא נכונה מכל מקום אין להוציא מיד מוחזק אם לא בראיה מוכרעת מש"ס ופוסקים אף מכ"ש בסברא קלושה כזה ובפרט שהך דין המוציא הוצאות רק מתקנת חז"ל וכל דבר ספק בתקנה והבדל קל חזרינן לד"ת ואין יוכל ליטול והדרב"ז גופי' ל"א רק לסניף בעלמא כי אמר שם יותר טעמים ונמוקים וח"ו להוציא ממון בזה והעושה כן מעוות הדין:

יא **ונוטלים** משמע הא מודה דנפחת צריך לשלם מביתו והקשה הב"ח וכן משנה למלך הא הטור ומחבר פסקו לקמן סימן קע"ו ס"ו דאין שותף צריך לשלם מביתו כלל רק מה שהוטל לתוך השותפות מפסיד והב"ח רוצה לחלק בין הפסד שבא מחמת מו"מ או שלא מחמת מו"מ וזה דוחק ובאמת המדייק בלשון הרמב"ם שכתב שנפחת מהקרן ת"ק זהובים מלת קרן מיותר אלא להורו' נחן שכבר הרוויחו בו סך מסוים וחלקו ונטל כל

אחד חלקו רווח ואח"כ נפחת הקרן ת"ק זהובים אם כן אילו מודה בפחת צריך לשלם לכ"ע אפילו לרמ"ה דרווחא לקרנא משתעבד ואם כן הרווחים שכבר קיבל צריך להחזיר לתשלום קרנו של השני ומהכ"ת יטול הוא רווחים והשני יפסיד הקרן ולכך נתן טעם דלא מהימן ליה כלל ואין מנשבעים ונוטלים ולא קשה מידי.

יב **ישלם** מביתו נראה דמיירי באופן דל"ל מגו דקלתי' ולכך צריך לשלם החצי מביתו אבל לוי מכל מקום פטור הואיל ושטר על שם שמעון ושמעון מודה דהוא פרוע מה איכפת לוי שראובן אבל מכל מקום כיון דשמעון ל"ל מגו חייב לשלם החצי אבל אם א"ל מגו דקלתי' והיה כובש השטר אם כן יש לו מגו אף נגד ראובן ואין צריך לשלם החצי במגו דהיה כובשו ולא היה נודע לראובן כלל ואמת יש פנים לומר כיון דכל מה שהוא בחזקת שותפות הוא בחזקת שניהם אפשר דהוי בגדר מגו להוציא אך הואיל לקמן סימן ק"ח ס"ח דכתב דעת הראב"ד דאחד מאחים שאמר על שטר שהניח מורישו דפרוע הוא דנאמן במגו ולא קשיא שצריך לשלם מכיסו חלק שארי אחים דהפסיד להם בהודאה נראה כמ"ש ביש לו מגו אף נגד השותפים ואחים נאמן וכאן מיירי דאין לו מגו רק הואיל וכתב על שמו נאמן לגבי לוי בכל אופן:

יג **אין** שמעון נאמן וכו' הקשה הסמ"ע לקמן סימן ק"ח סקכ"ט דלקמן הביא דעת הרא"ש דאפילו יוצא מתחת יד אותו שאמר שפרוע הוא מכל מקום אין נאמן לחוב לאחרים וכאן סתם דאם השטר ביד שמעון אף דידוע דהוא ממון של שותפות מכל מקום נאמן אפילו על חלק ראובן ותירץ דהכא שאני דנכתב השטר על שם שמעון ואף דנזכר בו שהוא ממון שותפות מכל מקום הואיל ועל שמו נכתב והשטר בידו נאמן ע"ש ומלבד דדבריו דחוקים דמה נ"מ אם כתב על שמו או לא כיון שמוזכר בתוכו שהוא ממעות שותף אף גם דהא ס"ס ע"א מבואר בשטר שנכתב שחייב לראובן או לשמעון והם שניהם שותפים בחוב ואחד אומר דפרע דאין נאמן להפסיד חלק חבירו כיון שהשטר בידו הא אלו שטר ביד המודה היה נאמן אף דנכתב על שם שניהם. ולכן העיקר כמ"ש הב"ח דבשותף שבידו מתחלת המעות לישא וליתן בו ולהלוות לאחרים ולקבל פרעון הרי הימנוה מתחילה והיינו כמו שליש דהא היה יכול ליקח המעות ולאבדו ולכך נאמן דה"ל שליש כשטר בידו אבל לקמן בסימן קי"ח דהגיע ליורש השטר מאביו ואחי דשמטי מהדדי אם כן אין כאן המנותא ולכך סבירא ליה להרא"ש דאין נאמן אפילו שטר תחת ידו ועיין מש"ל בסימן ק"ח באריכות:

יד **שלא** פרע וכו' דעת הסמ"ע דכ"ז שאין הוא מברר שבאמת לא פרע ולוי טען שפרע מ"מ פטור מלשלם אף שהוצרך לגוי לפרוע דהוי ליה עלילה ואין אדם נתפס בעד חבירו.

ודבריו תמוהים דהא לוי פושע דלא פרעו לגוי בעדים דידע דראובן ערב והם בתר ערבא אזלי והא דעת הרבה מחברים דאפילו גבי חנוני על פנקסו ד"ת פטור דהוי ליה לפורעו בעדים רק מכח תקנה אמרי' דלא אמר ליה הב בסהדי מכ"ש בזה דאין בו תקנה כלל והוא לגבי גוי אשר פיהם דיבר שוא דלא ה"ל למפרע רק בעדים ודעת מהרדב"ז בתשובה דאפשר לגבי גוי לא שייך תקנה דלא אמר ליה הב בסהדי דגבי גוי סתמא כפי' ומכ"ש בנדון זה ועוד הא אנן קאמרינן להו מתחילה כיצד יעשה ואמרי' שיתן כתב וכו' ואם כן למה ל"א ליה לא תתן לגוי אלא בעדים או בשטר פטורים והלא כך העצה היעוצה מפי ב"ד והבא לימלך ודאי דמורין כן ואיך נותן תחילה מכשול שיתחייב עצמו ליתן מכשול שיהיה זה נספה בלי משפט ול"א ליה דלא יפרע כלל לגוי רק בעדים ושטר כדי שיהיה זה לא יפסיד מעותיו אלא ברור והאמת אם טען שפרעו לא משגיחין ביה דהוי ליה למפרע בסהדי ולכך אם יברר הוא בעדים דפרע לגוי חייב לשלמו דאנן סהדי דלא פרעו דהוי ליה למפרע בעדים וזה ברור ונכון דאין לך פושע גדול מזה.

טו **והעדים** יכתבו הודאת שמעון כתב הסמ"ע ס"ק ל"ז דיש הבדל בזה לעושה לו שטר דשם מתחייב בהחלט משא"כ בזה שאם יפרע שהדין ביניהם ודבר זה אין לו שחר כי מה דין יהיה ביניהם הא אין אחר הודאתו כלום ואם שהוא ע"ת אם יצטרך לפרוע לכותי גם שער חיוב שיעשה ברור שיהיה על תנאי הזה ועוד תירץ הסמ"ע דיש הבדל דעדים אין כותבין שום חיוב אלא הודאה גם כן לא הבנתי דהיינו הודאה היינו חיוב ובאמת הבדל פשוט יש דברישא לעושה הוא שטר יש לו דין שטר ונפק קלא וכדומה משא"כ בעדים שהם כותבים הודאה הוי ליה רק מלוה ע"פ והודאה בעדים וזהו נכון דמה לו לעשות מלוה בשטר הוא אין חייב לגוי רק מלוה ע"פ אלא דקשה לי בממ"נ אם אינו אומר לעדים כתבו הא אין בעדותם ממש כלל דהוי ליה מפי כתבם וכמה טרחות טרחו התוס' במחאה איך יועיל בשלא אמר כתבו ואי אמר לעדים כתבו היינו שטר גמור כדאמרינן הודאה בפני שנים וצ"ל כתבו ועיין לעיל סימן ל"ט ולכן מרא דהך הוא הרא"ש בתשובה וליה לק"מ דכבר בררנו לעיל סימן ל"ט דדעת הרא"ש אפילו לא אמר כתבו אם נתקיים הוי כמלוה על פה ואם כן אתי שפיר דהוא לא יאמר לעדים לכתוב רק יכתבו מעצמן הודאתו ויהיה לו כל תוקף מלוה על פה בעדים ולא כמלוה בשטר אבל על רבינו המחבר דפסק לעיל סימן ל"ט ודוכתי טובא דלא מהני כלל בלא אומר כתבו צ"ע דלא הוי לי' להעתיק תשובת הרא"ש וצ"ל דכשכותבין בלשון שטר הוי ביה אחריות נכסים וסתם שטר אחריות ט"ס אבל בזה אף שצוה לכתוב הודאה אין בו אחריות ט"ס וצ"ע:

סימן צד

א **כל** מי שנתחייב וכו' אם חשוד שכנגדו נשבע ונוטל אי החשוד יכול לגלגל עליו יש לעיין כי הש"ך הביא בשם ריטב"א בקדושין דאין יכול לגלגל אמנם הש"ך כתב דנראה דעת הפוסקים דיכול לגלגל וכ"כ מדברי המ"כ שכתב בב"י סימן פ"ז אות טו"ב ע"ש ובאמת מדברי מ"כ אין ראיה דז"ל חשוד שנתחייב שבועה על הקרקע שהוא דרבנן אין שכנגדו נשבע ונוטל דתקנתא לתקנתא ל"ע אבל אם נתחייב הנשבע ש"ד שאז שכנגדו נשבע ונוטל על ידי גלגול נשבע גם על הקרקע דתנן זוקקים וכו' עכ"ל ולענ"ד אם נתכוין לומר דמגלגלין על התובע הוי ליה לפשוט דמגלגלין אלא דכוונתו אם על החשוד הנתבע רק שבועת קרקע אין התובע נוטל בשבועה אבל אם על הנתבע גם שבועה דאורייתא וטענו התובע ג"כ קרקע אלו היה בר שבועה היה צריך לישבע אף על הקרקע בג"ש עכשיו דמשתבע שכנגדו כמו דמשתבע בגוף השבועה כן משתבע ג"ש בקרקע ונוטל דהא ג"ש דאורייתא וכמו דנוטל בגוף השבועה כן בג"ש וכן נראה דעת רמב"ם לעיל סי' צ"ב ס"ח בחשוד שומר דמשתבע שכנגדו דשלח בו יד ואף דזהו רק ג"ש מכל מקום משתבע ונוטל ועיין מש"ל זה באורים. ובפרט דאפשר דס"ל למ"כ דבג"ש גם כן אמרינן משאיל"מ ואם כן פשיטא דכשכנגדו נשבע ונוטל ואפשר דתלוי בתירוץ התו' דכתבו דלכך בתקנו שכנגדו ישבע משום תקנתא דחשוד דאל"כ כל אחד יתבע החשוד ויטול וא"כ הוי כמו בשכיר דהואיל דשבוע' אינו רק להפסת דעת לא תקנו ג"ש ואף זהו כמוהו ואע"ג דהעליתי לעיל בסימן צ"ב דאין זה תורה רק תקנתא דרבנן שיהיה כמו מתוך שאיל"מ שמ"מ גם בשכיר דאמרינן וניתב בלי שבועה הא לא משורת הדין רק מכח תקנה כמש"ל בסימן פ"ט דלמסקנא אמרי' דלא הוי אף לרבנן כודאי שוכח רק כספק שוכח. וכצ"ל בר"ן דכתב להדיא דקושי' הגמ' ה"ל למית' בלי שבועה היינו מכח תקנה וכדי חייו דשכיר ומ"מ מפרש דלכך אין מגלגלין בשכי' הואיל ושבוע' להפס' דעת וא"כ אף בחשוד הדין כן ומעת' ל"ק למה אמר ר"ה חוץ משכי' ולא קאמ' חוץ מחשוד דלא מעיילי נפשי' בפלוגת' דר"א ורב ושמואל דסבירא לי' ל"א משאיל"מ א"כ אין כאן מקום דחייב החשוד לשלם ופשיטא דמגלגלין ור"ה תלמידו דרב ולא ביקש לומר דינא דלא כרב כדפרכינן בפ' המפנין מרב לר"ה ועוד לפי מ"ש התי' בחד תי' כמש"ל סי' צ"ב דמאן דס"ל ברי ושמא ברי עדיף מפיק לי' לקרא שבוע' ה' וכו' לכדר"ט ול"ל כלל משאיל"מ כהנ"ל ור"ה ס"ל ברי עדיף וא"כ ל"ל מתוך שאיל"מ וא"א לומר חשו' אבל לדידן הא אף חשוד רק להפס' דעת וא"כ לפ"ז לא ידעתי מ"ש הריטב"א בהיפך שבועה דג"כ אין מגלגלין כמ"ש הש"ך בשמו והן דברי הת"ה המובאים בהגהה דמה טעם יש בו הא בזה

לא שייך הפסת דע' ולכן אפשר לומר דהריטב"א מיירי לפוסקים הלכה כמר ב"א דאף בשל תורה מהפכין וס"ל ג"כ דשור' הדין או השב' או שלם רק להפס' דע' תקנו חוץ לדין דשכנגדו ישבע וא"כ ל"א גבי' ג"ש אבל בהיס' והפכו דהא זה שורת הדין דמה חזית דישבע ויפטור לימא לי' השבע וטול הלא לא תקנו חכמים רק לתקון ואם יאמר השבע וטול מי ימחה בידו ולכן למה לא יהיה יכול לגלגל ואם יכול לגלגל עליו כשנשבע לפטור איך לא יוכל לגלגל כשנשבע ליטול ואיזה כח יפה המחזיק וכו' כמ"ש מהר"ם ובזה היה נראה לישב דברי רש"י כפי מ"ש התו' בשמו דס"ל דהלכה כמר ב"א דאף בדאורייתא מהפכי' דא"כ איך כתב רש"י בפ' הכותב סבר רמב"ח לומר שבוע' דאורייתא דנ"מ לענין היפוך שבועה דא"כ יהיה רמב"ח ורבא שם דנחלק עמו בזה שלא אליבא דהלכתא דהא להלכה אף בדאורייתא מהפכינן ולפמ"ש ניח' דמ"מ נ"מ דבדרבנן דשורת הדין דיכול להפך א"כ אף לגלגל יכול משא"כ ש"ד אף דמהפכין מ"מ אין מגלגלין ומ"ש רש"י ונ"מ דלא מהפכינן לי' היינו למאן דחולק אמר ב"א ולמר ב"א עכ"פ ג"כ נ"מ אי שורת הדין להפך או רק להפס' דע' ורש"י חדא מנייהו נקט, ובזו מיושב קו' מהר"ם מרוטונבורג ומהרש"א דהקשו במה דפירש"י אי פקח הוא וכו' נ"מ אחריתי ולא פי' ג"כ לענין היפוך די"ל דגי' רש"י כמ"ש התו' שבועות דף מ"א ד"ה מאי איכא כו' דגרסו שם א"ר נחמן אי פקח וכו' וס"ל לרש"י כדעת הרי"ף דר"נ דס"ל בשני חשודים יחלוקו לא ס"ל הך דר"א דאמר מתוך שאיל"מ א"כ דר"נ לא ס"ל א"כ שורת הדין אף בשל תורה להפוך דלא שייך לומר או השב' והפטר או שלם דלו דאומר דאינו רוצה לישבע דמסופק עליו ענינו הא אין כאן חיוב ממון וא"כ אף בזה יש גלגול וא"כ תו לדינא דקי"ל דבדאורייתא מהפכינן לא נ"מ וצ"ל נ"מ אחר וא"ש (כי ודאי לא נעלם מן מהר"ם ומהרש"א דרש"י ס"ל בתורה נמי מהפכינן רק דקשיא ליה א"כ איך מפרש כן במילתא דרמב"ח אבל לפמ"ש ניחא) ומדברי התוס' נראה יותר דס"ל אי בשל תורה מהפכין יש לו כל דין שבועה ויכול לגלגל משא"כ חשוד שכנגדו נוטל דהוא רק להפסת דעת ותקנתא דחשוד אין יכול לגלגל דהם הביאו בשבועת דף הנ"ל ד"ה ולמר וכו' דבסדר תנאים ואמוראים כתב דלית הלכתא כמר ב"א דאמר בדאורייתא מהפכינן וכתב מיהו מה שפירש דקאי שהיה המחויב שבועה חשוד וס"ל למר בר"א דיכול להפכו לשכנגדו אין נראה דבחשוד לא איירי אלא בסמוך דאמרינן א"כ וכו' עכ"ל וצריך תלמוד דמה צריך התוס' להקשות דבסמוך איירי מזה הא אין מקום לפרשו בכך דמה זה מחלוקת מר ב"א ורבנן אי מהפכינן שבועה בחשוד הלא משנה שלימה היא בלי מחלוקת כלל דחשוד שכנגדו נשבע ונוטל וגם מכ"ש דלא יתכן במה שאמרו דלית הילכתא כמר ב"א דכי עולה על דעת לומר דאין הלכה כמר ב"א

דישבע שכנגדו דבר זה לא שמענו כלל. ולכן צריך לומר דבזה פליגי אי הא דתקנו חשוד שיטול כנגדו מתורת היפוך דעקרהו חכמים שבועה מנתבע והפכהו לגמרי על תובע או מתורת תקנה להפיס דעת הנתבע ונ"מ בג"ש דאי כמר בר אשי דאמר מהפכין הרי לו כל דין כמו הנתבע ומגלגלין משא"כ להחולקים דבדאורייתא לא מהפכינן אם כן משנה דשבועת חשוד רק להפסת דעת ואין כאן ג"ש כלל וזהו מה שיש לומר בהבנת דברי תוס' ולכך לא הקשו רק דהא לא איירי כלל בחשוד עד אח"כ. וכן יש להבין דברי מהר"ם בתשובת מיימנות לספר משפטים סי' ס"א דדעתו להוכיח מדברי ר"ת דכל משאיל"מ חמשין ידענא וחמשין לא ידענא שכנגדו הנוטל צריך שבועה ובנסכא דר"א דאין שכנגדו נוטל משום דע"א מסייעו ע"ש וק' א"כ איך אמרו דבשבועה דאורייתא לא מהפכינן דאמרי' ליה או השבע או שלם הא לא גרע מאלו אמר להדיא אינו נשבע דמסופק אני בו ואיני זוכר על בורי' ואי דה"ל מתוך שאיל"מ הא מ"מ יצטרך כנגדו לישבע ואיך שייך ביה דלא מהפכינן ואין לומר דבאמת פסק מהר"ם כמר בר"א דאף בדאורייתא מהפכינן מלבד דא"כ לא הקשה שם מנסכא דר"א אליבא דאביי אולי לא ס"ל כמר בר"א אף גם משמע במרדכי דלא ס"ל למהר"ם כן ומכ"ש ר"ת דדייק מיניה דלא הביאו התוס' דר"ת פוסק כמר בר"א וצ"ע לכאורה ולפי הנ"ל א"ש דודאי מתוך שאיל"מ ס"ל דכשנגדו עכ"פ נשבע וילפינן ליה מחשוד והיינו להפסת דעת וא"כ אין לגלגל כלל דשורת הדין אף שבועה א"צ דהא מתוך שאיל"מ רק אנן מחמרינן בשבועה גילגול מה טיבו משא"כ למר בר אשי דמהפכינן א"כ בטוען השבע אתה וטול יש לו כל דין שבועה כמו שהיה גבי נתבע ומגלגלין וא"ש ולק"מ דבזו נחלקו אי יש לו דין שבועה של נתבע. ולפ"ז יצא לנו דבהיפוך שבועה ודאי מגלגלין ודלא כת"ה וכמו שבאמת השיגו הש"ך והט"ז. אלא שלא הביאו ראיה וכמו כן לפמ"ש התוס' בחד שיטה דילפינן אם הלוה יכול לומר לבעל השטר השבע לי אף דחייב לו ממון גמור מכ"ש שיכול לומר כשחייב שבועה השבע לי. ולפ"ז לשיטת הת"ה אם בשבועה והפכו א"י לגלגל מכ"ש בטוען השבע לי על שטר שא"י לגלגל ואם כן לא זו דקשי' מה פריך הגמ' וכי מה בין זו לפוגם שטרו דהא יש הבדל בג"ש אף גם בכתובות סבירא ליה לר"ש דאין הבעל יכול להשביע אשתו אפילו במושיבה חנונית ומכ"ש על פלכה ועסתה רק בתובעת כתובה והבעל טוען השבע לי יכול לגלגל אפילו פלכה ועסתה עיין בא"ע סימן צ"ז וצ"ח בדברי ראשונים ואחרונים ח"מ וב"ש שהאריכו והדבר מבואר דיש בו גלגול וכן מוכח מגמרא מדברי ר"ש תובעת כתובה משביעין אותה מיהו בחשוד גופיה נראה דבמחלוקת היא דהא יש להבין כמ"ש דלכך אין מגלגלין בשכיר הואיל והשבועה להפסת דעת והיינו דפרכינן וניתב ליה בלי

שבועה ופי' התוס' דה"ל כא"י אם פרעתיך וקשה אם כן בחנוני על פנקסו דודאי ה"ל נגד הפועלים א"י אם פרעתיך וע"כ שבועה רק להפסת דעת הואיל וחנוני צועק נתתי אף דנוגע בדבר דחשדינן דמבקש פרעון מבעה"ב שלא כדת ולמה לא אמרו דאף בזה אין מגלגלין וברור מה שאמרו חוץ משכיר לא כיונו לשכירות הלזה וצ"ל דסבירא להו לתוס' דשם לא הוי א"י אם פרעתיך דלא ה"ל למידע דדרך בעה"ב להמחות פועלים ולכן אף לר' הונא דס"ל ברי ושמא ברי עדיף אין החנוני נוטל בדין תורה כלום דלא ה"ל למידע ואם כן שניהם נוטלים בשבועה חוץ לשורת הדין רק בפועלים אשר בזמנו נשבעים ונוטלים אף דגם כן לא הוי בגדר א"י אם פרעתיך כמש"ל סימן פ"ט מ"מ חז"ל לתקנתו עשהו כאלו ראוי ליטול ד"ת בלי שבועה ולכך פריך וניתב ליה וכו' ואין שבועה רק להפסת דעת ולכך הקשו מע"א מעיד דפרוע דשם פשיטא דהוי רק להפסת דעת. אבל להר"ן קשה דסבירא ליה להדיא לפי הדין מגיע תשלומין לפועלים בלי שבועה וא"כ ה"ה לר"ה דס"ל ברי עדיף אף לחנוני מגיע ועיין מש"ל סי' צ"א ס"ב בהג"ה ע"ש א"כ למה יהיו מגלגלין והר"ן תי' כתי' התוס' דלכך אין מגלגלין בשכי' הואיל והוא רק להפסת דעת וצ"ל דכך פי' דבריו במ"ש שהיא עצמה אין מהדין אלא להפיס דעת הרצון דחזינן בשכיר דס"ד ליתן לי' בלי שבועה וקשה למה הא אין זה בגדר א"י אם פרעתיך כמ"ש הר"ן להדיא שם וע"כ דקושי' הגמרא משום כדי חייו הוה ליה לחכמים לקבוע הדין ליתן בלי שבועה ומשני באמת היה ראוי רק להפסת דעת תקנו ולפ"ז חזר קו' הגמרא דאין להטריח על שכי' אשר אליו נושא נפשו ברבוי שבועות וגלגולין דהא אפילו שבועה זו ס"ד לעוקרו. ואם כן אין כל הפסת דעת שווים בחנוני ופועלים לא ראו חכמים לתקנם שום דבר אדרבא מהתורה נוטלים בלי שבועה וחז"ל גרעו כחם שצריך שבועה וכן בע"א מעיד פרוע להפסת דעת גרוע כח שיש לו ד"ת ליטול בלי שבועה ולא מצינו כלל שום יפוי כח שנתנו חז"ל להם א"כ אף ג"ש יכול להטיל עליהם ואין דומה זה הפסת דעת דשכיר דשם יפוי חכמים כחו ולכך לא הקשה הר"ן קושי' התוס' מע"א מעיד שפרוע כי לפמ"ש לק"מ משם דשם לא יפוי חז"ל כחו אדרבא גרעו כחו:

ובזה יש לכוון דברי סמ"ע בס"ק ד' דלכך שכי' אין לו ג"ש משום דאליו נושא נפשו ולכאורה טעם זו בדוי דלא כ' התוס' והר"ן לפמ"ש ניחא דיש לכוון דבריו בר"ן דלזה כוון ומעתה אף בחשוד יש לגלגל דהא כל התקנ' דיטול בשבועה הוא לתקנת' דחשוד דפטור ולכן דין זה צ"ע ודוק:

ב **אבל** אם טוען טענת ספק וכו' פי' שהנתבע או' א"י והנה מקורו של דין זה מתוס' והרא"ש ב"מ דף צ"ד ז"א שאולה וז"א א"י חייב ומוקמינן לר"נ דסבירא ליה בברי ושמא

הממע"ה דמיירי דיש עסק שבועה דטענו עוד פרה וכו' והקשו הא חייב ש"ש ובגלגול יכלול ששכור' מתה ואם א"י משאיל"מ ותי' התוס' וכן הרא"ש דכשהנתבע טוען שמא אין מגלגלין והרא"ש כ' מיהו מצינו למידחי דלא אמרינן בגלגול משאיל"מ כי אם בגוף השבועה כמו בחמשין ידענא וכו' לבסוף כתב הרא"ש שמעינן מיניה דאין מגלגלין כלל כשהנתבע משיב על הגלגל א"י וזהו תי' הראשון ולא הזכיר כלל מהך תי' דלא אמרינן בגלגל שבועה משאיל"מ ואולם הטור ברמזים העתיק הך שני תי' לדינא דאין מגלגלין אלא בטענת ברי אבל אם הנתבע או' שמא אין מגלגלין וכן דאין אמרי' משאיל"מ בג"ש ונראה דנ"מ בין שני תירוצים דלתי' השני עכ"פ צריך לכלול בשבועתו החמורה דעושה דאין יוד' מה שטען עליו בגלגל רק דאלו אמרינן גבי' משאיל"מ מה בכך דנשבע דא"י מ"מ חיי' לשלם ולכך קאמר דלא אמרינן בי' משאיל"מ אבל מ"מ צריך לכלול בשבועתו דא"י משא"כ לתי' הראשון א"צ לכלול בתוך שבועה חמורה שעושה דאין יודע דאין מגלגלין טענת שמא כלל ואין כאן ג"ש וא"צ לכלול וכמו כן יש להיפוך נ"מ דאם תבעו דחטף ממנו שטר וקרקע בע"א והוא אומר אין חטפ' ודידי חטפתי דזולת הגלגל אין כאן ש"ד כלל אבל בגלגל יש כאן ש"ד והוא טענת ברי ומגלגלין רק אי אמרינן דלא אמרינן בג"ש משאיל"מ מפטר דלא דמי לנסכא דר"א כלל ולכך הביא הטור ברמזים שני דינים וכן בסי' ע"ה כ' שני דינים ביחד דכ' וי"א דל"א בג"ש משאיל"מ כו' אם טענו מנה והודה לו בחמשים וכפ' בחמישי' ונתחייב שבועה וגלגל עליו ואמר על הגלגלים א"י ישבע ש"ד על חמשין שכפ' ועל הגלגלין ישב' היסת שאין יודע בהם עכ"ל הרי דפתח בתי' השני דאין אומרים משאיל"מ בג"ש וסיים דאין נשבע כלל ואפילו א"י א"צ ותמה המעדני מלך דהא ממ"ש הרא"ש ושמעינן מיניה משמע דסבירא ליה לעיקר כתי' הראשון דהא לא זכר כלל מהך תי' השני גם הג"ת בשע' ל"ח ח"א ד"ב הקשה ג"כ מנליה לטו' דסבירא לה להרא"ש להלכה דלא אמרינן בג"ש משאיל"מ ובאמ' מלבד דיש לומר דודאי כיון דהרא"ש כת' שני תי' פשיטא דאין להוציא ממון מספק ובגלגל הנ"ל דיכול לישבע אין לשלם דאולי תי' בתרא עיקר וכמו כן לגלגל עליו שיכלול א"י א"א דלמא העיקר כתי' הראשון וגם הרא"ש לא הכריח ומה שכתב ושמעינן מיניה דאין מגלגלין אלא בטענת ברי וכו' ולא הזכיר כלל מהך תי' בתרא משום דהתם פשיטא מספיקא לא נוציא ממון אבל בזה ה"א דמה בכך מ"מ ישתבע כדעת הרבה מחברים בספיקא שבוע' אמרינן ישב' וקמ"ל הרא"ש דלא אבל מ"מ לא הכריח בין תי' אך זהו דוחק ויותר נראה דחדא בכלל חברת' שייכא דהא דתלינן נסכא דר"א בהך דינא משאיל"מ הא כתבו המחברים דכיון דאמרי' משאיל"מ ש"מ במקום שחייבהו תורה שבועה היה שורת הדין שיתחייב

לשלם ממון רק התורה הטילה עליו שישבע ולכך כ"כ דלא נשבע צריך לשלם וא"כ אף בע"א מעיד עליו שורת הדין דיתחייב ממון כמו בשני עדים רק התורה הקיל' שישבע להכחישו אבל אם אינו נשבע הרי כאן חיוב ממון כמו בשני' ולפ"ז ה"מ כשאמר א"י צריך לשלם דשפי' אמרי' דחייב ממון רק פוטר עצמו בשבוע' וכ"כ דאין נשבע ישלם אבל בהך עובדא דלעיל בנתחייב לו ש"ד והוא תבעו בע"א שחטף שטר והוא אומר אין חטפתי ודידי חטפתי דיש כאן שבוע' בגלגל איך נימא דיש כאן חיוב ממון רק שיוכל לפטור בשבוע' דהא אלו טען א"י אם חטפתי הי' פטור משבוע' כלל א"כ ש"מ דאין כאן חיוב ממון מוחלט שיצטרך לפטור משבוע' דהא בא"י פטור ממון ושבועה וא"כ פשיטא דל"א ביה משאיל"מ והדבר במכ"ש ולכן כיון שהרא"ש החליט תי' הראשון דין השני במכ"ש ובפרט לפמש"ל בסי' ע"ה בישוב התוס' דמס' שבוע' דסבירא ליה דלכך צריך לשלם בנסכא דר"א דה"ל מגו להכחיש העד דלא ק' א"כ מה ענינו להך דינא דמשאיל"מ וכתבתי דהא יש לו מגו א"י ויפטור למ"ד לא אמרינן משאיל"מ ואם כן אף בזה הא עדיין יש לו מגו דא"י ויפטור לישבע ומכ"ש לשלם וא"ש ולכך כלל הטור שני דינים ביחד לעיל סי' ע"ה דחד מסתעף מחבירו. והגי"ת הקשה דע"כ הרא"ש לא סבירא ליה הך תי' שני דא"כ בהך דמחליף כו' היה לו לפרש דעל כסו' חייב לשלם ולא על עבדים בטוענו גדול לקחתי והל' אומר א"י ודבריו שלא בהשגחה דא"כ דלא ס"ל תי' השני רק תי' הראשון כמ"ש ושמעינן מיניה כו' פשיטא קשה הא אין כאן ג"ש על עבדי' כלל בטוענו א"י ומה טיבו של תשלומין לעבד גדול שלא זכה בגדול הא אין שבוע' כלל ועכצ"ל כתי' הך קושי' מעבדי' כמש"ל בסי' ע"ה באריכות עיי' עליו והדברים ברורים כמ"ש איברא שהרב בעל ט"ז הק' דלעיל סי' צ"ב סעי' י"ג כתב הטור דאם טען ראובן שמעון יודע בבירור מהפחת יכלול שמעון בתוך שבועות שותפת שאין יודע מהפחת והקשה הא בנתבע או' א"י אין מגלגלין כלל ולכך ביקש הט"ז לפרש כוונת הטור במ"ש אבל אם טען הנתבע טענת ספק אין מגלגלין עליו אין רצונו לומר דאין נשבע בכולל שא"י רק רצונו דלא דנין ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ודבריו לא נראי' כלל הן מפאת הלשון של הטור כנראה לכל מעיין והן כי הטור כ' להדי' בסי' ע"ה שאין צריך לכלול שאינו יודע רק יכול להטיל עליו היסת אבל אין צריך לכלול כלל שא"י. וגם הטור ברמזים העתי' כל שני תי' לדינא כמ"ש ולפי הט"ז לא ה"ל להעתיק רק תי' שני דלא אמרינן ביה משאיל"מ וגם איך יפסוק נגד מסקנת אביו הרא"ש ז"ל דכ' להדיא שמעינן כו' דהעיקר כתי' הראשון דאין מגלגלין כלל. ולכן ברור הדבר כמ"ש ובישוב הקושי' אפשר לדחוק דאם טוען ברי שאתה חייב לי מנה והוא משיב א"י אין כולל אבל אם התובע אומר ברור לי בלי פקפוק שאתה

זוכר בזה יכול לגלגל כיון דהכחשה בבירור שזה טוען ודאי יודע אתה וזה טוען לא וא"כ הוי הכחשה בבירור וזה דוחק דסוף כל סוף לא דמי' לסוטה ואמת לפמ"ש הש"ך בס"ק ה' דלכך אין ג"ש בטוען נתבע א"י דאין שבועת א"י שבועת התורה כלל ובטוען אתה בבירור יודע והוא אומר א"י יש ש"ד לשיטת הר"ן דהקשה ביתומים דאמרו חמשין אי' לך וחמשין לית לך דחייבים שבועה דאורייתא והקשה הר"ן הא אית לי' מגו דא"י ותי' דצריכים לישבע שא"י וש"מ דמהתורה צריכין לישבע דהא עסקנו בש"ד וצ"ל הואיל וטוען בבירור שיודעים כמ"ש הר"ן דמיירי דטוען ברי לי שאתם יודעים יש מהתורה שבועה לומר דא"י וא"כ אף בכה"ג יכול לגלגל כיון דבכה"ג יש ש"ד אך טעם זה דחוק מ"ש הש"ך והעיקר דלא דמי' לסוטה. ויותר נראה דשם דהטילו חכמים שבועות שותפים מספק דמורו היתרא וא"כ מה לי שחושדין שגנב משל שותפ' או שחושדין שיודע שיש לו לשלם מה שהיה פחת לחבירו ומעכבו בשביל דמורה היתרא טרחתי ואעכבתי לעצמי בשביל טרחתי היינו שבועות שותפות גמור רק הואיל וטען בבירור שידע אמרי' שלא ישבע בסתם רק מפרט בשפתותיו דלא ידע כדי שיהיה פורש ביותר משבועות שקר ח"ו הואיל ונשבע בפי' אבל באמת עיקר שבועה הוא שבועות שותפות דמ"ש דמעכב תחת ידו בזה אופן או בזה אופן וכן מוכרחים לומר בדברי הב"י דכתב דהא דמצריך הרמב"ם שיטעון ברי שיודע משום סיפא נקטו להשביע היסת אבל ברישא בג"ש א"צ טענת ברי וכ"כ הסמ"ע והקשו האחרונים דהא כשתובע טוען שמא א"י לגלגל רק ברגלים לדבר ומה רגלים איכא שיודע מהפחת ולפי מה שכתב' ניחא דזהו בכלל שבועות שותפות גמור ואם כן יכול להשביע בספק וא"ש וזה ברור:

איברא דהאחרון הכביד הרב הש"ך הקשה ושדי ביה נרגא דהמחבר לקמן בסי' שד"ם ס"ד בזה אומר שאולה וזה אומר שכורה כו' כתב המחבר בזמן שהמשאיל טוענו ודאי ישבע שומר ששכורה מתה או שא"י מיהו זה יש לדחות כמ"ש הב"י דכוונתו להיסת כמ"ש הכ"מ בביאורו להרמב"ם. אלא מסיפא בזמן שהמשאיל אומר א"י ישבע השוכר שמתה כדרכה ש"ש וע"י גלגל ישבע ששכור' מתה או שא"י. ומזה מבואר דלא כתו' והרא"ש והוא סתירה מיניה וביה כי מהך נובע מקורן של דינים הנ"ל וצ"ע. ומה שנראה בישובו נראה כי התוס' הקשו א"כ ג"ש איך משכחת הא יש לו מגו דאמר א"י ופטור מגלגל ויש לומר דאין טוען ברצון א"י כי אז נראה שהתובע אומר אמת שטוענו ברי והוא משיבו א"י וקשה תינח בטוען התובע ברי כשתוב' טוען שמא נמי מגלגלין כדאמרינן להדיא בגמ' דקידושין אשכחן ודאי ספק מנין וכו' וא"כ הקו' במקומו מה שבועה יש הא יש לו מגו א"י ושם לא שייך תי' התוס' דאין טוען ברצון כי נראה דמשקר דחבירו

טוען ברי דהא גם הוא טוען שמא וביותר לפמ"ש באס"ז בשם הראב"ד דלכך שבועות שומרים באה על הספק ולא הך דשאלה ושכורה משום דבשומרים אין להמפקיד לידע אם באונס או בפשיעה משא"כ אי שאולה או שכורה יש להמפקי' לידע ולהכיר בהמתו כמו בשאר טענות שיש על התובע לידע כמו הנתבע ולכך בכל אלו אין משביעי' על ספק ולפ"ז מה גריעות' לנתבע שא"י כיון שגם התובע א"י ועליו מוטל לדעת הדבר כמו הנתבע. ובהכי ניחא במ"ש התוס' שם ד"ה רב הונא וכו' למאן דלא סבירא ליה מתוך שאיל"מ א"כ מודה מקצת אמאי חייב הא יש לו מגו דא"י ותי' דאין טוען ברצון א"י כדפירש"י במתניתין וקשה הא במשנה מפרש התוס' הואיל וטוען התובע ברי א"כ ש"ש איך משכחת לי' הא יש לו מגו דא"י ושם לא שייך דתובע טוען ברי ואי אמרינן דלא תלי' בזה אפילו הוא טוען שמא הוה ליה טענה גרוע א"כ למה כתבו התוס' במשנה דהואיל דטוען ברי ולפמ"ש ניחא דבש"ש דאין על המפקיד לידע גרוע טענתו לומר א"י אפי' שגם התובע טוען שמא כי הוא ה"ל לידע ולא התובע אבל בשאר טענות וכן בשאלה ושכורה לא גריע טענתו אם אף התובע א"י וזה ברור. וא"כ קושי' הנ"ל במקומו ולכן סבירא ליה לטור דהיא היא דבמקום שגרוע טענתו כשאומר א"י אנו אין חוששין לערמה דטוען ברצון א"י לפטור מגלגולים ולכך אין משביעין אותו ומיגו ליכא ג"כ אבל במקום דאין טענתו גרוע באומר א"י פשיטא דלא בטענתו דאנן אמרינן דאערומי קמערים לפטור משבועה וכבר כתבו דאי פקח הוא יטעון א"י על הגלגולים (עיי' באסיפת זקנים) וצריך לישבע וא"כ לק"מ דבטוענו ספק דאין טענת א"י גרוע אף הוא אין מועיל וצריך ג"ש ואין להקשות א"כ להיפוך התובע יערים ויאמר בתביעתו ספק כדי שאף הוא אם יאמר א"י יהיה מ"מ צריך לכלול בשבוע' דחדא אולי יאמר הוא יודע ויהי' הוא נתפס כשקרן דהואיל דטוען שמא ושכנגדו ברי ואין טוען ברצון כמ"ש התוס'. ועוד אם טוען ברי לא במהרה מעיז נגדו לכפור כאמרם אין אדם מעיז וכו' משא"כ אם יטעון שמא יעיז בפניו ומהכ"ת יטעון שמא. וא"כ א"ש ול"ק א"כ בסיפא זה אומר א"י וזה אומר א"י יחלוקו למה לא ישבע בכולל שא"י דהא הוא טוען שמא וי"ל ערומי קמערים דהא לא קשיא דקושי' זה קשה ג"כ לתי' שני של הרא"ש דכתב דיש לומר דמגלגלין כשנתבע טוען שמא רק לא אמרינן מתוך שאיל"מ וקשה מ"מ איך קתני יחלוקו ליתני דישבע בכולל דא"י וצ"ל דהא סיפא סומכס וקיימא לן דלא אמר סומכס במקום שיש שבועה דאורייתא וה"מ שבועה גמורה הן או לאו אבל בכהאי גוונא דישבע דא"י א"כ עדיין הספק במקומו ולכך סבירא ליה יחלקו וכיון דיחלקו בו ליכא שבועה ולק"מ רק הקושי' הוא הא צריך לשלם דהוה ליה משאיל"מ אבל כיון דליכא חיוב תשלומין חלוקה עדיפה לסומכס

וא"ש ודוק. ומעתה א"ש דלקמן דמיירי המחבר דשניהם טוענים שמא מודה הטור דיכול לגלגל דאל"כ אערומי קמערים משא"כ כאן דהתובע טוען ברי א"י לגלגל בא"י דלא שייך אערומי קמערים כמ"ש וא"ש. וכך ראוי לנו לומר למעט במחלוקת דהא הרבה מחברים דלא סבירא להו כלל הך תי' התוס' דא"י לגלגל בא"י כמ"ש בא"ז ע"ש ואם כן די דנימא בכהאי גוונא במקום דלא שייך אערומי קמערים ודוק. ובזה יש לישב מה דהקשה הע"ש והש"ך לעיל סי' ע"ב סי"ב במ"ש המחבר והטור דאם אין יודע אם היה המשכון שוה יותר מכדי חוב דישבע שבועה שאינו ברשותו ויכלול שא"י הא אין מגלגלין בא"י וע"ש בש"ך שכתב דצ"ע ולפי הנ"ל יש לישבו דבלא"ה השיג הראב"ד במה דפסק שם דאם מודה שהיה שוה יותר רק א"י כמה הוה ליה משאיל"מ דהא לא ה"ל למידע ולשיטת הטור והרא"ש צ"ל דודאי אם אין יודע כמה היה שוה לא הוה ליה למידע אבל באומר שיודע שהיה שוה יותר מכדי חובו א"כ מנין יודע זה וע"כ דנחית לשומא אם כן הוה ליה למידע הכל ולמה ידע שהיה שוה בבירור יותר מכדי חובו וזה אין יודע כמה למה יבחין זה יותר מזה. ולפ"ז אם באמת אין ידוע לו כמה היה שוה הרי זה בכלל לא הוה ליה למידע ואם כן דהוא בכלל לא הוה ליה למידע אם כן עדיין אין שמא שלו גרוע ולא מחזי כמשק' דהא לא הוה ליה למידע ואם כן עדיין יש לומר כהנ"ל דאערומי קמערים בטוענו א"י דאין משוי עצמו כשקרן בעיני עולם ולכך צריך לכלול בג"ש ולק"מ ודוק:

ג **ובלבד שיהי' רגלי' לדבר וכו'** מקורו של דין זה הוא ג"כ מהך משנה דשאלה ושכורה דקתני הוא אומר שכורה מתה והלה אומר א"י פטור הק' התוס' ישבע ע"י ג"ש דחייב ש"ש דכדרכה מתה ואם כן יכלול דשכור' מתה ותי' דמציעת' דאין רואה בבירור דמשקר מאמין לו על ש"ש ולכך ליכא ג"ש כלל ועוד תי' דכיון שהתובע טוען שמא א"י לגלגל והא דאמרינן דאף בספ' יכול לגלגל היינו כשיש רגלים לדבר כמו סוטה ושבועת שותפים. אבל בזה דליכא רגלים אי שאולה או שכורה מתה לא יכול לגלגל והרא"ש תפס תי' זה לעיקר לדינא ומזה פסק כך והקשה הש"ך דלקמן סי' שד"ם פסק במשאיל אומר א"י והשואל אומר שכורה מתה ישבע שמתה כדרכה ויכלול ששכורה מתה והרי היפוך פסק הלזה דאף בטענת שמא מגלגלין וצ"ע. ואני מוסיף תימא דהא שם ב"מ דף ו"ו דבור המתחיל שבועה הקשה רבינו תם דלסברא זו דאין מגלגלין אלא בדבר הדומה למה יגלגל שלא שלח בו יד ונתחייב באונסי' מה רגלים יש ששלח יד בפקדונו ולכן מפרש רבינו תם דפירוש שלא שלח בו יד דלמא אכלה הא במתה לפנינו אין כאן שבועת שליחות יד ע"ש והנה לקמן בסימן רצ"ד מבואר להדיא בטור ומחבר דאפילו מתה לפנינו ויש עדים שנגנבה מכל מקום נשבע שלא פשע וכולל שלא שלח בו יד והקושי' במקומו דאם

כן מפרש כפרש"י על שלא שלח בו יד הא אין כאן רגלים לדבר כלל וצ"ע. ומה שנראה כי הנמוקי יוסף והרשב"א בחדושיו לקדושין דף כ"ז הקשו ג"כ קושי' התוספת דלמה במציעתא פטור ישבע ע"י גלגול דשכורה מתה ותי' דמיירי דידוע שמתה כדרכה ואין כאן מקום לגלגל ודבריהם לכאורה תמוה כאשר טען עליהם הג"ת בשער הנ"ל דא"כ איך אמרי' בגמ' בהך בבא זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע ופרכינן מה שטענו לא הודה לו ומשני על ידי ג"ש דמשתבע כדרכה מתה ועל ידי ג"ש משתבע דשכורה מתה וא"כ מוכח דליכא עדים ויש כאן שבועת שומרים וצ"ע לכאורה. אמנם נראה דאף דגרסינן ומתה אין הכרח דיש עדים על המיתה שהיה כדרכה בלי פשיעה וכדומה דגם כן יש לפרש דהנבילה לפניך אבל מכל מקום סיבת מיתתה לא נודע רק כל כוונתם איך אפשר לומר דיש עדים עיקר חסר מהמשנה וע"ז מפרשי דהואיל ונאמר במשנה ומתה י"ל דכוונה דמתה בעדים ואם כן ה"ל כאלו נאמרה במשנה ולא קשה עיקר חסר וא"ש ואם כן לק"מ דודאי גם הם חשבו כתי' התוס' דמיירי במאמינו הואיל ולא ראה דמשקר אבל קשה בתוס' תינח למ"ד ברי ושמא ברי עדיף וא"צ להרבות בפרות במשנה אבל לר"נ דסבירא ליה הממע"ה ואליבא דרמב"ח (וכך צ"ל דר' יוחנן סבירא ליה בבבא קמא דף ק"ז כרמב"ח ע"ש ואלו בדף קי"ח סבירא ליה כר' נחמן דהממע"ה) צ"ל דמשנה אייריי בשלש פרות חד דכופר וחד דמודה והך דנחלקו בו אי שאולה היא או שכורה היא כמבואר בגמ' ואם כן קשה במציעתא למה יפטור משבועה ואי דמאמינו הואיל ולא הוחזק אצלו לשקרן הא כופר בפר' ואין לך שקרן גדול מזה וגזלן שמסר לו ג' והוא כופר באחד ולכך לישב זה תירץ הרשב"א והנ"י דודאי יש טעם לומר הואיל וגי' ומתה דהיו עדים רק למ"ד ברי ושמא ברי עדיף ל"ל כך מקושית הגמ' מה שטענו לא הודה וצ"ל דמשתבע על ידי ג"ש דש"ש אך להך מ"ד י"ל תי' התוס' דמאמינו הואיל ולא כיחש בו דאליביה אין כאן פרה דכפירה כלל ולמ"ד דממע"ה וצריכין להרבות בפרות ואיכא חדא דכפירה ואם כן ל"ל דמאמינו לעומת זה י"ל דאיכא עדים ובלא"ה לא קשיא מסיפא מה שטענו לא הודה וכו' דהא יש כאן עסק שבועה וכמ"ש רש"י להדיא קושיא מה שטען כו' אינו רק לר' יהודא ולא לר' נחמן ע"ש וא"ש דברי רשב"א וכן דברי התוס' שניהם מתכוונים לכוונה אחת. אך יש להקשות אם כן דיש עדים שמתה כדרכה איך יש פרה דנאנסה והרי אין כאן לרמב"ח רק ב' פרות הודאה וכפירה דל"ל דס"ל כר"ת דהך אי שאולה מתה הוי טענת שומרים כיון דידוע שמתה כדרכה ודוחק לומר כי ס"ל הואיל דיש כאן טענת אונסים אף דאיכא עדים מ"מ הרי זה לרמב"ח ש"ש כמו שכתבו לדעתו אף דמחיל כפירה מ"מ מיקרי ש"ש דזהו דוחק ועוד אי סבירא ליה כר"ת ע"כ צ"ל

דמה"ת אינו חייב רק בצירוף הודאה וזהו לא שמענו לרשב"א וסייעתו. וגם ל"ל כתו' ב"ק דכפירה והודאה לחוד מחייב שבועה לרמב"ח דא"כ קשה קושית תוס' מה צורך להרבות בפרות חדא דכפירה הך דשאלה מתה ה"ל כפירה דהא קיי"ל א"י קרוי כפירה כדקי"ל בחמשין ידענא וכו' ובשלמא להך דב"ק יש לישב דבשאלה יש מגו דמתה מחמת מלאכה והוי רק הודאה ונאנסה וליכא שבועה לרמב"ח ולומר דמשנה איירי דעדים מעידים טוב מיתת הפרה אי אפשר דהא קתני ישבע ששכורה מתה וע"כ הואיל דמשתבע דלא פשע דאל"כ ה"ל לישבע שאולה קיימת כמ"ש התוס' בשם ר"ת ד"ה משכחת וכו' ולכך מוסיף בפרה דכפירה והוא איירי דקמן קאי כמ"ש התוס' בב"ק בשמעתין הנ"ל אבל להרשב"א דמוקי באמת בעדים קשה בממ"נ או דלא יועיל הרבוי או דמרבה ללא צורך. ולכן נראה דגם לריב"א קשה דאי לרמב"ח מיקרי ש"ש משום דיש כאן שבועה דמתה כדרכה אמאי הגמרא לא הזכירו כלל. ולכן נראה לומר דודאי הא דס"ל לריב"א דאין טענת שאולה מתה בגדר ש"ש הטעם כמ"ש הנ"י דשומרים הטיל' התורה שבועה דלא דק ואמר בדדמי והבעל אין לו לידע משא"כ בין שאולה לשכורה ה"ל לבעל ולשומר לידע ולדייק. אך זהו סברא לרחב"י דס"ל דהחמירה התורה על שומר לישבע על נאנסה לבד בלי הודאה ובלי טענת ברי אבל לרמב"ח התורה הקילה על השומר אפילו כמ"מ לא ישבע עד דאיכא צירוף כל הנך תלתא אם כן תו לא שייך טעם של הנ"י דאדרבא הקילה התורה ואם כן מודה הריב"א כמ"ש אם בפשיעה מתה או שאולה מתה הכל ש"ש יחשב כדעת ר"ת ולכך לרמב"ח איכא שלשה פרות דכפירה והודאה והך דשאולה מתה קרוי נאנסה והרי כאן שלשה פרות ואתי שפיר וא"צ הך כדרכה מתה להתחשב בתוך מנין הפרות וא"ש ודוק כי נכון הוא לענ"ד ובחדושי לשמעתין הנ"ל הארכתי בזה למאוד ואין כאן מקומו:

אך עדיין קשה לפי שהעלו התוס' בב"ק דף ק"ז ובשבועת ריש פרק כל הנשבעין בראיה ברורות מכמה משניות דאף לרמב"ח דמצריך ג' פרות היינו לש"ש אבל במודה במקצת דעלמא סגי בב' פרות חדא דהודאה וחדא דכפירה אם כן דל מהכא ש"ש דיש עדים דמתה כדרכה מ"מ הא איכא חד דהודה וחד דכופר וחייב על הך דכופר ש"ד כדין מ"מ ויכלול בג"ש דשכורה מתה ולמה פטור ועדיין קשה ג"ש להיכן אתיא. וצ"ל דודאי הך תי' השני שכתבו התוס' דאין מגלגלין אלא כשיש רגלים לדבר כו' אין בזה ספק וסברת דברי הכל היא כנראה מהתוס' בקדושין להדיא אלא דמהרש"א הקשה דלפמ"ש התוס' בטענת ודאי מגלגלין אפילו בטענה שאין דומה אמת הואיל ודמיא לעיקר שבועה א"כ אף בשבועות שומרים הבאה על הספק אם כן אף טענת ספק אפילו ליכא רגלים לדבר מגלגלין עליה דדמי לעיקר שבועה דבאה בספק וליישב קושיתו צ"ל כמ"ש רשב"א

בחדושיו לקדושין דף כ"ז דשבועת שומרים הוי כרגלים לדבר עד דהוי כמו ברי דברי שהפקיד אצלו ע"ש. וזהו מה שצ"ל בתי' השני של תוס' אבל התוס' בתי' ראשון מיאנו בזה לומר דשבועת שומרים הוי כמו רגלים לדבר ואם כן סבירא ליה קושית המהרש"א לאמת דבש"ש הבא על ספק אף טענת ספק יכול לגלגל אפילו בדליכא רגלים לדבר כלל דדמי לעיקר שבועה ולכך נתקשו למה לא יגלגל על שבועה דכדרכה מתה ג"ש דשכורה מתה ואי דאין רגלים הא דמיא לש"ש ולכך תי' לר' יהודה במאמינו ולר"נ כנ"ל דיש עדים על האונס ומעתה לא קשיא דל ש"ש הא יש כאן שבועה מ"מ דגבי שבועת מ"מ דהוא טענת ברי פשיטא דכבר ידע התוס' דאין מגלגלין אלא ברגלים לדבר דכאן אין דומה לעיקר שבועה בשום צד דזה טענת ברי וזה שמא ולכך בעינן רגלים לדבר לכ"ע ובזה ליכא רגלים וא"ש. וכתבו התוס' דלעולם אפילו בעיקר שבועה דהיא ש"ש מ"מ אין מגלגלין אלא ברגלים ולא קשיא לתוס' קושית מהרש"א כהנ"ל די"ל אף ש"ש הוי רגלים לכך כמ"ש רשב"א ודוק. ולכך סבירא ליה לטור ומחבר דברור דהך דלא שלח בו יד פירושו כמ"ש כל מחברים ופוסקים כפירש"י ודלא כפיר"ת ואם כן קשיא קושית התוס' הא אין מגלגלין בלי רגלים לדבר וצ"ל כמ"ש בתי' הראשון של תוס' דכי אין מגלגלין אם עיקר שבועה בא בטענת ברי מ"מ וכדומה משא"כ דעיקר שבועה בשמא דהיא ש"ש אף שמא מגלגלין אפי' ליכא רגלים ולכך יש ג"ש שלא שלח בו יד ולכך הביא הרא"ש שני תי' תוס' במאמינו וכתב כמ"ש בפרישתי הרי דהחזיק בתי' זה ואח"כ כתב עוד די"ל דבעינן רגלים וכו' היינו דב' תי' אמת לגבי ש"ש צ"ל מאמינו ולגבי שבועת מ"מ צ"ל דבעינן רגלים וכו' וא"כ כאן דמיירי דעיקר שבועה מטענת ודאי מ"מ וכדומה דלא מיירי מן ש"ש סתם הטור ומחבר דבעי' רגלים אבל לקמן סימן שד"מ דמיירי דעיקר שבועה ש"ש כתב דיכול לגלגל וא"צ רגלי' כלל היותו דמי לעיקר שבועה ולק"מ ודוק. ובהכי ניחא נמי מה שהקשינו בס"ק הקודם בב"י דהקשה לעיל בסי' צ"ג דא"צ לג"ש טענת ברי והקשו הא ליכא רגלים לדבר וע"ש מ"ש ולפמ"ש בזה בלא"ה לק"מ דשם עיקר שבועה בספק ש"ש אם כן אף בלי רגלים יכול לגלגל ולק"מ. אך יש להקשות אם כן דמיירי במקום דליכא הכחשה בבירור במאמינו אם כן מנלן הך דינא דאין מגלגלין כשנתבע טוען שמא ואי דקשיא רישא מה צורך להרבות בפרות הא ה"ל מחויב שבועה בגלגול דמתה כדרכה דהא רישא אמר השומר א"י אי שכורה או שאולה מתה ואם כן לא הוחזק לשקרן ומאמינו על ש"ס כמו בסיפא. ועיין בתוס' וברא"ש דמשמע מלשונם דהך דינא דאין מגלגלין כשנתבע טוען שמא קאי לכל התי' אפילו במאמינו. וביחוד בתוס' דבתר דשני במאמינו חזרו והקשו על תי' הראשון דאין מגלגלין בא"י דאם כן יש לו מגו

וש"מ דקאי הך תי' אף להך סברא ודוחק לומר כי סבירא ליה לתוס' כיון דזה מוטל על השוכר לידע מי מתה או שאולה או שכורה דאל"כ בא"י לא הוי בגדר מתוך שאיל"מ דהא לא ה"ל למידע ואם כן באמר א"י אי שאולה אי שכורה הרי זה בחזקת פושע דלא דק במלאכת רעהו לדעת איך יקרה אסון וכיצד ישלם והרי זה מקלי דעת ואם כן לית בי' הימנותא ולא מאמין ליה כלל אף על ש"ש ובפרט דיש לחוש דכמו דלא דקדק בזה כך לא דקדק אי מתה כדרכה או לא רק אומר בבירור שמתה כדרכה דאם יאמר א"י יצטרך לשלם ואין מאמין ליה כלל רק בהא דהוא המשאיל אומר א"י והשואל אמר ברי לא מגרע מהימנותא דבר ולכך מאמינו על ש"ש. ולכך צ"ל ברישא וסיפא גבי זה אומר א"י וזה אומר א"י דאין מגלגלין כשנתבע טוען שמא דאל"כ מנלן לגמ' להקשות דלמא איירי בג"ש ואין מאמינו אף דצ"ל דמאמינו במשאיל בטוען א"י דהא לא דמיא להדדי אך זה דוחק. ועיין באסיפת זקנים הרבה מחברים דכתבו להדיא דבהך תירוץ מאמינו מיושב קושית התוס' הראשונה ומה שנראה לישב או דהקו' מה בכך דמאמינו מכל מקום כיון שטוען ברי ששאולה מתה והלה אומר א"י ליהמן הך במגו דלא היה מאמינו ואם כן היה מחויב לשלם א"כ אף עכשיו דמודה לו דמתה כדרכה ומאמין לו ואומר ששאולה מתה יהיה נאמן ואי דהוי ליה מגו להוציא הא בברי ושמא אמרינן מגו להוציא כמ"ש לעיל בכללי מגו וכמ"ש מרדכי בכתובות גבי נאמנת במגו דמ"ע ע"ש. או י"ל דהתו' תי' עוד דמיירי דמשאיל ידע וראה דמתה כדרכה אבל גבי זה אומר שאולה אומר איני יודע כדי להזקיקו לשבועה שיודה האמת ולפי זה אף ברישא פשיטא דכובש עדותו כדי להזקיקו לשלם לו כי יודע כי מגיע לו באמת בעד שאולה ונראה הא דלא החזיקו התוס' זה הסי' ותי' במאמינו משום דקשי' להו כמ"ש ר"ת דהקושיא למם ישבע שכורה מתה ישבע שאולה קיימת וצ"ל כתי' דבלאו הכי נשבע דמתה כדרכה ולתי' זו קשה למה כובש עדותו הא סוף כל סוף יצטרך לישבע ומה נפקא מינה לו בנוסח השבועה אם שאולה קיימת או שכורה מתה עד שבשביל כך יכבוש עדותו ולכך צ"ל במאמין ובזו אין מאמין הואיל מכחישו כמ"ש התוס' ואם כן אתי שפיר דקש' לתו' ולרא"ש אי סלקא דעתך דבג"ש אמרי' משאיל"מ רק במשנה מאמינו הא כל חפצו של התנא להודיענו טוב משאיל"מ ואם כן למה נקט המשנה באופן דמאמינו ולכך צריך להוסיף בפרות חיצונה מה דלא נזכר במשנה ולהרבות כדי שיהיה כאן עסק שבועה ויהיה בכלל משאיל"מ לא יוסיף בפרות ולא לנקוט המשנה בהך גוונא דמאמינו רק דיודע דמתה כדרכה כתי' השני ויהיה מ"מ כל הבבות שנוי' על הסדר דברישא כובש עדותו כדי להוציא שלו ואם כן יש כאן ג"ש ומשאיל"מ ובטוען אינו יודע אין כובש עדותו ואין כאן כלל ג"ש ובזה אומר

שאולה וזה אומר שכורה פשיטא דכובש עדותו כדי לזקוק אותו לשבועה ולא שייך דהא אין קפידא רק בלשון דאם אין רבוי פרות לולי ג"ש אין כאן תיוב שבועה כלל ולק"מ ואם כן קושית התוס' שפיר מה דוחקא דהתנא לומר בכה"ג וגם ס"ל לגמרא לומר כך דאם ליכא רבוי פרות א"צ לומר מאמינו ואפשר דהתנא סבירא ליה כן ודוק כי נכון הוא ומדברי התוס' למדנו דהא דברגלים לדבר מגלגלין בשמא לא סגי במה שאומר התובע שיש ולרגלים לדבר רק צריך להיות מבורר לב"ד דמלמדין מסוטה ואין משקים רק ע"פ שני' בקינוי וסתירה דאלו סגי במה שהתובע אומר אם כן מה הקשו התוס' בטענת ברי מנלן שמגלגלין אם אין דומה הא אין לך רגלים לדבר ביותר במה שטוען ככרוכיא ודאי שאולה מתה וברי לי שמשקר אלא ש"מ דאף בזה לא משגיחין בדבריו רק בבית דין בטענתם הניכרת לבית דין ופשוט:

ד **כמו בשבועת שותפ**' עיי' ס"ק ה' בש"ך במ"ש בשם הב"ח אם תבעו מנה והלה אומר א"י דפטור וחייב לישבע היסת דאינו יודע דאינו יכול לגלגל ודעת הש"ך דיכול לגלגל וכן משמע לכאורה מסתימת הפוסקים. אמנם נראה דהני רבוותא דהביא הרשב"א בקדושין וכן הר"ן סוף שבועת דסבירא ליה דאין מגלגלין על טענת שמא וסוטה ברי הוא שהרי קינא לה ונסתרה ודברים אלו יצאו מפי גאון קדמון רבינו האי גאון במשפטי שבועות אשר לו ותמהו הרשב"א והר"ן דהא מגלגלין על שבועת שותפים ושומרים ושבועה דאינה ברשותו ונראה דסבירת ליה דש"ש הוי ברי כמ"ש רשב"א דהרי ברי שהגיע לידו וכן בשבועה שאינו ברשותו דהכל כברי דמי שהרי הגיע לידו בברי וכמ"ש רשב"א וכמש"ל בישוב דברי התוס' מקושי' מהרש"א וא"כ כל הני השנוים במשנה דמשביעין בטענת ספק הכל איירי ברגלים לדבר והוי כמו ברי וכמ"ש הרא"ש דכל הנך דמשביעין על ספק הוא דדומה לש"ש והיינו דה"ל רגלים לדבר והוה ליה כטענת ברי כמו בסוטה ולא אמרו הגאונים הנ"ל אלא בהיסת דמשביעין שא"י והא זה רק שמא דמי יודע אי ידע או לא בזו סבירא ליה כיון דליכא רגלים לדבר כלל לא דמיא לסוטה ולא מגלגלין כלל ואם כן לא קשה מכל הנ"ל דבשבועות המשנה מודים דלא אמרו חכמים במשנה להשביע רק ברגלים והוי כטענת ודאי ולכן צ"ע לדינא כיון שיש מקום לקיים דברי הגאונים שדבריהם דברי קבלה ותקנתא לתקנתא לא עבדינן וצריך עיון:

ה **שנתחייב שבועה וכו**' עיי' אורי' ס"ק י"א דדעת הש"ך דהא דקיימא לן בטוען פרוזבול היה לי ואבד או בהיתר לקחתי רבית דנאמן וא"צ היסת דחזקה לא שביק היתירא מ"מ ג"ש בעי ואני מסתפק דאם סמכינן אהך חזקה למדחי היסת למה לא יועיל לדחות אף ג"ש ולכאורה יש להש"ך ראיה לדעת הרא"ש וסייעתו דסבירא ליה אמירה לפני ב"ד

הריני מוסר לכם מועיל אפילו בלא כתיבה כלל ואין ענין כתיבת פרוזבול רק לראיה וכמ"ש והדיינים או העדים חותמים למטה דהיינו שיעידו שהיה פרוזבל וקשה מה צריך הא בלא"ה נאמן מכח חזקה דלא שביק וכתיבת פרוזבל אין צורך בו כלל וצ"ל דנ"מ לפטור מג"ש כלל וכלל. אך יש לדחות דהא פרוזבול עיקר תקנה היה משום מלוה ע"פ כמ"ש הר"ן דבשטר יכול למסור לב"ד וא"כ הרי הלוה נאמן במגו דלא היה פרוזבול במגו דאמר להד"ם או פרעתי משא"כ בפרוזבול הוי מגו במ"ע ועיי' י"ד סי' קס"ט סכ"ה ע"ש:

ולכן נראה דאם נתחייב ש"ד ומגלגל עליו שלא לקח רבית כיון דג"ש דאורייתא אפשר דלא אלי' הך חזקה למדחי שבועה של תורה ודי דנדחי היסת שבועה דרבנן משא"כ בג"ש על היסת דהכל דרבנן לא דאלים תזקה למדחי שבועה דרבנן ועיין אורים.

ו **מהטענות ודאית** דאם התובע טוען שמא והוא רוצה לשלם העיקר א"צ לישבע על הגילגולים כ"כ המ"מ ברמב"ם וכתב שכן כתבו הרמב"ן והרשב"א בב"מ. ואני תמה דהא כל עיקרו של דין זה הוא מירושלמי דחד תבעו ב' דינרין וחייב ר"ז שבועה וא"ל ופלן ופלן וביקש לשלם תרין דינרין וא"ל ר"ז או שלם כולו או השבע על כל מה דגלגל עליך ולדבריו צ"ל דמה דאמר פלן ופלן היינו דתבעו בברי א"כ איך ס"ד להרי"ף לומר דהך מיירי בשבועת היסת א"כ בלא"ה בלי ג"ש מי ימחה להטיל עליו היסת וקשה לומר בדברי ירושלמי הנך אופנים דכתבו אחרונים בדברי רמב"ם דכולי האי אין פי' ירושלמי סובל ועוד אם כן מה מקשה הרי"ף דברי ירושלמי אהא דאמרי' שם בפרק המפקיד הריני נשבע וכשראה שמגלגלין עליו אמר הריני משלם ואמרי' לא נתנה תורה להחמיר אלא להקל לשני' דהתם מיירי דרוצה לגלגל שמא דומיא דש"ש דאיירי מיני' שם ולכך לא ניתנה ג"ש להחמיר אבל כאן מיירי במגלגל עליו טענת ברי. ובאמת דברי ירושלמי מורי' דהפי' פלן ופלן בספק דז"ל ירושלמי על משנה ואלו נשבעים שלא בטענה אר' יוסי הדא אמרה בנושא ונותן שלא בחשבון אבל בחשבון לא ובדא ואהן בן בית עוד הוא בנושא ונותן שלא בחשבון ר' זירא כהדא דר' יוסי חד בר נש אזיל למדין קמי' ר"ז וחייבו שבועה על תרין דינרין אמר לי' לאו תרין דינרין אני חייב לך הא טריפין לך א"ל ומילת פלן ופלן א"ל ר"ז או הב לי' כל מה דתבע לך או אשתבע לי' על כל מה דמגלגל עליך עכ"ל. ופירושן של דברים כך דאר"י באשה נו"נ בתוך הבית דנשבעת היינו כשהבעל מאמין לה ואינה נותנת חשבון כלל לבעלה בהא יש שבועה אבל בצריך ליתן חשבון א"כ אין אחר חשבון שבועה וע"ז קאמר ובדא הרצון באשה כך דרכו של הבעל להאמין לאשתו בלי חשבון ולכך קתני סתמא במשנה דדרך כך הוא דאינה נותנת חשבון ואהן ב"ב ר"ל איז' ב"ב דתאמר במשנה סתם דצריך שבוע' הלא ודאי סתם בן בית סופו ליתן חשבון לבעה"ב

ואיך יתחייב שבועה. ומשני עוד הוא בנו"נ שלא בחשבון הרצון אף דלדברים גדולים צריך ליתן חשבון ישנו דברים קטנים שאינם עולים להקפיד עליו כל כמה שהבעל הבית מאמין לו בלי חשבון ואי אפשר ליתן מכל דבר קטן חשבון ואם כן צריך שבועה וכיון דצריך על זה שבועה צריך לישבע על הכל מתורת ג"ש רק קשה אם כן אם בן הבית יאמר מה שאני נחשד בדברים קטנים אשלם כי מצער הם וכלא חשובים ולא אשבע על הכל וע"ז קאמר דר"ז אתיא כר"י דכיון דנתחייב שבועה תו אין מועיל התשלומין וצריך לשלם או לישבע על הכל וא"ש וזהו ברור בכוונת ירושלמי ולכך לא תי' הרי"ף דהתם בהמפקיד טוענו שמא וכאן ברי דהא כאן בבן בית הכל שמא וחשד בעלמא מיתני וכ"כ הר"ן להדיא בשם תלמידי רשב"א דהך פלן ופלן פירושו בשמא ולא בברי ונראה מטעם שכתבתי וא"כ דינו של הרמב"ם צריך עיון. אמנם נראה דיש להרמב"ם ראיה מהא דאר"י ורמב"ח דשומרים צריכין כפירה והודאה במקצת והיינו שלשה פרו' דל"ל קרא לשבועת שומרים הא בעלמא מודה מקצת חייב לכולי עלמא כמ"ש התוס' בב"ק וא"כ יתחייב ש"ש בג"ש וקושי' זו הקשה הראב"ד והרמב"ן ומה שתי' דנ"מ באומר א"י דלא דנין מתוך שאיל"מ בג"ש משא"כ השתא דש"ש עיקר שבועה דנין בו מתוך שאיל"מ דתינח למ"ד דאית לי' מתוך שאיל"מ אבל למאן דלית לי' מא"ל וכי יהיה מחלוקת אלו תלי' באלו. ולכן צריך לומר כמ"ש בא"ז וריטב"א לב"מ בפ"ק דאצטריך היכי דמחל לו אחר תביעה בהך פרה דכפר מכל מקום נשבע בהך ש"ש וע"כ מוכח מזה דבג"ש אם מחל דתו ליכא ג"ש דאל"כ הקושיא עדיין במקומו דהא ג"ש לא זז ממקומו ואם כן אף בשילם דמ"ש דמחל לו ומ"ש דשילם לו אין לך מחילה גדולה מזו אלא ודאי דסבירא ליה לר"י ורמב"ח דבמחל או משלם פרחה תורת ג"ש מיני' ואם כן מדר"י ורמב"ח נשמע לדידן דאף דלא קיי"ל כר"י ורמב"ח בהא דד' שומרי' צריכין כפירה וכו' מכל מקום בהא לא יחלקו ודברי רמב"ם מוכרחים. אך אם אמרינן דאין מגלגלין כשתובע טוען שמא וליכא רגלים לדבר אין כאן קושי' והכרח כלל דלמה לנו ש"ש הא משתבע ע"י ג"ש דהא הוא טענת שמא ואינו רגלים לדבר וליכא ביה ג"ש כלל רק על הרמב"ם אין תפיסה דלא סבירא ליה כן כנראה מדבריו וסבירא ליה לעיקר תי' הראשון של תוס' אבל למחבר דתפיס לעיקר תי' זה דכשטוען שמא דאין מגלגלין דין זה צ"ע כי לא מצינו לו ראיה כלל ודברי ירושלמי מורים הפוכו:

ז **ויש מי שאומר שאין כאן ג"ש וכו'** הסמ"ע הקשה דאיך אפשר לומר דיש כאן מחלוקת והרא"ש בעל דיעה זו חולק אדעה ראשונה שהוא דברי הבעה"ת הא הטור הביא דברי בעה"ת הללו בסי' ע"ה וכתב אח"כ דברי רמ"ה דחולק וכתב וא"א הרא"ש הסכים לסברא

ראשונה ולכן דעת הסמ"ע דבעה"ת מיירי דזולת הגלגל בלא"ה חייב לישבע היסת דטענו ברי וא"כ מה בכך דאין כאן עיקר שבועה רק ס"ד דנדון על הגלגלים משאיל"מ וע"ז קאמר בעה"ת דלא והרא"ש מיירי במקום זולת ג"ש ליכא כאן היסת כלל ולכך פוטרו מכל וכל דהא ג"ש לא שייך כאן ובאמת המעיין בבעה"ת ריש שער ל"ח שהאריך אם נדון על הגלגל ג"כ מתוך שאיל"מ או לא שמע מיניה דלא סבירא ליה כהרא"ש דאל"כ הל"ל בקיצור דאין כאן עיקר שבועה דהא אמר א"י ומה שטען הסמ"ע דבסי' ע"ה כתב הטור דהרא"ש הסכים לסברא הראשונה כבר פי' הוא עצמו בפרישה די"ל דמוסב רק למ"ש דרמ"ה חולק ורמ"ה גפיה לא על הך בבא חולק כלל כי אם ע"ז בבא בטוענו ברי על עיקר שבועה ועל הגלגל טוען א"י בזו דעת רמ"ה לדון ביה משאיל"מ וע"ז כתב וא"א הרא"ש הסכים לסברא ראשונה אבל לא מיירי מדין בבא קמייתא כלל כי אין שם מקומו בסי' ע"ה רק כאן בסי' צ"ד אבל אף אם נסכי' דאין בעה"ת חולק כלל אהרא"ש נראה דהרמב"ן חולק דהא הרמב"ן מפרש הא דתנן זה אומר עבד גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול היינו דטען עבד בכסותו ומתחייב על הכסות שבועת מ"מ ובעבד ע"י גלגול ומתוך שאיל"מ וקשה הא ודאי טוען על הכסות גם כן א"י דהא טוענו עבד בכסותו ואם ידע כסות שהוא קטן איך יסתפק בעבד אם גדול או קטן הלא תבעו עבד בכסותו וגם המשנה דאיירי בעבד בכסותו אם כן דקתני א"י זכה בגדול היינו כסות ועבד ש"מ דאף על כסות אומר א"י וקשה הא כיון שאומר על גוף טענה א"י ליכא כאן חיוב שבועה כלל וממון תיכף מתחייב ומה ענין ג"ש כאן שנדון בי' מתוך שאיל"מ הא פרחה ג"ש ממנו ועכצ"ל דסבירא ליה דאף דצריך לשלם מ"מ תורת שבוע' יש כאן לגלגל ואם כן אף דלא קיימא לן כרמב"ן לענין משאיל"מ מ"מ הך סברא יש לומר דלא פרח' שבועה ממנו וא"כ חייב לישבע על גלגל ומחלוקת מחברים יש כאן. ולענ"ד נראה דאזלו לשיטת' דהרא"ש בריש ב"מ הקשה מהך דשומר שמסר לשומר למה יתחייב הלא שומר ע"א מסייע ויפטרו משבועה ותי' הרא"ש דכיון שאין יכול לישבע תו ליכא כאן שבועה והוה ליה ממון גמור ותו לא קם ע"א לענין ממון ולשיטה זו אף כאן הדין כן דכיון דאמר א"י הא תו אין כאן חיוב שבועה כלל ואפילו ע"א א"י לפוטרו וא"כ מה ג"ש שייך כאן הא פרחה שבועה אבל הרמב"ן שם במלחמותיו עשה מזה דשומר שמסר לשומר טענה דיהיה כעד אחד לפוטרו ש"מ דסבירא ליה דלא פרחה שבועה ממנו ועודנו חיוב שבועה עליו וע"א קם לפטור ואם כן דעדיין חיוב שבועה עליו אף לגלגל יכול דהא לא פרחה שבועה ממנו ואזיל לשיטתו וא"כ יפה עשה המחבר שהביא כאן מחלוקת. אבל לדינא דכיון דגבי עד

מסייע סתם לעיל סי' פ"ז כהרא"ש ש"מ דסבירא ליה באומר א"י תו ליכא חיוב שבועה רק ממון ואם כן אף גלגל שבועה ליכא ודוק:

ח **ועל הגלגולים תשבע ותטול** והש"ך הביא ראיה מריטב"א ותשובת רשב"א דא"י להפכה דמ"ש ג"ש ומ"ש עיקר שבועה בדאורייתא לא מהפכינן ובאמת מצאתי גם כן בחדושי ריטב"א לב"מ סוף שמעתי' דשאלה ושכורה דנחלקו הרז"ה והראב"ד בזה במי שנתחייב שבועות שותפים וגלגל עליו דדעת ראב"ד דא"י להפכה דכל דתיקון רבנן בשבועות משנה כעין שבועה דאורייתא תקנו ע"ש. ובאמת אין מכל אלו ראיה דהם ס"ל דאף בגלגל אמרינן מתוך שאיל"מ וראייתם מהא דעבד בכסותו ונגררים אחר דעת הרמב"ן כמבואר בריטב"א לב"מ דסובר כרמב"ן וכן בס' אסיפת זקנים לרשב"א וכ"כ הנ"י דאף הראב"ד לאחר חזרה סבירא ליה מתוך שאיל"מ וכפי הנראה מדברי ריטב"א הנ"ל אף בשבועת המשנה סבירא ליה כן דכעין דאורייתא תיקון וא"כ הדנין לג"ש כמו עיקר שבועה דנימא ביה מתוך שאיל"מ איך נדון בו דמצי להפכה. אבל לפי דקיי"ל דלא אמרינן בי' מתוך שאיל"מ א"כ מלבד דהרי חזינן דאין לו לגלגול כל תוקף גוף השבועה אף גם לא הבנתי איך לא יהיה יכול להפכה בשלמא בגוף שבועה אמרינן ליה זיל השבע ואם אין רצונך או שא"י שלם אבל כאן הוא אומר אין רצוני לישבע כי לבי נוקפי ואני מסופק בו ומה נימא ליה אם אין ברי לך שלם הא באומר להדיא א"י לא דנין בו מתוך שאיל"מ וא"כ כשאומר שאין רוצה לישבע שלבו נוקפו נכריח אותו לתשלומין דבר זה הוא מהנמנע וכן כתבתי לעיל בס"ק א' דמאן דסבירא ליה דלא אמרינן מתוך שאיל"מ סבירא ליה ודאי בדאורייתא מהפכינן וזה פשוט ולכן דברי הש"ך אין מובנים דכתב דאפילו למאן דסבירא ליה דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלה מ"מ הך דינא להפכה אמת והוא דבר בלתי מובן כלל. דהוא יצעק איני נשבע כי לא ברור לי מתחילה הייתי סבור ברי לי ועכשיו נולד לי ספק וכן יש לכאורה ראיה ברורה מדברי מהר"ם בהג"ה מיימ' הל' שבועה דפי' ברש"י דכתב אי פיקח הוא לענין נק"ח ולא פי' לענין היפוך שבועה דא"א להפוך דע"א מסייע לו ועיין מש"ל בסי' פ"ז וקשה עדיין נ"מ דיש לו על האשה גלגולים רבים מלבד במה שע"א מעיד ואם יתבענה עכשיו תשבע על מה שע"א מעיד ולא תהפכה שלא יפטרו ע"א אבל על הגלגולים תהפכה משא"כ דיש לי' עליה ש"ד ומגלגל א"י להפוך כלל אפילו גלגולים ועכצ"ל דגם בזה תוכל להפוך הגלגולים. מיהו לפמ"ש במהר"ם דסבירא ליה דכל ענין מה שאמרו בדאורייתא לא מהפכינן היינו משום ג"ש כמש"ל בסי' זה ס"ק א'. אם כן אין כ"כ ראיה אבל מפשיטות דברי מהר"ם מ"ש ברש"י מוכח זה ולכן אין לזוז מדברי הטור ומחבר וכמ"ש:

סימן צה

א **וכן נכסי עכו"ם** ילפינן ליה במכילתא מדכתיב רעהו וכן ממעטינן ליה בשומרים ויש להבין למה לי קרא הא הפקעת הלואתו מותר ואם כן מה טיבו של שבועה לו יהיה דאמת ועיי' לעיל סי' ע"ב ובסי' פ"ו אם גבי פקדון גם כן שייך הפקעת הלואתו דכל היכי דאיתא ברשות גוי איתא ועיי' מ"ש דבא"ע סי' כ"ח משמע דאפילו פקדון יש בו משום הפקעת הלואתו. מיהו בהך דשומרים י"ל דנ"מ היכי דגוי תופס ואם כן לא שייך הפקעת הלואתו אבל כיון דפטרו התורה מדין שומרים מה יועיל תפיסתו וכן י"ל בנשבע לשלם לגוי ולהחזיר לו הפקדון אם כן ודאי דחייב מכח שבועתו אבל אם פשע פטור דהתורה פטרו מד"ש או בש"ש בנגנבה או נאבדה. וכמו כן יש לומר בגוי שחייב לישראל ושעבד לו מא"ק והוא הגוי נתן פקדון לישראל אם כן לא שייך הפקעת הלואתו דישראל ראשון תובע ממנו דהוא משועבד לו ולו דגוי נתן במתנה גמורה מ"מ מוציא ממנו אבל כיון דהתורה פטרו מד"ש מה איפכת ליה במה שהגוי חייב לישראל הוא קבלו מהגוי ואדעתא דשמירת גוי קבלו ואינובכלל שומרים אך כל זה אין כאן לענין שבועת מודה מקצת דלא שייך ביה בתפיסה דהוה ליה הילך וכדומה וגם אם נשבע הא אין כאן חיוב רק מכח שבועה אם כן מזכירין לו שבועתו וכמו כן אם חייב הגוי לישראל והוא לגוי הא איכא גבי' מדר' נתן והישראל השני חייב לישבע לישראל ראשון כי תבעו ממון שזה אומר שיש לו בידו ק' וזהו אומר חמשים ואם אין הישראל יודע כי אם עפ"י הגוי בלא"ה ליכא שבועה דהא הוי טענת שמא דעפ"י הגוי להשביע שבועה דאורייתא ליכא למ"ד ולכן בענין שבועת מ"מ לא ידעתי לכאורה מה צורך לקרא ולכן נראה דאתא למעט גר תושב דהפקע' הלואתו אסור דהא מצווה אתה להחיותו ומכ"ש דאין להפקיע שלו אבל דין שבועת מ"מ או שומרים לי' גבי' דרעהו כתיב ואין גר תושב בכלל רעהו. ובזה ישבתי מ"ש התוס' ב"מ דף ע' ע"ב ד"ה תשיך דהקשו לאידך לישנא דרבית נכרי שרי למה לא חיה במתי יחזקאל אותו שהלוה לנכרי ברבית והקשה המהרש"א הא אף למאן דאסר הוא רק מדרבנן שמא ילמוד ממעשיו ומה ענין למאן דשרי ע"ש ונראה דהתוס' תי' דב"נ מצווה על הרבית וחזרו והקשו אם כן הא איצטרך תשיך להתיר הגוי ליקח מישראל רבי' דאל"כ הא אסור משום לפני עור וכו' והנה ע"ז יש לומר דלכך מותר ללוות מגוי דהא אין כאן רבית קצוצה כלל דהא הפקעת הלואתו מותר וא"כ כשלוה ממנו פקע הקרן וגם רבי' ואינו חייב לו כלום ומה רבית קצוצה שייך כאן וכשמשלם לו אח"כ הוא בגדר מתנה ואינו כלל בגדר הלואה וקציצת רבית דיהי' אגר נטר רק הא תינח בגוי גר תושב דלא שייך ביה הפקעת הלואתו יהיה אסור מפני לפני עור ואם כן יש לומר דקרא

התירה בתשיך אפילו לגר תושב ושפיר ק' הא איצטרך תשיך רק יש לומר דזה דוחק דהא קרא בנכרי כתיב ובאמת בגר תושב אסור והא דקתני במשנה ולוין מהם ומלוין אותם וכן בגר תושב יש לומר אסיפא ללוות אותם מותר בגר תושב אבל ברישא אין היתר ללוות מהם רק בנכרי גמור ולא בגר תושב רק דאם כן למה קתני סיפא מלוי' אותם וכן בגר תושב ליתני גר תושב גרידא השתא לגר תושב דאתה מצווה להחיותו רשאי אתה ליקח ממנו רבית מכ"ש בנכרי אלא ודאי דעל רישא קאי וה"א כיון דכתיב לא תחנם בגוי שלא יתן להם מתנת חנם אף רבית לא ניתן להם (כמ"ש המחברים ועיין א"ז) וקמ"ל דמותר ואם כן מוכח דמותר להלוות מגר תושב אך יש לומר לעולם רק על סיפא קאי וגוי איצטרך דה"א דאסור משום שמא ילמד ממעשיו וקמשמע לן דכדי חייו או בת"ח שרי וזהו להך לישנא אבל ללישנא דסבירא ליה דמותר להלוות לגוי ואין חשש כלל שמא ילמוד ממעשיו אם כן שפיר ק' ליתני הדין בגר תושב ועכצ"ל דארישא קאי אפילו ללוות ממנו שרי וא"ש דודאי לא היה נעלם מעיני תוס' תירוץ הראשון דאסור לב"נ בכלל גזל רק דכוונתם סובב על קושי' שני' דאם כן איצטרך קרא להתיר שלא יהיה בכלל לפני עור וכו' ואי דהא הפקעת הלואתו מותר בגר תושב מא"ל רק דיש לומר דבאמת בגר תושב אסור וכן בגר תושב דקתני על הך בבא מלוין אותו אתמר והא דלא קתני גר תושב גרידא דרבותא קמשמע לן כדי חייו או בת"ח אף בגוי מותר ולכך כתבו תוס' להך מ"ד דליכא חשש בהלואה לגוי וא"כ שפיר ק' לתני גר תושב לחודא ועכצ"ל דארישא קאי דלוין מגר תושב ואם כן קושי' התוס' שפיר דל"ל דאסור לב"נ הא לגר תושב הוי לפני עור וצ"ל דבאמת לא קאי רק אסיפא וכו' וקושי' התוס' שפיר וע"ז תי' התוס' דלעולם יש לומר מתורת גזל אסור לב"נ ובקושי' שניה דהוה ליה לפני עור תי' דמלא תשיך אחיך וכו' נפקא והמשך התוס' א"ש וברור ונכון ודוק.

ב **אבל שבועת היסת וכו'** הב"ח כ' דנלמד מפ"ק דב"מ וכוונתו על קושי' התוס' בהא דפרכינן אלא הא דאר"נ משביעין אותו היסת נימא מגו דחשיד וכו' וק' הא י"ל אשמוטי קמשמט וצ"ל כמ"ש התוס' דגם בקרקע תיקן ר"נ ושם לא שייך אשמוטי קמשמט (והמ"מ כ' דנלמד מפרק הכותב דתקנו שבועה על כתוב' וכ"כ התוס' להדיא בב"ב דף ל"ג ד"ה מגו וכו' דכמו דמצינו דתקנו שבועת המשנה על הקרקע כן מסתמא תקנו היסת והב"ח לא עיין שם בתוס' כי החליט כי אין מהך דכותב ראיה) ואעפ"י דהתוס' בב"מ לחד תי' כתבו דבקרקע לא שייך אשמוטי ובגמרא דשבועות אמרי' דתקנו היסת משום דאשמוטי קמשמט וזה לא שייך בקרקע וסבירא ליה דלא אמרינן לא פלוג תקן ר"נ צריך לומר דזהו למ"ד דלא אמרינן משום מלוה ישינה אבל לבתר דחדית לן אביי מלוה ישינה

אף בקרקע יש לומר כן והא דאמרינן שם בשבועות הטעם משום אשמוטי דאפי' במחל לו כל תביעות תקן ר"נ היסת וכמש"ל בסי' צ"ב בשם נ"י וליכא תו להקשות בקרקע ומחל להו דכולי האי ודאי לא פלוג עבדי רבנן:

אך מדברי התוס' שם ב"מ דף ה' ד"ה למ"ד הילך וכו' דהקשו אף למ"ד הילך חייב למה צריך קרא למעט קרקע משבועה הא לא שייך גביה " אשמוטי וק' דלמא לכך לא הקשה הגמ' משום דיש לומר כאביי דספק מלוה ישינה וצ"ל דסבירא ליה להתוס' לא כמ"ש דאף ספק מלוה ישינה אין מועיל להעיז בפני ב"ח וסבירא ליה ספק מלוה ישינה מועיל דלא נימא מגו דחשיד וכו' אבל נגד אין אדם מעיז וכו' בשביל ספק מלוה ישינה מ"מ אין מעיז ואם כן עדיין קשה הא הוה ליה מגו דכופר בכל ואי דאין אדם מעיז הא עדיין הוא מעיז (ועיי' מש"ל בכללי קים ליה ובסי' צ"ב דלמא לכך לית ליה מגו דאין לו כ"כ ספק מלוה ישינה) דמ"מ מעיז מקרי אך זהו באמת לחד תי' אבל בתי' השני דכתבו אקושי' ר"ח קסמיך יש לומר כמ"ש דבתר דמשני אביי אף הא דר"נ מיושב ומה שכתבו התוס' בד"ה למ"ד הילך דאף בקרקע שייך אשמוטי שמא משכנה ובד"ה אלא הא דאר"נ וכו' כתבו דבקרקע לא שייך אשמוטי יש לומר דודאי יש קרקע דיש בהו אשמוטי דיש לומר ממושכן הוא כמ"ש התוס' ויש קרקעות שאוכל פירות בשופי וידענו דאינו ממושכן כלל ולא שייך ביה אשמוטי ואם כן בתורה לא קשיא ל"ל קרא למעט קרקע דאיצטרך להאי גוונא בקרקע דשייך ביה אשמוטי וזולת קרא ה"א בכהאי גוונא חייב שבועה ולכך איצטרך קרא אבל לקמן בדר"נ פריך איפכא דהא מילתא דר"נ בכל קרקעות אפי' במקום דלא שייך חשש משכנתא ואם כן ליכא למימר אשמוטי וא"ש ולק"מ מקושי' מהרש"א שם בתוס' ודוק:

ג **לענין כפירה והודאה** הוא דעת הרמב"ם דמחלק בין שומרי' לשארי דברים וכבר כתבו הב"י והתוי"ט והש"ך דבשיטת ר"י הלוי רבו אמרו דסבירא ליה בכל דוכתא קיימא לן המחובר לקרקע ועומדים לקצור כקצור דמי רק כי נחלקו חכמים ור"מ אי כקצור דמי או לא בשומרים נחלקו ובזו סבירא להו לחכמים דחושבו כקרקע ונתן הר"י הלוי הטעם הואיל מחוברים בקרקע ולשמיר' יהבו ואדעתא דהכי מסרינהו ולא למתלשנהו מסרינהו הוה ליה כקרקע עכ"ל והנה התיו"ט והש"ך חשבו דלא אמרו הרמב"ם רק לענין שבועת שומרים שטוען שמסר לו גפנים העומדים להבצר ופשע בו אם חייב שבועה וכדומה בזה אמרינן לרבנן דהוי כקרקע אבל אם טענו יו"ד גפנים מסרתי לך והלה אמר חמש בזה אף לחכמים הוה ליה כמטלטלין ובעבור זה נתקשו בדברי הרמב"ם דא"כ מחלוקת ר"מ וחכמים יו"ד גפנים מסרתי לך והלה אומר חמש אי הוה כקרקע או לא

איך מתוקמא (ואי איירי דאף ביוד שמודה טען שפשע א"כ מה צריך כפירה והודאה בזה הא לא קי"ל כרמב"ח דד' שומרים צריכין כפירה והודאה במקצת והניחו בצ"ע) . אבל לבבי לא ידמה כן כיון דכל טעמו של הר"י הלוי ז"ל דלאו למתלשינהו מסרינהו וכמו שניתן לו כן עליו החזרה אם כן ה"ה באומר לשומר יוד גפנים מסרתי לך לשמור ולא תקצרה כלל רק בזמנו תחזירם לי והוא אמר שלא קיבל ממנו לשמור באופן הלזה רק חמשה והם כאן ואין כאן שבוע' שומרים כלל רק שבוע' מ"מ מ"מ הוה ליה לחכמים כקרקע דהא לאו למתלשנהו מסרנהו רק כמו שנמסר כן יחזירם לו אם כן לחכמים הוה ליה כקרקע אך אם אין בתורת שומר רק בתורת כפירה והודאה שזה אמר עשרה גפנים מחוברים לקרקע הלויתי לך או מכרתי לך באופן שהנך יוד הם לחלוטין להלוה והלה כופר בה' ומודה בה' ואם כן מה דמסר לו למתלשנהו מסרנהו דהא אינם בעין בחזרה ולאו לשמירה בעלמא מסרן בזה סבירא ליה לרמב"ם לכ"ע הוי כמטלטלין דהעומד לקצור כקצור דמי וזה שכתב הרמב"ם לענין כפירה והודאה ר"ל דבר הנלמד מענינו היינו בהל' טוען ונטען ומיירי בכפירה והודאה שאינו מסתעף מתורת שמירה ולזה נתכוון בלשון כפירה והודאה ואם כי הלשון כפירה והודאה קצת סתום מ"מ ברור דכך כוונתו למה שאינו מסתעף משומרים דכ"כ בפי' המשנה כשיהיה עיקר התביעה שלא בתורת שמירה העיקר המכוון אצלנו שהם כמטלטלין וכו' ע"ש הרי דכ' להדיא שצריך שיהי' עיקר התביעה שלא מסרם לו בתורת שמירה וכו' וזה ברור ואין לנו לדרוש המלות רק הענין המכוון דכוונתו במ"מ שאינו מתורת שומר הוה ליה כמטלטלין אבל מסרו לו יוד לשמור והלה כופר בחמש ה"ל כקרקע דמעולם לא באו לידו למתלש וזהו נכון וא"כ המשנה מפורשת באר היטיב לרמב"ם דלא מיירי משבוע' שומרים רק משבועת מ"מ רק מ"מ התביעה שנתן לו יוד לשמור והלה אומר שלא קיבל רק ה' לשמור וא"ש והא לא קשיא למה לי' למשנה להודיע הדין במ"מ ולא בכופר הכל ולענין שבועת שומרים שזה אומר שפשע דלר"מ חייב ש"ש ולרבנן פטור דהא רבותא קמשמע לן אפילו במודה במקצת דה"א כמו שחשבו באמת התי"ט והש"ך דהוי כמ"מ דעלמא וקמשמע לן דלא דעל כל פנים לאו למתלשנהו מסרנהו והוה ליה כקרקע לחכמים וזהו פשוט ונכון ואם כי הלשון כפיר' והודאה דחוק קצת מכל מקום האמת עד לעצמו. והנה מלבד שכתבו כי חילק זה הכריח לרמב"ם מהא דהלכתא כחכמים ובעלמא אמרינן הא קיימא לן כל העומד לגדור כגדור דמי וכן לענין עישור נכסים כמה שכתבו המחברים תירוצים הרבה אף גם לפמש"ל סימן מ"ו דמפרש הרמב"ם כפיר"ח דקושי' הגמ' ב"מ בפרק הזהב מהא דלשמור את הזרעים וכו' אין הפי' זרעים של עומר והקושי' מן הקדישות רק הקושי'

מזרעים דהוי ליה כקרקע וקשה מה דוחקיה דגמרא לומר בשקנו מידו הוי ליה לאוקמי כשעומדת לקצור וקי"ל בכמה דוכתי כל העומד לגדור כגדור ולא הוי קרקע ולכך הכריח רמב"ם דינו דלענין שומרים קי"ל כחכמים דהוי כקרקע והגמרא ביקש ליישב הברייתא אליבא דהלכתא וא"ש. אמנם הלח"מ וכן הש"ך הקשו מהא דפרק השולח ופ"ק דסנהדרין דף ט"ו דפליגי ת"ק ורשב"ג בשער של עבד העומדים לגזוז אי מועלין בהם או לא וקאמר הגמרא נימא בפלוגתא דר"מ וחכמים גבי ענבים העומדים לבצור קמיפלגי ומשני אפילו תימא ר"מ עד כאן לא קאמר ר"מ התם דענבים כ"כ דשביק ליה מכחשי אבל בשער כ"כ דשביק ליה אשבוח משביחי עכ"ל ולפי הרמב"ם מה ענין זה למחלוקת חכמים דהא חכמים מודים דכתלוש דמי רק שומרים שאני. ונראה דיש להבין במה דבעי בגמרא שער העומד לגוז בכמה אי מקרקעי הוא או מטלטלי ופשיט דפליגי אי מועלין בשערו או לא ש"מ ופירש"י דאפשטא איבעיא דתלי במחלוקת למ"ד דאין מועלין בעי עשרה ולמ"ד דמועלין סגי בג' וקשה איך פשיט ליה ממחלוקת תנאי דלא קאי להלכתא דהא תרתי אליבא דר"מ פליגי אבל לחכמים לכ"ע הוי כמחובר והלכה כחכמים דרבים נינהו והוי ליה למיפשט ממילתא דחכמים אלא ודאי הא דסבירא ליה ר"מ בשומרים דהוי כתלוש אף דלא למתלשנהו מסרינהו ש"מ דס"ל לר"מ דמה בכך מ"מ סופו לתלוש הוי כתלוש ורבנן סבירא להו כיון דעכשיו כל זמן שהם ביד שומר לא יתלוש אותם אף דאח"כ יתלוש בעת החזרה מ"מ עכשיו לאו כתלושים דמי וסבירא ליה לגמרא דכן הדבר בשער עבד דודאי ברגע זו לאו למתלוש קיימי דכל זמן שהם גדלי' משביחים אבל מ"מ סופם להיות נתלשים ונגזים דכי לעולם יגדלו פרע ואם כן תליא במחלוקת ר"מ ורבנן דלרבנן דבעינן שיהיה רגע זו מוכן לתלוש אם כן שער הא עומדים להתגדל עוד דמשביח והולך אם כן לאו כתלוש דמי אבל לר"מ דסבירא ליה דעכשיו לאו למתלש מ"מ סופו להתלש אם כן אף שער עבד כן דעכ"פ סופו להתלש או די"ל דר"מ סבירא ליה כיון דעומד וראוי לתלוש אף דאין דעתו לתלוש דמסרו לשומר לאו למתלשנהו מ"מ הרי הם כתלוש ואם כן ה"ה בשער עבד אף שאין דעת גזבר למתלשן דכל כמה דהם גדולים משובחים מ"מ הואיל וראוי למתלש הוי כתלוש אבל לחכמים דס"ל בשומרים הואיל ולאו אדעתא למתלשינהו כמחובר דמי אף זהו אין דעתו של גזבר למתלש כמ"ש ולכך מוקי ליה כתנאי ומשני הגמרא דוקא שם סבירא ליה לר"מ משום דכיון דמכחיש אם כן אף שאין דעתו למתלוש בטלה דעתו אצל כל אדם אבל כאן הא ראוי לגדלן ואם כן לא שייך בטלה דעתו בכל אדם ומודה ר"מ דהוי כמחובר. ופשיטא דגם אליבא דחכמים יש ספק אי דמי הך דשערות לשומר או לא ולכך קאמרי אפילו תימא ר"מ דגם לחכמים י"ל

פליגי בסברא אי דמי או לא ולכך לא פשיט הגמרא מחכמים דעדיין הדבר בספק אי הך דשערות דמי לשומרים או לא. ועוד נראה דיש להבין בהא דבשמעתיה דהמחליף ב"מ דף ק' בזה אמר עבד גדול ושדה גדולה לקחתי וזה אומר קטן דתנן ישבע ופריך הגמרא הא אין נשבעין על עבדים וקרקעות ומוקי ליה שמואל ור' אושיה בטוענו עבד בכסותו ושדה בעומרים ופריך הגמרא עדיין בכסות מה שטוענו וכו' ומשני בדיילפי וקשה למה מוקי בכסות דקשי' כסות מאן דכר שמיה ואין זה דומיא לשדה בעומרים וגם הוכרח לדחוק בדיילפי ולא משני בפשו' עבד גדול בשערותיו העומדים לגוז וזה מודה בעבד קטן עם שערותיו העומדים לגוז והם מטלטלין וזוקקין אף העבד לשבועה והיינו ממין טענה כמו עומרי שדה גדולה וקטנה ועיין מ"ש שם התוס' ד"ה כסות וכו'. וארווח לן קושית הגמרא גם כן דלא ק' זוקקין אתי לאשמעינן דקמ"ל לאפוקי מאן דאמר דהוי כמחובר וזה יותר תירוץ מרווח מה דמשני דה"א כסות יבטל גבי עבד ויחשב כקרקע. דזהו בתכלית הדוחק וצ"ל דכל ענינו של עבד הוא לרבנן דלר"מ בלא"ה לק"מ בעבד דסבירא ליה נשבעין ומהדרין לפ' המשנה אליבא דרבנן ורבנן סבירא להו דהוי כמחובר אך זהו אם אמרינן בכל מילי סבירא ליה לרבנן כמחובר אבל לפי' הרמב"ם דזולת שומרים מודים דכתלוש דמי הקושיא במקומו אך באמת לא קשה דסבירא ליה להגמרא הלכתא אף לר"מ ומכ"ש לרבנן דאין מועלין בשערו הואיל כל מה דקיימו משובחין לאו כתלוש נינהו ולכך לא מוקמינן למשנה כך שלא אליבא דהלכתא ובעומרי שדה י"ל דכך הפי' באמת עומרי שדה מחוברים לשדה רק היותם עומדים לקצור היינו עומרי שדה ואם כן אתי שפיר דבס"ד דלא אסיק לחלק בין שערות לגפנים אם כן קשיא מילתא דשמואל למה אמר כסות עבד ולא עבד בשטרות וכחכמים ועכצ"ל דגם בכל דבר אף זולת שומרים סבירא להו לרבנן כמחובר ושמואל מוקי למשנה כרבנן ושפיר קאמר הגמרא כתנאי אבל לפי דתי' הגמרא דשערות שאני דכל כמה דגדלי הם משובחים אם כן שפיר י"ל כסברת הרמב"ם לחלק בין שומרים לזולתו ולא קשה דליתני עבד בשערו דלשערו כ"ע דהוי כמקרקע. ובהכי ניחא דכ' הרמב"ם בהלכ' מעילה פ"ה דאין מועלים בשערו אפילו עומדים לגוז דיותר שהם גדילי' הם משובחי' ונתקש' הלח"מ הא קי"ל כרבנן דכל עומד לקצור מ"מ כמחובר דמי דלמסקנא אמרי' זה בשומרים אבל לא בעלמא והוצרך לטעם זה דשערות שאני ופשוט. והנה לאחר שבררנו דברי הרמב"ם חובה עלינו לעיין במילתא בדברי הרא"ש דהטור כתב בשמו דסבירא לי' כחכמים דכל מחובר לקרקע כקרקע והרא"ש כתב בפרק י"נ בהנותן נכסיו לבנו מהיום לאחר מיתה דאם הניח פירות תלושין ליורשי אב מחוברין לבן פירות מחוברים ועומדים לקצור כתב הרא"ש דדינם כתלושין וראיה מפרק הכונס

דהלכתא כר"ש דאכלה פירות גמורים המחוברים משלם פירות גמורים כאלו נתלשו וכו' עכ"ל והרי מבואר דסבירא ליה דלא כחכמים ולא זו שסותרים דברי הטור לדברי אביו הרא"ש אף גם שסותר דברי עצמו דפסק בסימן רנ"ד הך דינא דהרא"ש דהנותן נכסיו לבנו וכו' והניח פירות המחוברים דהם ליורשי אב:

והגה הרב בפרישה הרגיש בזה וכתב דלענין ב"ח שאני וכ"כ התוס' בכמה דוכתי וכ"נ לזה נתכוון הש"ך אבל דבריהם אמת דב"ח כתבו התוס' בכמה דוכתי דשאני הואיל ובידו לקוצרן לא סמכה דעתא וכמ"ש הש"ך אבל מ"מ אין זה טעם גבי מי שנתן נכסיו לבנו מהיום ולאחר מיתה דמה סמיכת דעת יש פה מה שחל עליו מתנה חל ומה שלא חל לא חל מה סמיכת דעת שייך כאן ומטלטלין דיתמי לא משתעבדי לב"ח משום דלא סמכה דעתא ואלו נתן כל אשר לו במתנה מי לא חל אמטלטלין ואפילו נניח זה מ"מ בודאי גבי בהמה שאכלה בשדה חבירו לא שייך סמיכת דעת ותלוי הכל בגופא דדינא אי המה בכלל תלושין או מחוברים ולכך ר' שמעון באמת יליף ליה מקרא ואם כן אלו טעמא דרא"ש שם בהניח פירות מחוברים וכו' משום סמיכת דעת איך מביא ראיה מהך דר"ש דאכלה פירות גמורים דאין הטעם כלל משום סמיכת דעת רק דינא גמור וכן התוס' בסנהדרין ובשבועות אשר עלה ברוחם לחלק ולומר דב"ח שאני מטעם הנ"ל דלא סמכה דעתא כתבו דר"ח הוכיח דלית הלכה כלל כחכמים מהך דפרק הכונס דקי"ל אכלה פירות גמורים כר"ש ומזה מבואר דמשם מוכח דל"ל רק גבי ב"ח כי אם בכל דוכתי אמת כי בתוס' פרק הכונס דף נ"ט ע"ב ד"ה פסק כתבו דהלכה כר"ש ומכאן מוכח כל העומד לגדור ולקצור כקצור אע"ג דלענין שבועה פלוגתא היא במס' שבועו' עכ"ל ומזה משמע דסבירא ליה דלענין שבועה יש לומר יותר דהוי קרקע משנאמר לענין הנ"ל אך לא ידעתי טעם אם לא שכוונו לדברי הר"י הלוי דסבירא ליה לענין שבועה היינו בשבועות המסתעף משומרים בזו י"ל יותר כקרקע דלאו למתלשנהו מסרנהו. וזה קשה לומר בתוס' כי לא מצינו בתוס' סברא זו בשום דוכתא ויותר יש לפרש בדוחק אע"ג דלענין שבועה פליגי והיה משמע דהלכה כחכמים כסוגיא דעלמא יחיד ורבים הלכה כרבים בזו הלכה כר"מ כדמוכח כאן דהלכה כר"ש והיינו הך דר"מ יהיה איך שיהיה עכ"פ דברי הרא"ש צריכין לימוד וכן דברי הטור ול"ל דמיירי הרא"ש כאן דצריכין לקרקע קצת ובפרק י"נ ודכוותיה מיירי בא"צ כלל וכמ"ש הר"ן בפרק שבועת הדיינים דאם כן איך כתב הטור דהרא"ש חולק ארמב"ם דהא רמב"ם מיירי בא"צ כלל ומה שיש ליישב נראה כי קשיא ליה להרא"ש מה דפריך בכתובות והא קיי"ל כל העומד לגדור כגדור דמי כאלו הוא ברור וכאן הא חכמים סבירא להו דהוי כמחובר וגם קשיא ליה מש"ל

בדברי הרמב"ם דמוקי ליה ב"מ בשמעתא דהמחליף דטען שדה בעומרים דזהו דוחק דעומרי שדה מאן דכר שמיה וגם מ"ש דה"א דעומרי שדה חשיב כשדה זהו יותר דוחק דהיאך ס"ד לומר תבואה שנקצרת יהיה בכלל קרקע ולא משני בפשוט דתבעו שדה ותבואה המחובר עליה ועומדת לקצור וה"ל כתבנו קרקעות וכלים וטובא קא משמע לן דכל העומד לקצור כקצור דמי אלא סבירא ליה ודאי מה דבעינן קרקע גמור כמו לענין הנותן נכסיו לבנו דתלי במטלטלין וקרקע או גבי בהמה דהכונס וכדומה אמרי' דהוי כמטלטלין דכל העומד לקצור כקצור דמי אבל לענין שבועה ותשלומי כפל אטו קרקע אי מעטי מתורה רק דרשינן בכלל ופרט מה כסף וכלים מיטלטל אף כל המיטלטל וא"כ דאמעט שצריך להיות דוקא מיטלטל דומיא דכסף וכלים אם כן סבירא ליה לרבנן המחובר לק רקע אף דאין עליהם לדינא באמת תורת קרקע מ"מ לאו מטלטלין הם ולא דמי לכסף וכלים כלל ואנן בעינן מידי דשום לכסף וכלים ומחוברים סוף כל סוף לאו מטלטלים ולא דמי לכסף וכלים כלל וכן גבי קנין ואונאה דלא אימעט קרקע להדיא רק דריש מיד עמיתך דבר המיטלטל מיד ליד ודברים אלו שאף שתורת קרקע אין עליהם מ"מ לא מטלטלי מיד ליד ולא מצינו שהקפידה התורה על קרקע או מטלטלין רק על דבר הנקנה מיד ליד וזהו נכון ולכך לענין כפל שבועה אונאה וקנין סבירא ליה להרא"ש דהוי כמקרקע דהא לאו מתטלטל ולא דמיא לכסף וכלים אבל בדבר שעיקר תלוי אי קרוי קרקע או לא סבירא ליה כר"ש דילפינן מקרא דלאו כקרקע מיקרי הואיל ועומדים לקצור ואתי שפיר וכן יש לכוון דברי תוס' הנ"ל בב"ק דלענין שבועה פלוגתא דדוקא בכה"ג פלוגתא אבל במילתא דר"ש מודים ולכך הוצרך הגמרא לומר בב"מ עומרי שדה דקי"ל בזה הלכה כחכמים ובהכי יובן ג"כ מ"ש בטור בשם ב"ע דתלוש ולבסוף חיברו הוי כקרקע ודעת ר"ח דהוי ליה כתלוש כי נכון כתב הש"ד דהך שהביא הטור בשם ר"ח צריך להיות מקומו למטה גבי דברי ב"ע וכן הוא בב"ע להדיא ועכ"פ קשה למה השמיט דעת אביו הרא"ש דפסק בהל' ע"ז סימן קמ"ה בי"ד דבית ה"ל כתלוש ולבסוף חיברו והוי כתלוש ומ"ש זה מזה וכן הרמ"א הביא כאן שני דיעות ולענין ע"ז התם המחבר בי"ד סימן הנ"ל דהוי כתלוש ועכ"פ הל"ל דהוא ספיקא ונ"מ טובי אי הוא ספק איסור או ודאי ולפמ"ש ניחא באמת בגוף הדין דיש קפידא בקרקע דוקא או מטלטלין כמו בע"ז דגזרת הכתוב מטלטלין נאסרין בע"ז ומחובר לא דכתיב אלהיהם על הרים וכו' הוי זה כמו תלוש אבל כאן דדרשינן מכלל ופרט דיהיה דומיא דכסף וכלים וכי דמי לכסף וכלים מה שהוא מחובר ומה בכך שהיה מתחילה תלוש סוף כל סוף עכשיו מחובר ולא מתטלטל ולכן י"ל דמודה הרא"ש דאין בהם שבועה ובית לכ"ע הוי כמחובר כמ"ש הש"ך ולק"מ

וזה ברור. ועיין ברמב"ם הלכות טומאת אוכלין פ' י"ב דפסק לענין הכשר גם כן דתלוש ולסוף חיברו הוה תלוש. והנה לשיטה זו ג"כ קשה מש"ל בדברי הרמב"ם דאיך אמרינן בסנהדרין ופרק השולח דמועלין בשערו של עבד העומרים לגוז דתליא במחלוקת ר"מ וחכמים הא לענין גוף הדבר דתליא כקרקע ומטלטלין מודים חכמים דהוי כמטלטל רק סבירא להו דעכ"פ לא דמי לכסף וכלים ומש"ל בישוב דברי הרמב"ם לא שייך כאן ואולי י"ל דהא דבמעילה דאינו במחובר הוא דילפינן ג"ש חטא חטא מתרומה והקשו התוס' אם כן לא ימעלו רק אחר מירוח כתרומה ותי' מעל מעל ריבה הרי דסבירא היה אפילו תלושין לגמרי לא מעלו רק מריבוי ילפינן ואם כן אם מצינו דמחובר לקרקע יש לפעמים גבי שבועה וכפל ואונאה לאו תורת מטלטלין אם כן מהכ"ת לומר גבי מעילה ואי דריבה מעל מעל תפסת מרובה לא תפסת די דנימא דריבה להתחייב קודם מירוח אבל עכ"פ בעינן מטלטל גמור כמו תרומה בשלמא לר"מ דסבירא ליה דהוי כמטלטלין לענין שבועה ש"מ דסבירא ליה דדמי לגמרי ככסף וכלים. אם כן כיון דמרבינן ממעל מעל קודם מירוח ה"ה זה דהא הם מטלטלין גמורים אבל לרבנן דסבירא להו דאינם מטלטלין גמורים אם כן נילף עכ"פ מתרומה דבטינן תלושים מקרקע לגמרי ומעל לרבות קודם מירוח. ולדינא יפה כתב הש"ך דיש כאן מחלוקת רבוותא ופשיטא דמצי המוחזק לומר קים ליה כדעת רוב מחברים דסבירא ליה דלא כהר"י הלוי רק כהרא"ש והראב"ד ואף כי אין הכרעת הש"ך מכרעת נגד הרמב"ם כמ"ש מ"מ ספיקא דדינא הוא בבירור:

ד **טענו שני חדשים** הש"ך בס"ק י"ב תי' דהא דקי"ל דמגבינן עישור נכסים מעמלא דבתים ש"מ דכמקרקעי דמי התם עדיין לא חל זמן פרעון שכירות דאינו משלמת אלא לבסוף והוי כפירות הצריכין לקרקע משא"כ כאן לדברי שניהם עבר ז"פ של שכירות והרי הוא כמו מטלטלין ע"כ ויש להבין מה בכך דלא כלה זמן שכירות והרי לא ניתן לתבוע השכירות סוף כל סוף קי"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וכל יום שעבר כבר שכירות אותו יום נעשה מלוה רק שלא הגיע ז"פ עד בסופו וכי מלוה שבת"ז אינו נקראים מטלטלין ותגבה הימנו עישור נכסים הא מלוה גמור הוא וצריך לומר אם ת"ז שכירות הוציאו אנס מהבית חייב להעמיד לו בית אחר כדלקמן סי' שי"ב ס"ב ע"ש וא"כ אם אין מספיק שכירות שנותן יכול להוסיף בשכירות ולפ"ז כל השכירות של מקדם עד כלות הזמן משועבד לזה וזה כוונתו דהוי כפירות המחוברים לקרקע דעדיין להם שייכות עם הקרקע ואף שכירות כן דמשתעבד עד גמר הזמן. ולפ"ז התובע לחבירו השכרתי לך חצרי בדינר לחודש על שני חדשים וכבר עברו ב' חדשים שלם לי והלה אומר אמת שכך היה השכירות אבל עדיין לא עברו ב' חדשים רק חודש אחד אין כאן ש"ד דאף דתביעה

וכפירה הוא במטלטלין דלפי דבריו כבר כלה הזמן מ"מ הודחה אינו אלא מקרקעי דהא אומר שעדיין לא כלה זמן שכירות ואם כן הדנר שהודה שחייב קרקע מיקרי:

אך לפ"ז יש לדקדק הא דפריך הגמ' למ"ד הילך פטור ל"ל קרא למעט קרקע משבועה ומשני בדוחק שחפר וכו' ולא מוקי בכה"ג כמ"ש דה"ל הודאה בקרקע ולא משתבע אבל הילך ליכא דדינר מחודש עבר הוא בידו ומחוסר גובייגא ולית בי' הילך ודוחק לומר דהיינו חפר בורות וכו'. אך אפשר לומר זולת דאין נשבעין על קרקעות מ"מ ליכא כאן ש"ד כלל דאין כאן הודאה בהתחייבות גמורה דהא אם יוציאו אנס ולא יספיק השכירות דלהבא יכול ליתן אף שכירות העבר אם כן כל זמן שלא הגיע הזמן לא ברור חיובו ומ"מ בעינן בדבר דברי חיובו ודוק וצ"ע:

ה **הואיל ואינם חלוקים וכו'** משמע מתוך זה דאם תבע חצי שדה מכרתי לך ושוה מנה והוא משיבו לא לקחתי רק רביע כי בלא"ה רביע שניה היא שלי אין כאן שבועה דאורייתא והש"ך כתב דלא דסוף כל סוף עכשיו כל הסכסוך רק בממון ופי' כך בגמ' בטענו דמי עבד גדול דהלוקח טען נתתי לך דמים והעבד נלקח מב"ח שלך א"כ פרע לי הדמים והלה אמר לא קבלתי דמים רק תמורת עבד קטן ואמת כי דברים הללו כיון לדעת הגדול הריטב"א בב"מ דמפרש כן להדיא מ"מ הואיל ותו' ורש"י לא מפרשי כן משמע דס"ל הואיל כל השבועה יהיה אם מכר לו גדול או קטן וזהו עיקר הסכסוך א"כ ס"ל תביעת קרקע והא דלא מוקי ליה הגמ' בכך בקושי' למ"ד הילך פטור ל"ל קרקע למעוטא משבוע' דהיא היא התי' של הגמ' דחפר בו בורות כמ"ש דמשני הואיל ועיקרו בקרקע אף דעכשיו בדמים מ"מ הוי ליה קרקע ואין נשבעים. ומיהו המ"מ דכתב בחפר בורות הואיל ונעשה שלא ברשות משמע הא נעשה ברשות דהסכים שיחפור וישלם דמיו ה"ל מטלטלין א"כ מכ"ש בזה:

ו **וזה אומר להד"ם** על הך בבא נאמר ברמב"ם ישבע היסת וכן העתיקו הטור והסמ"ע והש"ך האריכות וכמעט מדברי הש"ך ברב אריכות לא מובנים שורש דעתו ולכן אבאר בקצרה כי לא זו אם ידע כמה ראיה היה בשטר פשיטא דחייב היסת אלא אפילו דאין ידוע מ"מ כל האומר לא היה דברים מעולם מודה שלא נאבד הימנו כאותו שאמרו כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואם כן אם לא ישבע ויודה לדברי התובע דמסר לו שטר והרי הודה דלא נאבד אם כן פשיטא דצריך לשלם כל מה שתבע ולא שייך איני מאמינך כמה ראיה יש בו דאמרינן אחוי השטר והגע עצמך אחד יקח שטר חבירו ויצניע אותו פשיטא דצריך לשלם כפי התביעה או יראה השטר לב"ח וכן בזה דהרי טוען ברי שיש בידו ואם יוד' שמסרו יצטרך לשלם הכל וא"ש וכן מורה דברי הש"ך אלא שהאריך.

אך רבינו ב"י בכ"מ נתן טעם דלכך ישבע דהוה ליה פושע ולהבין דבריו מה שייך פשיעה בזה שאומר להד"מ ועיין סמ"ע דדחק לומר דמ"ש להד"ם היינו נאבד וזהו דחוק אבל אפשר דסבירא ליה כיון דאינו בכלל שמירה כלל ואפילו פשע בו פטור א"כ הוה ליה כמו מילתא דלא רמי' עלי' ולאו אדעתא כלל ולכך אין זה דומה להאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דשם מוטל עליו לדעת אם לוה או פרע אבל כאן דלא נחית לשום חיוב' אם כן לא רמי' עלי' לזכור אם לא קיבלו כלל או נאבד ממנו ואם כן אף שאומר להד"ם יכול להיות שנאבד הימנו ולאו אדעתא ואינו זוכר כלל והואיל השטר אין בידו אומר להד"ם רק ה"מ אם פטור אף מפשיעה אבל אם חייב בפשיעתו אם כן הרי נחית לחיובא וקיבל שמירה ע"ע ופשיטא דהוא מילתא דרמי' עלי' ואם כן באומר להד"ם הרי כאומר לא נאבד לא שייך דלא רמי' עלי' ואם אמרינן דלא היה רמי' עלי' פשיטא דחייב דאין לך פושע גדול מזה ולכך תלה רבינו ב"י הדין לשיטת הרמב"ם דמחייב בפשיעה אבל לדידן הוא מילתא דלא רמי' עלי' כלל וכמ"ש וכן י"ל ליישב דבריו אבל כל אחרונים השיגו ולדינא נראה ברור כמ"ש הרמב"ם וטור דנשבע היסת דהא הטור סבירא ליה בפשיעה פטור ומ"מ פסק היסת שמע מינה דלא סבירא ליה כסברת המחבר ואין להקשות לשיטת הטור הא הוה ליה מגו דהיה אומר נאנסו ומגו לפטור משבועה אמרינן לשיטתו דכבר כ' הש"ך בשם ריטב"א דגבי היסת לכולי עלמא לא אמרינן מגו לפטור משבועה ויש ראיה מלישנא בתרא דלא חייב ר"נ אלא באומר לויתי ופרעתי אבל לא באומר להד"ם וקשה הא יש לו מגו דלהד"ם וצ"ל דאף דיש מגו מ"מ תקן ר"נ היסת ודוחק לומר דבהך סברא יחלקו הני תרי לישנא מיהו י"ל בטור דמיירי דהנייר שוה ש"פ והנייר ודאי אם פשע צריך לשלם או ישבע שלא פשע רק הרמב"ם לא מיירי מנייר ומיירי דרוצה לשלם הנייר ואם כן אין כאן מגו בלהד"ם לומר נאנסו דשם יצטרך לשלם להנייר מה שאין כן בטוען להד"ם וכן מצאתי אחר כך בפרישׁ' אבל מסתימ' דברי העור משמע כש"ך:

ז **שתבעהו למלאות החפירות** וזהו דעת האומרים לעיל דאם תבע דמי ענבים הבצורים הוי ג"כ מעות אף דמסתע' מן מחובר לקרקע והנה הרב הש"ך האריך להכריע כדעת הלזה דאף דהוא מסתעף מקרקע מ"מ מעות ומטלטלין מקרי ודבריו בלתי ברורים כי מ"ש דהא דאמרינן בגמרא חפר בו בורות ומערות אין הפי' כמו שכתב הראב"ד דתבעו למלאות החפירות רק כמ"ש רש"י דבהך קרקע דמודה פחתו ומודה דצריך לשלם פחתו וא"כ ליכא הילך ואף דהפחת קרוי מטלטלין מה נ"מ ה"ל הודה בכלי' וקרקעות וכופר בקרקעות מ"מ פטור אמת דכן כ' הר"ן בשם רשב"א אבל הא כבר טען עליו המ"מ דאם כן היינו תי' השני של הגמ' א"נ דהודה בכלים וכפר בקרקעות והיא היא ואני מוסיף

לבאר דבריו כי הא דמשני הגמ' שני תי' או דסבירא ליה בחד תי' לדוחק דיהיה כפירה בכלים דכתיב כי הוא זה על כסף וכלים ומזה ממעטינן קרקע וכי הוא זה בהודאה כתיב ועיי' באסיפת זקנים שהביא כן בשם המפורשים ע"ש או דצריך לומר הך תי' למ"ד טענו חוטין ושעורים וכפר באחד מהן פטור כמ"ש התוס' להדיא בד"ה א"נ דלהך מ"ד לא יתכן תי' זה ולכך צריכין לשנויא תי' אחר שספר בו בור' שיחן ומערות אבל לפי פי' הש"ך אף לתי' סחפר וכו' אייריי דהודה בכלים וכפר בקרקע דמה שהודה בקרקע הוה ליה הילך אם כן עדיין לא יתכן כי הוא זה דכתיב אהודאה וגם לא יתכן למ"ד טענו חיטן ושעורים וכפר בא' דפטור ואמת דרש"י פי' כן דחפר וכו' דבקרקע שהודה פחתו רק י"ל רש"י ס"ל כרמב"ם וסייעתו דאף מודה בקרקע הוה ליה כקרקע ולכך תי' ראשון הוה ליה כמודה וכופר בקרקע אבל לפי' הש"ך דסבירא ליה דהוי כמטלטלין ק' ובאמת צריך ישוב לדברי רשב"א דדעתו כמ"ש א"כ היינו תי' שני ואף דהמ"מ כתב דיש לומר בתי' ראשון דלא תבעו חפירות כלל רק קרקע שלו מ"מ לא הבנתי מה יחייבו שבועה הקרקע קיימא היינו הילך והפחת שמודה היינו ממון והיינו הודה בכלים והוא התיר' השני והיה אפשר ליישב דברי רשב"א בדוחק דבלא"ה לפי מה שכתבו התוס' שם וכן הר"ן בריש פ' שבועת הדיינים וכמש"ל בסי' ע"ה דמ"מ מהתורה לא משכחת למ"ד שעבודא דאורייתא אם לא דל"ל קרקע או דמחל א"כ מה פריך הגמ' למה לי קרא למעט קרקע הא ה"ל הילך הא איצטריך דמודה בחמשים שהלוהו רק הואיל ואית ליה קרקע פטור משבוע' וצ"ל דדבר תורה דגובה משעבדי אף זו הילך מיקרי כמ"ש רש"י לעיל דשטר שהודה מיקרי הילך הואיל וגבי' משעבדי ואם כן דבר תורה אף במ"מ גרידא כן. ולפ"ז יש לומר הא דמשני הגמ' בתי' שני הודה בכלים וכפר בקרקעות הוא למ"ד טענו חיטין ושעורין והודה לו בא' מהן פטור אם כן תי' ראשון דחפר בור' שיחין בהך דהודאה וממון מתחייב לא קאי כמ"ש דהוה ליה ב' מיני' ולכך משני דהודה בכלים וכפר בקרקע ומ"מ חד מין הוא דהיינו דתבעו מנה הלוהו וחמשים מחל לו השעבוד וחמשים לא מחל והוא הודה לו בחמשים דמחל וכופר באינך וא"כ הוה ליה הודה בכלים וכפר מקרקעות דהנך דלא מחל קרקעות מיקרי ומ"מ מין הטענה הוא דתבעו מעות מאה ומנה מלוה ומנה פקדון חד מין הוא וה"ה זה אך זהו דוחק וגם לפ"ז אין מקום לקושי' התוס' שם דהקשו הא בלאו הילך קשה אם כפר בקרקע איך שייך אשמוטי ואם כן עדיין הוה ליה העזה ככופר בכל וקשה מה קושי' הא יש לומר בהך דשעבוד קרקע ואם כן קרקע מיקרי ומ"מ שייך גבי' אשמוטי אלא ש"מ דסבירא ליה לתוס' דזה דוחק דכל קושי' הגמרא יהיה סובב למ"ד ש"ד וה"ל לגמרא לומר הניח' למ"ד שעבודא ל"ד וכו' ולכן דברי רשב"א דחוקים

וכן מוכח מתוס' דכתבו שם בהא דפרכינן הודה בקרקעות וכפר בכלים פטור הא כלים דומיא קרקעות דהם הילך חייב וכתבו התוס' דהמ"ל כגון שחפר בו בורות וכו' ולפי' הש"ך א"א לומר כן בהודה בקרקעות דחופר שיחין ומערות דא"כ הודה בקרקעות וכלים וכפר בכלים חייב שבועה ועכצ"ל דסבירא ליה לתו' דהך הודאה דחפירה לאו הודאה בכלים מיקרי או כדעת המ"מ או כדעת הראב"ד למלאות חפירות ועכ"פ דלא כש"ך ואין לומר אדרבא מהא חילי' דש"ך דבסברא זו מיושב קושי' התוס' דהמ"ל כגון שחפר וכו' וכמ"ש ומזה ראיה לדברי הש"ך מדלא משני כך והוכרח לתרץ שינויי דחוקי איידי וכו' דנראה דדברי התוס' מוכרחים מגמרא דשבועות דף ל"ח דפריך הגמ' למ"ד טענו חיטין ושעורים והודה לו בא' מהן דפטור מהך משנה טעמא דכלים וקרקעות הא כלים וכלים דומיא דקרקעות דהיינו ב' מינים חייב ומשני סיפא אצטרכ' ליה ופריך הגמ' נמי זוקקין הא תנא לי' וכו' וק' מה קושי' לימא לטעמך דסבירא לך דחייב מכל מקום קשה הא הוה ליה הילך כקושי' הגמרא בב"מ דהא קיימא לן הילך פטור וכדמקשה סתמא דגמרא ב"מ בשמעתי' דהמחליף. ועכצ"ל כתי' הגמרא דאיידי דסיפא וכו' וזוקקין קמשמע לן דהכא עיקר וכו' ואם כן כל התיר' הם ג"כ למ"ד תבעו ב' מיני' פטור. והוא קושי' עצומה ולכן צריך לומר דכל הך שנוי' הוא לס"ד דלא אסיק אדעתא הך דחפר בו שיחין ומערות דסבירא ליה דהוי ממון גמור כדעת הש"ך ושפיר הוצרך הגמ' לשנות בדוחק משום סיפא וכו' אבל לבת' דשני הגמ' שחפר בו בורות וכו' אם כן למ"ד הילך פטור לא קשה כלל מהך משנה דהודה בקרקע היינו שחפר בו וכו' וא"צ לכל הני שנויי דחיקי ולכך פריך שפיר למ"ד תבעו ב' מיני' חייב הא כלים וכלים וכו' דמה בכך דהודה בקרקעות בממון וכפר בכלים מ"מ שני מינים הם קרקעות וכלים או ממון וכלים ועיין לעיל סי' פ"ח סי"ג וקושי' הגמ' שפיר ולא מצי למימר ולטעמך ודברי התוס' מוכרחים ואמת כי מתחילה חשבתי להביא ראיה לש"ך ממ"ש בשם ת"י וכן הוא באסיפת זקנים בשם גליון תוס' דהקשו הודה במקצת כלים למה יהיה חייב הא יכול להודות תמורתו במקצת קרקעות ותי' אולי ניחא ליה בכלים ביותר וצ"ל דסבירא ליה דאין זה מגו דמודה מקצת לכופר בכל כמ"ש התוס' בד"ה לעולם בהילר דאי הילך פטור דהוה ליה מגו דמ"מ לכופר בכל דבשלמא בהילך הוה ליה כמאן דפרעו כבר ואם כן הוה ליה כופר בכל אבל בקרקע הוא רק גזרת הכתוב אבל מ"מ מודה מקצת איכא ולא שייך תו אין אדם מעיז וקשה לפ"ז מה פריך הגמרא בהך תי' הודה במקצת כלים אצטרכי לי' זוקקין הא תנא וכו' וק' דלמא קמ"ל דלא תימא כקו' הת"י וגליון דיש לומר מגו דמ"מ כלים למ"מ קרקעות דזה סברא דניחא ליה קרקע ביותר הוא סברא בעלמא וכל כי האי איצטרך לאשמעינן.

וצריך לומר דקושי' התוס' הוא למ"ד הילך חייב אבל למ"ד פטור אין כאן קישי' כלל דכי יודה במקצת קרקע ה"ז הילך והוה ליה לכולי עלמא מגו דמ"מ לכופר בכל כמ"ש הת"י וכמ"ש. וסוגי' הגמרא למ"ד הילך פטור ולשיטת המ"מ דס"ל דכל המסתפק מקרקע אף דעכשיו ממון מ"מ מיקרי קרקע עדיין יש לומר כקושי' הת"י דיכול להודות במקצת קרקע ונאבד ונפחת דחייב בתשלומיו ומ"מ יפטור משבועה ואם כן קשה דלמא קמשמע לן לאפוקי מת"י ובזה רבות' טפי דאפילו מתחייב רק בממון הקרקע מ"מ י"ל דאולי ניחא ליה בכלים יותר מדמי קרקע ודעות בני אדם משתנים ואם כן לכאורה ראיה דלא כמ"מ אך נראה דבלא"ה ק' איך אפשר לומר הודה בקרקעות דמי קרקעות שחפר וכו' (ולכך לא קאמר לטעמך כהנ"ל) אם כן התוס' דכתבו שם שבוע' דף מ' ד"ה הודה במקצת קרקעות פטור וכו' דהך בבא איצטרך דלא תימא רישא בכלים וקרקעות לכך פטור משום דהוה ליה ב' מינים וקשה אם הודה בקרקעות איירי דמי קרקעות אם כן מה דוחקי' לתנא למתני כלים דאין נ"מ אי תנא כלים או מעות דמ"ש מעות ומ"ש כלים ואם כן אלו הוה תנא כן הרי הכל מין אחד דהודה במעות וכופר במעות ומ"מ הוה קתני פטור ואם כן מוכח דע"כ הפטור מטעם שמעות מסתפק מקרקע ואם כן כל בבא דסיפא הודה במקצת קרקעות מיותר וצ"ל דהתוס' כתבו כן לפי דקיימא לן תבעו ב' מינים והודה באחד חייב א"כ יש לומר בכוונה קתני קרקעות וכלים ולא קתני מעות דקמשמע לן אגב אורחא הא כלים וכלים דומיא דקרקעות חייב אף דהם ב' מינים כדדייקינן להך מ"ד מגמרא מה שאין כן אלו קתני מעות א"כ הוה ליה חד מין הודה במעות וכפר במעות ולכך קתני כלים וא"ש ולפ"ז אין קושי' מהנ"ל דפריך זוקקין וכו' ולא קשה דלמא דקמשמע לן דלא אמרינן מגו דהא הוה ליה הילך כהנ"ל ול"ל דמיירי דמי. קרקע דאם כן סיפא מיותר דהא השתא קיימינן בשבוע' למ"ד ב' מינים באמת פטור וא"כ שפיר קשה ליתני מעות תמור כלים ואייתר ליה סיפא (ועכצ"ל דלכך לא קתני בכה"ג דלא שכיח קרקע ופחתו ולהך תי' בלא"ה ל"ק מהילך דאיידי דסיפא וכו' ולפ"ז אף מגו ליכא דהוא מילתא דלא שכיח. ולא נח לי' להודות בו כלל) וא"ש ובב"מ בלא"ה לק"מ דעדיין לא אסיק אדעת' הך דחפר וכו' וא"ש ודוק ואחרי שבררנו דברי הש"ך דהם בתכלית הדוחק וכמעט נדחי' מסוגי' דשמעתא נשוב לישוב הראב"ד דמפרש דתבעהו למלא' החפירות והנה המ"מ והר"ן והנ"י כולם הסכימו דאין יכול להכריחו למלאות החפירות ואין לו אלא דמים והרב הש"ך חולק עליהם בלי ראיה ולדברי מחברי' הללו שאומרים כהלכה שומעין והרב בעל משנה למלך ביקש לומר אם העפר שלקח מקרקע בעין חייב למלאותו וגם זה בלי ראיה וטעם אלא שבזה נראה דאף דאינו יוכל להכריחו אבל אם הוא מבקש למלאות עפר הרי אינו

יכול להכריחו שיתן לו דמים א"כ כשתובעו תובעו או מלא בורות עפר או שלם הפחת אם כן אין כאן תביעה ברור בדמים רק בקרקע שהרי אם ירצה ימלא ואין כאן דמים כלל מה שאין כן בחבלה וכדומה שאין כאן תביעה רק בדמים כי הוא מעוות לא יכול לתקון וא"צ לדוחק הש"ך לומר דאף דישלם לו דמים מ"מ סופו למלאות עפר והרי זה כמו קרקע דמי הנביא אולי יאכלן ויניח הקרקע בפחתה כמו שהיא אבל הדברים פשוטים כמ"ש ול"ק על הראב"ד. והנה לכאורה נראה דהתו' הסכימו להראב"ד דכתבו דהך תי' הודה בכלים וכפר בקרקע לא אתיא למ"ד טענו ב' מינים והודה לו באחד דפטור ע"ש וקשה דלמא מיירי דתבעו מעות ופחת מקרקע במעות והוא הודה במעות וכפר בפחת ופטור דה"ל כופר בקרקע אבל מתורת מין טענה לא מפטר דהא תבעו מעות ומעות ואלו תבעו מאה נו"ן מדמי חיטין ונו"ן מדמי שעורים ודאי מין טענה מקרי ועיין בנ"י סוף המניח בתבעו לשלם מנכסיו עבור מועד לגדול והוא הודה במועד לקטן הוי מין טענה אף דהמעות מסתעפים משני מינים ופשוט ואם כן מין טענה מקרי ומ"מ מחמת כפירות קרקע גזרת הכתוב לפטור וע"כ מוכח כהראב"ד דאי תבעו מעות אף משום קרקע הוה ליה ממון. אך באמת יש לומר דאין זה הוכחה דבלא"ה צריך לומר בתו' שם ד"ה למ"ד דהקשו דאף למ"ד הילך חייב מ"מ הא לא שייך בקרקע אשמוטי וק' למאן הקושי' אי בקושי' הגמ' הא י"ל דגמ' סבירא ליה כי הוא זה בהודאה כתיב ואם כן מיירי דמודה בקרקע אבל כפירה ידע דיש לומר דכופר בכלים ואם כן שייך אשמוטי ואי קושי' התוס' באמת למה דמשני הודה בכלים וכפר בקרקע דהא לא שייך אשמוטי עדיין קשה דלמא בהך קרקע שכופר נודע שחפר בו בורות וקלקלו ואם כן אם יודה יצטרך למלאות בורות ואשמוטי קמשמט ועכצ"ל דסבירא להו לתוס' אם כן דגם בהך תי' צ"ל דחפר אם כן למה נאיד מתי' הראשון דהוא תי' מרווח וצ"ל דסבירא ליה לדוחק לומר דמיירי דחפר ואם כן עכצ"ל דבתי' שני לא צריך לומר שחפר ושפיר הקשו דהא לא שייך אשמוטי ואם כן אף הנ"ל נסתר דהא בהך תי' לא אמרינן כלל הך דחפר דאל"כ נימא תי' ראשון ושפיר כתבו דלא אתי' למ"ד טענו ב' מינים והודה באחד דפטור ועיין מ"ש בס"ק ה' דמתוס' בשמעתא דהמחליף משמע דהואיל דמסתעף מקרקע ס"ל לתוס' דהוי כקרקע ודוחק לחלק בין הך דהתם להך דהכא והנה לפמ"ש בתוס' שם ד"ה אמאי וכו' דאין הקושי' על התורה דאיצטרך למעט שטרות רק הקו' על המשנה דלמה צריך למילף מכלל ופרט ק' א"כ אף בעבדים ק' למה לי קרא הא הוה ליה הילך כקושי' הגמרא לקמן דף ק' בשלמא להך תי' בהודה בכלים וכפר בקרקע א"ש גם בעבדים דהודה בכלים וכפר בעבדים אבל להך תי' דחפר בו שיחין וכו' קשה בעבד מה א"ל וצ"ל גם כן כדלקמן דקטע לידים וקשה אם כן

הרי תביעות ממון דכאן א"א למלאות החסרון כמ"ש הראב"ד בעצמו וצריך לומר בעבד הך תי' שני דהודה בכלים וכו' ואם כן מה מהני תי' ראשון כיון דלעבד צ"ל תי' השני ועוד לע"ד טענו שני מינים והודה בא' מהן פטור הך קושי' בעבד איך יתורץ תי' ראשון אי אפשר לשיטת ראב"ד ותי' שני הא הוה ליה ב' מינים ומה איריא עבדי' בלא"ה פטור ועכצ"ל דאף בכהאי גוונא ה"ל דין עבד והוא לשיטת התום' ראיה ברורה. ואמת דבראב"ד יש לומר דלא סבירא ליה כתוס' וסבירא ליה הקושי' הוא לקרא והיינו כקושי' מהרש"א דהקושי' הוא לר"ע דכתבו התוס' בד"ה אין נשבעין דר"ע אית ליה קרא מיוחד למעט קרקע אבל לתוס' דלא סבירא להו כן והיינו דס"ל לתוס' דהא דלא אסיק אדעתא בקושי' דמיירי בהודה בכלים וכפר בקרקע משום דכי הוא זה קאי על כסף וכלים והיינו הודאה בקרקעות וכמ"ש באסיפת זקנים וזהו למאן דמפיק מיעוטא דקרקעות מכלל ופרט דכסף וכלים אבל מאן דמפיק ליה מדרשא אחריני למעט קרקע ואם כן אין כאן ראיה מכי הוא זה דמוסב על הך דכסף וכלים דהלא לא יליף מיניה כלל ואם כן הקושי' דקארי ליה מה קארי ליה במקומו. ודברי התוס' מוכרחים ומיושב בזה קושי' מהרש"א ודוק. גם יש עוד קושי' למ"ד טענו שני מינים והודה לו באחד מהן פטור הך טענו יו"ד ענבים העומדים לבצור והודה לו בחמשה הך חמש מה טיבן אם הן בעין הא הוה ליה הילך ואי דאכלן והך חמשה דכפר הם בעין אם כן שני מינים הם מעות וענבים ואם כן פטור ומאי טעמא דר"מ דמחייב ועכצ"ל דמיירי דגם הנך ענבים דכופר אכלן רק אומר שלי אכלתי ואם כן תבעו מעות ומעות וזה כדעת האומר דאפילו אכלן הוי כקרקע אבל להראב"ד קשה אך להראב"ד לא קשה דיש לומר דגם הענבים שהודה הם בעין בביתו של הנתבע ואם כן הוי רק מין אחד ומ"מ לא מיקרי הילך דסבירא ליה פקדון לא הוי הילך מה שאין כן לדידן דקיימא לן דהוי הילך אם כן ע"כ צ"ל דהנך דקמודה ליתנהו ותבעו דמי' יקשה למ"ד שני מינים פטור והוא כמעט ראיה שאין עליו תשובה. והנה מה שטען הראב"ד מהא דסבירא ליה לר"י עד שיהיה הודאה במקצת שתי' חבלת בי וכו' והמ"מ כ' דאדם בן חורין אין דינו כקרקע והש"ך האריך בזה דאדם דינו כקרקע וטרם נדבר בזה נבאר דאף לפ"ד אין טענת הראב"ד טענה כלל חדא דהא מבואר לעיל גבי שכיר וגבי נגזל דהא דסבירא ליה לר"י עד שיהיה שם הודאה א"צ מ"מ גמור רק כעין מ"מ אפילו הילך וכ"כ הר"ן רק שתקנו חכמים כעין תורה ואדרבא לעיל בסי' צ' בתומים ס"ק א' בררתי דלר' יהודא א"צ בנחבל תקנה פרטי' דהא הוא חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל עיי' מ"ש ולפ"ז ניחא דאין כאן ש"ד כלל וצריך תקנה וא"כ אדרבא מכאן ראיה. אף גם בלא"ה נראה דבשלמא פחת קרקע או פחת עבד דקטע לידו ואם נמכר בשוק דמיו מעוטים דמים אלו

הוי כקרקע אבל במה דקונסין בשביל החבלה לשלם יותר ממה שנפחת א"כ מה טיבו של זה לגוף האדם עד שיהיה בכלל אדם וקרקע והא הרמב"ם פסק בפ"ה מהל' חובל דין וי"ו דאם הודה במה שחבל משלם כל ה' דברים הואיל ויש עדים אם כן ודאי הרי כאן ש"ד דהא בשאר דברים חוץ מן נזק אינו בכלל גוף אדם וחייב לישבע וכיון דיש שבועה משתבע על הכל מתורת ג"ש וא"ש ונק"מ ואפשר דראב"ד לשיטתו דסבירא ליה שם בהל' חובל הנ"ל בהשגה דכל חמשה דברים משלם עפ"י עצמו דהם ממון ע"ש אך אין זה מספיק דנהי דהם ממון מ"מ אין שייכים לגוף אדם ואינו בכלל תקון חסרונו זולת נזק לבד וזה ברור. ובגוף הדבר אי אדם הוי כקרקע או לא הש"ך האריך במה שיש בו מחלוקת תוס' ורש"י ומחברים ונראה לחלק בעבד עברי הוי כקרקע אבל לא בן חורין וכן דעת המ"ל בכוונת המ"מ דרמב"ם פסק בהל' מכירה פי"ג דפועל שהוא כמו ע"ע אין לו אונאה משום דהוי כקרקע כמ"ש הרמב"ם וכ"פ לקמן בש"ע סי' רכ"ז סל"ג וע"ש בסמ"ע וש"ך וכן משמע בת"ה סי' שי"ח דוקא ע"ע הוי כקרקע דאתקש לעבד כנעני אבל לא בן חורין וכן נראה קצת להוכיח מהך דקדושין דאמר השבע לי שאין ע"ע אתה ופריך האי ממון מעלי' פירש"י מטלטלין גמורים ומשני ע"ע גופו קנוי וקשה לו יהי' דאין גופו קנוי הא שעבוד יש לו על עבד ומשועבד לו ואם כן הוי שעבוד קרקעות ואין נשבעין כמו על קרקעות עצמו. דבן אדם הוי כקרקע אלא ברור דאדם אין כקרקע רק ע"ע הואיל וגופו קנוי אתקו' לעבד כנעני והוי מקרקע אבל אי לא גופו קנוי לא איתקש לעבד כנעני וכן נראה נכין ואזלא כל ראית הש"ך ודוק:

סימן צו

א **כמשיב אבידה** זהו לשון הרמב"ם ומה שקשה מה בכך הא ס"ל מגו לפטור משבועה לא אמרינן. ואי דסבירא ליה דטענת קטן לאו טענה כלל לא הנ"ל טעמח דמשיב אבידה רק הטעם דאין כאן טענה עיין מ"ש בכללי מגו אות קי"ב ע"ש. ועכ"פ מוכח מדברי הרמב"ם דטענת קטן קרוי טענה דאל"כ ל"ל הטעם דמשיב אבידה הל"ל בקצרה דאין כאן טענה וכן משמע מדברי התוס' שהקשה על רש"י דס"ל אם תבעו קטן הואיל דנתינה בגדלות דהוי טענה והקשו דתרתי בעי ולא הקשו דהא אין טענתו טענה ועכצ"ל דקרוי טענה רק הוא גזירת הכתיב. וכ"כ הר"ן להדיא דטענת קטן הוי טענת ברי רק גזרת הכתוב שלא לחייב עליו שבועה. וא"כ אם נתן לו האב והבן היה אז קטן וראה הנתינה ומת האב והבן תובע אותו בגדלות יש כאן שבועה דהמסירה והתביעה בגדלות ואי דטענה שלו ממה שראה בקטנות מה בכך הא טענתו טענה מעליא כמ"ש והא דלא מוקי הגמ'

המשנה נשבעין לקטן בכה"ג דהראיה היה בקטנות אפשר דלישנא נשבעים לקטן משמע ליה בשעת שבועה היה קטן. והבו דלא לוסיף דרש"י ס"ל אפילו קטן ממש יכול לתבוע. אלא דאם תבעו כשהוא קטן והודה במקצת ואינו כלום ואח"כ כשהגדיל תבעו שנית בהאי אני מסתפק אי בימא הא עכשיו הא הנתינה והתביעה בגדלות. או נימא דאף דתביעה בקטנות אינו כלום מ"מ הודאתו הוי הודאה ואם כן קדמה הודאה לתביעה שאח"כ שהוא בימי גדלות וצ"ע כי בלא"ה הך דבעינן החביעה קודם להודאה לא כ"ע מודים להרמב"ם ועיין גיטין בשמעתין דב' כיסין:

ב **רק שהנתינה היה בקטנות** ואם מסרו אביו לשמור ומת והוא היורש קטן דעת הסמ"ע כמקצת רבוותא שכתב המ"מ דלית גביה ש"ש והש"ך דעתו כדעת הראב"ד והרמ"ה דנשבע. ונראה לפי מ"ש הרשב"א דאפילו פשע בקטן שמסר לשמור פטור מדקתני אין נשבע ש"מ דאפילו פשיעה פטור דאל"כ למה לא ישבע וכן דעת התוס' בכל דוכתי וא"כ זה ברור אם מסרו לו אביו ומת דאם פשע דחייב דמי הפקיע דין שמירחו דהא אם ימתין הקטן לתובעו עד שיגדיל הלא חייב בכל דין שומרים וא"כ ע"כ שלא פקע בקטנותו דאם פקע א"א לחזור ולהתחייבו כשיגדיל וזה פשוט וא"כ דחייב בפשיעה אם כן אף שבועה חייב דהא לשיטתם זה תליא בזה כנודע ולכן היש מי שסוברים כן ס"ל כרמב"ם דפשיעה ושבועה לא תליא זה בזה אבל לפי דקיי"ל לעיל סימן ס"ו כתוס' וסייעתם דפשיעה ושבועה תליא זה בזה א"כ הדין ברור כמ"ש הש"ך ואין לדקדק דא"כ קושית הרא"ש דהקשה למ"ד בש"ש יכול הקטן להשביע נוקמא הא דתנן במשנה נשבעין לקטן בכה"ג בש"ש עדיין אינו מיושב דנוקמי שבא בטענת אביו שאביו מסרו לשמור ואצ"ל גדול היא רק במילי אביו קרוי קטן ולומר דהמשנה אתיא כראב"י דהא קטן בבא בטענת שמירת אביו משביע דבלא"ה צ"ל למה לא מוקמי נשבעין לקטן בתבעו ע"פ עד דס"ל להרא"ש דיכול להשביע וצ"ל דאין זה לקטן רק נשבע לעד וה"ל כנשבע לגדול. א"כ אף בשומרים כיון שאין תביעתו תביעה כלל רק השבוע' מכח הנתינ' שהיה בגדלות א"כ לא שייך נשבעין לקטן. דאין השבועה מצד הקטן כלל משא"כ אם הקטן מסר לשמור יכול ג"כ להשביע ש"ש שפיר הק' הדא"ש דהמ"ל נשבעין לקטן בכה"ג וא"ש מילת לקטן. דקבלת שמיר' היה ממנו כנ"ל אך יש לספק לשיטת הרא"ש וסייעתו דס"ל מגו לפטור משבועה אמרי' רק משום מגו דהעז' אין לו לשומר מגו דהחזיר בקטן אי נימא דבעינן דוקא דלית ליה מגו דלהד"ם והחזיר כגון דמסרו בעדים וא"ל אל תחזיר אבל זולת זה הא יש לו מגו ואי דהוה דהעזה נגד קטן מה העזה שייך הא אפילו בגדול פליגי אי בבנו מעיז אבל בקטן מה סעזה שייך ביה וצ"ע:

ג **יעמידו בית דין אפוטרופס וכו'** ובשבועות שומרים דס"ל לרמב"ם ג"כ דמשביעין לא כת' דמעמידין אפוטרופ' צ"ל הואיל וצריך שיחשדהו שתי כסף וחשד קטן אינו כלום לכך מעמידין אפוטרופס והוא יבקר בענין השותפים ואם ימצא החשד עולה ב' כסף ישביעהו ובהכי ניחא דהרא"ש הקשה דלמה לא מפרשים במשנה נשבעין לקטן בש"ש ולא הקשה לנפשיה דנימא שבועות שותפים דמודה הרא"ש דמשביעין ודוחק לומר דס"ל לגמ' דהך נשבעין איירי בש"ד דשבועות שותפים עדיין לא מתני' בסך פירקא דזה דוחק ולפי הנ"ל ניחא דאין היתום משביעו רק בית דין מעמידין אפוטרופס להשביעו ואם כן אין הלשון נשבעין לקטן סובלו דהא נשבע לגדול אפוטרופס מהקטן. מיהו הא דכתב הרמב"ם במודה שהיה שותף דחייב לישבע אם הודה שיש לו עדיין ממון שותפים בידו צ"ע אם ישבע דאף דמגו לפטור משבועה לא אמרי' מ"מ הא הוי משיב אבידה בהודה לקטן. ותקנת חכמים הוא משיב אבידה לא ישבע וכמש"ל ס"ס פ"ח ע"ש ולכן צ"ע לדינא.

ד **על השטרות אין נשבעין** הרשב"א בתשובה נתן טעם דכל טיב שבועה להפיס דעתו ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ופי' הסמ"ע אם טען מסרתי לך שטרות והוא הודה במקצתן דבסימן הקודם קיי"ל נשבע היסת בקטן לא והש"ך השיב דאיך מצינו בזה דהיה התקנה להפיס דעת אלא הכוונה בפוגם או ע"א מעיד שפרוע דאמרי' בכתוב' פ' הכותב דנשבע להפיס דעתו ולכך א"ל נפרע בחיי אב שהוא ת"ז ופגמו או ע"א מעיד נוטל בלי שבועה ומ"ש בפוגם איכא ג"כ טעם משום הפסת דעת ז"א כנראה להדיא מדברי תוס' שבועות דף מ"ט ד"ה לכל וכ"כ מהר"ם להדיא בחדושיו בהגמ"י להלכ' שבועה דלכך לא פי' רש"י גבי פוגמת בנק"ח דשם אין הטעם משום הפסת דעת ע"ש. אלא אפילו בע"א לא נראה כיון דריעותא לפנינו דע"א מעיד למה יטול בלי שבועה הא מבואר בתוס' ד"ה לכל הנ"ל דשבועה דשכיר שהוא גם כן להפסת דעת קיל מהך שבועה דע"א ולכך בשכיר אין מגלגלין ובע"א מגלגלין ומ"מ לעיל סימן פ"ט ס"ב קיי"ל דאם השוכר קטן מ"מ אין נוטל שכיר בלי שבועה ומ"ש זה מזה וברור דנשבעין ונוטלין לא יהיבנא ליה בלי שבועה ומ"ש זה משבועת שותפים וסיים וכן כל כיוצא בזה וכתבו דשבועת המשנה לא אתמעט קטן. והיה מתחילה דעתי לומר דכוונתו בלי פוגם וע"א מעיד שפרוע דבזה אנן טוענין אשתבע ש"מ דאיתרע ואף בקטן אנן טענין רק בדליכא הנהו רק הקטן טוען פרוע ואמר אשתבע לי דבזהו דאם לא טען לא טענינן להו ש"מ דעיקר שבועה להפסת דעת דאל"כ אנן למה לא טענינן אלא ש"מ דהוא רק להפסת דעת ועיין בהרי"ף דאיכא רבוותא דס"ל דהוא רק היסת בעלמא וא"כ בקטן דאין בטענתו ממש לא משביעים ליה דהא צריך

לעעון והוא רק הפסת דעת בעלמא אך עכ"ז לא נח דעתי מה תקנתא לתקנתא יש כאן הלא הוא רק אפוכי מטרתי דלאחר פרעון יטעון עליו פרעתיך פעמיים ויצטרך לישבע היסת וביותר קשה לפי כללא דכייל הש"ך בדוכתי טובא דאי אתה מוצא היסת קודם פרעון א"כ כאן איך מיירי אי קודם פרעון בלא"ה ליכא היסת ולאחר פרעון מאן מעכב ע"י להשביעו שלא פרעו פעמיים כמ"ש ולכן יותר נראה כמ"ש הסמ"ע בהכחשה בגוף שטרות דאין עליו היסת כלל ומה שטען הש"ך דלא מצינו דשבועה כזה היה משום הפסת דעת לק"מ דהא דנשבעין היסת על קרקעות ושטרות דייקו התוס' והרא"ש מהא דאמרי' בפוגמת וע"א מעיד פרוע תקנו חכמים שבועה על ש"ק ש"מ ה"ה היסת ואלו לא שייך בזה להפסת דעת איך מייתי ראיה הא בע"א גופיה לולי הפסת דעת לא היו מתקנים שבועה הואיל והוא ש"ק ואיך יתקנו היסת על קרקע. וצ"ל דמ"ש גם זהו הפסת דעת דצועק ככרוכיא שלי הוא וכדומה והדבר מוכרח דעיקר תקנה היה משום הפסת דעת וא"כ בקטן לא תקנו דהוי תקנתא לתקנתא. וזהו פשוט וצ"ל באמת שטרות דנקט רשב"א לאו דוקא ה"ה קרקעות רק הלא הב"י העתיק תשובה ושם השיב על השאלה דבא בשטרות ולק"מ:

ה **החרש ושוטה כו'** ופקח שהוא אלם דאשתקיל מיללו אבל הוא פקח לכל דבריו ונשא ונתן ונתחייב שבועה כתב הרב בעל שבות יעקב בח"א סימן קנ"ו דכותב אני נשבע באלה ובשבועה שכך וכך הוא וכתב הוי כאמירה ועיקר דבריו וראיה שלו בנוי ולקוח מתשובת חות יאיר סימן קצ"ד דס"ל דאם נשבע בכתב שיעשה כך וכך הוי שבועה ונדר כמו אמירה וראיה שלו מדאצטרך בעדות מפיהם ולא מפי כתבם ש"מ בעלמא הוי כתיבה כמו אמירה. והנה הרב בעל שב יעקב בתשובתו חלק י"ד סימן מ"ט הכריע נגדו וס"ל שם בכל מילי אין כתיבה כדיבור וראיה שלו מהא דאמרי' במגילה דאם כתב מגילה דאין יוצא ידי קריאה ואין בזה ממש דמלבד דמה ענין זה שמקבל בלבו בכתיבה לענין למה שהצריך התורה קריאה לפרסום הנס וא"כ סופר הכותב פרשת ק"ש יפטר מק"ש למאן דלא בעי שמיעה לאזניו ומה ענין זה לזה. אף גם הא במגילה כתיב נזכרים וילפינן שם מגילה דף י"ח ג"ש מזכור ודרשינן זכור בפה ואל תשכח בלב וכיון דזכירה הוי בפה פשיטא דכתיבה לא מהני אבל המקבל על עצמו בכתיבה י"ל מ"ש כותב ומ"ש אומר. גם מה יאמר לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דבכתב כותבין ש"מ דכתיבה הוי כאמירה כמבואר בגמ' דגיטין. ומ"ש לדחות דאצטרך מפיהם למעט פי כתבם דה"א בעדות בגלוי מלתא בעלמא סגי צ"ע בסברא זו להתיר האיסור ויותר היה לומר דה"א בעדות כיון דחזינן דשטר כשר ושטר קידושין בעדים וכן גט בעדים לר"מ או לר"א לדעת המחברים

אף ע"מ כרתי וש"מ דהכשירה התורה עדות מפי כתב וה"א דכל עדות מפי כתב כשר כי באמת החילוק בין שטר לעדות מפי כתב הוא חילוק קלוש כאשר באמת טרחו בו המחברים ועיין מ"ש לעיל בסימן מ"ו. ובזה אפשר לכוין במ"ש רש"י מפיהם ולא מפי כתבם יעידו בב"ד דלא דמי לשטר שחתמוהו ביומא דהאי אורחא בכך עכ"ל ויש להבין מה ביקש רש"י בזה. ואם לבאר דלא תקשי משטר ה"ל לפרש כן ביבמות השנויה קודם גיטין בדף ל"א ולמה נטרי עד גיטין ולמ"ש א"ש דקשיא לרש"י ה"ל לאתויי רב ראיה מהך מדאיצטרך מפיהם ש"מ בעלמא הוי הגדה מתוך הכתב וכ"ש דקשה למאן דלא פסק ברב ולזה כתב רש"י דלא דמי לשטר וכו' ואם כן איצטרך דלא נימא מ"ש משטר דאכשריה רחמנא. אלא מהלשון שכתב רשב"א בגיטין דגזירת כתוב הוא דלא מכשרי עדים מפי כתבם מזה משמע דבעלמא מועיל כתב דאי בעי הכתוב רק להורות דלא נטעה להקל בשטר הא אין זה גזרת הכתוב. וכן מה שהקשו התוס' והרשב"א ל"ל מפיהם הא כתיב אם לא יגיד והגדה אינו באלם כדאמרי' ואמרה ולא חרשית נראה דשוה עדות לשאר אמירה דאל"כ מה קושי' בעדות ה"א דקילי. אך עכ"ז הא כתבו מהרא"ם והמבי"ט ומשפטי שמואל וכן הח"י גופיה בסי' ט"ז דבשבועה כתיב אשר יבטא בשפתיו וכל יוצא מפיו יעשה ולא יחל דברו ואם כן היינו כמו בעדות דכתיב מפיהם ואין בזה ממש ספק. דזה יותר מן מפיהם דכתיב בעדות. דכתיב אשר יבטא בשפתים ותמהני משבות יעקב שפקפק בזה וכי לא יהיה יותר מ"ש אשר יבטח בשפתיו מן מ"ש מפיהם:

והמה הרב בעל שבות יעקב הביא ראיה מהא דאמרינן בסוטה דף כ"ז ע"ב ואמרה ולא אילמת שאינה שותה ותיפוק ליה דאינו יכול' לעשות שבועה אלא ש"מ דהוי שבועה מתוך כתב והרב הנ"ל אייתי חובה לנפשיה כי ראה ראיה אחת בגמ' ולא ראה שם בתוס' ד"ה דכתיב דכתבו להדיא אפילו לא בעינן קרא כדכתיב מ"מ מודה דאילמת אינה שותה משים דל"מ לקבליה שבועה הרי להדיא דא"א לקבל שבועה כלל וצ"ל לרוחא דמלתא אייתי ראיה מן ואמרה אבל באמת אף זולת זה א"א להיות שותה כי אינו יכול לקבל שבועה. והדבר מבואר בתו' להדיא ומה יש ספק עוד והכרעתם תכריע. אך זהו בשבועת ביטוי דכתיב לכל אשר יבטא אדם וכו' אך אם למדין ממנו לשארי שבועה יש לספק דודאי מסתברא דיש למילף שבועות זה מזה ומהכ"ת לחלק אמנם הרב שבות יעקב הקשה דרש"י פירש אם לא יגיד פרט לאלם שא"י להגיד לענין קרבן שבועה מה צריך קרא למעט מקרבן שבועה הא אין כאן שבועה שאינו יכול לדבר כלל. ולכאורה קושיא גדולה היא אבל באמת אין כאן קושיא כלל דידוע בשבועות ביטוי צריך הנשבע אם מושבע מפי אחרים לענות אמן ואז חל השבועה אבל בשבועת עדות אם השביע בבית

דין שבועה שאם אתה יודע עדות שתבוא ותעידני והוא שותק ולא ענה אמן כלל רק שכופר ולא מעיד הרי זה בכלל שבועת עדות לקרבן. ואם כן אלו היה ראוי להגיד עדות בכתב כשהשביעו אחר אם. אתה יודע עדות תעיד לי והוא אינו מעיד בכתב המועיל ומכ"ש כשכותב שאין יודע עדות דאם עדות בכתב כשר סרי כיון שהגיד תו א"ח ומגיד שהרי כאן כפירה גמורה ואם כן חייב קרבן שבועה דמ"ש דיכול לדבר ושותק או לא יכול לדבר ושותק הא בשתיקתו מחייב קרבן שבועה דגבי שבועת עדות א"צ לאמירה דיליה כלל רק כשהמשביע אומר השבועה והוא שומע וכופר בעדותו חייב ואף כזה באלם הדין כן דהא המבטא בשפתיו בשבועה הוא המשביע שהוציא שבועה מפיו והוא שותק וחייבו תורה בשבועת עדות כאלו הוא הנשבע ואם כן מ"ש דיכול לדבר ושותק או אינו יכול לדבר סוף כל סוף בשמעו קול אלה ואינו מעיד חייב קרבן שבועה ולכך איצטרך קרא פרט לאלם דאינו ראוי להעיד ואם כן ליכא כאן שבועת עדות כלל. אבל ודאי אם אין הוא נשבע מפי אחרים רק מפי עצמו שכתב שבועה שאין אני יודע לך עדות ודאי דא"צ קרא למעט דבעינן ביטוי שפתים וזה ברור ונכון. ואם כן דזה ברור אף בשבועת פקדון דקיי"ל גם כן המושבע מפי אחרים א"צ לענות אמן רק כשכופר ולא הודה חייב קרבן שבועה והיינו דהמשביע הוא מבטא בשפתים והוא דשמע ולא הודה הטיל התורה עליו עונש שבועה. באלם ודאי אם הוא כותב שבועה שאין לך בידי פקדונך או תשומת יד אין כאן שבועה דבשבועה בעינן מבטא שפתים אבל אם אחרים משביעין אותו שבועה שאין לך משל חברך ופקדון וכדומה והוא כותב שאין לו דהיינו כפירה דהרי יכול להודות בכתב דחייב ויש לו בידו משל חבירו והודאת בע"ד בכת"י ודאי מועיל לכ"ע והוא לא הודה ומכ"ש כשכתב שאין לו בידו שזהו כפירה גמורה דהא לענין כפירת והודאת ממון הוי כת"י כמו אמירה וזה פשוט אם כן הרי כאן שבועה וחייב ק"ש כמו אלו יכול לדבר דמ"ש הא א"צ לאמירה שלו כלל והשבועה נבטא משפתים מפי אחר והוי כאלו נשבע רק צריך כפירה והכפירה הוא שאין מודה בכת"י וכופר וזהו ברור ופשוט. ולכן לא צדקו דברי השבות יעקב במ"ש שיכתוב הר ני נשבע דאין זה מועיל כלום רק כך הוא שישביע איתו אחר שבועה שמעות יש לך משל פלוני שתודה ואם הוא כותב שאין לו הרי שבועה ממילא חל והוי מבטא שפתים מפי אחר והכפירה מפי עצמו כמ"ש דלענין כפירת והודאת ממון ודאי כת"י מועיל וזה ברור לדינא. ובהכי ניחא במה דאמרינן בירושלמי פ' כה"ג דפריך למה כה"ג לא דנין אותו וימנה אנטלר ותי' הגע עצמך ואם תחייב כה"ג שבועה וכי ישבע אנטליר. וקשה אם בכתב הוי שבועה א"כ יכתוב בכת"י הניכרת אני נשבע כך וכך וישלחו לב"ד והוי כנשבע בב"ד ואין כאן ביזוי כלל אבל

לפמ"ש ניחא דבנשבע מעצמו לא מהני רק צריך במושבע מפי אחרים וזהו דנין אותו ובזוי לכה"ג וא"ש. אך עדיין יש לפקפק בכל שבועה אם כותב ואינו אלם אם לשטת ר"ת אינו מועיל דהא בעדות כתיב מפיהם להדיא ומ"מ סבירא ליה לר"ת דביכול להגיד הוי מתוך כתב גם כן בע"פ דראוי לבילה אין בילה מעכבת. והוי כמו בפיהם א"כ י"ל לענין שבועה נמי דכתיב מבטא שפתים מ"מ כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת והוי כנשבע בע"פ דמ"ש מפיהם גבי עדות ומ"ש מבטא שפתים גבי שבועה ומהכ"ת לחלק ובהכי ניחא במה שכתבו אחרונים דהכותב ד"ת אין לברך דבתורה כתב ודברת' בם והך דינו של ר"ת במחלוקת אתמר וספק ברכות להקל אבל בספק שבועה להחמיר אמרינן אולי הדין כר"ת ואמת כי הבאתי ראיה דלא אמרינן בכתב כמו בע"פ דבגמ' דתמורה אמרינן מקלל חברו בשם אמאי לוקה הא לאו שאין בו מעשה ואמרינן דכתיב והפלא ה' מכותך הרי דחייבה התורה מלק' וקשה עדיין קשה מנ"ל דהוציא התורה מכלל המסור לאו שאין בו מעשה אין לוקין והא דכתיב והפלא הייט ביש בו מעשה דכתב פלוני יהיה מקולל לשם ואין לך מעשה גדול מזה מה שכותב והוא מלאכת מחשבת דהוי במשכן ועכצ"ל דכל דפרט התורה בפה אין כתב בכלל ולכך אי אתה מוצא מקלל שיש בו מעשה וא"ש. אך עם כ"ז צ"ע כי אין לסמוך על ראיה מבלי הוטבע שרשו בפוסקים ואפשר לפי מש"ל בסי' ך"ח דר"ת מודה בדיני נפשות דלא מהני רק בד"מ אם כן י"ל דשם הטעם משום דלא אברי סהדי אלא לשקרא אבל בעלמא אין כתיבה כמו אמירה דאל"כ אף בדיני נפשות יועיל ודוק. ועתה יש מקום לעורר ספק כיון דכל טעמו דשבועת ביטוי דלא מהני בכתב משום דכתיב לבטא בשפתים אם כן הא דכתב מהרי"ק בשרש קי"ב והביאו הרמ"א לעיל בסי' ע"ג ס"ח דהא דאמרינן בשבועה לבטא בשפתי' אבל דברים שבלב אינ' דברים ה"מ באדם האוסר על עצמו אבל האדם המתנה עם חבירו ונשבע לו לקיים תנאו בזה אזלינן בתר דבריו שבלב כי כל מה שיחול עליו התנאי יחול עליו השבועה וא"צ ביטוי בשפתי' ע"ש ולפ"ז אם התנה בכתב עם חבירו שיעשה לו כך ושיתן לו כך ונשבע בכתב על כך הא הוי שבועה דהא בזה לא אמריק אשר יבטא בשפתים ואם דברים שבלב אינן דברים בעלמא בזו הוי דברים מכ"ש בכתב דעדיף ודאי יותר מדברים שבלב. ואמת כי הש"ך השיג לעיל סי' הנ"ל על מהרי"ק ועיי' מש"ל בסי' ע"ג בישוב דברי מהרי"ק מתוך תשובת הרא"ש א"כ לפמ"ש אין לדמות הכתב להנ"ל אבל מ"מ לפמ"ש מהרי"ק דבתנאי א"צ ביטוי בשפתי' ואזלינן בתר דברים שבלב צ"ע כי הדברים נוטים לספק איסור של תורה וכל זה היה בהעלם עין מדברי שב יעקב ולהיות כי עיקרו בהלכות שבועה קצרתי פה ושם מקומו אי"ה:

ו **א"א וכו'** עיי' ב"י שתמה על דעת הגאונים דסבירא להו דאין משביעין לא"א דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם ותמה הב"י מה ראיה מזה הפסוק דאין משביעין לאשה ואי דנאמר בלשון זכר הא כל התורה בלשון זכר נאמר וצ"ע. ונראה דס"ל דלכך כתב בין שניהם הרצון דא"צ אחר אצל שבועה רק בין שניהם יהיה השבועה בהסתר כדאמרינן בשעת שבוע' אומרים סורו נא וכו' כי לא יהיה נשבע בה' בפומבי ואין זה כבודו של מקום ולכך אמרה התורה שתהי' בין שניהם לבד בהצנע ולכך אמר דאין להשביע לאשה דבא"א א"א דהא אסור להתייחד ובפרוצה בעינן תרי וכדומה ולא שייך תו בין שניהם וק"ל:

ז **שנתחייב' וכו'** עיי' אורים שכתבתי כדברי הש"ך ויתר אחרונים עיקר דבמקום דאין לומר שיש אפשרות דעכשיו תשלם אין לנו להשביע כלל. והא דאמרינן בכתוב' אם אשה נעשה אפטרופס דאיכא למ"ד דיכול להשביע כל שעה אפילו יושבת תחתיו היינו דהבעל חייב לה כתובה וכמה שתודה יהיה נפח' מכתובתה ה"ל כיש לה והנה הש"ך כ' בתשוב' הרא"ש אשה ששאלה כלים מחברתה ונגנבו דמשביעין אותה שאינה ברשותה ולא משביעין אותה שלא פשעה ושלא שלחה בהן יד הוא משום דאף אם תודה דפשעה לא תהיה לה לשלם מיד וא"כ שבועה זו למה. ומדבריו למדנו אפילו ג"ש ליכא בכהאי גוונא ואין דעתי נוחה בזה כיון דכבר נחית לה להשביע למה לא נגלגל עלי' ובפרט בגלגול בטענת ספק אם כן אם אחר כך תבוא ותהיה לה מעות איך יעשה שבועה הא יש כאן רק טענת ספק ואין משביעין בספק וכ"ש הא כבר עיקר שבועה נעשה מימים ימימה. וג"ש דאורייתא ועיקר דבריו כמ"ש דלמה לא כתב הרא"ש להשביע לאשה שלא פשעה דבריו אינו מובנים כי מה תשבע אף דלא פשעה הא חייב' לשלם בבירור דהא הית' שואל והחפצים נגנבו ושואל חייב אפילו באונסין. ואין כאן ספק שהיא חייב לשלם כמ"ש הרא"ש שיכתבו פסק שחייב' לשלם בהחלט רק השבועה היה על שאינו ברשותו ויגיע תיכף לכלל תשלומין אבל שאר שבועות ליתא ואמת יש לדקדק במה שמצריך הרא"ש שם בתשובה לבעל שישבע שלא פשע ושלא שלח בה יד וצ"ל דס"ל בעלה לאו שואל הוה מ"מ הואיל וידע שהכניסה לביתו קיבל שמירתו כש"ח ולכך צריך שבועות הללו ועיי' מש"ל בהל' שומרים אי"ה אבל גבי אשה אין כאן שבועה יותר ולכן אין מקום לדינא של הש"ך:

ח **לכשתתאלמן וכו'** עיי' אורים מ"ש דא"א למכור כתובה דכל לגבי בעלה ודאי מחלה ואם חייב' לח' בשבועה שתהא משלמת לו לפ"מ דפסק לקמן ס"ס צ"ז דמחוייב לעשות כל טצדקאות לפרוע דכופין אותו לקיים שבועתו יש מקום לומר דכופין למכור כתובה

בטובת הנאה ותשבע בש"ח שלא תמחול לבעלה. דהא התוספות הקשו איך אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובה הא אין קונה ותי' דמחייבת עצמה בשבועה מבלי למחול משא"כ בחובלת אין ביד ב"ד להכריחה שתשבע ע"ש ואם כן בזה דנשבעת לשלם דכופין אותם לקיים שבועתה בכל אופן האפשרי אם כן הא יש ביד בית דין לכופה למכור ולישבע כדי לצאת ידי שבועה. ובלא"ה יש מקום פקפוק דלמא כופין אותה לצאת ידי פרעון ומכין אותה עד שתצא נפש' לשבועה בשעת מכירה והא דבחובלת פגיעתן רעה דהא היא חשודה דהמגביה יד על חבירו חשוד ומכ"ש החובל באמת וכמש"ל ס"ס צ"ז מזה וא"כ אשה זו חשודה היא ואיך נאמין לה בשבועה וגם לא שבקינן לה לישבע כנודע ואין לומר דעשתה תשובה דמה תשובה יש בשאין משלם החבלה והיא אינה רצת' למכור ולישבע במה שיש לאל ידה וגם למה תשוב ותצרך לשלה וצ"ל דסתמא קתני אשה שחבלה והא יתכן דחבלה בשוגג ולענין תשלומי חבלה חייב' דאדם מועד לעולם בין שוגג ובין מזיד אבל לענין חשוד על שבועה כיון דשוגג נעשה אינה חשודה וזה דוחק קצת דהא בלא"ה מוקמי' ליה בכמה אופנים שם ולא אמרו סתמא קתני:

ט **ודלא כי"ח** עיי' אורים ס"ק י"ז דכן עמא דבר כי"ח איברא יש להבין במ"ש הרמ"א בא"ע סי' פ"ה אשה הנו"נ בתוך הבית ואמרה על מטלטלין שהם של אחר אם יש לה מגו דנתנם לו נאמנת ולא סבירא ליה דהוי מגו במקום חזקה א"כ מה איריא מיגו דנתנם לו הא אפילו יש כאן עדי ראה וא"א לחתם לו מ"מ הא יש לה מגו דנותנת לו כת"י דחייבת לו אלף דינרין ויגבה החוב משל בעלה והרי יגבה הנכסין ומבואר להדיא בתשובת הרא"ש כלל ס"ח דאם עדי ראה כיון דלית לה מגו דנתנם לו שוב אינה נאמנת אף שנו"נ בתוך הבית וקשה היה יש מגו כזו ועיי' מש"ל בסי' פ"ב מזה ואפשר מזו הקושי' הכריע הרמ"א כדעת האומרים אפילו בנו"נ אין הבעל חייב לשלם אך קשה לפי דפסקינן בזה דלא כרמ"א ודוחק לומר דודאי יש כאן חזקה כל מה שהוא בחזקת אדם הוא בחזקת שלו רק במגו דחינן לחזקה זו דאין זה חזקה אלמית רק ה"א כשיש לו מגו על גוף החפץ דהי' נותנה ואזדה החזקה משא"כ אם יש לו מגו ממ"א ואותו חפץ ודאי נשאר בידו אם כן תו לא אמרינן מגו במקום חזקה וכהאי גוונא כתבו גבי נאמנות אם יש לו מגו על גוף נאמנות או מגו ממ"א. אך זה דוחק. וגם באמת לבי נוקפי דא"כ לא שבקית חיי' לכל יתומים באשה נו"נ שתעשה קנוניא במות בעלה ותתן לאחרים כת"י שחייב' אלפים דינרי' והם יגבו מכל נכסים ויתומים ילכו בפחי נפש וכל ענין זה הוא מתקנת השוק כמ"ש הש"ך והרי זה קללתו של יתומים. ולכן היה נראה כיון דבלא"ה הרבה חולקים אדין זה ורמ"א הכריע כן דוקא באתברר בעדים ובראי' שהיה הלואה בחיי בעלה ואם כן

בחיי בעלה מאן דיזיף קלא אית ליה ויודע הדבר לבעל ויבקש ממנה חשבון וכדומה וגם ע"ז הוא הבעל סבר וקיבל אבל במוציא כת"י מאשה אחר מיתת בעלה ואין כאן ראיה שהיה בחיי בעל כי אולי כתבה עכשיו והקדימה הזמן על חיי בעלה ודאי אפילו יש בו נאמנות וכל תוקף כנהוג עכשיו בח"כ וכדומה וגם תוך זמנו מ"מ אינו גובה מנכסי הבעל דאנן חוששין לקנוני' ובמקום קנוניא אין מוציאין מיד יתומים כנודע והבו דלא לוסיף עלה ולא שייך כאן תקנת שוק דהם הפסידו דהוה ליה להלוות בעדים כמ"ש בלותה ונשאת וכן הדבר בזה. וזה נראה נכון וברור לדינא ומעתה לא קשה כהנ"ל בעובדא דהרא"ש דהיה יכולה ליתן כת"י כי מה בכך הא אי אפשר לברר שלוותה בחייו כי לא תביא עדי שקר ותו אינו מועיל לגבות ואם שהיה יכולה ליתן בחייו הוי מגו למפרע. כן נ"ל לדינא ומ"מ תלוי בעיני הדיין לפי טיב הענין שיבחין טיב הדבר לש"ש ואלקים נצב בעדת אל והנה הש"ך נמשך אחרי דברי הגהת הרא"ש בפ' החובל המלוה או המפקיד לאשה בזה"ז שנו"נ בתוך הבית אם השליכה לאש או פשעה הבעל פטור אבל אם אכלתו חייב הבעל ואני לא הבנתי דבריו מ"ש במלוה או פקדון כעין עסקא שהוא חצי מלוה או פקדון שאם השליכתו לתוך אש דהבעל פטור דלמה הא כל טעם של נו"נ בתוך הבית דשליחתו דבעל קא עבדה אם כן האומר תן לשלוחי מנה והשליח משליכו לאור וכי אין המצוה חייב ומכ"ש בזה דכל הטעם משום תקנת שוק ולפי דבריו עדיין בטלה תקנת שוק כי מי ילוה לאשה אולי תלך ותאבדו וכי יהיה תמיד עומד אצלה לדעת מה יעשה בו. ומי פתי שיקיף לאשה בזה ולכן נראה כי הגהת הרא"ש מיירי שהמלוה יודע שעל כך לוקח' בהקפה לאבדו בהבלי עולם או אפילו ליתן צדקה אבל אין לבעל צורך בו א"כ הרי יודע דלאו בשליחתו דבעל קעבד' ואם כן הבעל פטור אבל בשלא נודע לו בשעת נתינה הבעל חייב אבל בפקדון זולת בפקדון עסקא ודאי בכל גוונא הבעל פטור דאם היא שליח לישא וליתן אבל לקבל פקדון לא שוי' שליח ומה תקנת שוק יש בזה ואין זה ענין כלל למו"מ ולהקפ' כלל ולכן בכל גווני אין הבעל מחוי' לשלם וזה הכל נכון וכמ"ש מהרי"ק דאם הקפה נעשה בהסתר מהבעל והמלוה יודע זה דלכ"ע הבעל פטור:

סימן צז

א **מצות עשה להלות וכו'** הרשב"א בתשובה נתן טעם למה אין מברכין על מתנות לאביונים והלוואת לאחרים כמו על שארי מצות. ותי' דאין תלוי בידו לבדו דאולי לא ירצה העני ליקח או ללות הימנו ע"כ ודברים אלו סותרים למ"ש הרא"ש בפ"ק דכתובות למה אין מברכין אשר קדשנו וכו' ליקח אשה ותי' דאפשר לקיים פ"ו ע"י פלגש ע"ש

דזהו תלי' במחלוקת אי פלגש מותר ולא תי' בפשיטות דאין זה תלוי בבעל לבד דאולי לא תאבה האשה לקחתו. ש"מ דלא ס"ל סברא זו. וצריך לומר לדעת הרא"ש תירוץ אחר כיון שהוא קללה ופורעניות דבברכה נאמר ואתה לא תלוה ואפס לא יהיה בך אביון ועונותיו הטו את אלה אין לברך עליו:

ב **שאם משכנו הוא בעצמו עובר בלאו** מזה משמע דסבירא ליה אפילו לנתח שלא ע"י שליח ב"ד ובחוץ יש לאו וכתב הסמ"ע אע"ג דכתיב לא תבא אל ביתו הרצון רשותו. ובתוס' שם ב"מ דף קי"ג ד"ה אימא כו' משמע דניתח בשוק מהלוה הוא רק מדרבנן וכ"כ הנ"י. וסמ"ע כתב בפרישה דמצא סעד לרבינו הטור מדברי הרמב"ם דכתב עבר ונכנס לביתו או שחטף המשכון בזרוע אינו לוקה דניתק לעשה ומשמע דעל כל הנך בבי קאמר דניתק לעשה הא לולי כן היה לוקה. ודיוק יש לדחות וכמ"ש הפרישה וכן דעת גי"ת דסבירא ליה לרמב"ם כתוס'. אבל נראה דהא שם בב"מ דף קי"ד ע"ב אמרינן שם לאוקמתא דר"ש כך הברייתא המלוה את חבירו אינו רשאי למשכנו ואם משכנו חייב להחזיר ואם לא החזיר חייב בכל השמות הללו. ופירש"י כל השמות הללו השיב תשיבם. ולא תשכב בעבוטו ועד בוא השמש תשיבנו לו ולפי' זה אין ראיה לסתור דברי התוס' אמנם הרמב"ם בפ"ג מהל' מלוה דין ה' מונה שלשה שמות לא תבוא אל ביתו. השב תשיבנו ולא תשכב בעבוטו הרי דמפרש כל שמות אף הך לאו לא תבוא אל ביתו נכלל בו וקאמר אין רשאי למשכנו וע"כ בניתוח דלביתו מה איריא דהוא אין רשאי אפילו בב"ד אסור ומ"מ קאמר דאי לא החזיר דעובר בלאו לא תבוא אל ביתו והדין מוכרח. ונראה הא דרמב"ם מפרש דלא כפירש"י משום דהתום' הקשו בד"ה מחזיר וכו' מהך דתמורה לרבא דאמר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ופריך הגמ' מהא דתנן מחזיר הכר בלילה והקשו התו' דלמא איירי דמשכנו בהיתר ע"י שליח ב"ד ותי' דסמיך על ברייתא דלקמן דמתרץ תי' לא ימשכנוואם משכנו מחזיר וכו' וקשיא לרמב"ם דלמא איירי בניתוח מבחוץ וא"כ אין איסור רק מדרבנן לא ימשכנו הא במשכנו מחזיר דבמילתא דרבנן לכ"ע אי עביד מהני. ולכך ס"ל דעובר בכל שמות הללו היינו לא תבוא אל ביתו בכלל כמ"ש וש"מ דאורייתא וא"ש. אך במ"ש הסמ"ע לביתו לאו דוקא טען עליו התי"ט דהא בגמ' אמרינן אפילו נתוחי נמי לא שלא יכנוס לביתו ליטול משכונו משמע דהוא רק גזרה בעלמא ומכ"ש לגי' התוס' שם ד"ה אימא דאמרינן ב"ח ניתוח נמי לא גזירה שמא יכנס לביתו. ונראה לישבו דודאי אם אמרי' דלא כשמואל ושליח ב"ד מותר לכנס לבית. א"כ הא דכתיב יוציא אליך העבוט על מלוה קאי דשליח ב"ד הא מותר אפילו לכנס. וא"כ דבמלוה קאי ע"כ דלביתו פי' בית ממש ולא רשותו כמ"ש

הסמ"ע דהא כתיב יוציא אליך עבוט דהיינו ניתוח ולפי' הסמ"ע מה יוציא הא בכ"מ ביתו הוא דביתו היינו רשותו ועכצ"ל דבר תורה מותר לנתח רק מדרבנן אסרו שלא יכנס לבית משא"כ לשמואל דס"ל אפילו שליח ב"ד אסור לכנס לבית והך והאיש וכו' יוציא אליך וכו' קאי על שליח ב"ד דהותר לו לנתח א"כ במלוה שוה לאו בין בחוץ ובין בפנים מלא תבוא אל ביתו דלאו דוקא לגבי מלוה ולגבי מלוה אין הבדל בין בית לשוק דנתוח אצלו אסור. וא"כ לק"מ מגמר' דגמ' קאמר זה בס"ד לדחויי מלתא דשמואל ודלא תסייען ליה א"כ שפיר קאמר דנתוח למלוה רק דרבנן ומשום גזירה אבל לפי דקי"ל כשמואל ד"ת אסור ואין לנו לבדות איסורא דרבנן וא"ש. ואדרבא לשיטת התי"ט דהשיג אסמ"ע ומפרש דאף דאמרינן נתוחי נמי שלא יכנס לביתו זהו טעמו של התורה וירדה התורה לסוף דעתו דאם אתה מתיר לו ניתוח סופו לכנוס לביתו וזה פי' קרא ולא תעשה מעשה שיגרום לך שעי"כ אבוא לביתו וכו' ולא היה להם הגי' גזרה כמ"ש התוס' ולשיטתו קשה דהא בגמ' אמרינן כן לס"ד דליתא לשמואל וא"כ שליח ב"ד אף לביתו נכנס ואם מלוה אף מבחוץ אסור הך קרא והאיש יוציא אליך במה מוקי' בשליח ב"ד מה יוציא הא מותר לכנס ומלוה אפילו בחוץ ד"ת אסור. ודוחק לומר דמיירי קרא כשהלוה נתרצה לו ליתן דאז מותר לו ליקח בחוץ אבל לא לביתו דזה דוחק דאף דצ"ל כן בברייתא השנויא שם ב"ח שבא למשכנו לא ימשכנו בביתו וכו' דאיירי דנתרצה דבנתוח לכ"ע למלוה אסור או ד"ת או דרבנן. מ"מ בתורה זה דוחק ולכן היותר נכון כמ"ש הסמ"ע:

ג **ואפילו בחוץ וכו'** ודעת הרמב"ם דכלי שיש בו אוכל נפש אפילו בשעת הלואה אסור והראב"ד השיגו ועיין במ"מ ובאמת דבריו צ"ע דלדבריו דקרא לא יחבול רחים ורכב כי נפש הוא חובל אפילו בשעת הלואה נאמר הא דפריך הגמ' לשמואל דס"ל דמלוה אפילו לנתח נתוח אסור ושליח ב"ד אסור לכנס לביתו הא כתב לא יחבול רחים ורכב הא מידי אחרינא חבול ומשני לעבור עליו בשני לאוין וקשה מה קושיא הא איצטרך לבשעת הלואה דמותר למלוה ולשליח לכנוס לביתו וכלי אוכל נפש אסרתו התורה ולכך איצטריך קרא לאוסרו אפילו בשעת הלואה וצ"ע. ומה שנראה או דודאי מטעמא דקרא כי נפש הוא חובל משמע ליה להרמב"ם דמסתברא דאין לחלק בין שעת הלוואה לאחר הלואה וגם כללא הוא כל כמה דנוכל לדרוש קרא ולא נצרך לומר בב' לאוין אמרינן א"כ יותר טוב לומר דקרא אתיא לאסור אף בשעת הלואה משנימא לאחר הלואה לעבור בב' לאוין רק הראב ד כתב דבשעת הלואה הוי כמכרו לו וזהו מסתבר אם במשכן בעת הלואה נקטי' לגוביינא אבל אם לקחו רק לזכרון בעלמא א"כ ליתא לסברת הראב"ד דהא לא נחית לגוביינא כלל. וידוע בב"מ בשמעתא דמלוה על משכון ושבועו' ס"פ שבועת

הדיינים דשמואל ס"ל אבד קתא אבד אלפא זוזי משום דס"ל משכון דנקט לגוביינא לקחו וכמ"ש התוס' שבועות דף מ"ד ומאן דלא ס"ל כשמואל משום דלזכרון דברים בעלמא נקטו וא"כ לשמואל מסתבר דברי הראב"ד וא"ש דגמ' פריך כן לשמואל דשמואל ס"ל בעת הלואה לגוביינא נקטו עד דקיי"ל אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי א"כ ברור דהוי כמוכרו לו ואין זה למשכון בעלמא ול"ל על בשעת הלואה והוצרך הגמ' לדחוק לעבור בב' לאוין אבל לפי דקי"ל דלא כשמואל כמו שפסק הרמב"ם ופסק ש"ש מטעם פרוטה דר"י אבל לזכרון דברים בעלמא נקטי' א"כ אין כאן מקום לחלק ויותר מסתבר לומר דמיירי בעת הלואה משנימא לעבור בב' לאוין וא"ש ולק"מ. או די"ל דודאי כבר כתבנו דמסברא אין לחלק בין שעת הלואה לשלא בשעת הלואה דהא נפש חובל ומ"ש הראב"ד דהוי כמוכרו לו הא אין קונה אותו והגוף שייך ללוה בכל אופן רק משועבד לו וצריך לומר מ"ש מכיר' ומ"ש שעבוד' כיון דגוף המשכון משועבד לו אין הבדל בינו לבין מכירה וכן נראה מתו' בכמה דוכתי דשוה שעבוד למכירה. אך אם אמרינן שעבודא דאורייתא וכשמלוה לו מעות כל נכסיו בין מקרקע ובין מטלטלין משועבדים לו בשעבוד גמור וכדעת הרמב"ן לקמן בתשובה הובא בב"י סימן ק"ד דד"ת שעבודא דאורייתא שוה מטלטלין לקרקע ועיקר ש"ד ילפינן דכתיב יוציא אליך העבוט והאי במטלטלין כתיב וא"כ אף בשלא שעת הלואתו הא לוקח שעבודו דמשתעבד לו תיכף בעת הלואה ולא ידעתי הבדל בין שעת הלואה לאחר הלואה הא ג"כ לוקח שעבודו דשעבד לו הלוה מתמול שלשם. ואין כאן חילוק כלל אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא וא"כ לא נשתעבדו כלל נכסי לוה משא"כ משכון דמסר לו בעת הלואה ודאי חל שעבודו עליו ופשיטא דיש הבדל כטענת הראב"ד וא"כ א"ש דכל הקושיא בגמרא לשמואל ושמואל ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ולכך לדידיה לא איירי קרא רק שלא בשעת הלואתו דאין לדמותו זה לזה כלל וא"כ שפיר קשה מהך דלא יחבול וכו' אבל לפי' דקיי"ל שעבודא דאורייתא אין הבדל דהיינו משכן בשעת הלואתו דהא בשעת הלואה נשתעבדו לו וכל היכי דאיתא ממושכן לו דמ"ש. ואם אסרה התורה בזה אף בזה אסרה וא"ש ודוק. ובהך ניחא מ"ש הג"ת ברמב"ם דכתב בחובל כלי אלמנה או כלי אוכל נפש דאם נשרף ולא החזירו דלוקה ולא כתב דלוקה שמונים כתי' הגמרא לעבור עליו בשני לאוין דלפי מ"ש א"צ לתרי לאוין רק קרא אתא לאסור אפילו בשעת הלואה אבל לא להרבות במלקות שלא בשעת הלואה וא"ש ודוק. ויש קצת און לדברי הרמב"ם הא דקאמר שמואל אבד קתא דמגלא אבד אלפי זוזי פי' רש"י קתא בית יד של מגל ויש להבין למה לא אמר שמואל בפשוט אבד מגלא אבד אלפא זוזי ולמה אמר בית יד של מגל והלא דבר הוא

אבל לרמב"ם ניחא דמגל עשוי לאוכל נפש כמו מספריים שגוזזים בו הירק ואם כן אסור למשכנו ולכך נקט שמואל בלשונו קתא דמגלא דהוא רק משמש לכלי אוכל נפש ומותר ואגב אורחיה דינא קמשמע לן וכל דבריהם צריכין לימוד ומדוקדק לדינא וק"ל. אמנם רוב מחברים ובכללן הטור ונמשך אחריהם רבינו המחבר לא הסכימו בזה להרמב"ם ודעתם בשעת הלואה ואפילו אחר כך כל שהלוה נותן ברצון ואין נתוח בזרוע הכל מותר. איברא דליקח בזרוע ע"י שליח בית דין אפי' בחוץ דברים שעושים בו אוכל נפש אסור. כמ"ש הטור והש"ע להדיא ולכאורה גם זה נגד הגמרא הנ"ל דפריך לשמואל לא יחבול רחי' ורכב הא אחריניחובל ולדבריהם מה קושי' הא בא לאסור אפילו על ידי שליח ב"ד לנתח בחוץ מה שמותר בשארי דברים ורש"י כתב להדיא דהני משמע בתוך הבית ואם כן אין כאן ראיה ומשמעות לאסור בחוץ. ואמת לפי דברי הטור וכמ"ש הסמ"ע דסבירא ליה לביתו לאו דוקא ופי' לרשותו ואפילו בחוץ אסור ד"ת שפיר פריך הגמ' ול"ל דקאי על שליח ב"ד דשליח ב"ד בהך קרא לא יחבול רכב ורחים מאן דכר שמי' הא לאו בהאי עני' והאיש אשר אתה נושה בו כתיב. ואם כן לא יתכן דשם מיירי בשליח בית דין ואמת דיש אפשרות לומר דלשליח בית דין מותר רק כיון דלא מפרש ביה היתר גם כן מהכ"ת נתיר וזה דוחק. ואפשר דנמשך אחרי דברי תוס' שם דף קט"ו דבור המתחיל אלמנה וכו' דכתבו דודאי נראה דעיקר קרא לא אתא בשביל לחייב שני לאוין רק לאסור הניתוח מה דשרי בשאר כלים רק דקשי' למה הוציאו התורה בלשון חבלה דמשמע בבית וע"ז קאמר לעבור בשני לאוין. וא"ש דאף שליח ב"ד אסור בבית ואם כן אלו לאסור שליח ב"ד קאתא לא הוה ליה לומר בלשון חבלה אלא לעבור בב' לאוין. והנ"י כתב בשם תוס' והרא"ש דאם אין ענין לחבלה האסור תנהו לחבלה המותר במקום אחר ע"ש וכבר הקשה הג"ת בדף ה' ע"ז מגמ' הנ"ל דמוקי ליה בתרי לאוין ואמת כי באסיפת זקנים משמע דהני תרי לישנא אם אין וכו' ודברי התוס' מדאפקא בלשון חבלה הכל חד הוא אם כי הלשונות מתחלפים. דפתח שם בלשון הנ"י אם אין וכו' וסיים בלשון התוס' מדאפק' בלשון חבלה **ויותר** נראה דסבירא ליה להנ"י ודאי אם אפשר לומר לעבור בשני לאוין לא אמרינן אם אין ענין דזה דוחק וזהו סוגי' בכל הש"ס רק הא כתבו התוס' להדיא ברישׁ פ' א"נ גבי ל"ל לאו דגזל ודרבי' ע"ש דהיכי דניתק לעשה ולא שייך ביה מלקות לא שייך לעבור בשני לאוין דמה נ"מ כיון דל"ל דלוקה שמונים. ואם כן אף בזה לפי הסוגי' דגמ' דמכות דף ט"ו למ"ד קיימו ולא קיימו יש אפשרות למצוא בזה דחובל מלקות אף דניתק לעשה כגון שנשרף באונס אבל למ"ד ביטלו ולא ביטלו א"א דאם שרפו במזיד תשלומין בעי ואם כן סבירא ליה דהא דמשני הגמרא לעבור בב' לאוין היינו למ"ד קיימו ולא קיימו

דיש מקום דחייב מלקות בנשרף אם כן חייבה תורה שני לאוין להלקותו שמונים. אבל לפי דקיימא לן כי כן דעת הרבה מחברים כמ"ש בטלו ולא בטלו אם כן ליכא כאן מלקות ול"ל לעבור בשני לאוין וצ"ל אם אין ענין ודוק ועיין מש"ל בזה:

ד **ואם חבל מחזיר בע"כ** האריך בסמ"ע ובדרישה דפי' בעת הצורך דכיון דסבירא ליה דאין לוקה דהואיל וניתק לעשה ש"מ דהשב תשיבם קאי גם כן עלה כדדרשינן אין לי חבול ברשות שלא ברשות מנין ת"ל תחבול מ"מ ואף אלו בכלל אם כן אין להחזיר רק בעת הצורך דהא כתיב בבוא השמש. וכן מוכח מדברי בעה"ת דהקשה ברמב"ם דס"ל דמחרישה ה"ל כלי אוכל נפש אם כן איך קתני מחרישה כלל ותי' דמיירי בעבר ונטלו הרי להדיא אף דחבל כלי אוכל נפש מ"מ אינו מחזירו אלא ביום ולא בלילה וכיון דדברים מבוארים בבעה"ת א"צ להסמ"ע להאריך בזה כלל ודברי ריב"ש סי' תפ"ח דמשמע תיכף צריך להחזיר ומ"מ כתב דהוה ליה ניתק לעשה צ"ע. אך זהו לדעת הרמב"ם אבל מ"מ לדינא צ"ע כי זהו דעת הרמב"ם דנמשך לשיטתו דס"ל דאם נאבד או נשרף המשכון לוקה אם כן י"ל הא דתנן לוקה ב' וכן דפליגי בו אמוראי לענין מלקות הוא הכל באם נשרף המשכון. אבל לפי דעת הראב"ד ויתר מחברים דסבירא ליה הואיל וחייב בתשלומין במ"ש הראב"ד וכמ"ש הש"ך לעיל סימן ע"ב דבכהאי גוונא דחבל שלא ברשות לכ"ע חייב בתשלומי משכון אם כן אין כאן קיימו ולא קיימו בטלו ולא בטלו כלל ואם כן קשה איך אמרינן בגמרא דלוקה ועכצ"ל כדעת התוס' בד"ה וחייב משום וכו' דהעלו דהאי לאו דלא יחבול רחים וכו' אינו ניתק לעשה כלל והא דא"ל אביי זיל אהדר' משום דה"ל בטעות. ואם כן לדינא יש להחמיר בספק איסור של תורה כזה ולהחזיר תיכף לפי דקיימא לן כרבא דאמר אי עבד לא מהני. ותמהני מסמ"ע איך לא שם זכרון בספר לדעת המחברים והתוס' הנ"ל. וכן המהרש"א בתוס' ד"ה ואת המחרישה כתב דרוב מחברי' ס"ל דלא כתוס' דאף על כלי אוכל נפש נאמר השב תשיבם ולא ידעתי הא לפי סתמא דגמרא דמכות דלא משכחת ליה קיימו ולא קיימו או בטלו ולא בטלו אם כן מוכח להדיא דלא נאמר עליו השב תשיבם. וכמעט דברי תו' מוכרחים. וכמ"ש התוס' להדיא בדבור וחייב וכו' דלא קאי עליו ואם כן לדינא ודאי יש להחמיר. ומדברי הש"ע והטור בסעיף ו' דכתב ומחזיר אותם בעת מלאכה אין ראייה דיש לומר דמיירי דנטלם ברשות כגון בשעה שאין עסוק במלאכה ולא מיירי כלל מנטלם באיסורא וזהו דעת הרבה מחברים דיכול ליטול שלא בשעת מלאכה וכן משמע בירושלמי. ואם כי גם זה לדינא צ"ע דאף דכתב כן המ"מ וכן דעת הרבה מחברים מ"מ התוס' בד"ה ואת המחריש' דהקשו איך אפשר דנטלו הא הוה ליה כלי אוכל נפש והבעה"ת דתי' דמיירי דעבר ש"מ דלא סבירא ליה

הך דינא דאל"כ אין מקום לקושיתם כמ"ש המ"מ באמת דמירי דנטלו בלילה וכדומה מ"מ י"ל דהטור פסק כזה הואיל בירושלמי מבואר דנוטל המחרישה בלילה ומחזירה ביום אבל אין הכרח דפוסק כרמב"ם דהשב תשיבם קאי על כלי אוכל נפש נמי. ואמת כי יש קושי' בתוס' דס"ל דלא ניתק לעשה אם כן בחובל כלי אוכל נפש. וידע בהו לאביי דאמר אי עבד מהני א"צ להחזיר כלל כמ"ש התוס' להדיא ולרבא צריך להחזיר תיכף דהא לא מהני כלל ואם כן הא דפריך בריש תמורה מה איכא בין אביי ולרבא נימא הך א"ב במה דעסק בו באותו ענין בחבל כלי אוכל נפש או כלי אלמנה לרבא צריך להחזיר תיכף ולאביי אין צריך להחזיר כלל ואין לומר דכי אמרינן דהך השב תשיבם לא קאי לחובל כלי אוכל נפש וכלי אלמנה היינו לפי דקיימא לן כשמואל וקשה קושי' הגמ' מלא יחבול וכו' וצ"ל כתי' הגמ' לעבור בשני לאוין וע"כ צ"ל דלאו ניתק לעשה דאל"כ מה טיבו של שני לאוין כיון דלית ביה מלקות כלל אבל הך סוגי' דתמורה אתי' דלא כשמוא' כמ"ש התוס' בד"ה מחזיר הכר וכו' ואם כן שפיר יש לומר דהשב תשיבם קאי על כל הני ולאו דלא תחבול איצטרך לאסור חבלה בבית המותרת בעלמא לשליח ב"ד וא"כ ליכא למימר שם הך איכא בינייהו. דהא התוס' דייקו כן מהמשנה דקתני עובר בשני שמות דיש בהו מלקות. אם לא שנאמר דהא מילתא דשמואל תנאי היא ואם כן סוגי' דשם אליבא דהך תנא דפליג אדשמואל ופריך שם איך אתי' אליבי' מעשי' בכל יום כמ"ש התוס' אבל משנה דהכא דקתני ב' שמות אתיא כהך תנא דסבירא ליה כשמואל והכי הלכתא ולק"מ ודוחק דהתוס' כתבו להדיא דלא מסתבר כלל דיהיו לאוי' אלו נתיקו לעשה. ואולי יש לומר לגמרא דהא דטרחינן למצוא איכא בינייהו בין רבא לאביי לא ברשיעי עסקינן דעברו במזיד אדברי תורה ולא בזו יחלקו רק מיירי בשוגג או טועה ולכך אמרינן שם נ"מ טובי ברבי' וגזל דטועה דחושב דמותר אבל כאן בטועה אף לאביי צריך למהדר כמו דאמרינן זיל הדרי' ועכצ"ל במזיד ונתכוון לעבור על ד"ת בזה לא רצה הגמרא לומר פלוגתא דאטו ברשיעי. עסקינן. אך לפ"ז גם קושי' רבינו ברוך שם בתמורה לק"מ דהקשה דנימא א"ב אם פדה בכור או מעשר דהא אם פדה בשוגג אף אביי מודה דלא מהני דאלו ידע דהוא אסור לא היה פודה וצ"ל במזיד וברשיעי לא מיירי ולכן קושי' צל"ע. אבל מ"מ לדינא יש להחמיר בכל זה:

ה **ופרות החורשות וכו'** גם זה צ"ע לדינא להקל כיון דרש"י ורמב"ם וראב"ד סבירא להו דהוי כלי אוכל נפש ור"ת דחולק נראה דעיקר ראיתו כמ"ש התוס' דא"כ למה מחזיר מחרישה ביום כמש"ל אבל לפי מש"ל דס"ל אף בכלי אוכל נפש ניתק לעשה א"כ יש

לומר כמ"ש בעה"ת דעבר וחבל ובפרט לפמ"ש דבלילה מותר לחבול כלי מחרישה אם כן ג"כ לק"מ ובירושלמי מבואר להדיא אם כן צ"ע להקל באיסור תורה:

ו **והיינו דוקא כלי וכו'** עיין מש"ל בזה בסעיף י"ד ע"ש בס"ק י"ב:

ז **אבל אם משכנו המלוה שאר דברים וכו'** יש להבין מאין הוציא רמ"א דין זה כי מה שנרשם תשובת רשב"א מה שכתב ב"י דכ' דקיימא לן בתמורה לכ"ע אי עבד מהני היינו היכי דהתורה נתקו לעשה השב תשיבם וכן ברי"ו לא כתב רק אי תפס תפס אבל בדברים שאין בהם החזרה אם כן לא קאי עלה השב תשיבם ואם כן הדרן לכללא אי עביד לא מהני. דהא לא שייך עלי' השב תשיבם. ואולי סברת הרשב"א דאם כן לימא איכא בינייהו בדברים שאין צורך להחזירם לרבא צריך להחזיר ולאביי א"צ להחזיר ומדלא משני הכי ש"מ דהכל בכלל אי עביד מהני והיינו כיון דחזינן דהתורה אמרה בדברים שיש בו צורך להחזיר דמהני מעשיו וא"צ להחזיר רק בעת הצורך ש"מ דדעת התורה דבזה יהיו מעשיו קיימים ואם כן מיני' במקום שא"צ להחזיר דגם כן מעשיו קיימים דהא חזינן דגילוי דעת התורה דבזה הלאו מה דעביד יהי' מהני ואם כן בכל דבר בזה הלאו אפילו בדבר שאין בהם צורך החזרה אהני מעשיו:

והנה ברמב"ם מבואר ג"כ דאין לוקה וע"ז תמה המשנה למלך למה הלא בחבל עשיר למה לא ילקה הא לא ניתק לעשה דאין בו מצות החזרה ול"ל הואיל ולאו ניתק לעשה במצוה שיש בו החזרה אם כן תו ליכא בי' מלקות כלל דנהפוך הוא דרמב"ם כתב יחיד שעושה תמורה לוקה ולא ניתק לעשה דכתיב והי' הוא ותמורתו קודש הואיל וציבור לא ניתק לעשה דציבור הממירים אין תמורת' קודש והרי להיפוך דאם בצד א' לאו לא ניתק לעשה אף בדבר דניתק לעשה לוקה. ובאמת מה שהקשה מעשיר היה מקום ליישב דנראה אם בשעה שחבל היה עשיר ואח"כ נעשה הלוה עני חייב להחזיר סוף כל סוף עכשיו הרי נצרך למשכון והיא שמלתו לעורו במה יכסה וכן לפי דברי ר"ש דאמר אלמנה עשירה ממשכנין אבל לא עני' דמשיאה שם רע בשכוני' אם היתה בשעת משכון עשירה ואחר כך עני' אין חייב להחזיר דעדיין יש הוצא' שם רע בשכוני' וזהו דברי תוספתא והוא בירושלמי ג"כ רש"א אלמנה עני' אין ממשכנין אבל עשירה ממשכנין ואין מחזירין לה מפני שמשיאה שם רע בשכנותה והדבר תמוה לכאורה בעשירה בלא"ה אין מחזירין כדכתיב ואם עני הוא וכו' ומה צורך טעם שמשיא' שם רע וכו' אבל לפמ"ש ניחא דמיירי אם אחר כך ירדה מנכסים מ"מ אין מחזירין דא"כ חזר הדבר להשיאה שם רע בשכנותיה וזהו כוונתו עשירה ממשכנין ואין מחזירין ר"ל אם העני אחר כך. ולפ"ז לק"מ דאף בעשיר הרי בגדר ניתק לעשה דכל שעה הרי עומד להחזיר קאי אם יעני ואם כן הרי עליו

חיוב השבה והרי בכלל ניתק לעשה משא"כ בתמורה בציבור שהמירו שא"א לעול' לבוא לכלל ניתק לעשה דבציבור לעולם אין תמורתו קודש שפיר אמרינן דלא הוי ניתק לעשה ולק"מ. אך אין זה מספיק בחובל דברים שאין בהם תורת תזרה כגון חבל אוכל נפש גופי' ואם כן בהו לא שיך ניתק לעשה ואם כן הקושי' במקומו הוה ליה לרמב"ם לפרש דלוקה בהו עכ"פ. ולכן צריך לומר בקושי' משנה למלך דיש לחלק בין ניתק לעשה לניתק לעשה דודאי ניתק לעשה דהוא ממילא שפיר אמרינן כמו בתמורה לחומרא דהואיל דבציבור ליתא אף ביחיד לוקה ולא קשה איך יתכן לומר לו קום ועשה וילקה דהא אין אנו צריכין למעשהו דממילא הוא ותמורתו קודש וקדשהו שמים. אבל במקום דצריך לומר קום ועשה אם כן א"א לומר דילקה דלא יתכן לומר לו קום ועשה ולהלקותו וע"כ דאין בלאו זה מלקות ואם כן אמרינן להיפוך אף גבי מקום דאין בו קום עשה אין בו מלקות דאין לחלק הלאו לחצאין או כולו מלקות או כולו פטור ולכן כאן היכא דאמרינן קום החזיר אי אפשר להלקותו ואם כן בכל דבריהם אין כאן מלקות אף במקום דלא שייך קום עשה וסברא הלזו לחלק בין ניתק לעשה דתמורה לשאר ניתק לעשה כתבו תוס' חולין דף פ"א ד"ה הנח וכו' דכתבו דהך דתמורה לא הוי ניתק גמור דבלאו מעשיו יהי' הוא ותמורתו קודש ע"ש והדברים נכונים כמ"ש אבל עכ"פ מ"ש דאם העשיר והעני דמחויב להחזיר אמת כמ"ש בירושלמי:

ח **אלמנה** וכתב הסמ"ע ה"ה גרושה והט"ז הוסיף ה"ה פנויה. ואני אומר אם יוסיפו נחנו להוסיף על מה שכתוב בתורה אין קץ ואף אני אומר באשה שהלך בעלה למד"ה והיא גלמודה אין למשכנה דכ"ש דאתה משיאה שם רע בשכנות' והיא בעולת בעל. אבל ח"ו לשנות קיצו של יו"ד ממה שנאמר בתורה כי העיקר הוא כי אלמנה דמעת' על לחי' בוכה על שברה עד בעו"ה חרבן בית תפארתינו נדמה לה. ועיין ברמב"ן פ' משפטים ואלמנה לא תענון דכתיב דחס התורה על אלמנה וקרוב ה' לנשברי לב ולכך סבירא ליה ת"ק בכל אלמנה אין ממשכנין ור"ש סבירא ליה אם כן אף לא נוריד לנכסים אלא בממון אין לנו לחוס רק שעי"כ משיאה שם רע בשכנות' ובזה תבכה ואל תתן פוגת לדמעי' כי באתה לש"ר ח"ו ובזה מאוד היה התורה חס על צער ויגון אלמנה אבל ח"ו להוסיף ולשנות ומכ"ש בגרושה שהתורה אמרה זה הוציא רשעה מתוך ביתו איך נחוס ור"ש לא הוציא הפסוק ממשמעות רק כתוב בגד אלמנה דמשמע עני' שאין לה כי אם שמלתה לעורה ובאמת דעת ריא"ז דוקא בגדים אין ממשכנין ועכ"פ אין לזוז ממשמעות הפסוק וח"ו להוסיף דבר שלא קבלו חז"ל ודרשו בי"ג מדות המקובלת להם ורוח ה' נוסחה בקרבם ועיין ש"ך סק"א:

ט **שלא בשעת הלואה** והרמב"ם כתב אף בשעת הלוואה אסור ורבו החולקים עליו והביא המ"מ ראיה לדברי החולקים דהא ר"ש סבירא ליה הטעם מפני שמשיאה שם רע וכו' וזה לא יתכן בעת הלואה דליכא גבי' דין חזרה ואם כן מדר"ש נשמע לת"ק דבהא לא יחלקו. וצריך לומר לדבריו דמה דהחליט דבעת הלואה לא שייך החזרה הא כתב להדיא ואם חבל מחזיר בע"כ והיינו בעת הצורך כמ"ש הסמ"ע וכמש"ל וגם כיון דליכא מלקות רק בשנאבד או נשרף ש"מ דניתק לעשה דהשב תשיבם. וצריך לומר היינו הואיל ואסרה התורה מבלי לחבול והוא עבר אמימרא דרחמנא והיה שורת הדין דלא יהני כלל וחס התורה להחזיר בעת צורך להשבה אבל אלו לא אסרה התורה מהכ"ת לומר בו דין השבה וא"כ היא גופיה קשיא לא יאסור התורה ואף השבה לא תצטרך ולא יהיה הוצאת ש"ר בשכנות' זהו כוונת המ"מ. אבל עם כל זה לא בריר לי דבריו דלדעת הרמ"ה והביאו רמ"א סעיף זה דבערב אסור לחבול כלי נפש שמע מינה דסבירא ליה הא דממעטינן מלביתו דאתה נכנס לביתו של ערב רק בהך לאו דלא תבוא וכו' אבל הך לאו לא תחבול רחים וכו' אינו ממוע' וחל על ערב ואם כן ה"ה לאו דלא תחבול בגד אלמנה דמ"ש כיון דלביתו אין ממעט כל הלואות ואם כן עדיין הקושי'. לר"ש דסבירא ליה משום הוצאת ש"ר אם אלמנה ערב מותר לדעת הטור אות נו"ן דלית ביה השבת עבוט דהא ליכא בה חזרה ולת"ק אסור והרי כאן מחלוקת חדשה. ועוד אשה החייבת לחברתה לר"ש מותר וכן בן החובל באמה לר"ש מותר דבכל אלה לא שייך הוצאת ש"ר ולת"ק אסור והרי כאן מחלוקת חדשה. אלא ברור דכל זה הכל חד פלוגת' דרמב"ם בפי' המשנה נתן טעם לת"ק דמ"מ לא יתכן שיש בו איזה קטט ועסק בענין משכון ויש הוצאת ש"ר או שאר טעמים ואם כן זהו שאמרו עשירה הרצון שאין צריך להחזיר והכל בכלל יהיה ערב יהי' בשע' הלואה הכל נכלל בכלל עשירה כיון שאין בו דין החזרה היינו עשירה ור"ש אמר דווקא עני' היינו שיש בה דין חזרה וממנו תקיש לכל שאין בו דין חזרה מותר וה"ל כאלו אמר להדיא דת"ק סבירא ליה כל שאין בו דין חזרה ג"כ אין ממשכנין ור"ש פליג דוקא יש בו דין חזרה והכל חד וזה ברור ודברי המ"מ אינו ברורים לי כי הנ"ל קשיא ליה אמנם גם בדברי הרמב"ם בפ' הנ"ל דכתב הטעם מפני שלא ימלט שיקרה בו קטט ועסק ויש בו הוצאת ש"ר יש ג"כ להבין הא אמרו בגמ' דר"ש הוא דריש טעמא דקרא דמשמע דלת"ק ליכא טעם. וכבר עמד בזה הלח"מ והקשה דבגמ' מדמה אותו להך דלא ירבה לו נשים וכו'. ונראה דסבירא ליה לרמב"ם דפי' הפלוגתא אי דרשינן טעמא דקרא או לא ודאי אין דבר בלי טעם רק זה הכלל כתב הרמב"ם בספרו המורה כי הטעמים ברוב מצות יתכן שיש דברים שלא יחול עליהם הטעם רק הכל הולך אחר הרוב ואם שייך הטעם ברוב

אין להשגיח במעוטו אך זהו למאן דלא דריש אבל מאן דדריש טעמא דייק ביה ואם יש דבר שלא חל בו הטעם אף הוא יוצא מהכלל ולא יתכן עליו לגזור: ולכך זה הטעם שנתן הרמב"ם דלא ימלט שיפול בו הקטט זה אינו בכל הנשים ומשכנות כי אם יקח מאשה צנועה משכון מסוי' וכת"י בעדים כך וכך חייבת מה קטט וסכסוך יקרה בו אמנם כיון דלא דרשינן טעמא דקרא לא חיישינן למעוט' ואם על הרוב יתכן חל גזרת המקום ב"ה על הכל וכן הדבר ברבוי נשים למלך לא ימלט שנשים צדקני' כאביגיל לא יסירו לבב אבל רוב נשים המסיר' ואשת חיל מי ימצא ונאסר בכלל הרבוי אבל ר"ש דריש טעמא דקרא ואם כן איך אסרה תורה בכלל חבלה אלמנה ויש שלא שייך בו קטט וע"כ בגד אלמנה היינו עני' ודייק בגד כמ"ש שמלתה לעורה ובזה בכל הנשים יש הוצא' ש"ר כיון דיש בו דין חזרה. וכן במלך בצדקנית מותר ודוק:

י **ואם תכפור וכו'** עיי' מ"ש באורי' פי' דברי ריב"ש והן דחוקים ולא כן דעת בעה"ת בשער מ"ט חי"ד דין כ"ו דאחר שבירר מדברי הגמ' בהאי גברא דחבל סכינא דהוא דבר וכלי אוכל נפש דסבירא ליה דמ"מ אית ליה מגו דלהד"ם או החזיר כתב ויש לברר לנו דין דחובל כלי אלמנה וכתב דנראה דשוה לדין כלי אוכל נפש דמ"ש אמנם הרמב"ם כתב בכלי אלמנה אם תודה תשלם ואם תכפור תשבע הרי דדעתו ברמב"ם דלא כריב"ש ודוקא באלמנה אמרו הרמב"ם ולכך קשה כי באמת תי' הריב"ש דחוק בתכליתו ומה שנראה לדעתו ברמב"ם יש לומר על אלמנה עשירה קאי דאין מחויב להחזיר ומ"ש מחזיר. בע"כ היינו לעת הצורך כשתעני וכמש"ל אבל מקודם לכן לא וכמ"ש הסמ"ע אם כן מיירי דחבלו בעדים אבל ליכא עדי ראה דבעלמא מ"מ נאמן במגו דההחזרתי אבל כאן ליכא מגו דהוי כמו תוך זמנו כיון דאין כלל חיוב להחזיר ולא ניתק בזה לעשה מהכ"ת יחזיר הא חזינן דתקע עצמו למען יהי' לו משכון לבטחון ועבר על לאו וחבל משכון אלמנה מהכ"ת יחזיר לה וליכא מגו ואפילו למ"ד מגו במקום חזקה אמרינן והוא איבעיא דלא אפשטא מ"מ זהו אפשר חזקה אלימת' או דהא המשכון בחזקת אלמנה קיימי ולכך צריך שבועה דהוי נוטל ואם כן ודאי לא אמרינן מגו וא"ש דלכך אמרו הרמב"ם באלמנה אבל בכלי נפש הא לחזרה קאי כן יש לומר לדעת הבע"ת אבל באמת כבר כתבו כולם כי הרמב"ם באמת העמיד דבריו באלמנה הואיל ופתח בה תחילה אבל דבריו הם לכל האמור בענין אח"כ וגם מ"ש דוחק דיאמר סתם ויהי' כוונתו על אלמנה עשירה ובאמת לפי מה שכתוב ברמב"ם דס"ל הגוזל חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים וכפי מ"ש המ"מ לדעתו ונתנו המבי"ט ובנו מהרי"ט הטעם דהואיל דעבר איסור גזל בעדים והוחזק לרשע אף הוא כשמחזירו אינו מחזיר אלא בעדים לברר כשרותו ולפ"ז לא מבעיא בחובל כלי

אוכל נפש וכדומה בזרוע ונתח נתוחי דהא גזלן גמור הוא וכמ"ש הש"ך דבזהו לכ"ע חייב באונסין ואם כן הוה ליה גוזל בעדים צריך להחזיר בעדים והלא זה הדין נאמר על נסכא דר"א דהנך רבוותא סבירא להו דלא היה שם עדים דראהו מ"מ אין לו מגו דהחזרה הואיל וחטף בעדים ואם כן אף כאן לית ליה מגו כלל אלא אם משכן בעת הלואה דלדעת הרמב"ם גם כן בלאו ומ"מ לא מיקרי גזלן מ"מ הטעם דאיתא בגוזל בעדים דמחזיר בעדים לברר כשרותו אף בחובל בגד אלמנה דקעביד איסור כשמחזיר וניתק להשבה אין משיב אלא בעדים לברר כשרותו ולכך אין לו מגו והך דרבא דחבל סכינא צריך לומר דלא היה עדים כלל ואם כן יש לו מגו דלהד"ם. אבל הרמב"ם מיירי בחבלו בעדים כמ"ש הג"ת וא"צ עדי ראיה בזה. אך לפ"ז לא היה לו לש"ע להעתיקו כיון דדעתו כמ"ש לעיל סי' צ' ולקמן בהל' גזילה דא"צ להחזיר בעדים:

ולכן צריך לומר אחד משני פנים דלא מיירי הרמב"ם כלל מהודאה וכפירה בחוב דזה אין ענין כלל והוא דבר בפ"ע ופשיטא דאין לו לגבות אלא בראיה רק מיירי דחוב הוא ברור בעדים ובשטר רק דכתב דמחזיר לה ואם חלוקים בחזרה שהוא אומר החזיר לה והוא כופרת ואמרה לא החזיר אף שיש בידו שטר כיון שנודע שחבל משכן והם מחולקים בהחזרה הלוה נאמן בשבועה שלא החזיר ויוצא המלוה נקי וזהו הפי' אם תודה שהחזיר לה המשכן תשלם ואם תכפור בהחזרת המשכן תשבע ויפסיד אף ששטר בידו והוא כפמ"ש לקמן בסעיף כ"א בטור בשם ר"י אברצולני ע"ש ועיי' מ"ש שם. או י"ל דס"ל לרמב"ם כדעת הגאונים דהא דנאמן על המשכן כך חייב לי במגו הוא מנשבעים ונוטלים וצריך שבועת המשנה כנודע דהוא בכלל השכיר כלים וכו' ישבע וזהו פשוט והרמב"ם ס"ל לעיל סי' פ"ד וסימן צ"ב כל הנשבעים ונוטלים אם הם חשודים כשכנגדו נשבע ונפטר וא"כ זה שעבר על לאו דחבלה יהיה איזה לאו שיהיה נעשה חשוד וא"כ א"י לישבע שבועת המשנה ולית ליה מגו ושכנגדו נשבע ונפטר ולכך טובא קמ"ל דאעפ"י דיש לו מגו מ"מ אם תכפור היא נשבעת ונפטרת דהא הוא חשוד. ובעובדא דרבא או דלא חבלו בעדים ואין אדם נעשה חשוד עפ"י עצמו ולמ"ד לעיל דמ"מ יכול לומר אתה הודית דאתה חשוד א"כ י"ל שכנגדו אני נשבע י"ל דעובדא דרבא היה בשוגג וכמ"ש התוס' דכל הך עובדא היה בטעות ובשוגג דלא ידע דחבלה אסור בכלי אוכל נפש וא"כ ליכא כאן חשוד ושגיאות מי יבין וא"ש וזה נראה נכון לדינא ודוק:

יא **אבד המשכן או נשרף לוקח** הרמב"ם כתב זה גבי חובל כלי אלמנה וחובל כלי אוכל נפש וגבי נכנס לביתו למשכנו אלא גבי תרתי קמייתא לא כתב ומחשב דמי המשכן ותובע השאר משא"כ בהך דנכנס לביתו כתב ומחשב דמי משכן וזה ראיה גמורה לדברי

הש"ך דלכך מחייב באונסי המשכן דנשרף משום דנכנס לביתו למשכן בזרוע והרי זה גזלן וקנאו ונתחייב באונסיו ולכך בהנך תרי בבי קמייתא דכתב אפילו במשכנו בשעת הלואה ומדעת הלוה ואין כאן גזלן ולא נתחייב כלל באחריות אונסים כלל. (ואפשר למ"ד לעיל בסי' ע"ב דפרוטה דר"י לאו הוא מכח שיטוח וניעור רק בשעת הלואה אז בהלוהו ולוקח משכן. דקעביד מצוה פטור מרפתא לעניים וזה לא שייך בזה דקעבר אלאו דאורייתא ויצא שכרו בהפסדו וגם פרוטה דר"י ליכא) ולכך לא כתב מחשב וא"ש. אבל בהך בבא דנתחייב באונסיו במ"ש ומחשב דמי המשכן הקשו עליו מסוגיא דגמרא דמכות דאמרינן בהשבת עבוט כיון דמחייב בתשלומיו ניתק לעשה הוי עדיין או דאין לוקה ומשלם. ונראה ליישבו לפי' גי' דידן וכמ"ש התוס' דהואיל דחייב בתשלומין ה"ל עדיין ניתק לעשה דהא באמת באסיפת זקנים הביא בשם תוס' שאנץ דתירץ בקושית התוס' בחובל רחים ורכב דאמרינן לוקה שתים הא ניתק לעשה דהא חייב בתשלומין ותי' דמה בכך דחייב בתשלומין הרי מנכה לו בחובו ואין חיוב עליו להחזיר לו הדמים ולקנות בו רחים ורכב לעשות בו מלאכת אוכל נפש רק תופס הדמים לפרעון ומה לי דתפוס המשכן או הדמים סוף כל סוף נלקח מזה חיותו ונפשו חובל ואינו בהחזרה ותו לא ניתק לעשה. ויפה דיבר בסברא אלא דהקשו עליו מהך גמ' דמכות דאמרי' דהואיל דחייב בתשלומין ה"ל ניתק לעשה. וצריך לומר דודאי לרבא דס"ל כל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני א"כ בהשבת עבוט דהתורה אמרה להחזיר ונתקו לעשה השב תשיבם והוא עבר אמימרא ואבדו או שרפו בידים דא"א תו לקיים מימרא דרחמנא להשיב רק להחזיק הדמים בפרעון פשיטא דלא מהני וצריך ליתן דמים לקנות כלי אוכל נפש ההוא כדי לקיים מצות השבה דכל מה שמתחבל להפיר פקודי ה' עצתו לא תקום ונראה דלא זול רבא דפשיטא אלא אפשר לאביי דס"ל מהני מודה כי א"כ מה הואיל ניתק לעשה כל א' ימכור המשכן או ישברו וכדומה. אך זהו י"ל דלא אבל לרבא דס"ל אם עביד לא מהני ודאי דלא מהני וצריך ליקח כלי אחר אך זהו אם נעשה ממנו במזיד אבל אם קרהו אסון ונתחייב באונסים לשלם הדמים א"כ לא שייך דעבר אמימרא דרחמנא ואין זה בגדר אם עביד לא מהני ודי דדמי המשכן נפסד בחובו ומנכה אותו. וכבר כתב הרמב"ן במלחמות ה' בפ' שבועת הדיינים דסוגיא דגמ' דמכות אתיא למ"ד ביטלו ולא ביטלו ע"ש. ואף דלפי מ"ש הש"ך בדעת הרמב"ם דאף למ"ד קיימו ולא קיימו מחייב בתשלומין דקני' לאונסין מ"מ בלא"ה צ"ל להרמב"ם דס"ל דאף בעת הלואה יש לאו בחבלות כלי אלמנה או כלי אוכל נפש ונתקו לעשה כנ"ל ועדיין קשה למה אי אתה מוצא הא איכא הנך לאוין ונאבד המשכן באונס דודאי אין חייב באונס דהא מדעתו מסרו ליה כמש"ל.

ועכצ"ל דקאי למ"ד ביטלו ולא ביטלו דבזהו כמאבדו בידים בכל גוונא חייב בתשלומיו. ולפ"ז א"ש דהרמב"ם ס"ל כתו' שאנץ כיון דאין חייב ליקח אחר בדמיו א"כ בנאבד או נשרף מעצמו כיון דקי"ל קיימו ולא קיימו כמ"ש בהל' שלוח הקן א"כ כאן חייב מלקות דהא מה בכך דמנכה בתשלומין מ"מ אין כאן השבת העבוט כהנ"ל משא"כ סוגיא דגמרא אזלא למ"ד בטלו ולא בטלו והקושיא הוא דאבדו ושרפו בידים בזה שפיר משני דאיתא בתשלומין דחייב ליקח אחר תמורתו ולקיים מצות השבה כרבא דאמר אי עביד לא מהני ודוק. וארווח לן כל קו' התוס' מה דאמרי' לוקה שתים ושלש דהא ניתק לעשה דל"ל דלא ניתק לעשה א"כ קשה כנ"ל לימא איכא בינייהו בתמורה ואי ניתק לעשה מה מלקות יש ולפי הרמב"ם ניחא דאתיא כמ"ד קיימו ולא קיימו ודעת הרמב"ם בקיימוולא קיימו לא כדעת התוס' שם במכות דאם התרו בו ב"ד להחזיר ולא החזיר יש מלקות רק הרמב"ם ס"ל דצריך להיות באופן שא"א לקיים כגון שנשרף באונס אבל כל כמה דאפשר לכ"ע לא לקי אף דהתרו בו בית דין ובהכי ניחא ג"כ מה שהקשה הכ"מ בפי"ג מהלכות שחיטה למה פסק הרמב"ם כמ"ד קיימו ולא קיימו דהא ר"י ס"ל בטלו ולא בטלו דהא כל מחלוקת אביי ורבא הוא למ"ד קיימו ולא קיימו והלכה כוותייהו דהכריעו כר"ל וא"ש. ויותר נראה דהיה להרמב"ם הגי' ישינה בגמ' דמכות וכמ"ש הריב"ש ויתר מחברים דכך משני הגמרא הואיל ואיתא בתשלומין לא אמרי' לוקה ומשלם כי הך גי' דידן דהוי ליה ניתק לעשה קשה כמ"ש בשם תוספות משאנץ דהא אין מחויב ליקח כלי אחר תמורתו ואם כן עדיין ביטל השבה רק הגי' דלא אמרי' לוקה ומשלם וכן היה גי' הראב"ד כנראה מהשגתו ומה שהקשו התוס' א"כ איך אמרינן דלשלם הא קי"ל ממון לא משלם מלקי לקי ז"א ה"מ היכי דלא גילה התורה דעת דחפץ בתשלומין אמרינן דמלקי לקי אבל כי חזינן דהתורה גילה דעת דרוצה בתשלומין דהא ניתקו לעשה השב תשיבם א"כ בביטלו יותר נח לשלם מללקות. וה"ל כאותו שאמרו בפי' רבתה התורה עדים זוממין לתשלומין ואף בזה רבתה לתשלומין דהא אמרה לקיים השבה ובפרט לפי מ"ש דה"ל כגזלן דחבל שלא ברשות איך יתכן ללקות בגזלן אמרי' משלם ולא לקי וזה נכון. וגם לא מסתבר שיפסיד הלוה משכונו בשביל מלקות שלו:

והנה בהך דקיימו ולא קיימו ובטלו ולא בטלו פי' רש"י דלמ"ד קיימו ולא קיימו א"כ תיכף עובר בלאו ולכך שייך ביה התראה ולא הוי התראת ספק ואע"פ שאפשר דיקיים העשה שניתק הלאו מ"מ כ"כ דלא קיימו הלאו במקומו וחל בו התראה אבל למ"ד ביטלו ולא ביטלו א"כ תלוי במעשה וכ"כ דלא מבטל הלאו מעקר א"כ חיובו בביטול ע"י מעשה וה"ל התראת ספק ע"ש ולפ"ז יש כאן עוד נ"מ דודאי חיוב תשלומין על המשכן אינו

חל רק בעת שנאבד ונשרף כמ"ש התוס' ומחברים בשמעתא דשאלה ושכורה דלכך הוי כא"י אם הלויתני דאז נתחייב וא"י אם שאולה או שכורה ולפ"ז אם אמרי' קיימו ולא קיימו אימת חל הלאו דמלקות מתחילה משעת חבלה ואימת חל חיוב דתשלומין בעת שנאבד ונשרף המשכן א"כ אין חיוב מלקות ותשלומין באים כאחד ולא שייך כל המשלם אינו לוקה או להפך וכ"כ המ"מ דאין באים כאחד משא"כ למ"ד בטלו ולא בטלו תלוי עיקר חיוב הלאו ומלקות בעת שמבטל העשה היינו ששרפו למשכן ואז חל חיוב תשלומין ג"כ. וא"כ שניהם באים כאחד וכל הלוקה אינו משלם וכל המשלם אינו לוקה ולכך שם במכות דכל סוגיא למ"ד בטלו ולא בטלו שפיר משני דכל משלם אינו לוקה משא"כ לפי דקי"ל קיימו ולא קיימו א"ש דאין שניהם באים כאחד ולוקה ומשלם. וא"ש ומחלוקת אביי ורבא א"ש דהכל למ"ד קיימו ולא קיימו. ומעתה לא קשה למ"ד ביטלו ולא ביטלו איך יתכן משנה דקתני החובל רחים וכו' משום שני שמות כיון דליכא מלקות דלפמ"ש כל הטעם משום דכל משלם אינו לוקה א"כ י"ל משנה ר"מ היא דסתם משנה בלא"ה ר"מ ולר"מ משלם ולוקה ולק"מ ודוק. כי זה ברור ואצ"ל דהיה לרמב"ם גי' אחרת כמחשבת המ"מ:

יב **וי"א דמ"מ לענין שלא למשכן כלי אוכל נפש וכו'** קצת קשה א"כ מה פריך הגמ' לשמואל דאסור לשליח ב"ד לכנס לבית הא כתיב לא יחבול רחים ולא יחבול בגד אלמנה הא אחרים חבול דלמא איצטרך הנך לאוין במקום דשרי לאחריני כגון ערב וכדומה ואם היה מקום לדברי מהרש"ל דפי' דברייתא כך נשנית הא אחרים חבול ומברייתא קשיא היה ניחא אבל כבר דחהו מהרש"א בב' ידים והנכון עמו ע"ש. ואלו היה ס"ל להרמ"ה דבערב וכדומה לית ביה מצות השבה דהשבת עבוט נאמר על לא אל ביתו וכו' אבל לא בערב וכמ"ש הטור אות נו"ן וא"כ קשה בערב לרבא יהיה מוכרח להחזיר תיכף דאי עביד לא מהני ול"ל דנתקו לעשה הא לא קאי עלה וגם ל"ל דבאמת הדין כן דא"כ לימא א"ב בין רבא לאביי בתמורה. רק צ"ל הואיל הך לאו יחבול קאי גם על הלוה ובו ניתק לעשה וא"כ גלי' רחמנא דיהיה מהני מעשיו וא"כ אף גבי ערב אמרינן כן דגלי התורה דיהיה בזה מעשיו קיימים וכמש"ל בס"ק ז' ע"ש אך זהו אם הך לאו משוחף גם גבי לוה וערב אבל אי אמרינן דקאי על ערב לבד הקושיא במקומו וא"כ י"ל כמ"ש התו' בד"ה נוטל וכו' דהקושי' בגמ' דתמורה ממעשים בכל יום אף כאן הקושיא ממעשים בכל יום דחזינן דגבי ערב ג"כ א"צ להחזיר תיכף כדמוכח ג"כ מתמורה וקשה למה וע"כ דקאי גם על לוה וקשה מה צורך הא בלא"ה אסור לחבול וקושי' הגמרא שפיר הא אחריני חבול וא"ש אך הרמ"ה ס"ל להדיא דיש בו השבת העבוט ולכן צל"ע. ועכ"פ קשה לפי

דעת הרמ"ה דאף דממעט ערב דמותר לכנוס לחבול בבית מ"מ מהך לאו דאוכל נפש לא אתמעט דהוא לאו בפ"ע א"כ אף בהקדש וצדקה לעניים דאמרי' דלית ביה מצות החזרה דכתיב ולך תהיה צדקה מ"מ ודאי הך לאו לא יחבול רחים קאי עליה דהא לא אתמעט רק מהחזרה ולך תהיה צדקה אבל אינך לאוין מיושרים. ובפרט דלולי דכתיב ולך תהיה צדקה ה"א אפילו בחייבי ערוכין מחזירים והיינו דילפינן זה מזה בג"ש דמיכה מיכה א"כ מנלן לענין לאו זה דלא חל שם ג"כ ומהכ"ת להקל ומ"ש מערב ולעיל בסעיף י"ב בהג"ה דכתב והיינו דוקא כלי אוכל נפש לכאורה לא משמע כן דמשמע לגזברים הותר למשכן כלי אוכל נפש. וזה אינו וצ"ל דס"ל לרמ"א כמ"ש דאף דאסור ואינו בכלל החזרה דעלה לא קאי השב תשיבם מ"מ אי עביד מהני אמרינן גביה כמ"ש לדעת הרמ"ה בערב וכל כוונתו לעיל אלא דא"צ להחזיר אבל באמת מתחילה אסור לחבול:

יג **ב"ד חובשין אותו** ובתשובת רשב"א חולק ועיין בחדושי גרשוני שמביא ראיה מרש"י פסחים דף צ"א ד"ה בית אסורין של ישראל דפי' שם כגון לכופו להוציא אשה פסולה או לשלם ממון וכו' הרי דאף בזמן הבית היו חובשין אנשים אלמים לחבוש אותן עד שישלמו וכן כתב הרא"ש ורי"ף במ"ק מניין דעבדינן הרדפה היינו מקום צר שא"י לברוח. והרי הכל לפי עיני ב"ד ובזמננו פשוט המנהג שחובשין ללוה כשאין לו לשלם ואין מוחה ואולי הכל בחזקת שמבריחים נכסים וצ"ע כי אין להם על מי שיסמכו:

יד **ולא יעשה מטלטלין אצל בניו** ואם מכרו הלוה כשהיה בידו בעת החזרה לאחר אי המלוה טורפו מלקוחות יש לי ספק דאפשר דהוי נעשה שורו אפותקי דדעת הרשב"א מיתומים גובה דלא נעשה מטלטלי היותו אפותקי ומ"מ מלקוחות לא גבי דלית לי קלא וא"כ ה"ה זה דמי יימר דאית ליה קלא ואם נאמר כל דבר הנעשה בשליח ב"ד אית ליה קלא במשכנו בעצמו ועבר ועשה מהו. ואם אמרינן דאף מלקוחות טורף הל"ל הברייתא דאין להם תורת מטלטלין כלל ולמה נקט לבניו ואמת כי רש"י כתב מדמשכני' קניא וכי אהדר ליה ס"ל פקדון גבי' וא"כ דהוי שלו אף מלקוחות נראה דמוציא רק רש"י לטעמיה דס"ל שלא בשעת הלואתו קונה משכון לגמרי דחייב אפילו באונסין דהוי שלו אבל לפי דקי"ל לעיל סימן ע"ב דלא כרש"י דפטור מאונסין א"כ הרי הוא של לוה ואין לו רק שעבוד עליו א"כ נראה דא"י להוציא מלקוחו' דהוי כמו שורו אפותקי וצ"ע כי לא מצאתי במחברים ז"ל שדברו מזה:

טו **אינו חייב להחזיר לו** וכתב הסמ"ע בס"ק ל"ד בשם הד"מ דכתב הערדכי בפ' המקבל. דמ"מ דבר הצריך ללוה תדיר כגון כר ומחרישה צריך להמתין עד שפדאהו וא"כ צ"ל דמ"ש א"צ להחזיר לו אבל מכל מקום אינו יכול למכור עכ"ל. ודבריהם בלתי ברורים

כי לא נאמר כך במרדכי כי ר' קלונמוס פי' במשנה דנחלקו ת"ק ורשב"ג אי מוכרה לאחר שלשים יום או לא דפליגי אפילו בכלים שאין בהם דין חזרה כלל ומזה שפט דלדעת ת"ק אפילו במשכנו בעת הלואה א"י למכור כלל המשכון דמ"ש שעת הלואה או לאחר הלואה כיון שאין בכלים דין חזרה אבל המרדכי חולק ופי' דבדברים שאין בהם דין חזרה לא נחלקו ת"ק ורשב"ג דפשיטא דמוכרן דמה נ"מ כיון דאין מחזירן לו רק כי פליגי בדברים שיש בהם החזרה ולכך ס"ל לת"ק דאין מוכרם לעולם כדי לקיים בהו מצות החזרה וא"כ בשעת הלואה כל כלים דינס כמו שאין בם דין החזרה דהא אינו מחויב להחזיר לעולם וא"כ אף אלו יכול למכור לאחר שלשים יום. וא"כ כיון דקי"ל כן דאין הדין דת"ק ורשב"ג נאמר אלא בכלים שיש בו דין החזרה כמבואר בסימן זה. וכמו שמבואר לעיל להדיא בסימן ע"ג א"כ ליתא לדין זה דבשעת הלואה לכ"ע אין הבדל בין דברים שיש בהן או אין בהן דין החזרה דהא אין מחזיר כלל. וכ"כ הבעה"ת שער מ"ט ח"ה ה"מ דלית הלכתא כרשב"ג בדברים שיש בהם דין חזרה דצדקה דרמיא עליה רחמנא לעולם אבל בדברים שאין בהם דין חזרה מוכרן לאחר שלשים כרשב"ג עכ"ל הרי דלא כר"ק הנ"ל ובשעת הלואה דלא רמיא רחמנא עליה צדקה להחזיר פשיטא דמוכרן לאחר שלשים יום בב"ד וכל דברי סמ"ע תמוהים:

טז **מחויב לכוף.** נראה מלשון הרמב"ם שכתב בחובל כלי אלמנה וכלי אוכל נפש אם חבל מחזיר בע"כ דבזה כופין הב"ד לקיים עשה דהא הוא בלאו ומלקות רק התורה נתקה לעשה א"כ על הב"ד לכופו לקיים עשה דכל כמה דלא קיים הרי איסור לאו במקומו ובפרט לפי דקי"ל קיימו ולא קיימו ופירש"י דתיכף חל הלאו ולכך לית ביה התראת ספק רק אי קיימו לעשה בטל הלאו א"כ פשיטא דיש לב"ד לכופו לקיים העשה לבל יהיה באיסור לאו כל ימיו וכן מוכח מתוס' שם מכות דכתבו להדיא דלמ"ד קיימו ולא קיימו אם התרו ב"ד להשיב העבוט ולא השיב חייב מלקות וא"כ הרי דב"ד מתרים ואי לא משגיח לוקה ארבעים וא"כ פשיטא דב"ד כופין. ואי אין כופין איך יתרו וגם הא חייב מלקות כשאין שומע בקולם. ואמת כי בתשובה לרמב"ן סי' פ"ח משמע אפילו בחבל באיסור דכתב ב"ח שנכנס לבית הלוה ויש בו מצות השבת עבוט אין כופין משמע אפילו נכנס לבית לוה דחבל באיסור איברא מלבד די"ל לאו דוקא שנכנס באיסור די"ל ע"י שליח ב"ד וכדומה שמותר ליכנס אף גם י"ל הרמב"ן ס"ל אפשר כמ"ד ביטלו ולא ביטלו וא"כ כ"ז שאין מבטל איסור בידים אין כאן לאו כל ימיו כמ"ש רש"י דלכך הוי התראת ספק א"כ שפיר י"ל דאין כופין כי לא איסור לאו עליו ואיסור לאו פרח מיניה כ"ז שלא ביטלו להדיא בידים אבל לפי דקי"ל קיימו לא קיימו וכמש"ל דכך פסק הרמב"ם א"כ

תיכף איסור לאו עליו ולכך כופין ב"ד וזה המכוון בדברי הרמב"ם דכתב כופין בע"כ ומדברי סמ"ע לעי' ס"ק ט"ו משמע דלא כזה ולעולם אין כופין ולא נראה כלל.

יז **ואינו מחזיר** יש להקשות להנך רבוותא דהוכיחו דב"ח קונה משכן אפילו לאונסים מדפרכינן השבת עבוט משכחת ליה הן בקיימו ולא קיימו וביטלו ולא ביטלו ומשני הגמ' כיון דאיתא בתשלומין כו' והוכיחו מכאן דחייב באונסין והש"ך לעיל תי' דבחבל באיסור לכ"ע חייב באונסין ועדיין קשה דהא משכחת ליה דמת לוה ותו א"א לקיים מצות השבת עבוט והלאו במקומו ולא שייך לזה תי' הגמ' גבי גר דכאן הא עכ"פ לא קיים העשה והמשכן קיים ואינו חייב בתשלומין כלל ול"ל הואיל והמניעה ליכא מצדו לא שייך קיימו ולא קיימו דמ"ש ממשכן שנאבד או אונס באנוסה שמתה דאמרי' ג"כ דה"ל קיימו ולא קיימו אף דהמניעה מצד אחר ולא מצד העובר בלאו וצ"ע וי"ל ודוק.

יח **או פרעתי במגו דהחזרתי** כתב הסמ"ע בלי מגו אינו נאמן אף דהוא מלוה ע"פ משום דכיון דמשכן היה בידו והוא החזירו בעדים ה"ל כמו פקדונו ביד הלוה ולכך אינו נאמן אלא במגו ונכון הוא וכן משמע להדיא שם בבעה"ת בדברי הר"י ברצלוני ע"ש אך בפרישה דעתו אף במלוה בשטר והלוה טוען פרעתי ויש לו מגו דטוען לא החזרת לי המשכן או חזרתי ומסרתי לך נאמן לענ"ד לא נראה דהא המלוה דטוען החזרתי לך המשכון ולא פרעתני נאמן במגו דהיה טוען לא החזרתי לך המשכן רק נאנס דהא קיי"ל אף שלא בעת הלואה אינו חייב באונסין ואם כן כשישבע שנאנס גובה חובו כדלעיל סי' ע"ב וא"כ י"ל מגו דהיה טוען אמת דלא החזרתי ונאנס דהיה גובה חובו בשבועה עכשיו דטוען החזרתי לך ולא פרעתני גובה בשבועה ואי דה"ל מגו להוציא במקום שטר אמרינן מגו להוציא וכאן שטרח עליא ולכן דינו צל"ע.

יט **ובלבד שלא יהיה תוך זמנו** הקשו הא קי"ל לעיל סימן ע"ח דמגו במקום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו אמרי' ועיין סמ"ע דדחיק ובאמת לפי לישנא דרמ"א י"ל כך פי' לא דהוא תוך זמנו של הלואה רק תוך זמנו של החזרה דרך משל החזיר לו כסות לילה ללילה והוא תבעו ברגע כהאיר היום ואמר לו כבר החזרתי לך בעודנו לילה ובזו אין נאמן דכמו דאין נאמן לומר פרעתיך תוך זמנו דחזקה דאין אדם פורע ת"ז כך אין אדם מחזיר המשכן כל זמן שהוא צריך לו ועל הראשונים הוא מצער שהשכין לו ומהכ"ת יחזירו למלוה כ"ז שצריך לו ובלא"ה דעת הר"י ברצלוני אם מסר המלוה ללוה המשכן בעדים דתו אינו נאמן כלל לומר הלוה דהחזירו למלוה רק הבעה"ת וטור הכריעו דלא כוותיה אבל בתוך זמן שצריך למשכן ודאי ה"ל תוך זמנו ואין נאמן שהחזיר ובזה יובנו דברי התוס' שס ב"מ דף קט"ו ד"ה למה ממשכנים וכו' דהקשו רבינו אלחנן כיון שמשכן

פ"א ותו אין שביעית משמטתו ואין נעשה עוד מטלטלין דיתמי כשמחזירו לו למה חוזר וממשכנו ותי' כדי שלא יוכל הלוה לכפור וכו' ע"ש והדבר צריך ביאור מה בכך שחוזר וממשכנו אם ירצה הלוה יכפור באותו עת שהחזיר לומר החזרתי לך או להד"מ ואי ליכא למיחש א"כ אם לעולם לא יחזור למשכנו ג"כ לא יכפור והדבר צריך ביאור. אמנם לפי הנ"ל ניחא בשלמא כשמחזיר לו כסות יום ביום א"כ תיכף בפנות היום הוא בא ותובע הכסות ואם יטעון בעודנו היום גדול החזרתי אין נאמן דכל זמן דצריך לו הוי תוך זמנו ואינו מחזיר כלל ומהכ"ת וכאן אפילו אביי ורבא מודים דלא שייך כאן כי היכי דלא לטרדן. אבל אם יחזיר לו כסות יום לעולם א"כ יטעון הלוה בלילה שלא הייתי צריך לו החזרתי לך למוכרו או לבקשתך ושארי דברים כדומה דודאי אף בס"ד שלא יחזרו וימשכנו מ"מ אם המלוה רוצה פ"א ליקחו כשאין הלוה צריך לו ודאי דא"י הלוה לעכב בידו דהא פקדונו שלו הוא וא"כ היה הלוה נאמן ולא הוי תוך זמנו כיון שאין צריך לו ועבד לוה לאיש מלוה וזה ברור בכוונת דברי התוס'. אך אף שדין זה נראה נכון ומכוון בכוונת התוס' כמ"ש כי בלא"ה דעת ר"י ברצלוני דלעולם אין הלוה נאמן החזרתי ואם כן די דנימא דנאמן כשאומר שהחזיר בעת שלא היה צריך והיה חל עליו החזרה מ"מ לומר שלזה כיון הרמ"א קשה לומר כי הרמ"א גריר בתר הב"י והב"י נמשך אחר דברי ר"י ברצלוני ושם מיירי הכל מזמן פרעון של גוף הלואה. ולכן נראה בגוף הקושיא כך דהנה הק' הש"ך לקמן סימן ק"ח על הטור ומחבר במפקיד בשטר דנאמן החזרתי במגו דנאנסה דאם הוא ת"ז אינו נאמן והקשה הש"ך הא מגו במקום חזקה כי האי אמרינן והניח בצ"ע. ונראה דס"ל לטור דהא דבמקום שיש מגו לא אמרינן חזקה אין אדם פורע ת"ז משום דהך מגו עדיף כמו הך חזקה דאין אדם וכו' דלאו חזקה אלימתא היא ובמקום חזקה אלימתא לא מהני מגו משום דעדיף ממגו אבל הך חזקה שוה למגו ואין כח זה עדיף יותר מחבירו. וא"כ בשלמא כשהוא לאחר זמן נאמן לומר פרעתי בעצם הדבר וא"צ למגו רק תוך זמנו אינו נאמן משום חזקה וכו' א"כ כשיש מגו למול חזק' אמרינן אוקי מגו נגד החזק' והוי כאלו ליתא לא מגו ולא חזקה והרי נאמן בעצם לומר פרעתי ולכך מהני משא"כ במפקיד בשטר דלולי מגו בעצם אינו נאמן לומר פרעתי בשטר רק מכח מגו נאמן וכשהחזקה אין אדם פורע למולו אמרינן אוקי חזקה נגד מגו והוי שניהם כמאן דליתא וא"כ דליכא כאן מגו אינו נאמן בעצם לומר פרעתי נגד השטר ומגו ליכא וא"ש וכן הדבר בזה דהא בעצם אפילו במלוה ע"פ בזה דמשכנו אין נאמן לומר פרעתי דהמשכון ברשותו כמ"ש בס"ק הקודם וכמ"ש הסמ"ע. רק מכח מגו דהחזרה נאמן וא"כ כשיש כאן חזקה למול המגו ה"ל שניהם כמאן דליתא וא"כ דגם מגו ליכא תו אין נאמן

לומר פרעתי. דבזולת מגו א"נ פרעתי ולק"מ ודבריו פשוטים ולכך כתב רבינו ב"י כי הוא פשוט אף כי לא היה נעלם מעין קדשו דברים האמורים בסימן ע"ח:

כ **אלא אפילו תפסה מנכסי בעלה** מדברי הסמ"ע בס"ק נ"ו משמע דאפילו תפסם ומבקש להחזיקן עבור מזונת שעברו כי לותה וכדומה מ"מ מוציאין מידה ונותנים לב"ח. ודבריו בלתי ברורים דמהכ"ת מה שכבר אכלה והיא יש לה בידה משל בעלה איך נוציא ממנה ואלו היה הבעל נותן לה מידי יום ויום איסר לפרנסה ואח"כ באו ב"ח שהבעל חייב להם מקדם היה עולה על דעת שנכריח לאשה להוציא מכיסה מה שכבר קיבלה מבעל ונשתקע הדבר ולא נאמר וא"כ מ"ש דלקחה מהבעל או ממעות שלו שהוא בידה סוף כל סוף כבר קבלה פרעון בזה ממה שתחת ידה ומי יכול להוציא ממנה. וכ"כ הב"ח להדיא דעל עבר מהני תפיסה לכ"ע וכ"כ הגי"ת וסייעו מלישנא דרמב"ם וכן פשוט ונכון. והטעם דאין נוטלת ממזונת דלהבא דהתורה מיעטה דאין לאשתו מזונת ולא קבעה התורה מזונת לאשה כשמסדרין לב"ח וזה פשוט וא"צ לטעם של סמ"ע כלל בדוחק:

כא **ואפילו הלך בעלה וכו'** גם בזה דברי סמ"ע בס"ק נ"ז מעורבים והאריכות מבלבל הבנת המעיין והעיקר דדברי הרי"ף הם פשוטים דמיירי דהבעל חייב לה ממזונת ניסן אייר סיון והיא שלא היה לה כ"א היתה ניזון בלי הלואה א"כ מה שקנתה אשה קנה בעלה בכל אופן רק דהיא לותה מאחר. וא"כ הבעל משועבד להם מדר"ן והבעל לוה מאחרים אח"כ דעת הרי"ף דאשה אין לה על בעלה רק מלוה ע"פ וא"כ מה בכך שלותה מאחרים בשטר לא עדיפי הם על הבעל מאשה עצמה והם אינם על הבעל רק מלוה ע"פ והרי"ף ס"ל בעלמא מלוה ע"פ מוקדם ומלוה בשטר מאוחר מלוה בשטר קודם למלוה ע"פ ומלוה ע"פ אין בהם קדימה ואיחור כ"א יחלוקו וא"כ א"ש דאם הבעל לוה מאחרים בתמוז בשטר הם קודמים לגבות כי מלוה בשטר מאוחר קודם אבל אם לוה מאחרים בע"פ הרי כאן שניהם בע"פ ויחלוקו וזה פשוט ונכון בסברתו. אלא דעדיין יש להבין למה ליה הטעם דמזונת דרבנן לו יהיה דאורייתא הא מ"מ מלוה בשטר מוקדם וגם למה במלוה ע"פ חולקים הא זהו שעבודא דאורייתא וזה שעבוד דרבנן. וכה"ג תי' דכי אמרינן דמזונת לאו דאורייי' היינו לגבות מזונת דלהבא דבזה אפילו מלוה ע"פ מאוחר קודם ולכך נתן הטעם דהוי דרבנן אבל במזונת דעבר כיון דכבר עברו ה"ל כמו מלוה ע"פ גמור ולכך יחלוקו. וצריך לומר לדבריו אם מיירי מן מזונת דלהבא ל"ל כל הטעם משום דהוא דרבנן תיפוק ליה מכאן ולהבא אין קצוב וה"ל תיקון עולם די"ל כי הוא תקון עולם נגד מלוה בשטר אבל נגד מלוה ע"פ ליכא ת"ה כלל דהא אי בעי מכר נכסים ואיהו אפסיד אנפשי' דיזפי בע"פ ולכך נתן הטעם משום דה"ל דרבנן כך צ"ל לדעתו אלא שאין נח לי

חדא דמה צריך טעם על הני מזונת דלהבא הא כבר הביא ראיה ונתן טעם דכתב בעירוכין מיעוט דאין נותנים לו מזונת אשתו וה"ה לב"ח דילפינן ואינו הדין שיזון את אשתו ויעשוק אחרים ועוד גוף הענין לא הבנתי אם הוא דרבנן מ"ש הבא מעבר ולמה במזונות מהעבר הוא דאורייתא סוף כל סוף חיובא דרבנן. ואינו דומה שעבודו לשעבוד מלוה דהוא דאורייתא. ויותר נראה דביקש ליתן טעם למה לא יהיה למזונות דין מלוה בשטר דכל הבדל בין ע"פ לבשטר דל"ל קלא וזהו הא איכא קלא דנשאת לבעל ולכך הוצרך ליתן טעם אחר דזהו אי הכל שעבודא דאוריי' אז צריכין לטעם משום קלא אבל הא דשיעבודא לאו דאוריי' וזהו דאוריי' א"צ לקלא רק בלא"ה מלוה בשטר דהוא דאוריי' קודם אבל במלוה ע"פ ס"ל לרי"ף כמ"ש הרמב"ן והר"ן דלכך איכא במוד' במקצת ש"ד אף דיש לו קרקע ולא מיקרי ש"ק משום דבתר דתקנו חז"ל דאין טורף מן לקוחות א"כ תו פקע שעבודו דהא יכול כל שעה למכור נכסי' ואין בידו לטרוף כלל א"כ ה"ל כמחל השעבוד ולא הוי ש"ק א"כ לפ"ז אף מלוה ע"פ ליכא שעבודא דאוריי' כלל דמחל לו שעבוד ושוית לשעבוד אשה במזונת דשניהם אין להם שעבוד קרקע וחיוב אקרקפתא דגברא בשניהם שוה דמה בכך דהוא דרבנן מ"מ השתא אלמהו לחיובו כמו דאורייתא וזה פשוט ונכון ואין לדקדק א"כ כתובה דרבנן אף השעבוד דרבנן א"כ כתובה מוקדם לא יהיה קודם למלוה בשטר מאוחר דזה שעבודא דאורייתא וזה דרבנן וזהו סותר לכל הכללים בדין. די"ל ודאי היכי דאמרו רבנן דלשתעבדו נכסי פשיטא דאלמהו רבנן לתקנתם כמו בשל תורה ומ"ש רק בזה במזונות לא מצינו לחז"ל דאמרו דישתעבדו נכסים רק מצינו דתקנו דחייב הבעל לזון אבל לא תקנו שישתעבדו נכסים ולכך אין כאן שעבוד משא"כ אלו היה מזונת מהתורה ממילא נשתעבדו נכסים דמלוה הכתוב בתורה ככתוב בשטר דמי לשעבודא דאורייתא ובהכי ניחא מה שהקשה בדרישה למה ליה לגמרא הטעם דאין מוציאין למזון האשה ממשעבדי משום תקון עולם תיפוק ליה דהלוקח יש לו שעבוד דאורייתא והיא דרבנן דלולי היה תקון היו חז"ל מתקנים לאשה שתגבה ממשעבדי כגוף הכתובה כי תנאי כתובה ככתובה דמי והי' טורפת דאלמהו רבנן אבל מפני תקון עולם בטלהו ואפילו שעבד לו נכסים בפי' אינו מועיל כי כך תקנו כתובים אצל ב"ח ולא אצל משעבדי ולק"מ. ובהכי יובנו דברי רבינו ב"י דהקשה הא כותב בכתובה מזוניכי הרי נשתעבד לה בשטר ושעבודא דאורייתא ולכאורה אין מובן לדבריו בכל דוכתא דאמרינן בש"ס כתובה דרבנן אפילו בכתב לה כתובה נימא דכיון דכתב לה הוי שעבודא תורה כמו שאר שטרי התחייבו' ולמה אמרו כתובה דרבנן אלא צריך לומר דמה בכך דכותב לא מלבו כותב רק מתקנתא דרבנן ולולי תקנתא דרבנן לא היה כותב א"כ אין כתובתו עושה

יותר שעבוד מגוף תקנתא דרבנן ולכך תוס' כתובה שמוסיף מדעתו באמת הוא דאורייתא ולפמ"ש ניחא דהא דכיון דתקנו לכתוב כך בכתובה ולשעבד אח"כ כל נכסיו לכך הא ראינו שתקנו להיות שעבוד נכסים וא"כ אלמהו כמו דאורייתא. והוי כמו כתובה דג"כ דרבנן מ"מ לו משפט קדימה. וע"ש שתי' בדוחק אבל בלא"ה הקשו כל מחברים והש"ך דהא קיי"ל לרמב"ם וטור מזונות דאורייתא וא"כ ליתא לטעמו של הרי"ף. ונראה דס"ל כמש"ל דבתר דתקנו חז"ל דמלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי תו ליכא שעבודא דאורייתא דפקע שעבודו ובזמן התורה היה שעבודא דאורייתא דאלו מכר היה מלוה ע"פ טורף הימנו אבל עכשיו אינו כאן שעבוד רק חיוב אקרקפתא דגברא מונח כמו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא וא"כ זהו דכתבה התורה שארה וכו' לחייב הבעל במזונות היינו שיהיה אקרקפתא דגברא אבל לא שישתעבד נכסים דהא מזונות דלהבא ודאי דא"י לטרוף דהא בע"ח אין מניח מזונות לאשתו כדילפינן מעירוכין ומהכ"ת יניח בע"ח מזונות לאשתו יאמר לו גרש אשתך ופרע לי חובי וקרא וסברא מחייבתו דאין לה במזונות להבא נגד ב"ח וא"כ הרי יכול להפקיע שעבודה ע"י ב"ח ולקוח' וא"כ דיכול להפקיע הרי מחלה שעבודה וליכא שעבוד נכסים כלל וכלל כמו במלוה ע"פ וכמו שכתבתי דפקע ומחל שעבודו ולק"מ ולפ"ז גם קושי' הב"י ל"ק דכמו שכתב בתורה כן הוא בכתובה דודאי הואיל מזונות דלהבא א"א לעכב א"כ הרי מחלה שעבודה וכל השעבוד הנאמר בכתובה לא נאמר על זה ולאו אכוליה מילתא קאי רק אגוף מנה ומאתים ולא על מזוניכי וכדומה:

אך כבר הקשו כל המחברים דזהו לשיטת הרי"ף דס"ל מלוה ע"פ מוקדם ומלוה בשטר מאוחר מלוה בשטר קודם בגביה ומלוה ע"פ מוקדם ומלוה ע"פ מאוחר יחלוקו אך לפי מ"ש המחבר לקמן וכן דעת הרמב"ם דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ומכ"ש למלוה ע"פ מאוחר א"כ בממ"נ הך מזונות העוברים מה טיבן אם הם במלוה ע"פ גמור א"כ למה יחלוקו ולמה יפסיד נגד מלוה בשטר כולו ה"ל לגבות ואם אין דינם כמלוה ע"פ א"כ מלוה ע"פ מאוחר ג"כ יגבה הכל כבשטר וצ"ע. ומה שצריך לומר בישובו הוא דמספקא לן לדידן דקי"ל אף במלוה ע"פ שעבודא דאורייתא ולכך מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בע"פ מאוחר אי אף גבי מזונות הוי כמלוה ע"פ ושעבודה על נכסים או לא שעבדה התורה נכסים רק אקרקפתא דבעל הטילה התורה החיוב לזון אשתו אבל לא שעבדה נכסים דהא חזינן בדין סידור פטרה התורה להניח נכסים לפרנס אשתו ומסתבר דלא שעבדו נכסים דאל"כ היא תעכב וכנ"ל ולכך במלוה בע"פ מאוחרת הוא הדבר בספק דאם מזונות יש להם שעבוד נכסים להם משפט קדימה ואם לאו למלוה ע"פ מאוחר משפט קדימה ולכך הואיל ואין אחד מוחזק והוא דבר בספק יחלוקו כנודע

בכמה דינים המסופקים והא דמלוה בשטר מאוחר גובה כל נכסים הוא מטעם אחר דה"ל אין מוציאין למזון אשה מנכסים משועבדים מפני תקון עולם ועיין דרישה דביקש לחלק בדוחק בין מזון אלמנה למזון אשה היושבת תחת בעלה ודבריו דחוקים כנראה שם: ואפשר למ"ד הטעם שאין כתובים יש לחלק בין זה לזה דמזון בחייו אפשר דהוי כתובים בכתובה כקושי' הב"י הנ"ל אבל למ"ד הטעם משום קצובים מ"ש זה מזה ולכך הרי"ף בתשובה אפשר דס"ל הטעם משום כתובים ולכך לא נתן זה הטעם אבל הרמב"ם דפסק קצובים ואף זה אינו קצובים וא"כ אין לטרוף מן מלוה בשטר אבל במלוה ע"פ לא שייך מפני תקון עולם כלל כמ"ש הר"ן בריש פרק מי שהיה נשוי דהא דאין גובין מנכסים משעובדים למזון אשה היינו במלוה בשטר אבל במלוה ע"פ לא ולכך במלוה ע"פ יחלוקו ובמלוה בשטר אין גובה כלום. וכל זה בקרקע או במטלטלין וכתב ליה מא"ק ובסמ"ע כתב דאקני ולא ידעתי מה מהני דאקני למטלטלין אם אין כתוב בו ג"כ מא"ק אבל לולי כן אין בהם דין קדימה ויחלוקו. אך זהו מזונות שעברו אבל מזונות להבא כיון דהתורה מיעטה מן קרא גבי סידור עירוכין וה"ה לב"ח וסידור במטלטלין אין לה אפילו במטלטלין נמי וע"ז כתב הטור שאין לה לא במקרקע ולא במטלטלין וכמ"ש אפילו תפסה וזה פשוט ואין קושיא בטור כלל. ואין לדקדק הא ב"ח הלוה להבעל אחר ניסן אייר סיון כנ"ל וכבר היה מזונות קצובים עיין לקמן סימן קט"ו דמשמע לפי דעת רוב מחברים הואיל מתחילה לא היו קצובים אף שאח"כ בשעת הלואה שניהם היו קצובים אין טורף ע"ש.

כב **יכולה לתופסו למזונות** הקשה הסמ"ע דמשמע דמה שיש יותר למזונת יגבו ב"ח ואלו בסעיף כ"ו מבואר דיכולה לתופסו לכתובה. ותי' הסמ"ע דאינה במציאות שיש עודף דאין קץ למזונות ואפילו תפסה ככר זהב. והט"ז הקשה עליו מא"ע סימן צ"ג סכ"ג דמשמע במציאות שיש עודף ואין כאן קושיא דשם באלמנה ואם כן פשיטא דיש מציאות כשיסלקו אותה מכתובה אין לה מזונות משא"כ כאן כל זמן שבעלה חי ואינו מגרשה הרי יש לה מזונות ואח"כ היא תופסה לכתובה. אבל בעצם קשה אם כן למה צריך לומר למטה שתוכל לתפוס דמשמע לכתובה כמבואר שם במהרי"ו ומה צורך הא יש לה לתפוס למזונות. אבל אמת שניהם באמת דאם יש לבעל קרקעות משועבדים לאחר כתובה אם כן מה צורך לתפוס לכתובה הרי היא בטוח' בגביית כתוב' ולכך יכולה לתפוס למזונות ולהיפוך אם יש לה נ"מ הרבה שהפירות מספיקין לזונה ואיך תתפס למזונות הרי יכולה לתפוס בכתובה ואם יש לה קרקע לגבות וגם פירות נ"מ באמת אין לה לתפוס כלל ופשוט:

כג **הדין עם המלוה** ויש לדקדק תטעון האשה אי שתקת שתק' ואם לאו אהדר שטרי' למרא לב"ח גוים ודנין בזה כאלו מהודר כמ"ש התוס' והרא"ש וכן הביא בתשובת מהרי"ט חלק ח"מ סי' ל"ט בשם מהרדב"ז דאם ראובן מכר קרקע לגוי ובדיניהם אין דין טרפא נוהג ולכך לא היה אשת ראובן יכולה לגבות בכתוב' ועכשיו דמכר הגוי הקרקע לשמעון בא' אשת ראובן לגבות בכח כתובה ופסק דיכול לומר אי שתקת ואין לה לטרוף משמעון כלו' ואם כן מכ"ש הכא וע"ש דנראה דמהרי"ט ז"ל הסכים לדינא עם הרדב"ז ע"ש ולכן היה נראה לחלק דאם דרך משל מלוה של גוי קוד' למלוה. ישראל רק האשה קודמת לכל וגבתה בדיניהם ואחר כך תובע מלוה ישראל להאשה דשפיר תוכל לומר אי שתקת וכו' דהא אלו היה הגוי בא לדין ישראל היה קודם בגבי' לך ואני שהצלתי מידו מה נ"מ לך ושפיר תוכל לטעון אי שתקת וכו' דדינא הוא שאין לו לגבות קוד' גוי אבל אם מלוה של ישראל מוקדם בזמן לגוי רק שאין יכול לגבות בנימוסם כי השטר לא נעשה כפי דתם ונימוסם ואם כן אלו היה הגוי וישראל באים לב"ד ישראל היה לישראל משפט קדימה אם כן בדין חוזר מלוה של ישראל על האשה ולא מצית למימר אי שתקת דאסור לך למהדר דהא שעבודי על הקרקע בדין רק בבוא ליד גוי יקלקל הדין ויגבה שלא כדת ויזקוני בשעבודי ע"פ ד"ת אם כן אסור לך לעשות כן והרי זה בכלל מזיק שעבודו של חבירו ומסור. ובזה אופן איירי אפשר הרי"ו. ואף בתשובת מהרי"ט הנ"ל בעובדא דשם היה בדין תורה האשה יוכל לגבות מגוי ומ"מ פסקו דאין לאשה תביעה כנ"ל יש לומר דסמכו כמ"ש בתשוב' דהבא מכח גוי הרי הוא כגוי אף למעליותא ע"ש וזהו לא שייך בנדון הזה כי הגוי לא נתן לה להאשה כחו כי לא עשה רק הניחה לגבות כי כך הנימוס אבל לא באה בכחו משא"כ בעובדא דהרדב"ז ומהרי"ט מכר הגוי ונתן לישראל כחו. ולכן נראה לחלק כמ"ש לכאורה ואין לומר הא בכ"מ אין לגוי שעבוד אף דהוא מוקדם דהפקעת הלואתו מותר דלא כן משמע מתשובת הרא"ש כלל י"ח ועיי' לעיל סי' כ"ת דבזה לא מיקרי מזיק:

אך מסתימת הרמ"א וריי"ו לא משמע כן ודוחק לחלק כי בזה הדין אף שתסלק עצמה מ"מ מקדם לא היה הגוי זוכה בהם רק לולי היה שעבודה של האשה היה ב"ח של גוים זוכים בו אבל לא זכו בו כבר ואם כן לא שייך אי שתקת וכו' דזה דוחק אדרבא תוכל לומר אסלק שעבודי אבל נראה דתלי' במה שנחלקו לקמן בסי' קי"ח ס"ב בסמ"ע ובש"ך ועיין מ"ש שם ומזה יתברר הדין הזה על בוריו ע"ש:

כד **הנדוניא ברשות' כו'** משמע אפילו לכתובה יכולה לתפוס והדין זה צ"ע כי מהרי"ו תשו' ע"ח לא הביא ראיה כלל לדבריו ולא הבנתי הא היא מחויב' כל רגע ליתנ' לבעל

דהא הם של בעל דנצ"ב הוא ובמעות לא שייך שבח בית אביה ואם כן הבעל שחייב לאחרים הא מוציאין מדר"נ ובתשובת הרא"ש כלל ל"ח סי' ב' דכתב באשה שהכניסה לבעלה תמור נדן שטר משכון על הקרקע והיה שטר ביד סופר וצוה הבעל קודם מותו להחזיר השטר לאשתו ובא ב"ח מוקדם שהיה על הבעל לגבות ממשכנת' וכתב הרא"ש דאין לו זכות בממ"נ דאם אמרינן דהוי כהכניס' לו קרקע הרי אין ב"ח גובה ואי הוא רק חוב בעלמא הרי הבעל יכול למחול ועוד כיון שהיא חייבת לבעל והבעל חייב לה כשימות ואם כן כשמת הרי מחזקת לפרעון ממה שתחת ידה וכו' עכ"ל הרי דוקא במת שהגיע זמן פרעון אבל בחיי' שאין כאן זמן פרעון ב"ח דבעל גובה כנראה להדיא מדברי הרא"ש בתשובה דאל"כ מה צורך לכל אריכות הלא לא הגיע מעולם ליד הבעל והרי היא מוחזק בהם ומה איריא דמת הבעל ובאמת מהרי"ו עשה שם בתשובה סניף דא"י לזונה וה"ל כמורד' ולא הפסידה נדן אבל באם יכול לפרנסה דיש לה נ"מ דפירי הם מספיקים או מעשה ידיה דין זה צל"ע שתהיה יכול לתפוס בכתוב' דלא ניתן לגבות מחיים ואין למהרי"ו ראיה כלל ותשוב' הרא"ש הנ"ל תיובתא:

כה **ואפילו נשבה וכו'** משמע הא כשנדוניא בידו דיכול לפדות עצמו ומזה הוכיח הרמ"א בתשובה סי' צ"ג דאין רשות ביד אשה לומר העמד ערב על נדוניא ויפה דייק אלא שיש להבין הא דלא ניתנה כתובה לגבות מחיי' הוא משום דה"ל תוך זמנו והא פסק לעיל בסי' ע"ג במבזבז נכסיו דיכול לעקלם אפילו תוך זמן ולדברי מהרש"ל כמש"ל דוקא מבזבז במרד ומעל והוא עושה שלא כהוגן אף אנו עושין עמו חוץ לדין לעקל תוך זמן אבל ביורד מטה מטה מבלי פשע אין לעקל לק"מ דהא אין לך אונס יותר מזה אבל להחולקים על מהרש"ל צ"ל דוקא בחוב דברור שיגיע זמן לפרעון אבל באשה יכול להיות שלא תבא לידי גבי' לעולם גם לא בריר ליה זמנו אימת יהי' וכי לעולם יעקלו לא שייך עיקול משא"כ לעיל דזמן קבוע וידוע וברור חיובו:

כו **ולא יעבור על שבועתו** דין זה אינו מוסכם דהא כ' הריב"ש הנשבע לפרוע ואין לו אין לך אונס גדול מזה ומה יעשה יגזול או יגנוב כדי לקיים שבועתו וסיים אבל עושין לו כפי הסדר שכתב הרמב"ם פ"ב מהל' מלוה במי שטען שאין לו במה יפרע חובו עכ"ל הרי דכתב להדיא דמסדרין לו כמ"ש הרמב"ם בפ"ב כי שם מקומו נזכר כל אופן דין סידור על בורי' והרי כאן מחלוקת הפוסקים ולכאורה ראיה ברורה לדברי הריב"ש דמ"ש שבוע' מנדר ואם אמרי' דמחויב להתפלש בעפר לקיים שבועתו אף לקיים נדרו צריך לעשות כן ואם כן הנודר ואמר עלי ליתן מנה להקדש לבדק הבית הרי מחויב להתפלש בעפר כדי לקיים נדרו ולמה קי"ל חייבי ערוכין והאומר הרי עלי מנה לבדק הבית מסדרין לו כמ"ש

בגמר' ועיי' רמב"ם הל' עירוכין פ"ג. ולא אמרינן יתפלש בעפר לקיים נדרו וכי יהי' דין הדיוט חמור מדין גבוה. ודוחק לחלק ולומר באמת הנשבע לפרוע סתם ולא גבל זמן יש לומר באמת דיש לסדר לו דעוד חזון לקיים שבועתו אבל הקובע זמן אם כן שיהיה עובר זמן הרי מחלל שבועתו ולכך יתפלש בעפר וכו' ואם כן תו לא קשה מעירוכין וחייבי דמי' וכדומה דשם ליכא זמן. אך זהו דחוק דמלבד דבש"ע ובתשובה חזה התנופה אשר ממנו מקור דין זה לא נזכר כלל לחלק בין קביעת זמן לאין קביעת זמן וגם אדרבא אם לא נקבע זמן כל רגע זימנא. ולכן נראה דודאי לדינא צדקו דברי הריב"ש דכיון דשורת הדין מסדרין והתורה אמרה דברים אלו לא יהיה בכלל פרעון אף שבועתו לא חלה עליו כי לא נתכוון זה בשבועה אלא מה שהוא בכלל פרעון אבל בדבר שאינו בכלל פרעון לא על זה נדר או נשבע כלל ועיי' תשובת הרא"ש כלל ח' דין ד' דכתב דסתמא דמילתא דאין אדם נשבע למכור כל חפצו וללון ברחוב ולמות ברעב וזהו הסידור הנרצה דלא על זה חל שבועתו רק זהו אם זה ברור דמסדרין לב"ח אבל למ"ד דאין מסדרין לב"ח וכל אלו בכלל פרעון פשיטא דחל שבועה עליהם. וידוע דר"ת פסק דהלכה כמ"ד אין מסדרין ורשב"א כתב דאף דמסדרין היינו בממשכן ולא בפרעון והובא דברי רשב"א בס' אסיפת זקנים לב"מ וכתב וכדברי ר"ת היה נראה אלא שדברי גאונים דברי קבלה הן ולהם שומעין וכ"ש שלא להוציא ממון אלא בראיה ברורה עכ"ל הרי דהדבר ספק ואם כן י"ל אף בעל חזה תנופ' מספקא לי' ונוטים הדברים לדעת ר"ת רק דאין להוציא ממון וה"מ לממון אבל לשבוע' ספקא דאסורא לחומרא ואם כן אולי הדין דאין מסדרין ואם כן שבועתו חל על חפצי' הללו גם כן וחייב להתפלש בעפר כי יש כאן ספק איסור של תורה ולחומרא ומעתה לא קשה מעירוכין דשם ודאי דמסדרין בלי ספק רק כל ספיקא אי ילפינן מעירוכין והקדש אבל שם שורת הדין דמסדרין בלי פקפוק פשיטא דלא חל שבועה ונדר עלי'. וגם ריב"ש דדעתו ברור לפסוק כהרמב"ם וסייעתו דמסדרין אם כן פשיטא דאין שבועה חל עליו כמו בנדר הקדש הנ"ל ונכונים דברים בלי פקפוק. ואמת שכפי מ"ש שתשובת חזה התנופה חיב' הרא"ש ז"ל ובנדרים פ"ט פסק הרא"ש להדיא דמסדרין רק מ"מ י"ל בתשובה מספקא ליה כמ"ש הב"י דבב"מ כתב דעת ר"ת לבסוף וכן הטור בב"מ ברמזים כ' הדבר בספק אף דבנדרים כתב להדיא דמסדרין א"כ א"ש אך לפ"ז מוכח מזה כמש"ל בשבועה לא מ"ל קים ליה וספק שבועה לחומרא ועיין לעיל בכללי קים לי':

סימן צח

א **ושתק וכו'** ואם זה הב"ח קבל עליו שמרוצה לזה החלוקה דעת הבעה"ת בשער נ"ט ת"א דין ב' דגם כן לא מהני מיהו אין הקבלה פי' דאמר דמחל כאשר חשב הג"ת שם דבזה לכ"ע מהני ומחילה א"צ קנין רק קבל שמרוצה לחלוקה ההוא בזו י"ל כמ"ש הרז"ה דאני מרוצה שתתן המתנה לבניך אבל מ"מ חובי לא פקע ושעבודי נשאר על הנכסים. אך גם בזה צ"ע כי אמת הרז"ה כ' כן אבל נראה כי התוס' שם בב"ב דף קל"ב ד"ה מכלל וכו' כתבו להדיא הטעם דלא מהני קבלה משום דיכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי וכ"כ הרשב"ם ולא נתנו הטעם כמ"ש הרז"ה דבקבלה יכולה לומר מה איכפת לי שעבודי קיים רק נתנו הטעם משום דיכולה לומר נחת רוח כו' וזהו לא שייך בשאר ב"ח. ואם כן יש לומר הא דאמרינן מקולי כתוב' היינו אי אמרינן שתקה לחוד אבדה כתובה אבל באמת לת"ק דבעי כתיבה וקבלה אינו מקולי כתובה וכן משמע ברמב"ם בפי' משניות פ"ג דפיאה משנה ז' דסבירא ליה דהך הכותב לאשתו איירי בש"מ ולא בברי' והיינו דסבירא ליה כמ"ש הרי"ף הואיל והוא איבעיא דלא אפשטא היא גובתה כתובה אף דבספרו חזר בו ע"ש. ומ"מ כתב אם יוציא שטר שהיא קבלה הפסידה כתובה וה"ה לב"ח דהא לדעתו בברי' שוות' כתובה לב"ח דעלמא. ועיין לקמן בסי' קי"א סי"ד גם כן משמע בכהאי גונא דרואה דמחלק כל נכסיו בלי שיור והוא עושה מעשה נראה דהפסיד דשם קאמר הטעם דס"ל לגבות מהנשאר ולכן דין זה צ"ע כמ"ש הג"ת גם כן:

ב **קובעים לו זמן וכו'** פי' כפי הנראה לבית דין שצריך זמן אם העדים שאומר הם קרובים או רחוקים ושכיחי או לא שכיחי שיירא. וכ"כ הסמ"ע ס"ק ז' אלא בס"ק ח' כתב דאם המלוה אלים אז נותנים לו מתחילה זמן צ' יום כשיש ממש בדבריו ודבריו דחוקים דאם יש ממש בדבריו הלא נותנים כפי זמן הנראה לב"ד וגם הש"ך נראה דגמגם בזה בס"ק ג' והסמ"ע כתב זה להבין דברי תשובת הרי"ף בבעה"ת שער ג' חלק ז' ד"ב דכתב באלם שמניחין ביד שליש אומרים לנתבע אם לא תביא ראיה מכאן ועד זמן פלוני ינתן המעות למלוה ואם נראה להם שיש ממש בדבריו קובעין לו זמן צ' יום ואין מוציאין ממנו כלום עד שיגיע הזמן עכ"ל. ובאמת כבר תמהו על זה דצ' יום מה עבידת' דאם נראה לב"ד שיש ממש אפילו י"ב חודש נותנים כמבואר בגמ' ולכן מה שנראה כי ט"ס הוא וכך צ"ל ימי צורכו דהיינו כמ"ש כפי שנראה לב"ד שיש בו צורך והיה נדפס בר"ת וטעה המדפיס וכתב צ' יום וזה שכיח בספרי':

ג **בנדוי צ' יום** כ' הסמ"ע דהיינו לאחר שלשים שונין הנדוי ולאחר ס' ימים מחרימין אותו כמש"ל בסי' ק'. ונמשך אחר דברי בעה"ת שער ג' ח"ח דכתב כן והוא דברי הגמ'

במ"ק אבל נראה הרמב"ם בהלכות סנהדרין פ' כ"ה העתיק הך דמ"ק ואולם בפכ"ב מהל' מלוה כתב סתם דהוא בנדוי צ' יום ולא הזכיר מחרם כלל וכן הטור ומחבר כתבו סתם בנדוי וגם כן מתירין לו נידוי ולא הזכיר שמתא וחרם כלל נראה ברור דס"ל הואיל בגמרא דב"ק נאמר סתם מנדין ויהבין ליה עידנ' תשעים יום ש"מ דיש לחלק בין מסרב ולית ליה נכסי' אז מחרימין לו כדי לכוף זרוע רמה אבל כאן דאין לגמרי מסרב דהא טוען מזויף הוא ואף ע"ג דלא מהימן מ"מ הוא בנפשו ידע דמזויף וגם אית ליה נכסי' וסופו לכתוב עליו אדרכת' ואם כן למה לנו בחנם להחרימו וכעין חילוק זה כתב הר"ן בפ' אלו מגלחין בהא דאמרינן לאחר ס' מחרימין די"מ דאמרו ה"מ למאן דלא אתא לדינא כלל אבל למאן דלא ציית דינא כלל אין מחרימין אותו וכו' אלא לבתר צ' יום כתבינו אדרכת' עכ"ל והמחברים הנ"ל סבירא להו מאן דבא לב"ד ואמר איני פורע בלי טעם דהוא מזויף וגם לא ידעינן ליה נכסי' הרי זה גרע מאלו לא בא לב"ד והרי זו אפקורת' ביותר לומר להדיא בלי טעם אין אני שומע בקולכם ולכך מנדין ומחרימין וא"ש וזה נראה ברור:

ד **על פקדון וכו'** דעת הסמ"ע בס"ק ט"ו דהך מיד הנאמר גבי פקדון אין פי' כמילת מיד האמור מקדם דבפקדון על כל פנים ממתינים שלשים יום אולי יברר ששטר פקדון זיוף. והנה הסמ"ע לא חילק השוי' לבד בטור ובמחבר אף גם בגמרא דקאמר על שניהם לאלתר כתבינן דיהי' מילת לאלתר שני פירושים ותאומים במובנו וכן מילת וכן דכתב הטור לאו דוקא. וכל זה דוחק וסותרים דעת הנ"י דכתב הא דבפקדון לאלתר כתבינן הינו דכפר ביה אבל אי מודה ביה אלא שפשע בו והרי הוא חייב באחריותו כדין מלוה בעלמא דינו עכ"ל. ואלו בהך דקמודה ואין טוען מזויף רק טוען ליתן לו זמן או שמסרב לשלם לית ליה זמן רק שלשים יום כמ"ש בסימן ק' ע"ש ואלו הדבר כסמ"ע אם כן אף בטוען מזויף גם כן פי' לאלתר במשלם שלשים יום ואם כן מה בין לטוען מזויף למודה הא לשיטת הסמ"ע זמן שניהם שוה. ועוד לפי הסמ"ע במלוה דאמרינן בגמרא דאית ליה רק צ' יום למה ק"כ יום יהיה לו שלשים יום ראשונים אולי ימצא עדים לברר דשטרו מזויף כמ"ש הסמ"ע שני' למצוא מלוה הואיל לא מצא עדים לפסול השטר שלישית למכור קרקע רביעית דלוקח טורח בתר זוזי. א"ו בממ"נ אם רואים הב"ד שיש ממש בדבריו לעולם הן במלוה והן בפקדון נותנים זמן כפי נראה לב"ד שצריך ואם איירי שאין נראה לב"ד אם כן אחזוקי שטרא בזיופ' לא מחזיקינן ואין נותנים לזה לברר זיוף זמן כלל וכלל ולכך לא יהבינן במלוה רק צ' יום וגבי פקדון דכפר דהרי מודה דלא פשע דהוה ליה כל האומר לא לויתי כו' אין לו שום זמן ומילת לאלתר ומיד מכוון ופשוט. והנך הך דינו של הנ"י נראה לכאורה כי אין דעת המ"מ שוה לו דנתן טעם לחלק בין מלוה

לפקדון דמלוה להוצא' ומתחילה דעת המלוה היה שלא יושג כספו אליו כ"ז שירצה עכ"ל ולכאורה א"צ לזה דהא כל הטעם משום דיטרח לזוזי ולכך נותנים זמן וזהו לא שייך בפקדון דהא הפקדון בעין וטרח' זו מה צורך והא מודה שלא פשע בו כמש"ל א"ו דסבירא ליה למ"מ דפקדון מיירי אפילו טוען שפשע ואם כן צריך ליטרח בתר זוזי מ"מ מאחר דמתחילה לא נחית המלוה אדעת' דהכי להמתין כי גניבה ואבידה ומכ"ש פשיעה בש"ח לא שכיח לא נטריק ליה כ"כ ולכן דין זה דהנ"י צ"ע.

ה **וקורעין כו'** תמה הסמ"ע על הרמב"ם ומחבר למה לא כתבו גם בזו דצריך לכתוב באדרכת' ששט"ח נקרע כמ"ש אחר כך על אדרכתא בנכסי' משעובדים. וכן תמה הלח"מ. ונראה דלק"מ דבדין זה מבואר דידוע לב"ד שיש ב"ח ומורידין את המלוה לתוכו לגוביינא כמבואר בש"ע ואם כן א"צ לכתוב בתוכו דאין לחוש לב"ד טועין שישכחו לקרוע שטר דמהכ"ת ישכחו כיון דנותנים לו קרקע לפרעון החוב מהכ"ת לא יקרעו השט"ח בתשלומיו משא"כ באדרכת' במשעבדי דלא נודע עדיין טיב נכסי' איך ומה רק נותנים לו לחפש אולי ימצא מקום לגבות בזו ודאי יש לומר אולי טעו הב"ד ולא קרעו השטר דאיך יקרעהו ועדיין לא בא לכלל גבי' כלל והתשלומין בספק וצריך חיפוש וגוביינא ולכך צריך לכתוב להדיא דקרעהו וא"ש ופשוט דכל מה דנוכל למעט שלא לחוש לב"ד טועין עושי' וחזקה על ב"ד שכל מעשיהם כהוגן:

סימן צט

א **מתנה ע"מ להחזיר וכו'** עיין אורים מ"ש בשם בעה"ת אך נראה כל זה הוא למ"ד דאין הבדל בין שבועה דלהבא ושבועה דלעבר אבל לפי דפסק הש"ע לעיל סי' פ"ז דיש הבדל א"כ בלא"ה לק"מ דאם יש מתנה ע"מ להחזיר והוא נשבע שאין לו אם כן בשעת שבועה מוציא שקר מפיו וחמירא ליה משא"כ אם לא ישבע רק כשירוויח שיתן לו ואח"כ ירויח הרי לא יצאה שבועה לשקר מפיו קילא ליה. ואין להקשות א"כ כשנשבע להבא למה לא יוכל להשביעו כל שלשים יום הרי כשנשבע כל ל' יום הרי חמירא ליה דהוי שבועה לעבר ויוצא שקר מפיו דהך שבועה בלא"ה חומרת הגאונים ולא החמירו בו אף דקילא ליה וזהו להטיל עליו שבועה בכוון מחדש בזו אמרינן בתקנתא דגאונים אין להחמיר כ"כ אבל מתחילת שבועה דבלא"ה נשבע כל שאנו יכולים לכלול בתוך שבועה דחמירא ליה ולא יקל ראשו בשבועה עבדינן ולכך כללינן בשבועה דלא החביא ולא נתן מתנה ע"מ להחזיר וזה פשוט ונכון:

ב **נראה וכו'** עיין אורים מ"ש בשם המ"מ דא"נ לומר דחייב לאחרים וכתב המ"מ דמזה מוכח דסבירא ליה לרמב"ם מלוה ע"פ מוקדם ומלוה בשטר מאוחר מלוה על פה קודם דאם לא כן מה קנוניא יש דנהי דהאמת אתו מ"מ הא מלוה בשטר קוד' וכ' הש"ך דאין כאן הוכחה דמיירי במטלטלין או נכסים שקנה אחר הלואת שניהם ובשטר לא נכתב דאקני ואם כן אלו האמת שחייב בעל פה גם כן היה הדין יחלוקו ולכך כתב הרמב"ם דא"נ מפני קנוני'. ואין דבריו ברורים כי בדבר שאין בו דין קדימה אם חייב לאחד מימים ימימה ובא היום לפני עדים ועושה לאחר שטר אחר שחייב לו טרם שגבה הראשון בב"ד הרי כל דברים הנ"ל שאין בהם דין קדימה יחלוקו בין שני חובות הללו וזה פשוט ואם כן המודה בב"ד שחייב לאחר בעל פה לא זו דיש לו מגו דאם רצונו לקנוני' הקצרה ידו לכתוב שט"ח בעדים שבעצם היום הזה נתחייב מנה לפלוני והרי כאן שני חובות שוי' ליטול בנכסי' ההם אף גם דמה שהודה בב"ד שחייב לפלוני מעת הודאה משוי' ליה חוב דלו יהיה דאינו חייב לו כלל מ"מ מתחייב בהודאתו בפני עדים כמש"ל בסי' מ' ומכ"ש המודה בפני ב"ד דמשעת הודאה הוי ליה לחוב גמור ואם כן עדיין מטלטלין ודכוותי' יחלוקו דהא יש כאן ב' חובות ואין נ"מ בקדימה ואיחור ועכצ"ל דמיירי הרמב"ם מנכסים שיש בהן קדימה ולכך לולי דאינו נאמן היה מלוה ע"פ קודם לגבות וזה פשוט וברור:

ג **קודם שנשבע** דעת הב"ח דאם אמר אז שמוחזקין בו דלית לי' נכסים דחייב לאחר נאמן כי מה קנוני' יש לו הא לית ליה והש"ך השיגו דלמא יש לו ואומר לקנוני' ואני לא הבנתי דבריו דהא אין מוחזקים בו דאית לי' רק דחושש הש"ך אולי יש לו בהסתר אם כן הא יש לו מגו דיהיב לאותו פלוני נכסים אלו דיש לו בהחבא ונחנו לא נדע והש"ך גופי' כתב ס"ק ו' באומר שחייב לאחר ויש לו מגו דיהיב לי' נאמן במגו וכאן כיון דאנו אין יודעים אם יש לו נכסי' הרי יכול ליתן נכסיו דיש לו בהחבא לאותו גבר ויש לו מגו ברורה ואין לומר דאולי אין רצונו להטמין מטמוניות או לתת לאחר פן יודע סודו ולכך מתחבל לומר דחייב לאחר דאם כן הא דפריך בגמ' פ' חזקת בראובן שמכר שדה שלא באחריות דא"י להעיד דמעמיד' בפני ב"ח ופריך הגמרא בממ"נ אי דאית ליה עליה דידי' הדר ואי דל"ל מה נ"מ וקשה מה קושי' דלמא יש לו מטמונים וחושש פן בין היום ומחר לאחר זמן יתגלה סודו ויטרוף הימנו ב"ח ולכך מתחבל שיהיה שדה זו קיים לגבות ב"ח ואם אח"כ יתגלה סודו מה שעבר עבר כי הלוקח היה שלא באחריות. אלא ודאי כיון דהוא בחזקת דלית ליה לא חיישינן דאית לי' במטמונים ומכ"ש בנדון הנ"ל דנשבע דלית ליה תו לא חיישינן למידי ודברי הב"ח ברורים:

ד **וי"ח בזה דעת הד"מ** דהרשב"א בתשובה דכתב דאם נתן לאחיו בכת"י דחצי נכסיו הוא שלו ואח"כ יצא עליו כתוב' אשה וכתב הרשב"א דל"ל לקנוני' דהא אם ירצה יכול לתת לאחיו נכסיו במתנה עכ"ל ומזה הוכיח הד"מ דסבירא ליה דאף במקום חזקה כל מה שהוא ברשות אדם הוא שלו מ"מ אמרינן מגו וכן הוכיח מתשובת הרא"ש דפסק ביש לו עסקא בידו דנאמן לומר של פלוני הם במגו דיהיב ליה וע"כ כתב כאן דיש חולקים והרב הש"ך האריך לומר דל"ל בדעת רשב"א בזה דרשב"א גופי' כתב בתשובה דה"ל מגו במקו' חזקה וכדי שלא יהיה סתירה בדבריו צ"ל דשם היה נכסי' בחזקת וברשות אחיו ואם כן ליכא מגו במקום חזקה כלל וכן הרא"ש מיירי בידוע דיש לו עסקא מאחרים בידו ואם כן תו לא שייך חזקה כל מה שהוא ביד אדם הוא שלו ולכך ס"ל להרא"ש דמהימן במגו אבל זולת זה לא ודעת הש"ך דליכא כאן מחלוקת כלל וכולי עלמא ס"ל דלא אמרינן מגו במקום חזקה כזו ע"ש:

ולא נראים דבריו כי אמת דברי רשב"א סותרים ויש לישבם ודלא כמ"ש הש"ך כי זהו דוחק לומר דמיירי דנכסים ברשות אחיו כי לא נזכר זה בתשובה הנ"ל רק הואיל ויש ביד אחיו כת"י מוקדם בזמן כי חצי הנכסים שייכים לו רק כל החשש אולי עשה קנוניא וכתב עכשיו הכת"י והקדים הזמן זהו בלא"ה חששא רחוקה לחוש לכה"ג במקום דלא נפל ולא איתרע וכמ"ש מהר"ם מלובלין עיין לעיל ס"ס מ"ג מ"ש שם. וא"כ בצירוף מגו דאי בעי יהיב לו אמרינן ולא שייך במקום חזקה כי כת"י שבידו מגרע חזקה שלו דכתבו בידו מקדם ומכח מגו אמרינן דאין כאן קנוניא. ולק"מ וכן בדברי הרא"ש יפה כתב הש"ך אבל מ"מ יפה כתב הרמ"א דיש חולקים כי רבים ס"ל דאמרינן מגו במקום חזקה. דהא כתבו התוס' ב"ב דף נ"א ע"ב ד"ה קבל כו' דביש בידו פקדון מאשה והוא מעות טמונים דלכ"ע זכה בהן הבעל כדין נכסי מלוג לאכול פירות ולירושה אם אמרה האשה של פלוני הם נאמנת במגו דאי בעי שקליה ויהיב ליה זולת אם אמרה בשעת מיתה דא"א למשקל כו' אז אינה נאמנת ולכך תניא יעשה פי' לפירושה וכ"כ הרא"ש וכ"פ בש"ע א"ע סימן פ"ו ע"ש וקשה הא נכסים בחזקתה של אשה שהן שלה בתורת נ"מ ואיך תהיה נאמנת במגו נגד חזקה להפקיע זכות בעל וביותר לפמ"ש הרמ"א בא"ע שם וכן דעת הסמ"ע לעי' סי' ס"ב ועיי' מ"ש שם דאפילו אשה הנו"נ בתוך הבית נאמנת במגו אף דהוא בחזקת שלה ושל בעלה ואין לדחות הואיל הוא מופקד ביד אחר דמ"ש הואיל והופקד מן האשה הרי זה כאלו הן בידה וכמ"ש הבית שמואל להדיא סי' פ"ו ע"ש ופשוט הוא. אלא שאני תמה המ"מ הביא הך סברא בשם הרמב"ן כי הוא היה כמסתפק אם לא נימא דהוי מגו במקום חזקה וכו' ואולם הרמב"ן גופיה כתב בחדושיו

למס' ב"ב בפרק חזקת בשמעתא הנ"ל דאין האשה נאמנת לומר על נכסים שבידה שניתן לה במתנה מאחר ע"מ שאין לבעלה רשות בו כלל. דאי ס"ד דנאמנת א"כ למה קתני באומרת של אחרים היא אינה נאמנת למה הא יש לה מגו דאמרה שלי הוא וניתן לי ע"מ שאין לבעלי רשות בו. וכ"כ המ"מ בשמו פ' כ"ב מהל' אישות ע"ש וקשה הא הוי מגו במקום חזקה דכל מה שיש ביד האשה שלה הם יהיה באיזה אופן שיהיה עכ"פ שלה הם ומה מגו איכא דיהבי לאחר הא הוי מגו במקום חזקה. ומה ראיה יש מזה דלא מהימנת דשל אחר הוא ועכצ"ל דהמ"מ גופיה כתבו כמסתפק בשם הרמב"ן אי נימא דהוי מגו במקום חזקה ואין ספק זה מוציא מידי ודאי כמ"ש בחדושיו להדיא דאמרינן מגו כזו וצ"ע. וכן יש ראיה מהא דאמרינן בגמרא פ' זה בורר והביאו הרי"ף והרמב"ם בפ"י מהל' זכיה באומר ראיתי אביכם שהיה מטמין מעות ואמר של פלוני הם אינו נאמן ואם הם במקום שהמגיד היה יכול ליטלם נאמן במגו דהיה רוצה נוטלם ונותנם לפלוני ועיין לקמן סימן רנ"ה ס"ח ע"ש וקשה הא הוי במקום חזקה דחזקה מה שהיה ברשות אדם הוא שלו וסתמא איירי אפילו הטמנה הוא ברשות המצווה וכמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ס"ח דין ב' ע"ש להדיא. ודוחק לומר דהואיל דהך דראה שהטמין היה יכול ללקחו מתחילה א"כ הרי המטמין הימנהו תחילה ודינו כשליש ונאמן בכל דבר דמ"ש דהא אף בנדון הש"ע הא המלוה האמין ללוה מתחילה ועד סוף דהרי היה יכול להבריח נכסיו כרצונו ומ"מ לא מהני מגו להפקיע חזקה הנ"ל ואיך יהיה הרואה יותר נאמן והגע עצמך המטמין גופיה אלו אמר של אחר אינו נאמן והרואה שהטמין ושמעו מפיו יהיה נאמן ודוחק לחלק דבאחר לא חיישינן לקנוניא כולי האי כמ"ש הרמב"ן כפי מ"ש בשמו המ"מ דשכיח בלוה קנוני' משא"כ באדם אחר וכל זה דוחק. וא"כ במקום שיש חשש דאותו אחר יש לו צד נגיעה והנאה וקנוניא בו לא יהיה נאמן וסתמא נאמר בש"ס וכל הפוסקים. ולכן יותר מסתברא לדינא אמרינן מגו אף במקום חזקה כזו. וכ"כ הש"ך בשם הרב הגדול ר"א בן חיים ז"ל וכן דעת הרי"ף בתשובה הביאו הבעה"ת שער ב' ח"א דנאמן לומר של אחר הוא רק אותו אחר יטול בשבועה אלא שבעה"ת תמה וכתב דהוא ט"ס דלמה נאמן ושבועה זו מה טיבו ולק"מ דאיירי דיש ללוה מגו ולכך נאמן רק מ"מ הנכסים בחזקתו ואותו אחר נוטל נכסים מה שהם משועבדים לב"ח והוי ליה כנכסים משועבדים דמה לי משועבדים ללוקח או לב"ח מאוחר והוא טוען שהם שלו לא יטול אלא אחר שבועה ואע"ג דאית ליה ללוה מגו הא ס"ל מגו לפטור משבועה לא אמרינן והרי זה דומה למלוה על משכון דג"כ נאמן במגו דלקוח ומ"מ חייב שבועה דה"ל

נוטל ולא אמרינן מגו לפטור משבועה ואף זה הרי זה ניטל מן ב"ח שקדמו ולא יטול אלא בשבועה ולא מהני מגו וכן נראה לדינא.

ה **אם ידוע שיש לו עסקא מאחרים כו'** דעת הש"ך דידוע בעדים ושהוא תוך זמנו שודאי שלא פרעו כלל דאל"כ הא נוכל לטעון דהחזיר לו העסקא והא דבעי נאמנות דידיה דאל"כ אמרינן דהך עסקא הוציא ואינו בעין ודבריו דחוקים ולא ידעתי מה צווך לזה הא יש לו מנו דיהיב לו וא"כ אף באומר שלא היה מחזיר העסקא היה נאמן במגו רק כל ריעותא דמגו דה"ל במקום חזקה דחזקה כל מה שהוא ברשות אדם הוא שלו וזהו באין ידוע דיש בידו משל אחרים אבל בידוע הא אזלא חזקה די דהא רגיל להיות בידו משל החרים וה"ל כמו סרסור דלא אמרינן ביה חזקה זו ויש לו מגו מעליא ונאמן שהוא של עסקא ולא היה מחזיר לו כלל וכלל וזה פשוט ובריר:

ו **מעסק פלוני הם וכתב הש"ך** היינו להך פלגא דהוא פקדון אבל הנך פלגא דהיא מלוה יחלוקו עם ב"ח דמלוה להיצאה ניתנה כדקי"ל בסימן ק"ח דעסקא פלגא מלוה ודבריו תמוהים דהא מבואר בפ' המקבל דהך עסקא אינו נעשה מטלטלין אצל יתומים ופירש"י אפילו פלגא מלוה אין ליתומים בו ומכח זה הוציאו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש הדין שם דאם יש עסקא ויש עליו בע"ח וכתובת אשה אין להם כלים בהך עסקא והיינו אפילו בפלגא מלוה כבואר שם בכל הפוסקים דהא השוו הך דינא דב"ח וכתובת אשה ליתומים וביתומים אמרו בכל עסקא וה"ה לגבי ב"ח וכן מבואר בי"ד סימן קע"ו ע"ש וזה פשוט דאין לב"ח כלים אפי' בהך פלגא מלוה. ואמת כי שם נזכר דאיכא עדים או שטר וברור דהך עסקא הוא של פלוני אבל מ"מ נלמוד דאין לב"ח זכות רפילו בהך פלגא מליה וא"כ כאן דיש לו מגו ונאמן היינו כמו עדים דמ"ש עדים ומ"ש מגו סוף כל סוף אתברר לגבי ב"ד דהך עסקא דיליה הוא ולית ליה ללוה חלק בו ואם כן פשיטא דאין לב"ח של לוה זכות בכל עסקא. ולא דמי כלל להך דסימן ק"ח דשם לא נודע אם החזיר או לא ולכן דברי הש"ך תמוהים עד למאוד:

ז **ולי נראה שב"ד וכו'** הרב הש"ך נסתפק למי כופין אם נלוה ליתן החצי למלוה השני שלא נשבע לו או דהלוה נותן הכל למלוה שנשבע לו וב"ד כופין ומוציאין פלגא מיד המלוה ונותנים למלוה השני ובאמת לענ"ד אין כאן מקום ספק דאיך אפשר להוציא מיד המלוה שגבה הא איירי במטלטלין שאין בהם דין קדימה וא"כ קי"ל ב"ח מאוחר שקדם וגבה גבה ואין ב"ד מוציאין מידו ואיך אפשר להוציא מידו מה שכבר גבה ובפרט דנשבע לו הליה לשלם לו והשבועה מסייע לו ואיך אפשר להוציא מידו מה שכבר גבה ולכן בדור דהפי' דכופין ללוה לפרוע החצי למלוה השני כפי הדין יחלוקו אלא שאני

תמה כיון דמיירי במטלטלין שאין בהם שעבוד כלל דהא לא כתב ליה דאקני כמ"ש הטור והרא"ש דאין השעבוד חל על דבר שלא בא לעולם וש"מ דלא כתב ליה דאקני וכ"כ הפרישה וא"כ אף אם נאמר כדעת האומרים לקמן בסימן ק"ד כמש"ל באריכות דאף דאקני לא משתעבד מ"מ ברגע זו שבא לרשותו תיכף חל עליו שעבודא המלוה שלי מתורת שעבוד דאורייתא מ"מ במטלטלין ודאי לא שייך כן ואין כאן שעבוד מוחלט רק על קרקפתא דגברא מוטל מכח פריעת ב"ח מצוה. וא"כ הא נשבע שנא לפרוע כל מה שירויח רק לב"ח אחד ועל החצי שפיר נשבע דמגי' לו כדין רק על החצי שני שלא כדין ולעבור על מצות פריעת ב"ח נשבע וא"כ הל"ל שבועה בכולל כמו בנשבע שלא לאכול מצה דמגו דחל על אכילת מצה כל השנה כן חל על אכילה בליל פסח ואף כאן מגו דחל על החצי המגי' לו כן חל על חצי המגי' לב"ח השני והיה נראה לכאורה לומר דאין כאן מחלוקת בין מחבר להרא"ש והטור דמודה המחבר דכל זמן דלא נתחרט והתירו לו שבועה דאין לו ליתן שום דבר לב"ח השני דאיך יעבור השבועה רק כוונת המחבר דעל כל פנים נשבע לבטל פריעת בע"ח שהוא מצוה א"כ כופין אותו בשוטים דעבר על מצוה ואם מתוך הכפייה יתחרט על שבועתו וימצא פתח התרה מתירין לו כי לדבר מצוה מתירין אפילו שלא בפני הנשבע מכ"ש בזה כי לא נשבע לו מחמת טובה שקיבל כי כבר עבר וחלף רק נשבע מכח תקנת הגאונים. ועי' י"ד סי' רל"ט בש"ך ס"ק כ' דהביא בשם מהרש"ל בנשבע לבטל מצוה דכופין אותו להישאל על שבועתו ולא יעבור וא"כ י"ל אף כוונת המחבר כן ואין כאן מחלוקת. אך אין זה מספיק דמלבד דדוחק בלישנא דמחבר אף גם דקשה דמחבר פסק בא"ע סימן קי"ח סט"ז בא' שנשבע לתת לחבירו חצי רווח מכל שירויח והאשה תובעת למזונות דאין לאשה כלום בו אף דכבר חייב לה מזונות שעברו ומה שנתחייב כבר הוא חוב גמור ומבואר לעיל סי' צ"ז סכ"ד דחולקין עם מלוה בע"פ ע"ש וכמו כן פסק בסי' זה ס"א דישבע שכל מה שיבא להבא לידו ברווח וכדומה שיפרע לב"ח ולא יתן לאשתו כלל במזונו' אפילו במזונות שעברו בין זמן השבועה לזמן הרווח וקשה נמה הא הוי מלוה כמו הוא ופריעת ב"ח מצוה עלה דשניהם רמיא. ומכ"ש דכלל סתם בס"א דישבע אפילו המלוה הוא בע"פ בעדים בלי שטר כלל ומבואר לעיל סי' צ"ז דמזונות שווים עם מליה ע"פ. ואמת כי בבית שמואל סי' הנ"ל נתן טעם דה"ל לגבי אשה כנכסים משועבדים ואין מוציאין למזון אשה והם דברי הרא"ש בתשובה כלל ח' בסופו ע"ש: אך זהו להרא"ש דס"ל מלוה בשטר הוי כמו משועבדים למלוה ע"פ וכמש"ל סי' צ"ז ולקמן סי' ק"ד ע"ש אבל להמחבר דס"ל מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר לגבות ב"ח ש"מ דלא חשיב ליה למשעבדי ומכ"ש דלא חשיב משעבדי

מה שנשבע לשלם דאפילו לפמש"ל סי' צ"ז דס"ל למחבר דמזונות גרע שעבודו ומודה דגרע נגד מלוה בשטר מ"מ ה"מ בשטר דשעבד נכסים להדיא אבל בנשבע מה שירוויח מה שעבוד נכסים יש כאן הא לא שעבד כלל רק שבועה חל אקרקפתא דגברא אבל שעבוד נכסים ליכא כאן דמה מועיל שבועתו לשעבד נכסים אך מועיל לשעבר גופיה ואם ס"ל דע"י שבועה הוי ליה כמו נכסים משועבדים א"כ איך סתם פה דכופין לחלוק ולא חילק דאם המלוה השני שלא נשבע לו הוא מלוה ע"פ בעדים דאין לו כלום דאין לו בנכסים משועבדים כלל אלא ודאי דליתא והדבר צ"ע ולכן היה נראה דס"ל למחבר הואיל והרא"ש נתן טעם כמ"ש הטור דא"י לשעבד דבר שלא בא לעולם ולא חילק בין כתב ליה מא"ק ודאקני או לא כתב ליה וגם למה לא כתב דמטלטלין לא משתעבדי כקוגי' הפרישה ולכן ס"ל ודאי בדלא כתב ליה כנ"ל פשיטא דחל שבועתו דהא אין למלוה השני שום שעבוד וחל השבועה בכולל כמ"ש רק מיירי בדכתב ליה מא"ק ודאקני וא"כ הרי יש כאן לומר דנשתעבדו לו וא"כ איך יכול להפקיע בכל שבועתו שעבודו וא"כ במקרקעי נמי אם ישבע הלוה לשלם לב"ח מאוחר וכי משגיחין בשבועתו ולכך נתן הרא"ש הטעם דמ"מ לא חל שעבוד על דבר שלא בא לעולם רק חל שעבודו בבא לעולם וא"כ ס"ל כרשב"א דיכול לחזור בו קודם שבא לעולם ועיין לקמן סי' קט"ו דהוכחתי דהרא"ש ס"ל כרשב"א ע"ש וא"כ זה שנשבע לתת הרווח לשני הרי חזרה גמורה ואין לך חזרה יותר משבועה וא"כ בטלה לשעבודא דקמא וחל שבועת השני. והמחבר לא ס"ל כרשב"א רק כהחולקין דא"י לחזור וכנראה דלא העתיק דעת הרשב"א כלל לקמן סי' קי"ב וא"כ חל שעבודו של הראשון בהחלט וא"כ פשיטא דאין כח ב ד השני להפקיע שעבודו כלל דהא משועבד לו ואפילו גבה כולו בשבועתו כופין להשני ליתן החצי לראשון בשעבד ליה מא"ק ודאקני ואין כאן שבועה כלל להפקיע שעבודו בשום אופן. ולכך במזונות אשתו דליכא כאן שעבוד מא"ק ודאקני מודה המחבר דחל השבועה ואין לאשה בו כלום וינתן למי שנשבע לו וא"ש ודברי מחבר והרא"ש תליא במחלוקת דלקמן וכך יפה לנו למעט במחלוקת ולומר דלא אמרו המחבר רק בדכתב מא"ק ודאקני. אמנם נראה דגם הרא"ש לא אמרו רק בדלא כתב ליה דאקני אבל בדכתב הרא"ש מודה לדינו של מחבר ולא ס"ל כרשב"א דיכול לחזור בו משום דקשיא מ"ש הרא"ש סוף כלל ח' בנשבע ליתן לאחד חצי ריווח דאין לאשה חלק בו מחמת מזונות דאין מוציאין למזון אשה מנכסים משועבדים וקשה מה איריא הך טעמא הא בנדין בתשובה זו בסעיף זה ה"ל ג"כ להרא"ש דצריך לקיים שבועתו אף דהוא ב"ח מוקדם השני ומלוה בשטר. אלא צריך לומר דבמקום הרא"ש היה משעבדים למזימת מא"ק ידאקני והיה שורת הדין כב"ח דעלמא דיחלוקו

ולכך נתן הרא"ש טעם דמזונות גריעי דמשום תיקון עולם נגע בו. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשו הפרישה וכה"ג דבכלל ח' ד ן ז' פסק ביש לו נשים ונשבע ליתן לשניה למזונות כל מה שירוויח ופסק הרא"ש דלא מהני וחייב ליתן לכל אשה החצי ממה שירוויח למזונות והרי זה סותר לדין דהכא ומ"ש בסוף הכלל כנ"ל ונכנסו בדחוקים אשר נראה לכל מעיין וא"צ להשיג עליהם ולפמ"ש ניחא דהא לשניהם נכתב דאקני ותיקון עולם לא שייך כאן דהא שניהם תובעים מזונות וא"ש. וא"כ אף הרא"ש נראה דס"ל לדינא כהרב המחבר ודוק.

ח **אם ידוע בעדים וכו'** עיין אורים והנה הרב הש"ך דעתו דבעינן ג"כ עדי ראה דאל"כ נאמן במגו דהחזרתי ולדידי צ"ע כי הא החפץ ביד לוי ולוי אינו יודע אם אמת שהוא של ראובן או נא וא"כ ה"ל לוי במקום עדי ראה דהא חפץ בידו ואיך יטעון החזרתי ואפילו לדעת הסוברים כמש"ל סימן ע"ב בתומים ולקמן סימן רצ"ז באריכות דטענין ללוקח כל מה שהיה יכול המוכר לטעון אף הוא עכשיו ביד הלוקח ועיין לקמן סי' קט"ו מ"מ שם מירי דאין שמעון לפנינו ואמרינן אלו היה שמעון טוען כך והיה נאמן במגו אף עכשיו לוי הבא מכחו יש לו זכות אבל עכשיו דשמעון בעצמו טוען של ראובן הוא ומגו ליכא דהא ביד לוי ה"ל ראה א"כ צ"ע אם בעינן עדי ראה ועכ"פ פלוגתא דרבוותא הוא ולא ה"ל להרב הש"ך להחליט דין.

ט **דאפילו מקרקעי וכו'** הש"ך תמה דבשלמא במכר ומתנה הם שלו של המקבל אבל בזה דלא היה רק להברחה אם כן חייב לשלם להנותן וב"ח שלו גובה מדר"נ ולא על תשובת הרא"ש שממנו מקור הדין תלונת הש"ך כי בלאו הכי יש לדייק בדברי הרא"ש בתשובה דנתן טעם דיש לב"ח שעבוד מא"ק וא"כ שורת הדין גובה ממקבל מתנה רק מכח תקנת השוק ובמקום הברחה לא תקנו. ויש להבין למה ליה כ"ז הלא הברחה אינו מועיל ואפילו בלי שעבוד מא"ק גובה וצריך לומר או דכתב כן אפילו לדעת ר"ת וסייעתו דסבירא ליה בכתובות פ' האשה שנפלו דגבי ב"ח מברחת קנה וכמש"ל וכתב הרא"ש בנדון זה הר"ת גופיה מודה דהא עכ"פ לא שייך ביה תקנת שוק ויותר נראה דבעובדא דרא"ש היה הדבר ספק אי היה באמ' מברחת או באמת מתנה גמורה ולכך מספק אין להוציא מידי מקבל מתנה והוא מוחזק ולכך טען הרא"ש דשורת הדין להוציא מידו ואזלי חזקתו רק המקבל בא מכח ת"ש וכל ספק בתקנה דיינין כדין תורה. ובהכי ניחא הא דדייק הפרישה על הטור שהעתיק שני תשובות הרא"ש תכיפות זה לזה בענין הברחה דגובה הימנו ב"ח ותמה הפרישה תרתי ל"ל ולפי מה שכתב' ניחא דבתשובה א' הי' בירור ואומדנא גמור' להברחה ופסק הרא"ש דאפילו מלוה ע"פ מוציא מיד מקבל

מתנה אבל בתשובה שני' דלא היה בירור ואם כן אין להוציא מספק ולכך בעינן דב"ח יש לו מא"ק וגובה מדין תורה ולא חשו לתקנת שוק וא"ש כי דינו של זה לא כשל זה ולפי זה קושית הש"ך מיושב דאיך אפשר להוציא הפירות מספק כיון דבדין תורה אין להוציא מטעם מא"ק דאפילו מקרקעי כמ"ש הרא"ש ומטעם הברחה א"א להוציא דהא הוא בספק והממע"ה וא"ש. אך על המחבר דכתב סתם דאפילו מלוה ע"פ גובה ממקבל ש"מ דמיירי באופן דברירא לן דהוא הברחה ואם כן קושי' במקומו אך באמת הך דינא גופי' אי מצי המבריח להוציא הפירות מיד מקבל עד שנדון ביה דינא דר"נ צריך חקירה כי הרא"ש בפ' האשה שנפלו באשה שעשת' שטר מברח' כתב דמקבל אוכל פירו' וכ"נ מדברי מחבר א"ע סי' צ' ס"ז ובב"ש ס"ק ל' ע"ש אלא דהרא"ש שם נתן שני טעמים א' דהא כוונתה שלא תהנה בעלה ממנה ואי לא יהיה הפירו' למקבל רק לה אף הם שייכים לבעלה וטעם שני דאומדנא דמוכח דכוונתה שיאכל המקבל הפירו' בהחלט דאם לא כן מי הוא שיטריח בנכסים לעבדם ולשמרם על מגן ע"ש והנה נ"מ בין שני טעמי ב"ח דעלמא ולא אשה לגבי בעל דהא יש להבין במ"ש הרא"ש דאם לא יהי' למקבל יהיו לבעל והיא אינה רוצה שיהיה לבעל דזהו פי' ר"ת ורבינו שמשון דפי' בגמרא אי לא קנהו לוקח יקנה בעל וכיון שאין רצונה שיקנה בעל בע"כ מקבל קונה אבל הרא"ש הא חולק ופי' דקושי' הגמרא דלא לקני מקבל רק בעל דלא אמרינן הך סברא כלל רק סבירא ליה דמטעי טעי וסבירא ניה דלא יקנה המקבל ולא הבעל ולכך הבריח אבל בנודע לה שאין מועיל ניחא לה ביותר שיקנה הבעל ממקבל ואם כן אף בפירות נימא כן דאף דלא קנהו מקבל מ"מ אין הכרח שיקנה בעל רק מטעי טעי וס"ל דלא יקנה לא זה ולא זה ובהתוודע שאין מועיל דעתה נח יותר בבעל מן המקבל דהא בלא"ה צ"ל דטעה בגוף נכסי' ואין לומר דלא אמרו הרא"ש רק בס"ד דהוא הכל כשיטת ר"ת ור"ש אבל לדינא סבירא ליה באמת לא דאם כן האיך העתיקו הטור ברמזים ובא"ע סי' צ' דיש למקבל הפירות וצריך לומר דבלא"ה צ"ל איך כתב הרא"ש דאם לא קנהו הלוקח קנהו הבעל הא ה"ל כנכסי' שאינו ידועין דלא קנאם לא מקבל ולא הבעל כדאמרינן שם בגמרא וצ"ל דסבירא ליה להרא"ש דפירות אינן בגדר נכסי' שאינן ידועין דאינם ידועים פירושו מה שהיה לה קודם נשואין אבל הפירות חדשים לבקרים מתחדשים אינם בכלל נכסי' שאינן ידועים ולכך אם אין הלוקח אוכלן לכ"ע שייכ' לבעל ולפי זה יש לומר דסבירא ליה להרא"ש ודאי דוחק לומר דטעי דמהכ"ת לטעות ולחשוב דלא קנה הלוקח ולא הבעל וגם ס"ל סברת ר"ת ודאי כל כוונתה להבריח שלא יהיה הבעל זוכה בהם רק דנימא דכוונה ליתן מתנה גמורה למקבל זהו לא סבירא ליה להרא"ש דהא יש כאן גילוי דעת כמ"ש הרא"ש

דלא נתכוון להיות מתנה גמורה וכמ"ש הרא"ש גם כן דיש אומדנא דמוכח ולכך ע"כ צריכין לומר דבאמת הא מטעי קטעי וסבירא ליה דאינו שייך למקבל ולא לבעל ואף דדוחק לומר דטעה מ"מ איהו דחיק ומוקי אנפשיה ולפ"ז באשה המברחת דקיימא לן כר"ש דה"ל נכסי' שאינן ידועים אם כן תו א"צ לומר דטעה רק ידעה הדין על בורי' ומ"מ בחכמה עשתה שנתנה שטר הברח' דיהיה כנכסי' שאינן ידועין ולא יזכה בהן לא בעל ולא מקבל ולפ"ז דלא אמרינן דטעה אם כן גבי פירות דאינו בגדר נכסי' שא"י כמש"ל סברת ר"ת במקומו דאם המקבל לא יזכה בהם ע"כ יזכה בהן הבעל וזהו לא ניחא לה אבל להיפך אין כאן ראיה דלא ניחא לה במקבל מתנה שיזכה בפירות דמה גילוי דעת יש כאן דמה שהוא בתורת הברחה הוא בשביל גוף הנכסי' אבל לא בשביל הפירות ואדרב' בפירות יש אומדנא דדעתו ליתן לו חלף טרחתו כמ"ש הרא"ש ואם כן מהכ"ת לומר דטעה כיון שאין כאן הכרח' וראיה כלל ולכך מודה בזה הרא"ש לר"ת ויש למקבל פירות זהו מה שנ"ל ברור בפי' הרא"ש אשר צ"ע לכאורה:

אך לפ"ז ה"מ באשה דשייך בה נכסי' שאין ידועין אבל בב"ח דעלמא הא עכצ"ל דמטעי קטעי בגוף נכסים כמ"ש הרא"ש ולכך אין למקבל בהם רק הב"ח יטרפם ואם כן אף בפירות יקחם הב"ח דכמו דטעה בגוף נכסי' כן טעה בפירות וכמש"ל ולא שייך כלל מ"ש הרא"ש ואם כן אין כאן פירות למקבל אמנם לפי טעם השני דניחא ליה שיאכל הפירות תלף שכר עבודה וטרחה אם כן אף בב"ח הדין כן דאם מבריח נכסי' מהכ"ת יתעסק בהם המקבל בחנם ומה לו יגיעה זו בחנם ולכאורה משמע דטעה השני הלזה הוא סניף בעלמא ועיקר כטעם הראשון דהא לבסוף כתב הרא"ש לגבי ב"ח דמטעי קטעי דאין ללוקח ולא לב"ח אבל עכשיו דנתוודע לו דא"א להיות זה אלא או יקנה המקבל או יזכה בו הב"ח ניחא ליה שלא יזכה בהן המקבל וישארו בחזקתו ויאכל פירות נכסי' עד שיטרוף אותם הב"ח ולא יהיה לוה רשע כו' עכ"ל הרי דפסק להדיא דמבריח אוכל פירות ולא המקבל אמנם קשה לומר דהרא"ש יאמר מתחילה שני טעמים ולבסוף יחזור מן טעם אחד אם כן למה נאמר מתחילה מה דלא סבירא ליה ולכן נראה דודאי קודם שנודע לו שטעה וסובר במחשבתו דיועיל הברחה נגד הב"ח דמ"מ לא יזכה בו המקבל דעתו שיאכל המקבל הפירות כי לולי זאת לא יטריח בנכסי' כמ"ש הרא"ש רק לאחר שנודע לו שטעה וכי כל שעה מוכנים הנכסי' שיבא ב"ח ויטרפם אם כן אין דעתו לזכות הפירות למקבל כי זהו חלקו מכל עמלו שיאכל הוא הפירות עד שעת טרפא דאל"כ מה לו בזה ואף אם לא ירצה המקבל לטרוח בהן מ"מ מה נ"מ ביה יטרח הוא בהן דהא בלא"ה אין כאן הברחה נגד ב"ח ואם כן הא דכתב הרא"ש דאוכל הפירות היינו בתר

שנתגלה הברחתו ונודע לו שהם משועבדים לב"ח. אבל קודם לכן לא ואין כאן סתירה בדברי הרא"ש ואם כן לפי זה כאן בש"ע דמיירי מהפירות שאכל המקבל טרם שנודע מהברחה א"כ הוי למקבל בהחלט והרא"ש דנתן טעם בתשובה כמ"ש בש"ע הוא כמש"ל דהיה לב"ח מא"ק ולא היה הברחה. מבוררת וכמש"ל. וכן כתב הר"ן דמקבל אוכל פירות דהוה ליה מחילה וצ"ל דס"ל דגם פירות דנין בו כנכסי' שאינן ידועים דאל"כ למה ליה טעם דמחילה הא ס"ל כר"ת ואי לא יקנהו מקבל יקנהו בעל והא לא ניחא ליה ומ"מ ס"ל דהוי מחילה ואם כן ה"ה בב"ח ולכן דינו של מחבר אמת ולא מטעמיה:

י **למתנה גמורה וכו'** אף על פי שהיה כוונתו להבריח לכאורה יש כאן סתירה מיניה וביה דאם כוונתו למתנה גמורה אין כוונתו להברחה ואם כוונתו להברחה אין כוונתו למתנה גמורה ובתשובת רשב"א ורמב"ן שממט מקורו לא נזכר זה הלשון וגם פשיטא רם נתכוון למתנה דמועיל ומה קמשמע לן. ולכן נראה דסבירא ליה להרמ"א להלכה כדעת ר"ת דשטר הברחה קונה מקבל וכמש"ל דהואיל דלא קנהו הב"ח קנהו המקבל ואף כי הר"ם והרא"ש נחלקו עליו והעיד הרא"ש שגדולי ארץ הסכימו למהר"ם וכן דעת מהרי"ק מ"מ הא דעת רבינו תם ותוספ' ורבינו שמשון וכן הרשב"א כפי מה שכתב הב"י בתשובה הסכים עמו וכתב שיש לו על מה שיסמוך וכן דעת הרא"ה בחדושיו לכתוב' וכן כתב הריטב"א והר"ן להדיא וכן דעת הריב"ש סימן קמ"ב ע"ש ואם כן מי יוציא מיד המקבל שהוא מוחזק וכן נראה דעת הרמ"א בד"מ שהוא הביא שרבים מסכימים לדעת ר"ת שמי שנתן מתנה ע"מ להבריח מב"ח דקנה המקבל ולא זכר כלל שום דעת החולק הרי דנתכוון לדברי ר"ת בהג"ה ואם כי בד"מ העתיק ג"כ האשר"י אף כי הרא"ש מהחולקים על ר"ת נראה כי טעות המדפיס שהיה כתוב הר"ש וכוונתו רבינו שמשון דעשה כדברי ר"ת כמ"ש הרא"ש וטעה בין ר"ש לרא"ש והדפיס האשר"י ואף ר"ת לא אמרו אלא שאין אומדנא מבוררת דלא נתכוין ליתנם למקבל אבל כשיש לפנינו אומדנא מבוררת דלא עלה בלבו ליתן מתנה. למקבל לכ"ע לא קנה מקב' וכי בשביל הוכחה דאי לא קנהו הוא יקנה הב"ח נחזיקהו במתנה מה דלא עלה על לבו של נותן ואומדנא מבורר' מכחישו וכ"נ מתשובת הרא"ש ועיי' מהרי"ק שרש הנ"ל. וכן מוכח מתוס' פ' האשה דהקשו לפירש"י גבי הך הברחה דאמרה לעדים שכוונתה להבריח א"כ מ"ט דר' ענן ורבא דפליגי אר' נחמן וסבירא להו דקנה וקשה מה קשה הא התוס' ס"ל כר"ת ואם כן י"ל רבא ור"ע סבירא להו דלכך קנ' המקבל מכח קושי' הגמרא ואי לא קנהו הלוקח לקנהו הבעל ותי' הגמ' עשהו כנכסים שאין ידועים לר"ש לא סבירא ליה דס"ל דאין הלכה כר"ש רק כחכמים ועי' במחברי' דדייקו מהך דס"ל לר' נחמן הלכה כר"ש ועכצ"ל

אם הדברים כפירוש רש"י דברור לן דכוונה להבריח לכולא עלמא אף דלא קנהו לוקח יקנהו הבעל מ"מ אין כאן מתנה ושפי' הקשו התוס' מ"ט דרבא ור"ע ובהכי ארווח לן כוונת החוס' ב"ב דף ק"נ ע"ב ד"ה ואלו הן דהקשו איך חשיב בכלל הנך חמשה מברח' הא בפלוגתא לא מיירי וכו' ונתחבטו מהרש"ל ומהרש"א בכוונתם אי' איפוא המחלוקת ומהרש"א השיג על מהרש"ל ע"ש אלא שגם הוא לא פירש לן יפה דפי' פלוגתא ר' ענן ורבא דפליגי אר"נ ואין זה מובן כלל דדרך אמוראי' מבלי להכניס עצמם במה דפליגי תנאי אבל וכי ימנע הוא לומר מימרא דילי' להלכה מה דס"ל בשביל שאמוראי חביריו חולקים עליו דבר זה מהנמנע ואם כן מעולם לא נאמר הלכה בבה"מ וזה פשוט ואם כן רבי נחמן דאמר חמשה שכתבו כל נכסיהם. והוא בשמעתי דסבירא להו בכתוב' דהברח' לא קני' וכי ימנע הוא לאמרה בשביל שר"ע ורבא חולקים גברא אגבר' קרמית אבל כוונת התוס' פשוט דס"ל כפי' ר"ת דהקשי' אם לא כו' דיזכה בהן המקבל כהנ"ל ומשני עשהו כנכסי' שאינו ידועים לר"ש ולפי זה לחכמים דפליגי אר"ש וס"ל אפי' בנכסים שאיק ידועים מ"מ זוכה הבעל קושי' הגמרא במקומו ואם כן הך דינא דר"נ דמברחת לא קנה מקבל במחלוקת תנאים שנוי' דלר"ש לא קנה אבל לחכמים קושי' הגמרא במקומו וקנהו מקבל וקושי' תוס' שפיר איך קרשיב ר"נ מברחת בכלל חמשה דלא קנה דהא פלוגתא דתנאי היא וא"ש וע"ז תי' התוס' דהיכי דאיכא גילוי דעת משום אנסובי לכולא עלמא לא קנה המקב' והיינו כמ"ש דאף ר"ת מודה בזה דלא שייך הואיל ולא קנהו בעל יקנה לוקח דהא אין רצונם כלל. והדברים ברורים ומוכרחים. ולפ"ז יפה כתב הרמ"א אם נראה לב"ד שלא כיון לערמה רק למתנה אין הפיר' בפי' למתנה דזהו פשיטא רק שלא גילה דעתו להדיא דהוא רק לערמ' אם כן היינו דנתכוון למתנה גמורה דאנן סהדי דיותר ניחא ליה במקבל מן ב"ח ואי לא יקנה הוא יקנה ב"ח ואם כן אנן סהדי דלמתנה נתכוון וזהו אמרו של רמ"א אע"ג דנתכוון להברחה רק מה בכך מ"מ קנה המקבל מתנה כדינו של ר"ת וזהו ברור. אך מזה נראה דכל טיב דינו של הברחה הוא ביש נכסים ברשות מקבל אבל אם לא יצאו מרשות הנותן לכולא עלמא אין בו ממש והוא ערמה והברחה גמורה בכל אופן דאם לא כן הוה ליה לרמ"א להזכיר דעת הרא"ש ומהר"ם החולקים ומצי הנותן המוחזק לומר קים ליה כוותיה אלא דלא יתכן רק בישנו ביד המקבל ואם כן מי יוציא מידו נגד ר"ת והנך רבוותא דלעיל והנה הרב הב"ח דעתו גם כן דבישנו הנכסים ביד הנותן אפילו בנותן מקצת מ"מ הוי הברחה דחזינן הערמה דהא נכסים ברשותו והש"ך כתב דדינו צ"ע. ובאמת יש לפקפק דהא הרא"ש מדמה הך אומדנא לאומדנא דמתנת ש"מ דקיימא לן חוזר ובמקצת הא קיימא לן דאינו חוזר אף דנכסים ברשות הש"מ ולא נימא אלו רצונו

ליתנם למקבל בהחלט הוה ליה ליתנו לרשותו. ולא להחזיקו תחת ידו ודוחק לחלק. וגם מדברי תשובת הר"ם מרדכי פ' גט פשוט בא' שקנה קרקעות והעלה שטר מכירה בשם קרובים להפקיע כתובת אשה ופסק הר"ם דהוי רק הברחה ואשה גובה כתובה אף כפי הנראה בתשובה שייר לעצמו ואם כן למה דן בי' הר"ם דין מברח' ש"מ לכאורה כהב"ח דהואיל נכסים בחזקת הבעל בכ"מ הוי הברחה אך אם כן הא דנתן הר"ם הטעם דאל"כ לא הנחת לאשה שתגבה כתובה כי תמיד ימצא גואלים שיקנה מטלטלין ויתן להם כי מובטח להם שלא יעכבם לעצמו הא כשהם ביד קרובים עדיין לא הוי הברחה דהא הוא רק במקצת ועדיין לא מצא מהר"ם תרופה לחשש הלזה ועכצ"ל דהיכי דאיכא אומדנא דמוכח וידי' מוכיחות אפילו במקצת ואפילו הם בבית קרובים מ"מ דנין ביה דין הברחה. וכדאמרינן בגמרא היכי דגלי' דעתיה גשום אנסובי לכ"ע הוי הברחה וע"ש בתוס' ד"ה אפילו וכו' דבכהאי גונא אפילו במקצת דנין ביה דין הברחה ע"ש ובאופן זה היה נדון של מהר"ם ולכך לא נחית לחלק בין מתנה במקצת לכולו ולכן אין כאן ראיה ברורה לדברי הב"ח גם מה שכתב דאף ר"ת מודה היכי דישט ביד הנותן כו' לכולא עלמא לא קנהו המקבל וטורפן אף דמתשובת הרא"ש כלל ע"ח משמע כן לכאורה מכל מקום אין ראיה דעובדא דרא"ש היה הברחה ניכרת כמו שהאריך בתשובה:

ואין לנו לחדש סברות בלי ראי' מוכרחת ועי' תשוב' רמ"א סי' ס"ז דעמד מהרש"ל במ"ש מרדכי דגובה הוא ממקבל מתנה דהא לדעת ר"ת זוכה מקבל מתנה והגיה מהרש"ל דיש למחוק מילת הוא רק גובה מקבל מתנה והרמ"א כתב כי אינו מבין הגהתו מה גבי' שייך במקבל מתנה הלא כבר היא תחת ידו ולכך חשב להגיה באופן אחר ובמרדכי שלפנינו מוגה כהגהת מהרש"ל וצ"ל דס"ל למהרש"ל דעובדא שם לא היה מקבל מתנה מוחזק בנכסים כלל רק בא לגבות בשטרו לכך אמר דגובה בשטרו ואתי שפיר לישנא דגובה וזה מבואר דלא כב"ח דאף בכהאי גונא אמרה ר"ת ולכן דינו צריך לעיון:

יא **בערמה ותחבולה וכו'** אין לתמוה למה לי כל הטעם זה הא באם רוצה הבעל חוב לגבות בטלה הקנין דהיה על תנאי ואם כן זוזי בהלואה לגבי מוכר ובא הבעל חוב או האשה וגובה הימנו מדר"ן וכ"כ הר"י בן הרא"ש בתשובה הטעם להדיא וכ"כ לקמן סימן קי"א ע"ש ומה צורך לזה דהואיל דהוא ערמה הפקיעו תז"ל תחבולותיו. ודוחק לומר דבין כך נתיקרה הקרקע ואם כן אם יועיל התנאי אין לבעל חוב רק דמי זבינא והשדה שוה ביותר דמה תחבולת רשע בזה עד שחייבים חכמי הדור לבטל ערמתו כיון דהדמים שנתן גובה הבעל חוב ואלו לא קנה כלל ג"כ היה לבעל חוב רק דמים כפי דמי זבינא ואין כאן תו תחבולות רשע ולכן נראה או דכך היה תנאי אם תרצה האשה או ב"ח

לגבות שיהיה המכר בטל ודמי זבינא מתנה למוכר ואם כן אין כאן מקום לגבות. או שאחר כתובת אשה נתן כתב חוב לבניו אם כן אם הקנין קרקע בטל רק באנו לדון על המעות שביד המוכר הרי הוא מטלטלין ואין לאשה תביעה וקדימה כי יתומים מוחזקים ומה שגבה גבה ולכך צריך הטעם דחובה על ב"ד להפר עצת ערומים. נשאל הרב בעל תשובת חות יאיר בסי' ד' באחד שנתן שט"ח לבתו בסך מסוי' לגבותו מהיום ושעה אחת קודם מותו ואחר כך נשא אשה וכתב לה כתובה וכאשר מת ובאה האשה לגבות כתובה הוציאה הבת שט"ח שלה מוקדם ועלה בדעת השוא' הואיל ולא כוון להברחה רק באמת שתגבה בתו השטר קודם לאלמנתו שט"ח כשר והבת קודם בגבי'. והשיב הרב הנ"ל דמ"מ היה כוונתו להפקיע כתובתה ולכך פסק דאלמנה גובה כתובה וכתב דזהו ערמה דהא אין לו נזק בזה אפילו פ"א ולכך לא תועיל ערמתו ודבריו הם בלתי ראיה ואני חפשתי למצוא ראיה וחבר לדבריו ולא מצאתי כי אמת שמהר"ם בתשוב' כמ"ש המרדכי פ' ג"פ כתב דהיינו טעמא דאשה גובה כתובתה ממתנת ש"מ כדי שלא יבא כל אחד להפקיע כתובת אשתו ויתן במתנת ש"מ נכסיו לבנו ולקרוביו כו' וסיים כל היכי דאיכא לומר מאומד הדעת דאערומי קמערים להפקיע תקנת חכמים לאו כל כמיניה כמו שאמרו גבי קונמות דאלמהו רבנן לשעבודא כו' אף בזו דאם יהיה כל אדם יוכל לבטל תקנתא דרבנן אם כן שוי' מילתא דרבנן כחוכא ואטלולא עכ"ל ומזה נוטי' הדברים קצת כמ"ש הרב בעל ח"י. אך באמת התם לית לי' פסידא כלל דנותן מתנת ש"מ דבחיים משתמש בהו כרצונו ובמותו בלא"ה תגבה אשה כתובה ואם כן יתחכם להערים לתת לבנו וקרוביו שדעתו נוחה מהם אבל זה שנתן שעבוד וחוב מוחלט ואם כן הרי חין שליט בנכסיו נמכור ולתתן לאח' דיבא ב"ח ויגבם וחם כן מהכ"ת יעשה זאת הלא זהו לא שכיח כלל ואיך יערים לבטל תקנתא דרבנן במה שנוגע לעצמו דהא בעובדא הנ"ל היה חיוב גמור ולא הברח' בעלמא כמבואר בשאלה ואם כן מי פתי יחייב עצמו ולמחר יתרושש וירצה למכיר נכסיו והלה מעכב ועזב חילו לאחרים ולא ידעתי מה שכתב דאין לו היזק פ"א היזקו מרובה למאוד שכל נכסיו משעובדים ואם היה אז תנאי שיכול למוכרן ולהלו' עליהן אם כן פשיטא דהיא בכתובת אשה קודמת ולכן דינו של הח"י צ"ע והנכון כדעת השואל ומהכ"ת לפסול שטר בלי טעם ובפרט לדעת ר"ת וסייעתו אפילו במבריח זוכה המקבל ומכ"ש בזה ואין לדברים אלו ממש:

סימן ק

א **שאלו היו מטלטלין מיד היו ב"ד מגבין** הקשו הב"ח וט"ז דמשמע דמטלטלין אין נותנים זמן ולעיל בסימן ע"ג במשכון שביד המלוה נותנים ללוה זמן ב"ד ותי' דמשכון שאני דהמלוה סביר וקיבל ומלבד דזה דוחק אף גם דהא הטור והרא"ש כתבו לעיל סי' הנ"ל אות כ"ב דלכך נותנים לו זמן ל' יום דזולת המשכון אלו תובעו לדין היו נותנים לו זמן ב"ד ולדבריהם איפכא הוא ותלי תניא בדלא תניא. ולכן יותר היה נראה טעם הפרישה דמטלטלין דהוא בידו אם כן למה לא מכרן מקדם אם היה שכיח זבינא אבל במשכון דלא היה בידו לא היה מצוי כ"כ למוכרן. אך גם זה דוחק. ולכן נראה לפי מה שכתב הסמ"ע בעצמו בס"ק ב' ההבדל בין קרקע למטלטלין דבקרקא ליכא חשש הברח' וגביית ב"ח מאוחר אבל במטלטלין איכא הני חששות אם כן באמת במוסר מטלטלין לידו בתורת גוביינא פשיטא דצריך להמתין ל' יום כמו קרקע דהא ליתא חששות ביה כמו בקרקע ואם כן אף במשכון שביד המלוה ליכא הנך חששות ולכך צריך להמתין ולק"מ:

ב **ואפילו בא** במרדכי הביא זו בשאלה לר"ת דאם תבעו בסיון וזמן הוגבל לפורעו בתמוז אם יש לו זמן ב"ד מתמוז ואילך עד אב והשיב ר"ת בלא"ה אין לו זמן בקובע זמן לחבירו כי ס"ל לר"ת כמ"ד בקובע זמן תו אין נותנים לו זמן ולא איפשטא שם במרדכי הך מילתא אם תבעו קודם זמן אם יש לו זמן ב"ד מיו' המוגבל והש"ך כ' דסבירא ליה לרמ"א הואיל ור"ת השיב דבלא"ה אין לו זמן משמע הא למ"ד דאף בקובע זמן נותנים זמן ב"ד אף בזו יש לו זמן ב"ד ואין הכרע דר"ת קושטא דמלתא קאמר דסבירא ליה דהקובע זמן אין לו זמן ב"ד ומה לו להשיב דלכך אין לו זמן הואיל ותבעו בסיון הא באמת אף בתובעו בתמוז ל"ל זמן הואיל וקבע זמן. וצ"ל דס"ל לרמ"א דמ"מ הל"ל דאין לו זמן הואיל דתבעו במה דנ"מ בסתם הלואה ל' יום אי תבעו ביום שני אם הלואה ל' יום עולה לכאן ולכאן או לא ש"מ דס"ל דודאי אינו עולה ולכך הוצרך לטעם דלזמן קבוע שוב אין נותנים זמן. ומזה נראה דאף דקיימא לן סתם הלואה ל' יום מ"מ אם תבעו ביום שני נותנים לו זמן ב"ד אחר כך והרי ס' יום ואף על גב דשם במרדכי הביא בשם רשב"ם דעל פקדון וכיוצא בו דברים דהדרו בעיני' אין נותנים זמן ב"ד כלל והביא ראיה מהא דאמרינן בפ' שואל שאלה הדרא בעיני' ולא אתא למכתב דלית ליה זמן כלל ואע"ג דשם לא מיירי מזמן ב"ד רק סתם הלואה ל' יום דהואי' דאין לו זמן לא כותב ליה ומה ענין זה לזמן ב"ד דבשביל זמן ב"ד לא כותב תיכף דדי כשיתבע זמן וגם אז הב"ד כותבין. ומזה לכאורה משמע דזמן ב"ד היינו סתם הלואה ל' יום דב"ד נותנים לו זמן שלשים לטרוח בזוזי. אבל באמת אינו

כמ"ש מדברי רמ"א וסתימת פוסקים רק נראה דרשב"ם מדמי להדדי כמו דאין לדבר דהדר' בעיני' סתם הלואה ל' יום דנפקא מקרא משום דהואיל דהוא מחזיר בעין ה"ל להחזירו תיכף אם כן ה"ה הך סברא בזמן ב"ד דל"ל זמן במילתא דהדרא בעיני':

ג **מנדין אותו עוד כו'** בגמרא דמ"ק אמרינן מנדין אותו שלשים ושונין ולבסוף ס' מחרימין אותו ור"ח אמר מתרין בו בה"ב וה"מ לממונא אבל לאפקרותא לאלתר מחרימין אותו עכ"ל. ובהל' נידוי פ"ז כתב הרמב"ם מי שהוא בנדוי שלשים יום ולא בא ותבע להתיר לו מנדין אותו עוד שלשים יום לא בא מחרימין אותו עכ"ל והן הן הדברים האמורים בש"ע בסעיף זה ואילם בהל' סנהדרין פ' כ"ה כ' מקבל עליו הדין ואמרו לו לשלם והלך ולא שילם מתרין בו בה"ב ואחר כך מנדין אותו ואם עמד ל' יום ולא תבע להתיר לו נדוי מחרימין אותו עכ"ל והן הן דברי מחבר לעי' סי' י"ט ע"ש והדברים סותרים זא"ז כמו שכבר עמד הכ"מ בזה וכ' דהתראה בה"ב היינו במקום נידוי שלשים יום וזה דוחק ואין צורת פי' הגמרא סובלתו וגם דברי ש"ע דכתב בשניהם בה"ב עדיין בסתירה במקומו וכן בטור. ולכן נראה עיקר אם אין לו עם חבירו שום סכסוך בגוף התביעה רק תבעו והודה כי אם מבקש זמן לפרעון וב"ד נתנו ל' יום והוא אינו פורע אח"כ א"כ אין כאן אפקרות' בפסק ב"ד לומר שהב"ד לא יפה דנו כי לא היה כאן סכסוך כלל ביניהם ואין זה אלא שאינו רוצה לפרוע לחבירו ופריע' ב"ח מצוה וכופין ולכך בעינן נידוי ס' יום ואח"כ מחרימין מה שאין כן כשהיה להם דבר סכסוך עם חבירו וחושב שאין חייב לחבירו כלל ובא לב"ד והם חייבהו בדין והלך ולא פרע הרי זה להרמת ראש נגד פסק בית דין כאלו לא פסקו כדין וכי אין משגיח בפסק שלהם כי הנכון אתו הרי זה אפקרות' וע"ז תיכף בכלות שלשים מחרימין אותו וזהו כוונת הגמ' דודאי לכל מילתא דממון צריך התראה בה"ב חוץ לדבר איסור א"צ אבל לממון צריך רק הא דקאמרינן דשונין הנדוי עוד שלשים ואחר כך מחרימין ע"ז קאמר וה"מ לממון פי' דאין כאן התראה נגד פס"ד דהא לא היה לו סכסוך ואין כאן אלא שמעכב ממון חבירו ולכך מקילין ביה להמתין ס' אבל באפקרות' והיינו כמ"ש דהיה להם הסכסוך וב"ד פסקו והוא מסרב וזהו דאפקיר בב"ד כאלו לא יפה דנו לאנתר פי' בכלו' ל' מחרימין והן הן דברי הש"ע הנ"ל בסי' י"ט קבל עליו הדין כו' מזה מורה שהיה להם סכסוך וקבל על עצמו שהם ידונו ביניהם דאל"כ מה קבלה שייך ביה ולכך מחרימין אותו לאחר שלשים יום תיכף משא"כ בסי' זה דאין כאן סכסוך רק מבקש הרחבה אין כאן אפקרות' ויש לו זמן ס' יום וא"ש ובאיסורא כיון דליכא ביה אפקרות' בב"ד גם כן ס' יום אלא דאין צריך בה"ב דהוא רק התראה לענין ממון שלשה ימי ישיבת הדיינים וזהו אין לאיסור ולכך בהלכות נדוי השמיט המחבר הך

התרא' בה"ב וכתב סתם לאחר ס' מחרימין וא"ש וזה פשוט וברור והאחרונים האריכו ודחקו עצמן והדבר פשוט בצור' השמעתא דאלו מגלחין הנ"ל:

אלא הא קשיא על הטור דהרא"ש הביא קושי' בשם הראב"ד ז"ל הא דקתני אין נדוי פחות משלשים יום מה נ"מ בו אם יפייס לבעל דינו אף תוך שלשים יום מתירין ואם לאו הרי תמיד בנדוי אפילו בכלו' שלשים יום ומכח קושי' זו חידש הדין ע"ש והביאו הטור בהל' נדוי סי' של"ד ע"ש ולכאורה אין מקום לקושיתו דהא נ"מ להך דשונין לאחר ל' יום ואי אין סתם נידוי שלשים יום ה"א דשונין תיכף אחר זיין עי' ש"ך ריש הל' נידוי וצ"ל דקושיתו למה נ"מ תנא שונין ליתני תיכף מנדין ס' ימים ושנות הדבר למה בממ"נ אי בא ותבע להתיר ורוצה לציית הא בכל זמן מתירין לו ואם לאו הרי הוא ס' ימים בנדוי ואם כן תיכף הל"ל דהוא בנדוי ס' ואחר כך מחרימין. אבל לדעת הרמב"ם דלפעמים באפקרות' כנ"ל מחרימין לא לאלתר לגמרי כמו שחשב הראב"ד רק לאחר שהוא שוהה בנדוי ל' יום שהוא סתם נדוי ואם כן הא איצטרך לאשמעינן דסתם נדוי ל' יום ואין מחרימין אלא לאחר שלשים יום דאל"כ ה"א באפקרותא תיכף לאחר ז' מחרימין וטובא קמשמע לן דצריך להיות ראשון בנדוי שלשים כשיעור סתם נדוי ואם כן הטור דהעתיק כאן דברי רמב"ם לא היה לו להעתיק דינו של הראב"ד דנלמוד מקושי' הנ"ל (וצ"ע והארכתי בחדושי לי"ד בהל' הנ"ל) ואין כאן מקום קושיא עכ"פ זה ברור דהרמב"ם מכח קושי' הראב"ד יליף דהך לאלתר פי' לאחר שלשים יום ולא תיכף:

סימן קא

א **אם יש לו מעות וכו'** וכ' הש"ך ס"ק א' דה"ה לענין כתובת אשה אם יש ליתומים מעות בעין כפי מה שכתב הטור א"ע סי' ק' וכן הוא בתשובה מהרשד"ם בשם מהו' דוד כהן סי' קמ"ג לח"מ ומה דפשיטא לי' לדידי מספקא טובי חדא דהא מבואר לקמן בסי' ק"ז דאם יש ליתומים מטלטלין וקרקעות א"י לומר תן לי מטלטלין ועיי' בב"י מ"ש בשם רבינו יונה דה"ה מעות וקרקע ואם כן כיון דיכול לדחותו מן מעות למקרקעי איך לא יכול לדחותו מן מעות למטלטלין הלא תמי' יפה כח מטלטלין מן קרקע ומקרי מיטב ועדי' נגד קרקע ובטו' א"ע חפשתי ולא מצאתי דבר כלל ובתשובת רשד"ם הוא טעות דכתב כן דכתב הר"ב דכ"ץ ומזה העתיק הש"ך ר"ד כהן ואינו כי לא כתב מעולם על ר"ד כ"ץ רק הוא הרשב"ץ וכן הוא להדיא ברשד"ם חלק א"ע סי' קל"א כפי מה שמצאתי בתשובה לרבינו שמעון בר צמח שאם הניח הבעל מעות בעין האשה גובה כתובה ותוספ' ונדוניא ממעות ואם כן צא ולמד בתשוב' רשב"ץ ח"ג סי' צ"ט דף כ"ה שכתב בפשיטות באלמנה

שרוצה לגבות מעות מיתומים והם רוצים ליתן לה קרקע הואיל היא הקרקע שהכניסה לבעלה ופסק דהואיל דהיא הקרקע שהכניסה אין בידה לתבוע מעות עכ"ל הרי דלולי דהכניסה הך קרקע צריך לפרוע לה מן מעות וזה נגד כל הפוסקים הנ"ל. וצריך לומר דכל הכתובה בימי הרשב"ץ היה נהוגים לכתוב ביה מטלטלין וקרקע ואם כן מדינא משתעבדי מטלטלין דיתמי ולא מתקנת הגאונים כמבואר לקמן סי' ק"ז ע"ש ואם כן אזלא הטעמים מ"ש המחברים דלכך לא מצי לתבוע מעות או מטלטלין דהם לא משתעבדו רק מכח תקנת הגאונים וקרקע משתעבד ד"ת כי בנדון זה אף מטלטלין משתעבדים ד"ת. ואם כן אף הנ"ל א"ש דיש לה מעות וא"י לדחות לקרקע אבל בכתובה דלא כתב הכי דדינא לדחותו ממעות לקרקע נראה דכ"ש דיכול לדחותו למטלטלין דמיקרי מיטב. ובאמת עם כל זה אני מפקפק דכל דינו וטעמו של ר"ת דצריך ליתן מעות למלוה הוא מטעם דזוזי יהיב זוזי שקיל ואף בזה נחלק עליו רבינו חיים הכהן ואם כן הנ"מ בנדוני' שהכניסה לבעלה אבל כתובה הא לא יהבי זוזי כלל אלא שבזה בטלה דעתי נגד דעת הרשב"ץ. אבל ברור דלא מיירי רק במקום שכותבין מטלטלין וקרקע כמו שהוכחתי מדברים הנ"ל אבל במקום שאין כותבין ודאי דלית ליה במעות כלום:

ב **ואינו יכול לדחותו אצל קרקע וכו'** אמרינן בגמ' דכתוב' דף צ"ב ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקף עליו הדמים במלוה ומת ראובן ואתא ב"ח דראובן וקטריף ליה משמעון ופייסי' בזוזי דינא הוא דקאמרי בני ראובן מטלטלין שביק אבוהון גבך ומטלטלי דיתמי לא משתעבד אמר רבא אי פקח הוא מגבי להו קרקע והדר גבי' מיני' דאמר ר"ן יתומים שגבו קרקע ב"ח חוזר וגובה מהן. והקשו התוס' שם דהא דינא דב"ח בזוזי ואיך יכול לסלקו בקרקע ותי' התוס' הואיל דאיכא פסידא ללוה שעי"כ יפסיד חובו מצי להגבהו קרקע אף דיש לו זוזי. והעתיקו הטור דבמקום פסידא יכול לסלקו בקרקע והב"י תמה עליו בבדק הבית דהא לא נ"מ הך דינא לדידן דתקנו הגאונים לגבות ממטלטלין דיתמי ואם כן אין נ"מ אי מגבהו מעות או קרקע ולכן השמיטו בש"ע. והב"ח בסי' ק"ז דחק ליישב לדעת הטור. ולפי מה שכתוב לקמן בסי' ק"ז בשם שערים דר"א ויתר המחברים בשני ב"ח דאחד יש לו בשטרו מא"ק ואחד לית ליה דיש לזה שיש לו קדימה לגבות משל יתומים דזה גובה מדינא וזה אינו גובה רק מכח תקנה ע"ש מ"ש באריכות ולפ"ז מיירי דהך שמעון שקנה שדה מראובן באחריות לא נכתב בשטרו מטלטלין והקרקע ויש כאן על ראובן ב"ח מאוחר דאיכא בשטרו מטלטלין וקרקע ואם כן אם יפרע שמעון זוזי יבא ב"ח מאוחר ויטרפנו כי יש לו שעבוד של ת רה ולכך פקח להגבות קרקע ושעבודו מוקדם וגובה קרקע ולק"מ וא"ש וכהנה רבי' הנ"מ:

אמנם הרא"ש דחה תי' זה דשם שאני דהחוב בא מחמת קרקע ועיי' בעה"ת שער ד' ח"א דין ד' דגם דעת הראב"ד לתרץ דאי פקח הוא ולית ליה זוזי לא להדר בתר זוזי רק יגבה קרקע וכן בתשוב' מהר"ם דפוס פראג תי' דיתחכם לפרוע ליתומים טרם יודע להם כי נטרף השדה וברצון יקחו קרקע לפרעון ע"ש ולדעת כולם הק' הב"ח מהא דאמריק סוף כתובות דף קי"א הא דקתני זה גובה וזה גובה ביתומי' דהם גובים והוא לא גובה ופריך הגמ' ולגבינהו קרקע וקשה מה קושי' הא ביש לו מעות א"י להגבו' קרקע אפילו במקום פסידא. ועיי' ב"ח מ"ש בדוחק ובאמת כבר קדמו הבעה"ת בשער הנ"ל להקשות כן על הראב"ד. ומה שנראה בישובו דהא משנה שם איירי דראובן הלוה לשמעון בניסן עד אייר ושמעון חזר והלוה לראובן באייר ועכשיו שבא ראוב בשטרו לגבות משמעון טען שטרך מזויף או פרוע דאלו הייתי חייב לך והגיע זמן פרעון איך לוית ממני ופסק אדמון הדין עם שמעון וחד אמר זה גובה וזה גובה ומוקמינן ביתמי דזה גובה וזה יכול לגבות בדין רק אין מקום לגבות כי לא משתעבדי מטלטלין דיתמי ועל זה פריך הגמרא ולגבינהו קרקע וכו' ולפי זה יש לומר דסבירא להו להנך רבוותא הא דאמרי' ביש לו מעות א"י לסלקו בקרקע אפילו במקום פסידא היינו בנודע דיש לו מעות אבל באומר שאין לו ומה שנראה בידו הוא של אחרים בפקדון של יהודי אוי גוי אין להוציא מידו כמ"ש בש"ע בשם הגמ"י דאף דחזינן מעות בידו נאמן לומר של אחרים ואע"ג דאיכא מרבוותא דס"ל דא"נ דכל מה שהוא בחזקת אדם הוא בחזקת שלו מלבד דכבר מבואר לעיל סימן צ"ט דהרבה חולקים בזה ובתיכם הרא"ש ובפרט דיש לו מגו דיהיב מעות במתנה והרי זה גובה מקרקע ועיין מש"ל בסימן צ"ט באריכות. אף גם נראה דבכהאי גונא דהמלוה נפרע ואין כאן מחלוקת רק אי מקרקע או מעות לכ"ע בזה נאמן דמעות אינן שלו ואין להוציא מאחר מחזקתו במה שמודה שהוא שלו כיון דהא סוף כל סוף המלוה נפרע וטענה ומגו כל דהו מועיל כיון דעכ"פ המלוה נפרע ובהכי ניחא קושית הג"ת סוף שער חמישי בהא דיליף הבעהת בשער רביעי בתחילתו מהא דאמרינן תולה מעותיו בגוי הוי כו' מכאן למדנו שאם נודע לכל שיש לו מעות ותולה אותו באחרים כופין אותו למכיר קרקעותיו ויביא המעות לב"ח ומוטל עליו טורח מכירה והקשה למה לנו כל חרדה זה ממעות אלו שתולה באחרים יש לפרוע דהא כל מה שהוא בחזקת אדם הוא בחזקת שלו והש"ך לעיל סימן צ"ט כתב דטעה דמיירי דהגוי אלם וא"א ליגע במעות הללו מחמת אלמותו של גוי ואמת כ"כ הריטב"א בכתובות לתי' על קושית הנ"ל אך אין זה מספיק בבעה"ת דכתב סתם שיש לו מעות ותולה אותו באחרים ולא כתב דהוא אלם רק סתם באחרים וע"ז נצבה קושית הג"ת אך לפי הנ"ל ניחא דס"ל לבעה"ת כמ"ש

בש"ע סעיף זה כיון דסוף כל סוף נפרע לא אמרינן חזקה זו לגרוע כח האחר דנאמן לומר שהוא של אחרים ואין להוציא מיד חזקת אחרים כיון דאחרים יאמרו מה לך עכ"פ אתה נפרע וזה ברור לדינא כמ"ש הש"ע להדיא. וא"כ לק"מ דע"כ דראובן מת דאי שמעון המלוה באייר מת א"כ שמעון גובה וראובן אינו גובה א"כ היינו מילתא דאדמון דג"כ ס"ל שמעון נפרע ולא ראובן ומה בינייהו ועכצ"ל להיפוך דשמעון חי וראובן מת וס"ל לאדמון דשמעון פטור מתשלומין וח"א אדרבא שמעון חייב ויתמי דראובן פטורים וא"כ שפיר קשה למה יפסיד שמעון יגבי להן קרקע ואי דיש לו מעות יאמר של אחרים ואי דחי דאטו ברשיעי עסקינן דישקר בב"ד ואפשר דיצטרך לישבע ועכ"פ יקבל בחרם ב"ד וכי ישקר ח"ו זה אינו הא הוא טוען דאינו חייב כנ"ל רק דלא מהימן וא"כ נאמן בשבועה במגו דהיה אומר דאין לו מעות רק הם לאחרים רק אית ליה קרקע והיה חוזר וגובה חובו אף השתא דאמר דבאמת יש לו מעות רק אין חייב לראובן כלום דהא טען איני חייב כדאמרינן אלו הייתי חייב כו' נמי נאמן: וקושית הגמ' שפיר משא"כ לעי' אי פקח הוא שפיר הקשו הא יש לו מעות ואי דיתלהו באחרים אז חכמתו לשקר בב"ד ולעבור חרם או שבועה. וא"ש ומקום הניחו לי להתגדר ת"ל לישב דעת הקדמונים הנ"ל בלי פקפוק. ומיהו לדינא הנכון כמ"ש תוס' דבמקים פסידא מסלק בקרקע וא"צ לכל הנ"ל וכן נראה כי הראש לא אמרו רק דרך פלפול אבל לדינא מודה וכן כתב ברמזים וטור וברור:

ג **אין המלוה יכול לומר וכו'** בסמ"ע נתן טעם דהא אלו הוא רוצה מעות היה הלוה צריך ליתן לו וא"כ ה"ה להיפוך וכן נתן טעם דהא אפילו בשרי מטלטלין הברירה ביד הלוה כו' ולא ידעתי מה צורך לאריכו' הלזה כי בלא"ה יש לתמוה על הנך רבוותא דס"ל בבעה"ת ובטור דיכול לומר דוקא קרקע אני רוצה והבעה"ת סתר דעתם מהך דכתובו' ומפסחים דאמר הואיל מצי יהיב לי זוזי והלא קי"ל שומא הדרא והשתא אילו כבר הקרקע ביד המלוה עידן ועדנים יכול הלוה לסלקו בזוזי וא"כ מכ"ש מתחילה דיכול ליתן זוזי ולא קרקע ודקארי ליה מה קארי ומה צורך לבעה"ת לראיה לסתור. ודוחק לומר דס"ל להנך רבוותא כי אמרינן שומא הדרא ה"מ דבעת גביה גילה המלוה דעתו דרוצה מעות רק הלוה לא היה לו אז וסלקו בקרקע בזו אמרינן כש זדמן אח"כ ללוה מעות שומא הדרא דהא מה שסלקו בקרקע היה באונס כי לא היה לו מעות משא"כ כשמגלה תחילה דעתו דרוצה בקרקע צריך ליתן לו ומכ"ש דלא הדרא השומא. כי מלבד דזה דוחק אף גם מ"מ קשה הא דאמרינן בב"ק וב"מ הניחא כו' אי אית ליה לוקח זוזי מצי מסלק ליה ואף דשם גילה המלוה דעתו דחפץ בקרקע וצריך לומר כמ"ש התו' דהך מחלוקת הוא בכתובות דף צ"א ע"ב וא"כ אסקוניה שם כרבא ואביי דמצי לסלק בזוזי וא"כ וכי יהיה כח לוקח

יפה יותר מכח לוה גופיה דלא מצי לסלק בזוזי. וגם מהך שמעתא דאחים שחלקו ובא ב"ח וכו' דנוטל רביע בקרקע ורביע במעות מוכח לכל בפי' דמצי לסלק לב"ח בזוזי אף דרוצה בקרקע דאל"כ למה רביע בזוזי לא יהיה אלא ב"ח דעלמא. ולכן נראה דס"ל ודאי מתקנת חכמים דתקנו לסלק לטורף מכח עשית ישר וטוב פשיטא דמתחילה יכול לסלקו בזוזי וכמ"ש אך זהו מכח תקנת חכמים ועשית ישר וטוב אבל מדינא ודאי אם רוצה בקרקע דעליה שעבודא צריך לתתו לו וא"י לסלקו בזוזי וא"כ אין מכל הנ"ל ראיה דמתקנת חז"ל מודים דמסלקו בזוזי ונ"מ ביה אם יש כאן שני ב"ח מוקדם ומאוחר וללוה מעות לפרוע לאחד וקרקע לאחד והלוה רוצה ליתן להמוקדם מעות והוא רוצה קרקע א"כ נוטל בע"כ של לוה קרקע דהא עשית ישר וטוב לא שייך כאן דהא סוף כל סוף יטול הב"ח הקרקע ומה נ"מ בב"ח מוקדם או מאוחר ותו ליכא עשית ישר וטוב. ונוסף עוד אם לוה ראובן בניסן ושמעון באייר ואח"כ לוה ראובן שנית בסיון וא"כ אם יגבה ראובן קרקע ישאר ביד הלוה מעות ולית ביה דין קדימה ושניהם שוים בגביה משא"כ אם נוטל בחובו המוקדם מעות ישאר קרקע ושמעון בחובו מאייר קודם לראובן בחובו מסיון. וא"כ אף דקי"ל שומא הדרא היינו כמו קנין חדש כמ"ש הרבה רבוותא לקמן סימן ק"ג וא"כ ה"ל דאקני וג"כ משתעבד לשניהם וא"כ מה עשית ישר וטיב שייך כאן ודינו של מוקדם ליטול הקרקע דוקא. ואף הבעה"ת ס"ל כן דעתם ולכך הקשה מהא דאמרינן שם לב"ח יהיב זוזי כדינו משמע דדין תורה ליטול בזוזי וכן מהא דפסחים דאקדיש מלוה וס"ל לרבא דלא חל הקדשו דהואיל דלוה מצי לסלק בזוזי לא חל הקדשו וא"כ קושיתו אם ד"ת א"י לסלקו הרי הקדשו של מלוה חל דבר תורה ואיך הפקיעו חז"ל בתקנתם הקדש דאורייתא והעמידו דבריהם במקום איסור מעילה ודבר זה מחלוקת קדמון הוא אי הפקיעו חז"ל ד"ת בתקנתא לענין חומר האיסור וא"ש ונראה דאף הנך רבוותא לא אמרו רק בשט"ח דכתב ביה להדיא שעבוד קרקע א"כ הרי יכול לומר קרקע משועבד לי אבל במלוה ע"פ אע"ג דקי"ל ש"ד מ"מ הוא מתורת נכסים דבר נש ערבין ואם רוצה לסלקו בזוזי פקע ערבות. וא"כ י"ל דהנך רבוותא דס"ל כן יצא להם מכח קושית התוס' ופוסקים דאין נשבעין במלוה בשטר דה"ל שעבוד קרקעות וא"כ למ"ד ש"ד מ"מ דכתב רחמנא היכי משכחת ליה ולכך ס"ל ודאי אי הדין מצי הלוה לסלק למלוה בזוזי רק אי לית ליה הוא דניטל קרקע לא מיקרי ש"ק דהא עיקר שעבודו אף במטלטלין ועיין מש"ל סי' פ"ח בשם הרא"ש פ"ב דכתובות והמ"מ רק בשטר א"י לסלקו בזוזי וא"כ עיקר שעבודו ותביעתו בקרקע ולכך ה"ל ש"ק משא"כ במלוה ע"פ דליתא להך דינא לכ"ע לא מיקרי ש"ק ולק"מ ודוק:

ומכל הנ"ל נדחה דברי הב"ח דדעתו אם גילה הלוה דעתו שאם יקבל הקרקע כיוקרא דלקמי' דיתן לו דחייב ליתן לו דאל"כ הו"ל נעילת דלת. והיינו דס"ל הנך רבוותא דדמי דין זה להך דהב לי זיבורית טפי פורתא אבל לפמש"ל ליתא ולא זה הנדון כלל דהתם אמר אי ה"ל זוזי הוי לוקח כיוקרא דהשתא השתא דל"ל אשקול כיוקרא דלקמי' והוי נעילת דלת משא"כ בזו דיהיב ליה זוזי ויכול ללוקחו בכל מקום שימצא ואם כן מה נעילת דלת יש בזה הא מחזיר לו המעות כמו שקיבל הימנו. ואין שרש כלל לכל דבריו:

ד **ואפילו יש לו שאר מטלטלין כו'** דע כי הרבה רבוותא דס"ל דבשטרות אין דין גוביינא כלל אפי' בדלית ליה נכסי כלל רק השטרות ואע"ג דא"כ משועבד מדר"ן. מ"מ ה"א דכופין ללוה למוכרן לאחרים וליתן המעות למלוה או שיתן עליהם כו"מ אבל שיהיו השטרות למלוה בדין גוביינא לא. ועל זה הסכים הרשב"א בגדולי המורים דמגבין וכן הסכים הש"ך בסברא ולענ"ד יש לגדולי מורים ראיה מהש"ס מהא דאמרינן בפרק קמא דבבא קמא דף י"ד ע"ב דבר השוה כל כסף דאין לו אונאה הוא דמגבינן לניזק במת מזיק דהיינו קרקע אבל במטלטלין לא דלא משתעבדי ופריך הגמ' עבדים ושטרות נמי אין להם אונאה וקשה מה קושי' משטרות המשנה לא מיירי אלא מדברים שיש בהם תורת גוביינא ואלו היה המזיק חי היה מגבינן מיניה רק במותו של יתומים לא משתעבדי משא"כ שטרות דאינם בגדר גוביינא כלל ואף בחיי המזיק לא משתעבד כלל בתורת גוביינא לא קתני ליה. ולא מיירי ביה ומהכ"ת יפה כחו במותו של המזיק מבחייו ומה קשיא משטרות ועוד דמשני בתר הכי אלא דבר הנקנה בכסף ופריך הגמרא עבדים נמי ניקנים בכסף וקשה מה דוחקא דברייתא לפרש המשנה דקתני שוה כסף ביתומים והוצרך לפרש בדוחק לימא דמשנה איירי בחיי המזיק כסתמא דמשנה ופי' שוה כסף היינו דבר הנקנה בכסף כתי' הגמ' ולאפוקי שטרו' קאתי דאינם ניקנים בכסף כמ"ש תוס' שם ד"ה עבדים וקמ"ל דשטרות לאו בני גוביינא הם לפרוע בהם דמי הניזק וא"ש המשנה שוה כסף דוקא מגבינן ולא שטרות דלא מיקני בכסף ולק"מ ועכצ"ל דגם שטרות בגדר גוביינא והוא ראיה מכרעת. ועוד ראיה מהא דאמרינן כתובות דף ק' ע"ב שטרות מזבנינן בלי אכרזתא וכתבו התוס' ד"ה אלו דברים דמיירי דהיה תופס מחיים דאל"כ מטלטלין לא משתעדי וקשה הא לית ביה דין גוביינא כלל וכי מחויבים היורשים ליתן לו או לאחר כומ"ס וא"כ מה מכירה שייך בהו וצריך להמתין עד שיגבה המעות ועכצ"ל דאית בהו דין גוביינא בשומת ב"ד וקאמר דא"צ הכרזה והדבר מוכרח וכ"כ הריטב"א בכתובות הנ"ל דמזה נלמוד דיש בשטרות דין גוביינא והוא ראיה נכונה. ולי נראה כיון דב"ד מגבין וא"צ כומ"ס אפילו מלוה בלי שטר חוב ג"כ מגבינן בתורת גוביינא דשמין

כמה אותו חוב שוה ובכח ב"ד נותנים למלוה לגבותו דהא הך דכתובות דף פ"ד ביש לו מלוה ביד אחרים ב"ח גובה לדעת ר"ט ואף ר"ע לא חולק אלא מטעם שיורשים א"צ שבועה כו' וכתבו התוס' שם כתובות דף פ"ב ד"ה לא אשכחן אפילו דליתא דר"נ ואם כן אלו גבו יתומים אפילו קרקע לא היה לב"ח חלק וזכות בו רק מ"מ הואיל והוא ביד אחר ב"ח גובה וכ"כ הרא"ש ב"ב פרק י"נ ע"ש וקשה הא אין בכלל גוביינא כלל ומה זכות יש לו בחוב שביד אחרים ואם שיקנהו היורשים לו בכומ"ס לא יעשהו היורשים ומכ"ש אם יגבהו דלא יתנו לו כמ"ש התוס' והרא"ש ועכצ"ל דשטרות וחובות בכלל גוביינא ולכן מה שטרח הש"ך לומר דהא דכתב הטור דרא"ש חולק אבעה"ת וס"ל דיש בם דין גוביינא יליף ליה מהא דפסק הרא"ש בכלל צ"ח דיש דין חלוקה בשטרות והוא ראיה חלושה דאם אמרו לחלוק שלא יהיה בו קדירה דבי שותפא מ"מ מנלן דיש בו דין גוביינא נכוף ללוה להגבותו מן לוה שלו או למוכרו לאחר אין בו צורך דהא מדברי הרא"ש פרק יש נוחלין הנ"ל מוכח אפילו בסתם חוב יש בו דין גוביינא ומכ"ש בשטר חוב וכן כתב בתשובה כלל ל"ט דין ד' דמגבין משטרות דאקרי נכסי וכל מה שימצא מנכסי הב"ח הן קרקע הן מטלטלין ושטרות ינתן למלוה שלו אך כל זה בדלית ללוה נכסים אחרי' אבל בדאית ליה דעת הש"ך דאין מגבין שטרות כי יאמר מה לי בשטר תן לי חפצים ובאמת כבר קדמו הריטב"א בכתוב' הנ"ל דיש הבדל בין אית ליה או לית ליה שאר נכסים ואמת הריטב"א כ' כן לתרץ הך קושיא מכתובות דאמרינן אם ראובן הלוה לשמעון ולשמעון עדית בינונית וזבורית ושמעון הלוה לראובן ולראובן אין כי אם זבורית זה גובה זיבורית וזה גובה בינונית. והקשה לימא בעל הבינונית אני אגבה לך שטרי שיש לי עליך בכלל גוביינא והרי זה קודם לגבות קרקע ומזה הוכיח הריטב"א דאף דיש לשטרות גובי נא ביש לו נכסים אחרים לא אמרו. אבל באמת אף שדעת הריטב"א כן מ"מ מדברי בעה"ת דתי' על קושי' זו תי' אחר דשטר חוב שיש לו על הלוה שאין לו רק זיבורית אינו שוה מאה בשומת ב"ד וא"כ הוא שחובו מאה א"י לקבלו בפרעון חובו והשני אין רוצה להפסיד בשטרו ע"ש ש"מ דלא ס"ל לחלק בין אית ליה ללית ליה נכסי דאל"כ אין משם קושיא כמ"ש הריטב"א באמת וכן בתשובת מההי"ט בחדושיו למס' כתוב' הביא קישיא ותירוץ זו בשם הרא"ש ז"ל ש"מ דס"נ להרא"ש אפילו בדאית ליה נכסי יש בשטרות דין גוביינא דאל"כ אין מקום לכל הקושי' וא"כ הרב הש"ך שכתב דמה שכתב הטור דהרא"ש חולק אבעה"ת אין כוונתו ביש לו נכסים כי אי' מקומו דס"ל להרא"ש כן היה ממנו בהעלם עין מ"ש מהרי"ט בשם הרא"ש דהא שם מבואר דס"ל דאית ביה גוביינא אפילו ביש ללוה נכסים אחרים וכמ"ש: ותמהני מהש"ך הוא הכריע

דבדאית ליה נכסים לא מגבינן משטרות ואח"כ כתב ג"כ על הך דשנים שהוציאו הך תי' דבשומא אין השטר של זיבורית שוה בגדר חוב וא"צ לזה דהא שם אית ליה נכסים ולכן ברור דס"ל לש"ך ודאי מ"ש יש לו נכסים או אין לו אם יש בהם גובייגא אף ביש לו נכסים הא מגביהו מאיזה מטלטלין שירצה ואי לית בהו דין גובייגא דהואיל ואין גופם ממון אינם נדונים כמטלטלין אף בלית ליה נכסים נמי. רק ס"ל להש"ך דאין ליתן למלוה ביש לו שאר נכסים דיצעק אולי יתייאשו החובות וכל אשראי ספק אתא הא במקום דליכא הך חשש ודאי דאין לחלק בין אית ליה ללית ליה נכסים וא"כ בהך עובדא דזה גובה וזה גובה הא מגבהו שט"ח שיש לו על המלוה בעצמו ואיך שייך חשש זה. ולכך שפיר קשיא ליה. אבל באמת אין לזה ממש כיון דמודה דיש לו דין גובייגא רק מחשש שמא יתיאשו הא ליתא דהא מגבין בשומת ב"ד וא"כ אף זה מהשומא לפי החשש דיאוש כן השומא לפחות מדמיו אומדין כמה שוה למכור בשוק וא"כ מה חשש יאוש יש בו הא זה נכנס בכלל השומא והוי כמו מכירת כתובה בטיבת הנאה דלפי חשש מיתת הבעל וגירושין אומדין בשומא השוויא וכן הדבר בב"ח וא"כ אין לזה הסברא ממש ולכן לא הרגישו בו מחברים לחלק רק התם ביש לו נכסי או אין לו כמ"ש הריטב"א הנ"ל וזה מופרך מדעת הרא"ש כמ"ש. ומכ"ש סברת הש"ך הנ"ל. וכן הביא בחדושי גרשוני בשם מהר"ם בר ברוך בכרך קטן וכן הוא שם סי' ק"כ באשה בגביות כתובה דמגבין לה כל מילי אפילו סובין דהכל מיקרי מיטב חוץ משט"ח אין דרך אשה לגבית מב"ח ומכ"ש מגוים ע"ש ומזה מבואר דב"ח דעלמא גובה משטרות אפילו דאית ליה נכסים דהא מיירי ביש להיתומים נכסים כמבואר שם בתשובה והרא"ש הלך בשיטת הר"ם רבו. ולמדנו מזה דאפילו בהגיע לשטרות זמנם אין לומר למה לנו גובייגא ושומא יתבע הלוה חובו ויפרע למלוה דהא הם טרחו בהך דזה גובה וזה גובה והא התם כבר הגיע זמן לגבית כמבואר בגמ' אלא ש"מ דאין חילוק כלל ולעולם אית בהו דין גובייגא:

אלא הא קשיא לי תינח בהך קושיא דנימא בעל הבינוני לבעל הזבורית אני אגבה לך תמורת בינונית שלי שטרך שיש לי עליך בזו שפיר תי' דאין שטר הניתן לגבות בזיבורי' שוה כ"כ אבל קשה להיפוך הא שטר שגובה בו בינונית אין שוה יותר מכפי הסך הנזכר בשטר דמהכ"ת יהיה שוה יותר הלא אין הב"ד שמין לו יותר קרקע רק כפי שווי ולעולם מעות כפי סך הנזכר עדיף ומצוי לקנות בינונית וזהו פשיט א"כ קשה קושית הגמ' שם מה חזית דבעל הזיבורית יבא תחילה לגבות מבעל הבינונית יבא תחילה בעל הבינונית לגבות בשטרו מבעל זיבורית ואם יאמר אין לי אלא זיבורית ישיב הלא יש בידך שטר חוב עלי מסך ההוא והוא מטלטלין וכ"כ דיש לו מטלטלין אין אתה יכול לדחות אותי

לקרקע תן לי שטרי לגוביינא והרי הוא עומד בשלו כמקדם וקושיא הנ"ל במקומו. ודוחק לומר דזה אסיק אדעתיה מה שתירץ הגמ' לקמן ביתמי עסקינן ומ"מ גובה בינונית הואיל ותפס כדאמרינן בגמרא ואם כן י"ל בעל הזיבורית מת והוא בא לגבות מיתומים זיבורית וא"כ תו ל"ל תנו לי שטרי דהרי הוא מטלטלין ולא משתעבדי כלל כל כמה דלא הגבה הוא להם קרקע דגביה מדר"נ וא"ש אך להיפוך שפיר הקשו המחברים הנ"ל דע"כ בעל הבינונית חי דאל"כ איך אפשר לגבות מיתומים בינונית כל כמה דלא תפיס כלל וא"כ דחי יאמר ליתמי בעל זיבורית אני אגבה לכם שטרי שיש לי על מורישכם ואתם חייבים בתשלומיו וע"ז תי' כמ"ש דאין שטר שוה כ"כ כמש"ל. אך מלבד דזה דוחק בגמרא דבס"ד לא אסיק כלל מן יתמי אף גם הטור לעיל סימן פ"ה העתיק הך דינא דזה גובה בינונית וזה זיבורית ולא הזכיר כלל דמירי ביתמי וגם לבתר תקנת גאונים אף ביתמי דגבינן מטלטלין אפשר דלא קאי. ולכן נראה ברור דעד כאן הורו המורים ליתן שטרות בגוביינא היינו היכי שהלוה מרוצה ליתן ואע"פ שאין רצון המלוה בכך לא משגיחין ביה דהרי זה בכל גוביינא ישיב אפילי סובין אבל אם אין הלוה רוצה לסלקו בשטרות רק בדברים אחרים אפילו דבורית אין ביד המלוה לתבוע שטרות. ולהכריח ללוה שיגבה לו שטרות בשוה כי יאמר ליה הלוה השני לאו בעל דין ודברים דידך והעיקר טעם דהא חוב ה"ל ראוי ואפילו יש עליו שטר כנודע וכמו שאין בכור נוטל פי שנים משטרות וכבר האריכו התוס' והרא"ש בפרק י"נ דאין למלוה שעבוד על שטרות וחובות דה"ל ראוי ועיין בתשובת מהרי"ו סי' מ' מבואר דאף בחיי הב"ח אין גובה מראוי וא"כ כיון דב"ח לית ליה בראוי אין לו שעבוד כלל על החובות רק מכח ר' נתן כמ"ש התום' והרא"ש והרמב"ן בחדושיו לב"ב להדיא וזהו בדליכא שאר נכסי ואז חל דר"ן ואז פשיטא דיכולהמלו' להכריח ללוה ליתן לו שטרות בתשלומין דמשועבד לו מדר"נ וגם בלא"ה פריעת ב"ח מצוה וכל אשר ימצא לו בשוה כסף מוציאין ממנו ונותנים למלוה אבל ביש לו מקום לגבות אפילו זיבורית תו לא חל שעבוד דר"ן והרי הן ראוי ובמה יכול המלוה להכריחו להגבות לו משא"כ הלוה יכול לשלם לו ממקום דלא חל שעבודו כלל כמו יתומים שיש להם רשות לסלק ב"ח דאביהם ממטלטלין שלהם אף שאין לו לב"ח שום שעבוד עליו. וא"כ א"ש דאין הקושיא כלל כנ"ל דנימא בעל הבינוני' לבעל הזיבורית הגבה לי שטרך שיש לך עלי דאין מהדין להכריחו רק הקושיא להיפוך דנימא בעל הבינונית לבעל זיבורית הבא לגבות אני אפרע לך בשטר שיש לי עליך ובזה אין המלוה יכול לעכב לפי דעת המורים ההמה וע"ז יפה תי' דאין שטר העומד לגבות מזיבורית שוה כ"כ וא"ש וזהו דלא כש"ך דדעתו להיפוך דאפילו להחולקים דס"ל דאין בשטרו' דין גוביינא מ"מ

מודים דאם המלוה רוצה ליקח השטרות בשומת ב"ד דכופין ללוה ולענ"ד נראה ברור איפכא והראיה הנ"ל מכריע ובזה נראה נדחים דברי מהר"ם ב"ב הנ"ל דחילק בין ב"ח לכתובת אשה וס"ל דלא מגבינן לאשה בכתובתה שט"ח וק' לכאורה מנ"ל דין זה וגם תמהני מהרמ"א ומחבר שלא הביאו דעתו בא"ע דאין אשה נוטלת בשטרות. והיה נראה דקשיא ליה מה דאמרינן כתובות דף פ"א ע"ב במי שהיה נושה באחיו וכו' דאמרינן אינו מהמשנה דאיך תוכל האשה לגבות בכתובה החוב שחייב היבם לבעלה דיאמר לאו בעל דברים דידי את ממך לא לויתי כי אם מאחי ואי דר"נ וכו' לא אשכחן תנא דס"ל כר"מ דמטלטלין משתעבדו וכר"ן וקשה הא שטרות בכלל גוביינא וא"כ אשה נוטלת החוב ההוא בתורת גבי' לכתובתה והיא תובע ליבם לשלם וא"א לומר לאו בעל דברים דידי את כמבואר בש"ע כאן דמגבין שטרות והוא תובע ללוה ולא מצי מדחי ליה כלל ומה ענין זה לדר"ן ואם אמרינן ודאי אלו מגבינן לה כתובה פשיטא דצריך לשלם חובו בכח ב"ד שמגבין לה רק שם הא לא מטי זימנא לגבות דזקוקה ליבם רק שיעבוד בעלמא וא"כ לא שייך גביות ב"ד שיהיה כחם יפה לבל יוכל לומר לאו בע"ד דידי את דהא לית כאן גוביינא אך לפ"ז אין מקום לקושית התוס' בכתיבות שם מהא דיתן לכושל שבהם הא ל"א תרי חומרות בכתובה דשם הגיע זמן לגבות וה"ל גוביינא ולא צריך לדר"ן כלל וא"ש ולכך ס"ל למהר"ם דא"י לסלק לאשה בחובות דטריחא לה מילתא וא"כ אף להיפוך אינה יכולה לתבוע שטר חוב לגוביינא בדאית ליה נכסים אחרים דשם מיירי דאית ליה נכסים אחריני כדמוכח שם דיליף מהך משנה דאם כתובה במנה והנכסים מאה מנה א"י למכור כלום ואם מכר אינו כלום הואיל ואין היבם יכול לומר בחובו אני מוחזק בו ואלו איירי בדלית ליה שאר נכסים אין כאן ראיה דפשיטא דא"י להפקיע שעבודה רק כל הספק היה שם אי מהני זביניה ביש לה ממקום אחר לגבות וע"ש בתוס' ד"ה דלמא דטבא וכו' מבואר דיש יותר נכסים וא"כ אין כאן גביות ב"ד וא"ש. וביותר נראה דהך טעמא דכתב דטורח לאשה הוא רק סניף בעלמא ומנלן לחדש סברא זו מה דלא מצינו בש"ם ומה יאמר במלוה ת"ח הצנוע בביתו ואיך יטרח לגבות החוב אבל ס"ל בישוב הקושיא הנ"ל דכי הורו המורים להגבות בשטרות היינו ביש שעבודא דמלוה עליו והיינו מדר"ן דאף על גב דאית ליה שאר נכסים מ"מ גוף שעבוד תורה עליו כמו על קרקעות משועבדים וזהו רק תקנה אין נפרעין משעבדי במקום שיש ב"ח ועיין מש"ל סימן פ"ו באריכות ולכך מגבינן ליה אבל בדלית ליה שעבודא דר"ן ודאי א"י להגבותו ולא דמי למטלטלין דיכול להגבותו משלו כמש"ל ביתומים דשטרות אין גופן ממון ושעבודא לית ליה על הלוה השני כלל אם ליתא לדר"נ. ולכ"ע ליכא גביה בשטרות וא"כ להס"ד דלא

ס"ל דר"נ שם לא קשה הא יש בו דין גוביינא דהא ר"ן לא ס"ל וא"ש ולפ"ז מהר"ם אזיל לשיטתו דס"ל כדעת האומרים אף לבתר תקנת גאונים לא עבדינן תרי חומרות בכתובה וליכא גבי' מדר"נ כמו שנראה מתשובתו שם סימן ע"ד להדיא דמלוה נקרא ראוי לגבה אשה ש"מ דלא ס"ל מדר"נ ולכך ס"ל דלא גבי חובות בכתובה וסניף בעלמא דקאמר דטריחא ליה. אבל עיקר הטעם כמ"ש ולפ"ז לדידן דקי"ל כמ"ש הרא"ש בפרק י"נ דאף באשה שייך דר"ן ומגבין ממלוה ולא קריא ראוי א"כ אף לה יכולים להכריח לקבל בחוב שט"ח וכמונה כמותם ולכך השמיטו המחבר ורמ"א אבל לפמ"ש א"צ לזה דהא להכריח הלוה לסלקו בשט"ח אינו מהדין ואינו בכלל גוביינא כלל וא"כ שם היבם יאמר אסלקך בקרקע ואין לך שום דין גוביינא בשטרות ושפיר קשה לימא לאו בע"ד דידי ודוק כי זה נראה ברור לדינא ואי יכול למחול מה שכבר הוגבה בב"ד הסכמת הש"ך דיכול למחול ודעת רשב"א ור"ן דהקשו בהך דהחובל באשה פגיעתה רעה דתזבן כתובה ומשני כל לגבי בעל ודאי מחלה והקשה הרשב"א בחדושיו דיגבהו לנחבל כתובה בגביות ב"ד וכיון דהוא דאורייתא תו לא מצית למחול וכן משמע בתשובה שלו סימן אלף קי"א דכתב הואיל וליכא בשטרות דין גוביינא מצי למחול ומיניה לפי דקיי"ל בגדולי המורים דיש בו דין גוביינא לא מצי למחול. וכן דעת הר"ן דהקשה בפ"ב דכתובות למה לי' דר"נ הא גובה מכח גביות ב"ד ומזה דעתו להוכיח דאין בשטרות גבי' ש"מ דס"ל דלא מצי למחול דאל"כ מה קושיא הא שם כתב דבדין לא מצי למחול מיהו זה יש לדחות דבלא"ה צ"ל קושית הר"ן למ"ד דאף בדר"ן יכול למחול דאל"כ אין מקום לקושיא שלו דאף דנימא דבגביות ב"ד א"י למחול היינו בשכבר הגבהו ב"ד דאלים כח ב"ד אבל קודם שבא לכלל גבי' מחל פשיטא דנמחל ואלו מדר"ן תיכף בשעת הלואה חל שעבודו ותו לא מצי למחול וע"כ דהקושיא הוא למ"ד דיכול למחול אף בדר"ן מ"מ מהא דהעתיק בפ' שני דייני קושי' הרשב"א הנ"ל בהך דחובל ש"מ דס"ל דלא מצי למחול וכן כ' הבעה"ת בשער נ"א ריש חלק ב' בשם חכמי צרפת דהלכך האומר שטר אמנה אינו נאמן במקום שחב לאחרי' ולא מהני מגו דמחיל דמיירי דאתא האי שטרא לבי דינא מקמי דאמר אמנה וכיון דמצוים ב"ד להוציא מזה לזה כמאן דגבוי דמי ולא מצי למחול עכ"ל הרי דכל שהוא ביד ב"ד והב"ד מגבים מזה לזה לא מצי למחול אף דס"ל לחכמי' ההם דבר"נ מצי מחיל מ"מ יד ב"ד אלים ולא מצא למחול ולא מצא הרב הש"ך עזר רק בדברי בעה"ת שער ד' דכ' דעת האומרים דאין בשטרו' דין גוביינא דאיך יגבהו במקו' שיש ללוה שאר נכסי' ולמחר ימחול החוב ויצא נקי וגם זה נראה רק בדאי' לי' נכסי' דלא שייך ביה מדר"נ כמבואר בבעה"ת אבל באין לו נכסים דשייך גבי' מדר"ן וקי"ל דלא מצי למחול א"כ

אף בגביות ב"ד מ"מ לא פקע כח דר"ן כמש"ל בסי' פ"ו באריכות לקיים דברי הרמב"ן ור"ן דלא כש"ך דאף דמכרה לנחבל לא פקע כח דר"ן ומכ"ש בגביות ב"ד דא"צ כומ"ס א"כ שעבוד דר"ן במקומו וכ"כ בתשובת חות יאיר סי' פ' להדיא דבגביות ב"ד מ"מ לא פקע כח שעבוד דר"ן ובמקומו עומד וא"כ תו לא מצי מחיל וזה ברור אלא אפי' ביש לו נכסים דס"ל לבעה"ת דמצי מחיל מ"מ יחיד הוא הבעה"ת נגד חכמי צרפת ורשב"א ור"ן דס"ל דלא מצי מחיל ואולי הסוברים כן המה ס"ל כדעת ר"ת דאף דמכירת שטרות דאורייתא מ"מ מצי למחול דשעבוד הגוף נשאר למלוה וא"כ אף בגביות ב"ד כן אבל לפי דעת רוב מחברים דלכך מצי מחיל הואיל מכירה דרבנן וא"כ גביות ב"ד דהוא דאורייתא כמ"ש הרשב"א בב"ק וכמ"ש הש"ך גופיה דא"צ כומ"ס ש"מ דהוא קנין תורה א"כ תו לא מצי למחול וכן נכון וברור לדעת גדולי מורים דס"ל אפילו אית ליה נכסים מגבי' ליה שטרות וכי יגבהו ולמחר ימחול כמ"ש הבעה"ת א"ו דלא מצי למחול. ובגוף קושיא מהך דהחובל לדעת הך גדולי מורים (כי מהך דכתובות האומר שטר אמנה לפי דקי"ל בדר"ן לא מצי מחיל לק"מ כאשר כתבתי דנ"מ באומר אמנה קודם גבי' או מחיל קודם גבי' או די"ל כמש"ל דלכך מגבין שטרות הואיל ושעבוד המלוה עליו מדר"נ ד"ת אפילו ביש לו נכסים אבל לולי דר"נ אין מגבין שטרות ובזו ישבתי הך קושיא מכתובות דף פ"א וא"כ ל"ק קושית הר"ן מפרק שני דכתוב' וגם מהך דהחובל דהא כתב הר"ן דכתובה לא משתעבדי מדר"ן ואם כן אף גבי' ליכא גבה) . די"ל כמש"ל בכמה דוכתא עיין סימן ס"ו ופ"ו דכיון דמגבין בב"ד בלי כומ"ס וא"י למחול ש"מ דבכח ב"ד משתעבד הלוה השני למלוה הראשון ופקע כח המלוה האמצעי בלי שיור כלל והוי כגבה דמי וכ"כ הצרפתי' בבעה"ת שער נ"א הנ"ל דהוי כמאן דגבה דמי ולכך לא מצי למחול ואם הרי זה גרע יותר מאלו כתב שטר בשם הלוקח דאסור להשהות בלי כתובה אף דהוא ע"ת אם תתאלמן או יגרשנה דמ"מ לית לה כתובה ומכ"ש בזה דהוי כאלו כבר גבה ואם כן הרי היא בלי כתובה וזה נכון וברור ולק"מ.

ה **י"א דבמוכר סחורה אינו מורידו לשומא כלל וכו'** דברים אלו הם דברי ריטב"א שהביא הב"י שכתב מכאן ראיה במוכר סחורה אינו מורידו לשומא כלל אלא נותן לו מעות כמו שהתנה ומאותו מטבע שהתנה וכדין פועל דאנן סהדי דלא מכר זה סחורתו ע"מ שמקבל קרקע או סובין וכו' עכ"ל וכתב הסמ"ע וכן משמע בע"ש דלא מיירי דהתנה להדיא שיתן לו מעות ולא סחורה ושוה כסף דאם כן בהלואה נמי אלא מיירי שמכרו סתם בכך וכך דמים לזמן והגיע הזמן וטוען דאין לו מעות רק שוה כסף צריך לטרוח ולזבין ולהביא מעות כמו פועל ולא דמי להלואה דהלואה מחמת חסד ואם כן לוקח שוה

כסף נמי אבל המוכ' סחורה להרויח אין דעתו כי אם על מעות בעין ולא שוה כסף ומזו הולידו תולדה דנותן מעות בעסקא כיון דהיה דעתו להרויח גם כן אין נותן לו סחורה ושוה כסף אם לא דסחורה מסתעף מעסקא ההוא ועל תנאי זה נתנו לו להתעסק ואם כן צריך להמתין עד שיעשהו דמים:

והנה בתולדה ההוא יש לומר מ"ש בש"ג ריש ב"ק בשם ריא"ז המלוה בעסקא כשיצטרך לגבות קרקע חצי שהוא פקדון גובה מעדית דהוא בכלל כ"ד אבות נזיקין ש"ח וחצי השני שהוא מלוה גובה מבינונית ע"ל ולפי הנ"ל אין כאן מציאות לגבות קרקע דעליו לטרוח ולמיתב זוזי ומכ"ש דאי לא טרח דיהבינן ליה עדיות כדי דנקפוץ עליו זבינא דהא שורת הדין למכור הנכסי' אפילו בחצי דמיהן אפס לסלקו בזוזי ואיך יותן לו החצי בבינונית והרי ראיה לסתור דבריהם. איברא דגוף הדין לא נהיר' לומר דמיירי הריטב"א בדלא התנה חדא דלשון מאותו מטבע לא משמע כלל הפי' דלא התנה כלל. שנית הא הריטב"א יליף ליה מהך דאמרי' ב"מ דף מ"ה ע"ב כמות שהוא כמו דאמר לי' אי מארנקי חדשה לא מצי יהיב ליה מארנקי ישנה והא התם איירי שהתנה להדיא כמבואר בגמרא ואיך אפשר למילף מיניה בלא התנה ואי ס"ל מסברא אין כאן מקומו ללמד מהך גמרא דמיירי בהתנה. שלישי' רחוק מסברא דהנותן מעות בלי רווח כלל יצטרך לקבל סובין ולטרוח בו ולמוכרו והמוכר סחורה ברווח הרבה וראה שכר טוב בעמלו וכן הנותן עסקא לשכר ופרי מעותיו יאכל בשעת גבי' יצטרך הלוה לשלם לו מעות ולהקל מאתו העורח להתעסק במטלטלין ולקת' מדת הדין רביעית ר"ת והביאו כל מחברי' כתב שלשה דינים בגביות ב"ח מלוה צריך ליתן לו מזומנים בדאית ליה אבל לית ליה נותן שוים נזקין אפילו אית ליה מעות נותן שוה כסף שכיר אפילו לית ליה מוכר ויהיב ליה מעות ואי איתא ארבע איכא מוכר סחורה דדינו כשכי' ואיך השמיט ר"ת דבר המצוי בכל עת ורגע סחורה איש לאחיו חמישית מ"ש הלוקח שור ונותן מעותיו דלא נחית כלל לג"ח רק לקנות שור קמתכוון ונמצא מום באופן שמקח בטל מבואר בפ' הפרה ופ' מוכר פירות לכל הגירס' דאי לית ליה זוזי דא"צ לטרוח למכור ולשלם זוזי ומ"ש זה ממוכר סחורה הא שם דעתו היה לשור ולא לג"ח. ששית אף דנימא דזה עדיף דשם לא אסיק אדעתי' מתחילה שיהיה בשור מום משא"כ כאן דמכר סחורה דעתו מתחילה שישלם לו דוקא מעות ועדיף זה ממלוה מעות כמ"ש הסמ"ע אם כן אין זה תלוי בשינוי הגירסא שם במכר שור ונמצא נגחן דר"י גריס אי ליתנהו הך זוזי וס"ל דאם הנך זוזי דקיבל מהלוקח אינם בעין אף דיש לו מעות א"צ לתת לו דדמי לניזק ור"ת גריס אי דלית ליה זוזי דאי אית ליה אף זוזי אחריני חייב לתת לו כמו ב"ח. דהא אמרי' זה עדיף ממלוה מעות

דלכ"ע צריך ליתן מעות ואם כן התוס' בריש המניח במוכר כדים והלוקח אמר לחביתא נתכוונתי דייקו ע"כ מיירי דהדמים שוים דאם לא כן הדמים מודיעים והקשו להך דגרסו ואי דליתנהו להנך זוזי דמשמע דאין מחויב ליתן זוזי אחרינ אם כן בזה יאמר לוקח מה בכך דלקחתי כדים שקול כדך בזוזך ותי' בדוחק דמיירי דלוקח הקנה דמיהם אגב קרקע. ולפי הנ"ל הא כאן מוכר סחורה הכדי' הנ"ל וחייב לכולא עלמא לטרוח ולשלם זוזי דוקא ואין מקום לקושי' התוס' וזה ראיה ברורה דלא ס"ל לתוס' כן ואם כן אף דנימא דהריטב"א חולק מסתבר מלתא דתוס'. לכן ברור דאין למוכר סחורה שום תוספ' עילוי מן מלוה מעות בעין כפי שהשכל והסברא גומר. וכן מצאתי בד"מ שכתב על הך ריטב"א שהביא הבית יוסף וז"ל ונראה לי דדינו כשאר ב"ח להגבות לו מעות אם יש לו בעין כדין מלוה ולוה ולא כשארי תשלומין דמגבהו קרקע אע"פ שיש לו מעות עכ"ל ואין דעתו להשיג על ריטב"א כי אין זה לשונו ודרכו וגם לא הגיה בספר המפה אלא ברור דס"ל דפירוש הריטב"א בהתנה ואפילו לוקח סחורה דהוי אמינא פטומי מילי בעלמא כיון דלא יהיב זוזי (וכמ"ש באמת לדעת התוספ') וקמשמע לן דתנאי מהני כמו דחזינן דאין לשנות ממטבע למטבע וכמו בפועל דאמרינן דדעתו למעות וה"ל כהתנה וכן בזה וזה ברור דאין מוכר סחורה עדיף ממלוה מזומנים רק ה"א גרע הואיל ולא יהיב זוזי ואין עושה אלא להרויח קמשמע לן דלא ואמת כי גם זה צ"ע כי נראה דהתוספ' לא ס"ל כן דאם כן מה דוחקא לומר דהלוקח כדים הקנה דמיהם למוכר אגב קרקע לימא בפשוט כי התנה המוכר בשעת המקח ליתן לו מעות דוקא. וזהו פשוט ועכצ"ל דס"ל לתו' דכיון דהוא רק טרחא יתירה אין מועיל תנאי דזהו דוחק ובמה יחול הא אין כאן חוב כלל ומילתא דממון ליכא כלל וכן משמע בריטב"א גופי' מדטרח להביא ראיה מן הך דפרק הזהב ש"מ דיש כאן חולקים וס"ל דהוי פטומי מילי בעלמא והראי' מפ' הזהב יש לדחות כיון דד"ת מעות קונה גוף המטבע נקנה לו והוא שלו וא"י לשנות בשלו אבל כאן דמתנה בעלמא ס"ל לתוס' דברים בעלמא הם. וצ"ע ועכ"פ בזה נראים דברי ריטב"א ומסתבר דכל תנאי שבממון קיים. אבל זולת תנאי פשיטא דאין לו שום עילוי מב"ח דעלמא:

1 **ודלא כי"א וכו'** הרב הש"ך האריך להסכים עם דעת האומרים דצריך לישבע ואין דבריו מוכרחים כי לו יהיה כן כמ"ש הש"ך דרישב"א ורא"ש בתשובה חולקים וסבירא להו דמשביעין מ"מ הא מודה הש"ך בסוף דבריו דבעל עיטור ובעה"ת בשם תשובה לקדמאי סבירא ליה דאין משביעין ונתנו טעם דהוי תקנתא לתקנתא פי' הא דיהבינן ליה מעות כשיש לו ולא קרקע אינו דין תורה דד"ת עיקר שעבודו על קרקע ולא משתעבדי כלל מעות רק תקנת חכמים דיהיב ליה זוזי הואיל וקיבל מיניה זוזי א"כ הא דמשביעין ליה

הוא מתקנת הגאונים ותקנת' לתקנת' לא עבדינן והטיבו אשר דברו. וכן הר"ם במרדכי פ' המפקיד הסכים כן ואם כי הר"ם סבירא ליה דמדינא דגמרא משביעין שבועה שאין לו כאותו שאמרו משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו מ"מ מ"ש וכי יהי' חומרא דגאונים עדיף מדברי חז"ל. ואי לדינא דש"ס אין להשביעו במקום שיש לו קרקע אם כן ה"ה לתקנת גאונים. וכן כתב הריטב"א להדיא בכתובות דף פ"ה דתקנת גאונים בכהאי גוונא להחרים ע"ש ואם כן במילתא דתקנת' ודאי הולכין אחר המיקל וב"ע ובעה"ת והר"ם והריטב"א בשיטה חדא קיימי מה בכך דהרא"ש והרשב"א חולקין ואף דיש לומר דהרא"ש ס"ל כשיטת הר"ם רבו דהך שבועה שאין לו הוא מדינא דש"ס כנ"ל וקשיא ליה אם כן מה תקנו הגאונים ולכך ס"ל דהם תקנו אפילו ביש לו קרקע אבל לפי דעת רוב מחברים דאין זהו כלל מדינא דש"ס רק מכח תקנת הגאונים אם כן הבו דלא לוסיף היינו במקום דאין לו מקום לגבות אבל במקום שיש לו קרקע לכולא עלמא לא משביעין ובהכי ניחא במ"ש הרא"ש בתשובה דלכך משביעין דאל"כ מה הועילו הגאונים ז"ל בתקנתם וקשה הא הועילו אם יבריח כל נכסיו וטוען דלית ליה מגרמי' כלום. ולפמ"ש ניחא דס"ל זהו א"צ לגאונים וזהו מדינא דש"ס וא"ש ודברי הכרעת רמ"א ברורים. וכן מצאתי ביש"ש ב"ק פ"ק סי' כ"ב דפוסק ג"כ דאין להשביעו רק להחרים ומי יבא אחרי הכרעת שניהם. ואמת כי בר"ם במרדכי משמע אם ראינו מתחילה ומוחזק שהי' לו מעות רק אח"כ טען שהפסידו ואין לו צריך לישבע מ"מ נראה הוא לדעתו דסבירא ליה דהוא שבועת המשנה אבל לפי דקיימא לן דהוא רק תקנת הגאונים אין לחלק וכ"נ בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' נ"ג בהגה דשם משמע להדיא דאף בכהאי גונא אין משביעין וכ"נ מסתימת דברי הרמ"א ועיין אורים בטוען ברי שיש לו מעות יכול להשביעו היסת ע"ש:

סימן קב

א **דבשלו הן שמין** הנה הרמב"ם פי"ט מהלכות מלוה פסק ביש לב"ח בינונית וזיבורית גובה המלוה מבינונית ומזה שפטו המ"מ והר"ן דסבירא ליה דבשל עולם שמין דאיבשלו אין לו אלא זיבורית. ואולם בפכ"ד בשני' שהוציאו שט"ח זה על זה כתב הרמב"ם דאם לאחד עדית ובינונית ולאח' זיבורית זה גובה זיבורת וזה גובה בינונית ומוכח דסבירא ליה בשלו הם שמין דאי בשל עולם אם כן יגבה זה תחילה בינונית ואחר כך יגבה זה ממנו דאף דלית ליה עדית מה בכך הא בשל עולם שמין וכדאמרינן להדיא בגמרא שילהי כתובות דר"ש ס"ל בשל עולם שמין סבירא ליה אפוכי מטרתי ל"ל. והרב הכ"מ דעתו דס"ל לרמב"ם באמת כדעת כל מחברים בשלו הן שמין והא דכ' דאם היה ללוה בינונית

וזיבורית דגובה בינונית היינו בהיה לו עדית ומכרה דלכולא עלמא מבינונית אפילו בשלו הם שמין. וכתב הג"ת דהוא דוחק דה"ל לרמב"ם לפרש דהי' לו עדית ומכרה ולא לסתום. ונראה דהיה לו לרמב"ם שם בב"ק דף ח' ע"א בישוב קושי' הגמרא שני ברייתות אהדדי דחדא קתני בהיה לו בינונית וזיבורית ב"ח גובה בינונית וחדא קתני זיבורית הגי' כמ"ש רש"י בחד לישנא ואב"א אידי ואידי שהיתה בינונית שלו כעדית דעלמא ובהא פליגי מ"ס בשלו ומ"ס בשל עולם שמין. ופי' רש"י להך גיר' דהיה לו עדית ומכרה וקשה לכאורה כיון דנחית הגמרא לומר דפליגי הברייתא בהך אי בשל עולם או בשלו שמין מה צורך תו לדחוק ולומר דמיירי דבינונית שלו הן כעדית דעלמא והי' לו עדית ומכרה לימא בפשוט דבינונית כבינונית דעלמא ולא מכר עדית כלל וקמפלגי אי בשל עולם שמין כמו שהי' באמת גירסא דידן ועיין במהרש"א מ"ש בזה ולכן ס"ל לרמב"ם כי הך ברייתא דקתני בינונית וזיבורית וס"ל בשלו שמין מי נתן לנכסים אלו שם בינונית הלא בשלו הן שמין והא אין לו בינונית והרי הן עדית ואי דלגבי עולם הן בינונית הלא לא אזלינן בתר שומת עולם כלל וכלל ולכך צ"ל דהיה לו עדית ומכרה ואם כן חל שם בינונית עליהם מקדם בהיות עדית בידו וק' אם כן מה בכך דבשלו הן שמין מ"מ ליתי ב"ח ולגבה דהי' לו עדית ומכרן ועכצ"ל דשוי' בינונית שלו כעדית דעלמא וא"ש. ולפ"ז הרמב"ם דכ' לישנא דברייתא דהיה לו בינונית וזיבורת ע"כ איירי דהיה לו עדית ומכרן. דאל"כ מי נתן שם בינונית כנ"ל וסתמא כפי' כן נ"ל לישב דברי הכ"מ. אמנם המ"מ נושא כלי הרמב"ם ז"ל דעתו דסבירא ליה לרמב"ם בשל עולם שמין וצדקו דבריו בפי"ט והא דפכ"ד תי' דבעל הבינונית גובה תחילה ואם כן אין לו אלא זיבורית ור"ש סבר לא כן הוא. דבעל הזיבורית גובה תחילה דבהא נחלקו ופסק הרמב"ם כר"ן בדיני ודבריו צ"ע לכאורה למאוד דהא כך ס"ד בגמרא דקדים ותבעו ופריך הגמ' סוף סוף כי אתו למגבי בהדדי קאתו וכן הקשה ר"ן וכ"מ. ועוד אם כן למה אמרו בגמרא דר"ש ור"ן פליגי אי בשל עולם או בשלו שמין ולא אמרו דפליגי בהך סברא והמ"מ כ' דצ"ל דהיה לרמב"ם גיר' אחרת. והנה נראה ליישב דבריו דודאי בהך אוקימתא בגמרא דר"ן ס"ל בשלו הן שמין ואם כן בלזה בינונית ולזה זיבורית ע"כ דאתא הך דבעל זיבורית ברישא לגבות בינונית כמבואר בגמרא ושפיר קשה הוי ליה לב"ד לומר המתן עד שיגבה השני זיבורית ממך ואי דצועק איני רוצה להמתין אני תובע חובי ובאתי בתחילה ולמה תעכבני לא משגיחין ביה כי זהו מהערמה כדי לגבות מהשני בינונית והוא יתן זיבורית וכי בשביל שמיהר לבוא לב"ד קודם השני יועיל ערמתו ויפסיד השני לכך לא משגיחין ביה מה שאין כן למ"ד בשל עולם ולזה זיבורית ולזה בינונית ובא בעל הבינונית לגבות תחילה אם כן הוא דאפסיד אנפשי' דרואה דאם

לא ימתין יגבה זיבורית ואם ימתין יציל בינונית שלו והוא מ"מ קדים לתבוע אם כן ש"מ דלא חס על זה ויש לו איזה מורך בלבו שיקדמנו אחר אם כן וכי אנו אחראין לעכבו כרצונו יעשה ויגבה זיבורת והשני יטול בינונית ולק"מ כיון דמיהר לתבוע. ור"ש ס"ל כמש"ל בסי' פ"ה בשם ירושלמי דס"ל דכיון דזה לוה וזה לוה אין לשטר השני תואר שטר כי אם תואר שובר אף שנכתב בלשון שט"ח מ"מ גופו אינו אלא שובר כמש"ל ואם כן דין הוא שיעמוד כל אחד בשלו דהא שטרם נפקע ונתבטל וא"ש. ובהכי ניחא נמי דלא מוקמי הגמרא פלוגתא בכך דהא כפי מ"ש הרז"ה וכפי מש"ל סי' פ"ה באריכות ס"ל לגמ' לר' נחמו טעמא דמשנה דס"ל לחכמים דלא כאדמון משום דיכול לומר לכוונה זו חזרתי ולויתי משמעון כדי שיגבה הוא זיבורית ואני בינונית ע"ש ואם כן ע"כ דלראובן זיבורית ובמשנה נאמר אלו הייתי חייב לך משמע דראובן מוציא תחילה ושמעון הוא דמשיב כך אם כן ליכא למימר הכי דהא בעל הזיבורית בא תחילה. ועכצ"ל דפליגי בשלו או בשל עולם אבל למסקנא דמוקמינן המשנה בגוונא אחרת שפיר יש לומר כהנ"ל ודוק. או דיש לומר בכוונת המ"מ כך דודאי הואיל ושניהם לבסוף בהדדי קאתי יש כאן ספק לב"ד בגבי' כיצד יתחילו בגבי' אם להגבות לבעל הבינונית זיבורית תחילה או להיפוך לבעל זיבורית בינונית תחילה וידוע דד"ת ב"ח בזיבורית ומכח תקנה נוטל בינונית וכללא הוא כל ספק בתקנה אוקמי אדין תורה וזהו כלל גדול בכ"מ. ולפי זה בס"ד בגמרא דהכל הוא למ"ד בשלו שמין ולזה בינונית ולזה זיבורית וכאן ספק בהתחלת הגביה אם יגבה תחילה בעל בינונית זיבורית או בעל זיבורית בינונית ואמרינן כיון דספק בתקנה אוקמי אתורה ומגבינן לבעל בינונית תחילה זיבורית וחזר זה וגובה זיבורית והרי גובים שניהם כדין תורה מה שאין כן אי להיפוך דיגבה בעל זיבורית תחילה בינונית וזה יגבה ממנו זיבורית הוי שלא כד"ת אם כן מספק אין להגבות לזה בינונית שלא כדין תורה דספק בתקנה אוקמינן אד"ת. אבל לפי דקיימא לן בשל עולם שמין ולזה בינונית ולזה זיבורית אם יגבה תחילה בינונית והשני יגבה ג"כ בינונית זהו הכל מתקנה ובספק אמרינן כדין תורה ולכך מגבינן לזה תחילה זיבורית כדין תורה הואיל וספק בגביתו ולהשני בינונית דבזה אין ספק בממ"נ מגיע לו בינונית וגובה מתקנה אבל הראשון ספק בגביה ואין לו אלא זיבורית כדין ספק בתקנה וא"ש והם דברים ישרים בסברא ור"ש ס"ל כמ"ש כי אין כאן שטר רק שובר וכמש"ל ודברי המ"מ נכונים. אלא דקשה בגירס' הגמרא דאמרינן דפליגי בשלו הן שמין ומה שנ"ל לתרץ דברי הרמב"ם הוא כך דודאי אמרינן שם בכתוב' דף ק"ט להדיא דאמרינן אי שתקת שתקת ואי לאו מהדרנא שטרא למרא והעלו הרא"ש ויתר מחברים אפילו לגרוע כחו ולא מצי למימר לכי תהדר וגם הפי' לעשות קנין חדש

ולא לבטל הקנין כמ"ש הרמב"ן במלחמותיו פ"ק דב"ק והרא"ש שם ולפ"ז למרא לאו דוקא ה"ה לאחר דמ"ש וכמ"ש התוס' שם ד"ה ורבנן דהקשו דנימא יזבן לארבע' בני אדם ע"ש. אך צריך לומר אם כן במי שיש לו בינונית וזיבורית ובא ב"ח לגבות בינונית יאמר לב"ח אם תרצה לגבות זיבורית גבה ואם לאו אמכור בינונית לאחר או אמכרן למוכר שלי כהנ"ל והרי זה כאלו מהודר כמ"ש המחברים. וצ"ל או דכיון דכבר חלה שעבודו על הבינונית להפקיע שעבודו לא אמרינן כן ויותר יש לומר מה בכך דהוי כאלו מהודר הא שורת הדין אפילו בינונית ביד לוקח ב"ח גובה רק חכמים תקנו שאין לגבות משעבדי במקום שיש ב"ח ובכהאי גוונא לומר דהוי כאלו מהודר לא תקנו דמה אולמא הך תקנה מהך תקנה בעל חוב בינונית ובפרט דלא שייך באופן הזה תיקון העולם ופשוט ולפי זה בזה דיש לו בינונית ולזה יש לו זיבורית אומר בעל זיבורית אי שתקת שתקת ואם לאו הריני מוכר שט"ח שיש לי עליך לאחר בכומ"ס וה"ז כאלו מהודר והוא ביד אחר ואם כן הוא יגבה ממך בינונית בשטרו ואף דתגבה ממני תחילה זיבורית דבשל עולם שמין ואתה לא תמצא לגבות רק זיבורית כי הבינונית שנגבים ממך לא איכפת לך והם ביד אחר שלקח שטרי ומה לך בשל לוקח ולכך הוי כמהודר וזה גובה זיבורית וזה גובה בינונית אמנם הגמרא דכתובות הוא לפי מה שכתוב דף ח' בשמעת' מכר לג' בני אדם וכו' דמוקי ר' ששת שלקח עדית באחרונה ופריך הגמרא א"ה ליתי כולו ולגבו מעדית משום דאמר ליה אי שתקת וכו' א"ה נזקין נמי וכ' הרשב"א בחדושיו ולא קשה רב ששת גופי' דמשני דלקח עדית באחרונה איך יתרץ ליה ותי' דר"ש לא ס"ל הך סברא אי שתק' לגרוע כח דיליה כלל. ולפי זה דר"ש לא סבירא להו אי שתקת וכו' בכהאי גוונא אם כן ליכא למימר כהנ"ל ודנימא באמת בהא פליגי ר"ן ור"ש ס"ל לש"ס לדוחק דא"כ לפלגי בעלמא אי אמרינן אי שתקת וכו' ולכך ע"כ מוכרחין לומר דפליגי בשלו או בשל עולם שמין ועוד דהא בס"ד לר"נ כתב הרמב"ן ה"א דאיירי באתרא דכתבי שטרא והדר יהיבי זוזי ולא קשה היינו רישא משום דקמשמע לן בשלו הן שמין ואלו כהנ"ל קשה מה קמשמע לן ול"ל דקמשמע לן אי שתקת דזה כבר אשמעינן במשנה מי שהלך למד"ה ועדיין ק' קושי' הרמב"ן תרתי ל"ל. ולכך ס"ל לגמרא דלא אמרינן אי שתקת בכהאי גוונא דלגרוע רק פליגי אי בשלו שמין וקמשמע לן במשנה דבשלו כמ"ש הרמב"ן וכמש"ל בסי' פ"ה ע"ש. אבל למסקנא דאמרי' דמשנה איירי שלוה לעשר שני' וביומא דמשלם זימנא שפיר יש לומר כהנ"ל דאף ר"נ ס"ל בשל עולם שמין ומ"מ זה גובה וזה גובה מטעם דאי שתקת דלמסקנא קיימא לן דאף לגרוע אמרינן אי שתקת וא"ש ודברי הרמב"ם נכונים וברורים. ועוד מקום לתרץ לפי דסבירא להו לרוב פוסקים וכמש"ל סי' קי"א ולקמן סי' ק"ד דב"ח

אין טטל ראוי ואפילו בחיי הלוה קרוי ראוי כמ"ש מהרי"ו סימן מ' אם כן זה בינונית שגובה בעל זיבורית ראוי הוא שגבה בחובו ואם כן לא משתעבד רק אי לית ליה נכסים מחייב לשלם אפילו מגלימא דעל כתפאי אבל ביש לו נכסים אחריני ודאי דאין לו על זה שעבוד גמור ואם כן דין הוא שיגבה בעל הבינונית זיבורית אף שגבה בינונית כי על זה שעבודא ולא על זה ומכ"ש במקום דיש לספק כיצד סדר הגבי' ומי בתחילה שעבדינן כך שיגבה הוא זיבורית דאף דגבה זה בינונית קלוש ליה שעבודא דהא הוי ראוי ולכך עבדינן כתורה לזה זיבורית ולזה בינונית אך זהו לפי דקיימא לן במסקנא דב"ב דף קכ"ה ע"ב דמלוה הוי ראוי בי גבה קרקע בין גבה מעות אבל ר"ן ס"ל שם כמבואר בתוס' ד"ה לטעמייהו וכו' לפיר"ת אפילו גבה קרקע או מעות הוה ליה מוחזק ולא ראוי כלל ובכור נוטל פי שנים במלוה ואם כן שפיר שעבודו על בינונית שיגבה לבסוף ושפיר קשה סוף סוף בהדדי קאתו ומהכ"ת להגבות לו זיבורית דאח"כ יגיע לו בינונית וא"ש דלדידן דלא קיימא לן כר"נ בזה אפי' בשל עולם שמין א"ש:

אלא דלכל הפי' ותי' עדיין קשה אם כן למה קאמר הרמב"ם לזה עידית ובינונית ולזה זיבורית זה גובה וזה גובה הל"ל לזה בינונית ולזה זיבורית מ"מ זה גובה בינונית וזה זיבורית. ובפרט לפמ"ש המ"מ דזה גובה תחילה אם כן לזה עידית מיותר ברמב"ם כלל ודוחק לומר שיגרא דלישנ' נקט. וכבר תמה בזה הרב בעל לח"מ. לכן היותר מרווח בכוונת הרמב"ם דס"ל דהא אסקינן בגמרא דב"ק על הך בריתות דסתרי כנ"ל בדעולא קמפלגי ופי' הרי"ף דהך ברייתא דס"ל היו לו בינונית וזיבורית ב"ח בבינונית ס"ל תקנתא דעולא והך ברייתא דס"ל ב"ח בכהאי גוונא בזיבורית ל"ל הך תקנתא דעולא ומכח זה פסקו הרי"ף ורמב"ם הלכה בשל עולם שמין דהא קיימא לן כעולא ואם כן קשיא הלכתא אהלכתא דקיימא לן בדיני כר"ן והוא ס"ל בסוגי' הנ"ל בשלו הם שמין כמ"ש כל מחברים ולכך ס"ל דהא הך ברייתא דלית ליה דעולא וסבירא להו ב"ח בזיבורית היינו באין לו רק בינונית וזיבורית אבל ביש לו עדית ג"כ מודה דב"ח בבינוני' וכמ"ש התוס' שם להדיא וצריך לומר אי לית ליה דעולא מאיזה טעם גובה כלל מבינונית ול"ל כפי שנראה לכאורה מתוך התוס' דהוא מהתורה דילפינן בבנין אב מנזיקין רק שלא יאמר שדה זו נאה אלוונו וכו' דמהכ"ת יגרע כח המלוה אי ד"ת בעדית מאם ד"ת בזיבורית ובפרט דגם בזה הא אמרו דלכך אינו נוטל מזיבורית משום נעילת דלת ואם כן עדיין אם לא יטול בינונית של עולם המצוי' לקנות בדמים איכא נעילת דלת כמו לעולא ועוד למה יתן עין בו אם אינו רק כמו בינונית דעלמא הא שדות אלו מצוים לקנות כמ"ש הר"ן ולכך ס"ל דמאן דלית ליה דעולא ס"ל לא מכח נעילת דלת תקנו בינוני' רק מפני דאין פרעון גמור דשטר שגובים בו

בזיבורית אין שוה כסכום הנזכר בשטר כמ"ש הבעה"ת והרא"ש לעיל בסי' ק"א בישוב הקושי' דיגבה שטר של זיבורית ע"ש ואנן פרעון מעליא בעינן ואם כן אם אין לו רק בינונית וזיבורית כולי האי לא תקנו. וזה מוכיח בישוב הגמרא ולפי זה ס"ל לרמב"ם שם בשנים שלוו זה מזה ליכא נעילת דלת כלל דאם המלוה שני גובה זיבורית מה נעיל' דלת מי צוהו שילוהו בתורת הלואה ושיהיה הראשון לו עבד לוה והוא לראשון ה"ל ליתן המעות בתורת פרעון ולמקרע שטר או ליקח שובר וכן אם הראשון גובה זיבורית ג"כ למה לוה מהשני ולא לקח המעות בתורת פרעון ואי דהב' היה מעכב לתת לו בזה אופן והוא היה צריך למעות נראי' הדברים דלכך עשה השני ולא פרע באמת כדי שיגבה הוא בינונית והוא זיבורית ואם כן אדרבא עי"כ הלוה לו ולולי כך היה משמט אצלו וקשה להוציא הפרעון ואם כן אין זה נעילת דלת כלל ועוד לא שכיחי ולא תקנו ביה רבנן ואם כן לא שייך ביה תקנת עולא והדרין לתקנתא אחריתי הנ"ל כטעם ברייתא שני' ואם כן צדקו דברי ר"ן דזה דיש לו עדית ובינוני' צריך לשלם בינוני' אפילו דליתא לתקנת עולא אבל השני דל"ל עדית רק בינוני' וזיבורית אין משלם בינוני' כיון דלא שייך תקנת עולא והדין כאידך בריי' וצדקו דברי הרמב"ם בכל אופן בזה ודאי בשלו הן שמין ולכך כתב דאם יש לזה עדית ובינוני' אבל לא בינוני' גרידא והיה מקום לומר דס"ל לרמב"ם בפי' הגמרא מר אית ליה דעולא ומר ל"ל היינו דלעולא ש"ד כמבואר להדיא סוף ב"ב ובתוס' שם ד"ה ד"ת ע"ש ואם כן ראוי לתקן דיהיה בשל עולם אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא ואין לו שעבוד כלל על קרקע וא"כ הבו דלא לוסיף דנימא דיגבה מבינונית של עולם כיון דהך גופיה לאו דאורייתא ולפי זה בדאקני ודאי שעבודא לאו דאורייתא כמ"ש רשב"ם דלרבנן דאין אדם מקנה דבר שלב"ל רק מכח שלא תנעול דלת משתעבד אבל מהתורה אין כאן שעבוד ועיין מש"ל בסי' ק"ד ע"ש באריכות. ואם כן אם זה יגבה מן ב"ח בינוני' מ"מ לא יגבה הימנו ב"ח הראשון דהא אין כאן שעבוד דאורייתא וליתא לתקנ' עולא ובשלו הן שמין אלא דיהיה קושי' הלח"מ במקומו דה"ל לרמב"ם לומר רק דא' היה לו בינונית דהא בזה איכא ש"ד ולכן חוזרני למ"ש בזה מקדם והוא תי' נכון וישר בסברא ומתקבל וכן התוס' גיטין דף נון ד"ה מאי עידי' וכו' כתבו דרבא דאמר בב"ק ראובן שמכר שדותיו לשמעון וכו' רצה מזה גובה וכו' משמע דס"ל בשל עולם שמין וקשה דרבא דהלכתא כוותי' יחלוק אר"נ דג"כ הלכתא כוותי' ולפמ"ש בישוב דברי הרמב"ם גם זה ניחא. ואמת כי יש להבין אנה רמיזא ומאין הרגלים בהך מילתא דרבא דס"ל בשל עולם שמין וצ"ע לכאורה ואולי נלמוד דבלא"ה הקשה מהר"ם מלובלין בתוס' ב"ק דכתבו ארעא דלא חזי לך נראה דאיירי אפילו שביק בינונית והקשה מהר"ם מה

אפילו ע"כ שביק בינונית דאל"כ הא זיבורית חזי' וע"ש שתי' בדוחק אבל באמת יש לומר דלא שביק בינונית רק עידית ומ"מ שייך על זיבורית ארעא דלא חזי לך דבלא"ה הקשה הריטב"א בכתובות הא זיבורית חזי ליה באומר הב לי טפי פורתא ותי' דמ"מ מי פתי יסיר ליקח זיבורית ארץ גזרה במקום שיכול לגבות בינוני' וא"כ מכ"ש במקום דיכול למצוא גבי' מעדית דלא יטול זיבורית וקרוי ארעא דלא חזי לך ולכך כתבו התוס' דמצי אירי אפילו כששייר בינוני' וא"ש והתוס' בגיטין לא ס"ל תי' התוס' כששייר בינוני' משום דמצי אמר הב לי טפי פורתא דזה דוחק וגם אפשר דס"ל כהרא"ש דבלי גילוי דעת מהלוה לא מצי טען כן רק ס"ל כמ"ש דאין לו רק עידי' ומכר זיבורית רק קשה כיון דאין לו בינונית רק עדית וזיבורית מי קרא שם זיבורית הלא נדונים כבינונית ועכצ"ל דבשל עולם שמין ואם כן שם זיבורית עליו וא"ש ודברי התוס' מוכרחים לכאורה. אך זה יש לדחות דלמא לעול' איירי דיש לו בינונית ג"כ רק בינוני' לקח מהלו' בראשון ואחר כך עדית וזיבורית ומכר זיבורית ולא מצי למימר הנחתי בינוני' דעליהם ליכא שעבודא דהם נלקחים בראשון רק על עדית וזיבור' ולכך אמרו דלא חזי דהא יש לך מקום מעדית ואי דיאמר א"א וכו' תגבה עכ"פ מבינוני' ואם כן א"ש שם זיבורית דהא באמת יש לו הכל עידי' בינוני' זיבורית וא"ש:

ולכן נראה בפשוט דס"ל לתוס' כתי' הריטב"א דלכך מיקרי זיבורית לא חזי דמי הוא השוטה דיקח זיבורית ארץ גזרה וכי מיקרי ארץ גזרה אי בשל עולם שמין אבל בשלו שמין הלא יתכן דקרקע זיבורית שלו היא בינונית של כל עולם ומאי ארץ גזרה יש בזו ולמה לא חזי ליה וקושי' הריטב"א במקומו ועכצ"ל בשל עולם שמין ושפיר לא יתכן ושכיח לגבות זיבורית ודברי התוס' מוכרחים דאי בשלו איך סתם הגמ' הא איכא זיבורית דחזי ליה בשהם שוים לבינונית ודוק ועכ"פ צ"ל כמ"ש שלא יקשו דברי רבא אר"ן ודו"ק:

ב **תן לי זיבור' טפי פורתא וכו'** זהו בגמרא דב"ק דף ז' ע"ב אמרו שם בניזק אי אמר הב לי בינוני' טפי פורתא וב"ח זיבורית טפי פורתא אסיקנא בגמרא דשומעין להם דאל"כ הורעת' כחו של ניזק ואתה נועל דלת בפני לוין והרי"ף והרמב"ם השמיטו ולא הזכירו דבר בניזק ולא בב"ח והדבר צריך טעם דאף דנימא דס"ל כדעת הרא"ש דהיינו דוקא בדגיל' המזיק ולוה דעתו לתת לו ביוקרא דלקמיה אבל בלא"ה לא מ"מ קשה דה"ל להביא כך דבכה"ג דגילה דעתו הדין עם הניזק והמלוה ואם לאו לא. ומה שנראה כי הרא"ש הקשה לו יהיה דאית ליה שני שדות עידי' הלא ביד המזיק רשות לתת לו איזה שדה שירצה וא"י הניזק לומר בזה שדה אני רוצה וא"כ איך יוכל להכריחו ליתן לו בינוני' המזיק אומר לדידי שוה כמו עדית. ותי' מהרש"ל ביש"ש דבאמת אין דין זה אמת ואף

בשני שדות עידית והניזק אומר זה שדה אני חפץ א"י לדחותו לשדה אחרת ונתן טעם דכיון דניזק אומר אני חפץ בה ולדידי שוי לי ה"ל כמו עידי עידית לגבי שדות אחרות וניזק נוטל עידי עידיות ע"ש (יש ט"ס בדבריו דפ"א כתב דאין נוטל בעידי עדיות והוא סתירה מיני' וביו) והנה מבואר בגיטין דף נון ד"ה מאי עדית בתוס' דלמ"ד בשל עולם שמין לא שייך למימר דניזק יגבה מעדי עדיות וא"כ הך קושי' הא דהשמיטו הך דינא דניזק יכול לומר תן לי בינוני' טפי פורתא לק"מ דסבירא ליה דהך סוגי' אתי' למ"ד בשלו הם שמין וא"כ ניזק גובה בעדי עדיות וא"כ א"ש תי' מהרש"ל ול"ק קושי' הרא"ש אבל נפי דפסקו הרי"ף והרא"ש כמ"ד בשל עולם שמין כמ"ש בסעיף קטן הקודם באריכות אם כן לית ליה עדי עדיות ואם כן קושי' הרא"ש במקומו לו יהיה אלא עדית הא יכול המזיק לדחותו משדה לשדה וא"כ לא שייך הורעת' כחו של ניזק ולכך השמיטו ועדיין קשה למה השמיטו הך דינא דב"ח דיכול לומר תן לי זיבורית טפי פורתא דבזה בלא"ה צ"ל תי' אחר בקושי' הרא"ש כמש"ל דבב"ח משמע דיכול לדחותו משדה לשדה ולא שייך תי' מהרש"ל. וגר' דגם בזה א"ש דקשה להם קושי' הרא"ש הנ"ל וגם ק' להם הא דאמר רבא מכר זיבורית ושייר בינוני' א"י לטרוף מלוקח שני דאמר זבינ' ארעא דלא חזי לך וקשה הא חזי ליה אם יאמר תן לי זבורית וכבר הקשה כן הריטב"א בכתוב' ולכן ס"ל דהא דב"ח בבינוני' ס"ל לעולא ד"ת בזיבורית רק מפני נעיל' דלת תקנו בבינוני' אמנם בגמ' דגיטין אמרו דהיה ראוי לתקן לב"ח בעדית כמו נזיקין רק שלא יראה שדה טובה וילוה עליו לפיכך תקנו בינונית והנה הנ"מ בין שני טעמים הוא אם יכול הב"ח לומר שדה זו בינוני' אני חפץ דלעולא א"י ואי דיאמר לדידי שוה והוה כמו עדיות כמ"ש הי"ש הא אין לו בעדית כלל. משא"כ לאידך טעמא דשורת הדין ליטול מן עדית כמ"ש הנ"י ריש ב"ק ע"ש וא"כ ודאי דהיה יכול לומר שדה זו בינוני' אני רוצה דה"ל כמו עידיות והא דינו בעדיות וא"כ אף דבטלו חכמים ותקנו רק בינוני' מ"מ הא לא ביטלו דיכול ליטול את אשר חפץ דהוי קצת כמו עדיות דלמה לבטל בלי טעם דהא בזה לא שייך דיתן עין דהא בינונית שכיח כמ"ש הר"ן והבו דלא לוסיף עלה. דהא ראוי היה ליטול בעדיות לגמרי ועוד לעולא דילפינן מקרא והאיש אשר אתה נושה וכו' והא לבעה"ב רשות להוציא איזה שירצה וא"כ אף בקרקע כך כמ"ש הסמ"ע סי' זה משא"כ לאינך דלא ילפינן כלל מהך קרא והאיש וכו' א"כ אין כאן לימוד לומר דהבירא ביד הלוה וזה נכון ופשוט וכבר כתבנו כי מבואר בגמ' דסוף ב"ב מאן דיליף מדעולא ס"ל שעבודא דאורייתא ע"ש ובגיטין דף נו"ן ד"ה כיון וכו' כתבו התוס' דרבא ס"ל ש"ד ואביי לאו דאורייתא וא"כ א"ש כל הך סוגי' בב"ק דיכול לומר דהב לי טפי פורתא הוא הכל אביי כמבואר שם דאביי

חידש לנו זה שם ולאביי ליתא לדעולא וא"כ יכול המלוה לומר בזה אני חפץ שפיר קאמר דע"כ אתה נועל דלת וכו' ול"ל כקושי' הרא"ש לו יהיה בינוני' הא יכול לדחותו דזה אינו באמת א"י לדחותו אבל רבא דס"ל ש"ד ואיתא לדעולא א"כ א"י לומר תן לי זיבור' טפי פורתא כקושי' הרא"ש דהא בבינוני' יכול לדחותו משדה לשדה ולכך שפיר קאמר רבא בזיבור' ארעא דלא חזי לך דהא ליכא למימר תן לי זיבורית טפי פורתא וא"כ יפה עשו הרי"ף והרמב"ם שהשמיטוהו ואדרבא כתב מילתא דרבא במכר זיבורית ונתן טעם דזבני קרקע שאין הגון לך מורה באצבע דלא מ"ל תן לי זיבורית טפי דקי"ל ש"ד ודעולא כמ"ש הרמב"ם פי"ט מהל' מלוה וא"ש. וניכרים הדברים כמ"ש בבעה"ת ריש שער ד' ח"ב דפתח בחכמה אמרי' בניזיקין ב"ח בינונית ומ"ש כדי שלא יראה אדם דירה נאה ויאמר אלוונו ואגבנו בחובי למדנו מכאן ב"ח בבינונית ואם אמר הב לי זיבורית טפי פורתא שומעין לו וכו' הדברים אין להם מובן מה היה צורך לכל הפתיחה הזה מהך דגיטין ובמה שנאמר שם בטעם ולא פשוט ב"ח בבינונית אם יאמר וכו' ולמה השמיט הך דעולא וכו' אלא ברורים הדברים דהא בהא תליא דהואיל דפסק כר"ן דבשלו שמין ס"ל דליתא לדעולא דהגמרא תלי' זה בזה כמש"ל בס"ק א' וכיון דהטעם שלא יאמר אדם וכו' א"כ א"י לדחותו משדה לשדה כמש"ל ולכך יכול לומר הב לי פורתא טפי בזיבורית כהנ"ל דזה בזה תלי'. ולכך בשער הנ"ל ח"ז בראובן שמכר שדותיו לשמעון ושמעון ללוי ולוי שייר בינונית דכוותי' לא מצי לגבות מלוי הביא גי' ר"ה גאון ז"ל כדרך שתקנו בלוקח ראשון כך תקנו בלוקח שני והיינו שגם הוא יכול לומר הנחתי לך מקום וקשה ל"ל זה הא מכר ראשון לשני כל זכותו ואלו שמעון יכול לדחותו מן בינונית לבינונית אף לוי כמוהו כמ"ש תוס' ומחברים ולפי הנ"ל ניחא דבאמת ס"ל דלא מצי לדחותו משדה לשדה ולכך צריך טעם דחז"ל תקנו ביה לומר הנחתי לך מקום כמו בלוקח ראשון ודוק כי זה ברור למעיין:

ג **וי"א דאין כופין וכו'** הוא דעת הרא"ש והיש"ש הביא בשם הגה"ת הרא"ש דהתוס' והא"ז ומהרי"ח דלא חלקו בכך ש"מ דלא ס"ל כהרא"ש בזה ותמהני מה צורך להגהת הרא"ש הלא בהא דאמרינן להכי טרחי וזבני זיבורית ארעא דלא חזי לך הקשו התוס' דבלא"ה איירי בשייר בינונית ביד הראשון דאל"כ הא זיבורית חזי ליה וא"כ בשייר בינוני' בלא"ה מ"ל הנחתי לן. מקום ותי' דמצי אמר הב לי זיבורית טפי פורתא וכ"כ הרשב"א לב"ק והנ"י וריטב"א ור"ן בכתוב' הרי דחולקים רבים בהדיא. ובאמת קושי' גדולה הוא להרא"ש דהא ס"ל דלא מצי לומר הב לי זיבורית טפי פורתא. ול"ל דמיירי דאומר לוי לוקח שני אי רוצה אתה זיבורית שקול ביוקרא דלקמיה וא"כ אלו היה ביד

לוקח ראשון שמעון היה צריך ליתן לו זיבורית כמ"ש הרא"ש אבל הואיל שהוא ביד לוי אומר טרחתי וזבינ' קרקע דלא חזי ואין לך עלי שעבוד כלל. דזה דוחק בפי' הגמרא וגם א"כ בשייר בינונית ג"כ איירי באופן זה וקשה למה באמת לא יגבה הימנו הא כל טעם בדשייר בינונית דכוותי' משום דמכר ראשון לשני כל זכותו והראשון יכול לדחותו משדה לשדה ואלו איירי בכה"ג דגילה דעתו לשלם לו ביוקרא דלקמיה אף בבינונית א"י לדחותו לדעת הרא"ש דמשוה זיבורית לבינונית משדה לשדה. וא"כ ל"ל הכי וקשה ליה קושי' התוס'. וצריך לומר דהרא"ש ס"ל דבהא בזבין זיבורית איירי דלא שייר ביד לוקח ראשון בינונית כדמשמע מלישנא דגמ' דבתר הכי קאמר דשייר בינונית משמע דמקדם איירי בדליכא בינונית ביד ראשון ואי קשה א"כ איך שייך על זיבורית קרקע דלא חזי לך הא אין לו לגבות רק מזיבורית ועיין חידושי מהר"ם לובלין י"ל דמיירי בשעה שלקח הלוקח ראשון משני היה בינונית ביד לוקח ראשון רק אח"כ קודם טריפה ירדו ונתקלקלו ונעשו זיבורית ועד כאן ס"ל להרא"ש דיכול לדחותו משדה לשדה היינו מבינונית לבינונית אבל מזיבורית לזיבורית לא דיאמר לדידי שוי כמו בינונית וב"ח דינו בבינונית וכמ"ש הישי"ש גבי עדית וא"כ אלו היה ביד שמעון לוקח ראשון והיה חפץ בשדות הללו א"י לדחותו אבל השתא דהם ביד לוי יכול לדחותו דיטעון מתחילה קטרחית וקניתי קרקע דלא חזי לך דשיירתי בינונית ואם אח"כ נתקלקל ונעשו זיבורית מזלך גרם וכבר פקע שעבוד עלי ואין לו בהם כלום וא"ש. ודעת התוס' וסייעתו הנ"ל דלא סבירא ליה כך ולכך ס"ל בפשוט דא"צ גילוי דעת ויכול לומר הב לי זיבורית טפי פורתא. הנה צריכין אנו ליישב אליביה קושית הרא"ש דלו יהיה דאין לו רק הכל בינונית הא יכול לדחותו משדה לשדה ואיך יהיה יכול להכריחו ליקח זיבורית וצ"ל דס"ל בשלמא בינונית יש הרבה בני אדם שלבם חפץ בשדה ואינו מוכרם ברב הון וא"כ שפיר יכול לדחותו ויאמר הלוה בזו אני חפץ ואין כאן נעילת דלת דיאמר המלוה אלו הוי לי זוזי הייתי קונה בכ"מ שחפצתי כי אף בזוזי אין מצוי לקנות כל שדות ויש שדות בינונית שבעליהם נותנים בו עיניהם מבלי למוכרן אבל זיבורית רוב העולם מוכרים ואינם נותנים עין בו כי מה יתנו עין בארץ גזרה ודעת שוטים הוא זה ובטל דעת זה אצל כל אדם ואם כן שפיר יש נעילת דלת אם ימאן ויאמר איני מוכר ונותן לך זיבורית כי ודאי יאמר אלו הוי לי זוזי הייתי קונה זיבורית בכ"מ מבלי קפידא על שום שדה מהשדות ולכך חששו חז"ל לנעילת דלת וחייב ליתן למלוה. ונראה כי גם מהרש"ל דעתי' כזו ולכך תי' על קושי' הרא"ש בהא דניזק יכול לומר הב לי בינונית טפי פורתא דהקשה הרא"ש הא בעדית גופי' יכול המזיק לדחותו משדה לשדה וע"ז תי' הישי"ש דבאמת א"י לדחותו דה"ל כעידי עדית כמש"ל.

אבל הך קושי' בב"ח דיכול לומר הב לי זיבורית טפי פורתא דלו יהיה אלא בינונית הא יכול לדחותו משדה לשדה לא תי' כלום דמה יאמר ה"ל עדית הא אין לו עדית וקשה עליו דפתח בתרתי קושי' ותי' בחדא ולפמ"ש ניחא דבב"ח יש לחלק בנעיל' דלת כמ"ש אבל גבי ניזק לא שייך הך תי' ולכך משני תי' שלו דבאמת א"י לדחותו מעדית לעדית:

והנה המרדכי בפ' שני דייני גזרות בתשובת מהר"ם הביא קושי' בשם ריב"ם והביאו הישו"ש ג"כ למה לנו הך טעמא דיכול לומר הב לי זיבורית טפי פורתא משום נעילת דלת תיפוק לי' דיכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים וד"ת בזיבורית רק חז"ל תקנו בבינונית לימא אי אפשי ותי' דלהוציא לא אמרינן אי אפשי ומה שיש לדקדק בהך תי' עיין במש"ל סי' קי"ט ועיין בר"ן כתובות פ' מי שהיה נשוי דעירב הך טעם דאי אפשי והך טעם דנעילת דלת ביחד וכללהו בחד טעם ע"ש. ותמהני מה קושי' מה בכך דאי אפשי בתקנת חכמים והעמידו על דין תורה אטו בדין תורה אם הלוה רוצה ליתן בינונית או עדית וכי יוכל המלוה לעכב ע"י תן לי דוקא זיבורית התורה אמר הדרך בעה"ב להוציא פחות שבכלים וכי אם ירצה להוציא מעולה שבכלים היוכל מלוה למחות וא"כ בבינונית יכול ליתן לו וכי יוכל ד"ת המלוה לעכב תן לי דוקא זיבורית ולא בינונית וא"כ פשיטא דצריך טעם לנעילת דלת ולא מצאתי לכאורה ישוב לדבריו רק ראה זה מצאתי לשלטי גבורי' ריש ב"ק דהבי' בשם ריא"ז וז"ל ואם רצה הניזק לגבות מן הבינונית או זיבורית או ב"ח לגבות מן זיבורית כגון סמוכים הרשות בידו עכ"ל הרי דס"ל לריא"ז בישוב קושי' הרא"ש דאיך יכריחו לזיבורית לו יהיה בינונית הלא הלוה יכול לדחותו משדה לשדה ותי' הרא"ש לא שמיע לי' ולא ס"ל כלל ולכך תי' דמיירי דהשדה שחפץ הוא סמוך למיצר שלו של המלוה וס"ל כסברת הרמב"ם דקי"ל כרב' כמבואר לקמן ריש סימן קע"ד דיכול לומר פלוג אחד מיצרא. וא"כ אינו יכול בבינונית בכה"ג לדחותו משדה לשדה רק הואיל והוא זיבורית ה"א דיכול לעכב עליו וע"ז פריך שפיר הא הוי נעילת דלת וא"ש ולק"מ קושית הרא"ש כלל ולפי זה גם הריב"ם פירש כן כפירוש ריא"ז ושפיר הקשה לימא אי אפשי בתקנת חכמים והריני נוטל כדין תורה זיבורית ואם כן פלוג לי אחד מיצרא דכופין עלמדת סדום ולק"מ ושפיר הקשה ודוק. ומעתה מה שהכריע המהרש"ל דלא כהרא"ש לכאורה יפה הכריע כיון דתוס' והרשב"א וריטב"א ור"ן ונ"י וריי"ח וא"ז חולקים ה"ל הרא"ש יחיד לגבי' ולכאורה לא מצי הלוה דהוא מוחזק לומר קים ליה כמש"ל באריכות בקונטרס התפיסות. אבל בתר העיון נראה כיון שהרי"ף והרמב"ם השמיטו לגמרי וכבר כתבתי טעם להשמטה וכן הריב"ם והריא"ז ג"כ ס"ל דוקא כשהוא במיצר שלהם אבל בלא"ה מודים דלא מצי למימר כן וכבר מבואר לעיל בקונטרס התפיסות דיפול לומר קים ליה

אף דאינו מחד טעמא א"כ אף בזו הא שלשה עמודי הוראה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וריא"ז וריב"ם ופשיטא דיכול לומר המוחזק שהוא הלוה קים ליה כהנך ואינו מחויב לשלמו בזיבורית אם לא בגילה דעתו כהרא"ש:

ד **אלא אם רוצה ליתן לו** ביוקרא דלקמי' זהו שכתב הרא"ש בישוב הקושי' לו יהיה אלא בינונית הא יכול לדחותו משדה לשדה וע"ז תי' דמיירי דגילה דעתו דאין לו קפידא בשדה רק חפץ ביוקרא דלקמי' וא"כ הוי נעילת דלת ולפ"ז צ"ל אף בבינונית ובינונית או בניזק עדית ועדית דיכול לדחותו משדה לשדה אם גילה דעתו דחפץ ביוקרא דלקמיה צריך ליתן לו דאל"כ עדיין קושי' הרא"ש במקומו לו יהיה אלא בינונית בב"ח ועדית בניזק דשם לא מהני גילוי דעת כלל ועכצ"ל דמהני וא"כ צדקו דברי הטור לקמן בסי' תי"ט והעתיקו המחבר בניזק דיכול לדחותו לעדית דאם גילה דעתי דא"י לדחותו והע"ש תמה עליו ואין דברים ברורים כמ"ש הסמ"ע אך הא קשי' תינח להרא"ש אבל לחולקים על הרא"ש וס"ל דגילוי דעת אין מעלה ומוריד כמ"ש מהרש"ל ובישוב קושי' הרא"ש ס"ל כמ"ש לעיל תי' שונים דלא דמי כלל לבינונית ובינונית בב"ח או עדית ועדית בניזק א"כ אם יכול לדחותו מעדית לעדית אינו מעלה ומוריד כלל הך גילוי דעת וא"כ קשה מחבר דהשמיט כאן דעת הרא"ש וס"ל כהחולקים איך גריר בסי' תי"ט אחרי הטור והעתיק דבגילוי דעת מיוקרא דלקמי' א"י לדחותו מעדית לעדית דהא לפי החולקים אין נ"מ כלל בגילוי דעת ולעולם יכול לדחותו ואיך סתם לקמן כדעת הטור שהוא דעת הרא"ש ז"ל וצ"ע:

ה **תן לי עדית וכו'** הנה הטור הביא בזה שלשה דעות דעת הראב"ד דאם שואל עדית בציר פורתא אין כופין אותו ליתן אפילו ביוקרא דלקמא (וברור דפי' אפילו גילה דעתו ליתן כמו יוקרא דלקמא דבלי גילוי דעת מה צורך לדעת הראב"ד וכי יחלוק אדם אמה דשנינו במשנה ב"ח בינונית וכי יכול להכריח לו שיתן לו עדית אפילו ברב הון אלא ברור דכוונת שהי' מתחילה מגלה דעתו רצונו ליתן כיוקרא דלקמיה מ"מ ס"ל להראב"ד פטומי מילי בעלמא כמ"ש הרבה מחברי' ובתוכם הישו"ש. ודלא כב"ח דפי' דעת ראב"ד בדלא גילה דעתו דז"א כי בזה ליכא מחלוקת כלל וכן דעת הב"י דהכריע כדעת הראב"ד נגד הך תרי דיע' בתרייתא ש"מ דהכל בחד ענין דגילה דעתו ופשוט) וחד דיע' במגלה דעתו צריך ליתן לו בזולא דהשתא וח"א ביוקרא דלקמיה ובזה הסכים הטור ז"ל ותמהו הרבה מפורשים הישו"ש שלטי גבורים הכה"ג ובעל ג"ת דאיך פסק הטור בפשיטות נגד דעת אביו הרא"ש ז"ל מבלי הזכרת דעתו כלל דס"ל דיהביק ליה בזולא דהשתא. ואני תמה וכי לא עיינו היטיב בדברי הרא"ש דז"ל הרא"ש לאחר שהאריך ע"ש כתב לבסוף

וכן ב"ח אי א"ל שקול ביוקרא דלקמיה זיבורית טפי פורתא לחד גיסא או עדית בציר פורתא לאידך גיסא בעי למיתב ליה בזולא דהשתא שלא תנעול דלת בפני לוי' עכ"ל ומזה למדו דס"ל להרא"ש אף בעדית בציר פורתא יהיב ליה בזולא דהשתא הואיל גילה דעתו וכו' ולא השגיחו כמ"ש הרא"ש חד גיסא ואידך גיסא דהוא צ"ל גיר' כמ"ש הבעל מעדני מלך וכן הוא בנוסחאות ישינות וגם מילת גיסא הכי מתפרש גירסא. וכוונתו כי הראב"ד כמ"ש בעה"ת והרשב"א בחדושיו גרסו בגמרא אלא בב"ח דאמר הב לי זיבורית טפי פורתא או עדית בציר פורתא דאמר ליה אי שקיל כמו יוקרא דלקמיה שקול ואי לאו שקול כדינך ופריך הגמרא א"כ אתה נועל דלת בפני לוין ולהך גירסא ס"ל להרא"ש דע"כ קושי' הגמרא א"כ אתה נועל קאי אף על הך גוונא דביקש עדית בציר פורתא דאל"כ עדיין מה דוחקא להיות' נאיד מהך אוקימתא ולומר אלא בכתוב' נימא בב"ח ובהך גוונא דביקש עדית דצריך לקבל ביוקרא דלקמא ועכצ"ל דאף על זה סובב הקושי' וכמש"ל. וא"כ דינא ליטול בזולא דהשתא והתוס' לא גרסי ליה רק דאמר הב לי זיבורית טפי פורתא וע"ז קושי' הגמרא אתה נועל דלת וא"כ י"ל בעדית לא שייך קושי' הגמרא כמ"ש התוס' ויהיב ליה כיוקרא דלקמא ולא כהשתא והרא"ש לא רצה להכניס עצמו בזה להכריע בין הגירסות רק כוונתו לומר דבענין גילוי דעת ולזה כתב וב"ח דאמר הב לי זיבורית טפי פורתא לחד גי' פי' גי' התוס' רק בזיבורית או אמר הב ליה עדית בציר פורתא לאידך גירסא היינו גי' הראב"ד הנ"ל ולכל הגי' ואופנים צ"ל דגילה מתחילה דעתו לכך דאל"כ אין כאן בשום דבר נעילת דלת כמ"ש באריכות. וא"כ אין כאן הכרעה ברא"ש ורבינו בעל הטורים הכריע בעוצם חכמתו כתו' דלא גרסי לי' וא"כ אין לו בזולא דהשתא אמנם מה שפסק ביוקרא דלקמי' אף דלא נזכר הגמרא כלל למדו מתורת אביו הרא"ש דהא בכתובה ג"כ ליכא נעילת דלת בבינונית ומ"מ פסק הרא"ש בגילוי דעת דיהביק לי' ביוקרא דלקמ' כפשטא דלישנא דגמרא ולא דגמרא מיירי בלשון שלילה כמ"ש הישו"ש וא"כ אף בב"ח בעדית דחד דינא בינונית לכתובה כמו עידית לב"ח ודברי הטור ברורים. אלא דבאמת קשה א"כ למה מוקמינן לבסוף מילתא דאביי בכתובה דאמרה הב לי בינונית טפי פורתא דצריכה ליקח ביוקרא דלקמיה ולא מוקמינן בב"ח דמבקש עדית ויהבינן ליה ביוקרא דלקמא כדעת הטור באמת. ואמת התוס' כתבו דהמ"ל כן וזה דוחק דאיירי מקדם בב"ח ונאיד ממנו ואוקי בכתובה והניח דברי ב"ח מה דאיירי ביה. ונראה דוודאי כבר אמרו שם דאיכא דסבירא ליה תקנתא דעולא ואיכא דלא סבירא ליה רק מטעם שאמרו בגיטין שלא יראה אדם דירה נאה וכו' וכ"כ התוס' ב"ק דף ח' ד"ה מר סבר וכו' והנה לפי הטעם בגיטין דראוי היה לב"ח לגבות בעדית כמ"ש הנ"י בב"ק רק

שלא יתן עינו בשל חבירו תקנו בינונית. א"כ בשגילה הלוה דעתו דרוצה ליתן עדית רק ביוקרא דלקמיה בזו שפיר י"ל דהדרן לדינא שיגבה ב"ח בעדית דליכא חשש שיתן עין בו וילונו מתחלה על כך חדא מה חשש יש הא באמת רוצה למכרו רק מפסיד על שער המקח ואין זו כדאי לתקן בשביל כך ועוד איך ילוה מתחלה על כך וכי ידע דיאמר הלוה ויגלה דעתו שחפץ ביוקרא דלקמא דהא אם אין אומר ואין דברים א"י להכריחו כלל שיגבה ממנו עדית וא"כ מם חשש יש כאן בנתינת עין וא"כ הדרא הדין לקדמותו דגובה מעדית משא"כ לתקנתא דעולא דשורת הדין לגבות מזיבורית רק מפני נעילת דלת תקנו בבינונית א"כ מהכ"ת שיגבה עדיות כזולא דהשתא מה לו בעדיות דלוה אשר אין לו טענה כלל עליו ולכך הגמרא לא נחית כאן בפלוגתא דבריי' הנ"ל אי איתא לדעולא או ליתא ולכך קאמר הגמרא בב"ח דא"ל הב לי זיבורית טפי פורתא או (הרצון להמ"ד דס"ל ב"ח מהתורה בעדיות) הב לי עדיות בציר פורתא כי למ"ד הזה שפיר יכול לטעון בעדיות ג"כ וא"ש מילת או מכוון בגמרא וא"כ לפי התי' במסקנא לא ביקש הגמרא לומר הב לי עדיות טפי פורתא ובב"ח דא"כ יקשה למאן דלית ליה דעולא ולכך מוקי ליה בכתובה והוא אליבא דכ"ע אבל בב"ח למאן דסבירא ליה עדיות דאורייתא צריך ליתן ליה בזולא דהשתא אבל לפי דקי"ל כדעולא אין יכול לכופו ליתן לו כזולא דהשתא וא"ש ודוק כי לענ"ד דברים ההמה אמתים ונכונים בגמרא. והנה לדינא רבינו ב"י בספרו בדק הבית כ' דמסתבר כדעת הראשון דכתב הטור דאפילו ביוקרא דלקמיה אין צריך ליתן לו כלל. הואיל הוא דעת התוס' ע"ש ובאמת לא ידעתי מ"ש שהתוס' כתבו דל"ג הב לי עדיות בציר פורתא דמה נעילת דלת שייך ביה ומזו יש ראיה דס"ל כדעת הראשון מה ראיה יש מזו דהקושית הגמרא א"כ אתה נועל דלת ויקח בזולא דהשתא וזה לא שייך בעדיות אבל דיקח ביוקרא דלקמיה מזה לא אייריי ואדרבא התוס' כתבו בהא דאמרי' גביה כתובה בבינונית דאמר לה אם שקלת ביוקרא דלקמיה שקול דהמ"ל ה"ה בב"ח ובעדיות ש"מ לכאורה דס"ל דאף בב"ח אמרי' שקול ביוקרא דלקמיה אם לא שנאמר דהך אי שקלת ביוקרא דלקמיה אינו קושטא לדינא כמ"ש הישש"ש ויתר מחברים עכ"פ יותר נוטיה דברי התוס' לדעת הרא"ש ז"ל. אמנם מהך דכתבתי דאם אין מגלה דעתו דיקח ביוקרא דלקמיה לכ"ע אינו יכול לומר תן לי עדיות בציר פורתא דב"ח דינו בבינונית וכן מוכח מתוס' בדף ח' ע"ב ד"ה אבל זבין וכו' דכתבו במכר עדיות ושייר בינונית פשיטא דאין גובה מלוקח שני וא"צ לטעם ארעא דלא חזי לך דמה מכר ראשון לשני וכו' וק' הא אילו היה ביד ראשון היה יכול לומר תן לי עדיות בציר פורתא כמ"ש גבי זיבורית דלכך לא שייך מה מכר וכו' משום די"ל הב לי זבורית טפי ועכצ"ל דבעדיות לא מצי נמימר כך

דאין דינו בעדיות כלל ואם כן כל הספק במגלה דעתו וזהו לשיטת הרא"ש דסבירא ליה דיש נ"מ בגלוי דעת אבל לפי האולקים ארא"ש אם כן אינו גילוי דעת מעלה ומוריד כלל ופשיטא דא"י לומר הב לי ביוקרא דלקמי' דהא גילוי דעת אינו מעלה ומוריד כלל אמנם הטור לשיטתו כהרא"ש דנ"מ בגילוי דעת וא"כ אף כאן יש הבדל בגילוי דעת אי לא. ולכן לדינא אם אין מגלה דעתו פשיטא דא"י לומר הב לי ביוקרא דלקמי' ואי גילה דעת תליה בדעת מחבר ודעת הרמ"א בסעיף הקודם דמחבר דסבירא ליה דלא צריך אף כאן לא מהני ולדעת הרמ"א דצריך אף כאן מהני והדברים נכונים וברורים:

ומכרה וכו' ודעת מהרש"ל דאם מכרה קודם זמ"פ דגובה מזיבורית והש"ך כתב דמדברי הש"ס ופוסקים משמע דאין חילוק כונתו שסתמו דבריהם ואולי יש ראיה להיפוך בהא דמשני דף ח' וא"א אידי ואידי שלא היה לו עידית ומכרה וכאן דשוויה כעדיות דעלמא וכאן דלא שוויה כעדיות דעלמא ונתקשו התוס' א"כ דלא היה לו עדיות כלל ובינונית שוויה כעדיות דעלמא איך קרית ליה בינונית ולכך תי' דחד בריי' מיירי באמת שיש לו עדיין עדיות והוא דחוק לחלק ברייתות ולפי' מהרש"ל ה"ל לפרש דהיה לו עדיות ומכרה קודם זמן פרעון וא"כ בינונית קרוי הואיל והיה לו עדיות ומ"מ גובה מן זיבורית אם הבינונית שויה כבינונית דעלמא למ"ד בשלו שמין הואיל ומכר עדיות קודם זמן פרעון ואם סתמא דלישנא דגמרא לא משמע להו לפרש בכך מלבד דפי' התוס' דחוק יותר אף גם עדיין ק' ה"ל לגמ' לאוקמי בכך ויהיה הברייתות בחד גוונא אלא ע"כ צ"ל דליתא לדינא של מהרש"ל ובמכר עדיות יהיה אימת שיהיה מ"מ הב"ח גובה מבינונית לכ"ע ואין להתעקש ולומר דמ"מ הל"ל כגון שהיה לו עידיות ומכרה קידם שלוה מזה דודאי אין לו לב"ח שעבוד עליו ומ"מ שם בינונית עליו מימים מקדם דהיה לו בינונית משמע הכל בזמן הלואתו ואז הוחל השם בינונית ועדיות משא"כ למהרש"ל קשיא:

וכן משמע מסתימת הגמרא דבדזבין עדיות וזיבורית אפילו שייר בינונית וזיבורית לא מצי לגבות מהך לוקח שני זיבורית דאמר זבינא ארעא דלא חזי לך וע"ש בתוס' ד"ה אבל זבין וק' הא בזבין עדיות ושייר בינונית וזיבורית הא אינו גובה רק מזיבורית דבשלו הם שמין ובינונית נעשים עדיות וא"כ מה ארעא דלא חזי לך וסתמא קתני אפילו בזבין קודם זמן פרעון ועכצ"ל דבמכר עדיות תמיד גובה מבינונית ושפיר שייך ארעא דלא חזי לך. ואפילו לדעת התוס' בגיטין כמש"ל דסבירא ליה לרבא בשל עולם שמין מ"מ כל הפוסקים העתיקו אף דס"ל בשלו שמין ולכן דברי המהרש"ל דחוקים כמ"ש הש"ך וכן מוכח מרש"י בגיטין דף נ' ד"ה מאי עדיות דכתב אע"ג דתנאי היה על עדיות אם שטפה נהר או ליסטין להנך עדיות בטל התנאי וגובה בינונית כדינא מדעולא ע"ש ואע"פ

שרש"י סבירא ליה דסבירא להו לרבא בשלו הם שמין כמ"ש התוס' שם ומ"מ ס"ל דגיבה מבינונית ולא אמרינן דבינונית נדידיה ה"ל עדיות וצ"ל הואיל והיה לו עדיות רק נשדפו ה"ל כהיה לו עדיות ומכרה ורש"י פי' דנשדפה לאחר הלואה ולא כתב לאחר זמן פרעון ש"מ דלא כמהרש"ל אך אפילו מכרה לפני זמן פרעון מ"מ גובה מן בינונית:

ז **היה לו עדיות וכו' והתנה וכו'** והיש"ש השיג על זה דהא עדיות קיימא וחיוב עליו לקיים תנאו. והרב הש"ך כתב דדין הטור הוא גמרא ערוכה בפרק איזהו נשך דף ס"ו ע"ב האי גברא דזבין וכו' א"ל אי טרפת ליה מנאי מגבי לי מעידי עדיות א"ל מעידי עדיות לא מגבינא אלא מגבינים לך מעידית ואתא בדקא ושקיל לעדי עדיות וקטרפי מיניה וכו' אמר ר"ח כי קאמרי מעדיות דהוי עדי עדיות קיימא אבל השתא קיימא עדיות במקום עידי עדיות עכ"ל ודוחק לומר דהתם אמר בפירוש מעדי עדיות לא רגבינא לך דסתמא דש"ס לא משמע כך אמנם הרב הט"ז כתב דזה אינו דוחק דבשלמא בגילה דעת שאין רוצה ליתן הוא דקאמרינן כן אבל בסתם מי יימר דדעתו היה בשביל עידי עדיות דלמא פשוט דעתו היה ליתן עדיות ודברים שבלב אינן דברים. ובאמת סברא זו אינה כדאי לדחות דברי טור וכן ברמזים לא העתיק הטור רק סתם התנה לתת לו עדיות והיה לו עדי עדיות ולא העתיק כלל הך דאמר לו מעדי עדיות לא מגבינא לך וכו' ש"מ דס"ל דלא נ"מ בזה. ואין דבריהם לכאורה מוכרחים לדחות דברי הטור איברא דיש להבין למה השמיטו להך דינא הרי"ף ורמב"ם וכבר תמה הריטב"א בחידושיו לב"מ בזה ולא מצא טעם להשמטת הרי"ף. ולכן נראה דס"ל כמ"ש באסיפת זקנים ובריטב"א בשם רבינו פנחס דודאי אי נשטפו עדי עדיות לגמרי פשיטא דגובה מעדיות דהא קיימא עדיות בתנאו ומה בכך דאמר מעדי עדיות לא מגבינא וכו' רק דנשטפו עדי עדיות ונגרעו עד שנעשו זבורי זיבורית וא"כ נעשו עדיות עדי עדיות ובינונית עדיות וזיבורית בינונית ואלו עדי עדיות שנשטפו זיבורית ולכך אין לו אלא בינונית דנעשים עידית. וא"כ זהו למ"ד בשלו הם שמין אבל למ"ד בשל עולם הם שמין ליתא זה דמ"מ הם רק עדיות ולא עדי עדיות וא"כ הרי"ף והרמב"ם דפסקו בשל עולם שמין ליתא לדין זה כלל ולכך השמיטוהו. ואין להקשות לפי' הזה הא מבואר ברש"י גיטין שכתבתי בס"ק המוקדם דהיכי דנשתדף עדיות ה"ל כעדיות ומכרה וגובה מבינונית אף דבשלו הם שמין ונעשים עדיות וא"כ ה"ה כאן מה בכך דנעשים עדי עדיות מ"מ בשעת הלואה ה"ל עדיות גרידא דיש לחלק בשלמא בינונית דגובה בלי תנאי מתקנת חכמים שלא תנעול דלת א"כ אם בשעת השעבוד היה בינונית חל עלייהו שעבודא ולא משגיחין אם אח"כ נעשו אצלו עדיות דתקנת חכמים לא זז דאל"כ ה"ל נעילת דלת אבל בעדיות דתליא בתנאי אזלינן בתר טרפא דהא לא

שייך ביה נעילת דלת ותנאי היה הכל בתר שעת טרפא ולא בתר שעת שעבוד וא"ש ויש הבדל בין תקנת חכמים לתנאי וק"ל. וא"כ דין זה צ"ע כיון שהרי"ף ורמב"ם סבירא ליה כתי' רבינו פנחס ומסתבר טעמיה וכן הסכים הריטב"א. והנה הישׁ"ש הביא גי' אחרת בטור דאם כתב לו להגבות מעדי עדיות ונשתדפו א"י לגבית מעדיות רק מבינונית כשאר ב"ח ותמה הישׁ"ש דזהו דעת רש"י שם בגיטין שמעתא הנ"ל דנשדפו עידיות בניזק גובה מבינונית ופי' רש"י בניזק דדינו בעדיות והיה לו עידי עדיות ונשטפו יאמר לו המזיק נשתדפה שדך והיה לו לגבות מבינונית אבל התוס' והרא"ש לא ס"ל כן דא"כ הורע כחו של הניזק בעדיות ע"ש. והעיקר כדברי תוס' ולא היה לטור להיות נמשך אחרי דעת רש"י וצריך לומר דאף לכאורה לדעת הרא"ש והטור לק"מ דלא אמרינן בב"ק הורע כחו אלא בדגילה דעתו לתת לו ביוקרא דלקמי' וכאן אין גילוי דעת כלל. מ"מ קו' התוס' שפיר בתר עיון דכל קושית הרא"ש מה הורע כחו הא המזיק יכיל לדחותו משדה לשדה וא"כ אם הוא רוצה בינונית יאמר אתן לך עדיות. ולכך תי' דהיה גילוי דעת אבל בזה שפיר קשה כיון דהא דלא מצי הניזק אומר תן לי עדיות ולא עדי עדיות היינו משום דמדחה משדה לשדה אבל בשביל זה אם נשתדף שדה אחת וכי בשביל כך לא יגבה משדה אחרת וא"כ אף דנשתדף עדי עדיות למה לא יגבה מעדיות דהיינו שדה אחרת. אבל עם כל זה אין מקום לקושית מהרש"ל דנראה מתוס' שם דלא השיגו על רש"י אלא בניזק אבל במ"ש רש"י מקודם דאי הלוה כ' בשטר לגבות מעדיות ונאבדה דגובה ביתומים דליכא תקנתא דעולא בזיבורית לא השיגו וקשה למה הא בשלו שמין וחזרה בינונית לעדיות ותנאי קיים בעדיות והתנאי מועיל אפילו ליתומים. אלא דזה אינו בשלמא ניזק דנוטל מד"ת א"כ שפיר ק' מה בכך דנשתדפו מי ביטל לזכותי בעדיות דקיימא ולמה נימא נשתדף שדהו. אבל בב"ח דבעי למשקל מכח תנאי שפיר אמרינן דתנאי לא היה אם יאבד עדיות. ומכ"ש בהתנה על עדי עדיות הא לא התנה כלל על עדיות ועדי עדיות נשתדפו. ופשיטא לכ"ע אין לו אלא בינונית וזה פשוט דאין לו לגבות רק כפי תנאי והדין דין אמת:

סימן קג

א **נדון בק"י שהוא דבר ממוצע** והסמ"ע כתב דרוב מחברים סבירא להו דנדון בק' כדעת רוב שאינו שוה יותר מק' ואני מצאתי ראיה לזה מהא דאמרינן בכתובות דף ק' דשליח שטעה בכל דהו ולא דמי לב"ד שטעו דהתם רבים ושליח יחיד ואלו כדעת רמב"ם מה בכך דהם ג' הא הטעות אינו מצדם כהך נדון דשנים אומרים בהדיא דאינו שוה רק ק' רק

ע"פ שומת השלישי שוה ק"י וא"כ הטעות רק בחד גברא דהשנים באמת לא טעו כלל ואמרו שאין שוה וא"כ מה הבדל יש בין ב"ד לשליח וכי בשביל שיהיה בקבוץ שלשה אדרבא הא שנים אינן מסכימים ועכצ"ל כדעת הרשב"ם וכן ברור לדינא וכ"כ הסמ"ע:

ב **להיות קרובים זה לזה** דין זה למדו הר"י בן הרא"ש משומת מעשר שני דנישום ע"פ קרובים וצ"ע כי שם אפילו גוים וכ"ת ה"נ כמ"ש מדברי המ"א א"ח סימן ש"ו ע"ש א"כ במעשר שני אפילו הבעלים עצמן הן בעל הפירות כמ"ש הרמב"ם בחבורו ויש לו הנאה אם הם נשומים ביוקר כדי שהכסף הפדוי שייך לו לאכול בירושלים והן הבעל ממון כמ"ש הרמב"ם בפי' משנה דהנאה לו אם נשום בפחות ואם כן אף כאן בכלל השומא יהיה הבעלים במנין הג' הלוה והמלוה דבר זה מהנמנע ומעולם לא שמענו ובגמרא דכתובות אמרינן שומת ב"ד ומה כח ב"ד יפה ומה תואר ב"ד אם הם קרובים גוים ובעלים. ואפשר דלא אמרו הר"י בן הרא"ש אלא כמ"ש רש"י והנ"י ב"ב דף ק"ז ג' שירדו לשום ופי' למזון האשה והבנות וצריך לומר דנקטו הנך ולא פי' בפשוט לשומת הלוה ולוקח משום דלמה נקט בברייתא לשון שלשה ולא ב"ד וממילא היו שלשה ולכך פי' מזון האשה דהיא מוכרת שלא בב"ד רק בעי מ"מ ג' לברר השומא כדאמרינן בפ"ב דב"מ ד' ל"ב ע"ש. ולפ"ז אף בנידון זה אמרה ר"י בן הרא"ש כיון דלא בעי בית דין רק שלשה לברר השומא א"כ אף בקרובים וכדומה סגי כמו במעשר אבל בשומא דבעי ב"ד פשיטא דלא סגי ולא מועיל קרובים וכדומה דהא בעינן ב"ד וזהו ברור אך אף גם בזה צ"ע כי מה ענין זה למ"ש דשם דבר תורה אפילו שוה מנה שחללהו על שוה פרוטה מחולל אבל כאן הא יש לחוש לנגיעה ולנטיות צד בכל אופנים ולכן דינו צל"ע:

ג **אבל אם היו נכסים ב"ח וכו'** המחבר נמשך אחרי דעת המ"מ דדייק הואיל והרמב"ם כתב זה גבי לוקח דבכל שהוא מכרן בטל ש"מ דס"ל בלוה עצמו דינו כמו יתומים ולכך נתן טעם הואיל ואין חיוב על הלוקח בעצמו רק קרקע שלו הוא משועבד א"כ אין יד ב"ד כ"כ כחן יפה משא"כ יתומים דהן כרעא דאבוהן ומכ"ש הלוה בעצמו והחיוב פרעון עליהם מוטל. ובאמת סברא זו קלושה וחלושה עד מאד עד שהרב מ"מ בעצמו כתב שצ"ע ונסתפק בה וכבר תמה הג"ת כי הרמב"ם נמשך אחרי תשובת הרי"ף והמעיין בתשובת הרי"ף שהוא בבעה"ת שער שלישי יראה מבואר דדין אחד ללוה עם לוקח וטעם נכון כי ביתומים כח ב"ד יפה בכ"מ והם אבוהן דיתמי ולכך אם טעו עד שתות מקחן קיים משא"כ בלוה ולוקח שהם אם ירצו יכולים לסלק לטורף בלי ב"ד אין כח ב"ד יפה כ"כ והוי רק שלוחים ובכל שהוא חוזר ואני מוסיף כי לפי טעם הנ"ל א"כ בב"ד שיבררו ויחלקו בנכסי יתומים וטעו בפחות משתות בשומת החלקים למה יהיה קיים

וכי חיוב על יתומים מאחד על חבירו ולמה זהו משונה מלוקח שאין חיוב עליו ומכ"ש בחלוקת יתומים וא"כ קשה למה פסק הרמב"ם פרק יו"ד מהלכות נחלאות דין ד' ב"ד שעשו חלוקה בין יתומים קטנים לגדולים וטעו עד שתות חלוקתן קיים ועוד פ"ק י"ג מהלכות מכירה דין יו"ד העתיק המשנה דכתובות שום הדיינים וכתב ב"ד שמכרו בנכסי יתומים וטעו עד שחות וכו' הרי שהוסיף מלשונו מה דלא נאמר במשנה מנכסי יתומים ואלו דעתו אף בלוה עצמו למה לא כתב סתם או בנכסי לוה ולמה פרט בשל יתומים וזהו ראיה מבוררת דדוקא ביתומים ולא בלוה ולוקח והא דכתב דינו ב"ד שטעו בכל שהוא בלוקח ולא בלוה רבותא קאמר דה"א בלוקח דאינו יכול ליתן בעצמו השדה בשומא דאם יחזור אח"כ על המוכר יאמר מאן שם לך ופשיטא דצריך שומת ב"ד וה"א דדינו כמו בשל יתומים קמ"ל דנא ומכ"ש הלוה דמאן מעכב בידו אם נותן ברצונו השדה למלוה בשומא כמו שירצה פשיטא דאין כח ב"ד יפה וזה ברור וכן נראה דעת הטור ברמב"ם ונכון. ולא ק' לשיטת הרי"ף ורמב"ם הא דאמרי' כתובות דף ק' ר"נ אמר שליח שטעה באלמנה מה אלמנה יחידה אף שליח יחידי לאפוקי ב"ד דרבים נינהו מה נ"מ ברבים או ביחיד הא בשומת לוקח ג"כ רבים ומ"מ דינם כאלמנה וה"ל ניתן טעם דשם כח ב"ד יותר יפה כמ"ש המ"מ וכהנ"ל בשלמא למ"ד שליח כב"ד מה ב"ד שלא לעצמן אף שליח שלא לעצמו ל"ק דהא בלוקח ג"כ לא לעצמן די"ל באמת להך מ"ד בכל שומא אפילו של לוקח אינו חוזר דלא גריעי משליח אבל לר"נ קשיא וצ"ל דס"ל כפי' ר"ת דשאנה שם בשליח היינו שליח ב"ד והיינו מב"ד ששמו בשל יתומים וא"כ ה"א דשליח כמותו של הב"ד דבהו מקחן קיים ואף שליח כמוהו ועדיף משארי ב"ד בשל לוקח או לא דסיף כל סוף דאף דעדיף בזה משאר ב"ד דהוא שליח ב"ד בשל יתומים מ"מ הם שלשה והוא חד וזהו טעמו של ר"נ וא"ש. והמ"מ בהל' שותפין פ"א נסתפק אי ס"ל להרמב"ם אף בשליח ב"ד שטעה בכל שהוא ולפמ"ש הדבר מוכרח לשיטתן:

ד **אינו יכול לכוף וכו'** השי"ך השיג על זה דהב"י כתב זה החילוק בבדק הבית שלא יהיה דברי בעל המאור מחולקים עם תשובת רשב"א ובאמת בלא"ה בטלה מחלוקת כי לא נזכר ברשב"א שאין יכול לכוף המלוה ליקח הך קרקע פורתא והאמת אתו בזה דאין מדברי תשובת רשב"א שום קושיא אבל מ"מ נראה לדינא נכון כמ"ש רבינו המחבר דבלא"ה בדין זה דיכול הלוקח לכוף למלוה שיקח בדמים הך קרקע פורתא הנשאר הוא דעת רז"ה אבל הרמב"ן במלחמות חולק וכתב דיאמר המלוה מה לי ולך וכי הקניתי לך או קניתי ממך קרקע אני אטול כפי שעבודי והנשאר מה איכפת לי וא"כ אף דלא נפסוק כרמב"ן הוא דיאמר הלוקח אני מוחזק בקרקע שלי ואני איני חייב לך כלום ולמה אהיה

מפסיד שלי וכמו שיש נעילת דלת בפני לוים כן יהיה בפני לוקחים דלא ירצה לוקח ליקח קרקע כי למחר יטרוף ואפילו שלי אפסיד אבל בלוה מסתברים דברי הרמב"ן כי יטעון המלוה מה לי ולך הלוה אם תפסיד הלא עבד לוה וכו' מכור קרקע ופרע לי בדמים ויש כאן נעילת דלת דיאמר אלו הוי לי זוזי הייתי קונה קרקע רק כפי מעותי ועכשיו אני מוכרח לקנות יותר מכפי מעותי מה שאין ביכולתי ולא עלה בלבי מעולם. ודברי הרי"ף שמסכימים לדעת רז"ה אינם אלא בלוקח אבל לא בלוה ומהיכי תיתי לחלוק ארמב"ן ואיש נבוב ילבב כמה חלוקים יש בין לוה ללוקח:

ה **או שהיא משכונה** הסמ"ע דקדק מה או אם רשאי למוכרה כשאין משכונה בידו מכ"ש כשהוא ממושכן בידו ולכן תי' דבמשכון אין צריך לידע אם עבר זמן כמו שכתב' באורים ודבריו דחוקים בהבנת דברי ש"ע כי עיקר חסר אבל המעיין בבעל התרומות יראה דכל ראיית הנך רבוותא הוא מהך גמרא דפסחים דאביי אמר למפרע הוא גובה דכי מטי זמנו ולא פריק איגלאי מילתא למפרע דהיה של מלוה ולכן אם אקדיש או זבין מלוה קודם זמנו מעשיו קיימים ורבא אמר מכאן ולהבא גובה השתא דלא פריק ודייקו מיניה הא עכ"פ השתא בכלות הזמן ולא פריק הרי הוא שלו ויכול למוכרו כדס"ל לאביי תוך זמנו (ולכן דברי הש"ך בס"ק ט' דהכריע כסברא ראשונה דא"י למכור דכן מוכח בסוגיא דפסחים פרק כל שעה ואדרבא כל חילי' דבעלי סברא אחרונה הוא משם רק בעלי סברא קדמייתא דחו ליה בתי' שונים אבל עכ"פ אין ראיה משם לדבריהם ודבריו צ"ע) ובעל עיטור בשם ר"ח כתב די"ל דשם בפסחים איירי במשכון בידו ולכך מכאן ולהבא גובה דיכול למוכרו אבל בלתי משכון לא וא"כ כוונת המחבר במילת או הרצון או אם נאמר דהך דינא ליתא רק זהו נכון וזה שאמר שאם עבר זמן שקבע לפרוע או דזה ליתא רק שיהיה משכונה בידו כדעת ר"ח דדוקא בזו מכאן להבא גובה וכו' ודברי המחבר פשוטים וישרים. והקשה הג"ת לשיטת ר"ח דכל הסוגיא דאביי ורבא איירי במשכונה מה פריך הגמרא לרבא דדייקי ממתניתין נכרי שהלוה לישראל על חמצו ומשני בשהרהינו אצלו וק' לס"ד דלא איירי בכך מה איריא לרבא לאביי נמי ק' דאף דסבירא ליה למפרע גובה ה"מ במשכון ובס"ד המשנה לא איירי במשכון ולק"מ דהוא סבירא ליה הרהינו אצלו אין פי' משכנו דהל"ל בשמשכנו אצלו רק הרהינו פירושו דא"ל אם לא אפדה קנה מעכשיו ובזו לכ"ע אינו עובר כמבואר בא"ח סימן תמ"א ע"ש ולכך לא מוקמינן במשכון גרידא דבזה לרבא מ"מ מכאן ולהבא גובה ופשוט:

ו **יכול למוכרה** פשוט משמע בלי שומא כלל והקשה הסמ"ע הא לעיל סימן ע"ג משמע אפילו במשכן מטלטלין לא ימכרנה אלא בבית דין ותי' דשם מהני ב"ד של הדיוטות

ואף כאן איירי בכה"ג ודבריו דחוקים כי מזה לא נזכר כלל בטור ובעה"ת שער מ"ג אשר שם מקורו. והט"ז דעתו לחלק בין מקרקע ומטלטלין דבמטלטלין שאינ' ניכר כמה היה שוה צריך עכ"פ שומא משא"כ בקרקע דארץ לעולם עומדת ותמיד שלך לפניך להבחין שויה א"צ שומא. ומלבד דדבריו דחוקים דהא מי יודע אם יתקן או יקלקל הקרקע בשבח וגרעון ושהרי שווי קרקע משתני' לימי' ורגעי' עד שבאמת אמרו שאין אונאה לקרקעות כי כמעט אין שומתן ידוע וא"כ מי יבחין אח"כ השומא שהיה באותו זמן ואין לו אלא לפי שערו אף גם דא"כ הא דאמרינן יבפ"ב דב"מ כרב ספרא דביקש לחלוק בלי שומא והביא ראיה מהא דתנן אלמנה מוכרת שלא בב"ד וקשה מה ראיה יש מן קרקע למטלטלין דשם שומתו ודוע בכל זמנים ולכך א"צ שומא כמ"ש הט"ז וגם התוס' דהקשו איך יכולה אלמנה לשום לעצמה בב"ד הא תנן בפקדון כשהוא מוכרה מוכרה לאחרים לא לעצמו משום חשדא וקשה מה קושי' הא שם איירי במטלטלין ואין לבר' השוי ולכך איכא חשדא משא"כ בקרקע איכא לברר השוי וליכא חשדא ועכצ"ל דגם בזה איכא חשדא דהשערים משתנים ולכן תי' הט"ז ז"ל לא בריר לי כלל. איברא בגוף הדבר תמוה לי עד מאוד דלפי דעת זה בטלת כל דין שומא והכרזה האמור בש"ס ודוחק לומר דכל מה דנאמר בש"ס היינו בסתם הלואה ולא הוגבל זמן לפרעון כלל אבל בהוגבל זמן ועבר זמן באמת א"צ שומא והכרזה דזה דחוק דהא סתמא דכל הש"ס מיירי מענין זה אף גם דא"כ הא דדחיק הגמ' ליתן טעם למה אלמנה מנשואין מוכרת שלא בב"ד ונתן טעם משום מזוני ולכך אלמנה מאירוסין לא תמכור אלא בב"ד והא התם הזמן קבוע ומוגבל כשתהיה נשוא' לאחר תטלי מה שכתוב ליכי ובכל ב"ת הדין דמוכר שלא בב"ד. ובהכי נדחה נמי מ"ש הבעה"ת בשם הר"י אלברצוני דכל שומא האמור בש"ס היינו בשומא לעצמו ולכך בעינן שומא והכרזה אבל במוכר לאחר א"צ כלל דהא שם בכתובות דף צ"ח משמע להדיא דזולת אלמנה אף במוכר לאחרים בעי הכרזה ולכך איפסקא באלמנה הלכתא דלא בעי הכרזה משמע בשאר ב"ח בעי:

ולכן נראה ברור כי כל חיילה דהנך רבוותא הוא מפלוגתא דאביי ורבא בפסחים ומדאביי דס"ל למפרע גובה נשמע לרבא דאביי לא ס"ל דא"צ שומא והכרזה דזה לא נאמר בדבריו כלל רק אם מקדיש וזבין תוך זמן דהוי הקדש ומכירה ולא נימא אין אדם מוכר דבר שאינו שלו וכן הדין לרבא דס"ל בהגיע זמן דיכול למכור אין הכוונה דלא בעי שומא והכרזה דפשיטא דבעי לברר כמה מהשדה מגיע לו רב או מעט אם בזול אם ביוקר ואולי יוסיפו ליתן ולמה יקחנה המלוה בזול ונפסיד ללוה רק כל כוונתם דלא תימא כדעת המחברים דקודם שומא והכרזה אין למלוה יד בו ואם מכר אין בו ממש דדבר

שאינו שלו מוכר ואין המכיר' חל כלל ולכך קמ"ל דלאחר זמן פרעון מודה רבא דהרי הוא שלו למכור ולהקדיש ומכירתו מכירה גמורה רק בעי אח"כ שומא והכרזה לברר השער והמקח בכמה דמי' יקח השדה וכמה נתקבל על חובו אבל בתר שומא והכרזה נתברר למפרע דהיה שלו ושלו מכר וא"כ אם מכרה קודם שומא ולאחר שומא בא הלוה לסלקו כדין שומא הדרא לא מצי דקי"ל זבנה שומא לא הדרא והמכירה זו מכירה קיימא וחלוטה וזה ברור. והראיה לזו מדברי הרא"ש בפ' מי שהיה נשוי בעובדא דתרי אפדנא דכתב בשם הר"י דהא דמצי לומר אי ניחא לך אפדנא ראשונה באלפי שקול ואם לא שקול זוזך ה"מ בדלא עשו הכרזה בשומת ב"ד אבל עשו הכרזה בשומת ב"ד והורידהו ללוקח בקרקע תו לא מצי לסלקו וכן כתב הרמ"ה והוסיף דמיירי דזבנא לאחר דתו לא הדרא שומא וכו' עכ"ל וקשה איך אפשר למכור לאחר הא איירי דעדיין לא נעשה שומא והכרזה וא"כ איך יוכל למכור וכלא יחשב ועכצ"ל דס"ל כדעת הנך רבוותא דאפילו בלי שומא והכרזה במטי זימנא יוכל למכור: וקשה א"כ שומא והכרזה למה עד דמחלק בין קודם לאחר שומא הא בכה"ג א"צ שומא כלל ועכצ"ל דס"ל דמ"מ מידי שומא והכרזה לא נפקי רק יכול למכור קודם שומא וא"ש וברור דגם ר"י אלברצלוני הכי ס"ל רק דקשיא ליה הא דאמרינן מאימת אכול פירות מכי שלמו ימי אכזרתה דהא אם שלו הוא למפרע רק לאחר שומא והכרזה נתברר המקח בכמות ואיכות א"כ תיכף ה"ל לאכול פירות ולכך תירץ דשם מיירי דלשום לעצמו ואין לו יד לקנותו ואין אוכל פירות עד שלמו ימי אכזרת' אבל לאחרים באמת לא ובהכי ניחא במה דאמר אביי עבחז"ל והלא בלא"ה ס"ל למפרע גובה והרי שלו ולפ"ז ניחא דמיירי בשם לעצמו ועיי' באסיפ' זקנים וריטב"א דנתקשו בהא דעבחז"ל ואולי בזה דס"ל למפרע גובה יתיישב עכ"פ יהי' דעת הר"י אלברצלוני איך שיהיה ברור דדעת הנך רבוותא לא היה למנוע שומא והכרזה והוא צריך וצריך רק המכירה מקדם חל וא"ש ודוק:

ז **מנכין לו מחובו** הקשה הסמ"ע הא בתשובת הרא"ש שממנו מקורו איירי בנכסי יתומים ונתן הטעם הואיל ואין לפרוע מנכסי יתומים רק בשבועה א"כ קודם השבוע' מי יימר דמשתבע והנכסי' בחזקת יתומים קיימי הרי זולת יתומים אין לנכות הפירי וא"כ קשה איך סתם הש"ע ובאמת בבדק הבית כתב דמעש' שהי' כך הי' ביתומים וה"ה בלוה חי ג"כ ואין זה תי' במה שנתן הרא"ש הטעם דצריך שבועה ומי יימר דמשתבע דמשמע לולי זאת היה זוכה בפירי והסמ"ע כתב דבעובדא דהרא"ש היה מנהג לכתוב שהרשות לירד בלי שומא וכו' וזה לא נזכר בדברי הרא"ש כלל ועיקר חסר וגם כתב דאולי ס"ל להרא"ש כהנך רבוותא בסעיף ו' בעבר הזמן פרעון דיש רשות לירד בלי שומא

ולכך הוצרך לחלק דביתומים שאני הואיל וצריך מ"מ שבועה. וגם זה לפי שכתבתי בס"ק הקודם ליתא דאם מחזיקו המלוה בעצמו ואינו מוכרו לאחרים כ"ע מודים דלית ליה ביה יד ואינו שלו עד ששלמו ימי אכרזת' לכן ברור דודאי מה צורך הרא"ש להך סברא אולי לא ישבע הא גמרא שלימה דאין אוכל פירות עד שישלמו ימי אכרזתא אבל שם בעובדא דהרא"ש מבואר דכבר היה לו שומא והכרזה בחיי הלוה וטרם שהגיע לו החלטה והורדה אחרונה מת הלוה וירד המלוה להנכסים בלי רשות ב"ד וא"כ ודאי אילו הלוה חי ושלמו ימי אכרזתא והיה המלוה אוכל פירות לא היו מנכים לו אבל במת הלוה עדיין יש חשש אולי פרעו הלוה קודם שהגיע לו החלטה והורדה אחרונה וא"כ לא היה יכול לגבות בלי שבועה וטרם דאשתבע הנכסים בחזקת יתומים ואין לו פירות וצדקו דברי הרא"ש אבל טרם דשלמו ימי אכרזתא לכ"ע אינו אוכל פירות ומה שאכל מנכין לו ואפילו הלוה חי ופשוט ולק"מ:

ח **ששמו קרקע לב"ח וכו'** דעת הריטב"א דאם שמו לקטן אינו חוזר עד שיגדל דיוכל להקנות ללוה וכתב הש"ך בס"ק י"א דדעת הריטב"א צ"ל כדעת הפוסקים דאי שומא הדרא צריך קנין חדש ממלוה ללוה ולכך בקטן לא שייך זה אבל לפי דעת הנ"י וסייעתו דא"צ קנין חדש א"כ אף בקטן חוזר דמה נ"מ אם יכול להקנות או לא הא א"צ קנין חדש ואמת אתו דדעת הריטב"א דצריך קנין חדש כמ"ש באסיפת זקנים דף ט"ז ע"ב בשם ריטב"א ע"ש ומסתברים דבריו. אלא לדידי יש פקפוק אחר דהרבה מחברים מדמים הך ועשית ישר וטוב הנאמר בשומא הדרא להך ישר וטוב הנאמר לקמן בדינא דבר מצרא וא"כ לקמן בסי' קע"ה סמ"ז פסקינן דמוכר ליתום קטן לית ביה משום דינא דבר מצרא כלל והריב"ש סי' תק"ז ביאר להדיא שאין הטעם משום דלית דטרח ליה רק הטעם דלא שייך ביתום קטן עשית הישר וטוב ע"ש וא"כ ה"ה הכא דכל הטעם משום ישר וטוב ולכן לדינא צ"ע:

ט **אבל שומת מטלטלים לא הדרא וכו'** הפלפלא חריפתא לב"מ נדחק בטעמו של דבר לחלק בין שומת מטלטלים לקרקע וא"צ כי הדבר פשוט מטלטלי שכיחי לקנות ומי שיש לו מעות יכול למצוא קנין מטלטלים בכ"מ וא"כ מה ישר וטוב שייך גבי' דיתקנו חכמים להתזירהו משא"כ בקרקעות דלא שכיחי ואדם רוצה בשלו יותר מבשל חבירו א"כ שייך גבי' ישר וטוב ותקנו חז"ל דיהיה הדרא. ומזה הטעם עלה על דעת הריטב"א לומר במטלטלים דלא שכיחי לקנותן אף בהו יהיה שייך שומא הדרא והיינו כי דחיקי לי' לפי פרושו בהא דפרכינן בהמפקיד למימרא דסבר ר' נחמן שומא הדרא על הך דאמר ר"נ הדרא כיפי למרא פריך הא כיפי מטלטלים הם ולכך ביקש לדחוק דבמטלטלים דאין

מצוים למכור שייך נמי שומא הדרא אבל באמת רוב מחברים פי' דלא על הכיפי הקשה דפשיטא דלא אקני לי' רווחא רק על מה שאמר הדרא אפדנא וא"כ תו ליכא לחלק בין מטלטלים למטלטלים והשוו חז"ל מדתם:

י **אינו נוטל הוצאתו וכו'** הטור הביא פלוגתא דרבוותא אי משלם הוצאתו או לא ופסק רבינו המחבר דמספק לא מפקינן ממון מיד הלוה המסלק והסמ"ע בס"ק ט"ו חולק דזה המלוה מוחזק בקרקע מהדין והלוה מסלקו מתורת תקנת חז"ל א"כ הוי המלוה מוחזק ואין הלוה זוכה בשדה עד שיתן לו כפי תביעתו ע"ש והנה לכאורה יש לרבינו מחבר ראיה מהרא"ש ב"מ פרק המקבל דכתב גבי דינא דבר מצרא אי המצרן טוען לכ"ע מוזיל והלוקח טען לדידי אוזיל על המצרן להביא ראיה דהך קרקע דלוקח הוא ואין למצרן בו אלא משום ועשית הישר וטוב וכו' ולא אמרינן ס"ס האי ארעא למגבי ביד המצרן קאי ועל הלוקח להביא ראיה כדאמרינן לקמן גבי יתומים אומרים אנו השבחנו וכו' דאמרינן הואיל וארעא לגוביינא קאי על היתומים הראיה דלקמן מיירי באפותקי וה"ל כיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות אבל הכא קרקע בחזקת לוקח קיימא אלא מתקנת חכמים משום הישר וטוב תקנו חכמים למצרן וכו' ומספיקא לא מפקינן ממון עכ"ל ומזה נראה לכאורה טעמו של הרא"ש דלא דמי להך דיתומים אומרים אנו השבחנו משום דס"ל דשם מיירי באפותקי ולפ"ז לפי מה דס"ל המחבר לקמן סי' קט"ו ס"ה כרמב"ם דאפילו בלי אפותקי על היתומים להביא הראיה א"כ הרי הדמיון של הרא"ש שוה וא"כ על הלוקח וכאן על המלוה להביא ראיה ויפה פסק כאן לשיטתו. אלא דא"כ היה לו לרבינו מחבר אף במצרן לפסוק כן דעל הלוקח להביא ראיה ואולם הוא לקמן סי' קע"ה סעי' ז' פסק כהרא"ש דעל המצרן להביא ראיה. ולכאורה סתירה בדבריו וצ"ל דס"ל לרבינו מחבר הא דדחי' הרא"ש הך דיתומים אומר' אנו השבחנו דמיירי באפותקי משום דבלא"ה ס"ל להרא"ש כן כמבואר לקמן סי' קט"ו באריכ' ולכך קושטא דמלתא נקט אבל באמת אף דלא מיירי באפותקי כדעת הרמב"ם מ"מ הא החילוק מבואר דשם הב"ח גובה מדינ' וא"כ שפיר אמרינן קרקע לגוביינא קאי משא"כ מצרן דאין לו מדין רק מכח תקנת חז"ל וכל ספק ביה אמרינן אוקי אדין תורה והלוקח מוחזק ולא אמרו הרא"ש הך דאיירי באפותקי רק להרווח' דמילתא ולפ"ז הסתירה מיניה וביה ברבינו מחבר דבמצרן פסק דהלוקח מוחזק וכאן דג"כ רק מתקנת חכמים פסק דהלוה מוחזק. וביותר קשה לדעת הרמ"א דס"ל לקמן בסי' קט"ו כהרא"ש דאם אינו אפותקי אף דקרקע לגוביינ' קאי מ"מ על הב"ח להביא ראיה הואיל ויתומים מוחזקים בקרקע וכאן סתם כרבינו מחבר דעל המלוה שקרקע בידו ואינו עומדת לחזרה רק מכח תקנה להביא ראיה והדברים

סותרים וצ"ע ולישב צ"ל דכיון דקרקע לא השביח כלל רק המחייב הוצא' הוא דס"ל דהוי כיורד ברשות ולדעתם נמי אין לו תביעה בגוף הקרקע דהא הקרקע לא השביח כלל רק על לוה המסלקו בשביל הוצאות לך ופרע לי אבל אין זה בגוף הקרקע וא"כ הוי כשאר תביעות ממון דיכול הלוה לומר בפלוגתא דרבוותא הממע"ה וקים לי ואין זה ענינו שבשביל זה יתפוס המלוה הקרקע כיון דאין בקרקע שבח ולא שייך בי' תפיסה בשביל תביעה משא"כ ביתומים אומרים אנו השבחנו דשבח הוא בגוף הקרקע וכן לקמן במצרנות שלקח בזול א"כ הוזלה גוף הקרקע והלוקח טוען לא אתן לך קרקע רק כפי שיעור מעותיך כי הנשאר הוא אצלי במתנה כי אוזיל גבי' וכיון דהסכסוך בגוף קרקע שפיר קררי הלוקח מוחזק אבל כאן שלא השביח כלל אין כאן סכסוך בגוף קרקע רק תביע' בעלמא והדין עם המוחזק ודוק:

יא **לא הדרא כלל וכו'** זה לשון הרא"ש ודווקא שלא השביח המלוה או שלא נתייקרו הקרקעות אבל נתייקרו קרקעות לא מסתב' כלל שיצפה הלוה כל ימיו אם יתייקרו הקרקעות שיפדה הקרקע ואיכא נעילת דלת בפני הלווין עכ"ל ודעת הש"ך דהרא"ש פתח בתרתי וסיים בחדא ומה טעם יש בשבח דלא יפדהו כשנותן לו כל דמי שוי שבח ולכן ס"ל לש"ך דחד דינא לשבח ויוקרא דנכסי' ובכ"מ אם רצון לשלם השבח הדר' השומא כמו בנתייקר והשיג על הטור והש"ע דס"ל בשבח בשום אופן אינו חוזר. ובאמת כבר קדמהו מהרש"ך בתשובה אבל ברי"ו נתיב ו' ח"א מבואר להדיא כמ"ש הש"ע דבשבח אינו חוזר כלל ובנתייקר צריך נשלם כיוקרא דהשתא ובאמת כן מורה ג"כ לשון הרא"ש דאילו חד דינא להו לא ה"ל להזכיר הך שבח רק הך דנתייקר ושבח במכ"ש דמהכ"ת יגרע א"ו דשבח אינו מועיל כל דמים שבעולם כי נשתנה ופנים חדשות יש כאן כמ"ש הסמ"ע ועיין באורים רק לגבי נתייקר נתן הטעם דא"כ יצפה הלוה עד עת היוקר לפדותו ובזו סגי כשצריך לשלם כפי היוקר. ולכך חלקו הרא"ש לשני בבות והעיקר קושי' דמנ"ל להרא"ש הך דינא ולחדש מלבו הך סברא ולפסוק דין בלי ראיה מגמרא ונראה דיש לו ראיה דהא אמרינן בגמ' דב"ק וב"מ שלשה שמין השבח ומעלין אותו בדמים בכור לפשוט ב"ח ליתומים ב"ח ללוקח ועיין חדושי רשב"א לב"ק דהביא בשם ר"ח ואיפשטא דליכא מאן דמעלי' אותו בדמים אלא אלו ג' והקשה הרשב"א הא איכא ארוס כמ"ש התוס' ותי' דזהו בכלל גזלן ע"ש וא"כ קשיא ליה לרא"ש מלוה דהשביח קרקע דיהיה חוזרת בלי עילוי שבח לקתה מדת הדין כמ"ש דא"כ יצפה הלוה עד שישביחו ויפדהו וע"כ דצריך לשום מה שנשבח וליתן לו דמים וא"כ לחשוב נמי זה דלוה למלוה בשומא הדר' שמין השבח שהשביח קרקע ונותן לו דמים ואין לו למלוה

בקרקע כלום וע"כ צ"ל בשבח לא הדרא כלל ודברי הרא"ש מוכרחים ויפה קאמר דמהך דנתייקרו דאין הדעת נותן שיפסיד המלוה ועכצ"ל דנותן לו כשוי דהשתא וקשה א"כ לחשבי' אלא ודאי בשבח אין חוזרת כלל ודברי הרא"ש מדוקדקים ומוכרחים ודוק. ואין לומר דלמא באמת בשיעור שבחא נוטל המלוה בקרקע וכן משמע מדברי ריטב"א. דס"ל לרא"ש דבשומא הדרא לא תקנו חכמים לחלוק הקרקע וכן מוכח מהא דבסעיף יו"ד בהג"ה בהניח יורשין דהוי לקוחות אף דהניח רק ב' בנים וא"כ הרי זה לוקח לחצי שדה ולחצי יורש ולהדר ליה חצי שדה ואיך סתם הרא"ש אלא ברור דלא אמרינן שומא הדרא שהוא משום ישר וטוב לחצאין או כל שדה או לא כלום וא"ש:

יב **מרצונו בלא ב"ד כו'** בגמרא אמרינן אגבי' איהו בחוביה פליגי ר"א ורבינא אי הדרא אי לא וקיי"ל לא הדרא ופי' רש"י לא שמו ב"ד בע"כ של לוה וקם ליה מעצמו ולא הטריחו לדין ואמר לו טול קרקע זה בחובך עכ"ל ומזה יליף הרב ב"י דלא בא לב"ד כלל אבל בא לב"ד אע"ג דלבסוף נתרצה ליתן השדה כפי שומת ב"ד לא נקרא אגביה מעצמו והדרא וכי כתב הסמ"ע והש"ך השיג ודעתו אפילו נעשה שומא בב"ד רק לא הטריח לב"ד לעשות בע"כ והוא מעצמו נתרצה ואמר טול מ"מ פליגי ביה וקיי"ל דלא הדרא ואם כי לשון ברש"י משמע כהרב ב"י מ"מ לדינא נראה אם גבהו הלוה מעצמו בלי ב"ד כלל א"כ במה קניא המלוה להך שדה ע"כ בשטר מכירה כשאר מכירות דהא לא נעשה כאן שומת ב"ד ולא היה יד ב"ד באמצע כלל וא"כ מה טעמא דמ"ד דהדרא מה שומא יש כאן דנימא ביה הדרא הא לא היה שומא כלל וכל השדות אשר נמכרים הלוקח ודאי שאומד ושם אותו כמה שוה ואינו לוקח כסומא וכי בשביל זה יקרא שומא הלא לא היה שומת ב"ד כלל וכיון שהלוה נתן למלוה שטר מכירה מה איכפת ומאן מוכח אם מכרה לו בדמים מזומנים או מכרה בשביל שהי' לו חוב אצלו מקדם היינו מכירה גמורה ומה שומא הדרא שייך כאן וגדולה מזו דעת הריטב"א ב"מ אפילו בשומא בגבי' ב"ד ונתן לו שטר עבור זה לא מקרי תו שומא הדרא ומכ"ש באופן הלזה דלא נעשה מעולם בב"ד שום דבר והוא מכרו לו ונתן עליו שטר מכירה מי יבטלנו ואיך ס"ד לשום מ"ד דיהי' זה בגדר שומא הדרא וכמו כן אם נימא כדברי הש"ך דנעשית השומא בב"ד רק הכל היה מרצון הלוה דבא לב"ד שמו לזה והורידו אותו בתוך השדה כמ"ש רש"י בתחילת דבריו דלא היה בע"כ א"כ לישנא דגמרא דטעמא דמ"ד הדרא הא דלא אתא לב"ד משום כסופא לא יתיישב דהא הי' בב"ד ואם כי לא סירב וקיים כפי שב"ד של ישראל אומרים לו א"צ לטעם דכיסופא כך ראוי ויפה לו להיות כפוף לכל אשר יאמרו לו מבלי לסרב וכך מדת חכמים ונקיי דעת אלא נראה דמתחילה נעשה שומא בב"ד רק לבסוף קודם שטר הורד'

מב"ד לא בא לב"ד והוריד בעצמו למלוה לתוך השדה ולכך איכא למ"ד דמ"מ הואיל ונעשית ע"י ב"ד הרי זו בכלל שומא הדרא וקיי"ל דלא הדרא הואיל דלא אטרח לב"ד ונעשה לבסוף כרצונו כמ"ש הש"ך ראיה משילם וכו' וזה ברור ונכון:

איברא דיש לדקדק א"כ בפ' מי שהי' נשוי בעובדא דאפדנא דהביא הרא"ש דעת רמ"ה ורבינו יונה דנתחבטו למה היה יוכל לעכב עליו מבלי להחזיר האפדנא הא קיי"ל שומא הדרא ומכח זה חידש ר"י דגבי לוקח לא אמרינן הדרא ומה קושי' דלמא שם הי' נעשה לבסוף הורדה הכל ברצון טוב מלוקח וא"כ קיי"ל דלא הדרא ולק"מ ודוחק לומר דא"כ רב אחא דס"ל הדרא הך פלוגתא דרמב"ח ורבא איך מתוקמי דהיו אמוראי קדמאי מיניה דזה דוחק. אמנם נראה כי יש לחלק בלוה גופיה דיכול ליתן קרקעות שלו מרצונו בפרעון חובו ודאי דאמרינן אם לבסוף נתן מעצמו היינו זבינא גמורה משא"כ בלוקח דאינו חייב למלוה כלל רק מכח שעבוד מוכרח ליתן למלוה והכל תלוי בב"ד כי אם תן מרצונו איך יחזור על המוכר והכל הוא בכח יד ב"ד כי הם הטורפים מלוקח ונותנים למלוה ולוקח לגבי מלוה מה עבידת' וא"כ לא שייך זה כלל ולכ"ע שומא הדרא דהכל בכח ב"ד יגבה ולא שייך כאן רצון כלל וצ"ע כי אף דמסתבר מ"מ לדינא צ"ע הואיל ולא נמצא כן במחברים:

יג **ששמוהו לב"ח מדעתו** כן הוא פי' הרמב"ם על אגבוהו בחובו דהמלוה הראשון הגבהו למלוה שלו מדעתו ודלא כפי' רש"י דכל פלוגתא בגמ' על לוה שהגבה למלוה שלו מדעתו וכתב הש"ך דלא פליגי לדינא ובאמת בספר אסיפת זקנים לב"מ כתב להדיא דלרש"י דוקא במלוה הראשון הוא דיש הבדל אבל במלוה השני אף דהוא ברצון מה נ"מ מ"מ לא עדיף מגברא דאתא מחמת'. ונראה לרמב"ם דמפרש על מלוה שני הדבר במכ"ש במלוה הראשון דהא בזה י"ל מה מכר ראשון לשני ומ"מ אמרינן באגבוהו ברצונו ה"ל כלוקח ומכ"ש בראשון באגבוהו לרצונו דהוי כלוקח ולא הדרא וא"כ הרמ"א שהעתיק בסעיף הקודם דברי רש"י וטור וכאן לא הגיה על המחבר י"ל דס"ל עיקר כרמב"ם וא"כ תרווייהו איתני' או דמספקא ליה ובתרווייהו לקולא ואין להוציא מיד המלוה דמוחזק מד"ת:

יד **והורישה אינה חוזרת** הקשה הש"ך דבא"ע סי' צ"א כתב המחבר שמו לאשה ואינסב' בעל לוקח הוה ולא מהדר הא יורש הוי חייב להחזיר והיינו כדעת הרא"ש דס"ל אורתא היינו ירושת ש"מ אבל יורש ממילא הדרי וכאן פסק כרמב"ם בכל יורש. והנה הש"ך בס"ק שלאחריו תי' דאי הוה הבעל יורש הוה חייב להחזיר דלא שייך אדעת' דארעא נחית דהא אוכל פירות ע"ש ומלבד דסברא זו בעצמו דוחק דנימא בשביל שהוא אוכל

פירות דלא נחית אדעתא דארעא אף גם א"כ הא זה הטעם אמרינן ג"כ בלוקח דלכך לא מהדר משום דנחית אדעתא דקרקע ואם הבעל לא נחית אפילו דהוי לוקח יש לו להחזיר משום ישר וטוב ולכן יש לומר דוודאי ס"ל לש"ע דלישנא דגמרא בעל בנכסי אשתו לוקח הוה ולא מהדר וכו' משמע דאף על זה דלא מהדר קאי טעמא דלוקח הוה הא אלו יורש הוה היה מחויב להחזיר וקשיא ליה קושי' התוס' והרא"ש הא גם יורש לא מחזיר וס"ל דהטעם דיורש אינו מחזיר דלגבי יורש אף דלא שייך אדעתא דארעא נחית דהא ירושה ממילא וכי בדעתו תלי' רק חכמים לא ביקשו לתקן תקנת ישר וטוב להפקיע ולגרע כח היורש ודי שגרע כח המלוה עצמו אבל לא ליורשו אך הני מילי יורש דאורייתא אבל יורש דרבנן הן אמרו והן אמרו ומהכ"ת לא יהי' תקנתם משום ישר וטוב מגרע כח ירושתו שהיא רק דרבנן וקיי"ל דירושת בעל דרבנן וא"כ אלו יורש הוה היה מחויב להחזיר רק מכח תקנת אושא שהוא כלוקח לא מהדר וא"ש ופשוט ולק"מ:

טו **אבל אם היו כאן יורשים הרבה וכו'** עיין אורים דס"ל אחים שחלקו כלקוחות וא"כ תו לא הדרי שומא והט"ז תמה על זה דלא אמרו כלקוחות אלא לענין זכות אחים להדדי שמחזירין זל"ז ביובל וכו' אבל לגבי אינשי אחריני לא הוו כלקוחות. וראיה שלו מהא דפרכינן על הא דתנן הנוזל ומאכיל בניו או הניח לפניהם פטורים מלשלם ש"מ רשות יורש כרשות לוקח דמי וכו' וקשה הא בניו קתני וא"כ הוה כלקוחות זה מזה ויש כאן רשות לוקח וע"כ צ"ל כמ"ש דלגבי אחריני לא שייך כלקוחת דמי עכ"ל ונעלם ממנו גמר' ערוכה דבכורות פר' יש בכור דאמרי' אם נתחייב האב ה' סלעים לכהן ומת והבנים חלקו נכסים פטורים מלשלם דקיי"ל האחים שחלקו כלקוחת דמי ומלוה ע"פ אינו גובה מלקוחת (ועיי' מש"ל סי' ל"ט באריכות בזה) הרי דאפילו לנבי אחריני ומלוה הכתובה בתורה אמרינן דהוי כלקוחת ואיך לא נימא גבי תקנת' דרבנן בשומא הדרי דהוי כלקוחת. ובקושי' שלו מהך דהנוזל לא ק' חדא דא"כ יקשה מתני' לרב דס"ל כיורשים המה ועיין שם בתוס' דהקשו ג"כ קושי' אחרת לרב ג"כ איך מתוקמי משנה כוותי' ע"ש. אף גם דוחק דבניו דוקא ואם הניח בן א' דחייב לשלם ולפלוג בדידי' בין בנים לבן וגם עיקר חסר במשנה דקתני והניח לפניהם ולא קתני וחלקו נכסי' דכל כמה דלא חלקו לאו כלקוחת כמבואר בגמ' דבכורות וא"כ היאך השמיט המשנה וחלקו שהוא העיקר לפטור אותם וגם אם הניח גזילה מעות והם חלקו מטבעות שוי' מה כלקוחת דמי הא לא שייך כאן אין ברירי' ויש ברירי' ולכן אין לקושי' זו מקום כלל ולק"מ.

יז **שמו קרקע לאשה** בטור נאמר שמו לאשה בחובה ונשאת ודייק המהרש"ל בתשובה סי' נו"י והביאו הב"ח הא שמו לה בכתובתה לא הדרא השומא וראיה שלו מנמ' דכתובות

דף צ"ח אמר ר"נ אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה כלום דאמרינן מאן שם לך ופי' רש"י והר"ן אם רצו לסלקה בדמים לאחר זמן חוזרים ונוטלים אותה וקשיא ליה בלא"ה הא שומא הדרא ועכצ"ל דשומא לא הדרא בנישו' לפרעון כתובתה והרמ"א בתשוב' סי' ו' חולק וכן הש"ך ס"ק ט"ו דמהך דר"נ אין ראיה דאיירי בנתייקרה וכן כתב הרא"ש להדיא בפ"ב דכתובות על קושי' רבינו יונה דהא תפסה אלמנה ותי' דנ"מ לענין אם נתייקרה וכ"כ ראבי"ה ונכון הוא אלא שאין זה מספיק לדעת בעה"ת וסייעתו והוא דעת מחבר דס"ל בנתייקרה ג"כ שומא הדרא וא"כ הך דר"נ קשיא ליה והש"ך תי' דיתומים אין להם מעות רק לסלקה בקרקע אחרת וא"כ לא שייך שומא הדרא וזהו אינו משמעות לשון רש"י והר"ן דפי' להדיא דמסלקין בדמים והיינו דס"ל דאפשר כיון דתפסה אין יתומים יכולים לדתיתה מקרקע לקרקע. ועוד תי' דמיירי דמכרה לאחרים ותו לא שייך שומא הדרא וזהו ג"כ אינו דאם מכרה לאחרים לא שייך מאן שם לך דהרשות בידה למכור לאחרים דמוכרת שלא בב"ד תנן ולא נשאר רק תי' הש"ך משום פירי דקאכלה דמשום שומא הדרא הרי פירות לאלמנה משא"כ במאן שם לך ויפה כתב אלא דיש להבין הרא"ש בפ"ב דכתובות דדחה קושי' ר"י הנ"ל דהא ה"ל תפיסה ותי' הרא"ש דאיירי בנתייקר' מה שהוא דוחק כמ"ש המהרש"ל ראיה מתה"ד ולא תי' בפשוט דמה בכך דהוי תפיסה כיון דלא זכתה בנוף השדה הפירי הם ליתומים ולכך אמרינן מאן שם לך. ולכך אפשר לומר דלא ס"ל להרא"ש מ"ש באורים ס"ק ט"ו דהא דאמרינן מכי שלמו ימי אכרזת' מלוה אוכל פירות לאו דוקא רק עד שיגיע שטר חלטה מב"ד לידו רק ס"ל דוקא הוא אף דלענין יוקרא וזולא תלי' בחלט' כמ"ש בסעיף ו' מ"מ לענין פירי הדברים ככתבן מכי שלמו ימי אכרזת' הלוה מסולק מפירי וזכה בהן המלוה כמו לרבה מכי מטי אדרכת' וכו' וא"כ הא בנמ' מוקמינן הך מילתא דר"נ בדאכרזו וא"כ הא יש לה פירי משדה לכ"ע וא"כ ע"כ צ"ל הטעם משום נתייקרה דתלי' בחלטה כמ"ש הרא"ש בסעיף ו' הנ"ל וא"כ קושי' המהרש"ל במקומו. ובאמת יש לדחות דברי המהרש"ל מהך מילתא דר"נ באופן אחר דהא בזה דקאמר ר"נ אהדרא אפדנא למרא וקאמר הגמ' למימרא דסבר ר"נ דשומא הדרא ויש להבין מה קושי' ומה החרי הזה אם ר"נ ס"ל כהלכתא דשומא הדרא וצ"ל דגמרא ידע דלית ליה שומא הדרא או דר' נחמן מנהרדעי כמבואר ב"ב דף קכ"ד נהרדעי לטעמי' ע"ש ונהרדעי ס"ל רק עד י"ב חודש וגמ' ידע דעובדא דאפדנא הי' לאחר יב"ח ובפרט דהך עשית ישר וטוב מדמים המחברים להך דבעל מצרא ובב"מ דף ק"ח לפי' רש"י לית ליה לר"נ דינא דבעל מצרן כלל ומסתמא דהך דשומא הדרא ג"כ לא ס"ל עכ"פ ס"ל לגמרא דר"נ לית ליה שומא הדרא לעולם ולכך הוצרך לשנויי שומא בטעות היה

וא"כ הך מילתא אמר שם אלמנה ששמה לעצמה וכו' ר"נ (ובש"ך נאמר דהוא ברייתא וזה אינו רק מימרא דר' נחמן ע"ש) אמרה ור"נ לטעמי' אזיל דלית ליה שומא הדרא כלל ולכך נתן טעם משום מאן שם לך ולק"מ. ובחנם נתחבטו בזה. איברא מגופי' דמשנה יש ראיה דאם עשו אגרת בקורת היינו שומא והכרזה ומכרו שוה ר' בק' מכרן קיים והיינו לגבי מלוה ולא שמכרו לאחרים כמ"ש לקמן סי' ק"ט ס"ה ע"ש וכן הא דמכרן קיים ובטל הכל לגבי יתומים אבל לגבי המלוה אפילו לא עשו אגרת בקורת בכה"ג אינו יכול לבטל המקח כמ"ש שם סי' ק"ט הנ"ל ס"ג דאם ירצו מחזירין אונאה וא"כ במכ"ש במכרו שוה ר' בק' וא"כ דקאי על היתומים איך יתכן מכרן קיים הא יאמרו שומא הדרא ודוחק לומר דלית להו ליתומים מעות דאם מכרו שוה ר' בק' איך שייך דלא יראו להמציא להם מעות לסלק הזיקן כי רב הוא ועכ"פ ראיה זו יותר ברורה מן ראית' מר"נ דאיכא לדחות בכמה גווני וראיתי בספר נתיבות המשפט דכ' ג"כ דלישנא דר"ן וטור מורה כמהרש"ל אלא דהוא הקשה דהא פריך הגמ' ב"מ דף ט"ז ע"ב במצא שטרי חלטה דיחזור דניחוש דלמא פרע דהא שומא הדרא וקשה לוקמי בשומא וחלטה על כתובת אשה דלא שייך בהו שומא הדרא. ואין זה כ"כ קושי' דלכ"ע מי ניחא אטו לא משכחינן אופנים דלית בהו שומא הדרא דהחלטה הוא שמכרו ב"ד השדה לאחר ולא למלוה ולא שייך ביה שומא הדרא ולריטב"א לקטן ועדיין לא הגדיל (כמ"ש לעיל סק"ח) או דעשה קנין שלא לחזור אלא דקושי' הגמרא הוא הואיל וקתני וכל מעשה ב"ד משמע בכל אנפי מבלי הבדל בין שומא לשומא דאל"כ איך קתני וכל מעשה ב"ד הא איכא דלא חזר' ולכך משני הגמ' בקושטא דהכל חוזרים דאיהו דאפסיד אנפשי' וכו' וק"ל. ואני הבאתי לכאורה עוד ראי' לדברי המהרש"ל מהא דגרסינן בגמרא ב"מ דף ק"י ע"ב ג' שמין השבח ומעלין בדמים וחד מנייהו ב"ח וכתובת אשה ליתומים וע"כ בכתובת ר' וק' מיירי דאי בנדוניא היינו חוב וכמ"ש הב"ח בזה וק' לפי' קושית הגמ' למה מעלין בדמים הניחא אי אית לי' זוזי לא מסלקי בזוזי אלא למ"ד מסלקו בזוזי לימא ליה הב לי כשיעור זוזי וליכא למימר תי' הגמ' דשויה ניהל' אפותקי דבגוף כתובה כתב הרמב"ן ב"ב פ' חזקת בשמעתא דיחד לה ג' שדות דבגוף הכתוב' לא שייך אפותקי מפורש לא יהיה לך פרעון אלא מזה דהא יש תקנות שמעון בן שטח שיהיה כל נכסים אחראין לכתובה ע"ש (ובזה מיושב קושי' מהרש"א ב"ק דף צ"ו ד"ה הא כו' דהקשה דה"ל לגמרא לאוקמי הא דתנן בכורות דאין האשה נוטלת בכתובה בשבח מיתומים היינו באפותקי ע"ש דס"ל לתוס' דלא שייך בגוף הכתובה אפותקי מפורש כהרמב"ן הנ"ל) וא"כ דלא שייך תי' הגמרא הקושיא במקומו איך חשב כתובה בכללם וצ"ל בכתוב' א"י לסלקו במעות דהא איכא מרבוותא דס"ל

בכל חוב אין יכול לסלקו במעות ועיין לעיל סי' ק"א ותומים ס"ק ג' מ"ש שם וא"כ י"ל בכתובה כ"ע מודים דאין כאן שעבוד אפילו בחיי הבעל רק על קרקע דא"י לסלקו בזוזי דעיקר כתובה אינה נגבית אלא מקרקע ומכ"ש דלית גביה שומא הדרא כלל ולק"מ והדברים מוכרחים אך לפ"ז צריכים לומר דמעולם אין יתומים יכולים לסלק לאשה במעות אם לא תרצה האשה ודבר זו לא שמענו כלל במחברים לחלק בין כתובה למלוה ואפשר מודים דבתר דתקנו הגאונים לשעבד מטלטלים כמו קרקע א"כ חזר שעבודה עלי' ויכולה לגבות יכולים לסלק רק לענין שומא הדרא הניחו על דינו כיון דזהו בלא"ה מתקנה ותקנת' לתקנת' לא עבדינן זהו מה שיש לסייע לדינא של מהרש"ל. ולעומת זה דייק הרמ"א דבגמרא קחשבינן כל הני דלית בי' דינא דשומא הדרי זבנא אורתא וכו' ולא קחשיב ג"כ כתובת אשה וכמו כן קש' הא דחשבי' בפ' אעפ"י תנאי כתובה ככתובה דמי וחשבינן לכמה מילי למה לא קחשיב נמי להא ענין שומא הדר' דלגבי ב"ח שומא הדר' ולגבי כתובת אשה לא הדר' כלל אפי' תוך י"ב חודש דמ"ש וא"כ ל"ל דבפלוגתא לא קמיירי דבתוך י"ב חודש לכ"ע הדרי כדמשמע ב"מ דף ט"ו ע"ב ע"ש וכמו קושי' זו הקשה תוס' ב"ב דף קנ"ט למ"ד דב"ח נוטל בראוי וכתובת אשה אינו נוטל דלמה לא קחשיב בפרק אעפ"י וקושית' יש לדחות דבכלל שבח הוא כמש"ל בס"ס ק"ד משא"כ הך דשומא הדרא קשיא לדעת המהרש"ל אמנם נראה דבלא"ה קשיא לי דלפמ"ש לעיל וכן נראה מגמרא הנ"ל דליכא למ"ד דלא ס"ל שומא הדרא עד י"ב חודש א"כ הא דאמרינן בב"מ דף ק"י שלשה שמין השבח ב"ח ליתומים וללוקח וכו' פריך הגמ' הניחא למ"ד אית ליה זוזי לא מצי מסלק וכו' אלא למ"ד מצי מסלק ליה מאי איכא למימר ומשני דעשה אפותקי וכו' משמע דלמ"ד דלא מצי לסלק בזוזי א"צ לאוקמי באפותקי וקשה תינח לוקח דאיכא למ"ד דלא מצי מסלק ולא הדרא שומא ללוקח אבל ביתומים מי איכא למ"ד הא תוך י"ב חודש לכ"ע שומא הדרא ומהכ"ת לא יהיה יכול מתחילה לסלקו במעות ולא מצינו מחלוקת דמי יסבור דלא הדרא שומא כלל אפילו תוך י"ב חודש וצ"ע. ולכן נראה לי דלפי דנחלקו ר"א ורבינא באגבוהו הוא בעצמו דס"ל לרבינא דהוא זביני מעליא דמדעתא דנפשי' אגבוהו ודאי דלא נעלם מרבינא הך סברא דמה הוה ליה למעבד ידע הוא שאין כאן תרופה ואף בבא לב"ד בע"כ ישומו הקרקע ויתנו למלוה וא"כ מה לו הטורח וזילות' ואטרוחי דב"ד בכדי וע"כ צ"ל דס"ל לרבינא כל כמה דלא נתוודע במופת דבע"כ הוא קעביד ואפשר לומר דמרצונו נותנו לו בהחלט מה לנו לומר ולהוציא השדה מהמוחזק בספק ולכך אין הדרא רק בבאו לב"ד ויש כאן ראיה דבע"כ הוא דאל"כ למה בא לב"ד ואין נותנו מעצמו בזו שומא הדרא אבל כל כמה דאפשר לומר דאין כאן הכרח

לא מפקינן מיניה דמוחזק. וכ"כ הב"י דאם הטריחו לבוא לב"ד הרי זה בכלל שומא הדרא. ולפ"ז ביתומים קטנים שגובים מהם כתובת אשה או שאר חוב שכתב בשטר לגבות מיתומים קטנים וכדומה שהב"ד יד יתומים והם אביהם יתומים ואפטרופסים שלהם ומגבים לב"ח מה ראיה יש כאן דהיה בהכרח דנימא אלו היה ליתומים דעת דלא היו מתרצים למעשה ב"ד וכי בשביל דגבו בב"ד הלא הב"ד הם העיקר ולא סגי בלאו ב"ד והן הן שלוחים ואטו אם הגבוהו ע"י שליח בלי ב"ד וכי נימא שומא הדרא לרבינא וגבי יתומים קטנים הב"ד הם שלוחים והם ידם כיד יתומים והוה ליה כאילו אגביה יתומים בעצמן דב"ד יד יתומים ולרבינא בעינן ראיה דהיה בהכרח ולגבי יתומים קטנים הא אין כאן ראיה וכיון דליכא ראיה מספיקא לא אמרינן שומא הדרא ובפרט לפי דעת הש"ך בס"ק ט"ו דבעינן דוקא סירב בב"ד וכאן מי יסרב ומי מוחה הא הם אבי יתומים וידם כיד יתומים וכוח' יפה ומה הכר' יש כאן דהי' בע"כ וכמו דאפטרופ' שלהם שילם בלי ב"ד דלא שייך ביה שומא הדרא כן הדבר בב"ד דהן אפטרופסי' וסברא זו לענ"ד ברורה ונכון. וא"כ הכלל דאין הבדל בין כתובה לב"ח ולכך לא קחשיב ליה בפרק אעפ"י רק בכל ב"ח שמגבים הב"ד ביתומים קטנים הואיל וידם כיד יתומים והם שלוחי יתומים הוי ליה כאגבי' מעצמו ואין כאן שומא הדרא וא"כ א"ש הך דשלשה שמין וכו' ב"ח וכתובת אשה ליתומים ולא קשיא להו משומא הדרא די"ל דמיירי מיתומים קטנים ולא שייך שומא הדרא כלל. וכן א"ש הך דרבי נחמן אלמנה ששמה לעצמה וב"ד שעשה אגרת בקורת וכו' כנ"ל כי הכל מיירי מיתומים קטנים דלא שייך בהו שומא הדרא וגם דברי הטור והר"ן הכי מתיישבים דלא רצו לבחור בלשונם אשה בכתובתה דא"כ ביתומים קטנים הדין דלא הדרא ובזה לא רצו להאריך ולכן נקטו בחובה ומילתא דפסיקא נקטו ואזלו וזהו ברור ומיושב כל הקושיות מכל צד וגם הגמרא לא נקט לא שייך שומא הדרא דהוא מילתא דר"א ורבינא הנאמר אח"כ וזהו ברור בלי פקפוק:

יז **כלוקח הוא** עיין אורים דמיירי בחיים של אשתו ולכך אלו הוה כיורש הוה מחויב להחזיר דאין יורש אשתו מחיים כלל. והקשו דבא"ע סימן צ"א כתב המחבר ס"ג דמתה אשתו משמע הא בחיי אשתו לא מיקרי לוקח ונראה דאמרינן בגמ' דכתובות דף מ"ח ע"ב בהא דתניא במשנה משנשאת אלו ואלו מודים שאם מכרה ונתנה הבעל מוציא מיד לקוחת ופריך הגמ' לימא תנינא לתקנת אושא דאמר ר"י ב"ח באושא התקינו וכו' ומשני הגמ' מתני' בחיים ולפירות תקנת אושא לאחר מיתה ובגופה של קרקע הרי דבחיים דהוי לוקח ומוציא מיד לקוחת הוא משנה שלימה אבל לאחר מיתה היה מדינא דמשנה יורש ותקנו באושא דג"כ הוי כלוקח וא"כ הגירסא בגמרא דידן שמו מיניה דאשה וכו' ומתה

הבעל לוקח הוה מדר"י ב"ח וכו' גירסא נכונה דבחיים אין זה לוקח מכח תקנות אושא רק תקנות קדומה ומשנה שלימה הוא אבל במותה דליכא כאן משנה וה"א דלאח"כ יורש הוי וקאמר אפילו לאחר מיתה לוקח הוה מתקנות אושא וכו' וא"ש. וברור דהך ומתה רבוותא דתו ליכא תקנת המשנה. וא"כ לדינא הן בחיי אשתו והן במות אשתו הוי כלוקח ואדרבא בחיי' לוקח מכח משנה ובמותה מכח תקנות אושא ולכך סתם המחבר פה בכל גווני רק שם בא"ע דכל ענין הסימן הוא להודיענו תקנות אושא כנראה שם מכל ענין הסימן לא דיבר מן חיי אשתו דזהו בכלל תקנות המשנה ואין ענינו לתקנות אושא שדיבר בו בסימן ההוא ולכך אמר דתקנת אושא הוא לאחר מיתת אשתו דבזו צריכין לתקנת אושא להיותו ג"כ לוקח וזה פשוט וברור ובחנם טרחו האחרונים:

יח **ולא מחזירין לו** דאלו הוה יורש הוה מהדרינן ליה והקשו התוס' הא דטבא עבדו ליה אי יורש אי לוקח ולכך להוציא מיד לקוחות עשהו כלוקח ולענין להחזיר ירושת אשתו ביובל עשהו כיורש ותי' דבמקום פסידא דאחרינא לא אמרינן טבא עבדו לי' וזהו פסידא לאחריני שיחזור המלוה השדה והקשה הש"ך כי אמרינן במקום פסידא לא אמרינן היינו דלהוי לוקח כיון דעיקרו יורש ולא תקנו חכז"ל להפסיד שיהיה לוקח אבל להיפוך אם הבעל אומר הריני יורש זהו אפילו במקום פסידא אחריני דאל"כ למה אינו חוזר למשפחת אשתו ביובל הא הוי פסידא אחריני ונמצא דהוי לוקח ויחזור אלא לעקרו מיורש לא אמרינן אפילו במקום פסידא ולכן תי' הש"ך תי' אחר דזהו לפדות הקרקע שגבה המלוה מאשתו ה"ל ראוי ואין הבעל נוטל בראוי וסותר הש"ך דברי עצמו דמסיק לדינא כדעת האומרים דאפילו יורש ממילא אינו מחזיר א"כ צ"ל הא דקאמרינן בגמרא לוקח הוי הוא לענין דלא מחזירין לבעל ואי נקרא ראוי א"כ אפילו הוי הבעל יורש הא אין הבעל יורש ראוי כמ"ש הש"ך גופיה והדברים סותרין עצמן ובגוף הדין נראה דלא מיקרי ראוי לא מבעיא לפוסקים דאי שומא הדרא דא"צ קנין חדש כלל דהוי כעל תנאי אם יפדה יחזור לו קרקע כמ"ש באסיפת זקנים אם כן פשיטא דלא הוי ראוי כי המקח נעשה ע"ת כך ופשוט אלא אפילו לפי דעת הרמב"ן דצריך קנין חדש מ"מ הואיל כל שעה ושעה בידו לסלקו ולפדותו לא מיקרי ראוי מה שכל שעה בידו מצוי לעשותו ולכך הרמב"ן אף דס"ל דבעי קנין חדש מ"מ הקשה למה לא מהדרינן ליה הא דטבא עבדי ליה וליורש מחזירינן ש"מ דלא הוי ראוי וצ"ל כמ"ש הטעם ומ"ש הש"ך ראיה מהגהת המרדכי דתי' דשאני הכא דשמו מניה קודם שנשאת ובאמת לא נתכוון לזה דהוי ראוי רק למ"ש הרמב"ן בחדושיו לב"ב הואיל ושמו מיניה קודם שנשאת לאו פסידא הוא עכ"ל והרצון דתו לא חששו לטובתו לומר דטב' עבדי ליה ואפשר להסביר דהוי כמו

שטר מברחת ונכסים שאינם ידועים לבעל דקיי"ל כר"ש דאין הבעל יורש דלאו אדעתא דהכי אינסבא ואף זו כיוצא בו. ובדברי התוס' דהקשה הש"ך מחזרת יובל נראה דכך הפי' הא דאמרינן דטבא עבדי ליה אין הדבר דהבעל יכול לפסוח אשני סעיפי' פעם יורש ופעם לוקח ואין זה מדת חכמים רק עיקר הדבר דהבעל יורש או דאורייתא או דרבנן ועשהו כשל תורה כמ"ש הרמב"ם בהל' יובל וחכמים באושא תקנהו לטובתו להיות לוקח וכללא הוא דיוכל לומר אי אפשי בתקנת חכמים ולכך אמרו לענין לקוחת להוציא יוכל לומר לוקח אני ולענין יובל יוכל לומר אי אפשי בתקנות חכמים והריני יורש ואינו מחזיר וא"ש וכבר כתבתי לעיל סי' ק"ב בשם מהר"ם במרדכי פ' דייני גזרות וכ"כ הישו"ש דלהוציא לא אמרינן אי אפשי בתקנות חכמים רק להחזיק וזהו כוונת מהר"ם במרדכי במקום פסידא לא אמרינן אי אפשי בתקנת חכמים והיינו להוציא ועיין תשובת מהרי"ט וא"כ א"ש כאן להוציא הקרקע מיד המלוה ולומר א"א בתקנת חכמים והריני יורש לא אמרינן דהוי פסיד' והוי להוציא וא"ש ונכונים וברורים דברי התוס' דהוי פסידא ודוק:

יט **וי"א דוקא כשמתה וכו'** ודאי על מחזירין ליה יפה כתב דמה בכך דהוי לוקח מ"מ כשאשתו חי יטעון הבע' מה לכם החזירו לאשתי וידי כידה ומה לכם אם אני לוקח' או לא היא תוכל לפדות ואני בא בהרשא' ולכן עיקר הדין לאחר מיתת אשתו דיאמרו אין לך זכות רק כלוקח ואין לך בנכסי' ששמו כבר אמנם על הך בבא שיהדר הוא בזו קשה הא קיי"ל אפילו בחיי אשתו הוי כלוקח עד שהרא"ש בא"ע סי' צ' ס"ל דמוציא מיד לקוחת אפילו גופה של קרקע. וצריך לומר דבאמת במקום פסידא דאחריני תקנו חכמים דיהיה יורש רק התוס' כתבו דלא נקרא הך שומא דהדרא כ"כ פסידא הואיל הוא רק עשית הישר וטוב דס"ל דהואיל בגמ' נאמר ומתה דוקא היכא דאלים כח הבעל אבל לא בחיי' דלא אלים כח הבעל כלל דכן כתב הרא"ה בהא דאמרינן כתובות מ"ט אלמנותו נזונית מנכסיו דפשיטא ליה יותר אם הבת קיים מאלו מתה הבת משום דבחיי האשה לא אלים כח הבעל אולי ימות קודם האשה משא"כ במותה דאז יורש בודאי ועיין ברא"ה שם דכתב להדיא דלא אלים תקנת אושא בחיים כמו במות האשה ע"ש וא"כ כיון דלא אלים אפילו פסידא בעשיות ישר וטוב שוינהו רבנן כיורש אבל במות האשה דאלים לא שוינהו רבנן כיורש רק במקום פסידא דדינא ולא פסידא כה"ג ולכך נקט ומתה. ועיין אסיפת זקנים לב"מ ותמצא רבוותא דסברי הכי: והנה הטור העתיק בסי' זה נוסח שטר שומא וכ"כ הבעה"ת וכתוב בו לאחר קריעת אדרכת' ושמנו ליה ואכרזנא ליה וכו' ולא אשכח מאן דזבנא משדרינ' מבי דינא ג' מהימנא ובקיאי בשומא ושמו ליה האי ארעא בכך וכך זוזא וכו' עכ"ל ותמה הב"ח. וג"ת תרי שומות הללו למה ותי' הב"ח דחוששין

אולי בין כך נתייקרה דחוק דמהכ"ת לחוש בזמן מועט וכנראה. מתשובת הרא"ש הובא בטור סי' זה דלא חוששין רק בששהה זמן רב ולכן נראה כך דיש למלוה חוב על לוה בק' והוא יש לו בית או שדה גדולה לערך אלף אין שמין למכור קצת בית או שדה דלזה לא שכיחי לוקחי' דיקנו חדר מחדרים וקצת שדה ולכך לטובת הלוה שמין כל הבית ושדה למוכרה ואח"כ יקבל הב"ח דמיו והנשאר ללוה אבל אם אח"כ לא נמצא לוקחין וב"ד צריכים להחליט הקרקע לב"ח בחובו הוא אינו מוכרח לקבל יותר מכפי חובו וליתן ללוה מותרות בדמים וא"כ צריכין לשום קצת מהבית והשדה בחובו בהחלט והנשאר יהיה ללוה וא"ש וכן משמע בבעה"ת שער ג' ח"ו שכתב קורעין שטרו וכותבין אדרכתא ומכריזין (ש"מ דכבר נעשית שומא דאין הכרזה בלי שומא כנודע) ואחר הכרזה שמין כמה מגיע מן השדה ומחליטין למלוה והדבר מבואר כמה שכתב' דשמין לדעת כמה מגיע לו מהשדה וכמו שכתב' וברור ונכון:

סימן קד

א **בין קרקע ובין מטלטלין וכו'** הסמ"ע האריך וכ' דהעלה בתשובה דמטלטלין לית בהו דין קדימה כלל אפילו מתחילה קודם שגבה האחד ובאמת לתשובה ולדרישה בזה הסימן לא זכינו אבל מ"מ הנכון אתו כי באמת רוב מחברים ס"ל כן בעה"ת והרי"ף בשערים שער י"ג כתב דלכך נקראים מטלטלין נכסי' דלית להו אחריות דאין אחריות ב"ח עליהם והילכך אין בהם לא קדימה ואיחורוכן משמע בהרי"ף בהכותב דכתבו בין שט"ח וכתובה יוצאים ביום אחד ובין ששניהם כעין לוה ולוה ואח"כ קנה בין במטלטלין בזה"ז (בכתובה מדינא דגמרא לא גבי ממטלטלין) הואיל שעבודא דתרווייהו בהדדי קאתי' וליכא דינא וקדימה לחד מינייהו כו' וכן כתב הר"ן להדיא בפר' מי שהיה נשוי וכו' במטלטלין אפילו מלוה בשטר מוקדם ומלוה ע"פ מאוחר בבאים לטרוף חולקין שאין בהו דין קדימה וכ"כ הריטב"א לכתובות בפ' הכותב גבי יתנו לכושל וכו' וכן כ' הרא"ה לכתובות ריש פרק מי שהיה נשוי דבמטלטלין חולקין ושניהם שוים המוקדם ומאוחר וכן משמע במרדכי בשם ראבי"ה בפ' הכותב סי' ר"ך ע"ש וכן כתבו התוס' כתובות דף פ"ו ד"ה לאשה הואיל דיכול למכור לא חל שעבודו כלל וה"ל כמו שזמנם שוה בכל אופן ואין לפקפק מדברי ר"ת ריש פרק מי שהיה נשוי דדייק הגמרא הואיל וקתני ראשונה קודמת לשני' ולא קתני אם גבתה השני' דמוציאין מידה ש"מ ב"ח מאוחר שקדם וגבה גבה ופיר"ת במטלטלין איירי וכר"מ דמטלטלין דיתמי משתעבדי וקשה איך קתני ראשונה קודמת לשניה וש"מ דמ"מ לכתחילה יש בו דין קדימה וכמו

כן לדברי הר"י דמוקי ליה דמשנה איירי במטלטלין שיש ביד אחרים ור"ט היא דס"ל מטלטלין שביד אחרים ב"ח גובה אפילו ביתמי. וקשה מ"מ איך קתני הראשונה קודמת בשלמא קושי' מהרש"א ומהרי"ט לא קשיא הא לר"ט יהבין לכושל שבראיה דעד כאן אמר ר"ט כשיש כאן ב"ח ומשועבדים והמוקדם יכול לגבות מן משעבדי ולא מאוחר לכך יהבינן המטלטלין למאוחר כי המוקדם לא הפסיד אבל היכי דליכא מקום למוקדם לגבות איך ס"ד ליתן למאוחר והמוקדם בשביל שכוחו יפה שהוא מוקדם יפסיד וכ"כ הרא"ה והריטב"א בפ' הכותב להדיא. וא"כ הך משנה דמי שהיה נשוי איירי דליכא כאן מקום למוקדם לגבות רק מאלו מטלטלין ולכך הוא קודם בגבי' אבל עכ"פ מוכח דמטלטלין יהבינן לב"ח מוקדם דזה אינו דכל הטעם דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי דליכא שעבודא דמלוה עלי' דלא סמכה דעתו עלי' כלל וכמ"ש כל מחברים ואינם בכלל השעבוד ומזו הטעם נמי בחיי הלוה אין כאן קדימה ואיחור כיון דלא חל שעבודא עליהו כלל כמ"ש הרי"ף ותוספת הא לדעת דסובר דמטלטלין דיתמי משתעבדי א"כ ע"כ חל שעבוד' עליו דאל"כ מהכ"ת יפקיע כח יתומים וא"כ דחל שעבודא פשיטא דיש בהו דין קדימה ולכתחילה למוקדם יהבינן וא"כ לא זו לר"ת דמוקי ליה כמ"ד מטלטלין דיתמי משתעבדי דלק"מ (מיהו בתו' קדושין דף כ"ט וכן בבכורות גבי בנו לפדות דקאמרינן מסלק בפדיון בנו מב"ח ופדיונו משעבדי והקשו יאמרו משעבדי לכהן גבה מבני חורי שגבה הכהן או יחזרו לקוחת עליהם וקשה מה קושי' הני בני חורין המה מטלטלין ותו אין להוציא מידם כלל. וכן כתב הריטב"א דאיירי במטלטלין וצריך לומר דהקושי' לשיטת ר"ת דס"ל דמסקנ' במטלטלין מה שגבה לא גבה דגרע מן מכר והקושי' שפיר ומזה משמע דס"ל אפי' דלא כר"מ אמרי' כן. ויש לדחות דאתיא כהך רבוות' דס"ל בכל ב"ח ס"ל ר"מ מטלטלי משתעבדי ועיין ר"ן וריטב"א וא"כ ק' מנלן דטעמ' דת"ק דלא כמלוה בשטר דמי רק דלמא הטעם דס"ל כר"מ דלא מהני בהקדמת הגביה דיחזרו לגבות כקושית התוס' דלדידיה מה שגבה לא גבה וצ"ע) אלא אפילו לר"י דמוקי ליה כר"ט מ"מ ע"כ ס"ל דמשתעבדי דאל"כ מה נ"מ דהן ביד אחרים או בר"ה למה יגרע כח יתומים אלא ש"מ דמשתעבדי רק כשהן ביד יתומים קשה להוציא אבל עכ"פ כשהן ביד אחרים משתעבדי וא"כ כשהן ביד הלוה וב"ח באי' לגבות פשיטא דלמוקדם יהביק דהא שעבודו עליה אבל לפי דקיי"ל דמטלטלים דיתמי אפילו הן ביד אחרים לא משתעבדי ש"מ דלא חל שעבודא כלל אמטלטלין בשום אופן א"כ אף דין קדימה לית בהו אפילו מתחלה בעת גביה. אמנם בתשובה המיוחסת לרמב"ן סימן ס"א הביאו הב"י נאמר דלכתחלה מגבין לב"ח מוקדם. וכתב הסמ"ע דהרמב"ן לא לדינא אמרו רק לסברא בעלמא וזה דוחק

כי לא כן משמע לשונו. איברא דיש להבין בתשובה ההוא דכתב ואפילו במטלטלין אית קדימה כל שהן ביד הלוה ולא אמרו שאין בהם קדימה אלא לגבי לקוחת או שגבאן בעל חוב מאוחר וטעמא משום דל"ל קלא כדאמרינן עשה שורו אפותקי וכו' מ"ט האי אית ליה קלא והאי ל"ל קלא עכ"ל ויש להבין אי מיירי במטלטלין גרידא מה זה הטעם משום דלית להו קלא א"כ לגבי מיתמי דלגבי יתמי אין צריך קלא והא קי"ל דמטלטלין דיתמי לא משעבדו מדינא כלל ואין הטעם משום דל"ל קלא רק דלא סמכת' עליהם דעתא כלל ולא חל בהו השעבוד כלל ודברים אלו מבוארים ברשב"א סוף מסכת קדושין בקונטרס אחרון בהא דאמרינן בב"ק פ"ק גבי עשה שורו אפותקי אין ב"ח גובה כשמכרו דל"ל קלא וכתב הרשב"א דא"כ היכי דפירש ליה מטלטלין גובה מיתמי דהא כל הטעם משום דלית ליה קלא ולגבי יתומים אין צורך לקלא כלל אבל בלא פירש מטלטלין אינו גובה מיתומים משום דלא סמכה דעתו של מלוה. וכ"כ בתשובה סימן תתקי"ד הובא בב"י. הרי ברור דמטלטלין סתמא אין הטעם משום דלית ליה קלא ואיך הביא ראיה מן אפותקי דשם פירש המטלטלין כנ"ל אלא ברור להמעיין בגוף התשובה מרמב"ן סימן ס"א דכתב והיכי דלא כתב ליה מטלטלין אגב קרקע ומכרן אפילו עשאן אפותקי (והיינו דפירש המטלטלין כמ"ש בתשובה הנ"ל) אין ב"ח גובה מיד לקוחת כדאמרינן עשה שורו אפותקי ומכרו אין ב"ח גובה וכו' ואין אני רואה בזה שום ספק להלכה אלא שאני סובר דאלו באו שניהם לגבות כ"א ממטלטלין דלוה נותנים למוקדם וכו' דקי"ל ש"ד ואפילו במטלטין אית דינא דקדימה כ"ז שהם ביד הלוה ולא מכרן או נתנם לב"ח מאוחר וטעמא משום דל"ל קלא וכו' עכ"ל וברור דמוסב על דלעיל בעשהו אפותקי דהיינו דפירש המטלטלין דעלה קאי ופסק דאם מכרן אין ב"ח גובה וע"ז קאי דאם הם ביד הלוה דיש בהם דין קדימה ויפה נתן טעם דהא ש"ד וחל עליהו ול"ל דלא סמכה דעתה דהא פירש המטלטלין אם לא במכרן וכו' דל"ל קלא ויפה הביא ראיה מן עשה שירו וכו' דהוא הנדון והוא הראיה וזהו ברור להמעיין בתשובה והאחרונים לא עיינו בגוף התשובה רק סמכו על קיצור העתקת הב"י ולכך לא ירדו לכוונת התשובה אבל ברור דכך הוא הכוונה בלי פקפוק כלל וכל דברי רמב"ן סובבים על הך דאפותקי ועלה קאי וזה ברור ומעתה ליכא כאן מחלוקת כלל וכ"ע שוים בדינא וס"ל שלום על דייני ישראל. ומעתה קושית הסמ"ע דמתחלה כתב המחבר דיש למוקדם קדימה במטלטלין ע"כ במטלטלין א"ק איירי דמחבר גופיה פסק בסעיף יו"ד דאין דין קדימה במטלטלין וא"כ איך סיים דאם קדם מאוחר וגבה מקרקע מוציאין מידו הא מטלטלין נמי. ודחק מאד בתי' ע"ש מיושב היטב דמיירי בשטר שכתב בו מטלטלין וקרקע בלי אגב ולכך

סתם המחבר דכך הורגלו לכתוב בשטרות וכ"כ הרמב"ם בהל' אישות פרקט"ז דין ח' שנהגו בכל מקומות לכתוב מטלטלין וקרקע ותיקון גדול הוא למאד ע"ש. ולכך פסק דמתחלה מגבין למוקדם כיון דמשעבדי וגובין בו אפילו מיתמי אבל באם קדם מאוחר וגבה הואיל לית ליה קלא אין מוציאין כמ"ש מדברי תשובת הרמב"ן וכ"כ הג"ת דף קצ"ה דבכה"ג אם קדם מאוחר אין מוציאין ובזו היה מקום ליישב כל תמיהת התום' בריש פרק מי שהיה נשוי במה שתמהו איך ס"ד מאוחר שגבה גבה הא אפילו מלקוחת מוציאין ול"ל במטלטלין הא לא משתעבדי בכתובה ואין צריך לדוחק דר"ט היא רק דמיירי דכתב ביה מטלטלין וקרקע דבזה מדינא גובה מיתומים ולא מלקוחת ומיושב כל תמיהת התוס' אלא דדחיקה לי דהא תנא סתמא ובזמן המשנה לא הורגלו לכתוב כן בכתובה רק מזמן גאונים ואילך כמ"ש הרמב"ם:

ב **נאמן מכח דינא דמלכותא** דעת הסמ"ע בס"ק ה' אפילו במשכן מישראל כיון שדינא דמלכותא היא ואני תמה דאף דנימא דהא דשוטר נאמן הוא מדיני דמלכותא המש"ל בסימן ס"ח דבמקום דדת המלך שיהיה סופר נאמן הרי זה נאמן וצ"ל בתנאי דלא אתחזק דמקבל שוחדא כמש"ל בסימן ס"ח אבל מכל מקום מה יועיל דזה עשה העיקול הראשון ומה זכיה יש בו לפי דין תורתינו במה שעשה עיקול בראשונה על הנכסים וכי בשביל כך יזכה בנכסים ואפילו משכן השוטר אין כאן זכיה לישראל בו חדא דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים ועוד הא אין שליחות לגוי ואין לו יד לזכות בשביל לישראל ואם נימא דכך יסד המלך א"כ בטלת כל דין תורה דכל דיניהם וחוקי משפטם הוא ע"פ דת המלך ודבר זו אין צריך ראיה דכבר האריך בזו הרמב"ן והמחברים דבדבר זה לא אמרינן דינא דמלכותא דינא רק מה שנוגע לעטרת המלכות כגון מכס ומטבע וכיוצא אבל משפטים שחקק ח"ו לעבור חוק המנך מלכו של עולם שקבע לעמו ישראל ולכן ברור כמ"ש הע"ש דשם היה הדבר במשכן מגוי והלוה היה גוי וכיון דכך חק המלך א"כ מתחילה יהודי שהלוהו על דעת כן הלוהו לקיים חוק המלך אשר יסד בדיניהם ולכך יש לשמור כפי נמוסי המלך אבל ישראל לחב רו פשיטא דיש לקיים כפי דין תורה ומה נ"מ בעיקול ומשכנת השוטר וח"ו לבטל דין תורה בדברים האלה:

ג **שגבה שלא כדין כו'** גם בזה קשה הא מבואר לעיל סימן צ"ז סכ"ד באשה שגבתה כתובה בדיני גוים מכל מקום יכול מלוה ישראל לתובעה כי מדין תורה שלא כדין גבתה ודוחק לחלק ביה הך דלעיל להך דהכא לכן ברור כפי מ"ש בס"ק הקודם דכאן הכל מיירי כמבואר שם בתשובה מגוי וא"כ הכל נדון כפי דיניהם ואדעתא דהכי נחתו בשעת הלואה וקבלו עליהם נמוסי מלכות. ודיני גוים אבל בישראל מישראל מה בכך דגבה

בערכאות מ"מ אם כפי דיני ישראל שלא כדין גבה מוציאין ממנו וזה ברור ועיין תשובת ב"א סימן כ"ו מ"ש שם:

ד **אפילו המוקדם כו'** מזה דייק הסמ"ע דאפילו מתחלה במטלטלין לא יהבינן למוקדם דאל"כ למה יוגרע כח המוקדם בשביל שתפס. והש"ך בס"ק ז' כ' דשאני בשטרות דה"ל דאקני ולכך יחלוקו ולא הבנתי דבריו דהא משתעבדי מדר"נ ולא שייך דאקני וכ"כ התוס' ב"ב ועיין מש"ל בסימן פ"ו בזה באריכות רק ביתומים שגבו מטלטלין ה"ל כאלו המטלטלין ביד אביהם ע"ש וא"כ לו דהוה כאלו מטלטלין ביד לוה הא לב"ח מוקדם יהבינן ודברי הסמ"ע מוכרחים. רק שם בריו"ו לא כתב דין זה לגבי לוה רק בתפס מיתומים וא"כ מטלטלין דיתמי לא משתעבדי כלל רק מכח תקנת גאונים ובזו לכ"ע יחלוקו ואין כאן שעבוד למוקדם ואין ללמד ממנו למטלטלין שביד לוה החי אך אין צריך לזה כי ריי"ו כ' להדיא בנתיב ו' ח"א במטלטלין לא שייך קדימה כלל ויחלוקו. ונדאה דזהו אם תפס בעלמא אבל אם הגבהו ב"ד שטרות כיון דקיי"ל לעיל סימן ס"ו דיש בשטרות דין גובייגא ואין צריך כומ"ס ולא מצי מחיל א"כ ודאי הוי גובייגא ונתפס רק איירי בדלא הגבהו ומזה ראיה דס"ל למחבר דבמטלטלין אין צריך גביות ב"ד דאנ"ה מה איריא שטרות בכל מטלטלין לא מהני תפיסה וגם נראה דוקא לענין הגוף המעות להוציא מן הלוה אבל אם אין הלוה רוצה לפרוע וא"א להוציא מידו עד שיחזירו לו השטר והוא תופס השטר מבלי ליתנו נראה דאין להוציא ממנו דעל גוף הנייר מהני תפיסה דכמו דמהני תפיסה לגוף הנייר לגבי יתומים לעיל סימן ס"ד באריכות א"כ ה"ה לגבי בעל חוב שני דמ"ש יתומים ומ"ש ב"ח שני ופשוט:

ה **אא"כ שמו ב"ד וכו'** ודאי בקרקע דבעינן גביות ב"ד פשיטא דבעינן ג"כ שומא דאיך יתכן גביות ב"ד בלי שומא וחזקה על ב"ד דלא ישנו הדין דלא יגבהו רק בשומא והכרזה רק במקום שהמנהג להגבות בלי שומא כדלעיל בסימן ק"ג וגם זה צ"ע נגד ב"ח מוקדם אבל במטלטלין דקי"ל כרא"ש דא"צ גביות ב"ד רק מהני בדתפס מעצמו בזו דעת הב"ח דמ"מ עכ"פ צריך שומא דאנ"כ מאן שם לך וכתב דמההיא דפירות תלושין דס"ל כל הקודם זכה דמזה הוכיח הרא"ש דתפיסה מהני במטלטלין אין הכרח דשם דמיו ידועים כפי השער ומה צריך שומא והש"ך פקפק בזה ואני לא הבנתי דברי הב"ח וכי פירושו של מאן שם לך דאין כאן שומא דהא התם מיירי באלמנה שכבר הוכרז ונעשה השומא בב"ד של הדיוטות רק פירושו של מאן שם לך כמ"ש רש"י ותוס' מי החזיקך בנכסים אלו דצריך ב"ד להחזיקו בנכסים ולא סגי בג' הדיוטות וא"כ זהו דתפס בלי רשות וצווי ב"ד אף דידוע שומתו עדיין קשה מאן שם לך מי החזיקו באלו נכסים ועכצ"ל דבמטלטלין

מ"מ זכה וא"צ החזקה א"כ אף שומא אינו צריך דשומא אינו מעלה ומוריד דבכל זה שייך מאן שם לך וזה ברור ומ"ש רבינו יונה בפ' הכותב בהרא"ש אבל אם גבה מעצמו אפילו ע"י שומא דל"ל מאן שם לך לא גבה לא קשיא איך שייך במעצמו דלא אמרינן ביה מאן שם לך הא מאן מחזיק בידו כמש"ל. דרבינו יונה עיקר כוונתו על שבח השדה שביד לוקח דבזה ודאי לא שייך מי החזיקו בידך דהרי הוא מוחזק ועומד בו והרי הוא שלו ובזה מ"מ לא אמרינן מה שגבה גבה אבל זולת זה לעולם כ"ז שלא החזיקו בידו הב"ד שייך מאן שם לך וזה ברור. ואפשר רבינו יונה ס"ל בפי' מאן שם לך כמ"ש הריטב"א בשם הגאונים דהואיל לעצמך שמא לא דקדקת בשומא וא"כ בשומא הנעשה בב"ד להגבותו לב"ח מוקדם ובא ב"ח מאוחר ותפסו שייך שפיר שומא דלא שייך תו מאן שם לך בלי גבי' אבל לפי דהעלו רוב מפרשים כפי' רש"י ותוס' כל זמן שלא הגבהו ב"ד שייך מאן שם לך:

ו **וכל הקידם וגבה וכו'** כתב בב"י אפילו גבה מעצמו בלי גבי' ב"ד והש"ך הש"ג דליכא למ"ד דס"ל הכי דקושי' רבינו יונה כנד למה ב"ח גובה חצי שבח מלוקח אין לך תפיסה גדולה מזו ובאמת המעיין בבעה"ת שער מ"ג חלק ד' דין י"ג יראה דעת הרמב"ם ורמב"ן דתפיסה בעלמא מהני וכ"כ רי"ו נתיב וי"ו ח"א בשם רמ"ה. ובקושי' רבינו יונה בלא"ה קשה למ"ד דלכך לוה ולוה יחלוקו דמספקא לן בדינא כמ"ש הנ"י בשם מחברים א"כ הא לוקח תפיס ולענין ספיקא דדינא ודאי מהני תפיסה גרידא וכמש"ל בקונטרס תפיסות ובפרט שזה לוקח תופס ברשות וכפי מש"ל הוי קודם שנולד הספק נמי ואפשר שלזה הקושיא כיון המרדכי שם ע"ש וצ"ל דהם מפרשים הא דאמרינן בב"מ ב"ח גובה השבח תדע שכך כותב לו אנא איקום וכו' ובמתנה דלא כתב כן באמת לית ליה שבחא וקשה מה צריך לכתיבה הא איירי דכתב לב"ח דאקני ושבחא דאקני פשיטא דמשתעבד ולמה לא יגבה במתנה נמי ועיין לקמן סי' קט"ו מ"ש בו המחברים ועיין א"ז לב"מ ולכן ס"ל להנך רבוותא דהקושי' הוא מה בכך דיש לו דאקני הא הלוקח תופס ונוטל כולו ולכך משני שכך כותב לו וא"כ הלוקח סבור וקיבל בעת מכירה ואדעתא דהכי נחית בעת המקח להגבות לב"ח השבח ומה יהני תפיסה כיון דע"ת כך קנה וביטל תפיסתו וזכותו ולכך גובה חצי שבח ובמתנה דלא כתב באמת לא מוציאין מידו אך לפ"ז צ"ל כדעת הרמב"ן דבמתנה נוטל ב"ח שבח יותר על הוצאה רק הוצאה צריך לשלם וא"כ אף במתנה שייך לוה ולוה כי הוצאות ודאי יכול לתבוע והם בהלואה וצ"ל ג"כ דס"ל דלגבי לוקח א"צ דאקני דהא לא כ' לבעל מתנה דאקני אבל אפילו הפשט בגמרא כמ"ש רש"י מ"מ התי' הוא אמת ומוכרח להנ"י דס"ל יחלוקו מכח ספיקא הואיל וכתב אנא איקום הלוקח סבור

וקיבל ובטלה לתפיסתו וזכותו ודוק. וא"כ דיש ספיקא דרבוותא הממע"ה ומי יוציא מיד המוחזק והתופס ודוק ועיין לעיל בכללי התפיסה:

ז **ואח"כ קנה השדה וחזר ולוה וכו'** זהו לשון הרמב"ם וכתב בב"ה ובכ"מ דלכאורה מוכח טעמא דקנה קודם שלוה הא קנה אחר שלוה אף על פי שלא כתב לשניהם דאקני רק לחד מ"מ יחלוקו וכתב דהרא"ש בפ"ק דב"מ כתב הא דאמר שמואל ב"ח גובה השבח ולא אמר חצי שבח דלא פסיקא ליה דאם לב"ח כתב דאקני וללוקח לא כתב הרי זה נוטל כל השבח הרי דס"ל דאם קנה אח"כ מ"מ זה דיש לו דאקני נוטל הכל וכ"כ הבעה"ת והסכים הב"י לדינא כוותי' וכ"כ הב"ח והש"ך האריך להשיג וכ' דאין מהרא"ש ראיה דאל"כ קשי' דברי ריי"ו אהדדי דהוא פסק להדיא יחלוקו וגבי שבח כתב דאם יש לבע"ח דאקני ולא ללוקח נוטל כל שבח ולכן ביקש לומר כמ"ש המחברים דשבח הוי כאלו הוה ביד לוה ומכרו כמ"ש מחברים וא"כ אין כאן בני חורין רק משעבדי ופשיטא דמי שיש לו דאקני טורף ולא השני ודבריו בלתי ברורים ומובנים דזהו נאמר במחברים לטובת הלוקח דנחשב לגבי המלוה הטורף כאלו הוא ביד לוה ומכרו ולכך אינו טורף רק ביש לו דאקני אבל שיהיה גרוע ידו של לוקח במה שהשביח ועמל ויגע והשבח תחת ידו מאלו הוא תחת יד הלוה בעצמו ואלו היה תחת יד הלוה היה נוטל חצי שבח ועכשיו שהשדה תחת ידו יוגרע כחו ולא יגבה כלום דבר זה לא נהיר ולא בהיר ואין השכל ודעת של תורה מכרעתו והאריך בזה שלא לצורך. ובאמת מדברי הרא"ש בלא"ה אין ראיה דכיון דקי"ל שעבודא דאורייתא א"כ ראובן החייב לשמעון וקנה אח"כ שדה כ"ז שראובן חייב וקונה נכסי' תיכף בעת קנין חל שעבוד דכי בעינן דוקא בעת ורגע שהלוהו יחול שעבוד של מלוה דהא מהתורה עבד לוה לאיש מלוה לעולם כ"ז שלא פרעו וכל זמן שמגיע לו שדה חל עליו שעבודו של מלוה דאל"כ דאין חל הואיל לא היה בעת הלואה א"כ הרי הוא כמטלטלין וכמו דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי כן לא יהיה זה משתעבד ולמה קי"ל דאם קנה שדה אחר הלואה דגובה מיתומים ש"מ דחל שעבודא דש"ד הוא תמיד כ"ז דחיי' לו וזה פשוט וכן התוס' בכורות פ' יש בכור בשמעתא בנו לפדות כתבו להדיא אם קנה אחר שחל פדיונו מ"מ לא שייך דאקני דתיכף כשקנה חל שעבוד פדיון דכמלוה בשטר דמי ונקטו מלוה בשטר משום דשם איירי לגבות משעבדי אבל בב"ח א"צ למלוה בשטר דמי דמה שחייב לו וש"ד תיכף חל שעבוד בעת שקנה ודברים הללו הם דברי תוס' הנ"ל וע"ש ודוק וא"כ מה בכך דכתב לראובן המלוה בניסן דאקני ולשמעון המלוה באייר לא כתב דאקני וקנה בסיון הא בעת קני' חל שעבודא דראובן ולא מקודם כי איך יחול קודם שקנה לדעת הרבה מחברי' וכמו שאכתוב לקמן אי"ה ובעת קנין חל תיכף

שעבודא של שמעון ג"כ כמ"ש רק לזה הוי מלוה בשטר ולזה מלוה ע"פ כמבואר בגמ' דב"ב בשמעתא דאקני אם לא כתב דאקני הוי לאותו שדה רק מלוה ע"פ ע"ש וא"כ לפי דקי"ל לקמ' סעיף י"ג דלמנין ב"ח דינו של מלוה ע"פ שוה למלוה בשטר א"כ בשעבוד השדה בני חורין שניהם שוים ויחלוקו והדין אמת כמו שנראה מדברי הרמב"ם אך זה אם מלוה ע"פ ומלוה בשטר לענין בני חורין שוי' אבל אם גם בזה למלוה בשטר משפט הקדימה א"כ פשיטא דזה דיש לו דאקני קודם לגבות דלגביה הוי מלוה בשטר כמ"ש וזה ידוע בכל מחברים וכמש"ל בסי"ג ג"כ דלמאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא יש למלוה בשטר קדימה וא"צ להזכירו לפ"ז הרא"ש לתרוצי מילתא דשמואל קאתא דאמר ב"ח גובה שבח ולא קאמר חצי שבח ושפיר תי' דלא פסיקא ליה דהא שמואל ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ומלוה ע"פ אינו גובה מיורשים ואם כן יש למלוה בשטר קדימה ולא חל שעבודא דמלוה בלי דאקני כלל עד שאפילו מיורשים לא גבי כמבואר בגמרא ואם כן פשיטא דגובה כל החוב ולק"מ:

אך אין זה מעלה ארוכה בדברי רי"ו דפסק לדינא הך מילתא דשבח (ובאמת הטור ברמזים השמיט הך דינא דלפעמים נוטל כל שבח וזהו סיוע למ"ש דלא כתבה הרא"ש רק אליבא דשמואל) וגם הא הוא פסק בנתיב הנ"ל דמלוה ע"פ מוקדם ומלוה בשטר מאוחר מלוה ע"פ קודם וש"מ דס"ל ש"ד וכמש"ל ונראה דס"ל לרי"ו הא דמכר בניסן באחריות וטרפו השדה מן לוקח בתשרי דהלוקח טורף מכל נכסי' שקנה מהמוכר מניסן ואילך אין הדבר דכוונת אחריות אם יטרפו הימנו בכל זמן שיהיה הוא בעל חובו של לוקח בדמי זבינא למפרע מניסן דא"כ כשטרפו הימנו הרי בטל המקח וחוזרים הדמים מלוה ואיך יאכל לוקח פירות ושבח הא ה"ל כעין רבית רק באמת החוב אינו חל על המוכר כי אם מיום הטריפה ואילך לא מקודם רק הוא שעבד נכסיו מניסן שיהיו משועבדים מאז למה שיתחייב לזמן טירפה בתשרי וכדומה ודבר זה יוכל לעשות לשעבד היום נכסיו למה שיהיה חיי' לאחר זמן כמ"ש רש"י כתובות דף י"ט ע"ב ד"ה עדים וכו' ועיין מש"ל סי' ל"ט סי"ג בהגה וזה נכון בסברא וא"כ תינח מה שמשעבד אבל מה שאינו משעבד אין כאן מקום לחול שעבוד רק משעת טריפה והלאה דחייב לו המוכר המעות אז הוא לגבי לוקח כמו שאר לוי' לגבי מלוי' וא"כ א"ש דבשני מלוי' ולא' כתב דאקני ולב' לא כ' דאקני וקנה אח"כ והיא ביד לוה ס"ל יחלוקו כמש"ל הטעם דבעת שבאהשדה לרשות הלוה תיכף חל שעבוד שניהם כהנ"ל ולכך יחלוקו משא"כ בלוקח שהשביח השדה קודם טריפה וה"ל כאלו ביד הלוה כמ"ש מחברים וא"כ חל עליו שעבוד הב"ח אבל שעבוד לוקח לא מצי לחול כלל דהא מוכר אינו חיי' לו כלום קודם טריפה ושעבוד דאקני לא

נכתב לו עד שנאמר שמשועבד ליה למפרע דהא לא שעבד ליה דאקני ומתורת שעבודא דאורייתא לא חל דאין המוכר חייב לו ובעת טריפה אז חל שעבודא דהמוכר חייב לו וכבר קדמו הב"ח בשעבודו ולא חלו כאחד ולכך הבע"ח גובה וזה ברור ונכון להוגי' בו באמת בלי עקשת לבב וא"כ אין כאן סתירה בדברי רי"ו ואמת כי ק' עלי להבין לרי"ו דס"ל בנתיב הנ"ל חלק ח' דאף דאקני ט"ס הוא א"כ אי אתה מוצא דלא כתב לי' דאקני רק דמפרש להדיא דלא יחול לדאקני השעבוד וכמ"ש הסמ"ע לקמן סי' קט"ו וא"כ קשה איך יגבה מב"ח במה שקנ' הא מחל השעבוד וכל תנאי שבממון קיים ודוחק לומר דפי' דלענין משעבדי מוחל ולא לבני חורין וצ"ע. ויהיה איך שיהי' עכ"פ אין כאן סתירה לדין הנ"ל ואדרבא דעת רי"ו מפורש דיחלוקו זולת בלוקח גבי שבח. אמנם בבעה"ת שער מ"ג חלק ד' די"א כתב לוה מראובן ולוה אח"כ מלוי וכתב לשניהם דאקני והוברר הדבר שאחר שלוה משניהם קנה קרקע או מטלטלין וכו' כך דינם אם כתב לראשון אגב ודאקני ולשני לא כ' כלום הראשון גובה שהרי נשתעבדו לו או מזמן ראשון או מזמן קני' ולשני לא נשתעבדו כלל דכל מאן דלא כ' ליה אגב ודאקני לא טריף כלל אפילו למלוה מאוחר לקנינו וכ"ש דלא מפקי' משעבודא דראשון וכו' עכ"ל ומזה יליף הב"י הדין מבואר דזהו שיש לו דאקני הוא לבדו טורף ואין זולתו אמנם הש"ך ביקש לדחותו דמירי הבעה"ת שמכר נכסים שקנה ולגבי לקוחת פשיטא דזה דיש לו דאקני לבד טורף ודייק ליה מלשון טורף אשר נאמר דמשמע טריפת משעבדי ודקדוק זה קלוש ודקדוק עניות דלא נאמר רק דרך כ"ש אם מלוקח שקנה אחריו לא טריף איך יהי' יכול לגרע כח הב"ח המוקדם לו בכל אופן כמבואר שם ואיך יהי' עיקר חסר מן דבריו דהא לדעת הש"ך כל הענין יהי' סובב במוכרו וזה חסר בדבריו ועוד כל ענינו בזה השער לברר דין דאקני כאשר ביאר שם כל הענינים ואיך העלים הך דינא דאם השדה הנקנית לאחר הלואת שניהם ביד הלוה ולא' נכתב ולהשני לא נכתב דאקני מה משפטו ולכן ברור דליתא לדחיות הש"ך. אמנם י"ל בדברי בעה"ת בכמה אנפי כי יש לדקדק במה שנקט הבעה"ת בלשונו הכל דאי כתב לו אגב ודאקני אגב מה בעי הכי ואי דגם לענין מטלטלין יהי' חל דינו מה ביקש בזה הלא כל כוונתו בזה הדין לברר דין דאקני ולוה וקנה וה"ל להודיעני בקרקע וממילא ידעינן דאי כתב אגב דחזר דין מטלטלין להיות שוה לקרקע בלי הבדל ומה זה צורך דבכל הדברים הזכיר אגב וגם כבר גמגם הג"ת בזה דפתח דכתב לשניהם דאקני ולבסוף סיים כל הדין דכ' לא' ולהשני לא כתב ולכן היה נראה דודאי אם כתב לאחד אגב ודאקני סובב והולך על המוכר דמים שקבלת מן הלוקח משועבדים לי באגב תן לי המעות דמעות משתעבדים באגב כמו שארי מטלטלין כמבואר בסעיף ה' ובפרט דכתב

דאקני דל"ל דלמא הגיע לידו המעות אח"כ ואלו נתן במתנה המעות פשיטא דגובה ממקבל מתנה ומה נשתנה זו דלקח קרקע ומה ישיב המוכר לעומת זה מכרתי קרקע זהו היה ניחא אלו היה גובה הקרקע אבל עכשיו שא"א לי לגבות כל הקרקע א"כ תן לי מעות המשועבדים לי ומה איכפת לי בקרקע שמכרת כיון שא"א לי לגבותו ובכח הדין מחויב המוכר להחזיר לזה הבע"ח המעות וא"כ חוזר המוכר על הלוקח ליקח קרקע כי הוא מקח טעות ומהכ"ת ימכור קרקע שלו בשאין לו מעות ויהיה מחויב להחזיר המעות ליד בע"ח של לוקח ואדעתא דהכי לא מכרן לו וא"כ אפוכי מטרתי ל"ל הרי תיכף הבע"ח טורף הקרקע שקנה הלוה במעות המשועבדים לו באגב ודאקני וא"ש ומדוקדק הלשון למאוד. אך אף שדין זה מסתבר וכן מצאתי בתשובת מהרי"ט ח"ב לח"מ סי' ח' כעין סברא זו מ"מ צ"ע לחדש דין זו וצריך ישוב ובפרט לומר דעל זה סובב והולך כוונת הבעה"ת דא"כ ה"ל להודיע ולפרט דוקא בקנה במעות אבל אם הגיע לו שדה בירושה או במתנה דלא שייך סברא הנ"ל דיחלקו כדינו של הרמב"ם:

אך באמת אין אנו צריכין לזה כי הלא הבעה"ת בשער ס"א הביא תשובת ר"ה גאון דס"ל מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר לגבי בני חורין וכתב עליו דהסופרים שבשהו וטעות הוא והסכים לדינא כהרי"ף דמלוה בשטר אע"פ שהוא מאוחר קודם בגביה ע"ש. ולפ"ז פשיטא דאם לאחד כתב דאקני ולא' אינו אף דחל שעבודם אשדה כאחד מ"מ לזה דנכתב ס"ל מלוה בשטר ולזה שלא נכתב ה"ל מלוה ע"פ כהנ"ל ואם למלוה בשטר דין קדימה אף בזה יש לזה דכתב דאקני משפט הקדימה בכל אופן וזה ברור ופשוט ונכון הוא. וא"כ לפ"ז מאחר דהמחבר פסק לקמן סי"ג כר"ה דמלוה ע"פ קודם אף בזה הדין דיחלוקו דהא שעבוד שניהם באים כאחד ולא יוגרע כח מלוה ע"פ לגבי בני חורין בשביל מלוה בשטר (ועיין מש"ל בסעיף הזה דגם בזה מחלוקת רבוותא) והיה נראה כמ"ש הרי"ו וצרור הכסף דיחלוקו אך מ"מ הש"ך החליט הענין כאלו אין כאן מחלוקת בדינא ולכ"ע יחלוקו ואני חדשות מגיד כי ישנו פוסקים אחרים זולת הנ"ל דהא הרשב"א ס"ל בדאקני יוכל לחזור בו קודם שבא לעולם וראיה שלו מהא דלוה ולוה וקנה יחלוקו למה יחלקו דס"ל דתיכף חל שעבודו מעת כתיבת דאקני (וכמו שבעה"ת הנ"ל שהעתקתי מסופק בו שכתב או מזמן ראשון או מזמן קניה) והוא ס"ל מזמן ראשון וא"כ למה אח"כ יחלוקו אלא ודאי אח"כ בכתבו לשני גם כן דאקני חזר בו והיה דעתו שיהיו שניהם שוים בו. וכ"כ המרדכי דלכך יחלוקו משום חזרה רק דלא חזר מכולם ועיין מש"ל סי' קי"ב ע"ש וכן נראה מדברי הר"י מגאש בחדושיו לב"ב דהטעם משום חזרה וכן נראה מדברי רשב"ם שם ב"ב דף קנ"ז ע"ב ד"ה ואת"ל ע"ש. וא"כ לפ"ז דכל

הטעם דיחלוקו משום חזרה הא לא חזר הוה משועבד לראשון דלא ס"ל דשעבודם באים כאחד רק חל תיכף מעת הכתיבה וכ"כ הרמב"ן בחדושיו לב"ב בשמעתא דלקח פרה וטלית ע"ש. וא"כ בכתב לא' דאקני ולהשני לא כ' הרי לא חזר מכתיבה ראשונה ואדרבא אימץ וקיים אותו דלהשני לא כתב דאקני כלל א"כ פשיטא דזה דיש לו דאקני דקונה ומשתעבד לו לבדו ואין להשני אתו דהא לא חזר משעבודו ולולי חזרה היה אפילו בכתב לשניהם לקמא משתעבד לדעתם וא"כ בכ' רק לא' הא לית כאן חזרה ופשוט וברור וא"כ הרי כאן מחלוקת גדול והרבה מחברים דס"ל כדעת הב"י ובעה"ת דמי שיש לו דאקני זוכה אף דס"ל מלוה ע"פ גובה קודם מלוה בשטר ונשוב לדברי הרמב"ם דלפי מש"ל בדבריו א"כ ה"ה בלוה ולא כתב דאקני וקנה נכסים ואח"כ לוה אף שכתב להשני דאקני כל זמן שהשדה ביד הלוה צ"ל שמלוה הראשון קודם דהא תיכף בעת קנין השדה חל שעבודו דראשון והוא כמו מלוה ע"פ כנ"ל ואם אח"כ כתב דאקני הוה כמלוה בשטר והא קי"ל מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ולכך מ"ש הסמ"ע בס"ק ט"ו הטעם דהוי כנמכר למלוה בשטר ומלוה בלי דאקני אינו מוציא ממשעבדי אינו נכון להך דעה דס"ל מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר לגבי ב"ח ואלו הוה כמכורה איך אתי מלוה ע"פ ומפיק מן משעבדי וע"כ דלא אמרי' במלוה בשטר דהוי כמכירה והקושיא במקומו. והרב הש"ך ביקש לומר דאם לא היה לו נכסים בעת שלוה אף שקנה אחר כך לא נשתעבדו כלל רק כל זמן שבידו גובה מתורת פריעת בע"ח מצוה ודבריו לא נראים כמש"ל דא"כ איך גובים מיתמי ובגמרא דב"ב מדמינן הך דגובים מיתמי אי מלוה ע"פ גובין מיורשים ולפי דברי הש"ך הא לא תליה כלל במלוה ע"פ דבזהו איכא שעבודא למאן דאמר ש"ד ובזה ליכא. ולכן צדקו דברי הג"ת דהך תליא אם מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר. ובאמת לולי דעת המ"מ הייתי אומר דס"ל לרמב"ם מלוה ע"פ מוקדם ומלוה בשטר מאוחר מלוה בשטר קודם אף דס"ל שעבודא דאורייתא מ"מ ס"ל כן מטעם שכתב הבעה"ת דמלוה בשטר הוי כמו לוקח ואי קשה א"כ בלוה משנים וכת' לא' דאקני ולא להשני וקנה אח"כ למה ס"ל לרמב"ם יחלוקו הא זה דכתב לו דאקני הוי כמלוה בשטר והשני רק כמלוה ע"פ ולשטר משפט הקדימה. י"ל טעמא דהוי כמו מכר כמ"ש הבעה"ת שער ס"א ח"ב כמו דחששו לנעילת דלת ללקוחת כי מלוה ע"פ לית ליה קלא כך חששו לנעילת דלת למלוה בשטר כי ימנע להלות אולי קדמו מלוה ע"פ ול"ל קלא וס"ל לרמב"ם ודאי בנכסים שקנו אחר כך לא שייך נעילת דלת דכי על זה ילוהו במה שיקנה אח"כ וכי ידע מה יהיה אח"כ עד שנאמר ע"ז סמכה דעתו להלות וא"כ בלוה ולוה וקנה ולחד כת' דאקני ולא להשני מ"מ יחלוקו דה"ל מלוה

ע"פ ובשטר ושעבוד שניהם בא כאחד כמש"ל ובזו אין להמלוה בשטר קדימה דמה תקון יש בזה וכי ידע דיהיה קונה עד שבשביל כך הלוהו אמנם בלוה וקנה ואח"כ לוה וכתב דאקני אמרי' דשני ה"ל כמלוה בשטר ויש בו תקון נעילת דלת כיון דכבר היה לו שדה ההוא וע"ת כך הלוהו ולראשון דל"ל דאתני לית ליה קלא וא"ש. ובזו הסברא היה עולה ברוחי כי הבעה"ת כתב לוה ולוה וקנה וכתב לראשון דאקני ולשני לא וכו' לא מצי מפיק משעבודא דראשון דלמה בחר בראשון ואם לשני כתב ולא לראשון השני נוטל סוף כל סוף כ' לו קודם שקנה ומה נ"מ ראשון או בשני ודברי ראשונים ז"ל היו מדוקדקים שבעתים מזוקקים ועלה בדעתי כי ס"ל כסמ"ע דמ"ש דמכר לגמרי ומ"ש דהיה משועבד ליה בשטר היינו מכירה. וכן משמע בתוס' ב"ב פרק הספינה גבי אותיות נקנים במסירה דשעבוד היינו מכירה רק במכר גופיה כיון דקי"ל שעבודא דאורייתא היה ראוי להיות מלוה ע"פ גובה מלקוחות שקנו אחריו רק מפני תקנת לקיחת וזהו לא שייך בדאקני כי לא ע"ז יזיף כמ"ש ואם כן א"ש בשלמא כשמלוה הראשון היה לו דאקני א"כ היינו כמכורה א"כ כשלוה אח"כ אף דבעת קניה חל שעבודא מ"מ הא כבר מכור הוא ואין לאחר מכירה כלום. משא"כ אם לוה מראשון בלי דאקני א"כ חל שעבודא תיכף במלוה ע"פ ומה בכך דאח"כ הוי הלואה בשטר לו יהיו מכירה הא מלוה ע"פ גובה בזה דלא שייך נעילת דלת כמ"ש ולכך דייק דכתב למלוה הראשון דאקני אך אף דזה ישר בסברא מ"מ ק' לומר דלזה נתכוון הבעה"ת דה"ל לפרש ההבדל בין כתב למלוה הראשון ובין כתב למלוה השני דכל ענינו בשער ההוא לבאר פרטי הדינים אשר בזה. ולכן יותר מסתבר דהבעה"ת כתב לא' וכוונתו לאחד וכן כתב לב' וכוונתו להשני והמדפיס טעה והדפיס במקום לא' לראשון אבל מ"מ סברא זו נכונה לצדד בו לדינא דיש הבדל עכ"פ בין כ' לראשון ובין כ' לשני. כן היינו אומרי' ברמב"ם אבל המ"מ כתב להדיא דהרמב"ם ס"ל דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ור."כ קושיא הנ"ל במקומו. וגם ק' אי אמרינן לוה ולא כתב דאקני וקנה ואח"כ לוה לבתרא משתעבד כמ"ש וכדעת הסמ"ע ואם לוה ולו' ולחד כתב דאקני ולחד לא כ' וקנה מ"מ יחלוקו כמ"ש לדעת הרמב"ם א"כ עדיין קשה קושית הגמרא שטרי מאוחרין בכתב ליה דאקני דקי"ל דכשרים למה דלמא לוה משניהם בניסן ולאחד כתב דאקני וקנה באייר הא לשניהם משתעבד ויחלוקו ועכשיו דמאחרין הך שטרא דאית ביה דאקני לסיון א"כ ה"ל לוה ולא כתב דאקני וקנה ולוה אח"כ לבתרא משתעבד ונוטל זה כל הקרקע שלא כדת כי אין לו בו רק החצי. ואפשר לומר דכללא הוא בכ"מ דיחלוקו אם קדם א' וגבה גבה א"כ לפ"ז אין כאן עול דיגבה זה כולו מה שלא היה מגיע לו רק החצי דהא בדעבד מה שגבה גבה.

ולא חששו חז"ל לכך וכמו כן כתב הר"ן בפ' הכותב יתנו לכושל שבראיה והקשה הר"ן איך מפסידין למוקדם ותי' הואיל ובדיעבד מה שגבה גבה לא חששו חז"ל לכך ע"ש וצ"ע כי עיין במרדכי סוף פרק מ"ש מוכח דלא ס"ל תי' זו דאל"כ אין מקום לקושיא והכרח שלו ועיין מש"ל בסימן קי"ב. ולכן היה נראה הואיל ורבינו ב"י כ' דאין מדברי הרמב"ם הכרח כ"כ דיסבור יחלוקו רק י"ל כדעת בעה"ת דלמאן דכתב דאקני משתעבד דכן הוא האמת בתוס' ביאור ולא יהיה מקום לדקדק עליו והוא דצריכין להבין דכ' בעה"ת שער הנ"ל ח"ד דין ג' בשם גאון דשטרא דלא כ' ביה דאקני ולוה וקנה והוריש משתעבד דומיא מטלטלין דיתמי דלית ביה שעבודא והאידנא תקנו דמשעבדי והא דבעי שמואל דאקני קנה והוריש הא בלי דאקני לא היינו דשמואל ס"ל מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים וכו' עכ"ל ויש להבין פתח בתקנה דגאונים וסיים בדברי גמרא דשמואל לטעמיה וצריך לומר דס"ל ודאי מדינא דגמרא גובה מיורשים כדמשמע בגמרא למ"ד מלוה ע"פ גובה מיורשים אף דדאקני לא משתעבד גובה מיורשים וה"ה בדלא כתב דאקני רק ס"ל ע"כ לא חל שעבודא כלל על נכסים שקנה אחר שלוה וזמן הלואה משויה ליה שעבוד ולא אח"כ דאל"כ כל זמן דחייב וקנה נכסים תיכף נשתעבדו א"כ אף בלי כתיבת דאקני יגבה משעבדי דהא שעבודא דאורייתא ושורת הדין כל מלוה ע"פ לגבות משעבדי רק לית ליה קלא דמאן דיזיף וכו' אבל כאן במלוה בשטר אף דלית ביה דאקני מ"מ מוציאין קול על הלואה ולא שייך תו בצנעה יזיף וא"כ למה לא יגבה משעבדי ולכך צ"ל דלא משעבדי כלל בלי כתיבת דאקני וא"כ קשיא ליה איך גבה מיורשים ולכך ס"ל תקנת חכמים הוא כמו שתקנו הגאונים על מטלטלים דיתמי כן תקנו בזמן גמרא על נכסים שקנה אח"כ והביא הגאון הך מילתא דמטלטלי דיתמי רק לדוגמא כמו שתקנו במטלטלין הגאונים כן תקנו חז"ל בקרקע שקנה או ירש אחר הלואתו שיהיה בכלל שארי נכסים שמלוה ע"פ גובה מיורשים והשוו דבריהם בענין השעבוד מבלי פלוג וזה ברור בכוונת הגאון. וכמו כן יש להבין דברי תשובת הראב"ד הביאו הטור סימן זה אות ט"ו ראובן לוה בע"פ מיעקב ומת ובנו שמעון לוה בשטר ובאו לכלל גביה ב"ח של שמעון שהוא בשטר קודם לב"ח של ראובן כי מלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדם אך אם לוה שמעון בחיי אביו ראובן בשטר אע"פ שכתוב ביה דאקני ומת ראובן מלוה ע"פ שלו קודם למלוה בשטר של שמעון עכ"ל והדבר תמוה מ"ש דלוה יורש במות אביו או בחיי אביו כיון דכתב דאקני א"כ תיכף במות ראובן חל שעבודו של שטר על השדה ההוא וה"ל מלוה בשטר ולמה יהיה מלוה ע"פ קודם וצ"ע:

ולכן נראה דסבירא ליה לראב"ד כדעת הרשב"ם בשמעתא דאקני דסבירא ליה לרבנן

דאין מקנה דבר שלב"ל הא דאמרינן דמשעבד דבר שלב"ל משום דאלמהו רבנן לשעבודא שלא תנעול דלת בפני לוין ע"ש הרי דסבירא ליה שורת הדין דלא מהני דאקני לשעבוד דהא אין מקנה דשלב"ל רק חכמים אלמהו משום נעילת דלת והוא רק דרבנן ולפ"ז א"ש דסבירא ליה לראב"ד כדעת מחברים דלכך מלוה ע"פ מוקדם ומלוה בשטר מאוחר מלוה בשטר קודם דשעבוד מלוה ע"פ דרבנן דשעבודא ל"ד ובשטר דמפרש שעבוד ה"ל דאורייתא ואתיא דאורייתא ודחיה רבנן ולכך ס"ל חובו של יורש בשטר קודם למלוה ע"פ דרבנן אבל אם היורש לוה בחיי אביו רק כתב דאקני זהו ג"כ מדרבנן וא"כ מה אלים הך דרבנן מהך דרבנן וא"כ ה"ל כתרי מלוה ע"פ ומלוה ע"פ מוקדם קודם למאוחר וא"ש. וא"כ י"ל הרמב"ם ס"ל הנך תרתי דדאקני דרבנן וגם הא דבלי דאקני גובה מיתומים הוא רק תקנתא דלא חל שעבודא כלל על הנכסים וא"כ א"ש דכבר כתבו הריטב"א ורא"ה בריש מי שהיה נשוי דס"ד בגמרא דב"ח מאוחר שקדם וגבה גבה והקשה התוס' הא אפילו מלוקח מוציאין ותי' המה בשלמא לוקח שייך נעילת דלת בפני לוין אבל בשני ב"ח מ"ש האי ב"ח מהאי ע"ש. ואם כן ברור אם לוה בלי דאקני וקנה ואח"כ לוה להשני משתעבד כדעת הסמ"ע דהא זה דלית ליה דאקני אין לו שעבוד כלל רק מכח תקנה גובה מיורשים כמו לדידן מטלטלין וזה השני יש לו שעבוד ופשיטא דהשני קנה אבל לוה ולוה ולחד כתב דאקני ולהשני לא כ' ואח"כ קנה להך דכ' דאקני משתעבד דלזה יש עכ"פ שעבוד דרבנן כמש"ל שלא תנעול דלת ולזה לא חל שעבודא כלל. רק הרמב"ם דנקט לוה וקנה אח"כ לוה ולא כתב לוה ולוה וקנה וכו' רבותא קמ"ל לא מבעיא בכה"ג פשיטא דלהך דאית ליה דאקני משתעבד דהשני לית ליה שעבוד כלל אלא אפילו לוה בדאקני וקנה וחזר ולוה וה"א הא ד"ת לא משתעבד רק מפני נעילת דלת וה"מ לגבי לוקח שאחריו אבל לגבי בעל חוב שאחריו דשעבודו דבר תורה בזה לא שייך ולא חל שעבודו דמה נעילת דלת יש בשני ב"ח כמ"ש הרא"ה וריטב"א דמה חזית דאתה חושש לזה ב"ח חושש לזה וה"א אוקמא אד"ת דאינו משועבד דשלב"ל ויגבה השני קמ"ל דלא דלא פלוג עבדו רבנן ועשהו לעולם כשל תורה ולהך דאית ליה דאקני משתעבד וא"ש וברור. ואחרי שבררנו כל זה הרי רוב פוסקים דס"ל דלא כרי"ו וצרור הכסף וא"כ יש להורות כדבריהם ובפרט דלפי דעתם יחלוקו וא"כ הוי זה הראשון נוטל ודאי החצי ועל השני ספק רבוותא וה"ל כמו ספק ויבם דאמרינן בהחולץ הואיל ויבם נוטל פלגא ובאידך פלגא מסופק אין ספק מוציא מידי ודאי ושקיל כולהו אף בזה הדין כן הואיל והך פלגא נוטל ודאי ועיין תוס' ריש ב"מ דהקשו בזה נוטל ג' חלקים דלהוי כמו הך ספק ויבם ועי' מ"ש בתי' ולשונם סתום ועיין באסיפת זקנים כמה תי' ולרוב תי' וביחוד

מה שנראה לתי' היותר נכון דבב"מ טוען ברי ומהך סברא דאין ספק א"א להוציא כיון שהוא טוען ברי ועוד הא זה דטען חצי שלי יכול לטעון כולה שלי ובשביל שהודה לא יפסיד והריטב"א תי' דשם דתפס בטלית אנן סהדי דאית ליה חולקא הואיל ותפס ע"ש וכל אלו תי' לא שייכי' פה ולכך ה"ל ספק וודאי כמו יבם וספק וברור כדעת הב"י והב"ח דזה דיש לו דאקני נוטל כולו ודוק:

ח **היו עליו ב"ח הרבה כו'** הר"ן בפ' מי שהיה נשוי נתן טעם למה לא אמרינן בהו שודא כמו ב' שטרי מכירה או מתנה יוצאים ביום א' דבזה לא שייך שודא דאפילו לוה מזה בשחרית וזה בערבית מ"מ חל שעבודי' כאחת דאין השעבוד חל אלא בפנות היום ואפילו לב"ח כיון דאין זמנו ניכר מתוך השטר ה"ל מלוה ע"פ ובמלוה ע"פ ליכא קדימה כמו שכתבתי למעלה דמלוה ע"פ מוקדם ומאוחר כשבאו לגבות חולקין הילכך בשטרי הלואות והודאות ודאי חולקין אא"כ הם שטר קנין דמשעת קנין שעבד נפשי' ובהא לא איירי ואף רב מודה שודא כו' עכ"ל והקשה הש"ך א"כ לפי דקי"ל לקמן בסעי' י"ג דמלוה ע"פ מוקדם למלוה בשטר א"כ אף בשט"ח ה"ל למימר שודא והניח בצ"ע. ולדידי קשיא נמי איך סתם המחבר ולא ביאר דאם יש קנין בשטר לא אמרינן יחלוקו רק שודא כמ"ש הר"ן. ויש לדקדק בר"ן א"כ איך מפרש המשנה בכתובת דקתני חולקת בשוה כר"מ הא בקנין ר"מ מודה דיש מוקדם אפילו ביום א' וכאן נשואין וחופה הוי כקנין דמתנאי ב"ד נתחייב כתובה וכתובה הוא רק ראיה והרמב"ם והטור והש"ע העתיקו בא"ע המשנה חולקת בשוה ואפשר לדעת הרי"ף במקום שכותבין כתובה בידו יכול לטעון פרעתי י"ל דלית ליה שעבוד עד כתיבת כתובה אך זהו דוחק ומהרש"א מפרש בתוס' כהר"ן והתוס' ס"ל דלא כרי"ף דאף במקום שכותבין א"צ לכתובה וצ"ע וצ"ל דמיירי בתוס' או בכותב לה ועודה ארוסה וצ"ע והנה הך קו' הש"ך קשה על הרי"ף דתמה על הרבוותא דס"ל מילתא דשמואל שודא אף בשטרי הלואות דה"ל לגמרא להקשות מהך משנה דהיו כולם יוצאים ביום א' דיחלוקו וקשה מה קושי' המה ס"ל כדעת ר"ה גאון דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה ע"פ מאוחר וא"כ אף בשטרי הלואה חל שעבודא של זה קודם לזה ולכך אמרינן שודא אך זהו אי שעבודא דאורייתא ואם כן מלוה ע"פ קודם לחבירו אבל למ"ד שעבודא ל"ד לכ"ע אין במלוה ע"פ קדימה כלל כמש"ל ושמואל הא ס"ל שיעבודא לאו דאורייתא ואם כן מודה שמואל בשטרי הלואות עבדינן חלוקה ולא קשיא ליה כלל מהמשנה ולכן נראה דס"ל להרי"ף הא בגמרא תלינן אי עדי חתימה כרתי אמרינן יחלוקו רק שמואל סבירא ליה עדי מסירה כרתי ועיין בר"ן פ' מגרש דהקשה להרי"ף הא צ"ל אף עדי מסירה כרתי ועיין שם מה שתי' והעלה דהעיקר דבעינן ע"מ ולכך עבדינן שודא

ועיין מש"ל בסי' נ"א בזה באריכות ולפי"ז הא כתב הרא"ש בפ"ק דגיטין דשטרי הלואה שהן רק שטרי ראיה מודה ר"א דלא בעינן ע"מ כלל ע"ש וא"כ פשיטא דיחלוקו אך כי כתב הרא"ש דשטרי הלואה ה"ל רק שטרי ראיה וא"צ ע"מ היינו למ"ד ש"ד וא"כ כל טיבו של שטר רק לראיה ולקול ולכך מהצורך לע"מ אבל אי שעבודא לאו דאורייתא רק ע"י שטר נעשה השעבוד א"כ העדים משוי' שעבוד ומה לי דמשוי' גוף מכירה על שדה או דמשוי' שעבוד על השדה לר"א אין ביד ע"ח לעשות דבר בקנין וכדומה רק הבע"מ וא"כ ברור דבעינן ע"מ וא"כ קושית הרי"ף על הנך רבוותא בממ"נ אי ס"ל שעבודא דאורייתא א"כ הא לכ"ע עדי חתימה כרתי ולכ"ע יחלוקו ואי ס"ל שעבודא ל"ד וא"כ בעינן ע"מ כמ"ש ולכך ס"ל שודא שפיר קשה מהך משנה דל"ל כהנ"ל דשמואל לטעמי' דהא ס"ל שעבודא ל"ד ומכל מקום ס"ל שודא ודוק. (וגם מה שהקשו להרי"ף מה קושי' מהמשנה דלמא המשנה ר"מ היא די"ל דס"ל להרי"ף לכך אם ע"ח כרתי יחלוקו כמ"ש התוס' שם דף צ"ד ד"ה לימא לר"ת דאנן אמרינן איהו סבר דשניהם כא' נחתמו ואין דעתו שיקנה זה יותר מזה ע"ש וא"כ ליכא למימר משנה ר"מ דהא רבי מפרש עליה דמשנה חולקת בשוה (ועיין בר"ן שכתב להדיא דצ"ל ג"כ רבי סבר כר"מ) והיינו כפי' הרי"ף דבעל מנה ובעל מאתי' חולקים בשוה ולא דמי לש"מ שצוה ליתן לזה ק' ולזה ר' וכדומה דחולקין לפי נכסים כמבואר לקמן ש"ע סי' רנ"ג ס"ט ע"ש דהתם תלי' בדעתו של נותן ודעתו להרבות לזה ולמעט בזה אבל בזה הא שעבודא של מנה חל אשדה כמו ר' עיין שם בסמ"ע ס"ק כ"ד וקשה אי הטעם משום דע"ח כרתי ודעתו היה שיחול שעבודם אי אזלינן בתר דעת המשעבד ודאי דעתו שיחול לפי ערך החוב כמו במתנת ש"מ ואיך קאמר ר"מ דיחלוקו בשוה וע"כ אין הטעם משום ר"מ היא ושפיר קשה דה"ל להקשות לשמואל) ובזה הסברא מיושב הא דהתוס' שם בכתובות ד"ה כתב וכו' דהקשו שמואל דס"ל עבחז"ל בפ"ק דב"מ להא דס"ל ע"מ כרתי והאריכו בראיה דס"ל לשמואל עבחז"ל ולבסוף אגב גררא נקטו דקשיא אביי אהדדי דס"ל ע"מ כרתי וס"ל עבחז"ל ויש להבין מה צורך להם להוכיח מתחילה בשמואל דס"ל כאביי הלא אביי אדאביי נמי קושי' חזקה אלא כפמ"ש ל"ק די"ל אביי ס"ל ש"ד וא"כ בשטר ראיה לא בעינן ע"מ וכל מילתא דאביי בב"מ הוא הכל בשטרי הלואה דהוי של שטרי ראיה ולכך עיקר קושיתן לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וצריכים שטרי ראיה ג"כ ע"מ (עיין גיטין דף נו"ן דמשמע שם דאביי לית ליה ש"ד ודוק כי צ"ע דמשמע גבי ב"ח למפרע גובה דש"ד עי' מש"ל סי' ל"ט) ולפ"ז למה דקי"ל ש"ד ולכ"ע ע"ח כרתי א"ש דקי"ל יחלוקו ואין אנו צריכין לטעמו של הר"ן ולק"מ. ויותר נראה דס"ל הא דאמרי' שודא היינו כמש"ל בסי' ר"מ דאומדי' דעת

הנותן על מי היה דעתו ליתן השדה דודאי ליתן לשניהם א"א וא"כ אומדי' דעתו הקרובה למי נתכוון ליתן אבל בהלואה הלא מעשים בכל יום מי שאין לו שדות הרבה רק אחת וכי בשביל זה לא ילוה הלואות רבות מקרוב או רחוק וא"כ מה אומד הדעת יש בזה. וא"א למיקם עלי' דמילתא כלל ואין כאן אומד כלל וכל היכי דליכא שודא לכ"ע עבדינן חלוקה וזהו יש לכוון בירושלמי דפריך על שמואל ממשנה דקתני חולקת בשוה ומשני לאו לשודא דדיינא אמרת והיינו כמ"ש דכל כוונתו בשביל שודא וכאן א"א למצוא שודא ולכך יחלוקו וע"ש בר"ן דכתב גם כן דאירי במקום שא"א להכריע ולפי מה שכתב' לעולם בהלואה א"א להכריע ופשוט:

ואפשר אף הרי"ף הוה ס"ל כך רק דלהיפוך ממש"ל קשיא ליה דא"כ דלכך יחלוקו משום דא"א למיקם עלי' דמלתא וא"כ דלכך חולקים משום ספק א"כ ודאי דחולק' בשוה והגע עצמך ב"ח מק' וב"ח בר' ונון זהו' מוטל בספ' דאינם יודעים למי שייך וכי נחלק נגד המעות זה אינו וא"כ מ"ט דר"נ דס"ל דחולקים לפי מעות וא"ש אבל סברא הנ"ל נכונה ולחנם הקשה הר"ן ארי"ף ודוק. גם יותר מסתבר דס"ל למחבר עיקר כר"ת דס"ל שם בתוס' הנ"ל דלכך בשני ב"ח יוצאים ביום א' יחלוקו משום נעילת דלת וכתובת אשה משום חינא הרי שורת הדין לעשות שודא והיינו כהנ"ל רק מכח נעילת דלת יחלוקו וא"כ לק"מ ואפשר לומר לר"ת דס"ל נעילת דלת דימנע ללות אולי יש עוד שטר בלא"ה איך ילוה אולי יש שטר מתמול שלשום וקודם בוודאי וצ"ל דזה יש לו קול משא"כ בו ביום לית קלא כמ"ש התוס' וקשה א"כ מלוה ע"פ דלית ליה קלא מא"ל וצ"ל דבאמת לר"ת דחושש לנעילת דלת אף מלוה ע"פ אין קודם בגבי' וזהו כוונתו של ר"ת דלא תי' כתי' התוס' משום קושי' דמלוה ע"פ דס"ל שעבודא דאורייתא ולפ"ז לפי דפסקינן מלוה ע"פ קודם ש"מ דלא ס"ל כר"ת דתקנו משום נעילת דלת ויפה הקשה הש"ך ודוק. וכל זה אי אמרינן דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה ע"פ מאוחר אף שגבה המאוחר מוציאין מידו אבל אי אמרינן כמש"ל בסי"ג דאין מוציאין מידו בלא"ה לק"מ דבשלמא דאי גבה לא גבה לא אמרינן יחלוקו דאנו עושים עול בדין משא"כ שודא יכול להיות דאין מעותין הדין משא"כ אם קדם וגבה גבה הרי אין כאן עול ולכך יחלוקו וזה נכון אלא הך דינא גופו צ"ע ועיי' מש"ל:

ט **אבל אם הלוה מכרו וכו'** ואם יש לבע"ח חובו במאתים ומכר הלוה קרקע בק' ופרעו לבע"ח ההוא ובא עכשיו בע"ח ההוא לטרוף קרקע ההיא הנמכרת בק' שנשאר חייב לו דעת בעל צמח צדק וחתנו הגאון המפורסם מהר"ג אשכנזי ז"ל דהדין עם ב"ח ויכול לטורפו וכן מוכח בגמרא פרק אלמנה דמספקא ליה באלמנה שמכרה למזונות אי מציית

להוציא כדי לגבות כתובה ע"ש ואלו אם לוה מכרו לפרוע לו אין יכול לגבות על הנשאר וכ"ש בהוא בעצמו מכרו אלמא דוקא בהוא עצמו מכרו אינו יכול לטרוף וכ"כ הר"ן אם היה לו שני חובות ומכל הוא קרקע בשביל חוב א' א"י להוציאו בשביל חוב שני דאחריות דנפשי' קיבל הרי הא מכרו לוה פשיטא יכול להוציא. דהא לא שייך אחריות דנפשי' קיבל ופשוט. אבל בתשובת שבות יעקב סי' קנ"ג דייק הואיל ולא נאמר בש"ע כה"ג דהוא בעצמו רוצה לטורפו בעד מה שנ"ח לו הלוה ש"מ דלגבי אותו ב"ח לא אמרינן כן כיון שדמי זבינא קיבל לפרעון חובו. ואין בדבריו ממש לדחות דין שיש בו מסברא כי מה איכפת ליה סוף כל סוף הנכסי' שקנה הלה הוי כאלו הם ביד לוה כמ"ש הסמ"ע סכ"ה וכמו שמן הלוה יכול לטרוף ולחזור ולטרוף כמבואר בגמ' בפ' מי שהיה נשוי בעובדא דקטינא דארעא כן הדין בלוקח דאין כחו יפה יותר מן לוה הואיל הוא מכרו לו וזה פשוט והאריכות בזה ללא צורך ודקדוקו קלוש עד מאוד די"ל בגוף תשובה מעשה שהיה כך היה וגם רבותא קמ"ל דה"א מסתמא אותו ב"ח שקיבל הפרעון מוסר כחו ללוקח הלזה כי מה איכפת ליה כיון שחובו נפרע וקמ"ל דלא אמרינן כן ומכ"ש באותו בע"ח מהכ"ת יתן כחו ללוקח לגרע כח עצמו ופשיטא דגובה ואין בו פקפוק:

י **שטרות וכו'** הרב הב"ח בשו"ת שלו האריך דאם יש לא' שני שטרות אינו גובה לפי שטרות רק לפי ב"ח ואינו נוטל רק חלק א' כאלו אינו אלא שטר א' וראיה שלו מהא דאמרינן ב"ב דאית ליה חד בר מאה לא לשוי' תרי בעל חמשין חמשין דניחא ליה ללוה דלפגום שטרי' משמע הא אלו לוה מרוצה עבדינן והא ע"כ יפסיד לב"ח אחרים בחלוקה והרב הש"ך לעיל סי' ג"ן דחה ראיה זו די"ל דכותבין כן על' השטר אחריני דהוא הי' שטר של ק' ועבדו ממנו חמשין חמשין וא"כ בעת גבי' אין לו מ"מ רק ח"א. ועוד דחה דלא חיישינן לחובות אחרים כיון דמלוה אינו יודע ולא איתרע בנפילה וסרב בעל שבות יעקב בתשובה ח"א סי' קי"ו נמשך אחרי הש"ך בזה. ודבריו דחוקים כי בכ"מ חוששין שהלוה חייב גבי שטרי חוב מאוחרי' וכדומה ומ"ש כיון שהמלוה א"י דבריו בלתי מובנים אדרבא אנו אומרים שיודע שיש על לוה חובות רבים ולכך מתחבל לעשות לו שני שטרות כדי שיגבה יותר וכי מפיו אנו חיים שאומרי' שאינו יודע משאר חוב' הלא זו היא בכלל הערמה ובתי' הראשון דכותבין כך בשטר מלבד דזה דוחק דה"ל לפוסקים לכתוב זאת ולא לסתום סתומי אף גם א"כ איך קאמר ר"א שם בגמ' וכן הוא בסמ"ע דאם אמר לעשות מן שטר של מאה חמשי' לא עבדינן משום שובר ואם נכתב בשטר דהוא מסתעף משטר ישן כמ"ש הש"ך דבהך גוונא איירי שם בגמ' מה חשש יש בשטר ההוא ולכן אין לדבריו אלו קיום. והנה בתשובת צ"צ גם כן דעתו דלא כב"ח רק מסתמא

לא ראה דעתו דלא שם זכר לו ואיך יחלוק על רבו מבלי הזכירו וכתב לדחות ראיה הנ"ל דהא כותבין מזמן השני וא"כ ליכא הפסד כאן דהוא מאוחר ואין זה מעלה ארוכה למטלטלין ונכסי' שקנה אח"כ ובאמת מזמן שני ומדעת שניהם בלא"ה לק"מ דמי מעכב היום על הלוה לכתוב אלף שטרות ומה תחבול' וערמה יש לחוש רק הקו' למה ליה הגמ' דלכך לא כתבינן כי אם מדעת שניהם משום פוגם שטרו דזה לא שייך אם בו נאמנות מפורש על פוגם ולא קאמר טעם הנ"ל משום דיגבה שלא כדין כקושי' ב"ח וגם הוא העלה לעיל סימן ג"ן דהפי' לכתוב מזמן ראשון וב"ד כותבין כגון שנמחק וכו' וא"כ יותר קשה דלמא לתחבולה נתכוון אך באמת לדינא מסתבר כמ"ש הצ"צ דהא עיקר שעבוד בשטר דיכול למכור השטר בכתיבת קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה וקי"ל שעבוד נכסים נמכר ש"מ דבשטר נכלל שעבוד נכסי' ולכל שטר הרי נשתעבדו נכסי' ביחוד ומה לי הך שטרא מהר שטרא. וא"צ לראיה שהביא צ"צ מן הא דקי"ל אין מחשבין משטרא לשטרא דשם י"ל הואיל והפרידו לשני' דעתו שלא יהיה עסק זה מעורב עם זה אבל כאן הא השעבוד נעשה בעת הלואה והיה כא' ומה נ"מ במה שהפרידו לשני שטרות אבל באמת הדבר מושג בעצמותו דכל שטר יש לו שעבוד בפ"ע ואם היה מתחילה חל כא' אח"כ כשכ' שטרות נפרדים זכה בשעבוד מיוחד לכל שטר ושטר וכל א' זכותו ושעבודו בפ"ע ובקו' הב"ח מלבד די"ל דגמ' אירי אפילו יש לו לשטר אפותיקי מפורש דתו ליכא חשש גבי' בחלוקה ושיהיה שדה זו נעשית לב' ביום אחד אפותיקי כולי האי לא חיישינן. אף גם האמת כמש"ל כמה פעמים כי חיישינן לכל הני חששות היינו דאם גבה לא גבה א"כ נעשה עול באמת לכך ראוי לתקן להשמר מזה אבל אם בדיעבד אם גבה גבה א"כ אין כ"כ עול אם נעשית כך דהא בדיעבד מה שגבה גבה לא חששו חז"ל עוד וכמש"ל בשם הר"ן גבי יתנו לכושל שבהן והיא היא ולפ"ז בדבר שהדין בו יחלוקו הואיל אם קדם וגבה הכל גבה ומכ"ש דאין לחוש אם יגבה יותר מכפי חלקו ומה החרי הזה כיון דבדיעבד א"מ מידו ודוק כי ברור ונכון. אך זהו בשטרות גמורי' שיש בו שעבוד אבל בכת"י וכדומה שאין בהם שעבוד והוי רק מלוה ע"פ הא לית בהו שעבוד רק הלואה משוי' ליה שעבוד דש"ד וא"כ אם הלואה ר' זהובים נעשה כא' מה בכך דהפרידו אח"כ לשני כת"י או ח"כ הנהיג הן לא משוי שעבוד כלל והלואה הא נעשית כא' ואיך ס"ד לתבוע יותר כפי שהי' מגיע לו אלו היה על כל הסך כת"י א' ודאי אם הלוהי וחזר והלוהו א"כ בכל פעם נשתעבדו נכסים ומה לי לחד גברי או לתרי גברא אבל אם הלואה נעשית בפ"ע אימת נשתעבדו נכסים לכל סך וסך בעת הלואה הא נעשית כא' ובעת כתיבת הכת"י הא אין כאן שעבוד ועיין לעיל סמ"ע סי' מ"ח דס"ל בכ"י חוזר ולוה דלא שייך

נמחל שעבודו ועיין מש"ל וא"כ ברור דאין לו אלא כפי חובו בכלל. ועיין בתשובת פני יהושע שנדפס שם תשובה מחכם אחד בסי' יוד וג"כ משמע אם הלואה נעשה כא' רק הפרידו לשטרות אינו גובה לפי שטרות ובאמת לגבי שטר גמור הדין כמ"ש הצ"צ ושבות יעקב אבל בח"כ וכ"י פשיטא דאין כאן פקפוק אם הלואה נעשית כא' שלא לגבות יותר והצ"צ לא דיבר רק משטר ולא בכ"י והנה דעת קצת חכמים לומר בממרני שיכול ליתן אותו לכל המוציאו וכן נהוג בק"ק מיץ בכתב שקורין בל"א אפארטעהר רוצים לומר דבזה לכ"ע גובין לפי שטרא דהרי יוכל ליתנם זה לזה וזה לזה. ולא הבנתי אטו ברשיעי עסקינן שקרני' הלא נשאל פיהם בב"ד מי הוא דילוה וע"כ יוד' שמזה הם וחזר הדבר לאיש א' ומהכ"ת יגבה יותר הא בממרני וכ' הנ"ל אין שעבוד כלל רק הלואה משוי' שעבוד ולכן אין בזה פקפוק. והנה הרב בעל שבות יעקב יצא לידון בדבר חדש בח"כ הואיל ונזכר בתוכו כפי נימוס הח"כ א"כ קיבל ע"ע חוק הח"כ וחוק המלך בח"כ לפרוע לפי ח"כ. ודבריו צ"ע דא"כ יחלוקו לפי ממון כדעת ר"ח כי כך יסד הנימוס בח"כ ובטלת ד"ת ולכן דבריו צ"ע כי זו לא שמענו ובאמת לדידי צ"ע במטלטלין לפי דהעליתי לעיל בסעי' א' דליכא בהו כלל שעבוד בשום אופן א"כ בנפרעים מן מטלטלין למה לא יחלוקו כדעת ר"ח לפי ממון דהא בזה לא שייך טעמא של הרי"ף דשעבודו של זה במנה חל כמו שעבודו של זה במאתים דהרי"ף אמרו בקרקע דחל שעבודו אבל במטלטלין דלא חל שעבודו כלל ואין בהם קדימה כלל רק מתורת פריעת ב"ח מצוה וכופין אותו אפילו מגלימא דעל כתפי' א"כ עליו המצוה לפרוע וכי כך המצוה אם חייב לזה ק' ולזה ר' ויש לו ר' זהו' שיפרע לזה הכל ולזה רק ק' הלא זה אין מאומד הדעת כלל הלא מצוה לחלק לפי ערך הלואה ושעבודו לא חל כלל. ודוחק דגוף משתעבד ובגוף נאמר דחל שעבודא על מאה כמו על ר' ולאחר מיתה האידנא דתקנו גאונים י"ל דעשהו כשל תורה כאלו השעבוד חל עליו וצ"ע כי לא מצינו בזה למחברים והכל כתבו דשעבודא חל אנכסי' ולא מיירי כלל משעבוד הגוף וצ"ע:

יא מלוה בשטר וכו' הש"ך הביא דעת רבים דס"ל דמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה בעל פה מוקדם ואמת אתו דכן נראה דעת הרא"ש דכתב בפרק מי שהיה נשוי דלכך שרי שטרות הלואה יחלוקו דשעבודא לא חל עד אורתא וא"כ קשה הא שעבודא דבע"פ חל תיכף כמו שכתב הר"ן ועכצ"ל כיון דשעבודא דשטרא חל בפנות היום הא דוחה לשעבודא דמלוה על פה דחל בעוד היום וכך כתב הטור ואמת רבינו תם דס"ל דלכך בשני שטרות הלואה יחלוקו משום תקנה משמע דס"ל דמלוה על פה קודם ויש לדחות ואדרבא לומר הגם דשורת הדין אפשר דמלוה על פה קודם למלוה בשטר מאוחר מכל

מקום כיון דחזינן דחששו לנעילת דלת בשני שטרות ביום אחד דלא שכיח כלל כמו שכתבו התוספות וגם מי יודע אם יהיה שודא דדיינא להפסיד ואיך לא יחשו לנעילת דלת דמלוה בשטר ימנע להלות משום מלוה על פה מוקדם מימים ימימה. ואם חששו נעילת דלת לבו ביום מכל שכן לזמן מרובה ודוחק לחלק ולכן מש"ל בתומים ס"ק ח' דס"ל למחבר כרבינו תם אי אפשר לומר דהא פסק מלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ואם כן הרי כאן רוב פוסקים ממש דסברי כן הרי"ף ורמב"ן וראב"ד והרא"ש וטור ורבינו תם ורא"ה לכתובות פ' אלמנה ופ' מי שהיה נשוי כתב להדי' כרי"ף וכן הריטב"א בקדושין (ואולי נתחלף בדפוס לדברי תו' רי"ד כי בכתובות כתב להיפוך) כולם סברו דמלוה בשטר מאוחר קודם והסוברים מלוה בע"פ קודם הוא רב האי גאון וכפי דעת המ"מ אף דעת הרמב"ם כן והרשב"א וריטב"א לכתובות ורי"ו הם יחידים גביה. וברור דהוא ספק שקול ואני אמרתי כי דבר זה תלוי במחלוקת רש"י ותוס' כי כל ראי' הר"ן וריטב"א הוא מהך דאמרינן אלמנה מוכרת סתם וכך כחה יפה ומפרש בירושלמי בא מלוה ע"פ אמרה למזונת מכרתי בא מלוה בשטר אמרה לכתובה מכרתי ודייקי למלוה בשטר שהוא ודאי נעשה אחר כתובה דאל"כ מה יהני לכתובה מכרתי יהיה למזונת מכרתי מועיל דהוא מלוה ע"פ המוקדם אלא דמלוה בשטר מאוחר קודם ועל זה תי' הרשב"א דמזונת אשה הקלו דיהיה נחשב כאלו כל יום ויום חייב לה מזונת כו' ודבר זה צריך תלמוד דהא בגמרא דגיטין אמרי' הטעם דאין מוציאין למזון האשה ובנות משום שאינו קצובים או כתובים ולרשב"א הא איכא טעמא אחריני דהוי כאלו היום חייב ואיך נוציא מן ידי לקוחת כלל ועיין בגיטין דמבואר על מזון אשה ובנות נמי צריכין טעמא הנ"ל. ולכן צריך לומר דהיא היא הואיל ואינו קצוב הוא הדבר כמ"ש רשב"א דהקלו בו לחשוב יום ביומו המזון הואיל ואינו קצוב עד בוא יום המזון לכך הקילו והירושלמי אמר זה על מילתא דר' יוסי דאמר מוכרת סתם וכך יפה כחה ועל זה מפרש ירושלמי דאם בא מלוה בעדים אומרת למזונת מכרתי ומלוה בשטר לכתובתי מכרתי ור"י אזיל לשיטתו דס"ל בגיטין דף נ"ו ומה תיקון יש בזה הלא אינו קצובים ופירש"י מן הדין אין לגבות משעבדי בלי תיקון עולם ולפ"ז צ"ל דלא משתעבדי נכסים כלל הואיל ואינו קצוב דאי משתעבדי אף מן לקוחת יגבו זולת תיקון עולם ועכצ"ל דלא חל שעבודא כלל רק מיניה גובה אפילו מגלימא כו' (ועיין מש"ל סימן ס' בזה לשיטת הרמב"ם ודוק) וא"כ פשיטא דבזה לא שייך מלוה ע"פ מוקדם קודם דכל הטעם משום שעבודא דאורייתא דזה אינו שעבודא תורה כלל וא"ש ולחנם טרחו דר' יוסי לשיטתו ואם לא נתכוון הרשב"א לכך מ"מ הדבר אמת ומקום הניחו להתגדר. אבל לשיטת התוס' שם ד"ה וכי מה כו'

דנתנו הטעם מפני תיקון טולם ע"ש אם כן לגבי בני חורין הם כמלוה ע"פ כשאר הלואות ושפיר דייקו המחברים ואם כן הדבר תלוי בשיטת רש"י ותוס':

והנה יש ראיה לרשב"א מהא דאמרינן כתובות דף צ"ו ע"ב פלוגתא דר' יהודה ור' יוסי אם אלמנה המוכרת צריכה לפרט לאיזה דבר מכרה אם למזונת או לכתובה או אין צריך לפרט וכה יפה כחה וטרח הגמרא למצוא טעם במה פליגי ע"ש וקשה לימא לפי קושית התוס' דאיך תערים לגבי לקוחת לומר למזונת מכרתי והרי זו אונאה ותי' דהואיל דשורת הדין אף לגבי לקוחות יש לגבות רק הואיל ואין קצובים כו' א"כ אין זו אונאה ולפ"ז קשה לימא דבהא פליגי ר' יוסי לטעמיה דס"ל בגיטין הנ"ל מפני שאינו קצובים ולכך כותבה סתם ואין זה אונאה ללקוחות כמ"ש התוס' אבל ר' יהודה ס"ל כת"ק דר"י הטעם מפני שאינן כתובים ולא נ"מ אי קצוב או לא וא"כ צריך לפרוט דלא תערים להפסיד ללוקח ויש כאן אונאה ואיך נאמר שתעשה להתחבל ברשע כקושית התוס' אמנם לפי' רשב"א הנ"ל ניחא דא"כ דר' יהודה ס"ל שאין כתובים ק' איך קאמר ר"י מוכרה לכתובה כותבת לכתובה מכרתי דמהכ"ת תעשה שטות כזה ולא תמכור למזונת כדי שיהיה שעבוד של כתובה על לקוחת קיים ואי איירי דטרפה משעבדי בלא"ה ידוע דמכרה לכתובה וצ"ל כמ"ש ירושלמי דחוששת אולי תבוא מלוה בשטר ואי תמכור למזונת יטרוף הימנו כהנ"ל וקשה הא מלוה ע"פ קודם ותי' הרשב"א במזונת הקלו לא אתיא למ"ד מפני שאין כתובים דהא לאותו מ"ד הם כמו שארי חוב מלוה ע"פ וכל הטעם מפני שאינו כתובים ולגבי ב"ח הא לא בעי כתיבה וע"כ דגם ר"י ס"ל שאין קצובים כר"ח וא"כ גריעי מזונת לגבי מלוה ע"פ הקצוב ושפיר קשה במה קמפלגי ודוק כי זהו ראיה לדברי רשב"א. ובאמת אני הייתי אומר בישוב דברי ר"ה גאון וסייעתו דהא אף לשיטת החולקים יש להבין במה דאמרה לכתובה מכרתי כשבא בע"ח למה לה זאת תכתוב תמיד למזונות מכרתי דבממ"נ אם יש שיור בנכסים לגבות כתובתה א"כ מה יועיל אם תאמר לבע"ח לכתובה מכרתי יטרוף הבע"ח מנכסים המשוירים ולעומת זה אם יטרוף הבע"ח ממנה מה שמכרה היא תלך בכתובתה על קרקע המושארים והיא היא ואם אין שיור בנכסים רק אותו קרקע שמכרה א"כ אם מכרה למזונת ובע"ח בא לטרוף הימנה אף היא תבא בכתובתה ותטרף מבע"ח שהיא יותר מוקדם. ובממ"נ אין לה פסידא כלל. ודוחק לומר דאותו קרקע שמכרה הוא לבע"ח אפותקי מפורש א"כ אם תמכור לכתובה לא יכול בע"ח לטרוף הימנה דהיא מוקדמת ועל הנכסים המשוארים א"א לבע"ח לילך דהא היה לו אפותקי משא"כ אם תניח לבע"ח לטרוף הקרקע לא תוכל לבא בכתובה כי יטעון הנחתי לך מקום ותפסיד מזונות דזה דוחק דתחוש לאפותקי דאית ליה קלא כדאמרינן

בגמרא דב"ק וכמה דוכתי ולכן צ"ל כי חוששת אולי לב"ח לא כ' דאקני וקרקע הנשארת הוא מה שקנה אחר שלוה ואחר כתובה ונישואין וא"כ בשלמא כשטוענת על הב"ח בקרקע שמכרה לכתובתה מכרתי והוא בא בחובו על קרקע הנשאר היא באה בתביעת מזונתה ואי דהוא מלוה בשטר מה בכך הא קרקע זו קנה אחר שלוה משניהם וכיון דלא כתב ליה דאקני ה"ל רק מלוה ע"פ כמבואר בגמרא וא"כ בשני מלוה בע"פ ואח"כ קנה יחלוקו. אבל אם תאמר למזונת מכרתי ואותו קרקע כבר היה לבעל בעת החוב וכתובה א"כ יגבה הב"ח ויהיה קרקע הנשאר לכתובה והיא תפסיד מזונתה כי אין לה שיור כלל וא"ש. והשתא לפ"ז י"ל לשיטת ר"ה גאון פשוט מירי דהכל בין מלוה ע"פ ובין מלוה בשטר הם מוקדמים לנשואין וכתובה שלה רק קרקע זו שמכרה היא שקנאה הבעל לאחר נשואין ולשניהם לבע"ח ולכתובת אשה יש דאקני כי קי"ל דאקני ט"ס הוא וא"כ א"ש בשלמא כשבא מלוה בשטר ואמרה לכתובתי מכרתי לא מצי מלוה ליטעון מוקדם אני מה בכך הא ה"ל לוה ולוה וקנה אם קדם מאוחר וגבה גבה אבל באמרה למזונת מכרתי על מזונת ליכא דאקני ולמלוה בשטר איכא דאקני מלוה בשטר קודם כמש"ל באריכות לשיטת הבעה"ת וסייעתו וא"ש. ובזה גם קושיא הנ"ל מיושב דלעולם דליכא שיור בקרקע זולת קרקע זו רק היא שגבתה ואמרה נכתובתי מכרתי ה"ל מה שגבה גבה ואע"פ שכ' הר"ן דהמעות הם עדיין ביד לוקח מלבד דאין לזה כ"כ הכרח די"ל דבע"ח בא לתבוע מן אשה המעות שגבתה שלא כדין אף גם מ"מ המעות בחזקתה כי היא מכרה קרקע ברשות ב"ד ודמי זבינא בחזקתה וכאלו גבתה דמ"ש וברור אבל באומרת למזונת אין כאן גביה על כתובה ונגד מזונת הא הבע"ח קודם ואי דאח"כ תבעו בכתובתה עדיין לא גבתה (ועיין לעיל תפיסה בלי גביה לדעת הרבה מחברים לא מהני) וא"כ יחלוקו דלום ולוה וקנה יחלוקו וא"ש והכל מרווח. ומה שכתב הר"ן ראיה ממוכרת למזונת מה שתטרוף לכתובה אף דמיום נשואין חלין כתובה ומזונת כאחד ש"מ דמלוה בשטר קודם מלבד דגם כן י"ל דשדה שמכרה קנה אח"כ ובכתובה יש דאקני וא"כ קודם למלוה ע"פ בבני חורין כמש"ל ולכך חוזרת וטורפת דיש לה דאקני ולמזונת ליכא. אף גם י"ל רבינו האי סבר ליה כדעת הרא"ש ומחברים בכתב לה מנה ומאתים מאירוסין ולא חזר וכלל אותו בחד כתובה בנשואין גובה ממשעבדי מאירוסין וא"כ בהאי גוונא קמבעיא וכתובה קודם דחל מאירוסין ושעבוד מזונת לא חל רק מזמן נשואין ויש לכתובה משפט קדימה ודוק. ות"ל עלה בידי ישוב לדברי ר"ה גאון לכמה אופנים. אך מה שכתב הש"ך דמודה ר"ה גאון באם בפירוש נשתעבדו הנכסים בשטר מודה ר"ה גאון שקודם למלוה ע"פ מוקדם דבר זה לא שמענו במחברים דאל"כ מה קשיא ליה מהך דבא מלוה בשטר דלמא

איירי מלוה בשטר בכה"ג דפירש בו שעבוד וגם אין הסברא לחלק כיון דקי"ל אחריות ט"ס הוא וא"כ מה נ"מ אי כתוב ביה או לא הא אחריות ט"ס הוא והש"ד גופיה העיד דהרשב"א בתשובה אין דעתו לחלק ומהכ"ת לחלוק עליו בלי ראיה מבוררת ויהיה איך שיהיה הדבר בספק ומחלוקת רבוותא היא אבל במלוה ע"פ מוקדם ומלוה ע"פ מאוחר נראה דמלוה ע"פ קודם דבהא לא שייך סברת המחברים מ"ש בשטר דהוי כמכירה או חשו לנעילת דלת דזהו הכל במלוה בשטר מאוחר אבל בשני מלוה ע"פ למה לא נימא מוקדם בגביות ב"ח כיון דקי"ל שעבודא תורה. וכללא הוא דאין לחלוק אגאון כי אם בראיה ברורה מהש"ס ור"ה גאון אמרה דיש למלוה ע"פ קדימה ועל זה לא מצינו ראיה לסתור כלל בשום אופן כי מהך דכותבת סתם ובא מלוה בשטר אינו מוכח רק דמלוה בשטר מאוחר קודם וכן מן ראיית הרמב"ן ירתין תנן כו' הכל איירי במלוה בשטר אבל במלוה ע"פ נגד מלוה ע"פ אחר לא מצינו ראיה להיפוך. ואין לדקדק מהא דאמרינן בא מלוה ע"פ אומרת למזונת מכרתי משמע בשביל כך ולא כדי שתגבה כתובתה מלקוחת כמ"ש רש"י בגמרא דכתובות הנ"ל וא"כ ע"כ דיש לה שיור נכסים בני חורין לגביות כתובתה דאל"כ מה מרוויחה וא"כ קשה תאמר לכתובה מכרתי ואי דתבוא מלוה ע"פ על נכסים משוארים בני חורין היא תבוא במזונת שלה והיא קודמת ומלוה ע"פ מוקדמת קודם למלוה ע"פ מאוחר וא"כ מה נ"מ נגד מלוה בע"פ אי למזונת או לכתובה מכרה. ומזונת שאני לא ס"ל להנך רבוותא. דהא לפמש"ל נכסים ב"ח המושארים הם דקנה אח"כ וא"כ בשלמא אם אמרה למזונת מכרתי ונשאר כתובה לגבות מב"ח ולכתובה יש דאקני ולמלוה ע"פ אין דאקני א"כ מלוה בשטר דהיינו כתובתה גובה הכל משא"כ אם תטרוף לכתובה ותבוא על נחלה המושאר בתביעת מזונת ויבא מלוה ע"פ יחלוקו דעד כאן אמרינן מלוה ע"פ קודם היינו בנכסים שהיה להלוה בעת הלואה אבל אח"כ ה"ל לוה ולוה וקנה יחלוקו. ומפסדת החצי ואתי שפיר ולכן ברור לדינא דקודם בלי פקפוק והלכה ומורים כן וכ"כ הטור להדיא לחלק ע"ש:

יב **כיון שעדים וכו'** הסמ"ע הקשה דכאן סתם הרמ"א מבלי זכר שי"ח ש"מ דס"ל כן להלכה וריש סעיף א' סתם במלוה ע"פ אם קדם המאוחר וגבה גבה ותי' הסמ"ע בס"ק ל"א לחלק בין ששיעבד לו נכסים בעדים דאז אם גבה לא גבה משא"כ זולת עדים וכתב דבהכי יתיישבו דברי הטור דנראה מ"ש בשם הראב"ד סותרים לדבריו הנאמרים מקדם כו' ואם כוונתו דמשעבד בפי' בעדים הנכסים דבר זה לא מצאנו בפוסקים בכוונת ר"ה גאון וסייעתו ואם כן הוא מה קשיא ליה לרמב"ן מהא דבא עליה מלוה בשטר דא"י לומר למזונת מכרתי הא במזונת לא שיעבד לה נכסים כלל כמ"ש הב"י בסימן צ' דאין

על מזונת שום שעבוד ועיין תשובת רמב"ן סימן מ"ט ע"ש וא"כ פשיטא דמלוה בשטר קודם. וכן בכתובת בנין דכרין לא שיעבד לה נכסים כלל ואם כן מה קשיא ליה לרמב"ן דלמה לא גביה משעבדי לשיטת ר"ה גאון ואי כוונת הסמ"ע פשוט לחלק בין שהיה הלואה בעדים או בלי עדים בכת"י וכדומה באופן שא"י לומר פרעתי. גם בזה לא ידעתי טעם לחלק אם לא דגריר אחר התוס' ב"ב דף קע"ח ד"ה המלוה כו' דהקשו למ"ד ש"ד מ"מ איך משכחת ליה הא ה"ל ש"ק. ותי' דכי שעבודא דאורייתא היינו דוקא במלוה בעדים אבל זולתו לא ובזה ודאי דנכונים דברי הסמ"ע דהא כל תוקף קדימת מלוה ע"פ הוא מתורת שעבודא דאורייתא ואלו לשיטת התוס' לא הוי רק במלוה בעדים. איברא התוספות ב"מ והרא"ש בפרק כל הנשבעין והטור לעיל סימן פ"ח דכתבו דלא משכחת מהתורה מ"מ רק בדלית קרקע או מחל שעבודא ש"מ דחולקים וס"ל בכל מלוה ע"פ ש"ד וא"כ תו אין מקום לחילוקו של הסמ"ע. וגם יש לפקפק מהא דאמרינן שבועות דף מ"א ע"ב חילוק בין המודה לחבירו בעדים דאין צריך לפרעו בעדים דהא הימניה אבל המלוה בעדים דלא הימניה צריך לפורעו דלפי הסמ"ע הא גם בעדים י"ל דהימניה והא דטרח ליקח עדים כדי שיהיה לו משפט קדימה בעדים וזולת זה אין לו משפט קדימה ואף דזה יש לדחות דמ"מ אין ראיה דהימנו ותו לא פרע בלי עדים אבל מ"מ דין הנ"ל אין לו שרש בפוסקים ומה לנו בחלוקים שונים ובפרט דא"כ לא הוי רמ"א שתיק לחלק כך. ומ"ש דיש סתירה בדברי הטור לא ידעתי מה סתירה יש מתחילה הביא דעת ר"ה גאון דמלוה ע"פ קודם למלוה בשטר ואח"כ הביא דעת הרי"ף דחולק וע"ז הביא תשובת הראב"ד דמסכים ג"כ להרי"ף דמלוה בשטר קודם אף שהוא מאוחר ולא הבנתי סתירה כלל וגם בבעה"ת לא מצינו רק במלוה בעדים כדי לברר הקדימה כמ"ש מדבריו אבל זולת זה לא מצינו חילוק זה. והסמ"ע גופיה לעיל סימן מ"ח ס"ק א' כ' דממרני מוקדם קודם לממרני מאוחר והכל כ"י. ותי' ראשון שתי' הסמ"ע בסעיף א' לחלק בין גביה לכתחילה ובין אי קדם וגבה מסתבר בסברא דהא כפי מ"ש התוס' ברישׁ פ' מי שהיה נשוי דב"ח מאוחר שגבה לא גרע מלוקח ע"ש וא"כ כמו דאין גובה המלוה ע"פ מלקוחת כן אין לגבות מן גביות ב"ח מאוחר. וקצת יש ראיה דרשב"א דתי' לשיטת ר"ה דלכך מלוה בשטר קודם למזונת אשה במזונת הקלו דיהיה כאלו חל שעבודא מהיום ומלוה קודם וקשה א"כ אף לגבי מלוה ע"פ באומרת למזונת מכרתי לימא ליה אנא מוקדם דלגבי מזונת הוה כאלו היום חל שעבודה ומלוה ע"פ ודאי מוקדם ודוחק לומר דלגבי מלוה מ"פ לא הקלו חכמים דמנ"ל הא ואנה מצינו חילוק בתקנה זו לשיטת ר"ה גאון דס"ל לענין בני חורין שוים מלוה ע"פ ומלוה בשטר וג"כ לא נזכר כלל מזה בדברי רשב"א

ועיין מש"ל בטעם דאינם קצובים הנ"ל ועכצ"ל כמ"ש כיון דהיא גבתה במכירת קרקע כמש"ל דהכל בחזקתה אף דהיא מאוחרת מכל מקום מה שגבה גבה וא"ש ואמת כי מדברי המ"מ דפי' ברמב"ם דכתב כל מי שחובו קודם לגבות הואיל וכתב דרך כלל כל מי אף על מלוה ע"פ נתכוון ומזה הוכיח דס"ל כר"ה גאון ואולם הרמב"ם כתב להדיא ואם קדם וגבה לא גבה הרי דאפילו במלוה ע"פ ס"ל לרמב"ם דמוציאין מיד המאוחר ויותר נראה דהרמ"א פסק הואיל בלא"ה מחלוקת רבוותא אי יש קדימה למלוה ע"פ וא"כ אי תפס המאוחר הא מצי המוחזק לומר קים ליה כהנך רבוותא דס"ל אין קדימה במלוה ע"פ וא"כ מה שגבה גבה ומהכ"ת להוציא מיד המוחזק וא"ש דברי רמ"א לכ"ע אף לדעת המ"מ:

יג **אין בדברי שמעון כלום** לפי דעת הרמ"א לעיל סימן ס' דכל שלא נתן קצבה לשנים לא מיקרי דבר קצוב א"כ יש לדקדק מה בכך דקצב לשנה מ"מ לא קצב כמה שנים א"כ דבר שאינו קצוב לא משתעבד כלל. ואיך יהיה לו משפט קדימה נגד משעבדי וב"ח מאוחר להנך פוסקים דקי"ל כר"ח אבל עיין מש"ל בסימן ס' באריכות ויתישב זה בכמה אופנים עיין שם:

יד **שהרי אין ב"ח נוטל בראוי** הך דינא דש"ע הוא משנה בשילהי פרק מ"ש בב"ב ונחלקו רבוותא בטעמא דמילתא אי משום דאין ב"ח נוטל בראוי כמ"ש הרמ"א והטור או הטעם דהבנים אומרי' אנו במקום אבוה דאבא קאתינא ושרש מחלוקתם נבאר בזה בפרטות. אמנם מתחילה נדבר מה נ"מ לב' טעמים והנה הגה' הרא"ש דכתב נ"מ היכי דנפל לו נכסים לאחר מיתה מאבי אמו שאחיו מן אב א"י לירש אלא מכחו ב"ח גובה מהן אי ב"ח גובה בראוי כבמוחזק והעתיקו המהרש"ל ורמ"א בתשובתם וכן הביאו הש"ך. ודבר זה צ"ע וקשה להבין דאיך איירי אם מת האח ההוא קודם שמת אבי אמו הא אין אחים יורשים אותו כלל דאין הבן יורש אבי אמו בקבר כלל להנחיל לאחין מהאב ואי דהיה חי בעוד שמת אבי אמו א"כ הא כיון שזכה בנכסים רגע אחד הא חל תיכף שעבודו של הב"ח עליו ואין כאן ראוי כלל בשום אופן. וממ"נ גובה הימנו בעל חוב וצ"ע ולא מצאתי בזה למחברים שדברו בזה זולת אחר שכתבתי מצאתי כן להרב ר"א בן חיים בתשובה שהרגיש בזה והניחו ג"כ בצ"ע. ומה שנראה לי בישובו הוא דהנה בתשובת מהרי"ל סימן ב' עמד במ"ש מהר"ם פרק נערה. דאם מת חמיה בחיי הבעל והיה נכסי של חמיה משועבדים לכתובת אשתו ואחר כך במת בעלה נסתלק השעבוד אין אשה גובה כתובה מנכסי חמיה דה"ל ראוי הואיל בחיי בעלה היו משועבדים לכתובת אשה ואולם בפרק כל הנשבעין פסק דראובן שמת והניח בת וכל זמן חיי הבת היו נכסים

משועבדים לכתובת אשת ראובן ובמת הבת נסתלק השעבוד בעל הבת יורש אותם אף דאין הבעל יורש את אשתו בראוי וש"מ דס"ל קרוי מוחזק וקשיא אהדדי וכן בתשובת פני משה סימן ע"ז העתיק תשובות הרבה דדברו בזה הסתירה וכן מהרשד"ם בחלק א"ה סימן ק"א הקשה ג"כ דברי מהר"ם אהרא"ש בתשובה דפסק בכור נוטל פי שנים אף דהיה בעת מיתה נכסים משועבדים לאשה בכתובה: אך מהרי"ל גופי' בתשובה סימן ע"ד תי' דיש חילוק בין ירושה לגביות חוב דביורש קרוי מוחזק ולא קרוי ראוי דהרבה דס"ל דלא מיקרי ראוי אבל גביות חוב דה"ל להוציא אמרי' דה"ל ראוי ולכך ירושה דממילא קרוי מוחזק משא"כ לגביות חוב ע"ש דבזה מיושב הכל ע"ש. ולפ"ז לכאורה יש כאן נ"מ אי יעקב מת ונכסיו משועבדים לכתובת אשתו ואח"כ מת בנו ראובן ובמות ראובן אח"כ נסתלק שעבוד הכתובה ובא ב"ח של ראובן לגבות מנכסי יעקב א"כ אי אין ב"ח נוטל בראוי אין גובה דלגבי ב"ח ה"ל ראוי כנ"ל משא"כ מחמת טענה מכח אבוה דאבא קאתינא ל"ל לכאורה הכי דהא לגבי ירושה ה"ל מוחזק וא"כ כבר זכה בהן ראובן בחייו ובעל חוב גובה. ונ"מ טובי אמנם נראה דהגהת הרא"ש דלא קאמר הך נ"מ משום דסבירא ליה דהא דלגבי יורש לא אמרינן דה"ל ראוי הוא מכח חזקתו של יורש ולטובתו אבל בשביל זה לא יוגרע כחן וא"כ בני ראובן יטענו הא בחיי אבוהון ה"ל ראוי ולא זכה בהן אבינו כלל דאלו היה לו קצת יד לא היה מקרי ראוי ואפילו שדות החוזרים ביובל לא קרוי ראוי ובכור טטל פי שנים וא"כ אנן טענין דה"ל ראוי ואין אנו רוצים בזה לגרוע כחו דלגבי ירושתינו קרוי מוחזק רק ה"ל ראוי ובמקום אבוה דאבא קאתינא ואין לב"ח בו צד וזכות וכל זה דלגבי יורש ה"ל מוחזק הוא לטובתם והם אינו רוצים ולכך לא נתן הג"ה הנ"ל בזה האופן הנ"מ רק נתן נ"מ דאחיו מהאם היה חי במות אבי אמו ואז היה נכסיו משועבדים לכתוב' אשה וכשמת אח מאם נסתלק השעבוד וא"כ אחיו מאביו יורשים הנכסים דאף דאין יורשים בראוי מ"מ לגבי יור' לא מיקרי ראוי וא"כ שפיר נ"מ אם בא ב"ח דאח מאם לגבות בנכסים דאם אמרינן אין ב"ח נוטל בראוי אין לו כלו' דלגבי ב"ח ה"ל ראוי אף דלגבי ירושה אינו קרוי ראוי כמש"ל אבל אי הטעם משום דבמקום אבו' דאבא קאתינא זהו לא שייך באחין הללו שאין להם שייכות כלל בנכסים הללו רק מכח המת ופשוטי' וברורים דבריו דנ"מ טובא בכל הנ"ל ואם כי דברי הגהת סתומים הלא נודע כי דרך הגהת רא"ש שהוא רק קיצור מספרים הארוכים וברוב מקומות שקיצר במקום שהיה לו להאריך אבל כל הנ"ל אמת נכון לדינא:

אמנם בגוף הדבר אי ב"ח נוטל בראוי או לא באמת דעת רמ"א בתשוב' וכן מהרש"ל וכן הרבה מחברים דהוא ספיקא דדינא הואיל ונחלקו בו הקדמונים ז"ל והרב הש"ך

כ' דדעתו נוטה להכריע דב"ח גובה בראוי רק הך טעמא דמצי אמרי אנא במקום אבוה דאבא קאתינא כמ"ש המחברים. ולענ"ד אין כאן ספק דאנן קיי"ל לדינא דאין ב"ח נוטל בראוי דהא עיקר הך שמעתא הוא בב"ב שילהי פרק מי שמת בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת הבן ואח"כ מת האב בן הבן מוציא מיד לקוח' וזהו שקשה בד"מ דיאמר אבוך זבין ואתה מפיק וקאמר הגמרא מה קשה לימא אנא במקום אבוה דאבא קאתינא. דכתיב תחת אבותיך יהיה בניך ודחי הגמרא האי בברכה כתיב ופריך הגמרא מהך משנה נפל הבית וכו' כמבואר בש"ע ואי ס"ד לא אמרי' במקום אבוה דאבא קאתינא נימא ב"ח ירושת אביהן קשקלי ודחי הגמרא יורשי אב אחי כו' והנה יש כאן קושי' דשילהי יש בכור במשנה קתני בכור ואשה בכתובתה אין נוטלין בראוי וסיים המשנה וכולן אינם נוטלים בראוי כבמוחזק וקאמר הגמ' לאתויי מאי וקאמר לאתויי נכסי אבוה דאבא ופי' רש"י דה"א דאין זה ראוי דודאי יהיו יורשים קמ"ל. ולפי הנ"ל קשה מה ענין זה לראוי דל ראוי מהכא הא בלא"ה אין נוטלים דהא יטענו היורשים במקום אבוה דאבא קאתינא ולא זו דאין האשה בכתובתה נוטלת דלא עדיף משאר ב"ח והמשנה קתני וכולן דמשמע דאף לכתובת אשה רבותא קתני משום ראוי וכמ"ש הרמב"ן בחדושיו דקאי ג"כ על כתוב' אשה ואיך יאמר המשנה טעמא דראוי מה שאינו כלל טעם משום ראוי רק מכח טעם אחר במקום אבוה דאב' וכו' אלא אף בבכור א"צ לטעם דראוי כלל רק דהבנים יטענו לא ירשנו מאבינו רק מזקנינו ומה לך שם וכי אתה יורש בכור בנכסי זקנינו וכ"כ הרמ"א להדיא בתשובה דהך סברא אנא במקום אבוה וכו' אף לענין שלא יטול חלק בכורה שייכי והקושי' מכל צד. ובפרט לפי פשט המשנה קאי על הכל אפילו על אשה בכתובתה כדתנן וכולם ועיין תשובת רמ"א שהרגיש ג"כ בקושי' זו אלא שהוא למדה דכל המשנה רק לענין בכור ואינו דהוא ג"כ על אשה בכתובתה כדתק וכולם. ובזה הקושי' עצומה גם קשה הירושלמי שהביאו הרמב"ן ורא"ש סוף פ' יש בכור מיטב כרמו פרט לראוי ומפרש שהזיק ומת ואח"כ מת אביו וקשה דל מהכא ראוי הא יטענו יורשים במקום אבוה דאבא קאתינא. ול"ל קרא לראוי כלל וכמעט לא מצינו ראוי אחר בהך ניזק ומזיק דחובות הן משתעבדי מדר"ן וראוי שכתב הרמב"ן זרוע לחיי' וקיבה וכופר ג"כ לא שייך דבשלמא בחוב בשטר י"ל בשיעבד מא"ק אבל בחוב ניזק דכתוב בתורה הא מטלטלין דיתמי לא משתעבדי ולכן בירושלמי מבואר הך ראוי דמת אביו אחר שמת המזיק וק' יטענו יורשים במקום אבא דאבא קאתינא ול"ל באמת כרמו פרט לראוי מושאל והכוונה במקום אבוה דאבא קאתינא דא"כ אין מקום להרמב"ן להוכיח ראוי לא משתעבד מזה הדרש והוא נגד לשון ירושלמי. ולכן לישוב קושי' הללו אם נימא

כדעת הרשב"ם והטור דב"ח אינו נוטל בראוי י"ל ודאי לשעבד לחוב מספיק טעם ראוי לבד דאפי' קנה נכסי' אח"כ לא משתעבד ומכ"ש ראוי רק לגבי מכירה דיד לוקח בו אלים זהו עדיף מן שעבוד כמ"ש הרמ"א בתשובה דלכמה דברים אלים כח מכיר' משעבוד ובזה בעינן טעם במקום אבוה וכו' קאתינא אך אלו ראוי משתעבד לא היה טעם זה מספיק דאיך אפשר לבא בכח זקנם כבר קדמו אביכ' וחל מכירתו אבל כיון דבלא"ה ראוי אינו משתעבד וכתב הרשב"ם כשם שאין משתעבד כך אינו נמכר וא"כ בחיי אב לא חל מכירתו רק במותו (וזהו לא שייך בחוב דיחול לאחר מיתה דנכסי בר נש נשתעבדו מכח ערבות ובמת הלוה פקע ערבות' ואז יאמרו במקום זקנינו אנו באים וא"כ תרתי בעינן לענין מכירה וכדומה ראוי ובמקום אבוה דאבא ועיין תשובת רמ"א שדעתו ג"כ דלרשב"ם הך במקום דאבוה דאבא קאתינא ואין נוטל בראוי חדא מילתא וכ"כ מהרש"ל בתשובה סי' מ"ט דהך טעמא דבמקום אבא דאבא קאתינא טעם קלוש הוא וצריך צירוף דראוי אינו נמכר וכן הוא ברור לדעת רשב"ם ולהמעיין בו דהכל בחברת' מישך שייך ולכך הטור בסי' ק"ד דשם איירי לענין חוב לא נתן טעם דבמקום אבוה וכו' דהא שעבודו קדים ולכך נתן טעם ראוי אינו משתעבד אבל בסי' רי"א בבן שמכר לא היה מספיק טעם ראוי לבד כיון דהוא מכיר' ולכך נתן טעם משום במקום אבוה דאבא דשניהם בצירוף מועיל (ועיין מ"ש א"ע סי' קי"ג גבי עישור נכסין בזה) ופשוט איברא דעדיין קשה מה מייתי סייעתא להך דמוציא ומבטל המכירה מהא דנפל הבית התם בב"ח פשיטא דה"ל ראוי ואין ב"ח נוטל בראוי אבל לענין ביטול מקח דאלי' דבעינן ג"כ הסברא במקום אב' דאבא קאתינא וזה אינו דאמרינן דהאי בברכה כתיב וקושי' זו קו' גדולה ותמהני שלא הרגישו בו הרמ"א ומהרש"ל כי בכל דבריהם לחלק בין חוב למכר הקושי' בו במקומו וכמו כן יש להבין בתוספ' דהקשו לנפשיה דהא אין ב"ח נוטל בראוי וכו' והא גם לפי' רשב"ם קשה דל"ל מכירה אלים דאם כן מה פריך מנפל דשם הנדון בב"ח ודוחק לומר דברשב"ם י"ל ודאי דיש לומר דכח מכר אלים מהלוא' היינו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אבל למ"ד דאורייתא שוה הדין כמו מכר וכמו שכתב הרשב"ם דהלואה ומכר לענין ראוי שוי' ולכך לא קשיא לרשב"ם מב"ח דאין נוטל בראוי די"ל שעבודא ל"ד וגרע ממכר אבל ממשנה דנפל וכו' שפיר פריך דהא ב"ש ס"ל יחלוקו דס"ל שטר עומד לגבות כגבוי והיינו אי ש"ד דהא רבה דס"ל בבכור גבה קרקע יש לו דהוי כמוחזק הוכיח הגמרא דס"ל ש"ד ומכ"ש אי אמרינן דהוי כגבוי וא"כ לדידי' קשי' מ"ש חוב ממכר ודוחק וצריך לומר דס"ל לגמרא איפכא אי נימא אם הבן מכר בחיי אביו ומת הבן בחיי אביו מ"מ הלוקח זכה במקחו א"כ המכירה זו קיימת ויש להבן יד ושם בו דהרי יכול למוכרו בחיי

אביו ומכירתו קיימת א"כ אף זה קרוי מוחזק ולא ראוי ואף הב"ח יגבה כן דלא קרוי ראוי והוכחת הגמרא שפיר. ובאמת הוי מצי להקשות מהך דבכורות דקתני ג"כ אינה נוטלת בראוי רק דשם יש לדחות בכמה אנפי ודחי הגמרא דבאמת הוי מכירה והב"ח גובה רק איירי בשארי יורשים ולפי דחיית הגמרא באמת הא דקתני בבכורות וכולן אינם נוטלים בראוי לא קאי על הך דירושת אבוה דאב' דכיון דיכול למכור אף לגבי שעבוד לא מיקרי ראוי רק הוה מוקמינן בראוי אחר כמש"ל בשם הרמב"ן זרוע ולחי' וכדומה ועיין תשובת רמ"א דכתב ג"כ דיש ראוים אחרים אבל לפי דקי"ל דליתא להך דחי' והלכה כשלחו מתם דאין בידו למכור א"כ אף ב"ח אינו נוטל דה"ל ראוי וג"כ סוגי' הגמרא דבכור' שפיר קאמר לאתויי ירושת אבא דאבא ולא שייך במקום אבוה דאבא קאתינא דזה לא שייך במלוה והעיקר הוא משום ראוי וכמ"ש דתרתי במינן לגבי מוכר ושפיר קאמרי דאינן נוטלין בראוי וא"ש (ובזה י"ל דברי הטור דכתב בן שמכר בנכסי אביו היינו לצורך קבור' אביו וכו' והקשה הב"ח למה לא מוקי כפי' ר"ת ורא"ש דאיירי בשדה זו דחל בו מכירה כמ"ש הטור בריש סי' ריי"א וגם הקשה הפרישה מנלן במוכרו לצורך קבורת אביו דהוא תקנת חכמים הבן מוציא דלמא אף זו מהתקנה מבלי להוציאו מיד לוקח ונראה דס"ל ודאי לישנא דגמרא בן שמכר וכו' לא משמע ליה לר"ת דאיירי לצורך קבורה דסתמא נאמר ולכך מפרש בשדה זו רק הטור הוכיח דע"כ גם במוכר מה שאירש היום דין כך דבן מוציאו דאל"כ מה קושי' מנפל כנ"ל ול"ל כיון דבידו למכרו אף זו אינו קרוי ראוי דלמא משנה איירי דיש הרבה בנים ול"ל שדה זו ואין בידו למכור ולק"מ ועכצ"ל דס"ל לגמרא אם הדין בשדה זו דבן מוציאו ה"ה במ' שאירש מאב' היום וא"כ הרי יש כאן מציאות שיוכל למכור בנכסי אביו בעודנו חי רק הגיע קירוב מיתתו ואפילו נכסי' רבים כמ"ש רמ"א סי' ריי"א וא"כ אין כאן גדר ראוי כיון שיש לו בו יד למכור קודם מות אביו ושפיר פריך ודברי ר"ת וגם הטור מוכרחים ולכך כתב הטור בן שמכר לצורך אביו להודיענו רבותא אפי' בכה"ג בנו מוציא ודלא כפירש"י ודוק היטב) אבל לשיטת התו' וסייעתו דס"ל ב"ח נוטל בראוי ומ"מ הבן מוציא מיד לקוחת ואין ללוקח אפילו דמים משום דיאמר במקום אבוה דאבא קאתינא והוא הטעם בהך דנפל א"כ קושי' הנ"ל במקומו ויותר עצום דאיך יאמר בבכורות דלכך קתני וכולן אינם נוטלין בראוי בירושת אב' דאבא הא אפילו ב"ח דנוטל בראוי מ"מ אינו נוטל בזה וטעם אחר יש בו כהנ"ל דבמקום אב' דאב' קאתינא ואיך קאמרי' זה על ראוי מה שאין ענין כלל לראוי ולשיטת התוס' דוקא כתובה קתני ולא ב"ח ואלו בסיפ' סיים וכולן אינ' נוטלים מה שאפילו ב"ח אינו נוטל ונראה דלקושי' זו נתכוון הרא"ש שילהי יש בכור דהקשה

על דעת הסובר דב"ח נוטל בראוי דהא משנה שלימה היא נפל הבית וכו' ופי' מעדני מלך דס"ל להרא"ש דתי' הגמרא בשאר יורשים לא ס"ל דקי"ל כהך דשלחו מתם וכו' וקשה מה בכך הא שם טעם אחרינא איכא משום דבמקום אבוה דאבא קאתינא כמ"ש התוס' ומה קושי' אמנם ברור דנתכוון להנ"ל כיון דאמריק בבכורות וכולן לאתויי אבוה דאבא ש"מ דלית' הך טעמא רק משום ראוי לחוד וא"כ קשיא הך דנפל בב"ח מא"ל דהא ב"ח נוטל בראוי ובמקום אבא דאבא קאתינא ל"א ויפה הקשה וכן קשיא מהך דכרמו הנאמר בירושלמי הנ"ל ולכן ברור דהנך רבוותא דס"ל דב"ח נוטל בראוי ס"ל כרבינו אפרים ומהר"ש מלוניל דלא קי"ל להלכה כהך דשלחו מתם רק כאותו שאמרו שקשה בד"מ ותחת אבותיך יהיה בניך בברכה כתיב וא"כ א"ש דהך דשלחו מתם דס"ל דמצי לטעון במקום אבא דאבא קאתינא ומוקי למשנה בנפל בבן דאף דב"ח נוטל בראוי מ"מ הך טענה במקום אבא וכו' טענה באמת לא מפרש הך משנה דבכור' וכולן וכו' על הך ראוי בנכסי זקנם רק על ראוי אחר כמש"ל משא"כ סתמא דגמרא קאי לפי פסק הלכה דלא קיי"ל הך סברא במקום אבוה וכו' והך דנפל בשאר יורשים ולא בהניח בן א"כ שפיר קאמר וכולן וכו' לאתויי נכסי זקנם דה"ל ראוי דהך סברא במקום אבוה דאבא קאתינא לא קאי להלכה דקשה בד"מ וזה ברור:

וכן דעת התוס' ונלמד ממקום אחר דהא ר"י פירש הך דבן שמכר בנכסי אביו היינו דכתב לו האב נכסי' מהיום ולאחר מיתה וקשה הא קי"ל הלכה כר"ל דהלוקח זוכה בו דקנין פירות לאו כקנין גוף דמי ועכצ"ל דס"ל לתוס' דהך שלחו מתם לאו להלכה נקבע ובאמת קי"ל דקשה בד"מ והלכה כר"ל וא"כ אף להנ"ל א"ש. דלא קי"ל הלכה כשלחו מתם ולכן צדקו דברי מהר"ש מלונויל בבעה"ת שער מ"ד ח"ד דכ' דב"ח נוטל בראוי וזהו דלא כפסק הרי"ף ז"ל ותמה הש"ך דאף הרי"ף יסבור כן דנוטל מראוי והא דהעתיק הך בן שמכר וכו' כהך דשלחו מתם טעמא אחריני איכא בהו משום דבמקום אבא דאבא קאתינא ולפמ"ש ניחא דמי שפוסק הלכה כהך דשלחו מתם עכצ"ל דהך במקום אבא דאבא הטעם עיקרו משום ראוי דאל"כ הך דבכור' איך מתוקמא וכמ"ש וכל עצמותו של הנך דסברי ב"ח נוטל בראוי משום דס"ל הך דשלחו מתם לא קאי להלכה וזה ברור. ולפ"ז לפי דקיי"ל הך דשלחו מתם להלכה דכן פסק הרי"ף הרא"ש והרמב"ם והטור ורשב"א ורשב"ם והרבה מחברים סתמו הך דשלחו מתם ופסקו להלכה וכן המחבר לקמן בסי' רי"א א"כ הדבר מוכרח בעצמותו מבלי פקפוק דאין ב"ח נוטל בראוי ולכך הטור אף דס"ל דהך דשלחו מתם הבן שמכר דקאי בגוף המכירה וקו' התוס' הא אין אדם מוכר דשלב"ל תי' דאיירי דמכר כדי חייו דהרשהו חז"ל למכור פוסק מ"מ דאפילו

הדמים אינן מחויבים היורשים להחזיר והיינו משום דהדמים הרי הם כשאר חוב כמ"ש התוס' להדיא דהדמים הוא רק חוב בעלמא והא ב"ח אין נוטל מהראוי כלל. ופשיטא דאין לו דמים וקושי' מהרש"ל ורמ"א בתשובה על הטור לק"מ וכן מוכח מתוס' דהקשו דמ"מ הא הוי מלוה ע"פ ואיך יגבה מראוי וע"ש במהרש"א וצ"ל למה הוי מלוה ע"פ דלמא איירי במכר שדהו באחריות וכתב לו דאקני וצ"ל דלא ניתן לכתוב דשטר אין בו ממש והוי חספא בעלמא ואינו רק מלוה ע"פ ועיין משנה למלך פכ"ב מהל' מכירה דהביא דעת רבוותא במוכר דשלב"ל בשטר הוי זוזי מלוה ע"פ ע"ש. אך ק' דלמא ר"מ היא כס"ד בתוס' ואי דאף לר"מ לא מהני במות הבן קודם כקושי' התוס' מ"מ עכ"פ שטר ניתן לכתוב דהא אלו מת האב ברישא היה מכיר' קיים לר"מ וא"כ שפיר י"ל אבוך זבין וכו' על הדמים דהוי ב"ח בשטר ונוטל ראוי כמ"ש התו' וצ"ל בשלמא בס"ד דהפי' בגמרא לענין אם מכירה קיים כפי' רשב"ם א"כ הלכה דבן מוציא כמ"ש רשב"ם ולא קשיא מהך דבכור כהנ"ל א"כ שפיר י"ל לר"מ קאי ואי דלא קי"ל כר"מ מה בכך הא באמת מוציא הבן רק קמ"לאפילו לר"מ הבן מוציא משא"כ לשיטת התוס' דהקושי' הוא על הדמי' א"כ מהך סתמא דגמרא בבכורות כהנ"ל דהלכה דאין הבן מוציא שפיר הקשו איך יוציא הלוקח הא הוי מלוה ע"פ דלא ניתן לכתוב דאף דלר"מ ניתן לכתוב מ"מ הא אין הלכה כר"מ וקשיא הלכתא אהלכתא ודוק ולכן ברור דאין כאן פקפוק וספיקא דדינא כלל ומקום הניחו לי רבנים הללו להתגדר בזה כי הדין ברור ואין כאן ספק כלל כיון דלא מספקו בהך דינא דשלחו מתם והך בחברת' מישך שייכי. וגם הבאתי ראי' דהתוס' ב"מ וכן הרא"ש ס"ל דב"ח אינו נוטל בראוי דכמה חבטות נתחבטו בהא דאמרינן בבכור' הנ"ל ולא הבנות במזונתן תנאי כתוב' ככתוב' ומקולי כתובה שנו ופירשו התוס' דקאי על שבח ומכח זה נכנסו בקושי' דהא גם ב"ח דעלמא אינו נוטל משבח יתומים ע"ש שהאריכו וקשה מנלן דאתמר מקולי כתוב' על שבח דלמא על ראוי דב"ח נוטל וכתוב' הבנות דהוי תנאי כתוב' אינן נוטלין והא דאמרי' בפרק אעפ"י תנאי כתוב' ככתובה לענין שבח האיי"ל דקאי על תוספתא דגובה מלקוח' ולא שבח אבל בנות במזונותיהן דקאי על יתומים י"ל דקאי על ראוי (וכ"נ מדברי הרמב"ן במלחמותיו ריש ב"מ בשמעתי' דשבח דכ' דל"ל מקולי כתובה על ראוי דגם ב"ח אינו נוטל בראוי) וע"כ דס"ל דב"ח אין נוטל בראוי. מיהו לפמ"ש התוס' לחלק בין מלוה בשטר היינו דכתב ביה דאקני לע"פ וא"כ הבנות לית ביה דאקני א"כ הקושי' במקומו. אמנם הרב הש"ך כ' דמהך דהביא הרמב"ן ראיה מירושלמי כרמו פרט לראוי מוכח דשאר ב"ח נוטל בראוי דאל"כ ל"ל קרא מהכ"ת יהיה עדיף משארי ב"ח ודבריו אינם מובנים דא"כ מיטב דדריש פרט למטלטלים נימא

כך ש"מ דבשאר דוכתי בעל חוב נוטל במטלטלין וזה אינו דמטלטלים לא משתעבדי וע"כ צ"ל דמהך דניזק ילפיק בבנין אב לכל ב"ח ואם כן ה"ה לראוי ומהא שמעינן דב"ח אינו נוטל בראוי ולדברי הש"ך דרוצה לחלק השווים ולומר ב"ח גובה בראוי ולא ניזק א"כ הא דקיי"ל ב"ח גובה מלוה מדר"ן דכתיב אשר נתן לו לימא דוקא מלוה דגובה בראוי וא"כ אף דמלוה ה"ל ראוי מה בכך הא מלוה נוטל בראוי אבל בניזק דאין גובה בראוי אף מדר"נ לא משתעבד דלכ"ע מלוה ביד אחרים הוי ראוי כמ"ש התו' ב"ב ובכור' ע"ש וקרא דר"ן בתשומת יד דכתיב וא"כ מנלן לגמרא דב"ק דגם גבי ניזק ומזיק שייך בדר"נ הא טובי איכא בינייהו ולכן ברור דלית' ודבריו בלתי צודקים בזה. ונראה דהתוס' דהקשו בהך שמעת' לאחר שהעל' דב"ח נוטל בראוי הקשה למה יש ללוקח שעבוד על נכסי אביו מי עדיף ממלוה ע"פ דאינו גובה מיורשים וכ' המהרש"א אף דקיי"ל מלוה ע"פ גובה מיורשי' מלוה כי האי דלא חל שעבודא מעולם עליו דהא מת קודם האב לכ"ע אין חיוב על יורשים וצ"ל הגם דהעלו התוס' מקדם דב"ח נוטל בראוי דצ"ל בדכ' לי' דאקני דאז חל שיעבודא על היורשים אבל קושי' התוס' דהא סתם קתני בן שמכר ולא ניתן ליכתוב וא"כ קשיא ליה לתו' מה קשה בד"מ הא מלוה על פה כי האי לא גבה מיורשים וכן דעת הרא"ש בפרק יש בכור דהקשה לדעת האומר ב"ח נוטל בראוי מהך משנה דנפל הבית וכתב המשנה איירי בדכתב ליה דאקני ולכאורה זה מיותר דהא לגבי יורש א"צ דאקני אלא דס"ל חילוק התוס' דלגבי ראוי ודאי יש לחלק וא"כ לא היה ראיה מהך משנה ולכך כתב דהא איירי אפילו בדכתב ליה דאקני וזה נכון. אך לכאורה קשה מנ"ל לתו' לבדות חילוק זה מלבו בין מלוה ע"פ למלוה ע"פ ולהקשות עליו קו' בגמרא מנ"ל זה דלמא כל מע"פ גובה מיורשים ומנ"ל לחלק בזה אבל נראה דלשיטה דסבירא לי' דב"ח נוטל בראוי קשיא קושיות הרמב"ן כרמו פרט לראוי ולכך ס"ל ע"כ אמרינן דב"ח גובה מראוי היינו בדכתב לו דאקני אבל ניזק אף דהוי מלוה הכתובה בתורה מכל מקום דאקני ליה ביה וא"כ ה"ל לנכסים שקנה אחר כך מלוה ע"פ כהנ"ל ומלוה ע"פ בראוי לכ"ע אינו גובה ודברי התוס' מוכרחים ולכך יפה הקשו ובזה מיושב נמי בהא דאמרינן בפ' י"נ בבכור שהניח אביו מלוה וס"ל לר"ן גבה קרקע אין לו פריך הגמרא הא אר"נ יתומים שגבו קרקע בחוב אביהם כו' וקשה לשיטת התוס' מה קושיא דלמא גבה קרקע ה"ל ראוי ובכור אינו נוטל בראוי אבל ב"ח דנוטל בראוי ולמה לא יטול קרקע שגבו יתומים ולכאורה לשיטת התוס' קושיא עצומה ולפי הנ"ל ניחא דגמרא סבירא לי' הואיל ור"ן סתמא קאמר משמע אפילו ליה לב"ח דאקני וא"כ אף ב"ח לא גבה מהראוי וא"כ מ"ט גבה קרקע יש לו לב"ח ומדר' נתן לא ידע בס"ד וע"כ מטעם דלמפרע גובה וה"ל

כגבה אבוהן כס"ד בפסחים וא"כ אף בכור יש לו ליטול כיון דלמפרע גובה וא"ש ועכ"פ קושית הרמב"ן מיושב אבל דלא כש"ך (ואפשר לכוון בזה הוכחת הש"ך דכתב דמהך דכרמו פרט לראוי משמע איפכא דעמדתי בדבריו כהנ"ל ואולי לזה כיון להוכיח דב"ח נוטל ראוי היינו בדכתב ליה דאקני כדעת התוס' דל"ל דאינו נוטל וילפינן מניזק הא ליכא למילף דשם ליכא דאקני ואי בלא"ה ידעינן דב"ח אינו נוטל אפילו בדאקני א"כ ל"ל כרמו בניזק השתא בכתב דאקני אינו נוטל מכ"ש בניזק דליכא דאקני א"ו דבאמת בכה"ג שפיר ילפיק מניזק ובזה יש לישב קו' הנ"ל דגם לפי' רשב"ם מוכח דב"ח נוטל ראוי דאם יש חילוק בין מכר למלוה מה קו' מנפל הבית יש ליישב דלפי' רשב"ם איירי אבוך מזבין שיהיה מכירה קיים וצ"ל או כפי' ר"ת שדה זו או כטור לצורך קבורה א"כ שפיר י"ל קו' הגמרא כך מהך דנפל דע"כ הוכיח הגמרא דב"ח נוטל בראוי ומקולי כתובה שנו מכח קושית הש"ך דל"ל כרמו פרט לראוי ול"ל דבאמת לראוי לא איצטרך רק להודיענו דאין גובה מאביו משום דבמקום אבוה דאבא קאתינא וזה לא אמרינן מסברא רק ילפינן מניזק לכל דוכתא ואיצטרך אף דבלא"ה אין נוטל בראוי מ"מ היכי דיש למזיק שדה רק חייב לאביו וא"כ כשמת אביו פקע החוב והוי ס"ד יגבה ניזק קמ"ל במקום דאבוה דאבא קאתינא וגובים יורשי מזיק החוב כמ"ש הטור בשם ר"ה גאון לקמן סימן רי"א ע"ש דהא בס"ד לא אמרינן במקום אבוה דאבא ושפיר פריך מנפל כו' אבל למסקנא דקי"ל במקום אבוה כו' א"כ י"ל להך קאי כרמו ולק"מ וי"ל ב"ח אינו נוטל בראוי כמו כתובה ולכך לא קחשיב גבי תנאי כתובה ולק"מ לפי' רשב"ם אבל לפירוש התוס' דכל הפלפול אביך זבין לשלם הדמים ע"כ דב"ח נוטל בראוי דל"ל לס"ד דלא אסיק הך במקום אבוה דאבא וא"כ מוכח מכרמו כנ"ל דקשה להך אוקימתא דמוקי ליה בבכור משום דשם לא שייך במקום אבוה כו' עדיין מה קושיא הא ב"ח אינו נוטל בראוי וכרמו אתי על מקום אבוה וכו' דהא כבר אסיק הך סברא רק בבכור לא שייך ומ"מ בכרמו דניזק יש לפרש כך ועכצ"ל דלא מכרמו ילפינן א"כ אין כאן הבדל בין ס"ד למסקנא ושפיר הוכיחו דנוטל בראוי ודוק.
והארכתי בזה בחדושי ובהך דכתבתי דלעיל דהקושיא מנפל הבית דהא יכול למכור א"כ הרי זה קרוי מוחזק י"ל דמה בכך דלכבוד אביו יכול למכור מ"מ לא עדיף מן דעת ר"מ דאדם מקנה דשלב"ל ומ"מ בנכסים שנפלו בגוסס לא קנה כמ"ש התוס' וצ"ל דבזה הואיל וחכמים תקנו דיועיל לא פלוג עבדי רבנן אך זהו לחכמים אבל לר"מ דאדם מקנה דשלב"ל לא היה תקנה כלל כי מה צורך לתקנה וכי בשביל דאטו גוסס ויפנו נכסים תקנו תקנה א"כ הקושיא הנ"ל מה בכך דהוא כבוד אביו בכה"ג אינו מועיל כמ"ש התוס' וח"כ ל"ק מהך דנפל דאוקמינן לעיל ר"מ היא ולר"מ לא מצי להקנות בנכסים שהוא

גוסס ומכ"ש לאחר מיתה כמ"ש התוס' ושפיר הוי ראוי אך י"ל בהך קושיא דפריך מנפל אף דשם הוי ראוי די"ל למה חלקו דב"ח אינו גובה מראוי והמקח חל משום דהך דנוטל בראוי לא ברור לן דגבי ניזק דרשינן כרמו פרט לראוי יש להסתפק אי ילפינן מיניה לב"ח או לא אך דוקא ניזק כמ"ש הש"ך ולכך ב"ח דהוא המוציא הממע"ה אבל לוקח דהוא מוחזק כדאמרי' מוציאין מידו טוען דנוטל בראוי כדעת הש"ך ולכך א"ש דפריך הגמרא לוה מאי מפיק וכו' ונאיד הגמרא מהך אוקימתא וקשה הא בלא"ה משני הגמרא הלשון בכמה אנפין ואף בזה לישני אין למלוה כלום וכדומה ומכ"מ אוקמי דלוה במקומו אלא דכך קושיא מאין מפיק הא יורשים מוחזקים וא"כ ודאי אין לו ראוי ומ"ט קשה בד"מ ולפ"ז מפיר פריך מנפל הבית דאף דהוא הלואה מכ"מ הא דעת תוס' בס"ס מוציאין מיד מוחזק ובפרט בשמא ושמא וכאן ס"ס דלמא אב מת ראשון ואת"ל הבן דלמא נוטל בראוי ויזכה הב"ח ידוק):

וכתב הרמב"ם בפי' המשנה במסכת בכורות דעכשיו דתקנו הגאונים דגובין מטלטלין דיתמי אף מראוי גובין והביאו הכ"מ בפט"ז מהל' אישות והש"ע השמיטו ונראה דס"ל לרבינו ב"י הא כל טעמן של גאונים דתקנו משום עכשיו רוב עסקינו במטלטלין א"כ איך שייך זה לגבי ראוי בירושת אביו לאחר מותו וכי זה שכיח וכי על זה סמכה דעתם דב"ח ואשה. ולכן ס"ל דהרמב"ם כתבו לגבי אשה בכתובתה וס"ל דמדינא אין אשה גובה כתובה ממלוה שביד אחרים כדעת הרבה מחברים דה"ל ראוי וס"ל מדר"ן לא שייך גבי כתובה כמ"ש מהרש"ל בתשובה הנ"ל ועל ראוי כזה ס"ל לרמב"ם דעכשיו רוב מחיתינו במלוה וא"כ כמו דתקנו גאונים במטלטלין דעכשיו סמכה דעתו אף במלוה כן ולכך עמא דבר להגבות ממלוה כמו שהעיד הרא"ש והר"ם. אבל לראוי כי האי בנכסיו של אביו לאחר מות בעלה לא אמרו הרמב"ם דמה ענין זה למטלטלין דיתמי ואין הנושאין שוים ואם כן במלוה פסק דאשה גובה כתובתה ולכך השמיט הך דב"ח גובה בראוי בהך דנפל דראוי כזה אף בזה"ז אינו גובה והנה בהך סברא לדמות ראוי דמלוה למטלטלין דיתמי והטעם דבשניהם לא סמכה דעתה (ועיין בחדושי רמב"ן בפרק יש נוחלין מ"ש בשם מהר"י מגאש ותראה כי הדברים נוטים כי דמו להדדי וכתב הרמב"ן כי מלוה תיכף במת הלוה נעשית מטלטלין ע"ש) . יש להבין דברי התוס' כתובות דף פ"א ע"ב ד"ה ר' מאיר וכו' דכתבי דל"ל דאף מיתמי משתעבדי לר"מ מטלטלין א"כ אף בלי ר' נתן תגבה דהא כמקרקע דמי והקשה מהרש"א קרקע גופיה לא גביה רק מטעמא דר"ן כמ"ש הרא"ש וכפי הנ"ל ניחא דהא דצריכין אף בקרקע טעמא דר"ן דאל"כ ה"ל ראוי אבל לר"מ דס"ל מטלטלין דיתמי משתעבדי אף דלא סמכא דעתא ש"מ דחל פרעון אף

דלא סמכא דעתא א"כ אף ראוי ה"ל לגבות דלא גרע ממטלטלין דיתמי וא"כ פשיטא דא"צ לדר"נ וקושית התוס' שפיר ודוק. וכתב הסמ"ע משכר פעולה אינו גובה דה"ל ראוי והביאו הרמ"א בא"ע גבי כתובה והשיג הש"ך דלא אמרו המרדכי והרמ"א רק לכתובה ולשיטתו הלך דס"ל ב"ח גובה בראוי ולא כתובה אבל לפמ"ש דגם ב"ח אין נוטל ראוי אין מקום להשגתו אבל הא קשיא הא משתעבד ליה מדר"נ ומה ראוי שייך כאן והמרדכי אפשר דס"ל כהך רבוותא דס"ל בשכירות לית בהו דר"ן עיין מש"ל סימן פ"ו אבל לפי דקי"ל דאית ביה דאף דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף מכל מקום ישנו מתחלה ועד סוף וכל פרוטה משתעבדא ליה מדר"נ קושיא הנ"ל במקומו. ולכן נראה דרמ"א אזיל לשיטתו בתשובה וכ"כ מהרש"ל דבכתובה כמו דלא משתעבד מדר"ן כך לא משתעבדי לה והא דגובה ממלוה אין הטעם משום דר"ן רק הואיל והחזיק בו בעלה בפ"א כבר חל עליו שעבודא דאף דחזר והלוהו לא פקע שעבוד ומהרש"ל חשבהו לדוחק ונעלם מבין שניהם תשובת מהרי"ו סימן מ' דכתב להדיא טעם זה מ"ש ודעתו באמת דבהלואה שהלוה הבעל קודם כתובה לא משתעבד ודלא כרמ"א דסבירא ליה משום לא פלוג הכל בכלל השעבוד וא"כ בשכירות דלא שייך הך טעמא דהא לא בא לידו מעולם א"כ ה"ל ראוי ואין אשה גובה ממנו הכתובה ומדר"ן לא שייך ביה ולכך כתב רמ"א דינו בכתובה אבל במלוה לכ"ע גובה דהא משתעבדי מדר"ן. והנה כפי מ"ש מהרי"ו בתשובה סימן מ' משמע דאפילו בחיים אין גובה משכר פעולה והביא ראיה דהא דאמרי' בכתובות גבי מי שהיה נושה באחיו דלולי ר"ן לא היה אשה גובה אף דהוה כאלו הבעל חי אלא דכתב הרמב"ם דכתב במגרש אשתו ואין לו לשלם כתובה כשישיג ידו חייב לשלם אף דהוי ראוי ש"מ דפליג וס"ל בחיים לא שייך ראוי וכתב דהוי פלוגתא דרבותא. ולפי זה הרמ"א דהביא דינו של הרמב"ם בא"ע סימן ע' להלכה לא קאי דינו הנ"ל דבחיים שייך ראוי אלא שאני תמה חדא איך ס"ד בבא ליד הבעל דלא יגבה אשה ממנו מיניה ואפי' מגלימא דעל כתפיה ואין לך ראוי יותר מירושת אביו כמבואר בגמרא הנ"ל ומ"מ בנפל הבית אלו מת האב תחלה והיה הבן חי רק רגע אחת אשה גובה כתובה מנכסים שירש כמבואר במשנה וא"כ מ"ש שירש או שהשיג ידו מאיזה צד פשיטא דאשה גובה כתובה וכל דינו של מרדכי בלא הגיע ליד בעל כנדון של הרב מהרי"ו שם דהבעל מומר או הרחיק נדוד וכדומה. ולא עוד אלא דקשי' ליה א"כ בחיים ג"כ שייך ראוי מלוה ביד אחרים לולי דמשתעבד מדר"ן קרוי ראוי א"כ הא דפרכינן בהחובל באשה שחבלה באחרים פגיעתה רעה דתזבן כתובתה לאחרים בטובת הנאה הא לא משתעבדי כתובתה כלל להניזק דאין נוטל בראוי כנ"ל וכתובתה ראוי מיקרי ומדר"ן לא שייך בכתובה כמ"ש

הר"ן וכמש"ל דכ"ש אם לא ישתעבד לה מכ"ש דהיא אינה משתעבדת וקושיא גדולה היא. ולכן היה נראה אף דראוי לא משתעבד אפילו בחיי הלוה היינו דאין להוציא מיד מי שבידו הראוי אבל ללוה כיון דעליו מוטל הפרעון וכופין אותו כופין לתבוע החוב ולשלם או אם אי אפשר לקבל הפרעון דלא מטי זימנא וכדומה כופין למכור החוב ועליו לעשות כל האפשרי לפרוע ולכך שפיר פרכינן דעל האשה מוטל לסלק החבלה ולמכור כתובה אבל אם אין האשה כאן או שהמירה א"א לגבות מהבעל דיאמר לאו בעל דברים דידי וכקושית הגמרא גבי מי שהיה נושה ולימא לאו בע"ד דידי את. וא"כ הא דאין גובה משכר פעולה היינו בדליתא ללוה אבל בדאיתא כופין לתבוע שכר הפעולה ולשלם וזהו דלא כמהרי"ו ודברי מהרי"ו צע"ג ובלא"ה צע"ג דברי מהרי"ו איך ס"ד דהך דינא דרמב"ם דאם השיג ידו שחייב לשלם הכתובה במחלוקת נאמר ולא ס"ל להרא"ש דהא היא גמ' ערוכה בנדרים דף ס"ו לומר שאין מקרעין כתובה ועיין ר"ן ורא"ש דפירשו להדיא דגובה כשישיג ידו ולא מהני סידור ע"ש:

סימן קה

א **ואפילו עשהו שליח** דעת הש"ך להסכים לפי' רש"י דשליח מהני והיינו אם משלם שכרו ושכרו לשליחות הזה דחזר דינו להיות כפועל דידו כיד רבו דאמרינן להדיא דיכול לזכות לבעה"ב. ובאמת לישנא דרש"י מאחר שלא עשהו שליח לזכות לו משמע דלא כש"ך דהל"ל מאחר שלא שכרו. איברא יפה דיבר הש"ך בזה דרש"י דס"ל לחלק בעשהו שליח או לא יליף רש"י מהך דאמרינן דפועל יכול לזכות לרבו וסבירא ליה לרש"י מה הבדל יש אם עובד לו בשכר או בחנם מה מעלה ומה מוריד זה לגבי אחרים ואם הוא יאמר הריני כאלו התקבלתי שכר ומה נ"מ זה לגבי אחרים וטובת הנאה שמחזיק לו ג"כ שוה פרוטה ולכך ס"ל רש"י ה"ה שליח באמת ובהכי ניחא מה דהקשו מה פריך הגמרא מפועל הא לרש"י שליח מצי לתפוס דלפמ"ש רש"י לא אמרה אלא בתר דמשני הגמרא פועל שאני ומזה למד רש"י ה"ה לשליח דמ"ש אבל בס"ד באמת אף שליח אינו. והנה המהרש"א הקשה בכתובות פ' הכותב דמה קשיא ליה לתוס' על רש"י מהך עובדא דימר בר חשו דעשהו שליח לתפוס ומ"מ אמרינן דה"ל תופס לב"ח במקום שחב לאחרים הא אף רש"י לא אמרה אלא במקום דיכול לזכות לנפשו כמו מציאה אבל בב"ח ולא חייב לשליח לא אמרו רש"י כלל וכ' מהרש"א דלא נראה לתוס' לחלק בכך. ואמת כי לא נראה לתוס'. כי הלשון ברש"י דלא עשהו הנושה שליח סתמא איירי אפילו אין לו לתבוע ג"כ בלוה אבל ברור לענ"ד דזהו היה כוונת רש"י בלי פקפוק דס"ל לרש"י כי אמרינן יד פועל

כיד בעה"ב היינו במציאה דיש לפועל יד בו א"כ אמרינן ידו כיד בעה"ב וזכיה שלו הוא לבעה"ב אבל במקום דאין לפועל יד בו כלל כגון חוב ולא חייב לו איך שייך ידו כיד בעה"ב כיון דלית ליה יד ביה כלל ולכך לא כתב רש"י הך מילתא בשום דוכתא דשליח מהני רק בב"מ בס"ד דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו באופן זו כתב רש"י דשליח מהני דמצי זכיה לנפשיה אבל במסקנא דבמציאה בלא"ה קנה לגבי חוב לא חילק רש"י ואיך נדחה סברא זו לגמרי הא המרדכי פ"ק דחולין נסתפק אי פועל של בעה"ב יכול לתפוס חוב של בעה"ב ולכאורה קשה הא גמרא ערוכה שאני פועל דידו כיד בעה"ב אלא ספק שלו הוא דוקא גבי מציאה דיש לו יד אבל לא בב"ח דאין לו יד וכן נראה מסתימת כל מחברים דאין מגיד בפועל ושכירו של בעה"ב יכול לתפוס משל לוה כדמשני הגמ' ידו כשל בעה"ב וכן הרי"ף השמיטו הך קושי' ופירוק בגמ' וכן הרא"ש אלא דס"ל דלא הוי כהלכתא דלגבי חוב לא מהני פועל כהנ"ל. ולברר יותר אן נטה לבב רש"י ז"ל נראה ונחקור במ"ש רש"י ביצה דף ל"ט בבור של רבים מילא ונתן לחבירו דפליגי ר"ש ור"נ אי כרגלי ממלא או למי שנתמלא לו וס"ד דפליגא אי ביר" דהפקרא או בירא שותפי נינהו ופירש"י בירא דהפקרא וקי"ל המגביה מציאה לחבירו לא קנה תבירו דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים והמגביה קנה ור"נ ס"ל בירא שותפי נינהו וכל ישראל שותפין בו וכשאמר לו חבירו למלאות לו מחלקו והלך בשליחתו נעשה זה שלוחו ואין זה מגביה מציאה ע"ש. הרי דלר"ש דס"ל בירא דהפקרא אף דנעשה שלוחו מ"מ לא קנה חבירו וזהו דלא כמ"ש לדעת רש"י דבשליחות לכ"ע קנה חבירו ומתחלה עלה ברוחי ליישב ג"כ מה ביקש רש"י בזה דעשהו שליח למלאות ומנ"ל דאיירי בכך דלמא פשוט דמילא לחבירו בלי שליחות אלא דקשיא ליה לרש"י דלמסקנא ג"כ יהיה כל סוגית הש"ס פה דלא כהלכתא דקי"ל המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו וא"כ לכ"ע לשיטת רש"י כרגלי מי שנתמלא לו ובטלה מחלוקת וגם כמעט קשיא הלכתא אהלכתא דקי"ל הלכה כר"י מגביה מציאה לחבירו קנה חבירו וקיי"ל הלכה כר' ששת באיסורי כרגלי הממלא דלא קנה חבירו לכן מפרש רש"י דבאמת איירי דעשהו שליח אבל אמר מלא לי ולא אמר זכה לי וא"כ אף לר' יוחנן מגרע גרע ולכ"ע לא קנה חבירו וכמבואר בגמרא ב"מ משנה אמר תנה לי ולא אמר זכה לי דבזה מגרע גרע ושתיקתו היה יפה מדיבורו וא"כ אף בהך שמעתא איירי בהך גוונא ולכ"ע לא קנה חבירו ונחלקו אי קנה מגביה או לא כמ"ש רש"י בס"ד ובמסקנא וא"ש ולק"מ דרש"י מודה דשליח שאמר לו תנה לי לכ"ע לא קנה. ובזה יש להבין קושית התוס' על רש"י בד"ה הבא דהקשו לפי' רש"י דפליגי ר"נ ור"ש במסקנא דלכ"ע המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו רק פליגי אי המגבי' קנה לעצמו

והקשו התוס' דאין סברא שיקנה המגביה לעצמו בלי כוונה ולכך פיר"ת דר"ש סבר קנה חבירו מגו דזכה לנפשיה וא"כ אין למי שנתמלא לו יותר זכות בתחום כי אם במה שהיה יכול הממלא לזכות בו ור"נ ס"ל לא קנה חבירו והוי הפקר עוד תי' התוס' בשם רשב"ם דר"נ ס"ל קנה חבירו דבור מלא מים לא שייך חב לאחרים ול"ק ר"נ אר"נ ע"ש. וקשה א"כ עדיין קו' התוס' דאין סברא שיזכה בו המגביה בלי כוונה במקומו לפי' רשב"ם לפי מסקנא דסבירא ליה לרש"י לא קנה רק כרגלי הממלא דלעצמו קנה וקשה ג"כ איך יקנה בלי מתכוון. מיהו זהו י"ל דאף רשב"ם סבירא ליה סברת ר"ת דאם זכה לחבריה במגו דזכה לנפשיה לא מצי חבירו לזכות רק במה שהוא לעצמו. רק זהו סבירא ליה לדוחק דיהיה הפי' כרגלי מי שנתמלא לו משום דהוי הפקר דהלשון משמע תיכף מעת המילוי זכה תיכף חבירו ואפילו בא אדם וזכה בו קודם שהגיע ליד שנתמלא לו ולכן פי' הוא דר"נ דס"ל למי שנתמלא סבר במים דליכא חב לאחרים מגביה לחבירו קנה חבירו בלי טעם מגו דזכיה לנפשיה ואם כן הוי כרגלי מי שנתמלא לו תיכף אבל ר"ש סבירא ליה לדינא כר"י דאף במים לא קנה חבירו רק מתורת מגו ולכך הוי כרגלי הממלא כמ"ש ר"ת ועיין ב"מ דכתבו התוס' שני תירוצים אלו בשם ר"ת ומשמע כהנ"ל אך מ"מ בין לפירוש רשב"ם ובין לפיר"ת קשה בס"ד דאמרינן ר"נ ס"ל ביראה דשותפי ור"ש סבירא ליה ביראה דהפקירא ולכך כרגלי הממלא קושית התו' במקומו איך יזכה בו הא הוי בלתי מתכוון ובס"ד ל"ל דאמר אינו זוכה רק מי שנתמלא אינו זוכה רק מתורת מגו כהנ"ל. דלפיר"ת הא זה אמרי' במסקנא אבל להס"ד א"א לומר כן דהא ר"נ ס"ל המגביה מציאה לא קנה חבירו אפילו דאית לי' מגו וא"כ בס"ד אף ר"ש סבר כן דכי נימא בתרתי פליגי במגביה מציאה אי קנה חבירו וגם אי ביראה שותפי או הפקר נינהו דבר זה לא יתכן וא"כ ע"כ דס"ל דהממלא זכה בו וקשה קושית התוס' ואי לס"ד ניחא אף למסקנא נוכל לומר כן לשיטת רש"י דהא בשביל הך סברא לא חזר בו גמרא וש"מ דסברא מעליא היא וצ"ע קושיא זו. אמנם לפי הנ"ל ניחא דיש להבין מה החרי התוספות איך יזכה לעצמו בלי כוונה הלא סברא היא אם זוכה בהפקר דעתו לזכות לחבירו ואם אין חבירו זוכה זוכה לעצמו ועיין באסיפת זקנים לב"מ שכתב כן בשם הרא"ש רק באמת מתניתין קשי' לי' ראה מציאה וכו' ואמר אני זכיתי בו זכה בו טעמא דאמר זכיתי בו הא סתמא לא וקשיא למ"ד המגבי' מציאה לחבירו ל"ק חבירו ולא מוקי למשנה דאמר תחילה א"כ מה איריא דאמר זכיתי בו הא סתמא נמי קנה והל"ל במשנה סתם הרי המגביה זוכה בו ולמה קתני דצריך לומר אני זכיתי בו אלא ש"מ דמסתמא ל"ק לעצמו כשהגביה לחבירו אף דחבירו ל"ק. רק יש לחלק אם מגביה סתם מהפקר אמרינן מסתמא לזכות בו הגביהו רק דעתו

לזכות לחבירו ואם אין חבירו זוכה זוכה הוא לעצמו אבל אם ע"י צווהו ושליחות חבירו הגביהו א"כ מעולם לא הגביהו לצורך עצמו רק בשביל חבירו ובשליחתו ואם חבירו אינו קונה איהו עכ"פ שליחתו קעביד ומהכ"ת שיזכה הוא כי לא לכך הגביהו וא"ש כמ"ש דלפיר"ת ורשב"ם לא מיירי במילא לחבירו ע"י שליח' חבירו שצוה לו למלאות לו ולא ק' הא הוי מסקנא שלא אליבא דהלכת' כי לשיטתם המסקנא אליבא דהלכת' דקנה חבירו וא"כ שפיר י"ל בס"ד כסברא הנ"ל אם אין חבירו קונה לעצמו קונה דלא לחנם מלאהו ולא קשה מהמשנה דשם הגביה בשליחות חבירו כדתנן א"ל תנה לי וא"כ לא קנה לעצמו מהסתם עד שיאמר זכיתי בו ולק"מ אבל לפירש"י דאיירי בשליחות והיינו כמ"ש כדי שיהיה הסוגי' אליבא דהלכתא אם כן שפי' הקשו דלא יתכן דיקנה לעצמו בלי כוונה כיון דבשליחות מלאהו וקשיא ליה המשנה כנ"ל וא"ש:

אך כל זה דוחק ברש"י דא"כ אף במסקנא ה"ל לרש"י לפרש דאיירי בשליחות ונבאר דלא אמר זכה לי רק מלא לי בביאור היטב. וגם בזה יש לדחות קו' התוס' על רש"י מהך דימר בר חשוב כתוב' דאמר לשלוחו זיל תפוס דאמר ליה הביא לי ולא א"ל זכה לי ומיושב כל קושי' התוס' ולכן באמת נראה דרש"י היה מוכרח לפרש דעשהו שליח למלאות והוא דקשיא לרש"י קושי' המחברים איך אפשר לומר אם המגביה לחבירו וחבירו לא קנה דהוא המגביה קנה איך קתני מי שלקח הפאה וכו' יתנהו לעני הנמצא ראשון הלא הוא בעצמו זוכה בו וא"כ חייב ליתנה לעני שאמר דפיך זו צדקה והרי עליו בכלל נדר ותי' דמיירי בעשיר ע"ש בא"ז. ולפ"ז ר"נ דס"ל מעני לעני מחלוקת דהמגביה מציאה ל"ק צ"ל דאף המגביה ל"ק ולפ"ז קשה במסקנא באמת ר"נ ור"ש בהא פליגי ור"ש סבר ג"כ המשנה אף מעני לעני מחלוקת דהא לפירש"י לכ"ע לא קנה חבירו וא"כ קו' הנ"ל במקומו ואיך יסבור ר"ש דהמגביה קנה ומכ"ש בס"ד דפליגי בבירא דשותפי או הפקרא וכי נימא בתרתי פליגי א"כ בזה שוה ר"ש לר"נ דלא קנ' המגביה וא"כ מה בכך בירא דהפקרא איך יזכה הממלא הא המגביה ל"ק לכן ס"ל לרש"י דודאי סברת ר"ת נכון אם המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו מטעם מגו דזכי' לנפשי' אין לחבירו יותר מתחום הממלא ולכך ס"ל לרש"י דר"ש ס"ל פה ל"ק חבירו והוי כרגלי הממלא ולא דלא ס"ל כר"י המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו דא"כ קשיא הלכתא אהלכתא רק ס"ל הטעם דזכין לאדם שלא בפניו כמ"ש המחברים תינח היכי דיש לו לזוכה זכות עי"כ אבל כאן בממלא לו מים אלו לא זכה בשבילו עד שיגיע לידו היה כרגליו ועכשיו דזכה לו גרם רעה דהוא כרגלי ממלא לחומרא וגם ברגליו ג"כ ודאי לחומרא וא"כ זהו שזכה לו לחובתו וא"כ לא שייך זכין לאדם וכו' וס"ל לרש"י דזכה בו המגביה ולא קשיא ליה מהך

מתני' מי שלקט פאה דשם שפיר יתכן בעשיר דבעלמא ס"ל לר"ש מגביה מציאה לחבירו קנה חבירו כר"י וא"ש. והא ל"ל בעשהו שליח למלאות א"כ לא שייך אין חבין לאדם כיון דנעשה ברצונו דא"כ לא יתכן טעם ר"נ דס"ל כרגלי מי שנתמלא דרש"י ס"ל בשליח לכ"ע קנה חבירו והיינו ביש לשליח יד לזכות בו כמ"ש במהרש"א בכוונת רש"י וא"כ הדרא סברת ר"ת לדוכתיה דאין לו יותר מן כמה דמצי זכי לנפשי ולא יותר. ואיך יהיה יותר בתחום מן תחום של השליח ולכך ל"ל בשליח רק מעצמו מילא ולכך לא גריס רש"י קנה חבירו וא"ש פלוגתא ולק"מ אבל בס"ד ק' אילו ביר' דהפקר מודה ר"נ לר"ש הא ר"נ ס"ל מעני לעני מחלוק' ומוכח דלא קנה לנפשי' וצ"ל ודאי דאף ר"ש ס"ל אלו לא קנה חבירו לא הי' ממלא זוכה ולכך בס"ד הוצרך רש"י לפרש דמוקמינן בא"ל למלאות וא"כ לכ"ע קנה חבירו ולכך ס"ל לר' ששת כרגלי הממלא כסבר' ר"ת דלא עדיף חבירו ממנו כמש"ל גבי שליח ור"נ היה מודה לו בשליח רק לס"ד ס"ל בירא דשותפי נינהו וא"ש ודברי רש"י ברורים וזקוקים והכל ניחא ואין כאן תרי פלוגתא הן בס"ד והן באמת ולק"מ. ולכך א"ש ג"כ הנ"ל דלא הקשו התו' לרש"י בס"ד דלא יתכן דיזכה המזכה כיון דמיירי דעשהו שליח ובזה שוה רש"י לר"ת ודוק וממילא נראה דרגלים לדבר בישוב דברי רש"י דלא אמרה רש"י למסקנא ועוד עשיתי סמוכים בזה לרש"י דהא דס"ל לרש"י דשליח ודאי מצי לזכות דהא חצר באינו עומד בצד שדהו ומשתמרת משום שליחות אתרבי וא"כ איך קונה החצר המציאה הא שליח א"י לזכות מציאה ואיך יכול החצר לזכות לבעל בתורת שליח' ולכך ס"ל לרש"י דשליח ודאי יכול לזכות וזהו הכל להס"ד אבל לפי דקי"ל במציאה לעולם קנה במגו דזכי' לנפשי' א"כ בלא"ה חצר קנה ואע"ג דבחצר לא שייך מגו דזכיה לנפשיה התורה הקישו לשליח משא"כ בס"ד דאין שליח קונה כלל מציאה איך יתכן בחצר דיקנה מציאה משום שליחות מה דשליח גופיה לא קנה. ועיין בס' אס"ז בשמעתא חצר משום ידה אתרבי ולא גרע משליחות דהביא דעת מרבותא דכתבו כן דל"ל במציאה משום שליחות דהא שליח מעליא א"א לזכות במציאה. אבל הריטב"א העלה לפירש"י דבמשתמרת הוי כשליח וקונה מציאה וא"כ הוכיח רש"י דינו בכל אופן. ועיין לקמן סי' רמ"ח ס"ג וסמ"ע ס"ק ו' דקונה במציאה משום שליחות ודוק. ועוד זה מצאתי בב"ק דף ע' בפלוגתא בהרשאה אי שליח שוי' כ' רש"י להך לישנא אי תפס משל נאמן מפקינן דהוי תופס לב"ח הרי דמורה לנו בבירור דאפילו שליח לא מצי לתפוס בב"ח. וא"כ הדבר ברור דלמסקנא לא אמרה רש"י. ומהר"א ששון כתב דריטב"א בגיטין הסכים לפירש"י ואינו בידינו אבל הריטב"א לב"מ כתב להדיא דלא כפירש"י דאף שליח לא מצי לתפוס ומי יודע איזה נשנית באחרונ'. ולכן אין לזוז מדברי התוס'

והמחברים ופסק הטור וש"ע והנה בפועל גופיה דנסתפק המרדכי בחוב באמת ג"כ צ"ע כמ"ש דהפוסקים השמיטו ומטעם שכתבתי דדוקא במקום דאית ליה לפועל יד דדחוק לומר דהשתא דקיי"ל במציאה דקני תו לא צריכין לשנויא דר"נ פועל שאני. דמהכ"ת לחדש פלוגתא חדש' מה דס"ל לר"נ בהדיא ולא מצינו פלוגתא. ואיברא לכאורה נראה דפועל דשכרו ללקט מציאות אינו יכול לזכות לעצמו כלל ולי' ליה יד לזכות כ"כ דלא הדר ביה רק לרבו דאם נימא דודאי יש לו יד לזכות במציא' רק הואיל אדעתא דהכי נשכר לרבו מחויב ליתנו לרבו א"כ מה קפריך הגמרא מהא דתנן מציאת פועל לרבו די"ל דפועל זכה לעצמו ומ"מ קמ"ל דמחויב ליתן המציאה לרבו כי כך היה תנאי ועל זה שכרו ועכצ"ל דפועל דשכרו רבו לי' ליה יד כלל בעצמו לזכות רק לרבו וא"כ לית ליה מגו כלל. ובהכי ניחא דר"נ ור"ח אמרו תרוייהו המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו והקשה רבה לר"נ מהך ברייתא מציאות פועל ויש להבין למה לא הקשה כן לר"ח נמי ולמה דוקא לר"נ הא תרוייהו כחדא אמרו. ולפי הנ"ל ניחא דלר"ח י"ל ר"א היא דסבירא ליה בפיאה זכה לו ואי דהתם יש לו מגו וכאן בפועל ליכא מגו דזכי' לנפשיה הא ר"ח סבירא ליה בפ"ק דגיטין דלר"א זכה לעני אפילו ל"ל מגו כלל אבל ר"נ דקאמר ולימא מר מעני לעני מחלוקת ולא קאמר אף מעני לעני מחלוקת דהא אף בעשיר ס"ל לר"א דזכה לו ש"מ דסבירא ליה לר"נ דאף לר"א בעינן מגו וא"כ שפיר פרכינן לר"נ מהך דפועל וע"ז משני שאני פועל וכו'. איברא התוס' ד"ה ולימא כו' החליטו דלר"א אף לר"נ אמרינן דלא בעינן מגו דהא ר"ח דסבירא ליה נמי כר"נ אמר בפ"ק דגיטין דלא צריך מגו וכוונת דבריהם דלא יקשה מה בכך וכי בשביל דהם סברו כחדא דמגביה מציאה לא קנה יהיה שניהם שוים בהך מילתא דר"א צריך לומר דודאי התוספות סבירא ליה זה לסברא פשוטה מהכי תיתי לעשות מחלוקת בין אמוראי וכיון דחזינן דר"ח סבירא ליה לר"א לא בעינן מגו אף לר' נחמן לימא כן ומהכי תיתי לעשות פלוגתא רק דלא נימא דהוי לר' נחמן פלוגתא רחוקה דהא לרבנן אפילו בעני לעני דאית ליה מגו לא זכה איך נימא לר"א אפילו בעשיר דל"ל מגו דזכה ולכך כתבו התוספ' דהא ר"ח נמי ס"ל דלא קנה ומ"מ ס"ל לר"א אפילו בעשיר זכה לו וה"ה לר"נ דכמו דעביד ר"ח פלוגתא רחוקה כן י"ל לר"נ נמי ומהכ"ת לעשות מחלוקת בין אמוראי וזה ברור בכוונת התוס' אבל צ"ל מה ביקשו בזה אי לר"נ לר"א בלי מגו או דוקא במגו הא לא נ"מ כלל דלא קיי"ל כר"נ וגם לית הלכתא כר"א ומה צורך בזה אלא ברור דכוונ' התוס' לשלול תי' הנ"ל דהך ברייתא לר"א ג"כ לא אתי' דאלו היה מקום לתי' זו היה מוכרח דפועל לית ליה מגו ולכך לא מוקמינן כר"א וא"כ אף בבע"ח היה ידו כיד רבו דלענין פועל א"צ מגו אבל כאשר העלו

התוס' דלר"א א"צ מגו וא"כ עדיין קשה לוקמי ר"א היא וצ"ל דידע הגמרא דהך ברייתא אליבא דהלכתא נשנית א"כ עדיין י"ל דפועל יש לו יד לזכות וה"ל מגו ובהא אמרינן ידו כיד רבו דהא אית לי' יד אבל בבע"ח דלית ליה יד כלל דהא אינו חייב לו לא שייך ידו כיד רבו וטובי קמ"ל התוס' בזה וגם נראה דבזה שללו פירש"י דאחרי דבררו דהך תי' דאתיא כר"א ליתא א"כ עדיין הקושי' במקומו. למה הקשה לר"נ ולא לר"ח אלא דלר"ח י"ל סברת רש"י דשליח שאני ופועל לא גרע משליח ומשנה דקתני אני זכיתי בו איירי דאמר אני זכיתי תחילה. אבל ר"נ דאמר לימא מעני לעני ומייתי ראיה ממשנה ש"מ דלא מפרש אני זכיתי תחילה ומוכח דאפילו שליח לא קנה ושפיר פריך לי' ממציאת פועל ומשני הגמרא פועל שאני דעדיף משליח. ודלא כש"ך דהשוה אותן וא"כ טובי קמ"ל התוס' לשלול כוונת רש"י דמדמה שליח לפועל ודוק הארכתי קצת בזה לברר שמעתי' ולענין דינא הואיל והשמיטו הפוסקים משמע כמ"ש דוקא במציאה דיש לפועל יד אבל גבי ב"ח לעולם אפילו פועל לא מצי לתפוס ודוק:

ב **וכתב לו הרשאה** והב"ח כ' בהרשאה יכול לתפוס והש"ך השיג עליו ובאמת צ"ע כי ראה זה מצאתי בספר אסיפת זקנים לב"מ שהעתיק בשם תוס' חיצונים כדעת הב"ח בנותן הרשאה דיכול לתפוס והך עובדא דימר בר חשו בכתוב' היה בלי הרשאה וגם בב"ק דף ע' אמרינן אי תפס ופירש"י לחד לישנא אי תפיס משל נאמן אע"ג דלא כתב זיל אפיק לנפשך לא מפקינן מיני' ור"א פליג ואמר שליח שוי' ופירש"י להך לישנא דאי תפ' משל נאמן מפקינן דה"ל תופ' לב"ח הרי אלו כתוב בי' זיל דון אפיק הוי מצי לתפוס ולא הוה כתופס לב"ח וגם הנ"י העתיק הך לישנא ג"כ והדבר מבואר דבהרשאה מצי לתפוס. ולכן היה נראה לחלק כי מלוה דחל עליו מדין גמרא הרשאה כדלקמן סי' קכ"ב פשיטא דקנה המורשה ולא שייך חב לאחרים דהוא בע"ד אבל במקום דמן הדין לא קנה רק מכח תקנה וא"כ העיקר דשליח שויה כמ"ש התוס' והרא"ש וית' מחברי' א"כ אין לו תוקף יותר משאר שליח ולא מצי לתפוס וזה ברור ונכון לדינא:

ג **אם הלוה חייב וכו'** דעת הסמ"ע דלא מצי לתפוס יותר כמו חובו אם חייב לו ק' א"י לתפוס רק ק' בשביל חבירו ולא יותר והש"ך בס"ק ב' הסכים להב"י דהואיל דיש לו יד לזכות בדבר ההוא יש לו יד לזכות יותר והביא ראיה מהך דשנים שהגביהו הטלית דאמרינן מגו דזכה לנפשיה זכה לחברי' ומשם ליכא ראיה כלל דהא יש לו יד לזכות בכל הטלית אלו הגביה אותו לבד וכיון דיש לו יד לזכות בכל הטלית זכה לחברי' אבל בחוב שלא מצי לתפוס רק במאה איך יהיה יוכל לתפוס בשביל חבירו מאתים ואולי לזה כוון הש"ך שכתב דיש לדחות בדוחק ובאמת הוא מרווח ואין כאן דוחק כלל. אבל יש ראיה

לדברי הסמ"ע חדא מהך דלעיל בבור של עולי בבל דפיר"ת דאף דקי"ל המגביה מציאה קנה חבירו מ"מ הטעם משום מגו דזכיה לנפשיה ואין לו יותר מתחומו הרי דאם לזה אלף אמה מעירו ולחבירו אלפים אמה אין חבירו יוכל להוליך המים יותר מאלף אמה ולא אמרינן הואיל ויש לו יד במים יוכל לזכות לחבירו יותר ממנו כמ"ש הש"ך לענין מעות אלא ש"מ דל"א כן. ודברי ר"ת נקבעים להלכה כמ"ש בא"ח סי' שצ"ב ע"ש ברמ"א וא"כ הדין מבורר וכן מבואר מהך דב"ק דף ע' הנ"ל דקאמרינן שליח שויה ולכך אי תפיס משל נאמן מפקינן דהוי תופס לב"ח ולחד לישנא אמרינן שותפי נינהו וקאמרינן למה נ"מ למתפס פלגא הואיל והוא שותף בו וקשה א"כ כוליה לתפוס דתו לא הוי תופס לב"ח דכיון דיש לו יד במקצת ידו זוכה בכולו כמ"ש הש"ך. ועכצ"ל דזה אינו דאינו יכול לתפוס יותר מאשר תשיג ידו לתפוס בשלו וזה ברור ונכון:

ד **אם הלוה כו'** הסמ"ע בס"ק ב' העתיק ראובן ששלח שלוחו ליקח יין מהגוי בחובו וכן עשה ומשכו והוליכו על עגלה וכשהביאו לעיר נתנו לשמעון שהיה חייב לו ג"כ זכה שמעון רי"ו נתיב כ"ב וע"ש שנתן טעם לדבריו והנה ברי"ו נתן בשם הר"ם הך טעמא דאין שליחות לגוי ועוד ה"ל תופס לב"ח במקום שחב לאחרים ואפילו בשליח לא מהני ועוד דלמא אין הלכה כר"ש דלישראל בכסף וא"כ גוי במשיכה לא מהני עכ"ל ונראה ברור דהנך ג' טעמים צריכין אהדדי ועוד דנאמר היינו לצירוף דאי קונין מגוי במשיכה א"כ מה בכך דאין שליחות לגוי ישראל עשהו שליח ליקח משל גוי בשבילו ואי דהוי תופס לב"ח ה"מ היכי דלא יהיב הגוי מדעתו אבל כי יהיב גוי מדעתו למה לא יקנה לישראל ואי לא תימא הכי ישראל שאמר לשלוחו קנה לי חיטין מגוי וקנהו יהיה הפקר דהוי תופס לב"ח ומה לי דקנהו בפשוט מהשוק או שלקחהו בחוב דל החוב מהכא הא קנהו בשליחות ישראל מגוי במשיכה ומי יוכל לבטל קנינו. ולכן צריך לומר דתלתא טעמא בהדדי שייכי דקנין ליכא דלא מהני משיכה בגוי ומשום דגוי אמר לו להביא לראובן אין שליחות לגוי ובשביל דישראל עשהו שליח לתפוס וא"כ דל קנין דליכא מ"מ תפיסה הוה ועל זה אמר שפיר דהוי כתופס לב"ח במקום שחב לאחרים וזה ברור:

וא"כ לפ"ז דפסק המחבר לקמן סי' קצ"ח בפשיטות דישראל מישראל קונין בכסף א"כ לנכרי במשיכה ברור דהוי קנין וא"כ ליתא כל טעמו של מהר"ם ועוד אני תמה מ"ש זה מהא דקי"ל נכסי גוי' כמדבר דכיון דמטו ליה זוזי מסתלק וישראל לא קנה עד דמטו שטר וא"כ הרי הוא הפקר ועיין לקמן סי' קצ"ד בהג"ה ס"ג דבמטלטלין קנה בכסף ע"ש וכמ"ש הש"ך וא"כ כאן הגוי דנתן היין לישראל בפרעון חובו נסתלק מהיין וא"כ לו יהיה כדברי מהר"ם דישראל המשלח לא זכה בו מ"מ הגוי נסתלק וא"כ הרי הוא הפקר

וא"כ זכה השליח למשלחו דבהפקר קיי"ל המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ואף כאן לנגד המשלח לא גרע מהפקר דהא הגוי נסתלק הימנו וא"כ ה"ל הפקר וזכה השליח בעבור ישראל ואולי באותו נדון היה ישראל מחויב להחזיר לו שטרו וכ"כ דלא החזיר לו לא סילק הגוי עצמו מיין והרי הוא עדיין בחזקת גוי וצ"ע ועכ"פ יפה עשה המחבר שהשמיטהו אף שהביאו בב"י כי לפי דקי"ל משיכה קונה מגוי ליתא לדין זה:

ה **דמפסיד נכסים** כ' הסמ"ע ס"ק וי"ו דבטור כתב בשם הרי"ף כגון דנוטה למות ולאחר מיתה יהיו מטלטלין דיתמי והמחבר השמיטו דס"ל בזמה"ז מטלטלין דיתמי משתעבדי. והנה יש להבין לפי מ"ש הרא"ש בתשובה כלל ק"ו דדעת הרי"ף דבזה"ז מהני תפיסה לאחר מיתה מתקנת הגאונים א"כ מה זה דכתב דנוטה למות. ונראה דודאי בלא"ה יש להבין מה פסידא איכא לגמרי אי לא תפס הא מטלטלין דיתמי משתעבדי וצ"ל כמ"ש הב"ח דיתומים ימכרם ויפסידם וממי יתבע ולפ"ז י"ל דהרי"ף לשיטתו דס"ל הך דיכול לתפוס אפילו במקום פסידא הוא רק תקנתא כמ"ש להדיא וא"כ ס"ל להרי"ף בתפס מחיים דמדינא משתעבדי יכול לתפוס מכח התקנה אבל גבי יתומים אף דיש פסידא מ"מ לא יכול דהך מטלטלין דיתמי משתעבדי תקנתא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ולכך בעי הרי"ף ז"ל דוקא תפיסה מחיים ובהכי ניחא דהרא"ש השיג על הרי"ף דמהדין יכול לתפוס ולא מכח תקנה והקשו המעדני מלך לב"מ והג"ת והב"ח הא הרא"ש כתב בפ"ק דגיטין דתירוץ הר"ם אמת דאינו יכול לתפוס רק במקום פסידא והיינו הך דרי"ף וא"כ מה נ"מ לי' לרא"ש אם הוא בכח התקנה או בכח הדין ולפמ"ש ניחא לתפוס מטלטלי דיתמי במקום פסידא להרי"ף לא תפסינן דהוי תקנתא לתקנתא משא"כ להרא"ש דהוא שורת הדין אף בשל יתומים תפסינן וטובא קמ"ל ודוק:

ו **ויש אומרים דאינו חייב וכו'** הב"ח כ' דהעיקר כדיעה ראשונה שהוא דעת בעל עיטור דחייב באחריותו ותמהני הלא מבואר בספר התרומת שער ס"ו ח"ב בשם רמב"ן ג"כ דאם יש לו פקדון ורוצה לעכבו כי המפקיד חייב לאחרים וכתב דאין יכול לעכבו ונתנו טעם כי מי יחייב באחריותו אם יקרהו אסון עד שיבא המלוה ויטלהו. ומזה מוכח כהרא"ש דאין התופס חייב באחריות כי אם חייב באחריות מה זו טענה ומ"ש אם הפקדון בידו מתמול שלשום ותופסו עכשיו בשביל חוב חבירו או שתופסו עתה מיד הלוה סוף כל סוף עכשיו תופס מיקרי ולדעת בעל עיטור הא חייב באחריות וברור דהם ס"ל כהרא"ש וא"כ הרי דברי עיטור דברי יחיד הן והב"ח גופיה סותר דבריו דהוא אח"כ מסכי' בפקדון להך דינא דכתב הרמב"ן והדברים סותרים זה את זה. ונראה הא דדעת הרא"ש דאין מחויב לקבל אחריות היינו בתופס במקום שאינו חב לאחרים אבל בתופס במקום שחב

לאחרים דלא מצי תפוס רק הואיל דמצי זכי לנפשיה א"כ לית ליה יד יותר מאלו זכי' לנפשי' דבזכי' לנפשי' היה הלוה פטור מכל דהא קיבל מעותיו ותפסן לשלו א"כ כי זכי בשביל חבירו נמי לא מצי לזכות רק באופן הזה דקיבל אחריות ולכך לא הביאו הפוסקים זה הדין רק בתופס במקום שאין חייב לאחרים אבל במקום דחב לאחרים לכ"ע מוכרח לקבל אחריות:

ז **נפקד שתפס וכו'** דעת הסמ"ע דנפקד יכול לתפוס משל המפקיד אפילו במקום דליכא פסידא כלל ואע"ג דלעיל אסקינן דבלי פסידא אין יכול לתפוס נפקד שאני דבלא"ה הדבר בידו וא"צ לזה דהא משתעבד מדר"ן ומותר ליתנו לב"ח שלו בדלית ליה נכסים ועיין מה שכתב' בס"ק אח"ז וא"כ פשיטא דיכול לתפוס דהא משתעבד לב"ח משא"כ בתופס בעלמא דלא משתעבד לב"ח א"כ יאמר מה לי ולך לתפוס בשביל ב"ח שלי ופסידא ליכא ופשוט. ואין להקשות קושי' מהר"ם מאיברא בהרא"ש פ"ק דגיטין דא' הולך מנה לפלוני אי הולך לאו כזכי יכול לחזור מי גרע מתופס לב"ח ותירץ מהר"ם דאיירי דליכא פסידא והרא"ש דכתב דתי' אמת וקשה הא הוי פקדון ביד השליח במסרו המשלח לידו וא"כ הא בלי פסידא יכול לתפוס ואיך יכול לחזור. דשם מיירי דב"ח אין כאן כדמשמע מלישנא דגמ' דצריך לקבל אחריות ואם המלוה כאן הוא יקבל וכשאין המלוה כאן לכ"ע א"י לתפוס בלי פסידא וא"ש:

אך ק' כי בתשובת רמב"ן סימן קי"ח פסק דאין אפטרופס יכול לעכב מעות יתומים שהגדילו בשבי' בע"ח רק יתן להם והם יפרעו ודוחק לחלק בין אפטרופס לנפקד ושם משמע דאפילו ב"ח בעיר ונראה ה"מ דיכול לתפוס כשהגיע זמן פרעון של מלוה שלו אבל כשלא הגיע זמן פרעון לכ"ע א"י לתפוס ולא נחלק הרא"ש בפ"ק דגיטין ארבינו פרץ דמחלק בין הגיע זמן פרעון ללא הגיע דדעת הרא"ש במקום פסידא אפילו לא הגיע יכול לתפוס אבל בדלית פסידא לכ"ע תוך זמן פרעון מהכ"ת יהיה יכול לתפוס וכי חנם הוקבע זמן. וראיה מהא דאמרינן סוף כתובות בזה הלוה לחמש וזה הלוהו לעשר זה גובה וזה גובה וכי יגרע תפיסתו שהמעות בידו מן תפיסת נפקד אחר. א"ו בתוך זמן לא מהני תפיסה במקום דליכא פסידא והרי זה כמו שאין המלוה בעיר דהא לא מטי זימנא לגבות וא"כ י"ל הך תשובת הרמב"ן איירי בכה"ג דלא מטי זימנא דאל"כ בלא"ה היה הבע"ח נפרע מאפטרופס:

ח **אינו נעשה מטלטלין אצל בניו** אין להקשות הא שילהי כתובות בשנים שלוו זה מזה וזה מזה ומת אחד והגבה ליתומים מטלטלין אמרינן דהוא אינו גובה דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי וקשה לכאורה למה יגרע תפיסתו מאלו תפס הנפקד דאין נעשה

מטלטלין אצל בניו ואם הוא בעצמו תופס המעות ונותנם ליתומים יהיו כמטלטלין דלא משתעבדי. די"ל הא אמרינן בפרק הכותב גבי עובדא דסבתא במלוגמא דשטרי דצ"ל מחיים אנו תופסים אותו ואז יוצא מכלל מטלטלין דיתמי ולכך כאן הא תפסן הנפקד מחיים של הלוה בשביל המלוה ולכך לא הוי תו מטלטלי דיתמי משא"כ שם בחיי הלוה לא אמר דתפס רק אח"כ כשמת השני ביקש לתפוס ותו לא מהני ובאמת שם אי גילה מחיים דעתו שרוצה לתפוס תו מפיק מן יתומים:

ט **ואם מסרו הנפקד כו'** הרשב"א בב"ק על הא דאמרינן משתעבדא לך מדר"נ כתב מכאן שאם רוצה הנפקד או הלוה לשלם לב"ח של המפקיד דהרשות בידו דמשתעבד מדר"ן. וכן נראה מראב"ד עכ"ל ודייק הש"ך הואיל וסתם משמע אפילו אית ליה נכסים למלוה ומפקיד דאע"ג דל"א מדר"ן רק בדלית ליה נכסי מ"מ בזה אם רצה לפרוע לעולם הרשות בידו דשעבודא עכ"פ עליו. ובאמת המעיין ברשב"א בחדושיו יראה דקאי להדיא על מה דקאמרינן בגמ' מסרו השומר לניזק דאמר משתעבדנא לך מדר"ן מזה הוציאו דינו ושם ע"כ איירי בדלית ליה נכסי דזה הוא כל ראיה שלהם דר"ן לא שייך רק בדלית ליה נכסי הואיל ומשני תחלה בדלית לי' נכסי ואח"כ לא אמרינן אלא ע"ש הרי דמיירי הך דינא בדלית לי' נכסי וע"ז קאמר רשב"א דינו דמצי הנפקד לפרוע ש"מ דאיירי בכה"ג בדלית ליה נכסי וכך הבין הב"י דהוא הקשה על דברי רמב"ן דס"ל אם מסרם הנפקד ליד ב"ח של מפקיד דפטור והקשה הא ה"ל פורע חובו של חבירו שלא מדעתו ונתקשו בו הג"ת וכה"ג למה לא הקשה כן על דברי רשב"א הנ"ל דהעתיקו במחודש ג' ואדרבה בדברי רשב"א נאמר דמותר לכתחילה ואלו בדברי רמב"ן לא נאמר אלא דאם מסרו דאין עליו טענה ולפמ"ש לק"מ דברור דרשב"א אמרי בדלית ליה נכסי כמו שהוכיח מהך דב"ק ושם איירי בלית ליה נכסי וא"כ לק"מ מן פורע חוב דהא משתעבד מדר"ן: אבל הרמב"ן כפי הגי' שהעתיק הב"י הבעה"ת כי הגי' שלפנינו מוטעה כתב וז"ל ואי הלך הנפקד ומסרו ליד המלוה של המפקיד פטור וכו' לפי שאומר למפקיד אלו החזרתי לך היה גובה ממך ומשאר נכסייך וכי ליכא שאר נכסי נמי פטור מדר"ן כדאי' בפרק שור שנגח וכו' עכ"ל הרי דמיירי הן דאית ליה נכסי דיאמר מה נ"מ הא היה גובה מן שאר נכסים והן בדלית ליה נכסי דמשתעבד מדר"ן ובהכי ניחא מה שדייקו הג"ת וכה"ג דרשב"א מתיר לכתחילה למסור והרמב"ן לא אמרו רק אם מסר דרשב"א מיירי בדלית ליה נכסי ומשתעבד מדר"ן אף לכתחילה מותר והרמב"ן מיירי בדאית ליה למפקיד נכסי ולכך לא אמרו רק אם מסרו אבל לא לכתחילה ולכך יפה הקשה הב"י על הרמב"ן הא ה"ל פורע חובו של חבירו שלא מדעתו דהא מיירי בדאית ליה נכסי וא"ש וזה ברור ונכון.

י **דהא אף אם היה מחזירו כו'** הקשו דלקמן בסימן קכ"ה כתבו הטור והמחבר והם מדברי בעה"ת שער נו"ן לוה ששלח מעותיו ביד השליח ליתנם למלוה שלו ועיכבן השליח כי אותו מלוה חייב לו ופסקו אע"פ שהמלוה מודה לו הרי משלח כופה לשליח ליתנם למלוה שכל זמן שלא נתנם לו לא נפטר המשלח מהחוב והוא דאית ליה נכסי אחריני דלא שייך דר"ן וזה מבואר דלא כמ"ש פה דאפילו אית ליה נכסי מצי למתפס שלו עבור מה שחייב לאחריני. ובאמת בבעה"ת הייתי אומר לחלק דבשלמא בידו פקדון של לוה הפקדון כל היכי דאיתא ברשות לוה ומפקיד קאי וא"כ שעבודא של בע"ח של המפקיד עליו כמ"ש הרשב"א דודאי שעבודא מ"מ חל אמטלטלין רק לא סמכה דעתא ולכך לא גבי מיתמי אבל מ"מ שעבודא עליה קאי ומכ"ש כשהן ביד אחרים דיותר אלים שעבודא כמ"ש התוס' בבכורות ובפרק יש נוחלין ועיין מש"ל ס"ס פ"ה. משא"כ כשהוא חייב לאחר והוא חייב לאחר באופן דלא שייך ביה דר"ן א"כ ליכא לאותו ב"ח שעבודא עליו כלל דראוי לא משתעבד כלל ואין לו שום שעבוד על מה שחייב לו ועיין רשב"א סוף קידושין דזולת ר"נ אפילו כתב לו מטלטלין וקרקע דגובה מיתמי דמשתעבדי רק ל"ל קלא מן הלוה אינו גובה דלא משתעבד כלל דה"ל ראוי ע"ש ולכך אין לו יד לפרוע ולכך יכול לתובעו ממנו. אך כן י"ל בבעה"ת ובמחבר אבל בטור א"א לומר כן דהא הוא ס"ל פורע חוב של חבירו שלא מדעתו חייב הוא להחזירן לו וא"כ איך לא נפטר המשלח ממלוה שלו הא יאמר פרעתי לחוב שלך דקמודה בו וחייב אתה לשלם לי. ולכן נראה דיש לדקדק למה לא כתבו דמלוה חוזר על המשלח והמשלח על השליח אלא ברור שאם המשלח מרוצה לכך אין למלוה תביעה עליו הן מכח הנ"ל דהרי יכול לתפוס שלו בשביל ב"ח שלו כמ"ש כאן ומכ"ש לטור דפורע חובו חייב. רק מ"ש הטור דכל זמן שלא נתנם לו לא נפטר המשלח מהחוב הכוונה חובו לא פקע ואם יחזור המלוה עליו יכול לומר לו אתה חייב לי למול זה מה שפרעתי בשבילך וא"כ כל אחד יש לו חוב על חבירו וקי"ל זה גובה וזה גובה ועיין לעיל סי' פ"ה באריכות כמה נ"מ בזה וא"כ זה דנתן לשליח לפרוע למלוה שלו והשליח החזיקו לעצמו עדיין לא נתקיים צווי המשלח וכוונתו דרצונו לצאת ידי חוב נגד המלוה ולא להיות אצלו עבד לוה ועדיין הוא אצלו דקי"ל זה גובה וזה גובה וא"כ הרשות בידו לכוף לשליח להחזיר לו מעותיו דהא לא קיים עדיין רצונו וא"כ המעות עדיין בחזקתו כמקדם כי לא גמר שליחתו ויכול לחזור בו ולומר החזר לי מעותי ומה לי במה שאתה יש לך תביעה בו אני לא משעבד לך דלא שייך דר"ן והמעות עדיין שלי תן לי מעותי להחזרה וזהו שדייק הטור שכל זמן שלא נתנם לו לא נפטר כו' וא"כ עדיין לא נתקיים שליחתו דאלו נפטר הוה מקיים שליחתו

וא"א לחזור משא"כ דלא נפטר א"כ יכול לחזור בו וזהו הכל ברצון המשלח וא"ש ולק"מ. וזהו באמת נראה ברור לדינא והכל נכון. והפרישה תי' דכאן אית ליה נכסים רק הם במד"ה ולכך שייך ביה מדר"ן וזהו דוחק נגד כוונת הב"י ונגד הסמ"ע גופיה דהקשה מן פורע חוב שלא מדעתו והש"ך תי' דלקמן איירי כשנתנו לשליח לא ידע דיש למלוה שלו נכסים והוא ט"ס דאדרבא פשיטא דמשתעבד ליה לכך צ"ל דכאן איירי דלא ידע ואין בזה ממש ולענ"ד נראה כמ"ש:

סימן קו

א **מגבין לו חובו** הג"ת בשער ט"ו הקשה דברי רמב"ם אהדדי דבזה פסק כהרי"ף דנפרעין שלא בפניוואלו בפ"ד מהלכות שכנים פסק בבית ועליה שנפל ושורת הדין דאם אין בעה"ב רוצה לבנות דכופין אותו כו' רק דהוא בעה"ב אינו כאן בזו כתב דבעל עליה בונה כו' וכ' המ"מ אע"ג דס"ל דכופי' לבעל הבית הרמב"ם ס"ל כירושלמי וכי נפרעין מאדם שלא בפניו והיינו דלא כרי"ף ז"ל ועיין בנ"י וב"י דפירשו ג"כ הטעם דרמב"ם דס"ל אין נפרעין מאדם שלא בפניו ותי' הג"ת דשם איירי בע"פ דיש לחוש דלמא פרע ודבר זה דחוק דסתם נאמר ועוד אי יש לחוש לכך אין זה תלוי כלל בדעת רמב"ן ורשב"א כי בזה לא נחלקו מעולם. ובאמת קושיא זו קשה ג"כ על רבינו מחבר דסתם כאן כרי"ף ולקמן סימן קס"ד העתיק דברי רמב"ם. וצ"ל דס"ל כיון דכל הטעם דנפרעין שלא בפניו הוא מכח תקנה שלא יטול אדם מעות חבירו וילך לו למד"ה ושם גבי בית לא שייך כלל דנפילה דבית לא שכיח וגם מהכ"ת ילך למד"ה ויפסיד ביתו ואיכא תקנה דהרי זה בונה ודר בו עד שיתן לו יציאתו ולכך ליכא בזה חשש הנ"ל והעמידו על ד"ת ולק"מ ופשוט:

ב **חובו מיד** הרב ב"י הביא בשם הריב"ש דוקא כשהחוב נעשה במדינה זו ואח"כ הלך הלוה למרחוק בזו יורדין לנכסיו חבל אם המלוה היה עם הלוה במדינה אחרת ושם נעשה הלואה והמלוה שב למדינה זו וביקש לירד לנכסי הלוה אין נפרעין שלא בפניו והרב בית יוסף כתב דמסתימת דברי פוסקים לא משמע כן ואני לא הבנתי דהא הריטב"א במס' כתובות בהך שמעתתא כתב להדיא כן וא"כ יש לריב"ש על מי שיסמוך ומסתבר טעמא דהא הכל היה בשביל תקנה שלא יקח מעותיו וילך לו למד"ה וזהו לא שייך בנידון זו דהיה הלואה במקום ההוא והלוה לא הרחיק נדוד כלל ממקום שהיה בתחילה וא"כ בלא"ה רבים מחברים גאונים קדמונים דפסקו דלא כרי"ף דאין להפרע כלל שלא בפניו וא"כ הבו דלא לוסיף עלה בהך גוונא דלא שייך טעמא תקון עולם ולכן ברור דהדין עם הריב"ש וכן דעת המבי"ט והרש"ך:

ג **לקיים שטר** בתשובת מבי"ט דעתו דאם הלוה מודה שהשטר בלתי מזויף גובה אף ממשעבדי וא"צ קיום ולא חיישינן לקנוניא והש"ך השיג עליו והאמת אתו דכן כתבו הרז"ה והראב"ד ורמב"ן בשמעתא שכ"מ שהקדיש נכסיו ב"ב. דאינו נחמן לגבי לקוחות לקיים שטר דחיישינן לקנוניא. וצריד לומר אע"ג דלא חיישינן לקנוניא אלא בנפל היינו בשטר מעליא דמהכ"ת יגרע כח שטר מעליא אבל בזה ע"ז אנו דנין אם הוא שטר מעליא. אלא דלכאורה קושיא מגמרא דב"מ פרק איזהו נשך דאמרינן להדיא מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו וגובה מנכסים משעובדים והדבר מבואר כמבי"ט והש"ך ביקש לדחות דמיירי דגם לקוחות טוענין ומודים שהוא מקוים דחוק ואין לו פנים בהלכה. וסותרים ג"כ דברי התוס' שם כמ"ש הש"ך גופיה. ועיין באסיפת זקנים דיש רוצים לומר דמיירי מלקוחות שקנו אחרי הודאתו ע"ש. וגם זה דחוק וגם מדברי רש"י ריש ב"מ באחד אדוק בתופס ואחד בתורף דאמרינן כמה שוה שטר שיש בו זמן לשטר שאין בו זמן ופירש"י אבל משום חתימת עדים בטופס הא קי"ל לרשב"ג מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו והאי מודה הוא עכ"ל וקשה מה בכך כמו דיש עילוי בזמן לענין טריפת לקוחות דלענין ב"ח אינו נ"מ בזמן א"כ אף בחתימת עדים יש נ"מ לענין טריפות לקוחות דאף דמודה בשטר שכתבו א"י לגבות מלקוחות דיטענו מזויף משא"כ כשיש עליו עדים וא"כ מוכח דאף ללקוחות כשמודה שכתבו א"צ לקיימו. אמנם נראה דבהכי ניחא הגי' ישנה בב"מ מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו וגובה מנכסים משעובדים ותוס' מחקו גי' זו אבל גי' רש"י ונוסחא עתיקי היא כמ"ש בס' א"ז ע"ש וא"כ חדא בחברתא מישך שייכי דלמ"ד א"צ לקיימו דס"ל דלאו מגו היא וטענה גרועה שבגרועה הוא ולא יתכן עליו מגו וא"כ. איך נטעון כן ללקוחות כיון שהיא כ"כ טענה גרועה שלא שייך עליו מגו אבל למ"ד צריך לקיימו דיש לו מגו ש"מ דהוי טענה מעליא וא"כ אף ללקוחת טענינן ולכך הואיל דס"ל א"צ לקיימו לכך גובה ממשעבדי וא"ש. והתוס' דמחקו גי' זו דהמה הולכים לשיטתן דס"ל אפילו אינו החייב מודה לא טענינן ללקוחת מזויף אבל לא קי"ל כתוס' וקי"ל צריך לקיימו אם כן אף ללקוחת טענינן מזויף ודוק:

סימן קז

א **אין כופין** עיין סמ"ע דכתב לפי מ"ש הטור הטעם דה"ל מצות כיבוד מ"ע שמתן שכרו כתוב בצדו ואין ב"ד שלמטה מוזהרין עליה א"כ לפי מ"ש הרמ"א לעיל סימן צ"ז די"א דאם ירצו ב"ד הרשות בידם לכוף כאן הרשות בידם לכוף אלא דרוב פוסקים לא ס"ל הך דיעה והש"ך השיגו וכתב דרמ"א סמך עצמו אלעיל ולבבי לא ידמה דהנך רבוותא יסברו

דאם ב"ד של ישראל רוצים דרשות בידם להכריח ליתומים לפרוע ממטלטלין דיתמי. דלכאורה קשיא להו מהא דאמרינן כתובות דף פ"ד ע"ב דן דייני כר"ט היינו במטלטלין של יתומים מונחים בר"ה דיתנו לב"ח ואהדר עובדא ונחלקו התם אי ה"ל טועה בדבר משנה או בש"ה ומה טעות יש אם הדיין רצה לכוף ליתומים הרשות בידו והוא כפה ונתן מטלטלין המונחים בר"ה לב"ח. ומה טעות יש בזה. וגם בקרוב דר' יוחנן דביקש לפסוק לטובת ב"ח קרובו כר"ט ואמר מה אעשה שכנגדי חלוק ומה לו ה"ל לטובת קרובו ומבלי להתעלם מבשרו להזדקק לכך ולכוף ליתומים לפרוע ומכ"ש במטלטלין שהם בסימטא וכדומה ואין יד יתומים שולט בהו. וגם קשה מה טורח הגאונים בתקנה חדשה ה"ל לתקן שיהיה ב"ד מזדקקים לכוף דהא רשות בידם וא"כ כתורה יעשו ואין כאן תקנה וכעין קושיא זו הקשה הבעה"ת על ר"ח. מיהו כל קושיות הללו יש לדחותן דודאי אף לשיטות הללו היינו ביתומים בני המת שעליהם מצות עשה המפורשת בתורה כבד אביך וס"ל לתוס' דזהו בכלל כיבוד ולכך ס"ל דהוי מצות עשה של תורה רק מתן שכרו בצדו אבל ביתמי אחי המת או בני אחי המת וכי הני בכלל כבוד מצות עשה בדודם או אחיהם וא"כ יתמי האמורים שם היינו יתמי בכה"ג אחי המת או בני אחיהם והגאונים ג"כ הוצרכו לתקן בכל יתומים בכלל אפילו בכה"ג. אך עם כל זה הדוחק ק' הא דקי"ל כר"ע ואם תפס מטלטלין דיתמי לאחר מיתה מוציאין מיד התופס וזהו כללא בבל יתומים אפילו בני הלוה. וקשה למה. סגי דאין ב"ד מזקקין לכוף יתומים לקיים מצות עשה דאורייתא אבל למה יעשהו בהיפוך איך יזדקקו להוציא מיד מוחזק לבטל מצות עשה דאורייתא ולמספי ליתמי איסורא בשלמא להך דיעה דאין רשות ביד ב"ד להזדקק א"כ מה לעשות בדיני אדם הם מחויבים לעשות משפט ליתומים כמו בשלהם כי בדיני אדם הם של יתומים בהחלט אבל לפי הך דיעה דרשות בידם לכוף וא"כ סגי שמסלקין עצמן אבל איך יסייעו לכוף להמחזיק להחזיר שיבטלו מצות עשה ואי דיתומים צווחין בב"ד הלא רשות ביד ב"ד לכוף. אותם לגמרי. ולכן ברור דהך דיעה ס"ל כרש"י ור"ן ויתר מחברים דאין זה מצוה של תורה כלל רק מדרבנן ומה שהקשו התוס' הא אף במצוה דרבנן כופין מלבד דיש לחלק דאין לדמות מצוה דדבריהם זו לזו ולפעמים אלמהו לתקנתם ופעמים לא אף גם כיון דבשל תורה אין ב"ד מחויבים לכוף א"כ במילתא דרבנן אין להם לכוף כלל ונחית חד דרגא וזו יש לכוון בדברי התוס' ג"כ דמודים לרש"י דהוי מצוה דרבנן רק דקשי' למה לא כופין וע"ז תי' דאין ב"ד מוזהרין אפילו בשל תורה ונחתן בדרבנן שלא לכוף כלל וזהו ברור ופשוט:

ב **לפרוע וכו'** וכתב הטור דאפילו הם מופקדים ביד המלוה או ביד אחרים אין ב"ח גובה מהן מדינא דגמרא וכו' והנה זהו משנה בפ' הכותב דאם היה לו מלוה או פקדון ביד אחרים קי"ל כר"ע דאמר דינתן ליורשים שכולם צריכין שבועה ויורשים א"צ שבועה. והביא הרא"ש בפסקיו ירושלמי הגע עצמך שפטרו משבועה זו תורה וזו אינה תורה וכו' ע"ש ולכך כתב הטור ברמזים וכן סתם בטור דלעולם אינו נוטלים אפילו פטרם משבועה וצ"ע דהרא"ש בפ' יש נוחלים ובפ' יש בכור בפלפול אי כתובות אשה גובה ממלוה אף דהוי ראוי הביא ראיה מר"ע וכתב דאף לר"ע אם פטרו משבועת ב"ח גובה ממה שביד אחרים. והוא דעת התוס' בפרקים הנ"ל ובכתובות דף צ"ב ד"ה ראובן וכו' והדברים סותרים זה את זה וצ"ע. ומה שנראה לי ברב דוחק והוא דגם בירושלמי יש להבין דא"כ אינו תלוין בשבועה כלל למה נקט ר"ע במילתא שבועה והרא"ש כתב לאלומי מילתא מה אילום יש בזה אדרבא הא הדין הוא אפילו בפטרו משבועה ולכן היה נראה דהא הרא"ש פי' דברי ירושלמי דיתומים הם מוחזקים בו והב"ח מחוסר גובייגא ולכך ליורשים יהבינן ולפ"ז לב"ש דס"ל בכל דוכתי דשטר העומד לגבות כגבוי דמי והוה כתפיס כנודע בפ' החולץ גבי נפל הבית דס"ל לב"ש דהב"ח הוה מוחזק כמו היורש ולכך ס"ל יחלוקו דשניהם מוחזקים לא שייך הך סברת ירושלמי וצ"ל הטעם דזה צריך שבועה וידוע דר"ט הוא מתלמידי ב"ש וס"ל סברת ב"ש כמ"ש רש"י בפ"ק דיבמות וכמ"ש בפ"ק דברכות הטיתי לקרות כדברי ב"ש וא"כ ר"ע לדברי ר"ט קאמר דס"ל לר' טרפון יתן לכושל בהם וקאמר ר"ע לא זו למאן דלא ס"ל כב"ש בלא"ה ינתן ליורשים כסברת הירושלמי דהב"ח מחוסר גובייגא אלא אפילו לדידך דס"ל כב"ש דשטר עומד לגבות כגבוי דמי וא"כ אף הב"ח מוחזק כמו יורש מ"מ ינתן ליתומים דצריכין שבועה הב"ח ויתומים א"צ שבועה וזהו כוונת הרא"ש לאלומי קאמר ר"ע רצה לומר אפילו לר"ט דס"ל כב"ש ע"מ זה צריך שבועה וזה אין צריך שבועה (ובפרט לפי דעת רש"י ב"מ דף ל"ז ע"ב נפל הבית עליו ועל אמו דקאמר ר"ע מודה אני בזה שהנכסין בחזקתן ופירש"י דס"ל בשאר נפילות כב"ש ועיין א"ז שפירש בשם הרא"ש דבהא ס"ל כב"ש אף דהיה מתלמידי ב"ה וא"כ אף ר"ע ס"ל כגבוי דמי וא"כ הוצרך לומר טעמא דשבועה אבל לפי דקי"ל להלכה כב"ה א"צ לטעם השבועה וא"ש) וא"כ הרא"ש בפ' י"נ ובכורות כך קאמר לר"ע לשיטת ר"ט כל הטעם משום שבועה הא ליכא שבועה גובה ממלוה אף דה"ל ראוי וש"מ דמלוה לגבי ב"ח לא קרוי ראוי א"כ אף לדידן כן דאף דקי"ל דאינו נוטל אפילו בפטרו הוא מטעם אחר דלא הוי כגבוי אבל מ"מ מדר"ט נשמע לדידן והא דכגבוי דמי אין ענין לראוי דהגע עצמך לב"ש וכי בכו' נוטל ממלוה אלא ע"כ דהך כגבוי דמי וראוי תרי מילתא הן א"כ

שפיר נשמע מן ר"ט לדידן. דר"ע לא נצח מילתא דר"ט רק מטעם שבועה ולא מטעם ראוי ודוק. כי לענ"ד נראה נכון. אף כי קשה דלא ה"ל לרא"ש לסתום כל האי מ"מ הדבר מוכרח בעצמו והן דברים ראוים בעצמותן:

ג **אבל הגאונים תקנו וכו'** כתב הסמ"ע בשם הרמב"ם במערב כותבין בשטר מטלטלין וקרקע וא"כ גובין מן מטלטלי יתומים מהדין בשביל תנאי עכ"ל הרי היכי דכתב מטלטלין וקרקע ולא אגב גובה מיתומים מהדין אף דמלקוחת אינו גובה מהדין רק דכתב אגב מיתומים גובה וכ"כ המ"מ בשם רשב"א וכן הוא בתשובותיו אלף תתק י"ד וכן הוא בחדושיו סוף מס' קדושין מראיה מעשה שורו אפותקי מכרו אין ב"ח גובה דלית ליה קלא הא לגבי יתומים דלא בעינן קלא בכתיבה לחוד גובה דמה צורך ליתומים לקלא. וכ"כ הרא"ש כתובות פרק מציאת אשה בשם ר"ת שכותבין מטלטלין וקרקע לגבות מיתומים ואהני דלא נכתב אגב שלא לגבות מלקוחת עכ"ל. וכ"כ המרדכי בפרק הנערה וכמעט שלא מצינו חולק איברא התוס' בפ"ק דב"ק דף י"ב ד"ה כגון וכו' כתבו דאע"פ דקלא גבי יתומים לא מעלה ולא מוריד מ"מ הואיל דגבי מלקוחת גבי נמי מיתמי מידי דהוה מלוה בשטר למ"ד שעבודא לאו דאורייתא דגובה מיתמי הואיל וגובה מלקוחת אף דלגבי יתומים אין הבדל בין שטר לבע"פ. ומזה נראה דבלי אגב לא גבי מיתמי דהא לא גבי מלקוחת דהא אפילו אפותקי לולי דהיה גובה מלקוחת לא היה גובה מיתמי לדעתם ומה שקשה כי הרא"ש גופיה כתב כן בב"ק להדיא דלכך בעשה עבדו אפותקי גובה מיתומים הואיל וגובה מלקוחת ולא רצו חז"ל ליפות כח יתומים מלקוחת הרי מבואר דמטלטלין וקרקע בלי אגב לא גבה מלקוחת א"כ אף מיתומים אינו גובה והרא"ש גופיה ס"ל בפרק מציאת כרבינו תם וצ"ע:

ובאמת לכאורה מוכח מזה כדעת בעל כה"ג דצריך לכתוב בחיים ובמות דאל"ה מ"מ לא גבי מיתומים וא"כ שם לא איירי דכתב כן ולכך הוצרך הטעם הואיל יגבה מלקוחת אלא דמלבד דטעמא שנתן הרא"ש לא יתכן לדבר זה דתלי הכל הואיל וגובה מלקוחת אף גם א"כ ר"ת דנתן טעם כמ"ש התוס' והרא"ש בשמו דלכך גובין הואיל וכותבין מטלטלין וקרקע איך השמיט העיקר והניח הטפל דהא העיקר תלוי לדעת הכה"ג בכתיבה הלזה בחיים ובמות וכן הרשב"א לא הזכיר זה הנוסחא כלל ואפילו נימא דבעינן כך היינו לגבי כתובה די"ל דכתב מטלטלין משום בחיים דאף בחיים לא גבה ממטלטלין אבל מיתומים לא חל תנאו ולכך צריך לכתוב בחיים ובמות אבל בשט"ח דבלא"ה מיניה אפילו מגלימא כו' א"כ הא דרשינן לשון שטר וכל לישנא דיפוי כנודע א"כ סתמא בכתיבת מטלטלין נתכוון ליתומים. אבל האמת נראה דגם לענין כתובה אין צריך כי הרמב"ם בהל' אישות

כתב שנהגו לכתוב מטלטלין וקרקע לגבות מטלטלין ולא הזכיר מילת בחיים ובמות כלל ובנוסח כתובה שהביא בהל' יבום פ"ד העתיק בחיים ובמות ולעומת זה העתיק אגב נמי ובזו ודאי דא"צ בחיים כו' וכן כתב מהרי"ל סי' ע"ד בשם ריר"ז טעם דכותבין כדי לגבות מן ראוי הרי דסבירא ליה כדי לגבות מטלטלין דיתמי א"צ זה וזהו ראיה שאין עליו תשובה. עכ"פ הנ"ל קשה וצריך לדחוק כי אמת הך סברא תלוי אי שעבודא תורה או לא דלמאן דאמר ש"ד א"כ אף מטלטלין מהראוי לגבות דחל עליהן שעבודא כמ"ש הרשב"א סוף קידושין רק לא סמכה דעתו כמ"ש הרשב"א ובכתיבת מטלטלין וקרקע הרי סמכה דעתו וגובה אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא ואם כן מה בכך ששיעבדם וסמכה דעתו עליהן מ"מ נכסי יורשים לא נשתעבדו רק מכח תקנה א"כ הם שוין כדין לקוחת וכל היכי דגובים מלקוחת גובים מן יורשים וכל היכי דלא גבי מלקוחת א"כ בלא"ה ליכא תקנה וחשש נעילת דלת דהא בלא"ה יכול למוכרן כל שעה א"כ אוקמי אדינא ולא גבי כלל וזה ברור ונכון וישר בסברא א"כ י"ל הך מילתא דתוס' וראש בפ"ק דב"ק אליבא דר' נחמן נאמר כמבואר שם בגמרא א"ר נחמן אפילו מיתמי וכו' א"ל ר"נ זילו אהדרי' ואלו ר' נחמן ס"ל גיטין דף נו"ן שט"ח על יתומים אע"פ שכתב בהן שבח אין לו אלא זיבורית והעלו התוס' בד"ה כיון דר"נ ס"ל שעבודא לאו דאורייתא. וא"כ יפה כתבו לשיטתו דתלי הכל אי גובה מן לקוחת אבל לפי פסק הלכה דקיימא לן שעבודא דאורייתא לא תליה בלקוחת כלל וכדכתב מטלטלין וקרקע גובה מיתמי ועכ"פ יהיה איך שיהיה הך דינא נראה להלכה כיון דרמב"ם ור"ת וראש"ש בכתובות ורשב"א וטור מסכימים:

ד **תקנו** כתב הסמ"ע דלפי מ"ש הטור לקמן סימן תי"ט דעכשיו גובין מדינא מטלטלי דיתמי דכל עסקינו במו"מ והוי כמו גמלא דערבא דאמרי' בגמרא דכתובות דאשה גובה כתובתה א"כ אף בזו א"צ תו לתקנת הגאונים כלל ולדבריו יש כאן סתירה בדברי הרא"ש וטור בנו דהרא"ש בפ"ק דב"ק כ' הך דינא שכתב הטור בסימן תי"ט דמדינא גובין מטלטלין דה"ל כמו גמלא דערבא ואלו בפ' מציאת אשה כ' בשם ר"ת דיש פוסקין דלדידן דעיקר מו"מ במטלטלין דהוי כמו גמלא דערבי ולא נהירא לר"ת דא"כ אף אם מכרו יגבה הימנו ובטלת תקנת השוק ואר"ת דנהגו לכתוב וכו' והדברים סותרים וכב' עמד עליו הבית שמואל בא"ע סימן ק' והניחו בצ"ע וכן דברי הטור דבסימן זה כתב דכל הטעם דגובין ממטלטלין מטעם תקנת הגאונים ואלי בסימן תי"ט כתב דהוי מדינא ולכן נראה דיש להבין מה זה ראיה של התוס' דא"כ יגבה אף ממה שמכר ובטלת תקנת השוק ומה בכך וכיון שהדין נותן שמשתעבדי שסמך דעת המלוה עליו וכי בשביל תקנת הלוקחים נבטל זכותו ואם תעשה תקנה הרי מ"מ לגבי יתומים דליכא תקנה הדין

במקומו והוא הדבר הנרצה וצ"ל דמה בכך דמ"מ במטלטלין סמכה דעתו חדא הלוה אין דעתו להשתעבד כי אם ישתעבד לעולם לא יוכל למכור שוה מטלטלין כמ"ש התוס' ובטלה תקנת השוק וא"כ מתחילה אין רצונו להשתעבד כדי שלא יהיה ידיו אסורים לשלוט במטלטלין שלו ואנן סהדי אדעתא דהכי לא לוה וא"כ אין שעבוד לחצאין לומר דלזה שעבדו ולזה לא שעבדו והוי כאלו התנה שלא יחול על מטלטלין וזהו כוונת דבריהם בטלת תקנת השוק וא"כ מתחלה לא ע"ת זה לוה שישתעבדו לו וכמו כן נימא עוד אלו היה דעתו של מלוה היה לו לכתוב מטלטלין וקרקע או אגב ומדלא כתב אנן חוששין לתקנת השוק ונימא דלא על זה סמכה דעתו דהא מדין לא משעבדי רק דנימא דסמכה דעתו ואדרבא הא חזינן דלא סמכה דעתו דלא כתב כן בשטרא ומי היה מעכב ורגלים וידים מוכחת דלא סמכה וא"ש דחששו לתקנת שוק ולא חששו לתקנת המלוה דאפסיד אנפשיה דלמה לא כתב בפי' מטלטלין וקרקע ומניעת ככתיבה ראי' דלא סמכה דעתו עליהן וא"ש ולכך אין זה דומה לגמלי דערבא כי שם הלוה מרוצה בכך כיון שאינו על כל מטלטלין וגם הוא לא ביקש לכתוב מטלטלין דלא רצה לשעבד כל מטלטלין שלו ולכתוב מין פרטי בכתוב' אינו מנוסח כתוב' וזהו לא שמענו וגם אפשר שם היה במקום שאין כותבין כתובה ומה היה לה לכתוב. וא"כ לפ"ז דלכך לא דמי משני טעמים דהמלוה היה לו לכתוב וגם אנן סהדי דהלוה לא התרצה לשעבד ולא ע"ת זה לוה שלא יהיה ידיו אסורות בכל אשר לו וב' טעמים הללו לא שייך בניזק דאין כאן כתיבה דנימא דהניזק היה לו לכתוב וגם לא תלי' בכוונת המזיק כלל אם משעבד זה או זה ולא שייך כאלו התנה דשעבודא דמזיק ממילא ומלוה הכתובה בתורה וא"כ פשיטא דדמי לגמלי דערבא וגובה מדינא וצדקו דברי הרא"ש בניזק ס"ל מדינא ובב"ח וכתובה ס"ל מתקנת הגאונים ודוק:

ובדרך זה אפשר לומר ולייישב דברי הרא"ש הנ"ל בס"ק שלפני זה והוא די"ל דס"ל להרא"ש כתיבת מטלטלין וקרקע אם לא כתב אגב לא מועיל ולא משוי שעבוד רק ה"מ בזמן הגמראאבל עכשיו הא סמכה דעתו כמו גמלי דערבא רק אנו אומרים הואיל ולא כתב גליא לדעתי' דלא סמכה דעתו אבל בדכתב חזר הדין דשוה לגמלי ערבי ולכך גובה וא"כ הך דב"ק כתב הרא"ש לזמן הגמ' והך בפ' מציאת אשה כתב לדידן דרוב מו"מ במטלטלין ובדכתב הרי הוי כמו גמלי דערבא וא"ש ובזו יובנו דברי תוס' בכור' דף נ"ב שכתבו דר"ת כתב תקנת הגאונים דאורייתא וכו' ויש להבין למה דאורייתא ואי משום דעכשיו כל מו"מ במטלטלין אדרבא הא התוס' והרא"ש כתבו בשם ר"ת להיפוך דס"ל דלא דמי לגמלא דערבא וכמ"ש לעיל בשמו ואיך כתבו שם בשמו דס"ל דאורייתא

ואי דכוונתו שנהגו לכתוב מטלטלין וקרקע כמ"ש הרא"ש בשמו וכנ"ל מה ענין זה לגאונים אבל לפי הנ"ל דהגאונים תקנו הואיל ומו"מ במטלטלין שיהיה מועיל כתיבה וזהו כוונתו דאורייתא הואיל וכותבין כך וזהו הכל בזמן הזה ודוק. והש"ך כתב בס"ק ב' דהרא"ש כתב בפ' האשה שנפלו דהאידנא חזרו מטלטלין כקרקעות מדינא דש"ס ולא נמצא כן ברא"ש רק כתב לאחר תקנת גאונים שוה מטלטלין לקרקע אבל לא מדינא דש"ס. ודע כי יש הבדל לדינא לדידן בין היכי דנוטל מטלטלין מדינא או רק מתקנת גאונים כי הרשב"א כתב בתשובה תתקי"ד אף לדעת ר"ה גאון דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר מ"מ לגבי מטלטלין דיתמי דיש למלוה בשטר שעבוד מטלטלין בשטרי הוא קודם לגבות ממלוה ע"פ דזה נוטל מדינא וזהו נוטל מכח תקנה ואתי' דינא דגמרא ודחי תקנתא וכן מצאתי בשערי שבועות להרי"ף ז"ל שער ב' דין י"ג בחיי הלוה שבאים ב"ח וכתובת אשה לגבות מן מטלטלין כתב ב"ח קודם שזה גובה מדינא דגמרא ממטלטלין וזהו רק מכח תקנה דמטלטלין אפילו בחיים לא נשתעבדו לכתובה. וכ"כ המרדכי בפ' הכותב בשם ראבי"ה במשפטי כתובה אשר לו דלב"ח יהבינן הואיל וגובה מדינא דגמרא ודחי לתקנתא דגאונים וכן כתב המבי"ט בשם ס' צרור הכסף וא"כ אין בו פקפוק:

ה **מהיורשים** ואם נתנו במתנת ש"מ יש מחלוקת רבוותא כי דעת התוספ' כתוב' דף מ"ט ע"ב ד"ה הוא ואשתו דגובה ב"ח וכתב כ"ש אם גובה מיורשים דאורייתא מכ"ש מתנת ש"מ שאינו אלא דרבנן וכ"כ הרא"ש בקדושין פ' האומר דב"ח גובה מטלטלין שנתן במתנת ש"מ וכוונתו בתר תקנת הגאונים. וכ"כ בעה"ת שער ס"א ח"א ד"ה בשם הר"י הלוי ז"ל ע"ש וכן במרדכי פרק הנערה הביא דעת רבי' דסברי היכי ע"ש. וכן משמע דעת המחבר בא"ע סי"ק דבתר דכתב תקנת גאונים כתב אבל אם מכרם הבעל או נתנם במתנת ברי אינו גובה הרי דדייק מתנת בריא הא מתנת ש"מ גובה ולעומת זה הביא המרדכי הנ"ל דעת רבינו שמואל דכתב לגבי מתנת ש"מ לא תקנו והעמידו על ד"ת ואמת כי מהרא"י בפסקיו סימן פ"ו כתב רבינו שמואל יחיד בדבר הזה. אבל לא ראה דברי הנ"י בפ' יש נוחלין בשמעת' אלמנתו ניזונת מנכסיו דכתב דהסכימו הר"י ורשב"א וריטב"א דלא תקנו הגאונים דמטלטלין דמתנת שכיב מרע ישתעבד לב"ח ובהגהת גליון הרי"ף דפוס אמשטרד"ם נדפס וכך כתב הרא"ש וכוונתו רבינו שמואל במרדכי הנ"ל ומצוי הוא בנ"י שכתב על רשב"ם רא"ש דוק ותשכח. וכן משמע בטור סימן רנ"ג אות טו"ב שכתב ש"מ שאמר תנו ר' לפלוני כו' יצא עליהם שט"ח כל אחד גובה לפי חלקו וכו' ומיירי שנתן להם קרקע או שגבו קרקע דאלו גבו מטלטלין לא משתעבדי לבעל

חוב וכתב הב"י זהו לדינא דש"ס דהא בתר תקנת גאונים דין אחד למטלטלין וקרקע. וכבר תמה הפרישה דיסתום הטור הדין מה דלא קאי לדידן ויתן מכשול להוגים בו ועיין שם שביקש לתרץ ולא הועיל אלא ברור שדעתו כדעת הנ"ל דלגבי מתנ' ש"מ לא תקנו הגאונים ואפשר דס"ל הרא"ש לא ס"ל להלכה או אולי ידע דבתשובה חזר בו ולא הוי כחולק על אביו: וכן הרמ"א בא"ע סימן צ"ג ס"ב הביא דעת רבינו שמואל במרדכי הנ"ל והב"ש כתב שהוא נגד תוס' ורא"ש ולא עיין ובדק כי יש לו עוזרים רבותינו הנ"ל הר"י ורשב"א וריטב"א ונ"י והטור. ולכן ברור דהוא ספיקא דדינא ונר' דאפי' כ' לבניו ואע"ג דבסימ' ק' בא"ע מבואר בכותב לבניו לא מהני היינו לגבי אשה דהפקיעו חכמים מכח התקנה באושא כמבואר בפ' נערה הנ"ל אבל לגבי שאר ב"ח לא מצינו דהפקיעו חז"ל המתנה ואין לנו לדמות תקנה לתקנה ולכן בב"ח אין לחלק אם לא בנראה לב"ד שכוונתו היה רק לערמה ולתחבול' להפקיע החוב בזה כח ב"ד יפה לבטל ערמתו והוא עשה שלא כהוגן וכו' ויש בו תקון עולם. דלגבי בניו דינו כמו בכתובה:

ו **יש מי שאומר** שגובה מדמי' וכתב הסמ"ע דבמטלטלין שמכר לכ"ע אינו גובה ובש"ך כתב דאף בזה דעת ר"ה גאון דגובי' מדמי' ולא מצאתי דבר בר"ה שכל דבריו במכרו נכסי' מועטים והם מקרקעי וא"כ ס"ל המעות שקבלו ה"ל כמו מטלטלין שהניח אביהם וא"כ לתקנת הגאונים גובה אבל במכרו מטלטלין הוי תקנתא לתקנתא כולי האי לא אמרינן ומהכ"ת לעשות פלוגתא רחוקה כולי האי ופשוט ואמת כי בטור משמע כהש"ך לדעת ר"ה גאון אבל באמת אין נראה כן בדברי ר' האי ולא אמרו ר"ה רק בנכסי שהם מקרקעי:

ז **וי"א שאינו גובה** עי' אורי' ונראה דאם הדמים ביד לוקח עדיין דיכול הב"ח לעכב דהר"ן מפר' בכתוב' על הך ירושלמי באלמנה שמכרה וכותבת סתם דאם בא מלוה בעדים תאמר למזונות מכרתי ובשטר לכתוב' מכרתי ופירש הר"ן דהדמים עדיין ביד לוקח והמלוה בא להוציאן ומדלא פירש שהדמים כבר ביד אשה ומלוה בשטר טוען הזקת שעבודי ש"מ דס"ל דלא מצי מפיק מאשה ומ"מ קאמר כשהדמים ביד לוקח דיש להב"ח טענה עליהם וש"מ דלא הם בחזקת המוכר וכן מסתבר:

ח **שאינו גובה** עיין אורים שכתבתי מ"ש הסמ"ע לחלק בין יורש שמכר דעת הטור דלא מיקרי מזיק ובין ב"ח מאוחר דזהו ודאי לדעת הטור מזיק ולכך חייב לשלם ונכון בסברא והש"ך דוחה סברא זו בשתי ידים וביקש לומר דהטור לעיל בסימן ק"ד חולק אדעת אביו הרא"ש דס"ל דלא הוי מזיק שעבודו. ואני תמהני דמה יאמר בסתירת הרמב"ן דכתב בחדושיו לב"ב בשמעתא דיתומים שמכרו קרקע בנכסים מעוטים דאין על יתומים כלום ולא מיקרי מזיק שעבודא וכ"כ הרי"ו בשמו ובשם הרשב"א הביאו הב"י בסימן ק"ח

יתומים שמכרו קרקע ויש על אביהן מלוה ע"פ אינו גובה מהדמים ובבעה"ת שער מ"ג ח"ד דין ט"ז כתב להדיא בשם הרמב"ן דאם מכר מטלטלין המשועבדים לב"ח מוקדם ומכרן ב"ח מאוחר לגוי ה"ל מזיק שעבודו וחייב לשלם. וכ"כ הב"י לעיל ס"ס ק"ד בשם תשובת הרשב"א וא"כ קשי' אהדדי ועכצ"ל לחלק בין יורש שמכר דשלו מוכר ולא מיקרי מזיק ובב"ח מאוחר שמכר דהואיל דאינו שלו כלל מיקרי מזיק וברור: והנה בתשובת פני משה סימן ע"ו עלה ברוח חכם אחד לחלק אם כבר הגיע זמן פרעון של ב"ח ההוא ומכרן חייב משא"כ בלא הגיע זמן פרעון והרב בעל פ"מ דחה סברא זו בדחיה גמורה ונראה לפי דעת האומר לעיל בסימן ק"ג ס"ו דלאחר זמן פרעון יכול למכור בלי רשות לוה והב"ד ונתן בבעה"ת טעם דכי אמר רבא מכאן ולהבא גובה דאם מכר לאו כלום היינו קודם זמן פרעון אבל לאחר זמן פרעון יכול למכור א"כ הרא"ש דהשיג אמאן דס"ל דהוי מזיק ונתן טעם דהא שלהם מכרו דקי"ל ב"ח מכאן ולהבא גובה א"כ לפ"ז להך דיעה אם עבר זמן פרעון תו לא שייך מכאן ולהבא גובה דהרי הוא של ב"ח ויכול למכרו בלי רשות א"כ פשיטא דהוי מזיק וליתא לטעמו של הרא"ש. ולכן יש להרב ההוא פנים בהלכה להך שיטה:

אך הא קשיא לטור דלעיל בסימן ק"ד הביא תשובת הראב"ד בלי חולק ראובן שלוה ע"פ ומת ולוה חנוך בנו בשטר ופסק דמלוה בשטר על חנוך בנו קודם למלוה ע"פ על ראובן ומ"מ חנוך חייב לשלם לב"ח של ראובן דהוי מזיק שעבודו של חבירו ולכן נראה אף דמתחילה כלל הטור מלוה ע"פ ומלוה בשטר ומכרו לנכרים בחד כללא היינו לענין הדמים אי נחשבו כזוזי דיתמי או כמטלטלין דשבק מיתנא אבל בנדון הזה דלהוי מזיק שעבודי לא אמרו הטור רק במכרו לגוי דהרי שעבודא קיים רק ארי' דרביע עלי' בזה דעת הרא"ש דלא הוי מזיק שעבודא כיון דלא קלקל בגוף הקרקע ועתידן בעל זרוע ליפול ועיין לקמן סימן קי"א ס"ב וסעיף י"ג בגזלן אנס דלא הוי כמו נתקלקלו דעתידים בעלי זרוע ליפול. וזהו במה שדיבר בו הרא"ש אבל מלוה ע"פ והוא מכר קרקע שאין למלוה זכות בדין ישראל על הלוקח ההוא או בהך עובדא דראב"ד שלוה בשטר דהרי כמכרו ויד המלוה בע"פ מסולק הימנו הרי זה דומה בבירור להעושה עבדו אפותקי ושחררו דחייב לשלם משום מזיק ומה לי שחררו או מכרו באופן דפקע שעבודו והיא היא ולא יחלוק הרא"ש והטור אגמרא שלימה במס' גיטין דמ"ש משחרור ואדרבא הראב"ד פסק לעיל דחייב במזיק שעבודו של חבירו ואלו בהל' חובל ומזיק פ"ו כתב בהשגתו עבד שעשהו אפותקי ושחררו דפטור ולא חייב הואיל בדנפשי' קעביד ודוחק לומר תרי ראב"ד נינהו או חזר בו ולכן נראה דס"ל לראב"ד למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפילו בעשה אפותקי

כמ"ש רוב מחברים דמ"ש וס"ל כמ"ש הנ"י דלכך קי"ל לגבי שעבוד עבדא כמטלטלין דמי משום דעבדי דניידי ולא סמכ' דעת' ודאי ה"ל שעבודא דרבנן ובדרבנן כמטלטלין דמי. וא"כ א"ש דבשלמא במלוה דה"ל שעבודא דאורייתא על קרקעות לכך בהפקיעו השעבוד חייב משא"כ בשעבוד שיש לו על העבד אין שעבוד ד"ת דלגבי העבד הוי ודאי שעבוד דרבנן ובזו לא אלי' הזיקן ולכך ס"ל לראב"ד דהלכ' כרבנן דפטור ודוק עכ"פ אלים בכזה יותר ממשחר' ומהכ"ת יסבור הרא"ש במשחרר חייב ובזה פטור אלא ברור כמ"ש ובכה"ג האריך בזה דלא משמע כן ולענ"ד הדבר ברור כמ"ש. ובנכסי' מעוטי' שכתב הרמ"א בא"ע סי' קי"ב דג"כ פטורים שם הוי מילתא דרבנן וכמ"ש סאחרונים בכלל. ואני הבאתי ראיה דחייבי' לשלם במכרו מתוך דברי התוס' בפ' אלמנה צ"ו ע"ב ד"ה ור"י דהקשו איך תמכור האלמנה סתם ואח"כ תבוא על לקוח' ותטעון למזונ' מכרתי ותהיה תובע' כתובה מלקוח' הא הוי אונאה דשקר הוא ע"ש וקשה מה קושי' דלמא באמת לא תתבע בשקר רק אם תכתוב לכתוב' אולי מה שנשאר ב"ח למזונות יבאו יתומים וימכרו ומה תהיו יכולה לעשות מן לקוחת לא תוכל לטרוף דמזונות לא טרפי משעבדי ויתומים ג"כ לא יפרעו משא"כ בכותבת סתם הרי היא בטוח דמי פתי יקח מן יתומים אולי תערים ותאמר למזונות מכרתי ותגבה כתובה מן לקוחת. והרי היא עצה טובה למאוד לאלמנה לשמרה מנזק ואין מקום לקושי' התוס' ועכצ"ל דיתמי חייבים לשלם וא"כ בלא"ה אין חשש דימכרו יתומים וא"כ אין צורך עצה זו בשביל הנ"ל ודוק:

ט **האידנא כו'** ובטור מחלק בין תפס מחיי' ובין תפס לאחר מיתה ותמהו המפורשי' הא לדידן בתר תקנת הגאונים לא נ"מ בזה והב"ח דחק ולפמש"ל דדעת הטור דבמתנת ש"מ לא תקנו הגאונים א"כ נ"מ בנתן נכסיו במתנת ש"מ אי תפס מחיים או לאחר מיתה. וגם לפי מה שהעליתי לעי' דאם נכתב לאחד מטלטלין וקרקע ולאחד לא נכתב לזה יהבינן דנכתב לו דגובה מדינא דש"ס אך ה"מ אם השני תופס לאחר מיתה א"כ זולת תקנת הגאונים לית ליה והשני נוטל מדינ' דש"ס משא"כ בתפס מחיי' אף הוא גובה מדינא דש"ס וזכה בו:

י **משלהם** עיין אורים והטור מחלק במטלטלין שהניח אביהם בין אמרו בפי' בשביל קרקע או לא. ותמהו הא לדידן אין נ"מ ונראה דמיירי דיש כאן חובות רבות ובמטלטלין אין דין קדימה ובמה שאין בו דין קדימה אם נתנו יתומים לאחד מב"ח הרי זה זוכה בו ועל הקרקע יש לו דין קדימה וא"כ אם נתנו סתם יאמר סתם לפרעון קבלתי ואף ששורת הדין היה לחלוק מ"מ כיון שנתתם סתם זכיתי בהן והקרקע אני טורף כי אני מוקדם מה

שאין כן באמרו בפירוש חלף קרקע יש לקרקע כל דין מטלטלין וכל בעלי חובות שוים בו ויחלוקו כמו שהיו חולקים במטלטלין:

סימן קח

א **שמי שנתחייב כו'** הש"ך בס"ק ד' תמה על המחבר ויפה תמה אך לא מטעמי' כי ז"ל המרדכי סוף ב"ב בשם רבינו גרשון מאור הגולה מי שנתחייב בב"ד מחמת מלשינות ומת אפילו למ"ד מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים הכא כיוי דעמד בדין הלא אית ליה עכ"ל ופי' הש"ך אפילו למ"ד היינו רב ושמואל דאמרי בש"ס מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים ומ"מ הואיל ועמד בדין מודים וא"כ כיון דכבר איפסקא הלכתא בש"ס דלא כרב ושמואל א"כ תו ליכא לחלק בין עמד לנא עמד ובאמת קשה לפרש דיהיה כוונתו של רבינו גרשון למ"ד רב ושמואל דמה נ"מ בזה כיון דכבר איפסקא בש"ס הלכתא להדיא דלא כוותייהו ואין זה מדרך הפוסקים כלל לומר הלכתא למ"ד בש"ס דלא איפסק' הלכתא כוותי'. ולכן נראה ברור כוונתי לשיטת המחברים דנחלקו לפי דקי"ל מלוה ע"פ גובה מיורשים אי שורת הדין דגובה דקי"ל שעבודא דאורייתא או שורת הדין דאין גובה מיורשים דקי"ל שעבודא לאו דאורייתא רק מפני תקון ונעיל' דלת בפני הלוין שימנעו להלות תקנו חז"ל שיגבה מיורשים וזהו מחלוקת גדול בין מחברים קדמונים ואחרונים ז"ל כמש"ל הש"ך בסימן ל"ט ועיין מ"ש שם בתומים. וא"כ הנ"מ לענין מלשינות הנ"ל דאם מהדין אין לגבות מיורשים רק מחמת נעילת דלת הלוים וזהו לא שייך במסור ומלשין מה נעילת דלת שייך כאן וכי מרצונו נעשה זאת או נחשדו ישראל למוסרים וח"ו דיהיה שכיח ומהכ"ת לחדש בו תקנה מה דלא מצינו בש"ס אבל אם מדינא משתעבד פשיטא אף במוסר כן וזהו כוונת ר"ג אפילו למ"ד מלוה ע"פ אינו גובה היינו משורת הדין רק מכח תקנת לוי' מ"מ אם עמד בדין חייב דכבר חל עליו חובת ממון וכדמשני הגמ' להדיא סוף ב"ב למ"ד שעבודא לאו דאורייתא דבעמד בדין לכ"ע חייב. אך מ"מ קשה קושי' הש"ך כיון דהש"ע פסק לעיל סי' ק"ד דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ש"מ דס"ל שעבודא תורה א"כ אפילו לא עמד בדין נמי מיהו קושי' זו היה מקום לישבו כאשר נבאר בישוב רמ"א רק הא קשיא דלקמן סי' שפ"ח ס"ב הביא מחבר דיורשים חייבים במלשין ולא מצריך דוקא עמד בדין והרמ"א הוא דהגיה לחלק בין עמד ללא עמד וא"כ קשיא דברי מחבר אהדדי ולכן צריך לומר כמ"ש הש"ך משום סיפא נקט לרבותא דבקנס אפילו עמד בדין לא קנסו בנו אחריו ולא אמרינן כבר נתחייבו נכסים ויותר נראה כי ודאי יש לחלק אם יש כאן קרקעות שהניח פשיטא דגובה למה דקי"ל

ש"ד אבל בהניח מטלטלין וא"כ בזו מדינא דש"ס לא משעבדי ולא גובה כלל רק מתקנת הגאונים א"כ בזו ודאי שעבודא לאו דאורייתא ולא עדיף תקנת גאונים מתקנת הש"ס למ"ד שעבודא ל"ד ומ"מ גובה מיורשים וס"ל לר"ג דבמלשין לא תקנו א"כ כ"ש אם אין מקום לגבות רק ממטלטלין דיתמי וזה ברור ולכך כאן מילתא דפסיקא נקט דבעמד בדין לעולם חייב משא"כ בלא עמד י"ל בין קרקעות למטלטלין. ואם לא נתכוון לו הש"ע מ"מ לדינא החילוק זה ברור ונכון בלי פקפוק איברא ברמ"א יש לדקדק דמחלק לקמן סי' שפ"ח ס"ב גבי מסור בין עמד בדין ללא עמד ול"ל דס"ל דיני מסור דינו הוא דא"כ לפי דקי"ל ש"ד מה הבדל יש בין עמד ועכצ"ל כמ"ש הש"ך דס"ל קנסא ולא קנסו בנו אחריו אבל בעמד בדין ס"ל נתחייבו נכסי' וא"כ למה לא הגיה כאן במה שסיים המחבר דבקנס לא קנסו בנו אפילו עמד בדין ה"ל להגיה די"ח ומ"ש הש"ך דכאן איירי בקנס שקנסהו יותר מכפי שהזיק ולכ"ע לא מהני עמד בדין. ודבריו דחוקי' דמ"ש אם ע"י עמד בדין נתחייבו נכסי' ותו לא שייך לא קנסו בנו א"כ אפילו קנס יותר מכדי שהזיק דעכ"פ נתחייבו הנכסי' ע"י פסק ב"ד ואי לא אמרינן כן א"כ אף בקנס בכדי שהזיק נימא כן ולכן נראה דמודה רמ"א בקנס לא מועיל עמד בדין רק רוב פוסקים ס"ל מסור דינא ומיעוט פוסקים ס"ל קנסא ולכך ס"ל לרמ"א דאין למוחזק לומר קים ליה דהוי קנסא דהוא נגד רוב בנין ומנין מפוסקים אך ה"מ כשעמד בדין אבל לא עמד בדין הא הרבה מרבוותא דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וא"כ בלא"ה אינו גובה מיורשים כהנ"ל כדעת המרדכי רק ג"כ רוב מחברים ס"ל שעבודא דאורייתא ע"כ הרמ"א לא הגיה לעיל בסי' ק"ד דאין מלוה ע"פ מוקדם קודם בגבי' אבל בזה בהצטרף הנך סברת דרבוותא יחד די"א דשעבודא ל"ד ויש אומרים מסור קנסא ויכול לטעון קים ליה כרבוותא אף דהוי תרי טעמא כמש"ל בכללי קים ליה וכ"כ כל המחברים וא"כ פשיטא דיטענו יורשים קים ליה ולכך לענין מסור בעינן דוקא עמד בדין דתו אף למ"ד שעבודא ל"ד גובה אבל בקנם גמור לכ"ע אינו גובה מיורשים דלא קנסו אפילו עמד בדין וא"ש ודוק ולק"מ. ולפ"ז צ"ע במטלטלין דיתמי כמ"ש ודוק:

ב **או שמת תוך זמן** הש"ך סק"ז הקשה הא הך אי אמרינן מגו במקום חזקה זו דאין אדם פורע תוך זמנו איבעיא דלא אפשטא כמש"ל סי' ע"ח וא"כ כאן יש מגו דנאנסו ומה יהני דהיה תוך זמנו. וכתב הש"ך די"ל דמיירי מיתומים וה"ל לא שכיח ול"ש לא טענינן ליתמי אלא דמשמעות הלשון לא משמע כן ע"ש שהאריך ובאמת בטור לא מצאתי שום משמעות לכאן ולכאן. איברא בדברי רבינו המחבר דעל זה דטענינן ליתמי נאנסו הביא ב' דיעות אי טענינן ליתמי מילתא דלא שכיחי או לא והך דתוך זמן אינו טוענים החזרתי

לכ"ע נשנית ש"מ דאין הטעם משום דהוי מילתא דלא שכיח. וגם כאן סתם המחבר ולעיל בסי' ע"א סעיף כ"ב הביא הך דיעה בקמייתא בנותן נאמנות ללוה סתם טענין אפילו ליתמי תוך זמנו פרע אף דהוי מילתא דלא שכיח. ובאמת הך מילתא הואיל והוא נגד חזקה דאדם אין פורע תוך זמנו יהיה מיקרי לא שכיח לא בריר לי דגדר מילתא דלא שכיח דלא טענין ליתמי הוא דבר דלא שכיח כלל דהא מזויף כתב הרא"ש בפר' שני דייני גזירות דהוא מילתא דלא שכיח ומ"מ טענינן ליתמי וצ"ל דבעינן דלא שכיח לגמרי וידוע דרוב עדיף מחזקה ואם ס"ד דבר שהוא נגד החזקה מיקרי דבר דלא שכיח א"כ מכ"ש דבר שהוא נגד הרוב מיקרי דלא שכיח וא"כ בכתוב' דף י"ו דפריך הגמרא כיון דרוב נשים בתולות נשאת כי לא אתו עדים מה הוי וכתבו התוס' דלרב פריך דס"ל הולכין בממון אחר רוב וקשה מה דוחקא נימא דאף לשמואל מן נתארמלה קשיא דאיך טענין ליתמי מילתא דלא שכיח כיון דרובא בתולה נשאת. ועכצ"ל דזהו לא מיקרי לא שכיח אף דהוא נגד הרוב ומכ"ש דלא הוה לא שכיח מה דהוא נגד חזקה. ובקושי' הש"ך י"ל או כיון דהך אין אדם פורע תוך זמנו ואית ליה מגו איבעיא דלא אפשטא ולדעת הרבה מחברים והמחבר בכללן דבכל איבעיא דלא אפשטא אם תפס התובע אפילו בעדים אין מוציאין מידו כלל. ועיין לעיל בדיני וכללי קים ליה ותפיסה. ולפ"ז מהכ"ת יפרע שטר תוך זמנו ויניח שטרו ואי דיסמוך דאית ליה מגו דנאנסו ועל זה הסמך מניח שטרו ואינו מקפיד ליטלו כמבואר שם בגמרא ב"ב דף מ' איך יסמוך אולי יתקוף המלוה הימנו בעדים ולא מצי מפיק ליה ממנו דיאמר קים ליה דאין לו מגו נגד חזקה והרי זה מפסיד ומהכ"ת יניח שטרו בידו אשר כל שעה עלול שיתפוס הימנו לעין כל ואין מידו מציל וא"כ ודאי דהחזקה שטרך בידי מה בעי אלים ולא מהימן או י"ל דהא הך החזרתי במגו דנאנסו הוי מגו גרוע דהא נאנסו לא שכיח ומגו דלא שכיח לדעת הרבה מחברים לא אמרינן ועיין לעיל כללי מגו ומגו במקום חזקה גם כן הא מספקא לן בגמרא וא"כ תרתי מגו במקום חזקה ומגו דלא שכיח תרתי לכ"ע לא אמרינן ולכך כאן בתוך זמנו דנימא מגו נגד חזקה ומגו דנאנסה דלא שכיח לא אמרינן. וכן מראים דברי הרא"ש בפ"ק דכתוב' דהקשה קושי' התוס' דהאומר פ"פ מצאתי נאמן דחזקה אין אדם טורח בסעודה והקשה דיהיה לה נאמנות דבתולה היתה במגו דנאנסתי תחתיך ותירץ דאינה רוצה למפסל נפשי' מכהונה והקשה האיש לה מגו דמ"ע ותירץ דמ"ע לא שכיח וקשה ע"כ דס"ל דנאנסתי תחתיך שכיח דאל"כ אף על קושי' זו דנאנסתי תחתיך ה"ל לשנויי לא שכיח ועכצ"ל דס"ל כיון דבעולה לדבריו אונס תחתיו שכיח. וקשה איך אמרינן בדף י"ב דלכך נאמנת לר"ג באומרת משארסתני נאנסתי במגו דמ"ע תחתך הא לא שכיח ועיין

מש"ל בכללי מגו סי' מ"ו ולכן ס"ל לטור ורא"ש ודאי מגו לא שכיח לחוד אמרינן אבל כאן הוי חזקה אין אדם טורח א"כ תרתי במקום חזקה ומגו ל"ש תרתי ל"א וא"ש וכן כאן הוי תרתי ל"ש ובמקום חזקה. אך לפ"ז אין מקום לקושי' התוס' ב"ב דף ה' ע"ב ד"ה מי כו' דהקשו מהא דאמרינן המפקיד בשטר צריך להחזיר בעדים אף דא"ל מגו דנאנסו ש"מ דמגו במקום שטר לא אמרינן מכ"ש דבמקום חזקה אין אדם פורע ת"ז לא אמרינן דאלים משטר דבשטר צריך שבועה לגבי יתומים משא"כ בתוך זמנו. ולפי הנ"ל לק"מ דשם יש חזקה שטרך בידי מה בעי וגם מגו דל"ש בהא לא אמרינן מגו בבירור אבל כאן דאיכא מגו במקום חזקה לחוד מספקא ליה לש"ס ואין מקום לקושי' התוס'. והנה עוד יש לתרץ דודאי הך שטרך בידי מה בעי הוא חזקה כמ"ש התוס' רק הואיל וקלישא ליה חזקה אמרינן ביה מגו ובפרט דאיכא נגדו חזקת ממון אבל בהצטרף עמו עוד חזקה ודאי תרי חזקות משוין לחזקה אלימתא ובחזקה אלימתא לכ"ע לא אמרינן מגו כמ"ש התוס' כתוב' דף ט' עיין לעיל כללי מגו וא"כ לק"מ כיון דיש כאן שטרא והוא בתוך זמנו ג"כ ודאי תרי חזקות הם חזקת שטרא ותוך זמנו לכ"ע לא אמרינן מגו וא"ש. ולכאורה גם זה סותר לדברי התוס' הנ"ל בב"ב דיש להבין מה קשי' ליה לתוס' מהך דמפקיד בשטר וכו' הא תוס' כתבו מקדם דשטר הוי כמו עדים רק איתרע די"ל זייר אפשיטי דספרא ולפ"ז בשטר פקדון דהמפקיד נותן שכר כמ"ש התוס' ב"ב ושבועות א"כ ל"ל דזייר ליה בשביל כך וא"כ הוי כמו עדים גמור ופשיטא דלא אמרינן גבי' מגו דמגו במקום עדים לא אמרי' אבל הך חזקה אין אדם פורע תוך זמנו לא אלים כ"כ ואמרינן מגו וצ"ע לכאורה וצ"ל דתוס' הקשה זו לפי' רשב"ם ב"ב דף ע' דלרמי בר חמא הך שבועת שומרים היכי משכחת ליה וכו' קושי' חזקה ולית ליה פרוקא רק מה דמשנינן דאפקיד בשטר וצריך להחזיר בעדים ולא סגי במ"ש התוס' לקמן דכיון דבעי שבועת א"כ תו לא קשי' שבוע' שומרים היכי משכחת ליה דמשמע להדיא ברשב"ם דלא ס"ל הך סברא וצ"ל דס"ל הך שבועה בהחזרתי לאו שבועה דאורייתא היא וא"כ עדיין קשה ש"ש איך משכחת ליה ועכצ"ל דאפקיד בשטר וכו' כן מוכח מדברי רשב"ם לקמן להדיא דלרמב"ח לית פרוקא רק כמו דאמרינן בשטר צריך להחזיר בעדים וא"כ קשה שבועת שואל שמתה מחמת מלאכה היכי משכחת ליה הא אית ליה מגו דהחזרתי ועכצ"ל באפקיד בשטר וקשה הא בזה י"ל דזייר אפשיטי דספרא דודאי שואל דכל הנא' שלו צריך ליתן שכר סופר ועכצ"ל דאף בחזקה קלישא כי האי לא אמרינן מגו ושפיר הקשו אך קשה מה קושי' דלמא בשואל י"ל דהשאילו לזמן ובתוך הזמן א"ל מתה מחמת מלאכה דל"ל החזרתי ומזה לכאורה ראיה דלא כהנ"ל דאף בתוך זמן איבעיא הנ"ל כקו' הש"ך ואי דשם אביי

ורבא דאמרי והם ס"ל אדם פורע ת"ז מ"מ מה קושי' לרמב"ח דאמר כמה מעליא הא שמעתא רמב"ח י"ל כר"ל ס"ל וא"ש. וגם י"ל אביי ורבא מודים דכל טעמם דעבד אינש דפרע גו זימנא כי היכי דלא לטרדן ובשאלה דהדרא בעינא מה לא לטרדן שייך בזה ולא דמי להלואה דלהוצא' ניתנה ומי יודע אם לעת הפרעון יהיה מעות מצוי משא"כ בדבר דהדרי בעיניה וא"כ הקושי' יותר חזקה. מיהו כבר אמרתי בחדושי דבלא"ה אין קושי' כ"כ משואל דכיון דזייר שטרא אפשיטי דספרי א"כ בתובעו ודאי חפץ המושאל ודאי גם פשיטי דספרי שנתן עבורו תובע כראוי לו והלא השואל דטוען החזרתי מה יאמר בפשיטי דספרי אם יאמר גם זה כבר פרע א"כ הרי כאן מגו במקום עדים דהודה דפרע הכל ולמה הניח שטרו ביד המשאיל והרי זה ראיה דשקר טען כמש"ל ואם יאמר דלא פרע ולכך עיכב השטר א"כ הרי תבעו חפץ ופרוטה והודה בפרוטה הרי כאן הודאת מ"מ ויש כאן ש"ד ומה מגו יש לפטור ש"ש דהא אף בטוען החזרתי עכ"פ צריך שבועה של תורה וגוף השטר לא מיקרי הילך דלא מיבעי למ"ד דמשכון לא מיקרי הילך פשיטא דלא הוה אלא אף להחולקים מ"מ הא ברור דפשיטי דספרי יותר שוה מדמי נייר מחוק וכתוב דשכר סופר איה וגם הנייר מתקלקל. וליכא כאן הילך כלל. ולכן צ"ל דס"ל לתוס' זייר ליה אפשיטי דספרא לאו דוקא וחדא מינייהו נקט רק הכוונה דלא הוי מגו במקום עדים משום די"ל דלאיזה סיבה לא החזיר השטר די"ל דנאבד ממנו ומחפש אותו לרגעים וכדומה וצ"ע. אבל עכ"פ יש כאן שלשה אופנים ליישב דברי הטור והש"ע ולק"מ:

ג **או שהאמין לבעל עסקא וכו'** כבר כתבתי לעיל סי' ע"א דמזה מבורר דדעת המחבר אפילו בסתם נאמנות לא מהני מגו וע"ש. ויש לדקדק מה בכך דנתן נאמנות היינו נגד לוה גופיה אבל לא ליורשים וכן מבואר לעיל סי' ע"א סעיף טו"ב דאע"פ דנתן לו נאמנות סתם מ"מ במת הלוה חייב המלוה לישבע ליורשים וטענינן דלמא פרע המלוה וצריך לומר לענין שבועה טענינן אף דהימנו מ"מ דלמא פרע ולכך צריך שבועה אבל להפסיד הממון כיון דאלו היה חי לא היה מצי לטעון אף ליתמי לא טענינן כן כיון דהוא גופיה לא מצי טעין והרי בשבועה איכא מ"ד דאפילו נתן לו נאמנות בפי' מ"מ מחויב לישבע נגד יתומים אבל הממון לא הפקיע ולכך באמת שבועה צריך אבל לא מפסיד הממון:

ד **אין טוענים להם שנאנסו** והרב הש"ך האריך להכריע כדעת חולקים ואין דבריו כדאים להכריע נגד תוס' ורא"ש וטור אשר פשוטה של גמרא מסייע להם. וכת החולקים נכנסו בדחוקים רבים כנודע בספרים. ועיקר טענת הש"ך איך נטעון החזרתי במגו דנאנסו מה דנאנסו גופיה לא טענינן. אין זה טענה כלל דלכל הדיעות צריכין לומר הא דאמרינן בגמרא גובה כולו שם מיירי דהודו היורשים דלא נאנס או כמ"ש הרז"ה דאלו נאנס

ודאי היה פקד מ"מ לכ"ע טענין החזרתי במגו דנאנסו וא"כ הוא הדבר לדעת התוספות וסייעתו. וכן נכון דהא כל התחייבות שאנו מחייבים ליתומים במלוה בשטר משום דאמרינן אלו נפרע שטרו בידו מה בעי ואלו כאן אין זה טענה כלל דאמרינן דהחזיר ולא השגיח ליקח שטרו כי חשב תמיד כשיהיה תובע אותי הריני נאמן במגו דנאנסו ואי דצריך ש"ח משום כך אינו חושש דכולי האי ואולי האי אינו באחריות רק שיצטרך לישבע בחנם. וכך שאלו בגמרא שם ב"ב דף ע' במה דאמר ר"ח דנאמן החזרתי במגו דנאנסו ולאו שבועה בעי ופי' ואיך יהיה מחזיר בלי שטר על סמך דיש לו מגו דנאנסו הא עכ"פ בעי שבועה ומה לו זו אין לו להחזיר עד שיחזיר שטרו וע"ז השיב דבאמת נאמן בשבועה ומ"מ משום פחד שבועה אינו נמנע להניח שטרו וכמ"ש וזה פשוט והאריכו בו ללא צורך ואין כאן קושי' כלל בשום אופן. אך אי קשיא הא קשיא לשיטה זו הא אמרינן בגמ' דמילתא דר"ח דאמר המפקיד בשטר דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו כתנאי דתניא שטר כיס היוצא על יתומים ד"ג אומרים גובה כולו ודייני א"י אומרים גובה מחצה ודחק הגמרא בפירוקו ונימא כפשוט' דהא לס"ד הוא פלוגתא רחוקה דלמ"ד גובה מחצה ע"כ הך טענה החזרתי שכיח דאל"כ לא הוה טענין ליתמי ולעומת זה מ"ד גובה כולו ס"ל דאינו בגדר החשש וטענה כלל למה לא נימא פשוט מ"ד כולו ס"ל דטענת החזרתי לא שכיח ולא טענינן ליתמי ולכך גובה כולו ואידך ס"ל שכיח וטענינן וגובה מחצה. אבל בהיותו בחיי' ועומד וצווח החזרתי מה לנו בלא שכיח לכ"ע נאמן וצדקו דברי ר"ח ואין כאן קושי' והיה נראה ליישב דאף לשיטת החולקים על תוס' וס"ל דטענין ליתמי מילתא דלא שכיח מ"מ קשה מה קושי' לימא דבהך פליגי דמ"ד גובה כולו ס"ל דהוי מגו דנאנסו לא שכיח ומגו דלא שכיח לא אמרינן כדעת הר"ש מקינן וכמש"ל בכללי מגו ואי קשה הא החזרתי גופיה לא שכיח והטענה דלא שכיח במגו דל"ש לכ"ע אמרינן ז"א דס"ל החזרתי בגדר שכיח דזייר ליה אפשיטי דספרא ולכך לית ליה מגו וגובה כולו ואידך או דס"ל אמרינן מגו דל"ש כדעת החולקים אר"ש או דס"ל החזרתי ג"כ לא שכיח ויתכן בו מגו כמ"ש ובזה פליגי אך הכל בשטר כיס דאיכא למימר דזייר אפשיטי דספרא אבל בפקדון לכ"ע החזרתי לא שכיח דמהכ"ת יניח שטרו ולכ"ע אמרינן מגו דנאנסו וצדקו דברי ר"ח דאיירי בפקדון ולק"מ וצ"ל לפי מש"ל בכללי מגו דלכ"ע החזרתי היא טענה דלא שכיח דאיך יניח שטרו רק הא דטענין ליתמי משום צירוף שני חששות אולי נאנס ואת"ל לא נאנס אולי החזיר ושני חששות משוי' ליה טענה מלא שכיח לשכיח. וא"כ קושי' זו מיושב דלא ס"ד כלל לומר דאיכא מ"ד דס"ל החזרתי שכיח רק ס"ל בצירוף משוי שכיח וע"כ טעמא דמ"ד גובה כולו משום החזרתי אינה טענה כלל. דבהך סברא

דוחק לומר דפליגי ושפיר כתנאי וא"ש. ולפ"ז גם קושי' ראשונה לשיטת התוס' מיושב דל"ל דמ"ד גובה כולו ס"ל החזרתי ל"ש ולא טענינן ליתמי דפשיטא לכ"ע ל"ש רק בצירוף הך טענה נאנסה שכיח ובזה הסברא אם צירוף תרי חששות משוה צירוף הא לא מסתבר דיפלגו דנכון הוא בסברא וע"כ דס"ל החזרתי אינו גדר טענה כלל ושפיר אמרינן כתנאי. אך לפ"ז צריך לומר הא דטענין לשיטת התוס' ליתמי החזרתי היינו כשלא פקד והודה דלא נאנסו אבל בידוע דלא נאנסו א"כ הוי החזרתי לבד טענ' דל"ש ולא הפי' ליתמי כלל ואין כאן צירוף כלל וצ"ע כי לא נרמז זה בטור ובש"ע. ובאמת יש כאן עוד קושי' מנלן לתוס' זה להחליט דלא טענין ליתמי נאנסו היותו מילתא דל"ש וקשיא להו דכאן אמר רבא הלכתא גובה מחצה ושם בשבוע' משמע דפסק דלא כר"ח דס"ל במפקיד בשטר אינו נאמן החזרתי רק בעדים וכמה תי' נאמרו בזה רשב"ם ותוס' וריב"א ע"ש. ומה קושי' בס"ד דלא ידע הגמרא אוקימתא להך מ"ד דס"ל גובה כולו רק דלא טענין החזרתי ע"כ הוצרך לדחוק נפשי' לומר דגם נאנסו לא טענינן הואיל והוא טענה דל"ש אבל למסקנא דמשנינן דאמרינן דהוה פקד א"כ י"ל תו אמרינן לכ"ע אפילו דלא שכיח טענין ליתמי רק לכך גובה כולו אי נאנסו הוי פקיד כמ"ש הרז"ה להדיא דיותר עוטל עליו לפקוד נאנסו מן החזרתי דבזה אין המפקיד יודע כלל ע"ש. ולפ"ז י"ל דרבא לא ס"ל כר"ח דהחזרתי אינו טענה כלל לכ"ע רק מ"ד גובה כולו ס"ל אפילו נאנסו לא טענינן דהוי פקיד ומ"ד גובה מחצה ס"ל מ"ה אנסהו ולכך טענין נאנסו וגובה מחצה ולכך פסק רבא נשבע וגובה מחצה אבל בחיים ומודה דלא נאנסו רק החזרתי לא נאמן כלל לרבא ולכך ס"ל דצריך להחזירו בעדים וא"ש. וזהו אפשר סברת רבוותא דפסקו דלא כר"ח. ולכן ליישב זה נראה בישוב קושי' הנ"ל דודאי לס"ד דס"ל לגמרא דכ"ע ס"ל מ"ה אנסהו ואין אדם שליט ברוח לומר לצוות לביתו כי פתאום יפקד עליו וכו' א"כ ס"ל לגמרא ליתד מוחלט אם לא טענין ליתמי החזרתי דהוה מילתא דלא שכיח אף הוא בחיים וטוען החזרתי אינו נאמן דאמרינן איך החזיר ולא לקח שטרו ואי דסמך דיהיה לו מגו דנאנסו כמ"ש רשב"ם דאיך סמך אולי פתאום ימות ומ"ה יאנסהו מבלי לצוות לביתו ויגבה מיתומים ויאכלו זרים חילו ומהכ"ת יעשה זאת מבלי ליקח שטרו ולהניח מכשול לבניו ועכצ"ל דגם ליתומים טענינן וא"כ שפיר יכול הוא לומר סמכתי על מגו ואף יורשים לא ישלמו כי יטענו להם ב"ד וא"ש. ולפ"ז ליכא למימר בס"ד דליתמי לא טענינן אבל הוא נאמן דהא הא בהא תלי' כמ"ש וגם ליכא למימר בפקדון דלא זייר אפשיטא דספרי לא שכיח דהחזיר דא"כ מוציאין מיתומים דהא מילתא דלא שכיח לא טענינן יתומים וא"כ דליתומים לא מועיל אף הוא אין נאמן החזרתי כמ"ש דאולי יפול קמי יתמי וא"ש ולכך משני הגמ' דהך מ"ד

דס"ל גובה כולו לא ס"ל הך דמ"ה אנסי' רק ס"ל דהוה מפקד פקיד וא"כ שפיר י"ל בטוען החזרתי נאמן דדעתו באמת לפקוד לביתו ולכך נאמן ואם פקד אף ליתומים טענינן וכך ס"ל להך מ"ד אם באמת מחזיר מפקד פקיד וא"כ תו ליכא חשש וא"ש קושי' הנ"ל. ולפ"ז אף זו מיושב דמנ"ל לתוס' דלמא במסקנא ס"ל לגמרא דטענינן ליתמי מילתא דל"ש דאי ס"ל לגמרא כן לא הוה צורך לומר מפקד פקיד רק המ"ל כקושי' דיש חילוק בין פקדון לשטר כיס דפקדון לא שכיח ומ"מ בטוח דאם ימות דנטעון ליתומים ולק"מ ודוק דכל שמעתא עולה מרווח וברור. ובסברא זו אם יש מקום לדברי הש"ך דתוך זמנו לא שכיח ולא טענין ליתמי אף דהוא חי לא טענין ואינו נאמן מטעם שכתבתי דאיך יפרע בלי שטר אולי פתאום ימות ויגבה מיתומים ודוק:

ה **נאנסו** ואם הוא רק שומר חנם אם טוענים ליתומים נגנבה או נאבדה נסתפק הבעל כה"ג וכתב דהרבה מחברים ס"ל דזהו שכיח וטענינן לכ"ע ליתומים. אך קשה לפ"ז מה פריך הגמרא לר"ח מהך דגובה כולו דלמא ס"ל להך מ"ד דלכך לית ליה מגו דנאנסו דמגו דל"ש לא אמרינן דשטר כיס הוא ש"ש וצריך לטעון נאנסו ומגו ל"ש לא אמרינן אבל ר"ח קאמר למילתא בפקדון דמצי לטעון נגנב ונאבד דהוי שכיח וה"ל מגו דשכיח ואמרינן לכ"ע. ואין מקום לקושי' הגמרא ולכן נראה דאין לחלק וכן משמע מסתימת כל הפוסקים. ומכ"ש לדעת הרמב"ם דס"ל עסקא בפלגא פקדון הוא רק ש"ח ומ"מ אמרינן דלא טענינן להו רק החזרתי ולא נגנב או נאבד.

ו **או חליפין** דין זה צ"ע כי בריב"ף ורא"ש ורמב"ם לא נזכר רק אם העסק דאתיא מחמתו והיינו שנתן מעות ובמעות הללו קנה הסחורה ומטלטלין זהו לכ"ע בחזקת הנותן וגובה בלי שבועה אבל אם החליף אולי החזירן ומשלו החליף וכ"כ הר"ם בתשובת מיימוני לספר קנין דין י"א ע"ש להדיא דאי נשתנית הפרקמטיא ונתחלפה באחר דטענינן ליתומים החזרתי במגו דנאנסה והטור כתב בי"ד סי' קע"ו הך דחליפין ומזה לקחו רבינו המחבר וצ"ע כי במחלוקת נשנית ודוק:

ז **אם יש לקטן אפוטרופס וכו'** דין זה צ"ע מה טיבו של שבועה זו דהא מבואר לעיל סי' כ"ז ס"א ולקמן סי' ר"צ סי"ב דאפטרופוס הרי כשר להעיד והרי הוא כשאר עדים וא"כ מה טיבו של שבועה הא ה"ל עד אחד ופוטר משבועה דקי"ל ע"א מסייע פוטר מן השבועה. ובפרט בנשבע ונוטל הזה דשורת הדין ליטול בלי שבועה וכמש"ל בסימן פ"ז. ובאמת מרא דהאי שמעתא הוא הראב"ד ז"ל בתשובה כמ"ש הבעה"ת שער י"ד והטור וכפי מ"ש המ"מ פרק כ' מהלכות מכירה לא ס"ל דע"א המסייע פוטר משבועה אך לא לבד דאין זה מעלה ארוכה לטור והמחבר דס"ל דעד מסייע פוטר אף גם בממ"נ

אם לא ס"ל דפטור מ"מ אפטרופס בגדר העד הוא ואלו היו שנים היו נאמנים לדברי הכל וא"כ מה יועיל מה שישבע או דנאמן בלי שבועה או דשבועתו אינו מועיל ומגרע גרע דעד המשתבע אין עדותו מועיל כלום כדקי"ל בפרק המקדש ועכצ"ל דאינו בגדר עדות רק ה"ל כבעל דבר ולכר צריך שבועה ומועיל שבועתו וזהו דלא כמ"ש בסי' ל"ז ור"צ דה"ל עדות ולקמן סי' ר"צ ס"ב בהג"ה הביא רמ"א דברי המרדכי בהדיא דאם טוען פרעתי לאפוטרופס מעות של יתומים והאפטרופס מכחישו אם ידוע שהוא מעות של יתומים נאמן האפטרופס וא"צ שבוע' וא"כ הקושי' יותר חזקה דאנו מאמינים לו שלא פרעו ולא נאמין לו שלא פקדיהו אבי היתומים. והדבר נלמוד במכ"ש וצ"ע ויש ליישב ולחלק בדוחק כי אמרינן אפטרופס מעיד והוי כעד היינו שהגדיל היתום והוא תובע והנתבע משיב פרעתי כבר ליתום בזו אמרינן דתו לא הוה אפטרופס בע"ד והוי כעד לכל מילי אבל בעוד היתום קטן ואפטרופס הוא התובע א"כ אף הוא נעשה כבעל דבר וא"י להעיד כי הוא בע"ד וכל דין יתום עליו וצריך לישבע כמו היתום עצמו ודוק. אך כל זה צ"ע כי מקורו של הדין הזה אין לו שרש כי הראב"ד יליף לי' מהך דקתני שומר ואשתו של שומר נשבעי' ונוטלים ושם ליכא שטר כלל ושורת הדין דע"י אמירת הללו לא יהיה נוטל כלל רק חז"ל תקנו מכח התקנה של נגזל וא"כ די דיהיו נוטלי' בשבוע' וכי ס"ד דנוציא ממון עפ"י אמירה גריד' ואף זו דיטלו בשבוע' מכח התקנה. משא"כ כאן דיש כאן שטר מעליא ולהפסת דעת תקנו חז"ל שבועה ואיך נימא לפסול לאפטרופס מעדותו ומכ"ש בשיש שני אפטרופסי' דלהך סברא דה"ל בעלי דינים ה"ה בשנים ואם בשני' א"צ ה"ה בא' דלענין פיטור שבועה אח' דינו כשנים ודוק. ונראה דכל זה מיירי דיש לאפטרופס מגו דאי בעי קלת' אבל אי לית ליה מגו מהכ"ת יהיה כח ביד אפטרופס לגרוע כח יתום וכי מפיו אנו חיי' ולאו כל כמיניה ואפשר דאף הראב"ד לא קאמר אלא כשבא הוא לגבות בו וא"כ איך יגבה אם יודע דהדין עם הלוה אבל באמת אין קורעין השטר ויהיה מונח עד שיגדלו יתומים והוא נדון כע"א מעיד על שטר שפרוע:

ח **שאם רוצה היה שורפו** ולעיל בסי' צ"ג סי"ד דמשמע דאף דנאמן מ"מ צריך לשלם לשותפו ולפי דברי הסמ"ע בס"ק כ"ט לעיל יותר אלים כח המודה מכאן עד שאפילו הרא"ש החולק פה מודה בהך דלעיל הואיל ונכתב על שמו וא"כ למה לעיל חייב לשלם לשותף חלקו ואינו נאמן רק לגבי לוה ולמה כאן א"צ לשלם כלל. וכן לפי מש"ל בסי' צ"ג דהימנהו מתחיל' ואף הרא"ש מודה ג"כ קשה למה פסק המחבר דמ"מ צריך לשלם לשותף חבירו וכאן הביא הך דיעה קמייתא דפטורים האחים זה מזה. ובאמת לולי דברי מחבר בכ"מ וב"י דמוקי ליה דהרמב"ם מיירי דהשטר בידו דלולי כן הא יפה טען הראב"ד

דלאו כל כמיניה להפסיד לחבירו הייתי אומר דהדברים כפשוטן דאין השטר בידו ולית ליה מגו דקלתי' כלל וגם לא המניהו מתחילה ומ"מ נאמן בהודאתו לגבי לוה דהא שטר נכתב על שמו ואף דמבורר דהוא שייך לשותפ' מ"מ הלוה טוען השבע לי ופשיטא דהוא מוכרח לישבע כיון דשטר על שמו והוא הלוה אף שמבורר ממעות שותפ' מ"מ יטען השבע לי כי מה היה לי לעשות לך פרעתי וא"כ השבע לי והוא א"י דמודה דפרע וא"י לתובעו והדברים אמורים לעיל סימן מ"ז גבי חייב לאחרים דג"כ לאו כל כמיני' לחוב בהודאתו לאחרים ומ"מ אם לי' נאמנות אין על לוה חיוב תשלומין דיטעון השבע לי אבל ודאי אינו נאמן ולכך חייב לשלם לשותפו כי באמת אין נאמן והפסיד בחלקו מאחר שלא רצה לישבע והודה וזה ברור ונכון (והראב"ד לא ס"ל הך סברת בעה"ת לעיל סימן מ"ז כמ"ש הש"ך שם דישנו רבוותא דלא סבירא להו כן ואף הראב"ד סבירא ליה כך) ולכך לעיל ס"ס ע"א דמשמע דאם אין השטר בידו אינו נאמן להפסיד לחבירו חלקו כי שם איירי דכתב נאמנות בשטר להמוציא וגם לא היה לו לפרוע רק למי שמוציא כמ"ש הש"ך וא"ש. ולכך אינו ענינו לדינים דבסי' זה דכאן היורש טוען על חלקי אני אשבע שלא פקד אבא ומה לי באחי כל א' ישבע על חלקו ואם הוא א"י יפסיד חלקו וא"ש וברור. אלא רבינו ב"י לא הבין כן וסבירא ליה דהוא בידו והוי ליה מגו דקלת' אם כן קש' למה יתחייב לשלם וכן מצאתי קצת קושי' זו בספר משנה למלך ע"ש בפ"י מהלכות שלוחין. ולכן דברי רבינו מחבר צל"ע:

ט **אינו נאמן כו'** זהו דעת הרא"ש דנתן הטעם דלא דמי לשליש דמתחילה הימנהו משא"כ בזה דבאו השטרות ליד אחים כסדר האחין שנוטלי' שטרות ולכך לא דמי כלל להך דלעיל בס"ס ע"א דשם הימנוה וכמש"ל סי' צ"ג ע"ש. אך אמת דדבר זה משמע בראש בתשובה כמה דוכתי כלל נו"ן ס"ד ס"ח ק"ה וכיוצא בו אבל יש להבין הך מגו דקלתי' להיכן אזיל הא יש לו מגו מעליא דגנזו ועיין כה"ג דהביא הרבה מחברים דביקשו לומר דמיירי דעכשיו ל"ל מגו דקלתי' דכבר אתחזיק וה"ל מגו דלמפרע וזה דוחק. אבל נראה דס"ל לרא"ש דהך חזקה שטרך בידי מה בעי הוא חזקה אלימת' ועיין תוס' ריש ב"ב דף ה' ע"ב דחשבהו לעדים וא"כ לא אמרינן ביה מגו רק אם היה בעת פרעון ליה מגו אין כאן חזקה אלימתא דע"ז סמיך והניח השטר ולא הקפיד ללקחו כמו מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו אמרינן לכך בעת פרעון לא הקפיד ליקח שטר דידע דא"א לקיימו ויהי' לו מגו או בפקדון ידע מתחילה דתמיד יהיה לו מגו דנאנסה משא"כ אם אז לא ידע מהמגו א"כ איך הניח השטר וא"כ הוה חזקה אלימת' ובחזקה אלימת' לא אמרינן מגו כלל. וא"ש דכאן וכי ידע דסוף יגיע השטר ליד יתום ויהיה לו מגו דקלתי' איך

הניח השטר מתחילה או יהיה המלוה או יורשיו עושי' עול וכדומה ומה מגו יש לו אטו בדידיה דלוה תלי' מילתא והוה חזקה אלימת' ולכך לא אמרינן אלא בשליש דהימניה לכך ובפרט כיון דהוא ביד שליש אתרע שטר כדלעיל סי' ס"ה וגם אם המלוה גופי' טוען פרוע הוא הוה הימנ' דהא מתחילה השטר בידו לכך מצריך הרא"ש והטור לעי' סי' מ"ז במלוה דאמר פרוע וחייב לאחרים דלא יהיה לו מגו דקלתי' דלא יהיה יד המלוה גרע משליש והא מתחילה ועד סוף הימנ'. והממון בחזקתו והוא המגרע אבל כאן דכל יורשים שוים בו ומגו ליכא א"ש דלא אתי מגו זו דקלתי' ומבטל חזקת שטרך בידי מה בעי ודוק. ולכן ראובן שהיה חייב ליעקב אביו ומת יעקב וראובן ויורשי ראובן הגיע ליד מקצת אחים שטר חוב מראובן ליעקב ואמרו פרוע הוא וא"כ יכולים ב"ח דראובן לגבות ושאר יורשים טוענים לאו כל כמיני' לחוב לנו בהודאתו וחוב אמת וא"כ נחנו דבמקום אבוה דאבא קאתינא לנו משפט קדימה בזו ודאי יורשים דהיה להם מגו דקלתיה נאמנים כי לא שייך כאן חזקה אלימת' שטרך בידי מה בעי דהא באמת הגיע ליד יורשי הלוה דאף דהם מודים דלא הגיע להם מן הלוה רק מהמלוה גם בזה יש להם מגו דאמרו דמלוה הגיע וכולי האי לא אמרינן:

י **וכן אם קדמו יורשי הלוה ותפסו.** ובא"ע סי' צ"ו הביא רמ"א גם דעת החולקים דלא מהני תפיסה והוא דעת מהר"ם במרדכי בפר' חזקת ובפ' הכותב. ונראה דזה הכל בדתפיס בעדים דלית ליה מגו רק טעם דס"ל דמהני תפיס' כתב בעה"ת כיון דקי"ל דעביד כר"א עביד א"כ עביד אינש דינא לנפשי' ואם תפס י"ל ס"ל קים לי' כר"א ועיין מש"ל בזה בקונטרוס התפיסות ובזה אפילו תפס בעדים ככל דיני תפיסות בספקא דדינא דמהני. ובזו דעת מהר"ם חולק בפרקי' הנ"ל אבל בדתפס שלא בעדים יש לחלק אם המלוה קודם שמת תפס שלא בעדים א"כ לא היה עליו שבועת המשנה כלל דהא יש לו מגו דלא תפס והשתא דאמר תפסתי ולא נפרעתי על החוב נאמן ומכ"ש למ"ד דאמרינן מגו לפטור משבועה ואם כן לא שייך אין אדם מוריש שבועה לבניו דלא היה עליו שבועת המשנה כלל אבל אי תפסו יורשים לאחר מיתה אפילו אית להו מגו לא מהני דהם אינם יודעים אם נפרע מורישם או לא ומה מגו יש כאן אינם רוצים לשקר ושוה אצלם תפיסה שלא בעדים כמו בעדים ותלי' במחלוקת הנ"ל והנה הרמ"א דהביא ב' דיעות בא"ע ולא כאן נראה דס"ל כדעת מהר"ם טיקטון בהגהת מרדכי דאף מהר"ם לא אמרו רק בכתוב' ולא בשאר ב"ח ואמת כי בדפוס כרך קטן תשובת מהר"ם ב"ב סי' קנ"ז פסק להדיא באשה שנכסי בעלה בידה דנכסים בחזקת יתומים ואינה רק אפטרופסת וא"כ שפיר י"ל בין כתוב' לשאר ב"ח דשם הוי תפיסה. אמנם זה ניחא בדברי מהר"ם בפ' חזקת אבל

בפ' הכותב כ' להדיא דגרע מהך דב"ש היא דס"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי דשם הוי ודאי גביה אבל כאן הוי תפיסה מספק אולי אתפסיה צררי. ולפי טעם זו אין לחלק בין כתובה לשאר ב"ח כלל. אך נראה כי אין כאן ראיה מהמרדכי דפר' הכותב כי ודאי כי אמרי' דעביד כר"א עביד היינו למאן דפסק כרב ושמואל ואמרי' ר"א פליג ודעביד כוותיה עביד אבל לפוסקים כר"נ דהלכ' כוותי' בדינא והלכה כר' יוסי דאמר יחלקו תו לא שייך דעביד כר"א עביד בזה דבריר לן הלכ' כר"נ וגם הלכה כר' יוסי ומה שייך דעביד כר"א עביד כיון דהלכה ברורה כר"נ. לא אמרינן דעביד כר"א עביד. וא"כ אף תפיסה לא מהני דלא שייך עביד אינש דינא לנפשי' ולכך שם במרדכי בכתובה דס"ל הלכה כר"נ יחלוקו תו לא מהני תפיסה מכח עביד אינש דינא לנפשיה. וזה ישר בסברא איברא דר"ה גאון בשער שבוע' פסק כר"נ ומ"מ פסק דעביד כר"א עביד אך מ"מ מנ"ל דהמרדכי ס"ל הך סברא. וס"ל כמ"ש דלר"נ יחלקו תו לא שייד דעביד כר"א עביד. והנה באמת אי תפס המלוה קודם שמת לא ידעתי לפי דקי"ל לעיל סימן פ"ב וסי' זה דלא מפקינן אי תפס רק משמתינן ליה כדי שישבע שבועת יורשים אבל לא נחתינן לנכסי' א"כ במותו פקע שמתא ומהו דאינו יכול להוריש ממון שזוכה בשבועה הא ממון כבר זכה ועומד ואין עליו רק שמתא ואקרקפת' דגברא מוטל ובמותו פקע והנכסי' בחזקת יורשים ואפשר הנך רבוותא דס"ל דלא מהני תפיסה לא ס"ל כהרא"ש וסייעתו בזה וס"ל דכופין אותו לישבע שבועת יתומים. אבל לפי מה דקי"ל כנ"ל נראה ברור דאם תפסה אפילו אלמנה כיון דלא נחתינן לנכסי פשיטא דמהני תפיסה וכל הספק ליתומים אם תפסהו לאח"כ ובזו מחלק בין כתובה לשארי ב"ח וצ"ע. ולולי דמסתפינא הייתי אומר דאם לא נכתב מא"ק ותפסו מטלטלין של יתומים דמפקינן דהא מדינא דש"ס לא משתעבדי ואפילו תפס מפקינן דתפיסה לאחר מיתה לא מהני רק הגאונים תקנו וא"כ כי תקנו הגאונים היינו אם גובה מדינא אבל הוא עביד דינא לנפשי' לומר קים לי' כר"א על זה לא תקנו גאונים לעבור השורת הדין דהא שורת הדין כרב ושמואל ואם הוא רוצה להפוך השורה אף אנו כתורה נעשה ונוקמי' אד"ת דמטלטלין לא ממשתעבדי כלל וזהו ברור ונכון בסברא וא"כ י"ל דאין כאן מחלוקת בין הר"ן למהר"ם כמ"ש הר"ם מטוקטין דהר"ן כתב לדינא ולא איירי בתקנת הגאונים דתפס מחיי' או דהיה לו מטלטלין וקרקע בתוך השטר כהנ"ל אבל במקום דאין לו רק מכח תקנת גאונים יש לומר דלא מהני תפיסה ותרי קולות לא אמרינן ודוק כי צ"ע כי לא מצאתי כן למחברים:

יא **ובא לב"ד אח"כ וכו'** כן דעת הרמ"ה ודעת הב"ח דהרא"ש חולק ולא הסכים עמו הש"ך ואני לא הבנתי לפי דעת הרא"ש והטור לעיל בסי' כ"ה דאם טעה בשיקול הדעת

וזיכה החייב מה שעשה עשה וקם דינא אפילו במקום שא"צ הדיין לשלם מביתו ואפילו גדול המנו א"י להחזיר וא"כ מכ"ש פה הדיין לא טעה בשיקול הדעת אדרבא הורה כתורה לפטור את החייב משטרו איך יהיה כח ביד דיין אחר להחזיר ולבטל דינו ולפסוק כאידך הא קי"ל קם דינא. ולכן אפשר דרמ"ה ס"ל כרמב"ם ורי"ף לעיל סי' כ"ה דהיכא דאין הדיין צריך לשלם הדר דינא וא"כ אף בזו הא הדיין ראשון אינו משלם ומשום פסיד' דבע"ד הרשות ביד דיין אחר אם ס"ל כר"א עבד והדר דינא אף דזה דוחק ג"כ מ"מ איהו דחיק ואוקי נפשי' אבל להרא"ש וטור דלעולם קם דינא ומכ"ש פה וא"כ פשיטא דהך דינא במחלוקת שנוי'. ודוחק לומר הא דכתב הטור והרא"ש לעיל דקם דינא ואפילו גדול הימנו אין כחבירו להחזירו היינו לכתחילה אבל בדיעבד אם החזירו מוחזר דזה לא משמע בפוסקים ובגמרא כיון דקם דינא קם לגמרי. והי' אפשר לומר דג"כ קשה דלעיל אמר אם קדמו יורשים ותפסו וכו' הרי דדייק אם קדמו קודם שיצא פס"ד אבל אח"כ לא מהני וקשה הא הטעם דמהני תפיסה משום דעביד אינש דינא לנפשי' והיינו כר"א ולפ"ז אף לאחר פס"ד נמי דהא אי עביד כר"א עביד אפילו אחר פסק לדעת רמ"ה. ועוד קשה למה אי עביד כר"א והוציא מיד יתומים שוב אי אפשר ביד דיין להחזירו ולפסוק כרב ושמואל ולמה אי פסק כרב ושמואל יהיה כח ביד דיין לפסוק ההיפוך ועיי' בכנסת הגדולה שמביא בשם מהרי"ט ומהרי"א שעמדו בזה ונכנסו בסברות דקות לחלק. ולכן היה נראה ודאי אם הדיין השני ידע מפסק של דיין ראשון דפסק כרב ושמואל ודאי אין כח בידו לפסוק נגדו ודינו בטל דקיימא לן קם דינא וכמש"ל רק אי הדיין השני לא ידע מפסק שפסק הדיין הראשון ופסק לפי תומו ודעתו כר"א וכבר עשה מעשה והוציא ממון אין מוציאין מיד יורשי המלוה כיון דכבר נפסק והוא לא ידע מפסק ראשון ומעתה ל"ק מהך דלעיל דטעה בש"ה דקם דינא ואין כח ביד גדול להחזירו דשם איירי הכל דגדול יודע מפסק שלו ומעתה גם מהא דאם קדמו ותפסו לא קשה דלאחר ששמע הפסק א"א לפסוק למולו וכן דמאן דעביד כר"א והדיין שמע הפסק א"א לפסוק למולו דקם דינא ודוק כי צ"ע. או אפשר דרמ"ה איירי דב"ד ראשון לא פסקו כלל רק בבוא שטר לפניהם וראו כי יפסקו לפטור יורשי הלוה הניחו הדבר ולא אמרו דבר ובזה דייק קצת לשון רמ"ה ועבד כרב ושמואל ולא אגביה ביה הרי דלא פסקו רק דלא אגבהו בי' אבל אם כבר פסקו דבר היינו קריעה דפסק דין הוה כמו קריעת שטר וצ"ע:

יב **אם הניח הלוה נכסים כו'** עיין אורים כי דין זה שוה בערב וכן הבא לטרוף מלקוח' אם אין להם לחזור כגון שלא הניח כלום גובה היורש ולפ"ז ה"ה הב"ח מוקדם וב"ח מאוחר והמוקדם מת לוה בחיי מלוה ומת ואין בנכסי הלוה לפרוע שניהם דב"ח מוקדם

גובה דהא אלו כבר קדם המאוחר וגבה מוציאין ממנו דלגבי לוקח וה"ה מאוחר שגבה דלא עדיף מלוקח לא אמרינן אין אדם מוריש וכו' דכיון דאין לו על מה לחזור ומכ"ש בשלא גבה דאמרי' כיון דמאוחר אין לו על מי לחזור דב"ח מוקדם גובה ומכ"ש אם הם היתומים הם ב"ח מוקדם דהיינו דבאים בכתובת אמם פשיטא דגובים דהם מוחזקים ועומדים ואית ביה תרתי לטיבות' וזה פשוט. ואין צורך למ"ש הב"ש א"ע סי' צ"ו בשם תשובת ש"י דיכולים יורשים לומר אנו מותלי' לשבועת אמנו כי בזה יש לפקפק הם טוענים אולי נפרעת ואתפסהו צררי וא"כ איך שייך מחילה להוציא ולגרוע כח הב"ח ולאו כל כמיניה. אבל הדבר פשוט כמ"ש כיון דאין בנכסים לפרוע שניהם בעל חוב מוקדם לגבי ב"ח מאוחר הוה כמו לגבי לקוחות. וכן מוכח מתשובת מיימנות בספר קנין סי' ח"י ותשו' מהר"ם ב"ב דפוס פראג תת"ק פ"ד באשה שהחזיקה נכסי בעלה ומחל לה הבן על השבועה מכתובה וגם על העודף על הכתובה ואח"כ מת הבן ובאה אשת הבן לערער על מה שמחל העודף ע"ש באריכ' דמוכח דבשביל אין אדם מוריש שבועה לבניו ליכא קפידא. איברא בתשובה הנ"ל סי' תתנ"ט מבואר בא' שמת ותפסה אלמנה מטלטלין במקצת פרעון כתוב' ומתה בלי שבועה ובא אח"כ ב"ח מאוחר ותבע ליורשים הואיל והיא לא נשבעה על כתובתה ופסק דפטורים הואיל ואין מגיע רק החצי וקי"ל כר"נ דאמר יחלוקו ובחצי לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו הרי באידך פלגא אמרינן אף דהוי ב"ח מוקדם לגבי ב"ח מאוחר ואין להם לחזור על יתומים וא"כ קשה להנ"ל. וצ"ל דבעל אותו תשובה ס"ל כדעת רמב"י בטור ובבע"ת דס"ל אפילו לא הניח נכסי כלל רק דאית ליורשים נכסים מעצמן מ"מ מצוה על יתומים לפרוע חוב אביהן משלהם וא"כ בערב אינו גובה דמ"מ חוזר על יתומים ואף עובדא הנ"ל בכך אירי דאף דלא הניח נכסים כלל אפילו פלגא מ"מ ליורשים ה"ל נכסים ויש ביד ב"ח לחזור דמצוה על יתומים לפרוע חוב אביהם ולכך לא גבה ב"ח מוקדם ושייך ביה אין אדם מוריש וכו' אבל לפי דלא קי"ל כן ויורשים משלהם לפרוע ליכא מצוה כלל א"כ תו לא מצי לחזור ולא שייך אין אדם וכו'. אלא דיש לי ספק בב"ח מאוחר ומוקדם שלא נשבע ומת לוה בחיי מלוה דהא יש להקשות למה יגבה מלקוח' יטענו אי שתקת ואי לאו מהדרינ' שטרא ליתומים והרי זה בחזקת יתומים ולא תוכל לגבות מהם דה"ל אין אדם מוריש וכו' לגבי יתומים. ועיין לקמן סי' קי"ט דדנין כאלו הוא מהודר רק זה אינו קושי' דכבר כ' הרא"ש ריש ב"ק דכי ביד הלוקח לבטל המכירה למפרע דהא אף דמחזיר שטר לא חזרה מקחו רק כאלו עכשיו חוזר ומוכר ליתומים השדה ע"ש וא"כ מה בכך דיחזרו וימכרו השדה ליורשים הרי יתומים באים מכחן ואין זה ירושה מאביהם וגם ביה לא אמרי' אין אדם

מוריש שבועה וכו' דלא אתא עליו משום ירושה ופשוט. אבל בב"ח מאוחר שפיר יכול לטעון אי שתקת ואי לא כבישת לשטר דאין לי רק שעבוד וגוף נכסים שייכים ליתומים וב"ח מכאן ולהבא גובה וא"כ הרי אתה לא תוכל להתפרע מיתומים דאין אדם מוריש וכו'. ובשלמא אי יתומים גופיה הם ב"ח מוקדם כהנ"ל דהם תובעים כתובת אמם שהיא מוקדמת א"כ לא שייך כן דהם בממ"נ יגבו אם ישתוק פשיטא דהרי הם שלהם עכ"פ ופשוט אבל בב"ח מוקדם ומאוחר בעלמא יש לומר כנ"ל אי שתקת וכו' אך יש לספק דבשלמא הלוקח מוחזק אמרינן טענת אי שתקת שלא להוציא מיד מוחזק אבל כאן דאין ב"ח מאוחר מוחזק למה נטעון אי שתקת וכו' לגרוע כח ראשון כיון דאין ליתומים נ"מ כמ"ש ולכן צ"ע:

יג **אם היה השטר משכונה** עיין ש"ך דדעתו בכוונת המחבר דיורשים א"צ לישבע שלא פקדנו כיון דאביהם לא היה צריך לישבע כלל א"כ אף היורשים ליכא שבועה כלל וכלל. איברא דדעת הש"ך להכריע כהאומרים דאף האב צריך שבועה רק דלא דנין ביה משאיל"מ ומסתברים דבריו כי עיקר יסודו של הריב"ש על הך דייחד לו ארעא במצרנא דא"צ שבועה ובזו כבר כתב הרא"ש לחלק בין כתובה דהוא בתוך זמנו לשארי ב"ח. וא"כ כשל עוזר ונפל עזר בכל צד. איברא עד כאן נחלקו ביש כאן ספק אי פרעו אבל לא בהך הלואה וא"כ אמרינן מהכ"ת יפרעו כיון דמשכנת' בידו אבל אם נחלקו בסך הלואה או עד כמה היו ימי משכנת' פשיטא דצריך לישבע דאפילו במטלטלים צריך לישבע בכדי דמיהן לדעת הגאונים וא"כ ה"ה בקרקעות וזה ממש מוסכם לכל הפוסקים ולכך הש"ך שהביא ראיה מתשובת רשב"א אין כאן ראיה דבתשובה ההוא איירי דנחלקו בדמי הלואה וכדומה ובזו לכ"ע צריך שבוע' גם יש להבין בדברי רבינו מחבר כיון דס"ל בי"ד דלא שרי משכנתא רק במשכנתא דסורא א"כ הך דהכא איך מתוקמא אי לא כלו עדיין הך שנין דכתב ליה למיכל הא ה"ל תוך זמנו ולכ"ע א"צ שבועה ואי איירי דכלו הא אין כאן חוב כלל והקרקע יוצאת חנם אין כסף. והמחבר גריר בתר דעת טור ס"ל משכנתא בנכיית' שרי אבל למאן דאסר אין לזה מציאות רק במשכנתא מטלטלין ודו"ק:

יד **אין דנין מדין זה וכו'** עיין מש"ל ס"ס פ"ד מזה באריכות ונכון הוא אך הסמ"ע שם הביא בשם ריי"ו בשם רמב"ן דאף בנפרע מלקוחת אם כבר עמד המלוה בדין ונתחייב שבועה ומת לכ"ע אמרינן אף בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו. והסמ"ע דחהו בשני ידי' אך הרב הש"ך כתב דכן משמע בירושלמי פ' הכותב. והיינו דבירושלמי פ' הכותב נאמר פגם אביו שטר בב"ד אינו בנו גובה ר"ח בעי בגין דהלך אלן תרתין פסיעין מפסיד אלו פגמו חוץ לב"ד את אומר גובה ובפגמו בב"ד את אמר שאינו גובה עכ"ל והן הן דברי

הרמב"ן. אך יש להבין דבגמרא דידן בפ' כל הנשבעין דף מ"ח ס"ד בגמ' לחלק בשבועת יתומים בין עמד בדין ללא עמד ומתקיף ליה ר"נ אטו ב"ד מחייבי שבועה מעידנ' דשכב לוה אתחייב מלוה לבני לוה שבועה ונראה דדברי ירושלמי סותרים לתלמוד' דידן וכוותי' סברינן. ובאמת לולי דברי הרמב"ן הייתי אומר דירושלמי איירי בפוגם וכ"כ דלא עמד בדין אין כאן שבועה דאולי לא יפגום או אולי יודה לו הלוה וכפירה חוץ לב"ד לא הוי כפירה וא"כ אין חיוב שבועה רק בב"ד ומקודם אין חיוב כלל אבל שבועת יתומים באה על ספק אולי פרעו א"כ תיכף במות הלוה נולד שבועה זו אולי פרעו ומה צורך לב"ד ושפיר קשה מה נ"מ בב"ד משעת מיתה אתחייב אלא דא"כ אף הבא לפרוע מלקוחת שייך ג"כ סברא זו דשבועה באה על ספק והרמב"ן אמרו אפילו בלקוחת ולכן צ"ל דס"ל לרמב"ן דוקא ביתומים דהם ב"ד אבי יתומים א"כ תיכף במות לוה ה"ל כעמד בדין דב"ד הם הטוענים בעד יתומים ויד ב"ד יד יתומים משא"כ בשארי אדם לקוח' וכדומה אף דטוענין דלוקח מ"מ כ"ז שלא בא לפני ב"ד אין כאן חיוב שבועה. כן י"ל לשיטת הרמב"ן וא"כ דינו צ"ע כיון דיש לו עזר מדברי ירושלמי:

טו **וכגון שלא מת וכו'** הקשה הסמ"ע פשיטא ויפה הקשה דמה ס"ד וכי בשביל שפגם שטרו יהיה יד יתומים יותר חזק להוציא. ונראה לפי מש"ל בש"ע סי' פ"ד בפוגם שטרו והוא בת"ז וטען השבע לי צריך לישבע ולפ"ז במת לוה טענינן ליתמי וצריך לישבע דכל שבועת יתומים הוא עיקר הטעם אלו היה לוה קיים היה צריך לישבע. וא"כ אם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אין אדם מוריש וכו' וטובא קמ"ל אף דהוא בתוך זמן כיון דהוא פוגם הרי זה מחויב שבועה וזהו כוונת הפוסקים וכגון שלא מת וכו' אבל במת יהיה באיזה אופן שיהיה כיון דיש כאן פוגם הרי זה גורר שבועה ואין אדם מוריש ודוק:

טז **או מלקוחת** הסמ"ע הביא תשובת הרא"ש כלל פ"ו סימן י"ב יעקב שהלוה לראובן ומכר ראובן נכסיו ולא הספיק יעקב לגבות מלקוחת עד שמת וגם ראובן מת ונשאל אי הוה זה בכלל אין אדם מוריש שבועה לבניו או נימא דהוא בכלל הבו דלא לוסיף עלה והשיב הרא"ש בכלל הבו דלא לוסיף אינו דהא הלקוחת חוזרים על היתומים ודמי להך דערבא דאמרינן דהדר על יתומים רק מטעם אחר אינו בכלל אין אדם מוריש וכו' דאין זה ממון שאינו יכול לגבותו רק בשבועה דהיה לוה חי והי' יכול לגבות ממנו עכ"ל ונתקשה בו הסמ"ע דהא כאן אמרינן דאף לקוחת בכלל הבו דלא לוסיף ובאמת משום הא ל"ק דכאן מיירי דאין ללקוחת לחזור כלל דאין ללוה ויתומים נכסים משא"כ שם בתשובה איירי דהיה להם נכסים רק גובה מלקוחת דנכסים הם במד"ה וכדומה ולכך נקרא יש להם לחזור ונידון הדבר כאלו גובה מנכסי יתומים דמ"ש כמבואר בגמרא. אלא

דהא קשה דהא שם מבואר דמת מלוה קודם לוה וא"כ אף מיתומים גופא גובה אפילו בפוגם שטרו דלא היה יכול לזכות בממון כי אם בשבועה. ולכן נראה דס"ל להרא"ש הא דאמרינן דוקא יתומים מן יתומים קי"ל כרב ושמואל הוא דעל יתומים הקלו וגם שבועת יתומים דבאה בלי טענה א"כ תיכף אתחייב שבועה משא"כ פוגם וע"א מעיד שפרע דבעי טענה א"כ לא מיקרי ממון שא"י לזכות אלא בשבועה ולפ"ז ס"ל בשלמא פוגם ומת ואח"כ מת לוה אף דהוי לגבי יתומים מ"מ שבועה תלוי בטענה כהנ"ל וכן במת לוה בחיי מלוה ובא לפרוע מערב ולקוחות ולא הניח נכסי' אף דשבועה בא שלא בטענה מ"מ לעומת זה אין נוגע ליתומים. אבל אם ראובן מכר נכסיו ויעקב ביקש לתבוע מלקוח' הוא שבועה שלא בטענה וא"כ אם אח"כ מת ראובן ולקוחת יש להם לחזור הרי כאן הנך תרתי ריעותא דשבועה ממילא אתיא וגם נוגע ליתומים וא"כ הרי זה בכלל אין אדם וכו' דהיא היא דרב ושמואל ולכך בא הרא"ש בטענה אחרת דכל זמן דהיה ראובן חי היה יכול לגבות הימנו אילו היה מבקש לילך למד"ה א"כ תו לא הוה ממון שאין זוכה בו כי אם בשבועה וא"ש ודוק:

יז **אמר לנו אבא וכו'** הש"ך בס"ק כ"ח הביא דברי הב"י דנסתפק אי קטנים אמרי כן בבירור אי אמירה דידהו חשיב כהודאה או לא ומדברי הרא"ש דדחיק הא דאמרינן בהודה בחוליו דגובה היכי משכחת ליה הא אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ומוקי דהודה בפני עדים ואמר להם כתבו ומקיימין שטר שלא בפני בע"ד ע"כ ומה דוחק' ולא פי' כפשוטה דהיתומים הודו בב"ד שכך צוה אביהם והודה שחייב ובמעמדם הודו. א"ו דהרא"ש דחיק בגמרא דקאמר בהודה נפרעים מן קטנים ובקטנים אף דהודו שכך הודו אביהם אין בהודאה ממש והדבר מוכרע. אך י"ל ודאי אם הודה בקטנותו שכך הודה אביו לכ"ע לאו כלום הוא רק אם עכשיו גדולים ואמרו כך צוה לנו אבינו בקטנתינו בזו יש לספק אולי נאמנים כאותו שאמרו שראוים להעיד בגודלן מה שראו בעת קטנותן ובפרט מילי דאבוה ונפטור משבועה דהוא רק תקנתא דרבנן ובמילתא דרבנן נאמנים ולכך סתם פה דמועיל אמירה בגדלות. ומדברי בעה"ת בשער י"ד דכתב אם היה קטן במיתת אביו אינו נשבע שלא צוה אבא דאנן סהדי דלא פקיד מידי שהרי קטן הוא משמע הא פקיד ואמר בגדלותו נאמן דאל"כ איך ישבע אף דאמר דפקיד הא לא משגיחין ביה ומה ענין לאנן סהדי אלא ש"מ דמהני הודאתו לחוב לעצמו:

יח **אין קורעין השטר** עיין הש"ך שדעתו לפסוק כרמ"ה דהיכי דלא תבעו אביו לא אתרע שובר ועוד כתב אפילו לדעת הר"י בן מגאש היינו בדלא מטו זימנא דיש כאן ג"כ סברא אין אדם פורע ת"ז אבל במטו זימנא ולא תבעו אף ר"י בן מגאש מודה דלא איתרע ונכון

הוא משום דכל טעמו של הר"י הוא מה בכך דלא תבעו הוא ה"ל לתובעו החזיר לי שטרי וכמ"ש הרא"ש וקשה דלמא אמר אבד שטרי דהא קי"ל כותבין שובר ומה היה לו לתובעו וכ"כ הבעה"ת אלא ודאי איירי בתוך זמנו וא"כ מי הכריחך לפרוע ת"ז אולי יהיה השטר נמצא בין כך ואידי דע דיש לו שטר היה לו לכופו. אלא ודאי דיש כאן ריעותא אבל אחר זמנו איך יכוף דקי"ל כותבין שובר. גם נראה לדעת ר"י מגאש אם השובר על מקצת שטר לכ"ע לא אתרע השובר דהיכי אפשר בידו לכוף ליתן לו השטר כיון דכל השטר לא נפרע רק מקצתו ואי לכופו לכתוב ע"ג זהו א"י דניחא ליה למלוה כדי לכופו לפורעו כמבואר בגמרא וגם ניחא ליה ללוה שלא לכתוב אגביה כדי שיהיה פוגם שטרו כנודע וא"כ פשיטא דאין כאן ריעותא כלל:

יט **ואפילו התנה וכו'** כך אמרו בגמרא דגיטין דף לון וקאמר אביי תדע דב"ח דינו בבינונית ולגבי יתומים בזיבורית ופי' התוס' והרא"ש מה ענין זה לזה התם כדאמרינן בגמרא דד"ת ב"ח בזיבורית רק מכח תקנה יש לו בינונית וביתומים אוקמיה אדין תורה אבל כשכתב לו עדית כיון דקי"ל שעבוד' דאורייתא מד"ת יש לו עדית ותירצו לא פלוג עבדי רבנן. וצריך לומר לפי' הא דקאמר אביי תדע אין פירושו ראיה לכך דמה ראיה יש זו תורה וזו אינו תורה רק פירושו טעמו של דבר ומצינו הרבה בש"ס כיוצא בו וחד בריש ב"מ גבי ב"ח גובה שבח תדע שכך כותב וכו' דגם כן פי' טעמו של דבר ואף כאן הפי' טעמו של דבר דכל בעל חוב דינו בבינונית רק חכמים ביטלהו בשל יתומים ועשהו חכמים לא פלוג וא"ש ולפ"ז נסתר מה שכתב הש"ך דביתומים גדולים גובים כפי תנאי דאם כן נסתר הך טעמא דלא פלוג דחזינן בסתם אף מגדולים לא גבינן רק זיבורית ובתנאי גובין ואם כן נסתר טעמו של אביי ולכן אין לדינו של הש"ך מקום וכמ"ש בעצמו דאין דעת הטור כן:

והנה לפי דין זה בכתובה דכותבין שפר ארג נכסין מ"מ מן יתומים אין לה רק זיבורית דהא לא מהני תנאי רק בגרושה דהבעל חי דג"כ דינה רק בזיבורית בזו מהני תנאה והב"ש סי' ק' ס"ק י"א סתם הדברים ומזה ראיתי דיינים טועים בזה ואינו ואפשר הואיל וכתב ביה ועל ירתי בתראי הוה כאלו התנה על יורשים ומ"מ צ"ע כי לא נזכר זה בפי' וצ"ע והראב"ד טפי' כתב בבעה"ת שער הנ"ל דכתיבת שפר ארג נכסים בכתובה לא מהני לגבי יתומים ע"ש:

כ **כגון שקנה כו'** הקשה הג"ת דהך דינא דתפס דאינו נוטל בזיבורית מקורו בגמרא שילהי כתובות בשנים שלוו זה לזה דתנן זה גובה וזה גובה וטרח הגמרא לר"ש לאשכוחי אוקימתא דלמה גובי' ולא אמרינן כל א' יעמוד בשלו ופריך הגמרא ולוקמי דמת אחד

וא"כ יתומים גובים מהאי בינונית והוא גובה מיתמי זיבורית ומשני הגמרא הואיל ותפס אצלו הבינונית לא שייך דינא דיתומים בזיבורית וזהו מקורו של זה הדין ולפ"ז למה דחידש לן הבעה"ת והטור דבקנה נכסים אחרי מות הלוה שני לא מהני תפיסתו א"כ עדיין הקושי' במקומו לוקמי ביתמי וזה קנה או ירש ממילא נכסים לאחר מיתה וא"כ היתומים גובים מבינונית אלו והוא גובה זיבורית כמבואר בש"ע והניחו בצ"ע. ובאמת לולי דברי הטור רק כפי שנזכר בבעה"ת דכתב סתם אם היה התפיסה לאחר מיתה י"ל שאינו מועיל ולא פירש האופן הייתי אומר דלא נתכוון לזה אופן שהיה חייב לו בחיים רק לאחר מיתה קנה נכסים דמה בכך סוף כל סוף בחיים היה תפוס בחובו ומעות של השני בידו וה"ל תפיסה וכי בשביל שקנה אחרי מיתה יוגרע כחו עכ"פ היה חוב בידו ומוחזק במעות. ובלא"ה הך דינא אין לו סמך גדול מדברי הפוסקים כלל ע"ש במחברים. רק מיירי בזה אופן דיעקב לוה משמעון וראובן בנו של יעקב הלוה לשמעון ומת שמעון ובאותו זמן לא היה בשל ראובן כלום משל שמעון לתפוס לא חוב ולא נכסים כי אין ראובן חייב לשמעון כלום רק אח"כ מת יעקב ונפלו נכסים והחוב בירושה ובחוב של יעקב שלוה משמעון נאמר והותנה להדיא לגבות בינונית אפילו מיורשים א"כ אין ראובן יכול לתפוס הקרקע בינונית שירש וצריך לפרוע לשמעון בחובו דמחיי' לא תפס כלל ולא היה לו זכי' בו כלל וא"ש ולק"מ כי בגמ' דכתוב' א"א לפרש כך. דקתני שני' שהלוו זא"ז ופשוט. אך בטור מפורש להדיא בפשוט אפי' קנה ב"ח ההוא בינונית לאחר מיתת השני גם כן אינו מועיל תפיסה וקושי' הג"ת במקומו וצ"ע ומה שנראה כי זה הלשון בעה"ת מתחילה כתב בהא דאי תפס אין לו זיבורית דתפיסה כזו לא מצינו בש"ס ויש נותנים טעם דלכך מהני תפיסה אעפ"י שהוא קרקע כיון דדינא דב"ח בבינונית ולגבי יתמי איקלו בו וכיון דתפס לא בעי' לאקולי ביה כו' ועל זה הקשה הראב"ד דלאו קולא היא לגבי יתמי אלא מדינא דב"ח דינו דאורייתא בזיבורית וביתמי אוקמי' אד"ת. וע"ז כתב הבעה"ת דאם תפס לאחר מיתה כהנ"ל יש לנו לומר דלא מהני תפיסתו כי בתפס בחיי' עדיין היה דינו ליטול מבינונית ותפס בדין ע"ש. ונראה דתלי' בהך שני טעמים דלדעת האומרים דלכך מהני תפיסה דכיון דתפס לא איקלו ביה רבנן ואוקמי אד"ת א"כ כל התפיסות שוים דסוף כל סוף מוחזק הוא ואיך נוציאו מידו נגד ד"ת וכולי האי לא איקלו משא"כ לקושי' הראב"ד דשורת הדין בזיבורית א"כ צריך לומר הואיל ותפס ה"ל כאלו כבר גבה וזהו בתפס מחיי' דדינו ליטול מבינונית וה"ל כאלו כבר גבה משא"כ בקנה לאחר מיתה אימ' יגבה בחיי' הא לא היה בידו ולאחר מיתה אין רשות לגבות מבינונית. וזהו ברור דהך טעמא דתפס מהני לראב"ד הוא דה"ל כאלו כבר גבה והנה הנך

רבוותא דנתנו טעם הואיל ביתומים הקלו ודאי דלא נעלם מעין חכמתם קושט' הראב"ד הנ"ל רק הם ס"ל להלכה דלא כעולא דאמר ד"ת ב"ח בזיבורית רק בהך ברייתא בנזיקין דאמרו מפני מה ב"ח בינונית כדי שלא יראה שדה נאה וכו' וס"ל כמ"ש הנ"י ריש פ"ק דב"ק דלהך מ"ד ס"ל מהתורה ב"ח בעידית כמו נזקין רק חכמים תקנו בבינונית שלא יתן עין בשדה וצריך לומר להך שיט' דביתומים הקלו חכמים ביותר ואמרו דיטלו בזיבורית וא"כ שפיר אמרו כיון דהוא מכח קולות חכמים כשהוא מוחזק ועומד בשדה כולי האי לא תקנו חכמים להקל להוציא מתחת ידו. והנה הך דבשלו או בשל עולם שמין כבר כתבנו כמה פעמים דאם ילפינן בזיבורית מדעולא והאיש אשר אתה נושה בו יוציא וכו' ודרך של בעה"ב להוציא פחות שבכלים ודאי דבשלו הם שמין דמה איכפת ליה לבעה"ב המוציא כלים אם הם אצל העולם זיבורית או בינונית או עדית הוא מוציא הגרוע שבכלים ופשיטא דבתר דידיה אזלינן אך אי אמרינן דלכך בבינונית כדי שלא יתן עין בו בזו ודאי מסתבר דבתר עולם אזלינן דמה שהוא עידית לעלמא יש לחוש לנתינת עין ופשוט. וא"כ א"ש דלדידן דקי"ל בשלו הם שמין וקי"ל כדעולא כקושט' הראב"ד צ"ל הטעם דתפס מהני דהוי כאלו כבר גבה וא"כ בקנה לאחר מיתה לא שייך כן אבל סוגי' הגמרא קאי שם לרב ששת כמבואר בגמרא להדיא ור"ש ס"ל בשל עולם הם שמין וצ"ל דלא כעולא רק מכח קולא שהקלו חכמים אין ליתומים להגבות רק זיבורית א"כ תו ליכא לחלק בין תפס מחיי' או לאחר מיתה וא"ש ולכך לא מוקמינן בכך ודוק כי נכון היא בסברא ישרה. אלא דמ"מ לבי מהסת מאין הוציא הבעה"ת דין זו ונכנס בחלוקי':

כא **אם הניזק וכו'** והקשה הסמ"ע דלקמן ס"ס תי"ט סתם המחבר דמשמע אפילו מגדולים מגבין מזיבורית ונראה דיש לחלק כאן איירי דיש לו מטלטלין רק הרשות ביד' לסלק מזיבורית כמבואר לעיל סי' ק"ז וא"כ עכ"פ מחויב ליתן עדית דכולי האי לא אמרינן בגדולים להקל כיון דיש להם מטלטלין ושורת הדין אם יש לו מטלטלין דאין נותן מקרקע וכאן נאמר מקרקע וגם זיבורית לא אמרינן אבל לקמן איירי דלית ליה מטלטלין כמה שכתוב בש"ע להדיא דלית ליה מטלטלין ואם כן לעולם גובים מזיבורית ודוק:

סימן קט

א **בשעת גבי'** וי"ח דעת י"א הוא הרשב"ץ בתשובה ודבריו צ"ע כי פשיטא אם כ"כ רעש ומהומת מלחמה או מגפה ר"ל שאין שער ומקח וממכר כלל וכל איש חושב להמלט על נפשו ברור דאין למכור והוי כלא הכריזו ובשעה שאין פועלים נכנסים ויוצאים ונמכר בלילה וכבר תמה ירמיהו הנביא כאשר הכשדים הגשו סוללת להלחם על העיר וה'

צוה לקנות שדה ע"ש וכ"כ הט"ז אבל אין זה לענין הראיה שהביא הרשב"ץ מהך דפרה אם ממתנת לאטליס משובחת דשם יש כאן זמן קנין בכל אופן. וע"כ דכוונתו דמיירי דעולם כמנהגו נוהג וקונים ומוכרים רק זילי נכסי למאוד. ולכך למדוהו מהך משנה וס"ל כמ"ש רש"י דאף פרה ממתינ' לאטליס היינו מעשה להעלות' למקום כרך שיש בו האטליס ומיניה דייק הא בדליכא מעשה ממתינ' ודבריו בלתי מובנים. דגבי לוה ומלוה מוכ' מריש פ"ק דב"ק דאמרין אם שקיל כדינך שקיל ואם לאו שקול כיוקרא דלקמן מבואר הא היכי דשקיל כדינו א"צ להמתין עד שעת הקיץ דיהיה השדה מיוקר בבירור. וכ"כ הבעה"ת בשער ג' בשם הרמב"ן דמוכח מפ"ק דב"ק דאין להמתין וכוון להנ"ל ואם כוונתו של הרשב"ץ לחלק דוקא בלוה. אבל ביתומים החמירו ונמשך אחרי דברי התוס' שם בעירובין דתלו ענין הכרזה בהך דהמתנה לאטלס וס"ל אי ס"ד דאין להמתין עד שעת היוקר למה מכריזין פ' יום וא"כ ס"ל כדעת הרמב"ם דבלוה עצמו א"צ ל' יום אבל ביתומים צריך ל' יום א"כ ש"מ דההחמירו. אך עם כל זה אין לו ראיה כלל מהך משנה דיש להבדיל בין מלוה ולוה דודאי אם המלוה צועק איני רוצה שימכרו עכשיו נכסי כי אפסיד עי"כ חובי ואצא בגרעון כסף פשיטא דרשות בידו ומאן מוחה להיות ממתין בחובו כל זמן שירצה ובפרט שהוא טובה ללוה ג"כ רק כל הנדון כי המלוה צועק אני מבקש תשלומין ומה לי להמתין עד שעת היוקר א"כ מה ראיה מהך דממתין בהקדש דשם הקדש המלוה ומבקש ערכו בהשיג יד ויותר שיהיה נמכר יותר עדיף כח הקדש ומגרע כח הנערך והנידר וא"כ פשיטא במקום שאין תלי' במעשה דממתינין דזהו לטובת המלוה אבל לא מה שהוא לטובת הלוה והמלוה צועק אני צריך למעותי ואיני רוצה להמתין כלל ומהכ"ת לחלק בין לוה ליתומים בלי ראיה. וגם אין להביא ראיה מתוס' דהקשה שם דאם אין ממתינים כדי שירוויח ההקדש אין מכריזין ס' ימים וממתינים ותי' לחלק בין קרקע למטלטלין ע"ש הרי דמקום דצריך המתנה להכרזה אף לשעת היוקר ממתינ'. דלא זו לפי מ"ש הדרישה דקושי' התוס' הואיל מקרא ילפינן דאין להמתין א"כ אף הכרזה ממועט וא"כ י"ל מסברא לא תלינן זה בזה אף דממתיני' להכרזה בשביל זה א"צ להמתין על שעת יוקר אף גם אם נימא דאין זה כוונ' קו' התוס' רק כוונתם איך החמירו בהקדש להמתין יותר מל' יום אשר הוא ביתומים ולהצריך ס' ימים כדי להרויח וכאן אין ממתינים ובזה נכנסו לחלק בין קרקע למטלטלין (ובזה מיושב קושי' הסמ"ע בדרישה דאיך אמרי' מכח תקנת' אין מכריזין במטלטלין הא ילפינן מקר' דלפמ"ש לא אימעט מקרא הכרזה רק קושי' התוס' על רבוי משך זמן הכרזה וק"ל) וא"כ יש לומר לשיטת הרמב"ם דההחמירו ביתומים להוסיף בהכרזה משאר לוים גם כן קשה קושי'

התוספ' אם ממתינים לכך למה לא ימתינו עד שעת היוקר. ג"כ נדחה ממש"ל דבשלמא בהקדש דכל המתנה לטובת הקדש א"כ קשה למה ממתינים לכך ולא לכך אבל ביתומים דהמתנה לטובת היתומים והמלוה צועק אני רוצה מעותי אם כן וכי בשביל שאנו מעבירין עליו הדין לטוב' יתומים להמתין למד יום ימי אכרזתא נעבור עליו עוד הדין להמתין עוד עד שעת היוקר כולי האי לא עושין לו ולקתה מדת הדין ח"ו וא"כ הדין שוה כמו בלוה נופיה דאין להמתין ואין לומר בשלמא למלוה גופיה אין להמתין דשומא הדרא מה שא"כ למכור הא לא הדרא דהא מאן ערב דלא ימכור אותו המלוה ולא יהדר וגם להרא"ש הא בנתייקרה לא הדרא אך יש קצת עזר לדברי רשב"ץ לחלק בין לוה ליתומים מהך שמעתא בב"ק דף ז' ע"ב דפריך הגמרא א"כ אתה נועל דלת וכו' ודחיק הגמ' אי איכא לדמויי לכתובת אשה דדינ' בזיבורית איכא לאוקמי' ועין בהרא"ש וקשה למה נאיד מב"ח ולימא ביתומים גדולים דקי"ל דגובי' מזיבורית ולית בהו נעילת דלת כדאמרינן בפ' הניזקין דלא מסקי אדעתא דימות ויפול נכסי' ליתומים וא"כ הם אומרים אי שקלת כדינך זיבורית שקלי ואם לאו שקול כיוקרא דלקמא ולמה קאמר לכתובת אשה. אלא דביתומים החמירו חז"ל להמתין עד שעת היוקר וא"כ ל"ל ואי לאו שקיל דאפילו אי שקול כדיני' צריך ליקח כיוקרא דלקמא או להמתין. וכן מסייע לשון רש"י דכתב לכתובת אשה וכו' כגון שנתן לה גט בתשרי וכו' ולא פי' שמת בתשרי ולמה נקט גט אלא ודאי ביתומים לא שייך כן ולכן צריך לומר בגט וכן מורה ל' רש"י בהך משנה דעירובין דכ"ז אעפ"י שאמרו עבדים נמכרי' בכסותן לשבח ומעלה דמיהן כגון גבי נכסי יתומים וכו' דמורה בנכסי יתומים ממתינים לאטלס. והדרישה ביקש לישבו דמיירי בנמכרים מן אפטרופס וזהו דחוק ובפרט כי מן רש"י בב"ק סיוע להנ"ל ובזה יובנו דברי התוס' הנ"ל דהקשו למה צריך שום הקדש ס' ימים דעם כל מש"ל מ"מ הדבר יקשה איך לתלות הכרזה בהמתנה לאטלס לזו ממתיים ולזו אין ממתינים ומנלן להקשות אבל לפי הנ"ל ניחא דקושי' התוס' גבי יתומים ממתינים וגבי הקדש אין ממתיני' ולעניי הכרזה רואין ההיפוך דלענין הקדש יותר ממתינים מן יתומים והסברות הפוכות. וא"כ נוטי' הדברים להנ"ל וכן אמרינן סתם דאין ממתינים פרה לאטלס בין הוא קרוב במקום ובזמן או לא לעולם אין ממתינין ואין להקדש אלא שעתו ואלו ביתומים במטלטלין אמרינן אם הוא קרוב ליומא שוקא או למקום השווקים ממתינ' ומביאים לשם ועכצ"ל לחלק בין יתומים להקדש דשם גזרת הכתוב. ואף כי הרמב"ם בהל' עירובין נראה שמפרש הא דתנן אעפ"י שאמרו על התגרים השמים העבדי' אמרו שכך ראוי לעשות מ"מ אין משגיחין עליהם ומזה אין כאן ראיה לשל יתומים מ"מ הואיל וכתב בפי' המשנה דאין משתכרין

בשל הקדש וזה מורה בבירור הא בהדיוט ממתינין לאטלס. והרב ב"י דהביא תשובת רשב"א אשר ס"ל דאין ממתינין וראייתו מהא דיוקרא דלקמן איירי בלוה גופי' ובזה ליכא חולק לענ"ד אבל ביתומים יש לחלק ואין קושי' לרשב"ץ וגברא רבה דאמר מילתא אין מזיחין אותו. ונראה דאף הב"י דהשיג הוא מיירי באופן שיש כאן חשש דאח"כ יתקלקלו הקרקעות ביותר והחשש נראה לעיני' כמו במלחמה דפן יחר בו הקרקעות או ימותו וילכו פני העם וישארו דלת הארץ וכדומה אבל זולת זה מודה דמדמה אותו להך דאין ממתינים פרה לאטלס והא התם כתבו התוס' דוקא במטלטלין אבל לא בקרקע והדרישה הניח בצ"ע ולכן צ"ל דס"ל לב"י דמ"ש לד"ת קרקע או מטלטלין אלא ברור דבמטלטלין שכיחי הנזק כדאמרינן דלכך אין מכריזין שמא יקרה בהם אסון אבל לא במקרקע דלא שכיחי ביה היזיקא וממתינ' ולכך בעת הרעש דשכיחי היזקא שוה מקרקע למטלטלין. וס"ל לב"י כמו דאין ממתיני' לטובת הקדש אף כאן אין ממתיני' לטובת הלוה. ולפ"ז נראה דאם יש כאן חשש הקלקול אף בהכרזה יכולים הב"ד למעט דהא התוס' תלי' זה בזה ואם נדמה אותו למטלטלין שם בצרו לי' רבנן כל אכרזת' וא"כ הכל לפי ראות עיני הב"ד:

ב **אבל אם לא בדקו בשומא** עיי' סמ"ע ס"ק י"א ואיירי' דדעת המ"מ הפי' דלא דקדקו בשומא ולא כתבו אגרת בקור' היינו שהיה בעת או במקום שא"צ הכרזה. ונתקשה הכ"מ בפירושו דהיינו סיפא וכן אם מכרו קרקע בעת כו' וכי דרך הרמב"ם לטפויא מילתא פעמים מבלי תועלת. ונראה דודאי אגרת בקורת היינו אגרת אכרזת' שנותנים למלוה אם נישום לו קרקע כדי שיאכל פירות מכי שלמו ימי אכרזת' אבל לוקח השדה מה לו בהכרזה רק יש לו שטר מקח מב"ד שקנה שדה ומעת דיהיב זוזי אוכל פירות כשארי הלוקחים וא"כ מיירי הרמב"ם בשני אופנים הן שנשום למלוה והן שנמכר לאחר בכל שניהם אם טעו בשתות מכרן קיים ולא יותר ותרווייהו צריכי דה"א דלוקח דקנה מב"ד יש לו דין כמו שארי לוקחים דאין אונאה לקרקעות אבל מלוה דלא קנהו רק נחלט לו בשומא בזו יש לחלק בין שתות ליתר. וכן י"ל להיפוך במלוה היון דשעבוד עליו בשדה ובלא"ה שומא הדרא אין מדקדקים כ"כ ולכך תרווייהו צריכי וזהו כוונת הרמב"ם אבל אם לא בדקו בשומא ולא כתבו אגרת בקור' והיינו כמ"ש למלוה עצמו דבהו שייך אגר' בקור' וכן אם מכרו וכו' והיינו ללוקח דעלמא ועל שניהם קאמר דתלוי בשתות ודין אחד לשניהם. ואמת דברישא לא ה"ל מכרן קיים ובטל רק שומתן קיים ובטל רק לישנא דלוקח גריר ואזיל ובאמת אף הוא מכירה יחשב כן י"ל לדעת המ"מ. והרמב"ם נקט בהך בבא לישנא דרישא דמשנה שום הדיינים וכו' והרמב"ן מוקי ליה לדעת הרמב"ם

ששמוהו למלוה בעצמו ע"ש בר"ן אבל הב"י מפרש דתרי בבות נינהו ובבא ראשונה איירי דהוא במקום ועת שצריך הכרזה רק לא דקדקו כראוי ובבא שני' במקום דלא צריך הכרזה ואמ' כן מורה לשון הרמב"ם. אבל כבר תמה הש"ך דבגמרא דפריך במשנה קתני אם טעו בשתות דמכרן בטל בממ"נ אם עשו הכרזה הא אפילו שוה ר' בק' מכרן קיים ואי לא עשו הכרזה הא ה"ל טועה בדבר משנה וחוזר ומשני במקום דא"צ הכרזה ולמה לא משני בפשוט דעשו הכרזה רק דלא דקדקו כראוי כמ"ש הכ"מ ברמב"ם וצ"ע לכאורה. אמנם נראה דבלא"ה יש להבין מה זהו דקדוק שומא והכרזה אם שמוהו כהדין ע"י שלשה היינו שומא כראוי ומה דקדוק שייך ביה ואם לא עשו כפי הדין וחוקת השומא והכרזה א"כ הרי הכל בטעות והכל חוזר ולמה יהיה כחן יפה שיהיה עד שתות קיים. ולכן נראה דהא דאם היה שומא והכרזה בדבר עת ומקום שא"צ הכרזה אעפ"י שהכריזו לדעת הרמב"ם מ"מ אין כחן יפה הוא הטעם דהואיל אין חיוב עליהם לא רמי' עליה לשום ולדקדק היטב וכמ"ש הסמ"ע ס"ק ט"ז ופשוט. וא"כ אם טעו בדין וחשבו על דבר שצריך באמת הכרזה שא"צ מהדין הכרזה רק הם ליתר שאת ויפוי כח הכריזו א"כ אף בזה לדעתם לא רמי' עלי' ולא בדקו ודקדקו כפי הראוי דמ"ש אם באמת צריך הכרזה או לא. ולפ"ז הנך תרי בבות נקט הרמב"ם בבא ראשונה דבאמ' צריך הכרזה רק הם טעו וחשבו דא"צ הכרזה ולכך לא בדקו ולא דקדקו כראוי כי אמרינן דה"ל מילתא דלא רמי' מ"מ הואיל דהכריזו כחן יפה עד שתות וכן אם הוא באמת דבר דא"צ הכרזה. וא"כ טובי קמ"ל בהנך תרי בבי א' דטעו וחשבו דא"צ הכרזה וא' דבאמת א"צ הכרזה ובזו קמ"ל דיותר משתות מקחן בטל דה"א הואיל באמת א"צ הכרזה כחן יפה ביותר ובזו קמ"ל דמ"מ עד שתות מכרן קיים ודוק. ומעתה קושי' הש"ך מיושב דכל כמה דלא משני הגמרא על הך קושי' הנ"ל דאיירי במקום שא"צ הכרזה וס"ד דלכל מילי צריך הכרזה ל"ל כתי' הכ"מ דלא דקדקו כראוי כי קשה כמש"ל מה דקדוק יש בזה ולכך איצטרך לשנויי דיש מקום וזמני' דא"צ הכרזה וא"כ שפיר י"ל כהנ"ל דטעו וחשבו דא"צ הכרזה וכנ"ל וא"ש:

ג **ואם רצו ב"ד וכו'** כפי דעת הרא"ש בפרק אלמנה ודעת הטור הפי' דלוקח אינה ליתומים ונמכר קרקע שלהם בזול וא"כ הברירה ביד יתומים או לבטל המקח או שיאמרו החזר לנו כפי מה שאוניתנו דל"ל יתומים אינו ללוקח דהא דעת הרמב"ם כמבואר בס"ה דאין חוזר כלל אך יש להבין דמה זה שכתב דלא יהיה כח הדיוט חמור מהם מה חומרא כאן בממ"נ טוען הלוקח אם כפי ההדיוט באת עלי הרי אין אונאה לקרקעות ואי בכח יתומים מקחו בטל ואיה מקומו להחזיר האונאה ולקיים המקח וצ"ל דס"ל לרמב"ם

דחז"ל משוו מטלטלין לקרקעות בכל אופן בשומת ב"ד ושלא לעשות ביניהם הבדל כלל שלא לחלק בין שומא לשומ' ולכך במטלטלין ודאי אם ירצו יתומים שיחזיר להם אונאה ויקיים המקח מקחן קיים ומחזיר דלא יהיה כחם גרוע משל הדיוט דקי"ל קנה ומחזיר אונאה ולכך אף במקרקע כן דלא חלקו חז"ל בין שומא לשומא ולכך נתן הרמב"ם טעם זה למטלטלין וה"ה לקרקעות מכח ממילא ודייק ליה הרמב"ם דמשנה כללן שום הדיינים דמיירי במטלטלין נמי כדאמרי' בגמרא בדברים שאין מכריזין דהיינו מטלטלין ומדכללן כחדא ש"מ דחד דינא אית ליה. אמנם כפי מה שנראה מתוך דברי הר"ן ויתר מחברים לא אייריי דנתאנו יתומים רק דנתאנה הלוקח דהיינו לא לוקח רק המלוה שנישום ליה בחובו ובזה דינו דשתות מקחו בטל הואיל ושמוהו בע"כ כמ"ש הרמב"ן בזו מ"מ אם ירצו יתומים לקיים המקח ולהחזיר לו אונאה שפיר דמי דזה מתקיים במטלטלין ומכ"ש בקרקעות. ולפ"ז אפשר בקרקע ונתאנו היתומים דא"י לכוף ללוקח לקיים המקח ולהחזיר אונאה דקאתי בכח ממ"נ ומודה להרא"ש הרמב"ם בזה. ומהכ"ת לעשות מחלוקת חדשה. ולכך בסי' זה דהעתיק לשון הרמב"ם מכוון בלי שינוי לא הביא המחבר דעת החולקים דהוא הרא"ש דאם מפרשינן כפי' השני לא יחלוק הרא"ש משא"כ בא"ע סי' ק"ד דהעתיק בפי' אם נתאנו היתומים הביא וי"ח שהוא הרא"ש דחולק וע"ש ונראה לדעת הרמב"ם אם נתאנו יותר משתות והם מרוצים מ"מ לקיים המקח המקח קיים לדעת הרמב"ם לקמן בהל' אונאה דאף בביטול מקח א"י לחזור המאנה דלא עדיף כח הדיוט משל יתומים ואפשר לפי שנתן הסמ"ע הטעם לקמן דלכך אין המאנה יכול לחזור דלא יהיה חוטא נשכר אם כן כאן דנעשה עפ"י ב"ד לא שייך כך ומ"מ דחוק וצ"ע:

ד **והמטלטלין בגמרא קאמר הטעם שמא יגנבו** ויש להסתפק אם המטלטלין הם ביד המלוה דתפסינהו למשכון אם ג"כ לא שייך ביה הכרזה דלא שייך שמא יגנבהו דהוי ש"ש או משום פרוטה דר"י או דתפסינהו אזוזי וא"כ מה חשש גניבה יש כאן ואונסי' לא שכיחי. ומתוס' דהקשו הא מטלטלין דיתמי לא משתעבדי ותי' דתפסינהו אזוזי משמע דס"ל דמ"מ יש כאן חשש אונס או דלא פלוג עבדי רבנן או דחששו גם כן להפסד דמלוה:

סימן קי

א **אין גובי' בו** ובתשובת מהר"א בן חיים כתב דאם נכתב בשטר שיהיה שיגבה מיורשים קטנים גובין אף מיתומים קטנים ע"ש ומצאתי ראיה לדבריו מן פ' גט פשוט דף קמ"ד בתוספ' ד"ה ואם וכו' דכתבו לר' פפא דאמר לכך אין נזקקים לנכסי קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו ואם כ' הלוה התקבלתי גובה אפילו מיתומים קטנים דלכך כתב ליה

שיהיה כחו לגבות מיתומים קטנים וא"כ ש"מ דיכול להתנות שיקבל פרעון מיתומים קטנים ומכ"ש לר"ה מדאמר משום צררי דיכול להתנות ולמחול לכל צררי דאתפיס ולכך לא קאמר איכא בינייהו בין ר"פ ור"ה בהתנה על יתומים קטנים. דזהו מועיל לכ"ע ונכון הוא וברור. ואעפ"י שהרמב"ם כתב כי כל תנאים לא מהני אפשר דלא נתכוין לתנאי זה וכן עמא דבר דמגבין אפילו ביתומים קטנים בכל ב"ד וצ"ל דסמכו הואיל וכך נהגו לכתוב בשטר אפילו מיתומים קטנים:

ב **מכותי שקיבל וכו'** ואע"ג דקי"ל לעיל סי' צ"ב חשוד שבא לפרוע מן יתומים הוה ג"כ בכלל אין אדם מוריש שבועה ומפסיד וזהו חשוד כמ"ש הב"י בסי' כ"ח צ"ל דמיירי דיש בו נאמנות ומ"מ אין נזקקי' ולהנך רבוותא דס"ל נאמנות מועיל כמ"ש בעה"ת צ"ל דפליגי אהך דלעיל סי' צ"ב ע"ש:

ג **ולא קיבל עליו שלא ליקח** רבי' כן משני בגמרא והא דלא מוקי גמרא בפשוט שקבל על עצמו לקיים ז' מצות בן נח כגר תושב והוא גוי כשר וכפי מ"ש הרמ"א בתשובה סי' יו"ד בן נח מצווה על הדינים היינו בדיני ישראל בכל אופן בלי שינוי וא"כ דיינין ליה כדינינו אבל רבית שקל דמפורש בתורה להתיר' כמ"ש התוס' ב"מ דף ע' ע"ב ד"ה תשיך ע"ש. ול"ל דתקנת חכמים אינו בכלל הדינין דמצות בן נח והך להמתין ומבלי להזקק לנכסי י"ק תקנתא דרבנן. דמ"מ אח"כ פריך מברייתא אין נזקקין לנכסי יתומים אלא מזיבורית פריך ג"כ אי בנכרי מי צאית ומשני שקבל לדון בד"י פריך רבית איך שקיל וכו' ובזו ד"ת ב"ח בזיבורית. ומזו לכאורה ראיה דלא כרמ"א דלא נצטוו רק לעשות דין ומשפט אבל אף כפי נימוסי' ש"ד. ונראה לדעת הרמ"א דהגמרא ביקש לשנויי אף לרב פפא דאמר טעמא דאין נזקקין משום יתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו והיינו דס"ל שעבודא לאו דאורייתא כמ"ש הרמב"ן ועיין לעיל סי' ל"ט בדברי הש"ך ובמ"ש שם ויתומים כשיגדלו דחייבי' לשלם הוא מתקנת חכמים וא"כ אף דאמרינן דגם לגוי צריכין לשלם היינו משום לא פלוג בין ישראל ובין גוי אבל ברבית שעלה דאינו במציאות בישראל אף לגוי לא תקנו ואינו בכלל פרעון מצוה ואינם משלמין כפי הדין רבית כלל ושפיר פריך רבית איך שקיל לא מתורת איסור רק דאין יורשים מחויבים לשלם כלל ודוק:

ד **לפיכך וכו'** בטור כתב הך לישנא רק במקום דכתב המחבר הך לישנא מהני ליה תפיסה כ' הוא מותר לו לתופסם בחוב והב"י כתב דלישנא דמותר אין מדוקדק ולכך כתב בש"ע לשון מהני תפיסתו וכן כתב הב"י דבעה"ת כתב דמחיי' מהני תפיסה. והטור כתב דאפילו לאחר מיתה. וכתבו המחברים דבעה"ת מיירי לדינא דש"ס דלא משתעבדי מטלטלין דיתמי ולכך צריך תפיסה מחיים והטור כתב לבתר תקנתא דגאונים ושוה

לאחר מיתה כמו מחיים בלי הבדל. וע"ז נאמרים הדברים בש"ע פה. ואולם הרב הש"ך השיג ודעתו בחיים אפילו בא לב"ד ואמר דתפס מהני אבל לאחר מיתה מותר לו לתפוס מ"מ אם בא לב"ד ואמר דתפס מוציאין מידו דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אבל אם לא בא לב"ד הוא בנפשי' יוצא ידי שמים. ולכך כתב הטור מותר לתופסן ולא דמהני ליה תפיסתו ועיקר ראיית הש"ך הוא מדברי רי"ו נכ"ו ח"ג הביאו הסמ"ע סעיף קטן וי"ו דכתב להדיא בדתפס מטלטלין מוציאין מידו ומניחין ביד שליש עד כי יגדלו היתומים עיין שם שהאריך. ואני איני מבין דבריו כלל כי מה שיאמר בכוונת הטור דלצאת ידי שמים יכול לתפוס לא הבנתי מה קמ"ל בזה דהא הוא יודע בנפשו דלא נפרע ולא קיבל צררי ופשיטא דיכול לתפוס ומאן ימחה כיון דיודע דלא נפרע וקמי' שמיא גליא. ובעיקר הדין שאמר אם תפס מטלטלין לאחר מיתה ובא לב"ד מפקינן מיניה דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים לא נראה שכן דעת הטור כלל דמ"ש מטלטלין בזה"ז ומ"ש קרקע והא כל חילי' דהך דמהני תפיסה מן רבה בר שרשום דאי לא נפיק קלא דהוי ארעא דיתמי וה"ל מגו היה מהני תפיסה ושם תפיסה לאחר מיתה הוי דאף דקרקע היה בידו בחיים לא בתורת תפיסה רק בתורת משכנ' ולאחר מיתה הוא דכלו ליה זמן משכונה כמ"ש בעה"ת וכל מחברי' להדיא ואז תפסן לחוב א"כ אין זה תפיסה כלל מחיים דבחיים לא תפסו בשביל זה החוב כלל ואפילו אם בידו בפקדון מחיים לא קרוי תפיסה עד שיאמר לחובו אני תופסן כמבואר בפ' הכותב בעובדא דסבתא במלוגמי דשטרא ע"ש. ומכ"ש קרקע שבחזקת בעלי' עומדת ובחי' דקתפיס לא מחוב זה כלל רק מתורת משכנתא וזהו כבר כלה לי'. ובפרט דכל תפיסה של רבה ב"מ היה על פירות כמ"ש הרא"ש והבעה"ת ואיך שייך על פירות שיגדילו שנה בשנה תפיסה מחיים. עד שיהיה לו רשות לנכות הפירות מידי שנה בשנה וברור דזה קרוי תפיסה לאחר מיתה. ומ"ש מרי"ו תמהני וכי הכל שוים בדין זה הלא דין זה במחלוקת שנוי' כי הרמב"ן בחדושיו לב"ב בשמעת' דרבה ב"מ הקשה למה כביש ליטרא ולא בא לב"ד כד שלמו ימי משכנתא ואמר דברים כהווייתן כך יש לי חוב ויש לי מגו והיה נאמן ותי' דמ"מ היה מוציאין מידו דהואיל הם קטנים לא עדיף מגו מעדים ומוציאין מידו. אבל ר"י הלוי כתב דבאמת כך היה מעשה היה בא לב"ד ואמר כנ"ל ונאמן במגו רק אמר רבה אילו לא עשיתי כן רק הייתי מקדם מחזיר הקרקע ואח"כ אתבע לא הייתי גובה דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים ולכך באתי לב"ד וה"ל מגו ואין מוציאין עכ"ל ע"ש באריכות. הרי דבר במחלוקת שנוי' ואולם הבעה"ת כתב להדיא וכן אם אכל שני חזקה בחיי האב מתוך שיכול לומר לקוחה בידי שהרי אכל שני חזקה נאמן לומר חוב יש לי על אבוהון ואגבה אותו מפירות וגובה שלא בשבועה

וכ"כ הרמב"ם ז"ל וכ"כ המ"מ בפי"ד מהל' טוען דדעת הרמב"ם בזה כדעת רבו ר"י מגאש ז"ל. וכן מבואר לקמן בש"ע סי' ק"ן והש"ך גופיה כתב לקמן בסי' ק"ן ס"ק ג' דלא קי"ל כרמב"ן רק כר"י מגאש וא"כ הדין ברור דמהני תפיסה. אמנם רי"ו דעתו כדעת הרמב"ן דכן כתב בנתיב הנ"ל ומוכח מעובדא דרבה ב"מ בב"ב אפילו החזיק בקרקע בחיי אביהון וטוען כך וכך יש לי על אביכן מחזיר הקרקע ליתומים וכשיגדלו יטענו עמהם ואם טוען שבתורת משכנתא בא לידו אם בענין שיכול לטעון לקוחה בידי נאמן עכ"ל וכתב הש"ך בסי' ק"ן ריש ס"ק ג' דהא דכתב דמוכח מרבה ב"מ היינו דקשיא ליה קושי' הגהת מרדכי שהיא קושי' הרמב"ן הנ"ל. ולכך כתב כנ"ל וס"ל אפילו תפיסה בחיים לא מהני דכתב אם תפס מטלטלין ואמר משכון בידי נאמן הרי דוקא משכון אבל תפיסה לא מהני לשיטתו דס"ל כרמב"ן וסייעתו. וזה ברור ברי"ו וא"כ הש"ך ביקש להביא ראיה מן רי"ו לבעה"ת והטור ולא נשא האמת לשבת יחד כי מחולקים בדין הנ"ל. ולכן ברור דמהני תפיסה. אלא שיש להבין לדעת הבעה"ת לדינא דגמרא תפיסה במטלטלין לאחר מיתה לא מהני איך יכול רבה ב"מ לתפוס פירות הגדילים בקרקע לאחר מיתת הבע"ח והא ה"ל מטלטלין ואף דנימא דתמי' היה תופס בהן טרם שיתלשו וה"ל מחוברים בקרקע והרי הן כקרקע מ"מ מי גרע משבח דג"כ אין לב"ח בשבח שהשביחו נכסים לאחר מיתת אביהן וה"ל ראוי. וא"כ מ"ש זה דלא משתעבד ומ"ש מטלטלין דיתמי ולכן היה בדעתי לומר כי הבעה"ת לשיטתו דס"ל שבח דממילא לבע"ח יהבינן ולכך נחית לחלק בין מחיים לאחר מיתה אבל הטור דס"ל דגם זה אין ב"ח גובה א"כ מוכח דאף תפיסה לאחר מיתה מהני ולכך אף בתפס לאחר מיתה דעתו דמהני אלא דזה דוחק דיהיה נקרא שבח דממילא וגם בפירות הגדילים לאחר מיתה שנה בשנה לא יהיה בכלל מטלטלין דיתמי לכן ברור דס"ל דמה בכך דלא משתעבדי מ"מ מגו יש בו וקי"ל מגו מממון לממון ויכול אני לתפוס חפץ בשביל חפץ אחר וכן הדבר יכול לתפוס משל יתומים מטלטלין בשביל שיש להם קרקע ששייך לו. ומ"ש בעה"ת בתפיס מחיים הוא כמ"ש הב"י משום דיוקא נקטא ביש עדים דלא מהני אבל זולת זה מה חילוק בין בתפס מחיים לאחר מיתה. ועיי' במשנה למלך פי"א מהלכ' מלוה כתב ג"כ דאין לפקפק בתפיסה בלי עדים לאחר מיתה דמהני. אפילו לדינא דגמרא והביא ראיה נכונה מהא דאמרינן בפ"ב דכתובות זמנין דתפסה מאתי' ופי' התוס' ויהיה לה מגו ותאמר בתולה נשאתני ותהי' נאמנת ומזו מוכח אף דמטלטלין אפילו בחיי בעל לא משתעבד מ"מ מהני תפיסה ה"ה לבע"ח ביתומים וע"ש דדחק לחלק בין בעל לכתובה ובין יתומים לבע"ח והוא חילוק קלוש ודחוק. אם לא דנדחה ונימא זמנין דתפסה מעות ובזו דעת הר"ן ריש אלמנה נזונות לחלק דבזו

לכ"ע מהני דהוי כפרעון ע"ש וזהו רק דחי' בעלמא ומי מכריחנו לכך. אמנם לדידי נר"ל להיפוך דאיך החליטו פה בתפס בעוד אפילו בחיים אין נזקקין ליתומים קטנים. הא בסוף כתוב' בשמעת' דזה גובה וזה גובה בשנים שהלוו זה לזה וטרח הגמרא למצוא אופן שני הגביות כדי שלא יהיה אפוכי מטרת' ע"ש והקשה הרמב"ן כמ"ש בעה"ת בשער ל"ז והר"ן דנימא ביתומים קטנים דהם גובים ממנו והוא א"י לגבות עד שיגדילו היתומים. ותרצו כיון דתפס מחיים בכה"ג לא אמרו חז"ל אין נזקקין ליתומים קטנים לאפוקי ודין זה פסק לעיל בש"ע סי' פ"ה ס"ה בפשיטות וע"ש בסמ"ע והא שם תפס בעדים דשטרו ביד היתומים ומ"מ לא מפקינן. ומזה ג"כ ראיה דלא יקשו דברי הרמב"ן אהדדי דבב"ב גבי רבה ב"מ דעתו דלא יהני תפיסה ואלו בזו תי' הואיל ותפס מחיי' אין מוציאין ש"מ דס"ל דהך רבה ב"מ תפס לאחר מיתה בפירות וכמש"ל או קרקע שאני בחזקת בעלה עומדת ולא הוי תפיסה מעלי' כמ"ש הבעל מ"ל ע"ש עכ"פ מוכח דתפיסה אפי' בעדים מהני ול"ל דשם הוי כתפס מעות כיון דחובו בידו והוא חייב מעות דזה אינו דאדרבא תפיסה דהתם גרע דאמרינן לדינא דגמרא אי לא בידו קרקע להגבות ליתומים רק מעות ומטלטלין הוא צריך לשלם ליורשים והוא אינו גובה כלום דה"ל מטלטלין של יתומים דלא משתעבדי וש"מ דלא ה"ל כתפס לגמרי דאילו ה"ל כתפ' מחיים הא גובה במטלטלין דיתמי ומכ"ש אי נימא דהוי כתפס מעות דפשיטא דמהני לגבי יתומים דהא הוי כפרעון כמ"ש הר"ן בריש פ' אלמנה לגבי כתובה ע"ש. ועיי' בג"ת שער הנ"ל ואדרבא בזו דיגבה מיתומים היינו בהגבה להם קרקע וקשה א"כ דיגבה להם קרקע ה"ל כאלו קרקע זו היה ביד אבוהן דיתמי כמ"ש התו'. ועמש"ל ס"ס פ"ה איך יהני תפיסה מחיים ועכצ"ל דבחיים אפי' תפס בעדים לא מוציאין וכן מורי' דברי רמב"ן וביחוד דברי ר"ן סוף כתובות וצ"ע ודוק. ועכ"פ יפה טען הש"ך על הסמ"ע דהעתיק דברי רי"ו דלא קאי לדינא של הש"ע ובמחלוקת שנוי':

ה **שיכול להחזיק** וכ' הש"ך ס"ק וי"ו אפילו תפס בחיי אב בעדים מ"מ אם לא ראהו. עתה בידו יש לו מגו דהחזיר ליתומים ואע"ג דה"ל מגו דהעזה לענין ממון אמריק מגו דהעזה. ויפה כתב בזה אלא שאני מסופק היאך יטעון החזרתי ליתומים הלא הם קטנים וכי בני החזרה נינהו ולאפטרופס מלבד דהא קי"ל אפוטרופס מעיד אף די"ל בהא דנוגע אינו מעיד מ"מ הוי מגו מגברא לגברא כי איך יעיז פני אפטרופס ויפסיד לאפטרופס ולכן דין זה צל"ע ועיין לעיל כללי מגו:

ו **יורש גדול וכו'** עיין בסמ"ע הטעם דליכא חשש לצררי הואיל ויורש גדול פה וזה דחוק כמ"ש הש"ך ואולם הש"ך תי' דמיירי בתוך זמנו ודבר זה ג"כ ליתא דמה קמ"ל הרא"ש

והטור בזה ומ"ש דנתנו יורש גדול לקטן או אם יורשו קטן מתחילה ועד סוף. אבל באמת אין צריכים לכל זה כי שם בתשובה מבואר הטעם למה בנפרעין שלא בפניו לא חיישינן לצררי וביתומים קטנים חיישינן וצריך לומר כדאמרינן בגמר' משום תקון עולם שלא יהיה כל אחד נוטל מעות חבירו והולך לו למד"ה. ולכך תקנו שיטול בשבועה משא"כ ביתומים קטנים דלא שייך הן וא"כ בזה הנדון דיורש גדול נותן ליורש קטן הדבר דומה למי שהלך למד"ה דכל אחד להפקיע כוחו של בע"ח שלו יתן נכסיו לקטן ולא יוכל להתפרע ממנו והרי זה דומה כמי שהלך למד"ה דנפרעין שלא בפניו מנכסיו ופשוט:

והנה בראש בתשובה ההוא התנה דוקא בשטר כבר מקוים אבל אם אינו מקוים אין מקיים השטר בהיותם קטנים דאין מקיימין שטר שלא בפני בע"ד ותמהו כולם דהא קי"ל מקיימין השער שלא בפני בע"ד. והסמ"ע ת"י דכאן בקטנים תרתי לריעותא להיות נזקק לנכסי קטן וגם לקבל עדות קיום שלא בפניו לא עבדינן והרב בעל כה"ג דעתו כך והוא קרוב לדעת הסמ"ע בשלמא כשהי' מקוים א"כ כבר חל שעבוד פרעון על היורש הגדול ולאו כל כמיניה ליתן נכסיו לקטן לגרע שעבודו ולכך נזקקין אבל כל זמן שלא היה מקיים אף דיכול לקיים מכל מקום עדיין לא חל הפרעון על הגדול עד שיתקיים וא"כ יפה עשה בנותנו לקטן וה"ל כמו יתומים קטנים ואין נזקקין לנכסי יתומים קטנים. ע"ש וכבר קדמו רבו מהרי"ט בסברא זו חלק ח"מ סימן ז' ע"ש. אלא לדבריהם מה זה דתלי הרא"ש הטעם דאין מקיימין השטר שלא בפני בעל דין דזהו באמת ליתא לדינא רק ה"ל למימר דאין נזקקין לנכסי קטנים הואיל ולא נתקיים. ולכן יותר טוב לדחוק ולומר דעובדא דהרא"ש היה שלא היה פה עדים אחרים המכירים חתימת עדים רק עדי שטר בעצמם הם המכירי' ומקיימין חתימתן וס"ל להרא"ש כרשב"א בחדושיו לב"ק דלכך מקיימין שטר שלא בפני בעל דין משום דעל כת"י עדים מעידים וא"כ מה לו לבעל השטר להיות עומד שם ע"ש וזהו אם עדים אחרים מעידים אבל אם עדי השטר בעצמן מעידין קי"ל כחכמים דעל מנה בשטר מעידים ולכ"ע צריכין העדים לזכור גוף הלואה והעדות כמש"ל סימן מ"ו וא"כ אזיל סברת רשב"א וצריכין לקיים בפני בעל דין דהא הוא עדות גמור וברור עד שצריכין לזכור העדות וזהו אפשר נכון לדינא ואף שדחוק קצת לומר בדברי הרא"ש שכך היה מעשה מה שסתם את דבריו מכל מקום יותר טוב משנתחדש דינים אשר אין להם שורש וענף בדברי חז"ל ונראהדיש להרא"ש ראיה מהך עובדא דרבה ב"מ בב"ב דקשיא ליה קושי' הרמב"ן לעיל ס"ק א' דלמה לי' לכבוש לימא דברים כהווייתן בבית דין ויהיה לו מגו וצ"ל כמו שכתב הרמב"ן בתי' א' לשיטת הגאונים דאף דאית ליה מגו מכל מקום צריכין לישבע דה"ל מנשבעין ונוטלין ולכך כביש ולהוציא

לא אמרו הגאונים ע"ש. רק קשה הא רבה ב"מ ה"ל שטר חוב כדמוכח מגמרא ולגבי שטר לא שייך שבועת הגאונים כמ"ש הש"ך לקמן סימן קמ"ט ס"ק כ"ד ע"ש ועיין מש"ל. ולכך ס"ל להרא"ש דאמת היה לו שטר דאל"כ איך הי' יכול להוציא מיתומים בשבועה רק לא היה מקוים ולכך לולי השבועה היה ממתין עד שיגדילו והי' מקיים שטר ונוטל בשבועה והוא להנצל משבועה חשב אלו יבא בקטנותם ויאמר דברים כהווייתן עדיין שבועה מגאונים ושטר ליכא דהא אינו מקוים ואין מקיימין בפני קטנים (ולפמ"ש אולי י"ל אופן זה היה קיום דרבה ב"מ דברי עצמן אמרו כן) ולכך הוה אכיל ותו לא שייך שבועת הגאונים כמ"ש הרמב"ן ודוק:

ז **וכן קטן וכו'** לברר דין זה כי האריך בו הסמ"ע קצת צריך להעתיק דברי גמרא ב"ק דאמרינן בהגוזל בתרא בן חמוה דר' ירמיה שהיה קטן נעל הדלת בעד ר' ירמיה וביקש ר' ירמיה להביא עדים דהחזיק בה בחיי חמיו ואמר ר' אבין אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ופריך הגמרא הא א"ר אושעי' קטן שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה חבירו אין אומרים נמתין עד שיגדיל אלא מוציאין מידו מיד ומשני הגמרא התם לית ליה לקטן חזק' אבות משא"כ בהך עובדא דרבי ירמיה היה לקטן חזק' אבות עד כאן לשונו הגמרא. ובהגה' מרדכי פרק הגוזל בתרא הבית דעת ר"י דאפי' היה ר' ירמיה בתוך הבית מפקינן מיניה דומיא דקטן דלא מפליג בהנך תרי מילי א לא חזק' דאבות ולא משום דהתם בעל השדה מוחזק בשדה אלמא גבי ר' ירמיה ימתין עד שיגדיל אע"ג דר"י היה מוחזק בבית וריב"א פי' דוקא טרק גלי' והחזיק התינוק בעצמו ולא הניחו מעכשיו אינו יכול רבי ירמיה להוציאו מידו אלא בעדי חזקה ואין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אבל אם היה ר' ירמיה דר בבית וזהו היה תובעו לצאת מהבית לא היה מוציאין לר' ירמיה וכו' וכ"כ רבינו אפרים עכ"ל. ודעת הסמ"ע נראה מדבריו לפרש דלא נחלקו אי הי' ר' ירמיה מוחזק בשדה טרם שטרק גלי' כי זהו דעת כולם שוה דמ"מ אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד מדלא משני הגמרא כן רק דעת ר"י אפילו לא היה הקטן סוגר הדלת והיה ר' ירמיה יושב בתוך הבית כיון דאית ליה לקטן חזקת אבות מוציאין מהבית לר"י וימתין עד שיגדיל היתום אמנם ריב"א ורבינו אפרים ס"ל דוקא דכבר סגר הקטן הדלת לא היה הב"ד מזדקקין לומר לקטן פתח ויכנס ר' ירמיה אבל אלו היה רבי ירמיה יושב לא היה הב"ד מוציאו ומקבלין עדותו וכן י"ל מ"ש בהגהת הרא"ש לב"ק פרק הגוזל בתרא ר"ת היה מגיה שר' ירמיה לא היה מוחזק בבית דאלו מוחזק לא היו מוציאין כדמוכח מעובדא דרבה ב"מ ב"ב דאי היה טוען לקוח הוה מהני אף דצריך להביא עדים וכו' ע"ש י"ל ג"כ כוונתו אף דמתחילה היה ר' ירמי' מוחזק מ"מ עכשיו הקטן סוגר הדלת ודעתו כדעת

ריב"א טרק גלי' דוקא והתוס' ב"ק שם ד"ה אבל וכו' דכתבו דמשמע דאפילו היה ר"י בתוך הבית דעת הסמ"ע כוונתם מתחילה קודם שסגר הדלת ואעפ"י שהיה בתוך הבית מ"מ לא הועיל לקבל עדות הואיל ויש לקטן חזקת אבות אבל מ"מ י"ל דס"ל כדעת ריב"א ור"ת דעכשיו עכ"פ לא היה יושב בתוך הבית דהיה טריק גלי' אבל אם עדיין היה יושב לא היו מוציאין. ומדברי התוס' דעירובין אין הכרח כלל ע"ש ודברי הש"ך דכתב דבתוס' דעירובין משמע כסמ"ע אינם מובנים לי כלל כי שם לא נזכר רק להיכי דאית ליה לקטן חזקת אבות ולנמצא אין לו. ודעת הסמ"ע וכן הב"ח להלכה כריב"א וא"כ אם יש לקטן חזקת אבות וגם סגר הדלת עד שעכשיו אינו בתוך הבית אע"פ דמקדם היה מוחזק בבית מ"מ אין מקבלין עדים עד שיגדיל והן דברי רמ"א על הרמב"ם ומחבר דהעתיקו סתם קטן שתוקף וכו' דאם יש לקטן חזקת אבות וכבר תקף אין מוציאין מיד הקטן וברי"י נכ"ו ח"ג משמע כסמ"ע לחלק בין תקף והוציאו או שהוא עדיין יושב. אך יש לדקדק כיון דר"י וריב"א שניהם שוים דאף דאית ליה חזקה לא מהני בדאית ליה לקטן חזקת אבות ולא נחלקו רק אי בעינן דוקא שסגר הדלת או אפילו יושב בתוך השדה מ"מ מוציאין אותו א"כ מה ראיה מביא ר"י מהא דלא משני על הך קטן שתקף וכו' דהתם בעל מוחזק וכו' דהא זה פשיטא ובזו לא חולק ריב"א כלל בהך שתוקף דלא מהני מה שהיה מקדם מוחזק ואפילו היה ר"י מוחזק לא מהני. ועיקר דברי ר"י הוא דטרק גלי' לא נפקא מינה לדינא רק מעשה שהיה כך היה על זה לא מביא ראיה כלל ולכן יותר היה נראה כמ"ש מדברי המהרש"ל בים של שלמה לבבא קמא. דלכ"ע הך דטרק גלי' לא מעלה ולא מוריד וכי עולם של הפקר הוא שבא בזרוע לגרש האחד מחזקתו בשביל זה יוגרע כח המוחזק ואתה נותן יד לאילמים בעלי זרוע רק נחלקו בדברי רש"י דרש"י כתב טרק גלי' שלא להחזיק ר' ירמיה בו ומזה משמע דלא היה ר"י עדיין מוחזק בבית רק היה לו עדים דקנהו מחמיו אבי היתום. ובזו דעת ר"י דלא כרש"י דאפילו היה ר"י מוחזק מ"מ היה מוציאין דאל"כ ה"ל לשנויי דקטן שתקף שם בעל השדה מוחזק אלא דזהו אינו לדינא אפילו מוחזק כל שיש לקטן חזקת אבות לא מקבלין עדות וריב"א נחלק עליו וקאמר דוקא טרק גלי' והיינו כפי' רש"י דמנעו להחזיק בו אבל אם היה מוחזק לא היה מוציאין והך טריקת גלי' אינו מועיל כיש"ש דמה נ"מ בבעל זרוע וזהו ג"כ דעת ר"ת דכתב דר' ירמי' לא היה מוחזק בבית והיינו כפי' רש"י וראיה מרבה ב"מ כמ"ש באריכות. ולפ"ז לדידהו קשיא א"כ לישני הך דקטן וכו' אירי דשם בעל השדה מוחזק כקושי' ר"י וע"ז משני היש"ש דלא זו דלא היה ר"י מוחזק אף זו דהיה לקטן חזקת אבות ע"ש ביש"ש באריכות. ולפ"ז דעת התוס' בב"ק הנ"ל דכתבו אפילו היה ר' ירמי' מוחזק ס"ל כדעת

ר"י ולא כריב"א ור"ת וכן משמע מפסקי התוס' דכתבו ואין להחזיק בנכסי קטן שיש לו חזקת אבות אפילו שכנגדו מוחזק עכ"ל הרי דכתב אפילו שכנגדו מוחזק משמע להדיא אפילו מוחזק ועומד ולא הוציאו כלל מהבית וזהו מוכח דס"ל דלא כסמ"ע דטרק גלי' לאו קפידא בו דאל"כ איך פסק ואומר אפילו שכנגדו מוחזק. וכן מוכח מדברי הרמב"ן לב"ב דמפרש על רבה בר משרשי' לקוח לא מצית אמרת דנפק עלי' קלא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד כמו עובדא דר' ירמיה וקשה מה ראיה הא שם טרק גלי' משא"כ רבה היה מוחזק אלא אין זה מעלה ומוריד כלל כמ"ש כי מה נ"מ בזרוע רמה. וכן נראה דעת רבינו ב"י דכתב כי דעת רש"י דכ' דר' ירמיה רצה להחזיק בה כדעת ריב"א הרי דלא מפרש דריב"א ס"ל ג"כ דהיה לר"י חזקה רק הקטן הוציאו מהבית דזהו דלא כפי' רש"י רק צ"ל כמ"ש דס"ל לריב"א כפי' רש"י. ומעתה הרי הריב"א ורבינו אפרים ור"ת כפי מ"ש הגהת הרא"ש ורש"י חולקים אתוס' ור"י. וס"ל דלא מהני חזקת אבות למוחזק להוציאו. והנה חפשתי ומצאתי בבעה"ת שער י"ד ח"א דין י"ב דמתחילה נסתפק בעובדא דר' ירמיה אי היה מתחילה קודם סגירת הדלת ר' ירמיה מוחזק או לא והביא דעת הראב"ד ולבסוף דעת הרא"ש מלונוול דר' ירמיה לא היה מעול' מוחזק בבית חמיו והראיה דהיה סוגר הדלת בפניו ואלו היה ר"י מוחזק נעילת דלת מה מעלה ומה מוריד ומעשה שהיה כך היה דחוק אלא ברור לפי' רש"י דלכך סתם הדלת שלא יחזיק בו והביא ראיה ג"כ מעובדא דרבה ב"מ דמוחזק מועיל וע"ש שכתב להדיא סגירת דלת אינו מעלה ומוריד וע"ש כי הסכים עמו הבעה"ת וא"כ הרי הורה זקן בהלכה כריב"א ור"ת במקום דאית ליה חזקה לא מוציאין אפילו אית לקטן חזקת אבות וסגירת דלת לא מעלה ומוריד וברור דהסמ"ע והב"ח ורמ"א לא זכרו אז דברי בעה"ת הנ"ל דאל"כ איך לא הביאה כלל ולא שמהו דבר בענינם. ולפ"ז ברור דהלכה כך ולכך צדקו דברי הרמב"ם דפסק סתם קטן שתקף וכו' ולא חילק אם יש לקטן חזקת אבות או לא דכיון דבעל שדה מוחזק לעולם מקבלין עדות. ותקיפת הקטן אינו מעלה ומוריד כלל ואטו בשופטני עסקינן. וכי אתמר הך חילוק דחזקת אבות היינו אי אין המערער מוחזק בזו אי יש לקטן חזקת אבות אין מקבלין כהך דר' ירמיה לדעתם אבל אי לית ליה לקטן חזקת אבות כלל מקבלין והיינו הך נמצא שדה שאינו שלו מקבלין דבזהו לית ליה חזקת אבות ועיין תוס' דעירובין משמע ג"כ קצת כמ"ש והדבר ברור. ויחיד הוא ר"י לגבי רבוותא הנ"ל. וכן מורים דברי הטור דכתב מתחילה קרקע שהיא בחזקת יורש שאביו היה מוחזק בה ונתברר שהיא גזולה מוציאין אם נתקבל עדים בחיי האב וכתב בד"א שהקרקע בחזקת קטן אבל לא היה בחזקתו אלא שתקף בעבדיו וכו' מוציאין ממנו מיד הרי אדלעיל קאי אפילו יש

לקטן חזקת אב ומ"מ מוציאין ממנו והטעם הואיל והאחר מוחזק בשדהו וכ"כ לעיל בסי' נ"ח שכתב ודוקא הנכסי' שהם בחזקת אב ובא אחר להחזיק בהם וכו' הרי מורה דעדיין לא החזיק והיינו כפי' רש"י דטרק גלי' שלא יחזיק בו. והוא דעת ריב"א וכ"כ לקמן סימן קמ"ט אות כ"ז בשם ר"י ברצלוני שאם החזיק המחזיק בחיי אב אבל בעת מיתת האב היה בחזקת אב ומת והניח בן קטן אין מקבלין עדות וכו' הרי דוקא דהיה בעת מיתת האב היה בחזקת אב אבל אם היה מערער מחזיק בו אף שאח"כ הוציאו הבן מקבלין וכ"כ הב"ח שם דדעת' כפי ר"ת דרבי ירמיה לא היה מוחזק בשל חמיו ואמת כי ק"ק כי ברמזים הביא על הך דתנוק שתקף דמוציאין מידו היינו בדלית ליה חזקת אבות וצ"ל דחזר בוכי באמת הרא"ש לא הזכיר כלום שום דיעה וזה מורה דס"ל כדעת רש"י ור"ת כמ"ש הפלפלא חריפת' וא"כ דברי ר"י יחיד הוא וצ"ע על הרמ"א שהביא דעתו נגד רוב פוסקים ובעלי תוספ' ריב"א ור"ת ור"א ז"ל. והעיקר כדברי מחבר:

ח **וכן אם גזל מורישם וכו'** כ' הש"ך סי' קי"ח דהודה כן בכת"י כן דעת מהרש"ל אבל מדברי בעה"ת משמע דמקבלין בזה עדות אפילו לאחר מיתה וכן משמע פשט דברי הטור וכ"כ הע"ש להדיא וצ"ע עכ"ל ועירב הדעות כי פשיטא הבעה"ת ס"ל כתו' ורמב"ם דס"ל הא דאמרינן נמצא שדה שאינו שלו מזקקינן דלא מחזיקין סהדי בשקרא מקבלין עדות אפילו בפני יתומים קטנים א"כ פשיטא הא דתניא בזמן שגזילה קיימת לרבנן בין גדולים ובין קטנים חייבים לשלם א"צ שהודה רק מקבלין לאחר מיתת הגזלן בלי פקפוק וכן דעת הש"ע ולכך יפה כתב העיר שושן לשיטת הש"ע אבל בטור דנמשך אחרי דעת אביו הרא"ש דמפרש להדיא הא דאמרינן לבד משדה שאינו שלו וכו' איירי שנתקבל העדות בחיי האב וכ' בהגוזל דהך דרבנן וסומכס ג"כ איירי בגזילה קיימת וידוע ולכך מוציאין מידם ופי' הש"ש דהיינו דידוע לכל שהיא של הנגזל עד שאין צורך לעדות וה"ל כנתקבלה בחיי אב וא"כ באין גזלה קיימת דלא שייך כך דבשביל זה טרח הרא"ש לאוקמי בגזלה קיימת וא"כ פשיטא דאמת כדברי מהרש"ל דע"כ נתקבל בחיי אב ושיטת הבעה"ת והטור מחולקים. ואמת מה שמפרש הרש"ל בדברי הרא"ש שכ' דאיירי בגזילה קיימת וידוע שהוא מפורס' וה"ל כאלו נתקבלה בחיי אב כי א"צ לעדות לבבי לא ידמה כן דא"כ מה קטען ר' ירמיה על מאמר ר' אבין שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד מדרבנן דאמרי א' גדולים וא' קטנים חייבים הא שם א"צ לעדות וה"ל כנתקבלה בחיי אב. ולמה דחה מסומכס והלא ענין של זה לא כשל זה ולכן ברור הא דס"ל להרא"ש בנמצא שאינו שלו בנתקבל בחיי אב העדות ולא מפרש דלית ליתומים על אותו שדה חזקת אבות ומשמע בגמרא דמוציאין מיתום כעובדא ר' ירמיה אלו לא היה ליתום חזקת

אבות דס"ל לרא"ש היינו משום דלישנא נמצאת שאינו שלו משמע עכשיו נתוודע שאין שלו אבל עד עכשיו היה בחזקתו של אבי דיתמי וא"כ ה"ל חזקת אבות ולכך צריך לפרש דנתקבל בחיי האב העדות וא"כ י"ל הך דגזל דפליגי ביה סומכס ורבנן איירי בחיי אב נתפרסם הדבר וידוע שיש בידו גזל וא"כ תו לית ליה על החפץ ההוא חזקת אבות וא"כ מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ולא דלא צריכין לעדות כי ודאי צריך רק פרסום וידיעה ההוא מוציאו מחזקת אב. ולפ"ז לק"מ דבס"ד טרם דחדית לן הגמרא החילוק בין חזקת אב לאין חזקת אב שפיר קשה מהך דסומכס ורבנן דמקבלין עדות לאחר מיתה דל"ל דאיירי דנתקבל בחיי אב דא"כ מ"ט דסומכס דפליג. אבל לבתר דחדית לן הגמרא לחלק בין חזקת אבות א"כ לק"מ דשם בגזלה הנ"ל דליתא חזקת אבות מקבלין ולכך ליתא לסומכס ואמת כי דחיקא לאיזה צורך הביא הרא"ש ראיה מהך דעירובין נמצא שאינו שלו כיון דלא דמי כלל להדדי זהו בנתקבל בחיי אב וזהו ל"ל חזקת אבות. רק י"ל דשם ג"כ הטעם דלכך לא טענינן ליתמי אולי לקח האב אח"כ השדה מנגזל וימצאו יתומים אח"כ כשיגדלו השטר כמו דחיישינן שימצאו שובר משום דהואיל נתקבל עדות בחיים איתרע חזקת אבות ותו לא מהדרין בזכות יתומים וה"ה להך דגזלה ידוע. ועוד נראה דמה בכך דעדי' נתקבלו בחיי האב שגזל חפץ ידוע מ"מ איך אפשר לגבות מיתומים דלמא החזיר אביהם דהא קי"ל הגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדים ואעפ"י דלקוח במגו דהחזיר לא טענינן דהוי מילתא דל"ש כמו שכתב הרא"ש מ"מ דלמא החזיר ומכ"ש דבעינן דוקא גזלה קיימת ואם כן דלמא תו אין קיימת וצריך לומר דמראין החפץ לעדים אחרי מיתת האב והן מכירין בטב"ע או מנין שזהו החפץ הנגזל ועיין לקמן סי' רצ"ו מזה באריכות גבי פקדון. ע"ש וא"כ עדיין צריך עדות לאחר מיתה ועדיין קשה וכי מקבלין עדות שלא בפני בע"ד דצריך לומר כיון דעל כל פנים נתקבל בחיי אב שיש בידו חפץ גזול א"כ תו לית ליה חזקת אבות ומקבלין תו עדות בפני יתומים על חפץ ההוא א"כ ליתא לחזקת אבות והחפץ עוד ברשות הנגזל ושפיר דימה אותו הרא"ש לשדה שאינו שלו הואיל והעידו בחיי' תו נזקקין דכבר יצאה מרשות יתומים ולא מיקרי אין נזקקין לנכסי יתומים. וה"ה בזה וא"כ א"ש דר' ירמיה דלא אסיק אדעתא לחלק בין חזקת אבות שפיר הוכיח דמקבלין עדות דע"כ שם מקבלין לאחר מיתה עדות להעיד על קיומו של חפץ והם עדי ראה אבל לבסוף דחדית לן בין חזקת אבות א"כ לק"מ כיון דעל גוף גזילה נתקבל בחיי האב עדי ראה מקבלין לאחר מיתה ודוק והי' להרא"ש הוכח' מקושי' התוס' שם ב"ק דף קי"ב ד"ה קטנים דהקשו הא דפריך הגמרא אי אכלה קטנים אמאי חייבי'. ולא פריך גדולים נמי דלהרא"ש י"ל כמ"ש דהניח אחריות נכסים ועל קטנים פריך דהא

אין מקבלין עדות ולא קשה קושי' התוס' דהא לרבנן מקבלין דזהו בגזילה קיימת כמ"ש הרא"ש דה"ל בחזקת הנגזיל אבל באין קיימת לכ"ע אין מקבלין דהמעות תמורת הגזל ודאי בחזקת יתומים ושפיר קשה למה יתחייבו לרבנן וא"ש ודוק:

ט **בכת"י הניכרת לב"ד** משמע דקיום לא עבדינן לאחר מיתת האבותמה הסמ"ע הא קיי"ל מקיימין שטר שלא בפני בע"ד וביקש לומר דהוא לדעת הרא"ש דס"ל דגבי יתומים קטנים אין מקיימין ודחוק. ונראה דרי"ו ס"ל טעם דמקיימין שטר שלא בפני בע"ד משום דקיום שטר' דרבנן כמ"ש רוב המחברים וכבר בררנו לעיל סי' מ"ו דבכ"י קיום דאורייתא וא"כ פשיטא דאין מקיימין שלא בפני בע"ד דבזה לא שייך קיום דרבנן וגרירי המחבר אחר דעת ההוא ודוק:

סימן קיא

א **בין מטלטלין הסמ"ע** ס"ק ב' הביא בשם בעה"ת דאם אח' נתן או הבעל נתן לאשתו קרקע במתנה דאז הבעל אוכל פירות אין לב"ח בפירות ההמה דהמה שייכי לרווח ביתא עכ"ל וכ' הש"ך בממ"נ הא קי"ל הבעל שנתן קרקע לאשתו אין אוכל פירות ואי דהתנה להדיא בעת מתנה דיאכל הוא הפירות משמע מבעה"ת דהוי שיור לבעל ובאמת הב"ח גובה הימנו עכ"ל והנכון עמו דאם שייר פירות לעצמו דב"ח גובה הימנו ונראה דהסמ"ע נתכוון בנותן בלי שיור כלל רק אף דקי"ל אין הבעל אוכל פירות מ"מ כתבו התוס' בפ' חזקת דלוקח בהנהו פירות קרקע ומהן אוכל הבעל פירות וא"כ הוי אמינא מאלו פירי יגבה ב"ח ולזה קמ"ל דהואיל גוף הפירי הם נ"מ פירי פירי לרווח ביתא ואין לב"ח בהם כלום:

ב **ב"ח של הבן גובה ממנה** בתשובת הרא"ש והטור דייקי להדיא הואיל וכ' ליה דאקנ' משתעבד ותמהו הסמ"ע וכן הב"ח מה צורך לדאקני והב"ח ביקש לפרש דמיירי בשני ב"ח אח' שהלוהו לבן בחיי אביו ואחד שהלוהו לאחר מיתה והמעיין בתשובת הרא"ש דכתב בסופו הלכך ב"ח של הבן גובה הקרקע בחובו בין בחו' שלוה אחר מיתת אביו בין בחוב שלוה בחיי אביו מבואר שלא היה כאן שני ב"ח ותרי בעלי חובות מאן דכר שמי' כלל. ועלה ברוחי מתחילה דבאמת איירי בב"ח אח' רק היה לו על הבן שני חובות אחד שהלוהו בחיי אב ואחד לאחר מיתת האב רק הא מבואר שם בתשוב' דמלבד זה הקרקע הניח האב לבנו מקרקעי ומטלטלין אחרים וכבר תמה הפרישה א"כ יגבה הב"ח מהם וצ"ל דסילק עצמו מאותן קרקעי שלא יוכל לגבות מהם אמנם החוב שהלוה לאחר מיתת אב הוא יכול לגבות מאותו קרקע ומטלטלין רק אלו לא כ' נהחו' שהלוהו בחיי

אב דאקני א"כ כבר בררנו לעיל אם לא כתב לב"ח דאקני וקנה ולוה אף שהוא ביד הלוה לבתרא משתעבד א"כ הרי אינו יכול לטרוף מאותן קרקעות האחרים דבחוב הראשון הרי סילק עצמו ובחוב השני הרי אומר לו הנחתי לך שעבוד כלך אצל שדה שהיה עליה התנאי ומשתעבד לך ולא לחוב הראשון והרי זה מפסיד אבל בדכתב ליה דאקני הרי גובה מאותו שדה החוב שהלוה בחיי אב וחוזר בחוב שלוה אח"כ מן שאר קרקעות ומטלטלין שירש וא"כ הרי זה גובה כל החוב. אך עם כל זה לא נתיישב רוחי בקרבי דחדא דאין זה מטיב השאלה שם וגם הטור שלא הזכיר זה שהניח קרקע אחר שהיה שני הלואות לאיזה צורך העתיק הך דינא דכתב לו דאקני ונותן מקום לטעות והלא דבר הוא והעיקר קוש' הוא ממה שעמד עליו מהר"א ששון בתשוב' דבכלל ההוא בתשוב' שאחריו נשאל הרא"ש כדת מה לעשות בראובן שיש לו בת יחיד' רק היא ובעלה חייבי' לאח' ואם יגיע להם ירושתו יגבו ב"ח א"כ תם לריק כח ראובן ושאל לרבינו הרא"ש עצתו דאם אין לו עצה מוכר' להעביר נחלה מבתו וליתן במתנה לאחרים ונתן הרא"ש עצה שיקנה לבתו כל נכסיו במתנה חוץ שלא יחול עליו שום שעבוד ובעל חוב וזהו מהני והאריך מן המחברים דלא דמי כלל להך דמתנת בית חורון ע"ש ותמה להרא"ש הא היא בת יחידה ובטל התנאי ובאים ב"ח וגובים ממנה בתורת ירושה והדבר צ"ע ומהר"א ששון ביקש לחלק בין אומר ע"מ לאומר חוץ דבע"מ תנאה הוא וא"כ אם באים לגבות בטל תנאי בטלה מתנה וחזר הדבר לרשות אב והיורש יורש הנכסים משא"כ באו' חוץ קי"ל שיורא הוי והרי האב שייר לעצמו זכות זה שלא יחול בו חוב וזה לא נפקע כלל ע"ש שהאריך בזה למאוד אבל עם כל אריכות ומליצות הדברים לא הבנתי על בורי' כי מה בכך דשייר לעצמו וכי במותו פרח השיור באויר או דפקע כולו כדקי"ל בשיור לי ולא ליורשי או דבמותו יורשיו יורשים השיור ההוא ממנו כשאר נכסים וא"כ בתו שהיא יחידה יורשת לשיור ההיא ועדיין הב"ח באים וגובים. וגם הרא"ש גופיה סיים וכתב הלכך הב"ח אינן יכולין לגבות דא"כ נתבטל התנאי וגם המתנה בטלה והדרא ארעא למרי'. ולפי דעת מהרא"ש אין כאן ביטול תנאי ולא ביטול מתנה רק יש כאן שיור גמור בנכסי' שלא יחול עליה ב"ח. וגם מהרא"ש גופיה תמה דא"כ דיש חילוק והבדל רבת' לדינא בין ע"מ לחוץ איך שתק רבינו יעקב בטור ולא פירשו ונחית לחלק כנ"ל והשמיט דין גדול כזה:

לכן היה נראה לומר כי ס"ל להרא"ש ודאי כל זמן שלא מבטל התנאי המתנה ותנאי קיימת רק הרא"ש בא בטענת שיטרוף ויבטל התנאי וא"כ יבטל המתנה והרי הוא בידו בתורת ירושה וס"ל להרא"ש בשלמא כשהקרקע משועבדת לב"ח הוא בא וטורף השדה

בזרוע כי אמר שעבוד לי עליה ואם שעי"כ מבטל המתנה זהו רצונו ואותו הוא מבקש וזהו בדכתב ליה דאקני דקרקע משתעבד אבל בדלא כתב ליה דאקני דאין לו שעבוד על הקרקע רק אמרינן בגמרא מיניה ואפילו מגלימא דכתפיו והיינו פריעת ב"ח מצוה כופין אותו לשלם ואם אין לו אינו בכלל המצוה הזה א"כ הוא יטעון איני מחויב לבטל תנאי ומתנת אבי וכך היה רצונו וכוונתו שיאושר המתנה והתנאי אני אקיימנו אותו וס"ל להרא"ש דאין ב"ד יכולין לכוף לב"ח לבטל התנאי רק אם יש לב"ח שעבוד על השדה הרי הוא טורף השדה בלי רצון הלוה משא"כ באין לו שעבוד דכופין אותו לשלם והוא טוען את רצון מורישו אשמור לא אעבור התנאי ומתנה. ועיין תשובת רמב"ן סי' ק"ו כ' ג"כ בנותן מתנה לבתו ע"מ שאין לבעלה רשות בו והוא בת יורשת זכה הבעל במתנה לאחר מיתת האב ע"ש דדעתו דממילא זכה וראיה שלו מן קונה שדה מאביו ומת אביו דה"ל שדה אחוזה ולפי דעת הרמב"ם בפ"ד מהלכות עירובין אין כאן ראיה דקי"ל כר"י ור"ש והם ס"ל דהתורה ממעטו הואיל וראוי' להיות שדה אחוזה ה"ל דין שדה אחוזה. עכ"פ זולת זה לא אמר בתשובה שישלוט הבעל בו ויהיה התנאי המתנה בטל ויחזור להיות ממילא ירושה מבואר דס"ל דמי יצוה להאשה ומי יכריח אותה לבטל התנאי ע"ש וא"כ אף כאן ס"ל להרא"ש זולת דאקני אין כאן מכריח כלל להלוה לבטל המתנה ולכך מצריכי דאקני וא"כ הב"ח בא וטורף שעבודו בכל אופן ומעתה לא קשיא דברי התשובת אהדדי דבתשובה שני' לא היה בב"ח של הבת דאקני ויעץ הרא"ש דבכתיבת התנאי לחוד מהני דהא לית ביה דאקני כלל וא"ש. ובאמת היה אפשר לומר ודאי כללא הוא אין אדם מוציא תנאי ודבריו לבטלה ואפילו לישנא דטפוי אמרינן למילתא קאי מכ"ש שיתנה כל התנאי לבטלה לדבר שאין בו ממש ומועיל וא"כ זה שהתנה שלא יחול עליו ב"ח הלא דברים בטלים הם דמ"מ חל עליו ב"ח מכח ירושה וא"כ מה פעל בתנאי וע"כ דסתמא כפי' שאם יבא ב"ח לטרוף שיהיה נתן במתנה לשארי קרוביו ומשפחתו ויורש אותו וע"ז נחית מתחילה לתנאי וכך אומדנא וכאם פי' והותנה דמי רק ה"מ בנותן מתנה רק לאחר מיתה או מעכשיו ולאחר מיתה או שעה אח' קודם מותו א"כ הקושי' במקומו הלא לבטלה הוא אבל בנותן מתנה חלוטה מחיים תיכף והתנה כך א"כ אמרינן דנתכוון בחיים לא ישלטו זרים בשלו אבל על אחר מיתה לא אסיק אדעתא ולא נתכוון וא"כ לאחר מיתה דברי הרא"ש נכונים דמבטל התנאי והמתנה חוזר הדבר לירושה וב"ח גובה היום ולכך בתשובה ראשונה שנאמר סתם שנתן לבנו מתנה שלא יחול בו שעבוד חוב שפיר כתב הרא"ש דלאחר מיתת הנותן חוזר ב"ח וגובה משום ירושה אבל בתשוב' שני' שהי' עצת הרא"ש ליתן במתנה מהיום ולאחר מיתה או שעה קודם מיתה א"כ אין אדם

מתנה לבטלה וע"כ התנאי שאם יגבה שלא יהיה יורשו כלל ושפיר כתב הרא"ש שלא יהיה ביד ב"ח רשות לגבות. והם מסתברי' בסברא אלא דא"כ עדיין השאלה במקומו למה לא כתבו הטור הך דינא וחילוק בזה. אבל תי' הראשון כתבו להדיא דבעי דאקני. ועכ"פ בכה"ג בנותן לאחר מיתה וליכא דאקני צ"ע אי ב"ח גובה כיון דתשוב' הרא"ש מבואר היפוכו וצ"ע.

ג **אפילו הם זיבורית** ופשוט דאם מכר קרקע וביד הלוה מטלטלין דא"י לטרוף משעבדי דיאמרו הנחנו לך מקום איברא בב"ק דף ק"ט בגזל אביו ונשבע לו ומת אביו קתני משלם לבניו ולאחיו ואם אין לו או שאין רוצה לוה וב"ח באים ונפרעים מהם וכתבו התוס' באין גזלה קיימת שפיר י"ל דמשלם קרקע ולכך ב"ח גובים הימנו אעפ"י דלא עשהו אפותקי ויש לו נכסים אחרים אלא בגזילה קיימת איך יגבהו ב"ח וצ"ל דעשהו אפותיקי והקשו הא עשה שורו אפותקי ומכרו אין ב"ח גובה הימנו והוצרכו לחלק בין מכר למתנה או דבזה גרע ממתנה ע"ש והקשה מהרש"א בס"ד דלא נחית התוס' לחלק א"כ איך כתבו באין גזילה קיימת דנותן להם קרקע ב"ח גובה אפילו בלי אפותיקי אפילו יש לו נכסים אחרים הא אין גובין מנכסים משעבדי במקום שיש ב"ח ותי' המהרש"א דפי' דיש לו נכסים אחרים היינו מטנטלין ולא קרקעות ע"ש ומזה מבואר דבמטלטלין ביד לוה לא יוכל הלוקח קרקע לומר הנחתי לך מקום ודבר זה צ"ע לא מצינו בפוסקים לרבינו מהרש"א חבר בזה. ובאמת בגוף קושי' מהרש"א י"ל בפשוט דודאי הא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח הוא מתיקון עולם ולא משורת הדין ואיבעיא שם בגיטין פ' הנזיקין במתנה אי שייך ג"כ משוס ת"ה דאי לא טרח וארצי קמיה לא הוה יהיב במתנה ע"ש ולפ"ז פשיטא ליה לתוס' בזה דמשלם רק לקיים מצות השבה פשיטא דלא שייך בזה תקון עולם ולא עדיף זה ממתנת ש"מ בכולו לא מיקרי משעבדי לענין זה ע"ש בנזיקין דף נו"ן ע"ב ד"ה ש"מ וכו' ובחדושי רשב"א להדיא דבמתנת ש"מ לא שייך ת"ה ע"ש וזה לא עדיף אבל בהך בגזלה קיימת ועשה אפותיקי שפיר קשה להו דהא דעת התוס' ב"ק דף י"א ע"ב ד"ה כגון וכו' דאפילו מיתמי לא גבי' ואפילו בעבד דעשהו אפותיקי ס"ל שורת הדין דלא לגבות כלל מיתמי רק משום לא פלוג מלקוח' גבי הרי דס"ל דלא משתעבד כלל רק מיני' גבי מכח כופין אותו לפרוע אבל לא מיתמי וא"כ דשורת הדין דלא משתעבדי א"כ אפילו ממתנ' ש"מ לא גבה דלא גרע מיתמי וא"כ אף מזה דמשלם אין לב"ח לגבות דלא יגרע מיתמי וכמ"ש התוס' דאם אין גובה מיתומים איך יגבה הימנו כיון דלא משתעבדי כלל ומה לאחיו ולבניו בפריע' ב"ח מצוה דלא רמי' עלי' ויפה הקשו עד שתירוץ שלהם דחוק אבל בהך דלעיל דמדינ' גבי רק מכח

ת"ה פשיטא דלא שייך בזה תקון עולם ולא קשיא מידי. איברא למהרש"א קשי' א"כ מה דוחקי' לתוס' בגזלה קיימת דעשהו אפותקי והוצרכו לכנוס בדחוקים ולא תי' בפשוט דמשעבד ליה למלוה מטלטלין אגב קרקע והרי זה בא וטורף אפילו משעבדי בלי פקפוק כלל ולכך ס"ל למהרש"א דא"כ יקשה אם יש לו איך יכול לגבות מן משעבדי יאמרו הנחתי לך מקום ותי' המהרש"א דאין לו רק מטלטלין לא יועיל דכיון דשעבד ליה מא"ק חזר דין מטלטלין למקרקע ולכך לא תי' התוס' כך רק בעשהו אפותיקי אך עם כל זה לא הועיל דיאמרו התוס' דעשהו אפותיקי והך אפותיקי שעבד אגב קרקע ואם כן הכל מיושב דל"ל הנחתי לך מקום דהא עשהו אפותיקי אופן וצ"ע לכאורה בתוס':

ולכן נראה דקשי' להו לתוס' לאביי דס"ל בפסחים דף ל"א דב"ח למפרע גובה ורשות ביד המלוה להקדישו קודם גבי' דאגלאי מילתא למפרע דשלו הוא ואם חמץ הוא עובר בבל יראה ועיין גיטין דף מ"א בתוס' שם דלאביי קאי הכל ברשות מלוה ואין ביד הלוה כלל להקדיש או לעשות דבר. וא"כ קשי' ליה לאביי הך משנה דלוה ומשלם וב"ח באים וחוזרים וטורפים א"כ למפרע גובה ואיגלאי מילתא דמעיקרא ברשות מלוה קאי ולא ברשות לוה כלל א"כ אף הוא לא יצא ידי השב' ותשלומין דשילם במה שאינו כלל שלו דהא למפרע ברשות דמלוה הוה קאי וקושי' גדולה היא לאביי ולכך מוקי התוס' די"ל בגזילה קיימת איירי המשנה ועשהו אפותיקי ומבואר שם בגמרא דכי ס"ל לאביי למפרע גובה במקרקע דלא מחוסר גובייא דאם מכרו מפקי' משא"כ במטלטלין דמחוסר גובייא דהרי יכול למכרו ולהפקיע השעבוד לא אמרינן למפרע גובה וכ"כ מהרש"א להדיא שם בפסחים בפסקא אא"ב למפרע גובה ע"ש וא"כ א"ש אף דעשהו אפותיקי מ"מ הרי מחוסר גובייא דיכול למכרו וכדומה א"כ לא שייך למפרע גובה ולכך יצא ידי תשלומין לאביי ולא שייך דפרע במה שאין שלו. וא"כ תו לא מצי התוס' לומר דשעבדו אגב קרקע דא"כ חזר דינו שוה לקרקע לכל מילי כנודע בכל מחברים בשעבוד מא"ק שוין מטלטלין לקרקע בכל מילי וא"כ חזר קושי' הנ"ל לאביי במקומו הא למפרע גובה וא"ש ודברי התוס' ברורים וא"צ לדוחק מהרש"א ודוק:

ד **לא יטרוף ממשעבדי**. והנה אם ראובן יש לו על שמעון שני חובות מלוה בשטר ומלוה ע"פ ובא לגבות משמעון והוא באופן שיש למלוה בשטר משפט קדימה למלוה ע"פ וראובן גבה מבני חורין של שמעון מלוה ע"פ שלו ובא במלוה בשטר לגבות מן לקוחת של שמעון והלוקח טוען הנחתי לך מקום בני חורין ואם כי אתה גבית אותן למלוה ע"פ שלך מי צוה לך הלא למלוה בשטר שלך דין קדימה נראה דלכאורה יש לספק מהך דאמרינן בכתובות דף צ"ו ע"ב באשה מוכרת נכסי יתומים סובר ר' יהודא כותבת למזונת

או לכתובה מכרתי ור' יוסי אומר כותבת סתם וכך יפה כחה וס"ד דס"ל לר"י נכסי בחזקת אלמנה קיימי וא"כ אם יטענו יתומים דפרעו מזונות אינן נאמנים ולכך כותבת סתם והוא לה ליפוי כח ופי' רש"י שאם יכלו כל נכסי בעלה תבוא לטרוף בכתובתה מלקוחת שקנו שדה מבעלה משא"כ אם כבר מכרה לכתובתה למזונות לא טרפי משעבדי ודחי הגמרא כ"ע נכסי בחזקת יתומים קיימי והיינו טעמא דר' יוסי משום דאביי קשיש' דאמר משל דר"י דומה לש"מ שאמר תנו ר' זוז לפלוני ב"ח רוצה נוטלן במתנה רצה נוטלן בחובו אם במתנה נוטלן לא כך יפה כחו פירש"י שאינו יכול לטרוף מלקוח' בשביל מתנה אבל בשביל חוב טורף וכן היא במזונ' א"י לטרוף מלקוחת אבל בכתובה טורפת וכו' ע"ש והקשו התוס' בד"ה ור' יוסי. וא"ת והלא יכולין הלקוחת לומר הנחנו לך מקום לגבות הימנו וי"ל דהוי כמו אשתדוף בני חורין דגבי' משעבדי כהנ"ל ולא שייך למימר אפסדי' בידי' שהרי עשתה לצורך מזונת א"נ בלקוחת שלקחו אחר שמכרה עכ"ל ורש"י כתב הן בס"ד והן במסקנא גבי אביי קשישא דתטרוף בכתוב' מלקוחת שקנו מהבעל ולא כתב מיתומים א"כ ליתא לתי' השני של התוס' דזה דוחק דמהכ"ת תניח למכור ליתומים כ"ז שעבוד מזונה וכתובתה קיים וא"כ דס"ל לרש"י בחיים צ"ל תי' הראשון של התוס' ואף דלכ"ע כתובה קודם לגבות מן מזונת הן לדעת החולקים ארבינו האי וס"ל מלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדם והן לרשב"א דס"ל כדעת ר"ה דמזונת שאני דהקלו ע"ש ועמש"ל בסי' ק"ד ע"ש ומ"מ לא מצי הלוקח אומר הנחתי לך מקום א"כ בנדון הזה היא היא דלא מצי לוקח לדחותו ולומר הנחתי לך מקום דהוי כאשתדוף. וגם הריטב"א העתיק לישנא דרש"י דתטרוף כתובה מלקוחת שקנו בחיי בעל איברא קשה לי לרש"י דלא ס"ל מלקוחת שקנו מיתומים אביי קשישא איך יובן דמה יפוי כח יש לזה בעל מקבל מתנה שיטרוף מבני חורי למתנה ולחובו יטרוף משעבדי כמ"ש התוס' בד"ה רצה וכתבו דכן פי' רש"י ע"ש וקשה אם יטול למתנה מב"ח איך יטרוף לחובו משעבדי יאמרו הנחנו לך מקום וטרוף מן מה שיש לך במתנתך וכאן לא שייך תי' התוס' אשתדוף בשלמא לתי' התוס' ביתומים שמכרו אף בזה י"ל לאחר שגבתה מתנת' מכרו יתומים בני חורין א"כ חובו טורף מהם שהם מאוחרי' למתנתו משא"כ אלו נטל לפרעון חובו ומכרו היתומים הפסיד את מתנתו דמתנת ש"מ לא טריף משעבדי אם אין כתוב בשטר צוואה דאית ליה קלא והוי רק כמלוה ע"פ עי' סימן מ"א מ"ש בהגה ס"ג ע"ש. אבל רש"י לא ס"ל דקאי על יתומים שמכרו וא"כ לכאורה הקושי' במקומו גם קשה לפירש"י תפשוט הך איבעיא דלעיל בדף צ"ד ע"ב אי אשתדף ב"ח אי גוב' משעבדי מהך ברייתא דלפירש"י צ"ל כתי' התוס' דהוי כאשתדף וא"כ נפשוט האבעיא דגובה מן משעבדי וגם הא דבעי

שם דף צ"ז מוכרת למזונות מה שתהא חוזרת וטורפת לכתובה תפשוט מהך ברייתא דאי טורפת מה יפוי כח יש כאן הלוקח אומר לכי וטרוף מלקוחת שקנו ממך למזונת וליכא כאן שידוף כלל כי ידים נטוים לטרוף הימנו וגם קשה ברש"י קושי' התוס' איך מפרש בס"ד יפה כחה משום לקוחת הלא זו משני הגמרא אח"כ דהיינו טעמא דר"י משום אביי קשישא וגם מהרש"א הקשה לפירש"י למה לא מפרש רש"י טעמא דר' יהודא דלכך כותבת למזונת דאם לא תפרש בבאה ליטרוף הכתובה מלקוחות יטענו אולי מה שמכרת כבר הי' לכתובתך ולא למזונת. ע"ש ולכן היה נראה כי ודאי בהך אביי קשישא בש"מ שאמר תנו וכו' יש לומר כך יש כאן נכסים שקנה הש"מ אחר שהלוה לו הפלוני. ואם כן אם יגבה בחובו לא יוכל לטרוף מתנתו ממשעבדי אבל בגבה הך שדה במתנתו שוב יכול לגבות בחובו משעבדי ונא מצי לומר טרוף מן מתנתך דלית ליה דאקני וקנה והוריש במתנת ש"מ לא משתעבד ולמאן דאמר משתעבד הא כתב ריטב"א דאיירי במתנת ש"מ במקצת וזהו לכולי עלמא לא משתעבד ואם כן תו לא מצי אמרו הנחנו לך מקום בשום צד א"כ בזה אופן יש לומר הך דיפה כחה באלמנה המוכרת כי שדה זו שמוכרת למזונת הוא שקנה הבעל או ירש אחר נשואין ובכתובתה לית דאקני א"כ הרי היא על השדה ההיא רק כמו מלוה ע"פ כמבואר לעיל סימן ק"ד באריכ' ומזונו' מלוה ע"פ וא"כ אין בזה השדה שום קדימה ואם קדם אחד וגבה מה שגבה גבה כהנ"ל: וא"כ יפה כחה שמוכרת שדה זו למזונו' ובכתוב' טורפ' מלקוחת ולא מצי טעון הנחתי לך מקום כי מה מקום יש השדה ההיא שעבוד מלוה בשטר ובע"פ שוין ובע"פ גבה וגם הך קושי' אם חוזרת במוכרת למזונו' לטרוף בכתוב' אף היא תטרוף משדה שמכרה למזונת דהא הך שדה דאקני ולה לא נכתב דאקני וקנה ומכר לא גבי' ופשוט:

והנה י"ל בתוספות דכתבו דלא הוי אפסידא בידי' שהרי עשת' לצורך מזונות. ויש להבין מה בכך כיון דשורת הדין דכתובתה יש משפט קדימה כמש"ל בסי' ק"ד וא"כ היא דהניחה המוקדם וגבתה למאוחר למה לא יהיה זה בכלל הפסד בידים וצריך לומר הואיל ונכסי בחזקת אלמנה קיימי א"כ תיכף הנכסי' בחזקתה למזונת וכאלו גבתה א"כ לא שייך אפסדי' בידי' דממילא הם בחזקת' לצורך מזונו' ולזו אפשר נתכוון התוס' שהרי עשתה לצורך מזונת ובזה כבר הנכסי' ממילא בחזקתה וכגבי' דמי ולא שייך בידים ולפ"ז א"ש דבס"ד לא ס"ל לגמרא דמיירי משדה שקנה אח"כ ובכתובה לית דאקני דזה לא שכיח ובפרט לדעת דאקני ט"ס הוא. ולומר דפי' להדיא דלא ישעבד לה דאקני לא שכיח רק צריך לומר כתי' התוס' דלא הוי מפסיד בידים וא"כ מוכח דנכסי' בחזקת אלמנה קיימי דאל"כ הא הוי מפסיד בידים כמ"ש. ולכך לר' יהודא דס"ל בחזקת יתומים

קיימי ליכא למימר תכתוב למזונו' כדי שתוכל לגבות בכתובה משעבדי דמ"מ לא תגבה דיאמרו הנחנו לך מקום והוי אפסדי' בידי' כיון שהיא בחזקת יתומים קיימי וזהו לס"ד ובמסקנא קאמר הגמרא לעולם לכ"ע בחזקת יתומים ויפוי כח לר"י הוא כמו דתני אביי דדמיא לש"מ שאמר וכו' דיפוי כח הוא כמש"ל משום דאקני ואף בזו האשה היפוי כח משום שדה דאקני ולא שייך הנחתי לך מקום וקאמר הגמרא רק דרך כלל כמו דלא תקשה התם כן מתפרש באשה ואי דשם הדרך יפוי כח בדאקני אף באלמנה כן יהיה איך שיהיה הנושאים שוים עכ"פ לא קשיא הנחתי לך מקום וא"צ לומר בחזקת אלמנה קיימי והביא הגמרא רק ראיה מהך ש"מ דא"צ לומר בישוב הקושי' הנחתי לך מקום תי' התוס' הנ"ל דמיניה מוכח בחזקת אלמנה קיימי ודוק כי זה ברור. יהיה איך שיהיה עכ"פ בהך סברא דדאקני מיושב קושית התוס' דיאמרו הנחנו לך מקום וא"כ מהכ"ת לחדש דין דהוי כמו נשתדף ולהוציא מיד הלוקח המוחזק ובאמת בהך תי' דדאקני מיושב הקושי' ברש"י דהתוס' הקשו איך תערים לומר דמוכרה למזונת הא ה"ל אונאה לשקר והעול דתטרף מלקוח' שלא כדין כי באמת כבר גבתה לכתובה ותי' התוס' דשורת הדין אף במזונו' יש לטרוף מן לקוחת ע"ש וקשה תינח במה שהיא טורפת מן לוקח אין עול כמ"ש התוס' אבל מ"מ יהיה עול גדול כי הלוקח יחזור באחריות שלו על הלוקח הזה שלקח השדה הנמכר למזונו' כי אפילו אשה גופי' ס"ד שתטרוף בכתובתה רק אמרינן אחריות דנפשי' קבלית וא"כ ב"ח אחר המוקדם טורף וכ"כ הר"ן וריטב"א ובאמת נמכר שדה זו לכתובתה ויש לו ללוקח כל תוקף שהיה אשה בכתובה כמ"ש הר"ן ריש מי שהיה נשוי ועין לעיל ס"ה. וא"כ אין לוקח יכול לטרוף ממנו כי כחו אלים מכחו וא"כ מה בכך שהיא גובה כדין מן לוקח מ"מ הלוקח יגבה בעול ושלא כדת. ואיך יעצו חז"ל למכשלה הזאת. ודוחק לומר כי היא שמכרה שוה ק' לכתובתה ודאי שיירה בשוי זה לצורך מזונת כי מהכ"ת תגבה מב"ח לכתוב' ותפסיד המזונת רק כל העצה אם יכלו הק' הנשארים למזונת כי אין להם קץ תוכל ליקח ק' הראשונים ג"כ למזונו' ותחזור בכתובה לטרוף מלקוחת ואין כאן עול במה שטרפה מן לקוחת בשביל מזונת כמ"ש התוס' והלוקח שיחזור על לקוח' שמכרה האלמנה לא על הלוקח ראשון יוכל לחזור כי יאמר הנחתי לך מקום ק' זוז השני' ואם יבא על הלוקח השני כדין יבא כי הוא באמת לא קנה רק למזונת וא"כ כח הלוקח אלי' מכחו. אך זהו דוחק ומי יודעאם יש שיור מכוון כמו שדה ראשונה הנמכר אך לפמש"ל ניחא דהא הך שדה הנמכר קנה הבעל אח"כ ולכתובה לית דאקני וא"כ בממ"נ אם גם ללוקח שטרפה הימנו הכתובה לית דאקני הרי א"י לגבות כלל דה"ל קנה ומכר ואם ללוקח דאקני א"כ אף דהוא הלוקח שני' בא בכח כתובה כיון

דלית לה דאקני ולוקח דאקני ס"ל לרש"י ב"ח א' דיש לו דאקני ולשני אין לו דאקני מי שיש לו דאקני אף שהוא מאוחר טורף ואין כאן עול וא"כ יש לו לטרוף לבד וא"ש) . וכן מצאתי בריטב"א לב"מ בשמעת' דשבח דאם טרף בשבח' מבני חורין אח"כ א"י לגבות קרן מן משעבדי דטענו הנחנו לך מקום לגבות קרנך ומי ציוך לגבות השבח ולהניח הקרן ע"ש והדבר מבואר כמ"ש. וא"כ תבנא לדינא דאם היה למלוה בשטר דין קדימה והוא גבה למלוה המאוחרת דא"י לטרוף מן לקוח' דיאמרו הנחנו לך מקום ובפרט דהלוקח מוחזק והממע"ה.

ה **ויש לו קרקע בעיר וכו'** דין זה דעת הרא"ש ורשב"א ומ"מ ויש לדקדק הא דאמרינן בגמרא דב"ב דף מ"ד ע"ב אמר שמואל ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות אינו מעיד לו עלי' מפני שמעמידו בפני ב"ח ופריך הגמרא אי דאית ליה ארעא אחריני עלי' דידיה הדר פירשב"ם דהא אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דיש ב"ח ואי דל"ל מה נ"מ ליה וכו' וקשה מה קושי' דלמא אית ליה בני חורין במקום רחוק ואם אין הב"ח מוציא במקומו משעבדי ע"כ מוכרח לילך למקום רחוק ולגבות חובו אבל במעיד שתשאר שדה ביד לוקח א"כ המלוה טורף במקומו כי מה לו לטרוח ואף הלוקח א"י לדחותו לב"ח במקום רחוק ונשארים לו הבני חורין בטח מבלי טריפה. ונראה לומר דרשב"א בתשובה סי' תתר"ה נתן טעם דלכך א"צ לילך למקום רחוק דמהדין יכול לגבות מן לקוחת רק מפני ת"ה אינו גובה במקום שיש ב"ח וזה אין מהראוי שיצטרך לטרוח למרחקים ויש כאן נעילת דלת ע"ש וזהו ניחא אי שורת הדין לגבות מלקוח' דשעבודא דאורייתא רק מפני ת"ה הפקיעו חז"ל שעבודו שפיר י"ל במקום טורח ודרך רחוק הניחו על שורת הדין אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא א"כ אין מהדין לגבות כלל מן לקוחת רק חכמים תקנו לגבות מלקוח' מפני נעילת דלת ואינם אף הם אמרו במקום שיש ב"ח מפני ת"ה אין גובין משעבדי א"כ חזר הדבר לדין תורה דאין גובין משעבדי כלל ולפ"ז אפילו במקום רחוק וטורח כי בנשאר בני חורין יהיה באיזה אופן שיהיה מהכ"ת להפקיע כח לוקח במה שאין משועבד כלל מד"ת וכי בשביל טורח המלוה נוציא ממון מלוקח נגד דין תורה ולא שייך טעמא של רשב"א בתשובה דאין מהדין להרוויח ללוקח ולהפסיד למלוה דהא שורת הדין אין לו כלום בלוקח וכל שאפשר לגבו' מהכ"ת נטרוף בחנם נגד הדין וא"כ א"ש דקושי' הגמרא שם לשמואל ושמואל ס"ל שילהי ב"ב שעבודא לאו דאורייתא וא"כ ליתא להך דינא כמ"ש ולעולם אין טורף מלוקח כל שיש בני חורין באיזה מקום שיהיה ושפיר פריך בממ"נ וכו'. ובהכי ניחא דפריך הגמרא קושי' זו אשמואל ולא מקדם על ברייתא דקתני מכר שדה אינו מעיד לו עליו וה"ל להקשות ג"כ

אי דאי' ליה וכו' דהוא דינו של שמואל ולפמ"ש ניחא דברייתא י"ל ס"ל ש"ד וא"כ י"ל כהנ"ל דאית ליה ב"ח במקום רתוק ולכך פריך לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וא"ש. וגם מיושב לפי מ"ש התוס' בד"ה אי כו' דהמ"ל דעשהו אפותיקי א"כ ק' הא דמשני לעיל במכר פרה וטלית דמעיד בקנה ומכר לאלתר ופריך הגמרא דלמא דאקני כתב ליה וכו' וקשה מנלן דס"ל לשמואל דלכך אינו מעיד משום דלא להוי רשע וכו' דלמא להא ל"א רק חיישינן דעשהו שדה זו לב"ח אפותיקי וא"כ בפרה וטלית שקנה ומכר לאלתר הא אז א"א לשעבד דהא מכר לאלתר ודאקני איך שייך אפותיקי דיכתוב למלוה שלא יהא לו פרעון אלא מה שיקנה דלמא לא יקנה כלל ויצא בפח נפש ובדליכא אפותיקי תו ליכא חשש נגיעה כקושי' הגמרא ומנלן לגמרא להקשות. ולפי הנ"ל ניחא דהגמרא ביקש לאוקמי הברייתא אליבא דהלכתא וכדקי"ל ש"ד וא"כ לק"מ דלעולם הוא נוגע דלמא יש לו נכסי' בני חורין במקום רחוק ודוק:

ו **אבל גזלם אנס וכו'** דין זה כבר נבוך בו הרב הש"ך בס"ק ט' ודבר זה צ"ע כי מלבד שרחוק מסברא כי ברחוק מקום א"צ לילך אחר ב"ח וכשהם ביד בני עולה יצטרך להמתין אף גם כי הריטב"א לכתובות בשמעתא אשתדוף בני חורין כתב להדיא אם נטלהו מסיקין דהיינו אלמי' כמבואר בתשובת רשב"א גופיה גובה מלקוחת וכן אם שעת חירום הנכסים הנ"ל כאשתדף והעיד שכן דן לפני רבותיו. ובאמת נראה כי רשב"א אזיל לשיטתו דנכסי בר נש אינון ערבי' וקי"ל לא יפרע מהערב תחילה וכ"כ הרשב"א גופיה בחדושיו לגיטין בפרק הנזיקין על הך דאין נפרעין מן משועבדים במקום שיש בני חורין דה"ל בכלל לא יפרע מן ערב תחילה וע"ש דכתב דזהו גרע דכאן סוף סוף שעבודו על כל נכסין והרשב"א אזיל לשיטתו דהב"י הביא לקמן בסי' קכ"ט אות י"א בשם הרשב"א דאם הלוה אלים מ"מ אין כופין הערב לפרוע עד שיתבע הלוה תחילה בב"ד ע"ש וא"כ אף כאן הדין כן דנכסי בר נש אינון ערבין אבל לפי דפסק המחבר והכריע הרמ"א לקמן בסי' קכ"ט ס"י כרמב"ם דגובה מערב אם הוא אלם וא"כ אף בנכסי' כן שהוא ביד אלם והם בני חורין גובין מלקוחת שהם ערבי' והדבר נלמוד במכ"ש כי כמ"ש שיותר יש לפטור בערב מן נכסי' משועבדים כמ"ש רשב"א גופיה. ונראה דאף הרשב"א לא אמרו אלא בשעת הלואה לא היה בני חורין ביד אלמי' וא"כ חל שעבודא עליהן ואח"כ נטלהו אלמי' וא"כ מזלו גרם אבל אם מתחילה בשעת הלואה כבר היה נכסי' הללו ביד אלמים א"כ מעולם לא הלוה עליהן ותיכף היה דעתו על אותן נכסי' שביד לקוחת. ולא שייך נסתפחה שדהו ובהכי ניחא דלא קשה דלמה יגרע מהך דב"ח הם ברוחק מקום דשם היה בעת הלואה כך וא"כ דעתו היה על משעבדי אבל כאן אח"כ איתרע מילתא ומזלו

גורם. והבו דלא לוסיף כי ראיית הרשב"א הוא רק הואיל דשאל נשתדף ולא קמבעיא אם נטלהו גזלנים וכל ספק בגמר' שאח"כ לאחר הלואה נשתדף ולא מקודם. ומהכ"ת לומר יותר ממה שיש לרשב"א ראיה:

ז **מיהו אם המיר הלוה וכו'**. ובתשובת הרשב"א אלף כ"ט כתב דאם מכרו לגוי אלם מ"מ א"י לטרוף משעבדי וכתב הג"ת וכן כה"ג דפליג אתך דהמיר הלוה הנזכר בתשובת הרא"ש דמ"ש דהוא הלוה בעצמו המיר או שמכר נכסיו לגוי בעל זרוע. ולענ"ד דלא דמי דעובדא דרשב"א שאף לפי דיני ונמוסי נכרים יש לב"ח ההוא דין ומשפט קדימה לגבות מנכסי' שקנה הגוי רק שהגוי תקיף ואלם ומי יוכל לדון עם מי שתקיף ממנו בזו ס"ל לרשב"א דלא ה"ל רק כאריה דרביע עליו דסוף בעלי זרוע ליפול ונכך א"י לטרוף משעבדי אבל אם בדיני גוים אין ליהודי הזה דין ומשפט קדימה לטרוף נכסים שקנה גוי א"כ אין לך שידוף גדול מזה והלא לעולם לא יכול לגבות ומה שייך עתידים בעלי זרוע ליפול וכי יתגיירו ויטו שכמם למשפט ישראל ולכ"ע גובה ממשעבדי וזהו שכתב הרא"ש שהמיר דתו ולא יכול לגבות בדיניהם והיינו לפי נימוסם אין הדין שיגבה וכ"כ בתשובה להדיא וזה כ"ע מודים מבלי חולק וקושי' הש"ך בס"ק ט' על הרשב"א דאיך שייך בגוי בעל זרוע ליפול וכי יחזור קרקע בחנם וע"ש שדחק ולק"מ כמ"ש כי נימוס משפטם שיכול ישראל לטרוף ולק"מ:

ח **יתומים קטנים וכו'** דין זה מצאתי לרשב"א מקורו בב"ק דף ח' ע"ב דאמרינן אי שתקת ואם לאו מהדרינ' שטרא למרא ופריך הגמרא א"ה נזקין נמי נימא הכי אלא ביתמי דלאו בני פרעון נינהו וכו' ומפרש הרשב"א בחדושיו לב"ק דהך מהדרינא שטרא למרא פירושו או דיבטל מכירה לגמרי או דיתן להם בפרעון חובו הקרקע וקשיא ליה יתומים גדולים למה לאו בני פרעון נינהו יתומים שגבו קרקע וכו' ולכך מפרש הרשב"א ביתומים קטנים איירי ומהדר שטרא להו בפרעון וא"כ כיון דלאו בני פרעון ואין נזקקין לנכסי יתומים קטנים הרי הני בעלי' חוזרים על לקוחת דה"ל כנשתדף וכתב הרשב"א ונ"ל דמהא שמעינן דאי שכיב לוה ושביק ב"ח ביד יתומים קטנים דלאו בני פרעון נינהו השתא גבי מלקוח' ולא מ"ל הנחתי לך מקום וכו' דה"ל כאשתדף עכ"ל הרי דמזה יליף כל דינו ובהך פי' ביתמי דאיירי ביתומים קטנים אין המחברים שוה לו ולא פירשו כן התוס' והרז"ה ורמב"ן ונ"י והרא"ש והטור והש"ע לקמן סי' קי"ט וע"ש וא"כ כשל עוזר ונפל עזור ואין לזה ראיה כלל ומהכ"ת לחדש דין זה ולכך יפה כתב רי"ו דרבי' חלקו עליו והך דינא דרשב"א לא קאי כיון דראי' שלו ליתא וכן התוס' ב"ב דף קנ"ז ע"ב ד"ה גובה כו' טרחו הא דקתני קרן ממשעבדי ושבח מבני חורין אם יש בני חורין האיך טריף

משעבדי יאמר לו הנחתי לך מקום ולא תי' דיתומים קטנים וטרפו מלוקח וכשיגדיל גובה הוא מנכסי יתומים שבח מב"ח ולא מנכסי' שמכרו אבל קרן גובה מנכסי' שמכרו אלא ש"מ דלא ס"ל כן. ואין להקשות לרשב"א איך אפשר לגבות מן לקוחות בעוד ב"ח ביד יתומים קטנים יטענו לקוחת אי שתקת ואם לאו מהדרינ' שטרא ליתומים קטנים ותצטרך להמתין וה"ל כאלו מהודר ולדעתו שם בגמרא לא אמרינן לכי תהדר דה"ל כאלו מהודר דהא רשב"א ס"ל דלא דרך כלל אמרינן להדר השטר ליתומים רק להגבות להם בפרעון חובם ושם מוקמינן הך ברייתא בכה"ג דהלוקח חייב עדיין לאבי יתומים וכ"כ רשב"א להדיא ביתומים קטנים ושגבו בחובת אביהן וא"כ לא זו באין הלקוחת חייבים כלום ליתומים דלא מצי אמרו להטורף אי שתקת וכו' אלא אפילו אי באמת חייבים ג"כ לא מצי אמרו כן דהרי משועבדים הן לטורף מדר"ן כיון שהוא חייב לאבוהן דיתמי ולאו כל כמיניה לפרוע ליתומים כי הם חייבים לו לטורף בדינו דר"ן וכדלעיל סי' פ"ו ובשלמא בגמרא בס"ד שפיר אמרינן דהא מהדר קרקע ליתומים דכיון דיש לו נכסי לא משתעבד מדר"ן משא"כ לפי דקי"ל דנכסי יתומים ה"ל כנשתדף א"כ עדיין חזר הדבר לדר"ן וא"כ א"א לו להדר ליתומים קטנים וא"ש ודוק. ולרשב"א דס"ל בתשובה כמ"ש הב"י לעיל סי' ק"י דביתומים קטנים לא יפרע מהערב וכאן פסק דגובה מלקוחת אף דנכסי בר נש ערבין צ"ל דס"ל דגרע כח לקוחת מערב דשעבוד דמלוה עליו כמ"ש בפ' הנזיקין ע"ש ולדעת מחבר לעיל סי' ק"י צ"ל איפכא ודוק:

ט **בכל פעם אחזירנה** הקשה הט"ז דלעיל סי' מ"ב ס"ט בהקנה ליתן לו אחר פסח ולא פי' איזה פסח צריך ליתן לו פסח ראשון ותי' הט"ז דשם שפיר נתנו הטעם דאל"כ אין לדבר סוף וקץ והשטר נתבטל אבל כאן צריך המקבל להחזירו כל זמן שהוא חי ואם מת ולא החזיר לא נתקיים תנאי ודבר זה לא משמע לקמן סי' רמ"א סעיף ז' בהג"ה דאף על בני המקבל חל התנאי ובידם לקיימם. ובדרישה תי' דכאן צריך להחזיר כל זמן שהנותן חי ויפה דיבר אלו נזכר בלשון תנאי לי דמשמע ולא ליורשי אבל המחברים העתיקו סתם וא"כ אין לדבר סוף כמו לעיל בסי' מ"ב. אבל באמת לק"מ חדא דשם נכתב שטר שהתחייב ליתן לו ט"ו זהובים אחר פסח וא"כ אם אין אתה אומר פסח ראשון אין לדבר סוף והרי נתבטל השטר ובכדי לא כתבו השטר אבל כאן אדרבא עיקר השטר שטר מתנה שנתן לו רת התנאי היה להחזיר וא"כ לא נתבטל השטר דעיקרו של שטר למתנה ויותר שתורע כח התנאי יותר תייפה כח המתנה והשטר בחזקתו ומה בכך שהתנאי ללא יועיל אף לעיל בנותן מתנה לבנו יחידו שלא יחול חוב הוא לבטלה ומ"מ לא משגיחין ביה ואף זה כמוהו וכל כוונת הרא"ש מבלי לבטל השטר אבל כאן השטר קיים והתנאי

כמעט ללא יועיל בזה לא משגיחין אך באמת אף התנאי כאן מועיל דאין רשות בידו להכסיף הקרקע ולקלקלה ולשתדף אותה בידים דהא צריך להחזיר לו כמו שקבלה ואם הוא מקלקלה עובר על תנאי וכל שיש מקום לחול התנאי אפי' במקצת לא מיקרי שנתבטל התנאי כך י"ל לדעתם אבל לענ"ד אין כאן נדנוד קושי' דשם יש ל' ספק דאמר אחר פסח ולא נודע איזה פסח נתכוון ואמרינן בזה לקיים השטר יד בעל השטר על עליונה. משא"כ כאן אין כאן לשון ספק כי אמר סתם ע"מ שתחזור לי והואיל ולא גבל זמן פי' הדברים שתחזיר לי אימת שתרצה וא"כ מה בכך דנתבטל השטר כיון דאין כאן ספק בלישנא מהכ"ת לבטל המתנה ולא אמרו הרא"ש שם רק בספק בלשון אבל כאן אין כאן ספק בלשון כלל וסתם הדברים הוי כאמר לו להדיא שתחזיר לי אימת שתרצה דמ"ש סתמא כפירושו וברור:

י **אם קנה והוריש גובה וי"ח** וכתב הש"ך ס"ק י"ד והור יש גובה כן מוכח בש"ס ב"ב דף קנ"ז וכן עיקר ותימא על המחבר שהביא דעת החולקים ע"ש ועליו יש לתמוה שדחה דעת י"ח בשני ידים ולא שם על לבו כי רבינו הגדול הרמב"ן ז"ל ס"ל כהך י"ח כמ"ש הריב"ש בסי' שצ"ב בשם הרמב"ן ז"ל דאף מקרקע של יתומים אין הב"ח גובה בדלא כתב ליה דאקני (והנה לכאורה דעת התוס' כרמב"ן דקנה והוריש לא משתעבד דהקשו דה"ל למפשט מדר"ן יתומים שגבו קרקע בחוב אביהן וכו' וקשה הא ה"ל מיני'. ודוחק לומר דקושי' התוס' על הך דפשיט מן היה פקח שיכול למשכנו דג"כ איירי מיני' דלא כן משמע במהרש"א ובגי' שלו ע"ש וגם ר"י ידע ודאי דמיני' גובה רק ס"ל מילתא למשכנו מורה דמשעבד דאל"כ מה משכן הא בידו למכור. וגם מהכ"ת להניח משנה ולמפשט מדר"נ אלא ודאי דהקושי' קאי על קושית הגמ' במשנה נפל דאוקמא כר"מ ור' נחמן לא ס"ל כר"מ. וא"כ משמע דס"ל כרמב"ן אך בלא"ה יש להבין דקארי' ליה מה קארי וכי לא ידעו התוס' תי' הגמ' דמשתעבדי מדר"ן ומה זה שכתבו ועוד הלא תירוץ ראשון מוכרח שם אלא דס"ל כמ"ש לעיל סי' פ"ו בשם הגהת הרא"ש ות"י בכתובות דאם ראובן הלוה לשמעון בניסן ושמעון ללוי באייר לא משתעבד לוי מדר"ן מיהו העליתי לעיל מקושי' דמאוחרין דבכתב דאקני מודה הגה"ת הרא"ש וא"כ קושית התוס' דהא ר"נ סתם קאמר יתומים שגבו כו' אפילו שהיה חוב ההוא מאוחר לחוב אביהן והא ליכא דר' נתן וצ"ל דמיירי דכתב ליה דאקני וא"כ מוכח דמשתעבד ולכך תי' דעדיפא פריך ועוד תי' מדר"ן דלא כהגהת הרא"ש דבכל מילי שייך מדר"ן וא"ש הנך שני תי' דמחולקים בדין גדול ודברי תוס' מוכרחים ודוק ועיין מש"ל ס"ס פ"ה ופ"ו) ורבינו הטור לא ביקש לגבור חיילי' נגדו להכריע ולכך בסי' ס' כתב אי כתב דאקני גובה מיורשים ולקוחת הרי

מילתא פסיקא לכל הדעות נקט והן בסי' קי"ב העתיק לשון בעה"ת אפילו למ"ד קנה והוריש משתעבד הרי דלא הכריע נגד הרמב"ן אדרבא כמעט תפס דבריו לעיקר וכתב אפילו למ"ד דמשתעבד משמע דעיקר דלא משתעבד. ולכן הדבר בספק שקול ומה שטען הש"ך מגמרא כוונתו דבגמרא קבעי כתב דאקני וקנה והוריש ומכר לרבנן דס"ל אין אדם מוכר דבר שלב"ל מהו ופשטינן ממשנה נפל הבית עליו וכו' טעמא דהבן מת ראשון הא מת אב ראשון שקלי ב"ח הא ה"ל דאקני ודחה הגמרא מצוה ליתומים לפרוע חוב אביהם ופריך הגמרא הא רב ושמואל ס"ל מלוה על פה אינו גובה מיורשים ומשני הא מני ר"מ היא הרי דלולי רב ושמואל היינו אומרים דחייבים יתומים לפרוע אף דדאקני לא משתעבד ואם כן היא הדין אם לא נכתב דאקני לדידן דלא קיימא לן כרב ושמואל זהו אשר נתכוון עליו הש"ך:

ובאמת לא קשה מידי דהא בגמרא קאמר מיני' קאמרת אפילו מגלימא דעל כתפאי ופי' בעה"ת בשער מ"ג ריש ח"ד דכמו דמטלטלין לא משתעבדי ומ"מ גובים הימנו וה"ה זה הרי דס"ל לגמרא אי דאקני לא משתעבד אין משועבדים כלל אפילו לגבי בני חורין דהא הגמרא מדמה אותו למטלטלין ולא אמרינן אח"כ בבא לעולם משתעבדי ממילא ועיין מש"ל בסי' ק"ד מזה באריכות וא"כ קשה מה פריך מרב ושמואל הא אפילו להחולקים על רב ושמואל דמלוה ע"פ גובה מיורשים הוא דס"ל שעבודא דאורייתא והך הא לא משתעבדי ודמי' למטלטלין וצ"ל ר' נחמן דתי' מצוה על היתומים וכו' אזיל לשיטתו דס"ל כמ"ש התוס' גיטין דף נון דשעבודא ל"ד ומלוה ע"פ גובה מיורשים משום נעילת דלת ואף זהו כמוהו ומה בכך דלא משתעבד הא אין כאן שום שעבוד והא דנקט הטעם משום מצוה לפרוע בלא"ה צריך לומר דהא ר"פ נתן טעם סוף ב"ב משום נעילת דלת ולא משום מצוה וצ"ל דהיא היא דלולי מצוה לא היו חכמים מפקיעין מעות יתומים בשביל נעילת דלת ובשביל מצוה לחוד לא היו כופין רק כיון דיש מצוה משום נעילת דלת כופין. וזה מוכח דר"פ ס"ל דמיתומים קטנים לא גבי דפריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה וקשה הא ר"פ קאמר הטעם משום נעילת דלת גובין מיורשי ולא משום מצוה ועכצ"ל כמ"ש דהיא היא משום מצוה תקנו נעילת דלת. וכ"כ הרמב"ן סוף ב"ב להדיא דהואיל דתלה ר"פ פרעון במצוה ש"מ שעבודא לאו דאורייתא ולכך קאמר משום נעילת דלת ע"ש הרי דשייכי להדדי וא"כ אף ר"נ דמשני בזה מצוה על יתומים ע"כ ס"ל לא משתעבדי רק מכח מצוה ונעילת דלת ולפ"ז חדא זהו הכל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא וגובין מיורשים משום נעילת דלת וא"כ אף בזה יש נעילת דלת אבל לפי דקי"ל להלכה שעבודא דאורייתא לא אמרינן כלל דתקנו חכמים משום נעילת דלת

ומצוה לגבות מיורשים רק שורת הדין כך דשעבודא תורה וכ"כ הרמב"ן להדיא סוף ב"ב וא"כ בזה דלא כתב דאקני דליכא שעבודא מהכ"ת לגבות מיורשים ואין ראיה כלל ממילתא דר"נ דס"ל שעבודא ל"ד ותקנו משום נעילת דלת ואנן לא קי"ל כוותי' ועוד עד כאן איכא נעילת דלת בדכתב דאקני רק לס"ד לא משתעבד מ"מ גובה משום נעילת דלת דסמכה דעת המלוה עליו דהא כתב דאקני אבל בדלא כתב כיון דהי' בידו לכתוב ולא כתב הרי לא סמכה דעתו ומה נעילת דלת יש כאן איהו אפסיד אנפשיה דלא כתב דאקני ולא סמך דעתו. ובהכי ניחא דלפי דאמרי' דלא משתעבדי ומ"מ גובה מיתומים משום מצוה וכופין וקשה א"כ מטלטלין דיתמי נמי דמ"ש ולפמ"ש ניחא דבאמת אי כתב מטלטלין וקרקע אפילו בלי אגב דעת רוב מחברים דגובה מיתמי כמש"ל בסימן ק"ז ואף דלא משתעבד משורת הדין דהא ליתי אגב מ"מ סמכה דעתו משא"כ בדלא כתב הרי לא סמכה דעתו ואף בדאקני כן ויש הבדל גדול אם נכתב דאקני אף דלא משתעבד להס"ד ללא נכתב כלל אף דקי"ל משתעבד ונכון. וזהו עיקר טעמו של הרמב"ן לפי דקי"ל ש"ד אין גובין מיורשים רק מה דמשתעבד ולהך לא משתעבד כלל כיון דלא כתב כלל. ויש לרמב"ן סמוכים מהא דמשני בב"ב על משנה דנפל הבית דאקשינן לשמואל אי דאקני לא משתעבד הא ס"ל מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים ומשני ר"מ היא ולמה לא משני כמ"ד בבכורות ש"ד וא"כ אף מלוה ע"פ גובה מיורשים א"ו אדרבא מיגרע גרע דלהך מ"ד פשיטא דלא גבה מיורשים דלית בי' נעילת דלת וגם הא דפריך בבכורות על ולא אשה בכתוב' הא אמר שמואל ב"ח גובה שבח דלמא איירי דלית לה דאקני והא דקתני דאין נוטל' בראוי דמשמע ראוי הוא דאין נוטלת אבל בנפל בחיים נוטלת אף דה"ל דאקני וס"ל לשמואל מלוה ע"פ אינו גובה דהא י"ל משנה כמ"ד ש"ד. ועוד א"כ לדידן דקי"ג מלוה ע"פ גובה אינו צריך לומר מקולי כתובה ונפל הך דינא בבירא א"ו דלעולם אינו גובה מיורשים והך משנה ע"כ בדכ' ליה דאקני ודברי רמב"ן מוכרחים ודוק. אמנם הא קשיא לרמב"ן דהוא גופיה כמ"ש בעה"ת בשמו שער מ"ג ח"ד דין ט"ו הביא ראיה דאין ב"ח נוטל בראוי מתוספ' וירושלמי כרמו פרט לראוי שאם חפר בור והזיק ומת ואחר כך נפל ירושה שאין בניו משלמים ע"ש וקשה מה איריא דנפל ירושה לאחר מותו דהוה ליה ראוי דאין נוטל הא ניזק ליתי ליה דאקני ואם כן אפילו נפל בחייו ומת אינו נוטל מיורשים לדעתו וכבר עמד בקושיא זו הרב בעל משנה למלך ולא תירץ כלום:

ומה שנראה בישובו או דודאי למ"ד דגובה מיורשים היינו דס"ל כמו במלוה ע"פ שעבודא דאורייתא דבעת הלואה נשתעבדו כל נכסי הלוה דאינון ערבי' ולא זו כל נכסים שהיו לו נשתעבדו ממילא אף נכסים שיהיו לו אחר כך נשתעבדו אז כי כך אלמוהו

לשעבוד וזהו אם חל שעבוד על דבר שלב"ל דהיינו לר' מאיר אבל לרבנן דסבירא להו אין אדם מקנה והיא הדין אין משעבד והא דקיימא לן דאקני משתעבד כבר כתב רשב"ם מפני נעילת דלת ולא משורת הדין וא"כ במלוה ע"פ ולדינא דאורייתא דלא שייך נעילת דלת לא משתעבדי נכסים שהגיעו ללוה אח"כ דבעת הלואה לא היה אפשר לחול עליהם השעבוד. וא"כ י"ל הך ברייתא ודברי ירושלמי הכל ר"מ וסייעתו הם דס"ל אדם מקנה דבר שלב"ל וא"כ הואיל וש"ד אף מה שיקנה משתעבד וגובה מיורשים ומיעט התורה ראוי ובגמרא מוקי טובי משנה ובריייתא הכל כר"מ אבל לפי דקי"ל כרבנן אין אדם מקנה ומשעבד דשלב"ל ובמלוה דלא כתוב דאקני ליכא נעילת דלת כמ"ש דאפסיד אנפשי' ואין גובה מיורשים. והא לא קשיא לרבנן הך קרא דכרמו למעט ראוי מה דרשו ביה דזה קשה להנך דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ואין היורש משלם כלל נזקי אביו אפילו בהניח נכסים וצ"ל דמוקי ליה לדרשה אחריני וה"ה לרבנן. ובהכי ניחא נמי הא דקתני בבכורות הבנות במזונות אינו נוטלת בשבח ואמרינן מקולי כתובה שנו דתנאי כתובה ככתובה וקשה הא הני לא כתובי' ולית לי' דאקני וא"כ איך יש להם שבח מיורשים הא ה"ל דאקני ומה צורך למקולי כתוב' די"ל ג"כ משנה ר"מ היא כדאוקמינן טובא שם. או י"ל בהך ירושלמי דודאי לכ"ע מצוה איכא על יתומים לפרוע כמו במטלטלין דיתמי כמבואר בגמרא פ' מי שהיה נשוי בעובדא דקטיני רק דאין כופין ודעת התוס' דהוי מצוה מן התורה ואיצטרך קרא כרמו למעט ראוי דאינו בגדר מצוה כלל דמעולם לא זכה בו האב וה"ל כאלו לא הניח נכסים דאף מצוה ניכא ואתיא הך שפיר נמי למ"ד דמלוה ע"פ לא גבי מיורשים דמודים דמצוה איכא רק אין כופין ואיצטרך קרא למעט מצוה. ובהך דבנות במזונותן או י"ל הואיל וחל חיובא רק לאחר מיתה א"כ ה"ל היורשים ב"ח וה"ל מיניה וכעין סברא זו כתב הרא"ש בשם ר' יונה לענין שבח יתומים. או י"ל כיון דתנאי ב"ד הוא ואמרינן פרק הנזיקין דכתובים המה אצל ב"ח ולא אצל משעבדי א"כ תקנו דיהיו אצל ב"ח כתובים בכל אופנים המועיל וכאלו נכתב דאקני ולכך גובים מיורשים לולי מקולי כתוב' לענין שבח. וא"כ בררנו הדברים דיש לרמב"ן תשובה על כל הטענות ומסתברים דבריו והרי זה בספק שקול אך מי יבא אחרי הכרעת המחבר והרמ"א לקמן ס"ס קי"ב דגובה מיורש אך דעת הב"ח במתנת ש"מ אף דיעה ראשונה מודה דלא גבי' ואמת כי בבעה"ת כתב דלהך דיעה קמייתא אפילו ממתנת ש"מ גובה מ"מ אפשר דיפה כחו של הב"ח להכריע כי יש לו סמך מגמ' דקאמרינן מיניה קאמרינן מיני' אפי' מגלימא דכתפאי כי מבעיא לן קנה ומכר קנה והוריש ופרכינן ממשנה נפל הבית וכו' ומשני ר"ן מצוה על יתומים לפרוע חוב אביהן ופריך הגמ' הא"ר ושמואל מלוה ע"פ אינו גובה וכו'

וקשה למה ליה להביא קושיא ממקום אחר הלא מיני' וביה מופרך דהא שמואל בעי על הוריש ואי סבירא ליה מצוה מה קמספקא ליה ודוחק לומר כי סבירא ליה לר"ן מצוה היינו בבנים לאב אבל יורש אחר דליכא מצות כבוד לא דחדא דזהו לא מצינו הבדל: ועוד הא במשנה קתני נפל על אביו או על שאר מורישו ש"מ דאיירי בשאר יורשיו. מ"מ קאמר מצוה וכו' ועוד לו יהיה זה עכ"פ כל חילי' מ"ד דגובה מיורש הוא מהך דר"נ דאמר מצוה וכו' וא"כ במתנת ש"מ לא שייך מצוה אף גבי' ליכא מיני'. וכן לעיל בס"ק ד' עשיתי סמוכין מגמרא דמשמע דבלי דאקני לא גבי ממתנת ש"מ ונכון הוא וכדאי הב"ח לסמוך עליו ומבלי להוציא מיד מוחזק ודוק. מיהו י"ל להך שינוי' מצוה וכו' היינו כמש"ל שעבוד ל"ד רק מדרבנן בזו ודאי יש לחלק בין ירושה דממילא לבין ירושה ש"מ אבל למ"ד ש"ד אין לחלק ומילתא דשמואל למ"ד שעבודא ל"ד וצ"ע:

יא **אם מכר וכו'** כל הסעי' הזה ומה שנחלקו בו הסמ"ע והש"ך כבר כתבתי לעי' בסי' פ"ה מזה באריכות ע"ש באורים ובתומים וא"צ לכפול הדברים וע"ש:

יב **וכתב לראשון אגב** וכתב הש"ך בס"ק כ"ג ודאי אם הב"ח יש להם קרקע א"צ לאגב דמשעבד מדר"ן אלא דמתשובת רשב"א סי' תתקי"ד נראה להדיא שחולק ומיהו נראה עיקר כבעה"ת דמ"ש רשב"א דקי"ל מכאן ולהבא גובה נראה לענ"ד דלאו מילתא היא דלענין שעבודא דר"נ לא שייך מכאן ולהבא גובה כדאמרינן בגמ' דפסחים דאל"כ אמאי יתומים שגבו קרקע בחוב אביהם חוזר וגובה מהן וכו' וע"ש שהאריך. ולא עיין היטיב ברשב"א דמודה רשב"א בגבה קרקע דשייך ביה מדר"ן ולא נחלק בזה הרשב"א כלל וכמ"ש הש"ך דכן מוכח מגמרא רק בגבה מטלטלים דלא שייך בו מדר"ן כמבואר בגמרא דה"ל כאלו הם ביד הלוה הראשון וא"כ לית ביה דין קדימה רק המלוה בא דשטרו משועבד ליה באגב בזה טען רשב"א דהואיל אין גופו ממון לא משתעבד באגב כלל. ועל זה כתב דקי"ל ב"ח מכאן ולהבא גובה ואין גופן ממון ועיין מש"ל ס"ס פ"ה ובזו נדחו כל ראיית הש"ך מיהו מדברי תוס' כתובות דף ק' ע"ב ד"ה אלו דברים דעמדו איך מוכרין שטרות בלי אכרזתא הא ה"ל מטלטלין דיתמי ותי' דיחדו לכתובה וא"כ יחוד מועיל בה מכ"ש שעבוד א"ק דודאי יותר אלים מיחדו גרידא ובאמת תמה אני על רשב"א דלמה מי שיש לו בשטרו אגב לא יהיה יכול לבוא על ב"ח של לוה שלו לטרוף לא מתורת שטר רק מכח שלוה שלי הלוה לך ממון שהי' משועבד לי החזיר לי הן או תמורתן דהא זוזי משתעבד באגב וא"כ אתה שקבלת המעות המשעובדים לי עליך להחזירן או פרעון ואלו מכר לו הלוה מטלטלין היה תובען וכמו כן המעות ואם יאמר שנתנם לאחרים יתבע לאחרים עד שיגיע לו הפרעון כי מ"ש בנתן ומכר מטלטלין או מעות חדא דינא איתי

ליה ובאמת לפי גירס' שלנו בתשובת רשב"א משמע דאלו היו לוים קודם שלוה ממנו וא"כ לא יוכל לומר מעות הלואה היה משעובדים לי דהא מקדם הלוה לו אבל באמת בהלואה אח"כ אף רשב"א מודה וכן דעת מהרי"ט בתשובה חלק ח"מ ע"ש איברא דגי' נכונה בתשובת רשב"א בניכר מתור התשובה וכמ"ש הכה"ג אפילו דהלואה שניה היה מאוחרת להלואתו הקושי' במקומו. ואולי ס"ל לרשב"א מתחיל' כשהלוהו ושעבד לו א"ק דעתו היה דלא יחול על מעות דהא בזמן רשב"א לא היה תקנת שוק כמבואר לעיל סימן ה' וא"כ מי יקח ממנו פרוטה אחת דלמחר יבא המלוה ויתבע המעות דמשעבד לו והרי זה נטול מיהודים וא"כ ע"כ דדעתו היה שעל זוזי ומעות היוצא בהוצאה לא יחול השעבוד וא"כ אף בזה דלא שייך תקנת שוק דמה נ"מ ללוה אם פרע למי יפרע אם לזה או לזה מ"מ לא על זה חל השעבוד כלל ודוק:

סימן קיב

א **אבל אם לא כתב דאקני לא** זהו מ"ש לדעת הרמב"ם דס"ל דלא אמרינן דאקני ט"ס הוא והקשו עליו א"כ איך סתם דשט"ח מאוחרין כשרים ולא פרט בהו דצריך להיות בהו דאקני דאל"כ יש לחוש דלמא בין כך קנה ולא משתעבד והם דאחרוהו יטרוף מלוקח שלא כדין כקושית הגמרא ב"ב דף קנ"ז. והרב הש"ך בס"ק א' ביקש לומר לדעת הרמב"ם אם בא שטר לפנינו אמרינן התנה אף על דאקני ע"ש ודבריו דחוקים בדעת הרמב"ם ואין דעת רוב מחברים שוים לו ויותר יש לומר שטר הבא לפנינו ואין בו דאקני אמרינן מסתמא לא התנה כיון דלא כ' בי' וידו על התחתונה אמנם בשטר מאוחר כיון דקי"ל חזקה על עדים שעשו כהוגן א"כ אילו לא התנה היו עושים שלא כדין אמרינן מסתמא התנה וא"כ לא גרעו כח הלוה בהאיחור דהא היה בידם לכתוב מזמן ראשון ודאקני רק גרעו כח המלוה שהשמיטו דאקני ולא יפסול שטר בשביל כך וזהו נכון בסברא ובגוף הקושיא י"ל או כיון דאחריות סתמא ט"ס ודאף דלא התנה כן משום דדעתו של הלוה ודאי להיות אחריות דלא שדי איניש זוזי בכדי וא"כ אף זו ודאי רגילות לאחר השטר דאי אפשר לעדים תיכף ביום שנמסר העדות לכתוב תיכף לבל ישקע שמש קודם כתיבה וזהו קשה לעדים וסופר ורגילים לאחרו ולכתוב השטר אח"כ ולכתוב יום הכתיבה ואלו אין בו דאקני יפסול ויהיה העדים צריכין לכתוב דוקא בו ביום וזהו קשה לעדים א"כ מתחילה כשמוסר הלוה העדות לכתוב שטר דעתו שיהיו כל נכסיו שיקנה בין מסירת העדות לכתיב' השטר משתעבד למלוה כדי שיהיו העדים יכולים לכתוב ולא יהיה אצל' לכתוב דוקא ביום המסירת העדות וע"ז זמן קט ודאי דעתו כאלו התנה כיון דרגילות

לאחרו ומאוחרים כשרים וסבר וקיבל אבל לא בשביל כך נימא דהי' דעתו לעולם כל מה שיקנה וירש בכל הזמנים שישתעבד אם לא התנה בפי' וקושי' הגמ' שפיר דאי דאקני לא משתעבד א"כ מה בכך דדעתו של הלוה בכך הא אפילו התנה אינו מועיל דלא משתעבד. אבל לפי דקי"ל משתעבד לק"מ ועוד י"ל דודאי מסתמא לא חיישינן דיקנה אח"כ ויחזור וימכרנה הך מילתא ל"ש ודעת תוס' ב"ב דקרוי לא עבידי דאתו לקנות ולירש ע"ש ועיין לקמן סעי' ב' ג' דדעת הרמב"ן דאמרינן מסתמא כל נכסים בחזקתו מימים קדמונים. וא"כ אין לחוש לדבר בלתי מצוי לומר דבשביל כך יתקנו לפסול מאוחר. רק הא יש לדקדק כיון דדאקני לא משתעבד אף שבח שהשביח לוקח לא טריף הב"ח כמבואר שם בגמרא וא"כ הא יש כאן פסול דזה לוה בניסן ובין כך השביח השדה ונתייקר ומכרה בסיון ללוי וא"כ בכל מה שהשבית אחרי ניסן אין למלוה בו כלום דה"ל כקנה ומכר משא"כ באיחר השטר הלואה לתחילת סיון א"כ כבר מושבח ומיוקר השדה והרי המלוה גובהו שלא כדין וזהו קושי' הגמ' אי דאקני לא משתעבד איך מאוחרים כשרים דאקני הוא היינו שסתם שדה משובח מיום ליום. ולפ"ז לפי דקי"ל דאקני משתעבד ועיין לקמן בסי' קט"ו מ"ש המ"מ דלענין שבח א"צ כתיבת דאקני דה"ל כאלו התנה ושיעבד בפי' השבח א"כ תו ליכא חשש במאוחר דעל השבח ה"ל כאלו התנה במה שישביח הלוקח ומכ"ש במה שישביח הלוה גופיה ואין כאן חשש פיסול דלהך שיקנה או ירש שדה לא שכיח ולא חיישינן וא"ש:

ועוד י"ל לפי שכתבתי לעיל סי' ק"ד דלגבי ב"ח כיון דשעבודא תורה אף בלי דאקני תיכף בעת שקונה הלוה שדה ההוא תיכף חל שעבודו של המלוה כמו בעת הלואה דמ"ש או דתיכף בעת הלואה כמו דהתורה שעבדו לו למלוה בסתם כל נכסים שיש לו כך שעבדה לו נכסי' שיהיו לו אח"כ ואף המה בכלל נכסי דבר נש ערבי'. ועיין לעיל סי' ק"ד וסי' קי"א ס"ק יו"ד במ"ש בישוב דברי הרמב"ן. ולפ"ז דד"ת אף ממשעבדי יכול לגבות בע"פ רק חכמים אמרו מאן דיזיף בצנעה יזיף ולית ליה קלא ומפני תקנות לקוחת לא טריף כי אם בשטר אם נכתב שטר הרי יש לו קול להלואה ומה נ"מ בדכתב ביה דאקני או לאו צ"ל דכאשר שמע לוקח דלית ביה דאקני סומך דעתו דלא על זה אופן שיעבד נכסיו ולא נמנע ליקח שדה כזו. ולפ"ז בהלואה הנעשה בניסן ונכתב השטר באייר הא קי"ל דאין עדים מוציאין קול רק מאייר מזמן כתיבה ואילך ולא מקודם אף שקנה קודם אייר בין הלואה לכתיבת שטר ומכר בסיון יש להמלוה לטרוף השדה כדין ואין כאן עול דמהתורה בלא"ה שעבודו עלי' משעת הקנין כמ"ש ואי משום קלא הא הך לוקח לא שמע קול רק מאייר ואילך כאלו אז נעשה הלואה וכבר היה אז השדה ביד הלוה ולמה

לקח ומה תיקון לקוחת יש כאן ואין כאן עול כלל אך זהו למ"ד שעבודא תורה אבל למ"ד שעבודא ל"ד א"כ לא חל שעבוד' כלל על השדה רק מכח השטר והוא דצוה לכתוב בניסן לא שעבד בשטר השדה הזה כלל ואם הם אחרוהו לאייר אין להם רשות לשעבד השדה בלי הסכמת הלוה ופשוט וא"כ א"ש לא מבעיא להך סברא דתיכף בעת הלואה חל שעבודו על נכסיו שיקנה ג"כ זהו אי יכול לשעבד דאקני אבל אי לא משעבד לא שייך הך סברא וא"כ קושי' הגמרא שפיר להס"ד דדאקני לא משתעבד. אף גם להך סברא דאז חל בעת הקנין הקרקע חל ד"ת שעבודו של מלוה כמש"ל מ"מ קושי' הגמרא שפיר דקושי' הגמרא לשמואל דהוא דקמספקא ליה אי דאקני קנה והוא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא כמבואר שם בגמרא דמלוה ע"פ אינו גובה מיורשי'. ולדידי' שפיר קשה מהך מאוחרין מפני מה כשרים ודוק ובהכי ארווח לן דהגמרא ביקש לפשוט מהך מאוחרי' דכשרים ודחינן ר"מ היא וקשה הא בברייתא בפ' גט פשוט דף קע"א מבואר דר' יהודה ס"ל ג"כ שטר מאוחר כשר וכי ס"ל לר"י אדם מקנה דשלב"ל הלא הוא חכמים דפליגי אר"מ. וא"כ תפשוט מר' יהודה ולפי הנ"ל ניחא דאף שמואל מודה דר"י ס"ל שעבודא דאורייתא כמבואר בגמרא דבכורות דף מ"ח ומ"ט ע"ש וא"כ פשיטא דמאוחר כשר ולכך פשטו מסתם משנה דלא יחלוק שמואל מסתמא אמשנה ודחינן ר"מ היא דסתם משנה ר"מ היא ובפרט בהך דמוקדמים דאף ר"ל בפקר א"נ מוקי ליה כר"מ וא"ש. ובהנך שני תי' אחרונים מיושב מה דקשה במה דמסתפק שם הגמרא לוה ולוה וקנה אי לקמא או לבתרא משתעבד תפשוט דלא לבתרא משתעבד דאל"כ מאוחרים אמאי כשרים הוא לוה בניסן ואח"כ באייר וקנה בתמוז וא"כ השדה ההוא משועבד להמלוה באייר דהוא הבתרא והעדים דאחרו הלואת ניסן לסיון א"כ הוא הבתרא וטורף שדה ההיא שלא כדת כי להשני משפט קדימה באמת ולפי הנ"ל ניחא הן בתי' הא' דלקנין שדה אחרת לא חיישינן רק כל חשש דשדה אשר נמכר ישביח ויתייקר ויגבה שבח כמש"ל וא"כ לא קשה מידי. דהא לשאר שדות לא חיישינן ובשבח אותו שדה ליכא חשש אי שטרו קודם שלקח בדין ישתעבד ואי לאח"כ הא לא מצי טריף כלל וליכא תו חשש. והן בתי' שני דאמרינן ודאי סתם מאוחרים כשרים דקתני במשנה איירי בסתם דלא כתב ביה דאקני ולס"ד ע"כ מוכרחין לומר דאית ביה דאקני אבל לפי דקי"ל ש"ד אמרינן דסתם מיירי ולא נזכר בו דאקני כלל וא"כ תו לא שייך לבתרא משתעבד דהא לית ביה דאקני כלל וא"ש ודוק. ומזה הקושי' יש לרמב"ם ראיה לשיטתו בכל אופן ודוק. ובזה י"ל הא דב"ב בשמעת' דמכר פרה וטלית משנינן דלקח ומכר לאלתר וקשה א"כ קרקע נמי כמ"ש בס"ק שאח"ז דלפי מ"ש לרמב"ם סתם מאוחר כשר משום דשעבודא דאורייתא ואף

בלי כתיבה כלל חל מהתורה השיעבוד אך זהו בקרקע אבל במטלטלין א"ק זהו תלי' בכתיב' ולא משתעבד מהתורה כלל וא"כ בזו ודאי מאוחרים בלי דאקני פסולים והנה זהו דמשני דלקח ומכר לאלתר אין הפי' דוקא בו ביום לקח ומכר רק העדים מעידים מן יום הלקיחה עד מכירה לא זזו ידם שלא לוה כלל ועיין רמב"ן בחדושיו רק קשה מה בכך דלמא לוה מקדם ואחרו עדים הזמן ובא במכוון בימים אלו בין לקיחה ומכירה. וא"כ יחול עליה. רק השתא עדיין לא ס"ל דיש לחוש לדאקני דסתמא דשטרות אין כותבין דאקני א"כ ל"ל מאוחר היא דמאוחר פסול רק לפי הרמב"ם מכל מקום כשר אך זהו בקרקע אבל בשעבוד מא"ק ודאי פסול א"כ בשדה לא מועיל לקח ומכר לאלתר דלמא חייב על שטר מאוחר אבל במכר פרה דל"ל דשעבד מא"ק תו ליכא חשש מאוחר ובזה א"ש דפריך הגמרא דלמא דאקני אמר ליה והקשינו דלמא ביטל מקדם השעבוד כמ"ש בס"ק ג' דלפמ"ש ניחא דביש בו דאקני שפיר י"ל דלמא מאוחר הוא ומה מועיל חזרה ודוק. ועיין ס"ק ג':

ב **כל מה שהוא ראוי להשתעבד כו'** עיין אורים מ"ש בשם ש"ך והוא לתרץ הקושי' דבגמרא דב"ב דף מ"ד פריך הגמרא וליחוש דלמא דאקני אמר ליה ודייקי הא סתמא דאקני הוא אי אמרינן אחריות דאקני ט"ס ולכך משני הש"ך דשם איירי במטלטלין א"ק דקאי על מכר פרה וטלית וזהו אין ט"ס דאקני ויפה כתב ובאמת בהחילוק שכתב הרמ"א דאם פירש במקצת לא אמרינן על הנשאר ט"ס ג"כ מיושב קו' זו דהא שם פי' האחריות מטלטלין א"ק א"כ צריך לפרש דאקני. אלא שיותר נח בתי' הש"ך להבין במה שאמר הגמ' מתחילה כגון שלקח ומכר לאלתר ופריך הגמרא וליחוש דלמא דאקני וכו' והקשו התוס' והרמב"ן בחדושיו בקצור ה"ל להקשות א"כ מכר שדה נמי יעיד דלא מעמיד בפני ב"ח ודחקו שם ולפי הנ"ל ניחא דודאי מהתרצן הראשון לא היה נעלם דיש לחוש לשעבוד דאקני רק ס"ל מסתמא לא אמרינן דשיעבד דאקני עד שמפני חשש זה נפסול לעדות רק ה"מ אם דאקני לאו ט"ס אבל אם הוא ט"ס הלא תיכף בבא שטר לפנינו אנו אומרים דאקני משועבד וא"כ אם אנו חוששין שיבא הב"ח לטרוף בשטר הך חשש דדאקני ממילא הוא דהא אמרינן ט"ס וא"כ א"ש דמשני לקח ומכר לאלתר בשדה לא יעיד כשיבא הב"ח בשטר אמרינן דאקני שעבד ליה ומה יועיל לקח ומכר לאלתר אבל בפרה וטלית אף שיבא בשטרו שיש בו מא"ק מ"מ לא שעבד ליה דאקני ולחוש דיהיה נזכר בו בפי' ס"ל לתרצן כולי האי לא חיישינן לפסול העדות. והגמרא פריך למה לא חיישינן שיבא בשטר מפורש בו מא"ק ודאקני דכל שהוא חשש נגיעת עדות בדרך רחוקה לא יעיד וא"ש וזהו הקושי' ופירוקא ממש ראיה ברורה להאומרים דאקני ט"ס.

גם להנך דס"ל בדאקני לא אמרינן ט"ס יש לדקדק הא דפריך הגמרא ב"מ דף י"ד שמואל דאמר אחריות ט"ס אשמואל דאמר שעבוד צריך לימלך נימא דמיירי משעבוד דאקני כמו דאמר שבח שאם יטרפו הב"ח ולכך אמר אף דאקני צריך לימלך כדי שלא יטול הב"ח כל השבח כמ"ש הרא"ש. ודוחק לומר דסתם שעבוד משמע כל שעבוד. והנה הסמ"ע תמה דהטור כתב דהרא"ש ס"ל ג"כ דדאקני ט"ס הוא דלא כן משמע ברא"ש פ"ק דב"מ דכתב דפעמים דב"ח נוטל כל שבח דכתב לב"ח ולא ללוקח דאקני ועיין סימן קט"ו בסמ"ע ופרישה דכוונתו דכתב להדיא ללוקח דלא יטול מדאקני ע"ש וא"צ לזה דהא הרא"ש כתב זה לתרוצי מילתא דשמואל דאמר ב"ח גובה את שבח ולא אמר חצי שבח משום דלא פסיקא ליה דלפעמים נוטל כל שבח בכותב לב"ח ולא ללוקח דאקני. ולפ"ז דקאמר למילתא לשמואל הא שמואל ס"ל בשטרי מכר לא אמרינן אחריות ט"ס הוא כלל וא"כ מכ"ש דלא אמרינן בדאקני ט"ס ואין הלוקח גובה רק בכתב ליה דאקני וא"ש ובהכי ניחא הא דפריך הגמרא ב"ב למ"ד יחלוקו דקתני ב"ח גובה שבח' וכו' ואם איתא חצי שבח מבעיא ליה ולא משני דאיירי דלא כתב ללוקח דאקני. דהיא גופיה קשה הא כל עצמתו של הברייתא רק להודיענו לשבח קרקעות כיצד דקתני דגובהו מנכסי' ב"ח ולמה טרח לאוקמי בכה"ג דפי' ואמר להדיא דלא יהיה נוטל מדאקני ולא תני ליה בסתמ' דדאקני ט"ס הוא ובאמת ב"ח נוטל רק חצי שבח ומ"מ הוי מצי להודיענו שהלוקח שחוזר לגבות חצי שבחו גובה מנכסי' ב"ח ולמה ליה לאהדורי באופן דלא שכיח משא"כ שמואל דס"ל אחריות לאו ט"ס הוא אדרבא סתמא דמילתא לית ליה דאקני ולכך קתני גובה שבח דמשמע כל שבת וא"ש אבל קושית הגמרא שם לדידן למסקנא דקי"ל אף במקח וממכר אחריות ט"ס וא"כ סתמא דמילתא נוטל חצי שבח וא"ש ודוק. ומזו ג"כ ראיה דדאקני ג"כ ט"ס הוא:

ג **יכול לחזור בו** הוא דעת הרשב"א והש"ך נטה ידו להכריע למולו מסברא ומש"ס דמהכ"ת יעלה על דעת ששעבד לו כבר וכל זמן שלא החזיר מעותיו יהיה יכול לחזור בו הא ע"ד זה הלוהו. והנה דבר זה בלתי מובן דמלבד די"ל איך הלוהו ע"ז ומי מעכב קודם הקנין שלא יקנה השדה כלל וכדומה אף גם א"כ לר"מ בקונה פירות דקל ויהיב ליה זוזי וכלה הנך זוזי ומ"מ יכול לחזור בפירות קודם שבאו לעולם אף שזה צועק החזיר לי דמי קנין מ"מ זוזי הם בהלואה והמקח בטל ואף זהו כמוהו. אף גם הא דנחלקו המחברים למ"ד יחלוקו אי הטעם משום דחל שעבודן כאחד או חזרה וזה כ"ע מודים מה דס"ד בגמרא לבתרא משתעבד ליכא שום טעם רק מכח חזרה וכ"כ ר"י בן מגאש לחדושיו לב"ב וכן רשב"ם וכן כל מחברים וזולתו אין טעם בדבר דלמה ישתעבד לבתרא בלבד

והש"ך דנתן טעם דלכך יחלוקו דודאי דראשון מחיל הואיל מקבל מעות מהשני לקנות בו מלבד דזה אינו תי' בירש מאביו למה בזה יחלוקו ומה טיבו של מעות בזה אף זהו אפשר לומר ביחלוקו דניחא ליה לראשון שיקנה במעות קרקע ועכ"פ יהיה לו שעבוד בדבר מה אבל אם לבתרא משתעבד לבד מה הנאה ותועלת יש לראשון דלמחול ונשתקע הדבר ולא נאמר ואין לך טעם רק מכח חזרה וא"כ אם עלה ברוח הגמרא דיהיה חזרה ויועיל איך יאמר הש"ך דלא מסתבר אם לגמרא סבירא ומסתבר איך לא יסתבר לדידן ולא על הרשב"א תלונתו כי אם על הגמרא לכן אין בדבריו מהסברא ממש. וכמו כן מה שטען מהש"ס דלמה מחחרים כשרים אולי לוה בניסן ושעבד דאקני ובאייר חזר דרך כלל מכל הלואות שלוה ושעבד דאקני והם דאחרו השטר לסיון אבל השעבוד מאוחר לחזרה ואם אח"כ קנה בתמוז חל שעבודו וטורף מלוקח שלא כדת. קושי' זו ג"כ קשה להך ס"ד דלבתרא משתעבד מטעם חזרה וא"כ ש"מ דס"ל דמצי לחזור ביה מאוחרים מ"ט כשרים בשלמא הך קושי' שהקשיתי לעיל ס"ק א' מאוחרים אמאי כשרים שמא הוא היה מלוה הראשון ועכשיו שהמה אחרוהו נעשה מלוה אחרון ויגבה שלא כדין לא קשיא די"ל רשב"א ס"ל כשיטתו דאקני ט"ס הוא רק ה"מ מסתם דאמרינן חזקה דהתנה על שופרי דאחריות רק ט"ס אבל בהך דלבתרא משתעבד דנימא דהדר מראשון דוקא בדפי' דאקני דחזינן דהדר אבל בדלא פי' לא אמרינן ט"ס ולומר דהדר ביה אדרבא אמרינן באמונתו יחי' ולא הדר ולכך לא פי' אחריות כלל. וא"כ לק"מ מן מאוחרים די"ל איירי בסתמא ומ"מ כשרים דהא דאקני ט"ס אבל משום לבתרא משתעבד ליכא חשש דהא לא פיר' ביה דאקני ולא אמרינן דהדר אבל קושית הש"ך יקשה לגמרא ועכצ"ל דחששא רחוקה שישוי' נפשיה הדריינא ושארית ישראל לא יעשו עולה לחזור משעבודו ולא חיישינן לכך ולכך מותרים לאחר ולא חיישינן להך ריעותא. ולכן כיון דמהך לבתרא משתעבד מוכח דיש בו מהחזרה וכן דעת רשב"א ומרדכי במה שהדין יחלוקו דהוי חזר' אך לא לכולו ולקמן סי' קט"ו בררתי דגם הרא"ש ס"ל כן א"כ מסתברי' דברי הרשב"א דיכול לחזור בו בלי ספק. ואמת יש לי ספק בכותב שעבוד דאקני מעכשיו וכשיהיו לו נכסי' הללו שיקנה או שירש אי מצי לחזור בו לדעת הרשב"א דהא הוא מדמה אותו למכר לדעת ר"מ דאמר ר"ה בב"מ במוכר פירות דקל דקודם שבאו לעולם יכול לחזור בו ולזה מדמה הרשב"א שעבוד דאקני ואלו הרשב"א בפ"ג דקדושין העלה הוא וכ"כ הרמב"ן דוקא בלי אומר מעכשיו אבל באומר מעכשיו אף בפירות דקל א"י לחזור וכן הרי את מקודשת לכשתתגייר בכולם אם אמר מעכשיו תיכף א"י לחזור וא"כ י"ל ה"ה כאן דהא שעבוד אלים מקנין וצ"ל אף דלקמן סי' רנ"ח קי"ל שטר שכתב בו זמן הוי מעכשיו דזמנו

של שטר מוכיח וכן אם קנו בקנין כל קנין הוי מעכשיו דלענין זה אפשר לא מהני עד שיאמר בפירוש מעכשיו ובזה היה מיושב הא דטרח בב"ב בשמעת' דמכר פרה וטלית לאשכוחי דלא מעמידו לפני ב"ח ומשני בלקח ומכר לאלתר ופריך הגמרא דלמא דאקני אמר ליה והוצרך הגמ' לשנויי בדאיכא עדים דלא היה לו קרקע שזהו בתכלית הקושי ומציאות רחוק כמ"ש הרמב"ן ולמה לא משני בפשוט דטרם שלקח ומכר לאלתר ביטל בעדים כל שעבוד ששעבד בדאקני יהי' מה שיהיה וא"כ תו ליכא חשש דהא קודם שלקח יוכל לחזור בו אבל לפמ"ש ל"ק דיש לחוש דילמא שיעבד בפירוש מעכשיו ואי אחשר לחזור בו אך לפ"ז צ"ל לפירוש רשב"א דהא אמרינן לוה ולוה וקנה יחלוקו משום חזרה כמש"ל אם כתב לראשון מעכשיו דלית ביה חזרה יהיה לקמא לבד משתעבד ודבר זה חידוש גדול וה"ל להודיענו ולא לסתום ולכן נראה דודאי לר"מ דס"ל דיש בו קנין מהני מעכשיו דלית ביה חזרה וכן הדבר בשעבוד דשעבוד ודאי אלים מקנין. אבל לרבנן דאין אדם מקנה דבר שלב"ל ורק אלמוהו רבנן לשעבוד לא מהני מעכשיו דכל זמן שנב"ל לי' בי' יד כלל ומצי לחזור ביה ודי דנימא דמשעבד ובזה מיושב הקושי' הנ"ל איך ס"ד לבתרא משעבד א"כ מאוחרים למה כשרים דעדיין י"ל ר"מ היא כדמשני וא"כ איירי בדאקני ומעכשיו או זמנו של שטר מוכיח כנ"ל ולקמא משתעבד ולית חשש הפסד. והגמרא דקשאיל לבתרא וכו' לדידן דקי"ל כרבנן והמ"ל לשנויי על הך לשבח קרקעות נמי כר"מ רק קושטא דמילתא משני אף לרבנן א"ש דתני שבח קתני. ובזו י"ל לרשב"א לכך קאמר שמואל ב"ח גובה שבח ולא חצי שבח בקושי' הרא"ש דשמואל אמר למילתא לר"מ כמ"ש רשב"ם בב"ב ולר"מ לקמא משתעבד במעכשיו. ובקושי' הנ"ל דלמה לא משני בב"ב דעדים מעידים דביטל כל שעבוד דאקני לפמש"ל דידע בקרקע יש לומר דאקני דט"ס הוא רק במטלטלין בזו לא אמרינן ט"ס הוא א"כ לק"מ דל"ל דביטל לשעבוד א"כ קרקע נמי וקשיא במכר שדה למה לא יעיד וא"ש והך דינא של רשב"א בחברת' שייך דס"ל דדאקני ט"ס הוא ועיין מש"ל בדברי הרמב"ם. וכמו כן אם כתב דאקני ונפלו ליה נכסים כשהוא גוסס ומת ומכרו יורשים הנכסים ג"כ יש לספק דכיון דלפי דאמרינן ב"ב דף קכ"ז ע"ב בנכסים שנפלו כשהוא גוסס מודה ר"מ דא"י להקנות דבר שלב"ל וא"כ אף בשעבוד י"ל כן כיון דאז לאו בר קנין ובר שעבוד הם. א"כ לא חל שעבודא או י"ל שעבוד אלים ובאמת אילו הסברא שעבודא דאורייתא חל כשקנה א"כ מה בכך שנפלו כשהוא גוסס השעבוד ממילא חל וכל ענין של שטר הוא רק לקלא אבל השעבוד ממילא חל משא"כ אי אמרינן דאין בזה דאורייתא צ"ע ודוק:

ויש לדקדק לשמואל דס"ל בלי דאקני אין גובה מיורשים בבכורות דאשה אינה נוטלת

בראוי מה איריא דנפלו לאחר מיתה אפילו מחיים אם נפלו כשהוא גוסס דלא מהני דאקני ומכ"ש לאחר מיתה ודוחק לומר דמשנה כתנא דס"ל ש"ד דא"כ אף משנה דנפל נימא כן ול"ל ר"מ היא. ומכ"ש לשיטת רמב"ן דס"ל לכ"ע אינו גובה מיורש בלי דאקני ולכן צריך לומר אלמהו לשעבודא יותר מקנין ומהני אפילו בגוסס ודוק:

ד **ואימתי קנאו** הע"ש השמיט הך ואימתי קנאו דמה צריך כיון דמברר בעדים דקנאו ולא ירשו מאבותיו הרי תו על המלוה להביא ראיה אך בש"ע ובטור נאמר אימתי קנאו וכן בבעה"ת שער מ"ג ח"ד דין ב' כתב הרמב"ן וז"ל על הלקוח' להביא ראיה שקנאו ובאיזה יום קנאו ולכן הסמ"ע והב"ח חלקו דביש להמלוה רק עדים שהלוה קנאו אז א"י להוציא וא"צ הלוקח לברר כלום אבל אם יש למלוה עדים שהיה הקרקע מוחזקת ללוה אזי אינו מועיל במה שמברר הלוקח שקנאו דאמרינן מאז ומקדם קודם שלוה מהמלוה קנאו ולכך צריך לוקח לברר אימת קנאו. ולא הבנתי טעמם דמה בכך שהיה הקרקע מוחזקת אם אמרינן דמחזיקינן למפרע אף בקנין ג"כ דחזקה מכח קנין קאתא ואין לך הוחזק יותר דהיא של לוה ביש עדים שקנאו והעיקר דהרמב"ן סיים בטעמו דלכך צריך הלוקח לברר שקנאו ובאיזה יום קנאו דאם לאו מעמידין אותו על חזקתו של לוה ונאמר שלו ושל אבותיו היה מעולם וכו' עכ"ל ולדברי הסמ"ע איך אפשר שהיה של אבותיו הא מייתי עדי קנין וה"ל דאנו אומרים מקדם מתמול שלשום קנאו אבל א"א לומר דהי' של אבותיו ולכן הדבר תמוה בעצמותו ויותר נראה דכך הפי' דאף דלוקח מביא עדים שקנאו אנו אומרים קרקע זו הוחזק נשל הלוה ושל אבותיו מעולם רק מה שהעידו שקנאו דלמא אחרי שמכרו ללוקח הזה קנאו שני' ממנו וזה שכיח ולכך פסלו שטרי מכר המאוחרים ואף דעדים מעידים שלקחו מאיש אחר דלמא הלוקח מכרו לאחר והוא לקחו מאחר ולכך צריך לוקח לברר אימת קנאו לברר שקנאו קודם שמכרו לו ואח"כ א"צ לברר דתו ל"ל דהעמד הקרקע על חזקת אבותיו זה מה שנ"ל ואם כי הדבר דחוק מ"מ יותר טוב משנתחדש דין חדש ברמב"ן:

ה **דסברא ראשונה** עיקר והקשה הסמ"ע דלקמן בסי' ר"ן סתם רמ"א כמחבר דהנותן מטלטלין מהיום ולאחר מיתה אין היורשים יכולים לומר דלמא קנה מטלטלין אח"כ ואין אדם מקנה דבר שאין ברשותו. וחילק הסמ"ע בין מטלטלין דניידי א"כ שפיר אמרינן בהרשו זה נמצא וכאן היה מקדם אבל בקרקע דהוא במקומו מבלי זיז כל שהוא לא שייך ביה כאן נמצא וכאן היה כיון דבגוף הקרקע לא שייך שטי כלל. והש"ך כתב דמנ"ל חילוק הזה רק דעות חלוקות הן מהר"ם ורשב"א והרמ"א סמך עצמו אמ"ש כאן והנכון אתו אך מ"מ סברת הסמ"ע מוכרח דבסעיף שאח"ז הביא סברת הגאונים והיא סברת הרמב"ן

שהביא בבעה"ת ראיה ממנו לדינו דעל יורש להביא ראיה שקנה אח"כ וקשה למה כיון שמביא ראיה שקנה הא אזדא חזקה ואמרינן עכשיו דקנה ואפילו לדעת הסמ"ע והב"ח שחלקו בין עדי קנין לעדי חזקה כמש"ל לא ה"ל לגאונים ולש"ע לסתום כי אם לחלק אם הנכסים בחזקת הנותן אזי צריך היורש להביא ראיה שקנה אח"כ ואם אינם בחזקתו רק שהם אצלו עכשיו א"צ להביא ראיה רק שקנה. וצ"ל לחלק בין קרקעות ומטלטלין וגאונים אמרו דיניהו במטלטלין ובזו לכ"ע אמרינן כאן נמצא וכאן היה ולכך במטלטלין לכ"ע צריך להביא ראיה אימת קנאו והרמב"ן דימה לזה קרקעות ביש לו חזקה דבזו ג"כ אמרינן דהיה ברשותו מעולם מימות אבותיו מקדם קדמיית' וצ"ע. והנה ברש"י משמע איפכא דבב"ק דף י"ד ע"ב נתן טעם דלכך מטלטלי לא משתעבד משום דאיכא למימר לאחר מיתת אביהם קנאם וברור דלא נתכוון דמשום כך לא יטול דא"כ היה לו פקדון בידאחרים או אפילו הוא המלוה עצמו פקדון בידו אם לא תפסינהו מחיים בפירוש לא משתעבדי והא בהא ל"ל דלאחר מות מורישם הגיע להם ובפרט רש"י גופיה משמע מלשונו בדף ט"ל בב"ק דאפילו שור תם הוי מטלטלין דיתמי א"ו הכוונה ברש"י דלא סמכ' דעתה דיכול להבריחם ואם אח"כ סופו להראותו ולהשתמש בו יאמרו אח"כ קניתי ובשביל כך לא משתעבדי כלל והרי דס"ל דלא אמרינן כאן נמצא וכאן היה משא"כ בקרקע דסמכה דעתא דמלוה דלא יוכלו לומר לאחר מיתה קנה משום דמוקמינן בחזקת אבות ואלו היה סברא זו כראי מוצק יש ליישב הקושי' שכתבנו לעיל בהא דמשני הגמרא לעיל במכר פרה שלקח ומכר לאלתר ונתקשו התוס' ורמב"ן דא"כ קרקע נמי. וי"ל דמה בכך דאיכא עדים שלקח הא אנן לא ידעינן אם הוא חייב או למי חייי' רק אנו חוששין לעדותו לנגיעה אולי חייב ומעמידו בפני ב"ח ולפ"ז עדיין יש לחוש אולי חייב לקרובים של הנך עדים דמעידים דלקח לאלתר וא"כ אינן נאמנים לחוב קרוביהם והוא מ"מ יגבה כי הנך סהדותא דלקח לאלתר לא משגיחין וצ"ל דמכאן ראיה לדברי האומרים על המלוה להביא ראיה שהיה בידו בשעת הלואה וא"כ כיון דנתברר לנו בעדים דלקח ומכר לאלתר א"כ בבואו המלוה נימא ליה אייתי עדים והוא לא יוכל להביא דהא באמת קושטא קא מסהדי דלקח ומכר לאלת' וכי יביא עדים כזבים אך זהו במטלטלין במכר פרה אבל במכר שדה שפיר מוקמינן אחזקת אבות ועל הלוקח להביא ראיה ושפיר חיישינן דלמא חייב לקרובים של הנך עדים ומה יועיל עדים דלקח ומכר לאלתר. ועיין רמב"ן שם גבי בהאי סהדי וכו' כתב ג"כ הך סברא בעדים קרובים וכו' ע"ש. אך יש לומר דאף רש"י מודה במטלטלין אמרינן כאן נמצא והוא בשנברר לנו שהיה רגע ברשות מוריש אמרינן באותו רשות כאן נמצא כאן היה אבל שם דיתומים יאמרו אנו לקחנו אדרבא

כיון שהמטלטלין ברשות יתומים אין מוציאין אותו מרשות לרשות לומר שהיה של אביהם אבל עכ"פ הך דלקח ומכר לאלתר ראיה לשיטת האומרים דעל המלוה להביא ראיה. איברא דיש לדקדק על רבינו הב"י דכאן העתיק דעת שניהם הרמב"ן והחולקים ולקמן בסי' ר"ן סתם כהגאונים דעל היורשים להביא ראיה דאמרינן חזקה כאן נמצא אף דיורשים מוחזקים ולעיל בסי' ק"ד סעיף ה' כתב דאם לא נתברר שהיה מטלטלין בידו בעת שלוה מהראשון מחזקינן ליה ללוה ולוה ואח"כ קנה דקי"ל דיחלוקו ואם קדם השני וגבה מה שגבה גבה והוסיף לנו בב"י להזהר בכלל זה כי רבי' טעו בו ואם כי נתכוון היכי דקדם השני וגבה דאל"כ איך יקרא טועה למה שנחלקו בו רבותינו הקדמונים רק ס"ל בגבה די"ל קים ליה כהאי ומי יוציא מיד מוחזק אך מ"מ קשה הא בסי' ר"ן ג"כ יורשים מוחזקים ומ"מ פסק בפשיטות דשייך למקבל מתנה ואמת בי דין זהבסי' ק"ד נזכר בבעה"ת אך הוא מיירי במעות ובמעות ודאי דלא מחזקינן שהיה צובר מעותיו מזמן רב והכניסן לאוצר וכן מחלק בתשובת מהראנ"ח ע"ש. וגם הבעה"ת אזיל לשיטתו דפוסק דלא כרמב"ן ודעתו על מקבל מתנה להביא ראיה אך למחבר קשה ומה שנראה בישובו דס"ל הואיל והבעה"ת סתם ולא הזכיר כלל מחלוקת והיה לו להזכיר כי תלי' במחלוקת רבוותא ש"מ דס"ל כיון דקי"ל כרבנן דאין אדם מקנה דשלב"ל כאן שעבודא של תורה כלל רק מתקנתא דרבנן שלא תנעול דלת בפני לוין כמ"ש רשב"ם בב"ב וא"כ בתקנתא דרבנן כל מה שנוכל לפקפק בו ולהעמידו על ד"ת מוקמינן ולכך אמרינן דאח"כ היו לו נכסים ויחלקו אף לפ"ז צ"ל לעיל דאין הגי' כמ"ש בסמ"ע קודם שלוה משניהם רק ביני ביני קנה ומ"מ משתעבד לראשון כמש"ל בסי' ק"ד באריכות וא"כ הוי מכח תקנה אבל לגירסת הסמ"ע דיש לומר קודם שלוה משניהם קנה א"כ השעבוד דבר תורה והקושי' במקומו למה יגרע ממקבל מתנה. אך זה ראיתי במרדכי שילהי פרק מ"ש בב"ב דכתב הר' אברהם דכל ב"ח הבא לטרוף בנכסי' שאינם ידועים אם נקנו אחרי כתיבת השטר או קודם שעליו להביא ראיה מתי נקנו ואם לא יביא ראיה לא יטול כי אם מחצה דאל"כ כמה שטרות וכתובות דאקני היה פסולים דאתו בהו לידי תקלה דזימנין דליכא עדים מתי נקנה זה הקרקע ויבא לטרוף ממנו ויקח הכל ומהדין אין לו ליקח אלא מחצה וכו' עכ"ל וש"מ דס"ל דשורת הדין דאמרינן דאוקמינן בחזקה שהיה למפרע דאל"כ מה צורך תקנה וראיה הא שורת הדין דמספקא לא מפקינן אלא ברור דס"ל דשורת הדין גובה הכל רק חוששים דלפעמים יקנה אח"כ ומ"מ יפסקו דגובה א"כ הרי תקלה לב"ד ולכך ס"ל דאינו גובה רק מחצה. ואי קשה נימא איפכא דלפעמים קנה מקדם ולו מגיע לבד ואנו חולקים הרי עול בצידו. וצריך לומר דזה יכול מלוה הראשון להזהר בלקחו שט"ח

מהלוה שיברר לעדים כמה מנחלאות וקרקעות שיש לו ואי דלוה לא ירצה לפרסם עצמו עבד לוה לאיש מלוה ומי מכריחו להלוות לו משא"כ לוה השני א"א לברר כמה נכסי' שיש לו אז ולא ראינו אין ראיה ואפילו הלוה אינו נאמן ולאו כל כמיניה לבטל זכותו של ראשון ולכך אמרינן דיחלוקו וזה ברור בכוונתו ולפ"ז ה"מ בב"ח מאוחר ומוקדם אבל בנותן מתנה לאחר וכי יוכל להכריח לנותן שיברר כמה מטלטלים יש ברשותו עביד אינש דלא מפרסם יתיה וא"כ כמו דיש עול אם ינתן הכל למקבל דלפעמים קונה מטלטלין מאוחר אף כן יש עול אם לא ינתן הכל דהא אם היה לו אז מטלטלין הרי הן שלו ולכך אוקמיה אדין תורה דאמרינן כאן נמצאו כאן היה וא"ש ודוק והמחבר דסתם לעיל בסימן ק"ד נמשך אחרי דעת רבינו אברהם במרדכי וכמ"ש ודוק כי לענ"ד יש בזה ישוב קצת לדברי רבינו מחבר:

ו **י"א שחולקין החצי וכו'** הקשה הב"ח דהא יש לו מגו דהוה טען ביני לביני קנאה וא"כ לדידיה משתעבד כולו ותי' הש"ך דהרי זה דומה למשנה בפ"ק דב"מ דזה אומר כולה שלי וזה אומר מחצה שלי דלא מהימן במגו דהיה אומר ג"כ כולה שלי. ואין זה מספיק לתי' התוס' דה"ל מגו להוציא דשם שניהם תפיסי בטלית וה"ל כל אחד למחצית שלו מוחזק אבל כאן בקרקע אין אחד מוחזק ובפרט דלית עליו רק שעבוד ואפילו שעבוד מוחלט ליכא דהא לית ביה דאקני ויכול הלוה למוכרו ואין נקרא מפיק:

ולכן צריך לומר כתי' הראשון מהש"ך דאם קנאו ביני ביני לראשון משתעבד ועיין מש"ל בסי' ק"ד מזה באריכות אך מדברי כולם מובן דפרשו כאן דמלוי' אלו טוענים ברי זה אומר בזמן הזה לקח וזה אומר בזמן זה ולדידי לא ידומה כך דא"כ דשניהם טוענים ברי והדבר אפשר להתברר ע"י עדים אימת לקח א"כ למה נדון ביה יחלוקו ולא נימא ביה כל דאלים גבר כמבואר לקמן סי' קל"ט כל ספק שאפשר להתברר אמרינן כל דאלים גבר. ודוחק לומר דהואיל דב"ד צריך להגבות כי בלי גביה מה בעי בקרקע של לוה לא שייך כל דאלים גבר דזה דוחק דהא לפי מש"ל בסימן ק"ד דעת רוב מחברים דא"צ גבי' בב"ד ואם קדם ותפס מהני. ולכן ברור דכאן איירי שטוענים שמא ושמא כל אחד טוען זכותו בשמא וא"כ לא שייך כל דאלים גבר דהטעם מי שיודע שהנכון אתו מתאמץ בו וגובר וזהו לא שייך בשמא ושמא ולכ"ע חלוקה עדיף. ועי' מש"ל בסי' קל"ט. וא"כ דאיירי בשמא ושמא ל"ק משום מגו דהא טען שמא ומה מגו יש אבל מ"מ לדינא נכון כמ"ש הש"ך וכמ"ש באורים ע"ש. אך הא קשיא למה נקט הך דינא בדלא כתב דאקני ולמה לא נקט נמי בדאקני ועדיין הספק הזה כמו בלא דאקני בשלמא לשיטת הסמ"ע י"ל רבותא קמ"ל דה"א בלי דאקני נטעון אולי קנאו ביני וביני ולבתרא משתעבד הואיל וקמא

לית ליה דאקני אבל ביש לו דאקני בלא"ה ל"ל דאולי בין הלואה להלואה קנאו דהא מ"מ לקמא משתעבד אבל לפי דאמת דעיקר כדברי הש"ך קשה וצ"ל דס"ל למחבר הא דקי"ל לוה ולוה וקנה בדכתב לשניהם דאקני דיחלוקו הוא מטעם ספק אולי לקמא או לבתרא משתעבד ולכך יחלוקו אבל בדלא כתב דאקני הטעם דיחלוקו הואיל ולית ביה דין קדימה וא"כ בדכתב דאקני יש למלוה הראשון ס"ס ספק אולי לקחה מקדם ואת"ל אחר שני הלואות דלמא לקמא משתעבד ואפילו החולקים על דעת התוס' וס"ל אפילו בשמא ושמא אינו מועיל ס"ס היינו להוציא מיד מוחזק כמש"ל בדיני קים לי ותפיסות אבל כשאין אחד מוחזק לכ"ע מהני ס"ס כמ"ש התוס' וא"כ הראשון זכה ולכך כתב בדלית דאקני וא"כ אין כאן ספק בקנה בתר שניהם ומדינא יחלוקו וא"כ ליכא ס"ס רק ספק אחד אי קודם או אח"כ ודוק כי דין זה צ"ע ויותר נראה איפכא דס"ל להנך פוסקים בממון לא משגיחין בס"ס כלל וחד ספק ותרי ספיקות כי הדדי נינהו וכלל גדול ממון שמוטל בספק חולקין ולא אמרינן להבחין בין חד ספיקא לטובי ספקי ולפ"ז בשלמא אי לא כתב דאקני דשורת הדין בלוה ולוה וקנה יחלוקו בלי ספק אמרינן הך פלגא שקול ואידך פלגא מוטל בספק ולכך זה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רביע משא"כ בדכתב דאקני א"כ לכך יחלוקו דלא אפשטא לאיזה אי לקמא או לבתרא א"כ הך בתרא צועק הכל בבית הספק כל השדה כי אולי אח"כ לקחה ולבתרא משתעבד ואי דקמא יש לו תרי ספיקות מה בכך סוף כל סוף כל השדה בבית הספק אי לקמא או לבתרא יהיה מסיבת ספק א' או שנים ולכך יחלוקו בכל השדה ויד שניהם שוים בחלוקה. ובזה יובן דכאן הביא מחבר ב' דעות ולכל דעות נוטל קמא שלשה רבעי ואלו לעיל סי' ק"ד ס"ה כתב דאם לא נתברר אימת קנה מחזיקין כלוה ולוה וקנה דיחלוקו ולא כתב דזה נוטל יותר ודוחק לומר דזהו הכל בלשון שלילא דקי"ל יחלוקו ואם קדם מאוחר וגבה וכו' וכל הכוונה רק על גבה ולא בגוף הדין דיחלוקו דבזה התחיל שם בסעיף אם קדם וגבה וכו' דמ"מ קשה איך נתן מכשול למעיינים דיחלוקו הל"ל דזה נוטל יותר ועיין מש"ל ס"ק ה' במ"ש ר"א במרדכי דמבואר דיחלוקו וצ"ע לכאורה ולפמ"ש ניחא דשם מיירי בדכתב דאקני ובזה אין לקמא יותר מן השני בשום דבר וא"ש. ובהכי ניחא הא דרמ"א בסעיף ב' וג' הכריע כסברא ראשונה ואלו בסעיף זה לא הכריע ולא כתב והעמיד דבריו אסוף כל הדינים דכן נראה לדינא ש"מ דבהך דינא אין דעתו נוטה להכריע וכמ"ש הסמ"ע ס"ק י"ד והסמ"ע נתן טעם הואיל ואין כאן מוחזק בשדה וקשה א"כ איך הכריע לעיל וסתם ולא הגיה על דברי מחבר בסי' ק"ד דדנין אותו כאלו קנה אח"כ ויחלוקו. וש"מ דהכי ס"ל ולמה לא כתב די"ח ואמרינן כאן נמצא וכו' אך לפמ"ש נראה דלכך לא הכריע לא

מטעם הסמ"ע הואיל ואין כאן מוחזק רק דיש כאן עוד סברא כמש"ל סי' ק"ד דה"ל ספק ויבם דקי"ל הואיל פלגא ודאי שקול אף על פלגא הנשאר יש לו זכי' בגוי'. ואף זו כמוהו דהא פלגא ודאי שלו באידך פלגא דמסופקים הוא בגדר אין ספק מוציא מידי ודאי ולכך לא הכריע דמטי' הדברים דקמא זכה וזהו בזה דקמא שקיל ודאי פלגא אבל לעיל בסי' ק"ד דלא שקיל כלום והכל נכנס לבית הספק אזדא הך סברא וחזר הדבר לכללא דהוא ספק אולי קנאה באחרונה ולכך אף דעת רמ"א דיחלוקו ודוק:

ז **ועמדה ונשאת וכו'** הרב הש"ך טען על זה שני טענות אחד דעתו דלכך מלוה ע"פ אינו גובה מבעל דהוי כלוקח אף דאמרינן במקום פסידא שווינהו רבנן כיורש משום דטענין לבעל אולי נפרע ונסתייע לזה מתשובת רמב"ן סי' נ"ו וא"כ כאן דיש שטר רק דליכא דאקני א"כ הא א"י לטעון פרעתי והרי הבעל כיורש ועוד טען שם במלוה ע"פ אמרינן איהו אפסיד אנפשיה דלא ה"ל למזיף בלי שטר אבל כאן שלקח שטר וכי בשביל שלא כתבו דאקני יהיה נקרא אפסיד אנפשיה. והנה בטענה ראשונה נראה ברור דכל פלפול בגמרא בלותה ואכלה אי בעל כלוקח או כיורש לא איירי במלוה שמצי לטעון פרעתי דאל"כ לו יהיה דבעל יורש נטען פרעתי ואי דהאשה מודה לאו כל כמיניה לחוב לבעל בהודאתה וזהו פשוט ואפילו ר"ח וסייעתו דס"ל שוינהו אף למלוה ע"פ כיורש מודים דאין האשה נאמנת לחוב בהודאתו לבעל וגם מה פשיט הגמ' מהך דאלמנתו נזונית מנכסיו שם ליכא חשש פרעון משא"כ מלוה ע"פ אלא ברור דגמרא איירי בהך גוונא דליכא חשש פרעון ומ"מ אסיק הרי"ף וסייעתו דגבי מלוה ע"פ כלוקח שוינהו רבנן ולכן ברור דבתשובת הרמב"ן הנ"ל השיב לרווחא דמילתא כי לא הכריע אי הלכה כרי"ף או כר"ח וסייעתו דאף למלוה ע"פ שוינהו כיורש ולכך כתב בנדון המושאל דאיכא חשש פרעון לכ"ע לא גבי' וזה מורה לשונו שם אפילו נימא כיורש שוינהו רבנן ע"ש. ודע כי תשובה ההוא לא מבטן רשב"א יצא כי בתשובה ההוא היה המדפיס מאסף מגאונים רבי' והדפיסן כנראה בהקדמה שם. דרשב"א ס"ל במקום דכתבינן מטלטלין וקרקע אפילו בלי אגב גובין מיתומים מדינא כמש"ל סי' ק"ז ובתשובה ההוא נאמר בפי' דכל זמן דלא נכתב בשטר אגב אין גובה מבעל ומשמע שם להדיא אפילו הוי יורש כמבואר בלשונו וגם הא לא שייך לשיטתו דפרע דהא יש לו שטר וא"כ כיורש שוינהו וש"מ דס"ל כשיטת התום' הנ"ל דאפילו בזה לא גבי מיורש וגם כתב להדיא דמטלטלין לא גבי מבעל אפילו הוי יורש ואי' איפא תקנת גאונים וע"כ דס"ל כר"ת לעיל סי' ק"ז דלאו בכל גווני תקנו הגאונים א"כ אין לסמוך על תשובה זו. ולעומת זה הביא רבינו ב"י בא"ע סי' תשובת רשב"א דמבואר בתוכו כמ"ש בעה"ת דאפילו בשטר דכל דלית דאקני בעל לוקח הוי

ולא גבה כלל הב"ח ממנו ע"ש אבל טענה שני' של הש"ך יש בו מהטענה דמה שייך בזה אפסיד אנפשיה וכן הרב ב"ש בא"ע סי' ל"א ס"ק יוד תפס סברא זו לעיקר ובאמת מרשב"א וטור ליכא ראיה דאיהו ס"ל אף דאקני ט"ס וצ"ל דפרט להדיא שלא יגבה מדאקני א"כ פשיטא דה"ל אפסיד בידים דכתב להדיא ומחל שעבודו מה דיש בו ט"ס דלא שדי אינש זוזי בכדי אבל לדעת בעה"ת ומחבר דלא ט"ס הוא וצ"ל דאין דרך לכתוב כך ולא שייך ביה דלא שדי אינש זוזי בכדי ע"כ יפה י"ל דלא שייך ביה אפסיד אנפשיה ונראה לומר דהם מפרשים איהו דאפסיד אנפשיה אין הפי' שגרם בידים היזק לעצמו רק אנן אמרינן איהו לא חס והלוה ע"פ והא הלוה היה יכול למכור נכסיו בכל עת ויצא בפחי נפש וש"מ דלא חש על זה ואיך אנן נחוש להפסידו ולבטל תקנת חכמים דעשהו כלוקח מה שהוא בעצמו לא חש לפסידו וה"ל כמו אבידה מדעת דהא כל שעה יכול למכרו וא"כ אף כאן בדלית ליה דאקני הא הוא לא חש והיה ביד הלוה כל שעה למוכרן ולא יגבה דל"ל דאקני וא"כ איך אנן נחוש לבטל משום הפסדו תקנת חכמים דלוקח שויה וא"ש ודוק כי ברור הוא ולק"מ. והנה הש"ך כתב דאם תפס הב"ח יכול לטעון קים ליה כר"ח וסייעתו דאף במלוה ע"פ הוי כיורש ויפה כתב אלא בקרקע לא שייך תפיסה ובמטלטלין אי לית ליה מטלטלין וקרקעות דגביה מדינא מיורשים לא שייך דשוינהו כיורש דעל תקנת הגאונים לא נימא דעקרהו רבנן לתקנתם ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ואפילו בשומא הדרא דהוא מדינא דגמרא לא עקרהו רבנן מכ"ש בתקנת גאונים:

סימן קיג

א **שמכר או נתן וכו'** בטור נתן טעם דלא סמכה דעתו עליהן דיכול להבריחן ותמה הסמ"ע הא אפילו עשהו אפותקי אין טורף משום דל"ל קלא וה"ל למימר הטעם דלית ליה קלא ותי' הסמ"ע דחוק. והש"ך תי' דהוצרך לומר כן לבתר תקנת גאונים דחזרו מטלטלין להיות דינ' שוה לקרקעות. ואגי תמה א"כ יאמר בטור מה יאמר בר"י ב"ק דף ל"ג ע"ב דקאמר הגמרא ש"מ לוה ומכר מטלטלין ב"ח גובה מהם בתמי' ופרש"י והא מטלטלין לאו מידי דקאי בעינא ולא סמיך מלוה עליה ואמאי יטרפן מלוקח עכ"ל והלא רש"י לדינא דגמרא קאמר ומ"מ נתן הטעם דיכול להבריחן ולא סמכה דעתו ולא נתן הטעם דלית ליה קלא. אבל באמת לא הבנתי קושיתם דבשלמא השתא דמטלטלין לא משתעבד רק אפותקי מסתבר להשתעב' דהא סמכה דעתו ולכך באמת לדעת רוב מחברים גובים מיתומים ע"ז אמרינן דלית ליה קלא דאין עדי שטר מוציאן קול דזהעשה מטלטלין לאפותקי משא"כ אלו שורת הדין מטלטלין להשתעבד דהוי סמכה דעת' א"כ

איך שייך לית ליה קלא הלא מלוה בשטר עדים מוציאין קול שלוה וא"כ כשמעו שלוה ממילא יודע דמטלטלין שלו הם משועבדים וימנע מליקח ומה לית ליה קלא שייך בזה. ולכך הוצרך לומר דלא משתעבדי כלל ולא נ"מ ללוקח בכך אף דידע דלוה ואי דעשה אפותקי זהו לא יודע הלוקח דזהו אין עדים מוציאין קול ופשוט ונכון ולק"מ:

ב **דלא כאסמכת'** יש לי ספק אם נכתב מטלטלין וקרקע בלי אגב דמועיל לגבות מיתומים מדינא דש"ס כמש"ל בסי' ק"ז אם גם בזה צריך דלא כאסמכת' דאל"כ לא סמכה דעתו על מטלטלין דהא שייך בהו אסמכתא או נאמר הא בלא"ה לית ביה שעבוד דהא לית אגב ובמה יחול השעבוד רק אמרינן דסמכה דעתו וא"כ מה צורך לשלא כאסמכתא סוף כל סוף סמכה דעתו. ומהא דעשה שורו אפותקי דגובה מיתומים דמשמע סתם בלי כתיבת דלא כאסמכתא אין ראיה דאפותקי לית ביה משום אסמכתא כמ"ש בגמרא דאיזהו נשך דף ס"ו ע"ב ועיין שם בהרא"ש ולא מצאתי ראיה לשום צד:

ג **מעכשיו** עיין אורים דכאן אף הטור מודה דמועיל מה שאינו מועיל בשאר אסמכתא ודמיא להך דמכר לו שדה בפ' א"נ דמוקמינן בגמרא במעכשיו וכתב הרא"ש הואיל וקיל להו משאר אסמכתא מהני בהו מעכשיו והא דמהני מעכשיו היינו על מטלטלין דאיתנהו ומשעבדי אותם אבל על דאקני איך שייך מעכשיו הא ליתניהו עדיין ברשותו ואימת חל בבא לרשותו ואז תו לא הוי מעכשיו וברור ובזה יובנו דברי הגמרא דב"ב בשמעתא דמכר פרה כו' דפריך הגמרא דלמא שעבד ליה מא"ק דאמר רבה אם שעבד ליה מא"ק קני ואר"ח והוא דכתב ליה דלא כאסמכתא וכו' ויש להבין מה ביקש הגמרא במילתא דר"ח שהביאם בתוך הקושי' בהך מילתא דרבה דאמר דמשתעבדי בכותב באגב לבד הקושיא והך מילתא דר"ח לכאורה אין ענין כלל לזה אך נראה כי ודאי המקשן הראשון תפס תי' הגמרא דלקח ומכר לאלתר רק אסיק אדעתא קושי' שני' דלמא דאקני אמר ליה וכסוגי' הש"ס דהכל חדא מקשן היה ולכך לולי ר"ח היה אמרינן דקנין מא"ק אין מועיל רק באופן דאמר מעכשיו דמסלק אסמכתא וא"כ שפיר י"ל דלקח ומכר לאלתר ול"ק דלמא דאקני דא"כ לא שייך ביה מעכשיו והרי זה דומה לאסמכתא ולכך הקדים הגמרא מילתא דר"ח דיש אופן לסלק בדרך אחר בלי מעכשיו והוא בדכתב ליה דלא כאסמכת' וכו' וא"כ תו ליכא למימר דלקח ומכר לאלתר דעדיין יקשה ודלמא דאקני אמר ליה דהא לא צריכין מעכשיו וא"ש ובזה א"ש הך קושי' ג"כ שכתבנו בו בסי' קי"ב דמה משני לקח ומכר לאלתר דא"כ בשדה נמי דכך המשך לשון הגמרא וכאלו אמרם השתא דאמר ר"ח דיש כאן תקנה לסלק אסמכתא בדכתב א"כ תו ל"ל דלקח ומכר לאלתר דהא דלמא דאקני א"ל בשלמא אי בעינן דוקא מעכשיו א"כ שפיר י"ל בלקח ומכר לאלתר דבשלמא

קרקע אינו מועיל דיש לחוש דלמא דאקני א"ל דהא בקרקע ליכא אסמכתא וא"צ מעכשיו אבל השתא דאר"ח דיש תקנה בדכתב דלא כאסמכתא א"כ אף במטלטלין ל"ל דלקח ומכר לאלתר דגם בהו קשה כמו בשדה ודלמא דאקני אמר להו וא"ש ודוק. והנה יש כאן ספק אי ק"ס מועיל דהא קי"ל ק"ס מעכשיו הוא דהדרא סודר למרא ולפי האומרים דכל אסמכתא מועיל בו מעכשיו א"ק ל"ל כמ"ש המפורשים דלענין סילוק אסמכתא לא הוי ק"ס מעכשיו א"כ אף בזו אינו מועיל אבל לדעת הרא"ש דס"ל אף לאסמכתא מעכשיו כמ"ש להדיא בפ' א"נ רק ס"ל מעכשיו אין מועיל לסלק אסמכתא וא"כ בזו דמועיל י"ל דק"ס ג"כ מועיל וכן בשטר שיש בו זמן דקי"ל לקנין סי' רנ"ח דזמנו של שטר מוכיח ה"ל כמעכשיו וא"כ בכ' בי' זמן יהיה מועיל בשלמא להאומרים דמעכשיו מבטל אסמכתא א"כ יהיה כל שטרות דיש בהו זמן אפילו אפילו יש בהו אסמכתא גמור וזהו לא מצאנו ועכצ"ל דלענין סילוק אסמכתא לא הוי מעכשיו אבל לדעת הרא"ש וסייעתו שפיר י"ל דהוי עכשיו ובגמ' דב"ב הנ"ל אף דודאי יש בו זמן לענין גביית משעבדי אין ראיה כמ"ש דהקושי' משום דאקני וכמ"ש ולכן צ"ע ובהכי ניחא מ"ש הבעה"ת בשער מ"ג דעת רבינו האי גאון בכותב מטלטלין אפותקי מפורש גובה משעבדי והקשה הג"ת דא"כ הקושי' בב"ב במקומו איך יעיד במכר פרה וטלית מה בכך דלית ליה קרקע דלמא עשהו אפותקי מפורש דלפמ"ש ניחא דלא הדר מהך תי' דלקח ומכר לאלתר רק דקשיא דלמא דאקני אמר ליה וע"ז משני דלא היה לו קרקע מעולם ובאפותקי ל"ל דאיך שייך על דאקני אפותקי מפורש וכמש"ל ולק"מ:

ד **ועבדים וכו'** עיין אורים מ"ש בשם תשובת הרא"ש וצ"ע דמחבר סתם ונמשך אחרי הטור דסתם כדעת אביו ז"ל ואולם הבעה"ת שער מ"ג ח"א דין יו"ד כתב דלמ"ד בקנין בעינן עבדים עומדים בתוכו דה"ל מטלטלין דניידי אף לענין שעבוד בעינן עומדים בתוכו וכ"נ מדברי הראב"ד שם בדין ח' דהוכיח דבהמה לא ה"ל מטלטלין דניידי מהך דב"ב במכר פרה וטלית דאמרינן דלמא דאקני מטלטלין א"ק א"ל וש"מ דס"ל אף בשעבוד בעינן מטלטלין דלא ניידי וצ"ע:

ה **הודאת בע"ד וכו'** וכ' הסמ"ע דמסתמא לא משקר אעפ"י שאנו אין יודעים בו אם יש לו קרקע. ומדבריו משמע הא איכא סהדי דלית ליה קרקע בבירור לא מהני הודאתו וכן משמע מהרא"ש ותשובת רשב"א הביאו רבינו ב"י לקמן סי' ר"ב ע"ש אבל מדברי התוס' שם ב"ב וכן בעה"ת דהקשו במה דמשני דאית ליה סהדי דלא היה לי' קרקע מעולם דלמא הודה ותי' דכולי האי לא חיישינן הרי אלו באמת הודה אף דמכחשי' ליה סהדי מ"מ הודאתו מהני דהא שם איכא סהדי דלא היה ליה קרקע מעולם ובאמת יש להבין אמת

דאדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים היינו באינו חייב לאחרים אבל כאן הא אז בהודאתו הוא תיכף מחייב לאחרים לאנשים שיקנו ממנו אח"כ המטלטלין שיגבה זה שלא כדת וכמו דאין מועיל נאמנות שנותן בעת הלואה ללקוחות שלקחו אח"כ דלא היה בידו חוב לאחרים ואף זהו כמוהו איך בידו לחוב לאחרים דהא באמת לא משתעבדי ואיך יהיה נאמן בדבורו לגרום טירוף מלקוח' שלא כדת. ואפשר לומר ודאי מטלטלין שבידו אז בעת השעבוד פשיטא נאמן ולא שייך חב לאחרים דהא מגו דיהיב מתנה לגבות ממנו ואי דהוי אסמכתא כמ"ש הרשב"ם הא מצי מקנה בקנין המועיל לבטל אסמכתא אבל במטלטלין דקנה אח"כ הא לית ליה מגו דאין אדם מקנה דשלב"ל איך יהיה נאמן אז לחוב לאחרים ולכן היה מיושב דמשני דלקח ומכר לאלתר ופריך דלמא דאקני ומשני כיון דאיכא עדים דלא היה לו קרקע ולא קאמר אלא ש"מ דלא הדר מתי' קמא כמ"ש התוס' בדוכתי טובי וקשה למה. ולפמ"ש ניחא דאם היה לו אז מטלטלין לא מהני התי' דלא היה לו קרקע דדלמא הודה כנ"ל ולכן איצטרך בלקח ומכר לאלתר ועל קושית דלמא דאקני שפיר תי' דה"ל עדים ולא שייך דלמא הודה דלאו כל כמיניה במקום עדים ולית ליה מגו כלל כן הייתי אומר אבל לא כן משמע דברי תוס' וכן ברמב"ם פט"ז מהל' עדות דלא התנה שיהיו עדים דלקח ומכר לאלתר ולכן צריך לומר דמה בכך דלית ליה קרקע ושיקר בהודאתו הא אפילו שורו אפותקי לבד שורת הדין לגבות רק אמרינן לית ליה קלא וא"כ הוא דהודה דיש לו קרקע והקנה א"ק עכ"פ עדים מוציאין קול וא"כ מה בכך ששיקר מילו מ"מ הא מוציאין קול. ויש לו לטרוף רק מ"מ אין להודות בשקר ולכך כתבו התוס' דלא חיישינן דמשקר דעכ"פ שיקר דבריו אבל ודאי דמהני אם שיקר דהא מ"מ קול יש לו וזהו נכון וברור בסברא. ומיהו לפמש"ל בסי' קי"ב י"ל דמודים התוס' היכי דעדים מכחישים בטלה הודאתו רק שם קשה דלמא חייב לאותן אנשים שהם קרובים לעדים דיעידו דהיה להם קרקע והוא דמעיד דיש לו קרקע יהיה נאמן ועדים הם קרובים וע"ז תי' דלא חיישינן דישקר וא"ש. והנה כה"ג כתב דרבי' מחברים תפסו לעיקר הטעם דכל אחד יש לו קרקע בא"י ולכן בגר יש להזהר. וצ"ל הא דמשני בהך פרה וטלית דלית ליה ארעא דדוחק לומר דאיירי בגר. די"ל הא הגמרא מהדר ליישב הברייתא וא"כ י"ל ברייתא ר"א היא דס"ל בסוכה דקרקע נגזלת א"כ בעו"ה כבשהו א"י ונטלו בזרוע א"כ לא שייך אין לך אדם דאין לו קרקע אבל לדידן דקי"ל אין קרקע נגזלת הדרין לכללין דא"י מוחזקת הוא לנו מאבותינו ויש לנו חלק בו וא"ש:

[1] **אם כתב ליה דאקני וכו'** והא דלא קאמר בפשוט דהיה לו מטלטלין בעת הלואה ראשונה והי' מא"ק ובא ב"ח מאוחר וגבה לא גבה דאגב אורחא קמ"ל דלא נימא הואיל

וקנה בין הלואה להלואה לבתרא משתעבד סמ"ע ולדרכו מהלך דס"ל בלי דאקני באמת לבתרא משתעבד אבל לפי מש"ל בסי' ק"ד וקי"ב כהש"ך דלקמא משתעבד א"כ לכאורה אין זה רבותא בדכתב ליה דאקני. מיהו נראה מ"מ יש הבדל ה"מ בקרקע דמהתורה משתעבד א"ש אם לוה מראובן מניסן בלי דאקני וקנה באייר בזו הרגע דקנה חל עליו ממילא שעבוד ראובן דהיה חייב לו ותיכף נשתעבדו נכסי' משא"כ במטלטלין דלית בהו שעבוד כלל אם לוה בניסן בשעבוד מא"ק ולא כתב דאקני וקנה מטלטלין באייר הא לא נשתעבדו כלל לראובן דבמטלטלין לא משתעבדי בעצמותן ודאקני לית ליה וא"כ כאשר לוה אח"כ משמעון וכתב ליה מא"ק נשתעבדו לו וא"ש דהוצרך לומר דכתב ליה דאקני. ודברי סמ"ע נכונים לכ"ע. מיהו בלא"ה י"ל רבותא קמ"ל המחבר דהא הרבה מחברים ס"ל אף בב"ח מאוחר שקדם וגבה אית תקנת שוק אלא שהב"י לא ס"ל וכמש"ל סי' ס' דמה חזית דחושש לתקנת ב"ח מאוחר ולא לנעילת דל' דב"ח מוקדם אך זהו אם היה מטלטלין בעת הלואת ראשון אבל אם קנאם אח"כ י"ל מה נעילת דלת שייך בראשון וכי ידע דיקנה אח"כ עד שמפני כך הלוהו וא"כ ה"א לחוש לנעילת דלת ב"ח שני כדעת המבי"ט קמ"ל דמ"מ לא תקנו כלל בב"ח מאוחר תקנת השוק והבו דלא לוסיף בתקנה:

סימן קיד

א **אבל אם טרף וכו'** דעת הסמ"ע אפילו למ"ד לעיל סי' ק"ג דבעבר זמן שקבע לפרעון יכול לירד בו בלי שומא והכרזה ה"מ מנכסי בני חורין אבל לא מנכסי לקוחות ואין דבריו מוכרחים דלפמש"ל ראיה מן הרא"ש מוכח אפילו בלוקח אמרינן כה"ג וכמו כן דלמפרע גובה אין הבדל כי מי הרשהו ליקח נכסים המשועבדים לו. ועימש"ל סי' ק"ג ע"ש:

ב **אם רוצה** עיין אורים שהבאתי דעת הסמ"ע דדעתו אע"ג דלקמן בסעיף ו' מפורש אם הלוקח אפילו רוצה להוסיף בכדי שומא ולהחזיק הקרקע כל שאין כל חוב נפרע לא שומעין לו ויהבינן למלוה וכאן כתב דרשות בידו לסלק למלוה ומשמע אפילו אין עי"כ נפרע כל חוב מלוה. ונכנס לחלק דכאן איירי דלא עשו עדיין שומה והכרזה בשביל המלוה ואז יכול לסלקו אפילו לא נשלם כל החוב כי אין הקרקע כל כך שוה. מה שאין כן לקמן בס"ו איירי שכבר נעשה שומה והכרזה רק עדיין לא גבהו המלוה בזה יש הבדל אם דמי שוי' שמסלקו בכל החוב הרשות בידו לסלקו ואם לאו אינו יכול לסלקו ודברים אלו אין להם שרש באמת כלל כי מקור הדברים בפ' מי שהיה נשוי דהוה ליה למלוה חוב באלפא זוזי ומכר הלוה תרי אפדני כל חד בת"ק זוז וטרף המלוה חד בת"ק וכשבא לטרוף גם השני אמר הלוקח או החזק הראשון באלף או טול אלף והחזר אף הראשון וסבר

רמב"ח דאין בטענת הלוקח כלום ורבא נחלק עליו ואמר שפיר קטען וכ' הרא"ש בשם ר"י דאם בתוך ימי הכרזה הלוקח רוצה להעלות בשומה ששמו ב"ד לא נחוש לדבריו כי ודאי לטובתו הוא מכוון ואמר מה לי אם אוסיף וישאר הקרקע בידי אח"כ אחזור ואגבה הכל מהמוכר הלכך בעבור עלוי שלו לא נבטל שומת ב"ד ששוה לרוב עלמא. ור"ה גאון כתב דב"ח ולוקח שמוסיף כל אחד על חבירו לאותו שמוסיף יהיה הקרקע ואפשר דההיא איירי כשרוצה אחד מהן להוסיף כנגד כל החוב כהך שמעתא אבל אם ירצה הלוקח להוסיף מעט על שומת ב"ד ולא יהיה כל החוב פרוע בההיא אזלינן בתר שומת ב"ד עכ"ל והעתיק הטור אות ט"ו והמחבר לקמן סעיף ו' הך דינא וכפי שמחלק הרא"ש ולזה הקשה הדרישה איך כתב הטור מתחילה סתם דאם רצה לוקח לסלק למלוה במעות הרשות בידו. ודוחק לומר דמיירי דמסלקו בכל החוב ועוד הקשה דבפרק המקבל דף ק"ו משמע להדיא דאפילו במקצת החוב יכול לסלקו ולכן תי' הוא ונכנס לחילוק הנ"ל בין קודם שומה והכרזה ובין לאחר שומה והכרזה כדלעיל בסמ"ע וזהו שרש דבריו וטעמו ואני אשמע ולא אבין כלל דמ"ש הך דס"ו איירי בשכבר נגמר שומה והכרזה דהא הרא"ש כתב להדיא דשאר כל אדם דביקש להעלות הקרקע יותר מכדי ששמוהו ב"ד בתוך ימי הכרזה שומעין לו וצריך המלוה לקבלו באותו עילוי אבל לוקח טובתו הוא מכוון וכו' כדלעיל והרי כתב להדיא בתוך ימי הכרזה ומ"מ אין שומעין ללוקח ואי שלמו ימי אכרזת' לכל אדם שרוצה להוסיף אין שומעין דכבר עבר גבול שגבלו חכמים וא"כ אין לדבר סוף וזמן אכרזת' מה מועיל וזה פשוט וכמ"ש להדיא בתוך ימי אכרזת' דאח"כ מה שעבר עבר לכל אדם ופשיטא דאין לו מובן מ"ש קודם השומ' דיכול הלוקח לסלק למלוה אפילו אין חוב נשלם במלואו דאיך אפשר המלוה יצעק יכריזו ויבאו מוסיפים ויקנו הקרקע בעילוי רב עד שכל חובי נפרעו מה לי ולך שקנית שעבודי שלא יכריזו עלי' ואפסיד בחובי יכריזו ויהיה קונים בעלוי רב ודוחק לומר בכוונת הסמ"ע דודאי פשיטא דצריך הכרזה אולי יהיה מוסיפים רק תלי' אם הלוקח גלי דעתו שרוצה לסלק המלוה תיכף מתחילה רק הכרזה לברר המקח לכל יבאו מוסיפים אז רשות בידו לסלקו אפילו אינו נפרע כל החוב אבל אם שתק מתחילה ועכשיו בא א"י לסלקו רק בכל החוב אך דברים אלו אין להם שחר הן בכוונת הסמ"ע והן בעצם הדין דמה נ"מ בגלוי דעתו ומה יתן ומה יוסיף זה וגם בעצם אין טעם לחילוק זה. ועוד בממ"נ אי סבר רמי ב"ח דאף בכה"ג קודם שומה א"י לסלקו אפילו בכל החוב דהא רמב"ח מיירי בסילוק כל החוב וא"כ רבא דנחלק וס"ל דמצי לסלק מהכ"ת נימא פלוגתא רחוקה דאפילו במקצת יכול לסלקו הא רבא לא נחלק עליו רק בכל החוב: וכמ"ש הרא"ש שם להדיא דאין

לעשות פלוגתא רחוקה. ואי דבזה לא נחלקו כלל ושניהם מודים קודם שומה יכול לסלקו אפילו במקצת וכ"ש בכולו א"כ קשה הא דאמרינן בהמקבל שלשה שמין השבח וכו' ופריך הגמרא הניחא למאן דאמר לא מצי לסלוקי בזוזי אלא למ"ד מצי לסלוקי מה א"ל ופירשו התוס' והרא"ש הנך מ"ד רמב"ח ורבא: וקשה לרמב"ח מי ניחא הא קודם שומה לכ"ע יכול לסלוקי א"כ יטעון הלוקח ויתומים אל תשומו כלל השבח ואתן הדמים דאלו הוי לי זוזי הייתי מסלקי בכל לכ"ע קודם השומה עכשיו דלית לי זוזי אקבל השבח בכדי הדמים ואתן לך דמיה והקושי' במקומו איך נזקקין תחילה להגבות השבח לב"ח והדרישה גופיה ביקש לאוקמי הך דמקבל בשעדיין לא נעשה השומה ולכך מצי לסלוקי אפילו במקצת וא"כ הקושי' יותר חזק איך קאמר הניחא למ"ד הא אף לרמב"ח קשה. והנה מ"ש הדרישה דמהך דפרק המקבל מוכח דאפילו במקצת חובו יכול לסלקו לא ידעתי איה מקומו דהא שם מוקמינן או דמסיק ביה שיעור ארעא לחוד או שיעור ארעא ושבחה עכ"פ בקרקע ושבחה נפרע כל החוב. ולכך פריך הגמרא הא מצי לסלוקי בזוזי. ואדרבא נראה הך דמחלק הרא"ש בשם הר"ם בין דמסלקו הלוקח בכל החוב או במקצת יליף ליה מהך סוגיא דמקבל ולא עינה מלבו חילוק זה דשם אמר רבינא לר"א מי אית ליה ללוקח שבח והאר"ש בעל חוב גובה השבח ומשני הא דמסיק ביה שיעור קרקע לבד. והדר פריך נימא הב לי גרוויא דארעא הניחא למ"ד אי אית ליה זוזי לא מצי לסלוקי אבל למ"ד אי אית ליה זוזי מצי לסלוקי כו' וקשה מה ענין זה להך דמוקדם לקושי' משמואל תיכף ה"ל להקשות ונימא הב לי ועיין בראש"ש בשמעתא דשבח דכתב להדיא דכל הקושי' נשאלים על הסדר זא"ז וחדא בחברת' מישך שייכי. אלא דלולי הקושי' משמואל היינו אומרים דמיירי דחובו עולה יותר ויותר מכדי הקרקע וכל השבח ולכך אף דאין לב"ח בשבח מ"מ שמין ומעלין בדמים ותו לא קשה הניחא דאם אין מסלקו בכל החוב לכ"ע לא מצי לסלוקי בדמים ולכך פריך הגמרא משמואל הא ב"ח גובה השבח ועכצ"ל דמסיק ביה רק כשיעור קרקע לבד וא"כ קשה הא מצי לסלוקי בכל החוב דהא נפרע בכל החוב ושפיר קשה הניחא וכו' דלרבא לימא אלו ה"ל זוזי וכו' והדבר ברור ונכון. ואולי כוונת הדרישה בהמקבל מסלק ליה בזוזי אפילו למקצת קרקע דהיינו שבח וזהו אינו עולה בכדי החוב. וזהו אינו דמה בכך סוף כל סוף המלוה מסולק בחובו קצת בקרקע קצת במעות על כל פנים אין לו שיור לתבוע תו מלוה. ואין על הלוה שום תובע או נוגש רק הלוקח וכמ"ש הב"ח דטבא עבדי ליה שלא יהיה ללוה תובעי' הרבה המלוה והלוקח ע"ש ובזו ג"כ נסתלק המלוה ואין לו תביעה כלל בלוה אבל בדמי הקרקע דשוים רק כדי מקצת חוב באופן שעדיין המלוה יצטרך לתבוע הלוה זהו לא אמרינן כמ"ש הרא"ש

והב"ח ולכן לא הבנתי דברי דרישה ולפמ"ש מוכח מהך דמקבל ההיפוך והנה התוספ' שם פרק מי שהיה נשוי הקשו מה פריך בהמקבל הניחא מנלן דלמא היכי דמלוה רוצה ליקח הקרקע בדמים שלוקחו הלוקח לכ"ע א"י לסלקו ותי' דמ"מ כל שעה יסלקנו דישום הקרקע כפלים על שוים עכ"ל ועמד הדרישה על כוונת תי' התוס' ופי' בו כיון דיכול לסלקו כשירצה להעלות השומא ה"ה דיש לו רשות כשאין מעלה השומא זהו תמצית פירושו בתוס'. והדוחק מבואר מעצמו ואין זה סובל לשון התוס' וגם הא זה עיקר קושית התוס' דיש לחלק כשמעלה או לא מעלה וא"כ מה חידשו תוס' בתירוצם וכי נחלקו בהן ולאו. אבל ברור הפירוש כך דעיקר הקושי' אם הלוקח צועק אוסיף בשומא כי השומא בזול למה לא ישמעו לו אבל כשאין אומר כך לכ"ע אין שומעין לו ותירץ התוספ' דהתם הא המלוה מקבל כל חובו דהא הקרקע עולה רק כדי חובו. וא"כ מה שהקרקע עולה בשומא יותר הרי היא ללוקח דמי יתבע מליקח שבח אם המלוה מסולק וא"כ מאן מוחה על ידי הלוקח כשרוצה להחזיק הקרקע אומר בזול שמהו ואני מוסיף על השומא כפלים כי מה איכפת ליה המלוה אין לו רק דמיו והנשאר הוא שלו ומה נ"מ אם יוסיף או לא וא"כ הרי יכול לסלקו בדמים וזהו כוונת התוס' בבירור. דכל שעה יסלקנו דיוסיף על הדמים והיינו כנ"ל והא לא קשיא ליה לתוס' דלמא כי יכול לסלקו היכי דלוה מרויח כהך דאפדנא דלוה הרוויח ת"ק זהו' עי"כ אבל בהמקבל דלית ליה ללוה רווחא דהא הב"ח בלא"ה מסולק ואם יוסיף הלוקח אין לו רווחא ללוה דא"כ יקשה למ"ד דטרפא באלף כתבינן וא"כ עדיין לא מרויח הלוה דמ"ש דמשלם לב"ח או ללוה. וכן מדייק הלשון דרבא דאמר הכא מה פסידא אית ליה ולא קאמר הכא אית רווחא ללוה אלא דאין נ"מ בזה רק כשאין פסידא ודברי התוס' נכונים. אך קשיא בב"מ דף ט"ו ע"ב דמשני בברייתא דב"ח נוטל שבח היתר על הוצאה במסיק בה רק שיעור ארעא. ופריך הגמרא ונימא הב לי ארעא כשיעור שבח הניחא למ"ד אי אית ליה זוזי וכו' והיינו ג"כ מחלוקת רמב"ח ורבא. וקשה הא שם א"י הלוקח להוסיף בדמים כי הכל יטול הב"ח דהא שקיל יותר מכפי חובו כס"ד וכמ"ש התוס' שם ד"ה הא כו' וא"כ קושי' התוס' במקומו דלמא כאן כ"ע מודים דאין הלוקח מסלק הואיל ואין נותן יותר. אבל באמת לק"מ דיש לדייק דהתוס' שם בכתובות העמידו כל דבריהם על הך דפרק המקבל למה לא פתחו בריש ב"מ בפ"ק דף ט"ו הנ"ל ולמה דלגו מפרק לפרק. אבל ברור דהא כאן בס"ד אף דלא לוה רק בכדי קרקע מ"מ כשהוא גובה קרקע זכה אפילו בשבח היותר על הוצאה וא"כ אם יסלקו בזוזי הא אין נוטל רק כדי חובו וא"כ פסידא גדול ללוה דכשמסלקו בזוזי נוטל רק ק' כדי חובו ואם יטול קרקע יטול ק' חובו וכ' מלוי השבח וא"כ כשיחזור הלוקח

על הלוה יצטרך לשלם ק"כ ואם במקום דלית פסידא אמר רבא דיכול לסלק מכ"ש בזה דהפסד גדול ללוה ועיקר שומא והכרזה לטובתו כמ"ש הרא"ש ולכך דייק התוס' מפרק המקבל דשם כבר אסיק דאין נוטל בלי אפותקי יותר מכדי חובו ושפיר הקשו דלמא התם מודה רבא ובזה יפה תירץ דהרי יכול להעלות הקרקע בשוי' וכנ"ל. ויצא לנו על כל פנים מדברי התוספות גם כן דאם אין מסלקו בכל החוב קושית התוס' במקומו דמנלן דיחלוק רבא ותירוץ התוספת לא שייך דיכול להעלות בשומא דאיך אפשר הא יצטרך לפרוע למלוה ואין רוצה לאבד מעותיו. וזהו תיר' התוספות בפרק המקבל ושם אירי בתחלת השומא כמ"ש הדרישה להדיא וכמבואר בגמרא וכמש"ל ומ"מ כתבו דהיכי דאין הלוקח מעלה בדמים דאין יכול לסלקו. ונסתר בעליל כל דברי הדרישה וסמ"ע בזה והטור דסתם מתחילה סמך עצמו אדלקמן דמיירי בסילוק כל החוב ולשון סילוק פירוש דפרעו לגמרי עד שהוא מסולק דלולי כן יתכן לשון פרעון ולא לשון סילוק ודוק:

והנה הש"ך כתב על דברי סמ"ע דכתב דיכול הלוקח לסלקו דזה תלי' במחלוקת הרמב"ן וטור לקמן סי' קט"ו סס"א הבין דסמ"ע מיירי דהמלוה אומר אני אקבל השדה בכל החוב וזה אינו דמזה לא איירי כלל וזה תלי' במחלוקת רבוותא הנ"ל רק מיירי בפשוט דמלוה מקבל השדה כפי שומא והכרזה ופשוט. וכמו כן אינם מובנים דברי הש"ך במ"ש על הסמ"ע דכתב דאם כבר עשו שומא והכרז' דא"י לסלקו רק בנותן לו כל החוב וכתב הש"ך דלא דמי לס"ס דהתם אין המלוה רוצה השומא כלל אבל בשכבר נישום למה יתן יותר מכפי שומא ולא עיין כל הצורך כי הסמ"ע לא נתכוון לסעיף זיין רק לסעיף ו' דשם מבואר כמ"ש הסמ"ע וכמש"ל באריכות ופשוט:

ג **שומא והכרזה וכו'** זהו דעת רמ"א דס"ל לדעת רבינו יונה בשומא והכרזה לבד שוב א"י לסלק ושומא לא הדרא והך עובדא דתרי אפדני הנ"ל דקי"ל כרבא דהיה הלוקח מסלקו בזוזי היה קודם גמר הכרזה והא דטרף אפדנא ראשונה ודעת הר"ם שם ברא"ש דכבר מכרה כבר כתבתי לעיל סי' ק"ג דס"ל כהנך רבוותא דיכול למכור בהגיע זמן וכמש"ל באריכות אבל דעת הסמ"ע אינו כן רק אף דנגמר שומא והכרזה כל זמן דלא היה חלטה או הורדה עדיין יכול הלוקח לסלקו רק בשכבר ירד לתוך שדה בזו שומא לא הדרא ללוקח. ולכך קשיא ליה דברי רמ"א במ"ש דשומא לא הדרא ותי' דמיירי דאינו מסלקו בכל החוב וזהו אינו בכוונת הרמ"א כלל. וכ"כ הש"ך אלא דהש"ך כתב דהסמ"ע טעה וזה אינו כי לדינא נראה נכון כסמ"ע דכ"ז שלא הורידו למלוה והלוקח רוצה לסלקו בכל החוב יכול וכ"כ הרא"ש להדיא דהורידו לב"ח וכפל הדבר לבסוף ג"כ דהוריד לב"ח אבל בלי הורדה לא וכן מבואר בריטב"א לכתוב' דס"ל ג"כ כרבינו יונה דשומא לא הדרא

רק ללוה ולא ללוקח ומ"מ כתב דצריך להיות שטר חלטה למלוה אבל מקדם זה יכול הלוקח לסלקו. וצ"ל הטור דהעתיק שומא והכרזה והשמיט הורד' דהו' בכלל הכרזה כמ"ש דלוקח אוכל פירות מכי שלמו ימי אכרזת' והכוונה הורדה וכן י"ל בהרא"ש דפי' מתחילה דהנך עובדא דאפדני היה קודם שהכריז וקשה מה דוחקא לימא דהיה בתר הכרזה רק קודם הורדה די"ל היינו לא אכרוז דגמר הכרזה היינו הורדה והחלטה. ועוד נראה דכי אמרינן דכל זמן דלא ניתן החלטה למלוה יכול הלוקח לסלקו היינו לדידן דקי"ל אינו אוכל פירות עד דשלמו ימי אכרזתא והיינו חלטה כמ"ש מחברים וא"כ עדיין אין ברשות הטורף דלא יהיה הלוקח מצי לסלק אבל לפי דעת אביי שם בפ' המפקיד דתיכף מחתימת אדרכתא זכה בפירות א"כ הוי כגבוי וא"י לסלקו וא"כ בהנך עובדא דתרי אפדני היה ג"כ אביי ולאביי אלו נעשה שומא והכרזה א"י לסלקו ולכך הוצרך הרא"ש לפרש דלא היה כלל הכרזה אבל לדידן אף דהיה לו הכרזה כל זמן דאין לו הורדה לכ"ע יכול לסלקו:

ד **וכ"ז מיירי בלוקח אחד וכו'** גם זה מהקושט' על רמ"א דבשלמא רי"ו והמחברים והריטב"א והר"ן שכתבו כן דס"ל הנך עובדא דתרי אפדני היה לאחר ששלמו ימי אכרזתא רק לא היה עדיין החלטה וא"כ שפיר כתבו דוקא בשדה הנטרף ממנו אבל לא בשדה אחרת אבל לפי דברי רמ"א דמיירי קודם גמר הכרזה א"כ איך שייך לאו בעל דברים הלא הרשות בידו להוסיף בהכרז' כי לא שלמו ימי אכרזת' וכל אדם יכול להוסיף בהכרז' וה"ה לוקח שני דמ"ש ופשיטא יכול לומר קבל השדה או אני אעלה בדמים כפי חובך דהא הכרזה הפקר לפל עולם וצ"ע ועי' מ"ש לקמן סי' קט"ז בתומים ס"ק ב' ראיה. מדברי גאונים ע"ש:

ה **ולא יהיה כל החוב פרוע** אין שומעין לו צ"ע כי המחבר העתיק הך דינא ונמשך אחרי הרא"ש והטור והם ס"ל דשומא לא הדר' ללוקח כלל רק קודם החלטה ביקש הלוקח לבטל השומא ולסלקו ובזה מחלק הרא"ש בין מסלקו בכל החוב או שנשאר לו חייב על חובו אבל לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל שומא הדרא ללוקח וא"כ השתא בגבה חובו בהחלט יכול הלוקח לסלקו מכ"ש מקדם טרם שהורידהו למלוה בנכסים שיכול הלוקח לסלקו דהא שומא הדרא ומה לי בכולו או במקצתו וזה ברור ואם כן המחבר דפסק לעיל סימן ק"ג דלוקח יכול לסלק דשומא הדרא אם כן לא הוי ליה להביא הך דינא וצריך עיון. וצריך לומר דכתב כן לדעת האומרים לעיל סי' ק"ג דבעבר זמן יכול למכור הקרקע וא"כ י"ל דהמלוה מכר קרקע זו אפילו קודם שומא והכרזה לאחר וא"כ ליכא דינא דשומא הדרא דזבנא אורתא לית ביה משום שומא הדרא רק בלי שומא הדרא הלוקח מבקש

לסלקו במעות ובזה מחלק המחבר בין לסלקו בכל החוב או לא. ועין ברא"ש דכן נר' דהיה מהר"ם מפרש הך דתרי אפדני בזה אופן. אוי"ל בב"ח מאוחר שגב' קרקע בב"ד ואח"כ בא ב"ח מוקדם לטרוף הימנו שייך ג"כ דין הנ"ל כי יכול לומר אני אתן לך זוזי והקרקע כבר גביתי וא"כ תלי' אם מסלקו בכל החוב או לא אבל שומא הדרא לא שייך כאן דמה ישר וטוב יש בב"ח שני יותר מראשון וא"ש וא"כ מוכח דאף בב"ת הדין כן ועיין לקמן סי' קט"ז ס"ק א' מ"ש בזה:

ו **אין שומעין ללוקח** ברא"ש נתן טעם הואיל ויש בו הפסד ללוה וכ"כ הטור. ויש להבין הא בלא"ה אפילו המלוה אין רוצה לקבל השדה יותר בשוי מ"מ אין ביד הלוקח לסלקו עד שיפרע למלוה כל החוב וא"כ כ"ש כאן שהמלוה רוצה לקבלו בכל החוב והלוקח אומר שלא יקבלו רק הוא נותן כפי השומא והנשאר יהיה הלוה ב"ח למלוה פשיטא דלאו כל כמיניה וא"כ מה צורך לטעם דיש בו פסידא ללוה. ועיין ב"ח ודרישה ואין בדבריהם דבר ברור. ולכן צ"ל דמיירי באופן הנזכר בגמרא דלוקח לקח שני שדות ושניהם שוים בשומא אלף והמלוה חובו אלף והוא יודע כי אם יתבע כפי השומא לשני שדות יסלקנו הלוקח בזוזי בכל החוב והוא נותן עין בשדה אחת ואמר לדידי שוה לי אחת באלף ואטרפנו והשני אניח לך וא"כ לא יהיה יכול לחזור הלוקח על הלוה רק בת"ק כדלעיל בס"ג דקי"ל דכתבינן רק טרפא בת"ק והלוקח טוען ישומו ב"ד ויהיה שני שדות נשומין באלף ואקבלן וא"כ יהיה המלוה מ"מ נפרע ואני אוכל לחזור על הלוה באלף שומת שני שדות וקמ"ל דלא דמ"מ פסידא דלוה היא דלפי דברי המלוה לא יחזיר רק בת"ק ולפי דברי לוקח באלף וא"ש ולפי זה י"ל מה דמסיים הרא"ש והביאו הטור לעיל סימן ק"ט אבל אם היתומים אומרים כן שומעין ליורש דהוא לטובת יורש דשומא הדרא ג"כ מיירי בזה אופן דאין המלוה ראשון מפסיד רק יש כאן ב' שדות וכל א' בת"ק ויש כאן ב"ח מוקדם באלף וב"ח מאוחר ג"כ והמוקדם נתן עין בשדה ואם ישום שניהם באלפא יסלקו יורשים בדמים ולכך מקבלו באלף וא"כ ב"ח מאוחר טורף שניה ולא יוכל יורש לסלקו כי ודאי לא יתנו אלף בקרקע השוה ת"ק והיורש טוען יקבל בשומא כל ב' שדות ויהיה ב"ח מאוחר יוצא נקי כי מה נ"מ ביה בב"ח מאוחר כפי שומא יקבל וקאמר דשומעין ליורש דשומא הדרא וא"כ כשיגיע להם ת"ק יכולים לסלקו משא"כ כשמקבלו באלף ומה נ"מ להם בב"ח מאוחר ובזה יש להבין דברי רבינו ב"י דכתב בסי' קט"ו דדעת הטור כרמב"ן דיכול המלוה לומר לדידי שוה בכל חוב והביא ראיה מסימן ע"ב והקשה הש"ך הא הטור ומחבר פסקו דשומעין ליורש בסימן ק"ט משום שומא הדרא ולפמ"ש ניחא דבזה המלוה נפרע כדי חובו רק הסכסוך אם משדה אחת או משנים. ובהכי יש

לכאורה ליישב לדעת הרא"ש ורבינו יונה דלא נחלקו רמב"ח ורבא בשומא הדרא דלא הדרא ללוקח רק נחלקו בלא"ה אי יכול לסלקו ולפי זה ביתומים דקיימא לן שומא הדרא אף רמב"ח מודה דמצי לסלק למלוה בזוזי דהא אפילו בשכבר נישום הדרא ובזה אינו חולק רמב"ח וא"כ הא דאמרינן בב"ק ובהמקבל שלשה שמין שבח ב"ח ללוקח וליתומים ופריך בגמרא נימא הב לי שעור שבחא בקרקע הניחא למאן דאמר דלא מצי לסלק בזוזי שפיר אלא למאן דאמר מצי לסלוקי מה איכא למימר וקשה למ"ד דלא מצי לסלוקי דהיינו רמב"ח ניחא תינח לקוחת יתומים מא"ל הא ודאי מצי לסלוקי דשומא הדרא וא"כ לימא הב לי שעור שבחי בקרקע. אך לפי הנ"ל ניחא דביתומים י"ל דהקרקע אינו שוה החצי מחובו והוא טוען הקרקע שוה לי כדי כל החוב וא"כ איך שייך שומא הדרא היורשים לא ישלמו כל החוב רק השבח שהוא שלהם מוכרח הוא לשלם להם במעות אבל בנוף השדה א"י לסלקו ולק"מ משא"כ בב"ח שפיר פריך דמוכח שם דלא איירי רק במסיק שיעור ארעא לבד וכמש"ל ס"ק ג' באריכות ולק"מ והא דכתב הרא"ש והטור דאף במקבלו בכל החוב שומעין ליורש היינו כמ"ש דמ"מ המלוה נפרע בחובו רק הפלפול אי משדה אחת או משנים כן היה נראה לכאורה:

אך מ"מ דוחק לומר כן בכוונת דברי הרא"ש והטור בהא דיתומים וגם מ"ש בישוב דברי הגמרא לא נחה דעתי דהא קושי' הגמרא נימא אלו הוה לי זוזי הייתי מסלקך מכל השדה עכשיו הב לי מקצת קרקע בשבחי הרי דגמרא עושה דמיון מהכל על חלק וכמו שהדין אם רוצה לסלקו בכל השדה כן יש לו זכות אם רוצה רק במקצת ולפ"ז ד"מ אם השדה שוה ת' והשבח ק' וחובו באלף והוא אומר הנני מקבל שדה באלף עדיין יטעון הלוקח אלו הוי לי זוזי והייתי רוצה ליתן לך אלף זוז בשלימות הייתי יכול לסלקך והיה השבח עולה במאתים עכשיו דאין לי מעות תן לי חלק חמשית משדה במאתים כי שבחו עולה מאתים ותן לי חלק חמשית משדה ומ"ש אלו לקחו רק בת"ק היה ג"כ מגיע לו חלק חמשי משדה ועכשיו שלוקחו באלף ג"כ חלק חמשית מגיע לו וא"כ יאמר אלו הוה לי זוזי הייתי מסלקך בכל שדה עכשיו תן לי חומש ומשפט אח' לכל השדה ולחלק בו ואף שכתבתי כן לעיל בס"ק ג' בישוב קושי' בלוקח וב"ח שם הטעם דאין יכול לסלקו כשאין כל חובו נפרע משום דבלא"ה צריך המלוה לתבוע ללוה לא בטלהו חכמים לשומא כי לא בטלה רק כדי להציל הלוה מתובעים רבי' כמ"ש הב"ח א"כ י"ל דאין הדמיון עולה כ"כ מן כל שדה לקצתו ושפיר י"ל כמש"ל דהשדה עם השבח אין עולה כפי חובו וא"כ אף הלוקח א"י לסלקו בזוזי ולא שייך כפי מ"ש לטעון אלו הוה לי זוזי והייתי משלם כל חובך היית מוכרח ליתן לי השדה אף עכשיו תן לי חלק חמשית כנ"ל דזה אינו מדמיון

כי שורת הדין אין לך בקרקע רק כדי שלא יהיה תובעים רבים ללוה אבל השתא דיש תובעים כי אתה מסלק אותי בכל החוב א"כ תו לית לך זכות בשדה ואפילו ארעא פורתא איני נותן לך כי מה לך בקרקע משא"כ ביתומים לא שייך כן והקושי' מבואר כדמיון מכל השדה לחלק בו ועדיין קשה מאי קאמר הניחא. ואמת כי זה יש לדחות די"ל המלוה שהלוה אלף זהובים והשדה שוה ת"ק דהיינו השדה ת' ושבח ק' והוא אומר לדידי שוה אלף דהיינו גוף השדה למקומו וענינו שוה לי הרבה כפלים כשומת ב"ד אבל לא השבח וא"כ אם יאמר הב לי שיעור שבח מקרקע א"כ יתן לו חלק תשיעי מקרקע כי הקרקע שוה לו תשעה מאות והשבח רק מאה דזהו הפסד ליתומים דיקבלו קרקע שוה חמשים בעד שבח מאה ואיך יטענו הב לי קרקע וא"ש. אך זה דוחק להפריד בין השדה ושבח לומר זה שוה לי וזה אינו שוה אם כי הענין בעצמותו נכון וישר ולכן יותר י"ל בקושי' הנ"ל דודאי גם בסעיף שלפני זה הקשיתי במחבר מ"ש דאין הלוקח יכול להוסיף בשומא אם אין כל החוב נפרע דהא שומא הדרא ללוקח וע"ש מ"ש אבל יותר נראה דודאי הא אמרינן דלוקח יכול לטעון הב לי חלקי בשבח וקאמרינן הטעם הואיל דיכול לסלק מכל שדה א"כ עכ"פ כשיעור שבח יכול לסלקו ואם יטעון הוא איני רוצה להיום עמך שותף בשדה יכול הלוקח לומר מה איכפת בדעתך אני שותף בחלקי כמו אתה בכל שדה אך זהו אם משורת הדין יכול הלוקח לסלק למלוה דיש לו זכות בגוף הקרקע אבל אם אין לו זכות רק מתורת ישר וטוב לא בזו אמרו לכוף למלוה וכי זהו ישר וטוב אם הלוקח או הלוה בעצמו רוצה לסלק למלוה במקצת שדה ומקצת יהיה לו זהו אינו מישר וטוב לכופו להיות שותף עמו וגוף שדה שלו וא"כ שפיר קאמר הגמרא הניחא לרמב"ח דלא מצי מסלק בעצם רק יורש מסלק מתורת שומא הדרא והוא ישר וטוב וא"כ לא יכול לומר הב שיעור שבחי בקרקע ואהיה שותף עמו בשדה כי אין זה ישר וטוב אבל לרבא דס"ל שורת הדין דמצי לסלוקי וא"כ בדין יש לו טענה בקרקע וא"כ יכול לומר הב לי שעור שבחי בקרקע. ובהכי ניחא דברי רמ"ה בהרא"ש דמוקי להך אפדני בשמכרה דלית ביה שומא הדרא א"כ ש"מ דס"ל דלא כרבינו יונה דאף ללוקח הדרא שומא רק שם היה באופן דלא שייך שומא הדרא וא"כ לא נחלקו לשיטתו רמב"ח ורבא בשומא הדרא וקשה הא דקאמרינן בב"מ הניח' למ"ד לא מצי לסלוקי והיינו רמב"ח מה הניחא יש הא שומא הדרא ועד כאן נחלק רמב"ח במקום דלא שייך שומא הדרא וכן מורה פשוטה דגמר' דלא נחלקו בשומא הדרא דהיכי מייתי רמב"ח ראיה מהמשנה וגם מה אהדר ליה רבא הא כאן איכא ישר וטוב וזהו לא שייך בכתובת בנין דכרין. וא"כ קשה לכל פוסקים אבל לפמ"ש ניחא דאם באנו מתורת ישר וטוב אין לנו להכריח למלוה להיות

עמו בשותפות וא"ש. ומעתה דין גדול השמיע לנו המחבר בסעיף שלפני זה דאם אין המלוה נפרע כל חוב שורת הדין דאין הלוקח יכול לסלקו ואי דשומא הדרא הרי אין יכול לטעון הב לי שיעור שבחי בקרקע משא"כ כשנפרע כל החוב יכול לומר הב לי שיעור שבחי בקרקע כדלקמן סי' קט"ו ודוק. ובגוף הדבר דכתב הב"י דהטור כרמב"ן הא כתב בסי' ק"ט ההיפוך נראה דס"ל כי נחלקו הרמב"ן וסייעתו הוא בנעשה שומא והכרזה ואז המלוה אומר אקבלנו בחובי וס"ל לרמב"ן מ"ש דאיש אחר מוסיף על הכרזה ומ"ש המלוה צועק לדידי שוה לי והנני מוסיף בהכרזה ומי ימחה בידו וס"ל להב"י דהטור והרא"ש ס"ל הוותי' אבל בסי' ק"ט איירי דאין המלוה רוצה שיכריזו אותו כלל כי לא חפץ שיאכל נכסי דאכרזת' רק אומר הנני מקבלו כפי הנראה לב"ד יותר שאפשרות להיות כ"כ עילוי בהכרזה והוא יותר מהדעת נוטה וזהו שדייק הרא"ש אני אקבלנו בלי שומת ב"ד וכו' וזהו דס"ל דיכולים לעכב דבעלמא כשמוסיף בהכרזה א"כ ה"ל שומא הדרא עכ"פ אם ירצו ברוב ימים ליתן לו כפי שקבלו אבל אם מקבלו בלי שומא והכרזה כלל לא שייך ביה שומא הדרא כיון דלא נעשה שומא כלל וגרע מאגבי' בחובו ולא טרח לב"ד דלא הדרא ואף זו דנעשה בלו שומא וא"ש ולכך סתם המחבר בסי' ק"ט מבלי זכר שהרמב"ן וסייעתו חולקים כי לפי פירושו אין כאן חולק ודוק. כי מילי טובי איכא למשמע מהך דנ"ל בסייעתא דרחמנא:

סימן קטו

א **אם כתב לו הלוה** דאקני כן דעת הבעה"ת דלשבח צריך לכתוב דאקני אבל הרבה מחברים דס"ל דלענין שבח א"צ דאקני דמסתמא דעת הב"ח כשמלוה שיהיה לו שבח. ובאמת לשיטתם ניחא הא דאמרינן בגמרא ב"ח גובה השבח תדע שכך כותב לו כו' וקשה מה צורך טעם הלא כותב לו דאקני ומשתעבד והש"ך ג"כ נתקשה בו לקמן ויצא לדון בדבר חדש ע"ש ולפי הנ"ל ניחא דלשבח א"צ דאקני וסתם קאמר שמואל ב"ח גובה השבח וע"ז קאמר הגמרא שפיר הטעם למה שכך כותב המוכר ללוקח כי ידוע היה שהב"ח יגבה השבח וא"כ סתמא כפי' אעפ"י שדאקני לאו ט"ס הוא מ"מ שבח ודאי ט"ס הוא וע"ז נחית הב"ח ועיין בס' אסיפת זקנים לב"מ ותמצא הרבה מחברים דסוברים כן. ומ"מ דייק הגמרא ב"ב דדאקני משתעבד דאי לא משתעבד מה בכך דה"ל כאלו התנה שיגבה שבח מ"מ מה מועיל הא דאקני לא משתעבד. אבל לפי דקי"ל דמשתעבד אף לשבח משתעבד בלי דאקני. והנה מדברי הרמב"ם פכ"א מהלכות מלוה דכתב ב"ח גובה שבח בין שבח דהוצאה ובין שבח דממילא אלא שבזה טורח כל השבחובזה החצי וכו'

ולא נתן הבדל אחר דלזה לשבח דהוצאה צריך דאקני ולזה א"צ דאקני כמ"ש כל מחברים לשיטה זו דאלו צריך דאקני לא היה טורף רק החצי. וזה הבדל גדול ולכן מורי' דבריו דס"ל דלשום שבח א"צ כתיבת דאקני והא דכתב לבסוף לפיכך ראובן שלוה משמעון וכ' לו דאקני וכו' לא בשביל שבח כתב כן אלא בשביל שכתב שקנה שדה אח"כ ומכרה ולזה בעינן דאקני אבל לענין שבח מורים ריש דבריו בבירור דא"צ דאקני כלל. ואין הבדל בזה בין שבח דהוצאה לשבח דממילא. ואף שהמ"מ כתב להדיא דרמב"ם מיירי דכתב דאקני מ"מ נראה דלא בהחלט אמרו רק לחד תי' דהוא גופיה הקשה קרן מנכסי' משועבדים היכי משכחת ליה יאמר הנחתי לך מקום ותי' דלא כתב לב"ח דאקני וללוקח כתב דאקני וקנה ומכר וכבר הקשו כל מפורשים א"כ איך גובה ב"ח שבח ומ"ש הלח"מ דאיירי בשבח' דממילא א"א לפרשו דהא הרמב"ם כתב להדיא אף בחצי שבח דינו כמבואר להדיא בדברי רמב"ם ולא מצינו לו פתרון אלא לדעת המחברים דס"ל בשבח דא"צ דאקני דע"ז הוה ככותב ליה וזה ברור ולכן מ"ש בתחיל' בדברי הרמב"ם הוא לפי תי' השני דיש לו נכסים במד"ה אבל לפי תי' הראשון מוכח דאף דלא כתב ליה דאקני טורף שבח דע"ז הוה ככותב ובאמת דברי הרי"ף דסתם בב"מ ולא כתב דצריך להיות דאקני לגבי שבח ואפילו בב"ב דכתב דיש לו חצי שבח לא כתב דצריך דאקני משמע כהך סברא דלשבח הוי ככותב דאקני. ובאמת יש לזו הדעת כמעט ראיה מוכרחת מגמרא דב"מ וב"ק דפריך בהא דאר"נ אמר שמואל שלשה שמין להם השבח ומעלין בדמים ב"ח ללוקח ופריך הגמרא האר"ש ב"ח גובה השבח ודחיק הגמרא לאוקמי בדמסיק רק שיעור ארעא ולמה לא משני בפשוט דאיירי בדלא כתב דאקני כלל דאין לו שבח ושמין ונותן דמים ללוקח. ולהך דיעה החולקים צ"ל בדוחק דזה ס"ד בגמרא אף דלא הוה החוב רק כדי הקרקע ולא כדמי השבח מ"מ גוף שעבודו חל על שבח נמי ואלו נפחת או הוזיל הקרקע היה גובה השבח וא"כ אף עכשיו דמגיע החוב רק כדי קרקע מ"מ יכול לסלק ללוקח בשביל השבח בזוזי כמו דהוא ניחא לרמב"ח דס"ל דלא מצי הלוקח לסלק בזוזי אף דלא מסיק רק שיעור ארעא יכול לסלק בזוזי בשביל שבח דשעבודא עליה והגמרא הקשה דמ"מ יכול לטעון אלו הוי לי זוזי הוינא מסליקנא כו' אבל בדלית ליה דאקני דלית ליה שעבוד כלל וכלל על השבח א"כ מהכ"ת לסלק ללוקח בשבחו בזוזי מה בעית בארעא דלאו דילך ולאו שעבודא עליה כלל ומהכ"ת תקחנה בדמים. ולכך א"א לאוקמי בדלית ליה דאקני אך כל זה דוחק אבל לשיטת המחברי' הנ"ל ניחא דסתמא קאמר שמואל דלענין שבח א"צ דאקני כלל וסתמו כפירושו. ובחדושי הבאתי ראיה מדברי התוס' ב"מ דף ט"ו ע"ב ד"ה כגון וכו' דהוכיחו דבאפותקי אפילו לא מסיק רק שיעור קרקע לחוד גובה כל שבח

רק דמשלם הוצאה דל"ל דאיירי בדמסיק שיעור ארעא ושבחא ומ"מ צריך לשלם הוצאה דא"כ מיגרע גרע דאם לא היה אפותקי לא היה משלם הוצאות ובשביל אפותקי ישלם הוצאות. וקשה מה הכרח הזה לומר דיטול יותר מכפי הלואתו וירוויח בשל חבירו נימא דלעולם איירי במסיק שיעור ארעא ושבח' רק דלא כתב ליה דאקני ומ"מ גובה כל השבח משום דארעא דידיה אשבח ומ"מ משלם הוצאות ולא שייך גריע גרע' דאין זה גרעון דלולי אפותקי היה ידו מסולקת משבח דלית ליה דאקני רק הוא בא בכח אפותקי לומר קרקע שלי השביח ואף הוא צריך לשלם הוצאות דבממ"נ או שאין לו כלל יד בשבח או דיאמר קרקע שלי השביח אף זו צריך לשלם הוצאות וא"ש וזהו ודאי דגבי אפותקי לא שייך דאקני כי מה ישעבד לו דאקני הא כתב ליה שלא יהיה פרעון אלא מזה אלא ודאי דשבח' גובה אפילו בלי כתיבת דאקני כלל וא"כ עדיין קשה גרועי גרעיה דאף בלי אפותקי היה גובה משבח נכסים בכל אופן וא"ש:

אמנם מן תוספות שם ד"ה תריץ נמי בב"ח דהקשו איך משכחת ליה נכסי' משועבדים יאמרו הנחנו לך מקום וכו' ש"מ דלא ס"ל הך דאל"כ י"ל כמ"ש המ"מ דלא כתב דאקני. ולכן נראה לומר דס"ל לתוס' כדעת הרשב"א דדאקני ט"ס הוא וא"כ באפותקי ודאי לאו ט"ס הוא דאיך שייך דישתעבד ליה דאקני הא התנה שלא יהיה לו פרעון אלא מזו וא"כ מה דאקני שייך כאן אבל לגבי שבח אותו שדה ודאי דט"ס הוא דעל זה ודאי דעתו להיות משועבדלו כל מהש יושבח וכמו דאמרינן בעלמא בכל דאקני ט"ס הוא עכ"פ באפותקי אמרינן לגבי שבח ט"ס הוא וא"כ שפיר החשו גרועי גרעי דאני אין טוען קרקע שלי השביח רק היא כשאר משועבדים ומ"מ אגבה השבח דלגבי שבח הוי ט"ס ומהדין לגבות ואצ"ל קרקע שלי השביח כלל וא"ש ולעיל בד"ה תריץ וכו' שפיר הקשו חדא דהא מוקמינן התם הך לשבח קרקעות כר' מאיר ולר' מאיר אין אחריות טעות סופר כלל ומכ"ש דאקני או שבח. ואם כן שפיר קשה בממ"נ ועוד קשה לרבנן נמי הא ליכא למימר דלא נכתב דאקני הא דאקני טעות סופר ואי דפרט להדיא דלא יגבה מן דאקני בהא אף משבח אינו גובה כיון דפרט והתנה שלא יגבה מן דאקני אף שבח בכלל וא"כ עדיין קשה איך גבה שבח וקשה בממ"נ. אך יותר היה נראה לומר דס"ל לתוס' אף דפרט דלא יגבה מדאקני מ"מ על שבח לא קאי תנאו ודעתו היה על שבח כמו באפותקי דאין דעתו לדאקני ומ"מ דעתו על שבח ומכ"ש לדעת האומרים אם פרט מקצת אחריות תו לא אמרינן דאקני ט"ס הוא וא"כ י"ל דאיירי בכה"ג וא"כ דאקני ל"ל אבל שבח אית ליה דזה לא שייך דה"ל לפרוט דאין הסדר לפרוט לב"ח שבת ופשיטא דאמרינן ביה ט"ס למ"ד ט"ס הוא. וארווחא לן בזה קושי' מהרש"א בתוס' הנ"ל דהקשו מה דייק הגמרא

מהך דשבח קרקעות דדאקני משתעבד והוצרך לאוקמי כר"מ יעמיד באפותקי והקשה מהרש"א הא ע"כ איירי באפותקי כקושטי' התוס' דאל"כ נכסי' משועבדים איך משכחת ליה וכמו כן הקשה בגמרא שם דמסייע ליה לשמואל מברייתא דב"ח גובה שבח והקשה מהרש"א הא בברייתא קתני משועבדים וא"כ יטעון הנחתי לך מקום וע"כ באפותקי וא"כ תו ליכא ראיה לשמואל. ולפי הנ"ל ניחא דודאי למסקנא דקי"ל דדאקני משתעבד אפילו לרבנן א"צ לומר באפותקי רק כמש"ל דלגבי דאקני ליכא ט"ס ולגבי שבח איכא ט"ס רק לר"מ דס"ל לאו אחריות ט"ס צ"ל באפותקי וא"כ קושטי' התוס' כיון דדחי ר"מ היא וע"כ באפותקי לימא דלא כר"מ ובאפותקי. וא"ש יעמיד דבאמת א"צ לאפותקי וגם קושטי' מהרש"א בגמרא מיושב דבאמת תו א"צ לאפותקי ודוק ועי' מש"ל עוד ישובים בזה ע"כ נוטים הדברים כמ"ש. ולכן נראה ברור דאם המלוה מוחזק דיכול לומר קים לי דלגבי שבח א"צ דאתני וסתמא כפי' ובפרט אי נכתב אחריות ולא נכתב כל אחריות דאמרינן לגבי שבח ודאי ט"ס הוא ודוק:

ב **ששבחו נכסי' מאליהן** עיין אורים דבזה א"צ דאקני כיון דגובה כל השבח והקשה הג"ת הא דפרכינן ב"ב אי דאקני לא משתעבד איך קתני לשבח קרקעות וכו' ודחינן ר"מ היא לימא דמיירי משבח ממילא דבזהו אינו ענין לדאקני כלל וכמו כן הא דפרכינן אח"כ לשבח וכו' ואי איתא חצי שבח מבעיא ליה נימא דאיירי בשבח ממילא דטורף כל השבח. והש"ך דחק לישבו דלשון והשביחה דקתני בברייתא מורה על שבח מחמת הוצאה וזהו דקדוק קלוש דהא גופיה קשיא הברייתא דביקש לפרש המשנה דקתני אין מוציאין לשבח קרקעות מנכסים משועבדים כיצד למה שביק הך שבח דממילא דגבי' כוליה מלוקח ונקט הך שבח לחוד דאין לו רק החצי ועוד הא הך ברייתא הגמרא בב"מ מתרץ ליה ומגיה אותה ע"ש בגמרא דף י"ד ע"ב ובתוס' ד"ה תריץ וכו' וא"כ יותר נקל להגיה הך מילת והשביח' והושבחה שנשתבחה מעצמה ובלא"ה הך ברייתא משבשתא. ובאמת באסיפת זקנים הביא קושיא זו בשם כמה גדולי חקרי לבב. ואין שם על לב דקדוק קלוש של הש"ך וברור מטעמים שכתבתי כי הא הך ברייתא משובשת היא בלישנא ע"ס בגמרא. ונראה ליישב דודאי בהך דפריך ואי איתא חצי שבח מבעיא ליה לא קשה קושיא הנ"ל די"ל כמ"ש דהוא גופיה קשיח דהברייתא דביקש לפרש המשנה לשבח קרקעות למה בחרה לפרש שבח דממילא לבד ולא שבח מחמת הוצאה דגובה חצי שבח ולפרשו דגם זה חוזר הלוקח וגובה קרן מנכסים משועבדים והשבח מבני חורין ואין לו מבעל חוב הוצאות וגם אין מגבה השבח מקרן כמש"ל בזה באריכות. וזהו קושית הגמרא חצי שבח מבעיא לי דה"ל למתני זה ג"כ ולכך יפה תי' גובה חצי שבח ולא קשה איך קתני

סתמא דלא פסיקי ליה דשבח ממילא גבי כל שבחא וא"ש. אך קושיא ראשונה קשה דהא אז אמרינן דשאר שבח לא משתעבד כלל. א"כ אדמוקי ליה כר"מ נוקי ליה בכה"ג. ונראה דבלא"ה הקשו התוס' ב"מ יעמיד אותו בלוקח מגזלן או שעשהו אפותקי ולכן נראה דא"כ עדיין קשה דקתני בבכורות דאין האשה נוטלת לא בראוי ולא בשבח ולא בנות במזונתן וכתב הרא"ש הא כל ב"ח אינו נוטל בראוי ומה אריא אשה ובנות דנקט ותי' הרא"ש משום שבח נקט ליה דב"ח נוטל בשבח רק מקולי כתובה שנו שם ואם כן לפ"ז מוכח דב"ח נוטל שבח וליכא למימר בשבחה דממילא דהא אמרינן שם וכולן אין נוטלים בשבח ואמרינן לאתרי מאי לאתויי שבחה דממילא משמע דהך שבח דאירי בהו תחלה במשנה אירי בשבח דמחמת הוצאה ומ"מ מקולי כתובה שנו ובפרט למאן דס"ל ב"ח נוטל כל שבח דממילא ושם אמרינן שבח דממילא אינה נוטלת וש"מ מקולי כתובה וא"כ מוכח דרישא מירי בשבח מחמת הוצאה ג"כ רק מקולי כתובה דאל"כ למה נקט באשה שהוא מקולי כתובה מילתא דשבח דגם ב"ח אינו נוטל דהא צריך לומר מקולי כתובה וה"ל להודיענו שבח ממילא ומכ"ש שבח דהוצאה אלא לדיוקא דב"ח נוטל הכל וזה פשוט. דלהך מ"ד דב"ח נוטל כל שבח דממילא מוכח ממשנה דהכל מקולי כתובה ודוק וש"מ דב"ח נוטל וא"כ מוכח דאקני משתעבד ובזה א"א לומר בלוקח מגזלן דהא האשה ובנות ב"ח הן וגם ליכא למימר אפותקי דמלבד דבאשה בכתובה לא שייך אפותקי דהא איכא תקנת שב"ש דכל הנכסים אחראין אף גם בנות במזונתן אינו כתובים כלל רק מתנאי ב"ד הוה כתובים אצל בני חורין לבד אבל מ"מ אפותקי א"א לצייר בהו כלל (ועיין מש"ל בסימן קי"א בישוב הקושיא לרמב"ן ע"ש) וא"כ מוכח דב"ח גובה בכה"ג והקושיא במקומו ועכצ"ל דר"מ היא דסבירא ליה דאקני משתעבד ואם כן הכל מיושב ולכך בחר הגמרא בהך תי' דמוסב על הכל ודוק כי בזה מיושבים כל קושית:

ג **וי"א דבכל ענין וכו'** הרב הש"ך האריך דבשבח שהוא דיקלא ואלים וארעא ואסיק שירטון לכ"ע א"צ דאקני ונוטל כל שבח דהא קי"ל דבכור נוטל בו פי שנים ובכור מתנה קריה רחמנא עד דמטו לידיה וא"כ ע"כ הך כמו שישנו בעולם ומטי לידו דמי וא"כ מה צורך לדאקני ולמה לא יטול כל השבח וע"ש שהאריך ובאמת לכאורה קו' עצומה היא על הפוסקים החולקים וס"ל דצריך דאקני ונוטל רק חצי שבח אף בכה"ג. וצריך לומר דבלא"ה לפי דבריו אף על שלחופי והוי תמרי ג"כ ק' דהא נתנו שם הטעם דלכך אין לבכור בו משום דאשתני ולא אמרו דהוא כמו שאינו בעולם ולא דמי למתנה וצ"ל דהוי כבא לעולם וא"כ הכא לענין גביות בעל חוב טענת הש"ך במקומו. אמנם לפי מה דפסק הרמב"ם וכן הרב מחבר לקמן בסימן רע"ח ס"ד דהיה פרה רועה באפר

וילדה נוטל בה ובולדה פי שנים ואין לך דבר שלא בא לעולם כמו ולד כמ"ש הרמב"ם והמחבר בסימן ר"ט ס"ד דאפילו היתה הפרה מעוברת מ"מ הולד הוי דשלב"ל ואע"ג דפסק הרמב"ם כמ"ש בא"ע סימן מ' ס"ה דהמקדש בתו אם יהיה נולד והיתה אשתו מעוברת והוכר עוברה דחוששין לקדושין כבר תמהו המחברים ולא ראו פי' המשנה לרמב"ם בפ"ג דקדושין דכתב להדיא דשורת הדין דאינה מקודשת דהוי דשלב"ל רק משום חומרא דא"א ע"ש. וא"כ הקושיא במקומו למה יזכה בולד כמ"ש הרבה מחברים החולקים וצ"ל דודאי במוכר פירות דקל אם החניטו הפירות ומכרן אע"ג שנתגדלו אחר כך למאד מאד זכה בו לוקח כמ"ש רש"י ורמ"א לקמן בסימן ר"ט והיינו הטעם דכיון דזכה לוקח בפירות החונטין והם שלו מה שגדילים אחר כך בשלו הם גדילים וזה פשוט ואין זה ענין לכאן דאית ליה רק שעבוד ובעל חוב מכאן ולהבא גובה ולא מצי לומר דידי משביח רק באפותקי וא"כ אף שהיה שעבודו חל על דיקלא מה שנתגדל אחר כך לא חל ולא שייך דידי גדל דאין לו בגוף האילן כלום וכצ"ל אף לש"ך דאל"כ מה צורך לבכור ה"ל להביא ראיה מהך דפירות החנוטין לקמן בסימן ר"ט. וא"כ אף בבכור דשורת הדין יש לבכור תיכף מעת מיתת אביו כדקי"ל יש לבכור קודם חלוקה רק לענין שבח מיעטה התורה מאשר ימצא לו כמ"ש הרי"ף ותוס' ורא"ש ומחברים ואם כן זה דזוכה בדיקלא מה שנתגדל אחר כך ברשותו נתגדל וכן כשזוכה בעובר מה שנולד אחר כך ברשותו נולד. ולא שייך דשלב"ל והואיל ממילא קגדל בלי שינוי אשר ימצא לו קרינן ביה ולכך איצטרך לומר גבי תמרי והוי שלחופי דאשתני דלא נימא ברשותו גדל ולכך קאמר דאשתני והוי כמו ראוי וא"ש. משא"כ כאן ע"כ צריך לומר בשעבוד לא שייך ברשותו אתגדל דאל"כ אף בשלחופי והוי תמרי כדלקמן בפירות החנוטין דיכול למכור והיינו שלוחפי ותמרי:

אמנם לדינא נראה דמ"מ יש לומר בדיקלא ואלים דלא הוי בכלל שבח דהא בבכורות במשנה אמרינן ולא אשה ילא הבנות והבכור נוטלים בשבח ומסיים וכולהו אינן נוטלים בשבח ואמרינן לאתוי תמרי והוי שלחופי ולא קאמר דקלא ואלים משום דבזו בכור נוטל וא"כ אף האשה בכתובה נוטל דאל"כ איך כללן המשנה בחדא הא איכא הך דקלא ואלים דהאשה אין נוטל ובכור נוטל וצריך לומר דאף בזה האשה נוטלה ואלו באשה מקולי כתובה דלא תיטול שבח וא"כ אם זה דקלא ואלים בכלל שבח הוא עד שצריך ב"ח דאקני ונוטל רק חצי שבח מה ראו חכמים לחלק בין שבח לשבח ולהקל באשה במקצת שבח ובמקצת לא ומ"ש זה מזה אלא דזה אינו בכלל שבח כלל וא"צ דאקני ונוטל כל שבח ולכך לא מנוהו חכמים בכלל שבח ולא נטלו לאשה זכות שלה בהם ונכון ודוק:

ד **חצי השבח** ואם למלוה ר' וללוקח ק' ושבח ק' חולקין בשוה כל אחד בנ' כמש"ל בסימן ק"ד בכל הנך דקתני יחלוקו דחולקין לפי חובם אמנם הרא"ש בפ"ק דב"מ כתב דחולקין לפי ערך ממון ולכך במסיק שיעור ארעא ושבחה והקרן מאה ושבח יו"ד נוטל ב"ח ח"א והלוקח יו"ד חלקים והוא דעת ר"ח בכתובות ותמהו כולם למה באר בדעת ר"ח מה דשם בכתובות הכריע דלא כר"ח רק כהרי"ף ז"ל והיה נראה כי הרא"ש ס"ל כדעת מרדכי בפ' מ"ש דכתב כדעת רשב"א דהא דאמרי' יחלוקו אין הטעם דשעבוד שניהם חל כא' כי זה א"א דהא שעבודו של ראשון קדם רק אמרי' דחזר בו וכך כתב המרדכי איבעי למהדר מצי מהד' דפשיט' דלא משתעבד אלא לכשיקנה אבל ס"ל דלא מהדר אלא מפלגא מפני שרוצה ששניהם יהיו שוים בדבר כדי לעשות נחת רוח לכל עכ"ל ואם כן י"ל אף הרא"ש ס"ל כן ומה דכתב הרא"ש דיחלוקו משום דשעבוד שניהם בא כאחד הוא הדבר מחמת חזרה כי זולת זה א"א לתול כאחד כי הראשון קידם רק הואיל וחזר מפלגא א"כ חל שעבודו עם זה כאחד בבאו לעולם כי אז חל שעבודו ושעבודו כאחד כי חזר מפלגא וא"כ דתלי הטעם בחזרתו וכך רצונו לעשות נייחא לכל אחד חזר הדבר כמו במתנת ש"מ לעיל סימן קי"א וכמ"ש הסמ"ע ותוס' דהיכי דתלי ברצונו אנן סהדי דכוונתו היה לפי ערך ממון וא"כ אף כאן ברור דאם אזלינן בתר דעתו ורצונו לעשות לכל אחד נייחא דהיה לתת לכל אחד כפי חובו וכי כך יהיה רצונו ב"ח שאין לו שיור בחובו רק יו"ד זהובים יקח חמשה ולוקח שיש לו ק' יטול גם כן רק חמשה ופשיטא דכוונתו היה לפי ערך החוב כן יטול וא"ש וברור בדברי הרא"ש ולכן כתב כאן לפי ערך ממון כר"ח וזהו ברור ונכון. ובאמת יש להבין להך שיטה למה אם קדם מאוחר וגבה גבה הא לא חזר בו רק מהחצי ואידך חצי לא הדר ושביק ליה למלוה הראשון לטורפו איך יגבה השני ודוחק לומר דמרדכי פליג אהך דינא שכתבו כל מחברים דאם קדם וגבה גבה. וצריך לומר דס"ל דאף זו מהחזרה שיהיה שעבודם חל כא' וא"כ אם קדם א' וגבה גבה ולכך כתב הרא"ש דשעבודם ביחד חל דזהו מהחזרה אבל מ"מ ודאי דלא היה דעתו שיטול א' בב"ד הכל וא' מעט מעט רק לפי ערך וזה פשוט מילתא בטעמא ודוק. אך הטור שהשמיט זה ברמזים ובטור משמע דלא ס"ל דאל"כ ס"ל להביאו ולא לחלוק אשמועתו של אביו ז"ל לכן צ"ל דס"ל להטור דהך דינא דר"ח והרי"ף תלוי בשיטתם דאם ס"ל שעבודא לאו דאורייתא א"כ מהדין אין לגבות כלל מן משעבדי רק חכמים תקנו שלא תנעול דלת בפני לוין וא"כ כיון שהטעם משום כך ודאי דיש לחלוק לפי ערך ממון דכך השכל מחייב כמ"ש ר"ח ולא שייך דברי הרי"ף שעבוד שלי במנה חל אשדה כמו שעבוד שלך במאתים דהא שעבודא ל"ד ומשום נעילת דלת קבעו רבנן לשעבודא ואם

תטול כפי ערך ממון מה נעילת דלת יש הלא כך הדעת והשכל נוטה וע"ז מלוה אדם שיטול כפי ערך חובו כן יהיה ערך גבייה ואדרבא להיפוך איכא נעילת דלת שזה מלוה אלף ויבא מי שילוה ק' ויטול עמו בשוה ומהכי תיתי יתקנו חכמים שעבודא לבטל כפי אומדן הדעת והשכל. אבל למאן דאמר שעבודא דאורייתא ואין צריך לתקנת חכמים כלל א"כ פשיטא דצדקו דברי הרי"ף דזה דיש לו ק' שוה שעבודו על השדה כמו זה דיש לו אלף דהא ש"ד ומה נ"מ בשיקול הדעת או אומדן הדעת וזה נכון ולכך ר"ח דס"ל של"ד כמ"ש התוס' בשמו סוף ג"פ ובדוכתי טובי ס"ל לפי ערך החוב חולקין והרי"ף סבירא ליה שעבודא תורה ואם כן סבר לפי החובת וא"ש וגם הרא"ש דס"ל להלכה ש"ד פסק כהרי"ף דחולקין לפי ערך החוב. אבל בהך דשבח לפרושי מילתא דשמואל קאתא דאמר ב"ח גובה שבח ושמואל ס"ל מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים דשעבודא ל"ד מפרש ליה הרא"ש כמ"ש הר"ח וא"ש ולכך לדינא השמיטו הטור דהא קי"ל ש"ד ודוק. אך עם כל זה נראה לדינא הואיל בלא"ה ר"ח וריטב"א ס"ל לפי ממון ולפי דעת רשב"א ומרדכי ג"כ לפי ממון כמש"ל דהא הם ס"ל משום חזרה וכמש"ל והרמ"א הביא לעיל דעת רשב"א דס"ל משום חזרה לעיל סימן קי"ב א"כ י"ל דבזה ודאי מצי הלוקח לומר קים ליה ואין לב"ח רק לפי ערך החוב ובפרט כי לפמ"ש נוטים הדברים דנתכוון להם הרא"ש ואפשר בדאקני לכ"ע שעבודא לאו דאורייתא כמש"ל בסימן ק"ד וא"כ לכ"ע י"ל דחולקין לפי ממון:

ה **היתר על הוצאה וכו'** זהו דעת גדולי מורים שהביא הרמב"ם והש"ך בירר מנוסחאות מדויקת שאין דעת הרמב"ם מסכמת עמם וכן נכון דרחוק מסברא שיחלוק הרמב"ם אדעת הרי"ף רבו. אבל מ"מ גדולי מורים ההם גדולים בתורה היו וצריך התבוננות בדעתם איך יחלקו אגמרא שלמה דקאמרינן ושמואל במה מוקי לה אי בב"ח מי אית ליה הוצאה וצ"ע. ונראה דס"ל ודאי אי דאקני מדינא משתעבד א"כ יפה נדון דאין ללוקח כלל הוצאות כי מי הכריחך ליקח שעבודי ואם הוצאת לך תגבה אותם מן מוכר. אני לוקח וטורף שעבודי אבל אם דאקני משורת הדין אינו משתעבד רק מכח נעילת דלת כמ"ש הרשב"ם ב"ב וא"כ בזו ודאי הבו דלא לוסיף דעכ"פ יש לו ליתן ללוקח הוצאות דהא בזה דנותן הוצאות ליכא נעילת דלת דמה נעילת דלת אם נותן לו מה שהוציא הלא אלו הוא רוצה להשביח היה ג"כ מוציא ואדרבא עי"כ מכניס הלוקח עצמו בתגר להשביח השדה כי יודע דעכ"פ יגיעו לו הוצאותיו משא"כ כשמפסיד הוצאה מהכ"ת יהיה הלוקח מכניס עצמו להוציא הוצאות ולהשביח השדה ומחר יבא איש אשר לא עמל בו ויקחנה. ולפ"ז הך אי דאקני משתעבד מדינא או לא תליה בפלוגתא דר"מ ורבנן

דלר"מ ודאי משתעבד מדינא דהא יכול להקנות וכן לשעבד דבר שלב"ל משא"כ לרבנן דאין יכול לשעבד דשלב"ל מדין רק משתעבד מכח נעילת דלת כמ"ש רשב"ם להדיא. וכבר הקשו שמואל דבעי אי דאקני משתעבד לפשוט מנפשיה דהא אמר ב"ח גובה שבח וש"מ משתעבד ותי' רשב"ם ב"ב דאליבא דר"מ קאמר ליה ע"ש ולפ"ז א"ש דשמואל ודאי ס"ל דגובה שבח בלי הוצאה דהא שמואל אמר למילתא אליבא דר"מ ולר"מ מדינא משתעבד וא"כ לית ליה הוצאה וגם הגמרא פריך שפיר הך ברייתא שמואל במה מוקי ליה דל"ל לרבנן א"כ תפשוט דאקני משתעבד ועכצ"ל הא מני ר"מ היא ולר"מ הא לית ליה כלל הוצאה כמאמר שמואל ב"ח גובה שבח בלי הוצאה וקשי' שפיר אמנם לדידן דקי"ל דלא כר"מ ומ"מ דאקני משתעבד ומטעם תקנת נעילת דלת א"כ שורת הדין ליתן עכ"פ ללוקח ההוצאה וא"ש. וי"ל דהיה לגדולי מורים ההם ראיה דס"ל כדעת התוס' דמהך דבכורות מוכח דמיתומים אף דאין להם על מי לחזור גובה שבח וא"כ קשיא להו קו' התוס' הך דלקמן בפ' המקבל יתומים אומרים אנו השבחנו וב"ח אימר אביכם השביח וכו' דמה נ"מ הא אף משבח יתומים גובה וכבר האריכו בזה כל מחברים ולכך ס"ל כדעת רמב"ן כמש"ל בסימן קי"א דאף לגבי יתומים צריך דאקני וא"כ לדידן דלא קי"ל כר"מ כמו דצריך לשלם ללוקח הוצאות אף ליתומים צריך לשלם דלגבי הוצאה לא שייך נעילת דלת וא"כ טוענים יתומים אנו השבחנו החזר לנו הוצאות והוא טוען אביכם השביח ואין להם הוצאות וא"ש ודבריהם דברי חכמה בנוי על אדני השכל אך לדינא מ"מ הלכה כדעת רוב מחברים דאין להלוקח הוצאה כיון דיש לו על מי לחזור וכן הכריע הש"ך ונכון:

ו **מנכסי וכו'** כבר הקשו התוס' והמ"מ דנכסים משועבדים איך משכחת ליה יטעון הנחתי לך מקום ולהיות שיש לי בזה מקום לברר דברי התוס' בכמה ענינים אמרתי להאריך קצת בזה והוא דמ"מ תי' תי' א' דמיירי דלית ליה למלוה דאקני וקנה ומכר וכבר כתבתי לעיל דנכון הוא למ"ד דשבח א"צ דאקני ועמש"ל בדברי התוס' בזה. ועוד תירץ המ"מ דיש כאן נכסים משועבדים רק הם במד"ה ותו לא מצי לטעון הנחנו לך מקום ותי' זה העתיק הסמ"ע ג"כ והנה הדין הזה אין לו שרש בגמרא והמ"מ בעצמו גמגם קצת בו ולכאורה דעת התוס' בב"מ וב"ב דהקשו קושיא הנ"ל איך משכחת ליה יטעון הנחתי לך מקום ולא תי' כמ"ש המ"מ משמע לכאורה דלא סבירא ליה הך דינא והש"ע הביאו לעיל סימן קי"א סי"א להלכה בלי פקפוק ואמת לפמש"ל סימן הנ"ל דתליה אי ש"ד או לאו דאורייתא א"כ כל הקו' התוס' י"ל לשמואל ושמואל סבירא ליה שעבוד לאו דאורייתא ושפיר קשה מנכסים משועבדים איך משכחת ליה תפשוט דאקני לא משתעבד ולכך תי'

באפותיקי ומיושב גם בזה קו' מהרש"א דהקשה במה דאמרינן בגמרא הך מתניתא מסייע למר שמואל וכו' דהא על כרחך איירי באפותקי דאם לא כן משועבדים איך משכחת ליה כקושית התוספת ואם כן מה סייעתא יש דלדידן דקי"ל שעבודא דאורייתא אין צריך באפותקי רק בנכסים במד"ה כתירוץ המ"מ וא"ש:

אך בלא"ה יש להבין דברי תוס' בב"מ ד"ה תריץ וכו' דכתבו דאדרבא מהא דתנן גובה קרן ממשעבדי ולא מצי אמר הנחתי לך מקום ש"מ דאקני לא משתעבד ואיירי שקנה ומכר ולגבי ב"ח הוי דאקני ולא ללוקח ע"ש וקשה אף גם בזו מי ניחא ושבח מנכסים ב"ח איך משכחת ליה אי יש ליה ב"ח יאמר הנחתי מקום ומה בכך דקנהו אח"כ ולא כתב דאקני הא מיניה א"צ דאקני כלל. ול"ל בשדה ב"ח שקנה אחר גבייה וכמ"ש הש"ך דהא דעת התוס' בב"מ דבכה"ג אפילו ממשעבדי גובה שבח דכבר קצוב ויש לו קול. ובב"ב באמת נראה מקושית התוספות שהקשו מבני חורין ולכן היה נראה דודאי ס"ל לתוס' די"ל כמ"ש המ"מ דיש לו נכסים במד"ה רק סבירא להו לתוס' דאין זה מספיק דהא תנן דאין גובין שבח מפני ת"ה הא שורת הדין לגבות אף לשבח ממשעבדי רק הואיל ולא ידע הלוקח להזהר תקנו חכמים דלא יטרוף וקשה הא בלא"ה אין במציאות שיטרוף ממשעבדי דיטעון הנחתי לך מקום ואי אתה מוצא רק ביש לו במדינת הים וקשה אם המלוה חובו ר' זוז וגבה השדה בק' ושבח בק' ה"ל ללוקח לטרוף כל ר' מנכסים משועבדים דיש ללוה במד"ה דאין כאן ת"ה דלוקח לא ידע להזהר דבלא"ה איך לקח אולי יאמר המלוה אני אלך למד"ה לטרוף בחובי כי אם ירצה מי מעכבו והיה מפסיד כל הר' זהובים וכי ידע הוא דמלוה לא ילך אולי יפייסנו הלוקח או יפרע לו ויקח השטר בכומ"ס וא"כ סביר וקיבל לסמוך אמוכר ולהכניס עצמו בר' זוז דמי הלואה באחריות וא"כ אף הלוקח יגבה שבחו כדין תורה וליכא כאן תקון עולם כלל בשלמא אם יש במציאות שיכול לוקח לטרוף משעבדי במקום שאין המלוה יכול לטרוף כגון דלית ליה דאקני והך שדה קנה אח"כ א"כ הוצרכו חז"ל לתקן מפני ת"ה שלא יגבה שבח מהך לוקח האחרון וכיון דתקנו כך שוב תקנו בכל אנפי אפילו באופן הנ"ל בנכסים במד"ה אף דלא שייך ביה ת"ה כמ"ש דכך הוא בכל תקנת חכמים דעבדו לא פלוג וכמו דתקנו במלוה ע"פ אינו גובה מלקוחת משום דלית ליה קלא וקי"ל אפילו נמלך בו ומיחה ע"י מ"מ אינו טורף משום לא פלוג אבל אם אינו במציאות כלל שיטרוף משעבדי ולא יהיה אומר הנחתי לך מקום רק בנכסים מד"ה וא"כ שפיר קשה מה ת"ה יש בזו וא"כ קושי' התוס' שפיר תפשוט דאקני לא משתעבד ואם כן יש במציאות בנכסים שקנה אח"כ וא"כ אף שבח מב"ח יש במציאות במד"ה ולא קשיא א"כ משעבדי נמי דבזה לא שייך ת"ה דלא פלוג

עבדי רבנן משא"כ אי משתעבד וליתא כלל במציאות רק במד"ה קשה שפי' כנ"ל אף בשבח לגבי מלקוחת ולזה תי' התוס' שפיר דישנו מ"מ במציאות בעשהו אפותקי וא"א לטרוף המלוה גכו' ולפ"ז שפיר י"ל בנכסים במד"ה. ובהכי ניחא דברי התוס' דהקשו מה דוחקיה כר"מ יעמיד בעשהו אפותקי ותמהו כל מפורשים מה יעמיד הא אף דמוקי כר"מ מ"מ צריך לומר אפותקי דזולת זה יטענו הנחנו לך מקום ועיין מש"ל בזה בס"ק א' אבל לפי מ"ש נכון דבאמת אין צריך לאפותקי דכיון דיש במציאות לאפותקי שפיר יש לומר כתי' המ"מ נכסים במד"ה ולכך הקשו יעמיד באפותקי ובזה גם קו' מהרש"א הנ"ל מיושב דבאמת מייתי שפיר סייעתא מברייתא לשמואל דאין הכרח באפותקי רק בנכסים במד"ה. והנה לכאורה מוכח דהתוס' לא ס"ל דינו של רשב"א דאקני יכול לחזור בו דאל"כ מה קושי' דלמא כתב דאקני ולוקח לקח שדה והשביחה ואח"כ חזר הלוה מדאקני של מלוה וקנה ומכר ולכך המלוה לא מצי טריף דהא חזר בו אבל שבח טריף דכשבא השבח בעולם עדיין לא חזר אבל הלוקח שלא חזר המוכר מן דאקני טורף בו. אך בלא"ה יש לומר ישוב אחר בקושית הנחתי לך מקום דכיון דקיי"ל לוה ולוה וקנה יחלוקו והחלוקה לפי חובה כמש"ל דעיקר כרי"ף וא"כ יש לומר החוב אלפיים זוז ולוקח לקח שדה בש' והשביחה השדה בק' וקנה אח"כ השדה בח' מאות זהובים וא"כ איך יטעון הלוקח כשיבא המלוה לטרוף ממנו השדה ושבחה כלך אצל שדה שנקנית אח"כ גרועי גרעיה דאם יטרפנה משם בת"ת זוז ילך אח"כ על הלוקח וטורף השדה ושבחה כי אין כל זה מספיק לחובו משא"כ אם טורף שדה של לוקח ראשון א"כ אח"כ גם הלוקח חוזר באחריות שלו על שדה שניה ששוה ת"ת כי גם לו שעבודו דה"ל לוה ולוה וקנה ואם שדה ההוא עדיין לא נמכר והיא ביד לוה גובה הוא ת' זהו' ש' לקרן וק' לשבח והמלוה גובה ת' זוז ואם כבר נמכר אין לו לגבות רק ש' קרן כי שבח אין טורף משעבדי והמלוה טורף ת"ק זוז וא"ש ואפי' אם ירצה המלוה להתחבל ולגבות ראשון מן שדה שניה ודאי דלוקח מעכב עליו בב"ד כי יש לו עליו שעבודו דאחריות ג"כ ואם יגבה לא יהיה סיפק בידו לגבות ממנו כשיבא על שדהו דגבה גבה ופשיטא דמעכב ועכ"פ בבא לגבות מן שדהו דיטעון נכה לי מה שגבית מחלקי כי מעכב עליו לגבות שעבודו ומכ"ש לדעת הנ"י דכתב דאם תפס טפי מפלגא מוציאין מידו דלא מהני אלא לכ"ע פשיטא דלוקח מעכב עליו שלא לגבות לבדו ולבטל שעבודו ופשוט ואין מקום לקו' התוס' הנחתי לך מקום דגרועי גרעיה. וצריך לומר דקושית התוספת הוא למהדורא קמא דר"א דאמר לקמא משתעבד וא"כ שפיר קשה לימא הנחתי לך מקום דאף דגובה ראשון מן לוקח ראשון מ"מ חוזר וטורף מהשני הכל ואין ללוקח בו כלום דהא לקמא משתעבד

ובאופן שכתבתי אין מציאות דיגבה לוקח כלום וע"כ באופן דמצי לוקח לגבות כי כבר יש בגבייה ראשונה פרעון לחוב המלוה א"כ יאמר הנחתי לך מקום וא"ש. ובהכי ניחא דכתבו התוס' דמוכח אדרבא דדאקני לא משתעבד כלל ולכך גובה לוקח בנכסים שקנה ומכר אחר כך ולא המלוה והקשינו לעיל עדיין מנכסים ב"ח שטורף בשבחו יקשה דהא בזה אין צריך לדאקני וכמש"ל. ולפי זה ניחא דאם דאקני לא משתעבד רק מנכסים בני חורין אין צריך דאקני בזה לכ"ע יחלוקו כמו במטלטלין דאין בהו קדימה וכמ"ש לעיל סימן ק"ד ועיין בפרק הכותב דף פ"ו בתוס' ד"ה לאשה וכו' ואם כן שפיר י"ל כמ"ש דגרוע גרע דבזה יפסיד חלקו דחובו בכדי שניהם וא"ש ודוק. ולפ"ז דכל קושית התוס' למהדורא קמא י"ל בזו נחלקו אי מצי הדר משעבוד דאקני או לא למ"ד לקמא משתעבד ס"ל דלא מצי הדר ביה ומ"ד לבתרא דס"ל מצי הדר והוי חזרה גמורה ומ"ד יחלוקו ס"ל הדר אך לא בכולו כמש"ל בשם מרדכי ע"ש וא"כ ליכא למימר כתי' הרשב"א דחזר בו דהא להך לישנא לא מועיל חזרה והרשב"א לא אמרו אלא למסקנא דקי"ל יחלוקו וא"ש. ובזה ממילא יובן מה שעמדנו בו לעיל כמה פעמים מ"ש התוס' יעמיד באפותקי די"ל קושית הגמרא קאי לאידך לישנא ובפרט קושי' השניה בגמ' לשבח קרקעות וכו' דקאי ודאי למ"ד יחלוקו וא"כ י"ל אופנים טובי כמ"ש וא"צ אפותקי ולכך הקשו דכיון דעכ"פ לחד לישנא צ"ל אפותקי מה דוחקא נימא בכולן אפותקי וא"ש וגם קושי' מהרש"א מגמרא מיושב דלמסקנא א"צ אפותקי ודוק. ועיין בחדושי לב"ב שם אמרתי דרך נכון לישב דברי תוס' בב"ב ד"ה גובה וכו' בדרך מחודד ונכון אלא הואיל ולא נ"מ לדינא קצרתי ועכ"פ דינים הללו מיושבים וברורים:

ז **מהמשועבדים וכו'** הש"ך בס"ק י"ב הביא מה שעמד הרב ג"ת חצי שבח' דנשאר ללוקח ודאי דגבהו לנכוי קרן שלו א"כ כשחוזר וגובה הקרן אין לו לגבות כל הקרן רק לנכות מה שכבר נפרע עליו בשבח. והש"ך עלה ברוחו מתחילה דלוקח גובה חצי שבח בשביל שבחו ולא בשביל קרנו ולבסוף חזר בו וא"צ לפנים כי הא הרא"ש כתב באם אין ללוקח דאקני אין גובה כלל שבח וא"כ איך יגבה לשבח הא על שבחו לית דאקני כלל ולית ליה אחריות כלל ואיך ס"ד לגבות על שבח ועיין מש"ל בסי' ק"ד כי כתבתי אפילו למ"ד בב"ח אין תלוי אם יש לאחד דאקני או לא בב"ח ולוקח תלי' בכתיבת דאקני וא"כ ליכא למימר דגובה השבח כי אם לקרנו והש"ך הניח דבר זו בצ"ע. ולכאורה הייתי אומר ראיה לזו מדברי הגמרא דקאמרינן א"ר נחמן הא מתניתא מסייע ליה לשמואל דקתני הרי שמכר שדה וכו' והונא חברין מוקי ליה במילי אחרינא ויש להבין הלא משנה שלימה היא לשבח קרקעות אין מוציאין משעבדי מפני ת"ה ומה צורך לברייתא ואי

דמשנה אפשר להתפרש באפותקי או בלוקח מגזלן אף ברייתא דמייתי מתפרש בדרך הזה. ולכן יש לומר דהא ב"ב דף קנ"ז איבעיא בלוה ולוה וקנה למי משתעבד וקאמר ר"נ הא מילתא שלחו מתם ראשון קנה ור' הונא אמר יחלוקו ועיין שם בב"ב ברשב"ם דפי' להדיא שמואל דס"ל ב"ח גובה שבח כוונתו כל שבח וס"ל לשמואל ראשון קנה רק כתב דלא ס"ל כוותיה. וא"כ א"ש דהא דקאמר ר"נ מתניתא מסייע למר שמואל לא לגוף ענין דטורף שבח זהו פשיטא וא"צ לפנים דמוכח ממשנה הנ"ל וכן מבכורות דקתני ולא האשה משמע הא ב"ח אחר נוטל שבח כמש"ל וכמ"ש הרא"ש רק ר"נ אמר מסייע ליה לשמואל דגובה כל שבח ולא חצי והא ליכא להוכיח ממשנה כלל ור"נ ג"כ לשיטתו דס"ל ראשון קנה וא"כ ב"ח נוטל כל שבח ולכך מייתי סייעתא מברייתא דקתני גובה קרן מנכסים משעובדים ואי רק גובה חצי שבח א"כ למה יגבה כל קרנו כקושי' הש"ך וג"ת א"ו דאית ליה לב"ח כל שבח ולא שקיל לוקח מידי ולכך גובה כל הקרן אמנם רב הונא דאזיל לשיטתו דס"ל יחלוקו ולכך מוקי ליה במילי אחריני בלוקח מגזלן דאז נוטל הנגזל כל השבח ושפיר טורף קרנו במלואו ובהכי ניחא דטרח ר"ה לאוקמי במילי אחריני דמה ביקש בזה וכי יחלוק אשמואל דב"ת גובה שבח לא מצינו פלוגתא בזה בש"ס ומהכ"ת לחלוק אבל לפמ"ש ניחא דר"ה ס"ל חצי שבח בעלמא: ולא מתוקמא ברייתא רק בלוקח מגזלן:

אך אף שדברים כאלה מסתברים בפשט הגמ' מ"מ מסתימת הפוסקים משמע דגובה כל הקרן ממשעבדי בלי נכוי כלל ונראה טעמו של דבר כי ודאי הא שורת הדין דאף שבח יש לו לגבות משעבדי רק מפני ת"ה דאין לו קול הואיל ואינו קצוב ואינו כתוב וא"כ בזה לפי קרנו של לוקח גובה בממ"נ מן משעבדי דאם לא שמעו משבח א"כ תן לי קרני במלואו וע"ז הלא היית סביר וקיבל לטרוף ממך ואם סלקא דעתך משבח וא"כ קרני נפרע במקצת אף אתה תן לי שבחי בממ"נ כפי שעור שבח' המנוכה מקרן יש לו לגבות ולא שייך תיקון עולם כלל דבממ"נ אם לא ידע משבח אין כאן נכוי קרן כלל ומהקרן ידע וקיבל על נפשו אחריות הלזה דזה נכון וישר בסברא ועיין כתוב' דף צ"ו ע"ב בתוס' ד"ה דכתבו כעין סברא זו דאף דמזונות אינן קצובים מ"מ ה"ל ללקוחת להזהר דלמא תבא בכתובה ע"ש. וזה יותר נכון בסברא מהך דשם ולכך נראה נכון דגובה משעבדי וכ"כ הרמב"ם בפי' המשנה בפ' הנזיקין במשנה לאכילת פירות להדיא בלקח קרקע בנון והשביח עד למאה ובא ב"ח לטרוף נוטל רק ע"ה זוז ומניח כ"ה זוז ללוקח וחוזר הלוקח בנון זוז קרנו על משעבדי הרי דס"ל להדיא דאין מנכה השבח בקרן ופשוט. ובמ"ש הך דמייתי ר"נ מברייתא י"ל להיפוך דודאי לומר דהך ברייתא בלקח מן גזלן

דחיקא ליה כקושי' הגמרא ועיין באסיפת זקנים כי אם נוקמי בלקח מגזלן צ"ל ר"מ היא ע"ש רק מ"מ מן משנה אין ראיה די"ל באפותקי כמ"ש התוס' וכן המהרש"א לכך דייק מברייתא דקתני גובה הקרן מנכסים משועבדים וקשה פשיטא מה קמ"ל הא לפרש המשנה קאי והמשנה לא איירי כלל רק לשבח מן קרן מאן דכר שמיה ומה קמ"ל אלא טובי קמ"ל דה"א כקושית המחברים הנ"ל דלא יגבה כל קרנו בשלימות וקמ"ל דגובה וא"כ מוכח דלא איירי כלל באפותקי דאי באפותקי הא גובה כל שבח וא"כ עדיין קשה מה קמ"ל וש"מ דב"ח גובה שבח ורב הונא לתרץ זאת מוקי ליה בלוקח מגזלן וא"כ לא קשה מה קמ"ל בקרן דטובי קמ"ל דה"א כקושי' הגמרא ב"מ דף ע"ב דלא יגבה משעבדי דהא לא ניתן לכתוב וקמ"ל דמ"מ גובה משעבדי כתי' הגמרא שם דניחא ליה דליקום בהימנותא. וא"ש דלכך מוקי ליה ר"ה בלקח מגזלן ולא באפותקי או לשיטת הרמב"ם וסייעתו בשבח דממילא דבזה לכ"ע גובה ולפמ"ש ניחא דא"כ מה קמ"ל וא"ש. ולכן הדרן לסברת הפוסקים וסתימתן דגובה כל הקרן מנכסים משועבדים.

ח **השבח וכו'** והנה התוס' בב"מ ד"ה תריץ וכו' כתבו בקושי' דאיך משכחת ליה מנכסי' משעובדים יאמר הנח' לך מקום כהנ"ל וכתבו דל"ל דלאחר שכבר טרף הב"ח השדה ושבחה קנה המוכר שדה ומכרה ומזה גובה קרן אבל לא שבח דא"כ אף השבח' יגבה ממשעבדי דכבר היה בעת לקיחה קצוב וכו' הרי דהחליטו הדין דאם קנה ומכר אחר שכבר טרף המלוה השבח אף השבח הנ"ל קצוב וטריף ממשעבדי. ואולם בב"ב דף קנ"ז הנ"ל ד"ה גובה וכו' כפי גי' מהרש"א ופי' הנוטה אל מקכז האמת תפשו תי' זה לתי' באמת דמיירי דקנה אחר טרפא ומכרו ומ"מ אינו גובה שבח רק מנכסים ב"ח והרי התוס' סותרים זה לזה בדין זה לכאורה. והנה בכתובות דף צ"ו ע"ב ד"ה ור' יוסי דכותבת סתם ויפה כחה דגובה מלקוח' הקשו התוס' דיאמרו לקוחת הנחנו לך מקום שדה שמכרת למזונות ותי' התוס' דלא מצי למימר דה"ל כנשתדף וכו' ועוד תירץ דמיירי מלקוחות שקנו אחרי שמכרה למזון וע"כ הך דמכר' למזונות איירי במזונות דעבר דאי מזונות להבא הא אין מקבלת דמים מלוקח רק על חודש ולכתובה מוסר לה הכל וא"כ אף במוכרת סתם יובחנו הדברים ול"ל דמוכרת סתם גובה המעות תיכף דזהו באמת קלקול הדין דלמה דלמא תמות וע"כ דמוכרת למזונות על עבר ומ"מ אין מוציאה מיד לקוחת אף דמזונות שעברו קודם אית ליה קלא. וא"כ נראה כי הך דיני' תלוי בהנך תי' של התוס' ולכך רש"י דס"ל כתי' הראשון של התוס' וכמש"ל סי' קי"א באריכ' ש"מ דס"ל כתוס' דב"מ. ובאמת קשה לומר דתוס' ב"ב חולקים דהא מבואר בגמרא דגיטין דף נ"א א"ר נתן אימת בזמן שקדם מקחו של שני לשבחו של ראשון אבל בזמן שקדם שבחו

של ראשון למקחו של שני גובה ממשעבדי ופי' התוס' ורשב"א להדיח דס"ל ר"נ משום קצובים ואם לקח אחר שבחו הא ה"ל קצוב וברור דכוונתו לאחר גבייה דאל"כ עדיין יופחת או יושבח ביותר אלא הכוונה נתברר שבחו והיינו שיגבה בב"ד ואז ה"ל קצוב וכתב הרשב"א דכן משמע בירושלמי. וא"כ דברי התוס' מבוארים בגמרא. ולכן נראה דבלא"ה יש לדקדק בתוס' ב"ב דתי' אי נמי באפותקי ולא הרגישו בקושי' התוס' דא"כ מה פריך משבח קרקעות הא איירי באפותקי ועל התוס' בב"מ דכתבו יעמוד באפותקי כבר כתבנו דיש לדקדק דמה יעמוד הא לפי תי' שלהם איירי באפותקי ומכ"ש דקשה להבין דברי התוס' בב"ב דתי' באפותקי ולא עמדו דא"כ מה פריך הגמרא. ולכן נראה דודאי הך סברא בעצמותו נכון דלקח לאחר גביות השבח הא כבר קצוב ועומד רק יש לומר דלא פלוג עבדי רבנן בתקנתם ככל התקנות ובזה יש לישב דברי רש"י דפי' שם בגמרא דגיטין דהקשה הגמרא מהך מדר"נ דאמר קדמה שבחה דגובה אף על מ"ד דס"ל קצובים והקשוהתוס' א"כ הא דמשני תנאי היא עדיין יהיה ר"נ דעת שלישי' ולפמ"ש לק"מ דודאי רש"י מודה בסברא הנכון כמ"ש התוס' רק רש"י דס"ל כיון דהוא תקנה לא פלוג עבדי רבנן בתקנתם וא"כ שפיר קשה לכל המ"ד אבל השתא דמשני הגמרא ר' יוסי אומר מה תקון עולם יש בזה הלא אינו קצובים ופירש"י דמהדין אין טורף ולא מכח תקנה כלל וא"כ דליתא לתקנה כלל רק מהדין א"כ תו לא שייך לא פלוג ופשיטא דיש לחלק בין קדים שבחו ללא קדים דבזו קצוב ובזו אינו קצוב ואתיין דברי רש"י שפיר לשיטתו והתוס' לשיטתו דגם בזה חלקו ארש"י ע"ש. ולפ"ז דאמרי' הטעם משום לא פלוג נשוב ונימא ודאי התוס' לא ס"ל כן דמהכ"ת משום לא פלוג נפסיד ללוקח במעות שלו. אך זהו אי שעבודא דאורייתא א"כ שורת הדין אף דאין לו קול כלל לגבות מן משעבדי רק מפני תקנה שאין לו קול בטלו חכמים לדין תורה ותקנו דלא יטרוף א"כ הבו דלא לוסיף וכל כמה דיש למעט בתקנה ולהעמיד הדת על תלו עבדינן וא"כ בזמן שקדם שבחו דיש לו קול ודאי כתורה נעשה ומהכ"ת משום לא פלוג לבטל זכותו וזהו דעתו וסברתו של ר' נתן אבל אי שעבודא לאו דאורייתא א"כ שורת הדין בכל דוכתי מבלי לגבות רק חז"ל מפני התקנה תקנו שיגבה ובאינו קצובים הניחו על דין תודה מבלי לגבות א"כ שפיר שייך לא פלוג דאדרבא שורת הדין בכל דוכתי מבלי לגבות ואין כאן גרעון זכות ללוקח אם אמרינן לא פלוג דחזר הדבר לד"ת. ועוד אם שעבודא לאו דאורייתא רק מפני נעילת דלת ודאי בדאקני לא שייך נעילת דלת וכי ידע שיקנה וימכור עד שעל זה הלוה או ימנע מלהלות ובפרט בלוקח שכבר הזמן לפרעון א"כ למה המתין עד שלקח ומכר ולא בא תיכף לטרוף בעוד השדה ביד המוכר ואם המתין אפסיד אנפשיה ומה נעילת דלת יש

בכאן רק משום לא פלוג תקנו חכמים בכל שטרות הן דקני ודעתיד למקני שיגבה וא"כ השתא דאתיין ללא פלוג נימא איפכא מה חזית הך לא פלוג אף הא לא פלוג נימא דשבח לא יגבה משעבדי ואדרבא הא עדיפי דחזר הדבר לד"ת. וזה ברור וא"כ א"ש דבב"מ הקשו התוס' קושיא למ"ד שעבודא דאורייתא הך ברייתא מנכסים משועבדים איך מתוקמא דל"ל בנכסים שקנה אח"כ דזהו ודאי טורף למ"ד ש"ד וא"כ קשה דמזה מוכח דדאקני לא מהני וע"ז תי' שפיר דלהך מ"ד מיירי באפותקי אבל לשמואל לא צריכין לומר באפותקי דלשמואל שעבודא לאו דאורייתא וא"כ שפיר י"ל מנכסים שקנה אח"כ ומשום לא פלוג אינו טורף משעבדי כלל. ולכך הקשו דמ"מ הא דמשני הגמרא שם אליבא דשמואל ר"מ היא לימא דמיירי באפותקי. ולכך אמרו יעמיד באפותקי וליכא למימר דלמא הא עדיפי ליה לשמואל לומר ר"מ היא מלימא דאיירי באפותקי ולכך הקדימו התוס' שם בריש דבריהם טרם שהגיע לפלגת חקרי לבב בקושיא זו להנחה דשמואל לא ס"ל כלל כר"מ ומאמרו גובה שבח לרבנן וא"כ פשיטא דיותר טוב להעמיד המשנה כהלכה ומה דס"ל משנימא ר"מ היא מה דלא ס"ל ועיין בתוס' ותראה כי כך מורים המשך הדברים כפתור ופרח. אבל ב"ב הקשו התוס' קושיא זו ותי' לשמואל י"ל דקדם שבחו לקנינו ומ"מ לא ה"ל קצוב דלא פלוג ומ"ד דשעבודא דאורייתא תי' א"נ באפותקי א"כ הך מ"ד אוקי ליה באפותקי ולק"מ ולא קשיא ליה דשמואל יעמיד באפותקי די"ל ניחא ליה לומר כר"מ דשם התוס' לשיטתן דכתבו בד"ה דאקני דבשעבד דאקני ס"ל לשמואל כר"מ וא"כ גם הברייתא הכי ס"ל ובהכי מתפרשא דבשעבוד הלכתא כר"מ ואין זה דוחק ויותר מסתבר משנימא אפותקי וא"ש ודברי התוס' הם מדוקדקים ברורים ומזוקקים למאוד ועכ"פ הדבר ברור כמ"ש התוס' ורשב"א דאם קדם שבח למכירה דגובה למ"ד קצובים ור' נתן דיינא הוא אך בלא"ה איכא למ"ד מפני שאינו כתובים ועיין מש"ל בסימן ס' אבל ברור אם הטורף מוחזק דיכול לומר קים לי כתו' וטורף אף משעבדי ואין מדברי תוס' ב"ב ראיה כלל.

ט **מבני חורין** ואם קנו מידו על השבח לפי מש"ל בסימן ס' וברורתי מתוך דברי ש"ע בא"ע דמהני אפילו למ"ד קצובים אף בזה מהני ואין לדקדק מדברי התו' דכתבו בד"ה תריץ וכו' דיש לומר ברייתא דשבח בלוקח מגזלן וקנו מידו וקשה א"כ שבח ליגבי משעבדי דהתוס' אזלו לשיטתן בגיטין דף נ"א דקנין מהני רק למ"ד כתובין אבל למ"ד קצובים לא מהני. וסוגי' התוס' הכל למ"ד קצובים. אך זהו דוחק דמ"מ איך אפשר לשנויא כן דלמ"ד כתובים יקשה ש"מ דאקני משתעבד דהא ל"ל בשקנו דהא גביה ממשעבדי ואפשר דבאמת נקטי התוס' גווני אחריני נמי למ"ד כתובים כך ולמ"ד קצובים כך. אבל

לפי דעת המחברים כמו שהעליתי לעיל סימן ס' דקנין מהני לקצובים נמי ברור דגובה. ובהכי ארווח לן מה דעמדו התוס' שם דף י"ד ע"ב מדרישא בנגזל והקשו התוס' ה"ל להקשות מרישא גופא ולא תי' כלום ולפי הנ"ל ניחא דברישא י"ל בקנו מידו ואי קשה א"כ למ"ד כתובים ליגבי משעבדי דהא יש קול דהא כתב הרא"ש בפרק גט פשוט כי יש לו לקנין קול ה"מ כשנכתב לבסוף אבל כשלא נכתב לבסוף לית להו קלא ופירי מעולם לא נכתב בשטר כמ"ש התוס' שם ד"ה תדע דלא כתבינן פירי א"כ אין לקנין קול ואין טורף משעבדי ולכך פריך מדרישא סיפא נמי בשבח וקשיא שפיר ול"ל בדקנו אם כן אף משעבדי יטרוף דהא נכתב בשטר אנא איקום וכו' וא"כ ודאי בקנין טורף ול"ל בדקנו מידו וא"ש ודברי הגמ' ברורים ודוק.

י **וכל זה מיירי וכו'** הש"ך השיג על זה ובאמת לשיטתו דס"ל דגובין שבח מיתומים יש פ"פ לערער דכיון דדין יתומים עם המוכר שוה מ"ש דהשביח ביד לוקח או ביד יתומים אבל לפי מש"ל המחבר ורמ"א דאם השביחו יתומים דאין לב"ח כלום א"כ וכי יהיה גרע כח הלוקח מאלו לא לקח השדה כלל והוא ביד יתומים אינו גובה כלום ועכשיו שהוא ביד לוקח יגבה ולמה יגרע וא"צ לזו אי שתקת וכו' דאפי' החולקים שם מודים בזה דאיך יוגרע כח לוקח מאלו היהביד יתומים: ויותר מזה דעת מהרש"א אפילו שבח שהשביח בחיי מוכר רק הואיל ועכשיו מת ואין להם על מי לחזור אין לב"ח לטרוף ולקמן נאריך בזה אי"ה בדבריו. עכ"פ במות ואח"כ השביח פשיטא דאין לב"ח לגבות. אמנם נראה אפילו לדעת התוס' דיתומים שהשביחו ב"ח גובה מ"מ אפשר דאם השביח לוקח אינו גובה דהא ה"ל ראוי ובשלמא ביתומים מטעם מצוה לפרוע אתינן עליו וכמ"ש ברא כרעיה דאבוה אבל לגבי לוקח הא ה"ל ראוי. וכמו דה"ל ראוי לגבי בכור ה"נ ה"ל ראוי לגבי ב"ח. ואפשר הש"ך לשיטתו דס"ל אף בראוי נוטל הב"ח אבל לפי דקי"ל דאינו נוטל היינו ראוי גמור ומה שהקשה הש"ך הא דאמרינן שמין השבח ופריך הגמ' הא אמר שמואל ב"ח גובה שבח לישני בהשביח לוקח לאחר מיתת מוכר וא"כ אין לו בשבח ולכך שמין ולפמ"ש דהטעם דלא גרע יד לוקח מאלו הוא ביד יתומים ומ"ש דלוקח השביח או יתומים א"כ היינו ב"ח ליתומים ולא ה"ל למחשב ב"ח ללוקח במנין דהיא היא לוקח היא היא יתומים דכל עצמותו שאין גובה שבח הוא מכח יתומים. א"ו דמיירי בחיי מוכר. אך עוד י"ל ודאי הא דדאקני משתעבד יש בו ב' פירושי' אימת חל השעבוד אי חל תיכף אף דעדיין לא בא שבח בעולם דאלים כח השעבוד או לא חל רק עד שבא השבח בעולם ואז חל השעבוד אשר התחייב בשטר ואם אמרינן תיכף חל ליתא לדינא של נ"י דמה בכך בעידן השבח מת המוכר מתחילה חל שעבודא על שבח שיהיה לאחר כן לזמן מרובה

ובמיתת המוכר לא פקע שעבודו כלל וכמ"ש הש"ך משא"כ אם אמרינן דלא חל רק בבא השבח בעולם ולא מקודם א"כ פשיטא דבין כך מת המוכר ובבאו השבח ליתא בעולם על מי יחול שעבוד נכסי דבר נש ערבין וזהו שעבודא והלוה נפטר הלך לו ואימת יהיה עריבים וזהו נכון ויותר מאלו היה המוכר חוזר לדעת רשב"א ואין לך חזרה יותר ממיתה ומה זכות נשאר למוכר עד שיחול שעבודו. והנה הא דנחלקו מהדורא קמא ובתרא אי לקמא אי לשניהם משועבד הוא בדבר הזה דאם תיכף חל שעבוד א"כ לקמא משתעבד ואי בבא השבח חל שניהם כאחד ויחלוקו. והנה בלא"ה הקשה הש"ך מה פריך הגמ' על הך דשמין השבח הא ב"ח גובה שבח דלמא איירי בחצי שבח שאינו גובה ותי' דהקושי' הוא למהדורא קמא דלקמא משתעבד וב"ח נוטל כולו ויפה דיבר דר"נ אמר כן ור"נ ס"ל לקמא משתעבד. וא"כ לפ"ז אף דינו של הנ"י ליתא ולא מצי לומר בכה"ג דמה בכך דמת מוכר שעבודו חל מקדם אבל לפי דקי"ל יחלוקו ולא חל שעבוד רק בבא שבח לעולם יפה דיבר הנ"י וא"ש ולק"מ ובאמת אני נבוך אי אמרינן דלא חל רק בבא השבח בעולם א"כ ראובן שלוה משמעון בניסן ונולד לשמעון לוי באייר ומת שמעון ואח"כ השביח שדה של ראובן ומכרו איך יגבה לוי השבח הא אז בבא השבח כבר מת שמעון ומשתעבד ללוי א"א דהא לא נולד בעת שכתב השעבוד ואין משעבד למי שלא היה בעולם כמבואר בגמרא דגיטין ובמה צד זכה לוי בזה השעבוד אביו לא זכה בו ולא נשתעבד ולכן צ"ע:

יא **וכל הפירות** עיין אורים כי הש"ך השיג על הסמ"ע דנתן הטעם דה"ל לוה ולוה דאם קדם וגבה גבה דהא אפילו הם בעין ומונחים מ"מ כל זמן שאינם מחוברים לקרקע אין לב"ח כלום. ואין זה קושיא דהא הכל ברשות לוקח קאי ולכך הקשה רבינו יונה דעל השבח יהיה זוכה לוקח דה"ל כגבה הרי דס"ל ברשות לוקח קאי וע"ז תי' דבעינן גבי' בב"ד וא"כ במטלטלין דלא בעי גבי' בב"ד הרי הן כגבוי דבכל מקום שהן ברשות לוקח הן קודם גביה. אך הא קשיא לסמ"ע דא"כ הא דמחלק הרא"ש בדברי רבינו יונה בין מקרקע ומטלטלין וטרח להביא ראיה מן הניח פירות תנושין לר"ט ולא הביא מניה וביה ראיה דפירות התלושין אין למלוה בהם כלום ש"מ דמטלטלין א"צ גביות ב"ד. ועוד קשה בכתב למלוה דאקני ולא ללוקח לא אמרינן יחלוקו לדעת הרא"ש א"כ אף הוא יטול הפירות וכ"ת ה"נ א"כ הא דאמרינן אמליך וכתב שופרא ושבחא ופירי ופריך הגמ' מי אית ליה למלוה פירי ומה קו' הא שמואל איירי בסתמא דלית ליה ללוקח דאקני ולכך אמר ב"ח גובה כל שבח כמ"ש הרא"ש א"כ שפיר אית לב"ח פירי:

אמנם תי' הש"ך דה"ל מטלטלין אינו מספיק דא"כ בכתב לב"ח מא"ק גובה מפירי וא"כ עדיין צריך לכתוב פירי דאולי יבא ב"ח שיש לו מא"ק לטרוף וכבר חששו חז"ל

לכך בב"ב שמעתא דמכר שדה וטלית ובאמת לא ידעתי מה צריך טעם הא אמרינן בגמ' בשבח תדע שכך כותב לו וכו' ופי' כל מפורשים אע"ג דיש לב"ח דאקני לולי דיש ללוקח לחזור ומתחילה נחית אדעתא דהכי לא היה טורף שבח ולכך במתנה אע"ג דאית ליה דאקני הואיל ואינו כותב לו יפה כחו שאינו טורף שבח וא"כ פירי דאינו כותב לו כמ"ש התוס' א"כ אדעתא דהכי לא נחית וחזר דין לוקח שוה למקבל מתנה ואין לב"ח בו כלום כיהוי כמו בשבח במתנה וא"ש ולק"מ ולכן מעולם הן דכתב למלוה דאקני ומא"ק וללוקח לא כתב מ"מ אין לו בפירות כלום:

יב **הרי ב"ח וכו'** ואם הם אפותקי כתב הטור והרא"ש דאית ליה לב"ח פירי דארעא דידיה הוא והש"ך הביא דעת החולקים וטען על הרא"ש והטור הא דפריך הגמ' אין מוציאין לאכילת פירות וכו' במאי אי בב"ח מי אית ליה פירי וכו' וקשה לוקי באפותקי דאית ליה פירי וכן הא דאמרינן אמליך וכתוב שבחא ופירי ופריך הגמ' אי ב"ח מי אית ליה פירי וקשה דלמא לכך יכתוב פירי אולי יטרפנו ב"ח שיש לו על שדה הנמכרת אפותקי ולא תי' כלום. והנה על קושיא זו יש ליישב דבלא"ה צריך לומר דכל המלכה הוא משום נגזל דאי משום ב"ח אף שעבוד צריך לימלך דס"ל לשמואל אחריות לאו ט"ס הוא וכ"כ התוס' ב"מ דף י"ד ד"ה שעבוד ע"ש. אבל קושיא ראשונה קשיא וביחוד בד"ה תריץ דמוקי ליה באפותקי דאל"כ הא יטעון הנחתי לך מקום וא"כ מה קושיא הא אית ליה פירי ומצאתי קושיא זו באסיפת זקנים בשם גליון בלי ישוב. ואין לומר דתוס' לא סבירא ליה כרא"ש רק כרז"ה דגם אפותקי לית ליה פירי דא"כ קושית התוס' בד"ה תדע דהקשו דלמא כותב בשביל לוקח מגזלן ותי' דה"ל למכתב פירי א"נ דהא כתב ועמלהן ונגזל צריך לשלם הוצאה וקשה לתירוץ ראשון מי ניחא דילמא בשביל אפותקי כתבו דגובה שבח לכ"ע ולית ליה פירי. וע"כ צ"ל דסבירא ליה כרא"ש דאפותקי אית להו פירי: ודוחק לומר דגם בתי' ראשון ידע התוס' הך תי' ועמלהן רק דקשיא ליה לר"מ דסבירא ליה ב"ק דף צ"ה ב"ח אית ליה שבח והוא ס"ל דקנסו שוגג אטו מזיד ולית ליה הוצאות ובהך תי' לא חילקו התוס' בין שוגג דלא ידעי דגזלה אסורה או דלא ידע כלל שהיא גזולה כמ"ש הרמב"ן באסיפת זקנים ולר"מ קשה מנלן דאית ליה שבח ואי שכך כותב לו דלמא משום נגזל והוצאה הא לר"מ לא משלם נגזל הוצאה ולכך תירץ דה"ל לכתוב פירי אבל באפותקי שפיר י"ל משום עמלהן דאפותיקי ודאי דמשלם המלוה הוצאות ובתירץ השני תירוץ התוס' לעולם משום עמלהן דאף לר"מ יהיב נגזל הוצאה דיש הבדל בין שוגג דידע שהיא גזולה רק דחשב שהיא מותרת בין לא ידע כלל שהיא גזולה וכמ"ש התוס' ב"ק דף הנ"ל ד"ה דאתא (ועיין מה שאכתוב לקמן ס"ק עוד תירוץ בזה עיין שם)

אך כל זה דוחק דה"ל לתוס' לפרש כי האי ולא לסתום. ומורים הדברים דסבירא ליה כהרא"ש וא"כ קושית הגליון הנ"ל במקומו. ולכן יותר יש לומר דיש חילוק בנגזל צריך הלוקח לשלם כל פירות שאכל כי אכל דבר שאינו שלו כלל אבל באפותקי ודאי אם ישנו בשעת גביה פירות תלושין בעין הב"ח טורפם כי הם מארעא דיליה והם בכלל שבח ואפילו בב"ח היה שורת הדין להחזיר ועיין בס"ק שלפני זה כמה טעמים שנאמרו למה לא יקח פירות התלושין וכל הטעמים לא שייכים באפותקי ולכך לוקחן משא"כ פירות שכבר אכלן מימים ימימה כיון דברשות קאכיל וכמ"ש התוספת דהא רשות לו למוכרן עד שעת גביה ולא למפרע קטריף מהכ"ת להחזיר הפירות וגדולה מזו דעת ריטב"א אפילו בנגזל לית ליה פירי מה שכבר אכל ואיך לא נימא כן באפותקי. וראית ריטבא מנגזל יש לדחות אך לגבי אפותקי קשה דסבירא ליה לשמואל אחריות לאו ט"ס הוא ואפילו טרפו ב"ח באפותקי אין לוקח חוזר וגובה דעבד אינש דזבין קרקע ליומא ואי דצריך להחזיר כל מה שאכל מה הנאה יש בזו ובחנם פיזר מעותיו. והכי דייק לשון הרא"ש דגבי נגזל כתב וכל הפירות דאכל לוקח שקיל נגזל. אבל גבי אפותקי כתב סתם גבה ליה לכולי פירי ולא הזכיר במה שאכל וכן הטור בסימן זו באפותקי כתב גובה אותה ואת פירותיה אבל לקמן בהל' גזלה כתב להדיא דכל פירות שאכל הלוקח מיום היות קרקע בידו צריך לשלם והמדקדק יבחין הבדל בלישנא וא"כ ה"נ דלשון לאכילת פירות משמע ליה לגמרא דהיינו פירות שכבר אכלן הלוקח והוצרך לשלם מעות מכיסו ומ"מ איט טורף מן משעבדי וטובא קמ"ל דאל"כ היינו שבח דהשדה מליאה פירות יותר מושבח מאם היה רקנית ולכך נקט אכילת פירות דייקא וא"כ ליכא לאוקמי באפותקי דאין לו פירות שכבר אכלן אבל לקמן שפיר מיושב דל"ל דכתב שבחא משום אפותקי דעכ"פ הוה ליה לכתוב פירי משום פירי הנמצאים בעין דטורפם מן אפותקי דיהיה לו אחריות עליו וא"ש ולק"מ מכל צד. וכן נראה לדינא דבלא"ה רבו החולקים דאין כלל לב"ח באפותקי פירי וא"כ דיו אשר נאמר בפירי בעין ולא בפירי שאכלן:

יג **ואם רוצה הלוקח וכו'** השו"ך בסעיף קטן כ' כתב דדעת המחבר ברא"ש דאף החוב יותר מכדי שוי והוא אומר אקבל בכל החוב אין שומעין למלוה והוא העלה עיקר כרמב"ן וסייעתו דשומעין למלוה ולא הבנתי דבריו דעד כאן חולק הטור ארמב"ן לגבי יורשים אבל לגבי לוקח מודה הרא"ש כמבואר לעיל ס"ס קי"ד דאין שומעין ללוקח ואפילו אין אומר אקבלנו בכל החוב מ"מ כל זמן שאין המלוה נפרע בכל החוב דעת הש"ע לעיל ברא"ש דאין יכול הלוקח לסלקו. ועיין מש"ל דלא תקשה משומא הדרא וגם אי בכה"ג יכול הלוקח לומר תן לי שיעור קרקע משבחי והארכתי בזה לעיל ע"ש דיש אופן דא"י

לומר תן לי שיעור שבחי אי מעלה גוף השדה בדמים ולא השבח ע"ש ועכ"פ בלוקח מודה הש"ע והטור כרמב"ן דיכול לומר לדידי כו' ועיין מש"ל בישוב דברי הב"י ודוק:

יד **בין מן השבח** יש לי ספק במקום דאין יכול הלוקח לומר תן לי בקרקע שיעור שבחי רק המלוה מסלקו בדמים כמש"ל סימן קי"ד דהמלוה יעלה בדמים וכמש"ל אם הלוקח נוטל חצי שבח או י"ל דאין ללוקח כלום דבאמת קושי' הנ"ל דמה פריך הגמרא בב"ק דף צ"ו ובב"מ דף ק"י על הא דאמר שמואל שמין להם השבח ומעלין אותם בדמים מי אית ליה ללוקח שבח והא אמר שמואל ב"ח גובה שבח דלמא בחצי שבח דנשאר ללוקח מיירי ומש"ל בישובו דהוא לדעת ר"נ ושמואל דס"ל לקמא משתעבד דחוק דלא ה"ל לגמ' לסתום בכל שני סוגיות שלא כהלכתא רק ה"ל לומר לפחות הניחא למ"ד יחלוקו ואיך לא שם הגמרא זכר כלל למה דקי"ל יחלוקו. ולכן היה נראה דהא שמואל קאמר דהמלוה גובה קרקע רק מסלק ללוקח בעבור שבח בדמים וא"כ לא מבעיא לדעת הנ"י דמפרש לכך יחלוקו משום דמספקא לן למאן משתעבד ומוטל בספק יחלוקו ולפי זה ה"מ כשאין אחד מוחזק אבל בשאחד מוחזק כללא הוא הממע"ה ולפי זה כאן דנוטל המלוה ודאי קרקע ובזו אין ספק רק הלוקח טוען בדמים ובזו המלוה מוחזק ולמה יהיה לו ללוקח כלום הממע"ה וכמו שאמרו באילן היכי דודאי לקציצה קאי רק מחולקים בדמים הממע"ה ואף זהו כמוהו לכל דבר ולכך פריך שפיר במילתא דשמואל. אף גם לדעת האומרי' דיחלוקו משום דשעבוד דשניהם באים כאחד מ"מ הא קי"ל מה שגבה גבה והעלה הרא"ש דלענין מטלטלין אפילו תפיסה בעלמא מהני וא"כ המלוה נוטל השדה על כל פנים וזה בא להוציא המעות הרי המלוה תופס ועומד ואם קדם וגבה גבה במטלטלין וא"צ לב"ד כלל וא"ש. ובזה מיושב דברי התוס' דהעלו באפותקי א"צ ליתן הוצאות דכי מגרע גרע וקשה מה גרע יש כאן הלוקח יטעון בממ"נ אם אין קרקע שלך השביח תן לי חצי שבח ואם תקח כולו כי קרקע שלך השביח אף אתה שלם הוצאות (ועיין לקמן ס"ק כי כתבתי שכך היה דעת הרמב"ם ז"ל ע"ש) ומה גריעותא יש בזו וצ"ע לכאורה אבל לפמ"ש ניחא דהוא יטעון קרקע שלי השביח איני טוען אבל מ"מ אין לך בשבח דהא אפותקי הוה על כל פנים דלא מצי מסלק ליה וא"כ אין ללוקח אלא דמים ולכ"ע ב"ח נוטל כל שבח ושפיר הוי גרעון כי לא יטעון מעולם קרקע שלי השביח רק מהני על כל פנים מבלי לסלקו דאף הוא אין לו פרעון ממקום אחר וא"ש וברור ודוק. ולפי זה דין הנ"ל מבורר דבמקום דאין לו רק מעות דאין לו כלום בשבח ולכך משני שם חצי שבח וקשה הא קתני סתמא ולפ"ז ניחא דאם מסיק יותר משיעור ארעא ושבחא דא"י לסלקו ואין ללוקח רק דמים גובה כל שבח וא"ש וצריך עיון כי לא מצאתי בזה

למחברים ומהך דס"ב אין ראיה בדלא חצי שבח כשיעור שדה נוטל דמים מבעל חוב דשם על כל פנים הקרקע בחזקת הלוקח ואם רוצה לוקח קרקע אבל במקום דאין ללוקח בקרקע ובעל כרתי מסלקו בדמים א"ש דין הנ"ל:

טו **וי"א וכו'** הש"ך תמה מה וי"א הא מבואר כן בריי"ף ורא"ש מבלי חולק ויפה הקשה ואולי ס"ל לרמ"א הואיל ורמב"ם נקט בלשונו שאם גבה חובו וחצי שבח ולא העתיק בלשון הריי"ף ש"מ דס"ל דוקא בכה"ג והטעם י"ל דבלא"ה יש לתמוה למה יכריח הלוקח למלוה לשלם לו דמי שבחו וכי שותפי נינהו הלא בע"כ נטל ועיין ברמב"ן מ"ש במלחמותיו רק באמת הלוקח הוי כיורד ברשות דהא ע"י השבח הגיע לו חצי שבח ופעל אתו טובה וא"כ אף שורת הדין דמלוה פורע חלקו דהא ברשות ולטובתו נחית. אבל באין לו לב"ח כלל בשבח א"כ לאו ברשות נחית א"כ יכול המלוה לטעון מה לי ולך דאקח קרקע שלך ואין לכופו אמנם בריי"ף ורא"ש מבואר דגם בזה צריך המלוה ליתן הדמים ולכך נקטו הרמ"א בלשון וי"א:

טז **אבל אם עשהו אפותקי** עיין בש"ך שהביא דעת גדולי מורים הריי"ף ותוספת ורא"ש וטור דס"ל באפותקי אפילו לא מסיק רק שיעורא דארעא לבד מ"מ נוטל כל השבח דטוען כי קרקעו השביח רק מחויב לשלם ללוקח ההוצאות. והרב הש"ך האריך לחלוק עליהם ופיו ענה בו שאין כדאי בסברות בעלמא לדחות דברי מחברים גדולי מורים וכבר בא כל הסברות ודחיות בדברי מחברים והוא בספרתם. אמנם מה שטען הש"ך על הרא"ש כי התוס' דס"ל דאפותקי נוטל יותר מכדי חובו הוא דס"ל בס"ד דמשני דלא מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא באמת קשה לא יטול יותר מכפי חובו רק עדיפא פריר וא"כ צ"ל דלא יקשה באמת הך קושיא וצריך לומר למסקנא דאיירי באפותקי לק"מ דכך הדין ליטול יותר מכדי חובו. אבל הרא"ש דנמשך אחר פירש"י ופי' דלא מסיק רק שיעור. ארעא פי' שיעור קרקע ושבח היותר על הוצאה אבל הוצאה לא מסיק ביה וא"כ אף במסקנא דאמרינן באפותקי נימא כך ומה דוחקא לומר דליטול יותר מכפי חובו וגמרא דמשני באפותקי הוא רק דלא יקשה למה מסלקו בדמים. ובאמת קושיא חזקה היא זו. ומה שנ"ל לישב דבאמת אחרי כל הקילוס שקלס הש"ך לפי' הזה אין לו מובן בעצמותו דבממ"נ כיון דכללא היא בכדי חובו נוטל ואין משגיח אם הוא שבח ואין נותן הוצאה כלל ויותר מחובו אינו נוטל בשום פנים והוא ללוקח וא"כ מה ראה הברייתא בזה לומר בזה אופן ולצמצם המדה בזה שהיה דרך משל חובו ק"י זהובים והקרקע השביח עד ששוה ק"כ זהובים והוצאה יו"ד זהובים נוטל ק"י זהובים ויו"ד זהובים נשארים ללוקח להוצאות הא אילו היה הוצאות י"ב זהובים היה לוקח מפסיד ב' זהובים דאין משלם

מחובו הוצאות ואלו היה הוצאות רק ח' זהובים מ"מ היה ללוקח אלו יו"ד זהובים דאין המלוה נוטל יותר מכפי חובו וא"כ הוצאה מה עבידתא בקצור אין המלוה נוטל יותר מכדי חובו והנשאר ללוקח יהיה הוצאה או שבחו רש"י הרגיש בזה וכתב דקמ"ל דאם הוצאות יתרים על שבח דאינו נוטל רק שיעור שבח וגם זה אינו מובן ביותר דבממ"נ אם חובו מגיע לעולם אין נוטל הוצאות ואם כבר נפרע חובו יהיה הוצאות אלף ושבח מאה מ"מ כיון שמגיע לו כדי חובו הנשאר ללוקח וצ"ע. ובאמת בראי"ש לא נזכר זה התי' דבשביל הוצאות יתרים על שבח נקט ליה ודוחק לומר דגוף הדין קמ"ל דאין לו רק כשיעור שבח ואף דאין נ"מ לגבי מלוה מ"מ נ"מ לגבי מוכר דזה דוחק דברייתא הכל מן ב"ח איירי ולא מן המוכר כלל. לכן היה נראה דס"ל לרא"ש דלכך נקט בברייתא דנוטל הוצאות ולא סתם בתורת שבח העודף על חובו של מלוה דיש נ"מ דודאי אם עודף על חובו א"כ כשחוזר הלוקח על משועבדים בקרן שלו יאמרו הנחנו לך מקום זה יו"ד זהובים דעודפין הנ"ל הם משועבדים לחובך כמו שהיה משועבדים למלוה אלו היה חובו יותר מק"י זהובים. ומה חזית דאתה לוקח אותן לשבחך גבה מהם קרנך דחל שעבודו עליהם (ולא ס"ל לרא"ש הך סברא שכתבתי לעיל בס"ק ז' רק סובר באמת דמנכה מן קרן) . אבל כשנוטל היו"ד זהובים בתורת הוצאות בזו אין הלקוחות מנכים לו היו"ד זהובים בשביל חובו רק הם לו לפרעון הוצאות שהוציא וגובה קרנו במשלם מן לקוחת וזהו מאמר הברייתא דלוקח נוטל הוצאות ולא בתורת שבח וכדומה ולכך אם הוצאות יתרין על שבח אף דיש עודף בשדה יותר מכדי שגבה המלוה כשיעור ההוצאות ההמה ואין למלוה בו מ"מ הוא א"י לחשוב בתורת הוצאה רק כשיעור שבח ואידך מנכה לו מקרנו וא"ש וזה ברור ונכון בסברא למאוד. רק הא גופיה קשיא דמה בכך דהוציא הוצאה הרי הם חוב על לוה וכאלו הלוה לו וחובו של דמי זבינא משדה מוקדם וא"כ עדיין יטענו לקוחות מה חזית דלוקח השדה הנשאר בפרעון הוצאה טול אותו בפרעון הקרן המוקדם רק הוא נחית ברשות של הלקוחת כי זהו טובתם להשביח השדה כדי שיהיה לפרעון הב"ח ולא יהיה השדה פחות מחובו כשאין מוציאין עליו הוצואות וא"כ אם לא ימצא המלוה כדי חובו יחזור עליהם וא"כ זהו טובתם וברשות נחית דהא איירי דמסיק שיעור קרקע ושבח יתר על הוצאה וברשות נחית לטובת הלקוחת כדי שיהיה המלוה יגבה חובו במלואו ולא יחזור עליהם ולכך שורת הדין דגובה תחילה מן שדה המשואר הוצאותיה ולא יכולים לטעון גבה אותו לקרנך והוצאות יהיה נשארים מעל. אך זהו לס"ד אבל למסקנא דמוקי ליה באפותקי א"כ הקושיא במקומו יטענו גבה המושאר לקרנך כי לא ירדה ברשות בשביל הוצאה כי אלו היה קרקע שוה מעט או הרבה לא היה

המלוה יכול לבוא אצלינו כלל וא"כ מה רווח יש לנו שהמלוה גבה השדה ושבח יתר על הוצאה ואף הוצאה מה הרווח לנו. בשלמא בס"ד היה רווח בשבח היתר על הוצאה דגבה המלוה ולא היה חוזר עליהם. ולכך במסקנא צ"ל כתי' התוס' והרי"ף דבאפותקי שורת הדין ליטול יותר מכדי חובו דקרקע שלו השביח. ודברי הרא"ש ברורים. ודברים אלו המה כפתור ופרח אלא שצריך לומר דהרא"ש לא ס"ל כמש"ל בדברי רמב"ם דלא מנכה חצי שבח בקרן כלל:

ובאמת לולי כל הנ"ל נראה דבלא"ה הדבר קצת מוכרח דבממ"נ הקרקע היה שוה מנה ועלו בו אילנות או הוסיף שרטון בהוצאות עד שהושבח ונעשית מאתים מה אתה דן בו באפותקי אם אתה אומר למפרע הוא כשלו וקרקע שלו הושבח הגדיל ועשה פרי א"כ אף במסיק שיעור ארעא מנה לבד יגבה הכל כמ"ש באמת המחברים דקרקע שלו הושבח. ואם אתה אומר לא כן אין זה קרקע שלו דאין לו רק משעת גביה וא"כ ברשות המוכר ולוקח הושבח א"כ אף במסיק שיעור ארעא ושבחה דהלוה ר' זוז מ"מ איך גבה שבח הא ה"ל כשדה אחרת הך שבח וכך דנין אותו כאלו קנאו מוכר ומכרה ללוקח ופנים חדשות יש כאן וא"כ איך יגבה בחובו הא כתב ליה אין לך פרעון אלא מזה והך שבח ה"ל כשדה אחרת שקנאה המוכר אח"כ והגע עצמך אלו שעבד לו שדה ואמר לא יהיה לך פרעון אלא מזה והיה בתוך השדה אילנות שהיה שייכים לאחר וחזר אח"כ הלוה וקנאם וכי יש למלוה שעבוד עליהם הלא התנה עמו שלא יהיה לו פרעון זולת השדה ששעבד לו. ומה לי שקנאה או שהשביחן הלוקח דה"ל כקנאם המוכר. ועוד אם אין אתה אומר קרקע שלי השביח אף בעל אפותקי אין יכול לגבות שבח רק בדכתב לו דאקני וכ"כ הש"ך בס"ק כ"ב ואני תמה באפותקי איך שייך דאקני הא אמר לא יהיה לך פרעון אלא מזו ואיך שייך שעבוד דאקני ודוחק לומר דכתב ליה שעבוד לכל המושבח בשדה ההוא כתיבה זו לא שמענו ולא ראינו וראה דבר חדש הוא זה וסתמא דמילתא לא יצוייר באפותקי דאקני דהא סילק כל שעבודא ועיין מש"ל ס"ק א' ולא השאיר לו שעבוד או פרעון רק שדה ההוא ודברי הש"ך בזה תמוהים דיחס דאקני לאפותקי ואמת ברז"ה משמע כן לכאורה אך יותר יש לדחוק בדבריו משנימא באפותיקי דאקני ולכן צדקו דברי הרא"ש דבס"ד באמת היינו אומרים דאפותקי לית ליה כלל בשבח דל"ל דאקני כלל ואינו שדה זו והשבח כשדה אחרת דמי. ולכך במסקנא דמוקי הגמרא באפותקי ומ"מ גובה שבח אין לנו לומר רק דקרקע שלו השביח ולכך אין צריך דאקני ולא הוה כשדה אחרת וא"כ אף הדין ליטול יותר מכפי חובו כי קרקע שלו השביח. ולדעת החולקים צריך לומר דאומדן דעת הוא בשעת שעבוד דלענין זה דלא יצטרך דאקני ולא יהיה כקרקע

אחרת ה"ל כקרקעו השביח אבל לא שיהיה נוטל יותר ממה שהלוה ומרוויח בשל חבירו וזה דוחק. והנה הש"ך טען בתוס' דכתבו בס"ד תיכף ה"ל להקשות אי מסיק שיעור ארעא לחוד איך יטול שבח היותר על הוצאה אלא דבלא"ה פריך שפיר ותמה הש"ך הקושיא הוא הניחא וא"כ לחד מ"ד א"ש וזהו הקושיא איך יטול יותר מכדי חובו הוא לכ"ע כבר קדמהו מחברים רבים בקושיא זו עיין בספר אסיפת זקנים. ומה שנראה הוא דכל המחברים והש"ך גופיה טענו על אפותקי דנוטל יותר מכדי חובו בטענת קרקע שלו השביח וכי למפרע גובה הרי מודים אלו למפרע גובה שפיר יכול לטעון קרקע שלי השביח ולפי זה לאביי דס"ל בפסחים ב"ח למפרע גובה ורשות ביד המלוה להקדישו מה שלדידן בעל אפותקי אין רשות בידו א"כ פשיטא דעדיף מאפותקי ויכול לטעון קרקע שלי השביח וא"ש דנוטל יותר מחובו כיון דלא פריק למפרע ברשותו קאי רק קשה ה"ל לגמרא להקשות הניחא לאביי אלא לרבא דס"ל מכאן ולהבא גובה מה א"ל וע"ז שפיר כתבו התוס' דבלא"ה פריך שפיר ג"כ הניחא וכו' והך הניחא יותר קשה דתוס' ס"ל דהך פלוגתא אי מצי מסלק בזוזי הוא רמב"ח ורבא בפ' מי שהיה ואביי גופיה ס"ל שם בכתובות כרבא דמצי מסלק וא"כ הקושיא יותר חזקה אפילו לאביי מי ניחא וא"ש ודוק כי זה ברור ולדעת המפורשים ברש"י דמסיק ביה שיעור קרקע ושבח היותר על הוצאה ולא הוצאה הייתי אומר מה דקשיא למה נקט הוצאה וכמש"ל וכמ"ש הרמב"ן במלחמותיו הייתי אומר כך דרך משל השבח הוא שלשים והוצאה הוא יו"ד והמלוה נוטל עשרים ומניח עשרה היה אפשר ללוקח לומר זה שהניח לי הוא לפרעון מקצת שבחי וא"כ נשאר לי המוכר חייב י' זוז לשבח ויו"ד זוז להוצאות וא"כ כשבא לטרוף מב"ח עם שאר ב"ח של המוכר ובב"ח אין דין קדימה ונוטלים לפי חובות כדלעיל סי' ק"ד וא"כ הוא מטל שני חלקים חלק אחד בעד חובו הוצאות וחלק אחד בעד חובו השבח כי לא באו שני חובות כאחד ועיין לעיל סימן ק"ד ולכך קמ"ל דכל הנשאר הוא ראשון ראשון לפרעון הוצאות ואין לו ללוקח לחשבו בפרעון השבח וא"כ אין לו תביעה רק מחמת עשרים זוז שבח ואין לו רק חלק אחד כי חולקין לפי חובות ודוק כי כל זה דוחק והנכון כדברי תוס' ומחברים ודוק:

יז **הוצאותיו** הש"ך הזכיר בכאן דברי רמב"ם שכתב בפ' כ"א מהל' מלוה דין ו' וז"ל היה שדהו אפותקי ב"ח נוטל כולה ורואין חצי שבח הנשאר ללוקח אם היה חצי שבח יתר על הוצאה נוטל הוצאה מב"ח שהרי אומר לו ב"ח שדי שהוא השביחה והנשאר לו מן שבח נוטל מן המוכר ואם היה חצי שבח פחות מהוצאה אין לו מן הטורף אלא חצי שבח וחוזר וגובה מהמוכר חצי שבח שנטרף בלבד עכ"ל והש"ך דחהו בשני ידים וכתב שהם

תמוהים ואני לא הבנתי מה זרות יש בו רק לבסוף יש להגיה תיבה אחת והוא דרמב"ם ס"ל כשיטת התוס' במסיק שיעור ארעא ושבחה אפילו אפותקי אין נותן הוצאות והטעם משום דכי גרוע גרע משארי ב"ח. אך ס"ל לרמב"ם הקושיא מש"ל מה גרעון יש כאן כל ב"ח נוטלים חצי שבח והוא נוטל כל שבח ויבא הלוקח ויטעון בממ"נ אם קרקע שלך השביח החזר לי הוצאותי ואם אתה נשאר ב"ח טול רק חצי שבח ולמה תטול כל שבח ולא תתן לי ההוצאה ולזה ס"ל לרמב"ם דהברירה ביד המלוה אם רואה דחצי שבח עודף על הוצאה נוטל כל שבח דיאמר אפותקי אני וקרקע שלי השביח ולעומת זה משלם הוצאה אבל אם הוצאה עודף יאמר וכי אגרע משאר ב"ח איני נוטל רק חצי שבח ולא אשלם הוצאה. וזה דבריו דנוטל כל שבח רק יש בידו הברירה וכו' ודברים פשוטים הם רק לבסוף שסיים וחוזר וגובה מהמוכר חצי שבח ה"ל למימר גם הוצאות. וזה יש ליישבו דזה סמך אדלעיל דפשיטא הוא וגם אפשר דט"ס הוא ויש להוסיף הוצאות וחצי שבח ומשום הא לא איריא לדחות כל דברי הרמב"ם שהם אמורים בגדר השכל וכל מפורשיו שתמהו עליו הוא שהיה להם גירסא ברמב"ם דס"ל כדעת רבותיו דלעולם משלם הוצאות אבל לפי עדות של הש"ך דרמב"ם ס"ל כרי"ף דברי הרמב"ם נכונים וצ"ע לדינא כי דברי התוס' וכי מגרע גרע צ"ע וכבר כתבתי כמה ישובים בזה ובלא"ה הרבה מחברים דלעולם צריך לשלם הוצאה וא"כ יש ליישב בדין זה וצ"ע:

יח **אבל מקבל מתנה** הרא"ש נתן טעם דלכך יפה כחו במתנה שכן מצינו בבור ודות וכו' והק' הש"ך דאין ענין לכאן כלל דכאן הטעם הואיל ואין בידו לחזור דלית ליה אחריות ולכך אינו טורף ולא היה למראה עיני הכהן דברי ריטב"א הובא בספר אסיפת זקנים דהקשה בשאלת הגמרא וכי יפה כח מתנה מכח מכר הלא אין זה מתורת יפוי כח אלא זה קיבל על עצמו וזה לא קיבל ותירץ דכיון דחזינן דעת המוכר כן אפילו במוכר שדהו דודאי מפני דוחקו מכ"ש שיש לנו לומר כך היה דעתו של נותן במתנה ברצון מוחלט. ועל תנאי זה היה ואע"פ שלא פירש יהיה כאלו פירש ועל זה השיב כיון דמצינו דיפה כחו של מתנה בעלמא אף במתנה אמרינן דלא על תנאי זה נתן לו עיין שם וכך כתב באסיפת זקנים בשם הראב"ד והן הן דברי הרא"ש ז"ל ולק"מ:

יט **ויש אומרים דאפילו בשבח ממילא לא טריף וכו'** והרב הש"ך בס"ק ל' האריך להכריע כדעת הרמב"ן דכל המו"מ בגמרא וההבדל בין מכר למתנה הוא על הוצאות אם יהיב ליה הטורף אבל שבח העודף על הוצאה פשיטא דאית ליה וגבי מן מקבל מתנה דהא אית ליה דאקני ולא איש דברים אנכי ח"ו להרים ראש נגד דברי רבינו הגדול הרמב"ן ולומר דשמועותיו דחוקים אבל האמת עד לעצמו ובפרט כי רבו החולקים הרמב"ם

ותוספת ורא"ש ותמהני מהש"ך איך עמד להכריע במקום גדולים. ובאמת הך קושיא דהא דמייתי סייעתא לשמואל מברייתא דטורף שבח ע"כ לשיטתו הפירוש הואיל וקתני סתמא משמע בלי הוצאה. א"כ איך מוקי ליה ר"ה בלוקח מגזלן עדיין קשה הא נגזל משלם הוצאה. קושיא גדולה ונבוכו בו נושאי כליו לפרשו והתירוץ היותר נכון הוא דרב הונא מוקי ליה כר"מ דקניס ולדבריהם צריך לומר דמיירי במזיד דהא מסקנא בב"ק לא קניס ר"מ שוגג אטו מזיד וצריך לומר דאף דידע דאינו שלו מכל מקום בקיבל אחריות שבח יש לו והך גופיה לקמן סימן שע"ג ס"א במחלוקת שנויה ולדעת הטור והרא"ש לא מהני ביה קיבל אחריות ומכל מקום אין לו שבח והדוחק מבואר. וא"כ איך אפשר להכריע בזה נגד רוב גדולי מחברים ומה שטען הש"ך הא דאקני משתעבד וא"כ מה צורך לנתינת טעם של תדע ולמה במתנה לא יגבה שבחה דהא יש לו לב"ח דאקני כבר קדמוהו מחברים רבים בזה הלא בספרתם וביחוד בספר אסיפת זקנים לב"מ עיין שם:

ובאמת ברוחי עלה דודאי לר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וא"כ מדינא משתעבד ובפרט שבחה דממילא דהוי פירות דקל ועבידי דאתו יפה הקשה הש"ך וסייעתו למה לא יגבה שעבודו אבל לרבנן דסבירא ליה מדינא לא משתעבד כלל דהוי דשלב"ל רק מכח נעילת דלת תקנו כמ"ש רשב"ם יאמרו נא מה נעילת דלת יש לגבי מלוה ליקח שבח אשר לא עמל בו המוכר כלל והלוקח השביחו ומה אית ליה למוכר גביה וכמ"ש כל המחברים אדרבא לגבי מלוה ליכא נעילת דלת ואיפכא איכא נעילת דלת בפני לוקחים כי מי יקח וטרח והוא יוציא הוצאות וזרים יאכלוהו וא"כ שפיר י"ל דלא תקנו בזה ולכך נתן הגמרא טעם תדע שכך כותב לו מתחלה ונתרצה לכך ואדעתא דהכי קבלו אבל במקום דאין לו לחזור לא תקנו חכמים להפסדו של שני כיון דליכא גביה נעילת דלת כלל. והרווחנו בזה מש"ל בחד תי' בתוס' דא"א לומר דכתב ליה משום נגזל דא"כ למה כתב עמליהן דקשי' בס"ד בב"ק דס"ל לר"מ קנסו שוגג אטו מזיד וליכא הוצאות א"כ הקו' במקומו דהא שם מבואר בר"מ חמשה גובין ממחוררים וחדא מינייהו שבח ועיין מש"ל דס"ל לתוס' לחלק בין שוגג לשוגג ולפמ"ש בזה אין צריך לזה דלר"מ באמת א"צ להך סברא שכך כותב לו ובלא"ה מדינא גביה אך לפי זה מה כל החרדה שחרדו התוס' דבפ' המקבל יתומים אמרו אנו השבחנו וכו' משמע דאין גובה משבח יתומים ואלו במשנה דבכורות דאמרו על בנות במזונות דקאי לגבות מנכסי יתומים מקולי כתובה משמע דשאר ב"ח גובה ובזה נכנסו לדינים רבים. ולפי הנ"ל ל"ק דלדידן דקי"ל כרבנן וכל שעבוד דאקני משום נעילת דלת ואין זה נעילת דלת ליטול מה שיתומים השביחו לאחר מיתת הלוה ומה בעי מלוה גביה ופשוט אבל משנה שם אתיא כר"מ ומדינא יש לו

שעבוד על נכסים ולכך אף מיתומים גובה דיש לו שעבוד על נכסים וקרקע שלו השביח. וכמ"ש הש"ך בס"ק כ"ט באריכות ואין לומר דזהו דוחק לתוספת לומר משנה כר"מ דהא לשמואל דמבעיא אי דאקנה קנה ומשתעבד ע"כ צריך לומר כן דקשה לפשוט דקתני ואין האשה נוטלת בראוי מה איריא ראוי דנפלו נכסים לאחר מיתה אפילו בחייו כיון שנפלו לאחר החוב הא דאקני הוא וליכא למימר כשהוא ביד יורש אין צריך לדאקני דהך מילתא לשמואל ליתא דסבירא ליה מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים וכי ליכא דאקני דמשתעבד ה"ל מלוה ע"פ כמבואר שם בגמרא ועכצ"ל ר"מ היא וזה תירוץ מרווח ביותר ואפשר דקשיא איך אפשר דמשנה כר"מ הא אמרי' במשנה דבכור אינו נוטל בשבח אפילו שלופחי והוי תמרי רבנן החולקים ארבי ובב"ב דף קכ"ד אמרינן דטעמא דרבנן החולקים דמתנה קריה רחמנא מה מתנה עד דמטי לידיה ופי' הרשב"ם דאין אדם מקנה דבר שלב"ל וא"כ לר"מ ליכא למימר כך וא"כ ודאי בכור נוטל בשבח כרבי וא"כ א"א לומר משנה ר"מ היא רק א"כ הך דלעיל קשיא ולכן יותר נראה דהך פירשב"ם מתנה דאתא לידיה דאין נותן דבר שלא בא לעולם לאו דוקא רק הכוונה דלא נגמר המתנה עד בא לידו דהרי יכול לחזור בו קודם ואינו מתנה חלוטה. דאל"כ מה פריך הגמרא ורבי וכו' הא רבי סבירא ליה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמבואר בגמרא דיבמות דף צ"ג ע"ש ואלא ודאי משום הא לא איריא כמ"ש דלא נגמר מתנה עד אתו לידיה וא"כ שפיר אתיא כר"מ ומדלא הזכירו תוס' כן נראה דל סבירא לי' לעשות מחלוקת חדש בין תנאי לר"מ ורבנן בשבח דמתנה וכדומה אבל מכל מקום הך קושיא דדאקני לאו קושיא דמה ענין לדאקני וכי היה מעולם ברשות מוכר אין לך ראוי יותר מזה וכמ"ש גבי בכור דה"ל ראוי וכי יכול לשעבד ראוי אף זהו א"י לשעבד ומה גם מה אית ליה גבי לוקח שהוא השביח וחז"ל עשהו כאלו הגיע ליד מוכר וחזר ומכרה וכמ"ש כל מחברים עיין בא"ז והדברים עתיקים. איברא מה שטען הרמב"ן וכן הש"ך בגמרא דפריך מברייתא דקתני נוטל שבח והטורף משלם הוצאות והא שמואל במה מוקי ליה דשמע זולת שמואל הוה ניחא ולדעת הפוסקים בלי שמואל אין ב"ח גובה שבח כלל וא"כ פשיטא דקשיא מברייתא דקתני עכ"פ דנוטל שבח היתר על הוצאה. מלבד די"ל דזולת שמואל ה"א דמיירי בלוקח מגזלן ולכך לשמואל לחוד קשיא דס"ל דלוקח מגזלן לית ליה שבחא. אף גם לא מבעיא לדעת הרא"ש וטור דס"ל באפותקי במסיק שיעור ארעא ושבחה גובה בלי הוצאות דכי מגרע גרע משארי ב"ח א"כ פשיטא לולי שמואל ה"א דאיירי באפותקי ולכ"ע גובה שבח ומ"מ נותן הוצאה דלא שייך מגרע גרע דהא זולת אפותקי אינו נוטל שבח כלל ואם כן די באפותקי דיטול וישלם הוצאה אבל לשמואל דס"ל ב"ח דעלמא נוטל בלי הוצאה א"כ

אף אפותקי כן דהא לא מגרע גרע ושפיר קשה במה מוקי ליה ומשני בלי מסיק שיעור שבחא ונוטל יותר מכפי חובו הואיל והוי אפותקי רק משלם הוצאות וא"ש אף גם לדעת התוס' שם ד"ה כגון דסבירא ליה דמ"מ משלם הוצאות נראה דלכאורה קשה א"כ מנלן לתוס' לומר בד"ה הא דלא וכו' דאפותקי שלא מסיק שיעור שבחה דמ"מ נוטל הכל שהוא דבר זר לכאורה כמש"ל הא אין צריך לכך נשיטתם די"ל במסקנא אוקמינן במסיק שיעור קרקע ושבח ומ"מ משלם הוצאות לדעתם ואי דלא קאמר הגמרא אלא אין זה דיוק כ"כ לחדש דין כזה לשלם יותר מכדי חובו. ולכן נראה דודאי קושית התוס' וכי מגרע גרע היכן אזל רק י"ל כך הדין באפותקי אלו היה השבח יותר מכדי חובו לאלפים היה נוטל הכל משום דהיה טוען קרקע שלי השביח אף לעומת זה באין השבח מגיע רק כדי חובו מ"מ יש לו לשלם הוצאות כיון דהוא קרקע שלו וכך שורת הדין וכי את הטוב יקבל ואת הרע לא יקבל השוו חז"ל מדתם שיהיה אפותקי נדון כשלו. ולכך משלם הוצאה ונוטל כל שבח אפילו לאלפים. וא"כ א"ש אילו לא הוה פסקו התוספת הך דינא דנוטל כל שבח אפילו יותר מכדי חובו אף זהו הדין דמשלם הוצאות במסיק שיעור ארעא ושבחה לא המ"ל דודאי קשה גרוע גרעיה דהא אם יהיה שבח יותר באמת לא יטול וחדא בחברתא מישך שייכי ודוק כי זה ברור וא"כ בס"ד דלא ידע דנוטל יותר מכדי חובו א"כ לכ"ע לשמואל במסיק כדי קרקע ושבח אין משלם הוצאות דמגרע גרע כו' וקו' הגמרא שפיר לשמואל במה מוקים דל"ל באפותקי וא"ש ודוק:

כ **שאין לו אחריות** והא דלא משני כך הגמרא בהמקבל דפריד על שמואל דאמר ב"ח ללוקח שמין השבח והא אמר שמואל ב"ח גובה שבח דלמא מיירי בלוקח שלא באחריות דא"כ למה נקט לוקח ה"ל ב"ח למקבל מתנה דהוי פסיקא ליה א"ו בסתם לוקח איירי דלוקח באחריות ופשוט:

כא **וכן יתומים וכו'** הרב הש"ך חוזר לדבריו לאזור חיילם כהרמב"ן דכל שבח היתר על הוצאה גובה הן מן מקבל מתנה והן מן יתומים וכתב תי' בהך קושית התוס' דבפ' המקבל אמרינן יתומים אומרי' אנו השבחנו וכו' דמשמע דאין ב"ח נוטל שבח של יתומים ובבכורות דתני אין האשה נוטלת שבח הן שבח ממילא והן מחמת הוצאה פריך גמרא והא אמר שמואל ב"ח נוטל שבח ומשני מקולי כתובה ובנות במזונות נמי לא שקלי דתנאי כתובה ככתובה ומזה משמע דלולי כתובה שארי ב"ח נוטלים וכתב הש"ך דמשמיא הניחו לו מקום להתגדר ואני לא הבנתי תי' שלו דביקש להוסיף על דברי הרמב"ן במלחמותיו ובאמת לענ"ד גרע דהרמב"ן לפי דעתו דכל ענין דשמואל ב"ח גובה שבח היינו דאין משלם הוצאה אבל שבח יותר על הוצאה בלי שמואל ידעינן דב"ח

נוטלו ולכך קשיא ליה הא דפריך בבכורות והאמר שמואל ב"ח גובה שבח על מה פריך על יתומים בממ"נ ההוצאה באמת כל ב"ח צריך ליתן ליתומים ושבח העודף מה איריא שמואל אפילו בלי שמואל נמי שקיל ומה שאיטיה דשמואל הכא ולכך מפרש הרמב"ן דעדיפי פריך דמשנה מירי אשה בכתובה אפילו מלוקח ושם קאמר שמואל דב"ח טורף ואפילו הוצאה לא שקיל לוקח וכאן אמרינן דאינו נוטל כלל. ועל זה משני הגמרא מקולי כתובה דאשה אין נוטלת כלל הן מלוקח והן מיורשים וכן בנות אין נוטלות מיתומים אפילו העודף על הוצאה דב"ח אחר שקיל ואלו הן דברי הרמב"ן ונכונים הם לשיטתו אמנם הרב הש"ך כתב דשמואל אף זה קמ"ל דשבח העודף על הוצאה ב"ח גובה דיכול לשעבד דשלב"ל וגם דאין ללוקח הוצאה וא"כ קושית הגמרא בבכורות מן יתומים דלא שקלי האשה ובנות כלל אפילו שבח העודף למה ולולי שמואל היינו אומרים דלא משתעבד דבר שלא בא לעולם ולכך קשיא ליה לגמרא מן שמואל דקמ"ל דמשעבד דבר שלב"ל ומשני מקולי כתובה שנו כאן. זה תמצית דבריו. אף כי האריך:

ובאמת דבריו אינו מובנים לי כלל חדא דכל עוצם ראיית הרמב"ן לפירושו הוא מהא דאמרינן על ברייתא דנוטל שבח ומשלם הוצאה והאי שמואל במה מוקים ליה דמשמע לולי שמואל שפיר יתכן הברייתא ולפי דעת שאר מחברים בלי שמואל הקושיא יותר חזק דלית ליה לב"ח שבח כלל וכמש"ל ומזה הוליד דין שלו דאף בלי שמואל לא היה ספק בשבח העודף על הוצאה ולדברי הש"ך דשמואל חידש לנו דיכול לשעבד דלשב"ל ולולי דבריו אף שבח העודף א"י לשעבד א"כ עדיין הקושיא במקומו מה פריך הך ברייתא לשמואל במה מוקי ליה הא בלי שמואל יותר קשה וכשל עוזר ונפל עזר. שנית מה צורך שם ראיה לשמואל דמשעבד דשלב"ל הא מגופיה דמשנה נלמוד דקתני אין האשה נוטלת בראוי אפילו נכסי אבוה דאבוה תיפוק ליה דהו"ל דשלב"ל ומה איריא דנפלו לו בירושה לאחר מותו הא אפילו בחייו אינו גובה וכמש"ל וע"כ מוכח דמשנה ס"ל משעבד דשלב"ל רק י"ל כמש"ל ר"מ היא עכ"פ מוכח דמשנה ס"ל משעבד דבר שלב"ל ומה קשיא ליה משמואל וזה פשוט. ושלישית בממ"נ מה סבר הש"ך אי הך שבח שהשביחו יתומים לאחר מיתת אביהן ה"ל כאלו הגיע לידי אביהם והם ירשו כמ"ש גבי לוקח ומוכר א"כ אף דלא משעבד דבר שלא ב"ל מה בכך הא קי"ל כדעת הפוסקים והש"ך הסכים ביותר דקנה והוריש גובה מיתומים וא"צ דאקני כלל הרי אע"ג דלא שעבד כלל מ"מ ב"ח גובה וא"כ מה ענין זה לדבר שלב"ל אי יכול לשעבד או לא ואי לא ס"ל דהוי כאלו הגיע ליד האב א"כ אף דכתב דאקני ושעבודא חל מה לו לשעבד דבר שאינו שלו ודבר של בניו בשלו רשאי ולא בשל בניו. וכן הדבר מוכרח דמה חרדה של תו' מהא דלקמן במקבל

יתומים אומרים אנו השבחנו וב"ח אומר אביכם השביח דמוכח משם דאין נוטל ב"ח בשבח של יתומים נימא דשם איירי דלא כתב ליה לב"ח דאקני ומ"מ אלו האב השביח הא ה"ל קנה והוריש א"צ דאקני אבל אם יתומים השביחו צריך דאקני והא לית ליה אלא ע"כ צ"ל דגם בזה א"צ דאקני וכמ"ש או דאין מועיל או דא"צ כלל. דאף כפי שהביאו דברי הרמב"ן בס' א"ז בעי דאקני היינו דאזיל לשיטתו דס"ל בכל קנה והוריש בעי דאקני כדלעיל בסימן קי"א אבל לא קי"ל כן וא"כ ליתא זה בממ"נ ולכן אין לדבריו מובן לענ"ד הקלושה. ומש"ה שפיר קאמר הרמב"ן בתי' ולדינא חזרנו להנ"ל דרוב פוסקים חולקים ארמב"ן והכי קי"ל. והנה הרב הש"ך הוליד תולדה ודין חדש הואיל ואמרו שם לגבי כתובה מקולי כתובה מבלי לגבות שבח אף דיש לה דאקני ש"מ דהקלו בכתובה שעבוד דאקני לא יהיה מהני כלל וא"כ נשא אשה וכתב לה דאקני וקנה ומכר אין אשה גובה ממנו כתובתה והודה כי מדברי הרי"ף והרא"ש לא משמע כן מ"מ דעתו בזה מכח ראיה זו. ודבריו אינם מיוסדים על אדני האמת והדין חדא דלפי דעת הרבה מחברים הא שבחא דממילא גובה אפילו בלי דאקני כלל ושם אמרינן דאפילו שבחא דממילא לא גבי' וא"כ ש"מ דאין הטעם משום דאין דאקני מועיל. ואולי יאמר הש"ך מכח כ"ש כיון דשבחא ממילא דבעלמא א"צ דאקני הקלו בה מבלי ליטול מכ"ש לענין דאקני דלא יועיל אך אין זה ענין וכי נדמה הקולות שהקלו בכתובה מה דאתמר אתמר ומה דלא אתמר לא אתמר כלל. ועוד שנית הוא בגמרא דב"ב דף קנ"ז הנ"ל דבעינן לפשוט דדאקני מהני מהך דנפל בית עליו וכו' ומשני ר"מ היא דס"ל אדם משעבד דשלב"ל וקשה עדיין איך מיושב הא במשנה קתני והיה עליו ב"ח וכתובות אשה כתובות אשה מם קטען לו יהיה דאב מת ראשון דאקני הוא ולא משתעבד לשמואל דס"ל מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים כקושית הגמ' שם. ואם יאמר הש"ך לר"מ דשעבודא דאורייתא ודאי דאין לחלק בין כתובות אשה לב"ח דמי יפקיע שעבוד דאורייתא אבל לרבנן דמשתעבד דאקני מדרבנן משום נעילת דלת זהו לא שייך בכתובה דיותר משאיש רוצה להנשא כו' וא"כ באמת בס"ד אף לכתובה קשה ובתי' דמשני ר"מ היא אף הך דכתובה מיושב גם זו אינו טענה דהא בררנו לעיל דהך משנה דבכורות נאמר ג"כ לשמואל ר"מ היא ועדיין קשה למה הקלו בשבח הא דאקני משתעבד ועוד בכתובות דף נ"ה קאמר רב ינאי תנאי כתובה ככתובה נ"מ לשבח ורב ינאי סבירא ליה אדם מקנה דבר שלא ב"ל יבמות דף צ"ב ודוחק לומר דרב ינאי אמר סתמא וסתם גמרא אסיק לשבח דלא קי"ל כר"מ וזהו דוחק. ועוד הא מגופיה דמשנה דבכורות מוכח דדאקני מהני כמש"ל מדקתני ראוי ש"מ הא נפל בירושה מחיי' ומת יורש צריך לשלם וקשיא לשמואל אלא ש"מ דאקני משתעבד. ולכן אין לזה

שרש. אמנם לשיטת הרא"ש דלא מחלק בין שבחא דממילא לשבח דהוצאה ובכולם בעי דאקני (דלשיטה זו קאי ג"כ הש"ך כמ"ש) וס"ל הא דפריך הגמ' הא ב"ח גובה שבח היינו מלקוחות רק תנאי כתובה ככתובה משום דהחוב אצל אחי' או לשיטת התוס' דגובין מיורשים בלא"ה יש לישב דודאי מתנאי כתובה בלא"ה ל"ק דהא לית ליה דאקני דאינו כתובים כלל וחז"ל אמרו דיהיה כתובים אצל ב"ח ואמרו דלענין שבח לא יועיל רק הקו' מכתובה דגבי מלוקח ולא שקיל שבח ובזו הקושיא למה הא יש לה דאקני ג"כ לק"מ דהא קי"ל חצי שבח משום דה"ל קנה וקנה יחלוקו והא קי"ל בגמ' דכתובות פרק הכותב וכ"כ הרי"ף והרא"ש היכי דאית דינא דיחלוקו לכושל יהיבינן ומפרשי דכתובת אשה וב"ח לב"ח יהבינן דהוא הכושל וא"כ כאן כתובת אשה וב"ח דהוא הלוקח לכושל יהבינן היינו לוקח וזהו מאמר הגמרא מקולי כתובה שנו כאן דיהבינן לכושל. ובזה היה מקום לישב דעת רמב"ן דס"ל דשמואל לא מחדש רק דמפסיד הוצאה אבל עודף אף במתנה גובה דהא אית ליה דאקני וקשה מה פריך הגמרא בכורות משמואל תיפוק ליה עודף מהוצאה לכ"ע אית ליה לב"ח וצ"ל דעדיפי פריך אבל למ"ש ניחא דזה ידע דללוקח יהבינן משום דהוא הכושל ולכך פריך ליה משמואל דס"ל דאפילו הוצאה לא שקיל וזהו לא מתורת דאקני וא"כ אף אשה ה"ל לוקח דהא אין הטעם משום דאקני רק הואיל ויש לו לחזור ומתרץ גם בזה מקולי כתובה וא"ש. ואין להקשות לפי מ"ש דזהו מקולי כתובה לכושל יהבינן תינח במהדורא בתרא דיחלוקו במהדורא קמא דס"ל לקמא משתעבד מא"ל די"ל ודאי אף במהדורא קמא י"ל טעמו למה יהבינן לקמא הא מהדר קהדר ביה וצ"ל כמש"ל דס"ל דאף בקנין מצי מהדר מ"מ בחוב לא דהוי נעילת דלת כמ"ש השך מי לוה היום משעבד ומחר חוזר וזהו בב"ח אבל באשה דלא שייך כן אף מהדורא קמא מודים דיחלוקו ודוק. אך לפי פי' זה צ"ל כדעת הפוסקים לעיל סימן ק"ד דאף דלית ליה ללוקח דאקני וב"ח דאקני מ"מ יחלוקו דאלו לקמא משתעבד עדיין קשה איך סתם דאשה אינה נוטלת הא יש מציאות דאין ללוקח דאקני ולאשה יש ודוק כי כל זה כתבתי לברורי שמעתא ולדינא אין נ"מ הדין דין אמת דאשה יש לה דאקני רק שבח הקלו:

כב

דאינו גובה ביתומים והטעם דאין להם על מי לחזור והקשה המהרש"א א"כ איך ס"ד בגמ' דאשה תגבה כתובה מן לקוחות של הבעל אע"פ שמת הבעל וע"כ לא הניח אחריות נכסים דאל"כ יאמרו הנחנו לך מקום וא"כ הלא אין בידו לחזור והרי זה דומה ליתומים ובאמת יש ליישב קושיתו די"ל דיש לו אחריות נכסים רק האשה כתבה אין

לי דין ודברים מנכסים ולא הוה אפסיד אנפשיה דדעת התוס' כתובות דף צ"ה ד"ה התם דבכתובה מציל סלוקי נפשיה ומ"מ גובה מן לוקח ראשון ולק"מ אך כבר השיג על גוף הדין הרב הש"ך דכיון דשבח נעשה בחיי' והוא סבור וקיבל לחזור על המוכר מה נ"מ בישנו למוכר נכסים או אין לו והדברים פשוטים ותמהני מרבן של ישראל ששגג ח"ו בזה ואולי כוונתו דלמא דומיא דבכור מיירי שהשביחו נכסים אחר מיתה ואף באשה איירי כך דהלוקח השביח לאחר מיתה ובזו הדין עם המהרש"א כמש"ל בשם הנ"י אך כבר כתבתי לעיל דזה היינו ראוי נמור וא"כ תרתי ל"ל כיון דקתני דאין נוטלין בראוי היינו ראוי ולק"מ:

כג **וי"א דאם לא עשהו אפותקי וכו'** הרב הש"ך ביקש להכריע כדעת מחבר דבגמ' עדיין לא אסיק אדעתא דאיירי באפותקי ומ"מ אמרינן על יתומים להביא ראיה ואין דבריו מוכרחים דכי לא ידע הגמ' המעשה הנעשה רק בהך דאמר שמואל שלשה שמין את השבח בהו לא ס"ד דאיירי באפותקי אבל במסקנא אמרינן דאף ההיא איירי באפותקי. אבל הך עובדא יתומים אומרים אנו השבחנו בזהו ליכא ס"ד דלא הוי אפותקי ומה שטען עוד הש"ך א"כ דאיירי באפותקי מה ס"ד דר"ח לסלוקי בזוזי לדרכו מהלך דחולק אמ"ש המחבר לקמן דמצי לסלק בזוזי באין אפותקי אפי' מסיק בהו שיעור קרקע ושבחא. אבל לפי דעת מחבר פה ולעיל סי' ק"ט דמצי לסלוקי א"כ קשה באמת למה אמרינן בזוזי מסלק להו ליתומים הלא הם מצי לסלוקי בזוזי ונימא ליה הב לי גריוא בקרקע ועכצ"ל דהעובדא ההוא מיירי באפותקי ומ"מ ס"ד לסלקו בזוזי ואין מקום לראיית הש"ך ובגוף קושית הש"ך איך ס"ד לסלק בארעא כיון דקרקע עשהו אפותקי אין זו קושיא דהא הך דהשביח לא עשהו אפותקי וזהו ברשות יתומים ופשוט אמנם התוס' בסוטה דף כ"ה ע"ב ד"ה ב"ה דהקשו איך אמרינן קרקע לגובריינא קאי הא קי"ל כב"ה שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ש"מ דס"ל כרמב"ם דלא איירי מן אפותקי דאל"כ אין מקום לקושיתם כי נחלקו ב"ש וב"ה בדלא שויה אפותקי. ועכ"פ משם נלמד טעמו של הרמב"ם למה ס"ל על יתומים הראיה והסמ"ע כתיב משום דאמרי כאן נמצא כאן היה וזהו נגד טעמו של הגמ' דאמרו קרקע לגובריינא קאי אמנם לפי התוס' שם ניחא דהואיל דמודים דשטר מעליא הוא ואין מחולקים בטיב השטר רק בגובריינא אף ב"ה מודים דכגבוי דמי ולכך על היתומים הראיה דהוי כגבוי דמי ודמי לאילן הואיל ומוחזק אינו נותן דמים אף כאן בעל החוב מוחזק דכגבוי דמי ודוק:

סימן קטז

א **וכן אם היה שוה אלף וכו'** הרב הש"ך וכן כה"ג יחד הביאו דברי המ"מ דכתב להדיא דאם הוזלה אין לוקח טורף רק כפי שהוזלה כי מה נ"מ שנתן דמים הרבה אז שהיה שוה הרבה אבל כעת אין שוה כ"כ. ובאמת עלה ברוחי לסייעו ממ"ש הרא"ש בפ' מי שהיה נשוי גבי הנך עובדא דתרי אפדני שכתב שם מהר"ם דאם הלוקח בא להוסיף על שומא אין שומעין לו דיאמר מה לי אם אוסיף אחזור ואגבה הכל מהמוכר וכו' וקשה הא יש כאן פסידא ללקוחת כי ד"מ קרקע נשום בת"ק ומלוה יש לו עוד חובו ר' אם זה הלוקח מוסיף ונותן ת"ר א"כ אין המלוה יכול לגבות רק ק' וגם הלוקח רק ת"ק כי זה שמוסיף הוא שבח ואין טורף משעבדי משא"כ אם לא יוסיף ויהיה הקרקע לב"ח בת"ק יגבה הוא ר' ולוקח ת"ק מן לקוחת ומפסידים מאה. וצריך לומר לכאורה סתמא אין הלוקח מוסיף על דמי זבינא ובכה"ג לא איירי רק הקרקע נשום בפחות מדמי זבינא. ועכשיו בא הלוקח להוסיף ואם כן אין פסידא ללקוחת דכל הוספה בכלל קרנו ועדיין גובה ממשעבדי ולפ"ז קשה הא אדרבא יש יותר פסידא ללקוחת כ"א לוקח קנה שדה בת"ר ונישום בת"ק א"כ בשלא יוסיף יגבה לוקח ת"ר מלקוחת כפי קרנו והב"ח ר' הנ"ח לו משא"כ אם יוסיף ק' יגבה עכ"פ המלוה רק ק'. ויש רווח ללקוחת וגם ללוה עצמו וצ"ל כדעת המ"מ דבהוזלה אין ללוקח רק כפי שומת הב"ד וא"כ אין משגיחין בתוספת שלו. אמנם אמת כי דוחק דהר"ם לא יאמר דינו רק בהך גוונא ולא ה"ל לסתום כ"א לבאר. ולכן נראה דס"ל כתי' תוס' דנכסים משועבדים איך משכחת לי' יאמרו הנחנו לך מקום ונכסים במד"ה לא שכיח ולא כתב לי' דאקני ג"כ ל"ש דדאקני ט"ס הוא ואי אתה מוצא נכסים משועבדים רק באפותקי כמ"ש התום' אבל לא זולת ומהר"ם איירי בלי אפותקי וא"כ תו ליכא חשש לנכסי משועבדים דליתנהו. אך מ"מ הנ"ל מוכרח דאיך סתם ולא פירש אם השומא הוא בפחות מדמי המכירה דשומעין להוסיף דנא יהיה נפסד הלוה כפלים כמש"ל דמלו' יגבה הנשאר מן ת"ק והלוקח יגבה כפי מקחו הראשון משא"כ אם יוסיף יגבה המלוה בפחות ועכצ"ל כדעת המ"מ כמ"ש והדברים מוכרחים. אמנם לפי דעת התוס' כתובות דף נו"ן ד"ה מאי עליה וכו דהעלו אע"פ שקצוב למעלה כל שאין קצוב למטה ויכול להיות פחות והולך מיקרי אינו קצוב ע"ש מוכח כהטור הקשה למה גובה הלוקח קרן ממשעבדי ושבח רק מב"ח אמרינן בגיטין לחד מ"ד משום דה"ל אינו קצוב וקשה קרן שנתן הלוקח למוכר ג"כ אינו קצוב דכמו שלא נודע אם יתייקר הקרקע כן לא נודע אולי יהיה מוזל בשעת טרפא ולא יגבה כל קרנו והרי זה אינו קצוב דמ"ש ואם כי קצוב שלא יכול לתבוע יותר מקרנו למטה אין קצבה אולי תוזל ושערי

מקחים משתנים מיום ליום ועכצ"ל דמה בכד אף דהוזלה מ"מ גובה קרנו במלואו וא"כ הרי זה קצוב לגמרי מעלה ומטה ודברי טור מוכרחים אך זה גופיה במחלוקת הפוסקים שנוי. ולכן דין זה צל"ע ועכ"פ קשה על הטור והמחבר שסתמו לעיל סימן קי"ד הך דינא דמהר"ם דאה מוסיף לוקח בשומא ואין כל החוב נפרע דאין שומעין דלשיטתם ה"ל לבאר דאם השומא בפחות ממקח הראשון דשומעין לו דהוא רווחא ללוה שבשבילו נעשית שומא ודוק וצ"ע:

ב **או שהיה שוה אלף ומכרה בת"ק וכו'** נראה דעכשיו בשעת גבייי' ג"כ שוה אלף אבל אם עכשיו הוזלה ואין שוה רק ת"ק ודאי אף הטור דחולק אמ"מ וס"ל דלא משגיחין בהוזלה היינו אם לקחה באלף אבל זה שלקחה בת"ק ועכשיו אינו שוה יותר לכ"ע לית ליה רק ת"ק ובהכי ניחא תשובת הגאונים סי' ק"ס בראובן שחייב לשמעין אלף והיה לראובן שני אפדנות כל אחד שוה אלף ומכר אחת ללוי וא' ליהודה וכ"א בת"ק ובא שמעון וטרף אפדנ' מלוי בת"ק וכשבא לטרוף האחרת מיהודא ואמר לו יהודא אם רצונך להחזיק ראשון באלף החזק ואם לאו הא לך אלף והסתלק וכתבו הגאונים דאף דהחזיקו המלוה באלף מ"מ כותבין טרפא בת"ק לבד וזה לכאורה סותרים דברי הטור וש"ע כאן דכיון דהיה שוה אלף מה בכך דמכרה בזול בת"ק מ"מ אלף גבי' בי'. אבל לפי אמת לק"מ דהא ודאי לא גבה רק בשומת ב"ד והב"ד כדין שמו וא"כ הוזלה וא"כ כיון שלקחו בת"ק והוזלו על ת"ק לכ"ע כותבין רק ת"ק וא"ש ואין כאן סתירה כלל. ואמת כי לכאורה דברי הגאון סותרים מ"ש לעיל בסי' קי"ד הרמ"א בהג"ה ס"ג בשם ריי"ו דבשני לוקחים א"י לומר הלוקח שני טול אלף והסתלק ע"ש. ולכן הוא הדבר שכתבתי לעיל בסי' הנ"ל קודם גמר הכרזה אין הבדל דכל א' יכול להוסיף בהכרזה ובהך גוונא היה עובדא דגאונים וא"ש. ומכ"ש מוכח מתשובת הגאונים כדברי הטור דאל"כ בלא"ה אף דלקחו באלף הא הוזלה ודוק:

ג **אלא בעדים בעלמא** בגמרא דב"ב דף מ"א ע"ב אמרינן זו המוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי וכתב הרמב"ן בחדושיו פי' שטרפוהו ממנו בב"ד וקודם שיצא משם כותבין לו טרפא משעת מכר דאל"ה נטעון ללקוחת שמא פרעו מוכר ללוקח עכ"ל ולא הביאו המחבר ובאמת יש להבין בממ"נ אם חוששין לכך במוכר בשטר נמי ואי דהוי ליה למוכר ליקח שטר מכירה אף במוכר בעדים ה"ל למוכר ליקח שטר הלואה ותו לא מצי טריף כמבואר בגמרא דב"ב דף קס"ט ע"א. וכי תימא אין המוכר משגיח בכך ליקח את שטר הלואה א"כ מה פריך הגמרא בב"ב שם דניכתוב תרי שטרי מכירות על שדה אחת אפילו באחריות דל"ל דלמא טריף והדר טריף דהא קרענוהו לשטרא דמלוה ותו לא מצי

טריף דמה קושי' בפעם ראשון ילך למוכר והוא לא ישגיח ליקח שטר הלואה רק שטר מכר ויפרעו ואח"כ ילך ויגבה בשטר שני ושטר הלואה בידו ותו לא יהיה המוכר נאמן דפרע. ועכצ"ל דמשגיח המוכר ליקח שטר הלואה. וצריך לומר דבאמת כוונת הרמב"ן אם היו טורפין ממנו ב"ד בטענת גזולה. הוא דטענינן ליה דלמא פרע דאין שטר הלואה או מכר בידו אבל בנטרף ממנו מחמת הלואה מודה הרמב"ן דלא מצי טען פרוע כיון דשטר הלואה בידו ולכך לא הביאו פה הטור ומחבר דכאן איירי דטרפו ממנו בשביל חוב כמ"ש המחבר בשביל חוב של מוכר ודוק:

ד **אפילו לא פירש לו אחריות** והבעה"ת חולק וכתב ריש שער מ"ז המוכר בעדים בעי לאתנוי בהדיא לאחריות דבהא לא אמרינן אחריות ט"ס הוא כיון דלא כתב שטרא עכ"ל. וכתב הג"ת דלא מצא לו חבר ואחרי החיפוש לא מצא ראיה לדין זה. וכתב הש"ך רשב"ם ב"ב דף מ"ב דא"ר המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משעובדים כתב להדיא וקיבל עליו אחריותו עכ"ל ומצאנו לו חבר. ובאמת משום הא לא איריא חדא דהג"ת כל ענינו דפקפק בדין זה הוא מכח קושיא שלו דכיון שעבודא דאורייתא ומוכר אית להו קלא מה צורך לתנאי אחריות וזהו כל ספקו של הג"ת וא"כ אין מרשב"ם ראיה דהוא מפרש כן במילתא דרב ורב ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ואין מקום לקושית הג"ת. ושנית הוא העיקר דבהגהות הרא"ש פרק ג"פ גבי האי איתתא וכו' הביא בשם הרשב"ם ורבינו ברוך מארץ יון דלא אמרינן בשום מקח וממכר אחריות ט"ס הוא. ואם כן אין מרשב"ם ראיה כלל לחלק בין מוכר בעדים למוכר בשטר ופשוט. ומה שכתב הג"ת דחיפש ולא מצא מנלן לבעה"ת הך דינא הדבר מבואר דסבירא ליה כמ"ש התוס' ב"ב דף קמ"א עדים שעשו שליחתן וכי חוזרים ועושים שליחתן הטעם דאתי למחם מוקדם ואמרינן בב"ב דבשטר מכר דלית בהו אחריות כותבין וצ"ל כמש"ל בסימן מ"א דלא חיישינן שישקרו במזיד ויכתבו על המעשה הנעשה באמת בניסן שנעשה באדר דא"כ אף באין אחריות בשטר מכר עדיין יש לחוש שיקדימו זמן מכירה והוא פסול גמור דבין כך זבנה לאחרים והוא יטרוף אותו מזמן המוקדם ועכצ"ל דזה לא חיישינן רק חיישינן הלואה דנעשה באמת בניסן והשטר נכתב באייר דשורת הדין שאין לכתוב שטר מניסן אף דהיה אז הלואה דמ"מ הוי ליה מוקדם והם יטעו בזה ויכתבו מניסן ולכך בשטר מכר שאין בו אחריות כשר ולפי זה קשה למה שטר מכר שיש בו אחריות אסורים לכתוב ואמרינן כבר עשו שליחתן אפילו ידוע בעדים שנאבד הראשון דל"ל דלמא טריף וחוזר וטרף כמ"ש שם התוס' מה טעם יש בו ואי דיהיה השטר נכתב באייר והמכירה בניסן והם יקדימו לכתוב מיום המכירה כך יפה להם לעשות וכך הדין דהא מתחלה המכירה בעדים מתחיל

השעבוד דמוכר שדהו בעדים טורף ממשעבדי והוי ליה כמו קנין דכותבין מיום הקנין. ולכך ס"ל דבמוכר בעדים לאו ט"ס הוא וא"כ יש לחוש דפעמים דימכור בעדים בניסן ולא יתנה אחריות וא"כ אין כאן שעבוד ובאייר דכותבין שטר ובכתיבה מתחיל השעבוד דאז ט"ס הוא אם יקדימו לכתוב בניסן הרי זה מוקדם גמור ופסול והדבר מוכרח ועיין מש"ל בסימן מ"ט שכן נראה מתשובת רשב"א ע"ש ומה שהקשה הג"ת מה בכך דמכר סתם ולא פרט אחריות הא ש"ד וא"כ בלא"ה שורת הדין לגבות מלקוחת רק דאין לו קול והא במכר אית ליה קלא דמוכר בפרהסיא מכר וא"כ מה צריך תו אחריות יפה תי' הש"ך דמה חיוב יש כאן עד שנאמר ביה שעבודא דאורייתא הנא עביד אינש דזבין קרקע ליומא הוא נתן לו מעות והוא החזיקו בשדהו ומה שעבוד יש כאן אם לא דקיבל אחריות דמנפשו שעבד עצמו לשלם אם יטרפהו ממנו וע"ז אנו דנין אם אחריות ט"ס הוא או לא ולק"מ:

אלא הא קשיא הא דפרכינן בגמ' דב"מ דף ע"ב כשנגזל טורף דלוקח גובה קרן ממשעבדי אמאי הא השטר חספא דלא ניתן לכתוב וקשה מה קושיא הא באמת המכירה כלא היה וא"כ זוזי בהלואה גביה ושורת הדין בכל הלואה לטרוף דש"ד רק דבצנעה יזיף וזהו דהיה בתורת מכירה היה בפומבי ויש לו קול ומהדין לגבות ממשעבדי ודל שטרא מהכא. ואין לומר במוכר שדה גזולה בצנעה מוכר דהא כתב שטר ועוד הא אמרינן בב"ב מכח הך מוכר שדה גובה מנכסים משעובדים דיהיה חזקה דאית ליה קלא ומה קשיא הא צועק גזולה היה בידו ומכרה בצינעה ועכצ"ל דמ"מ בפרהסיא מוכר והקושיא במקומו. ובאמת אפשר התוס' שם נשמרו מזה ולכך פי' הקושיא קאי דיהיה נאמן לומר פרעתי הואיל והשטר חספא ולא לענין שעבוד אבל לפי' רש"י ויתר מפורשים דכל קושית הגמ' משום שעבוד הקושיא במקומו. וצריך לומר דבאמת קושית הגמרא למ"ד שעבודא לאו דאורייתא הך משנה איך מתוקמא. ואין להקשות דאף למאן דאמר שעבודא ל"ד מ"מ מדרבנן מודה דהיכי דאית ליה קלא גובה משעבדי אפילו בלי שטר כהך דמוכר שדהו בעדים דס"ל לרב שעבודא לאו דאורייתא ומ"מ גובה משעבדי דהא לא קשיא כיון דשורת הדין דאין גובה רק מתקנתא דרבנן הבו דלא לוסיף דחכמים לא תקנו רק בהלואה בשטר לטרוף משעבדי ולא בע"פ וא"כ לא פלוג ואין לנו להוסיף בהלואה לומר בע"פ דחכמים לא תקנו רק בשטר דבזה סגי לתקון נעילת דלת משא"כ במכר לא תקנו חכמים בשטר דוקא וכך היה תקנת חכמים ואין ללמד מתקנת חכמים מזה לזה וזה ברור דהא סתם הלואה הוא בצנעה ואי אתה מוצא הלואה בפרהסיא רק בכה"ג שמכר לו שרה בחזקת שלו והוא גזולה דהוה ליה זוזי הלואה וכי על זה דבר בלתי שכיח יתקנו חכמים תקנתם

לעקור דין תורה ולעשות שעבוד אפילו בע"פ מהכ"ת יתקנו כן ואית איפא זה התקנה ומה טעם יש בו וכי יש בזו שייך נעילת דלת ופשוט וארווח לן בהך פירוקא קושיא עצומה שהקשה הרב המובהק מהר"ם גראטוול בתשובת ח"י דרמב"ם פסק והביאו הש"ע לקמן סימן שע"ג ס"א דגזל שדה ומכרה אפילו הכיר בה לוקח שאינו שלו דגובה הקרן ממשעבדי וקשה קושית הגמ' לא ניתן לכתוב ול"ל כתי' הגמ' דניחא ליה דליקום בהמנותא וכו' דהא זה לא שייך בהכיר בו שאינו שלו כמ"ש המ"מ והביאו הרמ"א סימן שע"ד ס"ב בהג"ה. וע"ש בחות יאיר דדחק ועיין מש"ל בסימן זה אבל לפי זה לק"מ דכל הטורח הקושיא והתי' הוא הכל למ"ד שעבודא ל"ד אבל לפי דקי"ל ש"ד פשיטא דגובה משעבדי דהא אי' ליה קלא ובפרהסיא מכר ודל שטר מהכא וא"ש והא דאקניה לבנו קטן דאמריק דהוי כמלוה ע"פ ואינו גובה משעבדי הואיל ולא ניתן לכתוב הטעם דהוי אונס וכמו דלא חל מכירה דהוי אונס כמ"ש בא"ז כן לא חל שעבוד ומהכ"ת יעשו רבנן שעבוד בעשה שלא כהוגן כזה. וגם בזה יש ליישב קושית התוס' ב"מ דף ט"ז ד"ה מה שאירש על רבינו האי גאון דפסק הך מילתא דרב דחזר ולקחה מבעלים ראשונים לא קאי להלכתא דרב לשיטתו דס"ל אדם מקנה דשלב"ל והקשו התוס' הא הך ברייתא דשבח קרקעות הוא אליבא דהלכתא וצ"ל הטעם משום ניחא וכו' ולפמ"ש ניחא דשם הקושיא לרב דס"ל שעבודא לאו דאורייתא דשמואל הא בלא"ה א"א לאוקמי בלוקח מגזלן דהא ס"ל לית שבחא וא"כ או דמגיה ומירי בב"ח או בשקנו מידו וא"כ פשיטא דגובה משעבדי דהא קנו ממנו בפי' אף דיהיה גזולה להעמיד באחריותו וא"כ אית ליה קול לענין קרן הקצוב רק הקושיא לרב ורב ס"ל שעבודא ל"ד וברב שפיר משני אבל לדידן דקי"ל ש"ד בלא"ה לק"מ והתוס' אזלו לשיטתן דס"ל הקושיא דיהא נאמן פרעתי כמ"ש אבל ר"ה גאון ס"ל כפרש"י ודוק:

ה **דמתנה אין לה קול** כ"כ המ"מ בפי"א מהלכות מלוה בשם רשב"א אלא שלא הבנתי דמתנה שנתן וקיבל אחריות נכסיו על מתנה ההוא במה ישתעבד נכסיו וכי בדברים בעלמא משתעבד הלא לא קיבל כלו' מן המקבל שיזכה בעבורו להיות חל שעבודו על נכסיו ובשלמא במוכר בשביל המעות משעבד נכסיו אבל במתנה וכי בדברים בעלמא יכול לשעבד וצ"ל בקנין שהקנין שעבד נכסיו וא"כ קשה הא קנין י"ל קול וסתם קנין לכתיבה עומד ואית ליה קלא ועיין בר"ן פ' הנושא בכתובות דהביא להדיא דעת רשב"א דאין אדם יכול לשעבד עצמו בדברים אפילו באומר חייב אני לך מנה ודלא כרמב"ם ועיין לעיל סימן מ' ומכ"ש דאין להתחייב עצמו באחריות בלי קנין כלל רק בדברים. ודוחק לומר דס"ל לרשב"א כדעת הרא"ש דכל קנין שלא נכתב לבסוף לית ליה קלא

כי לא מצאנו זה לרשב"א כלל. ולכן לענ"ד נראה העיקר כמ"ש הכה"ג בשם חכם אחד בסימן מ"ג אם הקנין היה מהצורך לעצם הדבר דלולי כך לא היה הדבר נקנה לא אמרי' ביה סתם קנין לכתיבה עומד ומיושב ביה קושי' רבות בהא דמשני בשמואל משקנו מידו ומ"מ צריך לימלך לכתיבת שעבוד וכמ"ש התוס' בב"מ דף ט"ו וכן בערב דמהני בקנין ומ"מ לאחר חיתום שטרות נוטל רק מב"ח: ואף שהרב כה"ג השיג עליו לא הביא ראיה ברורה לסתור ובזה כמעט הדבר מוכרח וצ"ע:

ו **דוקא כשעדים מעידים וכו'** כ"כ רבינו יונה הובא ברא"ש ב"ב פ"ג וקשה דבגמ' דף קס"ט אמרינן דכל טרפא דלא כ' ביה קרענוהו לשטרא דמלוה לאו טרפא הוא וא"כ אפשר ר' יונה מיירי בנגזל דסתמא דמילתא איירי בנגזל דאיכא שם לקוחות אבל בטורף בב"ח יאמר הנחתי לך מקום ובנגזל שפיר חיישינן דלמא טריף והדר וטריף אבל בב"ח שבא לטרוף מלוקח חוזר לגבות מלקוחת מה חשש יש כאן הא צריך לקרוע שטר חוב של מלוה ואם יבא שני' הא אין שט"ח בידו שכבר נקרע ותו לא מצי טריף כלל ודי אם בטענת גזילה לא מהני עדי מכירה עד שיעידו שהיו. לבדם וא"כ תו ליכא למיחש דאם יבא לבסוף בעדי גזלה הא כבר תקנו שאי אפשר לטרוף אם אינו מברר שהיה רק אלו עדים וכי יברר בשקר ומה צורך לתקן שלא יטרוף בעדים אם בא שטרפה הימנו המלוה והא שטרו נקרע וצריך עיון:

ולכן מה שנראה לרבינו יונה דס"ל דיש כאן חשש דודאי עיקר איך אפשר לטרוף משעבדי הא יטעון לגבי מלוה הטורף הנחתי לך מקום וצ"ל כמ"ש התוס' דאיירי דלית ליה למלוה דאקני ולכך לא מצי טריף מהנך נכסים רק מן שדה שיש ביד לוקח דאינו דאקני והלוקח יכול לטרוף אותו וא"כ לפ"ז יש כאן חשש ערמה דהמלוה יש לו ב' שטרות בלתי דאקני וא"כ אין לו מקום לטרוף רק מן אותו שדה הנמכרת ללוקח וזהו אין מספיק לגביות חובות שנים ויצא המלוה נקי בחוב אחד ואם יהיה ללוקח מקום לגבות בעידי מכירה הרי כאן חשש קנוניא על לקוחות שלקחו השדה שקנה המוכר אחר הלואת המלוה ולא משתעבד ליה דראשון יגבה המלוה עם שטר אחד משדה של לוקח ויקרע השטר ויחזור הלוקח בטרפא כדין ויגבה מן לקוחות שקנו אחריו ואח"כ יתחבל עם המלוה להניחו בתוך השדה ויבא בשטר השני דג"כ לית ביה דאקני ויטרוף אותו שדה כי לאותו שדה א"צ דאקני ויקרע השטר ויבא לגבות בו בטירפא כראוי מן לקוחת ויפסידו לקוחת שלא כדין כי באמת כיון ששדה ההיא ניתן למלוה על שטר א' שטר שני מה עבידתא וזה פשוט ולכן צריך שטר או כת עדים אחת בלבד וא"כ א"א לטרוף פעמים בשום אופן דצריך לקרוע שטר בעת טירפא או בכת עדים אחת הלא יעידו

עדים אם כבר העידו בב"ד ופשוט. או י"ל שמלוה דאין לו דאקני אין לו לטרוף רק מן לוקח הזה ולא מן לקוחת שקנו אחריו וא"כ יש לחוש מתחילה יטרוף המלוה בחובו ואח"כ יבא הנגזל ששדה זו שטרף מלוה גזולה וא"כ הפסיד מלוה חובו דא"י לילך על לקוחת שקנה הלוה ומכר אח"כ ויתחבל הלוקח ויבקש מנגזל להניח אותו בתוך השדה הנטרף ומידו יטרפו הנגזל ויבא הוא ובעדים שבידו ויטרוף מלקוחת דמשתעבדים לו ויגבה שלא כדת כי הוא קרנו כבר נפרע וחוב של מלוה אינו מוטל עליהם לפרוע ודוק וכמו כן י"ל דיש לב"ח שני שטרות על שדה זו אפותקי ואין שדה זו מספיק רק לחוב אחד ויגבה מזה הלוקח והוא יטרוף ויקרע השטר ואח"כ יעשה קנוניא להניח ללוקח בתוך השדה ויבא בחובו השני ויטרוף ויקרע השטר ויגבה מלקוחת או שזה השדה ירש המוכר או לקחו ועל המוריש או המוכר ההוא חל השני חובות ואין לו שעבוד על נכסי לוקח רק על שדה זו שירש או לקח ויגבה ויחזור ויגבה בשני שטרות ויהיה אחד שלא כדין. וא"כ קשה באמת למה לא קאמר הגמ' בכה"ג ואמר דוקא בנגזל אמת הך קושיא דאפותקי י"ל היינו נגזל כמ"ש התוס' כי אפותקי הוי כמכורה והוי נגזל אבל אידך אנפי איך השמיט הגמרא ודאי לדעת מחבר י"ל דבגמרא פריך סוף סוף לקוחות הדרי לגבי מוכר ותירצו לוקח לא מפייס בזוזי דארעא קיהיב וקשה עדיין מפייס בזוזי דכי יגיע לו זוזי ממוכר יתנו לטורף ושומא הדרא וא"כ אזלי לגבי מוכר וצ"ל בנגזל לא שייך כן ולכך הוצרך הגמ' לאוקמי בנגזל דלולי נגזל היה מתקנים ולכתוב כל שטרא בטל וכו' אבל כיון שבנגזל ליכא לתקן דלוקח לא מהדר לגבי מוכר וא"כ כיון דלא מהני ואין כותב שובר אף לגבי הך גוונא חיישינן כמ"ש. אך זהו למ"ד דשומא הדרא ללוקח אבל לשיטת רבינו יונה וכן הטור דס"ל דשומא לא הדרא ללוקח קושיא הנ"ל במקומו וצ"ל בלא"ה צ"ל בתוס' דהקשו דלכתוב ג"כ בשטרי הלואה כל שטרי פסולים וכו' ולכאורה י"ל דמה קושיא הוא יגבה בשטר זה דבאמת כשר מלוקח ויקרע לשטרא ואח"כ יעשה קנוניא עם לוקח למהדר ליה השדה ויבא בשטר שני ואי דיש שובר לגבי לוה הלוקח בכיון לא ילך ללוה ויניח לב"ח לטרוף כדי שיבא שנית לגבות ולטרוף וצריך לומר דס"ל לתוס' דקושיא זו ג"כ בגמ' בכותבין שובר וע"כ צ"ל דאין ב"ד מגבין למלוה עד ישאלו ללוה אם לא פרע ולאו דוקא לקוחת וא"כ ליכא קנוניא וקשה לפ"ז הא דתקנו חז"ל כל טרפא דצריך לקרוע שטר כדי שלא יגבה פעמים ה"ל לתקנו (דהא בלאו הכי צריך להיות בידיעת הלוה לידע אם לא פרע' ליתן בשעת גביה שובר על חובו כתוב ביה שכבר טרף מלוקח וא"כ תו ליכא חשש דיטרוף שנית דהא אין בית דין גובה חוב רק בידיעת הלוה כמ"ש והוא בידו שובר שכבר טרף ואיך אפשר לטרוף שנית מן שדה ההוא ולכך

קאמר הגמרא דעדיין לא הועילו בתקנה זו דיש חשש נגזל וכו' וא"כ דתו לא תקנו תקנה זו לכתוב שובר הדרו כל החששות הנ"ל לדוכתי גם בב"ח בשני שטרות וא"ש ובזה מיושב קושיא דלמה באבד שטר מכר כותבין דלא יהיה לו כלל אחריות נכתוב לו אם יטרוף נגזל לא יהיה לו אחריות אבל אם יטרוף ב"ח יהיה לו אחריות דלכאורה בטריפת ב"ח ליכא חשש אבל לפמ"ש ניחא דיש לחוש כמש"ל ודוק. (והא דלא משני הגמרא כך בב"ב בהא דאין כותבין שני שטרות על מכר באחריות ופריך הגמרא דליכא חשש במלוה דצריך לקרוע שטר ולא משני מהך טעמא דעדיפי מיניה משני בחשש גזולה אבל באמת גם זה איכא למיחש אך זה דוחק) ובזה ניחא מ"ש שכותבים לו שנטרף הימנו לראיה לתבוע הלוה דנתקשה הסמ"ע ודרישה דיגבה מב"ח ואחר כך מן משעבדי בשטר דאין הכוונה דתיכ יגבה רק ניתן לו לראיה לראות בעת הכושר לתבוע הלוה דהיינו אם הלוה מודה שאין לו נכסים אחרים מה שכבר מכר ואין ללוקח דאקני א"כ תו ליכא למיחש שיטרוף עוד מלקוחת ולגבי לוה איכא שובר. או אם הב"ח הוא אביו של הלוה ומת ותובע ממנו דליכא למיחש לקנוניא דהוא גופיה הב"ח. וכמו כן אם הטורף לאחר שטרפה מכרה ללוה הרי זה חוזר דליכא כאן קנוניא שהרי השדה תחת ידו ולכך דייק לראות הרצון שיש מציאות שיש מקום לגבות ולכך צריך בית דין ליתן לו כתב ראיה על הטריפא כדי שיוכל לגבות בעת הכושר. ולדברי הסמ"ע קשה א"כ למה תקנו חכמינו ז"ל לכתוב בשטר שאבד דלא למגבי כלל הוה ליה לתרץ לגבות מב"ח אלא ודאי דליתא וברור דהכוונה כמ"ש ודוק:

סימן קיז

א **אבל כל זמן שהיא בידו וכו'** עיין אורים דמבינונית לגבי זיבורית לכ"ע יכול הב"ח לטעון תן לי כדיני וכן להיפוך ונראה ראיה לזו מהא דטרח הגמרא סוף כתובות בהא דתנן במשנה שנים שהלוו זה את זה גובה וזה גובה ופריך הגמ' לר"ש דס"ל אפוכי מטרתי ל"ל דס"ל בשל עולם שמין וא"כ ליכא נ"מ אי לזה בינונית ולזה זיבורית וטרח הגמרא למצוא אוקימתא ע"ש וקשה למה לא מוקי דאחד יש לו אפותקי סתם וא"כ זה גובה בינונית כדינו וזה אין לו אלא זיבורית כאפותקי שלו או להיפוך זה גובה בינונית וזה גובה עדית כאפותקי שלו אלא ודאי דזה אינו לענין גביות בינונית וזיבורית הך דאפותקי סתם לא מעלה ומוריד ועדיין ה"ל אפוכי מטרתי. והא ליכא לאוקמי באפותקי מפורש דא"כ יקשה לאדמון דס"ל דמצי טען אלו הייתי חייב לך כיצד לוה ממני בממ"נ אם הלוה ראשון עשה לנכסיו אפותקי א"כ א"י לכופו לפרוע זוזי כיון דאמר אין לך פרעון אלא

מזה ואף דהלוה יכול לסלקו בזוזי אבל הוא א"י לכוף לפרוע לו מעות דהא התנה לא יהיה פרעון אלא מזה ופשוט והוא נצרך למעות פשיטא דהוצרך להלות ואי הלוה השני עשה אפותקי פשיטא דיפה עשה דהלוה דהוא יש לו על מלוה כל נכסיו לשעבוד והוא לא שעבד לו רק קרקע אחת וא"י לכופו לפרוע בזוזי וגם אם שטפה הנהר אבד כל חובו ולכך א"א לאוקמי באפותקי מפורש אבל באפותקי סתם ודאי המ"ל וצריך לומר כהנ"ל ודין הנ"ל מוכרח ודוק:

ב **וי"ח וכו'** עיין אורים דבזה בנכסים משועבדים ודאי לא מצי למימר כלך אצל לקוחו' שקנו אחרי כן ובזה מיושבים דברי התוס' ב"מ דף ט"ו והגמ' שעמדתי בהם לעיל בסי' קט"ו בכמה דוכתי במה שהקשו התוס' קרן מנכסים משועבדים איך משכחת ליה הא מצי אמר הנחתי לך מקום ותי' באפותקי והקשו התוס' א"כ איך פשיט מיניה דאקני קנה יעמיד באפותקי ותמהו ומה יעמיד הא ע"כ איירי באפותקי וכן הקשה מהרש"א בגמרא דמייתי מברייתא סייעתא דב"ח גובה שבח הא ע"כ איירי באפותקי. דלפ"ז ניחא דודאי לא איירי באפותקי מפורש דזהו לא שכיח וגם כבר כתבתי לעיל דא"א לאוקמי כן מכמה טעמים רק כוונת התוס' באפותקי סתם ואם כן יש כאן נכסים משועבדים שקנו אחריו ולא מצי למימר הנחתי לך מקום ומן שבח מבני חורין לא הקשו התוס' כלל בב"מ וכמש"ל רק הקושיא קרן מנכסים משועבדים ובזה ודאי מצי איירי באפותקי סתם ולא מצי לומר כן אבל מ"מ מוכח דדאקני קנה וב"ח גובה שבח דאל"כ אף הוא לא יטול השבח דלא שייך באפותקי סתם ארעא שלי אשבח ופשוט וברור ולכך הקשו התוס' השתא דאתיא להכי דאיירי באפותקי מה דוחק להעמיד באפותקי סתם יעמיד במפורש וזהו כוונת דבריהם יעמיד באפותקי ודוק כי זהו נכון. ובהא ג"כ נראה חלקי אמרה נפשי מה דמשני הגמ' לכתחלה שם דמסיק ביה רק שיעור קרקע בלי שבח דנתקשו בו כל מחברים איך ס"ד ליטול יותר מכפי חובו וכמש"ל בסימן קט"ו באריכו'. ולענ"ד נראה דבלא"ה הקשו מה דפריך הגמרא דיהיב ליה שיעור שבחה בזוזי הניחא וכו' דמנלן להקשות דלמא באמת שיעור שבח דנזכר בברייתא דיהיב ליה הוא באמת בקרקע ועיין בא"ז לב"מ דהרבה מחברים עמדו בו. ולכן נראה דודאי אף בס"ד איירי באפותקי סתם כמ"ש דאל"כ קרן מנכסים משעובדים איך משכחת ליה וא"כ י"ל דיש למלוה עוד חוב יותר רק שאר חוב אינו אפותקי על שדה זו ואם כן יכול הלוקח לדחותו כלך אצל לקוחת שקנו מן המוכר אח"כ רק בהך חוב דאית ביה אפותקי א"י לדחותו אך החוב ההוא אינו עולה רק כשיעור קרן הקרקע ולא השבח רק הואיל והמלוה גובה הקרקע אף שבח גובה לפרעון שאר חובו ואף דלית ביה אפותקי מ"מ הואיל ונחית לגבייה אף משבח

א"י לדחותו ללקוחת המאוחרים וגובה כל חובו כאחד אפותקי ואינו אפותקי רק הואיל ושבח אינו אפותקי רק הואיל ונחית לגבייה גובה הכל ודאי דצריך לשלם ללוקח הוצאות דהא על חוב ההוא אין לו שעבוד על קרקע זו דיכול לדחותו ומהכ"ת יפסיד הוצאתו וזהו דדייק הגמרא הא דמסיק ביה שיעור ארעא בלי שבחא הרצון ביה בקרקע זו דאין לו עליה אפותקי רק בכדי קרן הקרקע אבל ודאי המוכר חייב לו ולא ס"ד שיטול יותר מכדי חובו ואטו בשופטני איירי וא"ש רק קשה למה באמת יגבה שבח לשאר חובו יאמר הלוקח כלך אצל מאוחרים וצריך לומר כי אמרו חכמים לדחותו למאוחרים היינו כשהוא רצה לגבות אבל בשכבר תפס ועומד להכריחו להוציא לא אמרו שעכ"פ לקח שעבודו. אך זהו אם כל הקרקע שלו רק משלם דמים ללוקח שפיר יתכן כמ"ש דה"ל תפוס אבל אי אם לוקח נוטל חלקו בקרקע מה תפוס שייך בזה אדרבא הלא הקרקע בחזקת הלוקח מאז ומקדם וזהו קושית הגמרא דע"כ צ"ל דבדמים מסלק להו דאל"כ מה תפס שייך כאן ופריך הניחא וכו' ומשני הגמרא אלא דמיירי באפותקי מפורש דאמר לא יהיה לך פרעון אלא מזה וא"ש ודוק כי לענ"ד פי' זה נכון וא"צ לשום דוחק:

ג **ונמצאת השדה לא היתה שלו** זהו דעת התוס' אבל הרמב"ן ובעה"ת שער מ"ג חולקים וכל ראי' שלהם מהא דאמר שמואל ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות אין ראובן מעיד מפני שמעמידה בפני ב"ח ופריך הגמרא בממ"נ אי אית ליה ארעא אחריתי עליה דידיה הדר ואי לית ליה מה נ"מ והקשו דהמ"ל דחיישינן דעשהו אפותקי ומזה ביקשו לומר דגם באפותקי אם נמצא אינו שלו אינו חוזר כמו בלוקח שלא באחריות וא"כ עדיין קשה מה נ"מ אם יטלו הנגזל מ"מ לא ישלם לבעל אפותקי. והתוס' כתבו דהמ"ל באמת כן והוא דחוק ועיין מש"ל בסימן ל"ז בזה. וי"ל דלפי מ"ש ר"פ שמכיר בה שהוא בת חמורו דהלוקח יודע שאינו גזולה. א"כ קושית הגמרא לר"פ דאיירי מילתא דשמואל במכיר בה א"כ עדיין קשה מה נ"מ וכ"ת דיבא בעל אפותקי לטרוף משאר נכסים דתנאי אפותקי היה בטעות דאינו שלו הוא. הא יש לו עד אחד שמצרף עמו להעיד ללוקח כמ"ש רשב"ם והלוקח ג"כ מכיר וא"כ הוא ג"כ עד רק מתחלה לא היה יכול להעיד דהיה נוגע להחזיק קרקע שלו אבל שכבר טרפה הנגזל הרי זה מצטרף עם העד השני שלא כשורה גבה הנגזל השדה וא"כ ודאי דאין לבעל אפותקי בו טענה דהא הלוה טוען הא עדים שבעלילה בא עלי וה"ל כשטפה נהר ומספקא אין להוציא מידו בשום אופן ופשוט. וזה אפשר כוונת התוס' דהמ"ל לשנויא רק דיהיה הקושיא לר"פ ולכך משני התוס' לכ"ע וא"ש ועכ"פ אין זה ענין להך דר"ז דאמר אפילו נמצאת אינו שלו אינו חוזר עליו דהא שם מיירי דהתנה בפי' שלא באחריות אבל כאן וכי התנה בפי' רק אמרינן

דה"ל כקנויה בידו ובלוקח גופיה אם לא התנה בפי' אינו חוזר. והג"ת הרכיב שני הדינים להדדי ודעתו דהתוס' לא ס"ל להלכה כר"ז רק כר"פ וא"כ לדבריו קשיא פסקים ש"ע אהדדי דאנן קי"ל כר"ז אבל באמת אין ענין זה לזה כלל:

ד **אבל אם מכרה ממכר עולם וכו'** פי' המ"מ דהוי מקח טעות אלו ידע דהיה אפותקי לא היה קנאה להשדה והוא מום בגוף המקח. וזהו דוחק דמה מום יש בזה הא הרמב"ם פסק והוא לקמן ריש סימן רכ"ו דאפילו יצאו עוררים בודאי לא יכול לחזור בו משהחזיק בו. ויותר נראה מפי' ירושלמי דסתם דה"ל כמוכר אינו שלו כי גוף השדה הוי כקנויה לב"ח רק תנאי שיכול לסלקו אבל גוף שדה קנויה לב"ח ולכך לא הוה ביה אסמכתא וא"כ אין המכר חל דאין מכירה לחצאין וכיון שאין חל כשיבא לטרוף תיכף לא חל דאין אדם מוכר שאין שלו אבל באמרו שאינו מוכרו רק על זמן וכשיבא הב"ח לטורפו לא יחול מכירה א"כ ה"ל רק כמו שמשכיר לו לזמן ולא שייך אין מכירה לחצאין דלא הוי כמכירה כלל אבל במוכר סתם דהוי כמוכר לעולם והוי כמוכר שאין שלו ותיכף פקע מכירה ולא חל כלל דס"ל לרמב"ם אפותקי גופיה קנויה לב"ח רק תנאי יש שיכול לסלקו ולזה נוטים הדברים בירושלמי. ואין כ"כ מהזרות והמעיין בירושלמי שבועות ויבמות יראה כי יש לפי' זה מקום. והסמ"ע כתב די"ל דווקא באפותקי סתם שאין קול כ"כ והוה מקח טעות אבל במפורש ודאי יש קול א"כ לא מצי למימר מקח טעות. ולא עיין בירושלמי דשם מבואר באפותקי מפורש לכ"ע אין יכיל למכור ממכר עולם כי פליגי באפותקי סתם ע"ש:

ה **משכונא וכו'** נראה דמיירי דהשכין לו משכנתא על ג' שנים בנכייתא כל שנה כ"כ בעד פירי וכלים הג' שנים דאל"כ איך יכול למוכרו הא לא חל מכירה כמ"ש כל הפוסקים מהך שדה זו שמשכן אצלך לאחר שאפדנה תהיה הקדש דחל ודייקא מיניה הא כל זמן ממושכן אין בידו להקדישו וכמה כרכים כרכו המחברים אם יש חילוק בין הקדש לקונמות ועיין בי"ד סימן רכ"א סעיף מ"ב בטור וש"ע ואחרונים ועיין ב"מ דף ע"ג ע"ב ד"ה השתא וכו' דדייקי להדיא מהך שדה זו לכשאפדנה הקדש דכל זמן שהיה בידו א"י להקדישה וכ"ש למוכרה רק המותר מה ששוה יותר מהחוב יכול להקדיש וא"כ איך יתכן במשכנתא מכירה הא כל זמן שלא פדאה לא חל המכירה ועיין בריטב"א לכתובות גבי הך שמעתא שדה זו משכנת וכו' דמשמע להדיא דכדי חובו א"י להקדיש ומכ"ש למוכרו ועיין שם בי"ד סימן וסעיף הנ"ל בש"ך. ולכן היה נראה דאיירי דכבר שלמו ימי נכייתא וא"כ תו לא הוי כשכורה דנימא ביה ממכר הוא וצ"ע:

ו **עשה שורו וכו'** ומכרה וכתב הסמ"ע בשם תשובת רשב"א דה"ה נתנו במתנה דמתנה חד דינא עם מכירה ואולם הב"ח כתב בשם מרדכי הארוך דגבי ממקבל מתנה דלית ליה פסידא ולא היה צורך למרדכי כי כן כתבו התוס' בכתובות דף מ"ט ע"ב ד"ה הוא ואשתו וכו' דהא דאמרינן עשה שורו אפותקי ומכרו דוקא מכרו אבל נתנו במתנה גובה ואע"פ שבב"ק דף ק"ט ד"ה לוה וכו' נסתפקו בו בכתובות החליטו הדבר וא"כ ספיקא דדינא ונראה כי צריך הטעם מה ראו התוס' על ככה לחלק בזו בין מכר למתנה ובכל דוכתי אמרי' דמכר כמתנה לענין משעבדי ונראה דהתוס' אזלו לשיטת רש"י דפי' הקדש וחמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד דעשה שורו אפותקי והקדישו ופירש"י דוקא קדושת הגוף אבל לא קדושת דמים וע"כ איירי בדלא שעבד מא"ק דאי שעבד מה צורך לאפותקי הל"ל סת' דשעבד לו מא"ק והיה בתוכו בהמות והקדישן ועכצ"ל בלי שעבוד מא"ק איירי ולכך כתב רש"י אפותקי ומ"מ אמרינן דוקא קדושת הגוף אבל קדושת דמים לא וכי גרע ממתנה ולמה יגבה ממנו ב"ח ש"מ דבמתנה גבי וראיית רש"י הוא מהך דעירובין דף כ"ג ע"ב דהמקדיש נכסיו והיה עליו כתובת אשה וב"ח דמבואר שם בגמרא דהחובות חל עליו ולכך הפודה פודה לסלק לב"ח וכתבו התוס' שם דנכסי משמע בין קרקע ובין מטלטלין וקשה במטלטלין למה יחול לא יהיה אלא מתנה אלא ש"מ דלגבי הקדש שהוא כמתנה ב"ח מוציא והדבר מוכרח ממשנה ועיין שם תוס' ד"ה משום וכו' ודוחק לומר דמיירי בשעבד מא"ק. ואמת הטור כתב שעבד לו מא"ק אמנם לרש"י דחיקי ליה דה"ל למשנה להודיענו כל זה. וכן הר"ן והתוס' בנדרים כולם כתבו כפירש"י הקדש מפקיע מידי שחרור דעשה שורו אפותקי ודוקא קדושת הגוף ש"מ דס"ל לחלק בין מתנה למכר ואין להביא ראיה מהא דאמריק בב"ב מכר שדה אין מעיד עליו מכר פרה וטלית מעיד עליו וק' ה"ל לפלוג בדידיה מכר פרה וטלית מעיד דל"ל דלמא עשהו אפותקי ומעמידה לפני ב"ח דהא אין ב"ח גובה אבל נתן פרה וטלית אין מעיד דדלמא עשהו אפותקי ומעמידו לפני ב"ח דבמתנה ב"ח גובה והוי נשמע במכ"ש במכר שדה דאינו מעיד עליו די"ל דה"א במכר שדה מ"מ מעיד עליה כקו' הגמרא אי דאית ליה קרקע עליה דידיה הדר ואי דלית ליה מה נ"מ ואי דלא יהיה לוה רשע הא לגבי לוקח נמי הוי לוה רשע כקו' הגמ' ותי' הגמ' דלהכי מכרה שלא באחריות לא הוה אמרינן כלל ומן נתן פרה וטלית ליכא ראיה דשם ודאי לא הוה לוה רשע דהא יהיב במתנה ולכך קתני מכר שדה דקמ"ל דלגבי לוקח לא הוי בגדר לוה רשע כתי' הגמ' ולק"מ ולכן הדין הזה בספק:

ז **עשה עבדו אפותקי וכו'** כתב המ"מ דצריך הלואה בשטר רק דעבד אין צריך להיות אפותקי בתוך השטר רק אפילו בע"פ ובראש פ"ק לב"ק כתב עשה עבדו אפותקי בשטר

גובה אפילו מיתמי ואולי כוונתו ג"כ דגוף הלואה בשטר אמנם הב"ח כתב דתוס' בב"ב פ' חזקת כתבו וז"ל אפילו סבר רבא עבדי כמקרקע דמי נקט אפותקי לאשמעינן בין בשטר ובין בע"פ עכ"ל ומזה מבואר דא"צ שטר כלל ודוחק לומר דכוונת התוס' ג"כ כמ"מ והאפותקי בע"פ וקמ"ל רבא אפילו יש כאן נכסים אחרים לא מצי הלוקח לטעון לא ידעתי מן אפותקי וחשבתי כי יש לך נכסים בני חורין דעבד יש לו קול ומוציא מיד הלוקח דזה דוחק בכוונת התוספת:

אמנם מלבד דכבר כתב בעל כה"ג דהתוס' הוכרחו לכך אי עבדי כמקרקעי אבל אי עבדא כמטלטלין אין צריך לזה הדוחק. אף גם נראה ברור דהתוס' אזלי לשיטתן דס"ל בב"ק דף י"א ד"ה כגון וכו' דשורת הדין אפילו עשהו אפותקי לעבד דלא גבי מיתמי דהא שעבודא לאו דאורייתא רק הואיל וגובה מלקוחת משום דאיכא קלא אף מיתמי גובה ע"ש וא"כ סבירא ליה התוס' דלא משתעבד עבד כלל אף דנכתב בשטר ושורת הדין מבלי לגבותו מיתומים רק הואיל וגביה מלקוחת לא פלוג א"כ תליה לשיטת התוס' הכל בקול וא"כ שפיר קאמרי מה נ"מ אי נכתב בשטר או לא הואיל אינו משתעבד רק מכח קול גובה מלקוחת א"כ בע"פ נמי דהא עכ"פ יש לו קול כמ"ש להדיא התוס' ולכך ס"ל דאין צריך שטר אפילו למ"ד עבדא כמטלטלין ומכ"ש אם כקרקע דמי. אבל לפי דלא קי"ל כתוס' רק כרשב"א כמש"ל בסימן ק"ז באריכות דודאי אם נכתב בשטר מטלטלין וקרקע גביה מיתומים דהא משתעבד רק מלקוחת לא דל"ל קלא וחיליה דרשב"א הוא מהך מימרא הואיל דאמר שורו אין גובה דל"ל קלא הא מיתומים גביה דא"צ לקלא ומזה יליף דאם נכתב מטלטלין וקרקע דגובה מיתומים ע"ל סימן ק"ד וסימן ק"ז מזה באריכות וא"כ לא עדיף כח המלוה לגבי לקוחת מלגבי יתומים כלל וא"כ מהכ"ת נימא בע"פ בעשהו אפותקי דלא משתעבד כלל דיגבה מן לקוחות משום קלא הא לא משתעבר כלל ומה נ"מ בקלא ואק לא אמרי' דקלא בלי שעבוד דיהני וא"כ עבדא כמטלטלין דמי הא לא משתעבד ומה יהני ביה קלא וזה מוכח מדברי רשב"א דדייק דמהני בכתב ליה מטלטלין וקרקע דהואיל דנתן הטעם בשור דלא גביה משום קלא וזהו לא מעכב ביתומים וקשה אי ס"ד דהפי' באפותקי בלי שטר א"כ אם אמר בע"פ שמשעבד ליה מטלטלין וקרקע יגבה מיתומים דהא לגבי יתומים א"צ קלא וכל הטעם דאמריק דלא מוציא מיד הלוקח רק מכח קלא. ועכצ"ל דמוקי ליה בשטר וזהו באמת מהני ביתומים אבל לא ללוקח דל"ל קלא הא עבד אית ליה קלא והרי כאן שעבוד וקול אבל בע"פ הא ליכא כאן שעבוד ולא גבי מיתמי ואיך יגבה מלקוחת הא אנן לא ס"ל כמ"ש התוס' דאף דליכא שעבוד גובה מלוקח דלדעתם אין ראיה לדברי רשב"א כמש"ל בסימן ק"ז ודבר זה מוכרח ואני

איני מבין דברי המ"מ בממ"נ אי ס"ל דבע"פ משתעבד העבד א"כ למה שטר כלל הא הוי שעבוד וקול ועדיף כמוכר שדהו בעדים דגובה משעבדי דאית ליה קלא ואף זה אית ליה קלא ואי ס"ל דלא משתעבד ובקול בעלמא אין מוציאין מיד לקוחת א"כ מה יהני דכתב ליה שטר על גוף הלואה כיון דאין כאן שעבוד כלל על עבד דקיי"ל עבדא כמטלטלין דמי וממש מוכח מדברי רשב"א דס"ל הך דעשה שורו ועבדו אפותקי הכל איירי דכתוב בתוך השטר כמ"ש דיליף מיניה דכתב מטלטלין וקרקע דמהני ליתומים ואלו באומר על פה לכ"ע לא מהני ולהיפוך לכאורה בדברי הרא"ש יש לתמוה דהא הוא כתב בב"ק להדיא כתוס' דגבי מלקוחת אף דלא משתעבד ליתמי רק גובה מלקוחת בקול למה מצריך אפותקי בשטר הא אית ליה קלא ושעבוד א"צ. אמנם נראה דס"ל להרא"ש כמ"ש בתשובה סימן פ"ו דין י"א דהעבד מוציא קול ולכאורה אין לו מובן מה נ"מ בקולו של עבד אפילו עד אחד בשטר אין טורף משעבדי דקלא דע"א לאו קלא הוא ומכ"ש וכי ישגיחו הלקוחת בקולו של עבד ומה נ"מ בקלא דיליה (והסמ"ע בס"ק י"ט כתב מעצמו הסברא דעבד מוציא קול והוא בתשובת הרא"ש הנ"ל) ולכך סבירא ליה להרא"ש דמיירי דכתב בשטר רק מה בכך הא עבדא כמטלטלין דמי ואם נכתב מטלטלין בשטר מ"מ אינו גובה דעדים לא מפקי לקנא דשעבד לו מטלטלים ועל זה קאמר הרא"ש הואיל ועבד גופיה מוציא קול א"כ חדא דאין העדים חסים תו להיות דבר אצלם בצנעה דהא העבד בעצמו יפרסם הדבר ואף הם מוציאין קול ועוד כיון דלקוחת שומעים דברי עבד אף עליהם לחקור היטב ויוודע להם מפי עדים דשעבד העבד ויש להם למנוע ליקח וזהו ברור בכוונת הרא"ש בפסקיו ובתשובה הנ"ל דכתב להדיא אף דעבד כמטלטלין ולא כתב אף דלא נכתב בשטר אלא דס"ל דצריך שטר והדבר נכון דצריך שטר אבל בלי שטר קולו של עבד אין מעלה ומוריד ועידי שטר אינם יודעים כלום ואינם מוציאין קול דלית מידי בשטרא ולכן ברור דגם דברי המ"מ הכי מתפרש דודאי בשטר כתוב מטלטלין וקרקע או עבד וקרקע דא"כ ליתומי' משתעבד רק לית ליה קלא ואם עשהו אפותקי אפילו בע"פ משתעבד דתו אית ליה קלא דבכזה עדים מוציאין קול כמ"ש הרא"ש אבל מודה המ"מ דצריך לכתוב עכ"פ בשטר שעבוד מטלטלין או עבד דאל"כ הא לא משתעבד כלל דקי"ל עבדא כמטלטלים ואני הבאתי ראיה מדברי התוס' קדושין דס"ל הך סברא דאפותקי משום קלא אך לא שעבוד והיינו כמ"ש סמ"ע דזהו דעשה אפותקי הוא דבר פלא ומוציאין קול אבל לא משוי ליה שעבוד ואפותקי בלי שטר לא מהני ובפרט למ"ד שעבודא ל"ד וחכמים לא תקנו רק בשטר ולא מהני אפותקי דבדף כ"ט ע"ב דאמרי' הוא לפדות ובנו לפדות הוא קודם ור"י ס"ל בנו קודם ומוקמינן דאית

ליה ה' סלעים משעבדי וה"ס ב"ח וס"ל לר' יהודה מלוה הכתובה בתורה ככתוב בשטר דמי ופריק לבנו מב"ח והכהן טורף בשבילו ממשעבדי והקשו התוס' בד"ה ואזיל יטענו משעבדי הנחנו לך מקום ותי' ר"י דהנך ה' משעבדי הם מה שאביו של זה שעבד לכהן באפותקי והנך בני חורין הן של בנו וא"כ לא יוכלו הלקוחת לומר הנחנו לך מקום כי מה להן בנכסים של בנו וכי משעובדים הם לכך ע"ש ותמה המהרש"א מה צורך לאפותקי כיון דמלוה הכתובה בתורה כשטר דמי הרי טורף משעבדי כמו בשטר ולא מצי למימר הנחנו לך מקום ע"ש. ונראה דבלא"ה כבר הקשו התוס' בבכורות דשם דף מ"ח אסיקנא דר' יהודה ס"ל מלוה הכתובה כתורה לאו ככתוב בשטר (ובגליון ש"ס דפוס אמשטרדם בקדושי' נדפס קושיא זו והוא קושית התוס' בבכורות) אלא נראה דהא שם בקדושין דף י"ג קאמר ר"פ מלוה ע"פ אינו גובה מלקוחת דשעבודא דאורייתא רק לית ליה קלא והקשו התוס' הא ר"פ גופיה אמר סוף ב"ב דשעבודא ל"ד ותי' התוס' דר"פ מיירי כאן ממלוה הכתוב בתורה דהוי שעבודא דאורייתא דכתוב בשטר דמי ומ"מ אינו גובה מלקוחת דלית ליה קלא ע"ש. וא"כ הקושי' מבוארת מה מהני כאן דמלוה הכתוב בתורה כשטר דמי לטרוף משעבדי הא חכמים בטלהו לשעבודא וס"ל דמ"מ לא יגבה הואיל ולית ליה קלא כפסק ר"פ וכמ"ש התוס' להדיא ולכך תי' התוס' דמיירי דעשהו אפותקי וא"כ יש לו קול רק לולי דס"ל מלוה בתורה כשטר דמי מה יהני קול הא לית ליה שעבוד ואפותקי בע"פ לא מהני ולכך אמרינן דכתוב בשטר דמי וא"כ אית ליה שעבוד רק לית ליה קלא ואפותקי משוי ליה קלא כמו בעבד וא"ש הא דקאמרינן בבכורות דל"ל לר"י ככתוב בשטר דמידהיינו עכשיו דבטלוהו חכמים וס"ל דלית ליה קלא אלו הוה ס"ל כר"פ דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחת אף זהו לא גביה רק פליג אר"פ וס"ל דגובה לחד אוקימתא או בדרב אסי קמפלגי ע"ש והתוס' תי' הכא אף להך אוקימתא דס"ל כר"פ ובדרב אסי פליגי ודוק כי דברי התוס' ברורים דלחד אוקימתא בבכורות ס"ל לר"י כר"פ דאין גובה מלקוחת ובדרב אסי פליגי וקשיא הנ"ל ולכך מוקי ליה באפותקי. ולא קשיא איפכא לוקי ליה התוס' בנכסים שלו רק דעשאן לכהן הנך משעבדי אפותקי מפורש וא"כ תו לא מצי למימר הנחנו לך מקום וי"ל דא"כ צריך לומר דהוי אפותקי מפורש דזולת זה עדיין צריך לילך לב"ח וס"ל לתוס' דזהו הוה כקנויה עד שבשביל כך נוטל יותר משיעור חובו מלוקח לעיל סימן קט"ו וא"כ ה"ל אין פודין בקרקעות אבל באביו מוקי ליה באפותקי סתם דג"כ אית ליה קלא כמו שאמרו בעבד ודוק. תבנא לדינא עכ"פ כמ"ש דבעי שטר וכן מורים דברי בעה"ת וטור דכתבו דהוי כקרקע וקרקע גופיה מי מהני בלי שטר והל"ל עדיפי מקרקע אלא ברור שאין עדיפיה של עבד הוא רק אע"פ דהוי

מטלטלין מ"מ הואיל ואי לית קלא דינו כקרקע אבל מכל מקום לא עדיף מקרקע ובעינן שטר ושעבוד ובהכי יתיישב מש"ל בסימן ל"ט בקושית התוס' בבכורות דפתחו בתרי קושיות ותי' בדר"פ פליגי פי' אי מלוה הכתוב בתורה וכו' דעדיין קשיא להך אוקמתא בדר"א פליגי דמ"מ לו יהיה דר"א ואחין כלקוחת הן מ"מ מלוה בשטר טורף. ועיין מש"ל וי"ל כמ"ש דאין מלוה בשטר לטרוף מלקוחת רק בצירוף אפותקי רק דקשה להיפוך להך אוקמתא דבדר"פ פליגי א"כ ס"ל אפילו מלוה ע"פ טורף משעבדי דמשנה מת לאחר ל' יום לא איירי באפותקי וא"כ למה צריך לקמן מלוה בתורה כשטר לר"י וע"ז תי' דאף הא דפליג אר"פ היינו במלוה הכתוב וכו' וא"ש ולק"מ:

והנה בלא"ה יש להבין איך גובה בפדיונו משעבדי הא תנן לאחר ל' יום בחזקת שנפדה ומשמע לכ"ע אפי' למ"ד מלוה הכתוב בתורה ככתוב בשטר דמי א"כ לטעון לקוחת פרע ומי יודע לאיזה כהן ואף דמודה דלא נפדה לאו כל כמיניה לגבי לקוחות כנודע בכל הפוסקים ועיין ר"ן גבי מ"מ דהקשה הא ש"ד ותי' ג"כ דאין הודאתו מהני לגבי לקוחות. וכן בכל הפוסקים ועיין לעיל סימן ל"ט גבי פס"ד מה שנחלקו הש"ך וסמ"ע. ובאמת לולי תי' הייתי אומר דלא מכר ללקוחת בעדים רק בפ"ע בלי עדים. וא"כ לגבי פדיון בנו נאמן לומר שמכרן ולא מצי כהן לומר לאו כל כמיניה דהא יש לו מגו דפרע לאחרים ולגבי לקוחת יש לו נאמנות דלא פרע פדיונו במגו דלא מכר כלל וא"ש. אך לפ"ז אין מקום לכל קושית התוס' דהקשו אם כבר גבה כהן מבני חורין לפדיון בנו יחזור הכהן מפדיונו או לקוחת שטרף עליו דאם כבר גבה יאמר הכהן איני מאמינך שלא פרע ושאתם לקחתם כי הכל שלא בעדים ולא כל כמיניה לחוב בהודאתו במה שכבר גבה הכהן ולק"מ. וצ"ל דתוס' לא ס"ל דהגמ' מיירי בכה"ג וא"כ קשיא כמ"ש אבל אי איירי באפותקי י"ל דבהא בחזקת שאינו פרוע בלי שובר דהא לו אפותקי. והא דתנן בחזקת שנתן איירי בלי אפותקי. וצ"ע כי בבכורות לא נזכר בתוס' מאפותקי וכמ"ש מהרש"א. ואולי י"ל דס"ל לתוס' דודאי איירי במכר שלא באחריות וכמש"ל סימן ל"ט דבלא"ה לא נסיב ליה עצה להקדים פדיון בנו לגרע כח אחרים. ועיקר קושיא דיחזור הכהן וכמש"ל וא"כ י"ל דאביו מכר תיכף ככלות שלשים של בנו הקרקע ויום ההוא לא זז יד העדים מידו שלא פרע ולאחר מכירה מת דל"ל דאביו פרע ובנו ודאי לא פדה כי מה לו לפזר ממון על מגן הכהן יטרוף מלקוחת שקנו מאביו והם שלא באחריות ולית ביה משום לוה וכו' ולמה ליה ליתן משלו. אך זהו אם איירי בלקוחת שקנו מאביו אבל לחד תי' דאיירי במכרן הוא קשה ולא שייך ג"כ לומר דתיכף בהיותו בן י"ג שנים דחל עליו חיוב פדיון כמ"ש התוס' מכרן בלי אחריות ומוקדם בזמן קט ההוא יום יומיים לא זז יד עדים מידו

דלא פרע ואח"כ ודאי לא יפרע דהא מכר שלא באחריות ויגבה כהן מן לוקח ומה לו לפרוע משלו דהא התוספת הוכיחו שם דאיירי ביורש מאביו וא"כ אין יכול למכור עד שיהיה בן כ' ואיך אפשר להעיד כל זמן ארוך הזה דלא זז וכו' וזהו א"ל בכוונת התוספת בכורות דטרחו להוכיח דאיירי בנכסים שירש מאביו וקשה מה ביקשו התוס' בזה ומה נ"מ אם ירשו או קנהו ובפרט דאין מוכרח דירשו מאביו די"ל מאמו וכוותיה. ולפמ"ש ניחא דבקשו להוכיח דתירוץ ראשון שכתבו אמת דמיירי דאביו מכ' דל"ל הוא דנטען פרע ול"ל כהנ"ל דתיכף מכר כשהגדיל לזה הוכיחו דאיירי בירושה ואין למכור אפילו בנכסי שאר מורישיו עד שיהיה בן כ' וא"ש. ותמהני מהמחברים שלא הרגישו בקושיא נטעון פרע ודוק והנה התוס' בגיטין דף נ"א ד"ה או דלמא הקשו על רש"י דליכא למ"ד מלוה ע"פ גובה ממשעבדי ולפירש"י הא ר' יהודה בבכורות הנ"ל דקמפלגי בדר"פ ס"ל מלוה ע"פ גובה ממשעבדי רק התוספות אזלו לשיטתן דגם שם הקשו קושיא זו. אלא דקשה לפי תי' דוקא הלואה מאן דיזיף בצנעה יזיף אבל זולת זה אית ליה קול כמכר וקשה א"כ בפדיון הבן מא"ל הא ודאי אית ליה קלא ועכצ"ל דלית ליה קלא דתלו ודאי בפרעון דדרך האב לפדות בנו וא"כ אף זהו שלא פדה מכל מקום תו לית ליה קלא וצ"ע ודוק. וליכא למימר דהתוס' ס"ל שעבוד לאו דאורייתא ולא מהני קלא בלי שטר דהא התוס' מדמה למכר ובמכר רב ס"ל דגובה ממשעבדי אף דס"ל שעבוד לאו דאורייתא ש"מ דרב ס"ל בקלא לחוד תקנו חז"ל כמו שתקנו בשטר:

ח **ושחררו וכו'** יש לי ספק אם ראובן עשה אפותקי מפורש לעבדו ומת אי שמעון בנו מצי לשחררו דודאי יד בן כיד אב רק הואיל לא מצי היורש לסלק לב"ח בזוזי באפותקי מפורש כדמוכח מפ' המקבל ביתומים אומרי' אנו השבחנו וכו' א"כ אין כאן שיור ליורש וברשות דמלוה קאי בכל אופן דהא לא מצי לסלוקי בשום אופן ולכן צריך עיון:

ט **גובה חובו כו'** בגמרא דגיטין פרק השולח נחלקו בו ת"ק ורשב"ג דת"ק פוטר ורשב"ג מחייב ואמרינן במזיק שעבודו של חבירו קמפלגי ופסק הרמב"ם כרשב"ג דמחייב ומקשים הא בגמ' דב"ק קאמרי' בדף ל"ג דאם שחט המזיק שור תם למ"ד מזיק שעבודו של חבירו חייב חייב פחת שחיטה לשלם לניזק והרמב"ם בהל' נזקי ממון פ"ה השמיט דחייב לשלם פחת שחיטה ועיין בישׁ"ש ולקמן בסימן ת"ז וכמ"ש השׁ"ך. ונראה דרמב"ם ס"ל קנסא הוא דהא הוא רק גרמא וכן משמע בירושלמי. וס"ל סברת התוס' בריש ב"ב גבי מחיצת כרם כיון שמפסיד ג"כ לעצמו לא שייך קנסא שלא יגרום להזיק דהא לא יפסיד לעצמו וא"כ בשור תם דהא החצי שלו וכמו דמפסיד בשל חבירו כן מפסיד בחצי שלו א"כ לא שייך כן דמהכ"ת יעשה ולא קנסוהו ולכך פוטר כסתמא דברייתא

ודוק. והנה הראב"ד חולק וס"ל דאין הלכה כרשב"ג וקאמר דאין ראיה משורף שטרו של חבירו דבחבריה קעביד מעשה ובאמת עלה בלבי דס"ל לראב"ד דלכך אין הלכה כרשב"ג דבירושלמי אמרי' עלה דרשב"ג משום קנסא כר"מ דתנן שטר שיש בו רבית ר"מ אומר קונסין אותו ואינו גובה לא קרן ולא רבית ע"ש א"כ כיון דלא קי"ל כר"מ אף בהא לית הלכתא כרשב"ג ומעתה י"ל הא גבי שט"ח מוקדמין ס"ד אף הא אתיא כר"מ ודחינן לא כרבנן שמא יגבה מזמן ראשון וא"כ אף כאן בשלמא במזיק שעבודו של חבירו והוא לית ליה הנאה א"כ לרבנן פטור רק לר"מ חייב ולית הלכתא כוותיה אבל במזיק שעבודו ש"ח והוא אית ליה הנאה מיניה דמי לשטר מוקדמין או שזקף רווחא לקרנא אף לרבנן השטר פסול וקונסין אותו וכמ"ש התוס' ואף כאן אם לא נקנוס אותו יהיה רגיל לעשותו דהא אית לי' הנאה מיניה וא"כ ודאי חייב כמו לרבנן בשטרות הנ"ל ובזו ניחא כי לעיל בסימן ק"ד הביא הטור בשם הראב"ד דיורש ששעבד נכסי אביו באופן שב"ח של אביו אין יכול לגבות הימנו דיורשי חייב לשלם לבעל חובשל אביו דהוי מזיק שעבודו של חבירו וחייב וכבר עמדו המחברים בזה דדברי הראב"ד סותרים זה את זה דבהשגות פוטר מזיק שעבודו ש"ח ולפי מה שכתבתי ניחא דשם אית ליה רווחא דהוא פורע בו חובו של עצמו ובזה ודאי לכ"ע חייב כיון דמשתרשי' מיניה וכמ"ש וברור ודוק:

י **כמו קדושת הגוף** המחבר נמשך אחרי דעת תוספות ורש"י דס"ל כי אמרינן הקדש מפקיע שעבוד היינו קדושת הגוף אבל קדושת דמים לא והנה תנן במשנה בעירובין המקדיש נכסים והיה עליו כתובת אשה וב"ח הפודה פודה ע"מ ליתן לב"ח חובו וכו' וקאמר הגמרא למה הפודה פודה וכו' משום דר"א שלא יאמרו הקדש יוצא לחולין בלי פדיון וזהו לפירושם ניחא דמשנה איירי בקדושת דמים ואם כן קו' הגמרא למה לן פדיה כלל הא לא נפקע שעבודו ומשני מ"מ מפני מראית עין בעי פדיון אבל דעת הרמב"ם דאף בקדושת דמים מפקיע מידי שעבוד רק לאחר הפדיון חוזר הב"ח עליו ולכך מתחילה הפודה פודה אותם בדבר מועט כי יודע שאח"כ יבואו ב"ח ויטרפו ממנו והטור הביאו הכריע כדעת התוס' והנה דעת הכ"מ וכ"נ דעת הלח"מ והג"ת ברמב"ם דפריך הגמרא למה קתני הפודה פודה הקו' דלמה יפדנו אחר יתן מלוה ש"פ להקדש ויפדנו ויהיה לו בחובו וע"ז משני הגמרא שלא יאמרו הקדש יוצא בלי פדיון וצריך דוקא אחר ולא המלוה לפדותו והקשה הג"ת הא בפ"ב דפסחים אמרינן הקדיש לוה אתא מלוה פריק כדתנן וכו' והא לדעת הרמב"ם א"א למלוה לפרוק כלל ודוחק לומר דמלוה דנקט לאו דוקא רק איש אחר:

ונראה דוודאי ההבדל שיש בין אחר לב"ח הוא הב"ח אין נותן רק פ"א ויאמרו הבריות

הקדש יוצא בלי פדיון הראוי רק בש"פ משא"כ בפודה אחר הא נותן כל דמי פדיונו רק אינו נותנו הכל להקדש כי אם פ"א להקדש והנשאר לב"ח סוף כל סוף נתן כל דמי פדיונו וזהו נכון ולפי זה ה"מ לדינא דמשנה דהיה אסור לפדות ההקדש כי אם בשוי הראוי אבל לדידן ובזמן הזה דמותר לכתחלה לפדות שוה מנה בפ"א אם כן אין הבדל בין מלוה לאיש אחר דהכל פודין רק בפרוטה וא"כ גמרא דפסחים אתיא לזמן הזה והבעלים שוים כמו אחרים ולפ"ז לדידן אין נ"מ בין דעת התוס' והרמב"ם דלכ"ע צריך פדיון אפילו בקדושת דמים ובפ"א שפודה ב"ח גובה חובו ובזה"ז אפילו מלוה עצמו פריק וא"כ קשה על הטור לאיזה צורך הביא דיעות האלו והכריע כדעת התוס' דהא לדינא לא נ"מ וכבר נדחק בזה בפרישה ולא תי' דבר המתקבל בדעת ומה שנראה כי יש הבדל אי בעת הקדש פקעה שעבודו רק לאחר הפדיון חל חובו כמ"ש הרמב"ם או לא פקעה כלל ונ"מ דרך משל באפותקי דגובה שבח דיאמר קרקע שלי השביח כדלעיל בסי' קט"ו באריכות וא"כ אם הקדישה ובעודנו תחת הגזבר הושבח ונתייקרה ואח"כ פדהו לשיעת התום' דלא פקע בעת הקדש שעבוד כלל רק למראית עין צריך פריקה א"כ יטעון קרקע שלי השביח כמו בשארי אפותקי אבל לדעת הרמב"ם הא הוא בכלל עשה שורו אפותקי דהקדש מפקיע מידי שעבוד דלדידיה אין הבדל בין קדושת גוף לדמים ואם כי אח"כ לאחר הפדיון חוזר וניעור שעבודו מ"מ מה שהושבח בעת ההקדש קודם פדיון אין לו בו ולא שייך קרקע שלי השביח ונ"מ טובי ואפשר דאפילו בזוזי יכול הפודה לסלקו כי שעבדו של אפותקי נפקע בהקדש רק אח"כ חל עליו חובו תו ליכא אפותקי ומסלקו בזוזי ונ"מ טובי ולכך הכריע הטור כתוס' ודוק:

יא **בדבר מועט** אמרי' בעירוכין דף כ"ט האי גברא דאחרימנהו לנכסי וא"ל ר' יהודה שקול ד' זוזי ושדי בנהרא כדשמואל דאמר הקדש שוה מנה שחללהו על ש"פ וכו' ופריך הגמרא אפילו פרוטה נמי ומשני לפרסום מילתא ופסק הרמב"ם בהלכות עירוכין דבעי דווקא ד' זוזי ולא סגי בפרוטה. אבל הרי"ף בפ"ק דע"ז פסק פרוטה סגי והקשה הר"ן הא בגמרא בעי דוקא ד' זוזי. ונראה דסבירא ניה להרי"ף הא דבעי לפרסום מילתא לא בהקדש דיהיה ח"ו חשד דהוא מועל בהקדש בלי פדיון דבזה לא נחשדו ישראל למעול מעל בהקדש ועיין ריטב"א ב"מ פרק הזהב והבאתיו לעיל סימן ס"ו דעל הקדש כל אדם נאמנים דלא נחשדו שמעלו בהקדש רק שם דאחרימנהו לנכסים והיה מקו' לומר דנתכוון לחרמי כהנים כמו דאמר עולא באמת אלו הוינא התם הוי יהבי הכל לכהני ולכך צוה להשליך ד' זוז לנהרא לפרסם שסתם חרמים לגבוה ולא לכהנים אבל במחרים להדיא לגבוה או המקדיש א"צ פרסום וכמ"ש ולכך השמיטו הרי"ף ולדינא פסק הש"ש

כרמב"ם דבעי ד' זוז ונראה בהקדש דמים דלפי' רש"י ותוספת לא חל כלל רק מפני מראית עין הצריכו חכמים פדיון בזה לכ"ע סגי בזה בפרוטה כי אין מגמרא ראיה דאתמר בחרם גבוה דחל ד"ת:

יב **וי"ח וכו'** ולענ"ד במטלטלין ולא שעבדם בשטר לכ"ע יכול לאוסרן דהא כל חיליה דהתוס' דסברי דאין יכול הוא מדברי ירושלמי דפריך איך יכול לאסור בקונם על מזונות אשתו ומשני מזונת דרבנן הא ב"ח דאורייתא דקי"ל שעבודא דאורייתא לא מצי אוסר ואלמהו רבנן לשעבודיה דב"ח כמ"ש הרשב"א בתשובה סימן תרי"ח להדיא ע"ש. ולפ"ז במטלטלין דליכא שעבוד תורה ומצי למוכרן ודיתמי לא משתעבדי כלל א"כ אין כאן שעבוד על נכסים רק אקרקפתא דגברא מונח לפרוע ומכין אותו עד שיפרע אבל על החפצים לא חל שעבוד ולמה לא יחול הקונמות ולא שייך אלמהו רבנן לשעבוד דהא ליכא שעבודא עליה והרשב"א דייק דשעבודא דאורייתא וזהו לא שייך במטלטלין כלל רק על הבית דין לכוף אותו עד שיתחרט וישאל על נדרו כמ"ש הר"ן ומגיד משנה. ומהך דאיצטלא דפרסה אמיתנא אף דהוי נמי כמטלטלין אין ראיה דשם של האשה היה שהכניסה לו ואלו מוכרו היא מוציאה ופשיטא דאלמוה רבנן לשעבודא ולכך הוצרכו התוספות לעשות חילוק בין אסרו לב"ח או לכ"ע אבל במטלטלין של לוה לכ"ע הדין עם וי"ח:

סימן קיח

א **וה"ה לאשה בכתובה** ודעת התוס' בכתובה לא איבדה ועיין אורים ואין להקשות לשיטת התוספות הא דקחשיב הגמרא בריש אף ע"פ תנאי כתובה ככתובה לכמה דברים למה לא קחשיב להא נמי לענין דכתבה לשני דלא איבדה מראשון דבב"ח אבד. דשם לא נאמר אלא מה שהקילו חכמים גבי כתובה וקמ"ל דאף לענין תנאי כתובה הקילו משא"כ זה הטעם דלא בריר לה שתגבה ולכך לא הוי מפסדת בידים וזהו הטעם שייך אף בתנאי כתובה וא"כ מהכ"ת נחלק בין כתובה לתנאי כתובה וגם בב"ח גופיה אם הלוה לו והתנה שאם ימות המלוה בחייו שיפסיד חובו ג"כ הדין כן דלא בריר ליה הגבייה וא"כ אין זה תליה בכתובה כלל ולכך לא הקשה תוספת כך כמו שהקשו מהא דב"ח נוטל בראוי בשילהי יש נוחלין ופשוט:

ב **אבל אם כתבו לראשון כו'** הסמ"ע וב"ח נדחקו מה קמ"ל בזה ונראה דמיירי דכתב לראשון סתם כל נכסיו שיהיה לך מלוה שלי ידי מסולקת הימנו וא"כ אם השני מכר נכסים לראשון אין לבעל חוב שעבוד עליו דסילק עצמו ממנו בכל אופן וה"א א"כ זה

השני ג"כ יכול לומר אי שתקת וכו' ואם לאו אהדר שטרא דהיינו אמכור לראשון כי בלאו הכי צריך קנין חדש ולא תוכל לגבות ואף ממני לא תגבה דה"ל כאלו הוא מהודר קמשמע לן דלא אמרינן כן:

ג **טורף** וכתב הסמ"ע הא דלא מצי טוען אי שתקת וכו' דיש לומר לכי תהדר והקשה הש"ך הא הטור השיג ארמב"ם דס"ל אם כתב ללוקח ראשון דין ודברים אין לי עליך ומכרה לשני דמוציא מיד השני והקשה הטור יטעון הלוקח שני אי שתקת וכו' ולא אמרינן לכי תהדר ובאמת בסימן קי"ט מבואר גם כן דעת התוספת והרא"ש דלא אמרינן לכי תהדר עיין שם. וכבר עמד בזה בפרישה ותירץ בדוחק. אבל באמת לא קשה מדי כי בסימן קי"ט אמרינן מהדרנא שטרא למרא ויש לו רווח כי עכשיו טורף ממנו עדית ואחר כך אם יהדר יגבה רק זיבורית ומהכ"ת לא יחזיר וא"כ אנו דנין כאלו מהודר. וכן בלוקח שני שלקח מראשון כדינו של הרמב"ם שלקח במעות ואם יהדר יגבה מעותיו מן לוקח ראשון מה שנתן עבורו יהיה פירושו אבטל הקנין או אקנהו בקנין חדש סוף כל סוף מקבל מעותיו תמורתו מלוקח ראשון מה שנתן לו ואם יטרפנו ב"ח מפסיד ופשיטא דיהדר וה"ל כמהודר מה שאין כן כאן דטורף מן לוקח שני בחנם וא"כ אם יבטל הטרפא יפסיד חובו דהא מבטל הטירפא ואם יטרפנו הבעל חוב הראשון ג"כ מפסיד וא"כ ליכא רווחא ומהכ"ת נימא דהוי כאלו מהודר ואין לומר דיעשה קנוניא עם הלוקח שני לקנוניא לא חיישינן ועוד וכי לוקח טוען ב"ד דטוענין כן ללוקח אי שתקת וכי יטענו בית דין קנוניא ואם יחזיר הטירפא אין לו כלום ויותר טוב שעכשיו עושים פשרה ודבר זה נכון ואמת ותמהני מפרישה שלא הרגיש בו. והנה הש"ך תירץ דשאני הכא דטירפו בא מכח הלוה. ופירוש לדבריו נראה כי הך מילתא אי שתקת וכו' הוא רק לשון מושאל דא"כ תמיד נימא כך ולא יגבה אי ל"ל דאקני מבעל חוב דאם שתקת ואם לאו אמכור לאחרים וקנה ומכר לא גבי רק באמת הכוונה לשון מושאל הריני בא מכחו ולמה אגרע ולו יהיה שיהיה ביד דאתית מיניה לא היה גובה ולמה אגרע ולכך בדינו של הרמב"ם לוקח שני טוען למה אגרע מלוקח ראשון שבאתי מכחו. וכן לקמן הלוקח טוען למה אגרע מאלו היה ביד מוכר אין לך אלא זיבורית אבל כאן הלוקח ראשון שיש לו השדה הנטרפת אינו בא מכח לוקח שני רק הוא אומר אני מוקדם ושעבודי קדם א"כ לא שייך למה אגרע מכחו הלא אינו בא מכחו וא"ש אבל מכל מקום לענ"ד תירוץ של הסמ"ע יותר מסתבר:

ד **לבעל חוב אחר מוקדם** הסמ"ע הקשה מה לי שהוא מוקדם או מאוחר תיפוק ליה דהוא אפותקי ועיין שם דדחק ולי נראה אם יש כאן שדה אחת שהיא אפותקי ושדה

אחת אינו אפותקי ובא ב"ח מוקדם לטרוף יכול לטרוף מאיזה שירצה ולא יוכל לומר בעל אפותקי גבה מזו שאינו אפותקי כי זהו משועבד לי והוא בכלל אין נפרעין מן נכסים משועבדים במקום שיש ב"ח כי זהו לגבי לקוחת אבל לגבי אפותקי לא תקנו דאין לו על הקרקע רק שעבוד ומצי הלוה לסלקו בזוזי א"כ יאמר שעבודי קודם ובכל מקום שארצה אגבה ומכ"ש לפי מ"ש הסמ"ע דאיירי באפותקי סתם א"כ פשיטא דאין עליו רק שעבוד כל דהו ואינו בגדר הנ"ל ואין בעל אפותקי יכול לעכב עליו וא"כ הרי ב"ח טורף מלוקח ראשון ואי דיש כאן לוקח שני הלוקח ראשון אומר אי אפשי בתקנת חכמים שהוא נתקן לטובתי ולוקח ראשון גובה מלוקח שני ובעל אפותקי יצא נקי כי אין לו על שדה שניה כלום ומה חוזר חלילה יש כאן ומה צורך לפשרה. ולכך קתני דבעל אפותקי הוא מוקדם וא"כ אף אם יגבה ב"ח מן לוקח ראשון שדה הנעשית לו אפותקי בעל אפותקי המוקדם חוזר וגובה ושפיר יש כאן חוזרת חלילה. וא"ש ולק"מ. והנה הך גוונא הנזכר פה בש"ע פי' הראב"ד בגמרא וכן בעל חוב ושני לקוחות כמ"ש הבעה"ת ונראה דגם התוס' מפרשי כך דשם בכתובות דף צ"ה ע"ב ד"ה וכן ב"ח וכו' הקשו תרתי ל"ל ותי' דה"א דלכך בקדמייתא הראשונה מוציאה מיד השניה כיון דאין לשניה כ"כ פסידא שתוכל לגבות מבעלה כו' עכ"ל והקשה מהרש"א א"כ ב"ח ולוקח נמי יכול לגבות מהמוכר דהא לקח באחריות. ועוד כל הני דקתני איירי דלא נשאר ביד מוכר כלום הן בעל חוב והן משעבדי דאל"כ יטענו הנחנו לך מקום. וע"ש דדחק ולפי הנ"ל ניחא דכבר ידוע מ"ש רמב"ן בחדושיו לב"ב דבאשה אפילו אפותקי מפורש מ"מ אם שטפה נהר גובה משאר נכסים מתקנת שמעון ב"ש שיהיה כל נכסים אחראין. ולא הורע כחה בשביל שיחד לה שדה אחת. ועיין רא"ש בפרק השולח. וא"כ אלו הוה קתני רק בבא ראשונה ה"א דמיירי דיש לשני נשיו אפותקי (או דמיירי באותן ג' שדות ועיין ברא"ש פרק אלמנה נזו' דבג' שדות הללו א"י לסלקה בנכסים אחרים דתטעון באלו אני חפץ ומ"מ אם נאבדו כל נכסים אחראין) וא"כ איירי דיש לבעל נכסים מ"מ היא גובה מלוקח הקנה אפותקי לולי שכתבה דין ודברים אין לי עמך ולכך באה השניה באפותקי שלה לגבות ובא' הראשונה ומוציא מיד שניה וחוזרים חלילה ומ"מ אין לשניה פסידא דאם יטרוף ה"ל כשטפה נהר וגובה משאר נכסים בכתובה מתקנת שב"ש. ולכך קתני בב' לקוחת ובלקוחות בממ"נ אי לית ליה אפותקי ע"כ דלית ליה למוכר שאר נכסים דאל"כ יאמרו הנחנו לך מקום וא"כ אית ליה ללוקח פסידא. ואי איירי באפותקי א"כ פשיטא דאית ליה פסידא דהוי כשטפה נהר אם קרקע זו שהיה משועבדת לו נטרף הימנו. וא"כ שפיר מוכח אף דאיכא פסידא מ"מ חוזרים חלילה ודברי התוס' מיושבים.

ובאמת יש עוד דרך שחוזרים חלילה שני ב"ח זה אחר זה ולראשון כתב דאקני ולא להשני ומכר השדה וכתב ללוקח דאקני וקנה ומכר וכתב הב"ח הראשון ללוקח אחרון דין ודברים אין לי עמך א"כ א"י לטרוף לא ממנו ולא מלוקח ראשון דטוען הנחתי לך מקום דהא שעבודך דאקני וחוזר הב"ח השני דלית ליה דאקני וטורף מלוקח ראשון דהוא לא מצי לומר הנחנו לך מקום דל"ל דאקני והלוקח ראשון טורף מלוקח שני דלו אית דאקני ובא ב"ח ראשון וטורף השדה ההיא מלוקח ראשון דלא כתב לו דין ודברים ובא לוקח שני וטורף מב"ח וכן כולם וכו' עד שיעשה פשרה והדין דין אמת ואפשר דלא בקשו לפרש כן דא"כ תפשוט דאקני משתעבד והך הוא איבעיא בב"ב ולאוקמי כר"מ דחוק ודוק:

סימן קיט

א **אלא עדית** כך דייק הרא"ש בב"ק מלשון רש"י והכריע מסברא דאפילו עדית והיש"ש חולק כמ"ש באורים ותמה הש"ך איך נעלם ממנו דברי רש"י בכתובות דשם מבואר ברש"י להדיא דאפילו לא נשאר ביד שמעון הלוקח הראשון רק עדית רצה גובה הימנו ובאמת גם על הרא"ש כבר תמה הדרישה מה זה שנתחבט בכוונת רש"י עד שהכריע בסברא דאפילו עדית גובה מה שאמורה בכתובות ברש"י להדיא והעלה דלא היה להרא"ש גי' זו ברש"י בכתובת וא"כ אולי היש"ש על דרך הרא"ש וגי' שלו פלפל. אמנם בגוף הדבר קשה לומר דהיה להרא"ש גי' אחרת. ולכן נראה או דברש"י לא משמע דס"ל כמ"ש הרא"ש דאי אמר הב לי זיבורית טפי פורתא דאין מחויב ליתן לו רק אם גילה דעתו דרוצה ליתן לו כמו יוקרא דלקמי. כי רש"י לא הזכיר וסתמא כפי' כמ"ש כל מפרשים דמחויב ליתן לו זיבורית כזולא דהשתא וא"כ הא דקתני בראובן שמכר כל שדותיו לשמעון ומכר שמעון ללוי רצה מזה גובה רצה מזה גובה ל"ל דלא נשאר ביד שמעון רק זיבורית דפשיטא דיהול לגבות הימנו ולא מצי למימר כלך אצל לוי דהא אם כל שדות בידו והוא רוצה זיבורית צריך ליתן לו ובשביל שהרחיק שעבודו יוגרע כחו. זהו מהנמנע ועכצ"ל דקמ"ל בעידית בידו ואלו כל השדות בידו א"י לומר תן לי עדית אבל השתא דהרחיק צריך ליתן לו. והדבר מוכרח אבל הוא הרא"ש נסתפק לדינא ולשיטתו דס"ל דלא מצי לכוף אותו תן לי זיבורית וא"כ ה"א אף אם לא נשאר רק זיבורית ביד שמעון יכול לומר כלך ללוי ששם שעבודך כי שם בינונית קמ"ל דלא וא"ש אף אם בידו רק זיבורית אבל בעידית בידו י"ל דאינו גובה ושפיר נסתפק או יותר נראה כי הרא"ש נתן טעם מה לי שאטריח עצמי לגבות מלוי ורש"י כתב בכתובות מה לי להטריח את

לוי לגבות הימנו ונראה דתליא אם שמעון מכר ללוי שדה באחריות או שלא באחריות כי אם מכרה באחריות שפיר טען מה לי להטריחו כי אם אטרוף ממנו עליה דידך הדר וזהו שכתב רש"י מה לי להטריח את לוי ולא כתב אזיק ללוי כי באמת הוא באחריות ובזו לכ"ע אפילו עדית יכול לגבות דיאמר מ"ש אם אגבה מלוקח שני הוא יטרוף ממך עדית. אבל הרא"ש מיירי בלוקח שלא באחריות וא"כ הלוקח ראשון צועק כלך אצל שני ושם תגבה ולא יחזור עלי כלל כי הוא שלא באחריות בזו הוצרך הרא"ש ליתן טעם דמ"מ יאמר מה לי לטרוח ולמה הרחקת שעבודי וא"כ בזו יפה נסתפק ביש לו רק עדית אי מצי לדחותו לגבי לוקח שני כיון שאין כאן רק הטרחא ולוקח שני תו לא יגבה מראשון וא"ש ודוק כי ברורים הדברים:

ב **וגובה ניזק בעדית** העלה הסמ"ע וכן דעת רוב מחברים אע"פ שלא עמד בדין דנזיקין יש לו קול והקשה הש"ך דלעיל סימן ס"ו סל"ה הביא מחבר תשובת רשב"א דס"ל מוחל שט"ח מזיק הוא ואינו גובה משעבדי עד דיכתוב שטר ואפילו לקוחת שקנו אחרי מחילתו ולפי מש"ל בסימן שפ"ו דאף הפוסקים דס"ל דינא דגרמי דינא ולא קנסא מ"מ יכולים לסבור דהוא דרבנן רק ס"ל רבנן קבעוהו לדינא ולא לקנסא דנ"מ דאף היורש צריך לשלם וכמו כן לכל הפרש שיש בין דין לקנס אבל מ"מ מודים דהוא דרבנן וא"כ שהוא דרבנן במילתא דרבנן לא שייך שעבודא דאורייתא והיכי דלא שייך שעבודא דאורייתא לא אמרינן קלא אית ליה דמה בכך הא מ"מ ליכא שעבודא וכן מוכח מגמרא סוף ב"ב וכ"מ מתוס' ב"ק דף י"ד ע"ב ד"ה ש"מ וכו' וא"כ פשיטא דצריך שטר. אבל בלא"ה נראה הך דין דלעיל סימן ס"ו הם דברי תשובת רשב"א והרשב"א נראה דס"ל לחלק בין נזקי ממון שורו שנגח ובין אדם שהזיק ומחל שטרו כי הוא בחדושיו לב"ק הקשה למה יגבה נזיקין מלקוחת ותי' דנזיקין אית ליה קול דאמרינן לקמן בפרק המניח בשור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים האי נמי קלא אית ליה דכיון דנגח תורא נגחנא קריה ליה וכיון שכן אגב האי קלא נפיק למה שהזיק עכ"ל הרי דכתב להדיא דלכך אית ליה קלא בדרך אגב הואיל ונפק אשור דהוא נגחן אבל זולת זה לית ליה קלא וא"כ לק"מ דכיון דמוקי ליה בנזיקין נזקי ממונו כמ"ש להדיא ולעיל הוא דהזיק לית ליה קלא וא"ש ודוק. ובהא י"ל דלפי דקי"ל דנזיקין יש לו קול וא"כ אף למ"ד שעבודא ל"ד מ"מ יש לו לגבות משעבדי דהא רב ס"ל מוכר שטרו בעדים הוא דאית ליה קלא גובה משעבדי דאף דאית ליה שעבודא ל"ד וכ"ת א"כ מה פריך הגמ' שילהי ב"ב לרב מהך דיורשי בעל הבור חייבים לשלם. ולפי מ"ש ניחא דנזיקין דהתם לית ליה קלא וא"ש אבל הרשב"א בבב"ק דף י"ד דכתב בשם התום' דוקא למ"ד שעבודא דאורייתא מהני קלא לניזקין לגבות משעבדי

הורגש דהא במוכר ס"ל לרב דגובה וחילק בין קלא לקלא דקול אלים כמו מוכר אף לרב גובה אבל קול דלא אלים כמו נזיקין אינו גובה רק למ"ד ש"ד וא"כ בלא"ה לק"מ. אבל הגה"ת הרא"ש והרבה מחברים כמ"ש הב"י והש"ך דס"ל דבעינן דוקא עמד בדין או קנין וזולת זה אינו גובה ואליבם קשה הא גמרא ערוכה בב"ק דף י"ד בפני ב"ד פרט למוכר נכסיו ואח"כ הולך לב"ד ופריך ש"מ לוה ומכר נכסים והלך לב"ד אינו גובה והדר הגמרא וקאמר אלא פרט לב"ד הדיוטות ש"מ דהך דינא ליתא ובמוכר נכסיו קודם שבא לב"ד מ"מ גובה ניזיק ואיך כתבו הם דאינו גובה ול"ל דס"ל דסוגיא גמרא למ"ד ש"ד והם פסקו ל"ד דמלבד דדוחק דיהיה דעתם נגד סתמא דגמרא אף גם הא זהו ודאי להפוסקים שעבוד ל"ד מודים במלוה כתובה בתורה ש"ד כמ"ש הש"ך לעיל סימן ל"ט ואם כן עדיין קשה ולכן לא הבנתי דהש"ך הניח דין זה אם גובין ממשעבדי בלי העמדת בדין בצ"ע כי ברור לפי דעת ממש רובם ככולם בנזיקין ודאי ש"ד תו ליכא ספק כמ"ש הגמ' ואפשר בשור המזיק כ"ע מודים רק דחיקי ליה לומר סתם נזיקין מיירי דוקא בנזקי שור ולק"מ ודוק:

ג **יש מי שאומר ששומעין לו וכו'** הסמ"ע והב"ח כולם תמהו על הטור ומחבר דהביאו מחלוקת כשלשתן ביום א' אי מצי מדחי והמעיין בבעה"ת יראה דאף הרמב"ן דחולק לא אמרו בנכתב ביום א' דז"ל הרמב"ן שם בבעה"ת שער ד' ח"א דין ג' והא דגרסינן בפ"ק דב"ק מכרן כולם כאחד נכנסו תחת הבעלים דוקא קאמר כאחד כגון שהיה כל שטרות יוצאים ביום אחד ממש וכו' דלא בירושלים עסקינן דכותבין שעות ולא חיישינן דלמא כתב ומסר לזה וקי"ל ב' שטרות היוצאים ביום א' יחלוקו או שודא הלכך הכא או בחלוקה או מדין שודא מוקמינן ליה אדינא ונכנסו תחת הבעלים דהיינו שודא דרבנן אבל מכרן זא"ז ולא נתברר מי מקודם דוחין אותו עד שיביא ראיה כו' עכ"ל. והרי מבואר דביום א' לא חולק הרמב"ן כלל והוא גמרא ערוכה והאריך בו בדרישה ותי' לחלק דגמרא איירי דנא טען הלוקח כן רק אנן יש לטעין כזו ביום א' לא טענין אבל באין בו זמן אנן טענין ליה. ולכך כתב בסמ"ע דש"ע איירי דהלקוחות טוענין ודבריו דחוקים כמ"ש בעצמו בדרישה ואין לו שרש דמ"ש יום א' מכמה ימים עד שחילק הרמב"ן בינייהו וכמו דיש לספק בלי זמן דלזה נמסר תחילה כן יש לספק ביום א' דלמא לזה נמסר תחילה דע"מ כרתי ואפילו לר"מ שוה יום א' לכמה ימים אם אין בו זמן וכמ"ש הר"ן וריטב"א בכתובות בשמעתא דב' שטרות היוצאים ביום אחד וכו' דמה לי יום א' או חודש א' או שנה אחת או שמיטה א"ו כמו דיש לספק בזה כן יש לספק בזה בשעות ולר"מ ג"כ אין חל עד זמן המוברר דאז ע"ש כרתי ע"ש וא"כ מה זה לחלק בין אין בו זמן לנכתב ביום א' כמו שהאריך בזה הדרישה. ולכן ברור החילוק ברמב"ן אם ידוע שנכתב או נמסר קודם

חבירו רק א"א להתברר כי אין בו זמן או שאינו ידוע רק נכתב ביום א' ויש רק חשש אולי נמסר א' קודם לחבירו וזהו מבואר שם דהנדון שנשאל עליה הרמב"ן היה כמ"ש הבעה"ת בריש פסקא דמכרי זא"ז בכמה ימים בהחלט רק לא נודע מי בראש הואיל ואין בו זמן וע"ז שאל אי מצי כל לוקח לדחות אני הראשון והנחתי מקום וע"ז השיב דמצי מדחי וכתב דהא דאמרי' בב"ק דנכנסו תחת הבעלים דהתם ביום אחד כיון דלא כתבינן שעות לא חיישינן דלמא כתב ומסר וכו' והיינו דיש כאן ספקא אם היה כאחד או דלמא מסר לזה תחילה ע"ז כתב דכולי האי לא חיישינן והיינו שודא דרבנן לומר דהיה כולן כאחד ויש כאן ספיקא אולי היה כאחד ואת"ל לא היה כאחד אולי זה לבסוף ולכך השודא דיכנסו תחת הבעלים אבל מכרן זה אחר זה פי' דידוע שהיה זה אחר זה רק לא נודע מי קדם בזו הממע"ה וזהו בירור הדברים ברמב"ן ואין חילוק בין יום אחד לאין בו זמן רק ההבדל אי ידעינן דהיה מכירה זה אחר זה או דאנן מספקינן אבל הזמן אינו מורה כי הכל ביום א' ולא כתבינן שעות כבירושלים. וזהו ברור וא"כ נסתר כל דברי הסמ"ע דמה שייך לטעון ברי הא כל ספק ביום א' הוא אולי לא היה קדימה והחילוק מבואר כמ"ש וזה פשוט וברור. וכן נראה מדברי הב"ח והקושיא במקומו. ומ"ש הב"ח לתרץ דהטור מיירי דידוע דנמסר לא' תחילה זהו דוחק ג"כ בלישנא דהטור והמחבר דה"ל לברר הענין ולכתוב דברים כהוויתן כמ"ש הרמב"ן ולכן נראה כי הרמב"ן דכתב היינו שודא דרבנן להיות נכנס כל א' תחת בעלים הוא דוחק דעד כאן אמרינן יחלוקו או שודא באין אחד מוחזק כהך דב' שטרות על שדה א' אבל באחד מוחזק לכ"ע הממע"ה וכ"כ מהרש"א שם בכתובות להדיא לשטר הלואה ושטר מכר אם יוצאים ביום א' אין המלוה גובה כלל מן הלוקח כיון דהוא מוחזק הממע"ה ע"ש וצ"ל לחלק דשם י"ל דלא משתעבדי כלל אבל כאן שדה אחת ודאי משתעבד ולכך עבדינן שודא אבל מ"מ זה דוחק. רק הרמב"ן היה מוכרח לכך דהא מבואר בגמ' דלקחו ביום א' אע"ג דאיכא למימר חד קדים מ"מ נכנסו תחת הבעלים וצ"ל כתי' שלו ול"ל דלמא הך ברייתא מני ר"מ היא ולדידיה יחלוקו והיינו חלוקה דנכנסו תחת הבעלים והא דקאמר הגמ' דאיכא למימר היינו דאף לר"מ יתכן דמכרו לא' קודם ותיכף קונה רק הואיל וס"ל עדי ח"כ אין נגמר הקנין לענין יחלוקו עד סוף היום וכמ"ש הר"ן באריכות בפרק המגרש ע"ש בהשגתו על הרמב"ן וא"ש ומיושב דקדוק רשב"א בחדושיו דלר"מ לא שייך. דא"ל חד קדים דלפמ"ש א"ש דבאמת חד קדים ומ"מ חל כאחד ע"ש' דרמב"ן אזיל לשיטתו כמ"ש הר"ן שם דס"ל בעצתו עמוקה דאף לר"מ לפי דלא קי"ל עדים בחותמים זכין לו רק כר' אסי אף לר"מ לזה שמכר תחילה קונה בלי שיור ואף אליביה אמרינן שודא וא"כ הך ברייתא דב"ק

לדידן איך מתוקמי ולכך הוצרך לומר דהיינו שודא דרבנן להיות נכנסו תחת הבעלים. אמנם הרמב"ן אזיל לשיטתו דס"ל בחדושיו לב"ב שודא היינו חכמים נתנו ביד הדיין לעשות כטוב בעינו מבלי אומדן דעת הנותן למי הקדים או האחיר וא"כ א"ש דכאן כך הוא שודא דחכמים ודיינים לעשות בזה שיכנסו תחת הבעלים. אבל לפי דעת הטור והש"ע לקמן סימן ר"מ דפי' שודא היינו לאמוד דעת ולהשכיל מי היה הראשון א"כ לא שייך בזה תירוץ הרמב"ן דהיינו שודא דהא לא תליא כלל ביד הדיין וה"ל שיחקרו באומד מי שהיה אחרון ממנו יגבו ואיך אמרו לגבות מכולם הא אין ביד הדיין לעשות כרצונו: אך הם אזלי לעומת זה לשיטתן דלא ס"ל כרמב"ן בעצתו העמוקה וכמ"ש הר"ן דליתא בפרט הטור פסק עבחז"ל ומ"מ פסק שודא היינו דפסק בסימן נ"א כר"א. ע"מ כרתי וכן המחבר. וא"כ שפיר י"ל הך ברייתא ר"מ היא אבל לר"א דע"מ כרתי איך נוציא מספק ושודא לא שייך כאן כי אין הדבר תלוי ברצון הדיין כלל. וא"כ יפה העתיקו דברי הרמב"ן אף על לקחו ביום א' דלא שייך שודא לדידן ומגמ' אין ראיה כלל והם נכונים וברורים ובחדושי אמרתי הא דמשני הגמרא שם בב"ק דהך ברייתא איירי ביתמי דהוא לכאורה דוחק דיתמי מאן דכר שמיה אבל לפי הנ"ל ניחא דהא ר"מ ס"ל בנזיקין כתובת אשה בינונית רק ה"מ בגרושה אבל מיתמי אף ר"מ מודה מזיבורית והנה כאן דישנו ביד לוקח צ"ל הא דב"ח נוטל מבינונית אף דאלו היה ביד יתומים היה נוטל זיבורית מ"מ גבי לוקח מבינונית והטעם י"ל כמ"ש שם בגמרא דערב לב"ח צריך לשלם בינונית אף דיתומים משלם זיבורית וא"כ ה"ה לוקח דנכסי בר נש ערבין משא"כ כתובה אמרינן שם דערב פורע בזיבורית דהואיל דעיקרה לאחר מיתה א"כ אף מלוקח אין לה אלא זיבורית דהוי כערב וא"ש וא"כ ברייתא ע"כ ר"מ היא דס"ל עדי חתימה כרתי וקשה לר"מ הא כתובת אשה בבינונית ועכצ"ל ביתמי ובזה בכתובה דעיקרה לאחר מיתה אף מלוקח גובה לר"מ מן זיבורית כמו ערב וא"ש וק"ל:

אך קשה להיפוך ר"י דחולק ארמב"ן ונתן טעם דהואיל דאינו ניכר מתוך השטר קנין שלשתן לא חל אלא עד סוף היום ואז חלו כאחד דזהו הכלל ר"מ דס"ל ע"ח כרתי אבל לר"א דס"ל ע"מ כרתי ליתא לזה וכ"כ התוס' בפי' בשם ר"י בכתובות דף צ"ד ד"ה לימא דלר"מ הוא דאמרינן כן אבל לא לר"א דס"ל ע"מ כרתי ואנן קי"ל כר"א ואפילו לר"מ הא כתבו התוס' שם ה"מ בשטר קנין אבל בשטר ראיה ושדה נקנית בשאר קנינים לכ"ע אפילו ביום א' לא אמרינן סוף היום משויה ליה קנין וא"כ איך סתם פה ולא חילק בין שטרי קנין לשטרי ראיה וצ"ע. ודוחק לומר כי נמשך בתר דעת ר"ת דס"ל שם בשמעתא הנ"ל דלכך בשני מלוין וב' כתובות אמריק דיחלוקו דחשו לנעילת דלת ועשהו כאלו

שעבוד אינו חל אלא לבסוף היום ואף כאן מחמת. תקנת הב"ח כמ"ש רשב"א דא"כ כל אדם יערים להפקיע חובו וימכור כל נכסיו ביום א' עשהו כאלו אינו חל הקנין אלא עד סוף היום וזה דוחק בכוונת הר"י. אבל מ"מ לדינא נכון כדבריו מטעם שכתב רשב"א והר"ן הוסיף דה"ל כשנטדף ב"ח דגובה משעבדי:

ד **וכתב להם דאקני וכו'** מזו ראיה דלא כש"ך דכתב לעיל בסימן קט"ו דדאקני לא מהני לכתובת אשה דהא חד מנייהו כתובת אשה ומ"מ גובה. ואף לפמש"ל דלכושל יהבינן ה"מ בדלית. לנכסיו כדי לגבות שניהם אבל כאן דיש רק הבדל בין זיבורית לבינונית בזה לא שייך לכושל:

ה **דוקא שמת המוכר וכו'** והרי"ף והרמב"ם (ונמשך אחריהם המחבר) השמיטו דס"ל דלמסקנא לא קאי ותמהו המחברים דהא הך סברא מבואר בגמרא ואין לדקדק על רמ"א דנמשך אחרי הטור והרא"ש הא בפרק החולץ דף ל"ז ע"ב ס"ל לר' אבא בספק ויבם דקם דינא וס"ל דזהו הטעם גבי מי שאבדה לו הדרך דקי"ל יקח הדרך במאה מנה משום דקם דינא ולא משום דאי שתקת והגמ' דחי ליה די"ל לא קם דינא רק משום אי שתק'. והטור והרא"ש לא פסקו שם בהחלט כר"א רק כתבו דהוי ספיקא ש"מ דס"ל דיש לומר אי שתקת וכו' וא"כ אף כאן מספיקא לא מפקינן מיד לוקח אבל הרמ"א דלא הגיה בא"ע סימן קס"ה על דברי המחבר דפסק בהחלט דקם דינא ש"מ דלא אמרי' אי שתקת כלל ולמה הביא כאן דברי הטור והרא"ש דאמרי' אי שתקת די"ל חדא דס"ל כמ"ש במקום פסידא לא אמרינן אישתקת ולכך אצטרף לקם דינא. וכאן לא הוי פסידא כ"כ דהא אין כאן הבדל בגוף גביה רק בין עדית לבינונית וכדומה. ועוד עיין מש"ל בסוף קונטרס התפיסות ותראה מ"ש בישוב הרמב"ם דאף דקי"ל קם דינא טעמא דאי שתקת אמת וא"ש ע"ש. והנה הרי"ף והרמב"ם דס"ל למסקנא לא קאי הך סברא אי שתק' וי"ל מנלן זה מה דסתם גמ' קאמר ומוקי ליה ביתמי וכמ"ש מהרש"ל ביש"ש וביחוד קשה על רמב"ם דגבי מי שאבדה דרך נקט הטעם משום אי שתק' ולא משום דקם דינא ע"ש ועיין מש"ל בזה. ונראה דהיה להם הוכחה דגם ברש"י יש להבין דכתב הב"ע דמת המוכר ולא הניח נכסים דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי וכו' ויש להבין מה ביקש רש"י בזה אי משתעבדי או לא בממ"נ אי משתעבדי ע"כ דגם מטלטלין לא הניח דאל"כ יטעון הלוקח הנחתי לך מקום ואין כאן ענין כלל להך אי מטלטלין דיתמי משתעבדי או לא. אמנם נראה דרשב"א בחדושיו הקשה מהדרא ליה ודאי בפרעון קאמר וא"כ ביתומים גדולים להדר וה"ל יתומים שגבו קרקע בחוב אביהם ב"ח חוזר וגובה (ובאמת הך דהחליט רשב"א ודאי בפרעון קאמר לא הבנתי דלמה לא נימא דאין חייב לאביהם כלום שכבר

פרע דמי מכירה רק סתם מהדרא שטרא למרא בתורת מקח ועוד אי ס"ל דזולת תורת פרעון א"א להדר א"כ מה דוחקיה דגמרא לאוקמי ביתמי כדי שלא יהיה שייך מהדר שטרא למרא לוקמי במוכר חי ולית ליה למוכר זווי גבי לוקח וא"א למהדר. ונראה אף דאין לשון הרשב"א כך משמע מכל מקום הכוונה נכונה דהא יכולים הלוקחים להודות שחייבים לאביהם כאודייתא דאיסר גיורא אף שאינו חייבים באמת. וליתן להם שדה זיבורית בתורת פרעון וה"ל יתומים שגבו קרקע וזהו נר' כוונתו) וקושיא עצומה היא. עד שרשב"א ביקש לפרש דמיירי ביתומים קטנים שהוא רשב"א יחיד בפי' הזה נגד כל מחברים ועיין מש"ל בסימן קי"א מזה. רק מבואר בגמרא בפ"ב דפסחים דקושית הגמרא הא החוב הוי ליה מטלטלין דיתמי לא משתעבדי ומה בכך שגבו קרקע אחר כך הא מכאן ולהבא גובה ותירוץ הגמרא דמשעבדא מדר' נתן וכו'. והנה בקדושין דף ט"ז ע"ב קאמר ר' שמעון הא מני תוטאי היא דאמר לו ולא לבעל חוב ודייקו מחברים דמזה משמע דר' ששת לית ליה דר"ן. ועיין שם דף ט"ו בתוספות ד"ה ואידך ובמחברים ולפי זה דלית ליה לר' נתן אף הך דר' נחמן יתומים שגבו קרקע לית ליה כקושית הגמרא דהא הוי ליה מטלטלין דיתמי. וא"כ ל"ק קושית רשב"א וזהו שדייק רש"י לישב קושית רשב"א וכתב במוכר שמת ולית ליה ודלא תקשי הא יכול ליתן בפרעון ולזה כתב במטלטלין דיתמי לא משתעבד כלל. ואם כן לא מהני לשיטת ר"ש בפרעון דעדיין ה"ל מטלטלין וביתומים שקנו אח"כ ודוק וא"כ קשה נדידן דקי"ל כר' נתן וכר' נחמן דיתומים שגבו קרקע ב"ח גובה הקושיא לדוכתיה לימא מהדר שטרא למרא אפילו ביתומים כקושית רשב"א ותירוץ רשב"א ביתומים קטנים לא ס"ל לדינא כמש"ל בסימן קי"א ועכצ"ל דבמסקנא לא קאי הך סברא דאי שתקת כלל:

אך קשה לפי זה דהדר הגמרא מהך סברא אי שתקת עדיין קשה מה דוחקיה לתרץ דיאמר אי אפשי ובריית מיירי בלקת בעידית באחרונה נוקמי כסלקא דעתך בגמרא דמכרן בבת אחת ואי דק' קושית הגמרא השתא לג' וכו' דהא טובא קמ"ל דלא נימא אי שתקת וכו' ואם כן אף דקנה בבת אחת מכל מקום יפסיד הניזק מבלי ליקח בעדית קמ"ל דלא. וטובא קמ"ל נגד סלקא דעתך דגמרא בשלמא להרא"ש וטור הא באמת מצי למימר כן רק ביתמי וביתמי תו ליכא רבותא וקשה מה קמ"ל אבל להרי"ף ורמב"ם קשיא. ונראה לישבו בשני אופנים והוא כי כבר עמד בזה הרשב"א דקארי ליה מה קארי ליה דמשני אי שתקת וכו' איך העלים עין מהך קושיא א"ה נזיקין נמי ואי איירי כמו שכתב ביתמי עדיין לא תירץ כלום ולכן נראה דהא כתב רשב"א איך נימא מהדרי שטרא למרא דהיינו הב"ד טוענים כך דהוי כאלו מהודר ואיך נטעון לבטל דין תורה ותקנת חכמים נזיקין

בעדית ב"ח בינונית ואיך נימא ונטעון דהוי כמהודר לבטל תקנת חז"ל וד"ת. אך בב"ח וכתובת אשה בלקח עדית באחרונה דהם רוצים ליטול יותר מכפי הראוי להם כגבול חכמים הא שפיר יש לטעון מהדר שטרא למרא והוי כמהודר כדי להעמיד דברי חכמים על מכונו בכל אופן. וזה תי' הגמ' דלגבי ב"ח וכתובת אשה אמרי' אי שתקת כדי להעמיד הדת על תלו אבל לגבי נזיקין שהוא למצוא עילה לבטל הדין לא אמריק והקשה הגמרא ודאי אלו בא ניזק לחודא והוא יטעון אי שתקת וכו' יפה אמרת דאין לטעון לבטל דין הקבוע. אבל כיון שיש כאן ב"ח וכתובה הרוצים ליטול בעדית וא"כ אתה דן דהוי כאלו מהודר שטר זיבורית למרא. וא"כ ממילא אף לענין ניזק הוי כמהודר ואף הוא נלקה שיהיה נוטל מזיבורית דאין כאן הדרא לחצאין וס"ל כמ"ש מהרש"ל בכבישת השטר ע"ש וא"כ בממ"נ או דתכבוש השטר א"כ אף לגבי ניזק ידחהו דהא שטר זיבורית מוכבש ואי לאו אף ב"ח וכתובה ישקלו דהא לא מוכבש שטר זיבורית וקושית הגמרא שפיר ומשני הגמרא דאמרינן אי איפשי ולפ"ז אף במוכר חי תו לא שייך מהדר שטרא בשביל נזיקין דלא אמרי' לבטל הדין ולא קשה א"כ ב"ח וכתובה נמי דלדידהו א"צ לזה דטוען אי אפשי בתקנת חכמים וא"כ מחמת נזיקין לא אמרינן מהודר ומיושב קושיא זו דטרם דתירץ הגמרא אי אפשי אמרי' באמת מהדר שטרא כמ"ש וא"כ ל"ל דאיירי בבת אחת וקמ"ל דלא אמרינן דהא באמת אמרינן וא"ש. ועוד פנים אחר יש בישוב קושיא הנ"ל וקושיא הרשב"א הנ"ל דקארי ליה מה קארי והוא כי ס"ל כמ"ש הרא"ש הדר שטרא למרא היינו קנין חדש. ואפילו להיש"ש דס"ל כבישת השטר כמשמעו מודה דהטעם משום דבידו להדר השטר וא"כ אין כאן עול בכבשו להשטר ולכך ביתמי אף דשייך ג"כ כבישת השטר מ"מ הואיל וא"א לעשות קנין חדש אף לומר דיכבוש שטר ליכא דהא איכא עול. ולפי זה י"ל איך בשביל הבדל בין עדית לבינונית וזיבורית יחזיר השטר למוכר אולי ימעול המוכר וימכרנו לאחרים וה"ל לוה קנה ומכר לא משתעבד ואפילו דנימא דלא ימכרנו אולי חייב לאחרים ג"כ אחר זמן שלשה התובעים הנ"ל ואחרי זמן הלוקח הנ"ל וא"א לו לתבוע מלוקח ואם יהדר זיבורית למוכר יבא הלה בשטרו או אפילו בחוב ע"פ עדים דלית ליה קלא כלל. מ"מ לגבי ב"ח שוים הם כהנ"ל בסימן ק"ד. ויחלוקו ויבאו אלו על הלוקח כי לא יגבו שם במלואו. וא"כ יפסיד הלוקח טובי ומהכ"ת יכניס עצמו בשביל רווחא כל דהוא לאחריות וחשש הפסד גדול כזה ולכן צריך לומר דכ' להו דאקני וא"כ לעולם יש להם משפט קדימה לגבות וליכא כאן חשש הפסד וס"ל לרא"ש ה"מ בב"ח וכתובת אשה דנכתב להם שטר ואף דאקני י"ל דנכתב להם או דס"ד דאקני ט"ס הוא אבל בנזיקין מהכ"ת יהיה להם שטר רק איירי בעמד בדין או דאית ליה

קלא אבל עכ"פ לית ליה דאקני כי מאין בא לו דאקני וא"כ א"ש בב"ח וכתובת אשה שפיר מהדר שטרא דאית להו דאקני. אבל בנזיקין לא שייך זה. דהא ל"ל דאקני וא"ש ופריך הגמרא דעדיין אינו מיושב דהא אף בדאקני לא אמרינן ט"ס הוא ומכ"ש לפמש"ל הך ברייתא ר"מ היא ור"מ סבירא ליה אחריות לאו ט"ס הוא כלל. ומכ"ש דאקני ועכצ"ל דאירי בדכתב ליה וא"כ הא אף בנזיקין נמי יש במציאות דעשה לו שטר וכתב לו. וכמ"ש באמת הטור בסעיף שלפני זה להדיא ואם כן ה"ל להודיענו רבותא טפי דאפילו בנזיקין דד"ת בעדית ולקח עדית באחרונה מ"מ נוטל זיבורית או בינונית בדכתב ליה דאקני ויהיה זה במכ"ש וא"ש אך זהו הכל למהדורא קמא שם בב"ב וכמו שאמר ר"נ דלוה ולוה וקנה ביש לראשון ולשני דאקני לקמא משתעבד אבל לפי דקי"ל במסקנא כמהדור' בתרא דיחלוקו וא"כ עדיין ק' מהכ"ת יהדר אולי חייב לבעל חוב מאוחר לקנינו (ודוחק לומר דיכול לומר אני אהדר זיבורית למוכר במתנה כמ"ש הטור ע"מ שלא יחול עליו שום חוב רק הנ"ל דמהכ"ת יעשה כן שיפסיד אחריות שלו על המוכר אף דלית ליה עוד נשמתו בו יכול להתעשר ודוק) ויש לו גם כן דאקני ויחלקו ויפסיד חצי חובו ועכצ"ל דלמסקנא לא קאי הך אי שתקת ומטעם הנזכר דלא יעשה כן כלל ויפה השמיטו הך דאי שתקת דמהכ"ת יעשה כן:

ו **שמת המוכר** עיין מש"ל בס"ק שלפני זה דהקשה הרשב"א ביתומים גדולים יתן הזבורית בתורת פרעון וה"ל יתומים שגבו קרקע וכו' ועיין מ"ש דליכא למימר דמירי באמת דאין הלוקח חייב כלום למוכר דהא יכול להודות דחייב כדאודיי' דאיסר גיורא אך לפי זה י"ל דמה בכך דמשלם לפרעון מ"מ קשה קו' הגמרא כמש"ל הא ה"נ מטלטלין דיתמי ותירוץ הגמרא דמשעבד מדר' נתן לא שייך כאן דהא בחייו לא היה חייב כלל רק עכשיו נתחייב בהודאתו ואע"פ דהיא מודה דחייב למוכר מזמן קדם מ"מ הא באמת שקר הוא רק ע"פ הודאתו מתחייב אף דשקר הוא ואינו חל רק עכשיו בהודאתו ומרגע זו חל החיוב ולא מקדם ועכשיו כבר נפטר המוכר והלך לו וכי שייך שמשעבד למוכר והמוכר לב"ח הואיל כבר מת ושעבודו חל לגבי יתומים והיתומים אינם חייבים כלום להנך ג' הבאים לגבות ודוק. עכ"פ למדנו אם באמת חייב למוכר בדמי זבינא וכדומה דיכול לומר אף ביתומים אהדר שטר זיבורית בדמי פרעון אך נראה קו' רשב"א ביתמי אינו רק בנזיקין אבל בב"ח ביתמי אינו מפסיד ליטול זיבורית דאם הוא חייב למוכר הא הב"ח בא מכח המוכר בדר"נ וידו כידו לגבות הימנו וא"כ איך אפשר לשלם בזיבורית ב"ח דינו בבינונית ואם ירצו היתומים ליטול ממנו זיבורית אין בידם כי הב"ח בא בכח ר"ן ומשתעבד ליה וגובה חובו כדינו בבינונית ופשוט:

ז **כולם לגבות מן המוכר** והיש"ש הסכים עם רש"י ותוס' בב"ק דוקא ניזק בבינונית אבל לא ב"ח דאמר לכי תהדר. ועיין מש"ל בסימן קמ"א ויש קצת ראיה לזה מהא דנקט בברייתא נזיקין וב"ח וכתובת אשה ועדית וזיבורית ובינונית וקמ"ל אי אפשי ולמה ליה כל ג' ה"ל רק לומר נזיקין וב"ח ועדית ובינונית או ב"ח וכתובה ובינונית וזיבורית. אלא דאי הוה קתני הנך תרתי ונקח המובחר באחרונה ד"מ נזיקין וב"ח ולקח עדית באחרונה ה"א לא מטעם אי אפשי רק הוא במוכר חי ולגבי ב"ח דדינו בבינונית אמרי' מהדר שטרא ולא שייך לכי תהדר וכמ"ש התוס' בב"ק היכי דאין מפקיע כח אמרינן מהדר ולא שייך לכי תהדר אבל בנזיקין אין לומר שקול בינונית ואם לאו אהדר בינונית דיאמר לכי תהדר וכמו כן ב"ח וכתובה ובינונית וזיבורית ולקח בינונית באחרונה ה"א ג"כ על ב"ח ליכא למימר שקול זיבורית דיאמר לכי תהדר אבל כתובה לא פקע כחה כלל. ולכך קתני תלתא וא"כ ק' למה יגבו ניזיקין עדית די בינונית וע"כ ביתמי ומטעם אי אפשי ודוק:

ח **מן המוכר** וכתב הטור לאו דוקא שיחזיר לו שדה זו אלא אפילו שדה אחרת ואפילו יתנה לו במתנה או אפילו מטלטלין רק שימצא מקום לגבות הימנו וכו' והביאו הסמ"ע ס"ק כ"ט ע"ש והקשה בדרישה אם יש לו מטלטלין מה צורך לדונן ביה דהוי כמהודר וא"כ ביתמי לא שייך זה תיפוק ליה בלא"ה אי אית ללוקח מטלטלין ה"ל כמו דאית ליה זוזי דמצי לסלק לב"ח במטלטלין כמו בזוזי וע"ש מה שתי' בדוחק. ולי קשי' ג"כ א"כ אפותקי מפורש דקי"ל דלוה מצי מסלק בזוזי ולא לוקח אמאי הא מצי למימר אהדר זוזי ללוה והנחתי לך מקום והוי כאלו מהודר ודוחק לומר כמו שאמרו גבי אי אפשי בתקנת חכמים דלא אמרו רק להחזיק ולא להוציא ואף בהך טענה אי שתקת לא אמרו להוציא רק להחזיק ואפותקי ברשותא דמלוה קאי עד שאמרו אם השביח יותר מכדי חובו דנוטל הכל דיאמר קרקע שלי השביח וא"כ לא שייך אי שתקת דזה דוחק ועוד יקשה בכל השדות לרמי ב"ח דס"ל בכתובות דלוקח לא מצי לסלק למלוה בזוזי בכל השדות והוא הניחא דאמרינן בש"ס דלא מצי לסלק בזוזי יקשה למה לימא אי שתקת וכו' ואם לאו אהדר זוזי ללוה והנחתי לך מקום והוי כמהודר וכי יחלקו רמב"ח ורבא פלוגתא חדשה אי מצי לטעון אי שתקת וכו' ופלוגתא חדשה היא זה דיחלקו רמב"ח ורבא מה דגמרא ס"ל כאן לשיטת הרא"ש וסייעתו לדבר מוחלט דיכול לומר אי שתקת. ועוד הא רבא דס"ל דמצי לסלק לא מצי למימר מטעם אי שתקת דהא ס"ל כן אפילו ביתמי וא"כ אי רמב"ח לא ס"ל אי שתקת מנלן דרבא חולק עליו ומנין לחדש פלוגתא מה דלא מצינו וצ"ע לכאורה. ולכן נראה ברור דלא אמרה הטור דיש לזה הדין מקום בכל דבר רק הודיענו דאף בכה"ג יש לומר ליתן במתנה או ליתן זוזי אבל אין זה שייך בכ"מ כי לא שייך רק

בזבין שלא באחריות דא"כ בלא"ה אין לו ללוקח לאחר טירופו במוכר כלום ולכך יכול לומר אתן במתנה או במטלטלין וכדומה משא"כ בזבין באחריות ושעבודו על המוכר החי מהכ"ת יתן במתנה הפסיד אחריות שלו וכמו כן דיתן מטלטלין אפילו בהקפה מה דלית ביה דין קדימה ואולי יבא ב"ח אחר ויטרפנה כמש"ל ואי דיתן במתנה ע"מ שלא יחול ב"ח מהכ"ת יתן כן. ובבעה"ת שער ד' חלק ד' בסופו משמע מדברי הרמב"ן דיהיב במתנה ע"ש ואפשר מתנה לאו דוקא רק במכירה רק הואיל ולית ליה דפרע קראהו מתנה דצ"ע בשביל הבדל עדית וזיבורית וכמש"ל איך נדון ביה כאלו מהודר ונטעון כן אף שלא טען הוא בעצמו. ולכן ברור דלא כתבו הטור רק להורות דיש לזה במציאות דאפילו בכה"ג יכול לומר והיינו במקום דלית ליה ללוקח פסידא והיינו שלא באחריות כמ"ש. ומעתה לא קשיא מהך דרמב"ח דהתם מבואר שהשדה היה באחריות: דכתב לו טירפא ובזו לא שייכים דברי הטור ודוק. ומעתה גם קושית הדרישה מיושב דלא ס"ל לטור דאפותקי הוה מוחזק וכמש"ל דהשתא אין אנו צריכין לזה ולפ"ז יתכן שעשהו ג' שדות עדית בינונית זיבורית אפותקי מפורש והלוקח לקח שלא באחריות וא"כ לולי דמהדר מטלטלין לא היה יכול לסלקו בזוזי ומכ"ש במטלטלין דהא הוי אפותקי רק מכח דיכול לומר אהדר זוזי ומטלטלין והוי כאלו מהודר ומצי למימר הנחתי לך מקום. וא"כ תבנא לדינא בלוקח שלא באחריות אפילו אפותקי מפורש יכול לסלקו לב"ח בזוזי או במטלטלין וצ"ע כי לא נמצא כן בשום מחבר:

ט **כולם גובים מעדית** וכתב הסמ"ע דאם ירצו יגבו מן לוי שהוא לוקח שני שהוא בינונית וכ"כ בדרישה וקשה א"כ הא דאמרינן בגמרא הטעם דלכך ליתו כולהו ולגבו מעדית דעדית אחרונה היא למה לי הך טעמא בלא"ה אם רוצה ב"ח לגבות מעדית שביד לוקח ראשון גובה כדלעיל סעיף א'. ונראה לומר דהטעם דיכול לגבות עדית מן לוקח ראשון משום דטוען הרחקת שעבודי וא"כ הוא נעילת דלת בפני לוין שיצטרך לילך מלוקח ללוקח ומשויא ליה מן בינונית הך סברא דשעבודו רחוק וצריך לטרוח הרבה כמו זיבורית דגם בזה איכא נעילת דלת כמו דתקנו לגבות מבינונית ולא מזיבורית משום נעילת דלת. כן הדבר בהרחקת השעבוד אבל בכתובת אשה דהניחו על דין תורה בזיבורית א"כ אף זה הרחקת שעבוד לא שייך דמה בכך דהיא זיבורית הא הניחו על ד"ת ולא שייך גבה נעילת. דלת אמנם בזה דלקח עדית באחרונה ולא מצי למימר אי אפשי וכו' אף כתובה גובה מעדית וזהו דדייק הגמרא ליתו כולהו ולגבו מעדית אפי' לכתובת אשה נמי ולכך מוקי ליה לגמרא הך דינא אהך בבא דלעיל בנזיקין וב"ח וכתובה דעיקר רבותא בכתובה ודוק:

סימן קכ

א **אמותיו וכו'** כתב הסמ"ע בס"ק ד' דתקנו לכל אדם ד' אמות בסימטא או בצדי ר"ה כמו חצירו וידו עכ"ל מדבריו למדנו דד"א דנקט הכא היינו בסימט' במקום דקונין לקמן בסימן רס"ח ע"ש ובאמת סתימת לשון הש"ע אינו מורה כן דה"ל לבאר ובאמת לפי מ"ש בש"ע א"ע סימן קל"ט דתופס לעיקר כדעת רשב"א דגבי גיטין משום עיגון תקנו ד' אמות אפילו בר"ה ועיין א"ע סימן למ"ד ובב"ש שם בסימני' הללו וא"כ זהו שאמר זרוק לי חובי בתורת גיטין סביר וקיבל על נפשו כל דיני גיטין ומה דמועיל לענין גט יועיל נמי לענין פטור הלזה וכל דבר שבממון תנאי קיים ובפרט לענין מחילה. ולכך סתם הש"ע הדין דבכל ד"א פטור ודוק:

ב **ה"ל כזורקו למקום איבוד** הא דצריך לזה הטעם ולא בפשוט כיון דא"ל בתורת גט ובגט הא לכ"ע אינה מגורשת אפשר לענין פקדון נ"מ דא"ל זרוק פקדוני בתורת פקדון וזרקו באופן הזה ואח"כ נאנס משם אם הטעם דלא נפטר הואיל אינו בתורת גיטין א"כ ברשותו של שומר קאי ופטור באונסין ולכך נאמר הטעם דה"ל כזרקו לאיבוד וה"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס דחייב וא"ש:

סימן קכא

א **אלא ששלח לו בכתב וכו'** עיין סמ"ע ס"ק ב' דהשיג על ע"ש דהעתיק דברי רי"ף כמו שהוא נוסחת הרא"ש דז"ל דשדר לית כתבא האי מדעם דאית לי גבך שדר לי ביד פלוני ושדר ליה אינו חייב באחריות דכך נהיגי תגרי עכ"ל והסמ"ע כתב דט"ס הוא דקשיא קושית הרא"ש דזה מדינא ולא מחמת מנהג תגרים. אלא הנוסחא דכתב ליה סתם שדר לי ולא הזכיר פלוני והוא שלחן ביד פלוני שאינו מוחזק לנאמן וכדומה מ"מ פטור וזהו לא משורת הדין רק מכח מנהג התגרים וכ"כ בדרישה וכ"כ הישש"ש והב"ח. ועדיין לא הבנתי למה כתב זה הרי"ף בבא בפ"ע גבי כתב ולא לעיל מיניה דכתב היכי דאמר לחברי' שלח לי ביד פלוני ושלח דפטור ה"ל להוסיף אפילו לא הזכיר פלוני מ"מ פטור מכח מנהג ומה זה דכתב כן גבי שדר ליה כתבא ומה שינוי יש במנהג בין כותב לאומר והיה נראה לומר דודאי לא הזכיר פלוני רק מ"מ דוקא שזה הנפקד מסרו ביד מוביל כתב זה וא"כ אף שמהדין כיון שלא נזכר ביד מוביל זה אין למוסרו לו שלא עשהו שליח רק להביא הכתב אבל לא לקבל המעות מ"מ נהיגי תגרי בכך דכך היה דעתו למסור הדבר ליד מוביל הכתב אבל למסור לאחר לא נהיגי תגרי. וא"כ צריך להיות דוקא שדר כתבא ולא שייך באמירה וזהו נ"ל דהבו דלא לוסיף על התקנה לבטל שורת הדין. מיהו גם

לנוסחת הרא"ש בהרי"ף י"ל דמה דכתב הרי"ף דשדר ליה כתבא היינו דכך כתב בכ"י אבל לא חתם עצמו רק כתב שלו בעלמא ודעת הרי"ף כדעת הריטב"א וסייעתו דהיכי דלא חתם ולא הזכיר שמו אף על פי שהוא כת"י אין בו ממש די"ל לטופס כתבתי ועיין לעיל סימן ס"ט בש"ך ס"ק ד' ולכך מצריך מנהג תגרי כמש"ל בסימן ס"ט מנהג שותפים ע"ש ודוק:

ב **ובדרך שבני אדם רגילים וכו'** סמ"ע ס"ק ד' כתב דוקא בא"ל שלח ביד מי שתרצה אבל באמר שלח ע"י פלוני לא על המשלח הפשיעה רק על שליח. והש"ך בס"ק ה' כתב דמ"ש. ובאמת מקור הדין בבעה"ת הוא בהתנה בתחילה דמצי לשדר ע"י מי שירצה דהוי תנאי שבממון דקיים ע"ז כתב הראב"ד דמכל מקום על שעת חירום וסכנת דרכים לא היה מתחילה התנאי אבל אם בעת שנתהוה שעת חירום וסכנת דרכים צוה עליו לשלחו מה ה"ל למעבד ואם נאמר דמ"מ לא ה"ל לשמוע בקולו אולי לא ידע מזה א"כ אף בפירוש ביד פלוני עדיין י"ל אולי נעלם ממנו סכנת דרכים וצוק עתים. וא"כ נראה בסברא כש"ך אמנם לשון הטור וש"ע דכתבו כן אהך דינא דשלחו סתם משמע כסמ"ע. לכן נראה ודאי אם שעת חירום וסכנת דרכים בכ"מ וכל דרכים בחזקת סכנה מצויה והוא צוה לו לשלחו פשיטא דמשנח פטור דהרי עשה רצון המפקיד רק ד"מ מירושלים לדמשק דרך צפת יש סכנה אבל דרך חברון אין סכנה וא"כ אם צוה לו לשלחו ע"י פלוני אף שנודע שפלוני הוא מצפת ויעבור דרך צפת כי שם ביתו ודרכו מ"מ פטור כיון דפרט פ' אבל בצוהו סתם והוא שלחו ביד מי שדרכו דרך צפת מקום הסכנה פשיטא דפושע הוא דהיה לו לשלחו ביד איש שאין דרכו במקום סכנה וא"ש וכל דברי ש"ע איירי שלאו בכל דרכים סכנה רק יש דרך שאין בו סכנה ופשוט וברור:

ג **אלא אמר לו וכו'** וכתב הסמ"ע דוקא בפני עדים הואיל וטרח כו' ולפי דבריו אם לא טרח רק בלא"ה היה עדים במעמד ההוא כשעשהו שליח לא שייך טעם דסמ"ע לכן העיקר בלי עדים חושב דלא יודע לנפקד וללוה וא"כ אומר פטומי מילי בעלמא ולבו בל עמו משא"כ במעמד עדים יש לו קול וא"כ יודע שיודע הדבר ללוה ומ"מ אמר ש"מ שלבו שלם בזה וא"ש:

ד **אלא אמר יש לי מעות וכו'** הש"ך בס"ק י"א הביא דעת התוס' דדוקא שהלך במקום סכנה ולבסוף דעתו לחלק דתוס' לא כתבו כן רק למ"ד שליח בעדים לא הוי שליח אבל לפי דקי"ל הוי שליח רק בממציא לו שליח לא הוי שליח בזה י"ל לעולם חייב באחריותו וראיה שלו הואיל ופוסקים לא חלקו כמ"ש התוס'. ואין זו ראיה דקושית התוס' על פקדון דמיירי שם בגמרא ושפיר הקשו דהוי שומר שמסר לשומר ול"ל את מהימנא וכו'

דהא אמר איניש מהימנא הוא ע"ש אבל כאן כל הפוסקים איירי בהלואה ומה טיבו של שומר שמסר לשומר שייך בהלואה כל כמה דלא צוה המלוה למסור ביד שליח אפילו מסר לנאמן ביותר מ"מ באחריותו של הלוה הוא ופשוט. ואגב שיטפא כתב כן אבל בפקדון באמת צ"ע אי אמר אינש מהימנא אם לא הוי כשומר שמסר לשומר:

ה **ויחרים וכו'** הסמ"ע בס"ק וי"ו החליט דאם אמר לו שלא בפני עדים אמר לפלוני שישלח לי מעותי ואם יתנם לך הביאם לי דלא מהני הואיל ליכא עדים ולזה הסכים הש"ך לכן כ' בס"ק ט' דמה שנאמר בש"ע מסר חותמו וכו' לך והביא לי מעותי והוא בא ואמר פלוני שלחני אליך וכו' הכל חדא ושיגרא דלישנא נקט ועבור זה תמה על הרמ"א דפסק להחרים חרם זו מה טיבו אף דשלחו מ"מ כיון דליכא עדים לא מהני. והש"ך בס"ק טו"ב כתב דהוא דעת הרמב"ם דס"ל אין משלחים בדיוקני משום הכחשה וכמש"ל בסעיף ד' וזהו קשיא מלבד דא"כ הכפלת הדברים בשני סעיפים זא"ז ל"ל אף גם הלא הש"ך הודה דרמב"ם יחיד בדבר הזה איך יסתום הרמ"א דעתו ואפילו בלשון י"א לא כתבו רק לדין מוחלט מה שהוא לפי פי' הש"ך רוב פוסקים חולקים והש"ך כתב שמצא לרמב"ם חבר שהוא הראב"ן ולא הבנתי דהא הראב"ן מפרש להדיא על הא דאמרינן אין משלחין מעות בדיוקנא אפילו חתם עליו עדים דלכך נקט אפילו דלא מבעיא בלי עדים יכול לטעון אדם אחד גנבוהו והביאו לו אלא אפילו יש עליו עדים דמעידים דנמסר בפניהם ולית חשש כלל מ"מ אין משלחין דלא דמי לשלחו ביד בני דהתם יחד לו השליח משא"כ כאן עכ"ל ועכ"פ מבואר דלא כרמב"ם דאפילו ליכא הכחשה אין לשלח. אמנם באמת לבבי לא ידמה בגוף הדין של הסמ"ע ועיקרא דדינא פירכא דהחליט היכי דאמר אמור לפלוני שישלח לי ואם יתנם לך הביאה לי הואיל לא היה עדים בדבר לא מהני דנ"ל כיון דאמר שישלח לו והודה בכך מהני. ומה לי דאמר ע"י פלוני או סתם שישלח לו ואם יתנם לך הביאם לי היינו ע"י פלוני. והרא"ש בראש דבריו אמר בזה הלשון לך והביא לי מעותי ולא אמר לו אמור שישלח לי. ולפי' הסמ"ע ה"ל לרא"ש לומר ולא אמר שישלח ע"י כי מה בכך שאמר שישלח לו כיון דלא הזכיר פלוני אלא דזה הכל חדא וכ"כ אח"כ ר"י ור"א אמרי שליח שעשהו בעדים היינו שאמר לו לך והביא מעותי ולא הזכיר שאמר שישלח לו והיא גופיה קשיא דלמא כי ס"ל לר"ח דהוי שליח היכי דהזכיר לשון שליחות שאמר אמור שישלח אבל בלי הזכרת שליחות כלל רק הביא לי אף ר"ח מודה דלא נתכוון רק אם רצונו לשלח רק אינו מצוי לו שליח לך אצלו והביא לי וא"כ י"ל משנתינו בכה"ג ואצ"ל בממציא א"ו כשאומר לו לשלח ואמר לו הביא לי סתמא כפירושו לשלח ע"י וכ"כ בדרישה בשם קצת חכמינו. וא"כ בזה לכ"ע הוי שליח וע"כ

פלוגתא בלי הזכרת שליחתו ומ"מ ס"ל לר"ח הוי שליח וצ"ל בממציא שליח וכן בתוס' דהחליטו דרבה ור"ח פליגי באומר לעדים שישלח ע"י פלוני רק הואיל ולא היה בפניו א"כ דלמא בלא שויא שליח אף לר"ח כן לא הוי שליח וא"צ לומר בממציא לו שליח א"ו דלשיטת תוס' כל שאומר לו הביא מעות היינו שויה שליח ואי אתה מוצא הבדל רק בממציא שליח ולכן הפי' בש"ע דהמשלח דיוקנא אמר שלא אמר לו רק הביא לי ולא הזכיר לו שליחות אמנם השליח מעל ואמר שהזכיר לשון שליחות והמלוה נאמן וחייב הלוה הא אלו הודה. שהזכיר לשון שליחות א"צ עדים כלל דהוי כאומר שלח ע"י פלוני ולכך כתב רמ"א דיחרים ודוק:

ו **סימנים ואותיות וכו'** הוא פי' על אין משלחין מעות בדיוקני. והמחבר לעיל סעיף ג' כתב מסר לו חותמו לסימן שהיא גם כך לקצת רבוותא פי' על דיוקני האמור בגמרא וצ"ל דמחבר תפס פי' שניהם לדינא דלעיל מיירי דאין הכחשה בדיוקני רק לא פרטו לשליח כמש"ל וכאן איירי דפרטו לשליח וצוה בפירוש לשלחו על ידו רק גוף הדיוקנא בו הכחשה כי המלוה אומר לא מאתי בא כלל. כמבואר בפנים ולכך הש"ך בס"ק טו"ב דביקש ליישב דברי רמ"א דכתב ויחרים וכו' דנמשך אחר דברי הרמב"ם דמוכח מדבריו אם מודה יפסיד המלוה. אין דבריו מובנים דכאן שלח ליה בפירוש שלח ע"י לוי כמבואר ברמב"ן ופשיטא דאם מודה דהפסיד אבל לעיל בסי' ג' דלא פירשו לשליח רק אמר הביא לי וכו' כנ"ל בזה מה יועיל הודאתו הא אין כאן שליחות ועיין מש"ל:

ז **ואחרים רימו וכו'** זהו מה שפי' הרמב"ם כמ"ש בגמרא דיוקני אלא שקשה להבין הא בגמרא אמרינן אפילו עליו עדים ואיך מצי טעין אחרים רימו. ומה שתירץ דעדים מעידים רק שסימנים הללו רגיל בו אבל אינם יודעים שסימנים אלו יצאו מן המלוה וזהו דחוק דהא פשיטא שנודע שרגיל בסימנים הללו דאל"כ מהכ"ת לשלוח בסימנים מה שאין נודע לו שהמלוה רגיל בהו ועוד מה טעמו של רבי יוחנן דאמר משלחין אם המלוה צווח ככרוכיא לא יצאו הסימנים מאתו וא"כ לא שבקת חיי דכל אחד יעשה סימנים שלו בזיוף ויוציא מעותיו ודוחק לומר דפי' יש עליו עדים מקיימין שניכר להם שהם סימנים שלו וס"ל לגמ' דוקא בכת"י מהני קיוס דבלא"ה לא חציף אינש לזייף ד"ת אבל בסימנים דחציף אינש לזייף לא מהני קיום בעדים. דא"כ ה"ל לרמב"ם להזכירו בהדיא דאף דמקיימינן אותו דלא מועיל ועוד ה"ל לגמרא לומר הך תקנתא לשמואל בדיוקני עצמו שדיבר בו הגמרא דמעיד עדים שזהו דיוקנא שלו. ואין זה בגדר השאלה כלל לשמואל מה תקנתא. ולכן יותר נראה לומר דהרמב"ם פוסק כרבי יוחנן דמשלחין מעות בדיוקני כדעת הראב"ן וקצת מחברים וס"ל עד כאן ס"ל לרבי יוחנן משלחין היינו

כשיש עדים על דיוקני דל"ל אחרים רימו אותך ולכך משלחין לר"י ולשמואל מ"מ אין משלחין כמ"ש המחברים אבל בלי עדים אף לר"י אין משלחין כמש"ל דלא שבקית חיי' וכו' וישר בסברא ומהכ"ת לעשות פלוגתא רחוקה לר"י אפילו בלא עדים ולשמואל אפילו בעדים ושפיר פריך הגמ' לשמואל מה תקנה דאפילו בעדים לא מהני לדעתו ולכך העתיק הרמב"ם דאחרים רימו בו דזהו אף ר"י מודה ומיניה דאם יש עדים דלא מצי למימר אחרים רימו בו מפסיד המלוה וא"ש הכל וצ"ע על הג"ה מיימונית והכ"מ דס"ל דרמב"ם פסק כשמואל:

ח **ויש מי שהורה שישבע** עיין ש"ך ס"ק כ"ה בשם המבי"ט ביש לו נאמנות בשטר מ"מ צריך לישבע והש"ך פקפק בו וכן נכון דאל"כ מה יועיל נאמנות תמיד יעשה סימנים וכדומה ויזקיקו לשבועה ואי מיירי דשליח לפנינו ואמר שהוא כת"י זהו תליה במחלוקת פוסקים לעיל סימן ע"א אי נאמנות נגד ע"א מהני ומ"מ צ"ע:

ט **השליח שאומר נאנסו וכו'** הרב הש"ך בס"ק ל"ב פקפק מה ענין זה לכאן ופשיטא דצריך שליח לישבע ש"ש. ונראה דקמ"ל אפילו המלוה אינו מבקש משליח שבועת שומרים כי מה איכפת ליה הוא תובע מלוה והלוה מודה שהוא כת"י של המלוה רק מעליל עליו ומכחיש כת"י וא"כ יש כאן מקום לומר מי יכריח לשליח לישבע המלוה אינו תובעו וללוה יאמר לאו בעל דברים דידי את הלא אתה מודה דהאמת אתי שבאתי בשליחותו של מלוה וא"כ באמת נפטרת במסירה לידי והרי אני שומרו של מלוה ולא שלך ואם כי המלוה מעליל עליך לא בשביל זה אני שומר שלך באמת ומהכ"ת תכריח אותי לשבועה וטובא קמ"ל דמ"מ חייב שבועה דכיון דצורך הלוה לשלם חזר הדבר שנעשה שומר דלוה אף ששילם לפי טענתו שלא כדין מ"מ הוי בבא בהרשאה ממלוה וחייב לישבע ש"ש ודוק:

י **אם השליח כופר וכו'** הש"ך בס"ק מ"ב הביא תשובת ת"ה ראובן ששלח ע"י שמעון ללוי מעות לקנות בו סחורה ושמעון אמר נתתי ולוי אמר לא קבלתי שמעון מחויב לישבע דע"י אמירת לוי הוי טענת ברי ושמעון מודה שקיבל המעות אבל ללוי א"י להשביעו אף ששמעון אמר שנתנם לו כיון דאמר לא קבלתי כלל אבל שמעון יכול לתבוע ללוי ולהשביע כיון דהוא טוען ברי שנתתי לך. אבל מ"מ א"י לכוף ראובן לשמעון שישביע ללוי אם לא שפוטרו לשמעון מן שבועה הואיל ואחד מהם בא ודאי לידי ש"ש עכ"ל. והש"ך טען יאמר ראובן לשמעון מה איכפת לך הלא לפי דברך אתה תשבע באמת ומה לך אם לוי ישבע בשקר או באמת. ובאמת הת"ה דייק בלישנא דאיכא קפידא לשמעון דהואיל דאחד מהם נשבע לשקר ואין מבחין מי נשבע באמת ומי בשקר ויהיה אצל

הבריות לעז וחשדא דהוא בספק בעל שבועת שוא והיש לך קפידא יותר מזה ומה לו להכניס עצמו בחשד הלזה. אלא שקשה לי לכאורה הלא כל טיבו שאנו פסוקים שבועה הוא שאומרים לא נחשדו ישראל לישבע בשקר ולא יעשה שבועה ויודה וישלם וא"כ טוען ראובן לשמעון כיון שברור לך שלוי קיבל מעות הטל עליו שבועה ובאשר יבא לידי שבועה ודאי יודה וישלם כי זה המכוון בהטלת שבועה ולא יהיה כאן שבועת שוא בשום צד אבל באמת הוא הטעם דצריך לפטור לשמעון מן שבועה דאמר בממ"נ אם יודה הריני פטור אם ישבע איך תכריחני לישבע גם כן הרי יש כאן ודאי ש"ש ויש קפידא ופגם כהנ"ל. ולפ"ז אם כבר נשבע שמעון יכול אח"כ לטעון שיטיל שבועה על לוי כי ודאי יודה ולא ישבע לשקר וצ"ל באמת מוכרח הוא לתובעו בב"ד אבל ברואו שלוי הולך לישבע יכול שמעון למחול לו השבועה ואין ראובן יכול לעכב דיאמר אם ישבע הרי כאן קפידא כנ"ל ודוק. אמנם מה שכתב שאין להשביע ללוי ע"י טענת שמעון דהוי נוגע צ"ע אם כבר נשבע שמעון שמסרו ללוי למה לא יכול להשביע לפי דפסקינן לעיל סימן פ"ז דיכול להשביעו היסת בהוגד לי אפילו ע"פ קרוב ופסול והת"ה הרגיש בזה וכתב ה"מ שאר פסול אבל פסול מחמת נגיעה לא. ולא הבנתי דהא בנשבע אין כאן נגיעה כקושית התוס' דהא יש לו מגו דלהד"ם ואי דנשבע הא גם בזה נשבע ותי' דגזרת הכתוב עד המשתבע לא יוכשר לעדות וא"כ הרי זה פסול לא מחמת נגיעה רק מגזרת המלך והרי זה כשארי פסולי קורבה וכדומה ולמה לא יוכל לזקוק לשבועה. והרשב"א בקדושין פ"ב בלוה ששלח למלוה ושליח אמר נתן ומלוה אמר לא קבלתי דצריך המלוה לישבע הקשה הא אין כאן טענת ברי דלוה א"י אם קבל או לא והעדים נוגעים בעדותן ותי' כיון דעדים טוענים ברי וחזקה שליח עושה שליחתו ה"ל ברי א"נ בנוטל החמירו להצריכו שבועה עכ"ל הרי לתי' ראשון מחשיביהו לברי גמורה דחזקה שליח עושה שליחתו ואפילו לתי' השני היינו לרשב"א דלא מצינו לו בשום דוכתי דפוסק דיכול להשביעו ע"פ הוגד לי אפילו הגדת קרובים פסולים אבל לפי דקי"ל דיכול להשביעו נראה ברור לדינא דיש לראובן שבועה על לוי ודוק:

יא **ואפילו יפטור הלוה.** והקשה הש"ך בס"ק נ"ב דלקמן בסימן ק"ם מבואר שם דאם המשכיר מניח שכירתו בב"ד תו לא הוי נוגע ועיין שדחק. ובאמת לפמ"ש רשב"א ור"ן בקדושין וא"ת יפטור הלוה לשלוחים בין נתנו או לא נתנו וי"ל דאין סילוק מועיל אלא כשאין לעדים הנאה בסילוק זה כגון בבני עיר שנגנב להם ס"ת והשותף הכותב דין ודברים אין לי וכו' אבל הכא שיש הנאה בדבר אינן נאמנים ע"כ ולפ"ז התם בשוכרים אלו אינן מעידים שהחזיק בקרקע המשכיר וחזר הקרקע למערער והם צריכים לשלם

למערער שכירות הרי תובעים השכירות מיד המשכיר כי אטו בשופטני עסקינן שישלמו שכירות פעמים ואם כן זה שהקדים להניח השכירות בב"ד אין כאן הנאה רק מיעוט טרחה. אבל כאן אם לא יעידו שמסרן למלוה הרי צריכין לישבע ללוה עכ"פ וא"כ הוא שפוטרן משבועה הרי טובת הנאה גדולה שפטרן משבועה כי לולי זאת היו חייבים שבועה והוי נגיעה ואין בעדותן ממש ודוק:

יב **דאינו נאמן כשנים** הסמ"ע תמה מה לי דאין שנים נאמנים לפטור ומה לי אחד לחייב המלוה ש"ד כללא הוא כל מקום ששנים מחייבים ממון אחד מחייבו שבועה ונראה דאמת הא כתב הגי"ת בדף קל"ג וכן מבואר קצת בש"ך דהא יש ללוה מגו מידי פרעתיך והעדים יעידו כדבריו והרי נאמנים ואי דאין הלוה רוצה לשקר השתא נמי משקר (ומגו דהעזה אמרינן בממון) רק התוס' הקשו הא ה"ל מגו דבי תרי ותי' במקום שמרויחין בממון הם מכוונים עדותן ולא אמרינן מגו דבי תרי ולפ"ז י"ל הלוה יש לו פחד לשקר ולומר דפרע בעצמו (דאולי באמת פרעו עדים וא"כ אין להם רווח ממון ומכוונים דבריהם שהם פרעו) דאם ישקר ויאמר שהוא פרע העדים לא יכוונו דבריהם זה אומר כן וזה אומר כן וא"כ יהיה הלוה מוכחש והן לית להו רווח ממון כי אמר פרעו ומהכ"ת ישקרו כאחד אחד יאמר הלוה פרע ואחד יאמר אני פרעתי וה"ל עדות מוכחשת ולא יהיה בטענתו ממש ולכך אומר שראה שהם פרעו וא"כ לזה יכוונו עדותן בממ"נ או האמת כדבריהם או לא אם כן יש להם רווח ממון ומכוונים עדותן ולכך ל"ל מגו ואם כן אנן אמרינן דעדים נוגעים והוא לא ראה רק אומר שראה להחזיק מאמר העדים. אך זהו בב' עדים אבל בע"א פשיטא דאית ללוה מגו כנ"ל דהוא פרע וע"א מעיד כדבריו וזוקק לש"ד ומגו דבי תרי לא הוי ולכך מחייבו ש"ד וא"ש ודוק. כי זה נכון ומיושב כל קושיא:

יג **אינו יכול להשביעו וכו'** וכתב הש"ך אפילו טוען לי אמר השליח שפרעך מ"מ הואיל אינו לפנינו א"י להשביעו ויפה פי' כדברי מחבר דס"ל דא"י להשביעו בטענת הוגד לי אבל לפי מש"ל דזה שליח לא קרוי נוגע מחמת ממון כמש"ל באריכות ס"ק י' וא"כ לפי דקי"ל דיכול להשביעו בטענת הוגד לי אף בזה יכול להשביעו:

יד **דה"ל למשכנו בעדים** עיין ש"ך במ"ש דהא על יתר מכדי דמיו קי"ל דהוי ש"ח א"כ מה יועיל דמשכנו בעדים יטעון נגנב ונאבד דשכיח וע"כ צריך לסמוך אהימנותיה. ונראה חדא דמ"מ פשע דה"ל למשכנו בעדים ולומר לו אל תחזירני אלא בעדים דאם ימות יטענו יורשים אף שנמצא המשכון מנין לנו ששייך לך משא"כ במשכנו בפני עדים ונמצא בעזבנו חייבים להחזיר וא"כ אף דלא מת והוא כופרו ה"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס ואונס בא מכח פשיעה דאלו לא הפקידו רק בעדים לא היה שייך כפירה וחייב מיהו

בלא"ה יכול לטעון לישבע ש"ח אינו חשוד אצלי אבל לשבועה קלה חשוד ולכך פסקו בנשבע שבועה קלה ובא ע"א חייב לישבע שנית ש"ח וא"כ אלו השכינו בעדים וטען נאנס היה צריך שבועת שומרים ש"ח אבל עכשיו דכופר אין לו עליו אלא היסת רק לתי' זה צ"ל עדים לאו דוקא ה"ה בע"א דזוקק ג"כ לשבועה חמורה ודוק:

טו **ישלם שמעון** והטור חולק דנשבע שמעון ונפטר ועיין ש"ך דפי' בטור דדייק מרמב"ם ממה שכ' לפני זה דמיירי דטוען הלוה ברי ששלחו לגבות נ' וא"כ למה ישלם ישבע הלוה ויפטר עיין ש"ך שהאריך ונכון כדבריו וברמב"ם י"ל דמיירי בשטר וא"כ אינו נאמן ולכך לא הזכיר הרמב"ם דצריך לישבע כי כך הדין בכל שטרות ופשוט ונכון:

סימן קכב

א **והטעם וכו'** עיין אורים. ובאמת הרא"ש בפסקיו נתן הטעם שמא יבטל השליחות. ונ"מ אם שלח ע"י בנו יחידו היורשו וא"כ משום ימות לית חשש דאם ימות הרי מסר לו שלו דהוא יורש אבל משום ביטול יש חשש. וכמו כן להיפוך בהרשה בלי קנין א"ק לשמא יבטל ליכא חשש אבל למיתה איכא חשש דמה בכך דא"י לבטל הא שמא ימות והטור נתן שני הטעמים שמא יבטל ושמא ימות וא"כ עדיין הקושיא בהרשאה גרידא מה יועיל הא יש חשש שימות. ולכן נראה דס"ל לטור ודאי מיתה לא שכיח ולא חיישינן ומ"ש בסמ"ע לחלק בין גט לממון דוחק כמ"ש הסמ"ע דרבים חולקים וגם שמא יבטל לא שכיח. דחזקה שיהיה נאמן בדבריו אבל בצירוף תרתי חששות משויה ליה לחששא גמורה כדאמרינן בכל דוכתי וזהו כוונת הרא"ש דהקשה למה לא יועיל הא בכל מקום שלוחו של אדם כמותו ולכאורה קשה הא כך מבואר בגמ' שמא ימות וכו' רק באמת זו מן הקישיא למה ניחוש למיתה הא לא שכיח וע"ז תירץ הרא"ש דיש עוד חשש ביטול ותרי חיישינן וגם הטור הוצרך ליתן ב' טעמים. וא"צ לתי' רש"י דתי' לכך חששו בגמרא למיתה דהיה זקן כמ"ש המחברים ורשב"א בחדושיו דאין הבדל רק לפמ"ש ניחא דתרי חששות חששו ולכך בהרשאה הואיל ליכא חשש ביטול אף דיש חשש מיתה לית לן ביה ודוק:

ב **שמא ימות וכו'** הנה הבעה"ת שער נון חלק שני דין ד' הביא דברי הרי"ף דאם לא רצה למיהב לשליח לא כפינן ליה דיאמר לאו בע"ד דידי את. וכתב הבעה"ת מכל זה למדנו ששליח בעדים לקבל מעותיו אם ירצה הלוה נותן ואם רצה אינו נותן שאין זה בע"ד. ואר"כ בדין וי"ו חקר ופלפל אם יש לחוש לביטול ולמיתת המשלח והעלה דלא חיישינן כלל וממילא נשמע דצריך ליתן וזה סותר למה דפסק בדין ד' כהרי"ף. וכבר עמד בזה

הגי"ת ולא תי' והש"ך ביקש לחדש מכח קושיא זו דין כי מצי אמר לאו בע"ד דידי היינו שיש לו עם המלוה ומפקיד דין ודברים ולכך יש הבדל אם הטוען עומד בעצמו בב"ד ואינו מעיז או שלוחו. אבל אם אין לו דין ודברים כיון דלביטול ולמיתה לא חיישיק צריך ליתן לו עכ"ל ודבריו דחוקים כי זהו שיש לו דין ודברים נזכר גבי הרשאה ומה זה לשליח בעדי' מכ"ש בדברי בעל התרומות מבואר להדיא דקאי על שליח שעשה בעדים בלי ערעור כלל ואין צריך להאריך כי הדוחק מבואר. ומה שנראה בישוב הסתירה נראה ודאי עיקר כהרי"ף דמצי למימר לאו בע"ד דידי את והא דחקר הבעה"ת אי חיישינן למיתה ולביטול נ"מ היכי דהשליח הביא המעות לנפקד או ללוה ואמר פלוני שלח לך מעות להלואה ולפקדון ואח"כ עשהו שליח בעדים להביא מעות וא"כ ל"ל לאו בע"ד דידי דהא מידו קבל ובממ"נ אם הוא שליח לכך אף לכך יהיה שליח משא"כ מטעם דלמא ביטל או ימות אף בכה"ג א"י לכוף לתת לו ולכך העלה בדין ו' דלהך לא חיישינן או י"ל דהרא"ש הקשה היכי מצי למימר לאו בע"ד דידי הא בכל דוכתי קי"ל שליחו של אדם כמותו. ובאמת רש"י כתב לחד לישנא דאי תפס משל נאמן מפקינן מיניה דהוי תופס לב"ח וצ"ל דהוי חב לאחרים דהוא חוב ללוה דהוא מצי לשמש ולישא וליתן במעות והתופס לב"ח במקום שחב לאחרים העלה הרא"ש בב"מ אפי' דשויה שליח ש"מ בכה"ג לא שייך שליחו של אדם כמותו כיון דחב לאחרים ולפ"ז בפקדון צרורים דא"א לשמש בו או במלוה וטוב לו לפרוע לפטור משינוי מטבעות וכדומה דזכות הוא לא שייך דחייב לאחרים וא"כ א"ש במקום דחוב לנוה להוציא שלו בזה מצי למימר לאו בעל דברים דידי ול"ק שלוחו של אדם כמותו דבמקום שחב לאחרים לא אמרינן כהנ"ל. אבל במקום דאינו חובתו של לוה א"כ לא שייך לאו בע"ד דידי ושלוחו של אדם כמותו ואצטריך למימר דלא תימא מ"מ יש חשש ביטול או מיתה לזה קאמר דלא חיישינן וא"ש:

ג **יהיה חייב לשלם** הרב הש"ך בס"ק ה' חשב מחברים רבים דס"ל אף אם מת פטור. ובאמת עירב שליח שעשהו בעדים עם מי שבא בהרשאה בלי א"ק. דרוב מחברים דס"ל לחלק בין ביטל השליחות דמשלח פשע דלא ה"ל לבטל ובין מת דכ"ע מודים דחייב זולת ב"ע לבד ויחיד הוא לגבי רוב מחברים. וכי נחלקו בהרשאה דזהו דעת הראב"ן והגה"ת הרא"ש דאין מיתה מבטלו ובזו הרבה מחברים חולקים אבל בשליח שעשו בעדים מודים ופשוט למעיין. והנה הש"ך הקשה דלקמן ס"ס ש"מ העתיק הרמ"א דברי מרדכי והגה"ת הרא"ש בשם מהרי"ח בב"מ דאם א"ל שלח וקודם ששלח מת המשאיל ספק אם חייב באחריותו וכאן סתם הרמ"א דחייב באחריות דנתבטל השליחות ולא תי' כלום וגם על מהרי"ח גופיה יש לתמוה דנראה מהגהת הרא"ש בפרק הגוזל משמו דבמיתה בטלה

שליחות אבל נראה דמודה מהרי"ח דבטלה שליחות רק הספק הא הוי שומר שמסר לשומר ולא שייך את מהימנת לי דהא אמר לו שלח וא"כ דל מהכא שליחות דנתבטלה ס"ס פטור וקושיא זו הקשה תוס' גבי שליח שעשה בעדים והעלו דמיירי דהשליח הוליכו במקום סכנה אבל זולת זה א"צ לשליחות כלל ואפילו דגרע לשלוחו דהא הוא שואל כל הטעם דהוי פושע ופשיעה ליכא כאן כיון דאמר ליה ומכ"ש לפי שהעלה הש"ך שם ס"ס רצ"א דרוב מחברים ס"ל אם רגיל להפקיד אצלו אפילו דגרע לשמירתו פטור ע"ש וא"כ פשיטא דיש כאן ספק עצום אבל בסימן זה דמיירי בהלואה או שהוליכו במקום סכנה כתי' התוס' פשיטא דבטלה שליחות במותו והרי הוא באחריות הלוה ונפקד ופשוט:

ד **מיהו אם ידוע שמת וכו'** הש"ך בס"ק ו' האריך לחלוק והביא תשובת הרא"ש החדשים דלאחר שהעתיק עובדא דר' אבא בפרק הגוזל וכו' כתב אלמא דוקא היכי דאקני ליה א"ק לא חיישינן אם מת והיינו לענין אחריות הדרך אם נאנס כיון דאקני א"ק מהני התקבלתי דידיה כאלו בא ליד ר"א מחיים עכ"ל ופי' הש"ך דאפילו ידע שמת מ"מ לא נ"מ דהוי כאלו בא ליד ר"א מחיי' ואני תמה איך אפשר לומר כן בדברי הרא"ש דהא הרא"ש גרס במלתא דר"א מסיק דהוי הלואה כמ"ש להדיא בפ' מרובה ובהלואה הלא מדינא לא מהני א"ק וא"כ פשיטא דנתבטל השליחות כמ"ש הש"ך גופיה בהלואה במיתה נתבטל השליחות והלא הרא"ש בתשובה קאי על עובדא דר' אבא ומיניה קדייק ועכצ"ל דהפירוש הוא דלא חיישינן למיתה אבל באמת אם מת נתבטל השליחות וכמ"ש רמ"א ולכן אין מדברי הרא"ש ראיה אבל מ"מ מסברא נוטים הדברים לדברי הש"ך דכיון דהוא פקדון וקנאם קנין גמור המוחלט ומועיל איך יהיה המיתה מבטל קנין מוחלט ולכן לדינא צ"ע דיכול המוחזק לטעון קים לי כנודע:

ה **פטור הנתבע** ואפילו ידע שליח כיון דנתבע לא ידע סמ"ע והש"ך השיג ואין דבריו מוכרחים דהא הבעה"ת יהיב טעמא אנא אשליחתך והימנותא דידך קא סמכינא ואת פשעת דהדרת ביה וא"כ מה נ"מ אי השליח ידע או לא ידע אדרבא יאמר הנתבע על הימנותך ועל הימנותא דשליח קסמכינא כי כיון דידע מביטול השליחות לא היה לו ליקח הדבר ממני ופשוט איברא דהסמ"ע נתקשה דבסעיף ג' כתב הרמ"א בביטול הרשאה דאם המורשה לבד ידע מביטול השליחות דג"כ בטל ונחית לחלק בין ממון לדין דיאמר מה אפסידתך וכו' ואין זה מספיק דדין זה מלשון הרא"ש פרק המרובה דכתב דאם לא ידע המורשה ודייקינן הא ידע בעל והרא"ש סיים וכן אם נתן לו ממון ונאנס פטור הרי דגם בזה בעינן דלא ידע הא ידע חייב וזהו דלא כסמ"ע דס"ל לענין ממון לעולם פטור ועיין דרישה ולכן נראה דבמחלוקת שנוי דב"ע ובעה"ת הם סברו דאף שליחות

אינו מועיל ביטול וצ"ל הטעם כנ"ל אנן אהימנותא דידך קא סמכינא וכו' וא"כ לפי טעם זה מה נ"מ דשליח ידע כיון דנתבע לא ידע אבל הרא"ש דס"ל בשליח בעדים מהני ביטול ש"מ דלא ס"ל סברא זו משום כיון דאינך חייב ליתן ה"ל לחוש רק בהרשאה ס"ל דלא חשש לביטול כיון דטרח לכתוב הרשאה רק א"כ יערים ויבטל השליחות ויראה אם יזכה בדין הרי טוב ואם לאו יאמר דבטל לכך ס"ל לרא"ש דלא מהני וזהו אם לא ידע המורשה אבל בידע המורשה א"כ תו ליכא למיחש לערמה דמהכ"ת יערים המורשה ושארית ישראל לא יעשו עולה וא"כ הדבר במחלוקת שנוי והרמ"א דכתב דין זה דגם לעיל הביא דעת הרא"ש דיכול לבטל שליחות אבל לדעת המחבר לא תליא כלל בידיעת מורשה ודוק וכן דעת הש"ך בס"ק י"א דהרמב"ם חולק בזה והאריך ולענ"ד א"צ לאריכות דלמ"ד דלא מהני ביטול לשליחות לא מהני ידיעת מורשה ופשוט לענ"ד:

ו **וזכי** הסמ"ע תמה למה השמיט הטור בנוסח הרשאה זכי דלפי דברי הרי"ף יש קפידא ע"ש ובש"ך הביא בשם רש"ל שהוא ט"ס ולי נראה דודאי לשיטת הרמב"ם דצריך להקנות לו בקנין המועיל לגמרי ודאי א"צ זכי דמה צורך לזכי יותר ממה שהקנה לו בקנין גמור המועיל ולכך הטור בהעתיקי דברי הרמב"ם השמיט מילת וזכי דא"צ בו אבל למסקנא בשיטת הרמ"א דנראה מדבריו דא"צ קנין המועיל ואפילו למטבע סגי קנין סודר ודאי בעי זכי דמזכה לו דהא גוף קנין לית ביה זכיה ועל זה סובב תשובת הרי"ף וא"ש ודוק:

ז **מחצה וכו'** ודעת מהרש"ל דוקא במקנה לו בק"ג אבל במקנה לו רק קנין סודר דאינו מועיל על הלואה ומטבע לא מועיל למחצה ובעי הרשאה בכולו ודעת הש"ך כוותי' ולא ידעתי דהא הראב"ן ומרדכי פירשו בנהרדעי דצריך למכתב דון וזכי היינו מדינא בעי א"ק כמבואר בהגוזל רק נהרדעי עשו תקנה דא"צ רק קנין גרידא רק צריך למכתב זיל דון ועל זה אמר אביי ואי כתוב ליה למחצה וכו' מגו דמשתעי אפלגא משתעי אכוליה הרי ברור דאפילו בקנין שאינו מועיל מכל מקום סגי בפלגא וא"כ אף דאינו מוכח כן בדעת שארי מחברים מהכ"ת לעשות מחלוקת בין מחברים ולכך סתם בש"ע וכן עיקר:

(מכאן ואילך עד סוף הסימן וגם הרוב מסימן קכ"ג בעו"ה נאבדו וחבל על דאבדן):

סימן קכג

יא **אם נתן לה מתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות** עיין סמ"ע דנתן הטעם דאלו הבעל אוכל פירות א"כ לא ניכר הנאה שלה כלל דפירות אין לה ואולי תמות בחיי בעל ואף הגוף ירש בעלה. ולדבריו אם הרשה אותה על קרן בלי פירות א"י לדון ומלבד דטעמא

דחיקה כמ"ש הש"ך ס"ק כ"ט אף גם לא ידעתי. לדבריו אף בהך הא לא מנכר הנאתה דהך פירות ממתנה אינו שלה רק ילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות ממנה א"כ אין לה כל זמן חיי בעלה הנאה מהך פירות כלל דהבעל לוקח הנאתן רק כל ענין דבמות בעלה לוקחת המתנה וכל הקרקעות שנלקחו בפירות הקרקע ולדברי הסמ"ע אין זה מיקרי הנאה דלא פסיקא ליה דאם תמות בחיי בעל הוא יורש הכל. וא"כ אין כאן הפרש לדבריו אי אוכל פירות או לא והש"ך ביקש ליישב דהואיל דאף גוף הקרקע אינו שלה רק באה בהרשאה א"כ א"י לדון על פירות ולא ידעתי דבריו דהא קי"ל מגו דנחית לפלגא נחית לכולה וצ"ל דהש"ך לשיטתו דס"ל כמהרש"ל דהך פלגא צריך להיות בקנין המועיל וי"ל הטור מיירי דאפילו נתן לה הרשאה בלי קנין המועיל וא"כ לא שייך מגו דנחית לפלגא הואיל ולא נתן לה אף הך בלי קנין המועיל אבל לפמש"ל דנראה מדברי הפוסקים דלא כמהרש"ל ליתא לדבריו פה. ובאמת א"צ לכל החרדה הזה דהטור והש"ע קושטא דמילתא קאמרי דכך הדין במתנה קנתה ואינו אוכל פירות הרי שכ"כ נתרוקן רשותו ולמה לא יהיה יכול להרשות לה:

יב **יכולים לשלוח הרשאה ביד גוי וכו'** והיינו בדבר שיש בו קנין המועיל דשליחות לא שייך בגוי כמ"ש מהרש"ל וש"ך ופשוט ומ"ש המהרש"ל דאין לכתוב ביה כל דמתענית וכו' דא"כ שליח שויה לפי מש"ל בשם הרשב"א ומרדכי דהוי כמתנה ע"מ להחזיר א"כ אף בגוי שייך כן דמקנה לו וכותב כל דמתענית דהוי תנאי בצדו ע"מ להחזיר ופשוט ונכון. והנה הרב הש"ך קרא ערעור בגוף הדין של ר"ת דס"ל דחליפין מהני בגוי דלא משמע כן בגמ' וגם למה דחקו הפוסקים למצוא היתר בחמץ בפסח ובבכור ולא אמרו להקנות לו בחליפין וראיית ר"ת מהא דאמרינן מכסף מקנתו בעבד עברי הנמכר לגוי דאינו נקנה בחליפין ש"מ דבשאר קנינים קונה הגוי בחליפין דעת הש"ך לומר דאינו ראיה חדא דקרא מכסף מקנתו לא לבד לעבד הנמכר לגוי קאי אף גם לעבד הנמכר לישראל קאי דאל"כ הא דמשמע מכל הפוסקים דאין ע"ע קונה אפילו לישראל בחליפין מנ"ל. ועוד דמזה ילפינן הואיל ומיעט התורה דאין ע"ע נקנה לגוי בחליפין מיניה ילפינן דכל קנינו של גוי אינו בחליפין כמו ר' יוסף דפי' על הך ברייתא בכסף מקנתו שאין נקנה בתבואה וכלים הואיל ולא קיץ ילפינן מיניה לכל קניני קדושי אשה פדיון הבן ודכוותיה במילתא דלא קיץ דאין קנין ולא אמרינן ע"ע שאני א"כ ה"ה דהך דאינו נקנה בחליפין. וזהו תמצית דבריו לסתור דברי ר"ת. ואין דברים אלו מספיקים לקדר בהרים גדולים כאלה. כי אדרבא לפי דבריו אחרונים דהך דכתב מכסף מקנתו ילפינן דאין חליפין מועיל בשל כותי ולולי זאת היינו אומרים דחליפין מועיל וכמ"ש הש"ך דמהך ילפינן

ואם כן הוא דינו של ר"ת מוכרח דהא אנן קי"ל כר"ן דאמר פירי לא עבדי חליפין ולר"נ מבואר בגמרא דהך מכסף מקנתו לא דרשינן למעט חליפין רק למעט תבואה וכלים דלית בהו ש"פ אע"פ דחשיבי כמבואר בגמרא וא"כ חזר הדבר לסברת חוץ דחליפין מועיל בשל גוי דהא הך מכסף מקנתו אתיא לדרשא אחריני והכרחת הש"ך דמהך כסף מקנתו ילפינן אף ע"ע הנמכר לישראל דאל"כ מנלן לפוסקים דאינו מהני חליפין בע"ע הנמכר לישראל ג"כ נסתר דאף לפי דבריו קשה מנלן דהא הך כסף מקנתו במסקנא לא קאי להך דחליפין כלל כמבואר בגמרא ואתי לדרשא אחריני לר"נ דס"ל פירי לא עבדי חליפין וע"כ דילפינן מדוכתי אחריני ובזו יש לומר דלגי' רש"י ואשה בפחות מש"פ לא מקני' נפשה דקשה ללוי דס"ל בכליו של מקנה וא"כ קושית הגמרא ה"נ דאשה יקנה בחליפין דהיא נותנת לו סודר ומה בכך דהוא פחות מש"פ אדרבא אם לוקח ממנה פחות ולא זילה ליה למלתא לקבל פשיטא דניחא לה וברור דלא שייך לא מקניה נפשה במה שהיא נותנת לו וא"כ ללוי קשיא דתקני בחליפין וצ"ל דרש"י ס"ל ללוי אמרינן פירות עבדי חליפין ואמרינן מכסף מקנתו למעט חליפין ובכל קניני גוי ליתא חליפין ולק"מ דלגמור משדה עפרון כקושית התוס' אבל הגמ' לדידן דקי"ל פירי לא עבדי חליפין ול"ל כסף מקנתו כהנ"ל ושפיר קשה ה"נ ולדידן דקי"ל בכליו של קונה שפיר מתרץ חשה בפחות מש"פ לא מקניה נפשה ודוק איברא דמתוס' קדושין דף ג' ד"ה ואשה וכו' לא משמע כמ"ש דלס"ד דכסף מקנתו אתי למעט חליפין באמת אמרינן כל קנינו של גוי אינו בחליפין כמ"ש הש"ך ומ"מ דינו של ר"ת אמת כמ"ש דמלבד דלישנא דתוס' לא משמע להדיא כן אף גם דא"כ לא הוה מקשה מהא דל"ל למעט בחליפין הא ילפינן מאשה דלא מהני חליפין ואם אינו מועיל בישראל מכ"ש בגוי כמ"ש מהרש"א ע"ש דהא אצטריך למעט כל קנינו של גוי אף שארי דברים זולת ע"ע דלא יהיה בחליפין רק זה אינו כ"כ קושיא כמ"ש אחר זה דדוחק דיהיה נכתב גבי ע"ע בשביל קנינים אחרים וגבי ע"ע לא צריכי: אמנם לישנא דתוס' לא משמע כן כלל. אלא נראה דס"ל לתוס' דוקא בע"ע אתיא קרא דל"ל שאר קנינים נמי דהא קרא לא על ע"ע הנמכר לגוי לבד קאי אף גם הנמכר לישראל וא"כ בישראל מהני בשאר קנינים ואיך נילף לשאר קנינים ואי קשה א"כ דאף בישראל נמי קאי מנ"ל דחליפין מקני בגוי מהא דאצטריך כסף מקנתו דלמא בשביל ישראל כמ"ש הש"ך. ז"א אלו אין הדבר צורך כלל בגוי רק בישראל לא ה"ל התורה כתבהו בנמכר לגוי אף דבישראל נמי קאי מכל מקום אין כאן מקומו בנמכר לגוי רק בנמכר לישראל ה"ל להתורה להעמידו אלא ודאי דגם בגוי מיצריך צריכי דזולת ע"ע מהני ביה ק"ס ולמילף מיניה אי אפשר דהא חזינן בישראל נמי איירי ובישראל ודאי

דמהני בשארי דברים ק"ס ועוד נראה דאדרבא זהו הוכחת התוספ' דהא מבואר במשנה ע"ע נקנה בכסף ושטר ולא תני חליפין ש"מ דאינו נקנה בחליפין וכדמשמע בכל דוכתא דאין ע"ע נקנה בחליפין אפילו בישראל וקשה מנ"ל וכמ"ש הש"ך ול"ל דילפינן מיניה מדוכתי אחריני א"כ קשה להך מ"ד כסף מקנתו למעט חליפין ל"ל השתא בישראל לא מהני מכ"ש בגוי ואין לומר דלהורות בא דכל קנינים של גוי לא יהיה בחליפין דזה דוחק דיהיה התורה כותב מיעוט בע"ע שאין בו צורך כלל רק בשביל שארי דברים ובפרט דאין למילף מיניה שארי דברים דע"ע שאני דהא חזינן בישראל מהני בשארי דברים ק"ס ומ"מ בע"ע לא ועכצ"ל דלא יש לנו בנמכר לישראל שום מיעוט לחליפין רק ילפינן בבנין אב וכדומה בגילוי מלתא מגוי כנראה מדברי תוס' להדיא וקשה בשלמא אי ק"ס מהני בשאר קניני גוי רק בע"ע לא מהני שפיר יש למילף מיניה ישראל אבל אי בגוי שום דבר לא נקנה בחליפין א"כ איך אפשר למילף מיניה דע"ע אינו נקנה לישראל בחליפין דהא אין הבדל בין קנין ע"ע לשארי דברים כלל וכלל ובישראל דקונה בשאר דברים בע"ע קונה נמי. ודברי תוס' מוכרחים דגם בגוי מהני בשארי דברים חליפין רק בע"ע לא מהני ושפיר ילפינן ישראל ממנו ודבר זה דהך דכסף. מקנתו ס"ל לתוס' להכרח דקאי רק על ע"ע הנמכר לגוי ולא לישראל מוכרח בתוס' ב"ב דף נ"ד ע"ב ד"ה כותי מכי מטו וכו' דכתבו ועוד תניא התם מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים דהיינו חליפין משמע דה"ה בשטר אינו נקנה דאפילו כל שוה כסף הוה ממעט מכסף רק דכתיב ישים אבל בעלמא לא ואלו גם בע"ע קאי איך ממועט שטרא הא ע"ע נמכר לישראל בשטר א"ו דאינו מיירי רק בנמכר לגוי והא דלא מהני חליפין בנמכר לישראל הוא דילפינן מנמכר לנכרי משא"כ שטר דליכא למילף דאתקש לעברי' והיא אתקש לאשה וגם בהכי ניחא מה דלכאורה יש לתמוה א"כ איך דייקו דהואיל ממעטינן גבי ע"ע חליפין בגוי ש"מ בשאר קנינים מישך שייכי דא"כ שטר נמי כן ובאותו דבור עצמו סיימו התוס' דשטר לא שייכי בגוי כלל אפילו בקרקעות דספר המקנה בישראל כתיב. ול"ל דלאו מקרא דייקי התוס' רק מלישנא דברייתא דקתני מכסף מקנתו ולא תבואה וכלים דהא כל מילי אפילו שטרות אימעטו ולמה נקט בלישנא תבואה וכלים דהיינו חליפין הא מכל מילי אימעט ועכצ"ל דלרבותא נקט הך קנין חליפין דאיתא בגוי בשאר קנינים ומ"מ ליתא בע"ע משא"כ שטר ליכא בגוי בשום קנין ודינו של ר"ת מוכרח דזה דוחק וכנראה מלישנא דתוס' ע"ש אבל לפמ"ש ניחא דכל ראית התוס' דלולי דק"ס מהני בשאר קניני גוי לא הוה ילפינן מיניה דישראל הנמכר לישראל לא נקנה בחליפין וכמ"ש אבל בשטר באמת אמרינן דה"ה בשאר קנינים לא מהני שטר בנכרי דהא באמת שטר

מהני בנמכר לישראל וא"ש. והא דהקשו התוס' ל"ל מכסף מקנתו למעט חליפין הא אף בישראל אינו קונה מהקישא ולא תי' דאתא למעט שטרות דאיתא בישראל דע"ע נקנה בו ובגוי ליכא. אפשר דג"כ הקושיא על ברייתא דלמה נקט בלישנא למעט חליפין שאינו אפילו בישראל ולא אצטריך מיעוטי ה"ל למנקט למעט שטר דזהו שייך בישראל בקנין ע"ע ובגוי לא וכן צ"ל בגמ' דפריך ולמ"ד פירי לא עבדי חליפין וכו' ולא קאמרי דאתו למעוטי שטר אלא ודאי דמלישנא דברייתא קשיא להו. מיהו בלא"ה לק"מ דהא שטרות בלא"ה לא מצינו בגוי וא"צ קרא מיוחד לכך. דלא נזכר שטר רק בישראל כמ"ש התוס' ולק"מ וא"ש ואין צריכין לדחוק ולומר דהתוס' כתבו שם בב"ב לפירשב"ם דס"ל הטעם דמסתלק דכל קנינו של גוי כסף ולולי זאת מהני שטר בגוי במתנה וכדומה דלא שייך כסף ובס"ד ההוא כתבו כן דבע"ע אתמעט שטר מן כסף מקנתו אבל למסקנא דס"ל לתוס' דליתא שטר בגוי באמת ס"ל דלא ממעטינן מיניה רק חליפין ולכך בקידושין לא הזכירו זה דכסף מקנתו ממעט שטר דלפמ"ש בלא"ה ניחא. אבל מ"ש הש"ך לתרץ הך קושית התוס' דאיך אפשר לומר דחליפין מקני באשה מג"ש דקיחה שדה עפרון הא בשדה עפרון גופיה לא מהני קנין חליפין יפה תי' וכ"כ הרשב"א בחדושיו לקדושין להדיא דלא משדה עפרון גמרינן רק מקשינן קנין אשה לקנין שדה ולא לשדה עפרון ממש אבל מ"מ סיים מיהו בתוס' תירץ. שם ר"ת דשייך חליפין בשל גוי וכו' ע"ש הרי דהודה לדברי ר"ת ולפי סברתו מתיישב יותר וא"צ לדחוקים דמנלן להגמרא להקשות כן ואימא ה"נ דלמא כי ילפינן לשדה עפרון ממש מקשינן ולא לקנין שדה דעלמא ומנ"ל להקשות. אלא לדידי קשיא דא"כ דס"ל התוס' דמשדה עפרון ממש ילפינן וחליפין בהו שייכי א"כ מה טרח התוס' להקשות לפירש"י דנילף משדה עפרון דגם שטר יקנה באשה ול"ל ויצאה והיתה הא שטר לא שייכי בשדה עפרון כמש"ל להדיא בשם תוס' דב"ב וא"כ איך אפשר למילף שטר. ולפי' הרשב"א והש"ך קושיתם ניחא וצ"ל דבלא"ה משטר אין כ"כ קושיא דאיך אפשר ללמוד שטר בקדושי אשה מקנין שדה. התם מוכר יהיב ללוקח וכאן האיש הקונה להאשה הנקנית ועיין בגמרא דקדושין דף ט' ע"א דאסיקנא הלכתא נינהו וע"ש בתוס' ועכצ"ל דעיקר קושית התוס' מחזקה ושטר ברהיטי דלישנא נקט ואזיל ומ"מ צ"ע. שוב ראיתי בספר עצמות יוסף דהניח ב' קושיות אלו בצ"ע ובקושיא שניה הוסיף אומץ דהתוס' כתבו להדיא אח"כ דלכך לא ילפינן שטר מק"ו דאמה דהתם אב כותב וכאן בעל כותב ובאמת קושיא שניה י"ל דבשלמא נילף ק"ו דיהיה שטר מועיל באשה מק"ו דאמה שפי' כתבו דהתם אב כותב ואיך נילף ק"ו שיהיה שטרו של בעל מועיל משא"כ כאן אנו למדין דכאן כתב כי יקח איש ובשדה כתב קיחה למדין בג"ש דכל קנינים שיש בכלל

קיחה דשדה יהיה ג"כ בכלל קיחה דאשה ומה התם פי' דקיחה בשטר אף כאן קיחה הנזכר כאן פי' שטר וכיון דלמדנו דפי' של כי יקח ג"כ שטר אמרי' אח"כ מעניניה של קרא דכתיב כי יקח וכו' דהיינו דהוא יתן וכדאמרינן בגמרא דלקמן ואין אנו לומדים העניינים זה מזה רק פי' המילת ביה קיחה דהתם פי' כסף ושטר אף כאן פי' דכי יקח כסף ושטר ואח"כ אנו חוזרים לענינו דקרא וא"ש ודוק אבל על קושיא ראשונה לכאורה צ"ע לישבו ונראה דבלא"ה הקשה המהרש"א בקושית התוס' דל"ל קרא לשטר דנילף משדה עפרון דהא אסיקנא אשה בפחות מש"פ לא מקניה נפשה ולכן נראה דקושית התוס' סובב והולך בדרך ממנ"פ או קושיא ראשונה או קו' שניה דכבר הקשינו לעיל דלפמ"ש התוס' בב"ב דאף שטר ממועט בהך מכסף מקנתו א"כ אף שטר מועיל בשארי קניני גוי כמ"ש ר"ת בחליפין אך באמת לק"מ כי קרא ע"כ אתא למעט קנין בע"ע הנמכר לנכרי מה דאיתא בשארי קניני גוי דאל"כ קרא ל"ל אבל סגי בחד קנין למעט וא"כ או דממעט שטר דמהני בשאר קנינים או דממעט ק"ס דמהני בשארי קנינים ומסתברים ליה לר"ת דממעט ק"ס משנאמר דממעט שטרא דס"ל לר"ת לסברא מוחלטת דשטר אינו מועיל בגוי בשום קנין כמ"ש דספר המקנה בישראל כתיב וגם שמעת' דנכסי גוי הרי הם כמדבר מסייע ליה כמ"ש התוס' בקדושין דף י"ד ע"ב ד"ה הואיל ע"ש והנה בקושית התוס' על רש"י דמה בכך דאשה בפחות מש"פ לא מקניה נפשה וכי בה תליא כקושית הגמ' דלקמן לב"ש י"ל דגם רש"י מודה רק רש"י ס"ל דאין חליפין בגוי כמו שנראה מדברי תוס' לשיטת רש"י וקושית הגמרא ואימא ה"נ הוא כתי' הרשב"א והש"ך דנילף קיחה משדה כהנ"ל וכ"ת דמעפרון ילפינן דמנ"ל הא ולהקל ולומר דאשה אינה נתקדשה בחליפין דאין צריך גט כלל דלמא לא ילפינן מעפרון רק משדה בעלמא ומהני חליפין וע"ז משני הגמרא שפיר כיון דיש כאן פנים לכאן ולכאן וסברות חוץ הוא דלא יהני חליפין דאשה בפחות ש"פ לא מקניה נפשה א"כ מסתברא לומר דנילף מעפרון גופיה דלית ביה חליפין משנילף משדה בעלמא ויהיה קנין חליפין באשה נגד הסברא וא"ש ולק"מ מקושית התוס' דהך סברא אשה לא מקניה נפשה אינו רק לברר הג"ש וממי נלמוד כהנ"ל ולפ"ז דס"ל לרש"י דק"ס אינו בשל גוי עכצ"ל דשטר איכא בשל גוי דאל"כ מכסף מקנתו למה אתיא אי ק"ס הא בכל קניני גוי לא מהני ולפ"ז שפיר הקשה א"כ דכך פי' ול"ק קושיא ראשונה קושיא זו קשה ל"ל קרא על שטר נילף מעפרון דלשיטה זו ע"כ מוכח בשטר איכא בשל גוי וגם קושית מהרש"א מיושב דהא קיימינן דהך סברא לא מקניה נפשה הוא רק לברר הענין הג"ש אבל ודאי אי הג"ש נלמוד דמהני קנין הך סברא לא מקניה נפשה לא דחי' דמה איכפת לן בדעתה אי מהתורה הוי קדושין ודוק

ובחדושי הארכתי אי נלמוד מעפרון א"כ אף בפחות מש"פ מהני דב"נ נהרג על פחות מש"פ וא"כ הוי גביה מעות וקנה שדה אפילו בפחות מש"פ ואין כאן מקומו ודוק:

אך מכולם נראה דלא על קושיא זו תמך ר"ת יסודותיו לומר דק"ס מועיל בגוי רק עיקר ראיתו מהך דכסף מקנתו רק ממילא ע"פ דבריו הקושיא הנ"ל מיושב. וראיה הנ"ל כבר בררנו שהוא ראיה גמורה מבלי דוחה אך נראה רש"י ורשב"ם דפי' בהא דאמרינן קדושין דף י"ד ע"ב דנכרי כל קנינו בכסף דהיינו בכל דבריו משמע דאין לו קנין חליפין דהא אמרינן כל קנינו בכסף וכ"כ בישוב דברי רש"י מקושית התוס' ור"ת אזיל לשיטתו דס"ל שם בתוס' כל קנינו בכסף לא בשארי דברים רק בע"ע משתעי וביה כל קנינו בכסף וא"כ א"ש דבשאר דברים אפילו חליפין מועיל ועיין חידושי רשב"א לקידושין דהקשה לרש"י דמפרש כל קנינו דגוי בכל דוכתא בכסף דהא איכא חזקה ע"ש הרי דמפרש ברש"י כל קנינו בכסף למעט כל שארי קנינים וברור ומעתה תמיהת הש"ך בחמץ בפסח ובהקנאות אוזן בהמה בבכור דלמה לא צוו לעשות בק"ס מיושב דאף דכאן במילתא דבממון ובפרט הרשאה בעלמא סמכינן ארבינו תם כי מסתבר דעתו והך פירוש דכל קנינו בכסף הסכימו עמו כל מפורשים מכל מקום לענין איסורא דהתם הלא טרחו לצאת כל הדיעות וכל המחברים כנראה שם בספרתם וחששו לפירש"י ורשב"ם ולא ביקשו לסמוך ארבינו תם. והנה מכאן נראה דקנין אגב קרקע אינו בגוי דאל"כ למה לא צוה רבינו תם בהרשאה של גוי להקנות אגב קרקע דהוא קנין הנהוג בהרשאה ויותר מועיל לכמה דברים שאין סודר מועיל בו. וגם שם בחמץ ובבכורות למה לא ציוהו המחברים להקנות אגב קרקע ש"מ דאינו מועיל כמו שבאמת לא מצינו בשום דוכתא כי קנין אגב קרקע יועיל בשל גוי וכמ"ש התוס' דאין להם שטר הואיל ואקח ספר המקנה בישראל כתיב אף ויתן להם מתנות וכו' ביהושפט כתיב (וק"ס באמת לולי ראיה נא היינו אומרים בגוי וגם מ"ש וזאת לפנים בישראל אינו קושיא לרבינו תם כמ"ש מהרשד"ם כאלו סותר רבינו תם דברי הקרא כי המנהג היה כן בישראל דגוים לא נהגו בו כי משפטים בל ידעום ולכך נאמר וזאת לפנים בישראל ולא סתם וזאת בישראל) ולפי זה היה לי לכאורה ראיה לר"ת כי בס' אסיפת זקנים הביא קו' בפרק הזהב למ"ד במשיכה אינו נקנה אם כן מתנה במטלטלין איך משכחת ליה ובמה יקנה ותי' בשם התוס' (כן הוא בע"ז ע"ש) דהמתנה לא סגי דלקני ואין בו מחלוקת והרמב"ן תי' בשאר אופני קנין ק"ס אג"ק חצר עכ"ל ודברי רמב"ן נראים דמה"ת לחלק בין מתנה למכירה ולולי כן מה חרדו כל הפוסקים בהקנאת אוזן הבכור מבלי לסמוך אמשיכה דלשיטת רש"י אין משיכה קונה בגוי ליתבי ליה הך אוזן במתנה ויועיל בו משיכה לכ"ע וכי לדמיו הוא צריך ולפי זה קשה לר"ל דסבירא ליה

גוי מעות דוקא קונות מתנה איך משכחת ביה קנין א"ק לית ליה כנ"ל חצר גם כן לית ליה לר"ל דהא ר' לקיש אמר ב"מ דף יו"ד ע"ב קטנה אין לה חצר דחצר משום שליחות אתרבי וקטנה אין לה שליחות ואם כן ה"ה לגוי דלית ליה שליחות ואין לו חצר ואם כן במה יקנה ועכצ"ל כפיר"ת דקונה בחליפין והדבר כמעט מוכרח. ופשוט דאין לזוז מן פסק ר"ת ומי יורה נגדו ח"ו ושפת יתר היה להרב מהרשד"ם דכתב דדעת ר"ת הוא דעת יחיד במ"ש התוס' וכן רשב"א כמש"ל והמרדכי ויתר מחברים והטור והש"ע:

יג **ובלבד שיזהר מלכתוב וכו'** עיין הטעם בסמ"ע ס"ק כ"א וכך כתב המהרש"א להדיא בשם תוספות ישנים עיין שם. והנה הרב הש"ך בס"ק ל"א הביא דעת מהרשד"ם דגוי לישראל אף ר"ת מודה דא"י להרשות ודבריו בלתי נכונים דודאי בענין אשר לא טוב עושה בעמו ודאי יפה דיבר מהיכי תיתי להוציא מיד ישראל ולתתן לגוי אם לא דיש ח"ה בדבר וכדומה לבל יעלילו עלינו בגולה כי נחנו מסייעים לעושים עול וממון של גוי הפקר אצלנו בעו"ה היא המעוררת מדנים ומטלת שנאה עלינו בין אומ' וגורם רעות רבות לישראל ההולכים לתומם תומת ישרים ולכך נהגו בזמנינו לפעמים היתר בזה ולא מיחו בידם חכמי הדור. אבל לדינא בקנין דבריו אינו מובנים דפשוט דהיכי דמהני קנין בגוי הקונה מישראל ה"ה בישראל הקונה מגוי דמ"ש בקניני' והא תי' התוס' דבגוי מהני חליפין על שדה עפרון למילף מיניה קדושי אשה והתם גוי הקנה לישראל הוה וכן רשב"ם בב"ב גבי נכסי גוים דכתב דגוי מסתלק בזוזי דכל קנינו אינו אלא בכסף וזהו גבי קנין הגוי לנפשו ובב"ב איירי דהגוי יקנה לישראל. ואיך ניליף זה מזה אלא ודאי דכל קנינים בכזה שוים בדינים וכן נראה בכמה דוכתי מתוס' דהשוו דינם ואדרבא יותר אלים וטוב להפקיע נכסי גוי משנפקיע נכסי ישראל ולכן אין לדבריו שרש ועיקר בש"ם ובפוסקים וברור:

יד **אלא שכ"ז שהמורשה אלם וכו'** הרב הש"ך בס"ק ל"ב השיג על רמ"א בכוונת התוספות ומפרש מ"ש התוספות שהוא אלם היינו הנתבע אלם ולכך התובע נמנע לילך עמו ומעמיד להמורשה במקומו ומלבד דדין זה ליתא דאדרבא בזה יפה עושה מורשה דאינו גר מפני איש ואם זה התובע יש לו מורך לבב ונפסד עי"כ והוא המורשה אוזר חיילם לקום נגדו ולא יחת מפני איש וכושל יקימון מילו אני אומר תבוא עליו ברכה וכמה שקדו חז"ל לשבר מתלעות האלמים וזרוע רמה עד שהכריחו להביא עדות מה שכנגדו ואיך לא נשקוד שהמורשה יקום בחריקאו של איש נעזב. אף גם הא מבואר בפסקי תוספות למסכת שבועות להדיא אלם ובעל טענות לא יתעבר לטעון בשביל חבירו עד כאן והדבר מבואר כמ"ש הרמ"א ובעיקר קושיתו דמה יהיה באלמתו וטענותיו הא

אסור לו לטעון שקר לק"מ כי חדא לרב טענותיו יתרצה הנתבע ע"כ לפשר דבר כי יהיה נלאה נשוא דברי ריבות שלו וטרחא דבית דין וגם העדים אפשר דיגורו ממנו כעובדא דמרי בר איסק. ועיין ת"ה סימן ש"ו ויש"ש לב"ק פרק ד' דין י"ח אם יכול אדם להרבות בתואנה ועלילות כדי לכוף חבירו לפשר ועיין שם דבטענה שיש בו ממש מותר ודברי רמ"א פה עיקר:

סימן קכד

הנתבע וכו' עיין סמ"ע דכתב דתובע מותר וכו' ולשיטת הרמב"ם דלא תהא סנהדרין שומעים מפי המתורגמין קאי אף על בע"ד אחד תובע ונתבע במשמע רק האמת כמ"ש אחר כך וכמ"ש הש"ך דבתובע יכול להקנות לו בהרשאה והוי כבעל דבר דהא זוקק עדים לקרבן שבועה על תביעתו אבל בנתבע א"א למצוא הרשאה. אמנם בקבליה עליו דעת הסמ"ע לעיל סימן י"ז והש"ך פה בס"ק א' דמותר ומזה נתפשט המנהג בכל מקומות דמעמידין התובע ונתבע מורשה בלי שטר הרשאה והיינו משום דהוה כקבלו עליו והנה הרב בעל כה"ג הביא בשם משפט ישמואל דאפילו יתפייס התובע אין שומעין דאיסורא מבלי לשמוע מפי מתורגמין ולדון עליהם. ודברי סמ"ע עיקר דאל"כ הך דכ"ג דאמרי' ימנה אנטלר קשיא ליה ומ"ש הר"ן לתרץ משום יקרא דכ"ג ק' וכי בשביל כבודו נעביד איסורא ח"ו אין חולקים כבוד וכו' אבל לפי הנ"ל דבקבלהו עליה מותר א"כ ודאי התובע מרוצה דלא יעמוד הכ"ג בעצמו דכבודו מוטל על כל וקדשתו כתי' ואם כן ודאי מוחל ואנן כייפינן ליה למחול והוי קבליה עליה ושרי. וכתב הרב הש"ך בס"ק ד' דאם הודה המורשה של הנתבע הודאה גמורה היא כמ"ש הריב"ש בסימן שצ"ב ודלא כמהרשד"ם ע"ש ויפה כתב דאין לנו אלא דברי הריב"ש אבל דברי הריב"ש בעצמן צריך בירור דריב"ש כתב דודאי מדלא משני הירושלמי על הך דקושי' דכ"ג ימנה מורשה דאם יודה מה יועיל ומשני משום דכי ישבע המורשה במקום הכ"ג ש"מ דס"ל דהודאת השליח מחייב משלחו רק היינו דוקא בממנה להאנטלר בפנישני עדים ומקבל אותו בפני עדים שיהיה הודאתו כהודאתו אבל באם לא מינהו בפני עדים אין כאן הודאה בפני שנים. וצריך לומר לאו דוקא בפני שנים רק אחד והמורשה דהא הוא נעשה עד וא"כ הרי כאן שנים. ואם הוא קרוב צריך להיות שנים רק מ"מ צריך בירור אם הודה השליח בנו"ן ונודע שלא צוה לו המשלח להודות רק הוא עשה כן מעצמו כי חשב שבזה האמת עם התובע והמשלח מערער ואמר מי צוך להודות למה לא יוכל לטעון לתקוני שלחתיך וכו' ומה לך להודות דברים שלא שמתי בפיך. ואם נאמר דהוא סביר וקיבל כל מה שיודה שיתחייב

הוא יהיה טענתו יהיה מה שיהיה כי כך מינהו בעדים וסברת וקבלת דבר הזה צריך קנין להתחייב במה שיאמר חבירו ודבר שאינו חייב בעולם כי לפי דבריו לא לאמת הודה ואפילו בקנין אני מסופק אם לא הוי אסמכתא כי לא עלה בלבו שהמורשה יודה מה שלא שם המרשה בפיו. ואם יש כאן הכחשה שהשליח אמר כך צוית לי להודות והוא מכחישו א"כ שורת הדין דהשליח אינו רק אחד רק הוא קיבל עליה להיותו נאמן עליו והוי כמקבל ע"א להיות נאמן כשנים דנאמן כמש"ל בסימן כ"ב אך לפ"ז צריך להיות המורשה כשר לעדות אבל באם הוא קרוב ופסול כבר נתבאר לעיל סימן כ"ב בהג"ה דבתרתי לריעותא שיהיה נאמן כבי תרי צריך קנין וע"ש בש"ך שאפילו בע"א כשנים דעת הרבה פוסקים דבעי דוקא בפני ב"ד ואם לא צריך קנין ואף כאן צריך קנין ואין כאן קנין דברים כמו שחשב הרב הרשד"ם דהא מכשיר לשליח שהוא ע"א שיהיה נאמן לומר כל מה שהודה היה בציווי שלו כמו שנים ומכ"ג אין ראיה כלל דבאמת פריך וימנה אנטליר ויעשה קנין להאמין בכל דבר. ולכן דינים אלו צריכין בירור. והנה פה בקהלתינו נוהגים להיות. מורשה לתובע ונתבע ולפעמים אין התובע ונתבע עומד לפני ב"ד כלל אבל בהגיע הדבר לידי הכחשה נוהגים מבלי לסמוך אמורשה וצריך בע"ד להיות. עומד בב"ד ויקום בפניו כחשו ומנהג יפה הוא:

סימן קכה

א **הולך מנה זו לשמעון** כתב הסמ"ע בשם רי"ו דאם נתן שטר מתנה לשליח או שום שטר שיתנהו לפלוני אזי זכה ומפרש הסמ"ע בשם ד"מ דאיירי באומר זכי לו והוא הנכון והש"ך בס"ק ג' כתב דמרדכי הביא תוספתא תן מנה זו לפלוני וכו' תן שטר מתנה זו לפלוני התקבל שטר מתנה זו לפלוני אם רצה לחזור יחזור ואני תמה בשטר מתנה אמאי יכול לחזור ויש תוספתא שכתוב בהן לא יחזור וליתא וכו' עכ"ל וכתב הש"ך א"כ לפי תוספתא שכתוב לא יחזור צ"ל הא דד"מ והסמ"ע לא קאי רק אסוף דברי רי"ו כשנותן לו שום שטר אבל בנותן שטר מתנה מועיל כמו בחוב וכ"כ מדברי הריטב"א תן מנה זו לפלוני הולך מנה זו וכו' תן שטר וכו' והלך ומצא שמת יתן ליורשיו עכ"ל. ודברים תמוהים כתב כאן דאיך ס"ד דשטר מתנה הוי כחוב ואם תן לא הוי כזכי במתנה איך ס"ד דהוי בשטר מתנה כזכי ודברי התוס' בפ"ק דגיטין דף י"ב ד"ה כל אומר וכו' מבואר דחדא נינהו ומכאן מביא ראיה הר"י לר"ת דקתני בתוספתא תן שטר מתנה זו לפלוני חוזר וכבר התשו הרשב"א והרא"ש דא"כ שטר שחרור נמי הא הוי כמתנה ותי' דהוי כחוב ע"ש והדבר מבואר כמ"ש. ובמרדכי לא נאמר רק כך ואני תמה זכה בשטר מתנה

אמאי יוכל לחזור ומוסב על סיפא דתוספתא דקתני בהו זכה בשטר מתנה זו לפלוני אם רצה לחזור יחזור ובהא קשיא ליה ולכך כתב המרדכי דאיכא נוסחא דקתני באמת בהו לא יחזור וכמו שהוא באמח בנוסחא תוספתא שלנו רק דא"כ ה"ל למימר לעיל ברישא דברייתא דקתני בהו דמלוה ובפקדון אפילו בהולך א"י לחזור ה"ל לחשוב במתנה כזכי. ובגי' מרדכי לא כתוב בתוספתא כמו שהוא לפנינו זכה במתנה רק זכה בשטר מתנה וכן משמע בתוספתא כי הוא יתרת מהמדפיס. ולכך לא הקשה על מתנה גרידא רק על שטר מתנה וזה פשוט ומ"ש מירושלמי שהביא הריטב"א תמוהין דפשיטא דירושלמי הוא למ"ד דמתנה כחוב ואפילו בהולך כמ"ש בירושלמי להדיא אבל אנן דקי"ל כר"ש הנשיא דהולך לאו כזכי דמי במתנה ה"ה תן לשיטת ר"ת וכל דברי הש"ך בזה שגגה גדולה:

ב **לא הוי כזכי** הסמ"ע בס"ק ז' השיג על הרמ"א והנכון עמו אלא שאני מוסיף אף לדברי ריטב"א דהחזר גרע מהולך היינו במתנה כי מה שייך החזר במתנה מה שלא היה לו מעולם בידו אבל בהלואה מה לשון יותר טוב שייך ביה כי אם החזר כי הלואה איתא בחזרה ולמה מהולך מנה לפלוני. והרב הש"ך בס"ק ט' ביקש להתנצל בעד הרב רמ"א וכל דבריו ממש בלתי מובנים דכתב דהריטב"א למד מירושלמי דמנה ושטר דין א' להם דתניא בירושלמי הולך מנה לפלוני תן שטר מתנה הולך שטר מתנה לפלוני ומת יחזירו ליורשיו עכ"ל וכתב הש"ך אם כן מוכח דהולך שטר מתנה לא מצי לחזור ובהחזר פסק הריטב"א חוזר א"כ מוכח דאף בחוב הוי החזר לישנא גרוע מהולך ואגב רהיטא לא עיין כל הצורך כי חושב שהריטב"א פוסק כהך דינא דירושלמי דהולך הוי כזכי ולא מצי לחזור ומכח זה נכנס בחילוק כי שטר מתנה הוי כמו חוב וכל זה אינו כמש"ל כי ירושלמי ס"ל מתנה כחוב ולא קי"ל כהך ירושלמי כלל כי קי"ל מתנה אינו כחוב רק כל דינו של הריטב"א דלמד מהך ירושלמי הוא דמנה ושטר דין א' הן ושוים הן בדינא וא"כ לדידן דקי"ל במתנה הולך והחזר לאו כזכי ה"ה בשטר נמי לאו כזכי. וכל לימוד מירושלמי הוא רק להשוות שטר ומנה כאחד ושלא בעיון היטב כתב להך מילתא.

ג **שניהם חייבים באחריותו וכו'** דעת הסמ"ע והב"ח והלח"מ ויתר פוסקים דנ"מ בין שני דעות אי לא העני אי רצה מזה גובה או מזה או לא והש"ך בס"ק ז' כתב דאין לדבריו אלו ביאור דלמא לא יהיה בידו סיפוק לגבות מאיזה מהן שירצה ודבריו נכונים וגם פשיטא כשלא העני דיתבע הלוה שמעות שלו בידו כי מהכ"ת יתבע לשני והוא המעות בידו וכמ"ש הש"ך ולענ"ד דיש הבדל זה דודאי זה השליח אין על המעות שקיבל רק ש"ש אם קיבל מעות מותרין דקי"ל כר"נ נאנסו לא וא"כ אלו קרהו אסון בעודו ביד השליח היה פטור ולפ"ז אם החזירו ללוה הראשון אם הוא מלוה ע"פ ונאנס בידו אע"ג דהלוה חייב

באונסין תיכף דהא החזירן לו והוא תיכף לוה עליו אפילו לא הוציאן מ"מ אם נאנסו אז ביד הלוה הזה מ"מ השליח שהחזיר פטור דמה לו נאנס בידו או ביד השני ואי דהוה שומר שמסר לשומר הא בזה לא שייך דלא מהימן לו בשבועה דהא הלוהו והאמין ליה דלא יכפור ביה כלל ואיך שייך לא מהימן ליה וא"כ פטור מאונסין ותחלתו בפשיעה לא הוה דאם אחריותו עליו כדין ש"ש לא הוי פשיעה במה שמסרו ללוה דמה לי מסרו לשומר אחר דמהימן ליה מה לי מסרו ליד לוה ולכך בכה"ג פטור השליח אבל אם לא נאנס ביד לוה רק שאין לו במה לשלם פשיטא דהוא חייב דעל זה הוי פשיעה גמורה ועל זה חייב באחריותן דהא לא קרה אסון להפקדון רק הוא הוציאו וא"כ חייב באחרייתו והיינו גניבה ואבידה ובפרט לפי הדעת הטור לקמן בסימן רצ"א דשומר ראשון חייב באחריות שומר השני אם אין לו מה לשלם ומכ"ש בזה וא"כ יפה דייק דוקא בכה"ג שהעני דהשני פשע אף הראשון חייב אבל אם קרה אונס להלוה במלוה ע"פ כיון דלא שייך לא מהימן ליה הוה כשומר שמסר לשומר בגברא דמהימן לי' ופטור מאונסין וזהו ברור בכוונת דעת הראשון. אמנם הרמב"ם דכתב סתם שניהם חייבים באחריותן משמע דאחריות השני והראשון שוים וכמו דלוה חייב בכל אחריות אף השני חייב בכל אחריות דהא השוה אותן וטעמו של דבר צ"ל דס"ל לרמב"ם דכי הותר לשומר למסור לשומר היינו מעות צרורים או שאר פקדון אבל מעות מותרין דמותר לשמש בהו אין לו למוסרן לאחר דמי יודע מה יעשה אחר בו ופתאום אבוא ליטול שלי ולא יהא בעין וכדומה ובפרט ללוה דכבר הוציאן מעיקרא ועכשיו החזרתם לו ויהיה קשה להוציא וא"כ הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס ואונס בא מכח פשיעה וחייב ולכך כתב רמב"ם שניהם חייבים באחריותם ולא חילק בין אחריות לאחריות דאפילו באחריות אונסים חיי' ומזו הטעם נראה דהשיגו הראב"ד דכתב דאין כאן אחריות רק בכופר וכבר כתבו הכנה"ג ויתר מפורשים דראב"ד מודה ה"ה בהעני רק כוונתו כמ"ש לשלול אחריות אונסים וכמש"ל דס"ל דאין כאן פשיעה גמורה ודוק כי לענ"ד הדברים כהווייתן בדברי טור. אמנם הרב הש"ך ביקש לומר לדברי רמב"ם אפילו באיימו עליו לא מפטר מאחריות ובאמת סתימת דברי הרמב"ם מורים זה אע"ג דכתב המ"מ באונס מודה הרמב"ם דפטור אך יש להבין הא בגמרא אמרו דשפיר עבדית ומ"ש בט"ז לחלק בין איום לאיום דחוק דמי יכריע ויתן קצבה לאיים כיון דבידו לעשות והוא מגזם הרי זה כאיתו שאמרו בגמרא ולכן נראה דס"ל להרמב"ם דאונס בגניבה ואבידה חייב ואפילו הוא חולה וכדומה מ"מ לא הוי אונס וכתבו המפורשים הובא בא"ז דכל אונס שאינו בגופו של הפקדון אע"פ שהוא בשומ' לא מיקרי אונס והוי גניבה ואבידה וחיי' אך זהו בש"ש אבל בש"ח כ"ע

מודים דפטור דפשיעה אין כאן והוא בכלל גניבה ואבידה דפטרהו התורה. וא"כ א"ש זהו דאיימו עליו להכותו ולהלקותו הוא הכל בגופו של שומר ואין כאן אונס בגופו של פקדון וא"כ ש"ש חיי' בהו לשיטת רמב"ם דעליו מוטל שמירת פקדונו מבלי למוסרו במקום שמגיע נזק לבעל פקדון ואין זה נחשב אונס כלל ומעות ששלח ע"י הרי הוא ש"ש דהרי בידו להשתמש בו בכה"ג דהוא שליח לקבלה ודאי מותר לשמש בו כמ"ש רשב"א ור"ן לעיל גבי תבעו בהרשאה ע"ש. וא"כ הוי ש"ש וחייב משא"כ בגמ' דהוא כסא דכספא דבזה אין עליו רק ש"ח וא"כ אין כאן פשיעה דמסרו להראשון ולכך פטור. וצ"ע כי אף דסברא זו נכון וברור מ"מ קשה לומר ברמב"ם דס"ל דהשני מותר להשתמש במעות אם הוא בעה"ב. אף די"ל דהוי כמו דמי אבידה דטרח בהו וכדומה כי דינו של הרא"ש ומרדכי דבזמנינו הכל כחנוני לא נזכר ברמב"ם כלל ואפשר עוד לומר דבשלמא התם הוי פקדון ובמה יתחייב הא שומר שמסר לשומר ומהימן ליה לא שייך דהא הפקיד גביה. רק מתחילה אין לעשותו דכיון דצוה עליו להביא גלי דעתו דאין רצונו להניח פקדונו בידם אבל בדיעבד פשיטא דלא חייב כמ"ש כל הפוסקים דבשביל אין רצוני שיהא פקדוני שיהא פושע גמור לא אמרי' ואף זה שם רק אמרי' שפיר עבדת דלולי כן היה מתחילה אסור דכיון דאמר הביא לי גלי דעתו דאין רצונו ביד אחר אבל בשביל זה אין חייב לקבל מכות ויסורין משא"כ בהלואה דס"ל לרמב"ם כמש"ל דלא הוה שומר שמסר לשומר ופושע גמור הוא א"כ איט מועיל טענת אונס בגופו לפטרו מתשלומין כיון דחיוב תשלומין עליו כפושע גמור ודוק. וצ"ע כי דינים הללו צריך ישוב הדעת:

ד **הדין עם ראובן** עיין סמ"ע וש"ך מ"ש לחלק בין הך איום הנזכר בדברי מחבר דפטור ובין מ"ש כאן בהג"ה לחייב והמעיין בהגהת מרדכי שם במקומו יראה דיש עוד חילוק והוא בהך עובדא הנזכר בש"ע בגמ' לא היה ברור היזקו של המפקיד כי הם ביקשו בשביל כך החזרת הפקדון הואיל הוא השליח לא רצה לקבל על עצמו אונסא דאורחא כלל כמבואר בגמרא ואלו רצה לקבל היה מניחים אותו בידו וא"כ אין כאן היזק ברור למלוה או מפקיד בהחזרת הפקדון ולכך במקום אונס מות משא"כ בהך עובדא דמרדכי היה הוא אומר בפה מלא דלכך מבקש החזרת המעות כי טעה ואין מגיע לראובן דבר וא"כ בהחזרת המעות היה ראובן מאבד שלו לגמרי בלי ספק וברי הזיקו לכל ובזה לא פטרהו בשביל איום להחזיר הפקדון ולחוב ולהפסיד חבירו ופשוט:

ה **אינו חוזר** הסמ"ע בס"ק ט"ו הביא לשון המ"מ דכתב דלכך ברגיל להפקיד אצלו א"י לחזור שהרי כבר נפטר באחריותו. ויש לדקדק דהא בגמרא אמרי' דאמר להו לר' דוסתאי ולר"י להביא לו פקדונו וא"כ לסברת המ"מ פשיטא דהנפקד הראשון יצא ידי

אחריותו כיון דצוה להביא לו ומ"מ בקשו ממנו לקבל קנין בקבלת אחריות הדרך ש"מ דמ"מ מחייב הנפקד באחריות. ונראה דודאי אי השליח מוליכו בדרך כעובדא הנ"נ בגמרא פשיטא דהוא חייב באחריות דהנפקד עצמו א"י להוליכה בדרך דכל דרכים בחזקת אונסים וא"כ במסרו אפילו לגברא מהימן חייב באחריות וכ"כ התוס' להדיא בב"ק בשמעתא דשליח שעשהו בעדים ועיין מש"ל בסימן קכ"א ע"ש אבל המ"מ איירי בנפקד שמסרו לשליח להביאו למפקיד באותו עיר בלי הולכת הדרך בזו פשיטא דאינו חייב באחריותו כדין שומר שמסר לשומר במקום דלא מצ"ל את מהימנת ליה בשבועה וכו' ודברי המ"מ פשוטים ונכונים וכתב דיש נ"מ בדין הרמב"ם דתלה הטעם דלכך יכול לחזור משום אחריותו דאם מסרה לגברא דמהימן ובאותו עיר דברמב"ם לא בזכר מהולכת הדרך כלל וא"ש. ומעתה אין כאן סתירה לדברי המ"מ מדברי רשב"א ור"ן דכתבו להדיא דחייב באחריות. דהם מיירי כעובדא דגמ' להוליכו לדרך ופשוט אך יצא לנו דין חדש כיון דברמב"ם לא מיירי מהולכת הדרך לשיטת המ"מ ואם כן חיוב אחריות הוא על הנפקד הראשון מטעם שומר שמסר לשומר אם הראשון הוחזק כפרן ומסרו לשומר שאינו הוחזק כפרן מ"מ כתב הרמב"ם דחייב הראשון באחריותו ויש להבין למה אי משום שומר שמסר לשומר איך נימא גביה את מהימנת ליה בשבועה הא הוחזק כפרן והשני בחזקת כשרות ואיך יהיה ס"ד להאמין להראשון יותר מהשני. ודוחק לומר דהוא יטעון אף דאתה הוחזקת כפרן לכל עולם לדידי מהימנת לי יותר מכולם וזהו דוחק גדול. ואלו היינו מפרשינן דגם הרמב"ם מיירי בהולכת הדרך וא"כ פשיטא דהראשון חייב דלאו מטעם שומר שמסר לשומר מחייבים ליה רק משום דמסרו להוליך אותו בסכנת דרכים היה ניחא אך לפ"ז דברי המ"מ צריכין ישוב ואולי כתבו נ"מ דהיכי דאינו מוליכו בדרך אבל באמת דברי רמב"ם מיירי במוליך בדרך וצ"ע:

ו **ואין לו שאר נכסים** השו"ך בס"ק י"ח האריך בזה ועיין מש"ל בסימן פ"ו כי אין כל דבריו ברורים ע"ש:

ז **אפי' אם אין לו וכו'** הסמ"ע בסעיף קטן י"ט העתיק דברי הטור שכתב כל זמן שלא בא ליד המלוה לא פקע שליחתו נמצא דהוא בעל דבריו של המשלח ונגד המשלח אין לו מגו דאינו נאמן לומר החזרתי לך דהולך כזכי דמי עכ"ל ופירש הסמ"ע דאלו היה לו מגו נגד המשלח במגו דלהד"ם ודכוותיה היה פטור ונאמן והש"ך בס"ק כ"א השיג על זה וכתב דמה בכך דאית ליה מגו מ"מ המשלח חייב לשלם למלוה וכופהו המשלח לעשות שליחתו וכו' ולשיטתו אזיל שדחה דברי ריטב"א לעיל בריש סימן נ"ח ודעת השני בש"ע דאף דשליח מפסיד וחייב לשלם ללוה מ"מ יכול המלוה לטעון סטראי אבל

לפי מש"ל דדעת הריטב"א ברור ובפרט דעת הרא"ש בכתובות גבי האי בקרא מוכח כריטב"א והוא דוקא אם מסר שמעון מטלטלין של ראובן ללוי בפקדון הוא דאינו לוי יכול לתפוס דעל לוי לקיים השבה מעליא כנפקד למפקיד ליד שמעון אבל אי תפס לוי משל שמעון יכול לתופסו אף דמפסיד שמעון ויצטרך לשלם לראובן ע"ש ואף כאן הא המשלח לא מסרו לשליח שישיבם לו עד שנאמר השבה מעליא בעינן אדרבא לא מצי לחזור כלל רק עליו לקיים שליחתו ואם האמת כדבריו שהמלוה חייב לו הרי עשה שליחתו דמה לי שנתנם ליד המלוה או תופסן לעצמו בשביל חובו ובפרט בדלית ליה נכסים אחרים הלא ידו כידו וקיים שליחתו בכל אופן ואי דיהיה המשלח נצרר לפרוע פעמיים בזו לא משגיחין כמו אלו היה השליח תופסו משל משלח כהנ"ל רק הני מילי אם אמת שחייב לו א"כ הרי אומר קיימתי שליחתך ומה לי ליד המלוה או ב"ח שלו ואדרבא עיקר שעבוד הוא לו מדר"ן אבל המשלח טוען איני מאמינך לאו כל כמינך לומר שחייב לך ולא קיימת שליחתך ולכך אינו נאמן כי כולי האי לא אמרינן לתפוס הוא ולהפסיד לו בדברים בעלמא אבל במקום שיש לו מגו נגד המשלח דמוכרח הוא להאמינו שהאמת כדבריו וא"כ אף הוא קיים שליחתו כהנ"ל ואין למשלח עליו אע"פ שמפסיד לא איכפת לן בזה כמו בתופס לשיטת הריטב"א ופשוט. ויותר נראה אפילו נימא דהרא"ש בתשובה כלל ק"ו חולק אריטב"א כדעת הש"ך לעיל בסימן נ"ח מ"מ לפי טעמו שנתן כי הראשון מחויב לשלם למפקיד וא"כ איך יתפוס השני בשל נפקד הראשון בשלו כי אינו תופס בשל המפקיד כלום כי הרי מקבל תשלומו מנפקד הראשון י"ל דוקא בדאית ליה למפקיד נכסים אחריני וא"כ הנפקד הראשון אינו משועבד כלל להשני ויאמר לו לאו בעל דברים דידי את אני אין חייב לך ואינך יכול לתפוס משלי בשביל המפקיד כי אני אהיה מוכרח לשלם למפקיד אבל בדלית ליה נכסים למפקיד וידוע לנפקד הראשון כי מפקיד חייב לנפקד השני א"כ הרי משעובד לו מר"ן והרי הוא נפקד שלו לגמרי וכל נכסיו משעובדים לו ואם כן בא הנפקד השני על הראשון את בעל דבר שלי ולא שייך לומר מה לך לתבוע לי כמ"ש הרא"ש בתשובה כי ודאי הוא לוה שלו לגמרי בכל אופן והוא נוטל ממנו כדין מדר"ן ואם הוא נספה בלי משפט ויצטרך לפרוע שנית למפקיד מה איכפת ליה הוא רק עלילה אבל אתה בעל דבר שלי וכמו שכתוב לעיל בהגה דאם ראשון מבקש להפסיד ממון שלו שיחזיר פקדונו א"י דכבר זכה בו. אף זה כמוהו דאתה נתחייבת בפקדונך מדר"ן ואם הוא יכפור ויעליל עליך מה נ"מ לי. וא"כ כאן שיש לו מגו הרי נאמן והוה כברור לו שחייב לו המלוה והוא משתעבד מדר"ן ופשיטא דחייב המשלח לפרוע לו והוא השליח מחזיק בפקדונו וברור. ובזה יש ליישב

קושית מהרי"ט והש"ך וכמש"ל בסי' נ"ח מדברי הרא"ש בפ' הכותב דס"ל אי תפס משל בקרא אף דבקרא מחויב לשלם ליתומים מ"מ הבקרא עומד בתפיסתו על תשובתו ועיין מש"ל דס"ל לחלק כריטב"א ולפמ"ש פה בלא"ה ניחא דשם בהך בקרא מיירי דלית ליה ליתומים נכסים אחרינא וא"כ משתעבד מדר"ן ומודה הרא"ש דהתופס מחזיק כי הוא בע"ד דידיה ודברי הבעה"ת וטור ישרים ונכונים:

אלא דהא קשיא הן לפירוש הסמ"ע וכנ"ל והן לפי' הב"ח והש"ך דהך וכנגד המשלח אין לו מגו ענין נפרד הוא דאם יש לו טענה נגד המשלח שהוא חייב לו דאין לו מגו ואינו נאמן למה אין לו מגו דעשיתי כאשר צוני ופרעתי למלוה דהא אינו מחויב למוסרו בעדים וא"כ יהיה כשהמלוה מכחיש מחויב לפרוע שנית אף גם באומר אתה חייב לי לשיטת הב"ח או המלוה חייב לי לשיטת הסמ"ע כנ"ל יהא נאמן וכן יש לו מגו דנאנסו ואולי נדחוק דעיקר הכוונה רק ללמדנו דהך מגו לאו מנו היא משום דלא מצי לאהדורי אבל באמת אי יש לו שאר מגו כגון הך או נאנס באמת נאמן רק במקום דלית ליה דאמר אל תפרע אלא בעדים ונשתמש במעות דלית ליה מגו זולת הך מגו קמ"ל דלאו מגו היא מטעם הנזכר ולאפוקי מדעת הריטב"א בקידושין דס"ל דגם זה מגו הוא לגבי דמשלח דהך הולך כזכי הוא לטובת המלוה אבל הלוה אין לו לטעון ואם יאמר אני עכ"פ החזרתי לך מה איכפת לך קמ"ל דלא דמגו גרוע הוא דמהכ"ת יחזיר ויתחייב באחריותו וצ"ל אפילו לדברי הסמ"ע לעיל דאינו חייב רק בהעני הלוה מ"מ מה לו להכניס עצמו בתגר הלזה ומגו גרוע הוא ואינו נאמן וצ"ע:

ח **נעשה נדר וא"י לחזור בו.** ועיין סמ"ע דיכול לשאול לנדרו אם לא שמסרו לשליח. וכ"כ הש"ך ס"ק כ"ז בשם תשובת רשב"א אבל לבי חוכך בזה דבתשובת הרשב"א מיירי בנותן לבני אדם שיזכו בשבילו לעניים וא"כ הם זוכים בשביל עניים ואיך אפשר להשאיל עליו אבל כאן באומר תנו לעניים דלא קי"ל במתנה תן כזכי א"כ ידם הוי כיד בעל הנותן וברשותו קאי בכל אופן ואפשר דמצי להשאיל עליה ומה שהביאני לידי ספק הוא דברי הטור והש"ע דכתב בבא ליד גזבר א"י לישאל עליה והוא דברי הטור והש"ע בסימן רנ"ח. ומה איריא בידי גזבר תיפוק ליה בכל אדם א"ו דוקא בידי גזבר דהוא ידו כיד ענים אבל באחר דוקא דאומר זכי אבל באומר תן דלא הוה כזכי אפשר דמצי להשאל עליה וצ"ע. ועיין ברא"ש נדרים בשם מהרא"ם דאפילו תרומת ביד כהן מצי הישראל להשאיל עליה וצ"ע:

ט **וכגון שהיה ברשותו וכו'** כתב הש"ך בס"ק ל' דגם בחוב ופקדון אפילו אמר זכי בעינן שיהיה ברשות השליח קודם חזרה דהא במתנה מהני זכי ומ"מ בעי שיהיה ברשות

הזוכה וא"כ ה"ה חוב ופקדון והביא ראיה מרמב"ן ותוס' והרא"ש ע"ש ובאמת מסתבר דבריו מסברא דמהיכי תיתי יזכה בו אם לא היה ברשותו ולמה יהיה בזה עודף ממתנה ומנ"ל לחלק בחילק מה שלא נמצא להדיא אבל ראיה שלו אין בו ממש כלל כי הביא ראיה מן תוס' והרא"ש והרמב"ן דבפקדון צריך להיות ברשותו ושם הפי' דהמה ביד השליח בפקדון אבל ליד מי שיזכה לו הרי הם נתונים במתנה דכל דבריהם הכל על מעמד ג' למ"ד דלא היה אלא בפקדון למה הוצרכו לתקן מעמד ג' יאמר זכי וע"ז תירוץ דלפעמים שאין הפקדון ברשות הנפקד הרי דמיירי הכל מהשליח דהוא הנפקד וברשותו ליכא אבל הזוכה במעמד ג' הוא הזוכה במתנה אבל אם הוא זוכה בשלו לקבל פרעון חובו או השבת פקדונו בזו לא דברו כלל. ויש לומר דבזה א"צ להיות ברשותו של הזוכה שהוא השליח איברא דמסתבר בנא"ה דברי הש"ך וק"ל:

י **אם לא יחזור בו הנותן** נראה ה"ה במת בין כך הנותן הוי חזרה וראיה מתוס' ורא"ש דכתבו דלכך לא היה רבא חושש דאיסור גיורא יאמר זכי לו משום דלא היה ברשותו. וקשה מה בכך הא מ"מ אח"כ יגיע לרשותו ויזכה בו לר' מרי דאיסור ודאי לא יחזור במתנתו לבנו וכי לעולם לא יגיע לרשותו אלא נראה דרבא היה נותן הפקדון חוץ לביתו עד מות איסור ואז הוי חזרה ממילא ול"ל דכמו דאיסור המזכה יכול לחזור קודם ביאת לרשות הזוכה ה"ה דהזוכה יכול לתזור בו קודם ביאת הדבר לרשותו ואמר אין רצוני לזכות בשביל פלוני וא"כ אף דרבא לא היה מעיז בפני איסור ונתרצה לזכותבהליכתוממנו טרם שיבא הפקדון לרשותו יחזור בו דזה דוחק דישוי נפשיה הדריינא ושארית ישראל לא ידברו כזב ולכן נראה דין הנ"ל ברור:

יא **אפילו איתא לפקדון בחצרו של שליח** לא זכה מקבל מתנה מזה מבואר דדעת המחבר כדעת הסמ"ע דבאומר לו זכי אם איתא לפקדון בחצירו דקנו וצ"ל הא דקאמר אבל אם אמר לו זכה בעוד שהחפץ בידו זכה לו אין הכוונה בידו ממש רק ברשותו (רק בבא אח"כ לרשותו אז צריך הגבהה אבל בעודו ברשותו מתחילה דעת הרמ"ה שוה לדעת ר"ת) והש"ך בס"ק ט"ז דעתו דלא מהני בחצירו רק באמרו תקנה לו חצירו אבל זכה לו סתמא לא מהני ועשה הרב שני חלוקות בין זכה לו סתם או תקנה לו חצירו דלר"ת זכי לו סתם מהני ולהרמ"ה בעי דוקא באומר הזוכה תקנה לו חצרו. ולא כן נראה מדברי התוס' והרמב"ן בב"ב פרק הספינה בשמעתיה ד' מדות במוכרין דרשב"ם פי' דא"א לומר ד' מדות פי' ד' רשות דהא רשות מוכר ורשות הנפקא חד הוא בדינא דאם המוכר קיבל עליו ג"כ קנה והשיגו התוס' והרמב"ן דאין המוכר יכול להקנות חצירו לאחרים ע"ש והא התוס' דעתם כמ"ש להדיא שם בד"ה הכי גרסינן דבאומר זכו לו לבד

מהני וא"כ לדעת הש"ך פשיטא דיש הבדל בין מוכר לנפקד בנפקד כשקיבל עליו לבד מהני ובמוכר פשיטא דבאמירת זכי לו לא מהני. דמאן יזכה לו וא"כ מה צריך התוס' ראיה לסתור דברי רשב"ם עד שהביאו ראיה מפרק חלון ע"ש. וכן הרמב"ן בחדושיו ע"ש אלא ברור דלא כש"ך דהיא היא באומר זכי לו והוא קיבל היינו הוא שיזכה לו חצירו דאל"כ במה יזכה לחבירו הא אינו בידו שנימא דבהגבהתו מזכה לחבירו ובמה יזכה חבירו וע"כ פי' דקיבל עליו להקנות חצרו דחצרו יקנה לו. וזה ברור ולכך אלו גם רשות ביד מוכר לומר חצירו קנויה ללוקח להקנות א"ש דברי הרשב"ם דהיינו מוכר דהיינו רשות נפקד ולכך התוס' והרמב"ן השיגו דאין כח במוכר לומר תקנו לו חצירו הואיל והוא המוכר אם לא כשהוא משכיר לו מקום והוצרכו להביא ראיה וזה ברור שם בתוס' דהך זכי לו דקונה היינו מטעם חצר דהיינו תקנה לו חצירו ולא עלה ברוחם לחלק בזה דאלו עלה ברוח פשיטא דיש הבדל בין מוכר לנפקד. והרא"ש בפ' קמא דגיטין הביא דינו דר"ת דזכי במתנה קנה והביא ראיה מהך דברייתא ד' מדות במוכר דקתני ברשות המפוקדין אצלו כיון שקבל עליו קנה ומזה למד דזכה קנה ע"ש. ואלו בפרק הספינה כתב להדיא וכשאומר אדם יזכה כלי שלי או חצירי שלי לחבירי במקח שהוא לוקח מחבירו קונה חבירו דחצירו כידו והרי הוא יכול לזכות לחבירו והיינו דתניא ברשות הלה המפקדין אצלו עד שיקבל ש"מ דבקבלה לחוד זכה וכו' עכ"ל הרי שלא יהיה דברי הרא"ש סותרים זא"ז ע"כ דדעת ר"ת שוה בזה דבעי שיזכה לו חצירו. והיינו זכי לחבירו דלמדו מהך ברשות המפוקדין אצלו היינו יזכה לו חצירו ואין כאן הבדל דברים כלל.

ומחינה מכבוד מעלת רוממת קדושת תורת הש"ך שעשה כאן הבדל מה שאינו:

והנה באמת בהך דינא אי זכי לו קנה בדלא מסרו לידו רק הוא ברשותו נחלקו בפי' הרמב"ם המ"מ והכ"מ דרמב"ם הביא רק גי' הרי"ף ברשות המפוקדים עד שישכיר או יוציא ממקומו והשמיט הך עד שיקבל עליו כי לא היה בגי' הרי"ף לדעת המ"מ ומ"מ לדינא מודה הרמב"ם אבל הכ"מ כתב דלדינא חולק הרמב"ם וצ"ל לדעתו הוא הרמב"ם ס"ל תן כזכי דבעי בזכי דוקא מיד ליד אבל רשותו לא מהני. אך אין זה ענין בדברי רמ"ה לחלק בין סתם זכי לאומר תקנה חצירו דאין מקום לחילוק זה בכל פוסקים וכן מבואר בנ"י פרק הספינה ע"ש ופשוט. ויש לי מקום ספק בהך שליח דזוכה להמקבל בחצירו דאומר יזכה לו חצירו אי הוא מוטל ברשותו מעורב עם שארי מטלטלין של עצמו אי זכה למקבל להך דיעה לקמן בסימן ר' סעיף א' בהג"ה ע"ש דאפשר לומר דוקא במוכר שמשכיר חצירו למקבל בהא צריך להיות משומר לדעת המקבל אבל כאן השליח זוכה בשביל המקבל רק במה יזכה המקבל הא לא הגביהו השליח לזכותו וצריך לומר

דמשאיל לו חצרו הא מ"מ משומר הוא לדעתו והוא כמו שמשומר לדעת המקבל כי הוא שליח המקבל כי זכין לאדם שלא בפניו. ואי קשה א"כ הא הבדל יש בין נפקד למוכר וא"כ למה לא פירשו ד' רשות כי רשותו של זה לא כשל זה. דזה צריך להיות משומר וזה לא. דא"כ יקשה למ"ד במכר א"צ להיות משומר דדעת אחרת מקנה אותו שאני. הך ברייתא מה הן הארבע מדות דבפי' הברייתא דוחק לומר שיחלקו. ולכך סתמו הפוסקים כאן ודוק. וכתב הש"ך בס"ק כ"ח דמדברי התוס' והרא"ש והמרדכי משמע דאפילו ר"ת מודה דבחוב ובפקדון בעינן מטו לידו מיד ליד כמו להרמב"ם והרמ"ה ז"ל ולא ידעתי באמת הכרע מכל מה שכתב כי אמת ר"ת כתב דאף דתן הוי כזכי היינו במוסרו לו מיד ליד אך זהו כתב ר"ת ליישב הקושיא דמה פריך והא לא משך הא תן כזכי וכן למה הצריכו מעמד ג' הא תן הוי כזכי אבל לפי התי' השני של ר"ת דבמתנה לא אמרי' תן הוי כזכי וא"כ ממילא כל קושיא הנ"ל מיושבים מהיכי תיתי לחדש דין זה לומר דבעי למסור מיד ליד מה דבזכי גופיה לא צריך כמ"ש הש"ע כאן ובתן דהוי כזכי יהיה הבדל דיהיה צריך מסירה מיד ליד. אין לך דוחק גדול מזה ומי מכריח לנו לזה והרא"ש ותוס' בפרק הספינה ומרדכי כתבו זה הכל לתי' ראשון של ר"ת אבל לבתר דתי' ר"ת דבמתנה לא הוי תן כזכי מה"ת לחלק בין השוים וכן מורים לשון גיטין דף י"ג ד"ה האומר וכו' דכתבו ב' פירושים במשנה אי גרסינן תן גט זה דאתיא כרבנן וכגון שאינו מוסרו מיד ליד אלא מראהו לו ומצוה ליטלו והוא אינו נוטלו עד אחר מיתה. הרי לפי' זה אלו נטלו מחיים הוה זוכה בו אף דלא מסרו מיד ליד. וכתבו אי נמי נטלו לאלתר ואפי' הכי לא זכה העבד ונאמר דלא אמרינן תן כזכי אלא כשמוסר לשליח מיד ליד עכ"ל הרי דתי' שני הוא דתי' דבעי מיד ליד ונראי' הדברים כי שני תי' אלו בתוס' המה שני תו' שבתוס' בדף הקודם ד"ה כל האומר אי בעינן לתן מסירה מיד ליד או במתנה לא אמרינן תן כזכי ולדעת הש"ך איך כתבו התוס' בחד תי' דלא נטלו מחיים הא התוס' הכריחו דבעי מסירה מיד ליד ועכצ"ל דמהך תי' דתן לא הוי כזכי במתנה אצ"ל עוד הך תי' דבעי מסירה מיד ליד. אך ראיתי כי דינו של הש"ך מוכרח כי הטור ס"ל בלי ספק כדעת ר"ת דבמתנה לא הוי תן כזכי כדעת אביו הרא"ש ואלו בהלכות עבדים י"ד סימן רי"ז הביא בשם ר"ת דבשחרור דהוי תן כזכי דשחרור הוי כחוב כמ"ש הרשב"א והרא"ש ובעי דימסרו לידו ממש הרי דתופס שני דעות יחד ודינו של הש"ך מבואר ודוחק לומר דהתם לחומרא משום שחרור חיישינן לתי' הראשון של ר"ת דלא ה"ל לסתום ולהתירו בשפחה. אך באמת צריך טעם מנ"ל לר"ת הך דינא כיון דכל הקושיא הנזכר בתוס' מתורץ בהך תי' דבמתנה לא שייך תן כזכי. וכבר הארכתי בזה בפלפול שמעתא הנ"ל בחדושי ונראה דאף דס"ל לתוס' ליסוד

מוחלט דבמתנה לא אמרי' תן כזכי מ"מ דינם מוכרח כנ"ל והוא דאמרי' בדף י"ד ע"ב דבש"מ שאמר הולך מנה לפלוני אפילו מת המקבל לא יחזיר ופי' רש"י דהולך דידיה כזכי דמי ועיין תוס' שם ד"ה הא בשכ"מ וכו' ועיין חידושי רשב"א ומ"ש הטור ס"ס זה בשם הרמ"ה ומ"ש בזה. וקשה א"כ רב דאמר לעיל תן מנה לפלוני וכו' יתנו לאחר מיתה בצבורין ומונחים ומוקי ר"פ בש"מ משום מנה קבור וקשה מה דוחקיה משום מנה קבור דהוא דלא כהלכתא לימא בש"מ ולא במצוה מחמת מיתה רק סתם צוה ליתן לפלוני מנה וקי"ל הולך בש"מ ומכ"ש תן או תנו הוי כזכי וא"כ זכה לו רק בזכי גופיה בעינן דיהיה ברשות השליח הזוכה כמבואר בש"ע סעיף זה ולכך אמר רב והוא שצבורין ומונחים אבל אי ליתנהו ברשות השליח לא ול"ל כמש"ל דהא סוף כל סוף יבא פעם אחר לרשותו ויזכה בו בשביל המקבל. ולמה צריך שיהיה עכשיו ברשותו דהא במשנה לא נזכר מחזרת הנותן ומיתת הנותן לא הוה תזרה וכמו שהדבר ספק אצלי לעיל דא"כ מה פריך הגמרא בב"ב דף קנ"א מהך משנה למ"ד דמתנת ש"מ במקצת בעי קנין דס"ל הך משנה איירי בש"מ ולא ס"ל כהנך אוקימתא דאוקמי ליה בגיטין כמ"ש התוס' והוצרך הגמרא לשנוי במצוה מחמת מיתה ה"ל לשנוי בפשוט דש"מ שנתן מתנה וה"ל הולך כזכי. ואף דאינו ברשותו דלא גורס זה מ"מ סוף יגיע הדבר לידי רשותו ועכצ"ל דאע"ג דתן הוי כזכי מ"מ בעינן מסירה מיד ליד וזה לא משמע במשנה דלא גריס זה וכמ"ש התוס' בד"ה והא לא משך על קושיא דמצוה לקיים דברי המת. וא"כ לא שייך תן כזכי אף בש"מ ולכך לא קאמר הגמרא הן בגיטין והן בב"ב הך אוקימתא כלל בשום דוכתי. ודינו של הטור מוכרח וצדקו דבריו. ובתוספ' הנ"ל דכתבו שני תי' דמשמע דאין זה הדין דבעי מסירה מיד ליד מוחלט י"ל דהך א"נ שכתבו לאו שני תי' הם רק דבאמת העיקר כמ"ש לבסוף דאפילו הגיע ליד השליח בחיים הואיל לא נמסר מיד ליד לא הוי כזכי רק דא"כ יקשה מה פריך שם בגמרא אי בש"מ מה איריא תנו אפילו כתבו נמי דלמא הא קמ"ל אפילו תנו דהוי הזכי מ"מ לא יתנו לאחר מיתה הואיל ולא נמסר מיד ליד ולזה כתבו התוס' דיש לפרש במשנה דלא נטלו השליח כלל מחיים וא"כ אף דהדין אמת דאפילו קבלו מחיים דמ"מ לא הוה כזכי הואיל ולא נמסר מיד ליד אין לומר דהמשנה קמ"ל הך דינא דממשנה אינו נלמד הך דינא דהא י"ל דבאמת לא קבלו מחיים ואלו קבלו באמת היה משוחרר וע"כ דהך דינא נלמד ממקום אחר. וא"כ שפיר פריך הגמרא ודוק. אך יש להבין הרמב"ם דנמשך בהלכות עבדים אחר דברי הרי"ף דס"ל אע"ג דקי"ל כחכמים תנו שחרור לעבדי דאינו חוזר דמ"מ הואיל דאמר תנו ולא זכי לא הוה משוחרר עד דמטי לידו ע"ש והיינו מכח קושית הרי"ף דהך משנה דקתני תנו שטר שחרור וכו' לא יתנו

לאחר מיתה מוכח דאינו משוחרר וא"כ ע"כ או דגריס במשנה תן גט זה או ס"ל דלא בעי מסירה מיד ליד ומ"מ הוי כזכי ולכך הוצרך לחלק בחזרה לשיחרור דאל"כ הא לא קשיא מידי מהך משנה כמ"ש התוס' באמת ע"ש וברא"ש וא"כ לשיטתו דס"ל תן כזכי קשיא ליה קושית התוס' מה פריך בגמרא על סיפא תנו מנה לפלוני ומת יתנו לאחר מיתה והא לא משך הא תנו הוי כזכי ומנ"ל לחלק בין רישא לסיפא דרישא לרמב"ם ע"כ איירי באופן דהוי כזכי דאל"כ אין מקום לדינו א"כ אף סיפא ודאי איירי כן דומיא דרישא ול"ק והא לא משך ומנ"ל לגמרא להקשות ולומר דרישא וסיפא לאו בחד גוונא איירי ודוחק לומר דס"ל לרמב"ם ג"כ כסברת הרא"ש ורשב"א דגט שחרור הוי כחוב וא"כ בחוב ס"ל לרמב"ם דלא בעי מסירה מיד ליד אבל במתנה בעי ולכך פריך הגמ' שפיר והא לא משך דבמתנה בעי מיד מיד דמנ"ל לרמב"ם חילוק זו ועושה מערכה על דרוש הזה לחלק כמ"ש הרי"ף בין חזרה לשחרור וצ"ל דהרמב"ם היה גורס ברישא תן גט זה ובסיפא לא גריס זה ולכך ברישא מוכרח הרמב"ם לומר חילוק שלו דזה משמע ליה לרמב"ם היינו מסירה מיד ליד והגמרא דייק הואיל וסיפא לא נזכר זה ש"מ דקמ"ל רבותא אפילו בלי מסירה מיד ליד ג"כ יתנו ופריך והא לא משך וכן מורים דבריו במשניות וצ"ע כי זה דוחק:

יב **יתן ליורשי מקבל וכו'** עיין מ"ש בס"ק שלפני זה דצריך להיות שמסרו לידו ממש אז הוי כזכי בש"מ אבל אם לא מסרו לידו אע"ג דהוי ברשותו של מקבל לא הוי כזכי אפילו בש"מ:

יג **ואין הנותן יכול לחזור בו כ"ז שלא עמד.** וברש"י מבואר דאע"פ שכתוב דגבי ש"מ הולך דידיה כזכי מ"מ בדף ט"ו ע"א ד"ה וי"א כתב להדיא יתן ליורשי מקבל כ"ז שלא חזר בו המשלח הרי דס"ל דמהני חזרה דס"ל אף דהולך כזכי מ"מ הוה כאלו התנה זכי לו ע"ת שלא אחזור בו. ולכן תמהני מריב"ש בתשובה סי' שמ"ו דכ' דהואיל דרשב"א נתן טעם משום דגבי ש"מ דאלי' דבריו אף הולך הוי כזכי יש ללמוד אפילו עמד אינו חוזר ודלא כרמ"ה הובא בטור דמה ראיה יש מזה הא גם רש"י כתב להדיא דגבי ש"מ הוי הולך כזכי והיינו כסברת רשב"א ומ"מ ס"ל דיכול לחזור והטעם משום דה"ל ע"ת א"כ ה"ה בעמד דאמרי' דעתיה דע"ת כן אמר זכי ע"ת שלא יעמוד אבל אם יעמוד זכיה בטלה למפרע. ועכ"פ יפה עשו המחבר והרמ"ה שהשמיטו דעת ריב"ש וסתמו כדברי הטור שוב ראיתי דהך דינו של רמ"ה דאם עמד חוזר יליף ליה מירושלמי סוף פ"ק דגיטין וז"ל תן מנה זה לפלוני ומת אם רצו יורשין לעכב אינן יכולין אין צריך לומר באומר זכה לו באומר התקבל לו הן (פי' הוא לשון שאלה וכי צריכין אנו לפרש הך ברייתא דמיירי באומר זכה לו דאל"כ למה לא יהיה יורשים יכולים לחזור הא הולך לאו כזכי)

אמר רבא בר ממל בש"מ היא מתני'. אם בש"מ בהדא אין צ"ל זכה לו התקבל לו (והיינו התי' כדמשני רבא בר ממל בתלמודא דידן דש"מ אצ"ל זכה דהולך הוי כזכי וכמו שאמר הירושלמי לפנים) א"ר מנא קיימתיה מדאר"ה בשם רב עשו דברי ש"מ כבריא שכתב ונתן (והיינו כמ"ש הואיל ואלים דברי ש"מ להיות ככתובים ומסורים אף הולך הוי כזכי) ומסיים ירושלמי והוא שמת מאותו חולי הא אם הבריא לא וכו' עכ"ל. הרי מבואר דאף דהוי כזכי היינו אם לא הבריא ודברי רמ"ה מבוארים ולכך סתם הטור דברים כהווייתן ותמהני מהגהת מרדכי שנסתפק בזה ולא עיין בירושלמי ודוק:

סימן קכו

א **בין מלוה וכו'** הש"ך בס"ק א' הביא דעות מחולקות אי בתוך זמנו שייך מעמד ג' זיל קרי ביה. ולענ"ד יש מדברי המחבר לעיל סימן קכ"ב ראיה ברורה דשייך בתוך ז"פ דלכאורה יש ראיה ברורה לדברי הרא"ש דשליח שעשו בעדים אי רוצה הנפקד אינו נותן לו ודלא כדעת הפוסקים דסבירא ליה אם אין לו דין ודברים דמחויב ליתן וכמ"ש מהרש"ל ביש"ש והש"ך לעיל באריכות וגם טעם הרא"ש משום דחוששין שמא יבטל השליחות מוכרח ודלא כטעם הנזכר בש"ע משום שמא ימות והוא מהך עובדא דאיסור גיורא וכו' דחשש רבא לכל הדברים ואמר אי במעמד ג' לא אזלינא וקשה מה צורך כל זה הוא יעשה לר' מרי בר רחל לשליח להביא פקדונו בעדים והוא ילך ויצטרך ליתן לו. ויזכה בו לנפשו ומה צורך למעמד ג' ועיין בראש"ש דהוכיח מזה דאין הממחה יכול במעמד ג' למנות שליח דא"כ מה בכך דלא יזיל רבא איסור ימנה שליח לביתו של רבא ע"ש וא"כ למה לנו כל חרדה ימנה שליח בעדים להביא שלו מרבא והשליח יהיה ר' מרי בר רחל או שליח אחר. ועכצ"ל בדברי הרא"ש דאין הנפקד מחויב ליתנו לשליח וא"כ אם יבוא שליח יאמר לאו בע"ד דידי את ולהרשאה ליכא למיחש דלא מבעי לשיטת הרמב"ם דבהרשאה בעינן קנין המועיל א"כ הא קאמר רבא דלא שייך שם קנין מועיל דמטבע לא קני' בחליפין וקרקע לא היה לו אלא אפי' להחולקים ארמב"ם היינו כמ"ש הראב"ן דזה היה מתקנתא דנהרדעי אבל מקודם לזה בימי רב ספרא ורבא היה צריך דווקא אג"ק וא"כ במרי דלא היה לו קרקע ליכא למיחש ודינו מוכרח. רק קשה מ"ט יכול לעכב משום דלמא מיית וכו' תינח בשאר בני אדם דיבאו היורשים ויתבעו שנית אם יקרה לשליח אסון אבל בהך וגיורא ליכא למיחש אם ימות ויקרה אסון הרי אין כאן תובע ואם הוא חייב לשלם הרי הוא מוחזק בשלו וזה ל"ל דאולי כבר מת והרי אני זכיתי בו ואין רצוני למסרו ליד שליח דהא ודאי לא חיישינן דכל הא דחיישינן למיתה אף דבערוה חמורה

לא חיישינן למיתה אפילו זקן חולה כמ"ש רשב"א בחידושיו לב"ק הוא מטעם שכתב הסמ"ע והפרישה דהוא צועק אני נא אפסיד ממוני על ספק שמא ימות והוא במקום פסידא שיהיה חייב באחריותו אבל במקום דליכא פסידא רק מניעת רווח וחשש לזכות במציאה פשיטא דלא עדיף מגט דאין חוששין למיתה וגם שם דהיה במקום אחד ברגע אחד ילך שליח מבית לבית איך שייך לחוש למיתה ברגע אחד. ולכך ס"ל לרא"ש טעמא אחריני משום שמא מבטל וא"כ אף באיסור יש לחוש כן דיבטל השליחות ואם יהיה הפקדון נאנס ביד שליח ואיסור יקום מחליו יתבעו לרבא שנית ודבריו מוכרחים. אך לפ"ז התימא קיימת על הש"ע דס"ל לביטול ליכא למיחש רק למיתה כמש"ל באריכות דס"ל כדעת העיטור א"כ הדרא קושיא הנ"ל לדוכתי ומכ"ש לאותן דלא ס"ל כראב"ן וס"ל דלהוציא מהני הרשאה גרידא לעולם ולא היה חידוש תקנה מזמן נהרדעי וא"כ קשה ה"ל ליתן הרשאה. וצ"ל דהך פקדון ביד רבא היה בזמן ועל היתר תשמישו וא"כ דה"ל הזמן לטובת הנפקד ג"כ דהיתר לו תמישו בו א"י לתובעו תוך זמנו כדלעיל סימן ע"ח ע"ש וא"כ אף אלו היה שולח אלף הרשאה א"י לכופו להחזירו תוך זמנו במה שהוא לטובתו וע"ת זה קבלו ותקנו משיכה בשומרים דלא למהדר ביה תוך זמנו. אך קשה א"כ איך אמר רבא אי במעמד ג' לא אזלינן תיפוק ליה כיון דלא מטו זמנא בלא"ה לא שייך מעמד ג' ועכצ"ל דאפילו תוך זמנו שייך מעמד ג' ודין הנ"ל מוכרח ודוק:

ב **בין שנתנו לו בפרעון חובו** הש"ך בס"ק וי"ו הביא בשם מהר"ם אלשקר דאם אמר ראובן לשמעון מנה בידך תן ללוי במעמד ג' שיקנה לי לוי סחורה לא קנה ונתן הש"ך הטעם דאין מ"ג אלא כשהנמחה מסולק מהראשון ולא נשאר לראשון שום זכות בו. משא"כ פה דהרי המעות שקיבל לוי מעות דראשון הוא. ע"כ ולא הביא ראיה לדבריו אמנם הדבר מבואר בפרק איזה נשך דף ע"א ע"ב דפריך בנכרי שלוה מישראל והעמידו אצל ישראל וצוה לתת לישראל השני דאסור בשלמא זה לחומרא אלא רישא דישראל שנותן במעמד הנכרי מעותיו לישראל השני דקתני מותר למה כיון דאין שליחות לנכרי איהו שקיל ריפתא וקשה הא יש כאן מ"ג ונסתלק הלוה וקנה הנמחה וכיון דתקנו חז"ל דהלוה בזה פטור פשיטא דנסתלק מישראל ומכ"ש בסיפא דנכרי היה הלוה פשיטא דישראל השני נעשה לוה הראשון הישראלי והנכרי נסתלק לגמרי ופשיטא דאסור ומה חומרא יש בזה עד שהתוס' שם בד"ה כגון העלו במסקנא לא אמרינן לחומרא ואם לא נשא ונתן ביד באמת מותר ע"ש וקשה הא הוי מ"ג גמור ובאופן זה לכ"ע מעמד ג' קונה אפילו בגוי כדלקמן סעיף כ"ב ועכצ"ל דבכהאי גוונא דאינו פורע להנמחה ולא נתן

במתנה רק בהקפה וא"כ עדיין יד הראשון הממחה בולא שייך ביה מ"ג כמ"ש הש"ך בטעמו וא"כ א"ש דשם שהכל בהלואה לא שייך מ"ג וא"ש ודוק:

ג **אין הנותן יכול לחזור ולמחלו כו'** עיין מש"ל בסימן ס"ו מזה באריכות. והנה הרב הש"ך בס"ק יו"ד העלה דלענין קידושין יש לחוש לדעת הנך רבותא דסברי דיכול למחול אף במ"ג ואין האשה מקודשת ונכון הוא ואין בזה ספק:

אך ראיתי בכה"ג הביא בשם מהר"ם גלאנטי דלמ"ד במעמד ג' אין האשה מקודשת אף בקרקע לא קנה כי תליא זה בזה. ולענ"ד לא נראה כן דהא כל טעם למ"ד דבאשה אינו מקודשת משום דקי"ל דיכול למחול וא"כ לא סמכה דעתא דלמא ימחול והקשו התוס' בב"ב פרק מ"ש מה בכך הא דנין דין גרמי ויצטרך הבעל המוחל לשלם ותי' או הנכון כדעת האומר במתנה א"צ לשלם דלא אפסידהו. או דהאשה בושה לתבוע בעלה בב"ד על דמי נזקו ולכך לא סמכה דעתא ע"ש ושני התי' האלה לא שייך במקח שדה וא"כ פשיטא דקנה דהא מ"ג קנין גמור ולולי מחילה אף האשה מקודשת ופשוט:

ד **ואפילו מחל המלוה ללוה יכול לחזור בו** ופי' הסמ"ע בס"ק ט' אפילו ששמעון אינו חוזר מ"מ הרשות ביד לוי לחזור. והש"ך בס"ק ט"ו כ' כי נראה מדברי הרא"ש ותוס' ונ"י בפרק המקבל דאם אין שמעון חוזר אף לוי א"י לחזור דהא לא הוי מחילה בטעות ולא ראיתי בדברי הרא"ש דבר מוכרע לשום סברא כי מה שכתב הרא"ש דאם אין שמעון חוזר אף לוי הפועל א"י לחזור כתבו אליבא דר' ששת דס"ל אינו חוזר אבל אנן דקי"ל כרבה דאמר חוזר. י"ל דמ"מ חוזר דהא כתב הרא"ש כי פליגי רבה ור"ש אי חוזר או לא כששולחני אינו חוזר רק הפועל רוצה לחזור וס"ל לר' ששת אינו חוזר לפי שמחל לבעה"ב כל זמן ששולחני אינו חוזר ורבה אמר חוזר דלא חשב ליה מחילה ע"כ ולדברי הש"ך צ"ל דהפי' דלא אמרו בלשון מחילה רק אמרו בלשון סמיכה בעלמא אני סומך על שולחני וס"ל לר"ש דהוי לשון מחילה ולרבה לא הוי לשון מחילה אבל באמרו לשון מחילה אף רבה מודה וזה דוחק בלשון הרא"ש. ולדברי הסמ"ע ניחא דהא לא הוי מחילה לרבה הואיל וביד השולחני לחזור א"כ אף מחילתו לא חל ודברים בעלמא הן ואין בהם ממש ומדברי הנ"י אין ראיה דהנ"י כתב אם פטרו לבעה"ב להדיא והיינו דאמר בין יתן או נא יתן לא אחזור עליך דהא הנ"י כתב בכה"ג אף השולחני חייב ליתן מדין ערבות וש"מ דפטריה להדיא כהנ"ל מיירי כמבואר בהג"ה אח"כ. ולכן אין כאן הכרע אבל מ"מ אף כי הלשון דחוק בדברי הרא"ש מ"מ מסתבריה דברי הש"ך דלמה יהיה מחינתו לריק כיון שאמר בפי' אני מוחל לך אבל באומר הלשון שהוא רק נראה כסתימה פשיטא דיכול לחזור דהא קי"ל כרבה דפועל יכול לחזור אף שהשלחני רוצה לשלמו:

ה **וכן אם המקבל פטר הנותן לגמרי וכו'** דעת הסמ"ע דמיירי בקנין כנראה מדבריו בס"ק י"א והש"ך בס"ק ט"ו וטו"ב כתב דה"ה בלי קנין רק פטרו להדיא לגמרי. ובאמת אם פטרו באר היטב בין יתן ובין לא יתן ודאי דמתחייב השני מתורת ערבות כנזכר לקמן בסימן קכ"ט ע"ש אלא בפטרו סתם בהחלט שלא יחזור עליו בזו נראה דתליה בפירוש הרא"ש דז"ל הרא"ש בפרק המקבל גבי פלוגתא דרבה ור"ש אי חוזר או לא וכתב הרא"ש אם השולחני אינו רוצה ליתן לו פשיטא דחוזר אפילו אומר אני סומך על שולחני במעמד ג' שהרי השלחני יכול לחזור בו כיון דאין בידו משל בעה"ב והא דאמרי' בירושלמי גבי חנוני על פנקסו הדא דאתמר בשלא העמיד הפועלים אצל חנוני אבל העמיד אין הבעה"ב חייב לפועלים כלום וכו' ירושלמי אתיה כר"ש דאמר א"ח והשלחני נתחייב ניפעלים מדין ערב דכיון שבעה"ב חייב ליתן נפועלים שכרם מיד חשיב כערב בשעת מ"מ ואין הלכה כר"ש: ואטו בשופטני עסקינן שהשולחני לא יתן לו אם ירצה והם יפטרו בעה"ב ויפסידו שכרן ואפילו מחל מחילה בטעות הוא. אלא כי פליגי כשהשולחני אינו חוזר וכו' עכ"ל. ונתקשו בדברי הרא"ש הללו הרב בעל גי"ת והפלפלא חריפתא בספרו על הרא"ש כי בממ"נ כיון דירושלמי ס"ל דהואיל דאין הפועל יכול לחזור אף השולחני אין יכול לחזור כי נתחייב מדין ערב א"כ אף בגמרא נימא כן דבהא פליגי דרבה ס"ל יוכל לחזור וא"כ אף ביד השולחני רשות לחזור דאין כאן ערב משא"כ לר"ש דא"ח אף השולחני א"י לחזור דנתחייב מדין ערבות. וכמ"ש התוס' ותי' הפלפלא חריפתא דאף דבירושלמי ס"ל דהוי ערב ס"ל להרא"ש דוחק בגמרא לומר כן ולא מתחייב מתורת ערב וצ"ל דמיירי דאין השלחני חוזר זהו תמצית דבריו ולפי דעתו א"כ אף בפוטרו אם רוצה השולחני לחזור יכול לחזור דהא לרב ששת א"ח הפועל ומ"מ אין השולחני מתחייב מדין ערב אף דר"ש ס"ל דהוי כמחל לו כמ"ש הרא"ש ויכול השולחני לטעון אני אחזור ואף אתה חזור בך ממחילתך דלא הוי רק בטעות וכצ"ל לשיטת הפ"ח הנ"ל וא"כ אף במחל לו להדיא דמ"ש דלר"ש אף שם. הוי כמחל לו ולו דבתו' לא משמע כן צ"ל דהתוס' והרא"ש מחולקים בזה ויכול המוחזק לטעון קים לי כהרא"ש והן הן דברי הסמ"ע דדעתו כפי' הפלפלא חריפתא אבל לענ"ד לבבי לא ידמה כן בהרא"ש דמה"ת לומר דגמרא בבלי יהיה חולק אירושלמי בלי ראיה ובממ"נ אם באנו למדה זו לחלוק בין התלמודים מה צורך לכל זה נימא דירושלמי ס"ל דמעמד ג' הוי בלי שיש לשמעון מעות וגמרא דידן ס"ל דלא תקני אלא במעות בידו כדאמרי' מנה לי בידך דייקא. ועוד דאין שכיח שיחלוק הרא"ש עם התוס' בסברא מבלי הזכרת דבריהם כלל. ולכן נראה דפי' אחר יש והוא דבלא"ה יש לדקדק מה ביקש הרא"ש בזה בכל דבריו ודקדקו אי מיירי בחנוני חוזר או

לא חוזר כיון דקיי"ל כרבה דאמר חוזר ולעולם הפועל חוזר ומה נ"מ עוד ול"ל דה"א כי פליגי רבה ור"ש היינו כשהשולחני חוזר אבל אם א"ח אף רבה מודה דאין הפועל יכול לחזור ולכך אצריך הרא"ש לומר דבהא ל"פ רק באין שלחני חוזר ומ"מ ס"ל לרבה דפועל חוזר דעל זה א"צ הרא"ש להרבות בפלפול דמלבד דהא סתמא פליגי חוזר ולא חוזר ולא חילקו באיזה אופן אף גם דאל"כ מה מייתי רבה סייעתיה ממשנה המחהו אצל חנוני אינו עובר הא מיהדר מצי הדר דהא ע"כ המשנה איירי דהפועל חזר אל הבעל בית דאל"כ מה"ת דיעבור דהא המחו בפרעון והוא לא תבעו בפרעון ומה"ת יעבור וכי נביא הוא שלא קבל תשלומיו וכ"כ הנ"י בשם גאון להדיא ע"ש ועכצ"ל דמיירי דתובע שנית לבעה"ב ואי דחנוני חוזר פשיטא דבעה"ב חייב ולמה יפטור ומה בכך דהמחו הא הדבר בטל מעיקרו השלחני חוזר והפועל חוזר. ועכצ"ל דמשנה איירי דחנוני אינו חוזר ולכך ס"ל רבה אף דהפועל מצי למהדר מ"מ בל תלין אינו עובר דהרי השלחני רוצה לשלמו ומתחילה נתרצה לו וא"כ מוכח דגם בכה"ג ס"ל לרבה דחוזר ומה לו לרא"ש בכל הפלפול. ונראה לומר בהבנת דברי הרא"ש ג' אופנים והמעיין יבחר והוא דלפי דעת הרא"ש דגם זה דנתרצה לו אם יתן חנוני הוי בגדר מחילה ולמ"ד מחילה צריך קנין אף זו צריך קנין כנראה מדברי הרא"ש ואם כן אם אמרינן דמיירי אינו חדזר לר"ש לגמרי דפטרו להדיא שפיר י"ל בקנין כס"ד דתוס' ואין כאן הוכחה דמחילה א"צ קנין רק מיירי בקנין ונחלקו אי כוונתו אפילו לא יתן החנוני או דוקא אם יתן כמ"ש התוס' ול"ק א"כ קנין למה דהא אף לזה שיהיה מרוצה לבל יחזור על בעה"ב צריך קנין לדעת הרא"ש דהוי בגדר מחילה ועיין מש"ל בסימן צ"א בדברי התוס'. וכל כוונת הרא"ש להוכיח דמחילה אין צריך קנין וע"ז בא הרא"ש ואמר ודאי אם לא יתן החנוני ברור דגם ר"ש מודה דחוזר דהא הרשות ביד חנוני לחזור ואטו בשופטני עסקינן ואפילו מחל והיינו כדינו דמהני מחילה ואי אמרינן דצריך קנין גם בזה איירי בקנין מה בכך הא הוי מחילה בטעות ואפילו בקנין הא קנין בטעות חוזר והא דיהיה כמו ערב בשעת מ"מ לא סבירא ליה כמש"ל בפי' הפלפלא חריפתא דנהפך הוא דיחזור חנוני ויהיה עי"כ סיפוק ביד הפועל לחזור דהוי מחילה בטעות ואם כן אין כאן ערב בשעת מ"מ וא"כ דזהו ברור דגם ר"ש ע"כ ס"ל דיכול לחזור באין חנוני רוצה ליתן א"כ הך דירושלמי אפילו לרב ששת לא אתיא דהא שם אין חנוני רוצה ליתן ואין לומר דע"כ כוונתו היה אף אם לא יתן דלא יחזור דאל"כ ל"ל קנין וא"כ לא הוי קנין בטעות וא"כ אף החנוני נתחייב מתורת ערבות דהא אם מחילה צריך קנין אף בזו צריך קנין ואין כאן מילתא יתירתא בקנין ועכצ"ל דמחילה א"צ קנין וא"כ הא דלא יחזור כשהחנוני רוצה לפרוע בסמיכה וריצוי בעלמא סגי והקנין

ע"כ אף אם לא יתן והוי ערב בשעת מ"מ דליכא כאן מחילה בטעות. וקשה א"כ מ"ט דרבה ולמה ס"ל לרבה חוזר ועכצ"ל דרבה חולק בזה וס"ל דבסתם ריצוי וסמיכה חוזר אפילו חנוני רוצה ליתן ולכך בפטרו להדיא מפרשינן כוונתו אם יתן דאם לא יתן הוי מחילה בטעות אבל לר"ש דס"ל בסתם אינו חוזר אם ירצה ליתן ולכך בפטרו לא הוי מחילה בטעות כלל ולא איירי הך כלל בקנין כיון דמחילה אין צריך קנין א"כ אי היה קנין מ"ט דרבה כמ"ש התוס' רק הכל בלי קנין וחדא בחברתא מישך שייכי ובסתם ס"ל לר"ש הואיל ונתרצה להמחאה כ"ז שחנוני אינו חוזר א"י לחזור וא"כ כשפטרו להדיא ע"כ כוונתו אף דלא יתן ואין כאן מחילה בטעות ולרבה דס"ל בסתם דחוזר מ"מ ס"ל בפטרו להדיא דאינו חוזר כ"ז שרוצה ליתן כדעת הש"ך וכמש"ל בסברתו וירושלמי איירי בפוטרו בפי' דסתמא קתני במשנה הן פטרו או לא פטרו וכן רבה ור"ש איירי בכל גווני וא"ש. וגם י"ל בלי הך סברא דמחילה אין צריך קנין רק פשוט דכל ענין הרא"ש לברר דאף לרבה דס"ל דאפילו אם ירצה ליתן מ"מ יכול לחזור על הבעה"ב מ"מ אינו עובר בבל תלין דפקע איסורו והראיה דרבה אמר מהדר הדר רק אינו עובר ב"ת ולא תימא דכי פליגי היינו בפוטרו להדיא וא"כ לכ"ע אם חנוני רוצה ליתן דא"י לחזור רק פליגי אם החנוני אינו רוצה ליתן וס"ל לרבה דחוזר ולכך הואיל והמחאתו אצל חנוני ואינו יכול לחזור כ"ז שרוצה ליתן א"כ פקע עיקר חיובו על בעה"ב ואינו אלא בגדר ערב ולכך אינו עובר בב"ת אבל בסמכה דעתה לחוד דס"ל לרבה כל רגע חוזר א"כ לא עקר שעבודו דבעה"ב עובר בב"ת ולזה כתב הרא"ש דאלו בהא פליגי מ"ט דר"ש אם אין חנוני רוצה ליתן דאטו בשופטני עסקינן וכו' ול"ל דהוי ערב וכו' דיכול לומר להיפוך אף אתה חזור וטוען מחילתך לא הוה אלא ע"ת שיתן והוי מחילה בטעות ואין חנוני ערב בשעת מ"מ כהנ"ל ועכצ"ל דגם בהא בסמיכת דעת לחוד פליגי ג"כ אי יכול לחזור כשיתן וא"כ זה בזה תליא דכשמוחלו להדיא לר"ש לא מצי אמר דהיה בתנאי שיתן חנוני דא"כ מחילה זו מה צורך בה בלא"ה א"א לחזור כשיתן ולרבה יש בו צורך ומצי הדר ודברי ירושלמי נכונים כר"ש ומוכח דמ"מ ס"ל לרבה דאינו עובר בב"ת ש"מ דאף בזו אינו עובר בב"ת ודברי הרא"ש נכונים זהו מה שי"ל בישוב דברי הרא"ש באופן אחר. ועוד י"ל בפשוט דהא בשילהי ב"ב אמרינן הלכתא ערב בשעת מ"מ לא בעי קנין לאחר מ"מ בעי קנין וזהו כללא בכל הש"ס הלכתא מכלל דפליגי וא"כ ע"כ אף בזה בערב בשעת מ"מ יש מחלוקת אי בעי קנין והיינו בן ננס ור"י במשנה דלבן ננס לאחר מ"מ אפילו קנין לא מהני כמ"ש מפורשים א"כ בשעת מ"מ בעי קנין אמנם לר"י לאחר מ"מ מהני קנין בשעת מ"מ לא בעי קנין והכי קי"ל כמו דאמרי' שם אע"פ שקלס ר"י לבן ננס הלכה כר"י

וא"כ בירושלמי שפיר מפרש הרא"ש דכיון דאין הפועל חוזר נתחייב החנוני כדין ערב בשעת מ"מ דקי"ל דלא בעי קנין אבל בפלוגתא בגמרא ר"ש ורבה ס"ל ע"כ פליגי כ"ז שלא חזר חנוני דאל"כ אטו בשופטני וכו' ול"ל כהנ"ל דמתחייב מדין ערב דהתינח למ"ד ערב בשעת מ"מ לא בעי קנין אבל למ"ד בעי קנין מה א"ל ול"ל דבאמת להך תנא מודה ר"ש חוזר רק אמר למילתא אליבא דהלכתא דא"כ מה פריך רבה ממשנה דקתני אינו עובר וכו' אולי המשנה כהך תנא בן ננס כדמצינו במשנה דקילס ר"י לב"נ ולכך יכול לחזור ועכצ"ל דפליגי באין חנוני חוזר והוכחה מהמשנה שפיר דלא תליה כלל בפלוגתא דתנאי. ועוד י"ל פי' ג' כשנדייק מ"ש הרא"ש כיון שהבעה"ב חייב ליתן לפועלים שכרם מיד וכו' ויש להבין מה ביקש בכך אם נתחייב ליתן מיד או לא והגע עצמך אם ע"י אמירת ערב פטרו ללוה חוב שצריך לשלם אחר שנה וכי לא יהיה זה בגדר ערב בשעת מ"מ דבר זה לא נשמע בפוסקים כלל ואין בו מהסברא כלל. ולכך נראה דודאי יש כאן סברא לומר דאין כאן ערב בשעת מ"מ דיכול לטעון להיפוך חזור בך וכו' כנ"ל רק כיון דכל ההפרש בין שעת מ"מ לאח"כ הוא זה דשם על אמונתו הלוהו והואיל דמיהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה וכו'. ולפי זה בהמחהו לחנוני וע"י אמירת חנוני ליתן סמך עליו מבלי לתבוע לבעה"ב ביומו ולמחר כשהחנוני חוזר אף דיחזור על בעה"ב מכל מקום תו ליכא גבי בעה"ב לאו ב"ת דהא עבר יומו וביום ראשון לבד בעה"ב עובר בב"ת וא"כ מה"ת ימתין שכיר ולפטור לבעה"ב מלאו דלא תלין כדי שאח"כ יכול לדחותו מזמן לזמן לך ושוב ולמחר אתן משא"כ ביומו דהיה מוטל עליו לאו ל"ת ואין זה אלא דהאמין לחנוני וא"כ הרי זה בגדר על אמונתו הלוהו ומגו דמהימן ליה לפטור לבעה"ב מלאו דלא תלין משעבר היום וזהו שדייק הרא"ש כיון שחייב ליתן שכרו מיד והיינו דעובר בב"ת וא"ש וזהו לשאין חנוני חוזר בו ביום אבל כשחנוני חוזר בו ביום ועוד היום גדול לחזור על בעה"ב ואז יש איסור ב"ת לגבי בעה"ב כיון ששניהם החנוני ושכיר חוזר כמ"ש הנ"י ע"ש וא"כ צועק החנוני מה אפסדתך עוד זמנך לענין ב"ת בזו סבירא ליה להרא"ש דלא הוי ערב בשעת מ"מ והנה בפלוגתא דר"ש ורבה דמסייע לנפשיה רבה מהא דתנן אינו עובר אבל מהדר הדר ע"כ איירי דחוזר לתבוע ביומו דלאח"כ פשיטא דאינו עובר דכ"ז דלא תבעו פשיטא דאין עובר ולאח"כ הא עבר יומו וע"כ דכך פירושו אף דבא בו ביום לתבוע שנית מבעה"ב כ"ז שהחנוני רוצה ליתן אין בעה"ב עובר אבל אם אין רוצה ליתן מהדר הדר וקשה דא"כ דמיירי ביומו מ"ט דר"ש הא חנוני יכול לחזור ואטו בשופטני עסקינן וכו' וערב בשעת מ"מ ליכא דהא יכול לחזור וגם משום ב"ת לא הפסידו דעוד היום גדול וע"כ מוכח דפליגי כשרוצה ליתן וא"ש. אלו שלשה פי' מה שנ' בדברי הרא"ש

והמעיי' יבחר ויצא לו נ"מ דלשני פי' ראשון ושלישי בפטרו להדיא לפי דקי"ל כרבה דחוזר לא הוי ערב בשעת מ"מ ושניהם חוזרים ולכך מצריך הסמ"ע קנין אבל לפי' השני לפי דקי"ל ערב בשעת מ"מ לא בעי קנין הוי כערב בשעת מ"מ ולכך הדין צל"ע ובתשובת מהר"א ששון סימן ק"ג כתב דמ"ש התוס' דאי לא פטרו לגמרי מה צורך קנין דאין כוונת התוס' הואיל דקנה יש בו דבר מוסיף וליפטור נתכוון רק כוונתו האי קנין מה עבידתא ולא הבנתי דבריו דבהרא"ש מפורש דאי לא לפוטרו לגמרי נתכוון קנין מיותר אלא ע"כ דלפטור נתכוון:

1 **דמסתמא על מנה שיש לו אמר וקנה.** דעת זו היא דעת הרמב"ן הובא בבע"ת שער כ"ח ע"ש ועיקר ראיה שלו מהך דאמרינן בפ"ק דגיטין משנה תנו לפלוני ומת יתנו לאחר מיתה ואוקי ר"ז במילתא דרב דאמר והוא שצבורין ומונחים משום מ"ג אע"ג דלא הזכיר הפקדון שיש לו בידו ולא אמר תנו מנה זה המופקד ומ"מ קנה. והקשה הגי"ת הא לר"פ דאמר בש"מ וחיישינן למנה קבור ע"כמיירי המשנהבאומר זה דאל"כ יש לומר מנה קבור אע"פ שלא נזכר במשנה זה א"כ אף לר"ז דמוקי בבריא ומ"ג נמי נימא כן. וליישב קושיתו נראה או דודאי מילת זה י"ל דהשמיטו התנא במשנה וה"ל כאומר זה וקיצר התנא ובפרט די"ל דמוסב אריש וכמ"ש אח"כ רק זהו בפקדון שייך מנה זה אבל במלוה אף באומר זה לא מהני וצ"ל מנה שיש לי בידך אבל באומר מנה זה אינו מועיל דכי מנה זו שלו הוא הלא להוצאה ניתנה. ואינו מועיל לשיטת הרא"ש החולק כי אם באומר מנה שיש לי בידך ופשוט. ולפ"ז הא דאמרי' ר"פ מ"ט ל"א כר"ז קסבר. אמר רב מ"ג בין מלוה ובין פקדון עדיין לא תי' כלום דמ"מ הוצרך לרב לאוקמי משנה בפקדון דבמלוה כיון דלא אמר מנה לי בידכם לא מהני מ"ג משא"כ בפקדון שפיר י"ל דמיירי בזה כהנ"ל וקושית הגמרא במקומו. ועוד י"ל דהרמב"ן גריס ברישא כגי' הרי"ף תן גט זה וכו' ולא ס"ל החילוק של הרי"ף לענין שחרור וחזרה כנראה מדבריו בספר מלחמות ומוקי לה המשנה כר"מ כמ"ש התוס' דהתם מתני' ר"מ היא. וא"כ בשלמא לר"פ דמוקי בש"מ י"ל דהוה בסיפא כאלו נשנית זה דמוסב אריש וזה דקתני ברישא הוא סובב על בבא דרישא וסיפא וכך דרכו של התנא לקצר בלשון ומוסב אשלפניו. אבל לר"ז דמוקי ליה במ"ג ע"כ רישא וסיפא לא שייכי אהדדי דאל"כ דאיירי במ"ג דהיינו הנותן והמקבל כאן ומרוצה לקבלו דבע"כ של המקבל לכ"ע לא חל מ"ג וא"כ מה איריא מנה אפילו שחרור נמי אם העבד פה ומרוצה לקבלו לכ"ע אפילו לר"מ זכין לו דהא הוה בפניו ואמאי לא יתנו וע"כ הא כדאיתא הא כדאיתא וא"כ שפיר י"ל הא לא קתני זה במשנה ואיך אפשר לומר דיקנה מ"ג וראי' הרמב"ן נכון דל"ל סמיך אריש. ובזו נראה ליישב דעת הרמ"ה

והרא"ש דילפי דינס מהך שמעתא דהם ס"ל כקושית הגי"ת וס"ל כר"ת דבעי מסירה מיד ליד וא"כ ל"ק מתן וכו' כמ"ש התוס'. ושפיר הוה כמאן דתנא זה במשנה ועל הקושיא השניה שכתבתי לעיל דאיך אפשר לומר דמשנה איירי במלוה א"כ בזו ודאי לא מהני זה וא"כ חסר במשנה מנה לי בידך כהנ"ל י"ל דכך הם מפרשים בגמרא ס"ל לר"ז דמ"ג אף במלוה שייך וא"כ אי ס"ד דהמשנה ביקש להודיע לנו בזה דין מעמד ג' אדקתני דין בפקדון הנ"ל לאשמעינן רבותא טפי במלוה ויהיה הפקדון במכ"ש דהא במלוה איכא למ"ד דלא שייך ביה מ"ג ובאמת ה"ל למשנה למתני האומר מנה לי בידכם תנו א"ו דלא נחית משנה להודיע דין מ"ג ולכך מוקים ליה בש"מ. ולפ"ז מיושב קושית התוס' דהקשה בממ"נ אי רב ס"ל אף במלוה שייך מ"ג מה דוחקיה לאוקמי משנה בצבורין ומתנת ש"מ לימא אף בבריא ובלי צבורין ומ"ג ע"ש שתי' דחוק ולפי הנ"ל ניחא דא"א לאוקמי במלוה דהא לא קתני מנה לי בידכם ובפקדון א"א לאוקמי דהיא גופיה קשיא ה"ל למיתני רבותא טפי אפילו מלוה וכמש"ל וע"כ צ"ל כהנ"ל דמשנה לא נחית לומר דין מ"נ רק דין ש"מ וכו' וא"ש ויש להם ראיה מגמרא הנ"ל. והנה הגי"ת הקשה מדברי הרא"ש פרק המקבל דכתב דאין חנוני מחויב ליתן לפועל הואיל ואין לבעה"ב אצלו כלום מה איריא דאין לו אצל חנוני אפילו יש לו הא המחהו בסתמא. וכ"כ הרי"ף בפרק המקבל ע"ש והרב הש"ך בס"ק כ"א ביקש לחלק דוקא אם יש לו מנה ביד שמעון ואמר לו סתם תן מנה ללוי הוא דס"ל להרא"ש דלא קנה אבל אם היה לו יותר ביד שמעון ואמר לו תן מנה ללוי אן. הרא"ש מודה דקנה. ובזה מיושב קושיא הנ"ל אבל טעמו של הש"ך נעלמה ממני דמ"ש ואם כוונתו דלא היה אפשר לו לומר מנה לי בידך כיון דיש בידו יותר הקצור קצרה לשונו לומר תמורת מנה לי בידך מנה ממה שבידך לי תן לפלוני ומי שם קץ למילין של המקנה שעד פה ידבר ולא יוסיף וזולת זה לא מצאתי לענ"ד טעם בדבריו. ויותר נראה כי שולחני וחנווני שאני ואף הרא"ש מודה בזו לדינו של הרמב"ן כי בלא"ה הא דעת הגאון הובא בנ"י באלו אפילו לית גביה מידי מתתייב מדין מ"ג ואף דהרא"ש לא ס"ל אבל ביש בידו הואיל דהך בעה"ב שטרוד בפועלים הקדים מעות לחנוני ומצוה ליתן לפועלים אחד ואחד זה בדינר וזה באיסר ולבסוף עומד עמו לחשבון וגלל כן הקדים לו מעות מודה הרא"ש דבחנוני ושולחני ודאי סתמא כמפרש דמי ומתחייב ולק"מ וכן הנכון דבחנוני ושולחני כ"ע מודים דהא הגאון מחייב בלא"ה באלו ועיין מש"ל בסימן צ"א ג"כ בזה ודוק:

ז **צריך ליתנו לו ע"כ וכו'** ועיין ש"ך שהביא דעת פוסקים רבים דס"ל דליתא בע"כ יש לי דקדוק ברמב"ן בחידושיו לב"ב דדעתו נראה ג"כ דאיתא בע"כ דאל"כ מה זה שטרח בד'

מדות במוכרים לפלפל בדברי רשב"ם אי ד' רשות קתני דהא גם במוכר משכיר לו או מזכה לו חצירו ע"ש ברשב"ם ותוס' הלא יש כן לפרש ברשות הלה המופקדין אצלו כיון שקבל עליו קנה היינו במעמד ג' דהא ע"כ הלוקח או שלוחו כאן דקתני שיוציאנה מאן מגביה או מאן משך וע"כ שיש לוקח או שלוחו כאן וא"כ שפיר קאמר כיון שהנפקד מקבל עליו הרי כאן מעמד ג' וקנה תיכף הלוקח וא"כ יש כאן ד' רשות דזהו לא שייך במוכר והתוס' דלא רצו לפרש כן משום דקשיא להו מה שקיבל עליו הא מעמד ג' אפילו בע"כ וע"כ דמיירי שאינם במעמד א'. אבל לרמב"ן הוה ליה לפרש כן ויש כאן ד' רשות ואפשר דדחיקא ליה דקתני ברשות הלוה המופקדין משמע דוקא דהפירות הם ברשותו אבל אם אינם ברשותו רק הפקדון ביד אסר לא קנה עד שיקבל הנפקד השני ואי במעמד ג' אם קבל עליו נפקד הראשון קנה אף על פי דליתנו ברשותו. ודוחק דהמשנה בא לומר ברשות המופקדין לאפוקי שהמה באינך שלשה רשות מוכר לוקח ר"ה וסמטא ונראה לומר דכי פליגי הנך וס"ל דאין בע"כ היינו כשהלה מוחה א"י להיות אבל בשותק אע"פ שאינו אומר הי מכל מקום הוי מ"ג ולכך אי אפשר לפרש הך ברייתא דד' מדות במ"ג דקיבל עליו מה עבידתא לכ"ע בשתיקה בלי מחאה סגי וכן משמע במשנה תנו מנה לפלוני יתנו לאחר מיתה ומפרש ר"ז במ"ג והא לא קתני ביה במשנה ואמרו הן א"ו בשתיקתן סגי וזה ברור:

ח **ל"ש מתנה מועטת** הש"ך בס"ק כ"ט השיג על הסמ"ע דכתב דלא מיירי בעני דאף בעני מיירי בחוב הלואה דלא קני עני אלא במעמד שלשתן ובאמת הנכון אתו אבל מכל מקום לשון הש"ע דחיקה ליה לסמ"ע דקתני יכול לחזור בו דודאי נדר הוא וכופין לקיים נדרו משום בפיך זו צדקה רק כל זמן שלא בא לידי גבאי וכדומה יכול להשאל על נדרו אבל בלי שאלה ודאי דליתא בחזרה ואיך קאמר הש"ע סתם יכול לחזור בו ולכך פי' הסמ"ע דלא מיירי בעני. שוב כתב הש"ך דפקדון ודאי דבעני א"י לחזור דזכה בשבילם הנפקד אם לא במעות מותרין הואיל ומותר לשמש בהו ה"ל כהלואה ולדרכו הולך וכבר כתבתי בסימן ע"ד דניחא לדבריו דאף דנימא דנא כדעת הגאון חכם צבי ז"ל. מכל מקום ודאי ברשותו עומד להקדישו ולתתן אותו במתנה דהא ה"ל הילך ועיין מ"ש בס"ס ע"ד ע"ש:

ט **וי"א שיכול לחזור בו וכו'** הטור הביא זה בשם אביו הרא"ש דכתב כן בפרק המקבל ותמה הב"י דהתם בפועל מיירי בחנוני שאין בידו כלום ותי' הפרישה וכן נוטים דברי הב"ח דכיון דס"ל לרא"ש התם אפילו פוטרו הפועל לבעה"ב הוי מחילה בטעות א"כ ה"ה הכא במ"ג דלא יהיה מ"ג יותר מפטרו בפי'. ודבריהם בלתי מובנים דעד כאן כתב הרא"ש כן שם דהוי מחילה בטעות היינו כשחנוני חוזר ואינו רוצה ליתן לפועלים כלום

אבל באם חנוני רוצה ליתן הא דעת הרא"ש דבפטרו בפי' באמת מהני ורבה דס"ל חוזר דלא פטרו בפי' ואפשר דס"ל כמ"ש הסמ"ע לעיל דאפילו בפטרו רק אם לא אמר להדיא בין יתן או לא יתן לרבה מצי חוזר וס"ל לטור דאין מ"ג יותר מפטרו סתם. וזה דוחק דמי נתן לשעורים דברים הללו אולי מ"ג קנין שתקנו חכמים כאלו פטרו בפי' לכל פרטי דברים בכל אופן. ולענ"ד נראה דראיית הטור מדכתב הרא"ש דשם לא מיירי במ"ג דהא אין לחנוני בידו משל בע"ה כלום והוצרך הרא"ש לשנוי דברי ירושלמי דמשמע דמ"מ מהני מ"ג ע"ש וקשה בקצרה ה"ל לרא"ש להוכיח איך אפשר דמיירי במ"ג הא רבה ס"ל חוזר ובמ"ג אמרי' קנה דמשמע דמסולק ממנו לגמרי וה"ל להוכיח בקצרה דע"כ לא איירי במ"ג ועכצ"ל דס"ל להרא"ש דהך קנה לאו דוקא ומילת קנה דקתני משום מתנה קתני ליה כמ"ש הריב"ש אבל במ"ג במלוה אין הכרח דלא יכול המלוה לחזור ולכך הוצרך הרא"ש לברר ממקום אחר דהך דמקבל לא איירי במ"ג וא"כ דאין כאן הכרח ממילתא קנה דקתני מהכ"ת לומר דמלוה לא יכול לחזור הא הך דמ"ג אינו רק מתורת תקנה וכל לישנא דמסופק הדרן לדינא דאורייתא ולא פקע שעבודו דמלוה לגבי לוה הראשון וא"ש. ואפשר דדייק ליה מהך דהואיל דהחליט הרא"ש לר"ש הוי בפוטרו כערב בשעת מ"מ א"כ קשה קושית הריטב"א ל"ל מעמד שלשתן א"ו דאינו רוצה לפוטרו כדי שיהיה יכול לחזור כמ"ש בסימן צ"א ע"ש:

י **ונ"ל להורות כסברא אחרונה** עיין בש"ך ס"ק ל"ח דהביא דעות רבות מהפוסקים דס"ל דא"י לחזור. והביא דעת ריטב"א בקדושין דס"ל דיכול לחזור דאל"כ הא מדינא מחייב ליה כיון שפוטרו וחייב ליה מדין ערב ולמה אמרו מ"ג הלכתא בלי טעמא ע"כ וכתב הש"ך דדבריו בלתי מוכרעים דלמה א"י לחזור משום דהיה תקנת מ"ג אבל לולי התקנה לא היה בדברים אלו ממש ובאמת היה יכול לחזור. ואין מקום לדבריו דכוונת הריטב"א כך למה להו לחכמים לתקן תקנה מ"ג בלי סמך מדין תורה בשביל תקנת השוק כמ"ש הפוסקים והש"ך גופיה בסימן זה ס"ק ז' דמי שקונה דבר ואינו מעות בידו מעמידו אצל ב"ח. הא יש לזה תקנת תקנ' בד"ת שיאמר המקבל אני סומך עליך ופוטר הראשון הלוקח או הלוה וא"כ יהיה השני מדינא חייב מדין ערב ויהיה כל דינים אלו בו מדינא של תורה וא"צ לעקור ד"ת כלל. ועכצ"ל דתקנו כך אפילו לא ירצה המקבל להפקיע שעבודו מבעל חוב הראשון ורוצה להיות ידו בשניהם רצה מזה גובה רצה מזה גובה וא"כ מוכח דבמ"ג הרשות ביד מקבל לחזור ודבריו ישרים אלא ליישב ראייתו לדעת האומרים דיכול לחזור צ"ל דס"ל דעיקר תקנה היה בשביל מתנה שאז לא היה סיפוק ביד המקבל לעשות דבר ותקנו מ"ג ואגב גם לפרעון חוב שייכים תקנה זו דלא יגרע ממתנה אבל באמת בשביל

חוב לא היה מתקנים. והריטב"א ס"ל כמ"ש דכל עיקר תקנת שוק היה כמ"ש בשביל המוכרים והמלוים דמה תקנה יש במתנה ומילתא דלא שכיח הוא רק אגב תקנו גם במתנה ודברים ישרים. ולענ"ד נראה עוד לומר דאף לפי דעת האומרים דא"י לחזור במ"ג היינו בסתמא דאמרי' סברית וקבלית לסמוך אשני אבל אס התנה במ"ג דהיה הרשות בידו לחזור קונה ורצה מזה גובה רצה מזה גובה כפי תנאו. וא"כ ל"ק קושית הריטב"א דזה לולי הך תקנה דמ"ג לא אפשר כי אם בפוטרו להלוה הראשון בהחלט בלי שיור ותנאי וזה לא שכיח דיעשהו מלוה:

יא **ואם נתרשל וכו'** דפטור יש להבין מ"ש הך דינא להך הנאמר בסימן קל"א ערב שאמר למלוה תבוע את הלוה והוא נתרשל עד שירד מנכסיו מ"מ הערב חייב מ"ש שם ומ"ש כאן דהא גם כאן למ"ד חוזר הרי הוא ערב ואפשר יותר משועבד מהערב וא"כ למה לא יתחייב אף שהמתין עד שהעני כהך דלקמן. וצ"ל בשלמא שם אין לערב מעות ביד הלוה רק נכנס בחיוב עבורו א"כ אף שיאמר לו קבל פרעון שלך אין נ"מ ביה כי הראהו בשל חבירו ואינו דומה להראו מעות ליטול בחובו הנזכר כאן משא"כ כאן דהשני חייב לו והמחהו במעמד שלשתן ליטלו והואיל והוא שלו. דהרי חייב לו דמיא שפיר להראהו מעות ליטול ודוק:

יב **ואם הנפקד אומר שנתן** עיין מש"ל בסי' צ"א מזה בדברי הסמ"ע ובש"ך באריכות וע"ש:

יג **אמר להם במ"ג וכו'** דעת הסמ"ע בס"ק כ"ג דאם היה עשיר בשעת המחאה ואח"כ העני אף לדעת הרא"ש וסייעתו א"י לחזור דיאמר מזלך גרם. והראיה שלו מהך תשובת הרא"ש שהביא הטור דאם המחהו אצל א' והעני דנתן הרא"ש בתשובה הטעם דלכך חוזר הואיל לא היה לזה מעות משל הממחה בידו וא"כ משמע לולי כן א"י לחזור. ואין זה כדאי לחדש סברא כזו מלבו וכבר השיגו הש"ך בס"ק ל"ט ע"ש ובישוב מתשובת הרא"ש י"ל דמיירי דהעני מחמת התרשלתו ואלו היה תובעו בזמן הראוי היה יכול לגבות רק ע"י התרשלתו לא גבה ובין כך העני וא"כ אף הרא"ש מודה כמבואר בהג"ה ולכך נתן הרא"ש טעם דאין כאן קנין מ"ג כלל ואף שהיה מתרשל מ"מ חייב הראשון כי השני לאו בע"ד דידי כלל שלא קנה במ"ג ולק"מ. ובאמת כל החרדה מרבים הפוסקים הוא לקיוס דברי ירושלמי דפסק באיפרסן לוי דהיינו דהעני דאין עליו כלום ולא הבנתי מה ראיה יש משם דהא העלו הרא"ש ורי"ף בפרק מקבל דירושלמי כר' ששת ס"ל ואפילו בפועל הנמחה אצל חנוני שאין אצלו משל בעה"ב כלום הואיל וסמך עליו אע"פ שלא פטרו בפירוש כמ"ש הרא"ש ס"ל אינו חוזר דהוי מחילה וא"כ כ"ש במ"ג דהוא קנין

גמור דאינו חוזר וכמ"ש הב"ח והפרישה דהוי מ"ג עדיפי מהך דפועל דנחלקו בו ע"ש. דהא לא איירי בפטרו בפי' וכמ"ש התוס' שם וא"כ ירושלמי אזיל לשיטתו אבל לגמרא דידן דקי"ל כרבה א"כ אף במ"ג כ"ז שלא פטרו בפי' יכול לחזור כמו פועל ועיין ב"ח ופרישה וכמש"ל בשמם דס"ל דהרא"ש יליף חדא מחברתא. וא"כ כל הראיה מירושלמי לא קאי וא"ל לכנוס בדחוקים ופי' שונים. ובהכי ניחא מ"ש הטור בשם י"א דאם הי' עני אח"כ דאינו חוזר והקשה הב"י הא מבואר בירושלמי דלפמ"ש אין מירושלמי ראיה דס"ל כר"ש. אבל לדידן דקי"ל כרבה ליתא ועיין בתשוב' מהר"א ששון סימן ק"ד דנתקשה בהבנת דברי טור ע"ש. וגם מ"ש הסמ"ע דאם ידע דהיה עני דא"י לחזור דסביר וקיבל גם בזה השיגו הש"ך והדין עם הש"ך:

יד **הוא בשטר על ראובן להביא ראיה וכו'** הטעם משום דבשטר לית ליה מגו דפרעתיך אבל לא הבנתי אם יש עדים במ"ג א"כ הרי מביא עידי פרעון ואתרע שטרו רק הוא מערער על הפרעון ואמר שלא היה כדין א"כ למה לא נימא ביה הממע"ה ומה יועיל שטרו דכל אימוץ השטר ותוקפו הוא דלא הוא יכול לומר פרעתיך דשטרך בידי מה בעי אבל כאן דיש עדים בהמחאה וא"כ תו ל"ל שטרך בידי מה בעי רק הפלפול אם הטעהו או לא א"כ מה יועיל שטרו להוציא מיד המוחזק ומתחילה עלה ברותי דמיירי דליכא עדים על המחאה ואם כן בע"פ הלוה נאמן על הכל במגו משא"כ בשטר אך לשון הרמב"ם ובעה"ת לא משמע כן וצ"ל דהך טענה שעשיר היה ואח"כ העני טענה גרועה היא דאמרי' אוקי אחזקה כמו שהיה כן עתה וכמו כן אמריק חזקה בכל דוכתי רק במלוה ע"פ דאית ליה מגו אמרינן אפילו טענה גרועה משא"כ בשטר דלית ליה מגו לא אמרינן טענה זה דהיא טענה גרועה ואמרינן דהיה עני מתחילה:

טו **שנאמן לומר טעיתי במגו דלהד"ם** עיין מש"ל בסימן פ"א דלדעת הרא"ש דיכול לחזור א"כ לא הוה כאן מגו דהוי מגו להכחיש העד דאם יאמר להד"ם יהיה הנמחה מקבל פרעון מהממחה כדינו ואח"כ יעיד למולו בב"ד ויצטרך לישבע להכחיש העד. וצ"ל דכאן לא נחית לכך רק מיירי בכה"ג דהנמחה הוא קרוב או פסול וכה"ג וצ"ע ודוק:

טז **ואפילו אם נתן לו כת"י נאמן לומר טעיתי וכו'** דבר זה צ"ע דהרמ"א חולק אמהרי"ק בלי ראיה כלל וכן הש"ך הביא דעת מהרי"ן לב דא"י לומר טעיתי ונראה אפילו לרמ"א היינו שהוא רק ח"י וכתב ידי אחר דהא יכול לטעון שכחתי את חתימתי ואחרים כתבו ע"ג מכ"ש דיכול לומר טעיתי אבל אם כל הכת"י כתב ידו אפשר דאף רמ"א מודה דזה יותר מעשה מהודה בעדים ואיך לא יתיישב טרם שכותב ולכן צריך תלמוד אי יכול לומר טעיתי ונראה דאף רמ"א מודה בכה"ג ודוק:

יז **ואפילו יש ע"א וכו'** עיין מ"ש בסימן נ"ח דזהו לשיטת הפוסקים דס"ל דבדרבנן אמרינן אם אינו יכול לישבע מ"מ משלם אבל לשיטת התוס' בשבועה דאף גביה אמרינן מתוך שא"י לישבע מפסיד א"כ אף פה נפסד המקבל וצ"ע. ודע כי יש פה ברשב"א דבר הצ"ע דכתב בחדושיו ספ"ק דגיטין דאם מרא דארעא לא ידע שטעה והממחה אמר שטעה אי לית ליה נכסים לא מהימן וליכא למימר הא אית ליה מגו דמחיל דהאי עובדא מיירי בפקדון ובפקדון לא שייך מחילה דתיכף בקנין מ"ג קם ליה ברשותא דנמחה ע"ש ותמהני אם בפקדון פשיטא דהוא נאמן שטעה במגו דנאנסו כדאמרינן בכל דוכתא וגם הש"ע סיים פה בלישנא צריך הנפקד ליתנו למקבל מורה דמיירי בפקדון ובפקדון מה צורך כל חרדה הזה הא י"ל מגו דנאנסו מיהו בש"ע י"ל דמיירי בחפץ שהמחהו ויש כאן עדי ראה דלא מצי למימר נאנסו רק טוען טעיתי שאינו שלך מעולם אבל ברשב"א א"א לומר כן דהך עובדא הוי בזוזי ונאנסו מ"מ מצי לטעון דקי"ל כר"ן נאנסו לא וא"כ הדבר צ"ע:

יח **וחוזר וגובה אותו מהנותן** עיין ש"ך ס"ק ס"ז דתמה בזה הא אינו אלא גרמא ובאמת י"ל דהוי גרמי דהא הוא אמר מנה לי בידך תן לפלוני וכיון דמ"ג הוא בע"כ והוא חשב שיש לו בידו ע"כ הוצרך להודות וא"כ עכשיו דנתברר דטעה הוא בגרמא דיליה הוזקיקו לשלם שלא כדת ולכך חייב. אבל נראה כי הטור ובעה"ת אזלי לשיטתן דס"ל דיני דגרמי דינא וא"כ מה בכך שטעה הוא מכל מקום הוא הזיק לו וחייב לשלם אבל לפי דעת הפוסקים כמ"ש הש"ך לקמן בסימן שפ"ז דהוי קנסא א"כ מה קנס שייך כאן הא שניהם ביחד טעו מבלי שם על לב ואיך שייך קנסא ולכך אין לחייבו ודין זה תלוי במחלוקת הפוסקים ודוק. וצ"ל דהממחה עומד בדבורו דטעה אבל אם חוזר הא אפשר ליה לטעון בשביל כך הודיתי לדחות ב"ח אבל באמת יש לי בידך כהנ"ל בסימן מ"ז. וכאן לא שייך חילוק הנ"ל בסימן מ"ז דהודה בלי תביעות הב"ח דהא המחו אצלו ואין לך תביעה גדולה מזו:

יט **והנותן צריך לישבע וכו'** עיין בסמ"ע ס"ק מ"ה דאפילו לדעת הרא"ש א"י לחזור דיאמר לו הנותן מי צוה לך להודות בשקר וכ"כ הב"ח וכ"כ הב"י בחד תי' וזהו דלא כר"ן ומכאן הוכחה גלויה דדעת הרא"ש דראשון הוי רק כמו ערב בעלמא וכל זמן דיוכל לגבות מהשני אין לו לתבוע מהראשון וא"כ שפיר טען הראשון היה לך מקום לגבות מהשני ואת דקלקלת בעצמך ומה לך ולי משא"כ אי אמרי' כדעת הש"ך דרצה גובה תיכף מהראשון כי הוא בע"ח א"כ וכי בשביל דע"פ עצמו גרם שלא יכול לגבות מהשני לא יהיה יכול לגבות מהראשון הא לא הזיק לראשון כלל כי אם הוא גובה מראשין חוזר

הראשון וגובה מהשני כמ"ש הר"ן להדיא וא"כ למה נגרע כח המקבל בהודאתו אלו לא הודה הא יוכל לומר אגבה מהראשון ולמה בשביל שהודה יגרע יאמר מה איכפת לך בהודאתי אני חוזר עליך כדיני אתה חזור עליו כדינך ודיבורי לא מעלה ולא מוריד כלל ופשוט. ועכצ"ל דלא כש"ך דאין הראשון רק כמו ערב בעלמא לדעת הרא"ש וא"כ יפה טען מהרי"ט שהביאו הש"ך בס"ק ח"ן דאם השני טוען פרעתי דא"י לחזור על הראשון דהוי כערב וצדקו דברי הסמ"ע לעיל בסימן צ"א ודברי הש"ך ליתא:

כ **אמר ליה במ"ג וכו'** מקור הדין הוא מתשובת הרא"ש כלל ס"ט דראובן המחה לשמעון ליתן ללוי ולוי קיבל על עצמו וכבר נתן לו מקצת ועכשיו אומר כי טעה ואין לו משל ראובן בידו כלל. ופסק הרא"ש דודאי אין כאן חיוב מ"ג דהואיל דטעה ואין בידו משל ראובן וא"כ לא שייך ביה מ"ג כלל ועוד אפילו בידו הואיל ולא הזכיר המנה שבידו רק אמר סתם תן ללוי אע"פ דישנו בידו לא שייך ביה מ"ג. אבל במה שנתן אין להוציא די"ל דניחא ליה דליקום בהמנותיה ועוד דאינו נאמן שטעה דקודם שנתן ודאי דקדק היטב ולא טעה דדעת התוס' דאינו נאמן טעיתי במגו דפרעתי דחזקה דאין אדם טועה ומדקדק היטב וכו' ע"ש עכ"ל ונתקשו בו כל מפורשים דבממ"נ אי איירי שם דלא היה עדים על טעותו איך כתב הרא"ש חד טעמא לפטור דלא הוי מ"ג הואיל ואין בידו הא לא נאמן לומר טעיתי ואמרינן דיש ויש בידו ואי איירי דיש עדים על טעותו א"כ איך כתב הרא"ש במה שכבר נתן דאמרינן ודאי מידק דייק ולא טעה הא ישנו עדים דמעידים שטעה. ועיין בש"ך ס"ק ע"ב מ"ש בזה וכל דבריו דחוקים ויותר היה נראה מ"ש והפרישה דהיה לאחר זמנו באופן שהיה אפשר לטעון פרעתי. ומ"מ אינו נאמן בזה רק היה לו מגו דלהד"ם ולכן האמינו הרא"ש בטעות דבהך מגו מודה הרא"ש רק לענין מה שכבר נתן מדמה הרא"ש במכ"ש דאין לו מגו פרעתי במה שעדיין לא נתן מכ"ש במה שכבר נתן דאין לו מגו כלל דמה מגו יש הא כבר נתנו. ולרווחא דמילתא כתבו הרא"ש כן (ובפרישה כתב לשון דמדמה הרא"ש לענין מה שיהיה נותן בדאיכא עדים ואין נאמן במגו דפרעתי לענין מה שהיה כבר נתן בדליכא עדים ולשונו מיותר דפשוט דרא"ש הביא ראיה דאפילו במגו אינו נאמן טעיתי ומכ"ש דאין נאמן בלי מגו ולענין מה שכבר נתן הא תו ל"ל מגו ופשוט) אך אם כי דבריו נכונים מ"מ עיקר זכות של זה הוא הואיל ולא היה עדים בהמחאתו במ"ג חסר מדברי הרא"ש ואיך העלים הרא"ש זאת מבלי זכר לו דלא היה עדים ולכך נאמן טעיתי והלא זו עיקר שהכל תלוי בו. ולענ"ד נראה כי אין צורך לזה דהרא"ש והרמב"ן מחולקים בדין כמבואר לעיל בטור וש"ע דעת הרמב"ן אפילו לא הזכיר מנה בידך כיון שיש בידו מתחייב מדין מ"ג והרא"ש חולק כנ"ל ובא הרא"ש כאן בתשובה

לפטור הנפקד מכל צד הן אם נימא כדעתו או אפילו כדעת הרמב"ן החולק ולכך כתב חדא אפילו נימא דבלשון הזה הוי קנין מ"ג הא לא הוה בידו ועוד האמת הוא לדינא דלא כרמב"ן דהדין צריך שיאמר מנה לי בידך וכאן לא אמר כן ולפ"ז לק"מ דאף דאמרי' דאם קיבל במ"ג א"י לומר טעיתי דמידק דייק קודם קבלת מ"ג היינו באומרו להדיא מנה לי בידך והוא קיבל לתת לו א"כ הודה שיש בידו ואמרי' ודאי דייק ואינו נאמן לומר שטעה. משא"כ באומר סתם תן מנה ללוי והוא קיבל אף דנימא דהדין עם רמב"ן דחל כה"ג מעמ"ג היינו במודה שיש בידו אז אמרינן כמ"ש הרמב"ן דמסתמא להך מנה נתכוון אבל בטוען אח"כ טעיתי פשיטא דנאמן דהא לא דייק כלל שהרי לא אמר לו מנה לי בידך רק סתם תן ומי לא שכיח שאדם ממנה שליח ואומר לחבירו תן לי בהקפה מנה ופרע לפלוני ומעשים בכל יום כן וא"כ לא קיבל על עצמו דבר מוחלט שנאמר דדק היטב ולא יהא נאמן לומר טעיתי וזה פשוט ולכך שם דלא הזכיר מה שחייב לו א"כ יפה כתב הרא"ש דאפילו ס"ד דכה"ג מתחייב במ"ג מ"מ הרי אומר שטעה ובכה"ג כ"ע מודים דנאמן אלא שהרא"ש הוסיף לדינו כפי דעתו דאפילו יש לו באמת בידו אינו מתחייב הואיל ולא הזכיר מנה לי בידך וכו' וא"ש ולכך לבסוף כתב במה שכבר נתן ודאי דלא מהימן שטעה והביא ראיה דכ"כ דחוק לומר טעיתי עד דאפילו במגו לא מהימן רק כאן נאמן הואיל ולא הזכיר החוב א"כ לא דקדק אבל במה שכבר נתן ודאי דקדק כמו באמר לו מנה לי בידך וא"כ חזר הדין דא"נ לומר שטעה ובפרט במה שכבר נתן לית ליה מגו כלל והדברים לענ"ד פשוטים וברורים כדברי הרא"ש ואין כאן מקום קו' או תמיהה כלל:

איברא בגוף הדין אם נתברר באמת בעדים שטעה אי יכול להוציא במה שכבר נתן דעת הב"ח דלא מצי להוציא ותופס עיקר טעם הראשון שכתב הרא"ש דניחא ליה דליקו בהימנותיה. והש"ך כתב דלא עשהו הרא"ש רק לסניף בעלמא אבל עיקר טעמו דלא מהימן לומר שטעה ואם כן בדאיכא עדים מוציאן והניחו בצ"ע. ולי נראה כהב"ח וכן נראה מסתימת הש"ע ואני מוסיף טעם דזהו ודאי אם מתחילה ידע שטעה שאין לראובן אצלו כלום ונתן ע"פ ציוית ראובן ללוי דינר הס"ד דיכול לחזור ולהוציאו מיד לוי וחנוני שנתן לפועלים בשליחות הבעה"ב היש סיפוק בידו לתבוע חזרתו מפועלים ואם כן זה שנתן ואחר כך נתברר בעדים שטעה אנו אומרים ברור דקודם לזה היה מדקדק וידע דטעה כי כלל הוא קודם נתינה אדם מידק דייק כהנ"ל במכ"ש דהודה. וע"כ מה שנתתה נתתה בשליחות ראובן ומה לך עוד לזה הלוי תבוע נתינתך מיד ראובן. הגם העדים מעידים שטעה וכי יכולים הם להעיד שלא ידע קודם נתינה מהטעות אלהים בוחן לבבות

וזולתו אין עוד. וכיון דליכא עדים הך חזקה דמידק דייק במקומו ואמרינן דידע דטעה ובשליחות ראובן נתן וזכה לוי במה שקיבל ופשוט:

כא **ראובן חכר וכו'** הטור הביא תשובת הרא"ש סוחר שאמר לסרסור לקבל בשבילו מעות משולחני והשולחני עכבן בשביל שחייב לו הסרסור אם הסרסור חייב לשולחני הרי עכבם בדין וכו' וחייב הסרסר ליתן המעות לסוחר אבל אם אומר הסרסר שאינו חייב לשולחני כלום ישבע הסרסר ויפטר מהסוחר עכ"ל ונתקשה בו הב"י הרבה ופי' הש"ך בס"ק ע"ד דהפי' דסרסר יש בידו מעות מסוחר ומעכבן בשביל סרסרתו המגיע לו מסוחר והמחהו הסוחר אצל השולחני ולכן אם הסרסור מודה שהשלחני מנכה לו מחובו א"כ הרי קיבל סרסרתו ומחויב להחזיר המעות בשלימתן בלי ניכוי להסוחר אבל בטוען כי השולחני עיכב עליו הדרך ואינו משלם לו אזי ישבע הסרסר ומחזיר לסוחר המעות בניכוי סרסרתו. ודבריו אין להם שחר ופי' כלל בדברי הרא"ש כי עיקר חסר שיש לסרסר מעות שלו בידו מאן דכר שמיה ועוד א"כ אין שייכות לדין זה עם מעמד ג' כלל וכל הענין אם לשלם הסרסר בסרסרתו או לא וזהו שייך לעיל בדין טוען ונטען ולמה הביאו הטור כאן ואין כאן מקומו כלל. ויתר הדחוקים א"צ להביאן והנכון הפשוט כמ"ש הב"ח ופרישא בסגנון אחר כי הסרסר שליח מסוחר לקבל מעותיו משלחני רק בהעמידו אצל שלחני לא הזכיר שהוא שליח רק אמר סתם תן לו וטוען השולחני איני מאמין שהוא שלוחך רק הוא קנה המעות במ"ג ואני מעכבו בחובי ולכך אם הסרסר מודה כן פשיטא דצריך לשלם להסוחר שהרי פרע חובו במעות הסוחר אבל אם כופר מה יעשה שליח הלזה שהשולחני כיחש לו ומפטר וזה פשוט ונכון ואף שבריש סימן זה הבאתי ראיה לדברי מהר"ם אלשקר אם הנמחה נשאר חייב לממחה לא שייך מ"ג היינו בשידוע כן להשולחני אבל כאן השולחני טוען איני מאמינך אני אומר שהמעות שלו במתנה או בפרעון ופשוט והקשה הש"ך שבועה זו מה טיבו הא אין כאן טענת ברי ומעולם לא היה מעות בידו וא"כ עדות וטענת השולחני לא מחשב לברי להטיל שבועה כמש"ל סימן קכ"א. נראה דלק"מ דהא מיירי בסרסר שנושא ונותן עם הסוחר והולך בשליחתו כפעם בפעם בעניני מו"מ כמ"ש הש"ך גופיה וא"כ יש עליו שבועת המשנה לישבע בספק בשלוחין הנו"נ בתוך הבית ועיין מש"ל בסימן צ"ג ולק"מ ולכך דייק האשרי והטור לישנא דסרסר ולא נקט שליח דעלמא כי ודאי בשליחות חד לא יתכן לומר דהוי מורה היתירא שיהא צריך לישבע וכמס"ל בסימן צ"ג ע"ש ולכך סרסר דתמיד עוסק בשל הסוחר בזו שפיר יש שבועת המשנה ולק"מ ודוק. והארכתי קצת בזה כי יחם

לבבי במ"ש הש"ך על הב"ח כי לא מצאו אנשי חיל ידיהם ובאמת הנכון אתו וידיו רב לו למאוד הוא הגבר הוקם עולו של תורה:

כב **ראובן השכיר חפץ וכו'** דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף הרב הש"ך בס"ק ע"ו תמה בזה דאפילו דאינו משתלמת אלא לבסוף מכל מקום קי"ל ישנו לשכירות מתחילה ועד סוף וא"כ מה שכבר נתחייב בשעת המחאה הוי מלוה אלא דלא מטו זימנא לפרע וא"כ למה לא יתחייב במ"ג ודבריו נכונים בגוף הדין אמנם ענין הרא"ש היה כך ששכר חפץ דרך משל כלי לנקוב בו אבן טוב זה והתנה שכל משך זמן נקיבתה אם רב או מעט תן לו יום יום שכרו מהכלי דינר ולכך מתחילה חשב שיהיה נקיבתו זמן ארוך עד שיעלה ק' דינרים והמחהו על כך ובאמת מיהר מלאכתו עד שלא עלה בשכרו רק חמשים וזהו מבואר בדברי הרא"ש ולפ"ז כל זמן שלא נגמר נקיבת האבן הנ"ל ונגמר מלאכתו אולי קרהו אסון וניטל ד"מ בשריפה או ליסטין מזוין הכלי והא"ט הנ"ל לא היה חייב ליתן שכירות כלל אפילו ממה שכבר עבר כדקי"ל בספינה זה ויין זה ונשברה דאם לא נתן לא יטול וכן אפילו לא היה גם האבן נאנס רק שלא היה מוצא כלי אחר לגמור נקיבה ג"כ פטור משכירות העבר כמ"ש הש"ע והטור לקמן סימן ש"י ע"ש. ולפ"ז כ"ז שלא נגמר מלאכתו לא זו דאין כאן זמן פרעון אף גם לא ברי ליה אם יגיע כלל לכלל פרעון דאולי יקרהו אסון וא"כ כבר כתבו התוס' ורוב פוסקים דלכך כתובה לא מיקני במ"ג משום דלא מטו ז"פ וגם לא ברירא ליה שתבוא לכלל גבי' דאולי תמות בחיי בעלה. וא"כ ה"ה בהך דדמיא ליה לכתובה ולכך סבירא ליה להרא"ש וטור דאינו מיקני במ"ג וזהו שכתבו דאינו משתלמת אלא לבסוף ולא מטו ז"פ וגם משתעבד עד שיגמור מחשבתו ואם לאו בטלה השכירו' למפרע:

והנה ראיתי במטבע הקצר להרב הגאון מהר"ג שכתב כי מהך דכתבו התוס' בכתובות דעישור נכסים גובה משכירות הבית אפילו בחצי שנה שכבר עבר בחיי האב מיושב תמיהת הש"ך ולא הבנתי דבריו דמה בכך הא הוא גופיה הביא בשם הר"ן דהוי כמו קרקע וכמו פירות המחוברים וצריכים לקרקע ואף כאן בחפץ הוי כמו מטלטלין ולמה לא יועיל בהו מ"ג ואולי דעת הגאון בפי' הר"ן דלכך הוי כמחובר וצריך לקרקע. משום דאם יגיע בית לחזקת סכנה לדור בו ולא יפול לגמרי חייב לתקנו כדאיתא בסימן שי"ב בשם הרא"ש ופשיטא דנוטלו משכירות מה שחייב וא"כ עדיין הם צריכין לקרקע שלא יפול הבית כנ"ל דאם יקרה כן אזי השכירות ליתא. ולכך כתב הר"ן דהוי כפירות הצריכה לקרקע. דהם תלוים בקיום הקרקע וא"כ גם פה י"ל כמש"ל אלא דזה רחוק שיהיה דעתו בכך ומ"מ בר"ן נראה ליישב כך ולהפוסקים לקמן בסימן שי"ב דלא ס"ל הך דיעה דרא"ש

נראה פשוט דלכך בעישור נכסים גובה דהא דאין עישור נכסים גובה ממטלטלין הוא משום דלא סמכה דעתא וכמ"ש לדידן דסמכה דעתא גובה ואם כן זה שהוא שכירות קרקעות שלא הגיע זמנם אע"פ דישנו מתחילה ועד סוף מ"מ כיון דאינו משתלמת אלא לבסוף הוי מקרקעי לענין זה דסמכה דעתא דהרי לא יהיה נותנם עד זמנו ולכך הוי לענין עישור נכסים מקרקעי וזה פשוט וא"כ אין זה ענין כלל להך עובדא דש"ך ומ"מ מש"ל ניחא ולק"מ:

כג **מ"ג ע"י שליח וכו'** לא מהני הרא"ש הביא ראיה לזו דלמה לא שלח איסור גיורא שליח לרבא להקנות במ"ג ומה אהני ליה לרבא דקאמר במ"ג לא אזלינא ולפי מ"ש המפורשים דמ"נ ליתא בע"כ והא דקאמר רבא לא אזלינא ולא היה אומר לא אתרצה כי יהיה בוש מלפני איסור לומר כן. א"כ י"ל בשלח שלוחו ודאי דיאמר לא אתרצה ואינו קונה. ולכך הרמב"ן דס"ל דאינו בע"כ לא יליף ליה מהך דאיסור רק אומרו מסברא בעלמא:

כד **יש מי שאומר דמהני** עיין ש"ך שכתב אף דלא מצינו חולק מ"מ כתב בלשון י"א ולדעתי חושב המחבר רבינו אפרים חולק דכפי מ"ש הבעה"ת בשער כ"ח סוף ח"ד בשמו דהשיג על הרי"ף דפי' בפרק ד' וה' דאמר ר"י יד עניים אנן מטעם מ"ג דהיכא אפשר דליזכיה אחרינא השתא היכי דאמר ראובן לשמעון באנפי לוי מנה לי בידך תנהו ללוי שיזכה ליהודה כל זמן דלא מטו ליד לוי לא קניה וכו' כ"ש הא דאמר נתביה לענים כ"ש דלא קנו עניים ולא זכו להו ר"י אפילו ב"ד הגדול וכו' עכ"ל ואלו ס"ל שליח מקבל זוכה מה קושיא הא ר"י הוה שליח מקבל דגבאי עדיף יותר משליח ומכ"ש ב"ד וכמ"ש הת"ה על אפטרופס לזכות ליתומים חשיב יותר משליח ומכ"ש ב"ד ומה שאמר ניתביה לעניים היינו לר"י דהוא הוה כעניים וידו כיד עניים ול"ל דקושיא שלו משום דלא קאמר ניתביה לר"י רק לעניים דמה בכך היינו עניים דכי כל עניים יעמדו שם היינו ענים וכ"כ הגי"ת גופיה שם והקשה עליהם. וכן הש"ך עצמו בס"ק כ"ו אמנם ברור דהם ס"ל דמ"ש הלכתא בלי טעמא אפילו ע"י שליח המקבל לא מהני וא"כ שפיר הקשו דלא עדיף גבאי משליח גמור מהמקבל וכן נראה ברור ולכך כתב בלשון וי"א דבאמת קי"ל כדעת הרי"ף וסייעתו ודלא כר"א ובעה"ת וא"ש. ונראה דזה תליא בחילוף גי' דמאן דגריס שם בב"ב דר' מרי בר רחל בי רב הוה א"כ ע"כ מוכח דמהני ע"י שליח דהא קאמר רבא אי במ"ג לא אזלינא הא רב מרי ליתנהו פה ואיך שייך מ"ג אבל למאן דלא גריס כמ"ש הרמב"ן בחידושיו לב"ב דיש חלופי גי' בזה. א"כ י"ל דלא מהני ע"י שליח ואין לנו אלא מה שתקנו חכמים ומ"מ מסתבר מילתא דהרא"ש מהך עובדא ד"פ שור שנגח וכו' ודוק:

כה **יכול לחזור בו** הסמ"ע בס"ק נ"ו פירש קודם שהגיע ליד לוי אבל אח"כ זוכה ליהודא והש"ך בס"ק פ"ז השיג עליו ולא דיבר נכונה דהא מבואר כך בלשון בעה"ת בלשון רבינו אפרים הנ"ל ראובן שאמר לשמעון באפני לוי תן מנה שיש בידך ללוי שיזכה בו ליהודא כל זמן דלא מטו ביד לוי לא קניא יהודא מידי ואידך לא אקני' ליה כלום. וכו' עכ"ל הרי דאם הגיע ליד לוי קניה יהודא והטעם משום כיון דאמר תן ללוי לזכות יהודא היינו דאומר ללוי זכי ליהודא וא"כ בהגיע לידו זוכה בו וזה פשוט ומבואר:

כו **ובזה תהיה פטור ממני** י"א דקנה המקבל הש"ך בס"ק צ"ג השיג על זה דאם אין הגוי רוצה ליתן להמקבל וע"י תחבולה יכול הממחה להוציא ממנו הרשות בידו דלא קנה כלל המקבל רק הוא בפוטרו לגוי הוי המקבל כזוכה מהפקר דהא אין זכיה לגוי ובמה יכול הגוי לזכות לישראל המקבל ע"ש. ודבריו בלתי מובן דהפי' כפשוטה דהוא הממחה אמר לגוי תדור אותו ליתן לפלוני והיינו דתחייב עצמך נגד המקבל בחיוב גמור ולמול זה החיוב תהיה פטור ממני ותמור שאתה חייב לי תדור ותקבל על עצמך ליתן לפלוני וא"כ פשיטא דהמקבל מוציא מיד הגוי בדין דהא התחייב על עצמו למולו וכל חיוב קיים ולא יהא אלא ישראל האומר חייב אני לך מנה בעדים חייב אע"פ שלא לוה מעולם ומכ"ש גוי ובפרט שמול זה החיוב פוטרו ישראל השני פשיטא דחייב ומה צורך לזכיה של גוי לישראל הא מצי להתחייב לו בחיוב גמור וזהו הנאמר ותדור לו ליתן ופשוט ולא ידעתי למה ליה למהר"ם כל חרדה זו למצוא דרך איך להקנות החוב שביד גוי הלא ישראל השני המקבל יכול לומר לו ע"פ קבלתך אני פוטר הישראל הראשון וא"כ מתחייב הגוי מדין ערב כמ"ש הרא"ש גבי פועלים לר"ש וכמש"ל. וצ"ל דמיירי דלא רוצה ישראל השני לפטור ישראל ראשון אבל בדרך שכתב מהר"ם יכול הישראל השני לחזור על הממחה ומ"מ הגוי משועבד הואיל והתחייב למולו ופשוט:

כז **לפרוע גם לישראל המקבל** הש"ך בס"ק צ"ט האריך דהא לא זכה ישראל שני דאין ביד כותי לזכות לישראל ע"י ישראל וא"כ כל הטעם דהפקיעו ממון של גוי וזהו לא שייך כשהוא ישראל נפסד על ידו ולמה יאמרו להפסיד לישראל הראשון וע"ש שהאריך. וראה זה מצאתי באסיפת זקנים פרק איזהו נשך להריטב"א על הא דאמרינן גוי שלוה מישראל ונתנם לישראל שני במעמד ישראל המלוה דאסור דאף דאין שליחות לגוי מ"מ לחומרא כתב ואומר רבי דחומרא בטעמא הוא דחששו שזמנין שהגוי יתן לישראל זה האחרון שיזכה בהן לגמרי בשביל ישראל הראשון וכו' ובודאי דגוי שזוכה מעות לישראל ע"י ישראל זכה בהן אותו ישראל דכי אמרינן דגוי לית ליה זכיה היינו שאין לו יד לזכות הוא בשביל ישראל או שאין ישראל זוכה לגוי אבל ודאי מזכה הוא לישראל ע"י ישראל וכו'

עכ"ל. והוא הנדון כאן שגוי ממחה לישראל הלוה או הנפקד לזכות בו לישראל חבירו ומדינא קניה ישראל. איברא שכתב ממחברים לא משמע כן ומ"מ לאו קושיא גמורה היא דבלא"ה קשיא לי כיון דקי"ל הפקעת הלואתו מותר א"כ יכול לומר החזקתי לעצמי והוה כאלו אין לגוי דבר אצל ישראל וא"כ לא שייך מ"ג כיון שאינו בידו משל גוי ואף דאמר ליתן לא מתחייב דהא הלואה של גוי מופקע ועומד באפקעתא דמלך של עולם. ולכן היה נראה לכאורה דמירי שזה המקבל שהזכיר הרא"ש הוא מלוה של גוי וכיון דבדיניהם אין הגוי יכול לחזור כמ"ש הרא"ש אף הישראל אין יכול לחזור כי ודאי כך דיניהם בהמחו אצל חבירו הישראלי והוא נתרצה דשניהם מסולקים וא"כ הלוה והנפקד של גוי מתחייב לישראל מדינא דערבות כי ע"פ פטרו כהנ"ל:

אך זה דוחק בהרא"ש דמשמע מתורת מ"ג אתיא עליה ולא מתורת ערב וסתם כתב המקבל יהיה בתורת חוב או בתורת מתנה וכהנה. ועוד אי מירי שחייב הגוי למקבל הא חייב ישראל לזה מכח מדר"ן ול"ל מ"ג דאורייתא היא מדר"ן ואפילו אי נימא דאית ליה לגוי שאר נכסי בזו ודאי בגוי גובה אף בדאית לית שאר נכסי דהך אין נפרעין הוא תקנתא דרבנן ובגוי ודאי לא תקנו ובפרט כי הא בדיניהם נסתלק וקשה להוציא דהא הגוי אלם ואפילו מה שהמחהו הוציא אף כי קשה להגיע לפרעון ולכן צ"ל בעיקר קושית הש"ך או דס"ל להרא"ש כריטב"א שכתבתי או דס"ל כמ"ש הש"ך קצת מזה ג"כ דהוכחת הרא"ש היה דע"כ מ"ג היה ג"כ בגוי בכה"ג ואם תקנו ודאי דהשוו אותו לישראל דלא מצינו במ"ג ב' תקנות או דלא שייך בגוי כלל וא"כ קנין מ"ג הנאמר בגמרא אינו אלא בישראל או דשייך בגוי כמו כן וקנין מ"ג הנאמר בגמרא לישראל ולגוי בכה"ג אתמר וא"כ אין תו מקום לחלק דחז"ל תקנו שיהיה נקנה לישראל השני אף דלית ליה זכיה כלל והגע מצמך בישראל גופיה במנה מלוה מה שייך זכיה וכי יכול לזכות במלוה שבידו שהוציאו לאחר ועכצ"ל דתקנת חכמים היה אף בגוי כן דק הפוסקים ביקשו לומר הואיל וגוי לאו בר זכיה כלל לא תקנו בו מ"ג משא"כ ישראל דבר זכיה אבל ודאי אין הטעם משום זכיה וא"כ בשיש הלואה ביד ישראל בר זכיה מקרי ועכ"פ המעות ביד ישראל והגוי אומר שיתנם לישראל השני א"נ הגוי מסלק עצמו מהן והוי כהפקר וא"כ לכ"ע זה ישראל זוכה בשביל ישראל שני דנעשה שלוחו וכ"כ התוס' בפרק א"נ דף ע"א ע"ב ד"ה בשלמא ואף כאן כן וזהו אפשר כוונת הרא"ש כיון דבדיניהם א"י לחזור מסלק שעבודו והוי כהפקירן וישראל זה בשביל ישראל שני זוכה ופשוט ולק"מ מכמה טעמים אבל קושיא זו שהקשיתי מן הפקעת הלואה קשיא וצריך לומר כל זמן שאין ישראל אומר להדיא שמפקיע חובו של גוי הרי הוא מלוה של גוי ולא אמרו הפקעתו מותר אלא כשישראל

אומר הנני מפקיע אותו אבל סתמא לאו אפקעתא דמלכא הוא והרי הוא ברשות גוי לכל דבר וצ"ע דין זה כי אם נחליט זה יהיה מיושב קושית רבות בדוכתי טובא וצל"ע:

כח **כל מה שהוציא עליו** הש"ך בס"ק ק"ב תמה למה השמיט הרב רמ"א דעת הב"י וכן דעת ר"מ מפונטייזיא החולק במרדכי שם ותירץ דהמה מחולקים כשלא היה הגנב יכול ליטול הפקדון אבל ביכול לשלוט בפקדון כ"ע מודים דנוטל כו' ולי נראה מסתימת הרמ"א מבלי זכר חילוק הזה דס"ל להלכה כהגהת מרדכי ולא כדעת מהר"ם החולק דודאי למהר"ם קשיא ליה קושית הגהת מרדכי דהא בהאי גברא דעלו גנבי ואמרו אי לאו אינש אמוד הוא דעלו גנבי בשביל הך כספא מותר למיהב ליה וא"כ אף הוא שכל החמס היה בשביל הפקדון אם אין אתה מחייב למפקיד לשלם הזיקו אף הוא הרשות בידו ליתן לאנם הפקדון המבוקש וממילא יחזיר שלו כי אותו הוא מבקש אלא שס"ל במהר"ם כסברת הרשב"א דתירץ על הא דקי"ל אפילו באונס אם נשא ונתן ביד חייב מהך כסא דכספא ותי' לחלק בין שיד הגוים שליטה ויכולים ליטול של חבירו או לא ע"ש בחידושי רשב"א לב"ק וא"כ בהך עובדא דהגה' מרדכי דלא היה יודעים אנה פקדון של חבירו אסור להם לישא וליתן וא"כ שפיר הקשה דהוא בכלל אין אדם נתפס בעד חבירו אבל לפי מ"ש התוס' ומהר"ם לחלק בין מעות חבירו ובין שומר שמקבל פקדון כי בשומר מותר כי אדעתא דהכי קבל שמירתו ובכל גוונא מותר א"כ דברי הגהת מרדכי ברורים ואולם בהך תירוץ דשומר הסכים היש"ש בב"ק וכן הסמ"ע והש"ך לקמן סימן שפ"ו ע"ש. וא"כ אף דברי בעל הגהת נכונים דנפקד שאני והגע עצמך וכי בזה קבל שמירה על עצמו שיהיה נתפס בשל חבירו ויפסיד שלו בשביל חבירו. ולכך יפה הכריע רמ"א כי פקדון שאני ולא קשה מידי:

סימן קכח

א **מפייס את המלוה ומוחל לו** הש"ך בס"ק ג' האריך לומר הואיל שהרי"ף והרמב"ם והסמ"ג השמיטו הך דבעל חוב דוחק הנאמר בירושלמי ש"מ דס"ל בהך דלא כירושלמי משום דכל ראיית ירושלמי הוא מהך דשוקל שקלו דקי"ל ממשכנין ולפי הגמ' דידן אין משם ראיה דמיירי בשלח ואבד וא"כ אין ממשכנים כלל דתורמין על האבוד. ובאמת אחרי כל אריכות דבריו להמעיין נראה דדבריו ליתא אף שמסכים עמו הבעל גי"ת דא"כ צריכין אנו לומר לפי דבריהם הא דתנן שוקל שקלו היינו אם כבר שלח שקלו ע"י ש"ש ונאבד דפטור הוא כמו שכתב הרמב"ם בהלכות שקלי' אז מותר לו לשקול ולא מקודם וא"כ איך כתב הרמב"ם מי שנדר הנאה מחבירו שוקל לו שקלו סתם ה"ל לפרש דהיינו

דוקא בששלח ונאבדו אבל מתחילה לא דעביד איסור תורה ואפילו בהא דהביא פורע את חובו יש לתמוה לדבריהם איך סתם דהל"ל בב"ח דוחק דאסור אך אין קושיא כ"כ די"ל סתמא דב"ח לא מיירי בב"ח דוחק אבל איך כתב סתם שוקל שקלו דמשמע דתיכף מותר לשקול וזה אינו דאסור לשקול רק בהזדמן דבר בלתי שכיח ששקל שקלו ושלחו ע"י ש"ש ונאבד וכבר נתרמ' התרומ' ואז הותר לזה לשקול אבל בחסר א' מהם לא דאז ממשכנים אותו לשקול. וכן הסמ"ג העתיק בסתם ואם כן איך ס"ד לחלק בין ב"ח דוחק. (והאמת כי הגי"ת הבין מתוך דברי רש"י בכתובות דהואיל וקי"ל תורמין על האבד וכו' א"כ אף דלא שלח שקלו מכל מקום הוא רק מצוה בעלמא. ובאמת לכאורה משמע כן מרש"י אבל באמת אין כן כוונת רש"י בזה דמה בכך דיש לו חלק בקרבנות מכל מקום הא היה הגזבר ממשכן אותו ועל ידי כן שפרע הוא בשבילו משתרשי ליה ואין לך פורע חוב של חבירו יותר מזה ובאמת רש"י גופיה בנדרים פירש דמיירי ששלח שקלו ונגנב ונאבד לאחר התרומה והגי"ת העלים עין מן רש"י דנדרים) . ועוד דבאמת אף דלהס"ד אמרי' דמיירי לאחר שנתרמה מכל מקום לפי' התי' דפורע חובו כחנן אף בזה אמרינן דמיירי פורע שקלו בפשוט דאל"כ הא דשוקל שקלו למה לי השתא פורע חובו דחוב גמור על הך מ"מ יכול לפרוע א"כ שוקל שקלו דלא קעביד מידי דהא תורמין על אבוד פשיטא ועכצ"ל דלמסקנא דמוקמינן כחנן הך דשוקל שקלו לא איירי באבוד וקמ"ל אפי' ב"ח דוחק. וכך כתב הרשב"א בחדושיו לנדרים דלמסקנא לא מוקמינן הך דשוקל שקלו באבד אלא דלא כתב ראיה לכך ולענ"ד הדבר מוכרח מיתורא דשוקל שקלו:

ובאמת טעם השמטתן נראה כשנדייק בתוס' כתוב' שמעתא הנ"ל ד"ה הא מני חק וכו' דר"ת ס"ל דגמרא דילן מחולק עם תלמודא דבני מערבא דבלא"ה ע"כ פליגי דירושלמי מוקי הך דשוקל שקלו אפילו כבני כהנים גדולים וס"ל אשתו שאני וכו' אע"ג דממשכנין על השקלים ורב אושיע' מוקי ליה כחנן וכו' ועוד לדברי רבא דמוקי ליה במלוה ע"מ שלא לפרוע צריך לפרש שוקל שקלו היינו באבוד וגבוי ובירושלמי משמע דלא מיירי באבוד וכו' עכ"ל ויש להבין אי רצון התוס' להוכיח דבלא"ה פליגי למה ליה לראיה מהך דשוקל שקלו ולא פשיט ליה מיניה וביה דלר' אושעיא הא דתנן פורע חובו חנן היא ולירושלמי אפילו כרבנן ולרבא הא דתנן פורע חובו איירי דוקא במלוה ע"מ שלא לפרוע ולירושלמי אפילו בב"ח סתם כמבואר לשם ולמה נקטו התוס' בלישנם הך דשוקל שקלו ולכן נראה ברור דאין התוספ' מפרשים בירושלמי ב"ח דוחק ואינו דוחק כמ"ש הר"י דהב"ח נוגש עליו או לא דסתם ב"ח בחזקת נוגש ואם זה אינו נוגש היום ינגוש למחר וכל ב"ח בחזקת דוחקים לקבל תשלומין וזה מהר וזה קצת במתון אבל בשביל זה לא

ימלט שסוף הדבר לבא לידי נגישה אבל מפרשי דירושלמי וגמרא לדבר אחד נתכוונו דהך דלוה ע"מ שלא לפרוע ופירש"י ע"מ שלא לפרוע עד שירצה ולא יוכל הנושה ללחצו וכן כתב הריטבא דכל הענין שאין הב"ח יכול לכופו ולדוחקו וזהו הנקרא בירושלמי אין ב"ח דוחק הרצון שאין בידו לדחוק כי הלוהו לפרוע כשירצה אבל ב"ח סתמא שיש בידו לנגוש אותו לתשלומין אימת שירצה נקרא ב"ח דוחק כי בלי ספק שיבקש תשלומין וא"כ דברי הירושלמי פשוטים דעל הך דפורע חובו י"ל בב"ח שאינו דוחק והיינו כאוקימתא דרבא וקאמר אשכחן בב"ח שאינו דוחק ב"ח דוחק מנ"ל והיינו ב"ח סתמא בלי תנאי זו ומביא ראיה מן הך שוקל שקלו דלית בהו התנאי דממשכנין על השקלים וא"ש. ולכך התוס' דביקשו להביא ראיה דירושלמי פליג אגמרא דילן הן על ר"א והן על רבא לא ה"מ למביא ראיה מהך דפורע לו חובו כהנ"ל דהך מוקי ליה ירושלמי בב"ח שאינו דוחק דפי' בתנאי ע"מ מבלי לנגוש אותו וזהו ג"כ מסכים לגמרא שלנו דרבא מוקי ליה כך וגם ר"א דמוקי ליה כחק מודה בב"ח כה"ג אף רבנן מודים ולכך מביאים התוס' ראיה מהך דשקלים דס"ל לירושלמי דהוי ב"ח דוחק ש"מ דלא ס"ל דמיירי באבוד ומ"מ רבנן הוא וזהו דלא כרבא ודלא כר"א דלתרווייהו לרבנן לא שוקל לו שקלו רק באבוד כהנ"ל ודברי התוספת נכונים ומכוונים ואין בהם ספק ומעתה יפה עשו הפוסקים שהשמיטו דהא זה מפורש בהרי"ף בהעתיקו דברי גמרא דלחק אפי' בלי התנה ע"מ שלא ינגוש אותו פורע חובו והלכה כחנן וזהו ב"ח דוחק הנזכר בירושלמי וזהו בלי ספק לדעתי כי כך היה כוונת התום' בכתובות וגם הרי"ף ורמב"ם הכי מתפרש וא"ש ולק"מ. ומה שביקש הש"ך להביא עזר מדברי ירושלמי דנדרים דהשמיט הך ראיה דשוקל שקלו רק מביא ראיה מהך דמקריב עליו קיני זבין וכו' וקאמר בשלא נכנס לידו כלום והא כשלא נכנס לידו כלום ע"כ ומפרש הש"ך דמפרש ירושלמי דהמודר מקריב משלו בשביל חבירו שחייב בקינין וכו' והתם הוי ב"ח דוחק דהא ממשכנין עליו וע"ז קאמר ירושלמי מי סברת בשלא נכנס לידו כלום ר"ל שלא נכנס לידו של כהן אלא איכא לפרושי שכבר הפריש קרבנותיו ונאבדו מיד כהן ותו לא מחייב בע"ה וזהו כתי' הגמ' תורמין על האבוד עכ"ל ואני אומר במחילה אלף מכבוד תורתו הרמה לא דיבר נכונה כי מלבד דאין פי' סובל כלל לשון ירושלמי בשלא נכנס לידו כלום והא בשלא נכנס לידו דצריך להגיה כשנכנס דהא התי' הוא דמיירי שנכנס מלבד הרבה דחוקים בפירושו אף גם דינו לא יתכן ומעולם לא שמענו דאם הפריש קיני זבים וכו' ליד כהן ונאבדו או נפסלו דלא יהא צריך להביא אחרים תחתן ואפילו נקרבו ונפסלו או נפסלו בחטאת שלא לשמה חייבים בעלים להפריש אחרים תחתיהן ואם לא הביא לא יצא ידי חובתו כלל והש"ך השוה

חיוב דחטאת וחיוב דשקלים להדדי ופירוש הנכון בירושלמי כך דמביא ראיה אפילו ב"ח דוחק יכול לפרוע המודר דהא מקריב עליו קיני זבין והתם ב"ח דוחק שלא שייך גביה מחילה וע"כ הטעם דמותר שלא נכנס לידו כלום הרצון דאין מגיע דבר הנאה בעין ליד המודר שאין המודר נותן לו דבר רק עי"כ מרווח ומקבץ משלו אבל אינו מקבל בעין הנאה משל חבירו ולכך התירו דהוי רק כמבריח הארי והוא ייתור בעלמא א"כ אף בב"ח דוחק כן וזהו אמרו והא ר"ל ב"ח דוחק בשלא נכנס לידו כלום דאינו מקבל בידו דבר רק מרווח בשלו עי"כ והוא רק ויתור בעלמא ופי' זה פשוט ונכון ועיין ברשב"א לנדרים ותראה דגם הוא היה מפרש כן בלי ספק ודברי הש"ך בלתי ברורים. ודרך ירושלמי פעם מקצר ופעם מאריך ושניהם בכתובות ונדרים כאשר עולים בב"ח דוחק דמ"מ פורע וזהו דעת הרי"ף ורמב"ם וכל רובי מחברים ודוק:

ב **אבל אם פרע לגוי חייב** לכ"ע הרב הש"ך בסק"ו האריך להשיג על זה כי לא מצינו חילוק זה בפוסקים כלל כיון דקי"ל אפילו ב"ח דוחק והנכון אתו ולא נשאר לי פתחון פה להליץ בעד הרמ"א כ"א בזה האופן כי זה ממש מוסכם מדברי ר"י ומהר"ם והנמשכים אחריו כי אמרינן פורע חובו פטור היינו היכי דחייב בדין אבל במקום דמדין פטור הוי פסידא וחייב אפילו שהוציא כדי חוב כדאמרי' ברועה ששוכר רועים בכדי דמיהן ולפ"ז כיון דקי"ל הפקעת הלואתו של גוי מותר א"כ הגוי התובע מעות עושה שלא כדין כי אפקעתא דמלכא הוא והוא פטור והוי רק כמו עלילה ובזו לכ"ע הפורע חובו במקום שאינו חייב מהדין דחייב דהוי במקום פסידא אף שעולה לפרעון לכדי חובו כמ"ש התוס' בפרק הכונס ובפרט דניחא ליה דחייב לישראל משיהיה חייב לגוי וא"כ חייב. ובזה הונח לנו שאין מכל ראי' הש"ך סתירה כי ברוב התשובה איירי דגוי מחזיק בשל ישראל או יש לו משכון מישראל וא"כ לא שייך הפקעת הלואתו וכן בישראל שיש לו פקדון מגוי אפשר בפקדון לא שייך הפקעת הלואתו כלל כמ"ש בזה באריכות במקום אחר אבל בהלואה דמותר הפקעת הלואת גוי אפשר דהוי כמו עלילה ולכך חייב זה. מה שיש להליץ בעד הרב רמ"א ולכן לדינא צ"ע ודוק:

ג **אבל אם היה בידו וכו'** ופרע חובו מה שעשה עשה הרב בש"ך ס"ק ח' כתב דיש עוררים על דין זה והעלה ודאי בדלית ליה נכסי לכ"ע פטור דהא משתעבד מדר"ן רק מיירי בדאית ליה ללוה נכסים ובנדון זה אנו דנין עליו ואם כדבריו לא ידעתי מה ראיה שמביא הש"ך מהגהת מרדכי סוף כתובות דראובן שתופס משל שמעון חתנו בידו בשביל שזן בתו שהיא אשתו ופסק שם דהואיל ותפס לא הוי בכלל הניח מעותיו וכו' דהא שם מבואר הטעם משום דר"ן וע"כ מיירי בדלית ליה נכסי או דס"ל כהנך פוסקים דאף

בדאית ליה נכסי שייך דר"ן כהנ"ל בסימן פ"ו אבל במה שאנו דנין עליו הוא בדאית ליה נכסי ולפי דקי"ל דבכה"ג לא שייך בדר"ן וא"כ אין כאן ראיה כלל מהר דברי מרדכי כלל. ולכאורה מתוספות דכתובות וב"ק פרק הכונס מוכח איפכא דאף בכה"ג שייך מבריח ארי דהקשו מהא דמשיב אבידה דנוטל שכרו כפועל ומהך דשומר דנוטל שכר אם קידם ברועים ומקלות ומהך דנטלו חמורו והציל חמור חבירו דנוטל ועיין שם שדחקו ליישב ומה קושיא הא יש לו של חבירו בידו וכשתפס לא אמרינן אברוחי ארי. ודוחק לחלק בתופס מעות של חבירו לתופס מטלטלין של חבירו דברשות חבירו הן עומדים דכאן משמע וכן בהגהת מרדכי הנ"ל הן מלוה והן פקדון ולכן נראה ליישב דברי מהרי"ו שלא יסתרו דברי התוס' דמ"מ טעמו של מהרי"ו משום דר"נ ואע"ג דאית ליה ללוה נכסי דהא דלא שייך דר"נ באית ליה נכסי משום דהוי כנכסים משועבדים ואין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח א"כ מצי הך לוה שני אמר אי אפשי בתקנת חכמים ורוצה לפרוע לראשון ושפיר משתעבד ליה ואי קשה א"כ בב"ק אם מסרו הנפקד שור תם לניזק דבעינן דוקא בדלית ליה נכסי למזיק הוא דמצי למימר משתעבדנא מדר"נ הא בדאית ליה נכסי לא ואמאי לימא אי אפשי וכו' ומהך דב"ק ילפינן דלא אמרינן בדר"נ רק בדלית ליה נכסים ז"א דכבר כתב הריב"א במרדכי פרק שני דייני דבמקום פסידא לאחריני לא מצי למימר אי אפשי וכאן הוי פסידא דטוען המזיק אלו הוית יהבי לי הוי מעריקנא לאגמא. משא"כ כאן בפורע חובו לא הוה פסידא כמ"ש התוס' בב"ק וכתובות וא"כ שפיר מצי אמר אי אפשי ולעולם הוא בגדר ר"נ ולא עביד מידי ולכך סתם הגהת מרדכי דבריו משום דר"נ ולא חילק בין אית ליה נכסי ללית ליה משום דלעולם מצי טעין אי אפשי וכו' ולפ"ז לק"מ ותוס' שהקשו מאבידה ושומר והציל חמור חבירו דשם לא שייך דר"נ כלל ולק"מ ועיין סימן ק"ה מ"ש בזה דמבואר הדין ברמב"ן וע"ש. ועיין בתשובת הרא"ש סימן ע"ו דג"כ מתחילה חשב לומר אע"פ שבידו משל חבירו חייב ולבסוף ביטל דעתו מחמת האי דלעיל סימן ק"ה ולא נתן לב לחלק בין דאית ליה נכסי או לית ליה נכסי דשייך מדר"נ:

ד **הואיל ואם רצה היה יכול לתת של חבירו וכו'** השי"ך בס"ק ט' הקשה דהך דינא יליף רמ"א מדברי הגהת מרדכי הובא לעיל ס"ס קכ"ו ושם שאני דהיה האנסים יכולים ליטול משכון של חבירו בחזקה וכו'. ולענ"ד ודאי הך לא דמיא דלעיל דשם אנסהו ליתן וכאן לא היה אונס אלא יליף הרמ"א הסברא מדברי הגהת דהגהת פוסק בבוא אנסין ליטול של חבירו ונטלו שלו חייב חבירו לפרוע ונתן הטעם הואיל דמותר ליתן של חבירו כשבאו אונסין ליטול של חבירו א"כ עוד זמנו להחליף של חבירו בשלו ולכך צריך חבירו לשלמו

דהא יכול להחליף שלו בשלו ע"ש ולמד הרמ"א א"כ אף כאן אלו פרע לחבירו במשכון של חבירו היה פטור רק הוא נתן שלו עוד היום הברירה בידו ליתן לו של חבירו וליקח את שלו וא"כ או חבירו ישלם לו או שיעשה חליפין כנ"ל. דמ"ש ואף שאין הנושאים שוים הסברות שוים אהדדי ולק"מ:

ה **אין חבירו חייב לשלם** כתב הש"ך אפילו הוא חייב באמת והקשה הסמ"ע ופרישה לשיטת הטור ור"ת וכן לדעת רמ"א דבגוי לכ"ע חייב הפורע חוב של חבירו שלא מדעתו א"כ למה יפטור ותי' דהואיל דאנסהו לכך ולא פרע מדעתו פטור ועיין סמ"ע ס"ק וי"ו וכ"כ מהורא"ש בסימן ע"ו ע"ש ודברים אלו דחוקים דמה איכפת ליה ללוה אם הוא נאנס או לא מעולם יאמר רציתי אני ותחלתו באונס וסופו ברצון לפרוע עבורך ומי יהיה שוטה כשיראה שתופסין אותו שלא ירצה לשלם למען לא יפסיד התשלומין. ולכן נראה כפי' מש"ל דכיון דהפקעת הלואה מותר הוה כמו שלא כדין ויאמר זהו רק עלילה בעלמא ומה לי ולך מזלך גרם ומה שהקשה הפרי' דאדרבא בעלילה דעת הפוסקים להחמיר יותר ולהצריך תשלומין כהנ"ל. נראה לחלק דעד כאן אמרינן כן כשחבירו הוא באותו מדינה ויכולים לתופסו ובזו לדעת האומרים דפורע חוב חבירו שלא מדעתו חייב גם בזה חייב דהברחתי ארי מנכסיך כמבואר בגמרא משא"כ אם חבירו נמלט ואינו באותו מדינה ואין יד גוים שליטים שם והוא היושב תחת ידי הגוי נתפס בזו לא שייך מבריח ארי דהא אינו תחת ידן כלל ולכך פטור חבירו זולת מסים הואיל והם בכלל ערבות חייב לשלם כשחבירו נתפס אפילו אינו במקום שיכולים לתפוס אותו וזה פשוט ונכון. ולכך העמידו הטור בבא בפ"ע כי אין לו ענין כלל להך דפורע חוב כו' וברור ונראה אפילו לדעת ר"ת אם יש ביד הפורע רשות לחזור על המלוה דיכול הלוה לומר לאו בע"ד דידי וחזור בך לגבי המלוה דודאי אף לר"ת אי הלוה מוחה מבלי לפרוע חובו ומ"מ פרע פשיטא דפטור אף זו כמוהו דעדיין מוחה כלך אצל מלוה דאל"כ הא דכתבו התוס' בגיטין דף י"ג ע"ב ד"ה גופא וכו' בשם ר"ת דמ"ג איתא בע"כ דאל"כ למ"ד מ"ג דוקא בפקדון למה לי מ"ג יאמר זכי ליה כו' משמע דלמ"ד מ"ג אף במלוה לא קשה מידי דבהלואה לא שייך זכי וכמ"ש הרשב"א שם באמת דבהך פליגי וקשה אף במלוה א"צ מ"ג הלכתא בלי טעמא דהא הלוה נפטר בהמחאתו של זה ממלוה הראשון וא"כ חייב הוא לפרוע למלוה השני כדין פורע חיבו אפילו שלא מדעתו ומכ"ש דזה היה מדעתו דהא השתא ס"ד דלא הוי בע"כ ודוחק לומר דאם הוא במתנה למקבל לא שייך פורע חובו דהא כל תיקון היה בשביל לוקח ולוה כמבואר בפוסקי' וכמש"ל בסימן קכ"ו וסימן צ"א להדיא ע"ש ועכצ"ל דר"ת לשיטתו דסבירא ליה כרא"ש דיכול המקבל לחזור וא"כ לולי מ"ג אף הלוה היה

חוזר דאין זה פורע דיאמר לו כלך אצל ראשון מיהו י"ל דאם הלוה הוא חייב בשטר ומשעבד נכסים וא"כ כשיקנה המלוה מנה ההיא למקבל יש לו כל זכות שהיה לראשון וגבה ממשעבדי בשטר שהיה לראשון משא"כ אי אתינן עליה מטעם פורע חובו א"כ פקע שעבודו של השטר ומהשתא דיש לו עליו חוב דפרע בשבילו אינו אלא מלוה ע"פ מאוחר. ולכך אפילו לדעת הש"ך דמלוה בשטר לא שייך מ"ג מ"מ יש נ"מ לענין מלוה ע"פ מוקדם למלוה ע"פ מאוחר. והא דהצריך גבי זוזי דר' אבא בכתב ליה התקבלתי למקני אגב קרקע משום דלמא שכיב ר"א ולא כתב ליה סתם שפרע בשבילו והיה פורע חובו ויצטרך לשלם לו די"ל דלא האמין לשליח אולי יחזיק לעצמו משא"כ בקניה היה כתוב ביה כל דמתעני וזה דוחק דלא האמין לר' ספרא וכן י"ל בתוס' מרובה דכתבו דאין מהדין להקנות הלואה בשום קנין רק בהרשאה הקילו כמ"ש התוספות שם משום תקנה ולמה להם זה יכתוב למורשה שפרע לו והוא יתבע הלוה לפרוע לו ול"ל דחושש אולי יחזיקו המורשה לעצמו דלאמימר דס"ל גם בהרשאה אי תפס לא מפקינן קשיא א"כ ל"ל הרשאה כלל אשר לא כדת התורה וצ"ל ג"כ בשביל הקדימה שלא יאבד המלוה זכות קדימה בחובו נגד הלוה בהרשאה זו ואילו יפרע לו המורשה אין לו חוב על הלוה רק מזמן הפרעון כי החוב הראשון כבר מחל ונפרע. ולדברי הב"ח דס"ל דמודה ר"ת בחוב בע"פ זולת שטר ניחא אלא שאין דבריו נראים כמ"ש הש"ך ומ"ש שקלים ומ"ש מע"פ דהא ס"ל מלוה הכתובה בתורה לאו כמלוה בשטר דמי:

ו **כי הוצרך להתפשר כו'** א"י לעכבם נראה לישנא דהוצרך לאו דוקא רק יצטרך מיירי וכוונת הגהת מרדכי הוא כך דהוא רוצה לעכב ממון של מלמד דיצטרך לפרוע עבורו ויהיה מעות הללו הצורך פרעון ופסק המרדכי דא"י לעכבם דנכסי בר נש אינון ערבין ולא יתבע ערב תחלה והיינו כמ"ש דכל כמה דלא פרע ותבעו למלמד שיפרע א"י לעכב נכסיו הרי מבואר דס"ל להדיא אלו כבר פרעו והוא תובע למלמד חייב המלמד לפרוע ואם לאו יחזיק בנכסיו כדין ערב ואלו ס"ל למרדכי דהמלמד פטור אפילו פרע בעה"ב אין זה ענין לנכסי דבר נש כו' ולא יתבע ערב תחילה דהא לוה גופיה פטור אלא ברור כמ"ש ולישנא דהוצרך ברמ"א הוא שלא בדקדוק כמ"ש ובזה כל דברי הש"ך בס"ק י"א לדחות דברי רמ"א ולהגיה בדברי המרדכי ולומר דפקדון של המלמד היה ביד אחר דחויה ואינן צריכים ולא משמע כן במרדכי רק הנכון כמ"ש ולק"מ וצ"ל דמיירי דיש מקום לתבוע למלמד ואינו בכלל המבזבז נכסיו דיש לעקל נכסיו כי אין המלמד בכלל זה ובפרט כאן דלא בריר עדיין אם יבואו גוים ויצטרך הוא לשלם ובשביל ספק זה אין לעקל כי בלא"ה כל ענין עיקול מחמת תקנה והבו דלא לוסיף עלה:

ז **אבל אם כבר נתפייס וכו'** השו"ך בס"ק י"ח תמה ע"ז מה לשון וי"א הא גמרא ערוכה אמר רבא בר מתא אבר מתא מבעט וכו' ואי חלף שתא כיון דאפייס מלכא אפייס עכ"ל ונראה דבגמרא אמרינן רק דהמוכס ממלך אין לו רשות לתפוס אחד בעד חבירו כשכבר פייס למלך משלו דעל זה אין דין דמלכותא לתבוע אחד בעד חבירו כשכבר קיבל פרעון וכמ"ש רש"י להדיא שם אבל אם עבר מוכס המלך ותפס אחד בעד חבירו עד שהוצרך לפרוע שיהיה חבירו פטור מלשלם לו מה שפרע בשבילו מס זהו לא שמענו שם דהא במס אדם נתפס בעד חבירו ואין זה בכלל פורע חובו שלא מדעתו דהא בתוך שנה היה בכלל החוב ואם אחר כך אינו רשות ביד המוכסן לתופסו מכל מקום למה יפטור חבירו הלא הוא חייב מס והעלילה לחבירו בא מצדו ומחמתו. ולזה קמשמע לן הרמ"א דכבר פקע שם מס ממנו כיון דאתפייס המלך והרי הוא כשארי חובות דאין אדם נתפס בעד חבירו וכן משמע ליה לרמ"א מהגהת מרדכי דאיירי שם אי חבירו חייב לשלם לו מה שפרע בשבילו ועיין שם ודוק:

סימן קכט

א **בצווי הלוה חייב וכו'** הסמ"ע פי' דאמר להדיא פרע לו ע"ש ודבר זה תמוה דמה קמ"ל הרמ"א דאם צוה לפרוע דחייב לפרוע הלא משנה שלימה היא אמר לחנוני תן לפועלים וכו' נשבע ונוטל כו' וכהנה יתר משניות וגמרא ואם נפרש כדמשמע בש"ך דמיירי באומר לו ערבני גם זה תמוה דאיך יכתוב רמ"א דבר שהוא שנוי במחלוקת בין הרמב"ם וראב"ד לקמן סימן ק"ל ובאמת הגהת מיימוני גופיה לא נחית כלל בדבר הנוגע למחלוקת הרמב"ם והראב"ד רק מיירי דאמר לו ערבני ונעשה ערב בקנין נגד המלוה עד שהוצרך לפרוע וה"א הואיל וערב בעי קנין אף נגד הלוה בעי קנין ולזה קאמר דלא בעי קנין דלא יהיה אלא פורע חוב חבירו מדעתו וזהו מבואר מדבריו למעיין שם אבל בדברי רמ"א א"א לכוון דבר זה ולכן מה שנראה דמיירי באמר לו ערבני ושלם וה"א ודאי אילו אמר שלם לחוד פשיטא דעשהו שליח ואיהו שליחתו קעביד וחייב הלוה לפרוע אבל זה דאמר ערבני ושלם הכוונה אם תתחייב לשלם מתורת ערבות שלם לו עבורי אבל כשלא תתחייב לשלם לא תשלם דהא ערבני אמרתי ולא שלם גרידא וא"כ כיון דבאמת לא היה מחויב לשלם דהא לא היה ערב המועיל כמבואר בש"ע אף זה לא הרשהו לתשלומין וה"א דהוי פורע חוב של חבירו שלא מדעתו קמ"ל הרמ"א דלא דסוף כל סוף אמר לו שלם ואין זה בגדר פורע שלא מדעתו זהו מה שנ"ל בכוונת הרמ"א ואולי לזה כיון הש"ך דכתב דמיירי דא"ל ערבני ולא פירש דבריו ולפמ"ש ניחא:

ב **בעד יום א' אינו כלום** עיין ש"ך סק"ו דהביא בשם הב"ח דאם בשעת מתן מעות אמר כן הוי ערב דפי' הדברים אם תעבור יום א' ולא תיגוש אותו לפרעון הנני מנוקה מערבתי וכ"כ הט"ז וצ"ל הכוונה במשלם ל' יום לסתם הלואה אם אח"כ תעבור הזמן איני ערב אבל אם באותו יום תיגוש אותו ומ"מ לא יהא לך פרעון הריני ערב ולשון זה דוחק והמעיין ברשב"א יראה שאם דחק המלוה ללוה לפרוע והוא אומר לו הניחוהו יום א' ואל תבלבלו ואני ערב לך לשלם וזהו הכוונה אני ערב לך בעד יום א' הרצון בשביל יום א' שאתה נמנע לנגושו הריני ערב וע"ז קאמר הרשב"א דאם היה בקנין משתעבד ואם לאו הוי ערב שלא בשעת מתן מעות ולא משתעבד כלל. והמעיין ברשב"א יראה שהדברים האלה אין בהם ספק בפשט הרשב"א כתב הש"ך בס"ק הנ"ל הכותב כל מי שילוה לפלוני הנני ערב קבלן עיין תשובות הרשד"ם דדמי לאומר כל הזן אינו מפסיד ואינו ערבות והש"ך סתר בזה דברי עצמו דבי"ד סימן רל"ה דעתו כדעת הפרישה דאף האומר כל הזן אינו מפסיד חייב לשלם רק לאו שליחתו קעביד. איברא בזה האמת כדעת הט"ז שם וכדעת מהרשד"ם דפטור כי כך כתב הר"ן והרא"ה לכתובות להדיא ע"ש אך עם כל זה אין זה ענין להאומר כל המלוה הריני משלם או ערב כמ"ש מהרשד"ם בעצמו דמתשובת הרא"ש כלל ס"ח דין ט' מוכח דזה מתחייב דראיית הרא"ש מקרא אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול ואמרי' בגמרא דהוי מלוה ואני מוסיף ממשנה המבשרני אם ילדה אשתי זכר יטול מנה ועיין בר"ן שם בשם רשב"א דלא הוי אסמכתא כלל ומתחייב וכ"כ הב"י בסימן ר"ז ע"ש ומ"ש מי שיאמר ילדה אשתי זכר שיטול מנה דמתחייב והאומר מי שילוה לפלוני מנה אני אפרע לא מתחייב אדרבא זה יותר בגדר החיוב דעל אמונת כתבו הלוהו וגמר ומקנה לכל מי שילוה ולולי כן למה אמרו בגמרא גבי העמדת פרנס דהאומר כל הזן אינו מפסיד ולא בלשון יותר ברור כל הזן אני ערב או קבלן אלא ודאי דבזה חייב ואין בו שום נדנוד ספק כלל ותמהני מהש"ך שהעתיקו מה שהרשד"ם גופיה לא אמרו רק בלשון מו"מ:

ג **ואפילו לא נתערב וכו'** והיה שקר חייב לשלם הש"ך בס"ק ח' הקשה דהא כל הך דינא מן מראה דינר לשולחני ושם הכריע רמ"א גופיה לקמן בסימן ש"ו דבעי דווקא עליה דידך קאסמכינא. ובאמת נראה בהאי אי אמרינן הטעם דבעי גבי מראה דינר דיאמר עליה דידך קסמיכנא כמ"ש הש"ג בב"ק משום דחושב דכמו שמראה לי כן יראה לאחרים ולא יסמוך ע"פ דבורי כלל גם כאן צ"ל דאמר עלה דידך קסמיכנא אבל לשיטת הרא"ש דהכריע בב"ק דא"צ לומר עלה דידך קסמיכנא דמסתמא המראה דינר כוונתו כדי לידע אם יפטור הנותן לו דאם כבר פטרו למה ליה להראותו ש"מ דלא ס"ל הטעם דש"ג דמה

בכך דלא פטרו דלמא מ"מ לא יסמוך עליו אלא יראהו לאחרים ג"כ אלא ודאי דזה לא אמרינן דמסתמא כשמראה לו לא יראהו לאחרים וא"כ כל א' יחה לחבירו ובין כך יהיה נלקה אלא דלכך בעינן דיטעון השולחני אני חשבתי דכבר פטרת הנותן וא"ל מה לי לדייק ולגנות מקחך ומי שלקח מקח רע וכו' ולכך בעינן שיאמר עליה דידך קסמיכנא לגלות אזניו שעדיין לא נעשה מעשה ולכך כתב הרא"ש דא"צ לכך דמסתמא לא פטרו עדיין דאל"כ ראיה זו מה טיבו וס"ל לרמ"א דבסברא דש"ג לא יחלקו רק אותן האומרים בעי אמירה עליה דידך קסמיכנא הוא דסוברים דחשב אע"פ שפוטרו כבר שואל לדעת טוב עסקו אם הרוויח או הפסיד וכדומה טבעי בני אדם לדעת לבל יאנה בו אנשים אחרים ולבל יהיה נחשד דעביד לרמאות לאחרים במטבעות זיופין וכן נראה דעת הרז"ה והרמב"ן במלחמותיו שהסכימו יחד אם היה באותו מעמד כשמכר ולקח זה המטבע דהוי כאומר עליה דידך קסמיכנא ואלו הטעם כמ"ש הש"ג מה בכך דהיה באותו מעמד הוא חושב לא עלי קסמיך רק בעצמו בקי כמוני כמוהו או הראו מקדם לחבירו ואטו מיירי הרז"ה והרמב"ן דתלה ליה בכפי דלא זז ידו מתוך יד חבירו כל היום א"ו ברור דס"ל כהרא"ש דהטעם משום דלוני אמירת עליה דידך וכו' אמרינן דחשב דנעשה מעשה כבר ומה לו לעיין ולכך כשהשולחני במעמד ורואה שלא נעשה עדיין חייב וזה ברור וא"כ לא מבעיא בעובדא דמהרי"ו אשר ממנו מקור הדין דהיה הוא הנותן והיה במעמד כשקבלו ואמר לו בטוח הוא פשיטא דלכ"ע חייב כמ"ש הרז"ה והסכים עמו הרמב"ן אלא אפילו לפי הנזכר בדברי רמ"א שאמר לו להלות ללוה כי בטוח הוא הרי דידע דעדיין לא נעשה הלואה רק אמר לו להלות לו ובזו הוי כאומר עליה דידך קסמיכנא לכך לכ"ע חייב כיון דידע דלא נעשה עדיין הלואה רק שהוא אומר שילוה לו וא"ש. ולכך אפילו לדעת ר' אפרים דבמקח שאינו מחויב השואל לעשות כדברי הנשאל דפטור הנשאל דיאמר לו מי ביקש זאת מידך לסמוך עלי מודה בבכה"ג דהוי באומר עליה דידך קסמיכנא כיון דידע דלא נעשה עדיין ההלואה מיהו בזו צל"ע דלדעת ר"א אפשר דבעי שיאמר להדיא אני סומך עליך אבל באמת הרב רמ"א לא ס"ל כרבינו אפרים דרבינו אפרים מחלק כך לשיטת האומרים לא בעינן עליה דידך קסמכינא וא"כ קשיא ליה מהך דב"ב דאפילו אמר המערער ללוקח זיל זבין מ"מ מצי לערער אח"כ ולומר השני נח לי וכו' ולכך הוצרך לישב כנ"ל אבל לפי דקיי"ל דבעי דווקא עליה דידך קסמכינא ל"ק מהך דב"ב דשם לא אמר ואפילו לפמ"ש דבידע דעדיין לא נעשה מעשה הוי כאומר וכו' י"ל דהתם בב"ב יכול לטעון לא הייתי יודע הייתי חושב כבר לקחת לא היה לי לגלות לך טענתי. ונראה דווקא באמר זה הלשון הלוה לו כי הוא בטוח אבל באומר סתם הלוה לו לא מחייב

דאל"כ מה צריך ראיה לעיל בסימן קכ"ו במ"ג והנפקד היה עני דעשו ערמה דהממחה חייב מראיה מירושלמי והרמב"ן כפי מ"ש הבע"ת דעתו אפילו בידע להדיא שהוא עני והטעה אותו פטור דה"ל לחקור וקשה דל הך מזה מכל מקום הא ע"פ דבורו לקח זה ללוה שלו והוי כהלוהו דהא בהך מעמד ג' נסתלק הראשון ונכנס השני וא"כ יהיה האשון חייב באחריותו וע"כ צ"ל הואיל ולא אמר בטוח הוא רק המחו סתם פטור דה"ל בעצמו לחקור כמ"ש הרמב"ן משא"כ באומר לו בטוח יטעון מה לי לחקור חשבתי כי לא תשקר כי שארית ישראל לא ידבר כזב. ובהכי ניחא קושית רבינו אפרים דהקשה מהך דב"ב דאזיל לאמלוכי ביה וכו' ואמר לי זבנית דשם לא אמר הא זבינא בטוח הוא ולא על זה היה המלכה רק אמר אם השדה טוב וכדומה וע"ז ליכא למ"ד דחייב כלל וצריך לומר בטוח הוא ולק"מ ודוק:

ד **וי"א דאם היה לערב** הרב הש"ך ס"ק י' השיג על דברי הרב בזה ובאמת מתשובת מהר"ם אין כאן ראיה כלל כי שם לא היה לקהל מעות בידו מן המלצר רק היה דרכם להקדים מעות וא"כ כיון דאין בידם לא אמרינן כן אבל מתשובת הרא"ש כלל ס"ט משמע דלא נעשה ערב אם לא הזכיר המעות והיה במ"ג וכן מוכח מדברי ריטב"א בקידושין דהוכיח דיכול המקבל לחזור על הלוה במ"ג דאל"כ ל"ל מ"ג הלכתא בלי טעמא. הלא כשפוטרו להראשון בלא"ה נתחייב השני מתורת ערב בשעת מ"מ וקשה א"כ עדיין איך מיושב אף דנימא דיכול לחזור על הראשון ולא פטרו וא"כ לא הוי ערב בשעת מתן מעות מ"מ הא מ"ג איירי דיש ביד הנפקד א"כ הוי מתחייב מתורת ערבות אפי' שלא במ"מ. וכן משמע מתוספת דהקשו למאן דאמר מ"ג בפקדון ל"ל מ"ג יאמר זכי ולא הקשו מן מ"ג במלוה גם כן דהא ערב הוא (ודעת התוספת דיכול לחזור) וע"כ צריך לומר דלא כהרמ"א. איברא אפשר לחלק דעד כאן קאמר מהרי"ו כשאותו שעה שאמר הלה הריני ערב לא היה ללוה נכסים כלל וא"כ משתעבד בדר"ן ולכך חל שעבוד ערבות דהא היה משועבד שלו כמו למלוה שלו וא"כ הוי כערב בשעת מתן מעות דהרי היה בידו להוציא ממנו המעות והניחם בידו בשביל שאמר הריני ערב הוי כערב בשעת מ"מ ולכך משתעבד משא"כ כשאז היה נכסים ללוה ואין זה משועבד כלל וא"כ פשיטא דלא שייך ערב משתעבד דלמה ישתעבד כשאין משועבד למלוה הזה ומה נ"מ דיש בידו מעות משל הלוה ובזה מיושב כל הקושיא שהקשו בזו לרמ"א ודברי טעם הם. אבל עם כל זה אין מתשובת מהרי"ו ראיה כלל ולא כמו שחילק הש"ך בין אותו מעות למעות אחרים דמה הבדל יש במלוה דלהוצאה ניתנה בין מעות הללו למעות אחרים. אלא דשם מיירי באשה נו"נ בתוך הבית וכל דברי בעל ועסקיו ע"פ יוצאים ובאים והוא ערבה והמעות בידה

הרי היא כתופסת בשבילו כי היא שלוחו של בעלה ולכן דין זה צל"ע אבל במקום דלא שייך דר"ן אין כאן ספק דהך דינא ליתא ואין לו מקום כלל:

ה **ערב היוצא לאחר חיתום שטרות וכו'** עד סוף סעיף זו המה מפרושים שונים בגמרא והנה הטור הביא בזו שיטות רבות ואני אביאן בקצרה דעת הרמב"ן דהא דאמרינן והלכתא בכולהו בעי קנין היינו זולת לאחר חיתום שטרות אבל אחר חיתום שטרות א"צ קנין וכפי הנראה מסמ"ע דס"ל לבעל דיעה זו בכ"מ מהני שטר כמו קנין וזה אינו דא"כ מה שהקשה הרמב"ן לאינך קשה ג"כ אליבייהו בממ"נ אי ס"ל לבן ננס ג"כ דבקנין מהני רק נחלקו בשטר איך אמרינן הלכתא דבעי קנין מה דב"נ מודה ולא קאמר דסגי בשטר מה דס"ל לר' ישמעאל דהלכתא כוותיה דל"ל באמת הלכתא כב"נ דהא אמרינן בפרק הנושא דר"י דלא כבן ננס וקי"ל הלכה כר"י ואי אף בקנין פליג ב"נ ששטר וקנין חד דינא אית ליה וא"כ ע"כ ס"ל הטעם משום אסמכתא א"כ עדיין קשה איך אמרינן ר"י דלא כב"נ הא לר"ל מי ניחא הא מודה ר"ל בקנין וע"כ צ"ל דערבות גרוע הואיל והוי אסמכתא א"כ אף לר"י ניחא. ולכן צריך לומר בכולהו ודאי בעינן קנין ולא שטר ובזו לא נחלקו ר"י ובן ננס רק מיירי בלאחר חיתום בזו ס"ל לר"י דשטר לחוד מהני ובן ננס תולק והלכה כר' ישמעאל אך עדיין צריך טעם למה עדיף לאחר חיתום משטר דעלמא ואי דהואיל דהוא רצוף לשטר אמרי' יותר דעל אמונתו הלוהו א"כ עדיין קשה מה פריך הגמרא לר"ל מר"י הא אחר חיתום עדיף דדמי קצת לערב בשעת מ"מ ודוחק לומר דס"ל לגמרא דמ"מ לא עדיף מחייב אני לך מנה בשטר במקום דליכא חשש אסמכתא כלל דמי מפים ושוקל כ"כ דכיון די"ל דדמי לשעת מתן מעות והיה מקום לומר דודאי י"ל דאחר חיתום היה ג"כ בשעת מתן מעות והא דלא כתבו לפני חיתום כמ"ש התוספת בפרק הנושא דאפשר דשטר נגמר ונמסר ליד המלוה קודם שהלוהו ואחר כך הלוהו והיה אחר חיתום דמותרים העדים לכתוב ולמסור ליד המלוה אע"פ שנא נעשה עדיין הלואה כמש"ל בסימן ל"ט ע"ש וא"כ נעשה בזמן הלואה אך זהו לר"י דס"ל דיכול לחייב עצמו בשטר אע"פ שלא הלוהו אבל לר"ל דפליג אסורים העדים למסור עד שיראו הנתינת מעות וא"כ ודאי לאחר חיתום היה לאחר מ"מ ושפיר קשה ר"ל דלא כר' ישמעאל וא"ש ודוק. אמנם החולקים ס"ל דבעי קנין ודאי לאחר חיתום ולרמב"ם אפילו קודם חיתום ולדידהו ליישב קושית הרמב"ן אף שהארכתי בחידושי מ"מ יש לומר בדרך פשוט כי מהני קנין לסלק אסמכתא היינו בא"צ לקנין ומ"מ עביד קנין הרי חזינן דמייפה כחו א"כ מסתמא מקנה בלב שלם ומסלק אסמכתא אבל היכי דצריך לקנין אין כאן יפוי כח ואינו מסלק אסמכתא וא"כ דברי הגמרא נכונים דר"י דלא כב"נ דבשלמא לר"ל דבלי

קנין לא מהני לחייב ואיצטרך קנין לכך ס"ל לבן ננס דקנין לא מסלק אסמכתא אבל נר"י דמחייב עצמו בשטר א"כ ל"ל קנין וע"כ ליפוי כח ובזה מיושב נמי הקושיא דפריך הגמרא בגיטין הא בעינן ספר מקנה וקשה הא איירי בקנין ומה צורך לספר המקנה ולפמ"ש ניחא דא"כ עדיין צריך קנין ועוד יש לומר דודאי דוחק לומר במילתא דר"י קנין דסתם קאמר לאחר חיתום שטרות רק לפי דקיי"ל כר"א ע"מ כרתי א"כ בממ"נ אי ליכא ע"מ אין כאן שעבוד כלל דמאן משוי שעבוד כיין דליכא ע"מ וכמש"ל סימן מ' ואי איכא ע"מ אף משעבדי יגבה וצ"ל דהיה קנין אך זהו אי קיי"ל כר"א אבל ר"ל אמר הלכה כר"א בגיטין משמע אבל לא בשטרות וא"כ תו ליכא ראיה ופריך הגמרא לר"ל דמהכ"ת לומר במילתא דר' ישמעאל קנין כיון דליכא הוכחה ודוק. והנה גם בזו אי בקנין גובה משעבדי מכל מקום לא קשה למאן דאמר דאחר חיתום איירי בקנין ומ"מ קתני גובה מב"ח דשם איירי חתום בכ"י בח"ס א"כ מהני לסלק אסמכתא אבל לא לטרוף משעבדי ולק"מ ואין צריך להגיה בטור רמ"ך במקום רמ"ה. אמנם נראה דס"ל לטור למאן דאמר דבקנין לחוד גובה משעבדי ה"ה בשטר במקום דמהני שטר בערבות כגון אחר וקודם חיתום אבל אי קנין לחוד לא מהני ה"ה שטר לחוד ג"כ ולפי זה יש נ"מ למאן דאמר קנין לחוד מהני א"כ ערב קודם חיתום שטרות יכול להיות אפילו שטר של לוה לית ביה קנין דמה נ"מ כיון דכתב ופלוני ערב הרי נעשה שטר גמור ואז מהני שטר כיון דעדיין לא נגמר שעבודו של לוה ואז ערב משתעבד ומהני אבל אם קנין לחוד אף דערב משתעבד לא מהני למשעבדי הוא הדין שטר לא משתעבד רק מיירי דלוה עשה קנין וא"כ מוסב ופלוני ערב על למעלה והוה ליה ג"כ בקנין. וזהו תליא בזה דמהכ"ת יהני שטר יותר מקנין ואי דהוי בשעת מ"מ מה בכך גם בקנין מהני רק דלא הוה ליה קלא ואפשר דגם רמב"ם מודה אי היה קנין אצל לוה וכתב ופלוני ערב דמהני ולכך לא הביא הטור דעת הרמב"ם וזהו המכוון בטור דכתב הך דינא דקודם חיתום ב' פעמים ונתקשה בו הב"ח תרתי ל"ל ולפמ"ש ניחא לדיעה ראשונה א"צ בלוה קנין ולדעת ר"ה גאון צריך קנין בלוה וזה שסיים הטור דאל"כ ה"ל כשטר בלי קנין ונתקשה בו הפרישה והדברים פשוטים דכאן מהני שטר בלי קנין אבל אין מועיל לגבות משעבדי ודוק ומזה תקיש לכל דברי הש"ע. ומ"ש הפרישה וכן הסמ"ע אם כתב פלוני ערב מי מעיד עליו לק"מ חדא די"ל דהוא כת"י הערב ועוד אף דעדים מעידים עליו נכתב פלוני שלא לגבות משעבדי כמ"ש התוס' בפרק הנושא אבל מ"מ העדים מעידים בגוף ערבות דאל"כ איך נכתב בשטר רק לית להו קלא ודוק:

ו **אבל אם אמר הלוה לא לויתי מעולם חייב הערב לפרוע.** הדבר זה בלוה כותי הניח הרב בעל תרומות בשער ל"ה ח"א דין כ"ו בשם ראבי"ה בצ"ע ועיין ב"ח וש"ך ס"ק י"ט

דפי' דלכך נסתפק אולי לא ערב רק אם יודה כותי אבל אם יכפור לא נתערבו דחוק הוא דכיון דנכנס ערב מה איכפת ליה בכפירת גוי ולענ"ד נראה דודאי אם הערב הישראלי היה במעמד הלואה שהלוה ישראל לגוי בלי עדים והוא ערב ושתק דלית כאו ספק דחייב הערב לפרוע רק מיירי דאמר לו ישראל לוה לגוי ואני ערב ולוה לגוי ביחוד בלי עדים והדבר ידוע להערב שהלוה לגוי כי הגוי אמר לו בעצמו אח"כ שהלוה לו הישראל וכעת הגוי כופר בהלואה בזו יש לערב מקום לטעון אף דאמרתי לך להלות לגוי היינו בעדים וא"כ לא היה ביד גוי מקום לכפור אבל אתה שהלוית שלא בעדים אפסדיה אנפשיה דבשלמא בישראל דהן בחזקת כשרים ושארית ישראל לא יעשו עולה בהא אמרינן באומר סתם תן לו או הלוהו אין כוונתו בעדים כדאמרינן ריש פ"ק דב"מ גבי חנוני על פנקסו ע"ש אבל בגוי דסתמן פיהם דבר שוא אף דאמר לו סתם סתמא כפי' ליתן לו בעדים ולא להלות לו סתם ולכך יש לערב פ"פ לפטור עצמו מערבות ולכך יש כאן מקום צ"ע ובאמת צ"ע לענ"ד כי אפשר מסתימת לשון בעל התרומות רחוק לכוון בו דברים הנ"ל מ"מ לדינא הדברים נכונים בעצמותן ואם לא נאמרו שם ראויים שנאמרו והדבר צ"ע ודוק. והנה לפי מ"ש כאן דאם הלוה כופר בהלואה והערב מודה דחייב יש כאן סתירה למ"ש הש"ך לעיל בסימן מ"ט ס"ק כ' דיב"ש שערב בעד יב"ש השני ואינו ידוע מי הוא הלוה או הערב דפטור. דזה אינו דהא יבא אל יב"ש אחר ויאמר את דלוית ממני פרע לי וע"כ יכחיש ואומר לא לויתי ואם כן ע"כ יודה דנעשה ערב בעד יב"ש השני ויבא המלוה אל השני ואם יודה בהלואה חייב לשלם ומכ"ש הערב ואם יכפור הרי חוזר על השני אתה דהודיתה דהשני הלוה וערבת בעדו ואלו היה מודה בהלואה היה חייב לשלם רק דכופר בהלואה וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ואף אתה צא ושלם. ואין זה ענין להנעשה ערב בעד שני יב"ש דאסיקנן בגמ' דפטור דהתם הערב אינו יודע מי הוא הכופר באמת ומי הוא הטוען בשקר וטוען איך אפרע בעד הלוה ואינו ידוע לי מי הלוה. וכיון דלא נתברר הדבר מי הוא הלוה האמיתי לא נתחייב הערב אף דחייב ממ"נ אבל בנדון הזה הודאת פיו כמאה עדים שע"כ מודה שהשני הלוה והוא הערב רק שהשני כופר ומה איכפת לן בזה מ"מ הוא מודה שהשני לוה ולא פרע והרי זה כערב דעלמא שמודה שהלוה קיבל מעות והלוה כופר דהלוה נפטר בכפירתו והערב חייב ולא ידעתי ההבדל כלל. ואין לדקדק א"כ יב"ש שקנה שדה של יב"ש השני נימא ג"כ הלא את הודית שאין אתה הלוה רק השני וא"כ שדה זו משועבד לי ומה בכך שהשני כופר הלא נפשך יודעת שהשדה משועבד כי באמת הוא הלוה אמיתי ולמה פטרינן בגמרא דבכורות. די"ל הואיל והלוה כופר ואין עליו בירור ע"י שטר ה"ל כמלוה ע"פ

ולא משתעבד השדה כלל אף דאמת דלוה מ"מ מלוה ע"פ היא דבשטר אינו ראיה וכמו דלוה אינו חייב כך נפקע ממילא אצלו השעבוד משדה משא"כ באופן הנ"ל ולכן דינו של הש"ך צ"ע:

ז **שלגבי שואל הוי אסמכתא וכו'** הערב חייב לשלם הש"ך בס"ק כ' הסכים כהב"ח דבעי קנין כמ"ש בתשובת רשב"א דהיה קנין ובאמת הב"ח כתב דבעי קנין בב"ד חשוב לסלק אסמכתא והרשב"א דכתב קנין כוונתו לב"ד חשוב ואין זה במשמע בתשובה רק נזכר קנין לחוד ועכצ"ל דדעת הרשב"א כדעת הראב"ד לקמן קל"א סעיף י"ב וכנראה מדברי הרמ"א דאין בערבות משום אסמכתא. ולכן נראה דס"ל לרמ"א דהרשב"א אזיל לשיטתו דס"ל כמ"ש המ"מ ברמב"ם פי"א מהלכות מכירה בשם הרשב"א והרמב"ן והר"ן בפרק הנושא דאין אדם מתחייב במה שאינו חייב בדברים רק בקנין והביאו ראיה ממתנה ש"ח להיות כשואל וע"ש בר"ן שהאריך וא"כ זה דמתחייב לשלם בעד החפץ יותר מכדי שיווי אינו יכול להתחייב בדברים דבהאי הנאה דקמהימן ליה אינו שייך רק אגופו של חפץ ובכדי שיווי אבל להתחייב יותר מכדי שיווי אינו יכול להתחייב רק בקנין כי במה יתחייב יותר מכדי דמיה הלא דברים בעלמא הם ולכך הצריכו קנין ועיין לעיל סימן מ' בש"ך ס"ק ד' אבל לפי דעת הרמב"ם דיכול להתחייב בדבור בעלמא בפני עדים וכמ"ש הר"ן לדעתו דלאו דוקא כשקנו מידו ה"ה באומר אתם עדי מהני במתנה ש"ח להיות כשואל. א"כ אף זה בשעת מסירת חפץ יכול להתחייב בדברים ולפ"ז אנן דקי"ל לעיל סימן מ' כרמב"ם כנראה מסתימת הש"ע והרב יפה השמיט הרב פה קנין דלדעת הרמב"ם דמתחייב בדברים בדבר שאינו חייב א"צ קנין בעת מסירת החפץ ובדברים מתחייב וא"ש ודוק:

ח **וצריך לכלול בשבועתו וכו'** עיין סמ"ע ס"ק כ"ח דבמלוה בשטר צריך המלוה לישבע שלא נפרע כמ"ש הטור והמחבר לעיל סימן קי"ד בדין מלוה שבא לטרוף מלוקח דלוה וכו' עכ"ל השוה הרב דין ערב לדין לוקח וס"ל דהא דתקנו הבא לפרוע מנכסים משועבדים דצריך שבועה ה"ה להבא להיות נפרע מנכסי ערב ולענ"ד יש לחלק דהלקוחות לא ידעו מהלואה דבר ולא נכנסו בשעבודו כלל ולכך כשבא המלוה לטרוף הטילו חכמים שבועה אף דהוא טענת שמא אבל הערב שידע מהלואה ונכנס בערבות ועל פיו הלוהו וא"כ שבועה זו בטענת שמא מנ"ל דתקנו חז"ל ואין זה מנכסים משועבדים רק הוא הלוה ממש דעל פיו הלוהו. ומה שהביאני לכל חילוק זה הוא דבבעה"ת שער י"ד נסתפק מתחילה הבא לגבות ממשעבדי דצריך שבועה ומת אי דיינין ביה אין אדם מוריש שבועה לבניו ולבסוף הכריע מילתא מדברי בעל העיטור ז"ל ע"ש.

ועיין מש"ל סימן ק"ח בתשובת הרא"ש דמשמע דאף בזה יש דין דרב ושמואל ע"ש וקשה הא אי הך שבועה דהבא לפרוע מנכסים משועבדים בכלל אין מוריש כו' איך אמרינן בגמרא להדיא דר"פ ס"ל גבי ערב דהוי בכלל הבו דלא לוסיף וכו' אמרו אטו ערב לאו בתר יתמי אזיל ע"ש משמעלולי כן הוה בכלל הבו דלא לוסיף וכו' אף דהלוה מת ומכ"ש בהלוה חי וא"כ מוכרע מגמ' דהך שבועה אינו בכלל דרב ושמואל ואין כאן ספק אלא ברור דאין הערב בכלל הך תקנה דהבא לפרוע מנכסים משועבדים. ולכך נסתפקו דאין ראיה מערב ולכן דברי הסמ"ע צריכין עיון כי לא נזכר דינו בשום פוסק דלהוי ערב בכלל נכסים משועבדים. שוב ראיתי בנ"י שכתב בשם גאונים שצריך המלוה לישבע כדין הבא לפרוע מנכסי יתומים רק שם מיירי באין הלוה לפנינו אבל בלוה מודה שלא פרע א"י להשביעו ולכך כתב כדין מנכסי יתומים ולא מנכסים משועבדים דאז הוה משמע אפילו הלוה בפנינו וזהו דלא כסמ"ע אבל מ"מ גם זה לא נראה מכח הנ"ל אם לא דנימא דהוא רק תקנת גאונים וצ"ע:

ט **עד לאחר ל' יום כו'** עיין ש"ך ס"ק כ"ג דפי' היינו משום דאז החל לחול החיוב ושעבוד על הערב והוא בכלל סתם הלואה ל' יום ואם כי דבריו יותר מתיישבים בלשון הרמב"ם והטור מכל מקום דינו צריך עיון דמנ"ל להרמב"ם דין זה בלי ראיה מגמ' דיהיה נחשב גבי ערב כהלואה חדשה ויהיה בכלל סתם הלואה ל' יום הלא מאז ומקדם כשהלוה ללוה היה ערב משתעבד והיה אז אצלו בהלואה ומה שייך כאן סתם הלואה ל' יום כשהוא אצל הלוה זמן רב רק הואיל ולית ליה לשלם תובע לערב וכי בשביל זה יהיה נחשב אצל הערב כהלואה חדשה דבר זה לא שמענו כלל וצ"ע:

י **תוך שלשים יום כו'** עיין סמ"ע ס"ק כ"ט דחילק הדין לשלשה חלוקים דהב"ד מעצמו אין שולחין אא"כ יכול לבוא תוך ג' ימים ואם הערב מבקש לשלוח אז הוא זמנו בכדי שילך ויבא תוך ל' יום ואם הערב בעצמו רוצה לטרוח אחרי הלוה לזה נותן הב"ד כראות עיניהם שהוא צורך להליכה וחזרה עכ"ל בשינוי קצת ובאמת שני חלוקים אחרונים אמת ומכוון בדברי הטור וכ"כ הב"ח. אבל מה שכתב לחלק אם הב"ד שולחין מעצמן אז הוא זמנו ג' ימים ואם הוא לבקשת הערב אז זמנו שלשים יום. זהו דחוק דפשיטא דהכל הוא לבקשת הערב דאינו רוצה לפרוע עד שישמעו מה יאמר בו הלוה: ועיקר הכרח של הסמ"ע הוא ממה שהקשה בדרישה דאיך קצב הטור זמן ל' יום ואלו הרא"ש כתב בסוף בב"ב דאם אין הלה כאן מודיעים אותו וממתינים לו כדין המפורש בהגוזל ושם מפורש הזמן רק ג' ימים שילך בב' ויבא בה'. ולזאת נכנס הסמ"ע לחלק בין שהערב מברש לשלוח או הב"ד שולחין מעצמן. אבל מלבד דזהו החילוק בעצמו דוחק כמ"ש

אף גם עדיין קשה להטור למה השמיט הך דין בשלחו ב"ד מעצמן שהביאו אביו הרא"ש ולא זכרו כלל והביא הך דינא דאם הערב מבקש דצריך ל' יום גם איה נזכר בטור דהוא לבקשת הערב הא סתמא כתב ואם אין הלוה בפנינו כו' אם הוא קרוב כדי שילך השליח ויבא תוך ל' וכו' ולא הזכיר כלל דצ"ל לבקשת הערב כמ"ש הסמ"ע. ולכן נראה דליתא דהא בסימן ק"ו בנפרע שלא בפניו כתב הטור בשם אביו הרא"ש שאם אפשר להודיע ללוה מודיעין וזמנו הוא ל' יום וכ"כ הרא"ש להדיא בפרק הכותב ובתשובה סימן ע"ג ע"ש ואלו בסימן קי"ד כתב הטור בנפרע מלקוחות דאם אפשר להודיע ללוה מודיעין והיינו רק בזמן ג' ימים בעלמא וצ"ל דיש חילוק בין נפרע שלא בפניו דצריך זמן יותר מנפרע מלקוחות כמ"ש הפרישה בעצמו להדיא דהלוקח נכנס תחת הלוה והוא בע"ד של המלוה ולפ"ז דברור דבנפרע שלא בפניו צריך זמן ל' יום הא אמרינן בגמרא דב"ב דף קע"ד האי דיינא דנחתיה למלוה לנכסי לוה מקמי דלתבעיה ללוה וסלקיה ר"ח אמר רבא מאן חכים וכו' קסבר נכסי בר נש אינון ערבים וכו' ותנן לא יתבע ערב תחילה הרי דטעם דאין להיות נפרע שלא בפניו הוא מטעם לא יתבע ערב תחילה וא"כ אם שם זמנו ל' יום כמ"ש הרא"ש והטור להדיא מכ"ש בערב גופיה דהא הך נלמוד מהך דערב ולכן ברור מ"ש הרא"ש בהגוזל הוא ט"ס וצ"ל בהכותב דשם כתב הרא"ש דזמנו הוא ל' יום לנפרע שלא בפניו וברור ופשוט ומ"ש הדרישה דגם ריו"ו כתב רק זמן ג' ימים אין כאן ראיה דהריו"ו כתב גבי נפרעת שלא בפניו ג"כ רק זמן ג' ימים כמ"ש הב"י בשמו לעיל סימן ק"ו. אבל לפי דקי"ל דבעי ל' יום ה"ה כאן ופשוט ואין לנו לבדות מלבנו חלוקים לא שערום קדמונים ז"ל:

יא **אם הוא גברא אלמא** כתב הסמ"ע דעת ריו"ו דאם מתחילה קודם שהלוהו היה אלם א"י לתבוע לערב תחילה והרשב"א השיגו ודעת הסמ"ע להסכים עם הריו"ו וקצת יש ראיה לדברי הרשב"א מהא דס"ד בגמרא דהא דערב משתעבד מהך דכתיב אנכי אערבנו מידי תבקשנו (ועיין בב"י שהביא זה הקרא והתי"ט תמה עליו דהא בגמרא פריך ליה רב חסדא האי קבלנותא הוי דכתיב תנה אותו על ידי וכו' ולק"מ דר"ח לשיטתו דס"ל לקמן בגמרא כולם לשון קבלנות הן ואף זה בכלל אנכי אערבנו הואיל ואמר מתחילה תנה אותו אבל לפי דקי"ל כרבא דכולם לשון ערבות הם בר מתן לו ואני נותן א"כ הך אנכי אערבנו ג"כ לשון ערבות אע"פ דאמר תנה אותו ע"י וא"כ אין מקום לקושיתו ולק"מ) וקשה מה מהני וכי ילך יעקב ויתבע לאדני ארץ מצרים תחילה וערבתו מה מועיל וע"כ צ"ל הואיל דהיה אלם יתבע להערב תיכף ויפה השתעבד עצמו וזה מבואר אף דהיה תחילה ערב בשעה שידע שהלוה אלם גובה מערב ובאמת העיקר כרשב"א וד"מ והב"י:

יב **נשבע היסת** עיין ש"ך ס"ק ל' דהביא בשם מהרש"ל והע"ש דהשיגו על דין זה ובאמת בהג"ה מיימונית הך דין הוא רק תוס' בעלמא ולא נמצא כן בתשובת מהר"ם ב"ב דפוס פראג. ואולי מיירי בערב קבלן וא"כ שפי' יש לדמותו לשליח שעשאו בעדים כי עליו סמיך בתחילה ולקחו לקבל הימנו הפרעון ויפה עשה הלוה שהיה מוסר לו הפרעון כיון שמאתו יקבל הפרעון ופשיטא דהוי כשליח בעדים כי המלוה אמר שממנו יקבל התשלומין אבל בערב דעלמא לא ושיגרא דלישנא נקט ההג"ה ערב ומיירי בערב קבלן אבל ערב בעלמא כיון שעיקר הפרעון מוטל על הלוה וצריך לתבוע אותו תחילה מה שליח שעשאו בעדים שייך כאן וכי עיקר ובקבלן לפי עניית דעתי אף הלבוש והיש"ש והש"ך מודים ופשוט:

יג **יכול לפרוע מהערב תחילה אפילו אם יש נכסים ללוה וכו'** דעת זו היא דעת רי"ן מגא"ש ז"ל דפי' בגמרא דקאמרינן המלוה את חבירו לא יפרע מהערב תחילה ואם אמר לו ממי שארצה אפרע יפרע מהערב ואמרינן עליה אמר ר' יוחנן לא שנו שאין נכסים ללוה אבל אם יש נכסים ללוה לא יפרע מן ערב אין דברי ר"י סובבים על הך בבא דממי שארצה אפרע דזהו פשיטא אפילו ביש נכסים ללוה רק קאי על דיוקא דקתני ברישא המלוה חבירו לא יפרע מהערב תחילה הא אם לא פרע הלוה יפרע מהערב וע"ז קאמר ה"מ שאין לו נכסים אבל ביש לו נכסים מ"מ אינו חוזר על הערב רק גובה נכסי הלוה. זהו דבריו כפי מה שהביא בשמו בעל התרומות שער ל"ה ע"ש והקשה הגי"ת א"כ למה מגיה במשנה חסורי מחסרא וכו' משום קושיא מדקתני סיפא רשב"ג אמר אם יש נכסים ללוה בין כן ובין כך לא יפרע מהערב מכלל דת"ק סבר ל"ש הכי ול"ש הכי לימא דרשב"ג אהך מילתא קאי דהתנה ממי שארצה אפרע דלת"ק אפילו ביש נכסים ללוה גובין מהערב. ע"ש ודחק דדיוקא דגמרא מדקתני בין כך ובין כך והוא דחוק למאד דזה שכיח כמעט בכל משניות ואין כאן נדנוד קושיא משום הך לישנא. אבל פשוטן של הדברים דלהך פי' עכצ"ל הא דאמרינן חסורי וכו' ואם אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה יפרע מהערב בד"א כשאין נכסים וכו' דהך בד"א קאי על דיוקא דרישא אבל בהך תנאי לעולם נפרע מהערב וא"כ איך אמרינן אח"כ וקבלן אע"פ שיש נכסים ללוה יפרע מקבלן. הא תו ל"ל הא כבר קתני בהתנה ממי שארצה אפרע נפרע תמיד מן הערב ומכ"ש קבלן. וצ"ל להך פירושא קבלן גרוע מהך תנאי ממי שארצה דקבלן לא גילה בפי' שיהיה בידו לגבות ממי שירצה רק לשון קבלן סובל כך אבל במתנה בפי' ממי שארצה פשיטא דאין אחר תנאי כלום וכל תנאי שבממון קיים. ולכך אע"פ דקתני ממי שארצה הדר קתני קבלן. ולפ"ז י"ל דס"ל לגמרא לסברא חלוטה עד כאן יכול רשב"ג לפלוג אלא בערב סתמא

או במסקנא בקבלן סתמא אבל במתנה ממי שארצה פשיטא דתנאי קיים ומהיכי תיתי יפלוג רשב"ג וא"כ קושית הגמרא שפיר וכן בתי' הוצרך לומר חסורי מחסרא ולהוסיף וקבלן וכו' דיהא דינו של רשב"ג מוסב אקבלן אבל בתנאי לא פליג וא"ש. ובהכי מיושב ג"כ מה שהקשה לשיטת הרא"ש ל"ל להוסיף קבלן לימא ואם אמר ממי שארצה אפרע תחלה יפרע ועלה קאי רשב"ג ומנ"ל להוסיף בבא אחריתי קבלן דלפמ"ש ניחא דאף לשיטת הרא"ש באומר בפי' תחלה לא יחלוק רשב"ג דהא התנה להדיא ומה ספק יש בתנאי הזה ולמה לא יועיל וא"ש ודוק:

יד **ואין הלוה כו'** דה"ל לקבלן להתנות. דברים אלו הם דברי מהר"ם במרדכי פרק ג"פ ושם כתב דבערב פטור משום דהואיל דלוה פטור והביא ראיה מפ' יש בכור דאמרינן גבי שני בנים וא' מהן בכור מי איכא מידי דלוה פטור והערב חייב ע"ש ולפ"ז צ"ל לדבריו דהך דיש בכור דוקא בערב גרידא נאמר אבל בקבלן אף דלוה פטור מ"מ הוא חייב דהוא בע"ד של המלוה וא"כ הא דדייקינן בפ' יש בכור מהך סוגיא דערב לשני יב"ש דפטור והביאו הש"ע לעיל ס"ס מ"ט היינו דוקא בערב לשני יב"ש אבל לא בקבלן לשני יב"ש דחייב באמת. אך באמת הך דינא דמהר"ם צ"ע כמ"ש הש"ך בס"ק ל"ב וכמה פעמים דברי הש"ע בעצמו סותר דברים אלו ולעיל סימן ק"ח במת לוה בחיי מלוה גבי ערב דהיינו דרב ושמואל נאמר בטור ובש"ע דה"ה קבלן ואלו קבלן בע"ד של המלוה הא הוא חי ומה טיבו של מת לוה בחיי מלוה איכא כאן ובאמת הש"ך לעיל בסימן ק"ח רמז על כן ולכן דינו של הרב בזה צל"ע כי נראה עיקר כדעת המ"מ וסייעתו ומהר"ם יחיד לכל הנך רבוותא:

טו **ונ"ל דהמלוה נשבע ונוטל** מזו ראיה דגם הרמ"א ס"ל דלולי דלוה טוען ברי פרוע לא היה צריך לישבע ואינו דומה להבא לפרוע מנכסים משועבדים דצריך לישבע אף דלא כוען הלוה ומודה דלא פרע ומ"מ חייב לישבע דאל"כ מה איריא כאן הא בכנ מקום כשבא ליטול צריך לישבע וזהו דלא כסמ"ע לעיל ס"ק כ"ח ועיין מש"ל:

טז **מי שאומר הדין עם הקבלן** והטעם משום דאיתרע הואיל וליכא שטרא ויש לדקדק דא"כ בפ"ק דב"מ דאמרי' מצא שט"ח ביש בו אחריות נכסים לא יחזיר דחיישינן לפרעון וקנוניא אבל באין בו אחריות נכסים יחזיר דלא ס"ל ר"מ אחריות טעות סופר הוא. וקשה מה בכך ניחוש דלמא יש למלוה קבלן או ערב על הלואה זו בשטר או קנין בפ"ע והלוה פרעו ולכך לא נזהר בשטרו ועכשיו קנוניא עושה עם הלוה שאומר להחזיר לו השטר ויגבה מהערב וקבלן משא"כ בליכא שטרו בידו א"י לגבות מהם וחז"ל חששו בנפילה חששות יותר רחוקים ובלתי שכיח כאותו שאמרו ודלמא זבנא לכתובתה וכו' וכדומה

ומכ"ש שיש לחוש בערב או קבלן דשכיחי. ואפשר לומר דהא אמרינן אי פרע ה"ל למקרע רק דאמרינן דהלוה מאמין למלוה והניח אצלו משום פשיטי דספרא כדאמרינן בפ"נ דב"מ דלוה מאמין למלוה וזהו אם רואה הלוה שהוא האמין לו והלוהו אף הוא מאמין למלוה ומניחו שטרו הפרוע בידו בלתי קרוע על משכון דבר מה אבל כשאין המלוה מאמין ללוה בלתי ערב הרי אין מאמין ללוה ואף הלוה אין מאמין למלוה וליכא למיחש לפרעון דאי איתא דפרעו היה קורעו וא"ש ודוחק וצ"ע:

יז **אא"כ מחל הקבלן ללוה** עיין סמ"ע ס"ק מ"ב ובאמת יפה השיג עליו הש"ך בס"ק ל"ח דהא לעיל מבואר דא"י למחול אך מ"ש הש"ך דדעות אלו הוא דס"ל דאף בדר"ן יכול למחול יקשה על הש"ע דלעיל פסק דאין יכול למחול:

ולכן נראה דבלא"ה יש לדייק מ"ש הבעה"ת וכן המ"מ דין זה דיכול לחזור על הלוה מדר"ן בשם ר"ת ורמב"ן דהא גמרא ערוכה היא מדר"ן מוציאין מזה ונותנים לזה ומה נשתנה לוה זה משאר לוים וצ"ל דודאי כגון דא צריך הנך רבוותא די"ל דאימת משתעבד הך לוה לקבלן לפרוע עד שיבא המלוה עליו מדר"ן הא קודם שפרע הקבלן למלוה אף לוה לא משתעבד לפרוע דכל זמן דלא פרע הוא אף הלוה לא מחויב לפרוע כמ"ש כל הפוסקים ולאחר שפרע הקבלן למלוה הא כבר פקע שעבוד המלוה ומה בעי גבי לוה מדר"ן. ולזה קמ"ל הנך רבוותא דמ"מ שייך כאן (אף דלא פרע עדיין הקבלן למלוה דאין לו נכסים) מדר"ן לגבי הלוה וצ"ל באמת למה וי"ל טעמו של דבר הוא דאנן מלמדין למלוה לומר החוב שאתה חייב לי מכח קבלנתך הריני כאלו קבלתי כי הוא זקוף עליך במלוה מיוחדת כאלו הלויתי לך מנה והחוב קבלנות קבלתי ואם כן שפיר מחויב הלוה לשלם לך ואני בא עליו מכח ר"ן דהא אתה חייב לי בזקיפת הלואה הנ"ל וזה פשוט וראוים הדברים למי שאומרן ולפ"ז דכל שעבוד דר"ן לפרוע הוא חל אז בעת זקיפת המלוה ולא מקודם דאז לא משתעבד מדר"ן כהנ"ל דטרם שפרע לא משתעבד לי' הלוה לשלם כנ"ל ואם כן אז בשעת זקיפה נמחל שעבוד הראשון על הקבלן דהא הוי כאלו קיבל וחל שעבוד חדש מן זקיפת מלוה וא"כ אם קודם לזה מחל הקבלן ללוה הרי מחילתו קודם לשעבודו של המלוה ולא שייך דבדר"ן א"י למחות וא"ש דבממ"נ אין כח ביד המלוה לתבוע אם מחל דאם יבא מכח שעבוד דקבלנות יטעין הלוה כ"ז שלא פרע אין אני מחויב לשלם ואם יבא מכח זקיפה ויטעון דבאמת פרע כהנ"ל א"כ הרי מחילתו קודמת ודוק:

יח **יש מי שאומר דערבות וכו'** עיין ש"ך ס"ק ט"ל שהעתיק בשם הב"ח דישראל שהלוה לגוי וישראל אחר נעשה ערב במקום דדיני גוים לדחות אצל ערב אזי יכול לתבוע מהערב תחילה והש"ך פקפק עליו וסיים וצ"ע לדינא ולא הבנתי מה מקום ספק יש כאן הלא

כן מבואר ברא"ש ויתר פוסקים בפרק איזהו נשך ובי"ד סימן ק"ע דישראל שהלוה לגוי וישראל שני ערב דאסור אא"כ התנה עם גוי מבלי לדחותו אצל ישראל ואלו אין רשות ביד שראל המלוה לתבוע הישראל הערב עד תובעו לגוי אם כן הרי מותר משום רבית ולא שייך איהו קשקיל מיניה ריבתא ופשוט דהוי יותר מותר מאלו התנה הגוי א"ו דקבלן גמור איקרי:

יט **אינם יכולין לדחותו וכו'** עיי' בכה"ג וגי"ת שכתבו דרשב"א בתשובה סימן תתמ"ח דעתו נוטה דערב ויש נכסים משועבדים דלוה יכולים משעבדי לדחותו אצל ערב ואולם בסימן תרצ"ב חזר בו גבי מלוה שהחתי' עצמו לגבי לוה שמכר שדהו והביאו רמ"א לעיל סעיף ח' ודעתו דאף ביש לו רק משעבדי אינו גובה מהערב וכתב הכה"ג וגי"ת דמשום הך קושי' דהקשה דאמרינן בגיטין דאשתדף נכסים ולא קאמר דהיה לו ומכרן חזר בו. ואני איני מבין קושי' הנ"ל דהא כבר הקשו התוספות על רש"י דהתם קבלן הוה וכן רשב"א גופיה בחדושיו הקשה כן והעלה כפירש התוספות דאי אית ליה נכסי אף מקבלן אינו גובה רק מזיבורית כמו מיורש גופי' עיין שם וא"כ אין זה ענין כלל להך דהכא דאם יש ללוה משעבדי אי יכול לגבות מהערב או ממשעבדי דקבלן ודאי גובה ממקום שירצה רק הקושי' שם דיגבה מזיבורית עיין שם. ואי דעת רשב"א כרש"י דסבירא ליה שם בקושיא אי אית ליה נכסי אף בקבלן אינו גובה הימנו רק מלוה והיינו כדעת מי שסובר דקבלן אם אמר ממי שארצה אפרע הוא דרצה גובה מקבלן אבל בלא"ה אף בקבלן אי יש ליה ללוה נכסי אינו גובה מהערב. א"כ דיעה זו דחוי' היא כאשר דחה אותה הרמב"ן ולא נזכר כלל בפוסקים מאין איש שמה על לב. והיה נראה דטעות סופר יש בתשובת רשב"א וראייתו מהך דגט פשוט והמדפיס חשב גיטין והדפיס נזיקין דשם ג"כ פריך הגמרא הניחא למ"ד ושם הפשט כפשוטא דודאי לית ליה נכסי כדקאמר ודחיק' ליה מילתא ועל זה קשה לשני דהיה לו ומכר ומזה הוכיח דא"כ האב פטור לשלם דביש לו נכסים אינו חוזר על הערב. אלא דגם זה קשה דהא קבלן הוה וקבלן פשיטא דרצה גובה ממנו אף דיש לו נכסים ועדיין לא מתיישב למה לא תי' דהיה לו ומכרן וצ"ל דגמרא מעשה ידע דנשתדפו נכסיו וכמ"ש הגי"ת ואין כאן ראי'. והיה מקום לומר דסבירא ליה לרשב"א דהא דלא מוקי הגמ' בהיה לו נכסים ומכרן הוא משום דהך קושיא ותיפוק ליה דערב בכתובה לא משתעבד הוא ג"כ סובב על המשנה דקתני רשב"ג אומר הערב לאשה וכו' ידירנה הנאה וצ"ל גם כן כתי' הגמרא ערב ל"ד רק קבלן מיירי וקשה גם כן הניחא ושם ליכא לשנוי דהיה לו ומכרן דא"כ ידחה הערב אצל נכסים שמכר ול"ל דהא קבלן הוא דרשב"ג הוא והוא סבירא ליה בין כך וכך אם יש לו נכסים אינו גובה מקבלן ולכך משני הגמרא

דאשתדופי כדי שיהיה גם כן תירץ על המשנה. ומזו הוכיח הרשב"א דינו ונכון הוא לכאורה. איברא דגם זה יש לדחות דלמה ידירנה הנאה תתן היא כתובתה בכום"ס או תכתוב קבלתי לקבלן וא"כ אף הוא יכול לגבות ממשעבדי במקומו ומה תחבולה יש כאן להפקיע נכסי ערב ואי דתחבולה היא על לקוחת באמת ולא על ערב ולכך ידירנה הנאה אם כן מה קבעי תמן בעירכין ערב תנן הקדיש תנן לקח לא תנן הא כל לתא דערב משום לקוח' ולכן ע"כ מיירי בדליכא כלל נכסי ואין כאן הכרח משום צד ולכן דברי תשובה זו צ"ע כי נר' דנמשך אחרי שיטה הנ"ל דקבלן א"י לגבות הימנו רק באומר לו מי שארצה והיא דעת דחויה וצ"ע:

כ **אם קיבל קנין וכו'** חייב כפי מה שקצב ואם לא קיבל קנין א"צ לתת לו שכר וכו' פי' יותר מכפי הנראה לב"ד שיש סדר ליתן בעד א' שיערב בעדו אבל במה שנהוג ליתן כי הכל כפי ערבות אם אמוד או לא ולזמן מרובה או מועט וסך מרובה או מועט וכפי שישומו ב"ד שראוי ליתן ודאי דחייב ליתן רק ליתן יותר מכפי האמוד בזה לא מהני בלי קנין דהרא"ש בתשובה אשר ממנו דין זה דימה אותו לטול דינר והעברני דאין לו אלא שכרו דראוי (ועיין לקמן סימן רס"ד ובא"ע סימן קס"ט ולעיל סימן פ"א מ"ש שם) ואף כאן אין לו אלא שכרו הראוי ולא יותר. והעיקר דקנין ליתן לו כפי מה שקצב ודברי רמ"א סתומי' דודאי שכר נוטל ופשוט אך נראה מדברי הרא"ש דבקנין אפילו יותר מכפי הראוי מהני ואם כן הא דתני' עול דינר והעברני דאין לו אלא שכרו די"ל משטה היתי בך היינו בלי קנין אבל בקנין נוטל כפי שקצב ואולם בא"ע סימן קס"ט גבי חלוץ ע"מ שתתן ר' זוז דמדמה הגמר' בפ' מצות חלילה להך שמעת' טול דינר והעברני הביא הב"ש בשם הרשב"א דאפי' קנין ושטר לא מהני וכ"כ הישו"ש בפ' מצות חליצה ולא הרגישו דהרא"ש בתשובה זו חולק וס"ל דבקנין מתחייב ליתן הדינר שקצב והכל חד דינא אית ליה ומשורש אחד יצאו ולכן ברור דדין זה אם מהני קנין פלוגתא דרבותא הוא הרא"ש והרשב"א וספיקא דדינא והממע"ה:

סימן קל

א **כלום** עיין סמ"ע ס"ק ד' בישוב מן לעיל סי' קנ"ט סט"ו. ועיין מ"ש הש"ך בס"ק ג' דאין תי' הסמ"ע מספיק. ובאמת הסמ"ע אזיל לשיטתו דכבר כ' לעיל דאף דקבלן חייב לפרוע למלוה אף דהלוה צווח פרעתי מ"מ הלוה נפטר מקבלן דה"ל להתנות ואיהו דאפסיד אנפשיה וכ"כ הט"ז ע"ש. רק קושית הסמ"ע מלשון הטו' דכתב דלא הרשהו לפרוע דמשמע בהרשאתו תליה ואם לא הרשהו אין חיוב עליו לפרוע ועל זה תי' דבאמת

לא כתב טעם זה גבי קבלן דקבלן לא אמר לו ושלם רק הכנס קבלן עבורי וא"כ אמרינן ה"ל להתנות כמש"ל רק בערב דבעי דוקא לומר ושלם א"כ הא נתן לו רשות לשלם ולא שייך דה"ל להתנות וא"כ ס"ד דיתחייב לזה קאמר הטור דמ"מ פטור דלא הרשהו באופן זה כשלא נודע לו אם פרע הלוה וכו' וא"ש ודברי הסמ"ע בשיטתו נכונים אבל האמת כמ"ש הש"ך וכמש"ל דעיקר דאין הקבלן חייב לשלם כמש"ל:

ב **כל מה שפרע וכו'** עיין סמ"ע ס"ק וי"ו דפירש דקמ"ל אפילו אם טוען הלוה שפרע למלוה אח"כ וכו' והש"ך בס"ק ד' השיגו דמה ה"ל ללוה למעבד ולזאת נכנס בפי' דוחק ובאמת דברי הסמ"ע מוכרחי' דאי כדעת הש"ך דאף דפרע הלו' אח"כ פטור א"כ אדקאמר הבע"ת וטור ומחבר דאם פרע קודם שפרע הקבלן דפטור הא אפילו פרע אחר כך פטור ומכ"ש דפרע מקודם והערב פרע בלי גלות אוזן הלוה לדעת אם כבר פרע או לא פרע דפטור וא"כ ה"ל להודיענו דאם פרע אח"כ דפטור ויהיה דינם נלמוד במכ"ש א"ו דדברי הסמ"ע נכונים ומ"ש הש"ך דמה ה"ל למעבד אין זו קושי' דעבד לוה לאיש מלוה וכן לערב דנכנס בערבות לטובתו ולהנאתו וכיון דידע דפלוני נכנס בערבות בהרשאתו לשלם ה"ל לאסיק אדעתי' אולי פרע הערב הואיל ובא בהרשאה ממני ולא ה"ל לפרוע למלו' עד התברר לו דלא פרע הערב וה"ל כאומר לשלוחו צא ופרע ושליח עביד שליחותו וכי יפסיד בשביל שהוא לא שאל פי השליח ופרע ג"כ איהו אפסיד אנפשיה ואף בערב הדין כן דהוי כשלחו הואיל ואמר ערבני וכו' ודברי הסמ"ע נכונים וברורים:

ג **שנכנס וכו'** ופרע מאליו חוזר וגובה מהלוה זהו דעת המ"מ בכוונת הראב"ד ויש להקשות דהא הוי פורע חוב חבירו שלא מדעתו דקי"ל דפטור ומה לי דפרע תיכף או נכנס מתחילה בערבות סוף כל סוף הוי הכל שלא מדעת הלוה וקושי' זו הקשה הבעל גי"ת וליישב צ"ל או דפורע חוב חבירו שלא מדעתו דקי"ל דפטור היינו דלא ידע הלוה כלל מפרעון אבל כשרואה שחבירו ערב בעדו ופורע ושותק מדלא מיחה נתרצה למעשיו וחייב. אך זהו דוחק דא"כ הא קי"ל בנודר הנאה מחבירו חבירו פורע חוב שלו מטעם דה"ל פורע חוב של חבירו ה"ל לכל הפוסקים לחלק בין שנעשה במעמד הלוה או לא. דאם נעשה במעמדו הרי נתרצה וחייב לפרוע ונמצא נהנה מזה שהדירו מהנאה ולכן הנכון דסבירא להו לחלק בשלמא בחייב לחבירו מקדם רק דהוא פרע עבורו בזה שפיר קטען ארי אברחת מנכסי היתי מפייסו וכדומה ובירושלמי אמר הטעם דלא מטו לידו דבר ובמה ישלמו אבל אם מתחילה לא רצה זה להלותו עד שזה נעשה ערב וע"י הלוה לו ואח"כ הוצרך הערב לפרוע פשיטא דחייב הלוה לשלם אף שנעשה ערב מעצמו בלי בקשת הלוה דסוף כל סוף ע"י קיבל המעות ולולי ערבות שלו לא קיבל המעות ולא

שייך ארי אברח' מנכסי או היתי מפייס דבלי ערב לא היה מלוה לו ובזה לא שייך פיוס וכיון דנעשה ערב בע"כ הוצרך לפרוע דהא הוא ערב ולכך חייב ואפשר לשיטת המ"מ מודה הראב"ד דאין לו לפרוע עד שינגוש להלוה ופרע מאליו דנקט היינו דלא ביקש ממנו להיות ערב כלל וא"כ כל הערבות ופרעון היה הכל מאליו. או דאפילו אם פרע בלי נגישות הלוה דחייב דסוף כל סוף קיבל טובה במה שנעשה ערב וא"כ אח"כ לא ניחא ליה בדינא ודיינא והרי הוא כהרשהו להיות ערב דזכין לאדם שלא מדעתו והרי מורשה לפרוע שלא מדעת הלוה כמ"ש כל מפורשים לדעת הראב"ד באמר לו הלוה ערבני ולפמ"ש אף בערב ממילא הוי כמורשה דסתמא ניחא ליה דזכין לאדם שלא מדעתו ובהלואה לא שייך היתי מפייסו וכיון דהוי כמורשה וערב אף לפרעון הוי מורשה וא"ש ואפשר דלכך תפס המחבר דעת המ"מ ולא שת אל לב דעת הטור דפי' בדברי הראב"ד דצ"ל ערבני רק א"צ לומר שלם דסבירא ליה הטור אזיל לשיטתו דס"ל דהפורע חוב שלא מדעתו חייב וכל הפלפל הוא כמ"ש הסמ"ע אי פרע הלוה אח"כ ג"כ אם חייב לפרוע לערב ג"כ ואם כן בזו ס"ל לטור בכה"ג אי לא א"ל ערבני מה חיוב על הלו' להודיע ולשאול פי הערב אי פרע או לא כיון שלא הרשהו להיות ערב ומה איכפת ליה בו ולכך צ"ל דא"ל ערבני וא"כ עליה דידיה מוטל לסברת הראב"ד לשאול פי ערב אי לא פרע ואם לא עשה כן הפסיד אנפשיה. וא"כ יש לומר דהטור והמ"מ אינו מחולקים בדינא דלענין דלא יהיה בכלל פורע חוב של חבירו שלא מדעתו מודה הטור להמ"מ דבערב שאני כמש"ל דעי"כ הלוהו אבל לענין אם פרע הלו' אח"כ לחייב להלו' מכל מקום הואי' ולא שאל פי הערב בזו המ"מ מודה לטור דאם נעשה ערב מעצמו דאין זה מוטל עליה דלו' כלל והלוה פטור ולא פליגי כלל. והמחבר מירי לענין דלא יהיה פורע שלא מדעתו דם"ל למחבר לעיל סי' קכ"ח דפטור וא"ש:

ד **ואם כתב המלוה לערב קבלתי וכו'** הסמ"ע בס"ק י"ג פירש אפילו טוען הלוה פרעתי לערב א"נ אם כ' המלוה לערב התקבלתי והש"ך בס"ק ח' האריך בזה וכל דבריו דרוב פוסקים חולקים בזה אדברי הטור ולבבי לא כן ידמה ולכן אברר דבריו מ"ש בהרא"ש דמ"ש בשם רבינו יונה דמיירי דכתב לו התקבלתי פירושו דנתן לו ג"כ השט"ח בכומ"ס אין מקום לדבריו חדא דא"כ התקבלתי מה טיבו בכומ"ס לחוד מהני דמ"ש הוא ומ"ש מלוה הראשון. ולא ה"ל לגמרא לומר כלל האי ערבא דלא פרע מתורת ערבות רק הוא בא בתורת לוקח שט"ח. ועוד מדברי הרא"ש נראה שאין ר"י חולק אמה שכתב הרא"ש לפני זה דמיירי דאיכא עדים או שמודה שהוא ערב רק ר"י הוסיף דמ"מ בעי התקבלתי ואי הפי' בכומ"ס למה צורך כלל לברר שהיה ערב דל ערב מהכא הלא לוקח הוא ובא

בשטרו. וא"כ ה"ל לרא"ש לומר דלפי' רבינו יונה אין אנו צריכין לכל זה. ועוד דא"כ דפי' התקבלתי היינו בכומ"ס אבל בהתקבלתי לחודא מ"מ יכול הלו' לטעון פרעתי לך כדע' הש"ך והטעם משום דלא חש הלו' להניח שטרו בידו אפילו לאחר פרעון הואי' ואינו כתוב על שמו א"כ איך כתב הטעם דאל"כ יכו' הלוה לטעון שמא לא פרעת למלוה כלום ושטר זה אצלך בפקדון או שמא הוא מסר לך שטר זה ואין שטר נקנה במסירה דהא טעם זה אין מספיק בכותב לו התקבלתי גרידא דלא יועיל דהא בכותב מבואר שלא בתורת פקדון ושלא בתורת מסירה נמסר בידו רק פרעו ומסר לו שטרו לראי' וא"כ למה יצטרך כומ"ס והא דעתו דהתקבלתי לחוד לא מהני ונתן רבינו יונה טעם לפגם הטעם זה אינו אלא צריך היה ליתן טעם דנאמן לומר פרע דלא חש להניח השטר בידו. ולא טעם זו וע"כ צריך לומר כדברי טור דבלי התקבלתי נאמן לומר פרעתי דלא חש להניח השטר הואיל דשטר לא נכתב על שמו ואף אם פרע אינו מקפיד עליו ליקח שטרו אבל בכותב התקבלתי דטרח לכתוב אף הוא כשפורע אינו מניח שטרו ביד הערב וא"כ א"י לטעון פרעתי דיאמר שטרך בידי מה בעי ודברי ר"י פשוטי' ומוכרחי'. ודייק ר"י הך מן הא דקאמר הבי לי והא שטרא משמע דבשטר ביקש לגבות והא אין בשטר מקום גבייה דאולי הוא פקדון ומה הלשון והא שטר' א"ו דפי' דכ' לו התקבלתי ע"ג שטר וזהו הא שטר' ומז' דייק רבינו יונה דמוכח דאיירי בהתקבלתי וא"כ ממילא מוכח דא"י לומר פרעתי כמו דמבוא' בגמרא כפירוש הטור והן הן הדברי' בנ"י דנתן טעם דלכך בלי התקבלתי אינו גובה אפי' שט"ח יוצא מתחת ידי ערב דכיון דבשטר אין בו שעבוד רק למלוה ולא לערב אינו ראיה הא שטרך דשמא פקדון הוא אצלו ואלו כוונתו דבעי דוקא כומ"ס אבל התקבלתי לחוד לא מהני כמ"ש הש"ך בדעת הנ"י אין מקום לטעמו דאיך אפשר לומר פקדון הא כ' התקבלתי והל"ל טעם אחר כמש"ל ועכצ"ל דגם הוא ס"ל כר"י דמהני התקבלתי והא דפתח הנ"י בתחילה דבריו כגון שכ' לו המלוה התקבלתי ונתן לו זכותו אין פירושו כמ"ש הש"ך דהקנה לו בכומ"ס דא"כ התקבנתי ללא צורך רק הכוונה בזה שכ' לו התקבלתי ומסר לו שט"ח נתן לו זכותו דהוא עומד במקומו כמ"ש הרשב"ם ור"ח בתוס' לקמן דף קע"ד ע"ש וזה ברור ומוכרח וכן בבעה"ת שער ל"ה דין מ"ה ח"א מוכח דס"ל כהטור דכ' הערב צריך להביא ראיה שפרע דאי לא הביא ראיה או שטוען הלוה פרעתיך נאמן ואין שט"ח בידם ראיה כדי לעשותו אותם מלוה בשטר כדקתני ואם כ' לו התקבלתי הרי זה גובה ואי לא לא והאי דחזקת הבתי' האי ערבא וכו' דא"ל הב לי זוזי והא שטרא פי' עם שטר התקבלתי שהיה לו עם שטר כו' ומזה נר' ברור דפי' התקבלתי לחוד דאי ס"ל כומ"ס לאיזה צורך כ' דמיירי בחז"ה בהתקבלתי

רק י"ל הא שטר' דנותן בכומ"ס ועוד דהרי מביא ראיה מדקתני ואם כ' לו התקבלתי ושם ודאי פירושו לכ"ע בלי כומ"ס דהא מיירי ביתומי' גדולים לדעת הרמב"ן והבע"ת ובהתקבלתי מהני לכ"ע כמ"ש הרמב"ן בחידושיו וכמ"ש הגי"ת להדיא ופשוט. ואם מיירי כאן בכומ"ס איך מייתי ראי' מהתם אשר לא איירי בכומ"ס. ומה צריך ראיה כיון שמסיים בהך פסקא ומ"מ הערב והקבלן אינ' טורפין ממשעבדי דלוה עד שימסור לו המלו' השט"ח ויקנה לו דרך קנין שטרו' וכו' ע"כ ש"מ דרישא לענין שלא יכול לטעון פרעתי דמהני התקבלתי אין פירושו כומ"ס דאל"כ מה חידש לענין משעבדי דצריך כומ"ס הא אפי' לב"ח שלא יוכל לטעון פרעתי בעי כך והא כבר איירי ביה מקדם לעיל וברור לכל קורא דהתקבלתי דמיירי מקדם לא איירי בכומ"ס ופשוט. ומ"ש בח"ב דין ג' דלענין לגבות מיתומים גדולים ולקוחת מהני כשכתב לו התקבלתי ונתן לו כומ"ס משמע דאף לנגד יתומים גדולים בעי כומ"ס הא כבר כתב הגי"ת דלצדדין קתני דלגבי יתומים התקבלתי ולגבי לקוחת כומ"ס וכן מורים הדברים דנקט בלשונו התקבלתי וכומ"ס ואם כומ"ס התקבלתי ל"ל אלא ודאי כמ"ש דלצדדין קתני. וכיון דבררנו דדעת הרא"ש ור"י והנ"י ובעה"ת וטור והריב"ש אף דרשב"א והרי"ו חולקים כוותי' קיי"ל ואין כאן מקום תימה והאריכות בזה להרב הש"ך ללא צורך אך הא קשיא מנ"ל לרבינו יונה דין זה דבהתקבלתי אין יכול לטעון פרעתי ודוחק לומר דמסבר' דנפשיה אמרה א"ו הכרח הנ"ל מהך והא שטרא דהא י"ל דגם היה לו לערב שטר ערבות או שהיה כתוב בתוך שטר ערבות מלוה התקבלתי כמ"ש התוס' לקמן ול"ל דילף אותו מהא ברייתא ואם כתב לו התקבלתי גובה דלפי מה דפוס' הטו' בערב ביתומים קטנים הוא דאינו גובה אבל בגדולים גובה דס"ל דכל הך סוגי' דהך ערבא בס"פ ג"פ ביתומים קטנים איירי וביתומים קטנים פסק דלא גובה הערב אלא בא' מג' דרכי' ולא כתב דהתקבלתי מהני דבאמת מה"ת יהני הא אפילו שט"ח גמור אין גובים מיתומים קטנים וא"כ ע"כ דגריס שם בגמ' כנ"י ורשב"ם ור"ח בקו' הגמ' מהך ברייתא דאם כותב התקבלתי מהני בשלמא לר"ה בר"י כשחייב מודה וצ"ל כתי' התוס' דלא קשה א"כ התקבלתי ל"ל דלולי כן יטעון שמא לא פרעת למלוה וא"כ קשה מנ"ל דהתקבלתי מהני דלא יכול לטעון פרעתי דהא מיירי לדידן דקיי"ל כר"ה בר"י בחייב מודה ועיקר התקבלתי לברר פרעון החוב ועיקר קושי' כיון דקי"ל אפילו בשטר אין גובים מיתומים קטנים א"כ קשה קושי' התוס' שם מה מהני דכת' לו התקבלתי לא יהא כח הערב עדיף מכח המלוה שכתב לו התקבלתי הוא גופי' אינו גובה מיתומים קטנים ועכצ"ל כפי' התוס' בהתקבלתי דלוה כ' לערב ואין ענין כלל מהך התקבלתי דמלוה כותב לערב וא"כ אין כאן מקום ראי' לדינו של ר"י ומה שנ"ל

דס"ל לר"י דלא כפי' התוס' רק ס"ל דבקושי' הגמ' לא ס"ל הך סברא דבכותב התקבלתי לא יכול הלוה לטעון פרעתיך וא"כ קו' הגמ' שפיר דע"כ מוכח דהך ברייתא דכותב לו התקבלתי איירי בבא לגבו' מיתומים דל"ל בבא לגבות מלוה גופי' כמ"ש הרמב"ן בחדושיו דבממ"נ אם הלוה טוען פרעתיך מה מהני התקבלתי ואי לא מכחיש ומוד' דלא פרעו א"כ פשיטא מה קמ"ל הא המלוה מודה דפרעו והלו' מוד' דלא פרעו פשיטא דחייב לפרוע לערב וכ"כ הרמב"ן א"ו דמיירי ביתומים ובאמת חייב מודה וג"ק פשיטא דקמ"ל דלא כר"פ דל"א יתמי לאו בני מעבד מצוה וזהו קו' הגמ' תינחלר"ה אבל לר"פ ביתומים א"א לאוקמי דבאמת פטור ואי בלוה גופיה פשיטא וא"כ לר"פ קשיא ומשני הגמ' לעולם בלוה גופי' ובשלא חייב מודה ואי קשה לטעון פרעתי ז"א דלהכי טרח התקבלתי דלהוי כמלוה בשט"ח וא"י לטטון פרעתי והיינו דינו של רבינו יונה וא"ש ומיושב קו' התוס' וא"כ גם דעת ר"ח דהביאו התוס' דגריס משכחת ליה בשחייב מודה בקשי' ובתי' פי' דהתקבלתי אלים כשטר ניחא ואין צריך לומר דר"ח יסבור כפי' רשב"ם דהך פלוגתא לא קאי רק במלוה על פה דהוא סותר משמע' גמ' ברורה בעירוכין כמ"ש התוס' רק ס"ל כפי' ר"י ופירושו ברור ונכון ועולה דברי ר"ח כהוגן (ולדברי רשב"ם צריכין לומר דס"ל הא דמוכח בעירוכין דאף בשטר פליגי ר"ה ור"פ היינו כדאמרינן שם ולמה דס"ד מעיקרא טרם דשמעי' להך דיתמי דאכלו דלאו דידהו ליזלו בתר שבקו' ולס"ד פלוגתא אף בשטר אבל באמת דשמעי' הך דיתמי דאכלו וכו' לא אמרינן מילתא דר"פ רק במלוה ע"פ והך דב"ב למסקנ' ובהכי ניחא נמי קו' התוס' דהקשו מה איריא קטני' ומשום מעבד מצוה לטעון פרעתי וכו' דע"כ כוונתם על הך דעירוכין דעל הך עובד' דהך ערבא ליכא להקשות דלמא פרע למלוה הא יש לו שטר והערב פרע במות לוה והיתומים קטנים ועל ברייתא ליכא להקשות דלא נזכר באיזה זמן פר' הערב דהא ברייתא באמת איירי בחייב מודה וע"כ דכוונתם עלהך דעירוכין דל"ל משום מצוה הל"ל דיטעון פרעתי דלשיטת רשב"ם שם מיירי במלוה ע"פ ובזה מיושב קו' מהרש"א דל"ל בשחייב מודה דהא הקו' ג"כ על ר"ה ל"ל צררי תיפוק ליה דטוענין ליתומים פרע ואפי' בגדולים ול"ל דחיי' מודה דא"כ צררי נמי לא חיישינן אבל לפמ"ש ל"ק מעירוכין דשם באמת מיירי בשטר דלא שייך פרעון דהכל שם לס"ד אך כל זה דוחק ויותר נח לפרש בדברי ר"ח כמ"ש והכל על נכון בלי פקפוק) וא"כ כיון דגם ר"ח מסכי' לרבינו יונה ודבריו דברי קבלה פשיטא דהלכה כמותן מבלי פקפוק ודוק. אך מכל זה נראה ברור דדוקא בכותב לו התקבלתי דהואיל דטרח הוי כאלו שטרו בידו ואין יכול לטעון פרעתי דהא לרשב"ם אפילו מלקוחת גובה וכמש"ל אבל ביש עדים שפרע למלוה ודאי אי מודה לוה דלא פרעו עדיין פשיטא דחייב

לחזור ולפרוע לו אבל בטוען פרעתי למה יהיה לערב דין מלוה בשטר נגד הלוה כיון שלא כתב לו כלל ולא ראיתי זה לשום מחבר וכולם הזכירו בכותב התקבלתי ולא מהני עדים והדבר מבואר בבעל התרומת דכתב ואין צריך לומר שצריך להביא ראיה שפדע אבל אם לא יביא ראיה או שטוען הלוה פרעתיך נאמן וכו' ואם כתב לו התקבלתי גובה ואי לא לא. הרי דכתב אם לא יביא ראיה או שפירושו דיש לו ראיה רק דהלוה טוען פרעתיך נאמן וכו' עד דכתיב התקבלתי ואלו עדים מהני אדקתני בברייתא דהתקבלתי מהני לתני דעדים מהני והתקבלתי מכ"ש דהודאות בעל דין כמאה עדים. ומסימן קל"ב בטור אינו ראיי' דאין יכול לטעון פרעתי בפרע בעדים דשם לא מיירי בזה רק לענין שיוכל לתובעו וזהו וודאי דיכול לתובעו וחייב הלוה לפרוע לו אבל שיהיה בלתי נאמן לומר פרעתי זו לא מצינו רק בהתקבלתי דמה"ת יהיה בזו לו דין שטר וברור:

ה **כשכתב לו התקבלתי וכו'** הסמ"ע בס"ק ט"ו השיג על הד"מ דדעתו דלא מהני התקבלתי רק בעת פרעון ולא אח"כ ודעת הסמ"ע דאף אח"כ מהני ע"ש שהאריך ול"נ דתלי בהך פלוגתא דרשב"ם ורבינו יונה ז"ל דלדעת הרשב"ם דבהתקבלתי משוי' מלוה בשטר וזולת התקבלתי הוי מלוה ע"פ א"כ פשיטא דצריך לכתוב תיכף בעת פרעון דברגע דפרע היא מלו' ע"פ ואיך אפשר לעשות אח"כ מלוה בשט' הא ברגע דהיה מלוה ע"פ פקע שעבודו ואיך אפשר לעשותו מלוה בשט' ושעבודו אין ודברי הסמ"ע דאין הלוה פורע כי אם ערב אינו מספיק דס"ס פקע שעבודו כמ"ש דהא לולי התקבלתי כ"ע מודו דאין ללוה רק מלוה ע"פ אבל לר"י דמהני רק לשלא יכול לטעון פרעתי וצ"ל הטעם דהואיל דלוה רואה דטרח לכתוב ליה התקבתי ש"מ דלא מהימן ליה ואינו מניח שטר כזה ביד הערב וא"כ בזו צדקו דברי הסמ"ע דמה בכך דכתב אח"כ סוף כל סוף כיון ששט' כזה ביד ערב אינו מניחו אצלו כשפרעו ומכ"ש להסובר בכל שטר שנמחל שעבודו דא"י לטעון פרעתי. אלא אפילו להחולקים שם כאן מודים דעכ"פ כשהלוה פורע כבר נכתב לערב התקבלתי א"כ לא ה"ל להניחו אצלו דהא לשיטת ר"י כתיבת התקבלתי לא משוי שעבוד כלל רק דגרוע טענתו של לוה בפרעון. וא"כ לענ"ד אף רמ"א מודה לזה ולא כתבו בד"מ רק לשיטת הרשב"ם וברור:

ו **מלקוחו' שקנו מהלוה** ולענ"ד דין זה הוא דעת רשב"ם דס"ל אותיות נקנית במסירה גרידא כנודע בפוסקים וא"כ כשכותב לו התקבלתי דטרח ומודה דאינו נותן המעות למלוה להפקיע שעבודו של לוה רק שיהיה לו לתבוע ללוה א"כ הרי קנין במסירה ואותיות נקנית במסירה וכצ"ל בלא"ה לרשב"ם דס"ל אותיות נקנית במסירה למה צריך התקבלתי הלא שטרו בידו וקי"ל א"צ להביא ראיה כרבא אלא דהואיל דמודה דנתנו

בתורת פרעון א"כ פקע שעבודו א"כ בהתקבלתי דלא פקע ליה שעבודו דהא דעתו לתבוע ללוה בשטרו ולכך טרח וכתב ליה כמבואר בגמרא א"כ קנין במסירה. אבל לפי דקי"ל דבעי כומ"ס א"כ איך ס"ד לתבוע מלקוחת מה זכות יש לו בהתקבלתי שיגבה מן לקוחת הלא נא כתב ליה קני לך וכו' כדין קנין שטרות. ומ"ש ערב מאדם אחר אם יכתוב לו המלוה התקבלתי וכי יהיה לו כח לגבות ממשעבדי ולמה יהיה כערב יותר יפוי כח ומה בכך דהוא ערב הלא לו לא משתעבד הלוה כלל נכסים. ולגבי לקוחת הרי הוא כאיש אחר. ולכן ברור דרשב"ם אזיל לשיטתו וליתא להלכה ודוק כי לענ"ד נכון הוא:

ז **שא"נ לומר פרעתי** הקשה בגי"ת על הטור והרא"ש דבעי דוקא שהודה שהוא ערב דאל"כ מנין שהיה ערב וכמ"ש בש"ע סעיף ג' וא"כ להימן שפרע במגו דלא הודה דנעשה ערב כמו שאמרו מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ע"ש. ובאמת בדברי הרא"ש והטור י"ל דהם ס"ל פורע חוב שלא מדעתו חייב לשלם וא"כ לאיזה צורך צריך כאן הודאה דנעשה ערב וצ"ל כמ"ש הש"ך ס"ק ג' דאם לא נעשה ערב א"כ אף הלוה נאמן לומר פרעתיך לדברי הכל דאין התקבלתי ראיה הואיל ולא נעשה ערב ולפ"ז לא שייך כאן מגו דכי שייך מגו אלו יטעון טענה אחרת א"צ לטענה זו שטוען כעת ד"מ אלו טען ולא נעשית ערב היה נפטר וא"צ לטענת פרעתיך א"כ אמרינן עכשיו שטוען פרעתיך נאמן דמה לו לשקר הא יכול לטעון להד"ם לא הייתי ערב. משא"כ בזה אף אם יטעון כן ולא יטעון ג"כ פרעתיך לא יועיל בטענתו דהפורע שלא מדעתו חייב לשלם וא"כ יצטרך לטעון מכל מקום טענה זו פרעתיך רק דאם יוסיף לטעון לא נעשית ערב נאמן אבל כשאין טוען כן רק מודה אינו נאמן דהתקבלתי מועיל א"כ מה מגו יש כאן הוא הפסיד אנפשיה שהודה ועי"כ נתחייב וכי נימא ל"א שאומר שקר א' אלו רצה היה משקר ב' פעמים והיה מעיז יותר בפני בע"ד מגו כזו לא אמרינן בשום דוכתא אלו רצה היה משקר ביותר דכולי האי לא רצה לעשות כלל ולק"מ. אבל להש"ע דפסק לעיל דבעי דוקא שהלוה יודה לדידיה קשיא קושית הגי"ת דהוא ס"ל פורע חוב שלא מדעתו פטור א"כ יש לו מגו מעליא ודוחק לומר הואיל בהך דפורע חוב שלא מדעתו הוי פלוגתא דרבוותא לא אמרינן מגו כמ"ש קצת מחברים. דזה דוחק ויותר נח לומר דבאמת הא דכתב לעיל מחבר בסעיף ג' דמהני הודאה היינו בסתם כשטוען שמא לא פרעת אבל באמת בהך דינא דרבינו יונה דטוען פרעתיך באמת התקבלתי לחוד אם אין עדי ערבות לא מהני דה"ל מגו כקושית גי"ת או מודה דנקט המחבר היינו שכבר הודה טרם שטוען פרעתיך וא"כ הוי מגו נמפרע וכ"כ הגי"ת:

ח **וה"ה אם כתב לוה לערב וכו'** ומשמע שם בתוס' דף קע"ד ד"ה ואם כתב לו וכו' כשכותב הלוה לערב כן בתוך השטר הוי ערב כקבלן ויכול המלוה לתבעו תחילה ע"ש בתוספת וצ"ע דהתוספות הם מוכרחים לפרש כן ליישב לישנא דתוספתא דקתני ואם כתב ב"ח התקבלתי עיין שם אבל לפירוש רמב"ן ולפי מש"ל בדברי רבינו יונה בלאו הכי אין הפירוש בברייתא בכתב לו התקבלתי כך שהלוה כותב לערב רק הך דינא דבכותב לו דהוי כמלוה בשטר מסתברא וסברא בלי ראיה אבל הך דינא דליהוי לגבי מלוה כערב קבלן צל"ע:

ט **הרי זה גובה מלקוחת ומיתומים גדולים וכו'** כלשון הזה כתב ג"כ הטור ויש להבין מה בכך דכתב ליה הלוה כן מ"מ מי יאמר דפרע למלוה דלמא לא פרעו רק אבדו או הפקידו בידו ועכצ"ל דמיירי דיש לו לערב ראיה דפרע למלוה ומ"מ בעי דלכתוב ליה הלוה כן דלולי זאת אין גובה מיתומים גדולים דדלמא פרע דטענין ליתומים פרעתי וא"כ ראיה מוכרעת דאף דיש עדים דפרע למלוה מ"מ נאמן הלוה לומר פרעתיו דהא הטור ס"ל ביתומים גדולים ליכא למיחש לצררי אתפסיה ודלא כסמ"ע לעיל ודוק:

י **מת הלוה וקדם וכו'** דעת מחבר כדעת הרמב"ם דאפילו ביתומים גדולים וכ"כ הש"ך בס"ק ט"ז אבל נראה דוקא בערב אז אמרינן דלא ה"ל לפרוע מעצמו אם לא שהתפסהו צררי אבל בקבלן לא:

סימן קלא

א **כי יש חולקים וכו'** עיין סמ"ע ס"ק ז' דדעתו דהך דינו דמהרי"ו דהביא הרמ"א דאם הערב שלח למלוה שלח לי השטר ובא וקבל מעותיך ולא בא דנפטר הערב חולק אהך דינו דרמב"ן דמשמע מדברי מהרי"ו אפילו אין המעות מוכן ביד הלוה לשלם רק אמר לו תן לי השט"ח לתבוע החוב ולא נתן לו מ"מ פטור כו' ע"כ ואני אשמע ולא אבין אי' המקום שראה בו הסמ"ע במהרי"ו הלא מהרי"ו מחייב להדיא להערב שבועה שידע בבירור שידוע לו שהלוה היה רוצה לפרוע לו להמלוה רק שמלוה עיכב הרי דצריך להיות עומד ומוכן לפרוע וזולת זה לא נפטר הערב ולכך חייבוהו מהרי"ו שבוע' לערב על זה הואיל דבזה תליא כל הפטור והחיוב של הערב וזה מבואר דלא כסמ"ע. איברא דגוף הדין של מהרי"ו דהעתיקי הרמ"א בלי חולק כאלו דברי הכל הוא וכן הסמ"ע הסכים עמו לדידי צ"ע ויש כאן ספק עצום דכל יסודו של מהרי"ו דפוטר בשביל כך לערב הוא דהא הלוה שרוצה לפרוע למלוה והמלוה לא רצה לקבלו הלוה פטור מאחריות ההלואה כמ"ש הא"ז בפרק הגוזל וא"כ אף ערב דמיא ליה. וא"כ כל דברי מהרי"ו נמשכים להך

דיעה של א"ז דס"ל דאם א"ל הלוה טול זוזך כו' דפטור והוא דיעה של מחבר לעיל בסימן ק"כ ס"ב ע"ש אבל להרמ"א דהביא דעת החולקים שם ובסימן ע"ד ס"ג סתם דחייב וע"ש בסמ"ע וש"ך ומש"ל בסימן ע"ד א"כ לדיעה זו אף ערב חייב דמ"ש דהא מהרי"ו לא למדו רק מלוה ומנ"ל לחלק לכן צל"ע הך דינא. ואם המלוה החזיק בשל ערב ודאי דיכול לומר קי' ליה אם לא שנאמר דרמ"א הכריע כן מסברא דנפשיה אף דבלוה יש ב' דעות הואיל בערב בלא"ה כתב המחבר דיש להתישב בו והבע"ת כתב כי הוא קשה בד"מ ע"ש א"כ בכה"ג כ"ע מודים דנפטר אף דמהרי"ו מדמה אותו ללוה וצ"ע:

ב **והערב יכול וכו'** לפוטרו מהערבות בזמנו עיין ש"ך ס"ק וי"ו דדעתו דזה קאי להיש חולקים ארמב"ן בדין שכתב המחבר אבל לדעת המחבר דא"י לכופו למלוה אף ללוה א"י לכופו וזה אינו נראה מסתימת דברי רמ"א והאמת ברור כי אף דדעת הרמב"ן בשניהם דא"י לכוף להמלוה ולא להלוה מ"מ דעת הטור כנראה מדבריו לחלק בזה דס"ל דיכול לכוף ללוה דבזה אין לרמב"ן ראיה כלל מדברי הש"ס והסברא נותנת דעבד לוה וכו' אבל לכוף למלוה דאין המלוה מחוייב לשמוע בקולו יש לרמב"ן ראיה מהא דגובה ממשעבדי אפילו המתין זמן רב לתובעו עד דנפסדו הב"ח הסכים הטור לרמב"ן ולא מצינו בזו שחולק כלל וכן הלשון בטור מורה כן דלא חולק ארמב"ן רק אהך אי יכול לכוף ללוה וכן מסתבר דאי ס"ל לטור דיכול לכוף למלוה לתובעו ללוה א"כ לאיזה צורך יכוף ללוה להוציא מן ערבות יתרה במלוה לתבוע ללוה ולנגוש אותו בפרעון ואי לאו הרי נפטר מערבתו א"ו דבזה מודה הטור לרמב"ן דא"י לכוף למלוה וכן נראה מדברי פרישה וכן הראב"ד דחולק אבעה"ת שער ל"ה ח"א דין מ"ד בקבלן אינו חולק רק אם יש לכוף ללוה דדעתו דקבלן יכול לכוף ללוה אבל למלוה לא שמענו חולק ויפה סתם רמ"א לדברי הכל. ודע כי מדברי הראב"ד הנ"ל נלמוד דאף דיכול לכוף ללוה בזמנו להוציאו מהערבות היינו כשהלוה חי אבל במת אף דהוא באופן דלא שייך צררי וכדומה כגון דהודה וכו' מ"מ אינו יכול לכוף ליתומים קטנים דהראב"ד מפרש כך הא דקתני שט"ח היוצא מתחת יד ערב אינו גובה מיתומים היינו בכה"ג דתובעם הוציאני מערבות ומפרש ליה בקבלן ואלו מיניה דלוה גובה דמכריחו להוציאו אבל ביתומים אינו גובה אם לא דכבר פרע דכתב ליה התקבלתי הרי גובה הואיל וחייב מודה כמבואר בגמרא ואף דפוסקים ומחברים אחרים לא מפרשי הך ברייתא בפי' זה מ"מ אפשר לדינא מודים לראב"ד ולא מצינו בזה חולק אראב"ד וכוותיה קיי"ל:

ג **שכבר ראית סרבנותי כו' הדין עם הערב שהיה לו למלוה לפרש ערבתו וכו'** דעת הט"ז דאף דלא ראה סרבנותו רק קאמר ליה הריני כמו שהייתי אינו בכלל חיוב כי י"ל דכמו

שהיה ערב כשיש בידו המשכון ונכון הוא וצ"ל הא דהאריך העור והמחבר בהך דלולי כן אפשר דרשע מיקרי שדיבר בלשון המסתפק לגרום היזק לחבירו נגד גוי כי הישראל השני לא העמיק לעיין בדבריו כל כך ואפשר דהוא בכלל גרמי דגרם היזק לישראל השני אבל בנדון זה היה לו לישראל השני להבין בכל אופן כי יש דברים בגו. וכן צ"ל למהרי"ק דדייק בשורש קל"ג מהך תשובת הרי"ף דכל לשון ספק בערב הממע"ה ואלו בעי דוקא כה"ג דסירב מתחילה א"כ אין כאן ראיה לשאר לישנא דספיקא רק כאו יש ידים מוכיחים דנתכוין לדחותו בדברים א"ו דז"א ואדרבא המהרי"ק חשב כאן לאומדנא דנתכוין לערב גמור דהא ראה וגם ראה דאין רצון המלוה להחזיר כי אם בערבתו ע"ש:

ד **ישראל וכו'** עיין פני משה סימן כ' וק"א דהסכים עם הש"ך ודלא כסמ"ע וגם כתב אף לדברי הסמ"ע היינו בגוי דאמר דמיא עליה כאריה אבל בישראל אף הסמ"ע מודה דהיה לו לומר איני רוצה לקבלו והדבר צ"ע דא"כ דאין לו פחד אף הערב היה לו לומר איני ערב:

ה **ע"י פתקא של הכותי ניכרת וכו'** והא דצריך הלוה לפצות ערב מכל אונסין הבאה לו מגוי בשביל ערבתו נראה דוקא כל זמן שנמשך ערבתו כי הלוה לא פרע אבל אם כבר פרע וא"כ נפסק ערבתו והגוי חזר להעליל עליו עלילות ברשע כיון דכבר נפסק ערבתו חזר הדין דאין אדם נתפס בעד חבירו. ובזו ניחא קושית הפוסקים ובתוכם תשובת פ"מ ח"ב סימן ז"ל דהקשה בתשובת הרא"ש זה דכתב ואע"פ שיש להלוה שטר פרעון מהגוי אינו טענה כ"ז שהניח ביד הכותי השטר דלמה זה הא מחויב לפצות לערב מכל אונסים ומה בכך דפרע סוף כל סוף הוצרך הוא לפרוע שנית וע"ש שדחק ולפי מ"ש ניחא דכיון דכבר נסתלק הערבות והוא פרע ונמחל ונתבטל כל שעבודו תו אין חייב לפצותו ולכך נתן טעם דפשע דהניח שטר ומה יעשה הערב אם לקח כתב פרעון והלך לו ולא הניחו ביד ערב ומ"מ נראה דהך פתקא מהני בפרעון החוב דהוי כאלו כתב התקבלתי דמחויב הלוה לשלם לערב ולכן בכתוב ביני שיטי ג"כ גובה אף שאינו כת"י הגוי ול"ל כמ"ש הסמ"ע ס"ק ט"ו דהא כיון ששט"ח ביד שמעון יש לחוש שזייף דהא כיון ששטרו בידו חזקה דפרע דמהיכי תיתי ימסור לו הגוי השט"ח ולכך לא חיישינן לזיוף אבל בשטוען הישראל דפרע יותר מכפי הראוי פשיטא דאין כת"י של הכותי מועיל דאפשר פייסהו הישראל וכתב לו כזאת וכזאת וכי ס"ד להוציא ממון כזה ע"פ עדותו של הגוי היה לא תהיה אלא ודאי דצריך עדות גמור מערכאות של גוים דלא משקרי וזה ברור ונכון וכ"כ הב"ח אלא דבדברי הב"ח משמע דלכל מילתא בעי עדות ערכאו' וזה אינו כנגד פרעון

סך החוב א"צ דהא כתב ליה לערב התקבלתי אבל בהעודף שגבה שלא כדין פשיטא דבעי עדות ערכאות דלא משקרי:

ו **אבל באונס דלא שכיח לא** זהו כתב הרמ"א להשוות בין התשובה זו של הרא"ש ומהר"ם דהביא מחבר דמבואר דצריך לשלם לגוי אפילו מה דאנסהו לתשובת מהרי"ק דהביא בשם רבינו יעקב דפטור וחילק הוא בין אונסים דשכיח ללא שכיח. ואולם מהרש"ל ביש"ש לב"ק פרק הגוזל בתרא דין כ"ה חושב דהך תשובת מהרי"ק חולק והכריע כהרא"ש ומהר"ם. ובאמת לפי ראיות מהר"ם ורא"ש מהך דזבין לגוי אמיצר דישראל דמסלק מיניה כל אונסה דס"ל דכ"ש שהכניס אותו לערב מוכח אפילו באונס דלא שכיח דהא התם כל אונסה מסליק מיניה הן שכיח הן לא שכיח וכ"ש כאן בערב. איברא נראה דהרא"ש וכן היש"ש אזלו לשיטתן דס"ל להרא"ש גבי זבין לגוי אמיצר דישראל דאף דלא משמתינן ליה וקרה נזק לישראל חבירו חייב המוכר לסלק היזיקו והשמתא הוא רק כדי שיקבל על עצמו בזו כשעבוד נכסים כמ"ש הרא"ש אבל מדינא חייב לסלק כל אונסא וא"כ יפה למדנו ממנו מכ"ש לנדון ערב הנ"ל אבל לדעת הראב"ד וסייעתו דס"ל דלולי השמתא וקבלה על עצמו לסלק אם קרה לישראל נזק מגוי אין המוכר חייב כלל לסלקו בשום אופן דהוי גרמא בעלמא רק משמתינן ליה על נבלה שעשה להזיק לישראל ואם רוצה להפטר משמתא מקבל על עצמו כל הניזק א"כ אין כאן ראיה כלל להך דערב דהא מדינא גם התם פטור לסלק היזקו ושנזק שקרה לו קודם הנדוי המוכר באמת פטור ואף דיש לחלק ולומר התם בדנפשיה קעביד ולכך פטור משא"כ כאן דבחבריה עביד וחילוק זה כתב הראב"ד בפ"ז מהלכות חובל ומזיק ע"ש והמ"מ לא חלק עליו רק במזיק שעבודו של חבירו אבל בכה"ג אפשר לחלק וכ"כ מהריב"ל בתשובה. מ"מ עכ"פ אין ראיה כאן מהך האי בר ישראל דזבין וכו' וכשל עוזר וכו' ולכן לקמן בסי' קע"ה סעיף מ' דהכריע הרמ"א כדעת הראב"ד וא"כ אין כאן ראיה כלל רק הרא"ש נתן בתשובה עוד טעם דחייב לפצות לערב דהוי כאלו התנה. ומטעם זה נראה לחייבו אף בלי ראיה מהנ"ל אך זהו טעם מספיק באונס דשכיח דאסיק אדעתיה וה"ל כהתנה אבל לא באונס דלא שכיח כמ"ש מהרי"ק דמוכח כן בפ' מ"ש דעל אונס דל"ש כלל לא קאי תנאי וא"ש דברי הרמ"א להלכה ואולם היש"ש אזיל ג"כ לשיטתו דאף בהך דינא דבר מיצר' פסק שם בסי' כ"ד כהרא"ש ולא כראב"ד ע"ש. ונראה דכיון דכל צד חיוב דחיי' הרא"ש לפצות מכל עלילה הוא מראיה דזבין לנכרי דחייב לסלק כל אונסי' ובשביל דנתרצה לעשות מצוה להרביץ ארי לא גרע שיהא חבירו נפטר בתשלום הזיקו י"ל לחלק אם הך דנכנס ערב ונתרצה להרביץ ארי עשה לטובת חבירו גרידא שפיר כ'

מהר"ם ורא"ש דאף דנתרצה מ"מ לא יוגרע כחו בשביל כך בפרעון כי ע"ז לא נתרצה אבל אם נכנס ערב לטובתו כי היה שותף בדבר זו לא הרביץ חבירו ארי לו ולעצמו הרביץ הואיל והיה שוחף ולטובת עצמו עשה ואין על חבירו לסלק היזקו בעלילה והדרן לכלל אין אדם נתפס על חבירו כי מה איכפת ליה לשותף בעלילה זו ובזה מיוש' מה שהקשה הסמ"ע בס"ק י"ד מלעיל סימן צ"ג ולקמן סימן קע"ו דמשמע דאינו חייב לשלם אם היה לשותף שנכנס ערב לגוי עלילה ואינו משלם רק מה שהוצרך לפרוע מהדין והיושר. דלפמ"ש יש חילק בין שותף דעליה דידיה רמי' ואדעתא דנפשיה קעביד משא"כ כאן דלא היה לו עסק כלל במו"מ עם הגוי רק לטוב' חבירו נכנס בערבות וא"ש והחילוק ברור ונכון. ולא קשיא מסעיף ח' בשנים קבלו חכירת וכו' דמשלם כל הפסד דהתם לא נכנס א' בערבות כלל לגוי יותר מחבירו רק הגוי תובע לא' ופשיטא דכל הפסד בשותפ' לשניהם ועיין לקמן בסימן קע"ו סעיף י"ב חילוק בין עלילה קודם שחלקו או לאחר שחלקו וקודם שחלקו פשיטא דהעלילה לשותפ'. הואיל ושניהם נכנסים בערבות ופשוט וחילוק זו יותר נוחה ושוה לכל נפש מהחילוק שכתב הסמ"ע כנראה למעיין דבריו:

ז **יש שכתבו וכו' לא נשתעבד לוי וכו'** הרב ב"י נתן טעם דלכך הוי אסמכתא ולא הוי כשאר ערב בעד הלואה דבשלמא מלוה להוציאה ניתנה ואדעתא דהכי נחית לפרוע אבל ערב דשדה כיון שרואה שאין ערעור על שדם בעת מכירה סמכה דעת' שלא יוציאנ' מתחת יד הלוקח וכו' והוי אסמכתא עכ"ל והגי"ת בשער ל"ה ח"א דין ה' הק' דמ"ש גם בערב דעלמא אדעתא דהכי נתערב כי חושב הלוה עשיר ויפרע משלו ע"ש. ובאמת אין זו קושי' דבשלמא בערב דעלמא איכא חד ספיקא אי יפרע משלו או יעני ויחזור על ערב משא"כ בשדה איכא תרי ספיקא דלמא לא יבא ערע' כלל על השדה ואת"ל דיבוא על שדה ערעור דלמא יהיה סיפוק ביד המוכר לפרוע משלו ובהך טובי ספיקא לא מקני נפשיה. אך הא קשיא א"כ לאיזה צורך אמרינן דלכך ערב דכתובה לא נשתעבד משום דלאו מידי חסר' או מצוה קעבי' ולא אמרי' גם כן דהוי תרי ספיקא דאולי תמות בחייו ולא תבא לכלל גבי' ואת"ל דלא תמות דלמא יהיה בנכסי בעל סיפוק לכתובתה ודוחק לחלק:

ח **או קבלן שחייבו עצמם ע"ת וכו'** נר' דוקא בכה"ג שהלוה חייב עצמו סתם והער' נכנס בערבות ע"ת אבל אם הלוה התחיי' עצמו ע"ת והער' נתער' כשיהיה הלוה חייב לשל' שהוא ערב בעדו בכה"ג משתעב' והראיה ממש"ל מערב דכתוב' דהא הלוה לא נשתעב' רק ע"ת אם ימות בחיי' או יגרשנה א"ו דכה"ג כ"ע מודי' דמשתעבד כיון דבערבות אין תנאי ומעתה אין דברי' אלו סתירה למש"ל בסי' קכ"ט ס"ח בהג"ה בשס הרשב"א ובדברי

רמ"א לעיל דכתב על הך נדון דרשב"א וע"ל ס"ס קל"א סעי' י"ב משמע דדעתו דתלי' בהך מחלוקת דרמב"ם וראב"ד וצל"ע דהאיך יתיישב אליבם הך מילתא דכתובה וי"ל ועיי' סמ"ע ס"ק כ"ד ודוק:

ט **וי"א דאין בערבות משום אסמכתא** היינו בסיפא כשהתנה להדיא דאם לא יביאו דיהיה חייב לשלם אבל בבא דרישא לכ"ע פטור דהא לא שעבד נפשיה לשלם אם לא יביאנו ומ"ש הראב"ד דאולי נקח נפש תחת נפש עד דיפשר כבר כ' המ"מ דדבריו בלתי מובן ואולי רצון הראב"ד דתמור דהיה מנדי' ללוה כשמסרב לפרו' אף לערב משמתין עד דיתפש' וגם זה דחוק ואין לו מובן:

י **מי שלא פי' קצב הדבר וכו'** יש לי קצת קושי' בהרב מ"מ דפי' בהך דינא דרמב"ם דס"ל אם נתערב בעד אחריות שדה דהוי אסמכתא וכת' המ"מ הטעם דאין אחריות על הדמי' רק על השדה ותדע לך דודאי אם הוקרה או הוזלה וטרפה ב"ח דמוכר מגבין ללוקח כפי מה שהיא שוה בטריפא לא כפי הדמי' שקנאה לפיכך אין כאן ערבות על המעות אלא על הקרקע וכו' עכ"ל ולפי דבריו לא נתערב הערב רק לשלם כפי השוה שיהיה בעת הטריפא כי אם יהיה ביוקר מכפי מכירה מיקרי שבח ועל שבח גם כן נתער' ואם הוזלה אף לוקח דעלמא אינו גובה לדעת המ"מ ועיין מש"ל בסימן קי"ז ע"ש ולפי זה ל"ל לרמב"ם הטעם משום דהוי אסמכתא דלא משתעבד תיפו' דהוי ליה דבר שאינו קצוב כי מי יודע מה יהיה לשומת הקרקע בעת הטריפא ולכ"ע מיקרי דבר שאינו קצוב. ולא משתעבד ואפילו בקנין לא משתעבד כמש"ל הרמב"ם בדבר שאינו קצוב דלא משתעב' אפילו בקנין וצ"ע. ובאמת לולי דברי המ"מ הייתי אומר דלא נתערב זה אלא לקרן ולא לשבח וא"כ לעולם אינו משלם יותר מכפי הקרן וא"כ קצוב מיקרי דנא ס"ל כדעת התוס' בכתובת פרק נערה דהואיל ואינו קצוב למטה דמיקרי אינו קצוב. אבל לדעת המ"מ דסבירא ליה דאף ביוקר נתערב א"כ הרי אינו קצוב כלל וצריך לומר דזה דייק הרמב"ם לעיל וכזה הורו רבותי הרצון דאעפ"י דבדבר קצוב חלקו עליו מכל מקום כאן דהוי אסמכתא מודי' וא"כ כל הדין הזה לא נצרך אלא לרבותיו ולא לדידיה ודוחק:

יא **האומר לחבירו וכו'** עיין ש"ך ס"ק ט"ז דהסכי' לגי"ת בערב שלא בשעת מתן מעות בקנין ואותו ערב העמיד ערב דערב השני לא בעי קנין דלגביה מחשב כערב בשעת מתן מעות. ובאמת קשה להבין דמה על אמונתו הלוהו שייך פה הא גם לערב הראשון לא הלוהו על אמונתו דכבר נתן מעות רק הוא עשה קנין ונשתעבד אבל השני דלא עשה קנין במה ישתעבד ומה הימנ' דישתעבד נפשיה ואלו לא נעשה ערב מה ה"ל למעבד ולכן נר' דמיירי בקבלן דהראשון נעשה קבלן וא"כ מחשב כלוה ויחשב כאלו שעבד

עצמו בקנין לשלם לפלוני אף ע"פ שאינו חייב והעמיד ערב דמשתעבד (ועין לעיל סימן קכ"ט גבי נתן מתנה והעמיד ערב) דבאותו חיוב הוי כשעת מתן וא"כ השני משתעבד אך זהו בקבלן דהרי אם המלוה רוצה תובעו והרי הוא לוה שלו אבל בערב דאין ביד המלוה לתובעו תחילה א"כ אין כאן שם מ"מ כלל בערבות בקנין ואם הוא משתעבד השני דלא עשה קנין במה ישתעבד ומעתה ראיית הגי"ת מערב דמעמד שלשתן נסתר דשם אף לדעת הרא"ש דחוזר על הראשון מ"מ אם רוצה יכול לתבוע מהב' והרי הוא כקבלן ואדרבא לכ"ע אינו יכול לתובעו מן הממחה תחילה וא"כ הוא עיקר הלוה. וא"כ שפיר הוי בשעת מתן מעות דאמרינן דהוא עיקר הלוה והממחה הוא רק ערב דעלמא. אבל בערב ליתא לסברא זו. ומספיקא לא מפקינן ממון ודוק:

סימן קלב

א **אשה פנוי' וכו'** אינה חייב' לשלם עיין ש"ך דדעתו בשטר ולא כתבה מא"ק מ"מ גובה מהבעל דבמקום פסידא שוי' כיורש ולשיטתו אזיל דס"ל לעיל גבי דאקני כן בסימן קי"ב ע"ש אבל לפי מש"ל דאפסיד אנפשיה דה"ל לכתוב דאקני מכ"ש כאן דהוה ליה למכתב מא"ק דאף דנימא דיור' הוה מדינא דגמ' מטלטלין דיורשי' לא משתעבדי וא"כ ודאי דלא גבי ואין כאן ספק: אבל ביותר תמהני על דברי הש"ך דכתב אם המטלטלין בעין שהכניסה לו גובה מהן דדבר זה בלתי מובן דלא זו בערב דלא קיבל מהמלוה דבר דאיך שייך דמטלטלין בעין אף גם באשה שלותה אין לדבר זה שרש דהגאוני' אמרו במעות בעין שלותה אף דמלוה להוצאה ניתנה מ"מ הואיל והוא בעין גובה ב"ח אבל אם יש לה מעות אחר אפי' אלפים דינרי' אין ב"ח גובה מהם ומכ"ש מטלטלין כיון דאותם מטלטלים לא קבלה מהמלוה. ומה בכך דשעבודו עליהם בנשאת לבעל פקע שעבודו ואף קרקע שהיה לה לפי דקיי"ל שעבודא דאורייתא אפילו במלוה על פה היה שעבודו עליהן ואם נשאת לבעל אין המלוה גובה אפילו שהוא בעין ומכ"ש במטלטלין דאין שעבוד כלל עליהן דלא משתעבדי כלל ולא מצאתי לדבריו פותר כלל:

ב **יפרע מאיזה מהם שירצה**. ויש כאן קצת לתמוה על הש"ע דהא ראית הרמב"ם כמ"ש המ"מ וכן הגי"ת בדף ר' הוא מהך דאחי' שחלקו ובא ב"ח ונטל חלקו של אחד דאם באחי' יש להם לתבוע מאיזה מהן שירצה אף דנכסי בר נש הם ערבי' ה"ה בשני ערבים דיכול לתבוע מאיזה מהן שירצה. וזה ראיית' ותי' התוס' דמיירי בעשהו אפותקי או שאין לזה בינונית לא נח ליה לרמב"ם ומזה למד דין זה ולפ"ז למה דסתם המחבר לעיל בסימן ק"ז ס"ז דאין ב"ח גובה מיורש אחד כי אם בחצי שדה אבל ביש לו כדי שדה

א' לכל יורש אינו גובה משניהם רק מזה שדה ומזה שדה א"כ ה"ה בשני ערבי' נמי דהא זה נלמוד מזה וא"כ לעיל דסתם המחבר כדעת תו' ולכך כתב לעיל דוקא באפותקי דגובה מאחד מהן והיינו כתי' התוס' לא ה"ל להביא כאן דעת הרמב"ם ומכ"ש דהביא בראשון וכתב רק וי"ח דמורה הפסק להלכה כדיעה ראשונה ואמת כי גם דברי המ"מ לכאורה נראים כסותרים זא"ז דבהלכות מלוה ולוה פכ"ה בדין זה כתב דהרמב"ן חולק ארמב"ם וס"ל דהך אחי' שחלקו איירי באפותקי ואלו בפ"י מהל' נחלאו' בראשו כתב המ"מ בשם הרמב"ן ורשב"א דאחים שחלקו ולכל א' בינונית רצה מזה גובה רצה מזה גובה וזה מסכים לדברי הרמב"ם מבלי חולק וקו' זו הקשה הרב בעל כה"ג אך באמת נר' דלק"מ דבחדושי רמב"ן לב"ב גופיה יש לדקדק דכתב על הך אחים שחלקו יש שואלין אמאי נוטל חלקו של אחד מהן יתר משל אחיו ויש לומר כשהיה לו בינונית וכו' אי נמי משכחת ליה בדשוי' ניהלי' אפותיקי וכו' ואחר כך כתב ומשמע שאם נוטל בינונית ויש לאחיו בינונית דכוותי' ואתא עליו בעל חוב רצה מזה גובה רצה מזה גובה וכו' ובירושלמי פרק מי שהיה נשוי מצאתי כן וכו' בין ב' שטרות יוצאין על שדה אחת ובין שטר אחד יוצא על ב' שדות איזה מהן שירצו בית דין להחליט מחליטין ומסתברא תבע הוא את שניהם שודא דדיינא תובע הוא את אחד מהן גובה הימנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה שאין הבית דין תובעין מעצמן לעשות שודא עכ"ל והדברים נראים לכאורה מיניה וביה כסותרים דאם רוצה גובה מאיזה שירצה מה קשיא ליה מהך דבעל חוב דנטל חלקו של אחד עד דהוצרך לפרשו באפותיקי. וכן הקושי' לכאורה על הנמוקי יוסף דבב"ק כתב על הך דנטל חלקו של אחד מהן דמיירי באפותיקי דאם לא כן גובה מכל אחד חלקו כדתנן בבכור נותן פי שנים. ואלו בב"ב כתב דלכך אין ברירה דעל דעת כן חלקו כשיבא ב"ח לטרוף מאחד מהן שתבטל חלוקתן דדבר ידוע דב"ח טורף מאיזה מהם שירצה כדאיתא בירושלמי וכו' שטר א' על ב' שדות שודא דדיינא עכ"ל והדבר מבואר כרמב"ם דיכול לגבות מאיזה מהן שירצה. אמנ' נר' דלק"מ דכבר הקשה הגי"ת בשער נ"ה על הרא"ש דכ' בפסקיו ובתשובה סי' ע"ט ס' ז' דכשמגיע לב"ח מכל אח שדה שלימה צריך ליקח מכל אח ואח וא"י לגבות מאחד ב' שדות ומ"מ תי' על הך קושי' התוס' בא ב"ח ונטל חלקו מאחד דמיירי באפותקי ולא תי' דמיירי דלא הגיע לו מאחד רק חצי שדה ורשות בהו לגבות מאחד הכל. והבעל פלפלא חריפתא הרגיש ג"כ בזה ופי' דבאמת כדאסיק הרא"ש שחילוק זה בין חצי שדה לשדה שלי מה חזר מתי' התוס' דמיירי באפותקי ומלבד דדבריו דחוקים בפסקי הרא"ש אף גם בתשוב' הנ"ל א"א לישבם כלל דהרי מתחילה חילק בין שדה שלימה לחצי שדה ואח"כ הביא דברי תוס'

דמיירי באפותקי. ולכן נר' דלק"מ דא"א לומר הך שמעתא דבא ב"ח ונטל חלקו מיירי בחצי שדה דהא הבעל פלפלא חריפתא וכן הסמ"ע בסי' ק"ז פירשו דחצי שדה מיקרי שאין בו ט' קבין שיעור שדה דנאמר במשנה ב"ב ושדה שלם פירש ט' קבין וא"כ אי אמרינן דנטל חלקו פי' ט' קבין א"כ ע"כ דחצי חלק פחות מט' קבין דאי הוא ט' קבין נוטל חצי מזה וחצי מזה וא"כ איך אמרינן לר"א נוטל רביע בקרקע רביע במעות הא רביע אין בו ט' קבין ואיך יטול בו חלק הא קי"ל אין חולקים שדה עד שיהיה בו ע' קבין רק יש בו גוד או איגוד וא"כ או הוא נוטל כל קרקע ונותן לאחיו השני מעות או השני נוטל כל קרקע ונותן לו הכל במעות ולעול' לא תמצא דיטול רביע קרקע ורביע מעות. ועכצ"ל דהך רביע קרקע היא כשעור שדה ט' קבין ומיניה דב"ח דנטל חלקו הוא ד' פעמים ט' קבין וקושית הרא"ש שפיר ועכצ"ל באפותקי ודברי הרא"ש נכונים וברורים. ומעתה גם דברי הרמב"ן והנ"י הכי מתפרשי' דמ"ש דאם יש לזה בינונית ולזה בינונית רצה מזה גובה רצה מזה גובה אין הכוונה דיש לזה ב' שדות ולזה ב' שדות דאז גובה מכל א' שדה רק מיירי דלכל א' רק שדה א' אז הברירה בידו לגבות מאיזה שירצה ולא מצי לטעון מה חזית זיל לב"ד ויעשו שודא או נטיל גורל בשל מי יגב' רק הברירה בידו וע"ז סובב ראיה שלו מירושלמי דשם מפורש שטר א' על ב' שדו' שודא הרי דמיירי רק מב' שדות לזה שדה א' ולזה שדה א' וע"כ יש לו ליטול מא' מהן דאין לו ליקח חצי שדה אבל לא קאמר בירושלמי שטר א' על ד' שדות. ובזה נועל רק מכל א' שדה אחת. והדבר ברור ברמב"ן אף דלישנא סתום מ"מ ראיה שלו מירושלמי מורה בבירור על זה כמ"ש דהא לא נאמר רק ב' שדות. וגם דברי הנ"י דתקע יסוד שלו על ירושלמי מיירי ע"כ בזה אופן ואף עפ"י דהנ"י נתן זה טעם דלכך בטלה מחלוקת כו' דדבר ידוע דב"ח טורף לאיזה שירצה והך שמעתא איירי כמש"ל בב"ח דטורף שני שדות ויוחר מ"מ לק"מ דמתחילה כשחלקו וכי ידעי איזה ב"ח שיבא וא"כ אי יבוא ב"ח קטן שכל חובו רק כשויה שדה א' הלא יטול מאיזה מהן שירצה דאינו גובה חצי שדה וא"כ אדעתא דהכי חלקו שלא יפסיד הא' חלקו בגביתו וא"כ אף שבא ב"ח גדול וטורף השדה של אפותקי חייב השני לשלם חלקו וא"ש. והן הן הדברים בתוס' בב"ק דס"ל דלכך אמרינן וויתר גבי שני' שלקחו קרקע ולא בא' קרקע וא' מעו' דהואיל בקרקע כל אחד בספק גביה מב"ח אדעתא דהכי חלקו שיפסיד על מי שיבא הב"ח והקשה מהר"ם מלובלין ומהריב"ל דהא מיירי בשויה אפותקי וא"כ א"א ליה לגבות רק מזה ותי' הגי"ת בשער נ"ה דחה מהר"ם על נכון דאף דנאמר דמ"מ יש לו לב"ח הברירה לגבות משני הואיל ולאו אפותקי מפורש מ"מ א"י לגבות רק חצי חובו משא"כ מזה גובה כל חובו ותי' מהר"ם

לא נהיר כנר' אבל באמת לק"מ הא בעת חלוקה לא ידעו מב"ח ההוא ואפותקי כי איך חלקו רק הם מסופקים אולי יבוא ב"ח וא"כ הם מסופקים אולי יבא ב"ח באפותקי וכל א' מסופק אולי קרקע שלי אפותקי וזה אומר אולי קרקע שלי אפותקי ועל תנאי זה חלקו כל מי שיהיה קרקע שלו אפותקי ויהיה נגבה נב"ח שיפסיד ודברי תוס' נכונים. ומעתה גם דברי המ"מ נכונים דמ"ש בהלכות נחלות בשם הרמב"ן דאם יש לזה ולזה בינונית דגובה מאיזה שירצה הכוונה בשטר אחד ושני שדות כמ"ש הרמב"ן אשר למדו מדברי ירושלמי הנ"ל דאז לא סגי בלא"ה דאין מגבין לב"ח חצי שדה כנ"ל אבל במקום שיכול לגבות מכל א' שדה שלימה אין גובה מא' הכל ואף דלשון המ"מ סתו' ומשמע דבכל גווני מיירי מ"מ האמת עד לעצמו דכד מעייני בדברי הרמב"ן בחדושיו ומקורו מירושלמי הדבר ברור בכה"ג איירי ולק"מ ונכונים הדברים. ומעתה הקושיא שהקשינו על הש"ע קשה דכיון דפסק לעיל כהנך פוסקים לחלק בין מגיע לא' חצי שדה ושדה שלימה וכאן פסק אפילו באינו מפורש דגובה מאיזה שירצה הא לשיטת התוס' הך דינא דרמב"ם כאן ליתא. ובאמ' לדינ' מסתב' דעת התו' והרמב"ן והרא"ש והנ"י דבשני שדות גובה מזה שדה ומזה שדה כי הך תוספתא דמביא רמב"ן מסייע לו וגם קושי' התוספות מהך דבכור בבא עליהם חוב הבכור נותן פי שנים. והנה הרב גי"ת נתקשה ברא"ש בב"ק דמתחילה העתיק דברי התוס' דמהך יצאו עליהם שט"ח בכור נותן פ"ש מוכח דגובה מכל א' חלקו וכ"כ בתשובה הנ"ל ובסוף דבריו סיי' והא דקתני בפ' י"נ יצא עליהם שט"ח וכו' דינא קמ"ל דחייב לפרוע פ"ש דלא תימא מתנה יהיב ליה רחמנא כו' ולא לענין שיצטרך ב"ח לגבות ממנו ב' חלקים עכ"ל והדבר סותר לראש דבריו דהביא ראיה מהנ"ל והדברים צריכין עיון. ומה שנ"ל דודאי לא נעלם מעין חכמת התוספות תירוץ זו של הרא"ש רק דא"כ סיפא קשיא ליה דא"כ דהא דנותן פ"ש היינו שכבר גבה ב"ח מאיזה שירצה הוא חייב ליתן בשביל פרעון ב"ח איך קתני ואם אמר אינו נותן ואינו נוטל רשאי ופר"י דהיינו כדי שיהיה יתר נכסים שייך ליתומים קטנים ואין ב"ח גובה ממנם ע"ש הא לא מיירי מב"ח כי הב"ח גובה חלקו מגדולים רק הברייתא איירי דהוא הבכור חייב לחזור ולפרוע ומה שייך כאן אינו נותן ואינו נוטל אם אינו נוטל מרויחים שאר אחי' ופשיטא ול"ל דאיירי בכה"ג דזולת הבכור כולם קטני' ולכך הב"ח כשבא לגבות אינו יכול לגבות רק מבכור וחלק פשוט מבכור אין מספיק לפרעון חובו לגמרי ולכך כשבכור נוטל פי שנים גובה ב' חלקי' אבל אם אומר איני נוטל אין לו רק ח"א ואין כאן הכרע דאינו יכול מא' לגבות כל חלקו כקושי' התוס' והרא"ש דא"כ קשה פשיטא דבכור נותן פי שנים דהא ירית פי שנים (ול"ל כתי' הרא"ש דה"א מתנה קרי' רחמנא דכיון דאין לב"ח ממקום אחר

לגבות זולתו מה איכפת לים לב"ח אי הוה מתנה לו יהא מתנה וכי א"י (לגבות ממנו כשאין מוצא מרווח במקום אחר ואין נפרעין מנכסי' משעובדי' לא שייך כאן כנודע כי אין כאן תיקון עולם וגם דרך משל הבכור נוטל ר' ופשוט ק' וא"כ חובו כמה הוא אי חובו הוא ש' זהובי' ולכך נוטל מבכור כל הר' משא"כ במסלק עצמו מבכורה אין לו רק ק"ן דהשני קטן א"כ פשיטא דבכור כשנוטל פ"ש דמשלם דמה בכך דהוא מתנה הא חובו כנגד כל חלקו ומה איכפת ליה בו במתנה ואי אמרינן דמיירי בכה"ג דחובו הוא ר"ן והא דמתנה קרי' רחמנא ואין לו מבכור רק ק"ן זהו' והק' נשארי' ימתין עד שיגדיל האח הקטן אבל כשאמרינן דבכור משלם פי שנים צריך לשלם קס"ו זה' ושני שליש א"כ עדיין קשה למה קתני דנוטל מבכור רק פי שנים דהוא קס"ו הלא באמת הבכור נוטל לחלקו ר' זהו' והלא הב"ח יש לו הברירה ליטול מאיזה אח שירצה כל חובו ויטול כל הר' מן הבכור הגדול) ועוד תינח לדידן דקיי"ל בטלה מחלוקת אבל למ"ד וויתר קשה אי איירי דכבר גבה מאחד כל חלקו הלא אין לאח השני לשלם כלל ואי דבא מתחילה ליטול הלא נוטל מאיזה אח שירצה ואיך שייך פי שנים ודברי התוספות מוכרחים והא דכתב הרא"ש בסוף דבריו דקמ"ל דחייב לפרוע וכו' היינו דלולי תי' הרא"ש הוה צ"ל בקישיא שלו דמה קמ"ל דפורע פי שנים דמיירי דבכור נטל ב' שדות ופשוט שדה א' וחובו כנגד ב' שדות וא"כ לולי דנטל פי שנים היה גובה מזה שדה ומזה שדה אבל עכשיו נוטל מזה שדה ושליש ומזה ב' שלישי שדה. והוגרע כחו דצריך ליטול כחות משדה א' במקום א' וה"א דב"ח יכול לטעון מה איכפת ליה בבכורתך אלו הוה אביך קיי' היתי גובה שני שדות אף עכשיו כן ומה לי בחלק בכורתך הוא רק מתנ' בעלמא וקמ"ל דלא דאין לו לתבוע רק כפי חלק ונוטל מבכור פי שנים אף דמגיע לו חצי שדה ולפי תירוץ זה יהיה מוכרח דאף חצי שדה נוטל הב"ח מכל אח וזה דלא כמ"ש הרא"ש דבחצי שדה א"א לכופו ולכך כתב הרא"ש והא דקתני בפ' י"נ יצא עליהם שט"ח כו' דינא קמ"ל דחייב לפרוע וכו' ולא לענין שיצטרך ב"ח ליטול הימנו שני חלקים. וזהו דקמ"ל אבל מ"מ דינא של התוס' מוכרח כהנ"ל מדסיפא וגם למ"ד וויתר ובא הרא"ש רק לומר תירוץ על הך קושיא דמה קמ"ל דלא יהא מוכח מיניה דאפילו חצי שדה גובה וא"ש ולק"מ ומ"מ דינו של הש"ע צ"ע:

ג **חוזר ותובע מחבירו חלקו** עיין ש"ך ס"ק ה' דהביא דעת המבי"ט דפירש דזהו לשיטת הי"א אבל לדעת הרמב"ם דס"ל מאיזה מהן שירצה יפרע הכל ופרע א' אין לאחד תביעה על השני והש"ך האריך לסתור דבריו וא"צ לכל האריכות דהא המ"מ פירש ברמב"ם כמש"ל דלמד דינו מהך האי' שחלקו דה"ל כשנים שערבו דנכסי בר נש הם ערבים ולכך

יש רשות ביד ב"ח לתבוע כל הפרעון מאח אחד. והא התם קי"ל דאם פרע דחוזר וגובה חלק שפרע יותר משאר אחי'. כמבואר בגמרא וע"ש בגמרא כל הפלפול ואפי' לדעת הנ"י דאמרינן אדעתא דהכי חלקו דהא ביד ב"ח לתבוע מאיזה מהם שירצה ולכך דעתם לשלם לחבירו החצי אף כאן כן דהא ביד ב"ח לתבוע מאיזה שירצה ומהיכי תיתי לחלק בין הך להא דאחין כי הך דינא נלמוד משם וברור ופשוט. ועיין תשובת עבודת הגרשוני סימן ע' במ"ש בשם מהרש"ל ע"ש:

ד **שיכול המלוה לתבוע וכו'** ואם פרע ערב השני דעת הרב המוסמך המבי"ט דאינו רשות לערב ההוא לחזור ולתבוע החצי מערב הראשון הואיל ומחל לו המלוה ודעת הש"ך בס"ק ה' דמ"מ חוזר עליו ותובע החצי. וצ"ע לדינא בפוסקי' כי לפי הסברא וסתימת לשון הפוסקים משמע כדעת המבי"ט דאם יש לו לערב השני תביעה על הראשון ה"ל לפוסקים להזכירו והרי זה בכלל חוזרים חלילה דערב השני מהראשון והראשון מב"ח דיאמר פטרת אותי וכו' וגם הסברא נותן דהראשון פטור דיטעון מה לי ולך הלא לא ערבתי לך כי אם למלוה והוא פטרני והריני כאנו לא הייתי מעולם ערב. ולכן צל"ע כי אין להכריע מסברא בלי ראיה ברורה מהפוסקים ובשגם שקצת יש להביא ראיה לדברי הש"ך מהא דאחים שחלקו ובא ב"ח וגבה מאחד דצריכין שאר האחים ליתן לו חלק המגיע להם בפרעון. וזהו ברור דאף דב"ח פוטר א' מהאחים וגבה מהשני דמ"מ חייב לסייע בפרעון והרמב"ם כפי מה שכתב המ"מ כהנ"ל מדמה זה לזה אך דיש לחלק על כן צל"ע. והרי זה בספיקא דדינא ואין להוציא ממון מיד המוחזק:

סימן קלג

א **ואם אמר לו אל תחזיר כו'** נאמן במגו דנאנסו כו' הש"ך בס"ק ב' פקפק על זה אף עפ"י שהדברים אמורים ברא"ש וטור מכל מקום לטעם הנ"י אין לו מגו דהוי במקום עדים דאנן סהדי דלא פרעו הואיל והתרה בו אל תחזיר אלא בעדים ונסתייע מדברי התוס' פ' חז"ה מ"ה ד"ה המפקיד ע"ש. ובאמת קשה לומר דאמירה אל תחזיר אלא בעדים יהיה למפקיד יותר יפוי כח מאלו לקח שטר פקדון הלא שטר הוי יותר מאומר לו לא תחזיר אלא בעדים דהא ראה דלא האמין לו ולא היה מרוצה בפני עדי' ואמירה אל תחזיר עד שטרח ליתן פשיטי דספרא וליקח שטר גמור. וזו לא מצאנו בשום מקום דיגרע כח שטר מאמירה כל דהוא כזה ואם כן אם בשטר קי"ל דנאמן במגו דנאנסו איך ס"ד לומר באמירה א"ת אלא בעדי' לא יהיה נאמן ולכן נראה דאף להס"ד בתו' ב"ב הנ"ל לומר דסבירא ליה לרבה הואיל וצריך להחזיר בעדי' הוה כאומר אל תחזיר ול"ל מגו

היינו דסבירא ליה לתו' דרב' דאמר כך לית ליה דר"ח דאמר המפקיד בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו דאיך ס"ד במפקיד בעדים לא יהיה נאמן ובשטר יהא נאמן וכ"כ הרמב"ן דלית ליה הך דר"ח רק קושית התוס' דאף למאן דפליג התם משמע דלא פליג רק בשטר דמצי למימר שטרך בידי מה בעי אבל בעדי' מודה. ועל זה תירוץ התוספות שפיר דמאן דפליג סבירא ליה דמפקיד בעדים אין צריך להחזיר בעדי' ואם כן לא הוה כאומר לו אל תחזיר לי אלא בעדי' ולכך בלי שטר נאמן במגו. ורבה דסבירא ליה דצריך להחזיר הוי כאומר אל תחזיר לי רק בעדים ולית ליה מגו אך זהו הכל להחולקים אר"ח וס"ל דנגד חזקה שטרך בידי מה בעי לא מהני מגו א"כ ה"ה נגד הך חזקה לא מהני דאין פורע בלי עדים הואיל ואמר לו להחזירו בעדי' דוקא אבל לפי דקי"ל כר"ח דאף בשטר נאמן במגו דנאנסו אף דחזקה שטרך בידי מה בעי אלימא מכל מקים מהני הך מגו ומכ"ש דמהני נגד אמירה א"ת לי אלא בעדי' גרידא. וזה ברור ומה שכתב הש"ך מהך טעמא דנ"י הך מגו דהתם לומר פרעתי בפני פלוני ופלוני בלא"ה לאו מגו טוב הוא כמו שכתב הרא"ש וסייעתו ולכך בחזקה כל דהוא דחינן ליה מה שא"כ מגו דנאנסו דהוא מגו טובה וחזקה לא דחינן אותו מכח הך חזקה. וגם כי אמרינן הך חזקה דנ"י היינו בהלואה דרואה שאין המלוה מאמין לו פן יכפור בו וצוה עליו מבלי להחזירו רק בעדים אף הוא כשפורע אינו פורע אלא בעדים כי רואה שלב המלוה חלוק אתו משא"כ בפקדון א"א לומר דלא מהימן ליה דאיך מוסר לו פקדונו הא יכול לטעון נאנסו ואין איש המכחישו בשום אופן וא"כ אף דאומר לו אל תחזיר לי רק בעדים חושב שהוא רק דרך עצה טובה וכדומה ולא שלבו חלוק מאתו מבלי להאמינו ולכך פורע אף בלי עדים ופשוט ונכון בלי פקפוק דברי הרא"ש והטור:

ב **אמר המערער וכו'** רבים יגעו ליישב דברי ר"י הובא בטור לפרשו ואין פותר אותו ולענ"ד דנדון רבינו יונה כך היה דהוא ראובן הפקיד ביד שמעון ואמר לו אל תחזיר לי אלא בעדים ובא לוי לשמעון ואמר ראובן מכרה לי וצוה לתת הפקדון בידי ושמעון ידע מזה ונתן ועכשיו תובע ראובן החפץ מלוי וטען לוי לקחתי ממך ואתה צווית ליקח החפץ מיד שמעון במעמד שמעון כי קניתי אותו מידך. וראובן כופר ואמר שלא במצות ורצוני מסר לך שמעון החפץ: ופסק רבינו יונה אע"פ שיש ללוי מיגו דמידך לקחתי מ"מ הואיל והודה דמיד שמעון נמסר לו וראובן יכול לתבוע שמעון החזיר לי פקדוני ופשיטא דחייב דהא לית ליה טענת החזרתי דהא צריך להחזיר בעדים וגם מגו דנאנסו לית ליה דהא הוה ליה ראה ביד המוחזק וא"כ חייב הנפקד הראשון לשלם ליד המפקיד וא"כ דחייב לשלם למפקיד אף הוא חוזר על המחזיק דיאמר מה לך להחזיק בשלי כיון

דאמ צריך לשלמו הרי החפץ שלי ולא של המערער ומה לך להחזיק בשלי (וס"ל לרבינו יונה אפילו ידע הנפקד דהנכון עם המחזיק מ"מ כיון דהוא צריך לשלם יש לו לתובעו מיד המחזיק דהרי הוא שלו ולא של המערער דהרי שלמו וא"כ אין למחזיק להחזיק בשלו ולעיל סימן נ"ח לא משמע כן אך און מזה תפיסה כ"כ על רבינו יונה ז"ל) וא"כ אף דנפקד ליתא לפנינו הרי המערער מוציא מיד המחזיק מדר"ן כיון שיש לו תביעה על הנפקד וע"כ איירי בדלית ליה נכסי לנפקד דאל"כ בלא"ה מה טיבו עם מחזיק ילך ויתבע לנפקד (וזה פשוט דמיירי דאין לו מקום גבי' גבי נפקד דמעל בפקדונו לדעתו דאל"כ לכל הפירושים ברבינו יונה קשה ילך ויתבע לנפקד) ומ"ש רבינו יונה בלשונו שהרי יש לומר מן הנפקד בא לידו פירושו אף דזה הכל מודים דקבלו מנפקד רק הואיל והוא אמר במעמדו וציוי של המערער מסרו הנפקד אין זה קבלה מנפקד רק כקבלו מן המערער עצמו נחשב דשליח' קעביד. וכן מ"ש הואיל ואנו חושדין את הנפקד שלא החזירו מובן ג"כ בזה אופן דאין נתנו בצוי המפקיד למחזיק אין לך החזרה גדולה מזה. רק דאנו חושדין דהאמת במערער דעבר ונתנו ליד המחזיק בלתי רצונו ואין כאן החזרה ואף הוא צריך להחזיר בעדים ונכון כן י"ל בכוונתו ול"ק עליו ופי' זה יותר מרווח לדעתי ממ"ש בו כל המחברים שראיתי:

ג **וי"א דצריך המערער לישבע וליטול** וכן נ"ל עיקר הקשה הש"ך בס"ק י"א דמחבר סתם פה דא"צ שבועה ואלו לקמן בסימן ק"נ סעיף וי"ו הביא דעת החולקים ג"כ דס"ל דטענין ליתמי כל מה דאבוהן מצי לטעון וכן הקשה דכאן כתב הרמ"א דכן עיקר ולקמן לא הכריע וכתב דמה דתי' הסמ"ע בסימן קמ"ט ס"ק ל"ט הוא דוחק ותי' הוא בקושיא שלו על המחבר דשם הוי כטוען במשכון דצ"ל בנק"ח כדעת הגאונים עכ"ל ותי' אינו דא"כ הך שבועה דלקמן בסימן ק"נ הוא שבועה בנק"ח ולא כן הוא דהך דעה הוא דעת הרא"ש וברא"ש מבואר דאינו נשבע רק היסת ולא שבועה בנק"ח וכבר מבואר בבע"ת שער מ"ט ח"ב דלא דמי הך דסימן ק"נ להך דנשבע ונוטל במשכון דשם כבר אכל פירות והיורשים תובעים דמים והוא אמר אביכם חייב לי וא"כ אין כאן נוטל כלל. רק נראה דכאן בדברים העשוים להשאיל אף הרא"ש י"ל דמודה דלא טענין ליתמי דהא כל טעמא של להשאיל ולהשכיר דנאמן המשאיל משום תיקון עולם דאל"כ ימנעו בני אדם להשאיל זה לזה וכי יהיה צריך תמיד עדים כמו שכתבו התוספות ב"ב דף מ"ה ד"ה אבל וכו' עיין שם ואם כן אלו צריך לישבע מספק לגבי יתומים עדיין ימנעו בני אדם להשאיל ולהשכיר כי יאמרו אולי ימות ויהא עלינו חיוב שבועה על מגן. משא"כ בהך עובדא דק"ן דשם לא שייך כן. ובדברי רמ"א יפה תי' הסמ"ע ועכצ"ל כן דהא הראב"ד ס"ל בדינא

דהכא דנשבע בנק"ח ובבעה"ת הנ"ל תי' הראב"ד דרבה בר משרשום דתפס הפרי במגו דלקו' א"צ לשבועה הואיל וכבר אכל פירי וע"כ הדבר מוכרח לחלק כמ"ש הסמ"ע דכאן מיקרי מוציא משא"כ לקמן מיקרי מוחזק ופשוט:

ד **אבל אם טוען גנובים וכו'** שם גניבה בעיר והש"ך בס"ק י"ג האריך להביא דעת תוס' ורא"ש ומרדכי דס"ל בטוען גנובים סתם נאמן בדבר העשוי להשאיל ולהשכיר דהא יש לו מגו ואחזיקי אנשי בגנבי לא שייך כיון דאין אומר מי גנבן. ועיין מש"ל בסימן צ' באריכות אבל לכ"ע אם לא יצא שם גנבה צריך להחזיר לו דמים משום תקנת השוק כמ"ש הש"ך ופשוט:

ה **והלה טוען שנגנבו וכו'** עיין ש"ך ס"ק י"ג הנ"ל שפירש בשם אביו הגאון ז"ל ברמב"ם דאין הפי' דטוען דחבירו גנבו ממנו רק השאילו לחבירו וחבירו מכרו לו רק כיון דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקין אף זה כיוצא בו דהיינו גנב ששלח ידו במלאכת רעהו שמכר לאחר מה ששאול אצלו נסתייע מדברי הרב המ"מ דכתב מפני שאין אנו מחזיקין בני אדם לגנבים אינו נאמן לומר נגנב ממני או השאלתיו לאחר ומכרו לך עכ"ל. והנה כגון דא צריך פירוש לפי' חדא דא"כ דזה הוה גניבה דמכר לאחר דבר השאול אצלו א"כ מה הבדל יש בין טוען גנוב הוא אתך דאינו נאמן או דטוען שאול הוא אתך והוא מכחישו אין לך גניבה יותר מזה דכיחש בעמיתו לכפור בפקדונו. ועכצ"ל הואיל ובהיתרא בא לידו שפי' חיישינן דאולי כופר וכמ"ש ספק מלוה ישינה יש לו עליו וכדומה. אבל לגנוב לא חיישינן דזה לא שכיח ומירתת אולי יתפוס ואנה יוליך חרפתו וכל העולם ברז יבוזו לו. וא"כ אף בטוען על אחר שהוא גנבו ג"כ לא חיישינן אבל בשאלה והוא שלח ידו בו למוכרו חיישיק כמ"ש דמ"ש ועוד קשה לדברי הרמב"ם גמרא ערוכה בשמעתיה דאומן דפרכינן מ"ש רישא ומ"ש סיפא ואוקמינן סיפא ביוצא מתחת ידי אחר ואחר קטען בפני אמרת לאומן למוכרו לית מגו דאי בעי אומר מינך זבניה וכו' וקשה למה לי טעמא דאמר בפני אמרת וכו' דה"ל מגו הא אף דלא קטען כן יהא מחזיק בשלו דהא דין אומן ודין דברים העשוים להשאיל ולהשכיר חד דין אית ליה וכיון דהיה ביד אומן והוא נתן לו א"כ לפי דברי התובע גנב האומן למכור חפצו של בעה"ב ואיט נאמן. וצ"ע לכאורה ולכן ליישב דברי המ"מ צ"ל דדבריו הם לאו דוקא דבשביל חזקה זו אינו נאמן דודאי יש הבדל כמ"ש רק הואיל ואינו הראשון לפנינו אמרינן כיון דלפי דברי התובע לא טוב עשה בעמו לגנוב דסוף כל סוף גניבה הוא כמ"ש המ"מ ולא מפקינן אינשי מחזקת כשרות ואמריק אלו היה כאן היה מברר בעדים שלקחה הימנו ואין מוציאין מיד המוחזק וכעין זו כתב הב"ח רק הב"ח כתב זה בסתמא ודלא כמ"מ ולכך קשיא ליה דא"כ אף ליורש

לטעון דקי"ל טוענים ליורש וללוקח ולמה אמרינן דדברים העשוים להשאיל מוציאין מידי יורשים כמבואר בגמרא והב"ח דחק עצמו ולפמש"ל ניחא דודאי לולי הך סברא דמ"מ לא היינו אומרים כן להחזיק בכלים העשוים להשאיל והם בחזקת מרא קמא. רק כיון דיש כאן סברת המ"מ ג"כ דאם נאמין למערער הרי מחזיקין זה המוכר ושולח יד בפקדון ואין פוסלין אדם שלא בפניו ואמרינן אלו היה לפנינו הוה מברר שלקחן ואוקי גברא בחזקת כשרות ומעתה ל"ק מיורש דהתם אין כאן גריעותא לחזקת כשרות דמורישם הא לא שלח יד בפקדון ואלו היה חי החזיר פקדון שלו כראוי ופשוט. ולכך ל"א אולי הוה מברר בעדים כיון דליכא חזקת כשרות מסייע ולק"מ דשם מירי דאומן לפנינו ולא מצי לברר וא"כ לולי דיש לו מגו דטוען בפני אמרת וכו' היה מוציאן מידו דאין כחו יפה מאומן ואוקמא אומן אחזקתו חזקת כשרות לחוד במקום דחזינן דאינו יכול לברר לא אמרינן ולק"מ. ולמד הרמב"ם הך דינא מהך דקתני המכיר כליו וספרים ביד אחר דבעי דוקא יצא לו שם גניבה בעיר וקשיא ליה קושית התוס' הא ספרים עשוים להשאיל וא"כ יש לו מגו דשאולים ול"ל יצא שם גניבה בעיר וס"ל לרמב"ם בישובו דמגו דהשאלתיך כיון דהוא קצת מגו להוציא כמ"ש התוס' והש"ך אף דבאמת אין זה קרוי מגו נהוציא כמ"ש הש"ך וכמש"ל בסימן צ' מ"מ הא איכא ג"כ כאן מגו דהעזה דאם יאמר לך השאלתיו מעיז בפניו ויותר נח לו לומר אחרים גנבוהו ונתנו לך דאינו מכיר בשקרו ואף דמצינו דאמרינן מגו דהעזה מ"מ בצירוף תרתי מגו להוציא והעזה כולי האי לא אמרינן ובכמה דוכתי במקום דהטענה גרועה לא אמרינן מגו דהעזה ומכ"ש כאן דאיכא צדדים רבים ולכן צדקו דברי הנ"י דכתב על הך דמכיר ספרים בישוב קושיא הנ"ל דהוי מגו דהעזה והש"ך בדיני מגו השיג עליו ועל הד"מ והסמ"ע שהביאו דבריו דהא בכמה דוכתי אמרינן מגו דהעזה דלפמ"ש כאן בטענה גרועה כזה ודאי לא אמרינן לק"מ. אך קשה הא מ"מ יש לו מגו דהשאלתים לאחר והוא מכרן לך דמוציאן מיד המחזיק ובטוען כן ג"כ אינו מעיז בפני המחזיק ואינו מכיר בשקרו. ועכצ"ל דבכה"ג אינו נאמן המערער ואין מוציאין מיד המחזיק כלל. דטענין ליה דהיה המוכר מברר בעדים וכמש"ל וא"כ ליה מגו ודברי הרמב"ם מוכרחים בגמרא. ולולי דמסתפינא לומר פי' אחר ברמב"ם מה שלא פירש בו הרב המ"מ הייתי אומר דודאי אם הכלי שטוען שלקח מאחר גם לגבי פלוני ההוא עשוי להשאיל בזו לא יחלוק הרמב"ם דמוציאן מיד המחזיק דמה איכפת לן שמכרן ולא יפה כח השני מהראשון ואם כן עדיין אתה נועל דלת בפני המשאילים דהוא ישאיל כלי וימכרו לאחרים אלא הרמב"ם מירי בכה"ג דהכלי לגבי המחזיק עשוי להשאיל ולהשכיר דרך משל ספרי דאגדתא והמחזיק הוא בעל תורה אבל

הפלוני שלקחן הימנו הוא ע"ה מוחלט ולגביה אין עשוי להשאיל כי לאיזה צורך ישאיל לו ומה יעשה בו. וא"כ בשזה טוען שלקחו מפלוני והמערער מודה שבא ליד פלוני ולא השאילם למחזיק א"כ אין להוציא מיד המחזיק דהא אלו היה ספר עדיין ביד המוכר לא היה המערער נאמן בטענתו השאלתיך כי לגביה הוי כדבר שאין עשוי להשאיל וא"כ אף הלוקח דאתא מחמתיה ידו כידו ולא מצי המערער לטעון שאול היה ביד המוכר וקמ"ל הרמב"ם אף דהוה ליה מגו דאי בעי אמר לך השאלתיך דנאמן דלגביה הוי כדברים העשוים להשאיל א"כ אף בטוענו למוכר השאלתיו יהיה נאמן מ"מ קמ"ל דאינונאמן דה"ל מגו דהעזה וגם ידו כיד הראשון וכיון דלגבי ראשון אינו נאמן אף לגביה אינו נאמן וגם בהא ודאי הוי מגו להוציא דבשלמא בעלמא אמרינן הואיל והוא להשאיל הרי הוא בחזקת בעל הראשון וקרוי ביה מוחזק אבל זה כשהיה ביד המוכר כבר יצא מחזקתו של בעל הראשון והרי הוא בחזקת מוכר והלוקח דבא מחמתו אף הוא קרוי מוחזק ומגו להוציא לא אמרינן ונכונים דברי הרמב"ם וברורים לדינא ואין כאן מקום שאלה ובהכי ניחא דלפי מ"ש המ"מ א"כ דין ח' ודין ה' ברמב"ם הלכות טוען פ"ח הכל א' הן והדבר כפול דאם אינו נאמן באומר השאילו לאחר מכ"ש דאין נאמן בטוען אחרים גנבו ממני. אבל לפמ"ש ניחא דדין ח' דבר אחר הוא כמ"ש ודוק:

סימן קלד

א **נתתיו לך** כתב הסמ"ע דאם טען השאלתיך והם כלים שאין עשוים להשאיל אינו נאמן במגו דנתתי לתקן דה"ל מגו להוציא. ולפמש"ל בסי' צ' דלכך בכלים העשוים להשאיל וטוען גנובים הם דנאמן לדעת ר"ת אף דמגו להוציא לא אמרי' משום דהכלי בחזקת המשאיל א"כ אף כאן הכלי בחזקת הבעה"ב ולא שייך כאן מגו להוציא. וזהו אפשר טעמו של הרי"ף דסובר באומן אפילו ליכא עדי ראה הבעה"ב נאמן אע"ג דאית ליה לאומן מגו החזרתי משום דהכלי בחזקת בעה"ב והוי מגו להוציא וא"כ אף דבהא לא קי"ל כהרי"ף מ"מ בזה דלא יהא מגו של בעה"ב קרוי מגו להוציא אפשר דכ"ע מודים ולכן דינו של הסמ"ע צל"ע:

ב **אם הטלית יוצא מיד אחר וכו'** עיין מ"ש ש"ך ומש"ל בסימן ע"ב בקיום דברי רשב"א ביוצא מתחת ידי אחר הוה ליה ראה דלא ישקר האחר לכפור במה שתחת ידו וא"כ א"צ לומר כמ"ש הסמ"ע דיש כאן עדי ראה ועיין שם:

ג **וי"א דוקא שנשתהה בידו וכו'** וצ"ל אע"ג דהוא מגו דטען עכשיו מסרת לי ולקחתי ממך והוא אפשר הטעם של דעה הראשונה דס"ל דלא בעינן שיהוי משום דאית ליה מגו אפשר דהוי מגו במקום חזקה דחזקה מסתמא הגיע לידו בהיותו אומן ודוחק:

ד **ואם אמר בפני הודה וכו' וי"א דהיינו וכו'** והנה הטור כתב שאם אומר שקנאו מבעליו הרי בן אומן כשאר כל אדם אבל באומר שירשה מאביו הרי הוא כאביו לכל דבר וזה נגד דעת התוס' והרא"ש דכתבו להדיא אפילו באומר שקנאה מבעליו אינו נאמן אם לא שנשתהה והב"ח פי' דמ"ש הטור אם בא בטענת עצמו היינו בבא בחיי אב דאין לו אז שייכות עם אב אבל לא במות האב והש"ך הסכים לפירוש שלו ואין פי' שלו מתיישב כלל בטור דהטור חילק בין טענה לטענה אם בא בטענת מקח או בטענת ירושה ולא חלק בזמן דאם טוען בחיי אב או לאחר מותו ואיך כתב הטור סתם בטוען שקנאה מבעליו דנאמן דמשמע אפילו במות האב ויותר טוב ה"ל לחלק בין חייבא למותו דאז כלל אינו נאמן אפילו בשהה. ולכן נראה דס"ל לטור מש"ל לדוחק דלמה לא יהא האומן נאמן בשלא נשתהה דהא ה"ל מגו דעכשיו לאחר שירדתי מאומנותי לקחתי ומש"ל דוחק וגם למה לא יהא היורש נאמן אני לקחתי ממך אפילו בלא נשתהה הא הוא גופיה כתבו התוס' דנאמן לומר לאחר שירד מאומנותו לקח ולמה לא יהא הבן נאמן לומר לקחתי ומ"ש הוא ומ"ש בנו אלא ס"ל לטור דודאי אי ליכא עדי מסירה ליד אומן פשיטא דנאמן אפילו בלי שיהוי במגו דעכשיו לקחתי רק בעדי מסירה ליד אומן בעודנו אומן וראה ג"כ עכשיו בידו דתו ליכא מגו (דע"כ מיירי בראה דאל"ה אף בעודנו אומן נאמן וא"כ דל אומן מהכא בכל אדם אינו נאמן ומכ"ש אומן) רק מ"ז כתבו התוס' הסברא הואיל ונשתהה ביד אומן ואין רגילים להשהות כ"כ בבית אומן איתרע ליה הך דמסרו ליה בעדים לתקן ואמרינן מסתמא החזירו ואח"כ לקחו הימנו כשהיה כבר מתוקן. וזהו לשון התוס' אי נמי אפילו אותן כלים שנתנו לו בשעה שהיה עדיין אומן פירושו דידוע ומבורר זה בלי ספק דמסרו לו בעודנו אומן והיינו בעדי מסירה ולא קשה מנלן לתוס' לסברא זו לומר דהואיל ונשתהה דאיתרע ואפינו בעדים וראה מהימן דלמא מיירי בלא עידים וא"כ יש לו מגו כנ"ל די"ל דקשיא ליה לתוס' לרבה ורבא דס"ל כוותיה כדאמרינן מתיב רבא לסייע לרבה וכו' דבעי דוקא באומן עדים שמסר לו וראה ג"כ א"כ הך ברייתא ירד מאומנותו איך מתוקמא אי ליכא עדים דמסרו ליה מה אריא ירד אפילו לא ירד נמי ואי איכא עדים שמסרו לו ניחזי מה קאמרו עדים אימת מסרו לו אי קודם שירד א"כ לא מהני ירידתו ולאחר שירד א"א שנתנו לו לתקן דהא אינו אומן עוד. ולכך כתבו התוס' דאמת דמסרו לו בעודנו אומן ועל זה יש עדים וראה ומ"מ אתרע בשהיתו הואיל ואין דרך להשהות וכו'

כנ"ל. ואם הך סברא היא לרבה ולרבא אף לדדן קאי דבהך סברא לא יחלקו ודברי התוס' א"ש ובזה יובן ג"כ מ"ש אח"כ דהא דתנן בן אומן יש לו חזקה באומר בפנינו הודה היינו ששההאחרי מות אביו דבלא"ה אף בטוען לקחתי הימנו אינו נאמן היינו במכירו לאומן בעדים ולאחר מותו הוה ראה ביד יורש וא"כ מהיכי תיתי דיהא נאמן בכל אדם במוסר לו בעדים ולאחר מותו ראה ביד יורש אין היורש נאמן דמה לי ראה ביד אב או ביד יורש היינו כמו אב והא נמסר לו מאב בעדים והוא ראה בידו דאין כאן מגו דהחזרה ולכך מפרש ליה כששהה ביד יורש וא"כ אתרע ליה הך דמסרו בעדים ונאמן לומר לקחתי. וגם זה מוכרח בגמרא דהא רבא דקאמר ליה פעמים שאפילו בן בן גזלן וכו' וא"כ לרבא ע"כ הך מילתא דר"י בבן אומן היינו בע"מ ודברי התוס' מוכרחים ונראה דהתוס' בד"ה ירד הוא דחידש התוס' הך סברא דהך בן אומן היינו בששהה ואיתרע כמ"ש אבל בד"ה פעמים לא אסיקו התוס' עדיין הך סברא לומר דאף דיש עדי מסירה וראה מ"מ איתרע הואיל ושהה. ולכך בקושית התוס' דבן גזלן לטעון ליורש דאם היה אביו קיים היה טוען הוא זבנא ותי' ר"י דמלתא דלא שכיח לא טענין ליתמי וכתבו הא דאמר לעיל בן בן גזלן בן אומן יש לו חזקה היינו דוקא משום דקאמר בפנינו הודה ואדרבא משם יש להוכיח דמשמע הא לאו הכי אין לו חזקה כיון דמעיקרא בתורת אומנו' ואריסות וגזלנות אתא לידיה. ע"כ ולכאורה קשה מאין ההוכחה אי מבן בן גזלן על זה לא נזכר בגמרא דמיירי דהודה ולא על זה סובב קושית הגמרא מ"ש דזהו אביו גזלן וזהו אביו אינו גזלן וע"ז אנו דנין אם בעינן דוקא בבן בן גזלן הודאה דוקא או לא רק קושית הגמרא מ"ש מאומן ואריס ומ"ש גזלן וע"ז משני הגמרא דמיירי שטוען בפני הודה ובאומן ואריס לא שייך דלטעון ליורש דהא אומן ואריס גופיה לא הוה מצי טעון כן וכי יהיה יפה כח יורש מכח אומך גופיה. ודוחק לומר דס"ל לתוס' דמסתמא הואיל בן אומן ואריס דתנא רישא איירי בהודה ה"ה בן בנו של גזלן דקתני סיפא ג"כ בהודה דוקא איירי ומיניה דייק התוס' דמלבד דזה דוחק לעשות ממנו הוכחה אף גם דא"כ הך מ"ש התוס' הואיל דמעיקרא בתורת אומנות ואריסות וגזלנות אתא לידיה אומן ואריס מיותר דמהך ל"ק דהא ל"ק לטעון ליורש דגם האב לא הוה נאמן ולא ה"ל לתוס' לומר יותר רק הואיל בתורת גזל בא לידו ומה ביקשו מהך דאומן ואריס. ולכן נראה דס"ל לתוס' באם איירי דמסרו לו בפני עדים וראה ג"כ א"כ אף בטוען יורש האומן בפני הודה מה מגו אית ליה הא למ"ל לקוחה דהא יש כאן עדים וראה. ומהך סברא דהואיל ושהה איתרע הך מסירה דעדים לא אסיק התוס' עדים אדעתיה ועכצ"ל דמיירי בלא עדים שנמסר ליד אומן וא"כ שפיר יש לבנו טענה מה לי באבא אני לקחתי ממך וקשה א"כ לרבה ולרבא מה איריא דטוען

בן אומן בפני הודה הא אלו הוה האומן קיים היה טוען לקחתי נאמן אף ליורשו נטען כן. ועכצ"ל כסברת הר"י דאף דהאב נאמן בטוען ברי כן להדיא מ"מ לבנו לא טענינן מילתא דלא שכיחי כלל והוא לא שכיח שיקח הואיל בתורת אומנות בא לידו כמו באמת קיל כאביי אפילו בעדי ראיה לבד לא מהימן אומן דלא שכיח שיקנה. וא"ש אבל בד"ה שלאחריו כתבו ונראה לומר דהך לעיל אין הכרח דלעולם דאיכא עדים ומ"מ יש לו מגו דמיירי ששהה וכו' כהנ"ל. ואפשר ליישב דברי התוס' בדרך אחר והוא דאי ס"ד בן בן גזלן ג"כ יש לו חזקה דטענינן דאביו קנאו א"כ בן אומן יש לו חזקה היינו בהודה אבל בלא הודה לא אבל בן בן אומן יש לו חזקה אפילו בלי הודה דטענינן דאביו קנאו א"כ אדמחלק בגזלן בין בנו לבן בנו אף באומן ואריס ה"ל לחלק בין בנו לבן בנו בכה"ג דלא טען בפני הודה א"ו דבלא הודה אף בן בן אין לו חזקה דלא טענין ליתמי מילתא דל"ש הואיל באריסות ואומנו' בא לידו כהנ"ל. ודברי התוס' מוכרחים אך זה דוחק בכוונת לשון התוס' וגם הדוחק מבואר דמ"ש כיון דנקט בן בן גזלן יש לו חזקה ה"ה בן בן אומן בלי הודאה דהודאה לגבי גזלן לאו כלום הוא כדאמרינן בגמרא. יהיה הפירוש בדיבור ההוא איך שיהיה אבל במ"ש דהא דבעינן לבן אומן שישהה בידו לאחר מות אביו היינו ביש עדים שמסרו לאביו ובזה דברי הטור כהוגן. דבאומן שירד מאומנותו כתב דנאמן אפילו בכלים שבאו לידו בעודו אומן והוא שנשהה וכו' הרצון כמש"ל דידוע בעדים שבאו לידו בתורת אומנת ואז לית ליה מגו אבל בלא"ה לא אבל בנשתהה אף דאיכא עדים וראה מ"מ אתרע כהנ"ל ולכך כתב אח"כ בבן אומן אם טוען שלקחו הרי הוא כשאר כל אדם והיינו אי ליכא עדים וראה נאמן בלקוח ואי איכא עדים וראה אף בכל אדם אינו נאמן אם מסר דבר לאב ומת ואצל יורש ראה אין יורש נאמן לקחתי ומכ"ש בבן אומן דאינו נאמן ואי ליכא עדים אף בן אומן נאמן. ולכך הרי הוא ככל אדם ולא הוצרך הטור דאם שהה דנאמן דכ"ש הוא דהא באומן גופיה ואיכא עדים וראה נאמן בשהיה. מכ"ש בנו דאינו אומן כלל. אבל אם אמר שירשו מאביו הרי הוא כאביו ואביו בשלא ירד אינו נאמן אף הוא אינו נאמן דמה מהני שהיה לאח"כ דהא הוא לא טוען שקנאו אחרי מיתת אבא רק טען שאביו קנאו ובזמן האב לא היה שהיה דהא לא ירד מאמנותו ואיך נאמר דלקחו בשלמא בטוען אני לקחתי הוא דיש הבדל בין שהיה דאמרינן ודאי אמת שהחזירו האומן דאין דרכו להניח אצל אומן א"ו החזירו ואח"כ לקחו הבן משא"כ במודה דלא לקחו רק טען אביו לקחו והא אצל אביו לא נשתהה ואיך נימא שאביו קנאו ולכך סתם וכתב דהרי הוא כמו אב ולא מצי לטעון שאביו לקחה. והשמיט הטור הך מילתא דהודה דמהני דמילתא דפשיטא היא כיון דאמר בטוען אני לקחתי נאמן ופשיטא

באומר בפני הודה דנאמן דהא יש לו מגו. וזה הוא כלל גדול בטור פעמים רבים ומה לו לשנות הדבר ובפרט בסימן קנ"ב מבואר הדין בהך עובדא בענין קרקעות. וזהו ברור ונכין בטור ולכן הרמ"א ומחבר שסתמו כאן דלעולם בעינן שהוי אינו לפי דעת הטור רק בעדים וראה אבל לא זולתי וכן נ"ל ברור להלכה וכמ"ש הסמ"ע דלמה לא יהיה נאמן לומר לקוח בידי וכמש"ל. וגם נלמוד ממ"ש לעיל בישוב דברי התוס' בדרך אחר דאם לא אומר בפני הודה אפילו בן בן אומן לא מהני דלא טענינין דאביו לקחה דלא טענין מילתא דל"ש ועיין מש"ל בסימן קנ"ב. ובירושלמי פ' חזקת אמרי ר"י ור"ל אף ארים ובן ארים אין לו חזקה דאמרינן נחת רוחיה מאביה ושבק לבריה ולכאורה סותר תלמודא דידן דר"י ס"ל בן אריס יש לו ולפי הנ"ל ניחא דגמרא מיירי בטוען בפני הודה או אני לקחתי אבל ירושלמי מיירי בבא מחמת ירושה אפילו שהה בידו מ"מ אינו נאמן דאמרינן מחמת נחת רוח שיהיה לו מאביו הניחו לבנו ולא מיחה. והן דברי הטור דלענין ירושה לא מהני שהה ודוק:

סימן קלה

א **ואם טען שהזיקה וכו'** ישבע בנק"ח. וכתב הסמ"ע בס"ק ב' דאף הראב"ד דפליג אדינא דגאונים במשכון וס"ל דאינו צריך לישבע בנק"ח כאן מודה דהוי בלא"ה מגו גרוע מגו דהעזה ע"ש. ולא עיין בבעה"ת שער מ"ט ח"ב דין א' דכתב הראב"ד בהשגתו על דין דגאונים במשכון דצריך שבועה בנק"ח וכתב דאולי למדו מהך דמארי דחושלא וכו' והא ודאי שבועה בעי דהא לא ידע מארי דעיזא להההוא נזק כמה הוא וכל מידי דא"א לידע לא גביה אלא בשבועה וכו' והם אמרו על כל משכון ואפשר שטעות בידם וכו' עכ"ל הרי לא מן השם של הסמ"ע הצריך בהך בהמה שהזיקה שבועה בנק"ח רק הטעם משום דלא ידוע הזיקו כהנ"ל הא אי ידוע הזיקו א"צ שבועה בנק"ח אף דהוה מגו דהעזה ודבריו של הסמ"ע ליתא ופשוט:

ב **וי"א דאם וכו'** בכל ענין הוה חזקה. הרב הש"ך האריך דדעת פוסקים רבים כהך י"א ולא זכר דגם מדברי התום' בפ"ב דגיטין והרמב"ן בחדושיו לב"ב מוכח דס"ל כן דהקשו מה קמ"ל ר"ל בהך דגודרת אין להם חזקה הא מתניתין היא דעבדי' חזקתן ג"ש. ואלו ס"ל דגודרת אין להם חזקה כלל א"כ טובא קמ"ל דלא דמיא לעבדים ואפילו ג"ש לית בהו כאמרו אין להם חזקה כלל. א"ו דס"ל דגם בהא איכא ג"ש חזקה ויפה הקשו. ונראה דמיירי בגודרת העושים ואוכלים אבל עגלים וסייחים דאמרינן עלה בפ"ב דב"מ דהוא בכלל אינו עושה ואוכל א"כ לא שייך חזקה ג"ש דהא צריך לאכול פירות ומה אכילת

פירות שייך בהו ובהכי מיושב דמנה במשנה ריש חזקת אלו שחזקתן ג"ש ומנו עבדים ולא מנו גודרת נמי דיש בהו חזקה ג"ש ואי דאיכא חותן דנמסרו לרועים א"כ אף בעבד קטן יש חזקה לאלתר. ולפמ"ש ניחא דמשנה נקט דוקא אלו דעושין פירות ובגודרת לא פסיקא להו דהרבה גודרת דאין עושים פירות וכמו שור לטביחה וכדומה ולק"מ:

סימן קלו

מי שנתחלפו וכו' ועיין סמ"ע וש"ך שהעתיקו דברי טור דאם יבא בעל טלית לתבוע שיאמר מעולם לא צויתי למוכרו אם יש לו עדים שהיה שלו או שיש בו סימן יחזירו לו וכתב הש"ך אע"פ דליכא עדי ראה והיה אומן נאמן במגו דהחזרתי עכ"ל. ויש להבין בממ"נ אי איירי דאומן לפנינו ומודה דהוא שלו ל"ל סימן ואי חיישינן לקנוניא אף סימן לא מהני דהא האומן בקי בו שהיה אצלו ויכול להגיד לו הסימן ואי אין אומן לפנינו מה יועיל סימן נטעון להמחזיק בטלית להד"ם לא היה שלך מעולם רקהיה שלאומן כהנ"ל בסימן קל"ד סעיף ג' ע"ש וצ"ל דהוה מילתא דלא שכיח וכמו דלקמן בסימן רצ"ז מוציאין מיתמי בסימן מטעם דמילתא דל"ש לא טענין ליתמי אף זה כמוהו. דבא בכח אומן לא טענין מילתא דל"ש ואע"ג דשם בעינן דוקא בדלא אמיד אבל באמיד טענין אם לא הפקידו בעדים צ"ל אומן מגרע גרע והוי כהפקידו בעדים דסתמא דמילתא בגדים שהם אצלו הם בחזקת של אחרים. וכ"כ הת"ה בכובסת דעל סימן לחוד מוציאין אף דכובסת כיחש בבעל הסימנים והיינו דטענת גוים לאו טענה ואנן לא טענין מילתא דלא שכיח. והנה ראיתי בתשובת מהורא"ש סימן ק"ט דפלפל בדברי מהרשד"ם דאם ליכא עדי ראה והיה אומן יכול לטעון לקחתי דנטעון ג"כ למחזיק וע"ש ובאמת לפי דעת רשב"א לעיל סימן ע"ב סח"י בהגה דהנפקד הוא עומד במקום ראה אף כאן הדין כן דהמחזיק הוא עומד במקום ראה ולית ליה לאומן מגו וכמש"ל בסימן קל"ד ס"ד ע"ש ותמהני שלא הרגישו בזה דמה יועיל סימן נטעון למחזיק להד"ם כנ"ל:

סימן קלז

א **היורד לתוך שדה חבירו וכו'** אפילו יש עדים שלקטן התוס' בדף ל"ג ע"ב ד"ה אי טעין הוכיחו דאפילו לא תפיס בה מ"מ נאמן משום דלא חציף דאי מיירי דוקא בדתפיס ל"ל דלא חציף תיפוק ליה דתפיס והוה כמו מטלטלין בדבר שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר. והב"ח חולק עליהן דדוקא בדתפיס דהא קי"ל גבי משכנתא זה אומר שלש וזה אומר שתים לולי הטעם דהוי מילתא דעבידי לגלויי דלא מהני תפיסתו הואיל ומסתעף מקרקע

אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת וה"ה כאן. ולא דמיא למטלטלין והרב הש"ך בס"ק א' תי' דשאני התם דמסייע ליה שטרא דכתיב שנים סתם ואין תי' זה מספיק דהא בגמ' קאמרינן הטעם משום דפירות בחזקת אוכליהן עומדת ופריך מר"ן דאמר לעיל גבי חודש עיבור דכולו למשכיר דקרקע בחזקת בעלים עומדת והתם לא מסייע שטרא כלל ובפרט כי כבר כתב לעיל בסימן מ"ב הש"ך בשם נ"י דכאן לא מסייע שטרא דהא חזינן דהניחו לאכול. וגם מה שתי' עוד הש"ך דהתם חציף דירד מתחילה ברשות וכאן לא חציף דבריו בלתי מובנים דהא אנן קיימין בקושית התוס' דהקשו דלא ה"ל לגמרא לומר כלל הך טעמא דחציף רק הואיל ותפיס ולכן דבריו פה צ"ע אבל מה שנראה בישוב קושית הב"ח דס"ל לתוס' הא דאמר לפירות ירדתי אין הכוונה שהשכין אצלו או שכר השדה דא"כ איך אמרינן שטרא לפירי לא עבדי הא על משכנות ושכירות דנקנים בשטר כמו גוף הקרקע כמ"ש לקמן בסימן קצ"ה עבדי שטרא כנודע וע"כ הפירוש כמ"ש רשב"ם שמכרתי לו פירות עד עשר שנים (ולא הוה אין אדם מוכר דשלב"ל דמיירי בשבועה וכדומה כמ"ש הכ"מ ברמב"ם פכ"ג מהל' מלוה ע"ש' ולכך אמרי' שטרא לפירי לא עבדי שאינם נקנים בשטר וכמ"ש הטור בסימן קל"ג בשם העיטור דלכך מטלטלין אינם נקנים בחזקה ג"ש דאינם בכלל שטרא ע"ש) וא"כ לק"מ דכאן דלקח רק פירות והם בכל דיני מטלטלין פשיטא דלא שייך גביה קרקע בחזקת בעלים וקושית התוס' שפיר אבל התם דהטענה במשכנתא על זמן מה השכין וכן בשכירות על זמן מה השכיר וקי"ל משכנתא ושכירות הוה קנין כמו קרקע ונקנית בקנין קרקע דממכר ליומא מכר הוא. וקנה על זמן מה קנין בגוף קרקע וא"כ פשיטא דאמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת דכל הספק הוא בקנין קרקע דמ"ש לעולם ומ"ש לזמן מה ולק"מ ופשוט וברור. וכן מורין דברי הרמב"ם בפ"ט מהלכות טוען ונטען ע"ש:

ב **ואפילו אם לקטם כבר וכו'** אינו נאמן אף על הפירות שאכל וכו' ודעת רשב"ם דאי ליכא עדים שאכל רק הוא אומר שאכל ג"ש פירות ולקוחה בידי אין מוציאין דהא יש לו מגו דלא אכלתי. והקשה הרמב"ן הא רצונו להחזיק בקרקע ואיך יאמר לא אכלתי ומגו לגרוע טענתו לא אמרינן ותי' הואיל וליכא עדים לדבריו לא הוה מגו לגרוע דידע דלאו על פיו יסמכו. והרשב"ם תי' דמגו דהיה טען אכילתו היה כל דהוא דהוה חזקה ע"ש בחידושי רמב"ן שהאריך:

סימן קלח

א **שיש לו בזה הדבר וכו'** והרי"ף ורמב"ם והטור העתיקו רק לשון המשנה שאין לו בו פחות מחצי' וכ"נ מדברי הרא"ש דדייק מהך דנשבע שיש לו בו ג' חלקים דכל מה דאיכא לברורי להיציא מיד ספק רמאות עבדינן אף דמשביעין ע"ד ב"ד ולמה לא דייק מהך דצריך לישבע שיש לו בה ואין לו בה פחות מחציה כמ"ש התוס' להדיא אלא ברור דס"ל דאינו נשבע רק כלישנא שאין לו בה בפחות מחציה ולא ס"ל כלל הך ערמה דיהיה סובל לומר שאין לו בו כלל כי אין הלשון שאין לו בה בפתות מחצי סובל כלל רק קושית הגמרא כך בממ"נ על דאית ליה משתבע הרצון דנשבע כמה שמגיע לו א"כ ישבע שיש לה בה חצי דהא כך מגיע לו ולא יותר ואי על דלית ליה משתבע הרצון אף במה שאינו נוטל מ"מ צריך לישבע כדי שלא יהיה מרע דבוריה א"כ ה"ל לומר שבועה שכולה שלי וע"ז משני הגמרא דלכך בחרו במשנה בזה הלשון שאין לי בה בפחות מחצי שהוא סובל ב' דברים שיש לי בה ואין לי בה בפחות מחצי אבל יותר יתכן שיש לי בו ומפרש דזולת זה א"א דאי נימא שבועה שכולה שלי מי יהיבנן ליה כולה ולהיות נשבע שחצי שלו מרע לדבוריה ולכך בחרו בזה הלשון דלא מרע דבוריה ואינו נשבע יותר על מה שנטל דהוה כאומר כול' שלי ולדבריכם אין לי בה אלא בפחות מחצי וא"ש ולזה נתכוון הרב הב"י וכן הרב ר"ע מברטנורא ודוק. וראיתי בדפוס בשם גאון לתרץ דלפי דקי"ל דהא דלא אמרינן חשוד אשבועתא אף דחשוד אממון הוא רק משום ספק מלוה ישינה וא"כ איך יערים באמרו שאין לו בה בפחות מחצי דאין לו בו כלל הא יש לו ספק מלוה ישינה ודברים אלו אין להם מקום כלל דאדרבא הוא מסופק במלוה ישינה אם אמתן חצי שלו בבירור ואם אינו אמת אין לו בטלית כלום ולכך נשבע בלשון שאין לו בו בפחות מחציה דהוא לשון שהוא אמת על כל פנים ואין בו מהכזב דאם אמת שחייב לו המלוה הרי יש לו החצי ואמת נשבע שאין לו בה פחות מחציה כי חציה שלו כמ"ש רש"י ואי אינו חייב לו א"כ אין בה כלום ופשיטא דנשבע באמת וא"כ נשבע באמת בממ"נ בלי כושל ואין לדברים אלו ממש:

ב **ויחלוקו** הסמ"ע בס"ק וי"ו הביא דעת רש"י ורמב"ן דבמקום דאיכא ודאי רמאי יהא מונח עד שיבא אליהו ולפי' צריך לומר דלא יקשה להו קושית התוס' דהא בשנים אוחזין בשטר דקתני יחלוקו והתם ודאי רמאי דהתם הם מוחזקין בשטר והלוה יש לו מעות הלואה גביה ואם נימא דיהא מונח עד שיבא אליהו היינו השט"ח שהם אוחזין בו ולא המלוה שביד הלוה דבזה אינם אוחזין וא"כ אם יהא השט"ח מונח יהיה הלוה נשכר וזהו שמבקש שהשטר יהא מונח עד עולם והוא יחזיק במעות לבלי לפרוע. ולהוציא המעות

ממנו ולהשלישו עד שיבא אלי' א"א דהא בזה הלוה מוחזק ולכך הוצרכו לתקן דיחלוקו בדמי מעות מבלי להפסיד למלוה לגמרי ויהיה הלוה נשכר לגמרי מבלי תשלומין כלל. והא דפריך הגמרא על שטר ולית להו שנים אוחזין על ת"ק פריך דאמר יתקיים השטר וגובה מלוה וע"ז פריך שפיר דלמה יהא עדיף כחו של מלוה משנים אוחזין דאדרבא כאן מגרע גרע דהלוה מוחזק במעות. והנה דעת הש"ע והטור כתו' ורא"ש אפילו במקום דאיכא ודאי רמאי מ"מ יחלוקו וכתבו התוס' דלא דמיה להך מנה ג' דקי"ל יהא מונח דהתם א"א לחלוקה להיות אמת דאין דרך שיקנה לו החצי אחרי שהוא מופקד ביד חבירו. אבל הרא"ש נתן טעם דשאני התם דקודם שנודע מחלוקתן ידוע לנפקד שאינו של שניהם וכי הוא אומר א' מכם הפקיד אך לטעם זה קשה דלקמן בסימן רכ"ב הביא הש"ע והטור במקח בישנו ביד מוכר וקבל המוכר משניהם חד מדעתיה וחד בע"כ ואינו יודע לאיזה נתרצה יחלוקו והא הוה ידוע למוכר קודם מחלוקתם שאינו של שניהם כי לא קיבל רק אחד מדעתיה. והיינו הך דנפקד ואם דעת הרא"ש לחלק דשם במו"מ יכול להיות החלוקה אמת משא"כ התם דאין דרך שיקנה אחרי שהוא ביד אחר והוא דעת התוס' לא היה צריך הרא"ש לחלק בהך חלוקא דקודם מחלוקתן היה ידוע לנפקד שהוא חלוקה וסברא חדשה מה שלא נזכר בתוס' ולהשמיט עיקר סברת התוס' דשם יכול להיות החלוקה אמת משא"כ בפקדון. והפלפלא חריפתא נראה דביקש להכניס בתוך דברי הרא"ש דברי התוס' ובאמת אינו נראה ולא מורים דברי הרא"ש על זה וצע"ג כי בדברי הרא"ש באמת בכללא דכייל גבי מקח לא נזכר דין זה כשהמוכר מוחזק ולא ידע ממי קבל ברצון וממי קבל בע"כ:

ג **ואם אחד אומר כולה שלי וכו'** עיין סמ"ע ס"ק ט' דכתב דלא אמרינן דיטול חצי בשבועה במגו דטען כולה שלי דהוי מגו להוציא וכתב הסמ"ע דהרמ"א הביא בסימן פ"ב דיש חולקין וס"ל דאמרינן מגו להוציא וכו' עכ"ל ואפשר לפמ"ש התוס' בריש ב"מ דאף רבה דפליג בב"ב גבי האי שטרא זייפא וס"ל דאית ליה מגו דטען שטרא מעליא הוא אף דהוא להוציא מ"מ מודה דמגו להוציא כה"ג לא אמרינן דשם בב"ב הוה מצי לשתוק וכו' ע"ש וא"כ י"ל אף להחולקים לעיל היינו בעובדא דלעיל פ"ב דהוה מצי לשתוק אבל כאן כ"ע מודים. מיהו בלא"ה תי' תירוצים אחרים דלא אמרינן מגו מממון לממון וכ"כ בס' הכריתות בדיני מגו אות ב' ע"ש. איברא הש"ך לעיל בדיני מגו שלו סימן י"ב כתב דלפי הגהת מרדכי להך תי' אין אדם יכול לעכב חפץ של חבירו נגד מה שחייב לו ואנן לא קי"ל הכי וא"כ ליתא להך תי'. ואני לא הבנתי דהש"ך כתב זה ג"כ בסימן ק"נ ס"ד. ולענ"ד ערבב השני דברים בהגהת מרדכי יחדיו דעל תי' זה דר"ת דלא

אמרינן מגו מממון לממון כתב הג"מ הא לא דמי אלא למאן דאית ליה קרקע במשכנתא מראובן אכלה שני חזקה וטען על ראובן בית שאתה דר בו שלי הוא דלא מהימן במגו דכביש לשטר משכנתא וטען על קרקע המושכנת לקוחה ע"כ. ואח"כ גבי ספק מלוה ישינה דהביא המרדכי בשם יש פוסקים דאין אדם יכול לתפוס כסות של חבירו בשביל מה שחייב לו ע"ז כתב הגהת לחלק בין מעות לכסות ע"ש שהאריך ואין אלו שני דינים מקושרים יחד דדין הראשון הוא תובע מחבירו מה שחבירו מוחזק בו בשביל מגו דיכול לתפוס מה שבידו ודין השני הוא להחזיק חפץ שבידו מחבירו בטענה שחייב לו ואין זה ענין כלל להך דמגו מממון לממון ולכך אף דבהך דין שני לא קי"ל כן אבל בדין ראשון לא מצאנו דין לנגדו והלכה ומורים כן ודברי הש"ך תמוהים:

ד **והשאר חולקין בשבועה** עיין ש"ך שהכריע כדעת האומרים דגם על מה שתפס צריך שבועה ומ"מ מה שהקשו לשיטת האומרי' דא"צ שבועה דא"כ מה חידש ר' אבוהו דקאמר על הברייתא בשבועה דהא מתניתין היא יש לומר דודאי ברייתא סתמא קתני יחלוקו ולא נזכר ביה שבועה ולעיל פרכינן הגמרא לימא מתניתין דלא כסומכוס דלסומכוס פליגי בלא שבועה ומשני הגמרא אפילו תימא סומכס שבועה זו תקנת חכמים וכו' וזהו דקמ"ל דר' אבהו דה"א כקושית הגמרא דמתניתין דלא כסומכס דלס' פלגי בלי שבועה וא"כ א"ש ברייתא דקתני חולקים סתם מבלי הזכרת שבועה דברייתא סומכס היא ולא לרבנן ולזה קאמר ר"א בשבועה דאף דסתמא קתני מ"מ איירי בשבועה דליכא למ"ד דלא צריך שבועה דתקנת חכמים היא כנ"ל וקמ"ל ר"א תי' הגמ' ודוק. והך דיליף ר"ח דינא דהילך מתנא תונא שנים אוחזין דמה דתפיס דידיה הוא והיה כמודה במקצת מוכח קצת כדברי הרמב"ם דאין זה בכלל שבועה דאל"כ מה מ"מ שייך כאן הא על מה דתפיס ג"כ חייב שבועה. אך י"ל דבאמת לדברי ר"ח דמחייב הילך הדין כן אבל לפי מה דס"ל ר"ש דהילך פטור רק שבועה דמשנה שלא יהא כל א' הולך ותוקף אף זו מה דתפיס בכלל התקנה ובזו נחלקו ר"ח ור"ש וקי"ל כר' ששת:

ה **מיד חבירו בפנינו** כתב הש"ך בס"ק וי"ו דנחלקו הפוסקים אם היה הדבר בפני עדים והוא העלה בספרו דהוה כאלו בפני ב"ד נעשה ע"כ ולספרו לא זכינו ולא מצאתי שום דיעה שישוה עדים לב"ד כי זהו הדיוק הנאמר בגמרא דחזי ליה רבנן דמשמע בפני ב"ד אין אחד שחולק רק דעת מקצת רבוותא דבעדים לא מהני צוקה לבסוף כיון דלא שייך ביה הא קחיז ליה רבנן ולא קשיא להך דיעה מנסכא דר"א דקחטיף מחברי' ולא נזכר בגמ' ובפוסקים דמיירי דהנחטף היה צווח דכי אמרינן אודוי אודי היינו בדתפסי תרווייהו אבל בדתפיס אחד והשני חטפה לא אמרינן שתיקה כהודאה כ"כ הריטב"א

בשם הרמב"ן להדיא ודעת רשב"א מבלי לחלק בין דתפסי תרווייהו או לא ולכך דייק ליה מעובדא דנסכא דר"א דבעדים אפילו שתק מתחלה ועד סוף לא הוי כהודאה ושני דעות אלו העתיקו הנ"י וכן הריטב"א בב"מ אבל שיהיה עדים וב"ד חד דינא אית להו לא מצינו דיעה זו בפוסקים דלישנא דגמרא הא חזיה ליה לרבנן לא משמע כן. ולכן לא נראה דינו של הש"ך ובמחלוקת הנ"ל מבואר באסיפת זקנים דהריטב"א והרמב"ן הכריעו דלא כרשב"א וסבירא להו דבעדים הוה הודאה אף דצוח לבסוף דלא שייך קחזיה ליה רבנן וכן מסתבר ואף דבריטב"א שלפנינו על ב"מ הניח הדבר בצ"ע מ"מ עדותו של בעל א"ז אמת וכן נוטה הלשון של הריטב"א דדעתו דלא כרשב"א ואמת כי המ"מ כתב כ"ש הוא בעדים דמשמע דחד דינא אית לעדים וב"ד. מיהו מ"מ אין ראיה דאיהו ס"ל דאף בשתק מתחילה ועד לבסוף דהוי הודאה גמורה מ"מ אי חזר ותקף אין מוציאין וא"כ אין נ"מ בין עדים לב"ד משא"כ לפי דקי"ל דבהך מוציאין מיד התוקף שני א"כ איכא נ"מ אי שתק ולבסוף צוח בעדים וחזר השני ותקפו אי אמרינן דבזה לא מספקא לן כלל א"כ אי תפס השני מוציאין וכן נ"מ לענין עדים ודוק:

ו **דהודאת בע"ד כמאה עדים** דעת הב"ח בשתק מתחילה ועד סוף הוא דלא מהני העדים אבל בצווח לבסוף אע"פ דא"ל דשתיקתו מתחילה הויא הודאה מ"מ עדים מהני דחזינן דלא היה הודאה וצווחתו לבסוף היה אמת והש"ך בס"ק ח' העלה דכיון דאמרינן דמה דשתק מתחילה הויא הודאה א"כ מה יועילו עדים. ודבריו בלתי נכונים דהא בגמ' ס"ד למפשט מהך ברייתא דקתני אם היה טלית יוצא מתחת יד אחד הממע"ה דמיירי ששתק ולבסוף צווח וש"מ דהויא הודאה. וקשה א"כ איך קתני הממע"ה מי מהני ראיה אפילו אלף עדים וראיה לא מהני דהודאת בע"ד כמאה עדים כמ"ש הרמ"א ו' דבכי ה"ג דצווח לבסוף מהני עדים ולכך הממע"ה וכ"כ הריטב"א דלכך מוקמינן ליה בס"ד למפשט איבעיא בשתק מתחילה ולא בשתק מתחילה ועד סוף דא"כ איך קתני הממע"ה הא הודאת בע"ד כמאה עדים ע"ש ומזה מוכח דאי מוקמינן ליה בשתק מתחילה וצווח לבסוף א"ש הך דממע"ה אף דלהך אוקימתא דאמרינן גם בכה"ג אודוי אודי ליה ועדיין קשה הממע"ה איך מתוקמא א"ו דבזה כ"ע מודו הואיל וצווח לבסוף דראיה מהני וצדקו דברי הב"ח ודוק:

ז **יחלוקו כבתחילה** כתב הסמ"ע ס"ק י"ד בשם הגמ"ר דאם הקדישה בעודנו בידו תו לא פקע קדושתו ממנו והש"ך בס"ק ט' פקפק בזה דהתו' והפוסקי' כתבו כן אמסותא דדינא כל דאלים גבר והתופס ברשות ב"ד תופס דכך דינו משא"כ כאן דתפס בלא רשות ב"ד ע"כ ולא הבנתי דבריו דהא זה שתקף וחבירו שתק ולבסוף צווח הוא בעיא דלא

אפשיטא אי הוה הודאה או לא וא"כ אלו הטלית מונח בסימטא לאחר שתקף זה וחבירו היה שותק ולבסוף צווח הוה דיינין ליה כל דאלים גבר ככל ספיקא דדינא כמש"ל בסימן קל"ט ס"ס ע"ש. וא"כ אם תקפה אחד והקדישה לכ"ע הוי הקדש א"כ כי בשביל שזה תופס ועומד מתחילה ועד סוף יגרע כחו מאילו הניחה בנתיים בסימטא וחזר ותקפה משם וא"כ פשיטא דהוי הקדש איברא דהש"ך אזיל לשיטתו דגם לקמן פקפק על זה דין דיהיה בספיקא דדינא כל דאלים גבר וס"ל דלא אמרינן כן ועמ"ש לעיל בזה:

ח **הממע"ה** אין להקשות לפ"ז הא דקאמרינן בגמרא הטעם דלכך לא נאמן לומר השכרתיך משום דאמרינן עד השתא חשדתא ליה בגזלן והשתא מוגרית ליה בלי סהדי ל"ל הך טעמא ולו יהא דהחפץ הוא שלו לגמרי ויוצא מתחת יד אחר וכי נאמן לומר השכרתיו להוציאו מיד אחר ומכ"ש בחפץ כזה שאינו מבורר עדין שהיה שלו מעולם ועכצ"ל דקמ"ל דלא תימא דנאמן במגו דחטפת וקמ"ל דלא דהוי מגו במקום חזקה דאמרי' עד עכשיו חשדת ליה וכו' אבל לשיטת הרמב"ם דאף על חטפת אינו נאמן קשה לכאורה. וצ"צ דקמ"ל אפילו בחפץ העשוי להשאיל ולהשכיר וא"כ ה"א דחצי מהחפץ הוא בחזקת שלו וא"כ יהא נאמן בלי ראיה השכרתיך קמ"ל דלא דלגבי אותו בע"ד הוי כשאין עשוי להשאיל ולהשכיר דעד האידנא קחשדת ליה בגזלן וכו'. ובזו ניחא ג"כ מ"ש המ"מ בשם רמב"ן ורשב"א והביאו בהגה דאם טוען השכרתי לך בפני פו"פ והלכו למד"ה דנאמן במגו דחטיפה דלכאורה קשה ל"ל מגו הא בגמרא משמע דלולי הך טעמא עד האידנא חשדת בגזלן וכו' היה נאמן לומר השכרתיך בלי סהדי וא"כ באמר השכרתיך בעדיה והלכו למד"ה לא שייך זו סברא דמה ה"ל למעבד הא השכירו בעדים ואטו בכיפה יתלו ליה ופשיטא דנאמן די"ל דמיירי אפילו בחפצים דלא עשוים להשכיר וא"כ א"נ שכרתיך אפילו בכלים שמוחזקים ועומדים שהן שלו וקאמרי הם דנאמן מטעם מגו דחטיפה וא"ש. ולפ"ז בכלים שעשוים להשכיר א"צ למגו דחטיפא ונאמן לומר השכרתיך בעדים והלכו למד"ה ואף דעת המחבר שהוא דעת הרמב"ם מודה בזה דהא לא שייך ביה עד האידנא חשדת בגזלן דהא באמת השכירו בעדים ואין כאן מחלוקת בדין זה רק בכלים שאינו עשוים להשכיר ודוק:

ט **ואם לא הביא ראיה ישבע** הש"ך בס"ק י"ב הביא בשם רבינו ירוחם דשני אנשים הבאים ממד"ה ואשה וחבילה עמהן כל א' אומר זו אשתי וזה חבילתי והאשה אומרת זו חבילתי ואלו השני אנשים עבדיי הן יש מחלוקת אם יש לה שום דבר המותר מהכתובה אחר שיגרשה והעיקר שאין לה במותר כלום עכ"ל וכתב הש"ך שדבריו צ"ע ומוטעים והביא בשם הריטב"א למס' קדושין דכתוב' גובתה מהחבילה כשנותנים לה גט מעצמן

בממ"נ או חבילה שלי ולדבריכן תנו לי כתובתי (וצ"ל רי"ו דהעתיק ד"ז לדינא דמיירי בזה"ז דגובין כתובה מטלטלין דבגמרא אוקימנא כר"מ דכתובה גובה ממטלטלין ואין הלכה כר"מ) ובמותר הדין כשנים אוחזין בטלית ודכוותיה וכו' ע"ש. ולא ידעתי מה חרי אף כהן הגדול הזה דשוי לדברי הרי"ו מוטעים דמה שמשמע דכתובה נוטלת בודאי כוונתו ג"כ כמ"ש הריטב"א דגובתה בממ"נ ואי משום דכתב דיש מחלוקת אי נוטלת מהמותר והרי"ו העלה דאינה נוטלת וע"ז תמה דהא הוי לי' כשנים אוחזין בטלית ופשיטא דיש לה במותר כמו השני אנשים ואין כאן תימא דהרשב"א בחדושיו לקדושין הביא בשם הרב אלברצלוני ז"ל דכתב הואיל וקבלה שני גיטין והכחישה טענתה אין לה בחבילה כלום וכוונתו על מותר דכדי כתובה מבואר בגמרא דנוטלת והיינו מכח ממ"נ רק על המותר דעת הר"י אלברצלוני דבקבלתה הגט הודית דשקר דברה ואין לה במותר כלום ואמת כי הרשב"א חולק שם עליה אבל אין מזה תפיסה על רי"ו אשר מתוקף חכמתו הכריע כר"י אלברצלוני ולא כרשב"א. ולכן כתב כי יש מחלוקת בפוסקים בזה והוא הכריע דאין לה ולק"מ. והנה מהך דחבילה נלמד שנים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי והשני אומר שלי הוא רק יש לך שעבוד עליו מחמת חוב שחייב אני לך במנה דזה נוטל מנה בממ"נ או כולו שלי ולדברך הרי שעבודי עליו במנה וכמו דטוענת אשה לדברי חבילה שלי ולדבריכם יש לי עליו שעבוד כתובה. אלא דבאמת צריך טעם דכיון דקי"ל מנה מלוה ומנה פקדון הוי שני מינים ומכ"ש בכה"ג וא"כ להוי טענו בחטין והודה לו בשעורים דפטור מכולם וכן גבי אשה דטענה עבדיי אתם א"כ הרי מחלה על כתובתה כמו דאמרינן דמחלה על שעורים. והוא דמודה לה בכתובתה וכופר בחבילה והיותו עבד פטור במה שכפר כמו שפטור מחיטין ואף משעורים יפטור דהיינו כתובתה. וצ"ל כי אמרינן טענו בחיטין והודה בשעורים דפטור היינו ביש לנתבע חזקת ממון ובטענה כל דהו לא מוציאין ממון מיד המוחזק (ועיין לעיל סימן פ"ח בתפס התובע ע"ש) אבל כאן בחבילה שאין אחד מוחזק בו לא אמרינן טענו בחיטים והודה לו בשעורים פטור כיון דאין לנתבע תפיסה בו והרי זה כאלו תפס התובע דקי"ל לעיל דחייב וצ"ע.

סימן קלט

א **אף אם תגבר ידו וכו'** הרב הש"ך בס"ק ב' הביא דעת התוספות בב"מ גבי האי מסותא דכתבו להדיא בדינא כל דאלים גבר דאם גברה יד חבירו והוציאו מהראשון דזוכה וכן כתבו הגמ"ר והג"ה מיימונית ע"ש. ובאמת קשה עלי לומר דהרא"ש יחליט דין זהמבלי לשום אל לב דהתוס' חולקים ולא הזכיר כלל דין תוס' בלשונו כלל. והיה נראה לומר

דודאי הא דאלים גבר יש לו שני טעמים טעם אחד בפשוט כיון דאין ידוע למי ינתן אם תוקפו אחד הרי הוא מוחזק מי יוציאנו מידו בספק הממע"ה וכמו שארי ספיקא דדינא דבתפס דאין מוציאין אם אין לראשון חזקת מרא קמא. אך לפ"ז פשיטא דאם גבר השני דאין מוציאין מידו ג"כ דעכשיו הוא מוחזק וכ"כ המחבר והרמב"ם והנ"י לעיל באיבעיא דלא אפשטא בשתק ולבסוף צווח דכל זמן דהראשון מוחזק זכה בו להיותו ספיקא דדינא אבל אם תפסו השני בטלה חזקתו וחזר הדין לקדמותו אמנם הרא"ש נתן טעם דכך קבעו חכמים להיות כל דאלים גבר כי על הרוב מי שהאמת אתו תוקע עצמו ביותר בדבר ובהול על ממון שלו. כמ"ש הרא"ש באריכות א"כ ברור דאם תפס דלא יועיל עוד תפיסת השני וכמ"ש הרא"ש דכיון דסמכו חז"ל על כך ותקנו דכל אלים אין טעם שיהיה כל ימיהם במריבה ועיין ברא"ש והדבר מבואר ממש כן להדיא. ולפ"ז לס"ד דהקדישה הוי כמו תקפה א"כ ע"כ אין הטעם כמ"ש הרא"ש דמה מוסר נפשו יש לכאן ומה חוזק יד שייך פה הלא בעקימת שפתיו הוה מעשה כזה ועכצ"ל דלא כטעם הרא"ש רק פשוט הואיל ומוחזק מי יוציאו ומסתפקא לן בהקדש דהוי כיד הקדש מוחזק בו מכחו דאמירתו לגבוה וכו' וא"כ פשיטא דאם גברה יד השני דלא מפקינן מיניה וזהו הכל לס"ד אבל למסקנא דקי"ל דהקדישה באמת אינו כלום א"כ שפיר י"ל כטעמו של הרא"ש דהכי מסתבר וא"כ אף דין השני אמת דלא יועיל תפיסת השני אם כבר תקפה הראשון. זהו מה שנ"ל לכאורה. אמנם באמת כבר בלא"ה צווחו המפורשים בתו' דבד"ה הקדישה וכו' כתבו התו' דהספק היה בהך מסותא דאקדשה דהקדיש חד ושתק אידך וא"כ היה הספק אי הוה כהודאה כמ"ש התוס' ואלו בדבור שלאחריו ד"ה והא הכא כתבו פי' אחר לספק של מסותא הואיל וכל אלים גבר אי יהיה כח הקדש כמו תקיפה הואיל וחזינן אם תקפה והקדישה דאין האחר יכול תו להוציא מידו בתקיפה משא"כ בלי הקדישה. ולכן נראה דתוס' דחיקא ליה עד מאוד לפרש כפי' רש"י בהך דתקפה כהן בספק בכורה דיהיה מיירי משתק ישראל דמחשביה להודיה דהא ספק בכורה אייירי בספק שאינו ידוע לבעלים כלל ומה הודיה שייך שם וא"צ להאריך כי הדוחק מבואר ואין הך דתקפו כהן ענין כלל דהא דשתק הודה. וא"כ אי השאלה היה במסותא אי נימא הואיל ושתק הודה אין ענינו כלל להך דספיקא דתקפו כהן כמ"ש. אך זה פשוט וברור דאם אמרינן דתקפו כהן אין מוציאין מידו אף דיש לבעל הבית חזקה מעליא חזקת מרא קמא מ"מ הואיל והדבר ספק אין מוציאין מיד התוקף מכ"ש דליתא לדינא של הרא"ש דאף דתקף הראשון אם תקפו השני ממנו אין מוציאין ממנו דכי יהיה יפה כחו של התוקף הראשון יותר מבעה"ב דיש לו חזקת מרא קמא והדבר תמיד ברשותו ואע"פ דנתן הרא"ש טעם

משום דזה דתוקף מסתמא מוסר נפשו על כך והאמת אתו זהו סניף בעלמא כי עיקר דינו הוא הואיל וזכה בו מדינא ורשות חכמים לתקיף זוכה בו והרי הוא כאילו שלו וא"כ ודאי דלא עדיף מבעה"ב דתוקף בבכור בחזקת מרא קמא ונכון. אבל לפי מסקנא דקי"ל באמת תקפו כהן מוציאין בזו שפיר י"ל דברי הרא"ש דחז"ל אלמוהו לכחו של הראשון כאלו יש לו חזקת מרא קמא ומוציאן מיד התוקף השני. ולפ"ז דברי התוס' כך דלשיטת רב המנונא דביקש לדמות הך להא דספק בכורה ע"כ דס"ל דלאו הספק מכח שתיקה כהודאה כהנ"ל רק ר' המנונא דס"ל תקפו כהן אין מוציאין מידו א"כ ליתא לדינא של הרא"ש א"כ שפיר י"ל דהוא מפרש דספק בהך מסותא שהקדישה לא היה מכח שתיקה כהודאה רק היה מכח אי נימא דהקדישה הוי כמו תקפה וכמ"ש התוס' דחזינן דאלים כח הקדש דאם הקדישה לאחר תקיפה אין ביד השני לחזור ולתקפו משא"כ בלי הקדש דהא אפילו תקפו כהן אין מוציאין ודברי התוס' בפירושן נכונים אבל לפי דאסיק רבה דתקפו כהן מוציאין מידו ואין מהך דספיקות דאסורין בגיזה ועבודה ראיה כלל א"כ תו ל"ל דהא בעי' היא כמ"ש התוס' דלא אלים כח הקדש כלל דאף בלי הקדש אי תקפו אין ביד השני לחזור ולתקוף כמ"ש הרא"ש רק לשיטת רבה מפרשינן דהיה הספק במהותא אי נימא שתיקה כהודאה דמי ובזו נחלקו רבה ורב המנונא ולכך למסקנא דקי"ל תקפו כהן מוציאין ע"כ הספק אי שתיקה כהודאה שפיר פשטינן מהך דמסותא להך איבעיא דלעיל הקדישה בלי תוקפו דהספק הוח אי שתיקה בהקדש הוי כהודאה. ודברי התוס' דכתבו דבהך מסותא היה דחד הקדיש וחד שתיק עולים כהוגן למסקנא ואין כאן סתירה בדברי תוס'. ובהכי יובן דהעמידו התוס' דבריהם לפרש הך ספיקא דמסותא על דברי הגמרא והא הכא דכי תקפה כהן וכו' ולא זו מקומו אמיתו כי אם לעיל ה"ל להעמיד דבריהם פרשי מיניה רב חנניא וכו' וה"ל לפרש מה היה מקום הספק. אבל הדבר ברור כמ"ש דכל הפי' הוא הכל לשיטת רב המנונא דס"ל תקפו כהן אין מוציאן אבל בסתמא דגמרא כבר פירשו התוס' דספק היה אי שתיקה כהודאה ודברי התוס' והרא"ש עולים כאחד. ואמת שדעת המרדכי והגה"ה מיימונית לא משמע כן אבל לענ"ד האמת יורה דרכו כי כך היה דעת וכוונת הרא"ש כתו' ולכך לא הזכיר דעתם אשר לכאורה נגד דעתו ולענ"ד להמעיין בהלכה יראה שכינים דברי הנ"ל. ולפ"ז הרא"ש לשיטתו דסבירא ליה תפיסה לאחר ספק לא מהני אבל למחבר דסבירא ליה דתפיסה מהני אף דין זה ליתא וכן נראה בספר תוקפו כהן דין י"ט אות ח' שהיה כן דעת חכם אחד ולפמ"ש יפה כיוון א"כ בהרב מחבר א"א לומר כן ולענ"ד ברורים הדברים:

ב **לא שייך חלוקה כדא"ג.** הש"ך בס"ק וי"ו כתב דמיירי במקום דלא אפשר לחלוק וא"צ ראיה לזה כי הת"ה כתב כן להדיא וראיה שלו מהא דאמרינן במקום דא"א לברר הדבר כלל לא אמרינן כל דאלים גבר ובספיקא דדינא א"א לברר. אך הש"ך טען טענה אחרת דהא הרא"ש נתן טעם דלכך תקנו כל דאלים גבר דמי שהאמת אתו מוסר נפשו על כך משא"כ אידך וזהו לא שייך בהך ספיקא דרבוותא ולדבריו בכל טענת שמא ושמא לא אמרינן כל דאלים גבר וקשה א"כ מה פריך הגמרא מהמחליף פרה וחמור וכו' הא התם לחד מ"ד איירי בשמא ושמא ולק"מ ואי כוונת קושית הגמרא למ"ד אמר סומכוס אפילו ברי וברי ה"ל למימר הניחא ובפרט לפמ"ש הרי"ף והרא"ש בשמעתא דמחליף דמיירי בשמא ושמא ותני שמא עד שלא לקחתי משמע דתפסו לעיקר הך סברא דלא מיירי סומכוס רק משמא ושמא וקשה להו הא סתמא דגמרא פריך מהמחליף משמע דס"ל לעיקר כמ"ד אמר סומכוס אפילו ברי וברי וכן יש לדקדק בהטור דמני גווני דלא אמרינן ביה דאלים גבר ולא מני הך בשמא ושמא אפילו אין שניהם מוחזקים ולית לשום אדם חזקת קמא מ"מ לא אמרינן כל דאלים ולכן ברור דאף בזה אמרינן כל דאלים גבר וטעם הדבר כיון שיוכל הדבר להתברר א"כ אף זה לא נחית מספקא לעשות חיל ולתקוף הדבר ההוא כי למחר יתוודע שהוא של השני ואך לריק יגע ולכך אינו לוקח בחזקה כי אם דורש וחוקר מראשון לדעת הנכון עם מי וכאשר יתברר לו באומד הדעת וכמעט ידים מוכיחים שהנכון אתו אזי מכניס עצמו לגבור בכח ויפה עושה וכן הדין וכך היה דעת חכמים של מי שהיה ברור באומד הדעת שהוא שלו יזכה בו בתקיפה ולק"מ. ויותר מסהברא לומר הא דצריך הרא"ש להך טעמא היינו במקום דיכול להתברר דקי"ל אפילו דאפשר בחלוקה מ"מ כל דאלים גבר ובזה צריך הרא"ש ליתן טעם משום דכל מי שהדין אתו מוסר נפש ולכך עדיפא ליה לחכמים זהו יותר מחלוקה דעי"כ יתברר האמת אבל במקום דא"א להתברר הא באמת אמרינן היכי דאפשר בחלוקה יחלוקו ובמקום דא"א ע"כ אמרינן כל דאלים גבר כי מה הוה לן למעבד ובשאינו יכול להתברר ואפשר בחלוקה פשיטא דל"א כל דאלים גבר כמבואר שם להדיא בגמרא. וכ"כ הת"ה להדיא וכל דברי הש"ך בזו ללא צורך ודוק. ועיין במשנה למלך ברמב"ם פט"ו מהלכות טוען דהביא דברי רמב"ם בהל' עירובין פ"ד דכתב האשה שהקדישה שדה אחוזה ובא בעלה וגאלה מיד הקדש והרי היא תחת ידו במת היובל הרי דבר ספק אם תחזור לאשה או לכהנים לפיכך קדמה אשה והחזיקה בה אין הכהנים מוציאין מידה קדמו הכהנים והחזיקו אינה יכולה להוציא מידם עכ"ל ולא כתב הרמב"ם שיחלוקו ש"מ דס"ל לרמב"ם אף בספיקא דדינא נמי אמרינן כד"ג צ"ל דס"ל לרמב"ם הא דפריך בגמרא מהך דשני שטרות וכו' לא

מרב פריך דלרב דס"ל יחלוקו הטעם דחלוקה אמת דס"ל כר"מ ושניהם כאחד קנו רק הקשיא הוא לשמואל דס"ל שודא ולא כד"ג וע"ז מחלק הגמרא בין איכא לברורי וכו' אבל לענין חלוקה לעולם כד"ג עדיף אפילו ליכא לברורי ולכך פסק בהאי כד"ג וא"כ דינא דת"ה במחלוקת אתמר. וצ"ל לשיטה זו דלא קשיא לי דהא הרמב"ם פסק בהך איבעיא דהמפקיד אם קנה השומר הכפל דיחלוקו כהרי"ף הואיל ואין אחד מוחזק בו הרי דסבירא ליה בספיקא דדינא יחלוקו ולא כד"ג וצ"ל דס"ל כתוס' בב"ב דף ל"ד ד"ה ההיא ארבא דכל שהוא ביד שליש לא אמרינן כד"ג והתם הכפל ביד הגנב וצ"ע:

סימן קמ

א **שקרקע הידוע לראובן בעדים וכו'** הסמ"ע בס"ק א' הביא בשם תשובת הרא"ש דה"ה אם יש לו קול מבורר שהוא שלו דמועיל ע"כ והב"י מחדושיה ט' הביא תשובת רשב"א מתוכו מבואר דלא מפקינן בקלא כלל. וכ"כ הד"מ בשמו ובאמת מתשובת הרא"ש אין ראיה כי שם ידוע היה בבירור ששייך לראובן ומכרה רק לא נודע זמן מכירה אי קודם שלוה בשטר או לאח"כ והקול היה שהיה לו עד לאחר הלואת שטר בזו סמיך רא"ש אקול לומר דמכרה לאח"כ אבל כל שלא נודע כלל שהיה שלו רק בקול בזו לא סמכינן אקול וכן הרשב"א גופיה באותו תשובה הנ"ל מחלק כהנ"ל ולכן דין זה צל"ע:

ב **שהחזיק ג"ש אין מוסרין אותו לשבועה וכו'** עיין סמ"ע מ"ש לתרץ דברי רבינו מחבר בס"ק ג'. והנה דברים אלו שהביא רבינו ב"י בשם הרשב"א הם אמורים בתשובת רשב"א כפול בסימן תתקט"ז ובסימן אלף קס"א ע"ש. ולא נאמר שם זה הלשון דאין מוסרין אותו לשבועה רק סתם דבחזקה ג"ש אין להשביע דחזקה כשמה שחזקה שהיא שלו וראייתו מהך רבה בר משרשום דביקש לפטור משבועה במגו דלקוחה בידי ש"מ דעל טענת לקוחה א"צ להיות נשבע. ולפ"ז לפי מה דפסק המחבר לקמן סימן קמ"ט דאף דצריך לישבע מ"מ נגד יתומים פטור הואיל ובאים בטענת שמא אין מהך דרבה ב"מ ראיה כלל כמ"ש הרא"ש ולכי נראה ברור דלכך כתב המחבר הך לישנא אין מוסרים אותו לשבועה היינו לבית דין דנתנו לטעון ליתמי כדקי"ל טוענים ליורש שיהיה נחנו טוענים לישבע ע"ז אמרו דאין אנו מוסרין אותו לשבועה דאין אנו טוענים מול החזקה רק רשות ביד יתומים להחרים. אבל באמת בטוען הוא ברי משביעין אותו והוא הנכון בדעת מחבר כי כן פוסק להדיא לקמן בסימן קמ"ט דאין טוענים ליורש להשביעו וא"ש. כי כן מוכח מהך דרבה ב"מ ודוק. ומדברי בעה"ת משמע דהבין מדברי רמב"ם דוקא כי משביעין אותו היסת אעפ"י שיש לו עדי חזקה היינו בטוען המערער שאולה או שכורה

היה בידו כמ"ש הרמב"ם להדיא משא"כ בטוען גזולה אין כאן שבועה דאחזוקי בגזלה לא מחזקינן ולכך דייק הרמב"ם דטוען שאלה או שכורה וכה"ג אמרו חכמים גבי ראהו הטמין כלים וכו' ולכך הרמב"ם בפי"ו מטוען כאשר כתב בטוען שאכל גזל זה ג"ש ויש לו עד אחד שאכל ג"ש דאין לו טענה בפירות והנתבע נשבע היסת דייק מניה בעה"ת שער כ"א דס"ל עד מסייעו אינו פוטר מהיסת ונתקשו בו הגי"ת וכן בתשו' פני משה ויתר חכמי לב דמה ראיה לא יהיה ע"א עדיף מב' עדים המעידים אכילת ג"ש ומ"מ חייב לישבע אבל לפמ"ש ניחא דבטוען בגזל אכל א"י להשביע בשנים וא"כ אילו ע"א מסייעו פוטרו משבועה אף בע"א היה פטור משבועה וא"ש וברור:

ג **אם טען אח"כ אבד השטר וכו'** נתבטל נמי חזקה הרב הב"ח דעתו דאם ישבע שנאבד ואין ערמה אתו דנאמן ולא כן משמע בדברי הפוסקים וברא"ש דכתב דא"נ דמשמע דא"נ לגמרי ועוד הא הרא"ש והטור דאף בחזקה ג"ש צריך לישבע שכדבריו כן הוא דלקחה ופשיטא דיכול לגלגל עליו כל מה שירצה וא"כ מה א"נ הא אף דנאמן צריך לישבע בכל דבריו ולכן ברור דא"נ כלל ול"ק מ"ש הב"ח דמה יעשה זה שאבד שטרו אין זה קושיא דפשיטא אם מתחילה בא לב"ד ואמר שאבד שטרו דמהימן וזהו עיקר טעמו של החזקה דלאחר ג"ש לא מזהר בשטרו משא"כ זה שבא לב"ד והודה ששטרו בידו ולאח"כ כשאמרו לו הב"ד להביא שטרו אמר שאבד בזו ריעותא לפנינו ולא שייך עד ג"ש מזדהר אינש תו לא יזהר דהא הודה דהיה זהיר בשטרו עד בא לב"ד וכיון שכבר בא לב"ד היה לו להזהר יותר בשטרו דהא רואה דיש לו עוררין ובפרט שהבית דין אמרו לו להביא שטרו ופשיטא דאינו נאמן דהא אזדא הטעמא עד ג"ש מזדהר וכו' וא"ש וברור:

ד **אין זה אלא כמכחיש את העדים וכו'** דמגו במקום עדים לא אמרינן. מכאן יש לדקדק דאף דמודה דלא לקחה מהמקבל מתנה מ"מ כיון דהחזיק בו ג' שנים לא קרוי מגו להוציא דאל"כ ל"ל מגו להכחיש עדים ואפשר כי בעל התשובה ההוא הוא רשב"א דס"ל אמרינן מגו להוציא ולכך נתן טעם דהוי מגו במ"ע והמחבר העתיק דבריו אף דהוא ס"ל דל"א מגו להוציא נלמוד ממנו במ"א היכי דהוא מוחזק מ"מ אינו מגו לומר שטען עדים. ולא קשה מהך דלעיל סימן מ"ג סעיף ט' דכתב הרשב"א דנאמן מקבל מתנה לומר שטעו במגו דשם לא סגי דלא טעו דהא כתבו בשנת נ"ו והיה צורך לכתוב בשנת נ"ח ויותר נח לומר שטעו משנאמר שהקדימו השטר במרד ומעל ולכך מהני מגו משא"כ כאן דאמרינן להד"ם מעולם לא טעו עדים ואין בדבריו ממש דהוי כמגו במקום עדים ומה שהעדים נאמנים לומר באין כת"י יוצא ממקום אחר טעינו אף בדבר שאין מצוי לטעות במגו דאין

כת"י כדלעיל סימן מ"ג סעיף ח' ולא הוה מגו במקום עדים דכ"כ דלא נתקיים לא הוה במקום עדים וכ"כ התוס' כתובות דף י"ט ע"ב ד"ה הרי אלו נאמנים ע"ש:

ה **ולהרמב"ם אפילו לא טען המערער אלא שמא וכו'** נראה דכוונתו לא דטוען עכשיו שמא דא"כ מה נ"מ בטענתו ולמה לא נטעון נחנו בשותק המערער כיון דגם הוא טוען שמא אלא ודאי עכשיו דכבר עברו ג"ש קשה לברר אם ישב שם רצופים ליל כיום ואין כאן ריעותא רק אם המערער טוען כל ג"ש שישב בהבית חקרתי לדעת בבירור אם יושב שם גם בלילה תמיד כדי שאמחה על ידו או אינו יושב בה רק ביום ואין מגיד לו אז אם יושב בו בלילה או לא ולכך נמנע מלמחות וא"כ כיון דבשעת ישיבתו לא היה יכול לעמוד על בירור יש כאן ריעותא דאז היה יכול הדבר להתברר בקל ולכך טענתו טענה וא"ש דתליא הטענה במערער ולק"מ ועיין בש"ך שכתב כעין דברים הללו רק מ"ש יותר מתיישב בלישנא דרמב"ם דהכל הוא בשמא ולא טענת ברי כלל משא"כ לפי' הש"ך צריך המערער עכ"פ לטעון בברי שידע שהיה מחפשו בלילה ולא מצאו ולא ה"ל לרמב"ם לסתום. והנה הרמב"ם כתב דעל זה שדרו בו יום ולילה אפילו השוכרים עצמן אינן נאמנים וכבר השיגו הראב"ד והש"ך ביקש לפרשו דמיירי שכבר נתן השכירות ודבריו בלתי מובנים דא"כ מה ענין שטען המערער אולי לא דרו בו יום ולילה דצריכין להביא ראיה הא על הכל צריכין להביא ראיה דאין בעדותן ממש כלל לשום דבר דנוגעין בעדותן הן. ולכן נ"ל בדוחק דס"ל לרמב"ם כיון דהמחזיק השכיר להם הבית לדור בתוכו יום ולילה וע"ז סמיך שיעשו שליחתן וידורו בו ולכך לא נזהר בשטרו. ואם הם השוכרים שינו הדבר ולא דרו בו תמיד עד שעי"כ הפסיד המשכיר חזקתו יש למשכיר עליהם תרעומת גדול וכמעט שחייבים לשלם לו מדינא דגרמי כי בסיבתם שיצאו לפרקים מהבית ולא דרו בו תמיד הפסיד ביתו בכדי. וא"כ הם נוגעין בעדותן להעיד שדרו בו תמיד יום ולילה כדי להחזיק בו המשכיר כאשר היה באמנה אתם ולכך אינן נאמנים בזה וכבר אמרו גבי עדות כל שהוא נגיעה בדרך רחוקה ונפלאה לא יעיד ומפרש הרמב"ם כן בדברי מר זוטרא ואי טען כן וכו' דהוא מוסב לעיל אשוכרים דאע"פ דנקיטי אגר בית מ"מ אי טען כן וכו' טענתיה טענה ומפרש כמ"ש:

ו **ואפילו אם יטעון המערער ברי שלא דר בו בלילה** הש"ך בס"ק י"א תמה על הטור מנלן הא דבדברי תוס' ורא"ש לא נזכר דסבירא ליה לר"ת דבטוען המערער ברי דלא מהני טענתו. ונראה דיליף ליה מהא דכתבו התוס' והרא"ש דהא דאמר רבא ודרינן ביה ביממא ולילא לא אמרה אלא להוציא המקשן מסברתו וכו' וקשה הא צריך ליה לומר כן דהא רבא לפרושי מתניתין קאתי דקתני חזקת הבתים ג"ש ומקשינן ביה והא בתים דביום

ידעי ובלילה לא ידעי והמשנה איירי בכל גווני דאיכא חזקה אפילו טוען המערער ברי ולכך הוצרך רבה לשנויי דאיכא במציאות להעיד על דירת לילה ויום והיינו השוכרים ומילתא דרבא בדיוק נאמר וע"כ צ"ל דאף בכה"ג אין צריך העדים להעיד כן וא"כ שפיר כתבו התוס' והרא"ש דרבא לא אמר רק לדברי המקשן ופשוט:

ז **וכן אם היו הדרים בו רוכלים וכו'** על הך מימרא דמודה מר זוטרא ברוכלין המחזירין בעיירות פירוש ר"ת דאם עדי' הם רוכלים יכולי' להעיד שראו למחזיק דר בהבית כשהיו בעיר אף דלא היו בקביעות בעיר. אמנם ר"ח פירש דקאי אם המחזיק או השוכרים הבאים מכח הם רוכלים א"צ לישב בקביעות בתוך בית ומ"מ יש להם חזקה ולפיר"ח אין ראיה לפי' ר"ת דנטעון לעדים שהם רוכלים דסוף כל סוף לא היו בבית להעיד על חזקה רק מפרשינן בגמ' דהמחזיק הואיל ודר בין כדיירי בו אנשי ואי שיצא ושוב לפרקין אומנתו בכך היותו רוכל יש לו חזקה ואם אין לר"ת ראיה מגמרא אין לומר דינו מסברא. ולפי הנראה מרא"ש וטור דעתו לפסוק כר"ח דלמד ממנו לענין חזקת מקומות בבה"כ וכו' והאריך בדעתו וכן מסתבר דעתו ובפרט שכל דבריו דברי קבלה. ודינו של ר"ת ברוכלי' המעידים לא קאי לדינא. דאין לנו להרכיב פי' בגמ' אתרי אנפי ולכך הטור ברמזי' כשהביא דעת ר"ת השמיט הך דעדי' שהם רוכלים דטענינן ליה כפיר"ת דדעתו לפסוק כר"ח כמו שמביא דינו של ר"ח ומאריך בו ע"ש ולכן יפה עשה הרמ"א אחרי שהעתיק להלכה דעת ר"ח השמיט הך דינא של ר"ת דאם העדים הם רוכלים דלפי פיר"ח אין לר"ת ראיה כלל מגמ' ומה"ת לומר כן והסמ"ע בס"ק יו"ד תמה על השמטת רמ"א הך דינא דהעדים הם רוכלים. ואין מקום לתמיהתו הואיל דקי"ל כפי' ר"ח ופי' ר"ח מסכימים כל הפוסקים אפילו הפוסקים כפי' רשב"ם וכמ"ש הש"ך בס"ק י"א ע"ש:

ח **מקומות בה"כ שמנהג שכל א' כותב שמו עליו וכו'** הרמ"א קיצר בו כי בתשובת הרא"ש מבואר שכך היה מנהג מבלי להקפיד לשבת על המקום השייך לו רק יושבים כ"א מבני עיר פעם כה ופעם כה רק עיקר הראיה על המקום לדעת למי שייך הוא כתיבת השם על המקום לבדו בזו פוסק הרא"ש דזהו הוי כמו חזקה או שטר כי הלא זו עיקר הראיה במקום ההוא אבל בעיר שהמנהג שלמי ששייך המקום מקפיד לישב עליו או ב"כ ולא ישב עליו על המקום הוא רק איש אחר אפשר וקרוב לומר דאין הכתיבה ראיה דאולי מכרו ושכח להסיר השם דהא שטר ושוברו בצדו דלא ישב עליו וישב איש אחר. ולא בזו אופן דיבר הרא"ש כלל:

ט **אפילו אם כבר פרעו וכו'** דין זה צל"ע כיון דנוגעים הם דהא כבר פרעו שכירות איך יעידו ומה בכך דאין המערער לפנינו מכל מקים הלא כל עצמותו של העדות הוא אם

יבא מערער דאם לא ערער איש מה צורך לעדות וא"כ הם נוגעים להעיד כדי שאם יבא מערער שלא יצטרכו לפרוע פעמים והב"ח מדמה זה להא דאינו נוגעי' בעדות בהנאה שיגיע להם כשיתעשרו ואין דומה כלל דזה לא שכיח משא"כ כאן אלו נודע להם באמת שיש כאן מערער ובקרב הימים יבוא ומעידין. ועוד התם אמרינן שפיר בשביל הנאת ממון על ספק אין מעידין ודאי שקר אבל כאן בממ"נ מעידין דאם לא יבוא מערער אין כאן עדות שקר כי אין נ"מ בעדותן ועדותן ללא תועלת ופטומי מילי בעלמא ואם יבא הרי עדותן להם לתועלת לפטור משכירות. והשתא בלוקח ראשון ללוקח שני ויתר דברים השנוי' לעיל בסי' ל"ז שאין הנגיעה כאן כלל רק הוא מצד אפשרות בדרך רחיק אמרינן דלא יעיד ומכ"ש כאן דהנגיעה לפניך ואף אם נדחוק בחלוקי' דחוקי' מכל מקום קשה מנ"ל דין זה ואפשר דרבינו יונה מפרש כן בגמ' אמר מ"ז אי טעין ואמר ליתי תרי סהדי לסהודי דדר ביה ג"ש ביום ולילה טענתו טענה. דפי' דבא קודם שבא המערער ואמר ליתי הני סהדי להעיד כנ"ל טענתו טענה. אך לפי דברי מחבר ורמ"א לעיל בסעי' ח' פירושי' אחרים בהך מילתא דמ"ז ופסקו כן לדינא אה כן אין ראיה כלל לפי' רבינו יונה ומאין הרגלי' לחדש דין במה דלא מצינו ראיה ברורה. ובאמת בטור לא הייתי מפרש דמיירי בכה"ג שכבר נתן שכירות רק דעדיין לא נתנו והמחזיק בא בשכרו ליטלו מיד השוכרים ולא להניח שכירות שלו בידו ולכך חושש אם אמתין מלקבל עדותן עד עת צורך דהיינו שיבא המערער אז כבר יהיה נפסלים כי א"א להמתין בשכירות כי מי יודע מתי יבא מערער ולכך בא לב"ד לקבל עדותן עכשיו טרם פרעו השכירות ושומעין לו וזהו ל' הטור אם יטעון המחזיק בב"ד טרם שיבא המערער יעידו לי השוכרים בפניכם וכו' לפי שאם יבא אדם לערער שוב לא יהיו השוכרים כשרים כיון שפרעו לי השכר והיינו כמ"ש שאם אמתין עד בוא מערער בין כך פשיטא דקבל שכירות וא"כ לאח"כ יהיה נפסלים וע"ז קאמר דטענתו טענה ואינן נוגעין בעדות ומ"ש הטור כיון דלא הוה מערער קמן יש לפרשו דאינו מוסב על הך מ"ש דאינו נוגעי' בעדות כמ"ש הב"ח רק י"ל מילתא באפי' נפשיה הוא דנתן טעם דלמה מקבלין שלא בפני בע"ד ואי משום הטעם דכ' אח"כ הואיל ואח"כ יהיה נפסלים מכל מקום מה בכך הא אפי' בעדים חולי' או רדופי' לילך בעינן שלחו ליה ולא בא ולכך נתן ע"ז טעם דכאן א"א לשלח דהא המערער אינו לפנינו ולמי ואנה נשלח ולכך מקבלין שלא בפני בע"ד ואף כי דחיק קצת בסדר המשך הל' בטור מכל מקום יותר טוב שנדחוק בזה משנאמר דין חדש מה שסותר כמה דינים לעיל בסי' ל"ז ואין לו שרש ועיקר בגמ'. שוב ראיתי לבעל ט"ז שהקשה ג"כ מהך דלוקח ראשון והניח דין זה בצ"ע. אך לא הרגיש במ"ש כי יש לפרש בטור פי' אחר. וגם

יש לפרש בפשיטות במ"ש הטור כיון דליתיה מערער קמן והיינו דעדיין יש לומר הם נוגעים דאנן אומרים באמת רק ב' שנים דרו בו רק חוששין כי לעכב שכירות של זה מבלי לפרוע אי אפשר דהוא השכיר לנו ומאיזה טענה יהיה סיפוק בידנו לעכב השכירות ואם באמת נפרעו מחר יבוא מערער ותצא הקרקע מתחת ידו ונהיה צריכי'. לפרוע פעמי' נבוא ונעיד בב"ד שדרנו ג' שנים וא"כ א"א לשום מערער לבוא. ואם כן ה"א דזה נוגע בעדות גמור דלא שייך כאן דלינחו שכרן בב"ד כי אין ב"ד יכילין לעכב שכירות של המשכיר כ"ז שלא בא מערער וקמ"ל דלא חיישינן כיון דאין מערער כאן דנחזי ריעותא והם עדיין לא נתנו שכירות אם כן אין כאן נגיעה לפנינו. וזה נלענ"ד ברור בטור אבל אם כבר נתנו פשיטא דהם נוגעים ולכן דברי הש"ע צע"ג:

' **אם אין המערער יודע שדרו בו וכו'** עיי' ש"ך ס"ק ט"ו במ"ש דאם יודע אם כן מתחייב היסת וכו' ופשוט הוא דכן כתבו התוס' ורמב"ן. ועיין מש"ל סי' מ"ו במגו דאי בעי שתקי דאמרי' בתרי דפי' מהר"ש בס' כריתות היינו דעל שתיקה מסכימי' יחד בקל. והש"ך ביקש לפרש דמה איכפת ליה בדבורו של חבירו כיון דהוא שותק וכ"כ הדרישה כאן. אבל באמת זהו הסברא לא שייך כאן דא"כ עדיין לית ליה מגו דאף דישתוק מכל מקום ירא לנפשו דחבירו יגיד ויתפרסם ע"י שהיה דר בתוך הבית ויתבעו אותו המערער עפ"י עד ויהיה כמעט עליו ש"ד ומכ"ש היסת. ועכ"ל כמ"ש הר"ש דעל שתיקה שניהם מסכימים בקל. ואם כן לא יוודע דבר משום א'. והנה לפמ"ש התו' בקידושין דף מ"ג ע"ב ד"ה והשתא דבמקום שנוגע לעדים בממון והוא להם דרא דממונא אמרינן מיגו דבי תרי וע"ש. צ"ל דמיירי כאן שאלו שנים היו שוכרים בשותפות שהאחד ערב בעד חבירו לשלם דאל"כ רק שכרו וכל אחד יצא בשכירתו מבלי ערבות בעד חבירו אם כן אף דמערער יודע מכל מקום יש להם מגו ואי דיטעון כל אחד ויזקיקו לשביעה כמ"ש הש"ך הא חבירו יעיד שאמת אתו דלדבר ממון אמרינן מגו דבי תרי ויהיה עד מסייע ויפטרו וכן חבירו לו ועכצ"ל דמיירי בערבי' זה לזה דלא שייך עד מסייע דבע"ד הוא ודו"ק. או דמיירי דלא דרו יחד כי אם א' אב"ג ואחד דה"ו דמצטרפין ומכל מקום אין לו עסק עם חבירו שיעיד כי אפשר באותן שנים לא היה במדינה כלל והנה הטור חולק על זה דלית כאן מגו דהא באים להעיד להחזיקו בבית וא"א להחזיקו אא"כ יעידו שדרי בו ולית כאן מיגו. וצוחו עליו הב"י ומהרש"ל והב"ח דס"ס אינם נונעים בעדותן מחמת הנאתן ואם כן הם בחזקת עדים כשרים. ואין לפרש מגו דנגיעת ממון על כל פנים יש כאן רק אנו אומרים דנאמין להם מכח מגו וס"ל לטור דהוי מגו להוציא דהא זה ביקש להחזיק בשדה זו עפ"י העדים והם נוגעים בעדותן רק מכח מגו נאמין להם והא הוי מיגו

להוציא דאף דבאמת הוא דבר מסתבר מ"מ קשה לכוון בלשון הטור וצ"ל דכיון דמכח מגז אנו אומרים דאינם נוגעין בעדותן אם כן עכשיו לא קרוי עוד מגו להוציא דעפ"י עדים יקום דבר ודוק: ואפשר דעל זה סובב ל' הטור דבשלמא אף דיאמרו לא דרנו היה זה מוחזק בשדה לא קרוי מגו להוציא דיאמרו איך שירצה הרי זה זוכה בשדה ומוחזק ועומד משא"כ באמת אלו אמרו לא דרנו אין זוכה בשדה רק באמירה זו שדרו ג"ש וזה מאמינים אותם עפ"י מגו אם כן הוי מגו להוציא לא אמרינן: ודוחק כי באמת הסברא ישרה והלשון מגומגם. ויותר נראה לפרש כי ס"ל לטור אלו באמת דרו שני שנים ואם כן אלו יעידו אמת שדרו שני שנים ביד המחזיק לברר עוד בעדים רק על דירה שנה א' ומצטרף עם אלו והרי יש לו חזקה מה שאין כן כשיאמרו לא דרנו כלל א"כ א"א להמחזיק להביא עדים על ג"ש כי בשני שנים דרים הם והם מכחישים ויפסיד חזקתו והם אין רצונם להפסיד להמחזיק ולהעיד על ב"ש אינן רוצים כי אולי לא ימצא עוד עדים על שנה השלישית ויפסידו שכירות ולכך בחרו להעיד על ג"ש כדי שיהיה למחזיק חזקה ולהם תועלת בשכירות משא"כ כשיאמרו לא דרנו כלל הרי המחזיק מפסיד חזקתו ודאי כי הם דרו שני שניה והם מכחישין דירתן וזהו אינם רוצים לעשות להפסיד למחזיק חזקתו בכחש וכזב. ודברי אלו מכוונים בלשון הטור ודוק:

יא אא"כ שכרו בשטר עיין ש"ך ס"ק י"ז דהסכים לדברי ב"ח והיינו דלכך בעי הראב"ד שהוא דעה ראשונה שטר אעפ"י ששוכרים דרו בו כל ג' שנים משום דדרו בו שנים וזהו דוחק דחילוק זו היה גם כן בלקוחות אם מכר שדה לשנים בשותפות והן החזיקו בו ג"ש בשותפות יצטרך שטר דבר זו לא שמענו ולא נראה כן בגמרא ובפוסקים דמ"ש אחד ומ"ש שנים ולא אמרו בגמרא רק בשלשה לקוחת זא"ז דכל א' לא החזיק רק שנה אחת. ובאמת לק"מ דשם הלוקח המחזיק בשדה אומר שהוא שלו וא"כ ממ"נ אם שמע המערער מהמכירה של המחזיק ללוקח ה"ל למחות ואי לא שמע על כל פנים שזה אומר שהוא שלו א"כ ה"ל למחות: דהרי זה מחזיק בשלו ג"ש ואומר שלקוח הוא בידו ואיך לא ימחה ולכך כשמחזיק ג"ש רצופי' ולא מיחה הפסיד משא"כ כאן השוכרים אומרים שאין הקרקע שלהם רק משלמי' שכירות וא"כ זה שאומרים ששכור בידם מהמחזיק. לא שמע דאין להם קול ולהם מה ימחה הא אומרים בפומבי בפני אלפים עדים שאין הבית שלהם ואין להם מגור משלהם כלל. וחושב לבסוף ישלמו לו השכירות הואיל והוא חצר דעביד למיגר ופשוט וגם הסמ"ע בס"ק ט"ו נתכוון לזה אלא שלשונו מגומגם. ובאמת לדעתי אין כאן מחלוקת בין רשב"א לראב"ד ומ"ש. הטור והרשב"א חולק אין כוונתו דרשב"א חולק על הראב"ד במקצ' רק הרצין דרשב"א מפרש למילתא דראב"ד

ומיישב דבריו הסתומים דאף דסתם דבריו כוונתו להנ"ל ומ"ש לזה הוא דהטור כתב על דברי ראב"ד וכ"כ העיטור ובעיטור אות מחאה כתב נ' לקוחות מצרפים וה"ה במשכנתא בשכירות בשטר אבל בעדים לא הוה חזקה עד דאכל כל חד מינייהו ג"ש רצופים עד כאן לשוט הרי דמודה באכל ג"ש רצופים אין צריך לשכירות שכיר. ואם הרשב"א חולק אראב"ד איך הביא דעת בעל עיטור על הראב"ד על הרשב"א הוה ליה לאתוי' וברור:

סימן קמא

א **אלא כדי שתעשה הרבה בעת זריעה** בטור משמע דאם השדה טובה שא"צ להובירה וגם אנשי בקעה בסביבות השדה היו זורעי' אז דלא שייך טעמא חדא שדה לא מצי למנער לא הוי חזקה ע"ש ומסתימו' ל' הרמב"ם והמחבר משמע דלא שנא והטעם דיכול לומר מ"מ אף שהיא משובחת אם תנוח תהיה משובחת ביותר ואין לטובה גבול וכן נראה מדברי הרי"ף והרא"ש דהשמיטו הך תי' בגמרא חדא שדה בכל באגי לא מצי למינטר רק הביאו תי' בתרא דהכי ניחא ליה דעבדי טפי ואלו לשיטת הטור ה"ל להביאו גם כן דנ"מ כשהוא שדה טובה דלא שייך ה"ט דמ"מ שייך האי טעמא דלא מצי למינטר שדה אחת. א"ו דס"ל דלעולם לא מצי למטען הך טענה דהכי ניחא ליה ואם כן אין נ"מ בתי' הראשון. ולכך השמיטהו. וצ"ע על הטור דפוסק דלא כדברי אביו הרא"ש:

ב **י"א דהוי חזקה** זהו דעת ר' ישעיה בטור וכתב הטעם דכ"ש ה"ל למחויי דלא מתבר ארעא ומזו ברור דמיירי באתרא דכולם מוברי דאי במקום דקצתם מוברי וקצתם אינו מוברי פשיטא דהוי חזקה דהא אין כאן ריעותא כלל למחזיק דהא יאמר אני הוא מאותן דלא מוברי דהא יש כאן כתות כתות ומה צורך לכ"ש וגם דלא מיתבר ארעא לא שייך כאן דהא הרבה בני אדם שאין מוברין וקרקע שלהם קיימת בלי נזק ועכצ"ל דמיירי באתרא דכולא מוברי כי לא נשא הארץ במקום ההוא לישא פירות רצופין בלי הברה ולכך נתן הטעם דכ"ש הוי חזקה דה"ל למחויי ולחוס אקרקע שלא יהיה חריבה לרב נשיאת פירות ופשוט. והב"ח כ' דהטור לא עמד על סוף דעת ר"י דהוא מיירי במקום דמקצת מוברי' וקצתם אינו מוברי'. ואין מקום לדבריו כמ"ש כי ע"כ ר"י מיירי באתרא דכולם מוברין ובאופן זה חולק הטור ארבינו ישעיה. אבל במקום דקצת מוברין וקצת אינם מוברין לכ"ע הוי חזקה והנה מסתימת דברי הרמב"ם פט"ו מהל' טוען דין ב' הביאו מחב' לקמן סי' קמ"ה דע"א או' דאכל אג"ה וא' בד"ו דאין עדותן מצטרפי' שעל שנה שמעיד זה לא מעיד זה. ולא פי' באופן שמכחישין זה את זה דאחד אומר לא אכל בשנת בד"ו השני אומר לא אכל בשנת אג"ה: ש"מ דאפילו סתמא אין מצטרפין ומזה מוכח דלא

ס"ל כרבינו ישעיה דאי ס"ל כוותי' למה לא יצטרפו הא מיירי באתרא דמוברין כמ"ש המ"מ והסמ"ע לקמן בסי' קמ"ה ואם כן כל אחד העיד על שנת חזקה והוי כמו אחד אומר דאכל בשאר שדות אב"ג וא' דה"ו דמצטרפין דמ"ש א"ו דס"ל כדעת טור ואם כן בממ"נ אה נימא דאין מכחישין ושניהם אומרים אמת הרי אכל באתרי דמוברי ששה שנים רצופי' ואין כאן חזקה דלא אחזיק כדאכלי אינשי. ואם אין כאן ב' עדות וכמ"ש הטור לקמן בסי' קמ"ה ומוכח להדיא דלא כר"י. ולכך הש"ע דסתם לקמן בסי' קמ"ה כהרמב"ם לא ה"ל להביאו כאן דעת רבינו ישעיה ובפרט בראשונה. והעיקר כדעת הטור דלא הוי חזקה:

ג **אבל אם הוציא וכו'** עיין סמ"ע ס"ק יו"ד דכתב בשם הרשב"א דאל"כ בטלת כל החזקות בזמה"ז כי בעו"ה נתרבו המסי' עד שאין הפירות מספיקין וכו' עכ"ל נראה דמיירי דאין כל שנה ושנה ההוצאות רצופי' רק לפרקים וכן מסים בעת מלחמה וכדומה אבל בעת שלום אין מסים אבל אם הוצאה תמיד מה חזקה יש הלא ניחא ליה לבעה"ב שיאכל ויוציא כדי להרוויח ובזו ניחא הראיה דמביא רשב"א מאכלה ערלה דודאי הוצאות יותר מן אכילת עצים דהתם ודאי אלו שני ערלה מתמידין תמיד מי פתי יוציא הוצאות בשביל עצים רק הואיל לאחר כלות שני ערלה הרי אוכל כל פירות ולא סגי בלא"ה שיוציא בשני ערלה אף דאז הוצאות מרובה משא"כ בשדה דתמיד ההוצאות יותר מאכילה הרי זו שדה גזרה ומה לי שהוצאות מרובות סוף כל סוף אין חפץ בשדה זו כי ההוצאות מרובה על שבח ומה יקפיד בה הבעל השדה אם אחרים אוכלים היוצא השדה ונותנים הוצאה המרובה. אבל ודאי דאין הוצאות כסדרן ודמי' לערלה ופשוט. וכן מעיד המציאות דאם המסי' תמידין וכן בהוצאות מרובי' אף הפירות מתייקרין דלפי הוצאות כן השער הפירות לפי ערך ואינו במציאות שירבה ההוצאות על השבח רק מיירי כמש"ל דלפעמים המס מתגבר ולכך השער מהפירות בזול לפי שנים הפשוטים וזה פשוט. אך מכל מקום דין זה צל"ע ותמהני מהרמ"א דהביאו להלכה בלי חולק דדין זה באמת צ"ע דהא כל ראיה רשב"א מן הך דערלה ולפי דעת הרמב"ם וכ"כ המחבר בסעי' י"א דפי' של ערלה דהיינו דאכל פירות ערלה באיסור אין ראיה משם ומכ"ש לפי דעת הטור דס"ל דאף דבערלה דפי' אכילת עצמן מכל מקום צריך להיות בעצים יותר מההוצאה אם כן ליתא לדינו של רשב"א ואף דהב"ח וכן בש"ך בס"ק א' הכריע כרשב"א נגד הטור מנבד דלא ידעתי למה פסקו דלא כטור דהא מסתבר טעמיה אף גם כיון דהרמב"ם מסכי' בזה דהא דעתו באכילה זמורת שאינן היותר על הוצאה לא הוי חזקה דאלו ס"ל כן לא הוי דוחק' לפרש דאכילת איסור הוי חזקה (דל"ל דס"ל דאכילה זמור' לא שמי' אכילה דהא מבואר

בכתוב' דף פ' דקרוי אכילה) וע"כ דטעמו משום דסתמא דזמורי' אינם יותר מהוצאה כמ"ש הרשב"א ולא ס"ל דהוי בכך חזקה ואם כן דהרמב"ם והטור בחדא דינא וטעמא איך אפשר לפסוק דלא כוותי' על סברת הרשב"א לחוד' ולכן השמיט רבינו המחבר הך דינא דרשב"א היותו פוסק כרמב"ם ודינא דרמ"א צ"ע:

ד **בנה אדם חורבתו וכו'** עיין סמ"ע ס"ק י"ד דרצונו לומר דהך דינא אליבא דכ"ע נשני'. ע"ש שדחק ואין לנו לבדות דברים מלבנו בסברות דחוקים כי ברמב"ן מבואר בסוף פיסקא מאי בינייהו דקל נערה דברי הטור דלמדו הדיינים שאין בנין החורבה עולה למנין ג"ש ונתן הטעם דמימר אמר כל ממונו יוציא לבנין כדאמרינן כל שיבא דכרבא לעילי' בה עכ"ל הרי דמדמהו להך דניר דאין לו חזקה מטעם דכל שיביא דכרבא לעיל ביה. אף בבנין כן בלי שינוי ופשוט. והסמ"ע לא ראה דברי הרמב"ן כי כתב בפרישא שלא נמצא בחידושי רמב"ן שלפנינו דברי הטור ולא חיפש כל הצורך כי חפש בפסקא דניר הוי חזקה ושם לא נזכר דבר אבל דברי הרמב"ן הם אח"כ בפסקא המתחלת מ"ב דקל נערה וכו' ואלו ראה לא כתב כן. וברור דהך דבנין במחלוקת הפוסקים אתמר

ה **וכן אם תקן השדה בהשקאת מים וכו'** היינו שנה אחת כדי שעי"כ יוכל לזרוע ולהצמיח בשנה שניה ועשה כן בשנה שניה ושלישית מכל מקום אין שנה זו מצטרפת להך דיעה דבנין אין מצטרף אף דזו הוא עיקר לעבודת השדה מ"מ הרי לא נהנה בשדה זו. וא"ש דכפל הרמ"א אף דכבר אמור לעיל בדברי מחבר ס"ה דלעיל מיירי דכן עשה כל ג"ש בלי אכילת פירות כלל וכאן קמ"ל דאף דעי"כ הולידה הארץ והצמיחה פירות ואכלן בשנה שניה מכל מקום אין שנה ההוא שלא אכל רק תקן מקום שוקת מים מצטרף וא"ש וא"צ למ"ש הסמ"ע בס"ק י"א.

ו **וכן אם באתה לידו בעודה שחת וכו'** אעפ"י שלא יאכל בשלישי' אלא שחת עי' סמ"ע ס"ק ט"ו דפירש דאכל ג' תבואות והשחת היה לשנה רביעית והקשה דלדיעה דס"ל לעיל בסעיף א' דבג' אכילה סגי לא קמ"ל מידי ותי' וקמ"ל להך דיעה דבעי ג"ש מיום ליום ע"ש ועדיין לא תי' כמ"ש הב"ח דגם בזה לא קמ"ל דכיון דאכל ג' אכילות ושהה בידו ג' שנים מה ה"ל למעבד יותר ומהכ"ת לא יהיה לו חזקה. ועד מתי ליתחזק וליזול וע"ש בב"ח דדחק. ונראה דהטור ס"ל כהנך דסברי כמ"ש הרמב"ן בחידושיו פסקא פירא רבא וכו' דהא דבעי ר"י ור"ע חדשי' לפירי רבא וזוטרא אף דאזלינן בתר אכילות הוא הטעם משום דאם זרעו בעלי' והגיע קמה לקצור ונכנס זה וקצרה אין אכילה זו עולה לו שהרי שנה זו בחזקת ראשון עומדת ואין אומרים בקמתה מכרה ואין אכילה עולה אלא לזרוע וקוצר וכו' ע"ש. ולפ"ז ה"א ה"ה לחכמי' דס"ל בג"ש מ"מ בעי ג' אכילות גם כן הדין כן

ואם כן זה שהחזיק בתמוז שהיה אז התבואה עומדת לקצור והיה שחת ואכלה באב אין זה אכילה עולה לו רק שייך לבעל הראשון ואין לו לחשוב רק מה שזורע אחר אב וקוצר באב הבאה זו אכילה יחשב לו אם כן אין כאן אכילות רק שנים בב' שנים כי אכילה באב השניה לשנה ראשונה יחשב שהיה החרישה וזריעה וכן האכילה באב בשנה השלישית ומן אב בשנה הג' עד תמוז תשלום שנה ג' אין כאן אכילה אלא שחת ואם כן אין כאן רק ב' אכילות בג' שנים וה"א דאין לו חזקה וקמ"ל הטור דהוא חזקה חדא דהא עכ"פ החזיק ג' שנים ואכל כל מה שהיה ראוי לו לאכול בשלשה שנים הללו הן רב או מעט ועוד בממ"נ אם אתה מחזיק אכילה ראשונה ללא כלום הואיל ועיקר חרישה וזריעה היה ביד בעל הראשון אף אתה אמור בשנה אחרון שהחרישה וזריעה ברשותו נעשה אף דלא קצר מ"מ הוי אכילה וקרוי דהחזיק בג' אכילות וזהו שכ' הטור ומתבר בבוא לידו בעודו שחת ואכלה בשנה שלישית בעודו שחת דהוי חזקה והיינו מכח ממ"נ כמ"ש ולק"מ כי טובא קמ"ל וזה ברור בכוונת הטור והרמ"א ולק"מ מקושית הסמ"ע וב"ח:

[ז] **אע"פ שנהנה בטבירה ה"ז חזקה.** זהו דעת הגאונים ורמב"ם ותמהו דהא בגמ' דכתוב' פרק האשה אמרינן אפי' אכל חבילי זמורות ר"י לטעמיה דאמר ר' יהודא אכלה ערלה ה"ז חזקה ואי הפי' כמ"ש הרמב"ם דאכל אכילה גמורה באיסור אין כאן ראיה דחבילי זמורת קרוי אכילה. ומ"ש המ"מ ליישב דבערלה באמת הפי' אכילה חבלי זמורת או אכילה באיסור רק בכלאי' ע"כ הפירוש אכילה באיסור דבכלאי' אף העצים אסורים עדיין אינו מיושב כל הצורך דמ"מ מנלן למידק מה דאכלה ערלה הוי חזקה דאכילת עצי' קרוי אכילה דלמא לא קרוי אכילה רק בערלה הפי' אכילת פירות גמורים ובאיסור דמהני בחזקה כמו כלאי' ולכן צריך לומר דודאי בערלה ובשביעית לא מהני אכילה באיסור דלמה ימחה המערער מה איכפת ליה הא הפירות הם אסורים עליו ולשרפה עומדים רק תזקה דמהני בהו הוא באכילה חבלי זמור' דהן עצים דהיתירא אבל בכלאי' דאי אתה מוצא עצים דהיתירא באמת הפירוש דאכיל באיסור ומכל מקום יש בו חזקה דאנן אמרינן למערער למה לא מחית הלא הייתה יכול לאכול מתוך שדך בהיתר פירות דכי היתה מחויב לזרוע כלאים שתאסור בהנאה. ואיך תנוח שדך ביד זרים וכן כתב הרמב"ן. ואני מוסיף עוד טעם דודאי אכילת איסור לא שמי' אכילה והמערער ברואהו שאוכל באיסור הוא כאכילת גזלן ואינו משגיח למחות. מה שאין כן באכילת כלאים אמרינן למערער בממ"נ אם כדברך כן הוא שאין הקרקע למחזיק רק שלך אם כן אינו אוכל באיסור כלל דהא כלאים כשאינו שלו לא נאסר כמו שכתב הרמב"ם בהלכות כלאים פ"ה דין ת' סיכך גפן חבירו על תבואת חבירו לא קידש אחד מהן שאין אדם

אוסר דבר שאינו שלו. וע"ש דמשמע זולת פועל של בעה"ב אף לדידיה לא קנסהו ומותר בהנאה ואם כן יפה אכל והיה לך למחות וא"ש. ולפ"ז צ"ל הא דקתני דאכילת איסור מהני היינו בכלאים אבל בערלה ושביעית באמת לא מהני רק באכילת עצים ולא כן משמע דברי רמב"ם ודברי המ"מ ולכן אפשר לומר דס"ל לרמב"ם דאכילת איסור הוי חזקה כמשמעות הגמרא רק צריך טעם דמה ה"ל למערער למחות ומה נ"מ ליה באכילות כיון שהמה אסורי הנאה וצ"ל כיון דערלה וכלאים מהנשרפים וכן שביעית כתב הרמב"ם דהוי מנשרפים וקי"ל כל הנשרפים אפרם מותר ובשלה ע"ג גחלים של ערלה וכלאים מותר א"כ ה"ל למחות דיש הנאה בערלה להנות מגחלתן וא"כ שפיר דייק הגמרא מזה בכתובות בבעל המוציא הוצאות על נכסי אשתו דאם אכל קמעא דמפסיד דאף אכילת עצים קרוי אכילה דהא כאן כל הנאת המערער למחות היה בשביל הנאת תשמיש עצים. וש"מ דזה קרוי הנאה ואכילה וא"ש ודוק. ובלא"ה נראה דאף דיעה זו ס"ל דאם לא אכל באיסור רק אכל עצים בעלמא דהוי חזקה דהא אמרינן בגמרא מנלן דג"ש חזקה וילפינן שהרי הנביא עומד בעשירי (ולגי' ר"ח עומד בתשיעי) ומזהיר על אחד עשרה וכתב שדות בכסף יקנו והגמרא פריך דלמא עצה טובה קמ"ל וקשה הא מבואר דהבית נחרב במוצאי שביעית ועיין בעירובין דשנת ל"ו ליובל נחרב הבית והיינו מוצאי שביעית דל"ה ליובל שנת שביעית וא"כ שנה עשירי שמיטה היה ומה החזקה שיחזיקו בשנת שביעית בשדה ההוא. וכי נאמר הנבואה לעושי רשעה ת"ו שיאכלו באיסור שביעית ועכצ"ל דגם בשביעית משכחת ליה אכילת היתר דהיינו עצים ויש בהו חזקה וברור:

ח **אא"כ אכל זמורה** ומבואר בחידושי רמב"ן בפי' ירושלמי דאמר על מחלוקת ר"י ור"ע שני ערלה איכא ביניהם דאם אכל עליו וקנוקנות וכדומה דלא הוי פירי לר"י וגרע אכילתן מחבלי זמורת ע"ש בפסקא פירי רבא וכו'. ונראה דאף החולקים על הדיעה קמייתא היינו בערלה ושביעית אבל בכלאים מודה דהוי חזקה מטעם שכתבתי לעיל בדברי הרמב"ם וכ"כ הרמב"ן בחידושיו להדיא דבכלאים יש חזקה דמ"מ המערער הפסיד וה"ל למחויי וכ"כ הנ"י וכן מבואר בטור דכתב אכלה באיסור כגון ערלה ושביעית לא הוי חזקה ודחקו הפרישה והב"ח דלמה השמיט כלאים השנויה ג"כ בברייתא ומ"ש לתרץ דקשה למצוא בכלאים זמורת דחוק דכיון דבברייתא קתני להו אף הטור ה"ל למתני ועוד דעל אכלה באיסור דלא הוי חזקה דמיירי דאכל פירות אין זו תי' ובכאן ה"ל לטור למחשב. ובזו פתח תחילה אבל ברור דכרמב"ן ס"ל ולכך כשכתב דהאוכל באיסור לא הוי חזקה מנה רק ערלה ושביעית אבל בכלאים הוי חזקה וא"ש ודברי

הטור ברורים. ומאחר דבלא"ה דעת גאונים ורמב"ם דבכ"מ הוי אכילת איסור חזקה א"כ פשיטא דבכלאים הדין כמ"ש הרמב"ן והנ"י ומשמע להדיא כן מדברי הטור ופשוט:

ט **אם האילן משיר פירותיו וכו'** אינו חזקה צ"ע דהביא המחבר דין זה הנזכר בטור מבלי תולק דמלבד דלפי' ר"ח הוא דוקא אילן שמשיר פירותיו קידם זמן כמ"ש הסמ"ע והב"ח אף גם הא הרמב"ן בחדושיו מפרש איפכא דלרב באילן המשיר פירותיו הוא דלא הוי חזקה משא"כ לשמואל דקי"ל כוותיה אף בזו תזקה וא"כ יש כאן ספיקא דדינא. אלא שלענ"ד לשיטת המחבר הך דינא ליתא דהא על א"ב דקל נערה יש שני פירושים פירוש א' דקל המשיר פירותיו ופי' שני שעושה פעמיי' בשנה והני ב' פירושי' נ"מ דלפי' ראשון ע"כ מוכח דאף לשמואל בעי' ג"ש מיום ליום דאל"כ הל"ל בפשוט א"ב חרפי ואפלי וכמ"ש הרא"ש להדיא ולמה בחר בנ"מ בדבר בלתי שכיח ונמצא: אבל לפירש שני י"ל לשמואל לא בעי ג"ש ותלי בעשיית פירות ג"פ לבד וא"כ הך דיעה דס"ל דבשדה אילן בנ' אכילות סגי ע"כ דס"ל כפי' השני דקל נערה שעושה ב"פ בשנה וכ"כ הב"ת להדיא דרמב"ם ס"ל כלישנא בתרא לשמואל וכוונתו לישנא בתרא של פי' ר"ח לשמואל דדקל נערה פי' שעושה פירות ב"פ לשנה. ולפי' הזה אין כאן ראיה כלל דנאמר אילן המשיר פרותיו בעצמו בלי לקיטה דלא יהיה בו חזקה. דהא לא מצינן לו רמז בגמ' ומי יבדה זאת מלבו וא"כ צ"ע על מחבר דבסעיף א' סתם כרמב"ם דבג' אכילות סגי וע"כ דמפרש דקל נערה שעשה ב"פ לשנה הפירות ואם כן הך דינא באילן המשיר פירותיו אין לו מקור לדינא וא"כ לא ה"ל לסתום פה כהטור דגריר בתר שיטת הרא"ש דס"ל תמיד בעינן ג"ש אף לשמואל ותופס הך פירוש דקל נערה שמשיר פירותיו לעיקר מה דלא קרוי להלכה לשיטת הרמב"ם. ודוחק לומר דהמחבר במטבע קצר שלו חזר מע"ש בב"ה וס"ל דאף הרמב"ם ס"ל כהך פירוש דקל נערה שמשיר פירותיו וס"ל דקושיא הגמ' מה ביניהו כך הוא דודאי לשמואל דסגי בג' אכילות א"צ לפנים דהא אמר להדי' עד שיגדור ג' גדירות וכו' ולא הזכיר כלל מענין ג"ש רק על רב דאמר ג"ש מיום ליום הנך ג"ש מאי עבידתא דהא אין חזקה אלא באכילת פירות ואם יושב בתוך שדהו בטל אפי' אלף שנים לא הוי חזקה וע"כ דאכילת פירות עיקר דאין אדם רואה חבירו אוכל ג"פ פירות מתוך שדהו ושותק כמ"ש הרמב"ן אם כן הך ג"ש מה עבידתא הל"ל ג"פ אכילת פירות ומה איכא בינייהו דהא העיקר תלוי באכילת פירות וע"ז משני דבאמת הכל תלוי באכילת פירות רק לרב הכל תלוי באכילת פירות וג"ש דנקט דכך דרך ג"ש לאכול ג' פירות וכמ"ש הרא"ש וא"כ אפילו לא קעביד מעשה רק הוא מעצמו אוכל הפירות דנשרו מכל מקום כיון שאכל ג' פירות הוי חזקה אבל לשמואל בעי דיעבוד מעשה אבל אם מעצמן נשרו

לא הוי חזקה ולכך קאמר עד שיגדר והלכתא כוותי' אבל אכל ג' אכילות הוי חזקה לכ"ע אפי' לרב ולכך דינו של מחבר א"ש אבל מ"מ צ"ע דיהיה המחבר מחדש פירוש אחר מה דלא מצינו לו לשום מחבר ואפשר דקשי' ליה מ"ש הטור בשם ר"ח דס"ל בג' אכילות סגי אף דר"ת מפרש בחד לישנא דקל נערה דקל המשיר פירותיו ועכצ"ל דאף לפי' הזה סגי בג' אכילות והוא הדבר שכתבתי ומ"מ צ"ע:

י **י"א שאם התחיל וכו'** גם זה צל"ע דלא ה"ל למחבר לסתום דהא מדברי הטור נראה להדיא דהך דינא תלוי בהך דין דניר לעיל אם אותן ימי' עולה למנין ג"ש או לא והרא"ש דס"ל הך דינא אף בניר ס"ל דמצטרף למנין ג"ש ואם כן המחבר דהביא לעיקר לעיל בסעיף ט' דניר אינו עולה וכמו שנראה מדבריו בסעיף ח' וכמש"ל לא ה"ל להביא הך דינא דבנות שוח דלשיטתו בעינן ג' אכילות דוקא וזה מבואר בטור וצ"ע.

יא **לא הוחזק אלא במה שאכל** היינו בסאה אחד לא הוציא שאר אילנות הפירות רק אותן הג' אכל מהן כל שנה ובשאר שני סאין הוציאו שאר אילנות גם כן אם כן לב' סאין אין לו חזקה אבל לסאה ג' יש חזקה דהא בכל שנה אכל ג' אילנות מהסאה והנשארים לא הוציאו פירות וא"ש וזהו דלא כסמ"ע כאשר השיגו הש"ך ובפירושי הכל מיושב וא"ש:

יב **וי"א דה"ה אם היו רצופי' וכו'** בטור הקשה בשם ר"י על דיעה זו דהא קי"ל אכלן רצופי' הוי חזקה והקשה הדרישה וכן הב"ח דהא י"ל כמ"ש הטור לאחר זה בנטועי' בפחות מד"א דיש הבדל בין אכלן כולן או קצת מהן דבעינן דיאכל אותן דלאו למעקר קאי. ובאמת כ"כ התוס' בישוב דברי הרשב"ם אבל גם זה לא הבנתי דהא התו' הקשו אח"כ בד"ה ממטע וכו' דהא במכר כשהן נטועי' י' לבית סאה קי"ל לא קנה קרקע דבעי מד"א עד י"ו אמות שהן עגולות (ובמלחמות ה' פ' המוכר משמע דהך שעורא נפיש משיעור יניקה ר"ן אמה וע"כ ס"ל דהן מרובעות ובאמת כן ס"ד בתוס' בעירובין אבל אסיקו כמ"ש התוס' כאן דהוי עגולות) ואינו שיעור ר"ן אמה שהוא י' לבית סאה. ותי' התוס' דרך בני אדם מבלי ליטע כ"כ מפוזרין י' לבי' סאה רק אין מקפידים על יניקתם זה מזה ונטעו רצופים ולכך במכר לא קנה אם אינו רצופין כ"כ כדרך בני אדם ליטע משא"כ בחזקה אע"פ שהן מרוחקים כשיעור יניקה הוי חזקה עכ"ל וא"כ איך נימא בנטועין ברצופין מי' לבית סאה דעומדים לעקור מה שסדרן של בני אדם ליטע כך ואם הם נטועין י' לבית סאה לא קנה קרקע כלל עד שיהיה נטועין רצופים ואיך נימא עליהם למעקר קאי ולא יועיל בהם חזקה. אדרבא דרך ממכר הוא שקונה ג"א קנה קרקע ברצופים. ולכך לא תי' הטור כן רק ברצופים מפחות מד"א דקי"ל אף במכר לא קנה דלמעקר קאי וכן דייק לשון התוס' דכתבו אבל בחזקה אע"פ שהן מרוחקים וכו' הרי דכתבו אע"פ

שהן מרוחקים ומכ"ש מקורבים דהוי כמו מכר ודברי התוס' בישוב דברי רשב"ם צל"ע דנראה לכאורה דסתרו דבריהם שאח"כ וצ"ע ודברי הטור ברורים ודוק:

סימן קמב

ואם טען המערער וכו' לפירות הורדתיו וכו' נראה דבמת טוענין ליורשים דהורידהו לפירות דהא קי"ל דטוענין ליורש כל מה דמצי אבוהן לטעון וזהו הוה מילתא דשכיח דכן מוכח מתוס' דף ל"ה ע"ב ד"ה ואי דלית וכו' דהקשו דיהא נאמן במגו דלפירות הורדתיו וע"ה דשכיח דלא אמרינן מגו דל"ש וכן הסברא דשכיח וא"כ טוענין ליורשים ופשוט:

סימן קמג

א **ולא ידעתי שהיית מחזיק בביתי** ומיירי שהיה לו בית אחר לדור בו. הרשב"ם מפרש בשוקי טרידנא ולא ידעתי שאתה דר בביתי וכגון שיש לו בית אחר בעיר שמתאכסן שמה ויש מפורשים דלא היה לי פנאי למחות אע"פ שידעתי ואינו נראה בעיני ע"כ. ולכאורה נראה לפמ"ש התוס' לקמן בדף ל"ח ד"ה אין מחזיקין וכו' דאף מגליל ליהודא דהוי שעת חירום מ"מ החזקה נשמעת וכמ"ש התוס' בד"ה מחאה דחוקר אחר נכסיו שלו רק מחאה אינו נשמעת א"כ זהו שהיה בשוקי בראי כל ג"ש ובשעת חירום כמ"ש ר"ח מ"מ הא ידע מחזקה וידע שזה מחזיק בשלו בכל אופן וא"כ זה שלשים יום האחרונים לג"ש שבא במדינה ה"ל למחות דהא דמחזיק זה בשלו כבר שמע בהיותו בשוקי בראי ועכצ"ל דבשוקי טרוד ואין פנאי למחות כהך י"מ דכתב הרשב"ם ואין נ"מ במה ששוכן בבית אחר או בבית זה דהא אין פנאי למחות אך דברי הרא"ש לפ"ז כסותרים זא"ז דכתב הרא"ש כל תלתין יומין בשוקי טרידנא ולא הייתי יודע שהיית דר בביתי וכשהייתי בחוץ הייתי בארץ מרחקים שאין שיירות מצויות הרי דמפרש כרשב"ם דע"י טרדות השוק לא ידע שמחזיק בביתו ואח"כ כתב ויותר נראה שא"צ להביא ראיה כיון שזה החזיק בשופי ג"ש והחזקה נשמעת אפילו במדינה אחרת כדמוכח לקמן עליו לברר שהיה במקום שאין מחאתו נשמעת ולכך נמנע מלמחות עכ"ל הרי דס"ל כדעת התוס' וע"ז רמז במ"ש כדמוכח לקמן והיינו גבי מחאה שלא בפניו דלא הוי מחאה דהוכיחו כנ"ל דחזקה נשמע בגליל רק לא המחאה א"כ קשה איך יתכן דלא ידע שהיה דר בביתו הא ידע ליה מקדם בשהיה בשוקי בראי ועכצ"ל הטעם דלא היה לו פנאי למחות כהך די"מ דכתב רשב"ם ולכאורה הדבר צ"ע ולייישבו צ"ל דודאי ס"ל לרא"ש דוחק דמחמת טרדא לא יהא סיפוק בידו למחות באפי ב' רק ס"ל כך דודאי אף אם מחזיק בשל חבירו כל זמן דאינו דר בו

ג"ש שלימות אין על המערער חיוב למחות דהא אין כאן חזקה ולכך עיקר המחאה בסוף ג"ש כשרואה שמחזיק בשלו ג"ש וא"כ ודאי אלו הוא במקום אחר ושמע חזקה מספק יש לו למחות בשמשמש ובא זמן של סוף ג"ש דאולי יחזיק זה ג"ש אבל זה שהיה בשוקי בראי ודעתו היה לילך למדינה אשר שם ביתו בסוף ג"ש היה דעתו מבלי למחות עד בואו שם ויחקור אם בכלות ג"ש דר ג"כ שם דאם יעקור דירתו מקדם א"צ למחאה ולכך לא שם ללב למחות עד עמדו על החקירה אם עודו דר שם וכשבא לכאן והיה דעתו לחקור טרדות השוק סבבהו עד ששכח לחקור אם עודנו שם וחושב הואיל ואין כאן קול שזה דר שם מסתמא אינו דר שם ולכך לא חש למחות כי חשב מסתמא אינו דר שם הואיל ואין קול שזה דר שם. ובאמת כמוהו כן כל העם טרודים בשוק ואינם משמיעים קול (ועכצ"ל כן דלשיטת הרא"ש דמרחוק יש לו קול ולמה כאן אין קול וע"כ מחמת טרדו יום שוק אין לזה קול) ולכך נמנע מלמחות. וזהו שכתב הרא"ש בשוקא טרידנא ולא הייתי יודע שאתה דר בבית כי היה סומך הואיל ואין קול מסתמא אין אתה דר כעת בבית וא"ש דברי הרא"ש וצ"ע. ולפי זה מוכח ברור מדברי הרא"ש דלא כש"ך בס"ק א' דכתב דאם בתחילה ידע שזה מחזיק בשלו ולבסוף ירצה לטעון דהוינא טרידנא ולא ידעתי שהיית מחזיק בשלי לא מהני והוי חזקה דלפי הנ"ל מוכח דמתחילה ידע ומ"מ לא הוי חזקה הואיל ולבסוף לא ידע ודבריו נסתרים מדברי הרא"ש וברור:

ב **ואם היה בתחילתן במקום שיכול למחות והלך למקום שא"י למחות לא הוי חזקה וכו'** דברים הללו הם אמורים בנ"י שכ' על הך דינא בשוקי בראי הייתי שנזכר במחבר מהכא משמע וכו' והב"י הביאו וכ' דזה ליתא אלא למפורשים לא היה לי פנאי למחות ע"כ והד"מ כ' דמסבר' אמרי' כן לכ"ע דדעתו הי' לשוב ואח"כ נתעכב דלא שב וכ"כ הב"ח והדרישה ואני איני מבין אם הדבר תלוי בסברא לא ה"ל להנ"י לומר דיליף מהך דשכונ' בראי וכ' דמהכא משמ' וכן הרמ"א מזה יש ללמוד ובאמ' אם בסבר' יש לדחות דלא ה"ל להכניס עצמו בספק הזה דכיין דרוא' דהולך למקום רחוק וה"ל למחות דמה טורח יש בזה למחות בפני ב' וקצת מורה כן לשון הגמרא כתובת דף י"ז ע"ב דפריך ולוקמי כגון שאכל ב' בפניו ואחד שלא בפניו וכגון שברח וכו' ולא קאמר פשוט כגון דבשנה ג' הלך לגליל מיהודא דלא הוי חזקה וקמ"ל אעפ"י דבשני שנים ראשונים היה בפניו א"ו דבזה באמת הוי חזקה ולכך הצריך הנ"י ראיה ולכך כ' הב"י דאין כאן ראי' כלל דזה לא ידע מעולם דהחזיק שהיה לו למחות דהא אמרינן כל תלתין יומין טריד בשוקי ולא ידעו כלל דהחזיק זה בשלו ואם כן אין כאן מקום ראיה לנ"י כלל והדרישה תי' דהואיל דיליף מזה דא"צ להיות במקום שיוכל למחות רק בסוף ג"ש אם כן ש"מ

דהכל תלוי בסוף שנת ג' וא"כ זה שהיה אז במקום שלא יוכל למחות לא אבדה זכותו. ואין זה תלוי בזה דבשלמא כשהיה בסוף ג"ש במקום שיכול למחות אם כן כששמע שזה מחזיק בשלו ג"ש למה לא מיחה אבל בשביל זה נוכל לומר בהיפוך ג"כ הואיל ויודע שזה מחזיק בשלו ב"ש והוא הולך למקום שלא יכול למחות לא ה"ל לסמוך אחזרתו כי אם תיכף למחות וכמש"ל מיהו זה הייתי אומר דס"ל להנ"י דהך יומא דשוקי לא היה בכל שנה דהא עיקר טרדא דיומא דשוקי הוא הואיל והוא לעתים רחוקים כמ"ש הסמ"ע ואלו הוא כל שנה שלשים יום אין זה לעתים רחוקים אלא דבשני שנים ראשוני' היה ז' יום פה בלי יומא שוקא רק בשנה שלישית היה בל' יום יומא דשוקא וטריד ולכך לא ידע אם גם בשנה השלישית החזיק ולכך לא הפסיד חזקתו וא"כ שפיר הוכיח הנ"י דאם היה בב' שנים הראשונים במקום דיכול למחות כמו שזה שהיה בשנים הראשונים תלתין יומא בלי טרדא מ"מ הואיל בשנה ג' היה בשוקי בראי וגם ל' יום היה טרוד וה"ל כמו שוקי בראי אין להמחזיק חזקה וא"ש רק דמלבד דזה דוחק בנ"י דמנלן זה אף גם דהוכחה ראשונה דכתב דמוכח דאף דהיה ב' שנים במקום דא"י למחות הואיל וסוף שנת ג' היה במקום דיכול למחות הוי חזקה ג"כ לא ידעתי מנלן דהא בהך עובדא היה כל שתא ל' יום במקומו וא"כ לולי הטענה דהיה טרוד ביום השוק הא היה כל שנה במקום שיכול למחות והדרישה כ' דמכל מקום מוכח דהא לא היה בכל שנה רק ל' יום ולא הבנתי דבריו וכי ס"ד דיהיה כל ג"ש קשור אתו עד שלא יהיה זז ידו מתוך ידו פשיטא דאם בסוף כל שנה ושנה היה פה ושמע וידע דהחזיק בשלו כל השנה היינו דהיה כל ג"ש במקום דיכול למחות דהא יכול למחות כל שנה ושנה. ועוד קשי' ליה בדברי הנ"י דכתב והא וכו' דכל שתא אתית ל' יום דבשלמא בשנים ראשונים היית לו יכול לומר סבור הייתי לבא בשנה ג' ולמחות אבל השתא דגם בשנה ג' באת אמאי לא מחית ע"כ דמה ביקש בזה ואם כוונתו לומר דלמה טרח זה להביא עדים על כל שנה דבא בו ל' יום ולא היה סגי בביאתו בשנה אחת ולכך תירץ דאינו מועיל הביאה בשנתיי' רק בשנה הג' עדיין לא מיושב דלא הוי ליה להביא עדים רק דהיה בא בשנה ג' והעדים על שנים ראשונים המה לחנם וכע"ש הדרישה וע"כ דבאמת היה מיותר ולאפשויי סהדי קאתא אם כן הדרא קושי' לדוכתי מה ביקש הנ"י בזה. ולכן נראה דס"ל ודאי אם היה ב"ש במקום דא"י למחות דייקא דהיינו דשמע החזקה כמ"ש התו' והרא"ש וכן הנ"י גופי' בשמעתי' היה ביהודא ע"ש רק לא היה יכול למחות דהוא שעת חירום בזו ס"ל לנ"י אם בשנת ג' בא למדינה דיכול למחות צריך למחות דהא ידע דזה מחזיק בשלו רק דא"י למחות וכיון דלסוף בא במקום דיכול למחות ה"ל למחות אבל אם היה ב' שנים במקום רחוק

וכדומה שלא שמע החזקה כלל אף דבא בשנה שלישית למקום דשמע דהחזיק מ"מ אין כאן חזקה דאף דשמע אז שפלוני החזיק וכי שמע שהיה מחזיק כל ג"ש ומי יזכור אם זה יושב ג"ש או לא מילתא דלא רמי' וכו' ואלו אתו עדות קמן כמה מדקדקים בהן על התמדת ישיבות ג"ש כסדרן כהנ"ל בסי' ק"מ באריכות ומכ"ש דעל שמיעה בעלמא אין להחליט דיושב ג"ש ולכך לא הוה חזקה. וכן מורים דברי ר"ח הובאו בפירושי רמב"ן בפיסקא אנא בשכוני גואי דכתב דבשעת חרום צריך שיהיה כל שני חזקה עמו במדינה וכן סיי' ולפ"ז צריך להביא עדים שהיה כל ג"ש במקום קרוב דהא חזקה בפחות מג"ש לאו חזקה וכיון דמקצת ג"ש היה במקום חירום אין עולין לו והרמב"ן הסכים בעדו וכתב דיפה הורה שפירש עד שיהא עמו במדינה כל שני חזקה. ואף דיש לדחוק ולומר האי כל ג"ש אין פירושו רק לשלול דלא סגי בתחיל' הג"ש אבל באמת אם היה רק סוף ג"ש אף דלא הי' בתחילתן היינו שהיה כל ג"ש במקום קרוב דהא סוף שנה שלישית היא כוללת וסוגר לכל ג"ש הללו וכן נראה מדברי המ"מ בפט"ו מהלכות טוען הלכה) שהביא בשם רמב"ן ורשב"א דצריך לברר שהיה בסוף שנה שלישית במדינה דמשמע דבזה סגי ומ"מ פשטא דלישנא דר"ח יותר מורים דבעי כל ג"ש ולכן נר' דיש לחלק בין מקום דא"א לשמוע גם החזקה אז צריך כל ג"ש ובמקום דא"א לשמוע רק מחאה אז בסוף ג"ש סגי. וא"כ הנ"י דייק מדברי הרי"ף דפירש על שוקי בראי ולא ידענא דאת נחית לגו ביתי הרי מפרש דהיה כ"כ בארץ רחוקה עד שלא היה אפשר לשמוע החזקה ולא פירש כפשוטה דלא היה אפשר למחות וכמ"ש הרא"ש אלא דקשי' ליה לרי"ף למה ליה טורח להביא עדים שהיה כל שתא ל' יום בביתו ועירו דבשלמא על שנת ג' הוצרך להביא עדים כמ"ש הנ"י דיכול לומר סבור הייתי לבא בשנת ג' ולכך לא מחיתי אבל שנים הראשונים למה ליה עדים ולזה מפרש הרי"ף דטען דלא שמע חזקה כלל דהיה כ"כ רחוק וא"כ בזו אינו מועיל מה שהוא בשנת ג' במדינה וצריך להיות כל ג"ש כמ"ש ר"ח הנ"ל ולכך הביא עדים דהי' כל שנה ושנה ל' יום במדינה משא"כ אלו מפרש הרי"ף דהי' במקום דשמע חזקה רק דלא יכול למחות בזו ודאי בשנה ג' סגי דהיה במקום דיכול למחות וא"כ א"צ לעדים על ב' שנים ראשונים וקשי' בגמ' טורח עדים למה ודברי הרי"ף מדוקדקים וזהו דברי הנ"י ומהכא משמע דא"צ שיהיה המערער במקום שיכול למחות אלא בסוף שלש הרי דדייק שיכול למחות ולא כתב במקום דיכול לשמו' החזקה דהא בזה איירי הך עובדא כמ"ש הרי"ף דלא שמע החזקה א"ו דדוקא ביכול למחות לא בעינן ג"ש אבל החזקה צריך להיות כל ג"ש ודייק לי' שפיר מדברי הרי"ף דאלו אף במקום שיכול למחות בעי ג"ש לא היה צורך לומר דלא ידע דהחזיק רק בקיצור דא"י למחות כנ"ל ודין השני

פשיטא מוכח מדבעי עדים לשנה השלישית ש"מ דעל עדי בשנים הראשוני' יכול לומר סבור הייתי לבוא בשנה ג' ולמחות אף דהרחקתי נדוד לשוקי בראי מקום דאפי' חזקה אינה נשמעת מכ"ש באינו מרחיק רק למקו' דמחאה אינו נשמעת ודברי הנ"י ברורים ומוכרחים מכל צד. איברא דאף דדין זה לחלק בין מחאה לחזקה דנאמר במקום דלא ידע מחזקה לא סגי בבואו למדינה סוף ג"ש מסתב' וכן דברי ר"ח הנ"ל מורים כמעט על זה בבירור מ"מ לבי נוקפי הואיל ולא מצאתי לחילוק זה עזר בשארי פוסקים וגם יש קצת להקשות בכתוב' גמ' הנ"ל לוקמי בכי ה"ג דהיה אוכל ב"ש כשהיה במקום דלא שמע החזקה ושנה השלישית במקום דנשמע החזקה ויכול למחות ומ"מ לא הוי חזקה וטוב' קמ"ל במשנה אם לא שנאמר דכבר שמעינן ליה ממשנה דהיה ביהודא וכו' עד שיהיה עמו במדינה דמפרש ליה ר"ח שיהיה עמו כל ג"ש במדינה ולכך צ"ע. וא"כ יפה תמה הרב ב"י על הנ"י. אמנם אף דנימא דמדברי הנ"י אין להביא ראיה היות דברים סתומים כבר כתב המ"מ בפט"ו מהלכות טוען בשם רמב"ן ורשב"א להדיא אם היה המערער עמו במדינה בתחילה ובאמצע. ובסוף הלך לו למקום רחוק לא עלתה לו חזקה וא"כ תמהני למה תלה דין זה בדברי הנ"י הלא הן דברי הרמב"ן ורשב"א וכ"כ הרמב"ן בחדושיו הנ"ל ע"ש ואין פקפוק בדין זה:

ג **אין שומעין לו וכו'** כתב הרא"ש הטעם שזה החזיק בשופי ג"ש והחזקה נשמעת אפי' במדינה אחרת עליו לברר שהיה במקום שלא היה המחאתו נשמעת עכ"ל ונתקשה בזה הסמ"ע ס"ק ה' דמה צורך לומר דיהיה החזקה נשמעת רק לא המחאה עליו לברר ולא כ' פשוט דאין נאמן לומר שהיה במקום דלא שמע חזקתו וע"ש דדחק הסמ"ע למאוד. ולענ"ד דברי הרא"ש נכונים דודאי פשיטא דמסתבר דעל המחזיק להביא ראיה דהא יכול להביא ראיה בקל דהי' במדינה בתוך ג"ש אבל המערער קשה להביא ראיה ממדינה זו דלא היה שם דלא ראינו אין ראיה ומי יוכל להעיד שלא היה במדינה לא ראינו אין ראיה אם לא שא' יעיד לא זז ידי מתוך ידו וזהו מהנמנע. אבל יוכל להביא ראיה ממדינה רחוקה שהיה שם בתמידת ג"ש ולהעמיד עדים על שבתו צאתו ובואו שיעידו שלא מש מתוך המדינה זה שלש שנים אך זהו אם יודע מערער שזה מחזיק בשלו וא"כ למען בירור שאין חזקתו חזקה טרח ומייחד עדים שישגיחו על התמדת קביעת במדינה הרחוקה זה ג"ש אבל אם אין יודע כלל מזה שמחזיק בשלו א"כ לא רמי' עליו כלל לייחד עדים כל זמן היותו במדינה רחוקה כי לאיזה צורך יהיה מיחד עדים ובשובו לארצו ורואה שזה מחזיק בשלו איך אפשר לו לברר זה בעדים שהיה ג"ש רצופים במדינה אחרת ומאן משגיח בי' ומילתא דלא רמי' לאו אדעתי דאינשי וא"כ פשיטא דיותר ראוי ונכון שיהיה

הבירור על המחזיק להביא שום עד שראהו תוך ג"ש במדינה ולכך כ' הרא"ש לסתור דעת האומרים כן וכ' דודאי חזקה נשמעת מרחיק רק א"י למחות א"כ עליו הבירור דהיה ליה לייחד עדים שם המעידים על קביעת ישיבת בארץ מרחוק ודברי הרא"ש ברורים ומדוקדקים. ובהכי ניחא דברי מחבר דסתם כאן כדברי הרא"ש אף דהרמב"ן ורשב"א חולקים ומפורשים בשכוני גוואי גם כן בזה אופן דטוען דהיה בשנת חזקה בארצות הדרומית רחוק ממקום חזקתו וקי"ל כר"ן דעל המחזיק לברר וכמ"ש הרמב"ן בחדושיו והמ"מ בפט"ו מהלכות טוען בשם רמב"ן ורשב"א ע"ש ואלו לקמן בסי' קמ"ו סעיף י"א באם טוען המערער שלא היה מתחילה במדינה כשהחל להחזיק וא"א שלקחה הימנו פסק דעל המחזיק להביא ראיה ומ"ש זה מזה ולכאורה ארכביה אתרי ריכשי אמנם לפמ"ש א"כ דשם וכי היה יודע המערער בתחילת ג"ש שזה יחזיק בשלו ויטעון שלקחה הימנו עד שיהא מיחד עדים במקום שהיה חנייתו לברר שלא היה במדינה למוכרו כי לא עלה ברוחו כלל שזה יחזיק בשלו ולכך על המחזיק להביא ראיה כי א"א למערער לברר אבל בזו הדין דשמע המערער מחזקתו רק שלא היה יכול למחות א"כ ה"ל לייחד עדים דהוא בארץ רחוקה ונח לו לברר כן ולכך עליו הבירור ואם לא בירר איהו דאפסיד אנפשיה וא"ש והא דפסק כרא"ש ולא כרמב"ן ורשב"א משו' דכל דינם יסדו על הך פי' בשכוני גוואי דהיה ג' שני' בארץ רחוקה ולא כן פירשו הרי"ף ור"ח ורשב"ם ותוספת ורא"ש ויתר פוסקים א"כ אין מקום לדין שלהם ולכך לא פסק המחבר כוותייהו:

סימן קמד

א **אכלה האב שנה כו'** עיין סמ"ע ס"ק ג' שהביא דעת הפוסקים אם הבן צריך להיות גדול או אפילו קטן דכיון שבא בטענה שאביו קנה השדה ודברי רבינו ב"י בזה צ"ע דהביא על זה המחלוקת דברי תוס' ורשב"ם אי צריך להיות גדול בעת חזקת אביו או רק גדול במות אביו ומעולם לא נזכר מחלוקת זה על הך דינא דהחזיק בו אב ואח"כ הבן דפשיטא דאם הים רק גדול במו' אביו דהוי חזקה דלא יהא אלא לוקח דבא בטענה שלקחם מן אביו דהוי חזקה כשיש לו קול וה"ה לבנו הבא בטענת ירושה והתום' ורשב"ם נחלקו באידך דהיכא דאכל בפני אבו בן בזו דעת רשב"ם דגדול במילתא דאבוה קטן יחשב וא"כ לכך לא מיחה דלא ידע במילתא דאבוה ולכך מצריך שיהיה בשעת תזקת האב גדול ואין זה ענין כלל להא דהחזיק האב ואח"כ הבן וצ"ע:

ב **והוא שלקח בשטר** יש לי מקום ספק לפי מ"ש הטור בהחזיק בפני לוקח אפילו כשלקח שדה זו בכלל שארי שדות הזכיר שדה זו מ"מ אין לו קול דהואיל ומכרו בצירוף

שארי שדות. אם הדין בהיפוך נמי כשלקח הוא מהבן כל שדות ושדה זו נמי והזכירו בפי' ואכלו שנה שלישית אם יהיה חזקה דיכול המערער לומר הואיל ואין לו קול לא ידעתי שאתה לקחת שדה זו ולא חשתי למחות כיון דלא אכלת רק שנה א'. ונראה לענ"ד דזה מוכח ומבורר מהך דיעות דלקמן בסעיף ד' באכלה בפני לוקח אי בעינן דוקא לוקח בשטר או אף שלא בשטר דלמ"ד דבעי דוקא שטר הוא דהויא מחאה כבר הקשו התוס' והרמב"ן דה"ל לשנויי על הך דקתני בברייתא בפני לוקח הוי חזקה דמיירי בלוקח בעדים ותי' הרמב"ן דהנך תרי ברייתות מתני גבי הדדי וקשה א"כ עדיין מדשני במוכר שדותיו סתם עדיין לא קאי כברייתא דרישא דאכל הלוקח שנה דודאי בלוקח סתם הלא מעולם לא שמע שלקח שדה זו ומהיכי תיתי ימחה ועכצ"ל דהפי' במוכר שדותיו סתם פי' כמ"ש המפרשים והטור דהזכיר לו השדה רק הואיל ומכרן בצירוף שארי שדות לית להו קלא ובעל סברא זו ס"ל להיפוך דעל המערער יותר יש לחקור מהמחזיק כמ"ש התוס' להדיא בשמעתיה דג' ארצות לחזקה דהמערער חוקר ודורש לדעת מי מחזיק בשלו אפילו במדינה רחוקה בשעת חירום משא"כ המחזיק אינו חוקר לדעת אם מוחה לו בעל קרקע. ולכך בגליל לא הוי מחאה ע"ש וכ"כ הרא"ש כמש"ל וא"כ א"ש דאם החזיק הלוקח השדה אף דלקח בצירוף שארי שדות נמי מ"מ הואיל ופרט זה השדה אם היה המערער חוקר היה נתוודע לו דקנאה וה"ל למחות משא"כ הלוקח שדה בצירוף מיד המערער אין לו קול ברור הואיל והם בצירוף ואין המחזיק חוקר כלל לדעת אם מכר או מוחה דמהיכי תיתי ימכרו או ימחה כיון דנודע לו דלקחו כדין וכדת וא"ש. א"כ הנך תרי ברייתות בחדא גווני מיתני. ובהכי א"ש מה שתמהו כל המפורשים על הטור דפסק דלא כרשב"ם כי אם כי"מ דאף דפרט לו השדה מ"מ הואיל ומכרן בצירוף לית להו קלא דמנ"ל דבדברי הרא"ש סתמא נאמר וע"ש בב"ח ודרישה מה שדחקו עצמן בלישנא דרא"ש ואין דיוק זה מספיק לפסוק דין גדול כזה. אבל לפמ"ש ניחא דכיון דטור והרא"ש ס"ל כהך דיעות דאף המחזיק בפני לוקח בעי שטרא ואזלו לשיטתן כמ"ש דס"ל כדעת התוס' דיותר יש על המערער לחקור מעל המחזיק וקשיא ליה קושית התוס' ורמב"ן דס"ל כתי' הרמב"ן דברייתות בהדדי קתני וקשה הא אף למסקנא לא מיירי בחדא גווני ועכצ"ל כהנ"ל דמיירי דפרט לו השדה ויש לחלק כמ"ש. אמנם הרשב"ם דס"ל דלא פרט השדה ס"ל כדעת רבינו יונה ורמב"ן ורשב"א דבהחזיק בפרי לוקח לא בעי שטר וא"כ לא אמרינן דברייתות בחדא גוונא מיירי דהא ברייתא שניה איירי בלי שטר כלל וא"כ אין כאן הכרח לומר הך סברא בפורט השדה דלית ליה קלא הואיל וצרפו לשארי מכירות. ולכך ס"ל לרשב"ם דדוקא במוכר סתם ל"ל קלא. דמלבד דהוא נגד סברא דאם מוכר

בעדים לחוד איתי ליה קלא. מהיכי תיתי במוכר בשטר ומפרש השדה לא יהיה לו קול הואיל וכללן עם שארי שדות דל שטר מ"מ בעדים לחוד הא יש לו קול אף גם דאין לנו ראיה ומהכ"ת לומר כן והב"ח כתב דאף לדיעה זו אמרינן כן ולענ"ד לבבי לא ידמה כן דמהכ"ת לומר כן כיון דאין לנו הכרח וכמ"ש רשב"ם דסתמא דלישנא דגמרא לא משמע כן וא"ש דברי הטור. והדרן לדין הנ"ל דלכל הדיעות בהך דהחזיק הלוקח אפילו לקח בצירוף שארי שדות והואיל הזכיר זה השדה הוי קול ויש לו חזקה דאפילו לדיעה בתרייתא דעל המערער אין מוטל כ"כ חקירה כמו על המחזיק מ"מ מהכ"ת לומר סברא זו דבכה"ג לית להו קלא וברור:

ג **וי"א אפילו שלא בשטר.** בטור כתב ודברי א"א הרא"ש ז"ל לקמן בהך דשני חזקה טובא משמע נוטים לסברא ראשונה עכ"ל והקשה הפרישה וכתב דצ"ע מהו נוטים הא כתב שם הרא"ש בהדיא דוקא בשטר אמרינן כן. וכן הקשה הכה"ג ונראה דודאי י"ל דס"ל להרא"ש אף בעדים הוי ליה להזהר בעדים וכמ"ש הרמב"ן בחידושיו דהוי ליה כמחאה דעדים מפקי לקלא רק במחאה איתא רק קלא בעלמא פלוני מוחה שפלוני מחזיק בשדהו שלא כדין אבל פרטי דברים אינו נודעים ומ"מ כשהמחזיק שומע זה ה"ל לזהר בשטרו. ולפ"ז כשמכרו בעדים ואח"כ החזיק ג"ש אף דיעה זו י"ל דמודים דה"ל חזקה דהא קי"ל צריך למחות בסוף כל ג"ש רק הרא"ש כתב במכרו לאחרים א"צ למחות כל ג"ש דהא אין ביד המערער לחזור ממחאתו וה"ל לשמור שטרו וזהו כשומעו בבירור שמכרו אבל במכרו בעדים אין לו קול פרטי מכירה רק שומע קול זה מערער על זה המחזיק שאינו שלו וא"כ בעברו ג"ש אח"כ ואין מוחה לא מזהר עוד בשטרו משא"כ במוכר בשטר דיש לו קול אלים בבירור שמכרו לאחר ולעולם ה"ל להזהר בשטרו. ולכך דיחזיק הלוקח נגד המערער אז צריך דוקא שטר דלולי השטר אין קול רק זה מוחה ומה איכפת ליה למערער במחאתו הוא יש לו חזקת אבות. ובקרקע שלו אין מחזיק ג"ש וממכירה לא שמע משא"כ במערער שמכר כיון דמחזיק שומע קול שמוחה ה"ל להזהר בשטרו וא"ש ונכון חילוק זה וא"צ לדוחק ר"י לומר דעל המחזיק יותר מוטל לחקור ואפשר דלזה נתכוון דלכך מוטל יותר דשומע מחאה משא"כ לגבי מערער מה מעלה ומוריד מחאה. וא"כ לקמן בהך עובדא דשני חזקה טובי משמע דהיה אוכל ד' שנים אחר מכירה לולי דהיה בשטר היה לו חזקה דמה בכך דהקול כמו מחאה הא צריך למחות כל ג"ש. משא"כ כאן דאכלה רק שנה בפני לוקח אפשר דאף הרא"ש מודה דהוי כמחאה על כל פנים במוכרו בעדים ולית להו חזקה. ואפשר אם נדייק בדברי הרא"ש יש לכוון כן דז"ל והוא שהמכר היה בשטר דאית ליה קלא אבל בעדים בלי שטר לית ליה קלא

כמו מחאה ואם הפי' דלית ליה קלא כלל אפילו כמחאה מילת כמו מחאה מיותר אמנם אם נפרש כך דעדים בלי שטר לית ליה קלא רק כמו מחאה ולא קול ברור יותר מדוקדק הלשון טפי. וחפשתי וראיתי בספר פלפלא חריפתא להתוי"ט וראיתי שכתב כמו מחאה שאם שתק ולא מיחה בסוף כל שלש דהוי חזקתו חזקה עכ"ל הרי דמפרש באמת דברי הרא"ש כמ"ש דדייקא ליה לישנא כמו מחאה והדברים ברורים. ומ"מ דברי הבעל פ"ח תמוהים דהא הטור כתב באמת דנוטים דברי הרא"ש לדעת האומרים דבעדים לית ליה קלא כלל אפילו כמו מחאה. וכן נראה כמש"ל דהא הרא"ש ס"ל כתוס' דיותר מוטל על המערער לחקור מהמחזיק. ולכך בגליל נשמע חזקה ולא מחאה וא"כ ע"כ ליכא לפרש כן בהרא"ש. ומ"מ חסדאין מיליה דמורה לצדקה מה היה מקום ספק לרבינו ב"ה שכתב נוטים ולא בהחלט. ועוד יש ליישב ולחלק דודאי ס"ל מהיכי תיתי יחקור מחזיק לאחר הלא ישראלים בחזקת כשרות ולא יעשו עול ומהכ"ת עלה ברוח מחזיק שהמוכר שמכר לו שדהו ימעל מעל למכור אותו ג"כ לאיש אחר ואינו עולה ברוחו כלל וכמ"ש דלכך מחאה בגליל אינו נשמע דאין עולה ברוח המחזיק לחקור ולכך בעי שער כמו לגבי מערער. וזהו במוכר חי אבל במת ובנו לא ידע במילתא דאבוה כמ"ש גדול לגביה אבוה קטן הוא בזו שפיר י"ל למחזיק אולי בנו לא ידע דאביו מכרו וימכרו לאחר ועליו לחקור אם אין היורש מוכרו לאחר ולכך אפילו בעדים הוי מחאה דה"ל לחקור כמ"ש ר"י. ולכך מהך דשני חזקה טובא משמע דמיירי במוכר חי אינו ראיה ברורה כ"כ ולכך כתב הטור דנועים דבריו. ובשני אופני חלוקים הללו מיושבים דברי המ"מ בהלכות טוען פרק י"ב הלכה ח' אכלה בפני האב וכו' ובפני לוקח כו' דכ' המ"מ הואיל ולא הזכיר שטר הרמב"ם דעתו כדעת האומרים דאף במכר בעדים הוה מחאה והקשה הכ"מ שנעלם מעינו דברי הרמב"ם בפט"ו הלכה ז' ששם כתב הרמב"ם הך עובדא דשני חזקה טובא משמע וכתב ששטר בידו וזה מורה דבעי שטר עכ"ל (ודוחק לומר ברמב"ם לישנא דגמרא מעתיק ובגמרא נאמר מעשה שהיה כך היה) ולפמ"ש ניחא דס"ל למ"מ בדברי רמב"ם לחלק בין הך דאכלה שנה אחת בפני לוקח להך עובדא דאכל ד' שנין אח"כ ובחיי המוכר. כמ"ש בשני אופנים לחלק והמעיין יבחר וא"ש. וגם בדברי מחבר יש לכוון כן דכאן כתב סתם אין לך מחאה גדולה מזו והשמיט דאין לו חזקה לעולם ולקמן סימן קמ"ו סעיף י"ט הביאו ועיין בסמ"ע ס"ק ד' דהרגיש בזה. ולפי הנ"ל ניחא דכאן הביא דעת וי"א נמי דבעדים סגי ולכך השמיט דאין לו חזקה לעולם דלדיעה זו דסגי בעדים ודאי דיש לו חזקה לאחר ג"ש כדעת הפלפלא חריפתא הנ"ל ולא חפץ הש"ע להאריך ולחלק ולכך השמיט זו דאין לו חזקה לעולם אבל לקמן בסימן קמ"ו דהכריע להדיא דאין עדים מהני

כתב לעולם אין לו חזקה. וגם ניחא דכאן הביא ב' דעות ולקמן פסק להדיא דעדים לא מהני דלקמן כ"ע מודים כהנ"ל ודוק. שוב ראיתי בלחם משנה שכתב ג"כ לחלק בין במכר בשטר לשלא בשטר לענין דצריך למחות כל ג"ש. אלא שסתם הדברים. אבל ברור לכל שמ"ש הדברים נכונים וברורים:

סימן קמה

א **שאין העד מדקדק בזה** עיין ש"ך ס"ק א' דבין חיטין וקטניות לא טעו והוי הכחשה וכ"כ התוס' להדיא ורא"ש והטור ומי יחלוק עליהם בסברא. אלא שיש לי ספק ודאי אם שני עדים כל אחד מעיד על אכילת ג"ש בזו שפיר י"ל בין חיטין לשעורים טעו אבל אם כת אחד מעיד על שנה אחת דקי"ל דמצטרפין לשארי עדים המעידים על ב"ש בזו י"ל דאף אם אחד מעיד על חיטין ואחד על שעורים יש כאן עדות מוכחשת דהתו' כתבו בדף נ"ו ד"ה אלא וכו' דלכך לא דייקי דאין נ"מ לענין תשלום ממון דבכל ענין שיאכלנה הוי חזקה. וא"כ הם שראו שאכל שנה אחד א"כ מחויב לשלם הפירות לבעל קרקע דכי ידעו הם שיהיה עוד עדות אחרות על שנים שאח"כ להחזיקו בקרקע. וא"כ כיון דע"פ מחויב המחזיק לשלם ה"ל למידק בין חיטין לשעורים דיש הבדל רב בתשלומיו. ובכת אחת על כל ג"ש נמי לא קשיא דעכ"פ בשנה ראשונה לאכילתו ה"ל למידק דכי ידעי הם דעוד יחזיק אח"כ ב"ש ויהיה פטור מלשלם הפירות די"ל דבאמת אז דקו רק אח"כ כאשר ראו שאוכל ג"ש ולא נ"מ עוד בין חיטים לשעורים לא שמו עוד על לב לזכור וטעו אבל כשמעידים רק על שנה אחת. יש כאן מקום ספק כנ"ל. ואמת דהתו' הקשו כן מן מנה שחור ומנה לבן והיינו רב יהודא הוא דאמר אחד אומר אכלה חיטין ואחד שעורים ורבא ס"ל אליבא דרב יהודא בפרק ז"ב דאם הוכחשו במנה לבן ושחור עדותן בטלה ולכך הוצרכו התוס' לחלק בין מה שהעדים צריכין לדקדק כמה יפרעו ובין דבר שאין צריכין לדקדק. אבל לפי דקי"ל כנהרדעי דאף במכחישין בין מנה שחור ללבן עדותן מתקיימת. א"כ א"צ לחילוק זה דהא התם נ"מ בפרעון ומ"מ לא מדקדקים וא"כ ה"ה בין חיטין ושעורים מיהו מהגה"ת הרא"ש דמביא הך תירוץ דתוספת וחילוק בין פרעון לאינו פרעון ש"מ דס"ל דאף לדידן שייך הך תירוץ ולהלכתא נאמר. וצריך לומר דלפמ"ש הטור לעיל בסימן ל' דאף במנה שחור ומנה לבן בעינן תבעו שניהם ש"מ דצריך שלא יכחישן וע"כ דגם בזו דייקי וצ"ע:

ב **אין מצטרפין וכו'** עיין מש"ל בסימן קמ"א דאם איכא קצת מוברים וקצת אינו מוברים לכ"ע אם הוא לא הוביר דהוי חזקה דהא יכול לומר אנא מאותן שלא מוברין ולא שייך

דברי הטור דלא אכל כדאכלי אינשי ועיין מש"ל בזה ויש לפ"ז קצת לספק דלמה סתם הרמב"ם דהא לא כתב דמיירי דאמרו לא כי א"כ באתרא דמקצת מוברין וקצת אינו מוברים להוי חזקה דהא לדברי שניהם הוי חזקה ויכול להיות דשניהם אומרים אמת דהוא לא הוביר כלל. ולכן נראה לי דאם אתרא דקצת מוברים קצת אינו מוברים והעד שאכל אג"ה אינו מועיל עד שיעיד גם כן שהוברה בשנת ב' ד' דאל"כ יטעון המערער הוא לא הוביר הקרקע דהיה מאותן אנשים שאינו מוברים ולא אכל הפירות בשנת ב"ד ולכך לא מחיתי דלא אכל הפירו' קרקע רצופין וע"כ צריך שיעיד דידע דבשנת ב"ד הובירה וא"כ אכלה רצופין וא"כ אי אתה מוצא שזה יעיד על שנת אג"ה וזה על בד"ו ויתקיים עדותן דאם לא מעיד שהיה בורה בשנת ב"ד אין כאן חזקה כלל כמ"ש דאולי זרעה ולא אכלה ואין כאן רצופי' ואם מעיד דהובהרה בשנת ב"ד הרי כאן עדות מוכחשת דהשני אומר דאכל בשנת ב"ד ולכך בכה"ג אי אפשר רק כי כ' הטור בשם י"א דבאתרא דמוברי הוי חזקה היינו דמוברי לגמרי וא"כ במעידין דאכל אג"ה אף דלא מעיד דהי' ברה בשנת ב"ד עדותו עדות דא"י לטעון דלמא גם בזה זרעה ולא אכלה דכיון דדרך כל העיר להוביר מסתמא לא שינה ועליו למערער להביא ראי' ששינה וע"ז השיג הטור דלדברי עדי' לא אכל כדאכלי אינשי' וא"כ אין כאן קושי' על הטור דלמא מיירי באתרא דקצת מוברים וקצתן לא דבזה פשיטא דלא הוי חזק' וא"ש דברי הטו' וכן סתימת לשון הרמב"ם ומחבר כמש"ל ודברי הב"ח דפי' דמיירי באתרא דקצת מוברים וקצת אינן מובריי' לא ס"ל לטור כמ"ש וכן נכון וברור:

ג **שבשנה שמעיד וכו'** ואם כת אחת אומרת שאכל אג"ה והוביר ב"ד באתרא דמובריוכת שני' אומרי' שהובי' אג"ה ואכל בד"ו אע"פ שמכחישין מ"מ יש לו חזק' דהא על כל פני' יש כת אחת שאומרים אמת ולדברי כל כת הרי החזיק כראוי אבל באתרא דלא מובריוכת א' אומר שאכל אג"ה ושני' אומרת לא כי רק בד"ו פשיטא דלא הוי חזקה דהא לדברי כולם לא אכל רצופין ואין כאן חזקה אבל אם אינם מכחישין וזה מעיד על אג"ה וזה על בד"ו בזו יש הבדל בין עד אחד לכת אחת. דעד א' מ"מ לא הוי חזקה דאף דאין אומר לא כי מ"מ אין כאן חזק' דהא אף דנימא דשניהם אומרים אמת ואכל כל השני' מ"מ על אכילת השנ' א' אין כאן רק עד א' ומה תאמר דיצטרפו כמו הלואה אחר הלואה זה לא שייך כאן דלדברי כל עד לא החזיק דהא כל א' מעיד על אכילת סירוגין באתרא דלא מוברי משא"כ בכת אחת אומר' דאכל אג"ה ואחת בד"ו אף דלא מוברי כיון דאין מכחישין הוי חזקה דהא על שנה ראשונה יש כאן כת א' ועל שנה שני' כת שני' ועל שנה שלישי' כת הראשונה ולו יהא ג' כתי עדים בג' שני' מצטרפין הא

אין מכחישין זא"ז ובזו יובנו דברי רשב"ם דמוקי להך דאחד אומר דאכל אג"ה ואחד אומר בד"ו דמעידין באתרא דלא מוברי וה"ל עדותן בדילוג כנראה מדבריו ומדברי התו' ומפרש בגמ' א"ל ר"י מי דמי הכי השתא התם וכו' וכיון דליכא אלא עד א' לשנ' חצי עדות הוא. ולכאורה קשה דכיון דמעידי' על אכילת סירוגין מה איר' ע"א אפי' כת אחת נמי דהא אכל בסירוגין אבל לפמ"ש ניחא דלא מיירי דהכחישו זה את זה ואמרו לא כי כנראה מסתמא דגמרא וא"כ בכתי עדים מהני זולת בעד אחד לא מהני וא"ש דברי רשב"ם ומהרש"א בדף הנ"ל כתב ולפי' רשב"ם יש להסתפק בזה בשני כיתות שאמרו בדילוג עכ"ל וכוונתו כי לשון הרשב"ם הנ"ל דכתב דכיון דליכא אלא ע"א קשיא ליה כמש"ל וכו' אבל לפי מ"ש ניחא וברור:

ד **ותחזור הקרקע והפירות** עיין סמ"ע ס"ק ג' שהאריך וכבר כתבתי לעיל סי' קמ"א וכן לעיל דלא מיירי באמרו לא כי דלא נזכר בדברי רמב"ם לא כי רק מיירי באתרא דמוברי א"כ ממ"נ לית ליה חזקה דהא לא אחזוק כדאחזקי אינשי ולכך מוציאין הפירות דאין אנו דנין העדים במכחישין רק שניהם אמת ואין כאן חזקה וחייב לשלם וזה פשוט ואין צריך לאריכות הסמ"ע. אבל מ"מ א"צ לשלם רק שלשה שנים אף דכל א' מעיד על שלשה שנים אחרים כדלעיל בסי' ל' אחד אומר מנה בניסן וא' בתשרי והוא תובע שניהם דמ"מ א"צ לשלם רק מנה דמצטרפין ואין כאן ב' עדים רק על מנה וכן הדין כאן דמ"ש ובסמ"ע נאמר דמשל' מכל ששה שנים הפירות וזה אינו:

ה **בכל אלו ישב' המערער וכו'** וישבע המחזיק שאינו חייב לו כלו' מספירות וכו' יש לספק מה טוען המערער עליו באכילת פירות אם טוען שלשה שנים אכלת בגזל כדמשמע מלישנא דרמב"ם פרק ט"ז הלכה ח' א"כ הודאת בע"ד כק' עדים הרי הודה דהחזיק ג"ש ולמה יחזיר קרקע ול"ל דהואיל ואין עדים על חזקה א"כ יש לו מגו דלא מכר לו הקרקע במגו דהיה כופר ואמר לא אכלת כל ג"ש דהא קי"ל כוותי' דרבה בארעא דהיכי דאית' תיקום ש"מ דהמחזיק קרוי מוחזק בקרקע וא"כ ה"ל הך מגו גבי מערער מגו להוציא וצ"ל דהוא טוען לא אכלת רק ב"ש וע"ז מגיע לו שבועה אבל לא על אכיל' שנת ג' דהא מודה המערער דלא אכל ואיך יזקיקו לשבועה ואי קשה א"כ בהך בבא דע"א מעיד דאכל ג"ש איך ישבע הא ע"א מסייעו דלדברי העד החזיק בקרקע כראוי. דמה בכך וכי העיד העד שלקחה. העד העיד שאכל ג"ש והמערער טען טענת ברי לא מכרתי לך וא"כ על הפירו' אין כאן עדות כלל לסייעו ויש כאן היסת ופשוט וכ"כ הב"ח והכה"ג ע"ש. ונ"ל הך בכל אלו דנקט הטור והמחבר אינו מוסב על הך בבא דפירות דשנה שלישית אינו מחויב לשלם דבזה אפי' היסת א"צ כמ"ש ודוחק בלשון בכל אלו.

ולכן יותר ג"ל דאף דאמרינן הלכה כוותי' דרבה בארעא דלא הוי מגו להוציא הואיל ומוחזק בשדהו אין זה מוחזק בהחלט דהא על זה אנו דנין אם חזקתו חזקה ולראשון יש חזקת אבות ודאי רק מ"מ הואיל ומוחזק בשדה לא קרוי מגו להוציא ומהני מגו אבל מכ"ש דאם יש למערער מגו דלא הוי מגו להוציא דהא הוא מוחזק ועומד מחזקת אבות בודאי ועל חזקתו של המחזיק יש ספק ופשיטא דהוי מגו ובכה"ג מגו דשניהם הן של מערער והן של מחזיק אינם בגדר מגו דלהוציא דזה מוחזק בקרקע וזה מוחזק בחזקת אבות וא"כ א"ש דאף הוא מצי להשביעו על שנה שלישית דכיון דטוען אמת אכלת. אבל הפירות הם בגזל ומ"מ אין שני זוכה בקרקע דיש למערער מגו ודוחק לפקפק על האי מגו דהא הוא רוצה להשביע למחזיק על פירות משנה הג' וא"כ אם יאמר להד"ם לא אכל ג"ש הרי אין כאן שבועה דמ"מ לגבי קרקע שיהיה הוא המחזיק זוכה בה מל ידי המערער מה שהמערער טוען בגזל אכל הוי מגו כמ"ש הרמב"ן דהוי פה שאסר פה שהתיר. וגם בממ"נ אם משקר אף המחזיק ישבע לו ומה מרוויח בטענתו ודוק:

סימן קמו

א **ואפי' שמודה במחאה דמתוך שיכול לומר וכו'** לפי הטעם שנתן משום מגו א"כ במקום דליכא מגו כגון שהיה מודה בפני עדים שמיחה בו ולא טען אז לקוחה בידי ואח"כ בא לב"ד וטען לקוחה א"כ אינו נאמן דהא לית ליה מגו דה"ל מגו למפרע. אמנם ברמב"ן נר' שחזר בו כי מתחילה כתב הטעם משום מגו ואפילו בעד אחד משום דעד אחד דקרקע לא שייך בי' ש"ד וכתב אבל אם טענתן בפירות אין לומר בו מגו זה ואעפ"כ הדעת נוטה שאין מחאתו מחאה עכ"ל הרי דחזר בו לבסוף מטעמא דמגו ולא משני אפילו במקו' דליכא מגו והטעם כמ"ש הרשב"ם בתשובה דהוא תושב הואיל אתה מוחה בי שלא בעדים חוכא ואטלולא בעלמא הוא ואינו חושש לשמור שטרו וא"כ אפי' דליכא מגו ולכן דברי הש"ע משום מגו שלא בדקדוק דאפילו בלי מגו לא הוי מחאה להך סברא ומיהו גופי' דינא דרמב"ן לא הבנתי דנראה מדבריו דאם טוענו אכלת ג"ש בתוך שדה שלם לי פירות דהא לך עד אחד דמחיתי בך והלה כופ' דהוי מחויב שבועה ודבר זה אינו מובן דכיון דבגוף קרקע המחזיק נאמן דע"ז ע"א לאו כלום הוא וא"כ דמהימנין ליה דקרקע שלו איך יתכן דישלם פירותיו למערער וא"כ כל ג"ש יתבע ממנו הפירו' ע"י ע"א זה הראשון דיעיד דמחה בו ומכאן ואילך ימחה בו בשני עדים וא"כ לעולם צריך זה המחזיק לשלם פירות הקרקע וחזקה זו מה טיבה אם משלם למערער תמיד פירותיו. ולכן נראה דהרמב"ן נמשך בזה אחרי דעת התו' דאם יש עדים שאכל פירות

ב' שנים והמחזיק אומר ג' שנים דלכך פטור מפירות של שנה השלישית משום דאם נאמין לדבריו הרי הוחזק וכל הקרקע שלו ולא מטעם מגו דלא שייך מגו הואיל וקרקע חוזרת כמ"ש התו' ולפי זה אם מחה בשני עדים והוא אומר שאכל ג' שנים צריך לשלם בעד שנה שלישית דהא נאמן בדבריו מ"מ ל"ל קרקע דהא הוי מחאה וא"כ אם מוחה בע"א והוא אומר שאכל ג' שנים פירות הרי תובעו עפ"י עד לשלם לו פירות משנה ג' דקרקע ודאי ליכא ליה דהא אף יכחיש דברי עד ויאמר שלא מיחה מ"מ אין לו קרקע כיון דלא יש עדים שהחזיק בקרקע ג' שנים וע"פ דבורו לא יזכה בקרקע רק דאם מודה דמיחה כמ"ש העד צריך לשלם פירות דאנו אומרין אכלת ומכל מקום לא החזקת ואם מכחישו פטור מן הפירות מכח בממ"נ כמ"ש דהא החזיק הואיל ולא מיחה א"כ כל דברי העד בהודאתו והכחשתו אינו מועיל לגבי קרקע רק לגבי פירות והרי זה תביעת ממון וחייב לישבע שבועה דאורייתא להכחישו ואם מודה רק שאמר שלא כדין מיחה כל מקום שאין מכחיש לעד אחד הרי הוא כשנים ומשאיל"מ ודברי הרמב"ן ברורים. אלא שעדיין לא נח דעתי בקושי' שהערתי בה בסי' הקודם. דאם יזקיקו לש"ד ע"נ דיטעון ברי שאכל פירות ג' שני' וא"נ הודאת בעל דין כמאה עדים והרי זה החזיק בקרקע ואם הוא אומ' דשלא כדין החזיק הרי אין מגו דאי שתק הלא לא יכול לטעון פירו' ולהזקיקו שבועה מה שאין כן אי תובעו באכילת פירות ולא שייך מגו ופה שאסר וכו' וצ"ע לענ"ד דין זה במודה לחבירו שהחזיק ג' שנים ותובעו בשכירות ופירות אי אמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים וטענתו בפירות ליתא ומגו ג"כ ליכא או לא דנימא בי' פה שאסר וכו' ובאמת מרמב"ן זה מוכח דלא הוה הודאה הואיל ושוברו בצדו באמרו שלא כדין החזקת או מחיתי אבל מ"מ טעמו נסתר מנגד עיני ולא נחה דעתי בטעם ברור ומספיק וה' יגיה חשכי:

ב **ולא מהני וכו'** אבל אם נתנה להמערער הזה קרקע בסתר וכו' למ"ד לעיל בסימן קמ"ד דאפילו במכרה בעדים אי' ליה קלא צ"ל בסתר שמכרה בכת"י וכדומה ופשוט:

ג **מחאה בפני שנים** כתב הש"ך ס"ק ד' אפילו זה שלא בפני זה מצטרפין הנ"י בשם הרא"ה וכן נ"ל עיקר עכ"ל ומכריע נגד תשובת רשב"א שהביאו הב"י דלא מצטרפין ואולי תלי' אי הטעם דלכך ע"א לא הוי מחאה משום דיכול לכפור וא"כ בשני' זא"ז לא שייך הך טעמא והנ"י נראה דס"ל הך טעמא כנראה שם במקומו אבל הרשב"א טעמו כמ"ש הב"י בשמו דכל דמוחה בפני עד אחד חושבו המחזיק לחוכ' בעלמא וא"כ מ"ש א' ומ"ש שנים זא"ז וא"כ הש"ע דמביא לעיל הטעם של רמב"ן ולא של רשב"א א"כ דינו של הרא"ה קאי ומזו הטעם נראה דהכריע הש"ך כנמוקי יוסף אבל מכל מקום צ"ע כיון

דרשב"א חולק בהדיא ובהך דינא אפשר הרא"ש נמי מודה דבע"א שלא בפני בע"ד אף הרא"ש מודה כמ"ש הרב מהרי"ט ז"ל בתשובה:

ד **ויכתבו בלשון שליחות וכו'** עיין סמ"ע דנתן טעם למה השמיט הטור משום דס"ל כר"ת דיכולים עדים לשלח כתבם לב"ד וכו' וכבר כתבתי לעיל סימן ל"ט דאין זה ענין להך דינא דר"ת דאף ר"ת לא אמרה אלא בשעה ששולח לב"ד הוי ראוי להגיד וכל הראוי לבילה אבל אלו שכותבין מחאה למשמרת ובין כך מתי' ושוכחי' העדות והמחאה איך אפשר לפסוק עפ"י כתב הא עדים אינם ראויים לעדות וכמו שנחקרה בבית דין לא שייך כיון דלא הוה עליו דין שטר כלל וכמ"ש הסמ"ע גופי' ועיין לעיל מ"ש בישוב לישנא דתוספת פ' חזקת אבל מ"מ הך סברא נצבה וגם קמה. ומה שהשמיט הטור נראה דתוספת ורא"ש לא ס"ל הך דינא דנ"י דלפי דינא דנ"י ע"כ צ"ל לולי דאמרינן זכין לאדם שלא בפניו ומסתמא ניחא ליה הוה צ"ל כתבו כדי לעשותן שלוחי' להעיד רק אנן אמרינן דהוי כאומר ואולם הרא"ש כתב דמחאה אפילו שלא בעדים רק בפניו והא דקתני מחאה בפני שנים לאפוקי ממ"ד שלשה. ולעיל מזה גבי קנו בפני שנים ואין צריך לומר כתבו כתב דאף בינו לבין עצמו מועיל והא דנקט שנים משום דבעי למימר ואין צריך לומר כתבו וכו' וק' אף במחאה נימא כן כמו בקנין דמשום דאין צריך לומר כתבו נקט שנים ועכצ"ל דהך במחאה אינו רבותא דמה יתן ומה יוסיף אמירתו בשלמא בקנין וכי המלוה מצוה לכתוב הלוה מצוה לכתוב חובתו אבל כאן שמצוה המערער וכי יש נ"מ באמירתו רק חכמים תקנו משום להציל עשוק כמ"ש התוספת וא"כ אין כאן רבותא דאין צריך לומר כתבו. וזהו דלא כנ"י וכן התוספת טרחו למצוא טעם במחאה משום הצלת עשוק ולא נתנו טעם הנ"י ולכך הטור לא ס"ל כן ונמשך אחרי תוספת והרא"ש ואף הרמ"א מודה בדיעבד אי כתבו בלשון ונוסח אחר דכשר כדעת התוס' ורא"ש דחז"ל תקנהו להציל עשוק רק לכתחילה יש לכותבו באופן המועיל ומוכשר יותר כדעת הנ"י שכתב בשם הר"ן ז"ל. ובתשובת מהרי"ט חלק ח"מ סי' ע"ט משמע דפוסל דיעבד אם לא נכתב בנוסח הזה. ולענ"ד לא נראה כן דהא מבואר בתוס' ורא"ש דלא נ"מ בזה וגם הטור ומחבר השמיטו והנ"י יחיד בזה נגד כל הפוסקים. גם כתב מהרי"ט שם דאם עבר ג"ש מה שאין יכול למחות עוד דאח"כ אין העדים יכולים לכתוב המחאה הנעשית בתוך ג"ש ודבריו תמוהים כי מה טעם יש בכך דהא ניתן לכתוב להציל העשוק מ"ש בתוך ג"ש או לאחר ג"ש ולא מצאתי לו ראיה ועזר בשום פוסק. איברא דזה אפשר לומר דאם איחרו לכתוב עד שירד המערער עם מחזיק לדין אז אין להם לכתוב דכל טיב הכתיבה שהתירו חז"ל הוא להציל עשוק דאולי ישכחו העדים טיב מחאה או ימותו וילכו למד"ה

משא"כ כשהם בעת התביעה ועומדים למשפט פה וזוכרים המחאה ל"ל תקנה זו נעמיד הדת על תלה ויבאו לב"ד להעיד וזו נכון ומסכים לדינא אבל דברי מהרי"ט תמוהים:

ה **אבל כשמכרו הראשון א"צ למחות בלוקח כו'** דברים אלו הם תשובת רשב"א והעתיקן המחבר להלכה פסוקה מבלי חולק והדבר צ"ע כי הרשב"א מביא לזה ראיה מההיא דדר בקשתא ד' שנין כו' ואי איתא נימא ליה כיון דלא מחית בהדיא מוכחא מילתא דזבינתא להאי דזבנה נהלי וכן מההיא דאמרינן וה"מ דאכלה שבע שנין אבל שש לא וא"כ אפילו שש נמי דהא אחזיק לוקח בתר הכא עכ"ל ולהבין ראייתו ובפרט ראיה מן ה"מ שבע אבל שש לא דמיירי דמערער מכרה להך עובדא דמחזיק מכרה וגם טעמו של דינו נראה ברור דרשב"א ס"ל כדעת הי"מ שהביא רשב"ם והוא דעת רז"ה ז"ל דלכך צריך למחות בסוף כל ג' כדי שלא יטעון לאחר מחאה מכרת לי (ואפשר דממילא דיכול לטעון זה אם טוען מקדם מכרת לי ומחאתך שלא כדין נעשה נאמן במגו) דכל טעמו של רשב"ם דחולק אי"מ הוא משום דכיון דמתחילה לא נחית בתורת מקח שוב אין נאמן לומר לקחתי ואלו הנ"י הביא בשם רשב"א דס"ל דנאמן לומר לקחתי אח"כ דיש חילוק בין קרקעות למטלטלין דאין נאמן בעדים וראה ע"ש. וא"כ פשיטא דס"ל כי"מ וברור וא"כ כשמחה והמחזיק מכרה לאחר ושהה ביד לוקח עידן ועדנים הלוקח אינו יודע אם המוכר כדין מכר או לא א"צ מחאה כי זה המערער יטעון למה לי מחאה בטוח אני בך שלא תכזב מל פני לומר שאתה לקחת ממני ואהימנותא דידך קסמכינא ומה צריך אני עוד למחאה ולכך הביא ראיה דיכול המערער לומר כן ללוקח בטחתי בכשרותך שלא תשקרי בי. מהך גברא דדר בקשתא בעיליתיה ד' שנים וטען שלקחה מפלניא ואמרו שאם לא יברר הלוקח שדר בו המוכר יוה א' דאבדה חזקתו והא אתרע טענת המערער דאם כדבריו למה לא מיחה כ"ז ד' שנים שזה מחזיק בשדה אלא משום דיכול להשיב מן מוכר שלך לא ידעתי דבר דמעולם לא ישב בתוך ביתי עד שאמחה בו ולך איני רוצה למחות כי בטחתי בך שלא תשקר לומר שקנית ממני. וגם הביא ראיה לדבריו דהפי' בתוך כל שלש ושלש צריך למחות מהך טעמא של י"מ דיטעון אחר כך לקחתי מהך דאמרינן אבל שית אין לך מחאה גדולה מזו וקשה הא עברו שלש שנים דלא מיחה ועכצ"ל הטעם כי"מ וא"כ לוקח לא היה צריך למחות דהוא לא יטעון דלקחה מן הלוקח כיון דלא ידע משטרו כמ"ש התוס' להדיא וכמ"ש לקמן בש"ע סעיף כ"א דמיירי דוקא שלא נודע משטר קנין וא"כ לא מצי למטען מלוקח לקחתי. ועיין בהרז"ה דמביא להדיא מהך אכלה שית שנין ראיה לדברי הי"מ של הרשב"ם. ודברי רשב"א נכונים וברורים בעצמותן והרב המוסמך מהרי"ט בחלק ח"מ סימן כ"ו נתקשה בדברי רשב"א ונכונים הם למאוד לשיטתו דס"ל

כדעת הי"מ והרז"ה. אך מ"מ זהו הכל לדעת י"מ אבל לפי שהעלה רשב"ם והרמב"ן והרא"ש והנ"י דלא כהך י"מ ועל קושיא זו דה"מ שבע אבל שש לא תי' דבמכר בשטר לעולם א"צ למחות והטעם משום דלכך צריך למחות בכל ג' מטעם הרשב"ם דזולת זה חשוב המערער מתחרט על מחאה משא"כ במוכרו לא שייך כן. וכן פסק הש"ע בסימן זה פעמים שונים. וכן התוס' שהקשו מהך דצריך למחות כל שלש על לעיל דאמרינן אבל שש לא והניחו בקושיא ש"מ דלא ס"ל כי"מ דלשיטתם לק"מ דתוס' כתבו גופא לעיל דלא מצי לטעון לקחתי ממך כי לא נודע משטר. וא"כ הך דינא דרשב"א לא קאי לדינא כלל כי אין לו שרש וראיה מגמרא. וצע"ג על המחבר שהעתיקו בסתם אפילו בלי חולק. וכתב הסמ"ע ס"ק טו"ב היינו דוקא שהוא בטוח בלוקח שלא ישקר לטעון שקנאו ממנו כו' וברור דכוונת הסמ"ע לעצה טובה למערער שמא אינו בטוח בלוקח שלא ימנע מלמחות כי אולי יעיז ויטעון ממך לקחתי אבל מ"מ אם לא עשה כן והלוקח לא טוען ממך לקחתי אף הסמ"ע מודה דלא איבד המערער זכותו כיון דהלוקח מודה שלא לקחה ממנו ולמוכר הראשון הרי מיחה ומהרי"ט בתשובה הנ"ל הבין דדעת הסמ"ע דאיבד זכותו ולכך השיג עליו ובאמת לק"מ ועצה טובה קמ"ל הסמ"ע ופשוט:

ו **הביא עדים תחזור לו השדה וכו'** ועיין סמ"ע וש"ך במ"ש בטור דצריך המערער לישבע דשבועה זו למה ועיין ש"ך דהשבועה מספק ולא ידעתי מה ספק יש כאן הא עדים שהיא שלו והמחזיק לא טען שלקחה ולכן נראה ברור אפילו לדעת הטור על הקרקע א"צ שבועה דאין כאן נוטל דהא קרקע בחזקת שלו רק נראה דאם יהיה זה מחוייב לשלם כל פירות יש לזה ספק הואיל ולא תבעת זה זמן רב מסתמא מכר הקרקע לאחר והיום או מחר יבוא זה הלוקח ואצטרך לשלם לו הפירות שנית כדלעיל סימן קמ"ה סעיף ז' במשכיר. ואהיה נפסד ובשבועת ספק בזה אפשר דעת הטור להשביעו דהא הוא נוטל הפירות מיד המחזיק ורגלים לדבר לטענת ספק בזה הואיל והניחו לאכול מבלי תביעה ולכך צריך לישבע. דאמרינן איך הנחת קרקע אולי יטעון הוא לקחה ממך א"ו דמכרו לאחר בשטר ולכך לא חשש הוא ולא הלוקח למחות כנ"ל בסעיף ו' וא"כ יש כאן חשש פסידא למחזיק ולכך ישבע וזהו נ"ל ברור דלא נתכוון הטור אלא לפירות ולא לגוף הקרקע ודוק:

ז **א"צ טענה אחרת** הש"ך בס"ק ז' כתב דא"צ ראיה היותו יורש או לוקח רק כיון דהחזיק ג"ש ואומר שהוא יורש או לוקח מהימן וכ"כ הטור בשם רמב"ן והרא"ש וכ"כ המ"מ ע"כ. ומדברי תשובת הרשב"א בב"י סי' זה אות י"ד נראה דס"ל דוקא אם הוא החזיק בו ג"ש אבל אם זה שמכרה לו או הורישו דר בו ג"ש והוא בא מחמתו בטענת מקח או

ירושה ואינו מברר בעדים לא אמרינן דנאמן ומוקמינן הקרקע בחזקת ראשון ואמרינן אלו היה מחזיק כאן היה מודה דלא הורידהו רק לפירות ודכוותיה. ואם רשב"א ס"ל כן ולא מצינו בו חולק הכי קי"ל והכה"ג הביא בשם מקצת מחברים דס"ל דרשב"א חולק ארמב"ן ורא"ש וס"ל כדעת הרמ"ה והראב"ד וזה אינו דהם ס"ל כן אפילו בהחזיק הך יורש ג"ש כמ"ש הטור והרמב"ן בחדושיו בשם הראב"ד משא"כ רשב"א ס"ל כרמב"ן בזה אבל בלא החזיק הוא רק המוריש לא מצינו לרמב"ן ורא"ש דיחלקו והכי קי"ל דמהיכי תיתי להרבות במחלוקת ובפרט במקום דרשב"א מכריע וברור:

ח **ודין לוקח וב"ח שגבה קרקע כדין יורש** הרמ"א כתב במתק לשונו שגבה קרקע דכבר ירד הב"ח ומוחזק באותו קרקע אבל אם לא גבה ואינו מוחזק בקרקע רק בא לגבות מקרקע שהיה מוחזק בו הלוה ואינו ידוע אם הלוה קנהו או לא לא טענינן לב"ח לומר שהלוה קנהו ויגבה חובו דטוענין ליורש וללוקח להחזיק אבל זה ב"ח שבא להוציא דקי"ל ב"ח מכאן ולהבא גובה לא טענינן ליה. ובהכי ניחא דברי תשובת הרא"ש דכתב בסוף כלל צ"ח דב"ח ויורש חד דינא משום דשם כבר היה הב"ח מוחזק בנכסים משא"כ בכלל צ"ט סימן ז' דלא היה הב"ח מוחזק בנכסים רק בא לגבות מנכסים שהיה מוחזק בהן הלוה שלו בזו פסק הרא"ש להדיא דלא טענינן לב"ח דה"ל להוציא וב"ח מכאן ולהבא גובה ופשוט. וכ"כ המ"ב בסוף ספרו בחדושי טור ע"ש. ומתשובת מהרש"ל סימן א' משמע דאפילו בכה"ג שלא החזיק בהן הב"ח מ"מ טוענין לו כמו דטענינן ללוקח צ"ע כי בתשובת הרא"ש מבואר ההיפוך ואולי לרווחא דמילתא כתב מהרש"ל דאף דנימא דטוענין מ"מ בנדון שלו לא טענינן ולא נחית לדייק שם הדין על בוריה ולשון הרמ"א עיקר בדיוק היטב:

ט **או הלוה** נאמנים לומר שהקרקע לא היה שלהם דברי רא"ש בתשובה הם בלוקח שאין המוכר נאמן לומר לא הייתי שלי. וכ"כ הרא"ש בפסקיו גבי וה"מ שבע אבל שש לא בשם תוספתא שאע"פ שאמר המוכר גזולה בידי לא כל הימנותא לאבד זכותו של זה ודימה הרמ"א דין דלוה עם דין דמוכר. אמנם המהרש"א בתשובה הנ"ל כתב דנאמן הלוה לומר אין שדה שלי ולא החזקתי בו אף ע"פ שחב לב"ח שלו ואין זה בגדר כל מה שהוא בחזקת אדם בחזקת שלו ובמקום שחב לאחרים אינו נאמן בהודאתו דכיון דבעי חזקה שיש עמו טענה ואמת שכבר כתבתי דמהרש"ל מיירי דאין הב"ח מוחזק בשדה ההוא ודברי רמ"א מיירי דהמלוה מוחזק. אמנם טעמא של המהרש"ל מהא דאמרינן בראובן שגזל משמעון ומכרה ללוי דלא לסהיד שמעון ללוי נגד יהודה דניחא ליה דהדרא ופריך הגמ' וכיון דאסהיד ליה דלוי הוא היכי מצי מפיק ליה וקשה מה פריך דלמא

מעיד להעמידו לב"ח כדאמר שמואל התם דאם יבא ב"ח של שמעון יפיק ליה מלוי בעדי חזקת שמעון והודאת שמעון לא יועיל במקום שחב לב"ח משא"כ אם יהיה הקרקע של יהודא המערער אין כאן מקום לב"ח של שמעון לגבותו. ומזה לכאורה מוכח כמהרש"ל דבכה"ג אף במקום ב"ח נאמן וקושית הגמרא שפיר דכמה תשובות יש בדבר חדא הא כבר חלקנו בין גבה הב"ח או לא גבה. שנית עד כאן אמרינן דאין הלוה נאמן היינו כשהוא או לוקח וב"ח ההוא מוחזק בקרקע עדיין דהוא בגדר כל מה שהוא בחזקת אדם הוא שלו אבל כשאיש אחר מוחזק בו והלוה ההוא יש לו חזקת אבות ומודה דהוא של המחזיק ההוא ודאי דנאמן ואין ב"ח של לוה יוכל להוציאו בחזקת אבות מיד המחזיק דאל"כ בטלת כל חזקות שבעולם אם אחד ימכור ויהיה חייב מלוה ע"פ וימות יבוא הב"ח ויגבה מיד המוחזק דמה שלא מיחה הלוה אין ראיה דלו יהיה דהודה בבירור אין הודאתו מהני במקום דחייב לאחרים. ואף דזה יש אפשר לדחות מ"מ מסתבר מילתא בטעמא דבכה"ג שאין הלוה מוחזק דיכול להודות אף דחייב לאחרים וא"כ שפיר פריך הגמרא דכיון דקרקע מוחזק ביד לוי והוא שמעון מודה לו תו לא מצי ב"ח של שמעון מפיק מלוי והודאה של שמעון הודאה מעליא היא. אך גם דשם קשה בממ"נ קושית הגמרא למה יעיד בשביל ב"ח אי דאית לי' קרקע עליה דידיה הדר ואי דלית ליה מה נ"מ ותי' הגמ' דלא יהיה לוה רשע לא שייך כאן כיון דהוא הודה דקרקע של לוי ולא שלו וב"ח שלו נוטל מלוי בע"כ לפרעון חובו אף הוא חייב לפצות ללוי ולשלם לו כי מן שדהו נפרע ב"ח שלו והרי הוא אצל לוי לוה רשע וכו' וא"ש ולק"מ. ולכן דינו של מהרש"ל צ"ע ונכן נרא' דתלי' כמש"ל אם כבר גבה הב"ח ומוחזק בשדה אין נאמן אפילו הודה הלוה ואם לא מוחזק מלבד דכבר כתבתי דנראה דלא טענינן ליה כליל אף גם אם נימא דטענינן ליה כדמשמע מדברי מהרש"ל מ"מ אם הלוה מודה נאמן כמ"ש מהרש"ל. ובתשובת מהריב"ל ח"ב משמע כמהרש"ל ע"ש ועיין לקמן סי' רמ"ח סעיף ז' וסעיף יו"ד דמסעי' זה משמע כדברי מהרש"ל וע"ש בסמ"ע:

י **נשתמש בו יום אחד** וכיון שאכלה הוא ג"ש נראה דהך יום אחד מצטרף לבהדי ג"ש כמו אכלו שנה אב ושנתיים בנו רק דמיירי דאין לו ראיה דהוא יורשו ולכך צריך ג"ש מלבד אכילת אביו דיש לו מגו דלקחה הוא אבל בידוע שהוא יורש אכילת יום של אביו מצטרף לג"ש ופשוט וכ"כ מהרא"ש סימן מ"א ע"ש. אבל בהיפוך אם אכל אב ג"ש והוא יום אחד מ"מ צריך ראיה שהוא יורש דמה מיגו יש לו הא אין לו אכילה רק יום אחד ודלא כב"ח דכתב באוכל יום אחד א"צ ראיה לירושה וזהו ליתא דוקא באכל ג"ש הוא דא"צ ראיה דיש לו מיגו דהוא לקחה אבל לא באכלה יום אחד מה מיגו יש לו וכך כתב

מהר"א ששון ועיין בתשובת הרא"ש כלל צ"ט דתחילה עלה בדעתו דצריך היורש עכ"פ לומר אבי אמר לי שלקחה ממך אבל נראה דלבסוף חזר הרא"ש מכל כמו שמביא ראיה מלקח חצר ובה זיזין וכו' הרי זה בחזקתו ולכן לא הביאו הרא"ש כלל:

יא **ומכרה בפרסום מוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח** כ' הסמ"ע ס"ק כ"ג מלשון הגה וסדרה משמע דאפילו לא החזיק בה הלוקח ג"ש עכ"ל והיינו דמ"מ האשה החזיקה ג"ש רק דמסתמא אין לאשה חזקה אבל זה ששמע שמכרה ולא מיחה ראיה לדבר שחזקתה חזקה ומה לי החזיק הלוקח ג"כ או לא סוף כל סוף החזקה בא מכח האשה. אבל אם גם אשה לא החזיקה בה ג"ש בזו לא נימא הואיל ושתק הרי היא של אשה כי חשבה לחוכ' ואטלול' כיון דלא החזיקה כלל ואין אדם מוכר דבר שאין שלו והא קי"ל מוכר שדהו בשטר ודאי אית ליה קלא ומ"מ בעינן החזיק האב שנה והבן שנה והלוקח שנה ולא נימא בשנה א' בלוקח סגי דכיון דקלא אית ליה לא ה"ל להניחו למוכרו בפרסום ואף דיש לחלק בין פרסום לפרסום כנראה מתשובת הרשב"א דהיה הכרזה בבה"כ מ"מ דין זו אין לו שרש בגמרא רק הרשב"א אמרה מסברא ואין לנו אלא כפי שאמרה שהיה מחזק' בשנים רבים אבל בלית שני חזקה לא אמרה הרשב"א מעולם וברור:

יב **ויש מי שאומר דוקא כשמזכיר היום וכו'** דעת הסמ"ע בס"ק כ"ד דבעל דיעה זו לא ס"ל כפי' הרי"ף ורמב"ם בגמ בשכוני גואי הייתי דפי' דבזמן שאמר שקנאה היה במרחקים וכו' רק כפי' הרשב"ם והרא"ש ולפי דברי הש"ע דמביא לאחר דיעה זו וי"א דוקא בשעת חירום מוכ' דדיעה זו מפרש בגמ' כפי' הרי"ף דאי היה מפרש כפי' רשב"ם פשיטא דאין צריך להביא ראיה רק בשעת החירום דמהיכי תיתי נימא דיביא ראיה אם לא נמצא לו ראיה בגמ' וכי נימא כן מסבר' הא כמה דחקו הרמב"ן והרא"ש בפירוש הרי"ף מה דמפרש ליה בגמרא למה יהיה המחזיק צריך להביא ראיה ומכ"ש כשאין ראיה לו מגמ' דשכוני גואי פירושו כפי' הרשב"ם פשיטא דאין צריך להביא ראיה רק בשעת חירום וא"כ מה ויש אומרים דכתב המחבר הלא אף דיעה זו דס"ל דמייחד לו יום מכל מקום בעי שעת חירום אלא ברור דבעל דיעה זו מפרש בגמרא כפירוש הרי"ף רק ס"ל דאף עובדא דגמרא לא מיירי רק בכה"ג דמייחד לו יום ולכך אמרינן ליה ברר אכילתך אבל אם לא מייחד יום לא. אבל לעולם דלא מיירי בשעת חירום כלל וזה ברור ונכון ודלא כסמ"ע:

יג **ויש אומרים דדוקא בשעת חירום וכו'** נראה דמיירי דידוע היה דהמוכר היה במרחקים ולכך אם אינו שעת חירום אמרינן שלח שליח ודכוותיה מה שאין כן בשעת חירום אין שיירות מצויות משא"כ כשלא נודע כלל דהיה במרחקים מה נ"מ בשעת

חירום הוא אומר עמך הייתי במדינה אחת ומה מזי' שעת חירום למדינה אחת וזה מבואר בפסקי הרא"ש ע"ש. ובהכי ניחא מ"ש הטור בשם הרמ"ה דכתב שלא בשעת החירום אע"ג דאמר זבינתי ממך ביום פלוני אין צריך להביא ראיה במגו דהיה אומר ביומא אחריני הוי בהדיך וכו' והקשה הפרישה מהמגו הוא זה אם יאמר ביום אחריני יהיה צריך לברר על אותו יום ולעולם לא ינצל מבירור ועיין שם דדחק ולפמ"ש ניחא דכל זה מיירי דידוע דהיה המוכר בארץ מרחק דזולת זה פשיטא שאין בדברי המערער כלום כמה שכתב הרא"ש ומ"מ שלא בשעת החירום אף דמייחד הזמן ובאותו זמן ידוע דהמערער היה חוץ למדינה אין צריך להביא ראייה דיש למחזיק מגו דטען דמכרה ביומא אחריני דהיינו מקדם מימים ימימה טרם שהלך המערער למרחקים דכי לעולם היה במרחקים ואז לכ"ע לא היה צריך ראיה. ולכך נאמן לומר אף בזמן הזה דאתה במרחקי' עמך הייתי וקניתי ממך כמ"ש הסמ"ע ס"ק כ"ח משא"כ כשאין שיירות מצויות והוא המערער היה בזמן שאומר שלקחה במרחקים אינו נאמן לומר עמך הייתי בו ביום במגו דהיה אומר מקדם קנהו ממנו דהוי כמגו במקום חזקה דבשעת חירום אין שיירות מצויות וחזקה דלא היה אצלו ולכך צריך לברר דבריו וא"ש ופשוט ונכון:

יד **וא"ל יודע אני שהיתה שלך וכו'** עיין ש"ך סק"ט דמפרש דדע' המחבר דלא כרא"ש רק מיירי דמודה בלי אמירת מוכר שהוא שלו אבל אם אינו יודע רק מאמירת מוכר הרי נאמן כמו שהיה מוכר נאמן ויפה כתב כי דברי רא"ש דחוקים וכבר נתקשה בהם הרב בעל משנה למלך בהל' טוען ואמת לפי מה שכתב הפלפלא חריפתא ע"ש מיושב קושי' המ"ל אך מכל מקום כל דבריו דחוקים עיין שם. ואני אומר לענ"ד הא דכתב הטור בשם ר"י וכן נראה מדברי הרי"ף דהמוכר א"צ לשלם ללוקח דיטעון את דאפסד אנפשך הוא לשיטתם דמיירי דלוקח מודה מפי עצמו דיודע דהקרקע של מערער ולא מפיו של המוכר חי וא"כ שפיר קטען המוכר מה לי ולך להוסיף מדלך דאתה יודע בלאו הכי דקרקע של המערער ואפסדתני דלא היה לי עוד מגו וכל המוסיף גורע דההפסד לנפשך ומנוקה אני מזה. אבל לשיטת הרא"ש דאין הלוקח אומר כלל רק הדברים אשר שם המוכר בפיו של פלוני הן ולקחתיו הימנו אותו דיבר בב"ד בלי שנוי וא"כ איך שייך לומ' ללוקח את הפסד' דהא לא שינה הדב' מן דבריו של מוכר והמוכר הפסיד דלא היה לו לומר ללוקח שלקחן מפלוני רק שלי הם או לצות עליו מבלי לומר כזה בפני המערער אבל בלי זה הלוקח ההולך לתומו ואומר הדברים כמו ששמען מפי המוכר יהיה נלקה עד שיהיה מפסיד דמי זבינא מביתו דבר זה אין הדעת סובל ולכן ברור דכל הדין זה לא שייך לדינא של הרא"ש ור"י לשיטתו אמרה דהכל תלוי במה שהוא הודה מעצמו בלי

הודאת המוכר כלל ולכך יטעון המוכר אתה הפסדת' על נפשך. ולכך הרא"ש דדרכו להעתיק דברי הרי"ף מה דס"ל להלכה כנודע דרכו השמי' הך מילתא דהרי"ף דאי אית ליה פסידא דהוא הפסיד לנפשיה כמ"ש המ"מ דדעתו כדברי ר"י ז"ל והיינו ע"כ מטעם שכתבתי כי לשיטתו ליתא לדין של הרי"ף ור"ו ז"ל ובהכי א"ש דברי הטור דבאות כ"א כתב סתם דאם אין עדים שדר בו וכו' יחזירנה וישאל מעותיו מהמוכר שמכרה לו אפי' אין עדים למערער שהיה שלו ואחר כך באות כ"ה הביא מחלוקת הרשב"ם ור"י ולמה סתם מתחילה כרשב"ם ולא כרבינו יונה ולא יהיה אלא פלוגתא דרבותא הממע"ה. וכל מפורשי דבריו לא תירץ בזה אבל לפמ"ש ניחא דמחלוקת של רשב"ם ורבינו יונה תלוי בשיטתם וא"כ כיון דפוסק כדעת אביו הרא"ש ז"ל אף גם הא ליתא וחייב המוכר לשלם דמיו וזה ברור ונכון ולכך סתם מתחילה דחייב המוכר לשלם וא"כ דזה ברור ואמת המחבר דכתב להדי' כדעת רבינו יונה והרי"ף דאין יכול לגבות מעותיו מן המוכר א"כ ברור דס"ל כשיטת האומרים דצריך הודאת לוקח בפ"ע ולא אם אמרן בשם מוכר ודברי הש"ך מוכרחים. והנה אם אמרן המוכר ללוקח בפני עדים דלקחן מן המערער נראה אף דלא הודה הלוקח אח"כ דידע דהוא של מערער רק הן הדברים הנאמרים מפי מוכר מ"מ נראה דזכה המערער דהא לית למוכר מגו דהא מבואר לעיל בטור וש"ע סימן קל"ג סעיף ג' אם הראה החפץ בעדים קודם שבא לדין אעפ"י שאמר של פלוני הוא וממושכן הוא בידי בכך וכך באופן שאלו אמר כך בב"ד היה נאמן במגו מ"מ לפני עדים הוה ליה ראה דדבר שהוא לחובתו מקבלין אבל לא דבר שהוא לטובתו והוא נלמוד מדברי גמרא אי פקח משויה ליה ראה עיין שם ועיין סי' ע"ב סעיף י"ח בהגה ואף זה כיוצא בזה כיון שאמר לעדים קרקע זו של פלוני רק לקחתי ממני מה שהודה של פלוני הרי הודאה אבל אמירה דיליה שלקחו הואיל והוא חוץ לבית דין לית בהו חששא. ואמת כי הש"ך לעיל סימן ע"ב ס"ק צ"א מחלק בין טוען ממושכן בידי ובין טוען לקוח הוא בידי עיין שם אבל כבר כתבתי לעיל דליתא ולעולם הודאה חוץ לבית דין מפסיד ממונו וא"כ אף כאן כן וברור. ולפי זה בהודה בינו לבין עצמו של הלוקח הוי לוקח ע"א ואם כן תליא במחלוקת רשב"א ור"י בתוספת דף ל' ד"ה לאו קמודי' וכו' דאם יש למוכר מגו לא היה שלך רק לוקח הוי ע"א אי מהימן במגו או לא. ובהכי יתיישבו דברי מהרש"א דכתב הא דכתבו בתוספת בריש דבריהם דעובדא דגמרא שלא היה למערער עדים אפילו לא החזיק ג' שנים רק שהיה אומר דדר בו מוכר יום אחד הוה נאמן במגו לא היה שלך מעלם היינו לשיטת רשב"א אבל לא לשיטת ר"י ונסתייע מדברי הגהת הרא"ש דכתב הך דינא דאם הלוקח אמר דדר בו המוכר יום אחד אי לית ליה למערער עדים שלו נאמן

במגו בשם הרשב"א. ולכאורה קשה על הגהת הרא"ש דעד כאן מחולק ר"י עם רשב"א כשהלוקח ע"א אבל זולת זה לא חולק ר"י כלל עם רשב"א וא"כ בעל הגהה דלא הוזכר כלל בדבריו דלוקח מעיד כדברי המערער וא"כ אין לו לייחם דין זה לרשב"א כלל. מכ"ש דקשה על מהרש"א דהא התוס' בריש דבריהם מיירי מעובדא דגמרא וכתבו דלולי דהוה מגו למפרע היה נאמן ובגמרא לא מיירי דהיה הלוקח ע"א כמ"ש דלוקח רק מילתא דמוכר קאמר כמ"ש הרשב"ם והתוס' לא השיגו בזה עליו וא"כ אף לשיטת ר"י ניחא אבל לפמ"ש ניחא דכיון דיאמרה ללוקח אף דאמרו דזבין בהו מילתא נאמן ובזה אינו נאמן והוי לוקח ע"א דהודאה בפני ע"א הוי הודאה. ולענין זה הוי לוקח ע"א דהודה בפניו דהיא של המערער ומה שאמר לקוח בידו הוי חוץ לב"ד ואינו מועיל וא"כ לעולם הוי לוקח ע"א ולכך נקט רשב"א במילתא אף דהוה לוקח ע"א היינו לא דידע ומעצמו דזה מאן דכר שמיה לשיטת הרשב"ם רק בתורת הודאה הוי ע"א דהא הודה בפניו ודברי הגהת הרא"ש ומהרש"א נכונים לשיטת ר"י לעולם אי אפשר דיהיה למוכר מגו דהא אמירתו ללוקח הוי ע"א. וכן במרדכי כתב דר"י מסתפק אי אית ליה סהדי דדר בו מוכר רק לא אחזיק ג"ש אי במגו דלא היה שלך מעולם וקשה הא ר"י לא נסתפק רק בע"א כמבואר בתוס' אלא ברור כמ"ש דלוקח ע"א. ולפ"ז אי אמר כן ללוקח בפני ע"א הרי כאן עדים שנים לוקח וע"א ולית להו מגו לכ"ע וברור. אך לפ"ז מוכח לכאורה דאף דלוקח לא עינה מלבו דלא דמי רק דאומר מה ששמע ממוכר מ"מ דינו של ר' יונה אמת דהפסיד דמי מקחו דאל"כ איך ס"ד דלוקח יעיד הלא טגע דאולי ירצה לחזור במקחו דנתאנה וכדומה ומעיד דהקרקע של מערער ואף הוא יתבע מעותיו מיד המוכר וזהו שמבקש ועכצ"ל כר"י וא"כ הרי הוא מפסיד במעותיו ומה נגיעה יש כאן. וא"כ אף בזה לכאורה דברי רבינו יונה מוכרחים וצ"ע. אבל מ"מ דעת הרא"ש וטור לשיטתם נראה ברור דלא כרבינו יונה ודוק:

טו **הביא זה המחזיק עדים שפלוני שמכר לו דר בו אפילו יום אחד וכו'** זהו דעת הטור דעל דירת יום אחד לא מהני מגו מלוקח וע"ז צריך עדים והש"ך בס"ק י"א האריך דרבים חולקים ומסתברא כוותיה דיש לו מגו ונאמן אפילו בלי עדים ע"ש ואני מודה לו בזה במגו דלא היה שלך מעולם אבל כשיש עדים למערער שהיה שלו רק דיש לו מגו דזבנתי ממך בזו נראה אף התוס' מודה דאין נאמן דהא ה"ל מגו דהעזה ואע"ג דבכמה דוכתי במילתא דממון אמרינן מגו דהעזה מ"מ כיון דבלא"ה מגו קלושה כמ"ש בעל המאור והרמב"ן ע"ש שהאריכו א"כ די שנימא אותו מגו במקום דליכא מגו דהעזה אבל מגו דהעזה ל"א ובהך ארווח לן דברי התוס' דכתבו על דברי רשב"ם דכתב דאם החזיק ג'

שנים וטוען מפליגה זבינתא דזבנא ממך קמאי דנאמן במגו דאי בעי אמר ממך לקחתי א"נ אם יש לו עדים שדר בו יום אחד וכתבו התוס' כדבריו כן הוא כשיש למערער עדים שקרקע שלו הוא אבל באין לו עדים אי טען קמי דידי זבינא או דר בו יום אחד הוי נאמן במגו דאין שלך אפילו בלא אחזיק ג"ש וכו' עכ"ל וקשה א"כ למה כתבו בדברי רשב"ם כן הוא בישנו עדים למערער שהוא שלו דהא עדיין קשה למה מצריך עדים על דירת המוכר יום אחד ולא מהימן במגו דמינך זבנתי כמו דנאמן באומר קמי דידי. דהא התוס' לא ס"ל כסברת הרז"ה והרמב"ן דהא בדליכא עדים דיש לו מגו דלא שלך הוא כתבו דנאמן על דירת המוכר יום אחד. והמהרש"א עמד בזה וכתב באמת לאו דוקא עדים ה"ה באמירתו וזהו דחוק למאד כנראה מדברי התוס' לכן ברור דס"ל לתוס' בשלמא קמי דידי זבינתא שפיר י"ל מגו דאני זבינתה ממך דמ"ש דמעיד בזה או בזה. משא"כ לומר דדר ביה יום אחד במגו דזבנתי ממך ה"ל מגו דהעזה ולכך אינו נאמן כי אם ביש לו עדים על דירת מוכר. משא"כ באין למערעד עדים כלל שהיה שלו ויש כאן מגו דלא היה שלך מעולם א"כ בזו שפיר נאמן על דירת מוכר במגו דאינו יודע שהיה שלך ואין כאן העזה כלל ופשוט וברור בתוס' ומיניה אין לזוז כמ"ש דבלא"ה הרז"ה והרמב"ן כולם ס"ל דלית ליה מגו בזה. ובזה מובן דפסק הטור דעל דירת יום אחד לא מהני מגו נגד דעת התוס' מה שאין דרך הטור ובפרט במקום דאין הרא"ש חולק. דלפמ"ש הך מגו דמינך זבינתא אין כאן מגו אפילו לדעת התוס' רק הך מגו ס"ל לתוס' דלא היה שלך מעולם ובזו חולק הרא"ש וס"ל דליתא להך מגו דמתיירא דיביא עדים שהיה שלו וניחא ליה למטען טענה דלא יפול בה הכחשה כל כך. וא"כ אין כאן מקום לדברי התוס' ולכך פסק הטור דלא כדעת התוס' וס"ל דבעי דוקא עדים על דירת יום אחד. והב"ח כתב דבטוען לא היה שלך מעולם הוי העזה ולא הבנתי דהא יכול לטעון איני יודע דהיה שלך ומה העזה יש כאן. אך לפ"ז דיש לחלק במגו דלא היה שלך מעולם נאמן ובמגו דממך לקחתי אינו נאמן אף דיש לו שני חזקה יש להקשות במה דפרכינן בגמרא דכתובות ולתני באמר שדה זו שלך היה ולקחתי וכו' ומשני דסיפא אם יש עדים לא מתוקמת דבממ"נ אם יש לו חזקה למה לא ואם לאו פשיטא. וקשה לתני בכה"ג באומר שדה זו שלך היא ולקחתי מפלוני דדר בו יום א' דנאמן דהפה שאסר וכו' אבל אם יש עדים אף דיש לו חזקה מ"מ מגו זו גרוע ואיט נאמן וצ"ע:

טז **שהרי יש לו טענה עם חזקתו וכו'** שהרי יש לו שני חזקה מלשון זה ברור דדוקא ביש לו שני חזקה דיש לו מגו דזבנתי ממך אבל באין לו מגו כזה דלא אכל שני חזקה רק יש לו מגו דלא היה שלך אינו נאמן וכן נראה מדברי הרי"ף והש"ך ביקש לומר דמיירי

ביש לו עדים דהוא של אבותיו הוא דחוק דהא עליה דהך עובדא קאי דמיירי רק דמודה דהוא של אבותיו ועדים מאן דכר שמיה כנראה להדיא מדברי הרמב"ם דכתב הואיל והודה שהוא שלו וכו' הרי דמיירי דאין עדים ועל זה כתב או שאמר בפני מכרת לו וכו' הרי דלא מיירי מעדים וכן הדבר יותר מבואר ברי"ף. וכ"כ הטור בשם רשב"ם וטעמו של דבר נראה כי בזה שהמגו תלוי בלוקח שהוא טען בפני לקח ויהיה לו מגו דלהד"מ בזו ודאי צדקו דברי הרא"ש דמגו גרוע הוא דהוא הלוקח מאמין לדברי המוכר דלקחה מן המערער הזה ולכך לא רצה לטעון להד"ם דאמת יש לו רגלים ויבורר הדבר בלי ספק ע"י עדים שהוא שלו משא"כ בפני לקחה א"א להתברר ולכך אומר בשקר ובדדמי דל"ל דגם זה יתברר בעדים דיעידו דלא זז ידו מתוך ידם כמ"ש הפלפלא חריפתא דהא הוא סמך על דברי המוכר שבאמת מכר לו ואם יבואו עדים ע"כ יעידו שמכר שדהו. משא"כ מגו זו דמנך לקחתי ג"כ ליכא מגור מעדים דאם יש עדים שלא זז ידו מתוך ידם יעידו בלי ספק על מכירת שדה למוכר וא"כ מה בכך שיהיה הוא מוכחש מ"מ יוחלט השדה למוכר ומהמוכר יש לו שטר מכירה כמ"ש הרשב"ם ושפיר יש לו מגו וא"ש. רק בהך דהמגו הוא של מוכר דהוא אומר דמוכר אמר לו דזבנא מהמערער ולמערער ליכא עדים כלל רק בהודאת פיו בזו יש מקום טענה הא אלו מוכר בפנינו הוה נאמן במגו דלהד"ם לומר ממך לקחתי דלגבי מוכר לא שייך סברת הרא"ש כמ"ש הפלפלא חריפתא שאם משקר דלא לקחה באמת אף בזו יהא מוכחשת דיבאו עדים ויעידו שלא זז ידם מידי המערער. וא"כ מ"ש זו מטענת להד"מ. וא"כ הטקח שבא בכח מוכר והדברים אשר שם המוכר בפיו אותו אומר בב"ד נטעין ללוקח כל מה שהיה המוכר יכול לטעון דקי"ל טוענין ללוקח וכאן לא שייך סברת הרא"ש דמתיירא הלוקח שיהיה לו מכחישים דהא אנן לא אמרינן דלוקח יש לו מגו רק אמרינן מוכר יש לו מגו וטענין ללוקח כל מה דהוי מוכר מצי לטעון ובדברי הרא"ש צריכים אנו לדחוק ולומר כמ"ש הפ"ח הנ"ל הואיל לגבי לוקח אף דידע לטעון כן לאו טענה היא גביה לא טענין ליה ללוקח כי איך נטעון ללוקח טענת מוכר מה שהוא לא מצי טעון וזהו דוחק בתכלית הדוחק כי אנן אמרינן דל לוקח מהכא הא המוכר נאמן והלוקח בא מחמת המוכר והוי בכלל מה מכר ראשון לשני וכו' ולכך הוצרך ר"י ליישב דמיירי דלוקח מודה בפ"ע שהוא בעצמו יודע שהקרקע של המערער וא"כ ה"ל ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי ואי קשה הא בטוען קמי דידי זבנא ממך הא נמי ודאי היא לא היא דאנן לא מהימנין ליה דלא מהימן לומר קמי דידי רק במגו וזה ולית ליה מגו כמ"ש וא"כ חזר הדבר בטוען ספק כי הך קמי דידי לא מהימן וה"ל ספק וודאי וזהו מה שנ"ל בישוב דברי הרי"ף ורשב"ם לשיטת הר"י ולהרמב"ם א"צ

לזה מטעם ספק וודאי די"ל טעמו כמ"ש התוס' דבמקום ע"א אין לו מגו דלא יתרצה הלוקח בזה ואף דלוקח טוען קמי דידי זבנה מ"מ לית ליה למוכר מגו להד"מ דבזה לא יעכבה הלוקח דיראה לוקח דמשקר אבל בהך קמי דידי זבני כבר אמרינן דלוקח סומך עליו ואומר בדדמי ובאמת א"י וא"כ יעכבה הלוקח אבל אם יטעון להד"ם יראה לוקח בשקרו ולא יעכבה ויהיה ללוקח עליו תרעומת כמ"ש התוס' ועוד דהוי מגו דבי תרי דעל זה מכוונים מילתא לומר קמי דידי זבני ולא על זה לומר להד"ם ודברי תוס' שפיר ודוק. אמנם לר"י דס"ל הטעם משום ספק וודאי צ"ל זה כמ"ש דהואיל דלא מהימן קרוי ספק ודוחק ובפרט דברי רשב"ם מבואר בדברי הרא"ש להיפוך דכתב בשם רשב"ם ואי הוה טעון מינך זבנתיה או קמאי דידי זבנה מינך מהימן שהפה שאסר הפה שהתיר כיון דליכא עדים למערער שהיה שלו עכ"ל וע"כ בלא הוחזק ג"ש דאי החזיק אפילו יש למערער עדים (ואין לדקדק בדברי הרא"ש דכתב כלשון רשב"ם ואע"ג דליכא עדים למערער שהיה שלו לא מהימן ליה במגו דאי בעי אמר מינך זבנתי ואכלתי שני חזקה כו' דלכאורה קשה כיון דמיירי במגו דמינך זבינת מה ענין דליכא עדים למערער אפילו איכא עדים למערער נמי די"ל דודאי דקארי ליה מה קארי ליה מה מגו יהיה כאן הא הוא א"י דלקחה המוכר וצ"ל דקושיא כמ"ש הרא"ש דכיון דמוכר נאמן במגו דהא ליכא עדים למערער נטעון ליה כמו למוכר רק די"ל דאנו לא מאמינין ליה דאמר ליה המוכר שלקחה מן המערער ומגו דלהד"ם לית ליה דכיון דיודע שהיא של מערער בקל ימצא עדים שהיא שלו לכך מתחבל לומר שמוכר אמר לו שלקחה הימנו ולזה כתב רשב"ם כיון דלית ליה עדים למערער א"כ המוכר נאמן נטען ללוקח ולשמא משקר ל"ל דהא יש לו מגו דאכלתי שני חזקה וממך קניתי וע"ז תי' הרא"ש דה"ל ברי ושמא והיינו כמ"ש ר"י ודוק) וכן מוכח מדברי רשב"ם בגמרא בסופו דכתב והכא בהאי עובדא אפילו באו עדים שהחזיק בו יום א' המוכר אבל אין יודע אם לקח אותו או לאו אינו מועיל שלא החזיק ג"ש כו' ע"כ הרי דדייק אבל אין יודע אם לקח או לאו הא ביודע נאמן במגו דלהד"ם דה"ל ודאי וודאי וכמ"ש הש"ך מיהו בגמרא אפשר ט"ס וצ"ל אינם יודעים ועל עדים קאי דאינם יודעים אם לקח או לא ובהכי אייתי המשך הלשון מרשב"ם דמעדים מיירי וכל דקדוק ושל הש"ך נדחה בזה אמנם מהרא"ש הדבר מבואר והדבר צ"ע על הטור והדרישה האריך למאוד ולא עלה בידו דבר ברור כלל ומה שצ"ל בישוב דברי הטור הוא דס"ל דזה כתב הרא"ש בדברי רשב"ם להס"ד דס"ל כל תי' של ר"י משום ספק וודאי וא"כ בטוען ודאי קמי דידי זבנא ה"ל ודאי וא"כ פשיטא דס"ל דיש לו מגו בכה"ג אבל לפי מ"ש הרא"ש מילתא דהרשב"ם דאין כאן מגו משום דירא דימצא עדים אף בזה

אין לו מגו כמ"ש. ולכך במסקנת הרא"ש אף לרשב"ם אמרינן כן דלית ליה מגו כנראה מתחילה דברי רשב"ם דדוקא מגו דמינך זבינתא דיש לו שני חזקה אבל זולת לא וסוף דבריו כבר כתבתי דצ"ל אין יודעים במקום אין יודע. והנה הש"ך האריך להסכים היכי דיש עדים דדר בו המוכר יום א' אף דאין לו שני חזקה ולא קטעון קמי דידיה זבנא מ"מ נאמן דטענין ללוקח כל מה דטענין למוכר וראית הרמב"ן מהך דמפקיד לחבירו בעדים ומת דטענינן ליורשים כל מה דהוה אבוה מצי לטעון דאבוה נאמן במגו דהחזרתי הש"ך דשם ודאי יבא ליורשים מן אבוהן משא"כ כאן מי יימר דהמחזיק לקחה מן הך דדר בו חד יומא כלל וכלל ואם יש בידו ראיה מודה הש"ך לדינא של הרמב"ן ולא הבנתי דהא יש לו מיגו דלא הוה שלך מעולם וכי אמר אין היה שלך רק לקחתי מפלוני ופלוני החזיק בו יום אחד למה לא יהיה נאמן במגו. ואמת דברשב"ם משמע ג"כ כש"ך דכ' מדלא אמר ואכלתי שני חזקה ש"מ דהיה בידו שטר מהמוכר ולא קאמר מגו דלהד"ם נאמן שלקחה מפלוני ושטר ל"ל וש"מ דלא ס"ל הך מגו מיהו י"ל דרשב"ם אפשר ס"ל או כהרא"ש דאין זה מיגו דלא היה שלך דיכול להתברר או דס"ל מגו דהעזה לא אמרינן וזהו אפשר העזה דמיירי דמערער יודע שהוא יודע שהקרקע שלו וא"כ הוי העזה. אבל הש"ך דלא ס"ל דעת הרא"ש וגם ס"ל בכל דוכתי מגו דהעזה אמרינן קשה דמ"ש דיש לו ראיה ומ"ש דטוען בבירור שלקחה. מיהו באמת הך דינא כבר כתבתי לעיל בסי' ע"ב סעיף א' דיש בו הפוסקים עיין שם ואפשר אפילו החולקים שם דלא אמרו כן רק במטלטלין דהוא בחזקת המחזיק לכל דבר אבל קרקע דבחזקת בעלה עומדת הך תפיסה דתפיס בה הלוקח לאו תפיסה גמורה היא ובפרט כשלא החזיק ג"ש ודמי' קצת למגו להוציא לא אמרו דין זה ולכן אין לדמות דין מטלטלין וקרקע יחד בזה ודין זה ספיקא דדינא הואיל ונחלקו בו מחברים רבי' ואוקמי קרקע בחזקת מרא קמא וזה ברור:

יז **אבל וכו' מפלוני קניתי סתם וכו'** הרב הש"ך בס"ק ט"ו דעתו דמתחילה צריך לומר מפלוני זבינתא דזבנא ממך אז יכול לתרץ דבורו ולומר פי' של זבנא ממך היינו קמי דידי אבל באומר סתם מפלוני זבינתי איך יכול להוסיף אחר כך במקום דאין לו מגו ויפה כתב איברא במה דנסייע מדברי תוס' ונראי' דבריו דס"ל דגם התוס' מסכימים לדין זה וזה אינו כי התוס' מחולקים בדין זה עם רשב"ם והרא"ש כי בהך עובדא לא גריס רשב"ם דאמר לו דזבנא ממך רק גירסת רשב"ם מפלוני זבנא דזבנא ממך וכתב הרשב"ם כלומר שאמר לי דזבנתא ממך הרי דלא נזכר בגמ' דא"ל רק סתם דזבנא ממך ולכך כתב הרשב"ם דאם החזיק וטען קמי דידי זבנא דנאמן במגו והיינו דס"ל כרא"ש דיכול לפרש דבריו אבל התוס' אף דהעתיקו לשון רשב"ם וכתבו וז"ל אבל השתא דאמר מפלוני זבינתא

דזבנא ממך והודה שהיה שלו לא מצי לטעון קמי דידי זבני ממך וכו' דהוי מגו למפרע והאריכו בזו הרי אפילו בהך לישנא לא מצי לתקן דבריו ובזו שמחולקים עם רשב"ם אם כה"ג הוי מגו למפרע או לא וכן כתבו להדיא אהך עובדא דדר בקשתא בעיליתי' דהא דקאמרינן בגמרא ואלו הוה אמר קמי דידי זבנת' מינך דנאמן לא שעדיין נאמן במגו ובטענה זו אלא אי הוי טוען מעיקרא וכו' וזהו להדיא נגד דעת הרא"ש דלדעת הרא"ש בהך לישנא דאמר מפלוני זבינתא דזבנא ממך ולא דאמר דזבני ממך כמבואר בגמרא וכמו שהעתיקו התו' בעצמן אף עכשיו נאמן דיכול לתרוצי דבריו והתו' כתבו להדיא דאינו נאמן ועל זה האריכו בכל דיבור הנ"ל ובהכי ניחא בכתובת גבי האי סבת' דאמרה מחיים תפיסנא דכתבו התוס' דלא נאמנת במגו דתבסנהו מחיים דהוי מגו למפרע והרא"ש כתב דמיירי דאיכא עדי ראה ועדי פקדון משום דהתוס' ס"ל דלא מצית לתרוצי דבריה ולפרשן באמרה מחיים תפיסנא היינו דתבע מחיים ולא נתתי לו ולכך הוי מגו למפרע אבל הרא"ש אזיל לשיטתו דס"ל דיכול לפרש דבריו וא"כ אף היא יכולה לומר דאמרי מחיים תפיסנא היינו דתבעני מחיים ולכך הוצרך הרא"ש לומר דליכא לה מגו כלל וזה ברור ונכון וכן כתבתי לעיל בסי' ס"ד ע"ש ויצא לנו מדברים אלו דפשיטא דדברי הש"ך נכונים כיון דבלא"ה התוס' לא ס"ל דברי הרא"ש לתרץ דבריו ולפרשן ואם כן אנן דס"ל כן כהרא"ש הבו דלא יוסיף דדי דנאמר דמפרש דבריו במקום דסובבים דבריו אחרונים דברי ראשונים ולא במקום דסתומים הם בכל ודוק:

יח **אבל אם לא טען הוא לא טענינן ליה** הם דברי הרמב"ם ולפי הנראה מדברי המ"מ יליף אותו הרמב"ם מהא דבגמרא אמינא אמר ליה אזבין דינא משמע דוקא דקאמר הכי אבל אנן לא טענינן. אך לפ"ז אף בהאי עובדא הנזכר בסעיף אחר זה דיעצהו ליקח נאמר גם כן בגמרא אמר ליה השני נוח לי והראשון קשה הימנו יהיה ג"כ צריך לטעון וזה לא נזכר ברמב"ם ובדברי הרמ"א כלל וכמ"ש הסמ"ע בס"ק ל"ג ע"ש. ולכן נרא' דהוציאו הרמב"ם דהך טענה גרוע היא מהא דאמרינן עבידו דקרו לשני טובא שני חזקה דאמרינן וה"מ שבע אבל שית אין לך מחאה גדולה מזו והקשו התוס' הא יש לו מיגו דזבניה ניהליה מקדם לקניינו במגו דזבנתי ממך ותי' הטור לקמן אות ל"ב דאין זה מגו דלא ידע אם יש לזה שטר אם יאמר שלקחה הימנו יתבענו המוכר לדין עכ"ל וקשה הא יכול לטעון ממוכר אח"כ זבינתי ממך ואכלתי שנין חזקה וא"כ הרי בטוח מכל אם יברר זה שטרו הרי טוען שלקחה הימנו ואם לא יברר מ"מ אין למוכר עליו שהרי טוען שגם מן המוכר לקח. והא לא קשי' איך יתכן שלקחת מן המוכר וכן מן הלוקח הא לא קשיא עביד אינש דזבין דינא וכמו שאמרו כאן וע"כ צריך לומר דזה לקנות הדבר פעמיים טענה

גרוע היא ולא שכיח כלל ולכך לא אמרינן בי' מגו דהוי מילתא דלא שכיח ולא אמרינן בי' מגו כנודע ולפי זה אף אנן לא טענינן ליה כיון דהוא גרוע ולא שכיח דלא נימא גביה מגו איך נטעון אנן ופשוט. ודברי הרמב"ם מוכרחים ודוק. ולכך בהך עובדא דיעצהו לקנות והטענה השני נח ליה וכו' כיון דלא מצינו בגמרא ראייה דהוי טענה גרועה אף אנן טענינן ליה ובפרט דיש לחלק בסברא דבשלמא בנדון זה אמרינן אלו היה באמת טעמו למזבין דדינא ה"ל לטעון כן כיון דכך היה מחשבתו מתחילה ומדלא טען ש"מ דלא לזה נתכוון מה שאין כן בהך דיעצהו לקנות וכו' אין ראייה דאם כוונתו היה לכך למה לא טוען בבית דין דבוש הוא לטעון כן בבית דין כי ודאי נבלה עשה כמה שכתב הסמ"ע ס"ק ל"ט עיין שם ובכלל משגה עור בדרך ולכך מערים להסתיר ערמתו וא"ש:

יט **שיאמר המערער אתה נח לי וכו'** עיין סמ"ע ס"ק ט"ל דמכל מקום שלא כדין עשה והנה ברמב"ם כתב שאמר לו לך קנה השדה טובה היא וכו' ונראה דהעצה היא אם שדה טובה שמנה או רזה אבל אם העצה היה אם השדה בטוח שהוא של מוכר או לא והלא אמר ליה שהוא של מוכר ולקחה עפ"י דבורו נראה דהוי כמראה דינר לחנוני בא"ל עלי דידך קסמכינא ועיין לעיל סימן קכ"ט סעיף ב' ומ"ש שם. וכך כתב בתשובת מהרי"ט חלק חושן משפט סימן ח"י אלא דהוא נתן טעם גם כן דהודאה הוי כמעשה ובזה יש מקום ספק אבל מטעם זה דהוי כמראה דינר לחטני יש לחייבו אם עליו קסמיך כנ"ל. מיהו הראיה שהביא המהרי"ט דהודאה הוי כמעשה מדברי תו' דכתובות דף ק"ט ד"ה אדמון וכו' דהא דאמרינן ראובן אין מעיד ללוי משום דהשני נח לי' יתכן אף לרבנן דהתם לאו הודאה היא משמע אלו הוי הודאה לא אתי' לרבנן ש"מ דהידאה קרוימעשה לרבנן יש לדחות דהתם דמעיד בב"ד פשיטא דהוי מעשה והא לוקין על עדותו אם העיד בשקר ש"מ דעדותו קרוי מעשה וא"כ זה דהעיד בשביל דהשני נח ליה הוי מעשה גמור ולכך תי' התוס' דלא הוי הודאה אבל הודאה בינו לבין בעל דין שלא בבית דין אפשר דלא היי מעשה ואין מהתו' ראי' כלל:

כ **דודאי נתן וכו'** מתנה הש"ך ס"ק חו"ב תמה דהרשב"א יליף זה דהלכה כשמואל דמעות לשם מתנה דהא קיימא לן בהכיר בו שאינו שלו דהמעות פקדון לקמן בסי' שע"ג רק גבי מקדש אחותו קיימא לן בא"ע סימן נו"ן דמעות מתנה ובזו כבר כתב הרא"ש הטעם משום דהוה ליה אחותו עיין שם ונראה דהרשב"א סבירא ליה א"כ הקונה שדה מאחיו והכיר בו שאינה שלו יהיה המעות מתנה מ"ש אחיו ומ"ש אחותו ודבר זה לא שמענו בשום פוסק ועוד דא"כ למה פליגי בקדושי אחותו והכי' בו שאינו שלו ולקח' לפליגי בהכיר בו שאינו שלו ולקח' מאחיו או מאחר דלרב פקדון ולשמואל מתנה וכן

בקדושי אחותו דאם נאמר הטעם לכך מתנה משום דהואיל דהיא אחותו א"כ המקדש שארי נשים שאין קידושין תופסין בהו כגון אשת איש ושפחה וכדומה יהיה קידושין לפקדון משום דהם נכרים לו וזהו גם כן דלא מצינו חילוק בהו בפוסקים והרמב"ם פרק ו' מהלכות זכי' כתב שהכל יודעים שאין קידושין תופסין בעריות הרי משמע דבכל עריות דינא הכי וכן נראה מדברי המגיד משנה שם דוקא בקדושי טעות הקדושין חוזרין ולא זולתו וגם בזה א"ל תרתי פלוגתא הל"ל המקדש אחותו או שפחה רב אמר פקדון ושמואל אומר מתנה ושמעינן גם כן תרתי מיניה ול"ל למימר בשני ענינים הפלוגתא אלא ודאי ס"ל לרשב"א דודאי כל היכי דאפשר לומר שלא נתנם לשם מתנה אמרינן דמהיכי תיתי יתן אדם שלו לאחרים ואדם קרוב לעצמו וזהו אמרם דלא יהיבי אינשי מתנות לנכרים וגבי עצמו הכל כנכרים חשיבי ואין הבדל בין קרוב לרחוק רק גבי אחותו אין לנו טעם דנימא ביה למה נתנו ואי משום פקדון הלא הרבה נאמנים בעולם דיוכל להפקיד שלו ואין צריך ליתנם לאחותו בתורת קדושין ולכך ס"ל משום מתנה אבל בזבין שדה והכיר בה שאינו של המוכר שפיר קיהיב בפקדון דהא בין כך הוא אוכל ומשתמש בפירות ובשדה כשלו ואם לא יבא הנגזל לעולם הרי הוא שלו ואין רשות ביד המוכר לסלקו כמבואר בגמרא וברא"ש ואלו בסתם מכר דעת שמואל דזבין איניש ארעא ליומא מכל שכן בזה שהמעות לעולם חוזרין כשיתבע הנגזל שדהו וא"כ לא יפה עושה שמשתמש בשדה ומי יודע מתי יבא הנגזל ואם המוכר טוען במתנה נתנו לי והממע"ה זה אינו דחזקה בפקדון יהיב דלא יהיב אינש מתנה לנכרים וכל אדם רוצה בשלו משא"כ בקידושין דאין לו תועלת בהא במוסרו בתורת קידושין אמרינן ודאי במתנה נתנה וא"ש ואף כי הלשון יהיב לנוכראה דחוק מ"מ הדין אמת מראי' שכתבתי ואיהו דחיק ומוקי אנפשיה והדבר נכון בסברא. ולכך בהך עובדא דזבין שלו גם כן אין לו תועלת בקניתן דבלאו הכי ישב בו לעולם דהרי הוא שלו א"כ דמי' לגמרי כמו קידש אשה שאין בה קידושין דקיי"ל כשמואל דמעות מתנה והיינו מטעם שכתבתי דמה תועלת יש בפקדון ואף זה כמוהו ודברי רשב"א נכונים ומוכרחים בגמרא ובפוסקים:

והנה זהו מיירי בדלא קיבל בפירוש אחריות בשעת מקח דאי קיבל בפירוש אחריות אפילו שמואל דסבירא ליה בהכיר בו שאילו שלו דמעות מתנה בקיבל אחריות מודה וכ"כ התוספות בב"מ דף י"ז ע"ב ד"ה ושמואל וכ"כ הרשב"א גופי' בס' אח"ז ע"ש שהאריך וא"כ אף זה כן איך ס"ד למתנה כיון דקיבל אחריות ועיי' כצ"ל דלא קיבל רק סתם ואע"פ דקיי"ל אחריות ט"ס הוא היינו בלא הכיר בו שהוא שלו אבל בהכיר בו כנ"ל גמר ויהיב לשם מתנה וברור ונכון:

כא **ויש לו עדים שדר בו המוכר יום א'** עיין סמ"ע שכ' שא"צ דהא המערער מודה שדר בו דהא לקחה הימנו אלא שמעשה היה כך הי'. ועיין ש"ך ס"ק ח"י שכ' דליתא בגמרא שהיה מעשה כך. ובאמת כוונת הסמ"ע כך דע"כ זה שבא על המחזיק מה בעית בהאי שדה ע"כ דלא בא בשטרו דא"כ הא כתב הטור וכן הש"ע בסעיף כ"א דאם נודע למחזיק שהמערער בא בשטרו א"צ שבע שנים דיש לו מגו ממך לקחתי וא"כ יש להבין באיזה טענה בא עד שהמחזיק נזקק להשיב לו ולא השיבו מי את שאשיב לך ומה איכפת לך בקרקע זו וא"כ ישיב לכל אדם ענינו ועכצ"ל דגם למערער היה חזקת אבות רק האמת דמוכר של המחזיק לקחו מאבותיו והוא המערער בא בשטרו שלקחו אח"כ מיד המוכר ולכך מתחילה בא בעידי אבות וכשהשיב לו שלקחו מהמוכר בא בשטר קנינו וא"כ שזה מתחילה בא בעדי אבות וזהו השיבו דלקחו מהמוכר ע"כ הוצרך להביא עדים שדר בו יום אחד דאל"כ מה יועיל חזקתו ובמגו דממך לקחתי אינו נאמן על דר בו חד יומא כמ"ש הטור והרז"ה ורמב"ן ועיין לעיל סעיף י"ד וכמ"ש הש"ך ומש"ל בזה. ואם המערער מודה דדר בו המוכר יום אחד הרי יש למערער מגו דלא דר בו המוכר וכשאומר שדר רק לקחה הימנו נאמן וא"צ שטר ולמה הצריך דוקא שטר ומגו להוציא לא הוה דכיון דגם הוא יש לו חזקת אבות כמש"ל וא"ש ודוק:

כב **אבל אם אכלה פחות מז' שנים וכו'** עיין ש"ך ס"ק י"ט דמפרש דאף דשטר אית ליה קלא ויודע ודאי דלקחה בשטר אין להשטר קול על פלוני שלקחה רק סתם שלקחה אחד אבל לא נודע לו מי לקחה. ויותר מסתברים דברי הסמ"ע לעיל סי' קמ"ד ס"ק ד' דאף דשטר אית ליה קלא אין זה ודאי ששמעה המחזיק רק הואיל ועשה שלו ומיחה כדינו לא חייבו חכמים יותר ועל המחזיק לחקור ואם לא חקר אפסיד אנפשיה אבל מ"מ מגו לא אמרינן דאולי לא ברור לו כ"כ. ולכך אינו טוען כן ונכון ופשוט. ולדברי הש"ך יש לפקפק במ"ש התוספות דף ל"א ד"ה אבל התי' על קושית ריב"ם כמ"ש הטור וקשה מ"מ יאמן שבאמת אומר שאכל ז' שנים דאל"כ עדיין לא הואיל בטענתו לגבי מוכר דלא יהיה לו נגדו שנין חזקה דהא מיחה דלדעת הש"ך המחאה שמע וא"כ אם אין יודע בנפשו שהאמת שג"ש קודם ששמע המחאה החזיק אף המוכר יוציאנו מידו ול"ל דהא המוכר צריך למחות כל ג"ש ז"א דהא התוספות כתבו בדף ל"ט ע"ב בד"ה וצריך למחות דהך סוגיא לא ס"ל דצריך למחות כל ג"ש ועכצ"ל כסמ"ע דלא שמע כלל אפילו קול דברים וא"כ תושב אם יבא המוכר בזו ג' שנים אחרונים שהחזקתי לא יכול להוציאו מידו כי לא שמע מחאה כלל ודוק:

כג **נאמן במגו דאי בעי אמר מינך זבינתא** הרמב"ן בחדושיו וביותר במלחמותיו כתב כי יש לו מגו בדליכא עדים שהחזיק ששה שנים אבל בדאיכא עדים ל"ל מינך זבנתיה דהא אכל ביה מקדם שזבנה הך ולומר בתחילה לפירות ירדתי ואח"כ זבינתא ממך א"נ אא"כ יש לו מגו אבל במקום שאין לו מגו א"נ וכאן לית ליה מגו כלל. ואפשר וקרוב לודאי דהתו' וסייעתם אינם חולקים בדין זה דהא נקטו התוספות בלשונם אפילו לא מייתי סהדי רק דאכל ג' שנים יהא נאמן במגו ולא הקשו בפשיטות באכל שית דאמרינן בגמרא דלית ליה חזקה אמאי יהא נאמן במגו א"ו בכה"ג מודה התוספות לרמב"ן דלית להו מגו רק קושיתם אי לא מייתי סהדי כלל רק על ג"ש יהא נאמן במגו. ולמה הצריך הגמרא להביא עדים על אכילת ז' שנים. דדעת התוס' דלא כי"מ של רשב"ם רק כרשב"ם דצריך עדים על אכילת ז' שנים. וכן דייק המהרש"א דקושית התוספות בשם ריב"ם אינו על הגמרא דלמה בשית שנין אין לו חזקה דבזה י"ל כרמב"ן או כסברת הי"מ שאכתוב מקמן אך קושיתם למה צריך עדים על ז' שנים בהוחזק ג"ש בעדים יהא נאמן באמירתו על ז' שנין ולכך כתב מהרש"א דקושית התוספות לפירוש רשב"ם דלפירוש הי"מ באמת בישנן עדים על ג"ש נאמן באמירתו על ז' שנין ופשוט. והרב הש"ך בס"ק כ"א כתב דמהרש"א לא כיון האמת דקושית התוס' קאי גם לפירוש הי"מ ודבריו תמוהים דהא לשיטת הי"מ דפירשו דיש לו רק עדים על ג"ש רק אנן מהימנינן ליה על ז' שני' הא צריכין אנו לפרש איך אומרים וה"מ שבע אבל שש לא עכ"פ יהא נאמן במגו דקדם קנייתו לקניינו ואי ס"ל תי' התוספת א"כ איך נאמן על שבע. ועכצ"ל דס"ל להי"מ בשש הוי מגו במקו' חזקה דאנן סהדי במיחה בתוך ג"ש דמזהר בשטרא וא"כ כיון דאין לך מחאה גדולה משטר ה"ל להזהר והוי מגו במקום חזקה וזה פשוט. ולפי זה יאמר נא הש"ך מאי קשיא ליה לריב"ם לשיטתם ויפה כתב מהרש"א דאם טוען אכלתי שבע הא נאמן באמת ואם טוען שש הוי מגו במקום חזקה לשיטתם ודברי מהרש"א נכונים:

כד **מניחין אותם בידיהם על המתגבר** מסתברא דמ"ש בסעיף זה ובסעיף שלאחריו מיירי דעדים מעידים שראהו בשנה זו היו משתמשים בשדה זו אבותיו של ראובן ועדים אחרים מעידים שבשנה זו היה משתמשים בו אבותיו של שמעון והרי כאן עדות מוכחשת אבל עדיין יש ביד ראובן או שמעון לברר בעדים כי אחרי שנים הללו או' מקודם היו אבותיו דרים בו וא"כ אם יבואו עדים הללו הרי זוכה בשדה כי אין זה הכחשה מעדים הללו שמעידים על אכילת שנה ידוע. וא"כ כיון דאפשר לברורי הדר דינא כל דאלים גבר אבל אם עדים מעידים שמעולם דרו בו אבותיו של ראובן כמש"ל בסעיף כ"ד ע"ש ושמעון הביא ג"כ עדים מכחישים ואומרים שמעולם דרו בו אבות שמעון הרי דבר זה אי אפשר

להתברר דאם יבאו אלף עדים מעידים כראובן או כשמעון הרי כאן תרי מכחישים ותרי כאלף וכיון דא"א לברורי לא אמרינן כל דאלים גבר רק שודא או יחלוקו וכ"כ הרמב"ן. ואף דהטור. נראה דחולק ארמב"ן היינו דרמב"ן פוסק כן בסתמא במעידים של אבותיו ובזו שפיר י"ל דהוי מצי לברורי וכ"כ הנ"י בטעם הרשב"ם דס"ל כטור דמי שהדין עמו יחקור אחרי עדים להוכיח שקרם וכו' עכ"ל ואלו מעידים בפירוש על לעולם הלא א"א תו לברר עוד הן על קדימה והן על איחור ודוחק לומר הואיל וחד מהנך כיתות ודאי שקר העידו א"כ יש לברר שיהיה כת אחת מהן נפסל בגזלנותא בהזמה כי קושטא קאי שקרא לא קאי ויהיה זה מוחזק ע"י כת שניה כי דוחק לומר כן ובפרט כי לא נזכר סברא זו כלל ודוק:

כה **אם אפשר לפרש דברי המחזיק וכו'** הש"ך בס"ג כ"ג הקשה דהתוספות כתבו כן לשיטתם דס"ל דאם הלוקח טוען ברי שהמוכר דר בו יום אחד דנאמן כאלו יש עדים על דירת המוכר הואיל ויש מגו ללוקח וא"כ ה"ה ליורש אבל הטור דפסק לעיל סעיף י"ד וכן המחבר דלא מהני אמירתו אף דיש לו מגו רק צריך על זה עדים א"כ ה"ה ביורש וא"כ כאן דאין לו עדים דדרו בו אבותיו יום אחד מה מהני מגו שלו ואיך יהיה נאמן ובאמת לא היה צריך להאריך כי היה מקום לחלק בסברא בין לוקח דאפסיד אנפשיה בשעת לקיחתו דה"ל להעמיד עדים דדר בו המוכר יום אחד ואם ליתנהו לעדים לא ה"ל ללוקחו ובין יורש דממילא דמה ה"ל למעבד. ולא גרע ולא איתרע מגו שלו רק היה לו להביא דברי הטור אות י"ז ומחבר סעיף יו"ד דאף היורש צריך להביא ראיה על דירת מורישו יום אחד ולא נאמן בטענתו גרידא אף דיש לו מגו. אבל באמת הפרישה והסמ"ע בס"ק ס"ג דכי לא טענינן ללוקח ויורש עד שיביאו ראיה שדר המוריש יום אחד היינו בטוען המערער ברי שלא מכרתי כלל ובזו אין ספק מוציא ודאי עד שיהי' הדבר מבורר ע"י ובכה"ג איירי הך לעיל סעי' יו"ד וסעיף י"ד אבל בטוען שמא כי כל טענתו יודע אני שהיה של אבותי אבל בשביל זה לא יוכל לטעון ברי שלא דרו בו אבותיו של שממון יום אחד או שלקחהו הימנו וכיון דגם טענת המערער שמא ולהמחזיק יש לו מגו אף עפ"י דבורו בלי עדים טענין ליה ליורש. אפס הש"ך בס"ק כ"ה גם בזה חוכך דמה בכך ס"ס המערער טוען ברי שהיא של אבותיו. א"כ זה צריך ראיה שדרו בו אבותיו יום אחד אבל הדבר מוכרח בחידושי רמב"ן על הך פסקא אמר רבה מה לו לשקר וכו' דכתב ואם טענתם סתם (דהיינו דלא אמר בפירוש של אבותי מעולם) למהאינו נאמן כל טענת יורש כך הוא של אבותיו היה והוא אין יודע מאין באתה לידם שמא מאבותיו של זה. ותי' שהמעשה היה שזה טוען ברי שהיה של אבותיו וזה טוען ברי שהיה של אבותיו ולא דרו

בו אפילו אבותיו של זה חד יומא הלכך אי הוה אתא בטענת שמא לא טענינן ליה אנן כלום כו' עכ"ל הרי דהרמב"ן דהוא ס"ל דאינו נאמן במגו על דירת חד יום רק צריך עדים כנודע וכמ"ש הש"ך לעיל מ"מ בכאן הקשה דלמה לא יהיה נאמן כל טענת יורש כך הוא של אבותיו ואינו יודע איך הגיע להם ואף דאין להם עדים על דירת חד יום ועכצ"ל דהואיל בקושית ס"ד דהמערער טוען שמא טענינן ליה ולכך תירץ דמיירי דהמערער טוען ברי שלא דרו אבותיו אפילו חד יומא הלכך אי אתא בטענת שמא לא טענינן ליה כו' הרי דס"ל להדיא דברי הסמ"ע ותמהני מהש"ך שהעלים עיין מדברי הרמב"ן. אך לפ"ז צ"ל בטור דמיירי דהמערער לא טען היה של אבותיו מעולם אבל אם טען כן לא מהני לפרש דבריו כי לא טענינן ליה בשמא וכמ"ש הרמב"ן וצ"ע דה"ל לטור לפרש כן ואפשר עוד לפרש לפמש"ל בסעיף י"ד דלכך לא מהימן דדר בו יום אחד במגו דמינך זבנתי דה"ל מגו דהעזה דבמגו גרוע כזה לא אמרינן מגו דהעזה א"כ כאן ליכא מגו דהעזה דהרי יוכל לטעון מאבותיך לקחתי וא"כ אין כאן העזה כלל דאטו בכיפ' תליא ליה לאבותיו שלא יהיה רגע אחד זמן ליקח מהם קרקע. אם כן כיון דלא הוי מגו דהעזה נאמן וצ"ע. ויותר מסתבר לדינא עכ"פ כדעת הסמ"ע לחלק בין מערער טוען ברי או שמא כיון דכך מפורש בדברי רמב"ן. ומ"ש להשיג על דברי הטור במ"ש אם אמר לשון ירשתיה מאבותי דאין בלשון זה מובן שהיה של אבותיו מעולם אין דבריו כדאי לדחות דברי הטור ולשון המשנה הבא משום ירושה א"צ טענה משמע דטוען ירשתיה מאבי וקאמר אין צריך טענה הא ודאי יש למערער עדים שהיה של אבותיו דאם לא כן מה טיבו לטעון על זה המחזיק ואפי' אינו בא משום ירושה אין צריך טענה דלאו בעל דברים דידיה וע"כ דיש למערער עדי אבות ואם כן הוא אומר ירשתי מאבי הרי אומר דהוא שלו לעולם הרי הוכחש מעדים ואם כן צריך לפרש דבריו דכוונתו שלקחהו מאבותיו וא"כ הרי צריך טענה דהא אנן לא טענינן ליה. ואיך קתני המשנה סתמ' הבא משום ירושה דמשמע דטוען ירשתי' מאבי א"ו הנכון כדברי טור דבלשון כזה אינו במשמע לעולם וברור:

כו **שהוא מזויף** כתב הש"ך בס"ק כ"ו דגם הרי"ף מודה לדינא דבכה"ג מהני רק דפירשו אמנה משום דקשיא ליה שרחוק במציאות לקיים שטר מזויף אבל באמת מ"ש אמנה ומ"ש מזויף וכו' עכ"ל ושותא דמרן לא ידענא דהא הרי"ף כתב להדיא וקא מפרשי רבנן כו' כגון שער אמנה כו' אבל שטרא דזייפיה בציורה אפילו רבה מודה דחספא בעלמא הוא ולא אמרינן ביה מה לו לשקר עכ"ל ואם כדברי הש"ך מה צורך לרבה ומה אמרינן ביה מה לו לשקר הא אי אפשר לקיימו ופשיטא דאם יבא איש בשטר והלה טוען מזויף ואינו יכול לקיימו דאינו מועיל השטר וכל דין קיום לכך הוא לברר הזיוף ולכן דבריו

בלתי מובנים אמנם יש לדקדק קצת לדברי הרי"ף דטוען אמנה למה שטר חספא בעלמא הא באמת לדבריו נעשה מכירה בשטר א"כ לא היה אמנה כי נגמר הדבר מכירה בשטר בשלמא בזוזי שפיר י"ל דהא מודה דעל שטר זה לא הלוהו כלל רק על שטר אחר אבל זה השטר נשאר אמנה מתחילה ועד סוף ומה טיבו של הלואה בשטר אחר להך שטרא. אבל בקרקע כיון דנזכר בשטר שמכר לו שדה פלוני ואמת כי מתחילה היה אמנה בלי רצון ללוקחו אבל כיון דלבסוף לקחה א"כ הרי הוכשר השטר ובאמת קנאו ואין זה אלא שטר מוקדם דנכתב בניסן ובאמת קנאהו אח"כ זמן מה בתשרי והא הרי"ף ס"ל דמוקדם כשר לב"ח רק לא גובה משעבדי וא"כ הרי השטר כשר ולולי אחריות כותבים אפילו עשרה שטרות על שדה אחת ועוד הא אנו אין מאמינים לו דהיה לו שטר אחר וא"כ כיון דטוען דאותו שדה הנזכר בשטר קנאו אין זה רק שטר מוקדם ולמה הוא חספא בעלמא. וצ"ל כמש"ל בסי' מ"ג דבשטר ממכר ומתנה המוקדמים לכ"ע אפילו לב"ח פסולי' דהא יש כאן חשש קלקול לגבי ב"ח דכתב למכור השדה בניסן ולא מכר ובאייר מכרה לאחר וכשיתן השטר הזה ללוקח שלקחה באמת ממנו בתשרי יגבה ויטרוף השדה מיד הלוקח באייר באמרו קנייני קדמה לשלך מניסן וא"כ דיש חשש בגוף המכירה לכ"ע פסול לגבות מב"ח כמו בשטרי הלואה לגבי משעבדי ולכך הוי חספא בעלמא דפסול לגמרי לכ"ע ודוק:

סימן קמז

א **אין שומעין לו ואין משגיחין על ראיה שיביא כו'** לא הבנתי אם מביא ראיה דראובן גזלה מה יועיל שחתם על מכירה שמכרה ראובן לשמעון לו יהיה דמודה בפני עדים ובשטר דהוא של ראובן מ"מ אמרינן דהכל מחמת אונס דאי לאו דהודה הוי ממטי ליה כו' וגדולה מזו אמרינן דאם מכרה הנזלן והוא חזר ומכרה וחתם שטר ללוקח ואפילו שעבד לו נכסים הכל לאו כלום כדתנן לקח מסיקריקין וחזר ולקח מבעה"ב מקחו בטל דהכל מחמת אונס ורבים מהפוסקים דס"ל אפילו קבל אחריות וא"כ למה יהיה עדיף בחותם לעד על שטר מכירה מהגזלן הלא מחמת אונס צריך לעשות הכל ולו יהיה דכתב ללוקח שטר מכירה מיוחד בטל ומכ"ש בזה דלא חתם רק בעד ואין לומר הא דאמרינן כן גבי גזלן היינו שמפורסם לל בגזלן על שדה זו אבל בהביאו עדים שגזלה הימנו שדה זו אין בגדר אונס לומר שלא יהא הודאה כלום דא"כ מה דוחק' להרא"ש לחלק גבי הך עובדא דאתא ואמליכי ביה וכו' דאמר ליה השני נח לי וכו' דהקשה הרא"ש הא הודאה לגזלן לאו שמיה הודאה. ותי' דה"ל לומר לו בינו לבין עצמו ע"ש והא שם לא הוחזק

בגזלנותא רק הוא בירר בעדים דגזליה הימנו. א"ו דסוף כל סוף כיון דהוחזק בעדים לגזלן ה"ל הוא אנס ולא מהני הודאה וצ"ע:

ב **אפוטרופסין או ב"ד דזבני של יתומים בכה"ג לא אבדו זכותן שיש להם על השרה וכו'** עיין סמ"ע ס"ק ה' שהאריך דהרמ"א הוציא דין זה מהריב"ש סי' רמ"ד ושם איירי שיש להם חוב ולכך לא אבדו דכן הדין בכל אדם כמש"ל בס' קי"א ע"ש אבל אם יש להם טענה בגוף קרקע ודאי איבדו זכותם ולכך נדחק הסמ"ע בלשון בכה"ג דמשמע דאיירי כעובדא דלעיל. והאמת אתו דבתשובת הריב"ש הנ"ל הוא הדבר כמ"ש הסמ"ע איברא י"ל דכוונת הרמ"א בפנים אחרת והוא דאם ראובן גזל שדה משמעון ויש לשמעון שדה א' בצדה ומת שמעון ואפטרופסים וב"ד זבנו הך שדה לאחר ועשו הך שדה הגזולה סימן לאחר שהיא של ראובן מ"מ לא אבדו היתומים זכותם כי אין הודאת ב"ד או אפטרופסים שלהם מחייבת אותם להפסיד שלהם. ולתקוני שדרם כו' ולא איבדו זכותם שלהם פירש זכותן של יתומים. או יש לפרש דלפי מה דאמרינן ה"מ לאחר אבל לעצמו לא דאי לאו דעבדי הכי לאו הוי מזבן ליה והתו' גרסו זבין ליה ע"ש ולפ"ז באפטרופוס שמכר שדה יתומים לגזלן שגזל ממנו שדה במיצר יתומים וכתב בשטר דהוא במיצר שדה השייך לגזלן לא אבד האפטרופס בזה שעשהו סימן לגזלן חזקתו דכמו דבשלו דאמרינן אי לאו דעבדי הכי לא הוה זבין ליה וה"ה בשל יתומים דלא הוה זבין ואפטרופס עשה כל צד היותר טוב מה שהוא לטובת יתומים. וטובא קמ"ל הרמ"א בזה דאף דלא מכר משלו רק משל יתומים מ"מ אמרינן כן וקצת יש ראיה לזה מדברי הריב"ש בתשובה סי' רנ"ב דגבאי שהודה יכול לומר אלו לא הודיתי לא היה פורע לי מה שהוא חייב מחונ המגיע לו והוי כמו זבין לעצמו וא"כ מ"ש גבאי ומ"ש אפטרופס כן י"ל בפירוש דברי הרמ"א ולא יצאו דבריו אלו כלל מהריב"ש תשובת רמ"ד והמרשים טעה. ובאמת בד"מ לא הביא תשובת ריב"ש סי' רמ"ד כלל לכן נראה דמדמתי עצמו כתב כן רמ"א וכיון לא' משני פנים שכתבתי ודוק:

ג **חזרתי ולקחתי** הרמב"ם השמיט הך מימרא דר"י דאם טען חזרתי ולקחתי ממני ותמה הב"י למה השמיטו הרמב"ם ז"ל והרב הלח"מ תי' דמילתא דפשיטא היא דס"ל כפי' הרי"ף דמיירי דההחזיקו יתומים ג"ש ומורישם החזיק יום אחד ואם כן פשיטא דנאמן לקוח היא ולכך השמיטו, ובאמת צ"ל בגמרא לשיטת הרי"ף דמיירי בהחזיק ג"ש מה קמ"ל ר"י דאי טען ואמר לקוח היא בידי דנאמן פשיטא וכי עד השתא לא ידעינן דאם החזיק ג"ש וקטען לקחתי דנאמן הלא כל פ' חזקת הבתים היא מלא בכך דחזקה ג"ש מהני לטעון לקוח ונאמן. ועכצ"ל דמיירי דבא ראובן וערער באמרו ששמעון יושב בשדה

שגזולה היא ממנו ומביא עדים שגזלה והוציאו ב"ד ונתנו ברשות ראובן והחזיק בשדה ג"ש ואחר כך בא שמעון בשטר הלזו שהודה ראובן כי חתם בשטר שעשה סימן לאחר נאמן ראובן לומר שלקחה משמעון לאחר שעשהו סי' לאחר דהוי כהודאה וכ"כ הר"ן ע"ש ולכאורה קשה הא מתחילה בא בטענת גזלה וכל האומר גזלת ממני הרי מודה דלא לקחה הימנו דהא אמר גזל ממנו וא"כ לאחר שנתברר ע"י שטרו דעשהו סימן לאחר טוען חזרתי ולקחתי הרי הוחזק כפרן דהא כבר טען שדה זו בגזילה בידך ואיך יכול אחר כך לחזור ולטעון לקחתי ממך אבל ר"י הודיע לנו דין זה דאמת דהוא שכתב ראובן רק תלם אחד היה של שמעון רק שלקחה אח"כ ממנו אין זה בכלל טוען וחוזר וטוען דמה שאמר תחילה היה על כל השדה וזהו היה באמת גזולה ולא חש לדקדק מל תלם אחד ותלם ההוא באמת היה שלו רק חזר ולקחה וטובא קמ"ל ר"י בזה ולזה נתכוון הר"ן דפי' דמתחילה הוציאה המערער והיינו ודאי בטענת גזולה ולפ"ז חזר הקושי' על רמב"ם בהשמטתו דאם לאו מילתא דפשיטא לר"י איך הוא מילתא דפשיטא לדידן ותו' בב"ב דף ל' ד"ה לאו קמודית כתבו ג"כ דהחזיק בה וקמ"ל דס"ד דלא מהימן הואיל וערער קודם שני חזקה שהוא שלו ולא עביד אינש ללוקחו והיינו כמש"ל ונראה דרמב"ם מפרש דמיירי דהמערער היה מוחזק בה מאז ומקדם וכעת אשר בא זה בשטרו דעשה סי' לאחר והוא חתם בעד דזה הודאה דהא שלו חוזר וטען ראובן המערער חזרתי ולקחתי ממך לאחר הודאה כי החזיק בשדה אח"כ ג"כ ג"ש ולפירוש רשב"ם ב"ב דף ל"ט ע"ב גבי צריך למחות בכל ג"ש דעתו דלא כי"מ שפירש דלכך צריך למחות כל ג"ש דלא יטעון אחר המחאה חזרתי ולקחתי ממך דזה אינו דכיון דמעיקרא לא בא לידו בתורת מכירה שוב אינו נאמן אחר כך לומר החזקתי בה בתורת מכירה. ולפ"ז אף כאן דהא החזיק בה קודם שעשה סי' לאחר ואם כן הרי הודה אחר כך דלא נחית ביה כדין א"כ תו לא מצי למטעון אחר כך בתורת מכירה בא לידי כיון דמתחילה קודם שעשהו סימן נחית ביה שלא כדין. ולכך קמ"ל ר"י הואיל וכל שדה באמת הוא שלו כמאז:

(מכאן חסר חסר בעו"ה עד סימן קמ"ט ס"ק ח' וגם בסימן ק"נ חסר איזה שעיפים וכמה מילי מעליותא היה נאמרים בו וחבל על דאבדן)

סימן קמט

ח **עד שיאכל ג"ש רצופות אחר שהגדיל וכו'** הראב"ד השיג על זה וכתב דכן מוכח בגמרא אפילו אחר שהגדיל ג"ש גם כן לית ליה חזקה ועיין סמ"ע סעיף קטן כ"ז עיין שם. והש"ך כתב גם כן בסעיף קטן ט"ו דמפרק המפקיד מוכח כדעת הראב"ד והיינו כמו

שכתב הרא"ה לכתובת דדייקינן מדר"ה דאין מורידין קרוב לנכסי קטן הא אחר מורידין משום דאין מחזיקין בנכסי קטן ולדעת הרמב"ם עדיין איך מורידין ניחוש שיאכל ג"ש אחרי שיגדיל הקטן ויטעון שלקחה ע"ש ולדידי קשיא ביותר מה דפרכינן בכתובות דף י"ז ע"ב במוקמינן למשנה דאם יש עדים שהיה של אביו דאינו נאמן דהיינו דאכל ב' שנים בחיי אב ושנה בחיי בן דאל"כ פשיטא ופרכינן ר"ה משנה אתא לאשמעינן ומשני אפילו הגדיל קמ"ל ואלו הפי' כמ"ש רמב"ם דבהגדיל היינו רק שנה אחת ולא כל שני חזקה עדיין קשה דממשנה שמעינן ליה דע"כ הפי' דאכל ב' שנים בחיי אב ושנה אחת בחיי בן כשהגדיל אח"כ רק בעת מות אביו ס"ל קטן דאם היה קטן בעת אוכלו פשיטא ומה קמ"ל וכי ס"ד באוכלו בפני קטן יהיה חזקה מאן ימחה ומאן יערער. וכמו דלא נזכר דאין חזקה בפני חרש שוטה ומסברא ידעינן ליה דמאן ימחה וא"כ ה"ה קטן ומה קמ"ל המשנה וע"כ דמיירי דאכלה כשהוא גדול רק הואיל כאשר מת האב היה קטן לא היה ידע דימחה וא"כ מילתא דר"ה ידעינן ממשנה ומה קמ"ל ר"ה אפילו הגדיל א"ו כדברי ראב"ד וטובא קמ"ל אפי' אוכל כל ג"ש בגדלותו מ"מ לא הוי חזקה וזה לא ידעינן ממשנה. ולייישב הדבר אליבא דרמב"ם נ"ל דלכך נקט הרמב"ם בלשונו הך מילתא דר"ה דאכלה בפני קטן שנה ושתים ושנה אחד כשהגדיל ולא הזכיר כלל באכלה בפני אב שתים ואת"כ בפני בן כשהגדיל משום דקי"ל ולמכור בנכסי אביו עד שיהיה בן עשרים ולדעת הרמב"ם בכל ירושה דנפל לו אין יכול למכור עד שיהיה בן עשרים חוץ מתנה יכול ליתן ונתן הרמב"ם פרק כ"ט מהלכות מכירה הטעם שאינו שכיח ולא תקנו לאינו מצוי ע"ש. ולפ"ז הא דמורידין אחר לנכסי קטן היינו בנחלה שבא לו בירושה וזה ידוע לכל שנחלה זו בא מאבותיו וממורישו ולכך מורידין ולא חיישינן דיאכל ג"ש לאחר שהגדיל ויחזיק בו דמה יעטון מתנה זהו לא חיישינן דיטעון דהוא דבר שאינו מצוי ומחזק בשקרו אצל כל העם דמי יאמין שזה נתן לו שדה נחלת אבותיו במתנה וכבר אמרו דלא חששו לדבר שאינו מצוי ואף הוא לא יטעון כן ולא חששו לכך ואם יטעון לקחתי אינו מועיל דאינו יכול למכור בנכסי אביו עד שיהיה בן עשרים ולזה ודאי דלא חיישינן דיהיה ביד אפטרופס מיום הגיע לגדלותו עד ג"ש אחר היותו בן עשרים כי עשרה שנים שלימות לאחר גדלותו ודאי דלא ישהה השדה אצלו. ואין כאן חשש ולולי דברי ר"ה היה חושש דיחזיק שנה ושתיים או יותר בגדלות הבן ויטעון לקחתי מאביך. והראיה דלא מחית בי וא"כ לא שייך למכור בנכסי אביו אבל כיון דאמר ר"ה דזהו אינו טענה ואין כאן טענה רק ממך לקחתי וזהו אינו בנחלה הבאה לו מירושה ובזו מוקמינן אפטרופס ולמתנה לא חיישינן ולזה אפילו טוען מאביך לקחתי א"נ דלמה אמרינן דיהא נאמן במגו דנתת לי זהו לא שכיח

ומגו דלא שכיח לא אמרינן. ולקחתי א"א לטעון ולכך בזה בנחלה הבא לו מאביו אפילו הגדיל ואכל ג"ש א"נ לומר לקחתי מאביך כיון דלא מצי לטעון לקחתי ממך ולמתנה לא חששו דהוא דבר בלתי מצוי ולא יטעון כנ"ל. ולכך הרמב"ם לא הזכיר אביו דבזה אפילו אכלה ג"ש בחיי הבן וטוען לקחתי מאביך א"נ כיון דלית ליה מגו כנ"ל דלקחה במגו דמתנה לא ס"ל להרמב"ם כמ"ש ועיין בב"ח שכתב ג"כ דמדברי הרמב"ם קצת משמע דבטוען שלקחה מאביו אפילו הגדיל אינו נאמן ולא נתן טעם לדבר ולא נחית לחלק דנחלה של אביו אף הוא א"י למכור ולית ליה מיגו. והרמב"ם דכתב דיכול לטעון לקחתי היינו בנחלה שהוא שלו שהגיע לו במתנת ברי או שלקחוהו אפטרופס שלו במעותיו או גביה בחוב אביו וכדומה אבל בנחלה של אבותיו פשיטא דא"י למכור וא"י לטעון לקחתי ואף לקחתי מאביו לא נאמן ולמתנה לא חיישינן ולית ליה מגו כלל ודברי ר"ה נכונים. ושפיר אמרינן בכתובות דר"ה אפילו הגדיל קמ"ל דטובא קמ"ל דאפילו החזיק ג' שנים כשהגדיל בקרקע דירשה מאביו דבהכי איירי א"נ לומר שלקחה מאביו במגו דנתנם לו הבן במתנה דהוא לא שכיח שיתן נחלת אביו במתנה ומגו דלא שכיח לא אמרינן ודברי הרמב"ם נכונים. אחר זה ראיתי בתשובת מהרי"ט לח"מ סימן פ"ד דכתב בנכסים שבאים ליתומים מאביהם דאין המוחזק נאמן לומר מאלמנה שמכרה לכתובתה לקחתי במגו דלקחתי מיתומים דמנכסי אביו צריך עשרים שנה ע"ש שפלפל בדין זה להרא"ש ורמב"ם ולא כתב דיש להם מגו דנתנו לי יתומים במתנה דא"צ עשרים שנה אלא דזה ודאי מגו גרוע הוא לכ"ע וא"ש. ובזה אפשר ליישב מ"ש הטור דהרא"ש הסכים לראב"ד דמנין לו זה דבפסקים לא הזכיר הרא"ש כלל מהך פלוגתא רק העתיק לישנא דגמרא דאין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל אח"כ ולא זכר כלל פירושו דהגדיל אי כרמב"ם או כראב"ד ולפמ"ש ניחא דכל עצמו של הרמב"ם ליישב קושיא מגמרא בנוי על זה דלמכור בנכסי אביו צריך עשרים שנה ואלו הרא"ש חולק בזה כמבואר לקמן סימן רל"ה וס"ל דאם הוא יודע בטיב מו"מ תיכף מבן יג"ש יכול למכור וא"כ הדרא הקושיא לדוכתי וצ"ל דס"ל כראב"ד ודוק. שוב ראיתי תשובת הרא"ש כלל צ"ט דין ב' משמע להדיא כראב"ד דאפילו הגדיל והחזיק שנים רבות כנראה מתשובה ההוא ודוק. ואין להקשות לשיטת הרמב"ם וסייעתו למה אמרינן במשנה שדה זו של אביך וכו' וקמ"ל דאכלה בפני האב וכו' ולמה לא אמרינן בדידיה כקושית הגמרא שדה זו שלך היה ולקחתי ממך נאמן ואם יש עדים שהיה שלו אע"פ דאכלה שנה או שתים בגדלות ואף בקטנות דא"נ וקמ"ל דאין מחזיקין בנכסי קטן די"ל דזהו ודאי פשיטא אם אין כל אכילת ג"ש בגדלות דאין כאן חזקה דמה שאכל בקטנות כמאן דלא אכל דמי דמי ימחה

וזה פשוט רק באב הכי קמ"ל דאכל שני שנים בחיי אב ולאחר מותו אכל שנה בקטנות הבן ושנה בגדלות הבן דסוף כל סוף אכל ג"ש בגדלות ואף דשנה של קטנות הפסק בהו מה בכך הא גם בשנה זו אכל ונהי דאינו מועיל הואיל לא היה יכול למחות מ"מ לא יזיק דלא יהיה נקראת אכילת אינו רצופים דהא מ"מ אכל וא"כ ה"א דיש לו חזקה דהא אכל ג"ש בזמן דהיה יכול למחות וקמ"ל דמ"מ לא הוי חזקה הואיל ואכל במות האב כשהיה קטן לא ידע הבן כלל מאכילת השנים. בזמן אב ולכך לא מיחה כי חשב שאינו אוכל רק שנה אחד כנ"ל (וזהו הכל למסקנא דקמ"ל ר"ה אפילו הגדיל ולס"ד בלא"ה לק"מ דא"א למתני בדידיה כלל דהא ס"ד אם אכל שנה ג' בגדלות הוי חזקה ולפמ"ש לעיל י"ל כמ"ש אפילו בס"ד רק ר"ה קמ"ל כנ"ל אפילו בג' שנים בנחלת אבות כנ"ל) .

אך לפי דעת הראב"ד קשה לתני בדידיה דאם יש עדים שהיה שלו ואכל שנה בקטנות אפילו אכל כמה שנים בגדלות מ"מ לא הוי חזקה ולמה תנא ליה לגבי אביו וזהו רבותא טפי וצ"ל דבדידיה דאכל בקטנות ואח"כ גדלות אפילו כמה שנים אימת קטען דקנאו אי בקטנות מאן מכרה לו ואי בגדלות הרי מודה מעצמו דאכילת שנין קטנות לאו בתורת מקח קאכלן וא"כ הודה דירד לתוך הקרקע שלא בתורת מכר וא"כ אפילו בגדול גמור לדעת הרבה פוסקים לא הוה חזקה הואיל וירד לתוכה שלא בתורת מקח ועיין מש"ל בסימן קמ"ז ועיין מ"ש הסמ"ע בסימן ק"נ ע"ש. משא"כ בירד בה בחיי האב והחזיק בו לאחר מותו בקטנות היורש ואח"כ בגדלותו ג"ש וטוען דלקחו מאביו א"כ לדבריו הרי נחית לתוכו מתחילה בתורת מקח ולא ישב בה שעה אחת בלתי מקח וא"כ ה"א דיהיה נאמן הואיל והחזיק בו ג' שנים וקמ"ל המשנה דמ"מ א"נ דהואיל הבן היה קטן במות אביו לא ידע שהנחלה שייך לאביו וכדומה ואפילו אכלן בפניו שנים רבות אינו חזקה דאינו נותן ללב למחות כנ"ל ולק"מ והרא"ה סתם הדברים בכתובות עי' עליו ואולי כוון למ"ש כי דברים אלו נכונים בעצמותן וישרים הם. ומתוך דברים אלה מבואר דהסוברים כראב"ד אפילו טוען ממך לקחתי כשהגדיל א"נ וכמ"ש רש"י להדיא בב"מ פרק המפקיד וכמש"נ מתוך השגת הראב"ד על הרמב"ם דמיירי בטוען ממך לקחתי כי לא נזכר בדברי הרמב"ם כלל מאב שום דבר והא דנקט הטור וכן רש"י בכתובות בטוען מאביך לקחתי דא"נ רבותא היא דאפילו בטוען כן ולא הודה שישב בשדה שעה אחת שלא בתורת מקח א"נ ומכ"ש בהודה שישב מתחילה שלא בתורת מקח וכמ"ש דלכך קתני במשנה בשדה של אביך ולא בדידיה כקו' הגמרא ולכן דברי הב"ח דרש"י סותר דבריו בב"מ להך דכתובות ליתא דלמ"ש ניחא וגם דקדוקו מדברי טור הואיל ונקט שקנאו מאביו ליתא ואין לנו להרבות במחלוקת והרא"ש והראב"ד ורש"י אמרו דבר אחד. ולכן יפה כתב

הסמ"ע דלשיטה שניה שהיא של ראב"ד אפילו טוען לקחתי אחר כך ממך אינו נאמן והב"ח השיגו וכתב דלא כמהרו"ך ודבריו ליתא ואין בהם ממש:

ט **במגו שהיה טוען לא היה של אביך מעולם** וכתב הש"ך ס"ק י"ז אע"פ דה"ל מגו דהעזה וכ"כ התוס' בכמה דוכתי והיינו דס"ל לתוספת דהך טענה של אבי היה טוען היורש בברי אבל הך טענה דלא מכרה לך אבי טוען בשמא ולכך אם יטעון להד"ם יעיז וכשטוען לקחתי מאביך אינו מעיז והא דפריך בגמרא וליתני שדה זו שלך היה ולקחתי ממך היינו גם כן בכה"ג דטוען ברי ששלי היא השדה אבל אינו יודע אם מכרתי לך דנאמן המוציא במגו אבל אם אין לו מגו כגון שיש עדים אינו נאמן אף דזה טוען איני יודע אם מכרתי לך דהממע"ה וקרקע בחזקתו עומדת וכדתנן בשמעתין דהמחליף פרה בחמור ולקמן סימן רכ"ג הלוקח אומר שדה גדולה לקחתי והמוכר אומר א"י אין לו בגדול דהממע"ה וכן כאן וא"כ אף בכה"ג הוי מגו דהעזה ול"ל מגו דהעזה קמ"ל והגמרא דמשני אי דלא אחזוק פשיטא אף דא"י אם מכרה מה בכך כללא הוא הממע"ה זו מה שהיה נראה לי בישוב דברי הגמרא וכדי שלא יקשה נמי דה"ל לגמרא לומר הניחא לר' יוסף דס"ל אפילו מוחזק בקרקע לא אמרינן מגו להוציא (היינו לשיטת ריב"ם ויתר מחברים דלדעת ר"י אף ר"י ס"ל מגו להוציא רק התם טעמא משום דשיקר תחילה) וצ"ל דבמשנה דמודה ר"י דהוי מגו בשדה זו של אביך משום דהוי כברי ושמא ובזו אמרינן מגו להוציא כמ"ש הרא"ש ומרדכי בדיני מגו. (ובהכי מיישב קושית הב"ח דהקשה בגמרא דנתן טעם למה פליג ר"י ברישא ולא בסיפא ומשני כאן שור שחוט ולא משני דס"ל לר"י אף בברי ושמא לא אמרינן מגו להוציא ולכך ליה ליה לר"י מגו משא"כ בסיפא דמוחזק בקרקע. דא"כ יקשה לר' יוסף דס"ל אף בקרקע לא אמרינן מגו להוציא מה איכא למימר (וכן לרבה דס"ל דאמרי' מגו להוציא) ועכצ"ל דברי ושמא כ"ע מודים דאמרי' וגם קושית הש"ך לעיל בדיני מגו סימן פ"ב מיושב דהקשה למה לי טעם דברי ושמא הא נקיטא כתובה ובמקום שטר אמרינן מגו להוציא דעדיין הוה קשה מהך בבא שדה זו של אביך וכו' לר' יוסף דאף בקרקע ס"ל דהוי מגו להוציא וכאן ליכא שטרא ולכך תי' דבברי ושמא אמרינן לכ"ע וכאן הוי שמא. וגם מזה מיושב דהקשו התוס' דה"ל מגו דהעזה ולא תי' דכמו דטוען ברי שהיה של אביו כן יכיל לטעון ברי שלא מכר לך כי כך פקד שלא מכרו וכדומה. דא"כ יקשה לר' יוסף כנ"ל) וא"כ א"א למתני שדה זו שלך היה וכו' דלפמ"ש ניחא דגם בזה יכול להיות כברי ושמא וא"כ לכ"ע אמרינן מגו להוציא. אך התוס' בד"ה ולתני פירשו הדברים בברי וברי וצ"ל דס"ל דקושיא באמת רק לפי דקי"ל דהלכה כרבה בארעא. ולפירושם צ"ל דס"ל לגמרא דיותר רבותא דקמ"ל דאמרינן מגו בברי וברי אף

דהוה מגו להוציא לאפוקי מדר' יוסף דס"ל להדיא דלא אמרינן מגו מדקתני באביו וקמ"ל מגו דהעזה מה דלא מצינו ביה בגמרא שום חילק כלל וכ"ע מודים בזה משא"כ מגו להוציא. דמצינו בגמרא פלוגתא להדיא ורב יוסף דאתמר עליה רב תבואות פליג להדיא וא"כ הלא יש יותר רבותא בזה מרבותא במגו דהעזה דלית ביה פלוגתא בגמרא בשום דוכתא כלל ולק"מ:

ומה שהקשה הב"ח דמה מגו יש לו הא מגו גרוע הוא לדעת הרא"ש לטעון דלא היה של אביך מעולם דהוא אפשר להתברר כמ"ש הרא"ש לעיל גבי מפלוני זבנתי דל"ל מגו דלא היה שלך מעולם לק"מ דכבר כתבתי לעיל דהתם הוא סומך על דברי המוכר דבאמת לקח השדה מיד מערער ולכך אינו רוצה לטעון שקר שלא היה שלו כי זה יוכל להתברר משא"כ זה א"א להתברר שלא מכר אף דיעידו עדים דלא זז ידו כמ"ש הפלפלא חריפתא דהוא סובר אמת דמכרן וא"כ אם יבאו עדים ע"כ יעידו דמכרן לו דלא יעידו שקר כהנ"ל משא"כ כאן דהוא טוען לקחתי והוא יודע בשקרו א"כ אף זה יוכל להתברר כמו זה כמ"ש הפ"ח לעיל וא"כ מ"ש הך שקר מהך שקר ולק"מ:

י **מי שהחזיק** סעיף כ"א וסעיף כ"ב אכלה שני חזקה וכו' דברים אלו הם דברי הרמב"ם ולא הוסיף בהן המחבר דבר זולת מילת אלו בענין הקול שכתבנו בסמוך ותו לא מידי כי יתר הדברים הם דברי רמב"ם פי"ד מהלכות טוען והסמ"ע והש"ך האריכו ותמצית דבריהם בקצרה הוא זה דהסמ"ע מפרש דהקול שיצא שהיא של יתומים דקאמר הרמב"ם והמחבר דמגרע כח המחזיק ויוצאת הקרקע חנם אין כסף היינו בקול דיצא קודם ג"ש ולא לאח"כ ולזה נתכוון המחבר שהוסיף בענין הקול שכתבנו בסמוך דהיינו בסעיף הקודם דבעי שיצא הקול קודם שכלו שני חזקה. ובסעיף כ"ב דכ' דנאמן במגו דלקוח לומר דיש לו חוב על הקרקע היינו דלא יצא קול דאילו יצא קול אין לו מגו דלקוח כמ"ש המחבר בסי' ק"נ דנח לו לטעון טענה דאינו מכחיש להקול ע"ש זהו תמצית דברי הסמ"ע. והש"ך בס"ק י"ח וכן בס"ק כ"ב השיגו ושרש דבריו כמ"ש הסמ"ע בסעיף כ"א דמיירי דיצא קול קודם כלות שני חזקה ליתא דהא כאן לא החזיק כלל בחיי אב ג"ש רק לאחר מיתתו ואין מחזיקין בנכסי קטן רק כל טענתו במגו דלא היה של אביו מעולם וכשיש קול אזלא המגו וא"כ כל יומא זימנא לקול דהא אין כאן חזקה כלל. ויפה כתב ודברים פשוטים ואין צריך ראיה כלל ודברי הסמ"ע שגגה. גם מ"ש הסמ"ע דבסעיף כ"ב דמיירי דלא יצא קול כלל השיגו הש"ך דא"כ דביצא קול ג"כ א"נ לערבינהו ולכתבינהו בחד בבא הן דיש לו מגו דלא היה של אביו מעולם והן דיש לו מגו דאכל לשני חזקה בחיי אב דא"נ ביצא קול ואם כי קושיא זו לשיטת הש"ך דגורס בסעיף כ"א וה"ז גובה בשבועה

במקום שבחה יש ליישב דא"א לכלול בחד בבא דכאן בלא החזיק צריך שבועה משא"כ בהחזיק א"צ שבועה מ"מ הדברים בעצמן כמ"ש הראב"ד והמ"מ מורים להדיא דבסיפא אפילו יצא קול דעיקר דברי רמב"ם בנוי' על שיטת רבו ר"י הלוי ז"ל דפי' הך מילתא דרבה בר משרשום דלא היה נודע שהקרקע שייך למורישו של יתומים שהחזיק בו ובא בטענת מגו דלהד"ם ואלו ס"ל לרמב"ם כהסמ"ע מה דוחקא בזה ולא פירש כפשוטה כמ"ש כל מפורשים דהחזיק בחיי אב ג"ש כי אכל במשכנתא והיה לו מגו דלקוח ומ"מ הואיל והיה הקול לא מהימן ולכן ברור דלא כסמ"ע. והש"ך פירש דהקול שיצא לא היה רק שהיה של אבי יתומים מתחילה ולא שהיא שייך עוד ליתומים והיא במשכנתא אצל המחזיק הזה וכן פירש הרמב"ם דכן היה הקול גבי רבה בר משרשום ובזה הקול דיבר הרמב"ם והמחבר ולכך בלי החזיק בחיי האב רק יש לו מגו דלא היה של אביך מעולם אלו טען באמת כן היה נאמן דמה בכך דיש קול בשביל קול לא נוציא זה מהשדה שיושב בו. רק טען חוב היה לי במגו דלקוח ולא היה של אביכם מעולם מגו לא אמרינן דאינו נח לו לטעון דבר להכחיש הקול וכמ"ש לקמן בסימן ק"נ גבי משכנתא ולכך א"נ אבל בהחזיק ג"ש דבזה ודאי יכול לטעון לקוח ואין כאן הכחשה לקול וגם חוב יש לי עליו יכול לטעון ושניהם אינם מכחישים הקול דמה בכך דהקול הוא שהיה מתחילה של אבי היתומים וכי בשביל זה לא יתכן שלקחו מאביהם אח"כ ומכ"ש דיתכן דהשכינו אצלו ולכן נאמן במגו דלקוח דבזה לא יכחיש הקול. ולקמן בסי' ק"ן מיירי דהקול יוצא להדיא דקרקע זו ממושכן ביד פלוני מאבי היתומים וא"כ אם יטעון לקוח יכחיש הקול לכך לא אמרינן דיש לו מגו דלקוח דנח לו לטעון דהיא משכונא גבי' דמסכים לקול וא"ש זהו תמצית דבריו. ודברים אלו הם ראוים לאמרן ונכונים הם בסברא איברא דסותרים לדברי הטור דכתב דהרמב"ם מסכים לדברי רשב"ם דס"ל דאם יצא קול א"י לטעון לקוח אפילו החזיק שני חזקה ולפי מ"ש הש"ך אין מדברי רמב"ם הכרע לשום דיעה אם לדעת התוס' או לדעת הרשב"ם דהא הרמב"ם מיירי באופן דאין הקול מכחיש כלל להך טענה דלקוח. ולכן נראה דס"ל לטור בדברי רמב"ם דבאמת יצא קול להכחיש חזקתו דהקול יצא שהיא של יתומים ולא שהיה של אבי יתומים מתחילה כנראה מלישנא דרמב"ם שהיה של יתומים וכן בגמרא דנפק קלא דארעא דיתמי היא וזהו אינו במשמע כמ"ש הש"ך רק ס"ל דבאמת קול לא אלים לבטל החזקה כיון דהחזיק ג"ש ולכך באין לו חזקה רק מכח מגו דלהד"ם בזו קול מבטל אבל בהחזיק ג"ש דאלים החזקה אין קול מבטלו. וזהו דס"ל להטור בדעת הרמב"ם ובזו יליף הטור דא"כ דכל טעם הרמב"ם דלא אלים הקול לבטל החזקה התינח אם כבר החזיק קודם שיצא הקול א"כ אלים החזקה אבל

אם הקול קודם שהחזיק א"כ איך שייך דלא אלים הקול לבטל החזקה הא הקול קודמת וע"י הקול לא הוי חזקה ואם הקול אלים לבטל מגו דלהד"ם איך לא יהיה אלים לבטל שלא יהיה לו חזקה ויהיה כמו מחאה והדבר נלמד מק"ו. ולכן כתב הטור דהרמב"ם ס"ל כרשב"ם והיינו כמ"ש רבינו יונה דאם יצא הקול בתוך ג"ש וזהו נלמוד במכ"ש דאם קול מבטל מגו דלהד"ם ומכ"ש דמבטל החזקה דיהיה כמו מחאה וא"ש דברי הטור. וזהו היה ברור דעת הב"י דלא הרגיש כלל בזה דדברי הרמב"ם לכאורה סותרים דברי הרשב"ם ובכ"מ הביא עליה דברי רמב"ם דברי הטור הנ"ל מבלי זכר דיש כאן תיוהא וברור דכיון לפמ"ש דניחא:

ולפ"ז חוזרני לקושית הסמ"ע דהא אין כאן מגו באכלה שני חזקה דחייב לו דנח לו לטעון מבלי התנגד לקול ולכן נראה היפוך דברי הש"ך והוא דהקול יוצא שהקרקע של יתומים היינו דאין חייב עליו כלום ואינו במשכנתא כלל רק הוא בהחלט של יתומים וכן היה בעובדא דרבה במ"ש דנפק עליה קלא דקא אכל ארעא דיתמי ואילו היה הקול דהוא במשכנתא אצלו לא היה הקול יוצא דאוכל שלא כדין בשל יתומים כי מי חשב אם שלמו ימי משכנתא רק הקול יוצא דכשלא כדין אוכל בשל יתומים כמבואר בגמרא דקאכל ארעא דיתמי וא"כ כל טענות שטוען הן לקוחה היא בידי והן משכנתא בידי מכחיש להקול דהקול יוצא דאוכל בשל יתומים שלא כדין וא"כ שפיר יש לו מגו דלקוח ואי דיכחיש להקול אף השתא דטוען יש לי חוב מכחיש לקול וא"כ כיון דמוחזק בקרקע ג"ש לא משגיחין בקול ויש לו נאמנות וא"ש. וע"כ צ"ל דס"ל לטור דהך קלא דכתב הרמב"ם הוא דאפילו חוב א"י לומר דיש לו עליו אם יסכים דבריו לקול דאל"כ מנין לטור דס"ל לרמב"ם כרשב"ם דהקול הוי כמחאה והא דכתב דא"נ במגו דלהד"ם הוא דעת התוס' דאין אומרים מגו למכחשי קלא אבל בשביל זה אינו מוכרח דהוי כמו מחאה דהא התוס' ס"ל כך מגו לא אמרינן להכחיש הקול ומ"מ כמו מחאה לא הוה. ועכצ"ל כמ"ש דהך קלא שכתב הרמב"ם שהשדה של יתומים הוא מכחיש גם כן טענתו באומרו שממושכן בידו דהוא קלא הנזכר בגמרא וא"כ ל"ל טעם הואיל ולא הוחזק אלים הקול לבטל טענתו ואפילו היה טוען להד"מ לא היה נאמן ודלא כש"ך בס"ק כ"ב וא"כ כ"ש דאלים הקול להיות כמו מחאה ודברי הטור והב"י מוכרחים וא"כ גם קושית הסמ"ע מיושב דלקמן בסימן ק"ן הקול יוצא דהקרקע אצלו במשכנתא וא"כ שפיר אמרינן דאינו נח לו לטעון טענה נגד הקול דקול דמשכנתא אינו מכחישו כשטען משכנתא היא אצלי אבל כאן מיירי בקול כנזכר בגמרא דקאכיל ארעא דיתמי שלא כדין ובזו נאמן במגו דסוף כל סוף מכחיש להקול. והנה נראה דהקול צריך להיות בחיי אב אבל אם רק במותו יצא קול לא

מיקרי קלא דצריך קלא דיש בו ממש גמור כמ"ש מהרי"ט בתשובה ולזו אפשר דנתכוון המחבר דהוסיף בלשונו מילת בענין הקול שכתבנו דהיינו שכתב בסעיף הקודם דיצא הקול בחיי אב. וגם כאן צריך להיות בחיי אב. ובזה ארווח לן דקשיא לן לשיטת הרמב"ם ותוס' דס"ל דלקוח נאמן נגד הקול רק מגו לית ליה א"כ הא דקתני בפ"ב דכתובות אם יש עדים שהיה של אביו א"נ לאשמעינן רבותא טפי דאפילו ביצא קול גרידא שהוא של אביו דאלו היה טוען להד"ם לא היה של אביו היה נאמן דנאמן להכחיש קלא ומ"מ אם אמר לקחתי הימנו א"נ דלא הוה מגו ונלמוד במכ"ש ביש עדים דאפילו להד"ם אינו נאמן דהרי עדים מכחישים ומכ"ש דא"נ לקוח. ולפי הנ"ל ניחא דהא דקתני אם יש עדים אינו נאמן אוקמינן דקמ"ל אפילו אכלה שתים בחיי אב ואחת בפני בן דאין מחזיקין בנכסי קטן ואלו קתני אם יש קול ה"א דלעולם יש חזקה בנכסי קטן וכאן ליכא חזקה דע"כ יצא הקול בחיי אב דזולת זה לא שמיה קלא כמש"ל וא"כ הוי אמינא כסברת האומרים דקול הוי מחאה ולכך לית ליה חזקה ולכך קתני דיש עדים ולא קלא ומ"מ אמר דלא הוי חזקה ש"מ דאין מחזיקין בנכסי קטן. ומזה קושיא לדברי הש"ך לעיל דמזה מוכח דסתם קול דהוא של פלוני היינו שהוא עוד של פלוני דאי כדברי הש"ך דאף דיצא קול דהוא של פלוני מ"מ אין זהו מכחיש לומר לקוח דהיה של פלוני רק לקחו רק להד"ם א"י לטעון א"כ קושיא הנ"ל במקומו דלתני ואם יש קול דהיה של אביו ומ"מ שמעינן דחזקה לא מהני בפני קטן דל"ל דקול הוי מחאה דהא אין הקול מכחיש טענת לקוח לדברי הש"ך די"ל היה של אביו ומ"מ לקחו וקושיא זו במקומו עומד וי"ל ודוק:

יא **ותשלום השלשה ביד בנו אחר שהגדיל אין מוציאין אותו מידו וכו'** תמהני על המחבר שסתם הדברים פה כאלו אין מחלוקת בדבר ודברים אלו הם אמורים בטור בשם ר"י אברצלוני אבל הלא רבים מפוסקים חולקים וכמעט שהר"י ברצלוני יחיד לגבם כי כבר כתב המ"מ בפי"ג מהלכות טוען כי דעת הרמב"ן ורשב"א דאפילו קטן יכול להחזיק דה"ל למערער ולמחות והרמב"ם כפי מ"ש המ"מ לדעתו הכריע דאם החזקה מכחו לא מהני אבל אם כבר החזיק אב שנתיים והבן שנה אף דהוא קטן חזקתו חזקה ולכך סתם הדברים וכתב בפי"ב אכלה האב שנתיים והבן שנה דהוי חזקה ולא חילק אם הבן גדול או קטן וא"כ כיון דהרמב"ם ורמב"ן ורשב"א כולהו ס"ל דאם החזיק בפני אב שתיי' הוי חזקה בהחזיק הבן שנה ג' אפילו היותו קטן איך פסק פה נגד דבריהם ומכ"ש דהקטן מוחזק בשדה ויכול לומר קים לי כהנך רבוותא גדולים המורים עמודי ההוראה עליהם נסמוך וצע"ג. והטור בסימן זה אות כ"א הכריע כרמב"ם ודלא כרמב"ן אבל אף נגד הכרעת רמב"ם עצמו צ"ע להוציא מיד המוחזק ומ"מ נראה דאפשר דאם אכל אביו

שנתיים ובמותו אכלה הבן שנה שהיה קטן בן י"ב שנה ואח"כ שנה כשהגדיל ונעשה בן י"ג דהוי חזקה דאף דלא הוי רצופין מ"מ מה בכך הא אכלן ג' שנים בגדלות והיה לו למחות ולא שייך לאו בר מחאה נינהו דאף אמרינן דשנה שאכל הקטן אין מצטרפת מ"מ ודאי שאינה מפסקת דהא על כל פנים אכל הקטן בשנה ההוא ויש כאן אכילת רצופים. וזהו נראה דדייק הלשון של הטור והמחבר דנקט והשלים השנה הג' ביד בנו אחר שהגדיל ולא נקט ביד בנו הגדול. אלא ודאי להורות לנו דאם השלים שנה הג' אחר שהגדיל אף שלא היה תיכף ובהכי ניחא דכפל הדברים אף דכתבו לעיל בסימן קמ"ד דאכילת הבן נצטרף לאכילת האב. דטובא קמ"ל דאף דלא היה תיכף גדול מ"מ אינו מפסקת כמש"ל דעכ"פ החזיק בו בשנה ההוא ג"כ וא"ש:

יב **י"א דהוי חזקה** לשיטה זו צ"ל אם האפוטרופס מכחיש ואמר לא מכרתי חייב לשלם ליתומים דמי השדה שהחזיק זה דאין לך פושע ומזיק גדול ששתק והניח להחזיק בשל יתומים דאל"כ קשה במה דאמרו ש"מ מדר"ה דאמר אין מורידין קרוב לנכסי יתומים הא אחר מורידין ש"מ דאין מחזיקין בנכסי קטן ולכך מורידין אחר וקשה עדיין יש חשש דאם האחר נותן עיין בשל יתומים דיניח לאחר להחזיק בשל יתומים ויהיה לו חזקה הואיל ולא מיחה האפוטרופס והוא יעשה קנוניא עם האחר ההוא אלא צריך לומר דא"כ חייב לשלם ליתומים ולא ירוויח בזה כלום דהוא יהיה משלם הפסד יתומים ופשוט:

יג **האומנים וכו'** עיין ב"י שכתב שהטור ורמב"ם מפרשי משנה דהאומנין דאין להם חזקה דאקרקע קאי ולא בשאר דברים דלענין קרקע מיתני' ועיין בחדושי רמב"ן דכתב ג"כ דעיקר משנה לענין קרקע נשני'. ויש לדקדק דא"כ מה פריך בגמרא ארבה דקאמר ל"ש אלא שמסרו בעדים דקתני אומן אין לו חזקה הא אחר שיש לו חזקה ואי דאיכא עדים אמאי יש לו חזקה דמה פריך הא במשנה בקרקע איירי דהחזיק בו ג"ש ובאומן אין לו חזקה הא אחר יש לו דודאי בקרקע לא יצטרך רבה עדים דהכל יודעים דקרקע של מערער וכל טעמא של רבה משום מגו דלקחו מאחר כמ"ש הרשב"ם ותו' וזהו לא שייך בקרקע דאף אחר אין לו חזקה כ"ז שלא החזיק ג"ש ומודה רבה דאומן אין לו חזקה הא אחר יש לו חזקה ג"ש ואפשר לומר דמגו דנקט לאו דוקא ולרבה בעי ג"כ בקרקע שידעו העדים שבתורת אומנות ירד לתוך קרקע לתקנו אבל באין כאן עדים והמערער אומר לתקן ירדת והוא אומר לקחתי נאמן ולכך פריך הגמרא א"ה אחר נמי והיינו כדעת האומרים דאם יש עדים שירד בקרבה שלא בתורת מכר שוב אין נאמן לומר לקחתי והוא דעת הרשב"ם ורמב"ם דלא כרז"ה וסייעתו ובהכי ניחא דלא מסיים בה אי דאיכא עדים וראה דהא תרתי בעינן ועיין שם תו' ורמב"ן דעמדו בזה ור"ת רצה לחדש מהך דיוקא דין

חדש אשר לא הסכימו עמו חכמי הדור ע"ש. ולפ"ז ניחא דאמשנה קאי והמשנה איירי בקרקע וא"כ א"צ לעדי ראה דהרי קרקע לפניך רק עדים אי ירד לתוכו בתורת אומנות וכדומה או בתורת מקח. ולכך אפשר הרשב"ם דפי' דלכך בעי רבה עדי מסירה דלולי כן יש לו מגו דלקחו מאחר וזהו לא שייך בקרקע קשי' ליה קושיא הנ"ל מה פריך מ"ש אומן ממשנה. ולכך פירש הוא דאומן אין פירושו בקרקע כלל רק במטלטלין כמ"ש להדיא וכתבו הרב ב"י בשמו ע"ש ושפיר פריך הגמרא ואזיל לשיטתו. מיהו אפשר לדחוק ולומר דלא ממשנה לחודא פריך דבקרקע איירי רק סמיך אברייתא דקתני ראה טליתו ביד כובס וכו' דדוקא כובס הא אחר יש לו חזקה. אלא דזה סותר לדברי הרמב"ן דפירש דהקושיא הא אחר יש לו חזקה קאי אף על הס"ד דרבה דבעדים בלי ראה סגי ולכך לא הזכיר בלשונו ראה ולהס"ד לא ידע מהך ברייתא דכובס דהא מהך קהדר ביה ומצריך ראה. וממ"ש לעיל נלמוד למסקנא דלא קי"ל כרבה דמפלגינן בין אומן לאחר אפילו אם אין עדים שירד לתוכו בתורת אומנות מ"מ אין לו חזקה דטענינן דירד לתוך השדה בתורת אומנות אבל צריך המערער להביא מדים שהיה שלו מתחילה דאל"כ אף שהאומן מודה לו נאמן במגו דלא היה שלך מעולם כמו טלית בדליכא עדים וראה ופשוט:

יד **בין על שאר נכסים וכו'** נראה דמיירי דידוע דהיה אפטרופס על שאר נכסים אבל אם היה על שדה זו שהחזיק בו ג"כ אפטרופס בלתי נודע ולכך פסק דמ"מ אין לו חזקה דטענין מסתמא גם על זה היה אפטרופס ולכך לא מיחה אבל אם ידוע בבירור שלא נתמנה על שדה זו אפטרופס מהיכי תיתי שלא יועיל חזקתו בשדה זו שלא נתמנה עליה וכי בשביל שהוא אפטרופס על שארי שדות ובפרט הרמב"ן נתן טעם דלכך אין להם חזקה דירדו ברשות ואי בבירור לא נתמנה על שדה זו מה ברשות יש כאן הא לא הרשהו על שדה זו ולכך ברור דכך כוונת הרמב"ן כמ"ש וכ"נ מדברי הפרישה ע"ש. וא"כ הוא יש לרמב"ם ראיה דאל"כ הא דקתני אפוטרופסים אין להם חזקה פשיטא בשלמא אומנים וכדומה כבר כתבנו אעפ"י שלא ידענו שירד לתוך השדה באומומנות מ"מ הואיל והוא אומן אין לו חזקה דאמרינן מסתמא נחית לתוך השדה לאומנות אבל כאן בממ"נ אם לא ידעינן דנחית לשדה לאפטרופס מה"ת לטעון דהוא אפוטופס ובטלת כל חזקה שבעולם ואי דידעינן דנחית לתוך שדה באפטרופסים פשיטא דאין לו חזקה דהא יש עדים שלא לקחה ומה קמ"ל והיינו קושי' הגמ' גבי אומן מ"ש אומן אחר נמי. וע"כ צ"ל כמ"ש דידוע דהוא אפטרופס על קצת שדותיו אבל לא נודע אם הוא ג"כ על שדה זו אמרינן הואיל והוחזק לאפוטרפס גם על שדה זו היה אפוטרפס והוי כמו אומן. וזה ברור ולכן לענ"ד אין כאן מחלוקת כלל. וגם הטור מודה לדין זה. ולכן כתב ונראה מדברי רמב"ם ודוק:

טו **בין שמינהו ב"ד וכו'** המ"מ כתב דבפרק המפקיד מתבאר דמינהו ב"ד אין לו חזקה ואפילו הגדיל הקטן ועיין לח"מ שעמד בזה דברור דנתכוון במה שאמרו ש"מ מדר"ה אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל ואי משם אין כאן ראיה לאפטרופס דבכל אדם אמרינן דאין לו חזקה בנכסי קטן וע"ש מ"ש בזה. ונראה ברור דנתכוין לדעת התו' דהקשו מה איריא מדר"ה דאמר אין מורידין קרוב הא אחר מורידין ולא חיישינן דיחזיק בשל קטן שמע מינה אין מחזיקין הא כמה משניות יש דממנין אפטרופס ליתומים. וס"ל להמ"מ בישוב קושיא זו דלולי דבריהם היינו אומרים דמעשה בית דין יש לו קול ולכך בית דין שממרין אפוטרופס יש לו קול ואין בו שכחה ולכך א"א להאמין דהא אפטרופס אין לו חזקה אפילו יגדילו היתומים. ולשמא ישתקע וישכח שהוקם בב"ד לאפטרופס לא חיישינן דמעשה בית דין אלים קלא ואין בו מהשכחה אבל ר"ה דאמר אין ב"ד מורידין קרוב שמא יחזיק בנכסי קטן אעפ"י דב"ד מורידין אותו בתורת אריס ויש לו קול דברשות ב"ד נחית באריסות ואפטרופסי לתוך שדה ואיך אפשר להחזיק ועכצ"ל כמ"ש הרמב"ם בהלכות נחלות פ"ח דין ב' דבאריכות הימים יבא הדבר לידי שכחה וא"כ הדר הדבר לדוכתא אף באפטרופס נחוש דיבא לידי שכחה שהוקם לאפטרופס ומזה ש"מ דאף אינש דעלמא זולת אפוטרופס אין מחזיקין בנכסי קטון ודברי הגמרא שפיר. ולזה ברור שנתכוון המ"מ בדברי הרמב"ם ולק"מ מכל קושי' הלח"מ ע"ש ופשוט:

טז **עברו אפוטרפסים וכו'** לא הבנתי דבר זה דאם איירי שידוע שמסר כל אשר תחת ידו באפטרופס ליתומים פשיטא דיש לו חזקה אח"כ ואי מיירי דלא ידוע רק שכלה זמן אפטרופס' שלו א"כ איך אמרינן בסעיף הקודם דאפטרופס שמינהו ב"ד אין לו חזקה אפילו הגדילו היתומים. הא הב"ד לא מינהו רק כל זמן היותם קטנים דאפטרופס לדיקני לא מוקמינן וא"כ כשהגיע זמן גדלות הריעברו מאפטרופס' שלהם ולמה לא יחזיקו אחר כך. ולכן נראה דמיירי דידוע דמקצת שדות מסר ליתומים כי כבר חלף זמן אפטרופס' שלו ובשדה זו לא ידענו אם גם זו מסרו ליתומים או לא והחזיק בו ג"ש יש לו חזקה דאמרינן אלו היה של יתומים גם זה היה מוסר ליתומים ולא היו יתומים שותקים מבלי מחאה אבל אם לא נודע שסילקו ליתומים ממה שתחת ידם בשארי שדות אף שכבר עבר זמן מנוי אפטרופס מ"מ אין להם חזק' כהך דלעיל במינהו ב"ד וצ"ע:

יז **ודוקא שיש לגזברי' חלק באותו הקדש וכו'** דלא יפסידו העניים וכו' הסמ"ע בס"ק מ"ח תלה הך בהא דלעיל סכ"ד אם מחזיקין בשל יתומים דיש להם אפטרופסים ולכך מחבר דס"ל לעיל דהרי חזקה סתם כאן דאין צריך לגזברים להיות חלק בו ובאמת לא מצינו לרשב"א דס"ל ביש אפטרופסים דאין לו חזקה ומ"ש בשם תשובת רשב"א סי'

תרמ"ב דכתב הך לישנא דלא יפסידו עניים מפני שלא מיחה גזבר אין ראיה כלל דהתם בנדון תשובה לא היה טוען דלקחה מהגזבר רק טוען דהיה לו במכירה קודם שהקדישה המקדיש וע"ז כתב שפיר הרשב"א לכולי עלמא דאין כאן בשתיקת הגזבר חזקה וכן הדין ביתומים אם טוען שלקחה מאבי יתומים קטנים אין מחזיקין בנכסיהם של קטנים אפינו ביש להם אפטרופס כי לא אמרו חזקה אלא בטוען שלקחו מאפטרופס אבל לא שלקחה מאבי יתומים. ובאמת יש לחלק בין הך דלעיל באפטרופס וכאן בגזברים דאף למ"ד דגבי אפטרופס אין לו חזקה התם הוא דאמרינן היה לו להזהר בשטרו עד שיגדילו היתומים. וכמ"ש הסמ"ע לעיל אבל כאן וכי לעולם יזהר בשטרו דתמיד ההקדש אין לו בעלים מיוחדים רק המה תחת יד הגזברים. וכן י"ל להיפוך דאף למ"ד דמחזיקין בשל אפטרופסים כאן אין מחזיקין מטעם שכתב הטור דאף דיש לז' טובי העיר רשות למכור אלו מכרו היה לו קול וכן הדבר בגזברים על הקדש דמ"ש בגזברים ומ"ש ז' טובי העיר כי דוחק לחלק בינייהו בענין קלא ולכן נראה דמצריך הרמ"א דיהיה לגזברים חלק בו לדברי הכל. ולא במחלוקת שנויה כדעת הסמ"ע. אבל יהיה הטעם איך שיהיה לא הבנתי מה יועיל דיש לגזברים חלק בו וכי בשביל דהחזיק בחלק גזברים יחזיק בחלק עניים ולא יהיה אלא שותפין אף דהחזיק בחלק שותף א' שלא מיחה לא החזיק בחלק שותף השני שלא היה במדינה עמו למחות כמבואר לעיל סעיף א' בהג"ה ע"ש בשם תשובת הרא"ש. ואף זה כמוהו דעניים הוי כמו שאינם במדינה ומי ימחה ואי אמרינן דסמכו דעתם על הגזברים כמו יתומים על אפטרופסים אף דלית להו חלק יחזיק דמ"ש. ובאמת לולי דברי הרמ"א הייתי אומר דהא דמצריך הרשב"א בתשוב' שהבי' הב"י שיהיה לגזברי' חלק בו כנר' מהתשוב' היינו משו' דאל"כ בממ"נ נשאל לגזברי' אם יודו פשיטא דיש לו חזקה כמ"ש הטור ואם יכפרו הרי הם עדים דגזבר כל זמן שאין לו הנאה בהקדש יוכל להעיד ואין מחשבין עם הגזברים וא"כ יוכל לומר קבלתי מעות והוצאתי בהקדש וא"צ שבועה. וא"כ הרי הן עדים כמ"ש הן עדיו והן שלוחיו וכן צ"ל בטור דכתב גבי ז' טובי עיר אם אומר דלקח מהן אם יודו יש לו חזקה ואם טען שהלכו להן וכו' ולא כתב דאם מכחיש לז' טובי עיר מה דינו אלא דזה ברור דנאמנים להעיד כיון דאין להם חלק בהקדש וכן הגזברים. ואם יטעון הלכו להן וכו' הא כבר כתב הטור דזה טענה קלישא ואין שומעין לו. ולכך כתב רשב"א הואיל ויש להם חלק וא"כ אינ' בכלל עדים כמ"ש הרשב"א בתשובה סימן תרמ"ב וא"כ שפיר יוכל לטעון לקחתי מכם ועדותן שלא מכרו אינו כלום. איברא דלשון הרמ"א אינו מורה על זה וצ"ל דס"ל לרמ"א הואיל ובלא"ה הך מילתא דכתב הטור דאם מכרו קלא אית ליה טענה קלישא היא עד שגם מדברי הטור

נראה דלא סמך עליה לבד ועשה לו סניף דאפשר דירד לטובת עניים ע"ש. ולכך כשיש רגלים לדבר שלקח הואיל ולגזברים חלק בו ולא הוי שתקו בשלהם אמרינן מסתמא מכר כן י"ל בדברי הרמ"א. וכ"כ הכה"ג בשם רבו מהרי"ט ע"ש:

יח **המחזיק בשל קהל י"א דלא הוי חזקה** עיין ב"ח דכתב דאף דמה שמדמה האגודה להנך דבי ריש גלותא דלא מחזיקין בהו לא דמי מ"מ בלא"ה אין כאן חזקה דאין מחזיקין בשל רבים כמו בה"כ וכדומה. והנה באמת לענ"ד דין זה במחלוקת הפוסקים דדעת הרשב"א בתשובה כפי שהביאו הב"י בסימן תי"ז דאין טענת מחילה או קניה בשל רבים כלל והא דאמרינן בלקח חצר ובו זיזין לר"ה הרי זה בחזקתו דטוענין ללוקח הטעם משום דאמרינן כנס לתוך שלו הוה הא אם נודע דלא כנס לתוך שלו לא טענינן ליה דמחלו או מכרו לו הקהל. וראייתו מהך דסוף חזקת בר"ה מאן מחיל ולכך פירש הא דאמרינן בפרק לא יחפור ואי אשמעינן גבי יחיד ה"א יחיד פייסו פייס אבל בני ר"ה מאן מחיל ומאן פייס אימא לא צריכה ומשמע לכאורה דלמסקנא אף ברבים אמדינן כן. דלא כן הוא אלא צריכה דיש לו חזקה אבל לא מטעם מחילה רק דאמרינן דכונס הוא לתוך שלו היה. ולזה נתכוון נמי הרשב"א בתשובה זו שהביא הב"י בשמו בהך דגזברים. דז"ל שאני סבור מאן מחיל ומאן שביק כדמשמע שילהי פ' חזקת ואעפ"י דבפרק לא יחפור גבי בית רובע וכו' לא משמע הכי כבר ראית מה שפירשתי בההיא דשילהי פרק חזקת וכו' עכ"ל. וכן דעת הרי"ו הביאו הב"י לקמן סי' תי"ז דאם ידוע דלא היה כונס לשלו אין לו חזקה בשל רבים דמאן מחיל. אמנם הטור לקמן סי' קנ"ה גבי מרחיקים שובך מהעיר כתב אם לקחו הרי הוא ברשותו דטענין ללוקח שעשה ברשות ל"ש נגד יחיד ול"ש נגד רבים. ושם לא שייך כניסה לתוך שלו רק מתורת מחילה כמ"ש דעשהו ברשות וכתב הן נגד רבים והן נגד יחיד ומזה מבואר דתופס כפשוטא הגמרא דאף נגד רבים יש טענה שנעשה ברשות ודלא תקשה עליו מהך דשילהי פ' חזקת דאמרינן אבל בר"ה מאן מחיל וכ"כ הטור להדיא לקמן בסי' תי"ז דברבים לא שייך נתינת רשות צריך לומר דמחילה לא שייך ברבים דמאן ימחול וז' טובי העיר ג"כ לא ימחלו כי מהיכי תיתי ייותרו של רבים אבל טענת מכירה יתכן דאולי היה זט"ה נצרכים למעות ומכרו זה כי אפילו כל רחוב יכולים למכור לצורך מכ"ש הוצאת זיז וכדומה וכ"ש התו' שם וכן הכיור כתב כאן דיתכן דמכרו זט"ה ולכך אמרו בלקח חצר ובו זיזין או שובך קרוב לעיר דהוי חזקה דאמרינן דז'. טובי עיר מכרו להם. והוי חזקה ולכך הרי"ף והרא"ש גורסים שם אי אשמעינן גבי ר"ה שם דאימר כונס לתוך שלו היה אבל גבי שובך לא והשמיטו מ"ש בגי' דידן אי נמי אחולי אחיל בני ר"ה לגבי' והטעם לא דס"ל דלגבי רבים לא שייך מחילה דודאי מכירה

שייך כמ"ש התוס' אלא דס"ל דפשיטא דיותר שכיח מחילה ומכירה לגבי יחיד מלגבי רבים וא"כ אי ברבים אמרינן דמחיל מכ"ש ביחיד א"ו דגי' דה"א דכנס לתוך שלו הוה וזהו לא שייך בשובך ואין כאן סתירה מדברי הרי"ף והרא"ש לדברי רבינו הטור כמו שחשב מהריב"ל ז"ל בתשובותיו. ועכ"פ הדבר מבואר דס"ל לטור דאף ברבים טוענין ללוקח שהחזיק ברשות וכן משמע ברש"י דכתב שהראשון כנס לתוך שלו או נתפייס עם רבים וכ"כ הרב במרדכי דזט"ה יכולין למכור ולמחול דלא כרשב"א וכיון דהמחבר לקמן בסימן קנ"ה סעיף כ"ד העתיק דברי רבינו הטור להלכה בלי חולק כלל וגם הרמ"א לא הגיה דבר א"כ פסק להדיא דלא כרשב"א ויש חזקה בשל קהל. ואין להקשות דאיך נטעון דלקחו מרבים בהסכמת זט"ה הא כאן כתב הטור דבה"כ שלנו אין בו חזקה דאלו מכרו היה לזה קול. וזה משמע דאין לו טענה דלקחו די"ל אדרבא כד נעיין בל' הטור יהיה מוכח איפכא דמתחילה כתב דלכך אין חזקה שאין כאן מוחה דיאמרו לטובת עניים ירד וכדומה ואחר כך כתב ואם יטעון שלקחו וכו' הרי יש לו קול למה לי זה הא בלא"ה כל שאין מחאה אין כאן חזקה כמו שאין מחזיקין בשל קטנים וכדומה וכן להיפוך כיון דלא מצי לטעון דלקחו דאלו לקחה ה"ל קלא ל"ל טעם ראשון דטעם ראשון לא שייך אלא במחזיק בשדה ואסף פירות אבל אם החזיק בפתיחת חלונות וכדומה מנזקים לתוך של הקדש ורבים דלא שייך האי טעמא דעושה אותו לטובת עניים יהיה לו חזקה ונתקשה בו מהריב"ל ומהרא"ש בתשובה סימן קפ"ג ע"ש שדחק א"ו דודאי אם טוען בקרב הימים לקחו עד שאדם זוכרו בזו שייך טעמו של הטור דה"ל קלא. אבל אם הוא מחזיק בו מאז ומקדם שנים קדמוניות איך שייך ה"ל קלא אין זכרון לראשונים מה שכבר היה משנים רבים ונשכח הענין מכל וכל וכ"כ כנה"ג בשם רבו מהרי"ט. אך להיפוך ודאי על טענתו שאבותיו או מוכר שלו החזיק מקדם י"ל דאז ירד ברשות ללקט ולהתעסק לטובת עניים וירד בו וכך ישב בו עד היום הזה כמו שאמרינן אין מחזיקין בנכסי קטן אעפ"י שהגדיל אחר כך וכהנה טובא. ואין איש שם ללב למחות. אבל אם בקרוב ירד בשדה בזו ודאי לא שייך דהלכך לא מיחה משום דירד לפירות דהא הגזברי' יודעים דאין נותן לעניים דבר ואין להקדש ורבים תועלת באכילת פירות ולמה לא מיחה הגזבר וא"כ הטור אתא מכח ממ"נ דאם טוען מימים ימימה החזקתי אף אנו טוענים אז נתת באמת פירות לעניים ולכך לא מיחה בך הגזבר. ובין כך אחת לאחת נשכח הדבר ואתה מחזיק בה בני נתינת פירות לעניים ואם טוען עכשיו בקרב הימים החזקתי ונודע לכל שלא נתתי פירות לעניים. אף אנו אומרים אם כן דבקרב החזקת יש כאן חזקה בלי טענה דאלו מכרו לך בקרב הימים הזט"ה היה קול למכירתן. ולכך מפסיד בממ"נ ומיושב כל קושית המפורשים על הטור

ולכך ברור הא דאמרינן בשובך דטוענין דלקחו היינו אם יש לו חזקה מזמן רב עד שאין אדם זוכרו ולא שייך קלא אית ליה אבל לולי כן א"א לטעון לקחתי דהא קול אית ליה למכירת זט"ה. והיה אפשר לומר בישוב דברי הטור דנתן שני טעמים פירוש אחר והוא דודאי אם מעולם לא היה שדה זו ביד גזבר ומשגיחי צבור שפיר י"ל דלכך לא מיחה דחשב דהוא יתעסק בשל זה לטובת עניים אבל אם היה תמיד משגיח של צבור על שדה זו ויצא ממנה והחזיק זה בו בזו לא שייך סברת הטור דמתעסק לטובת עניים דהא כבר המה מושגחין ממשגיחי ציבור ומי יסלק למשגיח הקהל ויאמר לאיש אחר לירד בקרבו וכ"כ מהרא"ש בתשובה רק על זה אמרינן א"כ צריך בטענה דקנאו מז' ט"ה ואלו כן היה לו קול משא"כ אם השדה מעולם לא היה ביד גזברים יש לו טענה דלא שייך מעולם שדה זו להקדש ולכך מה קול יש לו. וא"כ הטור בא בממ"נ כהנ"ל אבל יותר נראה הפירוש הראשון דמסכים לדברי הטור לקמן בסימן קנ"ה. וברור דס"ל לטור דאף בשל רבים הוי חזקה ולכן יליף ליה האגודה מהך דבי ריש גלותא ולכן דין זה צל"ע כי מדברי הש"ע לקמן משמע דמחזיקין בשל קהל ובתשובת מהרא"ש סי' הנ"ל צידד לומר בזה"ז דעושין טובי עיר בצורכי עיר כרצונם ואין בני עיר מעכבים ע"י הוי חזקה כנ"ל והדבר מסור לב"ד:

יט **יחיד שיש לו ס"ת וכו'** מקרי חזקה ובד"מ משמע דבעי חזקה שיש עמו טענה ונראה דאין הטענה דלקחו רק אומר שהסכימו הקהל לקרות בשלו וזהו הוי טענה דהא נלמוד מן מערבין בבית ישן ומה טענה יש שם. אלא עיקר הפירוש דהיה בהסכמת הקהל והציבור ולא היה נעשה באקראי מבלי שם ללב בשל מי קורין:

כ **אדם שהחזיק וכו'** מ"ש בזה בתו' יומא גבי הלכה כר"י דאמר ראשון חוזר לעבודתו וכו' כבר כתבתי בחידושי לא"ח עיין שם:

סימן קנ

א **נתנה הממשכן וכו'** אינם אלא כמלוה ע"פ הסמ"ע בס"ק ג' כתב דאם לא נעשה זה באונס להנצל מיד עושקו רק עשה ערמה בעצמו שנתנה בתחילה לאיש אחר ואח"כ נתנה לזה במכירה ה"ל מלוה בשטר ונסתייע מדברי הרשב"א בתשובה סימן ע' ע"ש והרב הט"ז השיג על הסמ"ע ודעתו אף בכה"ג הוי מלוה על פה דהא שטר לא ניתן לכתוב ע"ש ותמהני מה צורך לכל דבריהם דהא ברור אי נעשה כזה שנתנה מתחילה לאחר ואחר כך הקנה לזה הלוקח דאם היה חוזר וקנאה מהמקבל מתנה הראשון דהיה זוכה בו הלוקח דניחא ליה למוכר דליקום בהימנותא דלא מתרעם עליו דמכר לו דבר שאינו

שלו כדאמרינן להדיא בגמרא במכר שאינו שלו וחזר ולקחה מבעלים ראשונים דקנה הלוקח דניחא ליה דליקום בהימנותא משא"כ במוכר מחמת אונס לא ניחא ליה כי כל עניינו היה בשביל כך להבריח ממקחו ולהנצל מן אונסו. וא"כ פשיטא דהוי שטר גמור כמבואר בגמרא דפריך הא דתניא כשהוא יוצא מתחת ידו במוכר שדה הגזולה קרן גובה מנכסים משועבדים נימא לא ניתן לכתוב ומשני כיון דניחא ליה דליקום בהימנותא טרח וזבין וניתן לכתוב אבל גבי הך פרדיסא לאברוחי מכוון. וכ"פ לקמן בסימן שע"ג דלכך גובה מן משעבדי וא"כ פשיטא דגובה בזה ממשעבדי ולכן לא ידעתי במה נתחבטו גדולי עולם בזה שהוא גמרא ערוכה:

ב **שאין לו בו חזקה לעולם וכו'** עיין סמ"ע ס"ק ד' דדעת הרא"ש מסכים להרמב"ן בזה דוקא בהך דינא דמשכנתא אבל לא באומן וכו' ודינו אמת בהרא"ש אבל הטעם שכתב לחלק דוחק. ולא ידעתי מה צורך לדוחק כי הטעם פשוט דוקא בידוע שבא לידו בתורת משכנתא הוא דאין נאמן לעולם לומ' בקרקע לקחתי דה"ל עדי וראה וחילוק בין קרקעות למטלטלין כמ"ש הרשב"א לא ס"ל להרא"ש אבל באומן ואריס וכו' וכי ידעינן בודאי שהגיע מתחילה לידו בתורת אומנות או אריסות רק אנן אמרינן הואיל עבידי הבעלים למסור להם לתקן אין להם נאמנות אבל מכל מקום עדים ליכא וא"כ כשהחזיקו אחר כך ג"ש מבלי מוחה איגלא מילתא למפרע דלא נחית בתורת אומן רק בתורת מכר בא לידו ואם מודה שבא לידו בתורת אומנות ומכל מקום לקחו אח"כ הא נאמן במגו כמ"ש הרמב"ן גופי' בס' מלחמות ע"ש. ועיין חידושי רמב"ן פ' חזקת דף כ"ו שכתב סברא זו בשם יש מי שאומר ופשוט דזהו דעת הרא"ש ונכון:

ג **ואינם יודעים לכמה שנים וכו'** בטור הביא דעת רמב"ן שהוא דעה ראשונה דבידוע דירד לתוך השדה בתורת משכנתא אין לו חזקה לעולם. ודעת הרמ"ה החולק והיא דעה שניה הנזכר בכאן וכתב ומדברי א"א הרא"ש יראה כדברי הרמב"ן וכתב הר' יונה אם העידו עדים ששדה זו משכונא אצלו לשנים ואין יודעים לכמה שנים וכו' שהוא דיעה שלישית הנזכר כאן ותמה הפרישה דהא רבינו יונה חולק אהרא"ש ודעתו נוטים להרמ"ה ואם כן ה"ל להקדים דברי ר"י אצל דברי הרמ"ה וגם לא הלשון וכתב הר"י כי אם ורבינו יונה כתב ע"ש שדחק ולי נראה דבלא"ה תמהו למה כתב ויראה מדברי הרא"ש כהרמב"ן הא כתב להדיא גבי רבה במ"ש כרמב"ן וכ"כ התו'. אמנם צריך להבין דברי תו' והרא"ש דכתבו על הא דרבה בר משרשום אכבוש לשטר משכנתא דווקא משום דכביש לשטר משכנתא דלא היה ידוע דבתורת משכנתא בא לידו דאי הוה ידעי מעיקרא דבתורת משכנתא אתא לידיה לא היה טועה רבה ב"מ שיטעון לקוחה מידו דהוה אומן

ואריס וכו' כיון דידוע דמעיקרא בתורת אריסות בא לידו וכו' עכ"ל. ויש להבין דהא רבה ב"מ לא היה אוכל בשדה זו של הלוה בעודנו חי יותר משנין משכנתא כי מהיכי תיתי יחזיק שלא כדין בשל הלוה והלוה לא היה שותק אלא פשוט דכלו שנין משכנתא במות הלוה ואחר כך היה מחזיק בשביל יתומים כמבואר בגמרא למען יפטור משבועת יתומים ואם כן אלו לא כבישׁ שטר משכנתא ודאי דהיה נזכר במשכנתא בכמה שנין יפוק ארעא בלי כסף וא"כ אין כאן חזקה דהא לא אכיל בחיי האב רק כפי משכנתא ובמות הלוה אין כאן חזקה דאין מחזיקין בשל יתומים קטנים. וא"כ א"צ לתו' הך דינא דאם ירד בתורת משכנתא דאין לו חזקה כדעת הרמב"ן ואם כי התו' והרא"ש בלא"ה ס"ל הך דינא אין כאן מקומו דכאן בלא"ה לא קשה מידי:

אמנם נראה דטובא קמ"ל דהרמב"ן בחידושיו פלפל במה דקאמרו לקוחה לא מצית אמרת דנפיק קלא דמה בכך וכי בשביל קלא לא יוכל לטעון מול הקול והביא הרמב"ן בחידושיו דאחרים פירשו דהך קול היה בעדים דעדים העידו שירד לתוך השדה במשכנתא ע"ש וצ"ל דהעדים לא ידעו לכמה שנים נתמשכן דאי ידעי היינו עדים היינו שטר משכנתא ואיך שייך כבישׁ לשטר משכנתא דהא העדים ידעו מה כתוב ביה. ובזה יובנו דברי התו' והרא"ש דהם ביקשו לברר הדין דאף בקלא גרידא אבדה המגו כמ"ש התוס' להדיא בד"ה לקוחה ע"ש וברא"ש רק דל"ת כדעת האומרים דהיה קול בעדים כמ"ש הרמב"ן וכבישת השטר משכנתא היה דלא ידעו העדים לכמה שני' ממושכן ולזה כתבו התוס' דאכבשי' לשטר משכנתא ע"כ פירושו דע"י כבישתו לא יהא נודע כלל אם הוא ממושכן בידו ולכך יש לו מגו דאי הוה ידעי דבמשכנתא אתי לידיה והיינו כדעת היש מפורשים ברמב"ן וכל הכבישה לא היה רק לדעת כמה שנים ממושכן בזה לא היה רבה ב"מ טועה שיכול לטעון לקוחה בידי דהוי כמו אומן ואריס וכו' ואיך ס"ד לטעון לקוחה ועכצ"ל דבכבישת המשכנתא לא נודע כלל וש"מ דלא היה עדים כלל רק קלא בעלמא והדין דין אמת דאף בקול בעלמא נאבד המגו וזהו מה שרצו התוספות והרא"ש להוכיח ודבריהם מכוונים וברורים. ומעתה לפ"ז י"ל דהתו' והרא"ש לא ס"ל כרמב"ן רק כרבינו יונה דלרבינו יונה דס"ל לחלק בין העידו עדים סתם על משכנתא לשנין או על משכנתא סתם דהוא שתא צ"ל מ"ש אריס ואומן וצ"ל דס"ל בשלמא ארים ואומן אין קץ (חסר):

ה **ורוצה לעכב הקרקע עד שיאכל וכו'** ועיין בב"ח שהקש' דהא קודם שיאכל בלא"ה כבר אמרינן בסעיף הקודם דא"נ ועיין בפרישה מ"ש ולפמש"ל לחלק בין מלוה בשטר למלוה על פה לק"מ דכאן מיירי במלוה בשטר דהוא מענין דרבה במ"ש דהוא במלוה

בשטר אלא דיש לתמוה כיון דמהך דרבה במ"ש ילפינן הך דאף דנאמן לומר לקוח נגד הקול מ"מ חוב יש לי מגו דלקוח א"נ דה"ל מגו להכחיש קול א"כ מנ"ל הך דינא דקול כמחאה ואם הוא בתוך ג"ש ל"ל חזקה דהא בהך דרבה במ"ש לקוחה לא מצי אמרת לא מפרשינן כן רק מפרשינן דה"ל מגו במקום קול כהנ"ל ודוחק לומר דר"י ס"ל מסברא דלא גרע ממחאה דמנ"ל דהא קלא לית ביה ממשא ואפשר לומר לפמש"ל השך סי' ק"ג דודאי היה ליתומים גבי רבה במ"ש אפטרופס וא"כ עדיין קשה הא ה"ל לרבה במ"ש מגו דלקחה מאפטרופס דפסק המחבר לעיל דהוי חזקה ואין זה מגו להכחיש הקול דע"ז לא היה קלא דהקול היה רק שהיה של מורישו מיתומים אבל זה יתכן דאפטרופס מכרה ועכצ"ל דקול קודם חזקה מבטלת חזקה דמלבד דזה דוחק אף גם דקלא כה"ג אינו מבטל חזקה כלל כיון דהחזקה הוא על אפטרופס והקול הוא על אביהן דיתמי וי"ל וקל להבין:

ו **נוטל בלי שבועה כו'** צ"ע דהא המחבר פוסק בדוכתא טובי דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה וא"כ איך אפשר דיטול מיתומים בלי שבועה הא קיי"ל הבא לפרוע מנכסי יתומים לא יפרע וכו' וכבר העלה הרא"ש אפילו תפס וכ"כ המחבר לעיל סימן ק"ח ס"ג. ואף דנדחק ונאמר דקאי אהך בטוען לקוח דבזה ביורשים פטור משבועה הואיל ואין כאן טענת ברי אבל לא בטוען יש לי חוב עליו עדיין קשה דא"כ צריך לומר בגמרא ברבה במ"ש דכל המגו דקטען הוא כמ"ש הרא"ש בתי' השכי בשביל המתנה ולא בשביל שיהיה פטור משבועת היתומים דהא קיי"ל הבא לפרוע וכו' ומגו לאפטורי משבועה לא אמרינן וצ"ל כפירוש הרא"ה דאמר כיון דאם ימתין לא יהיה פטור משבועה וא"כ ל"ל המתנה ומזה מוכח דבטוען חייב לי במגו דלקוח אף בלי שבועת יתומים חייב היסת דהא כך היה דבריו דאעפ"י דע"י מגו אתחייב היסת מה בכך אף כשאמתין עדיין צריך אני לישבע ומוכח מזה כדעת האומרים דחייב לישבע היסת נגד יתומים אף דהוא שמא וצ"ל דמחבר נמשך אחר דברי הטור דלא ס"ל מגו לפטור משבועה לא אמרינן והעתיק דבריו כמעתיק אבל דעתו כי"א דנגד יתומי' חייב שבועה אך זה דוחק דלעיל סימן קל"ג פסק דאינו חייב שבועה כלל וצ"ע:

סימן קנא

א **אבל בנ"מ יש לו ראיה** אעפ"י דבגמרא משמע לר"א דס"ל גבי המוכר את עבדו ופוסק עמו שישמשנו ל' יום דשניהם אינו בדין יום ויומיים דאין ביד האשה למכור נ"מ לבעלה והרמב"ם ספ"ה דהלכות עבדים פסק כר"א. מלבד די"ל דלא קיימא לן כהך תי' דאמימר סבירא ליה כר"א דלא מסתבר רק ס"ל כתי' הראשון ויש מכירה בנ"מ אף גם

נראה דהרשב"ם דם"ל דכמו דאינן יכולין שניהם הבעל והאשה למכור בנ"מ לאחרים: כן אין האשה יכולה למכור לבעלה אזיל לשיטתו דס"ל דדין גמור הוא וילפינן דין מכירה מהך דהתם דאינה בדין יום יומיים וכמ"ש הרמב"ן בחדושיו לשיטת הרשב"ם ולכך אף האשה לבעלה א"י למכור אבל לפי מ"ש הרמב"ן דאין לדמויא מכירה כלל להך דיום יומיים רק סברא בעלמא קאמר אמימר דאין מכירתו מכירה הואיל ואין דבר מיוחד ודי דנימא למכור לאחר אבל אשה לבעלה דבלא"ה יש לו חלק בו בקנין פירות והיא מבטלת זכותה ומוכרת לו הכל אפילו הגוף פשיטא דהוי מכירה וא"כ הפירוש אמימר דאמר כר"א היינו לענין מכירת שניהם לעלמא אבל לבעל בנכסי אשתו אם מכרה לו אף אמימר מודה דהוי מכיר' והבו דלא לוסיף כי בלא"ה סברא דחוקה לדמות הך מכירה להך דר"א כמ"ש הרמב"ן בעצמו ז"ל:

ב **ואם כתב לו אחריות נכסים י"א דקנה** עיין סמ"ע ס"ק ט' דהביא דברי הטור דלא מהני אחריות רק בהוחזק גזלן על שדה זו משא"כ בגזלן לכל דבר לא מהני אחריות ע"ש ולזה הדעת יש ראיה מדברי הגמרא דפריך על ר"ה דאמר תלוה וזבין מהני מהך דלקח מסיקריקין וכו' ומשני הא אתמר עלה א"ר ל"ש דאמר לך חזק אבל בשטר באמת קנה וא"כ מילתא דר"ה איירי בשטר ופריך הגמרא לשמואל דאמר אף בשטר ל"ק עד שיכתוב אחריות נכסים מא"ל וקשה מאי קושיא דלמא מילתא דר"ה איירי בכותב אחריות כמו דאמרינן לרב בכותב שטר א"ו הך תלוה וזבין שהורג נפשות בשביל ממון לא מהני גביה אחריות לשמואל ויפה פריך וזהו נראה כוונת התוס' שם דף מ"ז ע"ב ד"ה אבל דכתב דטעמיה דרב דס"ל בשטר לחוד קנה דס"ל אחריות ט"ס ושמואל לטעמיה דלא ס"ל ט"ס הוא וכתבו אבל ק"ק דלקמן פריך לר"ה דאמר תלוה וזבין וכו' מהך דשמואל דאמר אף בשטר לא קנה ואי תלוי הדבר באחריות מה קשיא ליה לשמואל טפי מרב. ולכאורה קשיא אי קושייתם דדלמא ר"ה מיירי באחריות אין שייכים לקושיא זו במ"ש מקדם ואגמרא ה"ל להקשות ואי ס"ל דזה דוחק דר"ה מיירי בכותב לו אחריות דה"ל לפרש אבל שטר שפיר מיירי ר"ה דאורחא דמילתא לכתוב על שדה שטר עדיין אין מקום לקושי' התוס' אבל לפמ"ש ניחא דודאי ס"ל התוס' דבתלוה וזבין לא מהני אחריות ולכך הקשו התו' אם אמרינן דגם רב ס"ל דעיקר הקנין תלוי באחריות כמו שמואל רק ס"ל אחריות ט"ס הוא וא"כ בתלוהו וזבין דלא מהני אפילו פירש אחריות ומכ"ש בסתם שטרא א"כ יש כאן קושיא גם לרב דבתלוהו וזבין מודה רב ופשוט:

והנה המחבר השמיט הך דין דבאחריות מהני אף דמיירי בהוחזק רק גזלן על שדה זו וכמ"ש הסמ"ע ובאמת גריר אחרי הרמב"ם ורמב"ם השמיט בכ"מ אפילו בהך דלקח

מסיקריקין דבכותב לו אחריות דמהני וכבר תמה המ"מ בזה ונראה דס"ל להרמב"ם לטעמו של שמואל דלא היה טורח להעמיד לו אחריות אם לא דנתרצה וזהו שמואל דס"ל שעבוד צריך לימלך דלא אמרינן במקח ט"ס הוא וא"כ אחריות הנכתב בשטר ע"כ דעדים שאלו לו והסכים לכתוב ושופרא כי האי אינו נעשה כי אם ברצון מוחלט. משא"כ לדידן דקי"ל ט"ס הוא והעדים יכולים לכתוב בלי צורך כלל להמלכת בעלים כמבואר בפ"ק דב"מ למ"ד אחריות ט"ס הוא א"צ המלכה כלל א"כ אין כאן ראיה שנתרצה כלל כי לא זו בשטר סתמא שיש בו אחריות דאמרינן העדים כתבו בלי המלכתו אף אם נודע שהסכים לכתוב אין כאן שופרא דאף אם ישתוק וגם העדים לא יכתבו עדיין יהיה לו אחריות דט"ס הוא ואם למחות שיכתבו להדיא בלי אחריו' זהו ודאי דנמנע מיראת הגזלן ופשוט ולכך לדידן ליתא להך דינא דמהני אחריות ולכך פריך לר"ה דאמר תלוה וזבין לשמואל כהנ"ל ולא משני דמיירי באחריות דלדידן דאחריות ט"ס הוא אינו מועיל הכתיבה וא"ש דברי הרמב"ם. אבל המחבר דכתב לקמן בסי' רל"ו סעיף ד' דמהני אחריות ודלא כרמב"ם לא ידעתי למה כאן השמיט הך דינא דמהני אחריות כי דוחק לחלק בין סיקריקון להך גזלן על שדה אחת כיון שלא מצינו חילוק זה בדברי מחברי' קדמונים: ואולי סמך אמ"ש לקמן בסי' רל"ו כי שם מקום העיקר לענין סיקריקין:

ג **וי"א דאם ראו וכו'** עיי' מש"ל אי"ה בסי' ר"ה מדינים אלו בשיטות הפוסקי' באריכות:

סימן קנב

א **אבל אם טען בן הבן שירשה מאביו יש לו חזקה** הסמ"ע בס"ק ד' הקשה דהא דברי מחבר הן ג"כ כך בגזלן דבן הבן של גזלן בבא בטענת אביו דיש לו חזקה ומכ"ש אינך. ונראה דרמ"א קמ"ל דאפילו לדעת הרא"ש כן דזה קתני בברייתא בן הבן יש לו חזקה ופירש בו הרשב"ם דהיינו דאתא בטענת אביו דטוענין ליורש אבל הרא"ש פירש דלעולם דבא בטענת אבי אביו רק דאמר בפני הודה ואימת הגזלן בהודאתו לבן בנו ליכא ולפ"ז אין כאן ראיה להך דינא בבא בטענת אביו דנאמן דאולי נימא מסתמא ירשה מאבי אביו דברא כרעא דאבוה וא"כ המחבר דלא העתיק דינו של הרא"ש פשיטא דהך דינא אמת דהא קתני להו בברייתא אבל לפי' הרא"ש דפירוש אחר בברייתא ואין לדין זה ראיה ולכך העתיקו הרמ"א דמ"מ הך דינא אמת ויציב מסברא. גם י"ל דדברי מחבר בבן בן הגזלן קאי כמו בברייתא דקתני בן גזלן אין לו חזקה והיינו אף דהודה שהוא של גזלן וע"ז קתני בן בן הגזלן יש לו חזקה והיינו ג"כ דהודה בפני עדים דהוא של אביו ולא אמרינן בשביל יראת הגזלן הודה לבנו וכן מתפרשים דברי המחבר דקאי על הודאה אבל אם

אין כאן הודאה כלל רק טוענין ליורש ה"א דלא אמרינן כן דמסתמא יורשו אביו מאביו והן שאין להם חזקה וקמ"ל הרמ"א דלא ולק"מ:

ב **ואם הביא העדים שהודו הבעלים וכו'** כן הן דברי הרמב"ם כי כך היה הגי' בגמרא וכבר הקשו התוס' וכן הביאו המ"מ דאם הודה בעדים מה איריא בבן אומן ואריס אפילו אומן ואריס עצמו מהני ולא תי' כלום ונראה דקשי' להו קושי' הנ"י דנטעון משטה הייתי או שלא להשביע ותי' הנ"י דהואיל דהוא ביד חבירו אפשר דס"ל דלא שייך בקרקע כי קרקע בחזקת בעלים עומד והרי המודה מוחזק ולכך מוקמינן דהודה כן בעדים לפני בן אריס ואומן וא"כ השטאה ליכא כיון דלא היה מבע"ד עצמו דהוא לא טוען אני לקחתי ממך עד שנימא הואיל והוא משטה אף הוא משטה בו דהבן אינו יודע אם האמת עם אביו או לא וגם השבעה לא שייך דהא עכ"פ יש כאן קצת תביעה מבע"ד ולכך מהני הודאה משא"כ בהודה לאומן גופי' דיכול לטעון השטאה והשבעה. ולפ"ז י"ל דמיירי דלא החזיק ג"ש וא"כ דוקא בבן אומן אבל באומן גופי' הוי מצי לטעון השטאה הואיל ולא החזיק הרי הקרקע בחזקת המערער ויכול לטעון כן. אבל בהחזיק ג"ש פשיטא דלא מצי לטעון השטאה דהא להוציא לא טענין כן כמ"ש הנ"י. ובזו ניחא דודאי דעת המחבר שהוא הרמב"ם והרשב"א לא יחלקו במ"ש הרמ"א דיכול לטעון בפני הודית במגו דמינך זבינתא וכה"ג אמרינן מיגו טובא בכל הלכות חזקת וגי' שלהם בגמרא דמוקי בעדים לרבותא אפילו דלית ליה חזקה כלל וא"כ בחזקת ראשון עומדת מכל מקום לא שייך גביה השטאה והשבעה וזהו אינו רבותא בהחזיק ג' שנים. ומגו לא יתכן כי אם דוקא בחזקה ולזאת קאמרינן דאיכא עדים: